

# AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ



[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)



## Baroport ile

- ▶ Bilgilerinizi anında güncelleyebilirsiniz,
- ▶ Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilirsiniz,
- ▶ CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilirsiniz,
- ▶ Sosyal yardım başvurunuzu yapabilirsiniz,
- ▶ Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilirsiniz,
- ▶ "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilirsiniz,
- ▶ TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ  
BİLGİ İŞLEM MÜDÜRLÜĞÜ



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

ULUSLARARASI ATATÜRK'Ü ÇAĞDAŞ YORUMLAMA VE  
ANMA PROGRAMI - 1

## XXI. YÜZYILDA ATATÜRK'Ü DÜŞÜNMEK



Ankara  
9 - 14 Kasım 2009  
Türkiye Barolar Birliği Kültür Merkezi

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

YIL: 23

SAYI: 88

MAYIS - HAZİRAN 2010

# 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 06Faks: 222 27 10  
www.abonet.net  
Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık  
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37  
www.dusatelyesi.com

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

Basım Tarihi  
30.04.2010

# 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 Açar

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Alper Can Aykaç

Av. Sezercan Bektaş

## 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

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "Windows Word" 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 1,5 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, yayinevi, 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.  
Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu ve Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "Hakemli Yazılar" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu'nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
- 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.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet dergi gönderilecektir.

# İÇİNDEKİLER

	<b>11</b>	Haberler
	<b>25</b>	Başkandan
Suat ŞİMŞEK	<b>29</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinimi
Özcan ÖZBEY	<b>55</b>	Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri
Mehmet Zülfü ÖNER	<b>106</b>	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları
Elif ÇOLAKOĞLU	<b>151</b>	Haklar Söyleminde Çevre Eğitiminin Yeri ve Türkiye'de Çevre Eğitiminin Anayasal Dayanakları
Sevgi USTA SAYITA	<b>172</b>	Ensest İlişkiden Doğan Çocuğu "Tanıma Yasağı"nın Kaldırılmasına Eleştirel Bir Bakış
Aziz Serkan ARSLAN	<b>195</b>	Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları
Rona AYBAY	<b>225</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol
M. R. ERDEM / B. PARLAK	<b>261</b>	Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing
Mustafa Tören YÜCEL	<b>287</b>	Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları
Fahri Mutlu TOSUN	<b>320</b>	Yargı ve "Demokratik Meşruiyet"
Erdal BAYTEMİR	<b>333</b>	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu
S. AĞAR / M. K. ELLER	<b>389</b>	Yasal Vekalet Ücretinin Hukuki Niteliği ve KDV Karşısındaki Durumu
Serkan CENGİZ	<b>421</b>	Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu
Yargıtay Kararları	<b>439</b>	
Danıştay Kararları	<b>449</b>	
Disiplin Kurulu Kararları	<b>461</b>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	<b>469</b>	Demopoulos / Türkiye ve Diğer 7 Başvuru Çev.: İBMİÇG
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	<b>476</b>	

## **GELECEK SAYILARIMIZDA**

Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı  
**Ezgi KIZILKAYA**

Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler  
**Hasan DURSUN**

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

Teselsülde Dış İlişkide Borçlunun Def'ileri  
**Av. Şevket GÜNAY**

Tarım Reformu ve Mayınlı Araziler  
**Av. Halil YAZGI**

İLO Sözleşmeleri ve Anayasa Düzenlemeleri Işığında  
Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Değerlendirmesi  
**Av. Başak Oya KORAP**

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi  
**Özlem KOÇAK SÜREN**

Teselsül Karinesi  
**Pınar AĞCA TOPLANDI**

Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu /  
Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu  
**Av. Ş. Cankat TAŞKIN**

Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme  
**Av. Yonca F. YÜCEL**

İktisadi Akılla Kanun Yapma Yöntemi: Düzenleyici Etki Analizi  
**Öykü BOZKURT**

Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat Yöntemi ...  
**Mesut EROL**

Arsa Payı Kavramı, Önemi , Hesaplanması Düzeltme Davası  
**Av. Erkan ALPÖĞÜNÇ**

Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu  
**Cengiz OTACI**

Sırf Askeri Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları  
**Dr. M.Yasin ASLAN**

Adli Yardım  
**Mehmet AKBAL**



# editör'den

Dolu dolu geçen altmış beş yıl, doğum gününde sona erdi. Türkiye Barolar Birliği'nin başkanı, değerli hukukçu Özdemir Özok, altmış beşinci yaşını günü gününe tamamladığı 24 Nisan 2010 tarihinde, Amerika'da tedavi gördüğü Houston kentinde yaşama gözlerini yumdu.

Saf hukuk kuramının kurucusu Hans Kelsen (1881-1973), GÜNÜ YAŞA başlıklı şiirinin ilk bölümünde şöyle diyor:

*"Solup gideceksin göz açıp kapayıncaya dek,  
Bırakacaksın bu güzel dünyayı  
Unutulacaksın."*

Dostum, kardeşim, başkanım Özdemir Özok'un şairin söylediğinin aksine geride bıraktığı ürünleri, kişisel duruşu ve örgütçü nitelikleri nedeniyle unutulmayacağına inanıyorum. Unutulmasını olanaksız kılan eserleri arasında, TBB Genel Sekreterlik görevi sırasında yasalaşmasına katkıda bulunduğu 2001 yılında Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucu, sağlık alanında meslektaşlarımıza sağlamış olduğu olanaklara öncelikle değinmek gerekir. Balgat'ta yapılan TBB hizmet binası, kongre merkezi ve oteli ile Ayaş'ta yapımı devam eden tesisler de unutulmamak için yeterlidir.

Özdemir Özok sadece bir başkan değildi. Gerçek bir liderdi. 2001 yılında, karşısında güçlü bir birlik olmasına karşın, başkanlığı kazanmış olması, sonraki seçimlerde ise ipi farklı biçimde göğüslemesi, bunun tartışılmaz kanıtı sayılmalıdır. Karşısına çıkan engelleri aşmak konusunda inanılmaz bir becerisi vardı.

Zaman zaman kendisinin söylediği, yakınlarının da bildiği gibi, her şeyi *"tırnağı ile kazıyarak"* elde etmişti. Hiç kimse ona bir şey bağışlamamıştı. Hatta vermesi gerekenler avucunun içindekini almaya bile çalışmışlardı. Hatta bazen almışlardı da...

Olumlu hiç bir öneriye karşı çıkmadı. Sürekli arayış içinde oldu. Bu arayışlardan hiçbir zaman yorulmaz, aksine zevk alırdı. Zaman zaman *"Biz kendimize iş arıyoruz"* diye tatlı tatlı yakınsa da, her zaman yeni bir şey üretmek peşinde oldu. Olumlu hiçbir şeyi engellemedi. İş yapmayanların mazeret ürettiklerine inanıyordu. Böyleleri için, *"Ne oynuyor, ne oynatıyor"* derdi. Her olumlu girişimi destekledi. Hiçbir zaman *"En iyi ben bilirim"* tavrı içinde olmadı. Başarısının sırrı, belki de bu duruşta gizliydi.

İyi bir dosttu. Yolculukları ve arkadaşlıkları keyifliydi. Güzel türkü söylerdi, yanık bir sesi vardı. Özellikle, *"Karadır kaşların"* ile başlardı türkülerine. Anılarını esprili anlatırdı. Zevkle dinletirdi. Dinleyenler için Pazarcık'taki ünlü davulunu ve dövüş horozunu unutmak mümkün değildi.

Dostlarının her çağrısına uymaya gayret etti. İstanbul, İzmir ve Tokat'ta ardı ardına çağrıldığı düğün, nişan gibi davetlere usanmadan, bıkkınlık göstermeden zevkle gitti. Benzer durumlarda yorulduğunu, kendisine haksızlık yaptığını söyleyenlere, "*İnsanlar itibar ediyor, davet ediyorlar, gitmemek olmaz*" diye cevap veriyordu. Bu, onun yaşam felsefesi, dostluk, arkadaşlık anlayışıydı. Kendi bedeni her durumda "*sonra*" gelirdi. Öncelik, karşısındaki insanların duygularındaydı. Her zaman karşısındaki insanlar daha önemliydi. Kendisine ve çevresine tükenmez bir enerjisi var gibi geliyordu. Bu enerjinin bir gün sona erdiğine inanmak zor geliyor, acı veriyor.

Genç çalışma arkadaşlarının duyurularında söyledikleri gibi, "*Hiç kimseyi yarı yolda bırakmadı.*"

Bağışlayıcı, hoşgörülü ve "*gönlü gani*" idi. Geçirdiği sayısız seçim deneyiminde kendisine karşı olanlara, kendisine zorluk çıkaracağını bildiklerine bile el uzatmaktan kaçınmadı. Bu biraz kendine güvenin, biraz da gönüllü olarak yüklendiği insanları sorunlarından uzaklaştırma misyonunun sonucuydu. "*Herkes hata yapar, önemli olan hain olmaktır*" düşüncesini, sık sık yapmak zorunda kaldığımız değerlendirmeler sırasında izlerdik.

Ankara Hukuk Fakültesi'nin duyurusunda belirttiği gibi "*Cumhuriyet değerleri ile örülmüş bir yol bırakarak aramızdan ayrıldı.*" Bazı şeyleri anlamak istemeyenlerin aksine, Cumhuriyet'in değerleri ile demokrasinin, hukuk devleti ilkesinin, insan haklarının çeliştiğine hiç inanmadı. Onların birbirlerini tamamladığını düşünürdü. Bütün konuşmaları, mesajları bu gerçeği anlatmaya yönelik olmuştur.

Amerika'ya hareket etmeden önce Eyüp Sultan'a gidip ibadetini yapacak kadar inançlı bir insandı. Dini, siyasete ve ticarete âlet edenlere; dini, dünya işleri için referans olarak kullananlara karşı ölünceye kadar güvensizliğini belirtmekten çekinmedi. Bu konuda *Hürriyet* gazetesinde yayımlanan son demeci yeterli bir kanıttır sanırım.

Sevecen, içten, çevresine olumlu mesajlar veren, çalışkan Özdemir Özoğ'u başta ailesi, çocukları, yakınları, arkadaşları ve hukuk camiası hiç unutmayacak, her zaman hatırlayacaktır. Sanırım arkasından yazılanlar, mesajlar ve gazetelerde yayımlanan ilanlar, duyurular bunu açıkça göstermektedir. Seni unutturmamak ise bizlerin sana karşı borcudur. Rahat uyu kardeşim!

**Teoman ERGÜL**



**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI  
AV. ÖZDEMİR ÖZOK YAŞAMINI YİTİRDİ**

“İnsan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve Atatürk ilkelerinin yılmaz savunucusu, demokrasi aşığı” TBB Başkanı Avukat Özdemir Özok 24 Nisan 2004 tarihinde, Amerika’da tedavi görmekte olduğu Houston kentindeki Andersen Hastanesi’nde yaşama gözlerini yumdu.

Avukat Özdemir Özok, 1945 yılında (öldüğü gün de olan 24 Nisan’da) Kahramanmaraş’ın Göksun ilçesinde dünyaya gelmişti. 1970 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni bitirdi. Serbest avukat olarak mesleğe başladı.

1978-1980 yılları arasında Ankara Barosu Başkan yardımcılığı, 1982-87 yıllarında Türk Hukuk Kurumu Sayman üyeliği yaptı.

1990-92 yıllarında Ankara Barosu Başkanı idi.

1993-1997 yıllarında TBB Disiplin Kurulu üyeliği, 1997-2001 yıllarında TBB Genel Sekreterliği görevlerini yürüttü.

2001 yılında Diyarbakır’da yapılan TBB Genel Kurulu’nda Türkiye Barolar Birliği Başkanı seçildi. 2005 yılında ve 2009 yıllarında genel kurullar onu yeniden bu göreve layık gördüler. Özok, üçüncü dönem başkanlık görevini yaparken yaşama gözlerini yummuştur.

Öğretmen Neşe hanım ile kurmuş olduğu mutlu Özok ailesinin Ayça ve Ayşe adında iki kızları bulunmaktadır. Kızları, İstanbul Barosu avukatlarından Ayça Özok Ener’in de Demir adında bir oğlu bulunmaktadır.

## TBB YÖNETİM KURULU SEÇİMLİ GENEL KURUL KARARI ALDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, 27.04.2010 tarihli oturumunda, Başkan Özdemir Özok'un vefatı ile boşalan başkanlık için seçim yapmak üzere, TBB Genel Kurulunu 12-13.06.2010 tarihlerinde toplantıya çağırdı.

### AV. PROF. DR. ERALP ÖZGEN'İ ANDIK

Türkiye Barolar Birliği önceki Başkanı, değerli hukuk ve bilim adamı Av. Prof. Dr. Eralp Özgen'i, ölümünün üçüncü yıldönümünde, Çayyolu Alacaatlı Köyü'ndeki kabri başında, bir törenle andık.

Özgen'in yakınları ve TBB Başkanlık Diwanı üyelerinin yanı sıra, avukat ve akademisyen meslektaşlarının da hazır bulunduğu törende, TBB Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol bir konuşma yaptı.

Özgen'in "*ülkümüzde laik, demokratik ve sosyal hukuk devletini bütün kurallarıyla gerçekleştirme mücadelesinde ön saflarda yer aldığını*" söyleyen Av. Talay Şenol, onun "*Atatürkçü, çağdaş ve özgür düşünceye sahip*" kimliğine vurgu yaptı.

Av. Prof. Dr. Eralp Özgen'i şükran, minnet ve rahmetle anıyoruz.

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN 5 NİSAN AVUKATLAR GÜNÜ NEDENİYLE YAPTIĞI AÇIKLAMA

İnsanlık tarihi kadar eski olan savunma hakkının bir vekil-temsilci aracılığı ile kullanılması avukatlık mesleğini yaratmıştır.

Yargılamanın tarihsel süreci içinde, savunmayı farklı isimler altında hep avukatlar üstlenmiş, avukatların örgütlerini de barolar oluşturmuştur.

Ülkemizde de çağdaş anlamda avukatlık ve baro, Cumhuriyet devrimi ile başlamıştır.

Cumhuriyetin değerlerinden olan çağdaş uygarlığın hukuksal ifadesini hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü oluşturur.

Çağımızda, Hukuk devletinin özü; "*insanın insan olmasından ileri gelen, devredilemez dokunulamaz temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun kabulünde*" ve "*adalet esasına göre devlet otoritesinin hukukla sınırlandırılmasında*" temelini bulur. Başka bir deyişle, "*hukuk devletini kuran, temel haklar*"dır. Hukuk devleti, bu kuruluş ve otoritenin sınırlandırılmasını, savunmaya güçlü ve bağımsız konum tanıyarak gerçekleştirebilir. Bağımsız savunmayı temsil eden Avukat, halkın hak arama özgürlüğünün sesi ve teminatıdır.

Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak, yasama ve yürütme erkini eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğu bakımından denetleyip dengeleyecek olan erk, yargıdır. O nedenle yargının bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Bağımsızlık yargı için bir ayrıcalık değil, yargının tarafsız kılınmasının asgari koşulu ve hukuk devletinin gereğidir.

İnsanların yaşam kadar önemseydiği, hak ve adaletin gerçekleştirilmesini sağlayan yargı, "*sav-savunma ve karar*"dan oluşan üç temel unsur üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, bağımsız savunmanın temsilcisi olan avukat, yargının kurucu unsurlarındandır. Savunmanın temsilcisi avukatın olmadığı, savunma ve avukata gereken önemin verilmediği yerde; hak ve adalet yoktur, adil yargılanma yoktur, hukuk devletinden de söz edilemez.

Hukuk devletine işlerlik kazandıran yargı bağımsızlığının olmazsa olmazı ve en önemli özelliği "*savunma*" ve savunmanın özgürce yapılabilmesidir.

Bağımsız yargının en büyük güvencesi de savunmanın temsilcisi olan bağımsız avukatlardır.

Savunma hakkı, adil yargılanma hakkının başlangıcı ve temelidir.

Adil yargılanma hakkı, “silahların eşitliği”ni zorunlu kılar. Bu nedenle yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından sav ve savunma makamlarını oluşturan taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

Savunmanın, “yargının kurucu unsurlarından” biri olduğu göz ardı edilerek; savunma dışlanarak, yargının yargıç ve savcı birlikteliğine dönüştürülmesi, adil yargılanma hakkını yok eder.

Adalet devletin temeli ise savunma da adaletin temelidir ve bunu sağlayan bağımsız avukatlardır.

Yargı bağımsızlığında yargıç ve savcı gibi sorumluluk ve fonksiyonu olan avukatların, yargılama faaliyeti içindeki yerinin ve öneminin Anayasa’da “yargı” bölümünde belirtilmemiş olması büyük bir eksiklik, haksızlık ve yanlışlıktır.

Biz avukatların, meslek örgütlerimiz olan barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliği’nin kamu kurumu nitelikleri olmakla beraber, Anayasa’nın 135. maddesinde yer alan diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi görülmesi ve Anayasamızda yürütme erki içinde yer alması yanlıştır. Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatlar ve onların hukukun üstünlüğünü savunan ve hukuk devletin inşasında asli görevi olan örgütlerinin Anayasa’daki yerinin de “yargı” bölümünde olması gerekir.

Yargının yapılanmasında avukatların ve baroların yer alması zorunluluktur. Başta Adalet Bakanlığı ve Adalet Komisyonları olmak üzere, adalet ve yargı hizmetlerinin yürütülmesinde, yargının idari yapılanması da

dahil olmak üzere yüksek mahkemelerde, avukatlar “yargı mensubu” olmalarının sonucu olarak yer alıp temsil edilebilmelidirler.

Savunmayı çökertip yargıyı ayakta tutmak olanaklı değildir. Güçlü yargı ancak güçlü ve bağımsız savunmayla sağlanır. Savunmayı göz ardı edenler mutlaka bir gün savunmaya ve avukata gereksinim duyacaklardır.

Savunma çökerse yargı da çöker ve herkes altında kalır.

Hak arama özgürlüğünü yaşama geçiren, adil yargılanma sağlanmasında çok önemli rolleri bulunan yargının kurucu unsuru, savunmanın temsilcisi avukatların ve avukatlık mesleğinin sorunları gittikçe tırmanış gösteren boyutlara ulaşmaktadır. Avukatlar görevlerini ifa ederlerken ciddi boyutlarda saldırılara uğramakta, can güvenlikleri sağlanamamakta ve çoğu zaman özgürce savunma yapılamamaktadır. Meslektaşlarımız, mali-ekonomik- sosyal güvenlik - gelecek kaygısı gibi çok ağır sorunlar altında mücadele etmekte, çarpık hukuk anlayışının bir sonucu olarak günlük mesleki faaliyetleri sırasında da sayısız engellerle karşılaşmakta, canından bezdirilmektedir.

Tüm bu olumsuzluklara karşın, ülkemizde hukukun üstünlüğü ilkesine olan sarsılmaz inancıyla hak ve adaletin gerçekleşmesine, savunmanın özgür temsilcisi olma bilinciyle yaklaşan, saygın, cesur ve onurlu meslektaşlarımızın varlığı, ülkemizin ve mesleğimizin geleceği için en büyük güvencedir.

“Demokrasiye, laik cumhuriyete, bağımsız savunmaya, bağımsız yargıya ve hukuk devletine” inanan avukatlar ve avukatların örgütleri olan barolar ve Türkiye Barolar Birliği olarak, “Hukuk devleti, bağımsız yargı ve bağımsız savunma hedefine” yönelik eylem ve söylemlerimizi hep birlikte duraksamadan inançla sürdüreceğiz.

Bu duygu ve düşüncelerle tüm meslektaşlarımızın "5 Nisan Avukatlar Günü"nü yürekten kutluyoruz.

## **ANAYASA DEĞİŞİKLİK PAKETİ TBB'YE SUNULDU**

Anayasa Değişiklik Paketi, TBB'yi ziyaret eden Başbakan Yardımcısı Bülent Arınç, TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Ahmet İyimaya ve Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkan Yardımcısı Haluk İpek tarafından sunuldu ve görüşme yapıldı.

Görüşmenin ardından TBB Başkan Yardımcısı Avukat Berra Besler basın mensuplarına aşağıdaki açıklamayı yaptı.

*"Başbakan Yardımcısı sayın Bülent Arınç ve birlikte gelen değerli heyet üyeleri bizleri gündemdeki Anayasa değişiklikleri konusunda bilgilendirdiler. Kendilerine nazik ziyaretlerinden dolayı teşekkür ediyoruz. Teklifi kendilerinden resmen bugün aldık. Değişiklik Taslağını Yönetim Kurulumuzda en kısa sürede değerlendireceğiz.*

*Değerli basın mensupları; hepinizin takip ettiğiniz ve bildiğiniz gibi; Türkiye Barolar Birliği olarak; daha önce yaptığımız açıklamalarda; toplumun tamamını ilgilendiren Anayasa değişikliklerinin; uzlaştırıcı, sağlıklı ve bilimsel bir ortamda; objektif esaslarla tartışılarak gerçekleştirilmesinin en uygun çözüm olacağını ifade etmiştik.*

*Yine, bir süredir yaşanan ve üzüntüyle izlediğimiz kargaşa ortamında, hükümet üyelerinin "yargı reformunun hızla gerçekleştirileceği" yolundaki açıklamalarından duyduğumuz kaygıyı dile getirmiştik.*

*Bugün için ortaya konan Anayasa değişikliği taslağı; HSYK ve Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin yeni düzenlemelerle; güçler arası den-*

## **KAMUOYU AÇIKLAMASI**

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, "*Anayasa değişiklik paketi*" olarak adlandırılan yasa taslağı metnini görüşmek üzere 27 Mart 2010 günü toplanmış ve kamuoyuna aşağıdaki açıklamanın yapılmasına oybirliği ile karar vermiştir.

Bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, iktidar devrini, devlet karşısında bireylerin özgürlüklerini düzenleyen temel belge niteliği olan anayasaların, zamanla ve koşullara göre, gereksinmelere cevap verecek şekilde, usulünce değişime uğramaları doğaldır. Devlet kurumları ve toplumun haklarını düzenleyen, güvence altına alan Anayasaların nasıl yapılacakları kadar, nasıl değiştirilecekleri de yaşamsal önemdedir.

Anayasamıza göre, halk kendisine ait olan egemenlik hakkını, devletin temel yetkili organları olan yasama, yürütme ve yargı eli ile kullanır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde egemenlik hakkını kullanan bu kuvvetlerin hiçbirine diğerinden daha fazla yetki verilmemiş, birbirinden ayrı ve eşit tutul-

geleri daha da bozacak, yasama ve yürütme-yi yargı aleyhine güçlendirerek sisteme aykırılık teşkil edecek nitelikte görünmektedir.

Ancak yukarıdaki konuşmalarımızda sayın Başbakan Yardımcısı, sayın Adalet Komisyonu Başkanı ve heyetle birlikte gelen değerli konuşumuz, bizlere bu teklifin değiştirilebilir, düzeltilebilir ve geliştirilebilir olduğunu ifade ettiler, bundan da sevinç duyduk.

Değerli basın mensupları,

Türkiye Barolar Birliği olarak yıllardır söylediğimiz ve istişari ziyaret raporlarında da teyit ve tavsiye olunduğu gibi yürütmenin yargıya müdahalesi niteliğini taşıyan Anayasadaki mevcut hükümlerin değiştirilmesi, güçler arası dengelerin tesisi beklenirken; yargı reformu olarak ortaya konan değişiklik önerilerinin, HSYK ve Anayasa Mahkemesi'nin yapılandırılması ile sınırlı tutulmuş olmasını, düşündürücü ve kaygı verici buluyoruz.

Yasamanın ve onun içinden çıkan yürütmenin güçlendirileceği ve yargının etkinliğinin zayıflatılacağı izlenimini veren yeni düzenleme önerilerinin, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşan bir yönü olamaz.

Şimdilik söyleyeceklerimiz bundan ibaret. Yönetim Kurulumuzda değerlendirmemizi yapıp, görüşlerimizi ilgililere aktaracağız”

## **TBB YÖNETİM KURULU ANAYASA DEĞİŞİKLİK PAKETİ İLE İLGİLİ OLARAK YANDAKİ AÇIKLAMAYI YAPTI**

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, “Anayasa değişiklik paketi” olarak adlandırılan yasa taslağı metnini görüşmek üzere 27 Mart 2010 günü toplanmış ve kamuoyuna aşağıdaki açıklamanın yapılmasına oybirliği ile karar vermiştir.

muş, aralarında yalnızca medeni bir işbirliği ve işbölümü öngörülmüştür. Bu nedenle anayasa değişiklikleri yapılırken, sistemin özüne ve kuvvetler ayrılığı ilkesine dokunulmamalıdır.

Değişiklik taslağına bir bütün olarak bakıldığında, düzenlemelerin “siyaset-yargı” eksenine oturduğu ve Anayasal “kuvvetler ayrılığı” ilkesinin “yeniden” yorumlanmasına yönelik olduğu görülmektedir. Bu yolla yürütme ve yasama karşısında, “yargı” yeniden konumlandırılmak istenmekte, bu nedenle de üst yargı bürokrasisi siyasi iktidarın beklentilerine uygun olarak yeniden yapılandırılmaktadır. Siyasi sistemimizin lider oligarşisine dayalı, çoğulcu değil “çoğunlukçu” özellikleri bu yapılandırmayla birlikte değerlendirildiğinde, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak, yürütmenin yargıya mutlak egemenliğinin hedeflendiği görülmektedir.

Bu denli yaşamsal bir değişiklik taslağının oluşumunda, toplumsal uzlaşma bir yana; bunun ilk adımı olan kurumsal ve siyasi diyalog dahi söz konusu olmamıştır.

Gelinen aşamada siyasi iktidarın içtenliğine duyulan kuşku, süreç açısından başlı başına bir sorun oluştur-

\* Bkz. Ekler bölümü

## TÜSİAD ANAYASA DEĞİŞİKLİK PAKETİNDE 3 MADDEYE İTİRAZ ETTİ

TÜSİAD, anayasa değişikliği paketinde,, yargı reformuyla ilgili 3 maddenin yetersiz olduğunu söyledi ve değişiklikle yargının, yürütmenin etkisi altına alınacağını kaydetti.

Boyner şunları söyledi: “Yargıyı yürütmenin etkisi altına koyarsak o zaman kuvvetler ayrılığından bahsetme imkanımız yok. Yargı reformuyla ilgili üç maddeyi yetersiz buluyoruz. Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini artırmak doğru değil. Çıkan yeni kanunların yüzde 95'i Bakanlar Kurulu tarafından yapılmış. Sadece yüzde 5'i meclis tarafından yapılmış, bu da gösteriyor ki yasama çalışmıyor. Parti kapatmalarla ilgili anayasal düzenleme yapılmalı. Yüzde 10 gibi bir baraj olmasaydı zaten parlamentonun oluşması daha temsilci bir noktaya gelecekti. Meclis oluşma şeklini demokratik bulmuyoruz.

Türkiye siyasi anlamda kırılğanlığını üzerinden attı. Büyük şoklar beklemiyorum. Türkiye atılım yapma fırsatıyla karşı karşıya. Hükümetle diyalog sorunumuz yok. Bazı konuları sık sık tekrar etmek durumunda kalacağız. Birçok önerimiz kabul görmeyebilir.”

## TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ YENİ BİR ÖRGÜTLENME ÇALIŞMASI YAPTI

TBB İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları İzleme, Raporlama ve Arşivleme konusunda hazırlamış olduğu yönetmelik çerçevesinde çalışmalara başladı.

maktadır.

Yasama organının, görev döneminin son aşamasına girmiş olduğu göz önüne alındığında, gerek yürütme ve gerekse yasamanın, üzerinde uzlaşma sağlanamamış konu ve kapsamda giriştiği bu Anayasa değişikliği siyasi etik açısından da sorunludur.

Siyasi iktidarca kurgulanan olası bir referandumun toplu oylama özelliğini, toplum üzerinde bir dayatmaya yol açacağından, demokrasi kurallarıyla bağdaştırmak olanaksızdır. Geçmiş deneyimler göz önünde bulundurulduğunda, arkasında makul ölçüde destek olmaksızın gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin, çözdüklerinden daha fazla soruna neden oldukları ortadadır.

Halkoylaması kapsamında, demokrasimizin temel sorunlarından olan ve vatandaşların çok büyük çoğunluğunun onay ve receği muhakkak olan, “*milletvekili dokunulmazlıklarının sınırlandırılması*”, “*seçim barajının düşürülmesi*” vb. anayasa değişikliklerinden geri durulması ayrıca dikkat çekicidir.

Türkiye Barolar Birliği adalet sistemimizin işleyişindeki sorunları her zaman vurgulaya gelmiş, anayasaya ilişkin görüşlerini her ortamda açıklıkla ortaya koymuştur. 1982 Anayasası'na, tasarı halindeyken en zor koşullarda Türkiye Barolar Birliği tarafından duraksamaksızın karşı çıkılmış; Anaya-



İlk Proje Toplantısı 28.03.2010 tarihinde TBB Kültür Merkezi'nde yapılmıştır.

### **19. BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI**

17-18 Nisan 2010 Cumartesi-Pazar günleri Ankara'da TBB Kongre Merkezi'nde 19. Baro Başkanları toplantısı yapıldı. Toplantıya altmış baro başkanı veya baro temsilcisi katıldı.

Toplantıda "Adli Yardım Sorunları ve Çözüm Önerileri" ile "Türkiye'de Mahkeme Yönetimi Sistemine Destek Projesi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konularında görüşmeler yapıldı. Toplantı tutanağı yakında kitap halinde yayımlanarak ilgililere sunulacaktır.

### **TÜSİAD "EN İYİ GENÇ HUKUKÇU" ÖDÜLÜ SAHİBİNİ BULDU**

TÜSİAD'ın kamuoyunda hukuk devleti bilincinin güçlendirilmesine katkı sağlamak ve lisans veya lisansüstü düzeyde hukuk eğitimi almış 40 yaş altı genç hukukçuları özgün çalışmalar yapmaya teşvik etmek amacıyla 2008 yılında tesis ettiği, "En İyi Genç Hukukçu Ödülü"nü ikincisi, 5 Nisan Avukatlar Günü'nde düzenlenen ödül töreni ile sahibini buldu.

2009 yılı teması, "medeni usul hukuku" olan ödül, "Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukukunda Çelişmeli Yargılama İlkesi" adlı eseriyle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştır-

sa değişiklikleri gündeme geldiğinde Türkiye Barolar Birliği, bir hukuk örgütü olarak her zaman yapıcı rol oynamıştır.

Türkiye Barolar Birliği'nin anayasa çalışmaları arasında en son "2007 Anayasa Önerisi" bulunmaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanan bu Anayasa Taslağı; özgürlükler alanını genişleten, kişiler için yeni özgürlükler ve haklar getiren nitelikleriyle sivil ve özgün bir anayasa önerisidir.

Türkiye Barolar Birliği'nin "2007 Anayasa Önerisi" ile ortaya koymuş bulunduğu görüşler geçerliliğini bugün de korumaktadır. Kamuoyuna açıklanan Anayasa değişiklikleri "yargı reformu" değil, yargının yürütmenin vesayeti ve etkisi altına alınması olarak nitelendirilmekte ve bundan endişe duyulmaktadır. Çünkü öngörülen siyasi arka planlı yasal değişikliklerin, adaletin işleyişindeki temel sorunların üstesinden gelebilecek, yurttaşlarımızın "adil yargılanma hakkı"na ilişkin beklentilerine yanıt verebilecek "yargı reformu" ile hiçbir bağı bulunmamaktadır. Yargı reformu bir yana, söz konusu anayasa değişikliğinin gerçekleşmesi halinde zaten sorunlu olan "yargı bağımsızlığı" ve "tarafsızlığı" daha da tehlikeye itilmiş olacaktır.

Siyasal iktidar, "yargı" bağlamında yapılan değişikliklerin, uluslararası ölçütlere, uygun olduğunu ileri sürse de, bu düzen-

ma Görevlisi Mert Namlı'ya verildi. Ödülünü TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Ümit Boyner'den alan Mert Namlı'nın, "*Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukukunda Çelişmeli Yargılama İlkesi*" başlıklı eserinde, "çelişmeli yargılama ilkesi" çeşitli boyutlarıyla irdelenmekte ve bu kapsamda mukayeseli hukuktan yola çıkarak Türk hukuku için tartışmaya değer öneriler ortaya koyulmaktadır. TÜSİAD'ın, kamuoyunda hukuk devleti bilincinin güçlendirilmesine katkı sağlamak ve lisans veya lisansüstü düzeyde hukuk eğitimi almış 40 yaş altı genç hukukçuları özgün çalışmalar yapmaya teşvik etmek amacıyla 2008 yılında tesis ettiği, "*En İyi Genç Hukukçu Ödülü*"nün ikincisi, 5 Nisan 2010 tarihinde (bugün) düzenlenen ödül töreni ile sahibini buldu. 2009 yılı teması, "*medeni usul hukuku*" olan ödül, "*Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukukunda Çelişmeli Yargılama İlkesi*" adlı eseriyle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Mert Namlı'ya takdim edildi.

Ödülünü TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Ümit Boyner'den alan Mert Namlı'nın, "*Medeni Usul Hukuku'nun Yasama Üstü Kaynakları Çerçevesinde Fransız ve Türk Hukukunda Çelişmeli Yargılama İlkesi*" başlıklı eserinde, "çelişmeli yargılama ilkesi" çeşitli boyutlarıyla irdelenmekte ve bu kapsamda mukayeseli hukuktan yola çıkarak Türk hukuku için tartışmaya değer öneriler ortaya koyulmaktadır.

lemeler AB İstisari Ziyaret Raporları (2003, 2004, 2005 ve 2008), İlerleme Raporları ve Avrupa Yargıçlar Konseyi Raporu önerileriyle yargı bağımsızlığı yönünden çelişir niteliktedir.

Günümüz Türkiyesinde yaşanmakta olanlar, yargıya siyasi müdahale boyutlarının fiilen büyüdüğünü göstermektedir. Değişiklik taslağının yargıya ilişkin içeriği bu kez, "*siyasal yargıya*" geçişin hukuki alt yapısının oluşturulmakta olduğu kuşkularına haklılık kazandırmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu gelişmelerden duyduğu endişenin sonucu olarak; öncelikle siyasal iktidarın, değişiklik taslağını geri çekmesini ve toplumun tüm kurum ve kesimlerinin katıldığı bir uzlaşma ortamının oluşmasına katkı vermesini, uzlaşmanın sağlandığı konularda değişikliklerin ivedilikle gerçekleştirilmesi için çalışılmasını, bu bağlamda yeni yapılacak çalışmalarda; savunmanın ve baroların anayasanın yargı bölümünde yer almasını, milletvekili dokunulmazlıklarının sadece yasama faaliyetiyle sınırlanmasını, seçim barajının makul düzeye indirilerek geniş halk kesimlerinin de TBMM'de temsilinin sağlanmasını ve yargı bağımsızlığını tam anlamıyla yaşama geçirecek düzenleme ve yapıların oluşturulmasını önermektedir.

## AB VE DÜNYADAN HABERLER\*

### • Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi

AB'yi kuran Antlaşma'nın 2. maddesi; Birliğin insan haysiyetine değer verme, eşitlik ve insan haklarına saygı ve kadın-erkek arasında eşitlik esasının bütün AB üyesi ülkelerde benimsenmesi temeli üzerine kurulduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda AB Konseyi kadın haklarını koruyucu ve destekleyici pek çok karar almış ve bu kararları üyelerine bildirmiştir. Diğer taraftan, üyeler kadınlara karşı ayrımcılığı ve işkenceyi önleyen AB ilkelerine uymaları konusunda tavsiyelerde bulunmuştur. Konsey bu defa kadınlar günü nedeni ile kadına karşı işkenceyi önlemek ve mücadele etmek için bir Avrupa Stratejisi belirlenmesi için "*Kadınlara karşı şiddeti önlemek ve mücadele etmek için ortak prensiplere ilişkin bir çerçeve Kararı*" almıştır. Bu çerçeve üç temel öncelik belirlemiştir. Bunlar:

a. Avrupa genelinde kadına karşı şiddet sorununu günümüzdeki durumunu yeniden gözden geçirmek ve verileri ortaya koymak,

b. Sorunlara ulaşabilmek için temel hedefler ve yöntemler belirlemek; bu konuda AB ülkeleri kapsamında mukayeseli bilgi toplayarak üye ülkelerin önlem alma ve önlemleri uygulamasını desteklemek,

c. Bu bağlamda ilk adım olarak "*Kadına Karşı Şiddeti Önlemek için Avrupa Gözlemevi*" kurmak hedeflenmiştir.

Bu bağlamda hedeflenen strateji ile genç kızlar ve mağdur olan kadınlara gerekli ve özel ilgi gösterilmesinin sağlanması hedeflenmektedir.

---

\* TBB Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Birliği Merkezi Müdürü Av. Derya Yeşiladalı ile yardımcıları Av. Mehmet Gülerman ve Murat Yalkın tarafından hazırlanmıştır.

- **Avrupa Komisyonu Cinsiyetler Arası Ücret Farkını Azaltmayı Hedeflemektedir**

Avrupa Komisyonu önümüzdeki beş yıl içinde kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret eşitsizliğini gidermek için bir dizi tedbir almayı planlamaktadır. AB’de halihazırda ücret farkı %18 oranında bulunmaktadır. Bu oranın azaltılması için işverenler arasında farkındalık yaratmak, cinsiyetler arası eşitliği savunmak ve cinsiyetler arası ücret farkının ölçülmesi için yeni araçlar geliştirmektedir. Bu tedbirlere yeni yasal yaptırım ve düzenlemeler de dahil bulunmaktadır. Bu bağlamda, Komisyon 2010-2015 yıllarını kapsayan beş yıllık bir stratejiyi 2010 yılının ikinci yarısında sunacaktır. Hazırlanacak stratejide yasal, ekonomik ve sosyal olmak üzere tüm araç ve önlemler değerlendirilecektir. Bu doğrultuda Komisyon;

a. Çalışanlarla görüşmeler yaparak ücret ayırımının bildirilmesi ve şirketlerde ücret ödemelerinin şeffaflaştırılmasını sağlamak,

b. Cinsiyetler arası iş tanımlama ve ücret skala farkının ortadan kaldırılmasını teşvik etmek,

c. Eşit ücret hakkının ihlali halinde ceza ve yaptırımların artırılmasını desteklemek,

d. Çalışanları, işverenleri ve kamuyu ücret ayırımı ve çözümler konusunda bilinçlendirmek,

e. Cinsiyet eşitliğini sağlayan tedbirleri desteklemek,

f. İşverenlerin ücret eşitsizliği konusunu analiz etmeleri için araçlar geliştirmek,

g. Ücret farkına ilişkin istatistiklerin arz ve kalitesini iyileştirmek,

Gibi hedefler üzerinde durmayı planlamaktadır.



- **Avusturya, Fransa ve İrlanda'da Minimum Sigara Fiyatlarına İlişkin Yasal Düzenlemenin AB Hukukunu İhlal Ettiğine İlişkin Adalet Divanı Kararı**

Adalet Divanı, Avrupa Komisyonu tarafından Fransa, Avusturya ve İrlanda aleyhine açılan davada kararını vermiştir. Komisyon adı geçen üye ülkeler tarafından tütünden üretilen sigara ve benzeri ürünlere uyguladıkları sabit asgari fiyatın 95/96 sayılı Direktif'e aykırı olduğu iddiasıyla Adalet Divanı'nda dava açmıştır. Söz konusu Direktif sigara ve benzeri ürünlerin tüketim vergisine tabi olduğu hususunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre bütün sigaralar üzerindeki oransal ve sabit tüketim vergisinin aynı miktarda olması gerektiği hususunu düzenlemiş bulunmaktadır. Aynı düzenleme, üretici ve üretilmiş tütün ihracatçılarının ürettikleri ürünlerin azami satış fiyatını belirlemede serbest olduğunu hüküm altına almaktadır. Komisyona göre davalı üç AB üyesi ülkenin asgari satış fiyatı belirlemesine ilişkin yasal düzenleme üretici ve ihracatçıların azami tekel satış fiyatı belirleme özgürlüğünü ihlal eder nitelikte bulunmaktadır. Bu bağlamda, anılan ülke düzenlemeleri AB Direktifine aykırı bulunmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme; asgari satış fiyatlarının 95/96 sayılı Direktif'in 9(1). maddesine aykırı olduğuna, düzenlemenin sağlığı korumak amaçlı olduğuna ve üye ülkelerin sigara tüketimini yasaklamasına ilişkin olmadığına, tütün ve tütün ürünlerinde uygulanacak tüketim vergisinin bütün AB üyesi ülkelerde aynı kurallara tabi olduğuna, ancak tüketici ve ihracatçıların düşük masraflardan kaynaklanan rekabet imkanlarından faydalanmakta serbest olduklarına karar vermiştir.

- **Adalet Divanından Türkler Lehine Karar**

AB Adalet Divanı (ATAD) AB üyesi ülkelerde çalışan Türk işçilerin çocuklarının haklarını güçlendiren bir karar vermiştir. Karara göre; Almanya'da üç yıldan fazla çalışmış bulunan ailelerin çocukları, aile Türkiye'ye dönmüş olsa bile Almanya'da bir meslek eğitimi aldıktan sonra bu ülkede çalışma hakkına sahip olacaktır.

C-462/08 No.'lu dava, 14 yaşına kadar Almanya'da yaşadıkten sonra bir süre ailesiyle Türkiye'ye dönen, ardından Almanya'da eğitimini tamamlayan bir Türk vatandaşı tarafından açılmış olup, Berlin'de süresiz oturma izni talep eden davacının bu talebi reddedilmişti. ATAD ise kararında; ortaklık hukuku hükümleri uyarınca ailenin Almanya'da yaşamasının şart olmadığına, Almanya'da çalışmanın "oturma iznine" bağlı olduğuna hükmetmiştir.

- **Avrupa'da Ekonomik Kriz Yüksek Öğrenime Olumsuz Etkiledi**

Avrupa Birliği üst düzey yetkilileri tarafından hazırlanan rapora göre ekonomik krizin en belirgin ve hissedilir etkisi yüksek öğrenim bütçesinde yapılacak değişikliklerde görülmektedir. Üye ülkeler tarafından hazırlanan farklı bütçeler yanıltıcı olabilmekle beraber pek çok ülke önümüzdeki yıllarda eğitim harcamalarında kesinti yapmayı planlamaktadır. Yapılan kısıtlamalar sonucu yüksek öğrenim kurumları tarafından istihdam edilen sayısında azaltmaya gitmektedirler. Söz konusu Rapor'un yayımlanması, Bolonya Yöntemi olarak bilinen stratejinin 10. yıl kutlamalarına denk gelmiştir. Bilindiği gibi, Bolonya yöntemi eğitim kurumlarını Britanya eğitim sistemine yaklaştıran bir sistemin uyumlaştırılmasına dayanmaktadır. Bu stratejiye göre, yüksek eğitim; üç yıl fakülte/yüksek öğrenim, 2 yıl mastır eğitimi ve araştırmaya dayalı bir doktora eğitiminden oluşacaktır.

- **İspanya'da Kürtaj Kanunu'nda Yapılan Değişiklik ve Etkileri**

İspanya'da kürtaj kanununda yapılan değişiklikleri protesto etmek için binlerce kişi gösteri yürüyüşleri yapmıştır. Yeni düzenlemeye göre 14 haftalık hamilelikte kürtaja izin verilmektedir. Yeni düzenleme 5 Temmuz yürürlüğe girecektir. 1985 tarihli eski düzenleme ancak 12 haftalık hamileliklerde veya cenin anomalilerinde veya annenin sağlığını tehdit eden hamileliklerde 22 haftalığa kadar kürtaja izin vermekte idi. İspanya Muhafazakar Halk

Partisi yeni düzenlemenin, yaşama hakkını düzenleyen İspanyol Anayasasının 15. Maddesine aykırı olduğunu iddia etmektedir.

- **AB’de Doğum İzni**

AB Konseyi doğum iznine ilişkin yeni bir direktifi 8 Mart 2010 tarihinde kabul etmiştir. Yeni düzenlemeye göre her iki ebeveyn de 3 ila 4 aylık doğum izni alabilecektir. İzinler eşlere devredilemeyeceği gibi kullanılmayan izinlerde yanacaktır. Bu detay, babaların da doğum izni almasını teşvik için getirilmiştir. Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik ise çalışanın sözleşme türüne bakılmaksızın bütün işçiler düzenleme kapsamında bulunmaktadır. Üye ülkeler bu düzenlemeyi iki yıl içinde ulusal mevzuatlarına dahil etmek zorunda bulunmaktadır.

- **AB’de Adil Yargılanma Hakkı**

AB Komisyonu 9 Mart 2010 tarihinde buldukları ülke dilini anlamayan AB vatandaşlarının, adil yargılanma hakkının sağlanması amacıyla düzenleme teklif etmiştir. İlk hedef ceza davalarında ortak bir prensibin oluşmasını sağlamaktır. Zira yeni Lizbon Antlaşması AB’ne vatandaşlarının haklarını güçlendirmek ve AB Temel Haklar Bildirgesi ile uyumlaştırmak için gerekli tedbirleri alma yetkisi vermektedir. Bu doğrultuda, başka bir AB ülkesinde cezai kovuşturmayla uğrayan veya bir davanın tarafı olan kişiler yargılamanın yapıldığı ülke dilini anlamayabilmekte ve adil savunma yapamamaktadırlar. Yapılan teklif ile getirilmesi beklenen değişiklikler söz konusu vatandaşın tercüme ve çeviri hakkını güçlendirmek amacıyla taşımaktadır. Bu hak üç şekil güçlendirilmektedir:

1. Avukatla görüşmek için, poliste ifade verirken ve mahkemede tercüman ve tercüme hakkı sağlanmalıdır.

2. Yargılama adil yapılmalıdır. Gerekli bütün belgelerin yazılı çevirisi/tercümesi yapılmalıdır. Tutuklama emri, iddianame, delillerin gibi yazılı belgeler yazılı olarak tercüme edilmelidir. Mağdur sadece sözlü tercüme veya özet çevirilere itibar etmemelidir.

3. Tercüme isteme hakkından feragat etmeden önce hukuki yardım alma hakkına sahip olunmalıdır. Kişiler bir avukata danışmadan haklarından feragat etmeye zorlanmamalıdır.

Bu kapsamda yapılacak tercüme masrafları üye ülkeye ait olacaktır. Komisyon bu düzenlemenin bir an evvel çıkması için çalışmalarını sürdürmektedir. AB Adalet Komiseri Reding söz konusu direktifin İspanya'nın AB dönem Başkanlığı süreci içinde çıkarılması için çalışmaların hızla devam ettiğini belirtmiştir.

- **BM 9/11 Şüphelileri İçin Sivil Mahkemeye Gidilmesini İstedi**

BM insan hakları ve terörizmle mücadele konusunda özel raportör olan Martin Scheinin 9 Eylül komplocularının sivil mahkemelerde yargılanması gerektiği hususunda Obama yönetimine çağrıda bulunmuştur. Adı geçen raportör askeri komisyonların "*ciddi biçimde hatalı*" olduklarını, sistemde reform yapılmasının bile sorunları çözemeyeceğini belirtmiştir. Beyaz Saray'dan yapılan açıklamada sanıklardan birisi için yapılacak bir şey olmadığı, ancak diğer şüpheli teröristlerle ilgili olarak sivil mahkeme ve dava için kanun yapıcıların çalışmaya başladığı ifade edilmiştir.

- **AB'de Hasta Hakkı**

Adalet Divanı savcısı, hasta haklarını korumak için Adalet Divanı'nda açılmış olan dava ile ilgili olarak başka bir AB üyesi ülkede hastalanarak tedavi görmek zorunda kalan bir kişinin tabi olduğu ülkenin hastane masraflarını ödemek zorunda olduğunu açıklamıştır. Savcının görüşü hakimleri bağlamamakla beraber, davanın çözümünde etkili olacaktır. İspanya vatandaşı bir kişinin Fransa'da gördüğü tedavi ve hastane masraflarının İspanya tarafından ödenmemesi hizmet sunma serbestisine ilişkin AB düzenlemesine aykırı bulunmaktadır. Nitekim Adalet Divanı 2006 yılında verdiği bir kararda, Fransa'da kalça operasyonu geçiren bir İngiliz hastanın tedavi masraflarının İngiltere Ulusal Sağlık Hizmetleri kurumu tarafından ödenmesini hükmetmişti.



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AV. ÖZDEMİR ÖZOK'UN ARDINDAN...

Berra BESLER\*

Yaşamı boyunca haksızlıklara karşı mücadele eden, savunmanın yürekli sözcüsü, can dostumuz, örnek meslektaşımız değerli başkanımız Av. Özdemir Özok; onurla, yüzünün aklıyla yaşadığı bu dünyadan bizlere kendisini kaybetmenin derin acısını bırakarak ayrıldı. Sayın Özdemir Özok'u, 1984 yılında İstanbul Barosu genel sekreteri olarak görev yaptığım günlerde, dönemin Türkiye Barolar Birliği Başkanı sayın Av. Teoman Evren'in "*sevgili Teoman ağabeyimizin*" avukatlık bürosunda tanımıştım. O günden sonra Sayın Özdemir Özok ile irtibatımız hiç kesilmedi. Aradan geçen 26 yılda dostluğumuz zenginleşerek gelişti, pekişti. Ankara'ya her gelişimde, sevgili Teoman ağabey ve sevgili Özdemir Özok ile mutlaka birlikte olurduk. Şimdi aramızda bulunmayan, müstesna kişilikleri olan iki değerli başkanımın; güven, sevgi ve dostluklarını kazanabildiğim, onlarla ve değerli aileleri ile güzel günleri, yılları, sevinçleri, hüznüleri, başarıları, ilkesel mücadelelerimizi paylaşabildiğim için ben kendimi her zaman şanslı saymışımdır.

Sayın Özdemir Özok, geçen yıllar içinde adım adım, tanıdığı olduğum başarılarla doğru yürüdü. Ankara Barosu Başkanlığı'ndan sonra Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyeliği, Yönetim Kurulu üyeliği ve Genel Sekreterliği görevlerini değişmeyen çizgisi ile özveri ve başarı ile yürüttü. Artık onun hak ettiği yer; Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı idi. Beklediğimiz, istediğimiz sonuç 2001 yılında gerçekleşti.

Ben onu her zaman yürekten teşvik ettim ve destekledim. Başarıları ile mutlu oldum, heyecan ve gurur duydum. Sayın Özok İstanbul'a her gelişinde iki eli kanda olsa beni arar, avukatlık büroma gelirdi. Kendisi ile buluşur, konuşur, mesleğimizi hak ettiği yere ulaştırmak,

---

\* Av. Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı.

yüceltmek için, daha ne gibi hizmetlerin ve çalışmaların gerekli olduğunu, bağlı olduğumuz ilkelerimizi korumak ve yerleştirmek için neleri yapmamız gerektiğini tartıştık. Kendisini mesleğine adanmış, eşitliği, barışı ve kardeşliği benimsemiş, hak ve adaletten yana, insan haklarına saygılı, demokrasiye, hukukun üstünlüğüne, hukuk devletine, yargı bağımsızlığına, savunma özgürlüğüne yürekten inanmış, Cumhuriyetimizin felsefesini ve kazanımlarını özümsemiş, Atatürk ilkelerine sarsılmaz inançla bağlı Özdemir Özok elbette; bu ilkeler uğruna mücadele veren Türkiye Barolar Birliği'nin çok değerli ve unutulmaz başkanları sayın Av. Faruk Erem, sayın Av. Atila Sav, sayın Av. Teoman Evren, sayın Av. Önder Sav, sayın Av. Eralp Özgen'in onurla, başarıyla taşıdıkları bayrağı aynı doğrultuda yücelterek taşıyacaktı. Ne mutludur ki öyle oldu ve o bizleri hiç yanıltmadı.

Büyük ve aydınlık hayallerini gerçekleştirmek için yılmadan mücadele eden sayın Av. Özdemir Özok, 2001 yılında Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı yoluna;

- *Çağdaş bir Türkiye özlemedir bizi yönlendiren,*
- *Demokratik bir cumhuriyettir temel hedefimiz,*
- *Özgür yurttaş olmaktır seçimimiz,*
- *İnsan hakları, hukukun üstünlüğü ve sivil toplumdur özümsemişimiz,*
- *Eşitlikçi, dürüst ve erdemli bir yönetimdir istediğimiz,*

sözleri ile çıkmış ve hedefimize ulaşabilmek için;

• *Yolumuz büyük önder Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşlarının aydınlattığı çağdaş, özgür ve tam bağımsız, demokratik, laik sosyal hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti yoludur. Bu yoldan bizi hiçbir güç alıkoyamayacak ve engellemeyecektir.*" diyerek azim ve kararlılıkla yürümeye devam edeceğimiz yolun ne olduğunu bir kez daha vurgulamıştı. Sayın Özok, söz verdiği gibi yaptı ve doğru bildiği yolda kararlılıkla yürüdü.

Büyük hitabet gücüne rağmen, hayatını şekillendiren sadece güzel söylemler değil, "kalıcı, sonuç alıcı tavır ve eylemler"di. Sayın Özdemir Özok, ilkeleri doğrultusunda kararlı ve mücadeleci kişiliğinin yanı sıra; ailesinin her ferdine düşkünlüğü ve sevgisiyle de eşine az rastlanır bir aile babası, evlat ve kardeşi. Onu tanıdığım günlerde iki güzel küçük kızı vardı. Şimdi onlar büyüdüler ve iki güzel insan oldular, biri evlendi çoluk çocuğa karıştı sevgili babasına dedelik sevincini yaşattı.

Özdemir Özok ailesine, sevgili eşine, üzerlerine titrediği evlatlarına duyduğu engin sevgi ve şefkatini dalga dalga çevresine de yansıtan, dostlarını sınımsız sahiplenen, vefa duygusu güçlü müstesna bir insan, sırtı yere gelmeyen bir pehlivandı. Sporculuğun en önemli özelliği olan amatör hizmet ruhunu hiçbir zaman unutmamış, yaşamına da yansıtmıştı.

2009 yılında Türkiye Barolar Birliği başkanlığına üçüncü kez aday olurken; beni onurlandıran *"ısrarlı birlikte çalışma isteği"* karşısında çok heyecanlanmış ve gurur duymuştum. Türkiye Barolar Birliği'nin 23-24 Mayıs 2009 günü yapılan 30. Olağan Genel Kurulu'nda sayın Özok Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na seçilirken ben de yönetim kurulu üyeliğine seçildim ve Başkan Yardımcısı olarak göreve başladım. Dostluğumuza birlikte çalışmanın enerjisini ve onurunu katarak, bağlı olduğumuz ilkeler doğrultusunda mesleğimiz için düşündüklerimizi gerçekleştirecektik. Ne yazık ki 2009 yılı Haziran ayının sonunda kendini göstermeye başlayan hastalığı ve nihayet ona hiç yakışmayan ölümü buna fırsat tanımadı. Bana onunla dost, arkadaş, kardeş olabileme şansını veren hayat, birlikte çalışma olanağını vermedi. Kalbi insan sevgisiyle, zihni aydınlık düşüncelerle yüklü; herkesi dinleyebilme ve anlayabilme erdemini gösteren Özdemir Özok için yaşadığı her gün; sevginin, ilginin, hoş görünün, birlikteliğin, dayanışmanın günüydü.

Dürüstlük; 15 Temmuz 2003 tarihinde Anayasa Mahkemesi asıl üyeliğine seçildiği zaman, bu görevi *"bir siyasi partiye üye olduğu için"* geri çevirecek kadar kişiliğinin doğal bir parçasıydı.

Değerli başkanımızın sözlerinin arkasında her zaman dimdik, kararlı, cesur, vakur duruşunu, fikirlerini korkusuzca ifade eden o gür sesini çok özleyeceğiz ve onu kalbimizde yaşamaya devam edeceğiz. Türkiye Barolar Birliği, kuruluş amacı ve yasaların kendisine verdiği görevler ve sorumluluklar doğrultusunda; kuruluşundan bu yana hukukun üstünlüğünü vazgeçilmez ilke olarak kabul eden, devletimizin kurucusu büyük Atatürk'ün ilkelerinden, laiklik prensibinden, üniter devlet yapısından ve Cumhuriyetimizin kazanımlarından ödün vermeyen anlayışı ile ülkemizde; demokrasinin eksiksiz uygulanmasını, insan haklarına saygının yerleşmesini, hukuk devletinin işlerlik kazanmasını ve onun en önemli özelliği yargı bağımsızlığının ve savunmanın özgürlüğünün sağlanmasını hedef bilen sarsılmaz inancı ile yargının kurucu unsuru, savunmanın etkin gücü olarak sürdürdüğü mücadelesine devam edecektir.



## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 2010 yılında Türkiye Barolar Birliği Kurucu Başkanı Faruk Erem adına hukukçuların katılabileceği,

**“MESLEK ETİĞİ”**  
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, Balgat/Ankara adresine gönderilmek üzere,
  - 9 Ağustos 2010 Pazartesi günü saat 17.00'ye kadar** Taahhütlü olarak postaya veya kargoya teslim edilmelidir. Elden yapılan teslimler değerlendirmeye dahil edilmeyecektir.
- Yarışmaya katılacak yapıtlar en az A4 ebadında 1,5 aralıkla ekleri hariç otuz sayfa olmalıdır. Daha fazla ve az olan eserler değerlendirmeye kabul edilmeyecektir.
  - Yarışmada birinciliğe layık görülen yapıta 5.000 TL ödül verilecektir.
- Ödül 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 2010 GÜNÜ AÇIKLANACAKTIR.**

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ EDİNİMİ

Suat ŞİMŞEK\*

## 1. Giriş

Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları olarak tanımlanmaktadır. Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmesi konusu, Türkiye'nin en çok yanlış anlaşıldığı konuların başında gelmektedir.

Özellikle idari uygulamadan kaynaklanan eksiklikler nedeni ile Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) nezdinde mahkum olabilmektedir. Üstelik cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusu Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkilerinde önemli bir unsur teşkil etmektedir.

Bu çalışmada AİHM'nin, Türkiye'de cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ve cemaatlerin mevcut taşınmazlarını kaybetmelerine neden olan süreçlere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) kapsamında bakış açısı, AİHM kararları ışığında değerlendirilecektir.

## 2. Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmelerine İlişkin Ulusal Mevzuat

### 2.1. Osmanlı Dönemi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, İmparatorluk sınırları içinde yaşayan azınlıklara özel bir statü tanınmıştır. Bu kapsamda azınlıklar,

---

\* Maliye Bakanlığı Millî Emlak Kontrolörü

padişah fermanları ile sahip oldukları (kilise, manastır, havra ve sinagog gibi) ibadet yerlerinin bakımı ve korunması için dini; okulların korunması ve yaşatılması için ilmi ve hastanelerin veya diğer hayri faaliyetlerin yaşatılması için hayri vakıflar kurmuşlardır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivinde bulunan “*Evkaf-ı Hristiyan*” adını taşıyan 29 no.’lu deftere göre [1141 (1728)-1331 (1912)] tarihleri arasında müslüman olmayanlara ait 31 adet vakfiye kaydı bulunmaktadır. Bunların yirmi sekizi Ermeniler, ikisi Rumlar, biri Yahudiler tarafından kurulmuştur.<sup>1</sup>

Osmanlı hukuk sisteminde vakıfların 1912 yılına kadar tüzel kişiliği bulunmamakta idi. Üstelik cemaat vakıfları, klasik Osmanlı vakıflarına göre daha farklı bir yapıya sahiptiler. Bir başka anlatımla cemaat vakıfları denen kurumlar, Osmanlı’nın son döneminde çıkarılan yasalara kadar, tüzel kişilik olarak kurulmuş değildiler.<sup>2</sup>

Hem cemaat vakıflarının tam olarak bir tüzel kişiliğe sahip olamamaları hem de “*cemaatlerin kilise, manastır ve İncil hakkında vakıf kuramayacakları*” kuralı nedeni ile cemaat vakıfları taşınmazlarını güvendikleri hakiki şahıslar veya bir hukuki şahıs olarak artık mevcut olmayan (mevhum) tarihi ya da dini şahıslar adına kaydettirmek zorunda kalmışlardır.<sup>3</sup>

Cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan taşınmazların tapuda adlarına kaydedildikleri gerçek kişilere “*nam-ı müstear*”, artık hayatta olmayan (Bakire Meryem gibi) tarihi ve dini kişilere ise “*nam-ı mevhum*” denilmektedir.

Vakıflara 1912 yılında (hicri takvime göre 16 Şubat 1328) çıkarılan “*Eşhas-ı Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu Hakkında Kanun*”la tüzel kişilik kazandırılmıştır. Bu sayede diğer vakıflarla birlikte cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine de imkan tanınmıştır.

Kanunun geçici fıkrasında ise, Türk hayır kurumları tarafından şimdiye kadar “*namı müstear*” ile tasarruf oluna gelen taşınmazların

<sup>1</sup> Nazif Öztürk, *Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi*, Ankara, 1995, s. 335.

<sup>2</sup> Ferhat Kentel / Karin Karakaşlı / Günay Göksu Özdoğan / Füsun Üstel, (Editör) Fahri Aral, *Türkiye’de Ermeniler: Cemaat-Birey-Yurttaş*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2009, s. 228.

<sup>3</sup> 02.07.1956 tarihli ve 1927 sayılı TBMM tefsir kararı.

Kanun'un yayımından başlayarak altı ay içinde başvurmaları halinde, kurumlar adına tescil edileceği, altı ay içinde tapuya başvurmayan veya davayı gerektiren bir hal var olmasına rağmen davaya konu yapılmayan yerler hakkında, bundan sonra kurumlara ait olduğu yolundaki iddiaların dinlenemeyeceği kabul edilmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 16.09.1329 (1918) ve 01.03.1330 (1914) tarihli geçici kanunlarla, Kanunda belirtilen altı (6) aylık süre altışar ay olmak üzere iki kez uzatılmıştır.

## 2.2. Lozan Antlaşması

Azınlıkların statüsü, Lozan Barış Antlaşması'nın "*Siyasal Hükümler*" başlıklı birinci bölümünün üçüncü kesimi ile düzenlenmiştir.

Söz konusu Antlaşma'nın 37; 38/1; 39/1,2; 40; 42/1,3 ve 45. maddelerinde azınlıkların statüsüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

Antlaşma'nın 37. maddesi ile Türkiye, 38'den 44'e kadar olan maddelerde belirtilen hükümlerin temel kanunlar olarak tanınmasını ve hiçbir kanun, yönetmelik ve resmi işlemin bu hükümlere karşı ve aykırı olmamasını ve sözü geçen hükümlere üstün tutulmamasını yükümlenmiştir.

38. maddesinin birinci fıkrası, Türkiye Cumhuriyeti'ne doğum, milliyet, dil, ırk, veya din ayırmaksızın Türkiye halkının hepsine hayat ve hürriyetlerinde tüm ve üstün koruma sağlama zorunluluğu yükümlenmektedir.

39. maddesinin birinci fıkrasında, müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşlarının müslümanların yararlandıkları aynı medeni ve siyasi haklardan yararlanacakları; ikinci fıkrasında ise, Türkiye'nin bütün halkının din ayırımı yapılmaksızın kanun önünde eşit olacağı belirtilmiştir.

40. maddesinde müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşlarının hukuken ve fiilen diğer Türk vatandaşlarına uygulanan aynı muamele ve güvenceden yararlanacakları ve özellikle *masrafları kendilerine ait olmak üzere her türlü hayri, dini ve sosyal kurumları, her türlü okul ve diğer eğitim ve yetiştirme kurumlarını kurmak, yönetmek ve denetlemek*, buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak ve dini tören-

leri serbestçe yürütmek hususlarında eşit haklara sahip olacakları belirtilmektedir.

42. maddede ise Türkiye Hükümeti'nin müslüman olmayan azınlıkların aile hukuku ve kişi hakları konusunda bu meselelerin söz konusu azınlıkların örf ve adetlerinde ele alınıp çözülmesine elverişli her türlü hükümlerin konmasına muvafakat edeceği; *Türkiye Hükümetinin söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve diğer dini kurumlara her türlü korunmayı sağlamayı yükümleneceği; aynı azınlıkların bugünkü durumda Türkiye'de var olan vakıflarına ve dini ve hayri kurumlarına her türlü kolaylık ve müsaadenin gösterileceği ve Türkiye Hükümetinin yeni din ve hayır kurumlarının kurulması için bu gibi özel kurumlara sağlanmış olan gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyeceği* belirtilmiştir.

Antlaşma'nın 45. maddesi ise karşılıklılık hükmünü ihtiva etmektedir. Bu maddeye göre, işbu kesim hükümleri ile Türkiye'nin müslüman olmayan azınlıkları hakkında tanınan hakların Yunanistan tarafından da kendi topraklarında bulunan müslüman azınlıklara da tanınacağı hükme bağlanmıştır.

### 2.3. Cumhuriyet Dönemi

Lozan Antlaşması'nın azınlıklarla ilgili hükümleri, çeşitli kanunlarla iç hukukumuzda yansıtılmıştır.

Örneğin 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 3. maddesi ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ve taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline imkan tanınmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre varlıkları Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nce tanınmış olan yabancılara ait dini, ilmi, hayri müesseselerin fermanlara ve hükümet kararlarına dayanarak edindikleri taşınmazların, bu belgelerin sınırları dışına çıkmamak ve Hükümet'in izni alınmak şartı ile müesseselerin tüzel kişilikleri adına tescil edilmesi mümkündür.

Keza 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile de azınlıkların eğitim kurumu sahibi olabilmelerine imkan tanınmıştır.

Ayrıca hem (mülga) 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, hem de 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarına taşınmaz edinme imkanı getirilmiştir.



Cumhuriyet döneminde cemaatlerin taşınmaz edinmelerini; cemaatlerin eğitim kurumu olarak taşınmaz edinmeleri ve cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri olarak iki başlık altında incelemek mümkündür.

### 2.3.1. Cemaat Vakıflarının Eğitim Kurumu Olarak Taşınmaz Edinmeleri

Azınlık okulları, ülkemizde mevcut ve Lozan Antlaşması ile azınlık statüsünde garanti altına alınmış bulunan, mensupları birer Türk vatandaşı olan Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerine, yani ülkemizde resmen tanınmış tek azınlık grubu olan gayrimüslimlere ait bulunmaktadır.<sup>4</sup>

1965 yılında kabul edilen Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesi ile yabancı uyruklu gerçek ve tüzelkişiler tarafından doğrudan veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'nun izni ile yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebileceği milletlerarası öğretim kurumu açılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca Kanun'un 20. maddesi ile de yabancılar tarafından kurulan eğitim kurumlarının mevcut kapasitelerini artırabilmelerine ve yeni taşınmaz edinebilmelerine imkan tanınmıştır.

Madde hükmüne göre bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının, üzerinde kuruldukları arazileri genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve teçhizat kapasiteleri en çok bir mislini geçmemek üzere artırılabilir veya yenilenebilir. Yeni arazi edinmeleri ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilmeleri Bakanlar Kurulu'nun kararına bağlıdır. Bunun dışında binaları genişletilemez, çoğaltılamaz, şubeleri açamaz, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez, herhangi bir suretle mülk edinilemez veya kiralanamaz.

<sup>4</sup> Dr. Nuri Yaşar, Yabancı ve Azınlık Okullarının Türk Hukukundaki Statüsü, ABC Hukuk İnternet Sitesi, <http://www.abchukuk.com/makale/makale37.html> Erişim Tarihi: 12.01.2010

Son olarak, Kanun'un 25. maddesi ile azınlıklar tarafından kurulan ve bu Kanun'un yayımı tarihinde mevcut olan okulların göstermesi gereken özelliklerin bir yönetmelikle tespit edileceği hüküm altına alınmışsa da bu amaçla çıkarılan Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nde yabancılar tarafından kurulan özel öğretim kurumlarının taşınmaz edinmeleri ile ilgili olarak sadece 35. maddede "*Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yabancılar tarafından açılmış bulunan kurumların binaları ve arsaları ile ilgili hususlar, Kanununun 20. maddesindeki hükümlere tabidir*" hükmü yer almıştır.

625 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, yabancılar tarafından kurulmuş bulunan ve kurulacak olan öğretim kurumlarını yabancı okullar ve azınlık okulları olmak üzere iki kategoride toplamaktadır.

Kanununun 5. maddesi, hem yabancı okulların hem de azınlıklara ait okulların taşınmaz edinmelerini düzenlemektedir.

Maddenin (b) bendine göre yabancı okullar;

- Bakanlar Kurulu'nun izni ile yeni arazi edinebilir ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilir.

- Üzerinde kuruldukları araziler genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere artırabilir veya yenileyebilir.

- Mevcut binalarında ihtiyaç halinde valiliğin izni ile tadilat yapabilir.

- Bu bentte belirtilenler dışında, yabancı okulların; binaları genişletilemez, şubeleri açamaz, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez. Bu amaçla herhangi bir mülk edilemez veya kiralanamaz.

- Yabancı okulların taşınmazları, kurucularının veya yetkililerinin önerisi ile Milli Eğitim Bakanlığına ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'na göre kurulan vakıflara Bakanlar Kurulu'nun izni ile devredilebilir.

Maddenin (c) bendi ile Kanunda "*Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam etti-*

ği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları” olarak tanımlanan azınlıklara ait okulların tabi olacağı statünün bu konuda çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş ise de Kanun’un uygulanmasını göstermek amacı ile çıkarılan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nde bu okulların taşınmaz edinmeleri ile ilgili özel bir hüküm yer almamıştır.

### 2.3.2. Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmeleri

#### 2.3.2.1. 08.05.1974 Tarihine Kadar Olan Dönem

04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 864 sayılı Kanunu Medeni’nin Sureti Mer’iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun’un 8. maddesinde, Medeni Kanun’un yürürlüğe konulmasından önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında ayrıca bir uygulama kanununun yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

Söz konusu kanunun çıkarılmasına ilişkin olarak İsviçre’li medeni hukuk profesörü Hans Leemann tarafından hazırlanan Vakıflar Kanunu’nun ilk taslağında azınlık vakıflarının kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren kaldırılacağı; mallarının ise onları tahsis edildikleri yöne göre yönetecek olan devlete geçeceği belirtilmişse de Danıştay’ın “azınlık vakıflarının yönetimine Devletçe el konulmasını, Lozan Antlaşmasının ilgili maddelerine ters düşeceği ve sakıncalı olacağı” yönündeki istişari görüşü sonucunda Leeman’ın önerisi kabul görmemiş ve Vakıflar Kanununda cemaat vakıflarına ait taşınmazların devlete intikal etmesini öngören herhangi bir düzenleme yer almamıştır.<sup>5</sup>

1936 yılında çıkarılan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerini yasaklayan bir hüküm içermemekteydi. Üstelik Kanun’un 44. maddesi vakıfların (buna cemaat vakıflarının da dahil olması gerekir) tasarrufunda bulunan taşınmazların bu vakıflar adına tescili hüküm altına alınmıştır.

Madde hükmüne göre;

*“Bu kanunun neşri tarihinden en az on beş yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları icar konturatları ve eşhası hükmiyenin*

<sup>5</sup> Hasan Güneri, “Azınlık Vakıflarının İncelenmesi”, *Vakıflar Dergisi*, S. 10, Ankara 1973, s. 79-108

gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli kanunun neşrin-den sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve buna benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne kaydolunurlar. Bu kayıt vakıflar idaresinin istemesi üzerine tapuca o gayrimenkullerin kayıtlarına işaret ve keyfiyet münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan tarihinden itibaren iki yıl içinde dava yolu ile bir güne itiraz olunmadığı takdirde o malların vakıf olarak kati tescilleri yapılır ve tapuları verilir. Tapu kayıtlarına işaret edilecek gayrimenkullere ait davalarda vakıflar idaresi ve varsa mütevellî de birlikte hasım olur.

*Bundan başka, vakıflar idaresinin 1515 sayılı kanun hükümlerinden istifade hakkı mahfuzdur."*

Bunun yanı sıra, Kanun'un geçici 1. maddesi ile Türkiye'de bulunan tüm vakıflara sahip oldukları malları, gelirleri, giderleri ve vakıfları ile ilgili diğer hususları bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Uygulamada "1936 Beyannamesi" olarak adlandırılan bu bildirimler, Yargıtay tarafından vakıf senedi olarak kabul edilmiştir.

44. madde hükmünde cemaat vakıflarından açıkça bahsedilmese de diğer vakıflarla beraber cemaat vakıflarının da taşınmaz edinmelerinin önü açılmıştır. Bu kapsamda nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı bulunan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescili yönünde girişimler başlatılmıştır.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın 02.12.1942 tarihli ve E:1942/8, K:1942/24 sayılı kararında nam-ı mevhum veya nam-ı müstear olarak tapuya tescil edilmiş bulunan bir taşınmazın cemaat vakfı adına tescilli için tapuda malik görünen kişilerin rıza ve muvafakatlerine ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Kararda; "743 sayılı Medeni Kanununun 935. maddesine göre ilgililer yazılı beyanları ile muvafakat etmedikçe tapu sicil memurunun hiçbir kaydını tashih edemeyeceği" vurgulandıktan sonra 1912 yılına çıkarılan Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarrufu Hakkında Kanunu Muvakkat gereğince de bu taşınmazların cemaat vakfı adına tescil edilebilmesi için nam-ı müstear olarak tapuda malik görünen kişilerin muvafakatinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

Karara göre, söz konusu Kanun'un 3. maddesinde yer alan, "defter-i hakani idarelerine dilekçe ile başvuru" şartı ancak bu şekilde yo-

rumlanabilir. Yoksa tapuda malik olarak görünen kişinin rıza ve ikrar mahiyetinde bir beyanı olmadıkça tashih isteyen talebi soyut bir iddiadan ibaret olacaktır. Maddeye başka türlü mana vermek kayıt sahipleri aleyhine ve kaide hilafına bir tefsir olur. 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesini de bu hususlar dikkate alarak yorumlamak gerekir. Bu yorumun doğal sonucu olarak 44. madde gereğince cemaat vakıfları adına yapılacak tescillerde tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin rıza ve muvafakatinin aranılması zorunludur.

Nam-ı müstear olarak tapuda kayıtlı olan taşınmazlarda tapuda malik olarak görünen kişinin ya da mirasçısının rızasının alınması bir şekilde mümkün olsa da nam-ı mevhumlar adına kayıtlı taşınmazlarda tapu malikinin rızasının alınması (doğal olarak) mümkün olmamaktaydı.

Bu nedenle cemaat vakıfları, cemaatten birine *"bu nam-ı mevhumun mirasçısı olduğu"* yolunda mirasçılık belgesi aldirtmak ve bu mirasçının rıza ve muvafakati ile cemaat vakfı adına tescili gerçekleştirmek zorunda kalıyorlardı.<sup>6</sup>

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen içtihadının ortaya çıkardığı zorluklar nedeni ile *azınlık cemaatlerine mensup bazı milletvekillerinin girişimi ile*<sup>7</sup> TBMM tarafından alınan 02.07.1956 tarihli ve 1927 sayılı tefsir kararı ile nam-ı müstearlar veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakfı adına tescili için tapuda malik olarak görünen kişinin rıza ve muvafakatine gerek bulunmadığına karar verilmiştir.

Karara göre nam-ı müstear veya nam-ı mevhum olarak tapuda kayıtlı bulunan taşınmazların 44. maddeye dayanılarak cemaat vakıfları adına tescil edilebilmesi için tapuda malik olarak görünen kişilerin rıza ve muvafakatlerine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Netice itibarı ile cemaat vakıfları Vakıflar Kanunu'nun getirdiği serbesti içinde 1974 yılına kadar taşınmaz edinme imkanı bulmuşlardır. Örneğin Yedikule Sırp Pırğıç Ermeni Hastanesi Vakfı 1962 yılında, Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi ve Mezarlığı Vakfı ise 1955 yılında bağış suretiyle taşınmaz edinebilmiştir.

<sup>6</sup> İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi, 2001, s. 349.

<sup>7</sup> İsmet Sungurbey, *Eski Vakıfların Yeni Sorunları*, Maltepe Üniversitesi, 2001, s. 349.

Yargıtay ve Danıştay da 1974 yılına kadar cemaat vakıflarının taşınmaz edinebilecekleri yönünde kararlar vermektedir.

Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; üç adet cemaat vakfının (Aya Dimitri, Aya Tanaş, Aya Lefter Kiliseleri) açtığı kazandırıcı zamanaşımı nedeniyle mal edinme konulu davada verdiği 23.10.1963 tarihli ve E:1961/41, K:1963/81 sayılı kararında vakıfların da kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz kazanabileceğine karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu bu kararında kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz iktisap etmek isteyen vakfın cemaat vakfı olmasını, taşınmaz edinimi için bir engel olarak görmemiştir.

Danıştay 12. Dairesi ise 02.03.1970 tarihli kararında Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "*cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar bunlar tarafından seçilen kişi ve heyetlerce idare edilirler*" hükmünden, "*cemaatlere ait vakıfları idare etmek üzere seçilmiş kişi veya heyetleri sadece mevcudu idare etmeye yetkili bulunduğu ve yeni bir yapı inşa edemeyecekleri*" yolunda bir anlam çıkarmaya imkan olmadığı, gerek Vakıflar Kanunu'nda; gerekse diğer mevzuatta cemaat vakıflarının yeni akar inşa edemeyeceklerine dair yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı için cemaat vakıflarının da diğer tüzel kişiler gibi kanun tarafından yasaklanmamış bulunan bütün tasarrufları yapmaya yetkili olduğu vurgulanmıştır.

### 2.3.2.2. 08.05.1974 Sonrası Dönem

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli ve E:1971/2-820, K:1974/505 sayılı kararı ile cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin önü kapatılmıştır.

Söz konusu karara göre, cemaat vakıflarının vakıf senetleri olmadığı için 2762 sayılı Vakıflar Kanunun'un geçici 1. maddesi gereği verilen 1936 beyannamelerinin vakıf senedi olarak kabul edilmesi zorunludur, dolayısıyla 1936 yılında verdikleri beyannamelerde taşınmaz edinebilecekleri ya da taşınmaz bağışı kabul edebilecekleri açıkça belirtilmeyen vakıfların, taşınmaz edinmeleri mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulu'na göre, nasıl ki bir vakfın vakıfnamesinde mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemezse; beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık ol-

mayan cemaat vakıfları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz iktisap edemezler. Çünkü vasiyeti kabul, yararına vasiyet yapılarına ait bir haktır. Vâkîf (vakfeden) vakıfnamesinde izin vermedikçe onun iradesi dışına çıkılıp mal kabul olunamaz.

Danıştay 10. Dairesi de 26.05.1982 tarih ve E: 1982/3285, K: 1982/1413 sayılı kararında, 1936 Beyannamesi'nin vakfiye olarak kabul edilmesi gerektiğini, vakıfla ilgili yapılacak hukuki tasarrufların faaliyetinin açıklandığı bu belgelerde bulunmayan tasarrufun yapılmasının hukuki dayanağı olmayacağını, bu kapsamda 1936 beyannamesinde arsasına inşaat yapabileceği yönünde hüküm bulunmayan vakfın kendi mülkiyetinde bulunan taşınmaza bina yapamayacağına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararı nedeni ile cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunup da 1936 yılında verdikleri beyannamelerinde yer almayan taşınmazları edinmelerinin ya da 1936 Beyannamesi'nde "*taşınmaz edinebileceğine ya da bağış kabul edebileceğine*" ilişkin hüküm bulunmayan vakıfların taşınmaz edinmelerinin mümkün olmadığı kabul edilmiş, uygulama da bu karar doğrultusunda gelişmiştir.

Bu tarihten sonra 1936 Beyannamesi'nde "*vakfın taşınmaz edinebileceğine ya da bağış kabul edebileceğine*" ilişkin hüküm bulunmayan vakıfların edindikleri taşınmazların tapularının iptali için Vakıflar Genel Müdürlüğü ya da Hazine tarafından tapu iptali davası açılmıştır.

### 2.3.2.3. Avrupa Birliği Süreci

Türkiye'nin Avrupa Birliği sürecine girmesi sonucu 2762 sayılı (mülga) Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde yapılan değişikliklerle hem cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin önü açılmış, hem de cemaat vakıfları tarafından kullanılmasına rağmen yasal kısıtlamalar nedeni ile vakıflar adına tescil edilemeyen taşınmazların bu vakıflar adına tesciline imkan tanınmıştır.

03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarla Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun birinci maddesinin sonuna, "*Cemaat vakıfları vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel*

*alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.*

*Bu vakıfların dini, hayri, sosyal eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına başıslanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir".* fıkraları eklenmiştir.

Bu değişiklikten kısa bir süre sonra 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri için gereken Bakanlar Kurulu izni kaldırılarak, izin alınacak merci Vakıflar Genel Müdürlüğü olarak belirlenmiştir.

Bu madde ile ilgili olarak açılan dava üzerine, Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve E: 2002/146, K: 2002/201 sayılı kararı ile, cemaat vakıflarının, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın dini, hayri, sosyal, eğitsel, sağlık ve kültürel alanlardaki gereksinimlerini gidermek üzere Bakanlar Kurulu'nun izniyle taşınmaz edinmelerine ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunmalarına, ayrıca daha önce 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca vakıf kütüğüne tescil edilmişler dışında, 4771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği güne kadar tasarruflarında buldukları taşınmazlar ile bağış ve vasiyet yoluyla edindikleri taşınmazları da mülk edinmelerine olanak tanınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

2762 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin önü tamamen açılmıştır. Bu Kanun cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerini özel olarak düzenlememiştir. Kanun, cemaat vakıflarını da "vakıf" tanımı içinde görmüş ve vakıfların serbestçe mal edinebilecekleri belirtilmiştir.

5737 sayılı Kanun'un 2762 sayılı Kanun'dan cemaat vakıfları açısından iki önemli farkı bulunmaktadır.

Öncelikle, 2762 sayılı Kanun'unda cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri için öngörülen Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni şartı, 5737 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. 5737 sayılı Kanun'dan sonra cema-



at vakıflarının taşınmaz edinebilmeleri için herhangi bir makamın iznine ihtiyaç bulunmamaktadır.

İkinci olarak Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde azınlıklara ait vakıfların sadece dini, hayri ve sosyal amaçlarla taşınmaz edinebilecekleri kabul edilmişken ve 2762 sayılı Kanun'da, cemaat vakıflarının sadece dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz edinebileceklerini öngörülmüşken iken 5737 sayılı Kanun, daha ileri (?) bir anlayışı benimseyerek cemaat vakıflarının serbestçe taşınmaz edinebileceklerini hüküm altına almıştır. 5737 sayılı Kanun'un vakıfların taşınmaz edinmesini düzenleyen 12. maddesinde vakıfların mal edinebilecekleri ve malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilecekleri belirtilmiş olup, madde metninde bu malların edinimi ile herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Cemaat vakıflarına taşınmaz edinme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı verilmesinin yanı sıra 5737 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi ile;

- 1936 beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazları ile,
- 1936 beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların,

Tapu kayıtlarındaki hak ve mükellefiyetleri ile birlikte bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on sekiz ay içinde müracaat edilmesi halinde, Vakıflar Meclisi'nin olumlu kararından sonra, ilgili tapu sicil müdürlüklerince cemaat vakıfları adına tescillerinin yapılacağı öngörülmüştür.

Ancak Kanun'un iki önemli eksiği de bulunmaktadır ki bu eksiklikler Türkiye'nin AİHM nezdinde tazminata mahkum olmasına neden olmaktadır.

Öncelikle Kanun, 1936 yılından önce cemaat vakfının mülkiyetinde bulunmasına rağmen 1936 beyannamesinde yer almaması nedeni ile tapusu sonradan iptal edilen taşınmazlarının durumunu düzenle-

memiştir. Bu duruma örnek olarak verilebilecek olan Fener Rum Patrikliği/Türkiye davası, cemaat vakıflarının 1936 Beyannamesi'nden önce edindikleri, fakat 1936 Beyannamesi'nde belirtmedikleri taşınmazların tapularının iptal edilmesinin, Türkiye'nin tazminata mahkum etmesine sahne olmuştur.

Bunun yanı sıra geçici 7. madde, mal edinememe gerekçesi ile tapusu iptal edilerek Hazine adına tescil edilen fakat 5737 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Hazine mülkiyetinden çıkmış bulunan taşınmazların durumunu da düzenlemektedir.

### 3. AİHM İçtihatlarına Göre Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Edinmeleri

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No.'lu Protokol'ün "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

*Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."* hükmünü ihtiva eden 1. maddesi ile korunmaktadır.

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ilişkin AİHM sürecine geçmeden önce, AİHM'nin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili davaları inceleme yöntemine kısaca değinelim.

AİHM, mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra bu müdahalenin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesindeki şartlara uygun olup olmadığını araştırmaktadır

Aşağıda sıralanan bu müdahale kriterleri AİHM tarafından Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi yorumlanarak geliştirilmiştir. Bunlar;

- Hukuk tarafından öngörülme,
- Kamu yararına olma,
- Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma,

- Orantısallık,
- Ölçülülük,

ilkeleridir.

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin, mülkiyet hakkını koruma altına alan 1. madde ile ilgili çeşitli yönleri bulunmaktadır. Bu hususlar aşağıda açıklanmıştır.

### 3.1. Cemaat Vakıflarının Yeni Taşınmaz Edinmelerinin Sınırlanması/ Sınırlamanın Mümkün Olup Olmadığı Meselesi

Cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmeleri konusunda AİHM'nde açılmış ve karara bağlanmış herhangi bir dava bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, AİHM'nin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin içtihatları incelendiğinde, Ek 1 No.'lu Protokolün sadece "*mevcut mülkü*" koruduğu, miras, bağış ya da başka herhangi bir yolla mülk edinme hakkını korumadığı görülmektedir.

Mahkeme içtihadına göre; bir mülkiyetin 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında korunabilmesi için fiilen mevcut ve ileri sürülebilir olması gerekir. 1. maddenin metninde geçen "*maliki olduğu şeyler (possessions)*", "*mülkiyeti kullanma (use of property)*" kelimelerinin bıraktığı açık izlenim budur.<sup>8</sup>

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları da bunu açıkça teyit etmektedir: Sözleşme'yi hazırlayanlar, bu maddenin öncüleri olan tasarılarıdaki bu konu için sürekli olarak "*mülkiyet hakkından*" ve "*mülkiyete haktan*" söz etmişlerdir.<sup>9</sup>

Bu nedenle 1. madde ile getirilen koruma mekanizması sadece mevcut mülke yapılan müdahaleleri kapsamaktadır. Mülk edinme hakkı ise bu kapsama girmemektedir.

<sup>8</sup> AİHM (Eski) Genel Kurulu'nun 13.06.1979 tarihli Marckx/Belçika kararı.

<sup>9</sup> AİHM (Eski) Genel Kurulu'nun 13.06.1979 tarihli Marckx/Belçika kararı.

Bu husus, AİHM'nin, yabancıların taşınmaz edinmesi işlemlerini değerlendirdiği Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye kararında açıkça vurgulanmıştır.

Elenko ve Vasil Karasuluoğlu adlı iki Yunan asıllı Türk vatandaşının mirasçılarının başvuru olduğu bu davada başvurucular, murislerinden kendilerine kalan iki taşınmazdan birini kendi adlarına tescil ettirmişlerdir. Diğer taşınmaz ise, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün açtığı dava neticesinde bu Genel Müdürlük adına tescil edilmiştir.

Açılan dava neticesinde AİHM, Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile getirilen korumanın sadece mevcut taşınmazlar için geçerli olduğu ve veraset, vasiyet veya teberru yoluyla mülk edinme hakkını güvence altına almadığı yönündeki içtihadına atıfta bulunmuştur.

Bu değerlendirme ışığında AİHM, başvurucular adına tescil edilen taşınmazlar açısından başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olduklarına, buna karşılık hiçbir zaman başvurucular adına tescil edilmiş olan taşınmazlar açısından başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olmadıklarına karar vermiştir.

Mevcut mülkün yanı sıra, belli şartla altında, mülk edinme konusundaki *meşru bir beklenti* de Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesi ile getirilen korumadan yararlanabilir.

Mahkeme içtihadına göre, eğer iç hukukta mülk edinme ile ilgili yeterli hukuki temel (örneğin iç hukukta bu menfaatin varlığına dair mevzuat ya da yerleşmiş içtihat) varsa bu menfaati edinmiş olan kimse meşru bir beklentiye sahip olarak kabul edilebilir.

Öte yandan iç hukukun doğru şekilde yorumlanması ve uygulanması konusunda bir tartışmanın bulunması ve başvurucunun talebinin ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesi halinde, meşru bir beklentinin ortaya çıktığı söylenememektedir.

Bu hususlar dikkate alındığında AİHM'nin cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin kısıtlanmasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmeyeceğini düşünüyoruz.

Üstelik Mahkeme'nin de sık sık vurguladığı üzere mülkiyet hakkının sınırlanmasına ilişkin konularda hangi tür müdahalelerin kamu yararına olacağı konusunda ulusal makamların geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

AIHM, sözleşmeci devletlerin vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını vurgulamaktadır.

Bu durumda, sözleşmeci devletler, genel menfaate uygun olarak kamu düzenini, kamu yararını ve vakfın üyelerinin çıkarlarını gözeterek tedbirleri hayata geçirme yetkisine sahiptirler.<sup>10</sup>

Burada cemaat vakıflarına yeni taşınmaz edinmelerinin sınırlandırılması yolundaki müdahalenin Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan "*uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma*" koşuluna uygun olmayacağı ileri sürülebilir.

Ancak AIHM'nin de sık sık vurguladığı üzere uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma koşulu, sadece vatandaş olmayanlar açısından uygulanabilir niteliktedir.<sup>11</sup>

Mahkeme'ye göre, uluslararası hukukun gereği olarak söz konusu prensipler, sadece vatandaş olmayanlara uygulanır. Bu prensipler, münhasıran vatandaş olmayan kişilerin yararına geliştirilmiş prensiplerdir ve devletlerin kendi vatandaşları hakkında aldıkları ve uyguladıkları tedbirlerle ilgili değildir.<sup>12</sup>

Her ne kadar Ek 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Bir kimse, (...) uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*" ibaresi, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma şartının ayırım yapılmaksızın hem vatandaş olanlar hem de vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini düşündürse de AIHM, istikrarlı bir şekilde bu kuralın yalnızca vatandaş olmayanlar açısından uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Cemaat vakıflarının mensuplarının da Türk vatandaşları olduğu<sup>13</sup> dikkate alındığında cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmeleri ko-

<sup>10</sup> AIHM, 2. Dairesi'nin 09.01.2007 tarihli Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararı.

<sup>11</sup> AIHM, (Eski) Genel Kurulu'nun 21.02.1986 tarihli James ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı.

<sup>12</sup> AIHM, (Eski) Genel Kurulu'nun 08.07.1986 tarihli Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı.

<sup>13</sup> 5737 sayılı Kanun'a göre cemaat vakıflarının mensuplarının Türk vatandaşı olması zorunludur.

nusundaki düzenlemelerin uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olması ya da olmaması, AİHM yargılaması bakımından önem taşımayacaktır.

Dolayısıyla, cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerini kısıtlayacak düzenlemelerin, Ek 1 No.'lu Protokol'e aykırılık teşkil etmeyeceğini düşünüyoruz. Mahkeme'nin bu konudaki denetimi yalnızca; uygulamanın, mevzuata uygun olup olmadığı, keyfi ve adil olmayan unsurlar içerir içermediği ile sınırlı kalacaktır.

Üstelik cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerinin sınırlandırılması sadece "mümkün" değil, aynı zamanda zorunludur. Çünkü Lozan Antlaşmasının 40. maddesi cemaatlerin sadece dini, hayri ve sosyal müesseselerle okul vb. eğitim kurumlarına sahip olmalarını öngörmektedir.

Oysa 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, cemaat vakıfları da dahil olmak üzere tüm vakıfların serbestçe taşınmaz edinebileceklerini öngörmektedir. Dolayısıyla, 5737 sayılı Kanun'la, Lozan Antlaşması'nın 40. maddesinde yer alan sınırlamanın bertaraf edildiği de açıktır.

### 3.2. Cemaat Vakıfları Adına Tescilli İken Bu Vakıfların Mülkiyetinden Çıkarılan Taşınmazların Durumu

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusunun ülkemizi uluslararası arenada sıkıntıya sokan asıl yönü, cemaat vakıflarının 1936 yılından sonra edindikleri ve tapu sicilinde kendi adlarına kaydettirdikleri taşınmazların tapularının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararı gerekçe gösterilerek iptal ettirilmesidir.

Bugüne kadar AİHM'de bu konuda sonuçlanmış bulunan dört dava (Fener Rum Patrikliği/Türkiye, Samatya Surp Kevork Vakfı/Türkiye ve Yedikule Sırp Pirgiç Ermeni Hastanesi Vakfı/Türkiye, Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye) da bu nedenle açılmış ve tamamı Türkiye aleyhine sonuçlanmıştır.

AİHM, cemaat vakıflarının mülklerinin mülkiyetlerinden çıkması sonucu açılan bu davaları mülkiyet davalarını incelemekte kullandığı çeşitli kriterlere tabi tutarak değerlendirmiştir.

Mahkeme ilk olarak “hukuk tarafından öngörülme” şartının yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir.

Mahkeme sürekli olarak mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin sadece kanun tarafından öngörülmüş olmasının, müdahalenin hukuk tarafından öngörülen şartlarda yapıldığını göstermeye yetmediğini, bir hukuk normunun, vatandaşa, bu norm karşısında kendi davranışlarını ayarlama fırsatı verecek açıklıkta ve kesinlikte, bir başka anlamıyla “öngörülebilir” olması gerektiğini vurgulamaktadır.

Cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olan söz konusu süreçlerin, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1974 tarihli kararı nedeni ile cereyan ettiğini vurgulayan Mahkeme, söz konusu müdahalenin esas itibarı ile 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun uygulanmasından kaynaklandığını kabul etmekle birlikte, Hukuk Genel Kurulu’nun, dini azınlıklara ait vakıflar tarafından 1936 yılında verilen beyannamelerin, bu vakıfların “vakıf senedi” yerine geçtiğine ilişkin 1974 tarihli içtihadının uygulanmasının hukuk tarafından öngörülme şartının önemli bir parçası olan “öngörülebilirlik” koşuluna uygun olmadığına karar vermiştir.<sup>14</sup>

Mahkeme’nin, öngörülebilirlik koşulunun ihlal edildiği yönünde karar vermesinin temel nedeni, 1936 yılında çıkarılan Vakıflar Kanunu’nda cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerine ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmazken 1974 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aldığı bir kararla, cemaat vakıflarının 1936 yılında verdikleri beyannamelerde yer almayan taşınmazları edinmelerinin önünün kapatılması ve 1936 yılından oldukça uzun bir süre sonra, cemaat vakıflarının Vakıflar Kanunu’na ve Lozan Antlaşması’na uygun olarak edindikleri taşınmazların mülkiyetinin vakıflardan alınmasıdır.

Mahkeme’nin incelemesinin ikinci yönü, *müdahalenin kamu yararına* olup olmadığıdır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin, vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını, bundan dolayı kamu yararına uygun olarak kamu düzenini koruma amaçlı tedbirleri hayata geçirme hakkına sahip olduklarını belirten Mahkeme, cemaat vakıflarının ta-

<sup>14</sup> AİHM, 2. Dairesi’nin 09.01.2007 tarihli Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararı.

şınmaz edinmelerinin yasaklanmasının ya da mülklerini kaybetmelerine neden olunmasının da kamu yararına olabileceğini vurgulamıştır.

Üstelik Mahkeme, 1936 yılında verilen beyannamelerden oldukça uzun süreler sonra tapu iptal davasının açılmasının ve cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olunmasının, bazı soru işaretlerine neden olsa da, tek başına, Vakıflar Kanunu'nun "*kamu yararı amacıyla*" hizmet etme genel amacının meşruiyetini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir.<sup>15</sup>

AİHM, son olarak müdahalenin *orantısız* olup olmadığını değerlendirmiştir. Mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengeyi bozmaması gerektiğini, bu anlamda herhangi bir bedel ödenmeksizin mülkiyetin elden alınmasının orantısallık ilkesine aykırı olacağını vurgulayan Mahkeme, cemaat vakıflarının mülklerini kaybetmelerine neden olan süreçleri de bu açıdan değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre cemaat vakıflarının bedel ödenmeksizin mülklerinden yoksun bırakılması, orantısallık ilkesine ve dolayısıyla mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir.<sup>16</sup>

### 3.3. Nam-ı Müstear veya Nam-ı Mefhum Olarak Üçüncü Şahıslar Adına Kayıtlı Taşınmazlar ile Cemaat Vakıflarına Vasiyet Edildiği veya Bağışlandığı Halde, Mal Edinememe Gerekçesiyle Bu Vakıflar Adına Tescil Edilemeyen Taşınmazların Durumu

Osmanlı hukukunda 1912 yılına kadar cemaat vakıflarının taşınmaz edinmelerinin mümkün olmaması karşısında, cemaat vakıflarının tasarrufunda bulunan taşınmazlar üçüncü şahıslar adına tescil edilmiştir. Bu işleme, nam-ı müstear veya nam-ı mefhum denilmiştir.

Eski hukukumuzda nam-ı müstear, geçerliliği açıkça kabul edilmiş ve *Mecelle*'nin 1592, 1594, 1595. maddeleri ile bağımsız müessese olarak düzenlenmiş bir uygulamadır.

<sup>15</sup> AİHM, 2. Dairesi'nin 08.07.2008 tarihli Fener Rum Patrikliği/Türkiye kararı.

<sup>16</sup> AİHM, 2. Dairesi'nin 08.07.2008 tarihli Fener Rum Patrikliği/Türkiye kararı.



Nam-ı müstear işleminde, bazen bir sözleşme yapmak isteyen kimse, çeşitli düşünce ve hesaplarla o sözleşmenin tarafı olarak gözükmeyi istemez ve sözleşmede kendi yerine bir başkasının yer almasını sağlar. Bu kapsamda cemaat vakıflarının edindikleri taşınmazlar da (vakfın adına tescil mümkün olmadığı için) üçüncü şahıslar adına tescil edilmiştir.

Nam-ı müstear işlemi bir danışıklı işlemidir ve muvazaanın alt kategorisini oluşturur.

Cemaat vakıflarının nam- müstear veya nam-ı mefhum olarak tasarruflarında bulunan taşınmazlarının bu vakıflar adına tescil edilmesinin iki yönü bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi bu taşınmazların, cemaat vakıfları adına tesciline imkan sağlanıp sağlanmaması, ikincisi ise bu imkanın sağlanması durumunda uygulamanın mevzuata uygun olup olmamasıdır.

Önce, nam-ı müstear ya da ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline yasal olarak imkan tanınmaması durumunu değerlendirelim.

Önceki bölümde vurgulandığı üzere AİHM içtihatlarına göre AİHS ile getirilen sistem mülk edinme hakkını değil, sadece mevcut mülkü korumaktadır.

Bundan dolayı (nam-ı müstear adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline yasal olarak imkan tanınmadığı varsayımı altında) bir taşınmaz, herhangi bir tarihte cemaat vakfı adına tescil edilmiş ise bu taşınmazın cemaat vakfı adına tescil edilmesine yönelik olarak yasal düzenleme yapılmamasının AİHS'ne aykırılığı söz konusu olmayacaktır. Buna paralel olarak (önceki cümledeki varsayım altında) cemaat vakıflarına vasiyet edildiği ya da bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesi ile cemaat vakıfları adına tescil edilemeyen taşınmazların, bu vakıflar adına tescil edilmesine yönelik olarak yasal düzenleme yapılmaması da AİHS'ne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bunun yanı sıra AİHM'nin Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye kararında vurguladığı üzere devletler neyin kamu yararına olduğu konusunda geniş bir takdir hakkına sahiptirler. Bu kapsamda devletlerin, nam-ı müstear ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesi konusunda da geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.

Ancak mevcut hukukumuz açısından nam-ı müstear ya da nam-ı mefhumlar adına kayıtlı taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesine yasal olarak imkan tanınmamasının AİHM nezdinde dava edilmesi gibi böyle bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun geçici 7. maddesi ile bu nitelikteki taşınmazların cemaat vakıfları adına tesciline imkan tanınmıştır.

Madde hükmüne göre cemaat vakıflarının 1936 beyannamelelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan fakat nam-ı müstear veya nam-ı mefhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar ile 1936 Beyannamesi'nden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edineme gereğiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların cemaat vakıfları adına tescili mümkündür.

Dolayısıyla yukarıda nitelikleri belirtile taşınmazların cemaat vakıfları adına tescil edilmesinin Sözleşme'ye aykırılığı ya da uygunluğu, maddenin uygulanmasına yönelik idari işlemlerin yasal düzenlemeye uygunluğuna bağlı olacaktır.

Ancak AİHM, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Geçici 7. maddesi ile getirilen düzenlemeyi etkili bir iç hukuk yolu olarak görmemiştir. *Mahkeme, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Geçici 7. maddesi ile getirilen düzenlemeyi yeterli bulmayarak Türk Hükümeti'nin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını reddetmiştir.*<sup>17</sup>

5737 sayılı Kanun'un, (geçici) 7. maddesinin "hibe yoluyla edinilmiş taşınmaz mallara" atıfta bulunduğunu iddia eden<sup>18</sup> Mahkeme, geçici 7. maddenin başvurana şikayetlerini makul bir çerçevede başarıyla sonuçlandırabileceği başvuru yolunu sunduğu hususunu kabul etmeye hazır olduğunu bildirmesine rağmen, iki gerekçe ile geçici 7. maddenin, tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olmadığına karar vermiştir.

Bu gerekçelerden bir tanesi, Hükümet'in geçici 7. maddenin başarı ile uygulandığına dair herhangi bir örnek verememesi, dolayısıyla

<sup>17</sup> AİHM, 2. Dairesi'nin 16.12.2008 tarihli Samatya Surp Kevork Vakfı/Türkiye kararı.

<sup>18</sup> Aslında durum böyle değildir, zira geçici 7. maddede sadece hibe edilen taşınmazlardan değil, satın alma ya da miras yolu ile edinilen taşınmazlardan da bahsedilmektedir.

bu yolun başarılı olduğunu kanıtlayamamasıdır. Oysa, (Mahkeme'ye göre) iç hukukta etkili ve yeterli başvuru yollarının bulunduğunu ispat etmek, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını yapan Hükümet'e düşen bir yükümlülüktür.

Ancak bu gerekçeyi anlamak mümkün değildir. Çünkü yukarıda örnek verilen Samatya Surp Kevork Vakfı, taşınmazlarının kendisine iade edilmesi için Vakıflar Meclisi'ne başvuruda bulunmamıştır.

Elbette ki bir iç hukuk yolunun etkili olduğunu ve başarı şansı bulunduğunu kanıtlamak, iç hukuk yolunun tüketilmediği itirazında bulunan hükümete aittir, ancak bu zorunluluğa uyulmaması, otomatikman iç hukuk yollarının etkili olmadığı anlamına gelmemektedir.

Bir iç hukuk yolunun etkin olduğunu ya da olmadığını ileri sürebilmenin ilk şartı, iç hukuk yolunun kullanılması amacına matuf bir başvurunun bulunmasıdır.

Bu yönde, iç hukuk yolunun kullanılması amacıyla yapılmış bir başvurunun bulunmadığı bir durumda Türk Hükümeti'nden iç hukuk yolunun etkili olduğunu ve başarı şansı bulunduğunu kanıtlaması nasıl beklenebilir ki?

Üstelik *"Hükümetin iç hukuk yolunun başarı şansını ve uygulanabilirliğini kanıtlayamadığı durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunlu olmadığı"* yolundaki böyle bir kabul, hükümet iç hukuk yolunun etkinliğini ispat edemedikçe iç hukuk yoluna başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırır ki, böyle bir durum hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen koruma mekanizmasının ikincil (tali) niteliğine aykırıdır, hem de cemaat vakıflarının geçici 7. madde kapsamında Vakıflar Meclisine başvuru yapmasını engeller.

Bu ikinci durumun (yani cemaat vakıflarının Vakıflar Meclisi'ne başvurmada isteksiz davranmasının) ise geçici 7. madde ile getirilen iç hukuk yolunun etkisizliğine ve dolayısıyla olayın bir kısır döngü haline gelmesine neden olacağı izah gerektirmeyecek kadar açıktır.

Mahkeme'nin ikinci gerekçesi ise, cemaat vakfının geçici 7. maddesi kapsamında lehte bir kararın elde edilebilmesi için Vakıflar Genel Meclisi'nin olumlu görüşünün alınması gerekmesidir ki bu gerekçenin ileri sürülmesi de anlaşılır gibi değildir.

Bir devletin cemaat vakfına taşınmazlarını iade etmesini, bir idari organın denetimine bağlaması kadar doğal ne olabilir ki? Böyle bir

idari denetimin olmadığı durumlarda, taşınmazların geçici 7. maddede sayılan niteliklere sahip olup olmadığını kim denetleyecektir?

Üstelik Vakıflar Meclisi'nin buradaki yetkisinin, takdir hakkı içerdiğini de söylemek mümkün değildir. Meclisin yetkisi, sadece taşınmazların geçici 7. maddede sayılan nitelikleri taşıyıp taşımadığını belirlemekle sınırlı kalacaktır. Geçici 7. madde, gerekli nitelikler taşıyan malların ilgili cemaat vakfı adına "tescil edilebileceğini" değil, "tescil edileceğini" hüküm altına almıştır. Dolayısıyla burada bir takdir yetkisinden söz etmek mümkün değildir.

Son olarak şunu belirtelim: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 05.02.1947 tarih ve 20/6 sayılı içtihadı birleştirme kararında takma ad (nam-ı müstear) davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, nam-ı müstear ya da nam-ı mefhum adına kayıtlı olan taşınmazların aslında cemaat vakfının tasarrufunda olduğunun ve cemaat vakfının mülkiyetinde bulunması gerektiğinin yazılı delille ispat edilmesi gerekir.

#### 4. Sonuç

Cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusu, ülkemizde en sıkıntılı konuların başında gelmektedir. Üstelik bu süreç, ulusal ve uluslar arası konjonktürden önemli ölçüde etkilenmektedir.

Lozan Antlaşması ile başlayarak Cumhuriyet'in kuruluşundan 1974 yılına kadar olan dönemde cemaat vakıfları önemli bir sıkıntı ile karşılaşmamışlardır. Ancak 1974 yılından itibaren Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.05.1974 tarihli kararından itibaren cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusunda hem yargı organları hem de idari organlar dar kapsamlı düşünmeye başlamışlar, bunun neticesinde de cemaat vakıflarının 1974 yılına kadar edindikleri ve adlarına tescil ettirdikleri taşınmazlar, Hazine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün açmış olduğu davalar neticesinde cemaat vakıflarının mülkiyetinden çıkarılmıştır.

Cemaat vakıflarının sahip olduğu taşınmazların, bu vakıfların mülkiyetinden çıkarılması AİHM tarafından mülkiyet hakkına aykırı bulunmuştur.

Sözleşmeci devletlerin vakıflar gibi tüzel kişiler tarafından taşınmaz edinilmesine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını vurgulayan Mahkeme'ye göre cemaat vakıflarına taşınmaz edinme konusunda bir sınırlama getirmeyen 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'ndan oldukça uzun bir süre sonra cemaat vakıflarına ait taşınmazların tapularının iptal edilmesi, "öngörülebilirlik" ve dolayısıyla hukuk tarafından öngörülme ilkesine aykırıdır. Üstelik Mahkeme, bu sürecin kamu yararına olabileceğini vurgulamakla beraber vakfın mülkiyetinde bulunan taşınmazların herhangi bir bedel ödenmeksizin vakıfların mülkiyetinden çıkarılması orantısallık ilkesine de uygun düşmediğini ifade etmiştir.

Ülkemizin Avrupa Birliği adaylığı sürecine girmesinin etkisinde hazırlanan ve kamuoyunda büyük tartışmalara neden olan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile cemaat vakıflarına taşınmaz edinme konusunda oldukça önemli imkanlar tanındığı görülmektedir.

Öncelikle cemaat vakıfları diğer vakıflardan ayrı tutulmayarak genel "vakıf" tanımı içinde değerlendirilmiş ve Kanun'un 12. maddesinde bu konuda bir sınırlama getirilmeksizin vakıfların serbestçe taşınmaz edinebilecekleri belirtilmiştir. Oysaki cemaat vakıflarına serbestçe taşınmaz edinme imkanı tanınması Lozan Antlaşması'nın cemaat vakıflarının sadece dini, sosyal ve hayri amaçlarla taşınmaz edinebileceklerini öngören 40. maddesine aykırıdır.

Kanun'un geçici 7. maddesi ile de 1936 Beyannamelerinde kayıtlı olup, halen tasarruflarında bulunan nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazlar ile 1936 Beyannamesinden sonra cemaat vakıfları tarafından satın alınmış veya cemaat vakıflarına vasiyet edildiği veya bağışlandığı halde, mal edinememe gerekçesiyle halen; Hazine veya Genel Müdürlük ya da vasiyet edenler veya bağışlayanlar adına tapuda kayıtlı olan taşınmazların Vakıflar Meclisi kararı ile cemaat vakfı adına tescil edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Ancak geçici 7. madde ile getirilen düzenleme bile AİHM tarafından "enteresan" gerekçelerle yeterli görülmeyerek, bu yolun "etkin" bir iç hukuk yolu olmadığına karar verilmiştir.

Mahkeme, bu konuda Vakıflar Meclisi'ne yapılmış herhangi bir başvuru bulunmamasına rağmen Türk Hükümetinin geçici 7. madde-

nin başarı ile uygulandığına dair herhangi bir örnek veremediğini, dolayısıyla bu yolun başarılı olduğunu kanıtlayamadığını vurgulamıştır. Oysaki ortada bir başvuru yoksa Türk Hükümeti bu yolun etkili olduğunu ya da olmadığını nasıl ispat edebilecektir.

Mahkeme'nin ikinci gerekçesi ise, cemaat vakfının geçici 7. maddesi kapsamında lehte bir kararın elde edilebilmesi için Vakıflar Genel Meclisi'nin olumlu görüşünün alınması gerekmesidir ki bu gerekçenin ileri sürülmesi de anlaşılır gibi değildir. Vakıflar Meclisinin takdir hakkı içermeyen olumlu görüşünün alınmasının ne gibi bir sakıncası olabilir ki? Böyle bir idari denetimin olmadığı durumlarda, taşınmazların geçici 7. maddede sayılan niteliklere sahip olup olmadığını kim denetleyecektir?

Fakat yine de 5737 sayılı Kanun, cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusundaki eleştirileri sonlandıramayacağı da görülmektedir. Özellikle, cemaat vakfı mülkiyetinde bulunan fakat daha sonra taşınmaz edinememe gerekçesi ile Hazine adına tescil edildikten sonra Hazine mülkiyetinden çıkarılan taşınmazların durumu, Türkiye'nin epeyce başını ağrıtabilecek gibi görünmektedir.

# SUÇTA TEKERRÜR VE MÜKERRİRLERE ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Özcan ÖZBEY\*

## I. GENEL OLARAK

### A. KAVRAM

Tekerrür, kelime anlamı itibariyle “tekrarlama” anlamına gelmektedir.<sup>1</sup> Tekerrür, daha önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kesin bir hükümle mahkûm olmuş bir kimsenin, bu mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra kanunda öngörülen süre geçmeden yeni bir suç işlemesi halidir.<sup>2</sup> Burada ikinci suçu işleyen şahsa *mükerrir* denir. Mükerririn karşıtı, *ilk suçlu* terimidir.

Kişilerin ilk kez suç işledikten sonra, iki veya daha fazla suç işlemlerinin birçok sebepleri bulunmaktadır. Bu sebepler özel ve genel olarak ikiye ayrılabilir. Suçluluğun sebeplerinden olan sefalet, serserilik vb. gibi durumlar aynı zamanda tekerrürün genel sebeplerini oluştururlar. Bunların yanında, cezaevlerinin durumu, suçluların tam olarak ıslah edilememeleri, cezaevinden çıkan kişilerin sosyal hayata karışmakta zorluk çekmeleri, cezaevinden sonra mahkûmlara psikoloji, sosyal ve ekonomik yardımların yapılamaması gibi nedenler ise, tekerrürün özel sebepleri arasında sayılabilirler.<sup>3</sup>

---

\* Yargıtay Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2005, s. 2172; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, 4. B., s. 596.

<sup>2</sup> Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 609; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s. 615.

<sup>3</sup> Gökçen, 13.02.2008.

Tüm çağdaş ceza kanunlarında tekerrür müessesesine yer verilmiştir.<sup>4</sup> Tekerrür müessesesi ilk suç işleyen kimsenin şahsi ve sosyal durumuyla, bu suçu alışkanlık haline getiren, suç işlemesi süreklilik kazanan, üst üste suçlar işleyen kimselerin şahsi ve sosyal durumlarının aynı olmadığı, bunlar açısından farklılık olması gerektiği düşüncesinden ortaya çıkmıştır. Tekerrür müessesesinin lehinde olan hukukçular olduğu gibi, aleyhinde olan ceza hukukçuları da mevcuttur. Aleyhine olanların dayandığı en önemli dayanak, tekerrür uygulamasının *-non bis in idem-* bir suçtan tek bir ceza verilmesi ilkesine aykırı olduğu fikridir. Tekerrür fikrini savunanlar ise; ilk defa suç işleyen şahıslar sonuçlarını düşünmeden, tesadüfen suç işlemişlerdir, oysa mükerrirler suçun sonuçlarını daha önceden tecrübe etmişler, yaşamışlardır; buna rağmen bile bile bu suçu işlemişlerdir, ıslah da yetersiz kalmıştır, bu nedenle tekerrür müessesesine ihtiyaç vardır görüşünü savunmuşlardır.<sup>5</sup>

## B. HUKUKİ NİTELİK

Tekerrür müessesesi, 765 sayılı TCK'nın 81. ve devamı maddelerinde düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'nın yayımı ile birlikte, bu müessesenin eskisinden çok farklı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Hem 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi, hem de 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesi ayrıntılı olarak incelendiğinde tekerrür müessesesinin kaldırılmadığı, nitelik değiştirdiği, önceden ceza hukuku müessesesi iken, güvenlik tedbiri niteliğini aldığı görülecektir.<sup>6</sup> Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra da hâkim, sanığın mükerrir olup olmadığı hususunu araştırarak ve mükerrir ise bu hususu kararda belirtirerek, infazın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre yapılacağını, ce-

<sup>4</sup> Tekerrürün tarihçesi ve mukayeseli hukuk açısından incelenmesi için bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 1032 vd.; Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 127 vd.

<sup>5</sup> Bu husustaki görüşler için bkz. Faruk Erem / Ahmet Danışman / Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 618 vd; tekerrürün leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, s. 616 vd.

<sup>6</sup> Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 610.



zanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını kararında açıkça gösterecektir.<sup>7</sup> (5237 sayılı TCK m. 58/7.)

Tekerrür müessesinin ceza hukuku kurumu mu, yoksa infaz hukuku kurumu mu olduğu hususu uzun süre tartışılmıştır. 5237 sayılı TCK tekerrür müessesesini güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir.<sup>8</sup> O halde tekerrürle ilgili, 5237 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Kanun'un güvenlik tedbirlerine hâkim olan ilkeleri uygulanacaktır.

## II. YASAL DÜZENLEME

### A. TEKERRÜRLE İLGİLİ 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK VE 5275 SAYILI CGTİK HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRMASI

Tekerrürle ilgili 5237 sayılı Kanun'un getirdiği en büyük yenilik, bu müessesenin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesidir. Artık bu kurum infazda nazara alınacak bir kurumdur.

5237 sayılı Kanun'la "mükerririn sonraki işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen cezadan belli oranda artırım yapılması" uygulamasına son verilmiş, mükerrirler için hem ayrı bir infaz rejimi düzenlenmiş, hem de denetimli serbestlik kurumunun uygulanması zorunlu hale getirilmiştir.<sup>9</sup>

5237 sayılı Kanun'la, 765 sayılı TCK'da bulunan, tekerrür hükümlerinin uygulanması için "cezanın infaz edilmesi" şartı kaldırılmış,<sup>10</sup> cezanın infaz edilmesi tekerrür süresinin başlaması için bir şart olarak öngörülmüş, tekerrür uygulaması için önceki cezanın kesinleşmiş olması yeterli sayılmıştır.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Mustafa Artuç / Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, 604 vd.

<sup>8</sup> Tekerrürün mahiyeti ve hukuki niteliği konusunda bkz. Faruk Erem / Ahmet Da-  
nışman / Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, An-  
kara 1997, s. 618 vd.; İlhan Üzülmüş, "Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular",  
*Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 04, Ağustos 2005, s. 213.

<sup>9</sup> Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 187.

<sup>10</sup> 765 sayılı TCK döneminde de tekerrür hükümlerinin uygulanması için infazın şart olmadığına ilişkin görüş için bkz. Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Huku-  
ku*, s. 153.

<sup>11</sup> Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 95; 765 sayılı TCK döneminde de, tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edil-

5237 sayılı Kanun'la, genel tekerrür-özel tekerrür ayrımı kaldırılmıştır.

5237 sayılı Kanun'la, 765 sayılı TCK'nın 85. maddesine benzer şekilde sürekli tekerrür müessesesi düzenlenmiştir.

5237 sayılı Kanun'la tekerrür süreleri, (10 yıl ve 5 yıldan) 5 ve 3 yıla çekilerek kısaltılmıştır.

765 sayılı TCK döneminde, 18 yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında, tekkerrür hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almaması nedeniyle, bunlar hakkında da tekerrür uygulanabilirken, YTCK ile 18 yaşını tamamlamamış çocukların işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

5237 sayılı Kanun'la, yabancı ülkede verilen mahkeme kararlarından hangilerinin tekerrüre esas alınacağı, 765 sayılı Kanun'dan çok farklı olarak düzenlenmiştir (5237 sayılı Kanun m. 58/4).

765 sayılı TCK'nın 81/3. maddesinde yer alan "tekerrürden dolayı artırılacak miktarın önceki mahkûmiyeti geçemeyeceği" kuralı, 5275 sayılı Kanun'un 108/2. maddesiyle de muhafaza edilmiş ve "tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınacak cezanın en ağırından fazla olamaz" hükmü getirilmiştir.

## B. TEKERRÜR UYGULAMASINDA ADLİ SİCİL KAYDI VE OKUNMA ŞEKLİ

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra da, mahkemeler ve mümkün olduğu kadar C.Başsavcılıkları, sanığın nüfus ve sabıka kayıtlarını dosyaya getirmeye devam edeceklerdir.

Sabıka kaydıyla ilgili söylenebilecek en önemli not, sabıka kaydının nüfus kaydına tam uyumunun sağlanmasıdır. Bir harf veya bir noktanın eksik, fazla veya hatalı yazılması, bilgisayar ortamında yanlış şahsın sabıka kaydının çıkarılması sonucunu doğuracağı unutul-

---

miş olmasının şart olmadığı ile ilgili bkz. Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 660-661.

<sup>12</sup> Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Bası, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 971.

mamalıdır. Sabıka kaydının nasıl okunması gerektiği aşağıda belirtilmiştir.

<b><u>SABİKA KAYDI ÖRNEĞİ</u></b>			
T.C.			
ADALET BAKANLIĞI			
ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ			
ANKARA			
SAYI :			
KONU :	ADLİ SİCİL SORGU	13.03.2002	
ADLİSİCİL	KAYDI	SORGULAMASI	SONUÇLARI
KİMLİK BİLGİLERİ: KAMİL ELİTOK DT:00.00.1972			
B: AHMET	A:KEZİBAN		
DY: ZİLE	NY: ZİLE		
YUKARIDA KİMLİK BİLGİLERİ BULUNAN KİŞİNİN ADLİ SİCİL KAYDI VARDIR.			
HABER ÖZETLERİNİN İÇERİKLERİ:		SAYFA: 1	
1C: 29382270- 1992: 05.09.1991 6136 SA 13/1. MERSİN 2. ASLCM. 1 Y H; 60.000 AP 02.06.1992 00000279- 00000427 10.06.1992 00000 279-00000427			
2T: 13347930- 1994: 05/09/1991 CK 456/4, 457/1 MERSİN 2.ASLCM 02.06.1992 00000279-00000427 2A20 GH MT.MERSİN 2. ASLCM 05/04/1993 00000279- 00000427			
3Y: 11672676- 1994: 05/09/1991 CK: 456/4 457/1, MERSİN 2ASLCM 02/06/1992 00000279- 00000427 2A20G H 18/03/1992.			

Sabıka Okuma:

1\_\_\_\_ Sıra numarası

C\_\_\_\_ Cezayı ifade eder. Mahkemece verilen cezanın adli sicil kaydına işlendiğini gösterir.

Y\_\_\_\_ Yerine getirmeyi, infazı gösterir.

T\_\_\_\_\_ Tali kararı gösterir. Bir mahkûmiyete bağlı olarak verilen ehliyetin geri alınması vs. gibi güvenlik tedbirlerini ifade eder.

Kural olarak her sabıka kaydında C'ler kadar Y olması gerekir. Ancak uygulamada cezalar adli sicil kaydına bildirilip, infazlar genellikle bildirilmediği için Y'ler sabıka kaydında daha azdır.

- 29382270\_\_\_ 1992\_\_\_ Haber numarasını ifade eder.

Adli Sicil Ve İstatistik Genel Müdürlüğü, artık bu sabıkayı bu haber numarasından takip eder.

- 05.09.1991\_\_\_ Suç tarihini gösterir.

- 6136 SA 13/1\_\_\_ Hangi kanun ve bu kanunun hangi maddesinden ceza verildiğini gösterir.

- MERSİN 2ASLCM- Hükümü veren mahkemeyi gösterir.

- 1 YH; 60000 AP\_\_\_ Verilen cezayı gösterir. Bu ceza, sonuç cezadır.

- 02.06.1992\_\_\_ Hüküm, karar tarihini gösterir.

- 00000279- 000000427\_\_ Mahkemenin (sırasıyla) esas ve karar numaralarını gösterir.

- 10.06.1992\_\_\_ ise kararın kesinleşme tarihini gösterir. Bir karar kesinleşmeden adli sicile kaydedilmez.

- Y'nin sonundaki tarih ise\_\_\_ cezanın tamamen infaz edildiği tarihi bildirmektedir.<sup>13</sup>

Sanığın sabıka kaydından başka mahkemesinden sabıkaya esas ilamlar mutlaka getirilmeli, onların kesinleşme ve infaz şerhleri araştırılarak ona göre hüküm kurulmalıdır.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Mustafa Artuç / Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, 606 vd.

<sup>14</sup> Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi uyarınca tekerrür hükümleri uygulanırken; sabıka kaydında yazılı hangi ilamın tekerrüre esas alındığı denetime imkân verecek şekilde gösterilmeden tekerrüre esas ilamlar getirilerek kesinleşme tarihleri, infaz edilip edilmedikleri, uyarılma kararları verilip verilmediği, araştırılmadan yazılı şekilde karar verilmesi, (10. CD'nin 17.12.2007 tarih ve 2007 / 18091-2007 / 14851 sayılı kararı)

## C. TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINDA 765 ve 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİ ARASINDA LEHE KANUNUN TESPİTİ

### a. 01.06.2005 Tarihinden Önce İşlenen Suçlar Açısından Tekerrür Hükümlerinin Uygulaması

Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra dene-  
timli serbestlik tedbirinin uygulanmasında, özellikle 01.06.2005 tari-  
hinden önce işlenen suçlar açısından, 5237 sayılı TCK'nın 7/2. madde-  
sinin uygulanarak lehe kanunun tespitinde, 765 sayılı TCK hükümleri-  
nin mi yoksa 5237 sayılı TCK hükümlerinin mi sanık lehine hükümler  
içerdiği konusu önem arz etmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen suçlar hakkında tekerrür  
uygulaması açısından herhangi bir sorun yoktur. Suç işlendiği tarihte  
5237 sayılı TCK hükümleri yürürlükte bulunduğu için, tekerrür uy-  
gulamasında 58. maddesinde yer alan düzenlemeye göre karar verile-  
cektir. Buna karşın önceki veya sonraki suç tarihlerinin 1 Haziran 2005  
tarihinden önce olduğu durumda tekerrür hükümlerinin uygulama-  
sının nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın 7/3.  
maddesinde 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda "*hapis  
cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; in-  
faz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır*"<sup>15</sup> şeklindeki tartışmaları  
bitirememiştir.

Aşağıda bu konuya ilişkin doktrinde yapılan tartışmaları, Yargı-  
tay kararlarını da gözönüne alarak değerlendirmeye çalışacağız.<sup>16</sup>

Doktrinde, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısın-  
dan tekerrür hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağını savunan-  
lara göre;<sup>17</sup> 5237 sayılı Kanun'daki tekerrüre ilişkin düzenleme incelen-  
diğinde; yasa koyucunun tekerrür nedeniyle ceza artırımını kabul et-  
meyerek, 765 sayılı TCK'nın 81 ve devamı maddelerinde yer alan dü-

<sup>15</sup> 5237 sayılı TCK'nın 7 / 3. maddesinin değişiklikten önceki hali "Güvenlik tedbirle-  
ri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun  
uygulanır" şeklindeydi. Madde 8.7.2005 tarih 5377 sayılı Yasa ile değiştirilerek, şu  
anki halini almıştır.

<sup>16</sup> Hasan Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2009,  
C. 35, S. 4, s. 493-562.

<sup>17</sup> Şen, s. 36-37; Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1. Bası, Adalet Yayınevi,  
Ankara 2007, s. 74-75.

zenlemeden vazgeçtiği açıktır. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 9/3. maddesinde yer alan *"lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir"* şeklindeki düzenlemeden yola çıkarak, 765 sayılı TCK'nın lehe olması durumunda, bu yasada yer alan tekerrür hükümlerinin uygulanarak, 5237 sayılı Yasa'da kabul edilmesine rağmen, cezada artırım yapılması, cezada kanunilik ilkesi ile lehe yasanın geçmişe uygulanması ilkelerine aykırıdır. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 9. maddesi uygulanarak lehe kanunun tespitinde, önceki ve sonraki yasanın tüm hükümlerinin uygulanarak sonuçların karşılaştırılmasından ziyade, ceza hukukunda yer alan müesseselerden hareketle, kurumların kendi aralarında karşılaştırılması gerekir. Aksi durumun kabulü ile sonuç cezaların lehe kanunun tespiti açısından gözönüne alınması evrensel hukuk ilkelerine aykırıdır.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, lehe kanunun tespitinde *"blok uygulama"* yapılması doğru değildir. Blok uygulama yapılacak olması durumunda ise en azından, şu an yürürlükte bulunmayan müessese ve hükümler göz ardı edilerek, bir uygulama yapılmalıdır.<sup>18</sup>

5252 sayılı Kanun'un 9. maddesinin uygulanması sonucunda, 5237 sayılı TCK'nın sanık açısından lehe olduğunun tespiti halinde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi uygulanmamalıdır. Uygulanmasına karar verilmesi halinde de, bu durum sanığın cezasının infazı açısından sonuca etkili olamayacaktır. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesi uyarınca, koşullu salıverilmeye ilişkin uygulama açısından lehe olan düzenleme gözönüne alınacaktır. 647 sayılı Yasa ile 5275 sayılı Kanun'un infazla ilgili hükümleri karşılaştırıldığında, koşullu salıverme oranları itibariyle 647 sayılı Kanun'un mahkûm lehine sonuçlar içerdiği anlaşılacaktır. Bu nedenle, tekerrür nedeniyle mahkûmun cezasının infazında 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde belirtilen hususlar uygulanamayacaktır. Mükerrirler hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 58/7. maddesi uyarınca uygulanmasına karar verilmiş olsa dahi, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve infaz tamamlandıktan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanamayacaktır. Denetimli serbestlik tedbiri infaz hukukuna ilişkin bir düzenlemedir, aksine bir hüküm olmadıkça derhal uygulanmaları gerekir. 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde denetimli serbestlik tedbirleri açısından istisnai bir

<sup>18</sup> Şen, s. 37.

düzenleme getirilmemiştir. İnfaz mevzuatından hangisinin lehe olduğunun tespitinde, çapraz uygulama yapılması mümkünken, karma uygulama yapılması olanaklı değildir. 5237 sayılı TCK'ya göre hüküm kurulmuş olsa dahi, lehe olduğundan bahisle infaz aşamasında 647 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğinde, bu Kanun bir bütün olarak uygulanacaktır. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı TCK'nın lehe olduğundan bahisle mahkûm hakkında 58. maddenin uygulanmasına karar verilmiş olsa bile, sonuca etkili bir durum meydana getirmeyecektir.<sup>19</sup>

1 Haziran 2005 tarihinde önce işlenen suçlara ilişkin kurulan mahkûmiyet kararlarının infazında, TCK'nın 7/3. maddesi uyarınca lehe olan 647 sayılı Kanun hükümlerine göre infaz yapılacaktır. Lehe olduğundan bahisle 5237 sayılı TCK hükümlerine göre mahkûmiyet kararlarında, tekerrürün uygulanmasına karar verilse bile fiilen uygulanamayacaktır. Buna karşın 765 sayılı TCK'nın lehe olduğundan dolayı uygulanması halinde ise 81. maddesi nedeniyle ceza artırımını yoluna gidilmesi, farklı uygulamaların meydana gelmesine sebebiyet verecektir.<sup>20</sup>

1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından tekerrür hükümlerinin uygulanacağını savunan yazarlara göre ise; 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından lehe kanun tespiti yapılırken, önceki ve sonraki kanun hükümleri bir bütün olarak olaya uygulanarak, sonuç cezaların birbirleriyle karşılaştırılmaları gerekir. Sonuç ceza açısından hangi kanun lehe ise, sanık hakkında bu kanun hükümleri uygulanmalıdır. Lehe kanunun tespitinde yasa koyucu "*blok uygulama*"yı kabul etmiştir. Yapılan değerlendirme sonucunda 765 sayılı TCK'nın lehe olduğunun tespiti halinde, şartları varsa sanığın cezasında tekerrür nedeniyle artırım yapılabilecek; 5237 sayılı TCK hükümlerinin lehe olduğunun kabulünde ise sanık hakkında 58. madde uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi gerekir.

---

<sup>19</sup> Bakıcı, s. 75.

<sup>20</sup> Bakıcı, s. 76.

## b. Her İki Suçun da 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu

Fail tarafından işlenen suçlardan her ikisinin tarihi de 1 Haziran 2005 ten öncesi olması durumunda, fail hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması, lehe kanunun tespiti açısından tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul edip etmemeye göre farklılık arz eder. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasını kabul etmeyen görüşe göre,<sup>21</sup> hakkında tekerrür uygulaması yapılacak suçun tarihi eski ise, bu durumda 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca yapılacak değerlendirmede, tekerrür hükümleri gözönüne alınmayacaktır. Buna karşın tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlara göre ise, lehe kanunun tespitinde tekerrür hükümleri de değerlendirme konusu yapılacaktır.<sup>22</sup>

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında ilk görüşe uygun olarak, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesindeki düzenlemenin, 765 sayılı TCK'nın 81 vd. maddelerindeki düzenlemeden farklılığını gözönüne alarak, tekerrür hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>23</sup>

## c. Sadece İlk Suçun 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu

Failin işlediği suçlardan, tekerrüre esas alınan suçun 1 Haziran 2005'ten önce işlenmesine karşın, hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanacağı ikinci suçun sonra işlenmesi durumunda, tekerrür uygulamasında herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Çünkü hakkında tekerrür nedeniyle yaptırım uygulanacak suç, ilk suç değil işlenen ikinci suçtur. Tekerrürün şartlarının oluşup oluşmadığı da işlenen ikinci suçun, işlenme tarihinde yürürlükte bulunan ceza mevzuatına

<sup>21</sup> Şen, s. 36-37; Bakıcı, s. 74-75.

<sup>22</sup> Hasan Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2009, C. 35, S. 4, s. 493 vd.

<sup>23</sup> 11. CD, 14.5.2007, 2141 / 3340: "5237 sayılı TCK'nun 7 / 3. maddesi uyarınca, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda aynı yasanın 58. maddesinin uygulanamayacağını gözetilmemesi..." (Bakıcı, s. 1355); 1. CD, 19.07.2007, 4032 / 6078: "01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK. nun lehe kabul edilip uygulanması halinde mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanamayacağını dikkate alınmaması" (Bakıcı, s. 1357).



göre değerlendirilecektir. Hakkında tekerrür hükümleri uygulanacak suçun, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 ten sonra işlenmiş olması durumunda, fail hakkında aynı Kanun'un 58. maddeye göre işlem yapılacaktır.

İkinci suçun işlenme tarihinin 1 Haziran 2005'ten sonra olması durumunda, zaten 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

#### **d. 765 Sayılı TCK Hükümlerine Göre Verilen Erteli Cezalara İlişkin Mahkûmiyetlerin Durumu**

Seçenek yaptırım olarak cezanın ertelenmesine ilişkin 765 sayılı TCK düzenlemesi ile 5237 sayılı TCK'nın hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde verilen erteleme kararı sonrasında, belirlenen sürede yeniden suç işlenmemesi halinde, mahkûmiyet hükmü tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalktığından (765 sayılı TCK m. 95) tekerrüre esas alınmıyordu. Bununla birlikte, erteli cezalar tekerrüre esas değildi.<sup>24</sup> 5237 sayılı TCK'nın erteleme-yi düzenleyen 51. maddesinde ise, belirlenen denetim süreleri içerisinde herhangi bir suç işlenmemesi ve denetim yükümlülüklerine uygun davranılması durumunda, mahkûmiyet hükmü ortadan kalkmamakta, ceza infaz edilmiş sayılmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 51/3 ve 4. madde ve fıkraları ile 58/2. madde ve fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, erteli mahkûmiyet hükmü tekerrüre esas teşkil edebilecektir.<sup>25</sup>

765 sayılı TCK hükümlerine göre verilen ertelemeye ilişkin mahkûmiyet kararları, hüküm tarihinden itibaren başlayacak olan ve 95. maddede belirtilen süreler içerisinde varlıklarını ve kendilerine bağlanan sonuçları doğurmaya devam ederler. “*Vaki olmamış sayılmayan*” ertelenmiş mahkûmiyetler, 5237 sayılı TCK uygulamasında tekerrüre esas alınabileceklerdir. 1 Haziran 2005 ten önce işlenen bir suçtan dolayı, 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca yapılan değerlendirme sonucunda lehe olması nedeniyle 765 sayılı TCK hükümleri-

<sup>24</sup> İBK, 20.5.1942, 31 / 14 (Gökçen, 13.2.2008).

<sup>25</sup> 6. CD, 05.07.2007, 2034 / 8341: “Saniğin tekerrür koşullarına uygun hükümlülükleri bulunduğu halde, 5237 sayılı Kanun'un 58 / 6-7 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, anılan hükümlülüklerin erteli olduğundan söz edilerek anılan hükmün uygulanmaması” (Bakıcı, s. 1357).

ne göre verilen erteli mahkûmiyet hükmü, karar tarihinden itibaren 5 yıl boyunca varlığını koruyacağından; bu süre içerisinde ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlediği bir suç nedeniyle tekröre esas olabilecektir.<sup>26</sup>

### III. TEKERRÜRÜN KOŞULLARI

#### A. DAHA ÖNCE DEN İŞLENEN SUÇTAN DOLAYI MAHKÛM OLMA KOŞULU

Bir kimse hakkında tekrör hükümlerinin uygulanması için gereken ön şart, bu şahsın önceden işlemiş olduğu bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olmasıdır. Önceden mahkûm olmamış kimseye “ilk suçlu” denir. Bu şartın 5237 sayılı TCK’da da aranan unsurlardan olduğu hususu 58/1. maddesindeki “önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm” ibaresinden kolayca anlamak mümkündür.

Beraat kararları tekröre esas teşkil etmeyecektir, tekröre esas teşkil eden hüküm mutlaka mahkûmiyet olacaktır.

Burada aranan mahkûmiyet, nasıl bir mahkûmiyet olmalıdır? Tekröre esas olacak mahkûmiyet, bir ceza mahkûmiyeti olmalıdır.

#### a. Ceza Mahkûmiyeti Olma Zorunluluğu

Kanunumuz mahkûmiyet kararı tabiriyle ceza mahkûmiyetini kastetmektedir. Burada YTCK döneminde de, önceki mahkûmiyetin hapis cezası olması ile adli para cezası olması arasında fark yoktur, her iki mahkûmiyet de tekröre esas alınacaktır.<sup>27</sup> Ceza mahkûmiyeti dışındaki mahkûmiyetler, örneğin hapsen tazyik kararları, idari para cezaları, inzibati tedbir olarak verilen kararlar, güvenlik tedbirleri ile il-

<sup>26</sup> CGK, 17.4.2007, 71 / 98: “5237 sayılı Yasa’nın 58. maddesi uyarınca kişinin mükerrer sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun işlenmesi yeterli olup, ilk suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce veya sonra işlenmesinin mükerrirlik açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır” (Bakıcı, s. 1349).

<sup>27</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 3. Bası, Ankara 2006, s. 700; Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, s. 611; Üzülmöz, *Suçta Tekrör ve Özel Tehlikeli Suçlar*, s. 215; Öztürk / Erdem, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, s. 240.

gili kararlar tekerrüre esas teşkil etmez.<sup>28</sup> Disiplin cezaları da, tekerrüre esas olacak mahkûmiyetlerden değildir.<sup>29</sup>

Ayrıca hapisten çevrilen adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımların da, tekerrüre esas olmayacağı konusunda görüş birliği mevcuttur.<sup>30</sup>

Ceza tertibine yer olmadığına dair kararlar tekerrüre esas teşkil etmez. Örneğin karşılıklı hakaret nedeniyle YTCK'nın 129. maddesi uyarınca verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair karar, tekerrüre esas alınmaz.

Burada şunu ifade etmekte fayda vardır ki, sanığın almış olduğu önceki mahkûmiyet 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenmiş ve 765 sayılı TCK'ya göre alınmış bir mahkûmiyet olsa bile, YTCK'nın 58. maddesindeki koşullar gerçekleşince, anılan madde uygulanabilecektir.<sup>31</sup> Yargıtay içtihatlarında da görüleceği üzere eski mahkûmiyetlerin, YTCK ile kurulan hükümler açısından tekerrüre esas alınmayacağına ilişkin düşünceler yerinde değildir.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1045.

<sup>29</sup> Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 161; Sedat Bakıcı, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1131.

<sup>30</sup> Özgenc, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 677; Ali Parlar / Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, C. 1, Ankara 2008, s. 975; Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 161; Bakıcı, *Genel Hükümler...* s. 1131; Üzülmöz, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar*, s. 215; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, C. 1, s. 377.

<sup>31</sup> Suç tarihi olan 8.6.2005 tarihinde 5237 sayılı TCK yürürlükte bulunduğu ve sanığın eski mahkûmiyetini içeren adli sicil kaydına göre tekerrüre esas olduğundan mahkemece sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasında usul ve yasaya bir aykırılık görülmediğinden tebliğnamedeki eski tarihli hükümlüğün tekerrüre esas alınamayacağına ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. (2.CD'nin 24.1.2008 tarih ve 2007 / 10550-2008 / 968 sayılı kararı)

<sup>32</sup> Sanığın adli sicil kaydında yer alan Hacıbektas Asliye Ceza Mahkemesinin 22.12.2003 tarih, 2003 / 65-67 sayılı, ve 12.04.2004 tarihinde kesinleşen ilamı nedeniyle, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 58. maddesinde belirtilen tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, (2. CD'nin 21.01.2008 tarih ve 2007 / 15002-2008 / 556 sayılı kararı)

## b. Verilen Ceza Kesinleşmiş Olmalı

Ceza mahkûmiyetinin tekrüre esas olabilmesi için, kesinleşmiş olması gerekir. Beraat kararları, sebebine bakılmaksızın tekrüre esas olamazlar.<sup>33</sup> Tekerrür uygulamasının temel hareket noktası halen yargılanmakta olan kişinin daha önce bir ceza mahkûmiyetine uğramış olmasıdır. Önceki suçlara ilişkin hükümlerin kesinleşmemiş olması halinde, tekrürden değil suçların içtimaı söz konusu olur. 765 sayılı TCK'dan farklı bir tekerrür sistemini benimseyen 5237 sayılı TCK'nın 58/1. maddesinde “önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra” şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilerek, verilen hükmün kesinleşmesinin gerekliliği ortaya konulmuştur.

TCK'nın 58. maddesi, verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olmasını aradığından dolayı, mahkûmiyet kararı verilmekle birlikte, bu karar kesinleşmeden ikinci suçun işlenmesi durumunda tekrürden söz edilemez. Bundan dolayı, ikinci suç, örneğin temyiz incelemesi aşamasında iken dahi işlenmiş olsa, tekerrür uygulamasına esas teşkil etmez.<sup>34</sup>

## c. Kesinleşen Cezanın İnfazının Gerekli Olmaması

765 sayılı TCK döneminde, önceki mahkûmiyetin infazının gerekli olup olmaması hususunda uzun tartışmalar yapılmıştır. Bir kısım yazarlar, tekrürün uygulanması için önceki cezanın çekilmesinin şart olduğunu belirtirken;<sup>35</sup> bir kısım yazarlar ise tekrür uygulaması için önceki cezanın kesinleşmiş olmasının yeterli olduğunu, infazının gerekli olmadığını savunmuşlardır.<sup>36</sup> Yargıtay birinci görüşü kabul ede-

<sup>33</sup> Toroslu, s. 364; Gökçen, 13.2.2008; Demirbaş, s. 600; Özbek, s. 611.

<sup>34</sup> Öztürk / Erdem, s. 337; Bakıcı, s. 1322-1323.

<sup>35</sup> Hadi Tan, “Yine Tekerrür Meselesi”, *AD*, 1945 / 8; Çetin Ardalı, “Müccel Cezalarda İçtima ve Tekerrür”, *AD*, 1944 / 6; Çetin Ardalı, “Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?”, *AD*, 1944 / 12; Şefik Simav, “Türk Ceza Kanununda Tekerrür”, *AD*, 1945 / 12; Reşat Bayramoğlu, “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil midir?”, *AD*, 1944 / 12; Erhan Günay, *Cezada Tekerrür Uygulaması*, Ankara 1996, s. 29 vd.

<sup>36</sup> Faruk Erem, “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir”, *AD*, 1944 / 10; Faruk Erem, “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir II”, *AD*, 1945 / 5; N. Kunter, “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir”, *AD*, 1945 / 1.

rek, önceki cezanın kesinleşmesinin yanında, infaz edilmesinin de gerekliliği doğrultusunda bir uygulama benimsenmiştir.<sup>37</sup>

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi, yapılan tüm tartışmaları bitirecek kadar açıktır. Maddede "bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, konuya açıklık getirilmiştir. Tekerrür uygulamasında, önceki cezanın kesinleşmesi yeterli olup, infaz edilmesine gerek yoktur. Bunun nedeni, mahkûmiyet hükmünün infazından bilinçli olarak kaçan failin lehine haksız bir durum yaratılmak istenmemesidir.

Cezanın infaz edilmiş olup olmaması hususu, tekerrür oluşması açısından değil, tekerrür için belirlenen sürenin başlangıcı açısından önemlidir. TCK'nın 58/2. maddesinde tekerrürün uygulanabileceği sürenin üst sınırını gösteren üç ve beş yıllık sürelerin başlaması için, cezanın infazının gerekliliği hükme bağlanmıştır.

#### d. Önceki Mahkûmiyetin Tekerrüre Esas Alınmasını Engelleyen Haller

Bir mahkûmiyetin tekerrüre esas teşkil edebilmesi için, varlığını muhafaza ediyor olması gerekir. Bu hususla ilgili burada değişik alternatifler üzerinde durulacaktır:

**Genel Af Halinde:** Kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar (5237 sayılı Kanun m. 65/1). Kanunumuz bu hükümle genel affa cezaların bütün sonuçları ortadan kalkacağını bildirirken, yalnızca doğrudan sonuçları kastetmemiş, aynı zamanda dolaylı sonuçlarını da içine alacak şekilde düzenleme yapmıştır. Bu nedenle genel affa uğramış bir mahkûmiyet, tekerüre esas olmayacaktır.

<sup>37</sup> CGK 19.4.2005, 4-30 // 43: "Önceki suçtan dolayı hükmedilmiş olan cezanın tamamen infaz edilmiş olması veya bu cezanın yasal nedenlerden biri ile düşmüş bulunması, infaz veya düşmeden itibaren belirli bir süre geçmeden yeni bir suçun işlenmesi gerekmektedir; 3. CD, 24.2.2005, 7993 / 1729: "Sanık hakkında D... Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 6831 sayılı Kanun hükümleri gereğince 1998 / 80 E,1999 / 83 Karar sayılı mahkûmiyet hükmü bulunduğu, bu hükmün 6.3.2000 tarihinde infaz edildiği anlaşılmakla; suç tarihi itibarıyla bu cezanın tekerrüre esas teşkil ettiği, bu nedenle sanığa verilen cezanın TCK m. 81 / 2. maddesine göre arttırılması gerektiği gözetilmeden tekerrür hükümlerinin uygulanmayarak sanığa eksik ceza tayin edilmesi" (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/> 15.05.2008)

**Özel Af ile:** Hükümlüye verilen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süre kısaltılabilir, ya da adli para cezasına çevrilebilir (5237 sayılı TCK'nın 65/2 md.). Özel afla mahkûmiyet ortadan kalkmamaktadır. Mahkûmiyet yine devam etmekte, hatta ceza tamamen affedilse bile sonuçları sürmektedir. Bu nedenle özel affa uğramış bir mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil edecektir.<sup>38</sup>

**Önceki Mahkûmiyetin Verildiği Eylemin Suç Olmaktan Çıkarılması Durumunda:** Mahkûmiyet hükmü tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar. Örneğin 5237 sayılı Kanun'la, 765 sayılı TCK'nın 572/1 maddesinde düzenlenen sarhoşluk eylemi, suç olmaktan çıktığından bu konuda verilen tüm mahkûmiyetler bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmıştır. Bu durumda da mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu suçtan dolayı verilen mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil etmez.

**Şikâyetten Vazgeçme:** Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlardan kanunda aksi yazılı olmadıkça, suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (5237 sayılı Kanun m. 73/4).

Şikâyetten vazgeçme, 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesine göre hüküm kesinleşmesine kadar sonuç doğurur ve vazgeçme kamu davasını düşürür. Hükmün kesinleşmesine kadar vazgeçme nedeniyle kamu davasının (kararla veya ek kararla) düşürülmesine karar verildiği durumlarda, mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu karar tekerrüre esas olmaz.

Ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme, kural olarak sonuca etkili olmayacağından, bu hüküm tekerrüre esas teşkil eder. Bunun istisnası kanunda şikâyetten vazgeçmenin sonuç doğurduğu haldir. Örneğin 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16b maddesinin 3. fıkrasına göre *"hükmün kesinleşmesinden sonra şikâyetten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçlarıyla ortadan kalkar."* Burada YTCK'nın 73. maddesinde belirtilen ayrık durumlardan birisi düzenlenmiştir. Karşılıksız çek suçundan hüküm kesinleştikten sonra bile olsa, şikâyetten vazgeçilmişse bu mahkûmiyet tekerrüre esas olmayacaktır.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, sh.162

<sup>39</sup> Tekerrüre esas alınan ve sabıka kaydına göre suç tarihinden önce infaz edildiği

**Uzlaşma:** CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde, uzlaşma kurumu düzenlenmiştir. Anılan maddelere göre, suçtan zarar gören ile sanık soruşturma veya kovuşturma aşamasında uzlaşırlarsa, soruşturma aşamasında kamu davası açılmaz, uzlaşma nedeniyle kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Uzlaşma kovuşturma aşamasında olursa, davanın düşürülmesine karar verilir. Bu durumda önceden verilmiş mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu kararlar tekkerrüre esas teşkil etmez.<sup>40</sup>

**Zamanaşımı:** Dava zanaşımı gerçekleştiğinde, kamu davasının düşürülmesine karar verileceğinden, mahkûmiyet şartının gerçekleşmemesi nedeniyle tekkerrüre esas olmaz.

5237 sayılı TCK'nın 68. maddesinde düzenlenen ceza zanaşımı yalnızca bir infaz engelidir, ceza zanaşımı süresinin geçmesiyle ceza düşmez, sadece infaz edilmez. Yani ceza zanaşımının ön koşulu, kesinleşmiş mahkûmiyettir. Bu mahkûmiyet infaz edilememiştir. Bu hüküm kesinleştiği andan itibaren, silinme koşulları oluşunca ya kadar tekkerrüre esas teşkil edebilir.<sup>41</sup> Cezanın zanaşımına uğraması da, tekkerrürün uygulanmasına engel değildir.<sup>42</sup>

**Ön Ödeme:** Sanık üzerine atılı suçun ön ödemeye tabi olması durumunda, C.Savcılığında ön ödeme önerisini yerine getirirse, hakkında kamu davası açılmaz, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Kovuşturma aşamasında ön ödeme önerisini yerine getirirse, hakkında açılan kamu davası düşer (5275 sayılı Kanun m. 75). Bu durum-

---

anlaşılan 3167 sayılı Kanun'un 16 / 1. maddesinden verilen hapis cezasının 4814 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca doğrudan para cezasına dönüştürüldüğü ve 3167 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde hükmün ortadan kalkmış olabileceği gözetilerek ilgili dava dosyası getirilip tekkerrür bakımından sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmemesi, (4. CD'nin 26.11.2007 tarih ve 2006/5854-2007/10151 sayılı kararı)

<sup>40</sup> Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, s. 611.

<sup>41</sup> Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 164.

<sup>42</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 216; Bazı Yazarlara göre "Cezanın infaz edilmiş olması tekkerrür sürelerinin işlemeye başlaması açısından önem taşımaktadır. Cezanın hiç infaz edilmemiş olması veya özel af veya zanaşımı sebebiyle hiç infaz edilemeyecek olması tekkerrür hükümlerinin uygulanması bakımından önem taşımamaktadır. Kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü var olduğu sürece tekkerrür hükümleri uygulanabilecektir. Bu halde, tekkerrürde kabul edilen süreli tekkerrür sistemi, süresiz tekkerrür sistemine dönüşmektedir." (Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, s. 621).

da da mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden, bu karar tekerrüre esas teşkil etmeyecektir.

**Cezanın Ertelenmesi:** 647 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve 2253 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca ertelenen cezalar tekerrüre esas alınabilirler. Ancak bu mahkûmiyetler, deneme süresi doluncaya kadar tekerrüre esas olabilir.<sup>43</sup> Deneme süresi içinde bir suç işlenmezse, 765 sayılı TCK'nın 95/2. maddesi uyarınca ertelenen mahkûmiyet, "esasen vaki olmamış" sayılacağından bu durumda ortada mahkûmiyet olmadığından, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engeldir. Başka bir deyişle, sanık deneme devresi içinde suç işler ise, tekerrür hükümleri uygulanırken, deneme devresinden sonra suç işlemesi durumunda tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.<sup>44</sup> Ancak deneme devresinde, sanığın kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle ertelenen cezanın aynen infazına karar verilip de, ceza infaz edilmiş olursa bu ceza da, tekerrüre esas teşkil edecektir.<sup>45</sup>

5237 sayılı Kanun'un 51. maddesi de, erteleme hususunu düzenlemiştir. Burada 647 sayılı Kanun m. 6. ve 2253 sayılı Kanun m. 38. maddesinde en önemli fark hapis cezalarının ertelenmesi, para cezalarının ertelenmemesidir. Ayrıca denetim süresinin yükümlülere uygun veya iyi hal olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Hükümlü denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlerse veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar ederse, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

5237 sayılı Kanun uygulamasında erteli ceza tekerrüre esas alınacak mıdır? Çünkü tekerrürün düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 58.

<sup>43</sup> Bakıcı, *Genel Hükümler...* sh. 1132

<sup>44</sup> Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 660; Sanığın adli sicil kaydında belirtilen ve tekerrüre esas alınan erteli mahkûmiyetlerine ilişkin ilamların onaylı suretleri mahkemelerinden getirtilerek aynen infazına karar verilip verilmeyeceği araştırılmadan ve aynen infazına karar verilmemiş ise, hüküm tarihleri olan 24.09.1999 ve 24.11.1999 tarihinden itibaren suç tarihine kadar 765 sayılı TCK'nın 95 / 2. maddesinde öngörülen beş yıllık deneme süresi geçtiğinden erteli mahkûmiyetlerin vaki olmamış sayılacağı gözetilmeden eksik inceleme ile sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 3., 6., ve 7. fıkralarının uygulanmasına karar verilmesi (2. CD'nin 12.03.2007 tarih ve 9270-3635 sayılı kararı)

<sup>45</sup> aynı yönde Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 670; Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar*, s. 216; Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 164;



maddesi önceki mahkûmiyetin kesinleşmesini, tekerrür hükümlerinin uygulanması için yeterli saymakta, infazı aramamaktadır. Burada da kesinleşmiş bir mahkûmiyet vardır. Ancak bu mahkûmiyetin cezası ertelenmiştir. Kanaatimizce tekerrürün ilk koşulu, olmazsa olmaz şartı olan, kesin hükümle ceza mahkûmiyeti şartı burada gerçekleşmiş olduğundan, denetim süresinde hükmün kesinleşmeden itibaren bu mahkûmiyet tekerrüre esas olur.<sup>46</sup> Denetimli serbestlik süresi dolmuş olsun veya olmasın, yeniden işlediği suç nedeniyle tekerrür hükümleri uygulanabilecektir.<sup>47</sup>

4616 sayılı Kanun ile halen devam eden davaların belli bir süreliğine kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi ve kesinleşmiş hükümler yönünden de, cezadan 10 yıl düşülerek hükümlünün koşullu olarak salıverilmesi olanağı getirilmiştir. Peki bu mahkûmiyetler tekerrüre esas alınacak mıdır? Eğer devam eden ve kesinleşmemiş bir davanın, 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararı verilmiş ve deneme süresi içerisinde yeniden suç işlenmemiş ise, bu durumda ortada bir mahkûmiyet ve mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra işlenmiş bir suç olmadığından, tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.<sup>48</sup> Deneme süresi geçtikten sonra kamu davası ortadan kaldırılacağından evleviyetle tekerrüre esas olamaz. Ancak, kesinleşen mahkûmiyet sonrası 4616 sayılı Yasaya göre şartla salıverilen hükümlü, yeniden bir suç işler ise, bu durumda YTCK'ya göre tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

<sup>46</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 216; 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde düzenlenen tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için tekerrüre esas alınan erteli mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi ve denetim süresi içerisinde yeni suçun işlenmiş olması yeterli olduğundan tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır. (3. CD'nin 7.2.2007 tarih ve 10709-963 sayılı kararı)

<sup>47</sup> İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2008, s. 694.

<sup>48</sup> Adli Sicil Kaydında mevcut Osmançık Asliye Ceza Mahkemesinin 2004 / 67-18 karar sayılı ilamında sanık hakkında açılan kamu davasının 647 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca ertelenmesine, Gümüşhacıköy Asliye Ceza Mahkemesinin 2000 / 83 esas 2001 / ... karar sayılı ilamında da sanık hakkında açılan kamu davasının 4616 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verildiği anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK'nın 58 / 6. maddesi uyarınca tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için tekerrüre ilişkin sürelerin işlemeye başlamadığı nazara alınmaksızın, sanık hakkında verilen cezanın mükerrirlere ilişkin infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesi (3. CD'nin 15.10.2007 tarih ve 12008-7193 sayılı kararı) (Parlar / Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Bası, Cilt 1 s. 980)

**Koşullu salıverilen** hükümlü yeniden suç işler ise, YTCK'nın 58/4. maddesinde düzenlenen hususun gerçekleşmediği durumlarda, bu kimse hakkında da tekerrür hükümleri uygulanır. Çünkü YTCK'da tekerrür hükümlerinin uygulanması için, infaz şart olarak görülmemektedir. Koşullu salıverilen kimse, denetimli serbestlik döneminde bir suç işlediğinde, hükümlünün ikinci suçu ile ilgili tekerrür hükümleri uygulanacak, ilk suçla ilgili olarak da TCK'nın 51/7 ve CGİK'nın 107/12. maddesi gereğince koşullu salıverme kararı geri alınacaktır.<sup>49</sup>

**Düşme kararları** da, tekerrüre esas alınmaz, bu kararın kamu davasının düşürülmesine ilişkin olması ile cezanın düşürülmesine ilişkin olması arasında fark bulunmamaktadır. Her iki halde de bu kararlar tekerrüre esas alınmaz. Örneğin YTCK'nın 184. maddesi uyarınca imar kirliliğine neden olan kimse, aynı maddenin 5. fıkrası gereğince, ruhsatsız yada ruhsata aykırı yaptığı veya yaptırdığı binayı, imar planına veya ruhsata uygun hale getirirse, kamu davası düşer veya mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Yine YTCK'nın 230/5. maddesi uyarınca aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıran kimseler, daha sonra medeni nikâh yaparlarsa, kamu davası ve hükmolunan ceza, bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Her iki hüküm de tekerrüre esas olmazlar.<sup>50</sup>

### e. Tekerrüre Esas Olmayan Mahkûmiyetler

765 sayılı TCK'nın 87. maddesinde tekerrüre esas olmayan mahkûmiyetler sayılmıştır. Bu maddeye karşılık olarak 5237 sayılı TCK'nın 58/4. maddesi düzenlemesi yapılmıştır. Bu maddede sayılanlar sınırlı sayıda, genişletilmesi olanağı bulunmamaktadır.<sup>51</sup>

Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında ilk göze çarpan husus cürüm kabahat ayrımı kaldırıldığından, bunlardan birbirleri için tekerrüre esas olmaması hususu 5237 sayılı Kanun'da yer almamasıdır.

Ayrıca tekerrüre esas tutulacak mahkeme kararları yeniden düzenlenmiştir.

<sup>49</sup> Bakıcı, *Genel Hükümler...*, s. 1133.

<sup>50</sup> Mustafa Artuç / Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, 604 vd.

<sup>51</sup> Hafızoğulları, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, s. 103

Bu girişten sonra tekerrüre esas tutulmayacak mahkûmiyetleri saymaya geçebiliriz:

- **Kabahatler:** YTCK'ya alınmayarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nda tekerrür hükümlerine yer verilmemiştir. O halde kabahatler, hem kendi aralarında tekerrüre esas teşkil etmezler, hem de YTCK'da düzenlenen suç ile tekerrüre esas olmazlar. Daha açık bir deyişle, sanığın işlediği eylem kabahat ise veya daha sonradan kabahate dönüştürülmüş ise, tekerrüre esas olmayacaktır. Örneğin saldırgan sarhoşluk önceden 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bir suç idi. Şimdi kabahat olarak düzenlenmiştir, bu nedenle yeni düzenlemede kabahat olduğundan tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. 765 sayılı TCK döneminde kabahat olarak düzenlenen bir eylemin, YTCK döneminde suç olarak düzenlenmesi durumunda, anılan mahkûmiyetin de tekerrüre esas alınamayacağını düşünmekteyiz.<sup>52</sup>

- **Yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas alınamaz:** Bu sistemin esası yabancı mahkeme kararına tekerrür bakımından etki tanınmasının mülkîlik ilkesine aykırı olup, bu etkiyi tanıyan ülkenin egemenlik haklarını zedeleyeceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.<sup>53</sup> Ancak uluslararası yükümlülükler nedeniyle bilişim çağıyla birlikte bu ilkenin katı olarak uygulanması hususu kaldırılmış, bu akım doğrultusunda 5237 sayılı Kanun'la bu kuralın istisnaları da genişletilmiştir. Şimdi yabancı ülke mahkemesinin verdiği kararın, tekerrüre esas olmayacağı kuralının istisnalarını sayarsak;

- Kasten öldürme suçları,
- Kasten yaralama suçları,
- Yağma suçları,
- Dolandırıcılık suçları,
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları,
- Parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları,

<sup>52</sup> Aynı yönde Çetin Arslan / Murat Kayanççek, *Suçta Tekerrür*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

<sup>53</sup> Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, sh. 172.

Buna göre, yabancı bir ülkede işlenen yukarıda sayılan suçlar, Türkiye’de tekrüre esas alınabilecektir. Bu suçlara teşebbüs edilmesi halinde veya bu suçların nitelikli hallerinin işlenmesi durumunda da, doğal olarak, Türk mahkemelerince tekrüre esas alınacaklardır.

Yabancı mahkemelerden verilen hükmün, bir Türk veya yabancı tarafından işlenmiş olması arasında Kanunumuz ayırım yapmamıştır. Örneğin bir Türk vatandaşının yabancı bir ülkede taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan aldığı ceza, Türk mahkemelerince tekrüre esas alınamayacaktır.

**Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar da kendi aralarında tekrüre esas tutulabilecektir:** 5237 sayılı TCK’nın 58/4.maddesine göre kasıtlı suçlar kasıtlı suçlara, taksirli suçlarda taksirli suçlara tekrür yönünden esas olabilir. Bu durumda, önceki suç kasıtlı, sonraki suç taksirli ise veya bunun tam tersi bir durum söz konusuysa, tekrür hükümleri uygulanmayacaktır.

5237 sayılı TCK’nın 21 ve 22. maddeleriyle 765 sayılı Kanun’da olmayan iki yeni ayırım getirmiştir. Yeni kanunumuz kastı, doğrudan kast-olası kast; taksiri de adi taksir-bilinçli taksir olarak ayırma tabi tutmuştur. Bu durumda kastın içine doğrudan kast ve olasılık kast, taksirin içine de adi taksir ve bilinçli taksir gireceğinden, doğrudan kastla işlenen bir suç olasılık kastla işlenen bir suçta, adi taksirle işlenen bir suçta bilinçli taksirle işlenen bir suçta tekrür yönünden esas olabilir.<sup>54</sup>

Doktrinde özellikle taksirli suçlar arasında tekrür hükümlerinin uygulanması eleştirilmiştir.<sup>55</sup>

- **Küçükler hakkındaki mahkûmiyetler:** 5237 sayılı TCK’nın 58/5. maddesine göre “Fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış olan kimselerin işlediği suçlar dolayısıyla tekrür hükümleri uygulanmaz.” Bu düzenlemeye göre TCK’nın 31. maddesinin uygulandığı veya 765 sayılı Kanun’un 55. maddesi yahut 2253 sayılı Kanun’un 12. maddesinin tatbik edildiği hükümler, tekrüre esas alınmaz.<sup>56</sup> Yani

<sup>54</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 217

<sup>55</sup> Eleştiriler için bkz., Erem- C.II s. 136 vd.

<sup>56</sup> Sanığın tekrüre esas alınan Sungurlu Asliye Ceza Mahkemesinin 2002 / 55-93 sayılı hükümlülük kararında 765 sayılı TCK’nın 55/3. maddesinin uygulanması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 58/5. maddesi gözetildiğinde sanık hakkında 58. maddesinin uygulanamayacağını gözetilmemesi, (6. CD’nin 6.2.2007 tarih ve

önceki mahkûmiyetler sanığın 18 yaşından küçük olduğu zaman işlediği bir suçtan dolayı verilmişse, 5237 sayılı TCK'nın 58/5. maddesine göre tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Burada, YTCK'nın 58/5. maddesini nasıl anlamak gerekir? 18 yaşını doldurmamış kimselerin işledikleri suçlar mı tekerrüre esas alınmayacaktır, yoksa 18 yaşını doldurmayan kimseler hakkında mı tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır? YTCK'ya göre, 18 yaşını doldurmadan işlenen birinci suç, daha sonra işlenen suçlar yönünden, kişi 18 yaşını doldursa da doldurmasa da tekerrüre esas alınmayacaktır.<sup>57</sup>

- **Sırf askeri suçlarla askeri olmayan suçlar arasında da tekerrür hükümleri uygulanmaz:** Sırf askeri suçlar, mahiyetleri itibariyle yalnızca kendilerinde askerlik sıfatı bulunan asker kişiler (er, erbaş, uzman, astsubay, subay ve TSK ve Milli Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşlarında çalışan devlet memurları gibi) tarafından işlenebilen, kısmen veya tamamen başka kanunlarda suç sayılmayan suçlardır.

*Bu tanıma göre bir suçun "sırf askeri suç" sayılması için;*

- Failin asker kişi olması,
- Fiilin askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmesi,
- Bu fiilin kısmen veya tamamen Askeri Ceza Kanunu dışında başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş olması,

hususlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında uygulamada bugün kabul gören sırf askeri suçlar şunlardır:

Vazife ve memuriyete gitmemek (As.CK m. 65), firar ve izin tecavüzü (As.CK m. 66, 68), düşman karşısından kaçmak (As.CK m. 69), sözleşerek firar etmek (As.CK m. 70), amire ve üste tehdit suretiyle saygısızlık yapmak (As.CK m. 82), yalan yere usulsüz şikâyet etme (As.CK . 84.md.), üste ve amire hakaret etme (As. CK m. 85), emre itaatsizlikte ısrar etme (As.CK m. 87-89), üste ve amire mukavemet etme (As.CK m. 90.), üste veya amire fiilen taarruz etme (As.CK m. 91), muharrirlik (As.CK m. 93, 94), yetkisiz olarak askerlikle ilgili toplanmak

12456-1601 sayılı kararı)

<sup>57</sup> aynı yönde Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 701; Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, s. 612; Bakıcı, *Genel Hükümler...* s. 1134; Bazı yazarlara göre, "Burada 18 yaştan kasıt, tekerrüre esas olacak ikinci suçu işlediği zamandaki yaştır" (Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 95); Çetin Arslan / Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınevi, Ankara (2004), s. 233.

ve müzakere yapmak (As.CK m. 95.), askerlikten soğutmak (As.CK m. 96), fesat çıkarmak (As.CK m. 97-99), askeri isyan (As.CK m.100-102), seferberlikte ganimet almak (As.CK m. 122), yağmacılık yapma (As. CK m.124-127), mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etme (As.CK m. 136), askerlik şerefine dokunan hareketler yapma (As.CK m. 150), iffetsiz kadınla evlenme (As.CK m. 153).<sup>58</sup>

Askeri suçların tekerrüre esas olmamasının nedeni, bu suçların niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Burada şunu da belirtmekte fayda var ki, Askeri Mahkemelerce verilen tüm mahkûmiyet kararları, sırf askeri suç nedeniyle verilen kararlar olmadığından, askeri mahkemelerce verilen ve yukarıdaki listede yer almayan suçlar, diğer suçlar için tekerrüre esas alınabilecektir.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Derya Yaman / Murat Yaman, *Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 90 vd.

<sup>59</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 218.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında yukarıda belirtilen oluş ve sübutta bir uyumsuzluk bulunmayıp, uyumsuzluk sanık Hasan Hüseyin hakkında Askeri Ceza Kanunu'nun 132. maddesi uyarınca verilen önceki mahkûmiyet hükmünün, şimdiki mahkûmiyeti için tekerrüre esas alınıp alınmayacağına ilişkindir.

Uyumsuzluk konusunda sağlıklı bir çözüme ulaşabilmek için bu konudaki yasal düzenlemeleri, öğretide yer alan görüşleri ve yargısal kararları incelemekte yarar vardır.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, "Askeri Cürüm ve Kabahat" başlığını taşıyan 1. maddesinde, "Türk Ceza Kanunu'na göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur.

1. Bu Kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askeri cürümlerdir.

2. Bu Kanunun kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı suçlar askeri kabahatlerdir." hükmü;

"Mafevkinin, arkadaşının, madununun bir şeyini çalanlar" başlığını taşıyan 132. maddesinde, "Bir mafevkin, bir arkadaşının, bir madunun veya misafir verildiği bir hane sahibinin veya mensuplarından birinin birşeyini çalan beş seneye kadar hapsolünür." hükmü;

Türk Ceza Yasasının 87. maddesinin 3. bendinde, "Geçen maddelerin tatbikatında sırf askeri cürümler hakkında sadır olan hükümler; tekerrüre esas olamaz" hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere "sırf askeri cürümler" hakkındaki hükümler tekerrüre esas olamayacaktır. Ancak, gerek Askeri Ceza Kanununda, gerekse TCK'da "sırf askeri cürüm" ne olduğu konusunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Keza 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasında da "sırf askeri suç" deyimine yer verilmiş ancak, ne olduğu açıklanmamıştır.

Bu konuda öğretide yer alan görüşlerde "sırf askeri suç" kavramının yasalar-

da tarifi yapılmamakla birlikte; sırf askeri suçtan söz edebilmek için “fiilin kısmen veya tamamen başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş olması” koşulunun gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. (Sahir Erman, *Askeri Ceza Hukuku*, s. 153 ve devamı; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Umumi Hüükümler*, Cilt: 3, s. 154 / 155) Buna göre, İtalyan Askeri Ceza Kanunu’nun 37. maddesinde belirtildiği üzere, kurucu unsurları itibariyle genel ceza yasasında yer alan suçlar arasında ne kısmen ne de tamamen öngörülme, yalnızca Askeri Ceza Kanunu’nda unsurları öngörülüp düzenlenen suçlar “sırf askeri suç” sayılacak, ancak Askeri Ceza Kanunu’nda yer alan bir suçun kurucu unsurlarının hepsi veya bir kısmı genel Ceza Kanunu’nda öngörülmüşse asker kişi tarafından işlenmiş olsa da “görünüşte askeri suç” olup “sırf askeri suç” sayılamayacaktır.

“Sırf askeri suç” kavramı konusu Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 20.6.1975 gün ve 6 / 4 sayılı kararında incelenmiş olup, öğretiden farklı olarak unsurlarının tamamı ya da bir kısmı TCK’da yer alan askeri suçların bazılarının da “sırf askeri suç” olabileceği kabul edilmiştir. Bu kararda “sırf askeri suç”; “Unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK’da yer alan askeri suçlardan hangilerinin “sırf askeri suç” olabileceği konusuna gelince: Burada göz önünde tutulması icap eden ölçü, askeri menfaat ve gereklerin korunması olacaktır. Bütün askeri suçlar bu hususu sağlamaya yönelik olmakla beraber, Askeri Ceza Kanununun 3.bap 5. faslında yer alan ve “Askeri itaat ve inkiyadı bozan” suçlar başlığı altında düzenlenmiş bulunan askeri suçlarda, askeri menfaat ve gereklerin özellikle ve doğrudan doğruya korunması amacının güdüldüğü görülür. Bu nedenle unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK’da yer alsa bile askeri suçlardan askeri itaat ve inkiyadı bozan suçları “sırf askeri suç” niteliğinde kabul etmek gerekmektedir.” şeklinde açıklanmıştır. Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun bu tanımı Ceza Genel Kurulu’nca da benimsenmiş ve 1.6.1987 gün ve 211 / 337 sayılı kararda bu tanıma aynen yer verilmiştir. Öte yandan uyuşmazlığa konu olan 132. maddesi de yargısal kararlara konu olmuş ve Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 20.4.1949 gün ve 4101 / 4153 sayılı kararında ve yine Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun 21.3.1975 gün ve 9 / 8 sayılı kararında söz konusu maddenin “sırf askeri suç” niteliğinde bulunmadığı kabul edilmiştir.

O halde, Askeri Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde düzenlenen suçun konusu hırsızlık olduğuna göre, bu suçun kurucu unsurlarının Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen hırsızlık suçundan alındığı keza, Askeri Ceza Kanunu’nun 3.bap 8. faslında yer alan bir suç olması itibariyle gerek öğretide, gerekse yargısal kararlardaki tanımlara göre “sırf askeri suç” sayılamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle Askeri Ceza Kanunu’nun 132. maddesi uyarınca verilmiş bir mahkûmiyet hükmü tekerrüre esas alınabilecektir. Çünkü, TCK’nın 87 / 3. maddesi uyarınca tekerrüre esas alınamayacak olan hüküm yukarıda da belirtildiği gibi “sırf askeri cürme” ilişkin olan hükümlerdir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Yerel Mahkemece tekerrüre esas alınan sanığın önceki mahkûmiyeti, Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi’nin 29.3.1995 gün ve 56 / 39 sayılı kararı ile Askeri Ceza Kanunu’nun 132. maddesi uyarınca 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkindir. Bu hüküm uyarınca sanığın, cezasını 4.6.1995 tarihinde bihakkın çektiği ve 24.3.1996 tarihinde yargılama konusu suçu işlediğine göre sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu nedenle sair yönleri de usul ve yasaya uygun olan direnme hükmünün onanmasına karar

- **Temyizi kabil olmayan kararlar:** 1412 sayılı CMUK'nun 305/son maddesine göre, temyizi kabil olmayan kararlar tekerrüre esas olmazlar. Buna göre 5271 sayılı CMK'nın kanun yollarıyla ilgili hükümleri yürürlüğe girinceye kadar (bu hükümlerin yürürlüğü için 5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 8/1 maddesine bkz.) işlenen suçlar için, yine temyiz olanağı bulunmayan, kesin olarak verilen önceki mahkûmiyetler tekerrüre esas alınamayacaklardır.<sup>60</sup> Ancak 5271 sayılı Kanun'un yasa yollarıyla ilgili hükümleri yürürlüğe girdikten sonra, bu yasada CMUK'nun 305/son maddesi benzeri bir hüküm bulunmadığından, bu tarihten sonra kesin olarak verilen hükümler de (kanaatimizce burada TCK 7. maddesine göre uygulama yapıp suç tarihinin 5271 sayılı CMK'nın yasa yollarıyla ilgili hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra olması koşuluyla) tekerrüre esas alınabileceklerdir(CMK m. 272 vd.). Ayrıca, Anayasa Mahkemesi 2009'da aldığı karar ile 305/son düzenlemesini iptal etmiş ve Yasama organına bir yıl içerisinde gerekli düzenlemeyi yapma olanağını tanımıştır.

Hapis cezasından çevrilen adli para cezası yönünden de, kesinlik sınırı CMUK'nun 305. maddesine göre mi belirlenecektir?

CMUK'nun 305. maddesindeki kesinlik sınırı, hapis cezasından çevrilen adli para cezasının miktarına göre belirlenecektir.<sup>61</sup> Burada dikkat edilecek husus, sanığa verilen hapis cezası 647 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince adli para cezasına çevrilmiş ise, anılan maddede "*Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez*" hükmünün yer alması nedeniyle, adli para cezasına

---

verilmelidir. (CGK'nun 22.06.1999 tarih ve 1999 / 11-159-1999 / 174 sayılı kararı)

<sup>60</sup> Sanığın adli sicil kaydına konu olan 26.10.2005 tarih ve 2005 / 714 E. 2005 / 967 K. s. ilamı tayin olunan adli para cezasının miktarı itibarıyla 1412 sayılı CMUK'nun 305 / 2.maddesi gereğince kesin olduğu ve aynı yasanın 305 / son maddesi gereğince tekerrüre esas olmayacağı gözetilmeden 5237 sayılı TCK'nun 58.maddesi gereğince sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmesi, (2. CD'nin 19.4.2007 tarih ve 1753-5732 sayılı kararı)

<sup>61</sup> Sanığın sabıkasındaki erteli ilamların aynen infaz edilip edilmediği mahkemesinden sorulup, infaz edilmiş ise infaz tarihi itibarıyla CMUK 305 maddesine göre kesin nitelikte olup olmadıkları ve buna göre tekerrür uygulamasına esas olup olamayacakları hususu değerlendirilmeden tekerrür nedeniyle cezasından artırım yapılması, (3. CD'nin 06.06.2007 tarih ve 2007/1308-2007/4569 sayılı kararı)

<sup>61</sup> Bakıcı, *Genel Hükümler...* sh. 953



çevirme hali, yasa yoluna başvurmaya engel olmayacağından çevrilen adli para cezasının miktarı CMUK'un 305. (CMK'nın 286) maddesinde gösterilen sınırın altında olsa bile, kesin olmayacak, ve tekerrüre esas alınabilecektir..<sup>62</sup> Oysa paraya çevirme işlemi YTCK'nın 50. maddesine göre yapılmışsa anılan maddede "Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez." biçiminde bir hüküm bulunmadığından, verilen sonuç para cezası 2.000 YTL'nin altında olduğu takdirde, kesin olacak ve tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.

## B. YENİ BİR SUÇUN İŞLENMESİ KOŞULU

Tekerrürün koşullarından biri de, yeni bir suçun işlenmiş olmasıdır. Yeni bir suç işlenmeden tekerrürden söz etme olanağı yoktur. Buradaki suç tabiri, yalnızca tamamlanmış suçları değil, teşebbüs aşamasında kalmış suçları da kapsayan bir tabirdir.<sup>63</sup> YTCK, önceki mahkûmiyete esas olan suç ile yeni suç arasında benzerliği, aynı türden olmasını aramamıştır.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Sanık hakkında hükmolunan, 567 Yeni Türk Lirası adli para cezası miktar itibarıyla, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 305. maddesi uyarınca kesin ise de, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.11.2005 gün ve 140/143 sayılı kararlarında vurgulandığı üzere, kesinlik sınırını başkaca hiçbir hak kısıtlaması sonucunu doğurmayan, para cezasına ilişkin veya para cezası öngörülmüş hükümlerle sınırlı olarak yorumlamanın yasanın ruhuna ve uluslararası sözleşmelerle getirilen ilkelere daha uygun olacağı diğer yönden, 5252 sayılı Kanun'un, "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasındaki, "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir." hükmü uyarınca suç tarihinde yürürlükte bulunan ve lehe Yasa olması nedeniyle sanık hakkında uygulanan 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinde açıkça; "Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez." hükmüne yer verilmiş bulunması, sanık hakkında hükmolunan sonuç 567 Yeni Türk Lirası adli para cezasının, 540 Yeni Türk Lirasının, 647 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca günlüğü 9 Yeni Türk Lirasından adli para cezasına çevrilen 3 ay hapis cezasından kaynaklandığının anlaşılması karşısında, hükmün temyiz yeteneğinin bulunduğuna oy çokluğuyla karar verilerek diğer uyumsuzluk konularının incelenmesine geçilmiştir. (CGK'nın 13.12.2005 tarih ve 2005/2-134-163 sayılı kararı)

<sup>63</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar*, s. 216.

<sup>64</sup> Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 666.

Bu yeni suçun, önceki mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra işlenmiş olması gerekir. Önceki mahkûmiyet kesinleşmeden yeni suç işlenmiş ise, sonraki suç için tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Önceki mahkûmiyet kararının temyiz süresinin dolacağı gün mesai saati bitimine kadar, yeni bir suç işlenirse tekerrür hükümleri uygulanmaz. Ancak temyiz veya istinaf süresinin son günü mesai saati bittikten sonra, yeni bir suç işlenmiş ise artık tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

Tekerrür hükümlerinin uygulanması için, ikinci suçun bu süreler içinde işlenmesi yeterlidir, ikinci suç ile ilgili verilen cezanın anılan süreler içinde verilmiş veya kesinleşmiş olması aranmaz.<sup>65</sup>

Taksirli suçların, kasıtlı suçlara; kasıtlı suçların, taksirli suçlara; sırf askeri suçların, diğer suçlara; yabancı ülkedeki mahkemelerce cezalandırılmış suçların, Türkiye’de işlenen suçlara (kural olarak), tekerrür yönünden, esas olmayacağına yukarıda değinmiştik.

### C. TEKERRÜR UYGULAMASINDA SÜRE KOŞULU

5237 sayılı TCK da, 765 sayılı TCK gibi, süreli tekerrür sistemini kabul etmiştir. 765 sayılı TCK’nın 81 ve 5237 sayılı TCK 58. maddelerine göre sonraki suçun, önceki mahkûmiyete göre belli süre içinde işlenmesi, tekerrürün koşullarından biri olarak belirlenmiştir. 1960 yılında işlenen bir suç infaz edilmesine ve hatta Adli Sicil Kanunu’na göre silinme koşulları oluşmasına karşın, yeni bir suç işlenir ise önceki mahkûmiyet ilânihaye tekerrüre esas alınamayacaktır.

#### a. Sürenin Uzunluğu

5237 sayılı TCK’yı 765 sayılı TCK’dan ayıran hususlardan biri de, tekerrür süresinin uzunluğunda yapılan değişikliklerdir.

765 sayılı TCK’nın 81.maddesine göre, “Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra .... on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç işlerse” mükerrir sayılır idi. Görüldüğü gibi burada beş ve on yıllık olmak üzere iki süre söz konusudur. Önce-

<sup>65</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1050; Öztürk / Erdem, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, s. 242.

ki mahkûmiyet beş yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ise on yıl; beş yıl ve daha az ise, beş yıl içinde yeniden suç işlenirse tekerrür hükümleri uygulanmakta idi.

5237 sayılı Kanun'daysa, 765 sayılı TCK'daki bu beş ve on yıllık süreler, beş yıl ve üç yıla indirilmiştir. Yani burada fail lehine bir düzenleme yapılmıştır. 5237 sayılı Kanun'a göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde beş yıl, beş yıl ve daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halindeyse üç yıl içinde yeni bir suç işlenirse tekerrür hükümleri uygulanır.<sup>66</sup> Hapisten çev-

<sup>66</sup> Yasa yararına bozma isteğinin incelenmesine geçilmeden ilgili yasal hükümlerin göz önünde bulundurulmasında yarar vardır. 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 1.fıkrasında, "Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez." 2. fıkrasında, "Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a. Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b. Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz."

6.fıkrasında, "Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır." 7. fıkrasında, "Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir." hükümleri yer almaktadır.

İncelenen dosyada, 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesine dayanak oluşturan Sarıgöl Asliye Ceza Mahkemesi'nin 1999/305-2001/113 sayılı kararının, 16.5.2001 tarihinde kesinleştiği ve görevliye sövme suçundan ötürü sanığa verilen cezanın, 180 YTL adli para cezası olduğu anlaşılmaktadır. Dosyadaki bilgiler ışığında, önceki hükmün kesinleştiği tarihten itibaren anılan Kanun maddesinin 2. fıkrasında öngörülen üç yıllık süre geçmiş bulunduğundan, sanık hakkında, aynı yasa maddesinin 6. fıkrası uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına kara verilemeyecektir. Mahkemenin aksi yöndeki uygulamasının yukarıda belirtilen yasa hükümlerine uygun olmadığı görülmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, yasa yararına bozma isteği doğrultusunda düzenlediği tebliğnamedeki düşünce, sonuç itibarıyla yerinde görüldüğünden, tehdit suçundan sanık İlhami U.... hakkında, S. ... Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilip kesinleşen 26.5.2006 gün ve 2006 / 12-76 sayılı kararın, 5271 sayılı CYK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına, karardaki hukuka aykırılık, hükmün Yargıtay tarafından düzeltilmesini gerektirmekle; 5237 sayılı TCK'nın 58 / 1-2-6-7.maddesi gereğince sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kısmın hükümden çıkarılmasına, kararın öbür yönlerinin olduğu gibi bırakılmasına, (4. CD'nin 13.12.2006 tarih ve 2006/9256-2006/17676 sayılı kararı)

rilen para cezalarında da tekerrür süresi para cezasına göre belirlenecektir.

Süreyi belirler iken göz önünde bulundurulacak husus, önceki kararda mahkemenin verdiği sonuç cezadır. Mahsup işlemi nazara alınmaz. Hükümlünün cezaevinde kaldığı sürenin de, tekerrür süresinin belirlenmesinde etkisi bulunmamaktadır.

Burada süreler yıl olarak belirlendiğinden, sürelerin başlangıç günü yani cezanın infaz edildiği gün hesaba katılmaz. Yani 24 Ocak 2000 de infaz olunan bir suç için tekerrür süresi, 25 Ocak'ta başlayacak ve üç yıllık süre 25 Ocak 2003'te sona erecektir. Sonraki suçun tekerrür süresi içinde işlenmiş olması yeterlidir. Mahkûmiyet hükmünün de, bu sürede verilmiş olmasına gerek yoktur.

Özel af ile verilen ceza indirilmiş ise, artık tekerrür süresi indirilen cezaya göre hesaplanacaktır.

Tekerrür süresi, kendine özgü bir süredir. Bu süreler geçtikten sonra artık tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak mahkeme, tekerrür süresi geçmiş mahkûmiyetleri temel cezanın belirlenmesi, hapsin seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapsin ertelenmesi konularında taktirini kullanırken göz önünde tutabilecektir.

### b. Tekerrür Süresinin Başlangıcı

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'dan ayrı olarak yalnızca cezanın infaz edildiği tarihi, tekerrür süresinin başlangıcı olarak belirlemiştir. Oysa 765 sayılı TCK, cezanın infaz edildiği tarih yanında düştüğü tarihi de sürenin başlangıç tarihi olarak saymıştır.<sup>67</sup>

Kanunun tekerrür süresinin başlangıcına niçin mahkûmiyetin kesinleştiği tarih olarak değil de, çekildiği tarih olarak belirlediği sorusu akla gelebilir.<sup>68</sup> Kanun burada çok haklı bir gerekçeye dayanmıştır.

<sup>67</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, "YTCK eskisinden farklı olarak cezanın infazı ve düşmesinden değil, sadece cezanın infazından söz etmektedir. O halde cezanın düşmesi halinde söz konusu sürelerin geçmesi beklenmeyeceğinden artık tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır." (Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, s. 613); 765 sayılı TCK'da da tekerrür süresinin başlangıcının cezanın çekildiği veya düştüğü tarihten itibaren başlayacağı konusunda bkz. Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 662.

<sup>68</sup> Tekerrür süresinin cezanın infazından başlamasını yönelik eleştiri için bkz. Hafı-

Eğer tekerrür süresi mahkûmiyetin kesinleştiği tarihte başlamış olsaydı cezasını çeken suçluyla, cezasının infazından kaçan suçlu arasında ve kaçan lehine bir fark ortaya çıkmış olurdu. Mahkûmiyet kesinleştikten sonra, suçlunun lehine olmak üzere süre işlemeye başlayacak ve mahkûm kaçaklık halindeyken belki de tekerrür süresi dolacak ve kaçan şahıs tekrar suç işlese mükerrer sayılmayacaktı. Bu suretle kaçaklık hali, kaçan mahkûm lehine bir sonuç doğurmuş olacaktı. Hâlbuki kanun tekerrür süresinin işleyebilmesi için cezanın çekilmiş olmasını şart koştuğunda ceza çekilmedikçe süre işlemeye başlamayacak ve kaçan mahkûm, ceza zamanaşımı süresi içerisinde tekrar suç işlese mükerrer sayılması mümkün hale gelecektir.<sup>69</sup>

Cezanın infaz tarihi para cezalarında cezanın tamamının veya son taksitinin maliye veznesine yatırıldığı gün; hapis cezalarındaysa bihakkın tahliye tarihidir. Ayrıca hükümdede, YTCK'nın 53/5. maddesindeki gibi yasaklılık veya 53/6. maddesindeki gibi meslek veya sanatın yasaklanması veya ehliyetin geri alınmasına karar verilmiş olsa bile, bunlar cezanın infazından itibaren başlayacağından, bu yasaklılığın tamamlandığı tarihten itibaren değil, başladığı, başka bir deyişle infazın tamamlandığı tarihten anılan süre başlayacaktır. Hükümlü, ilk kararda, hapis cezasıyla birlikte para cezasına da mahkûm olmuş ise, bu durumda, her iki cezanın infazından itibaren tekerrür süresi başlayacaktır. Sanığın eski hükümlülüğü, tutuklulukta geçirilerek infaz edilmiş ise bu durumda, tekerrür süresi, hükmün kesinleştiği tarihten başlayacaktır.

Hapisten çevrilen para cezalarında da, para cezasının ödenmesi tarihi infaz tarihidir.

Burada dikkat edilecek husus, tekerrüre esas alınan ceza 765 sayılı TCK'ya göre verilmiş olsa bile, bu 3 ve 5 yıllık sürenin başlangıcı, cezanın kesinleştiği tarih değil, cezanın infaz edildiği tarihtir.<sup>70</sup>

zoğulları, *Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, s. 103.

<sup>69</sup> Hükümet Gerekçesi, Güney / Özdemir / Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 1428; Faruk Erem, C. II s. 132.

<sup>70</sup> Sanığın tekerrüre esas alınan Manisa 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2001 / 992-1063 sayılı kararında yer alan cezasının 17.04.2002 tarihinde infaz edildiği ve 3 yıllık sürenin geçmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 58 / 2-b maddesi uyarınca tekerrüre esas alınmayacağına gözetilmemesi, (5. CD'nin 8.3.2007 tarih ve 13586-1822 sayılı kararı)

#### IV. TEKERRÜRÜN ÇEŞİTLERİ VE BİR KISIM SUÇLARDAKİ ÖZEL DÜZENLEMESİ

##### A. GENEL OLARAK

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun düzenlenmesinde tekerrür; genel tekerrür, basit özel tekerrür ve sürekli özel tekerrür diye çeşitlere ayrılmıştı. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için, önceki suçla, sonradan işlenen suç arasında ayniyet veya benzerlik aramayan sisteme genel tekerrür, arayan sisteme ise özel tekerrür denir.<sup>71</sup>

Genel tekerrür, TCK'nın 81/1 maddesinde düzenlenen ve koşulları belirlenen tekerrürü; basit özel tekerrür TCK'nın 81/2 maddesinde düzenlenen aynı nevi suçtan dolayı mükerrer olanı, TCK'nın 85. maddesinde düzenlenen sürekli özel tekerrür ise, birden fazla defa aynı neviden suç işleyerek mükerrer olanları ifade etmek için kullanılmıştı. Özellikle TCK'nın 85. maddesinde düzenlenen sürekli özel tekerrürde, üst üste suç işleyenlere verilecek cezaları belirleyen bir sistem getirilmişti.

5237 sayılı TCK'nın hükümet gerekçesinde "*özel tekerrürle ilgili maddeler ceza tertibinde de bir takım zorlukların doğmasına neden oldukları için, tekerrüre ait hükümlerin bir tertibe bağlanması yani özel tekerrür hallerinin kaldırılması suretiyle yeni bir düzenleme getirilmiştir*"<sup>72</sup> denilerek özel tekerrür hallerinin kaldırıldığı belirtilmiştir.

Ancak 5275 sayılı Kanun'un 108/3 maddesindeki "*ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda hükümlü, koşullu salıverilmez*" hükmü ile 5237 sayılı TCK'nın 58/9 maddesindeki "*mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir*" fıkrası karşısında, özel tekerrür hallerinin olmadığını söylemek güçtür.

Biz özellikle, ikinci tekerrür dediğimiz 5237 sayılı Kanun'un 108/3. maddesi düzenlemesini ve itiyadi suçlar ve suçu meslek edinen kişi ile ilgili düzenlemeleri bu bölümde ele alacağız.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Dönmezer / Erman, C. III, s. 132; Centel / Zafer / Çakmut, s. 604; Demirbaş, s. 597; Öztürk / Erdem, s. 335; Nuh Tekin, "Tekerrür", AD, 1986 / 1, s. 48.

<sup>72</sup> Niyazi Güney / Kenan Özdemir / Yusuf Solmaz Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 1428.

<sup>73</sup> YTCK'nın 58 / 9. maddesinin düzenlendiği yerin uygun olmadığı konusundaki

## B. İKİNCİ TEKERRÜR

Yukarıda değinildiği gibi ikinci tekerrür, 5275 sayılı Kanun'un 108/3. maddesinde düzenlenmiştir. Burada sanık hakkında birinci tekerrürün koşullarının oluşması nedeniyle, tekerrür hükümleri uygulandıktan ve bu tekerrür uygulanan mahkûmiyet kesinleştikten sonra, fail yeniden tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir suç işlemiştir. Bu suç ikinci suçun infazından itibaren tekerrür süresi içinde işlenmelidir. Tekerrür süresi geçtikten sonra üçüncü suçun işlenmesi durumunda, bu hüküm uygulanmayacaktır. Üçüncü suçun birinci suçun tekerrür süresi içinde işlenmesine gerek yoktur. İkinci tekerrür durumunda artık, mahkûm hakkında koşullu salıverme hükümleri uygulanmayacak, mahkeme de kararında bu hususu belirtecek, *“sanığın ikinci kez mükerrir olduğu anlaşıldığından, sanık hakkında bu suçtan dolayı almış olduğu bu cezanın infazında koşullu salıverme hükümlerinin TCK 58 ve 5275 sayılı Kanun'un 108/3. maddesi gereğince uygulanmasına yer olmadığına”* diyecektir. Ayrıca ikinci tekerrür durumunda da, hükümlü hakkında 5275 sayılı Kanun'un 108/5. maddesi gereğince denetimli serbestlik tedbiri de uygulanacaktır.<sup>74</sup>

## C. İTİYADİ SUÇLU

5237 sayılı TCK'nın 6/1.h maddesine göre *“İtiyadi suçlu deyiminden, kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini 1 yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi”* anlaşılır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli konu itiyadi suç ile itiyadi suçlu kavramlarının birbirine karıştırılmaması gereğidir.

İtiyadi suç, kanunun bir defa işlenmesi halinde suç saymadığı fiildir. Suçta itiyadın bazı hallerde, ağırlaştırıcı neden sayıldığı görülmektedir. Oysa itiyadi suçlu, daima kanuna karşı sapıcı bir eylem içinde olan kişidir; toplum için tehlikeli bir tiptir. Nitekim kriminolojik bakımdan itiyadi suçlu bu şekilde tanımlanmaktadır. 6. maddede de, iti-

eleştiriler için bkz. Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, s. 96.

<sup>74</sup> Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 704.

yadı suçlu tanımı, kriminolojik tanıma uygun biçimde yapılmış olup, hep aynı türden suç işleyen kişileri ifade eder.<sup>75</sup>

Bir kimsenin itiyadı suçlu sayılıp sayılmayacağı ile ilgili ölçütlerin ne olduğu sorusu akla gelmektedir. (Burada şunu söylemekte fayda var ki bu hüküm 765 sayılı TCK'nın 85. maddesini andırmaktadır. Ancak orada hükmün infazından veya kesinleşmesinden itibaren yeni bir suç işlenmesi söz konusu iken, burada böyle bir şart yoktur.)

*Bir suçlunun itiyadı suçlu sayılması için;*<sup>76</sup>

- Bir defa sanığın işlediği suçlar kasıtlı suçlar olmalıdır. Bu kasıt doğrudan olabileceği gibi olası kasıt da olabilir. Taksirli suçlarda itiyattan, alışkanlıktan bahsetmek mümkün değildir. Örneğin, sürekli trafik kazası yapan bir kamyon şoförünün itiyadı suçlu sayılması mümkün değildir.

- Sanığın işlediği suçlar aynı türden suçlar olmalıdır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı türdendir. Örneğin yaralama suçunda TCK 86, 87, 88. maddeleri aynı türdendir. Ancak 765 sayılı TCK'nın 81/2 ve 86. maddesindeki düzenlemeden burada ayrılmıştır. Ve aynı tür kavramı daha dar tutulmuştur. Daha ziyade aynı kısımdaki suçlar değil de, aynı bölüm içindeki suçlar aynı tür sayılmıştır. Yine örneğin, mala karşı suçlar içinde hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147. maddeleri aynı türden suç sayılmış, ancak; hırsızlıkla yağma, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma suçları aynı türden sayılmamıştır. Burada aynı tür kavramı sadece suçun basit şekli, ağırlaştırılmış halleri ve nitelikli hallerini ifade edecek, kapsayacak; bunların dışındakileri hariç bırakacak şekilde kullanılmıştır.

- Aynı türden suçların ikiden fazla defa işlenmesi gerekir. Burada anlaşılması gereken en az üçtür. Yani en az üç aynı türden suçun işlenmesi gerekir.

- Bu suçlar 1 yıl içinde işlenmelidir. Yani aynı türden en az üç suç, aynı yıl içinde işlenmelidir. Burada bir yılın başlangıç süresi, birinci

<sup>75</sup> Mustafa Artuç / Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, 604 vd.

<sup>76</sup> Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, s. 614.



suçun işleniş tarihidir. Üç suçun işleniş tarihiyle arasında en çok bir yıl olmalıdır.

Kanaatimizce burada, birinci ve ikinci suçla ilgili kararın kesinleşmesi şart değildir.<sup>77</sup> Çünkü günümüz ceza hukuku uygulamasında, ortalama ceza yargılaması süresi 4 yıldır. Eğer önceki işlenen suçların kesinleşmesi şartını ararsak, itiyadi suçlu kurumunu uygulamak olanak dışında kalacaktır.

Örneğin; A... 14.08.2005 tarihinde B...’nin evinden hırsızlık yapmış hakkında dava açılmış, dava devam ederken 28.09.2005 tarihinde de C...’nin kapısının önünden arabasını çalmış ve yine bu dava devam ederken 13.05.2006 tarihinde yolda giden D...’nin cep telefonunu hırsızlamıştır. Bu durumda A... itiyadi suçlu tanımına uymaktadır.

Tekerrürü itiyadi suçludan ayıran özellik, itiyadi suçluda 1. ve 2. suçlar kesinleşmeden 3. suç işlenmektedir. Tekerrür de ise, önceki suç ile ilgili mahkûmiyet kararı kesinleşmeden tekerrür hükümleri uygulanmamaktadır. Ancak itiyadi suçtan hüküm kurmak için doğal olarak 1. ve 2. suç için verilen cezaların kesinleşmesi gerekir. Yoksa kesin mahkûmiyet olmadan, suç işlenmesinden bahsedilmez.<sup>78</sup>

- Bir yıl içinde aynı türden 3 suç işleyen şahsın bu suçları farklı zamanlarda işlemiş olması gerekir. Aynı anda bu suçlardan ikisi veya üçü birlikte işlenmiş ise bu durumda itiyadi suçluluktan bahsedilemez.

- İtiyadi suçluluğun en önemli sonucu; bunlar hakkında tekerrür hükümleri uygulanamasa bile, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasıdır.

#### D. SUÇU MESLEK EDİNER KİŞİ

Suçlu meslek edinen kişiler için mükerrirlerin tabi olduğu infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK’nın 6/1.j maddesine göre “suçu meslek edinen kişi deyiminden, kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya almış kişi” anlaşılır. Suçu meslek edinme halinde, itiyadi suçluluğun

<sup>77</sup> Karşı yönde Bakıcı, *Genel Hükümler...* s. 1137.

<sup>78</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 220.

daha aşırı şekilde işlenmiş hali anlaşılır. İtiyadi suçlu, suç işlemeye ne kadar alışık olursa olsun, suç onun hayatında bir olaydır. Suçu meslek edinen kişi için ise, suç işlemek bir yaşam biçimidir. Suçu meslek edinen kimse açısından suç, tesadüfen işlenmiş bir olay değildir. Günlük hayatın bir parçasıdır. Burada suçlu irade, suç geliri ile yaşamaya yönelmiştir.<sup>79</sup>

Buna göre, kısmen de olsa suçtan elde ettiği kazançla geçimini sağlamaya alışmış kişi suçu meslek edinen kişidir. Başka bir deyişle suçu meslek edinen kişi, suçtan elde ettiği kazançla hayatını sürdürme alışkanlığını elde etmiş bir kimsedir. Başka kazanç kaynağı olsa da, ne olursa olsun her türlü suçu kazanç sağlamak için işleyen kişi, suçu meslek edinen kimsedir. Burada bir süreklilik vardır. Suçu alışkanlık haline getirme vardır. Örneğin, kiralık katiller için durum böyledir. Sürekli hırsızlık yapan şahıslar da, suçu meslek edinen kimseler gurubuna girer.

Burada da tekerrürün şartları gerçekleşmiş olmasa bile suçu meslek edinen kimseler, mükerrirlere özgü infaz rejimine ve denetimli serbestlik rejimine tabi tutulacaktır.

## E. ÖRGÜT MENSUBU SUÇLU KİŞİ HAKKINDA TEKERRÜR

Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi, anlaşılır. (TCK m. 6/1.j)

TCK'nın 58/9 maddesi, '*Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.*' hükmüne yer vermekle birlikte, örgüt mensubu suçlular hakkında 5275 sayılı İnfaz Kanunu mükerrirlerle ilgili olarak belirlenen koşullu salıverme hükümleri dışında ayrı bir düzenleme getirmiştir.

Bu nedenle, mahkeme hüküm tesis ederken, hakkında hüküm verdiği kişinin itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu olduğunu açıkça belirtmesi gerekmektedir.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 653.

<sup>80</sup> İzzet Özgeçen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, 3. Bası, s. 698.

5275 sayılı Kanun'un 107/4. maddesinin öngördüğü düzenleme şöyledir: *"Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ancak, bu süreler;*

*a. Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk,*

*b. Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört,*

*c. Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk,*

*d. Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört,*

*e. Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki, Yıldıır."*

## F. TERÖR SUÇLARINDA ÖZEL TEKERRÜR

Tekerrüre ilişkin düzenleme sadece Türk Ceza Kanunu'nda değil, başkaca cezai hükümler içeren Kanunlarda da düzenlenmiştir. Özel düzenleme yapılan hallerde,<sup>81</sup> tekerrüre ilişkin genel hükümlerin yanında, özel hükümler de uygulama alanı bulacaktır.

01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe giren ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı hükümler içerip 31.12.2008 gününe kadar değişiklik yapılmayan özel yasalardaki tekerrüre ilişkin özel düzenlemeler, TCK'nın 5. maddesindeki açık düzenleme karşısında, bu tarihten sonra uygulama alanı bulamayacaklardır.<sup>82</sup> Bu tarih-

<sup>81</sup> Tekerrüre ilişkin özel hükümler içeren ceza düzenlemelerine örnek olarak şunlar örnek olarak verilebilir: Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 15 / f. 3; 3167 s. Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun m. 16 / f. 1 cümle son; 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 8; 1567 s. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun m. 3 / e; 1632 s. Askeri Ceza Kanunu Ek m. 1 ve Ek m. 2; 213 s. Vergi Usul Kanunu m. 340; 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu m. 112 / f. 5, f. 6, f. 7;

<sup>82</sup> 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi; "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza

ten sonra TCK'nın 58. maddesindeki tekerrüre ilişkin düzenleme, tüm ceza içeren yasalar açısından genel bir hüküm olarak uygulanacaktır. Yasa koyucunun ETCK'daki düzenlemeden farklı olarak böyle bir düzenlemeye yer vermesinin sebebi, içeriklerinde cezai hükümler barındıran kanunlar arasında uyum ve uygulama birliği sağlamaktır.

1 Haziran 2005'ten sonra, TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümler içeren yasaların yapılması durumunda, genel norm-özel norm ilişkisi nedeniyle, sonraki tarihli özel norm içeren düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Genel bir düzenleme olan TCK'nın 5. maddesindeki düzenleme, kendisine anayasallık vasfı kazandırılmadıkça, bu uygulamayı engelleyemeyecektir.<sup>83</sup>

Terörle Mücadele Kanunu'nun 17/3. maddesi, *"Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkum olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanun kapsamına giren bir suç işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar."* hükmüne yer vermiştir.

Bu düzenlemede, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkumiyet arasında bir ayırım öngörülmemiştir. Buradaki mahkumiyeti cezaya mahkumiyet olarak anlamak gerekir. Dolayısıyla, TCK'nın 50. maddesine göre seçenek yaptırım olarak sadece güvenlik tedbirine mahkumiyet halinde, bu özel tekerrür hükmü uygulanmamalıdır. Ancak, hapis veya adli para cezasına mahkumiyetin, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren bir suçtan dolayı verilmiş olması gerekir. Ayrıca, mahkeme, bu Kanun kapsamındaki bir suç işlemiş olması dolayısıyla hakkında kurduğu mahkumiyet hükmünde failin bu özel tekerrür hükmü gereği olarak koşullu salıverilmeden yararlanamayacağını TCK'nın 58/7. maddesi gereği kararda açıkça belirtmelidir.<sup>84</sup>

---

Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır".

<sup>83</sup> Hasan Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür", *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2009, C. 35, S. 4, s. 549.

<sup>84</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, 3. Bası, s. 698.

## V. TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK'nın tekerrür uygulamasında önemli farklarından biri de, tekerrürün sonuçlarıyla ilgilidir. 765 sayılı TCK'nın 81. maddesine göre mükerrir olan bir kimseye ikinci suçundan verilen ceza, belli oranda artırılıyordu. 5237 sayılı TCK'da ise mükerrirler hakkında, sonraki işlediği suçtan dolayı cezanın artırılması uygulamasından vazgeçilmiştir.

Tekerrür hükümlerini uygularken, hâkim önceki mahkûmiyet kararının yerinde ve doğru olup olmadığını inceleme yetkisine sahip değildir.<sup>85</sup> Getirmiş olduğu sabıka kaydına dayanarak, mahkemesinden istediği hükme esas ilama göre, önceki mahkûmiyetin kesinleşmiş olup olmadığını ve tekerrür süresinin belirlenmesi yönünden ne zaman infaz edildiğini inceleyecek ve koşulları oluştuğu takdirde tekerrür hükümlerini uygulayacaktır.

Bu genel açıklamalardan sonra 5237 sayılı TCK düzenlemesinde tekerrürün sonuçlarını aşağıdaki gibi sayabiliriz:

*a. Tekerrürün ilk sonucu "Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezasıyla adli para cezası öngörülürmüştür, hapis cezasına hükmolunmasıdır."* Artık burada hâkime tanınan takdir yetkisi kaldırılmış ve hapis cezasını seçme zorunluluğu getirilmiştir. 5237 sayılı TCK 58/3 maddesinde düzenlenen bu hüküm, aynı Kanun'un 50/2. maddesinde yer alan "*suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasını seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükm edilmişse bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.*" hükmüyle birlikte değerlendirmek gerekir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi bu madde, bir kanun maddesinde hapis cezasıyla adli para cezasından birinin hâkimin takdirine göre seçimlik ceza olarak uygulanabileceği belirtilen ve hâkim takdirini kullanarak hapis cezasına hükm ettiği hallerde, artık bu ceza adli para cezasına çevrilemeyecektir. Ancak tekerrür uygulamasında böyle bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Bu durumda teorik olarak 5237 sayılı TCK'nın 50/2. maddesi hükmünün mükerrirler için uygulanamayacağı söylenebilir.<sup>86</sup> Ancak hapis cezasını seçenek yaptırıma çevirmede, suçlunun kişiliğini değerlendirecek olan hâkim, bu konu-

<sup>85</sup> Erem / Danışman / Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 635.

<sup>86</sup> Karşı görüş için bakınız Bakıcı, *Genel Hükümler*, s. 1134; Üzülmez, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 218.

daki uygulamasını sanığın mükerrir olduğunu da göz önünde tutarak, kanuna göre takdirinde çelişkiye düşmeden yapacaktır.

Bu sonuçla ilgili örnek verecek olursak; bir kimseyi basit şekilde yaralayan failin mükerrir olması durumunda hâkim artık 5237 sayılı TCK'nın 86/2.maddesinde belirlenen adli para cezasını seçemeyecek, zorunlu olarak uygulamaya hapis cezasından başlayacaktır.

*b. TCK'nın 58/6. maddesi uyarınca tekerrür halinde hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesi de mükerrirlere özgü infaz rejimini belirlemiştir. Bu madde, TCK'nın 58. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçları çıkarmak mümkündür.*

- Tekerrür halinde, işlenen suçtan dolayı mahkûm olan kimse- nin koşullu salıverilme süresi, ilk defa suç işleyenlere göre daha uzundur. Örneğin 5275 sayılı Kanun'un 107/2. maddesine göre, ilk defa suç işleyen şahısların süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaları halinde cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilecekler iken; mükerrirler bu hapis cezasının dörtte üçünü infaz kurumunda iyi halli olarak çekmeleri durumunda koşullu salıverilmeden yararlanabileceklerdir.

- YTCK ile tekerrür uygulamasında, ikinci suç için verilen cezanın artırılması uygulamasından vazgeçilip, koşullu salıverme kurumunda nazara alınacak bir husus olarak düzenlediğinden ve koşullu salıverme de ancak, hapis, müebbet hapis, ağırlaştırılmış müebbet hapiste söz konusu olup, adli para cezasında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanması olanaklı bulunmadığından, ikinci suç için verilen sonuç ceza adli para cezası ise, artık tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.<sup>87</sup>

- 765 sayılı TCK'nın 81/3. maddesine benzer bir düzenleme 5275 sayılı Kanun'un 108/2. maddesinde yer almıştır. Buna göre *"tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz."* Öncelikle burada 765 sayılı TCK'nın 81/3. maddesinden ayrılan bir hususa değinmekte fayda görüyoruz. Bu husus da 765 sayılı TCK'nın 81/3. maddesinde *"tayin edilecek cezaya*

<sup>87</sup> Üzülmüş, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 218; Bakıcı, *Genel Hükümler...*, s. 1135

tekerrürden dolayı zammı lazım gelen miktar”dan söz edilirken; 5275 sayılı Kanun’un 108/2. maddesinde “koşullu salıverme süresine eklenecek miktar”dan söz edilmektedir. Yani burada 5275 sayılı Kanun’un 107. maddesine göre belirlenecek koşullu salıverilme (kesinlikle ceza miktarı değil, bu hususa dikkat edilmelidir) süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz. Burada tekerrüre esas birden fazla sabıka var ise, en ağırının tekerrüre esas alınacağına yinelemekte fayda görmekteyiz.<sup>88</sup>

*Koşullu salıverme süresine eklenecek miktar nasıl bulunacaktır, ihtimallere göre değerlendirilir:*

- Bir defa, sonraki suç için kanunda ceza olarak yalnızca para cezası belirlenmişse, bu ceza tekerrür nedeniyle artırılmayacak ve tekerrür nedeniyle para cezasından başka denetimli serbestlik tedbirine de hükmolünmayacaktır. Sonraki suçtan verilen cezanın adli para cezası (veya diğer seçenek yaptırımlar) olduğu durumlarda (bu para cezasının doğrudan verilen adli para cezasıyla, haptiden çevrilen adli para cezası olması arasında fark yoktur) tekerrür hükümleri uygulanamaz.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Sanık hakkında tekerrüre esas alınan İzmir 12. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 17.07.2003 gün ve 2003 / 219 – 2003 / 1201 sayılı ilamıyla belirlenen 24 ay 13 gün hapis cezasının 765 sayılı TCK’nun 71. maddesi uyarınca cezaların toplanması sonucu belirlendiğinin anlaşılması karşısında, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkındaki Kanun’un 108 / 2. maddesi uyarınca tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağı gözetilmeden, ayrı ayrı hükmolunan cezalardan en ağırı yerine toplama sonucu saptanan cezanın tekerrüre esas alınması, (6.CD’nin 24/01/2008 tarih ve 2007/16201-2008 / 388 sayılı kararı)

<sup>89</sup> Tebliğnamede; “sanık hakkında verilen 120 Yeni Türk Lirası adli para cezasının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 58. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmiş ise de, mükerrirlere özgü infaz rejiminin düzenlendiği 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 108/1. maddesine göre hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olunması gerektiği cihetle, para cezasına mahkûmiyet halinde mükerrirlere özgü infaz rejimine göre cezanın çektirilmesine karar verilemeyeceğinin gözetilmesinde isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

Gereği görüşüldü:

5237 sayılı TCK’nın 50/5. maddesinde; “uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir” denilmektedir. TCK’nın 58. maddesinde ise tekerrür hükmünün uygulanması koşulları açıklanmıştır. Anılan 58. maddenin düzenleniş biçiminde hapis ve adli para cezası ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, 6. fıkra uyarınca cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin hükmün infaz biçimini düzenleyen 5275 sayılı Kanun’un 108. maddesinde, bu infaz şeklinin yalnızca hapis cezalarına ilişkin

Hatta sanığa ikinci suç için verilen adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, bu ceza CGİK'nın 106. maddesi uyarınca C. Savcısı tarafından hapse çevrilebile, YTCK'nın 50/6. maddesinin adli para cezaları yönünden uygulanamayacak olması ve aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca asıl mahkûmiyet adli para cezası olduğundan, bu durumda da tekkerrür hükümleri uygulanamaz.<sup>90</sup>

- Sanığa sonuç olarak para cezası verilen hallerde, önceki mahkûmiyetin para cezası veya hapis cezası olması arasında herhangi bir fark yoktur. Şimdi, sonraki suçtan verilen cezanın hapis cezası olması durumundaki ihtimalleri değerlendirelim.

- Önceki mahkûmiyet yalnızca para cezası ise (burada hapis cezasından çevrilme para cezaları da bu kapsamda değerlendirilecektir) önceki mahkûmiyet miktarı 5237 sayılı TCK'nın 52/2 ve 5275 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre 100 YTL bir gün karşılığı hesap edilerek bulunacak süre, tekkerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek süredir. 100 YTL'den aşağı para cezaları 1 gün olarak hesaplanacaktır.<sup>91</sup>

Örneğin sanığın önceki mahkûmiyeti 384.000.000 TL (384 YTL) para cezası ise bu durumda koşullu salıverme süresine eklenecek miktar (384: 100=) 3 gündür.

Eğer sanığın cezası 84.000.000TL (84 YTL ise) sanığın koşullu salıverme süresine eklenecek miktar 1 gündür.

---

bulduğunun anlaşılması ve aynı Yasa'nın adli para cezalarının infaz yöntemini gösteren 106. maddesinde de mükerrirlikle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Açıklanan yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde; mahkemece hükmolunan adli para cezası nedeniyle sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilemeyeceği anlaşıldığından, tebliğnamedeki düşünce yerinde bulunarak, 5271 sayılı CYK'nın 309. maddesi uyarınca İstanbul 13. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 4.6.2007 tarihli ve 2007 - 286 / 583 sayılı kararının yasa yararına bozulmasına, bozulan kararda yer alan TCK'nın 58. maddesinin uygulanmasına ilişkin kısmın hüküm fıkrasından çıkartılmasına, kararda yer alan öbür hususların olduğu gibi bırakılmasına 27.2.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (4. CD'nin 2007 / 11641-2008 / 1924 sayılı kararı)

<sup>90</sup> Bakıcı, *Genel Hükümler...* s. 1135; Üzülmöz, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 218.

<sup>91</sup> Tekerrür sürelerinin adli para cezasına göre belirleneceği yönünde Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, s. 621.



Yani burada 100 YTL'den az olan cezalar bir gün sayılacak, ancak 100 YTL'yi geçen cezaların 100 YTL. den aşığı miktarları nazara alınmayacaktır. Hapis cezasında tavanın bulunması için tekerrüre esas hükümlülükteki para cezasının, infaz tarihine bakılmaksızın, sanık yararına 5237 sayılı TCK'nın 52/2 ve 5275 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesinin, ikinci hüküm tarihinde geçerli olan miktarları temel alınmalıdır. Yani bu maddelerdeki 100 YTL, gelecek yıllarda 120, 150, 200 YTL olursa, hüküm tarihinde geçerli olan miktar sanık yararına nazara alınmalıdır.

- Önceki mahkûmiyet yalnız hapis cezası ise, burada da bir sorunla karşılaşılmaz. Önceki mahkûmiyet miktarı, koşullu salıverme süresine eklenecek miktardır. Örneğin sanığın önceki tekerrüre esas alınan sabıkası 1 yıl 8 ay hapis ise sanığa verilecek miktarda (aldığı cezanın 3/4'ünü geçmeyecek şekilde) artırılır. Örneğin sanığa 24 yıl hapis cezası verilmişse, sanık da 18 yaşından büyük ise, bu durumda sanığın 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre ceza evinde kalacağı süre 16 yıldır. Eğer sanık mükerrir ise aynı yasanın 108. maddesine göre, ceza evinde kalacağı süre, cezanın  $\frac{3}{4}$  ü olacağından 20 yıl ceza evinde kalacaktır. Ancak önceki mahkûmiyeti 1 yıl 8 ay olduğu için 16 yıla eklenecek süre 1 yıl 8 ayı geçemeyeceğinden; burada sanığın ceza evinde kalacağı süre 20 yıl değil, 17 yıl 8 aydır. Eğer sanığın sonraki aldığı ceza 4 ay hapis cezası ise 5275 sayılı Kanun'un 107/2 maddesine göre 2 ay 20 gün ceza evinde kalacaktır. Mükerrir olduğunda ise, cezaevinde kalacağı süre (4 ayın 3/4ü) 3 aydır. Burada eklenecek miktar 1 yıl 8 ay değil, 10 gündür. Mahkeme bu hususu kararında gösterecektir. Yani burada 5275 sayılı Kanun'un 108/2 maddesi aynı maddenin 1. fıkrasına sınır getirmiş ve 108/1c bendiyle de sınıra sınır getirmiştir.

- Önceki mahkûmiyet hapis cezasıyla birlikte verilen para cezası ise, bu durumda hapis cezası ile para cezasının TCK 52/2 ve 5275 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesine göre bulunacak karşılığı toplanacak, ona göre artırım miktarı belirlenecektir. Örneğin sanığın önceki mahkûmiyeti 2 ay hapis ve 786.000.0000 TL (786 YTL) para cezası ise 2 yıl olarak verilen cezaya eklenebilecek en yüksek miktar, 2 ay + (786:100=) 7 = 2 ay 7 gün olacaktır.

c. *Tekerrür halinde cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. (5237 sayılı TCK 58/6 ikinci cümle).* Bu denetimli serbestlik süresi, cezanın infazından sonra başlamak üzere 1 yıldan az olamaz.

Burada şunu tekrarlayalım ki, sanığa verilen sonuç ceza hapis cezası ise mükerrir hakkında, hem mükerrirlere özgü infaz rejimi hem de denetimli serbestlik tedbirleri uygulanır. Tekerrür nedeniyle belirlenen denetimlik süresi içinde, koşullu salıvermeye ilişkin 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesindeki hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkındaki hükümler burada da uygulanır.<sup>92</sup>

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, hâkim sanığın mükerrir olduğunu tespit ettiğinde, sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar vermekle yetinmeli, denetimli serbestlik süresi belirlememelidir. Denetimli serbestlik süresini belirleyecek mahkeme, koşullu salıverme kararını veren mahkemedir.<sup>93</sup> Yargıtay da aynı görüştedir.<sup>94</sup>

Denetimli serbestlik süresinin cezanın tamamen infazından sonra, daha açık bir deyişle bihakkın tahliye tarihinden sonra uygulanacağına dikkat edilmelidir. Sanığın infazdan sonra hakkında uygulanan denetimli serbestlik tedbirine uymamakta ısrar etmesi durumunda, mükerrir olan hükümlüye uygulanacak bir yaptırım, YTCK'da ve CGİK'da bulunmamaktadır. CGİK'nın 107. maddesinin 12 ve 13. fıkralarının burada uygulanması olanağı bulunmamaktadır.<sup>95</sup> Bu nedenle, bu aşamada uygulanan denetimli serbestlik tedbirinin etkinliğinin

<sup>92</sup> 5275 sayılı Kanun gerekçesinden

<sup>93</sup> Bu süreyi hükmü tesis eden mahkemenin belirleyeceği yönündeki görüş için bkz. Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 703.

<sup>94</sup> 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin (4), (5) ve (6).fıkralarında " Hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler. Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıvermeye ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir." denmiştir. Denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren Mahkeme'ye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan Mahkemeye aittir. Buna göre hükümlülük kararında mükerrir olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58/7. maddesi gereğince 'mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına' karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, denetimli serbestlik tedbirinin süresinin de belirlenmesi, (6. CD'nin 22.01.2008 tarih ve 2006 / 23132-2008 / 280 sayılı kararı)

<sup>95</sup> Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 704.

sağlanması için, yasal düzenleme yapılarak, gerektiğinde bu husus suç haline getirilmelidir. Bu konuda Yasada açık bir boşluk vardır.

*d. Hâkim kararında; sanığın mükerrir olduğunu ve sanık hakkında denetimli serbestlik uygulanacağını belirtir.* İddianamede tekerrür uygulanması istenmemiş ise, tekerrür hükümlerinin uygulanması için sanığa ek savunma hakkı verilmeli<sup>96</sup> ve mahkeme kararında sanığın hangi mahkûmiyetinin tekerrüre esas alındığını göstermelidir. Tekerrür hükümleri uygulanmadan hüküm kurulursa, bu durum sanık hakkında kazanılmış hak teşkil edebilir.<sup>97</sup> Hatta mahkeme kararında, sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verildiği gösterilmelidir. Bunlardan birisi gösterilmez ise, sanık hakkında kazanılmış hak oluşturabilir.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> İddianamede 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinin uygulanması isteminin yer alması karşısında; anılan hükümde düzenlenen mükerrirlere özgü infaz rejimi güvenlik tedbiri uygulaması da içerdiğinden, sanığa 5271 sayılı CYK'nın 226/2. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi. (4. CD'nin 31.10.2007 tarih ve 2006/5781-2007/8501 sayılı kararı)

<sup>97</sup> 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Kanun'un 98 vd. maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı ve tekerrür nedeniyle hükümlünün ceza evinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrir sayıldığı ve hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekmektedir.

Nitekim 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında bu husus açıkça belirtilmiştir.

Sanık A. Ç. hakkında tekerrür koşulları oluşmuş ise de, mahkûmiyet hükmünde 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz bulunmaması karşısında CYUK'nın 326/son maddesinde belirtilen, lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir. (CGK'nın 17.04.2007 gün ve 2007/10-71/2007 / 98 sayılı kararı)

Geçmişte tekerrüre esas sabıkası bulunan sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 58/6. maddesi uyarınca mükerrirleri özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. (2. CD'nin 26.2.2007 tarih ve 10492-2898 sayılı kararı)

<sup>98</sup> Üzülmöz, *Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular*, s. 219; Öztürk / Erdem, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, s. 244.

*e. Hakkında tekerrür uygulaması yapılan sanığın bu durumu, 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesindeki kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve aynı yasanın 51. maddesindeki hapis cezasının ertelenmesi durumlarında da nazara alınır.*

*f. 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda tekerrür uygulaması:*

Bilindiği gibi, YTCK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Peki, bu tarihten önce işlenen suçlarda tekerrür uygulaması nasıl yapılacaktır?

Bir defa, şunu özellikle söylemekte fayda vardır ki, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar nedeniyle verilip, anılan tarihten önce veya daha sonra kesinleşen mahkûmiyetler de, tekerrüre esas alınacaktır. Her ne kadar önceleri Yargıtay'ın bu konuda çelişik kararları çıkmış ise de, daha sonra bu şekilde uygulama yerleşmiştir.

Yargıtay'a göre, YTCK'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarda, sanık yararına kanun olarak 765 sayılı TCK belirlenmiş ise, bu durumda 765 sayılı TCK'nun 81 vd. maddelerinde düzenlenen tekerrürün koşulları değerlendirilecek, anılan koşullar mevcut ise, 765 sayılı TCK'nun 81. maddesi uyarınca verilen cezadan artırım yapılacaktır. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen bir suç için, sanık yararına olan kanunun YTCK olduğu anlaşılırsa, bu durumda YTCK'nun 58. maddesindeki koşullar oluşmuş olsa bile, artık sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilemeyecektir. Başka bir deyişle bu durumda YTCK'nun 58. maddesi hükümleri uygulanmayacaktır.<sup>99</sup>

<sup>99</sup> Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık; tekerrür uygulamasına esas alınacak hükümlülüklerin ve suç tarihinin 01.06.2005' ten önce olması halinde; 5237 sayılı Kanun'un lehe yasa olduğunun kabul edildiği durumlarda, 5237 sayılı Kanun'un 58 / 1 ve 58 / 6. madde ve fıkralarının uygulanmasına karar verilip, verilemeyeceğine ilişkindir:

Öncelikle, itiraz başvurusunun kapsamına göre; Genel Kurul incelemesinin hükümlü K. K. hakkında kasten öldürmeye fer'i iştiraktan kurulan hükümlü sınırlı olduğunu belirtmek gerekir.

İhtilafli hususa gelince;

Olayımızda, Yerel Mahkemece 5237 sayılı Kanun hükümleri lehe kabul edilerek, 01.06.2005 tarihinden önce işlediği suçlar nedeniyle mükerrir olan hükümlü hakkında maktule yönelik kasten öldürme suçuna fer'an iştiraktan 5237 sayılı Kanun'un 81, 39 / 1, 62, 53 ve 58. maddelerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

Aynı uyuşmazlık, Genel Kurul'un önüne daha önceden de gelmiş ve çözüme kavuşturulmuştur.

Ceza Genel Kurulu'nun 30.05.2006 gün ve 147-149 sayılı kararında da belirtildiği gibi;

5237 sayılı Kanun'un tekerrürü düzenleyen 58. maddesinin 6. fıkrasında, teker-rür halinde hükmolunacak cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektiri-leceği, ayrıca cezanın infazından sonra da denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Mükerrirlere özgü infaz rejimi ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiş ve bunlar hakkında koşullu salıverilme süresi süreli hapis cezasında, cezanın dörtte üçü olarak belirtilmek suretiyle, infaz koşulları ağırlaştırılmıştır.

Görüldüğü gibi, tekerrür 765 sayılı Kanun'da cezanın artırım nedeni olarak ön-görülmez iken, yeni sistemde koşullu salıverilme süresini de etkileyecek şekilde bir infaz rejimi kurumu olarak düzenlenmiştir. Belirtilen sebeple, 5237 sayılı Kanun lehe kabul edilerek yapılan uygulamalarda, aleyhe olan ve infazı ilgilendiren bu hükmün uygulama olanağı bulunmayacağından, Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının, açıklanan nedenlerle kabulüne, ancak Yerel Mahkeme hükmündeki hukuka aykırılıklar konusunda 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca 1412 sayılı Kanun'un halen yürürlükte bulunan 322. maddesi uyarınca karar verilmesi mümkün bulunduğundan, '5237 sayılı Kanun'un 58 / 1. madde ve fıkrası uyarınca sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına, 58 / 6 madde ve fıkrası uyarınca hükmolunan cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezasının infazından sonra tak-diren 4 yıl 2 ay süre ile sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma-sına" ibarelerini içeren kısmın çıkartılması suretiyle hükümlü Kadir Kacı hakkında kasten öldürmeye fer'i iştirakten kurulan hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne,

2- Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 06.07.2006 gün ve 853-3018 sayılı ilamındaki "K. K. hakkında kasten öldürme suçuna fer'i iştirakten kurulan hükmün onanmasına ilişkin bölümün kaldırılmasına,

3- Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.09.2005 gün ve 271-208 sayılı hükmü-nün, hükümlü hakkında 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinin uygulanması isabet-sizliğinden bozulmasına, ancak bu hususta 5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uya-rınca 1412 sayılı Kanun'un halen yürürlükte bulunan 322. maddesi gereğince kar-rar verilmesi mümkün bulunduğundan, Yerel Mahkeme hükmündeki "5237 sayılı Kanun'un 58 / 1. madde ve fıkrası uyarınca sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına, 58 / 6 madde ve fıkrası uyarınca hükmolunan cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezasının infazından sonra tak-diren 4 yıl 2 ay süre ile sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına," ibarelerinin çıkarılması suretiy-le, hükümlü Kadir Kacı hakkında kasten öldürmeye fer'an iştirakten kurulan hük-mün düzeltilerek onanmasına,

4- Dosyanın mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığı'na tev-diine, 19.12.2006 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi. (CGK'nın 2006 / 1-319-2006 / 302 sayılı kararı)

08.07.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda uygulanma olanağı bulunmayan, hükümlünün aleyhine olan ve infaza ilişkin bulunan 5237 sayılı TCK'nun 58. mad-

## SONUÇ

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok kurumda olduğu gibi tekerrür müessesesi hakkında da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı bir düzenleme yapmıştır. YTCK'nın tekerrür açısından kabul ettiği felsefe, ETCK'nın kabul ettiğinden farklıdır.

Önceki ceza mevzuatında tekerrür, maddi ceza hukuku kapsamında değerlendirilen ve cezada artırımı gerektiren bir hal iken; YTCK düzenlemesinde tekerrür, cezada artırım sebebi olarak kabul edilme-yip, bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir.

YTCK'nın 58/1, 2. maddesi, önceki mahkûmiyetin infazının teker-rür uygulaması açısından gerekli olmadığını, cezanın infazının teker-rür süresinin başlaması açısından önemli olduğunu düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde mükerrirler hakkında özel bir infaz rejimi uygulanacağı belirtilmiştir. Bu infaz rejiminin ne olduğu ve 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiştir.

Tekerrür ile ilgili hükümlerin sağlıklı yürütülebilmesi için mahkemelerin dikkat etmesi gereken hususları şöylece sıralamak mümkündür:

- Tekerrür uygulamasında, sanığın sabıka kaydı getirtilip yukarıda belirtilen şekilde okunup incelenmeli, sabıkaya esas ilamlar, kesinleşme ve infaz şerhiyle birlikte mahkemesinden getirilmeli, gelen infaz evraklarında içtima varsa çözülmeli, en ağır ceza saptanmalıdır.

- Tekerrür hükümleri uygulanırken, sanığın sabıka kaydında bulunan mahkûmiyet kararlarından hangisinin tekerrüre esas alındığı, mutlaka gösterilmelidir. Bu husus, hem Yargıtay'ın tekerrürün şartla-

---

desinin hükümlü hakkında uygulanmasına karar verilmesi, (1.CD'nin 14.09.2007 tarih ve 2007 / 4432-2007 / 6463 sayılı kararı)

5237 sayılı TCK'nın 7 / 2. madde ve fıkrasında "suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmü ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur", aynı maddenin 3. fıkrasına göre de, "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır" hükümlerinin düzenlenmiş bulunması karşısında, bu hükümlere aykırı olarak, suç tarihinde yürürlükte olmayan ve sanık aleyhine sonuç doğuran 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi gereğince sanığın mükerrir sayılmasına karar verilmesi, (8. CD'nin 5.3.2007 tarih ve 3784-1671 sayılı kararı)

rının oluşup oluşmadığını denetlemesi, hem de ikinci suçla ilgili koşullu salıverilme süresine eklenecek sürenin tespiti açısından önemlidir.

- Önceki mahkûmiyetin varlığı, adli sicilden istenen bilgiler karşılığı gelen cevaplarla anlaşılır. Böyle olunca failin daha önce mahkûm olduğu başka bir delille, örneğin sanığın ikrarı veya tanıkların ifade siyle ispat etmek mümkün değildir.

- 5271 sayılı Kanun'un 174. maddesi karşısında artık, adli sicil kaydını arşiv kaydıyla birlikte C. Savcılıkları getirmelidir. Adli sicil kaydının mutlaka nüfus kaydına uygun olması sağlanmalıdır.

- Adli sicil kaydında sanık sabıkalı görünüyorsa, yukarıda anlatılan şekilde bu kayıt alınmalı ve 51 ve 58. maddelerine uygulanacak olanlar C. Savcılığınca getirtilmelidir.

- C. Savcısı veya mahkemece dosyaya getirilen bu sabıkaya esas ilamların kesinleşme ve infaz tarihleri de mutlaka belirlenmelidir.

- Gelen bu ilamlara göre sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği görülürse, sevk maddelerine 5237 sayılı Kanun'un 58. ve 5275 sayılı Kanun'un 108. maddeleri de yazılmalıdır.

- Adli sicildeki kaydı gelen sanığa mutlaka, duruşmada nüfus ve sabıka kaydıyla, gelen ilam okunmalıdır.

- Gelen mahkûmiyetin 18 yaşından küçük bir çocuğa ait olup olmadığına dikkat edilmelidir. Burada sanığın ilk mahkûmiyetindeki suç tarihi itibarıyla yaşı, göz önünde tutulmalıdır.

- Ayrıca mahkeme vereceği ikinci cezanın para cezası olup olmadığına bakmalı, bu nitelikte bir ceza ise tekerrür hükümleri uygulanmamalıdır.

- Sevk maddelerinde 58. madde yoksa, mahkeme, sanığa CMK'nın 226. maddesi gereğince ek savunma hakkı tanınmalı ve hükümde sabıka kaydındaki ilamlardan hangisinin tekerrüre esas alındığı göstermelidir.

- Mahkeme, kararında, hangi mahkemenin hangi kararını tekerrüre esas aldığını gösterdikten sonra, hükümde "*Sanığın ..... mahkemesinin..... sayılı kararıyla mükerrir olduğundan TCK.nın 58/6. maddesi gere-*

ğince mükerrirlere özgün infaz rejimine göre çektirilmesine ve infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına" karar vermelidir.

### KAYNAKLAR

- Ardalı, Çetin, "Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?", *AD*, 1944/12.
- Ardalı, Çetin, "Müeccel Cezalarda İçtima ve Tekerrür", *AD*, 1944/6.
- Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınevi, Ankara 2004.
- Arslan, Çetin / Kayanççek, Murat, *Suçta Tekerrür*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Artuç, Mustafa / Hırsılı, Tahir, *Hüküm Kurma Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi (1)*, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2, sayı 4, Ağustos 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya A. Caner, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, Legal Yayınevi, İstanbul 2005.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.I, Ankara, 2006.
- Bakıcı, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. B., Ankara 2008.
- Bayramoğlu, Reşad, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil midir?", *AD*, 1944/12.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. B., Ankara 2006.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta yayınevi, İstanbul 2007.
- Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayınevi 12. Bası, İstanbul 1999.
- Dursun, Hasan, *Türk Ceza Hukuku'nda Tekerrür*, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 2009.
- Erem, Faruk, "Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki", *AÜHFİM*, C. II, 1945/2-3.
- Erem, Faruk, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", *Adalet Dergisi*, 1945/5.
- Erem, Faruk, "Tekerrürün Esası", *AD*, 1949/10.
- Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.



- Gökçen, Ahmet, *Türk Ceza Hukukunda Tekerrür*, [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_eylul/turkcezahuk.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_eylul/turkcezahuk.htm) (13.02.2008)
- Gökkoyun, Uğur, *Teori ve Uygulamada Tekerrür*, İstanbul 1996 (Yüksek Lisans Tezi).
- Günay, Erhan, *Cezada Tekerrür Uygulaması*, Ankara 1996.
- Güney, Niyazi / Özdemir, Kenan / Balo, Yusuf, Solmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- Hafızoğulları, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, Sayı: 1, Kış 2007.
- Kunter, Nurullah, "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", *AD*, 1945/1.
- Malkoç, İsmail, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı 1.Cilt, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 3. Bası, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa R., *Ceza Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu Muzaffer, *Teşebbüs- İştirak, İctima ve Yaptırımlar*.
- Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2. Bası, Cilt 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu*, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Tan, Hadi, "Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır", *AD*, 1945/3.
- Tan, Hadi, "Yine Tekerrür Meselesi", *AD*, 1945/8.
- Taşkın, Ozan Ercan, *Tekerrür* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.
- Tekin, Nuh, "Tekerrür", *AD*, 1986/1.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2007.
- Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2005.
- Üzülmez, İlhan, Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 04, Ağustos 2005.
- Yaman, Derya / Yaman, Murat, *Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, 2. B., İstanbul 2006.

# TÜRK CEZA KANUNU'NDA UYUŞTURUCU MADDE İMAL, İTHAL VE İHRAÇ SUÇLARI

Mehmet Zülfü ÖNER\*

## 1. Giriş

Uyuşturucu maddeler,<sup>1</sup> geçmişten günümüze insanların sağlığını ciddi bir biçimde tehdit eden bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Bu maddelerin kötüye kullanılması; bireyin sağlığı yanında, toplum sağlığına, ekonomik ve kültürel yapıya da çeşitli zararlar vermektedir. Uyuşturucu maddeler konusunda yapılan çalışmalar ve hazırlanan raporlar, bu maddeleri kullanan kişilerin sayısının son yıllarda düzenli olarak arttığını göstermektedir.<sup>2</sup>

\* Ankara Üniversitesi (Sosyal Bilimler Enstitüsü) Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

<sup>1</sup> Uyuşturucu maddeler; alışkanlık ve bağımlılık yapan, sarhoşluk, keyif, tutku ve uyanıklık verici, tahrik edici etkileri bulunan doğal veya sentetik maddeleri ifade etmektedir. Bkz. Güngör, Şener - Kınacı, Ali, (*Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psiko trop Maddelerle İlgili Suçlar*, Ankara 2001, s. 37; Ergül, Ergin, *Hukukî, Adli, Tıbbî, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları*, Ankara 1997, s. 23; Günal, Yılmaz, *Uyuşturucu Madde Suçları*, Ankara 1976, s. 7; Tezcan, Durmuş, "Uyuşturucu Maddelerin Yasa Dışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", *TİD*, Yıl 59, C. 59, S. 374-377, Aralık 1987, s. 39; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006, s. 385; Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R.Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s. 511; Bakıcı, Sedat, "Uyuşturucu Madde Suçları", *AD*, Yıl.75, S. 6, Kasım-Aralık 1984, s. 1568; Koptagel, Günsel, "Uyuşturucu ve Tutku Yarattıcı Maddeler Kullanımının Sosyal-Psikolojik Dinamizması", *İÜHFİM, Atatürk'e Armağan*, C. XLV-XLVII, S. 1-4, İstanbul 1982, s. 1045; İçel, Kayıhan, *Uyuşturucu Madde Kavramı, II. Ulusal Adli Tıp Günleri - Panel ve Serbest Bildirileri*, İstanbul 1986. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda klasik "uyuşturucu madde" kavramı yerine "uyuşturucu veya uyarıcı madde" kavramı tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> 2004 Yılı Birleşmiş Milletler verilerine göre; dünya genelinde 185 milyon uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı varken, bu sayı 2005 yılı verilerine göre yaklaşık 15 milyon artarak 200 milyona yaklaşmıştır. Her yıl dünyada 15- 65 yaş arasında yaklaşık 200 milyon kişi uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaktadır. Bkz. *2004 World Drug Report*, Volume 1, Analysis, Vienna 2004, s.

Günümüzde bu maddelerin kullanımı ve buna bağlı olarak imali, üretimi ve ticareti, bütün devletler ve toplumlar için endişe uyandırmaktadır.

Uyuşturucu maddelerin üretiminden kullanıcıya ulaştırıldığı ana kadar geçen süreçler dikkate alındığında, hemen hemen bütün devletlerin bu sorunla yüz yüze geldiği ve bu süreçlerin birbirinden bağımsız olmadığı görülmektedir. Çeşitli bitkilerden veya sentetik olarak imal edilen ve üretilen bu tür maddeler; dünyanın değişik bölgelerindeki kullanıcılara ulaştırılırken hem imal ve üretimin yapıldığı devletler, hem de bu maddelerin geçiş güzergâhı olan ve ulaştırılan devletler açısından bir mücadele sorununu gündeme getirmiştir. Terör ve diğer suç örgütlerinin finansal kaynağının büyük bir kısmını uyuşturucu maddelerin ticaretinden elde edilen gelirlerin oluşturduğu hususu göz önüne alındığında, devletler ve uluslararası toplum için bu maddelerin kullanılmasını ve dolaşımını yasal amaçlarla sınırlandırmak bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.<sup>3</sup>

8; 2005 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, Vienna 2005, s. 5; 2006 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, United Nations Publication, Vienna 2006, s. 8; 2007 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, United Nations Publication, Vienna 2007, s. 9; TBMM Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, Kasım 2008. s. 5 vd.; Sevük Yokuş, Handan, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar*, Ankara 2007, s. 19.

3 Uyuşturucu maddelerin kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkan çeşitli sorunlar karşısında, bu maddelerin kullanımını sadece meşru amaçlarla sınırlandırmak için evrensel bir işbirliğinin ve koordinasyonun gerekliliği kabul edilmiş, bu işbirliği ve mücadele kapsamında; uyuşturucu maddelere ilişkin çeşitli sözleşmeler yapılmış ve uluslararası örgütlenmelere gidilmiştir. 1 Şubat 1909 tarihinde Şangay'da Uluslararası Afyon Komisyonu'nda alınan kararlar, 23 Ocak 1912 tarihinde La Haye'de imzalanan Lahey Afyon Sözleşmesi, 19 Şubat 1925 tarihinde Cenevre'de imzalanan sözleşme, 13 Temmuz 1931 tarihinde Cenevre'de imzalanan bir başka sözleşme, 26 Haziran 1936 tarihinde Cenevre'de imzalanan Zararlı İlaçların Gayrimeşru Ticaretinin Men'i Hakkındaki Sözleşme, 1946 tarihinde Lake Success'ta, 1948 tarihinde Paris'te, 1953 tarihinde New York'ta imzalanan protokoller, 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesi (Single Convention on Narcotic Drugs of 1961), 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi (Convention on Psychotropic Substances of 1971) ve 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Dair Sözleşme (Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988) bu alanda yapılan uluslararası metinlere örnek olarak verilebilir. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi bünyesinde oluşturulan Uyuşturucu Maddeler Komisyonu (CND), Uluslararası Uyuşturucu Kontrol Programı (UNDCP), Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Komisyonu gibi kuruluşlar aracılığıyla uyuşturucu maddelerin kötüye kullanılmasını önlenmeye çalışılmakta, bu kuruluşlar uyuşturucu maddelerin kullanılmasının yayılmasını önlemek için Gıda ve Tarım Teşkilatı (FAO), Dünya Sağlık Örgütü (WHO) ve Uluslararası Polis Örgütü (INTERPOL) gibi uluslararası kuruluşlar ile işbirliği yapmaktadırlar. Bu konuda

Uyuşturucu maddelerin imal ve üretiminden kullanıcıya ulaştırıldığı ana kadar oluşan çeşitli ve birbirini izleyen süreçler içerisinde; üretim, imal, ihraç, ithal, ticaret, nakliye, sevk, bulundurma, depolama gibi çeşitli fiiller söz konusu olmaktadır. Bu çalışmada genel olarak uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları ile ilgili 5237 sayılı TCK hükümlerine yer verilecek, ayrıca 2313 ve 3298 sayılı kanunların konuyla ilgili hükümlerine de değinilecektir.

Ülkemizde uyuşturucu maddelerin izinsiz veya ruhsata aykırı olarak üretimi, imali, ithali, ihracı ve her türlü ticareti ile dağıtımına yardımcı olacak fiiller, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>4</sup> ile 1926 yılından beri yasaklanmış ve suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da benimsenmiş olan, genel olarak uyuşturucu madde suçları ve özel olarak da uyuşturucu madde imal, ithal, ihraç ve ticareti (temin veya sağlama) suçları için ağır cezalar öngörülmesi eğilimi, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni TCK'da da aynen korunmuştur.<sup>5</sup>

Uyuşturucu maddelere ilişkin suçlar; 5237 sayılı TCK'nın *İkinci Kitap, Toplumla Karşı Suçlar* başlıklı *Üçüncü Kısım, Kamu Sağlığına Karşı Suçlar* başlıklı *Üçüncü Bölümünde*<sup>6</sup> 188 ilâ 192. maddeleri arasında,<sup>7</sup>

---

ayrıntılı bilgi için bkz. Günel, 33; Erman, Sahir, "Uyuşturucu Maddelere İlişkin Ceza Hükümleri", *İÜHFİM, Atatürk'e Armağan*, C. XLV-XLVII, S. 1-4, İstanbul 1982, s. 1061; Güngör - Kınacı, s. 76; Saka, Reşat, *Uyuşturucu Maddeler, Afyon-Morfin-Eroin-Esrar-Kokain Hakkında Millî ve Milletlerarası Hukukî ve Sosyal Durum*, İstanbul 1948, s. 102.

<sup>4</sup> 765 sayılı TCK, 13/11/2005 tarih ve 25642 S. RG'de yayımlanan 04/11/2004 tarih ve 5252 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla tüm ek değişiklikleriyle yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>5</sup> Bu yönde bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 640.

<sup>6</sup> Üçüncü bölümde; uyuşturucu madde suçları yanında *zehirli madde katma* (m.185), *bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti* (m.186), *kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma* (m. 187), *zehirli madde imal ve ticareti* (m.193), *sağlık için tehlikeli madde temini* (m.194) *bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma* (m.195) ve *usulsüz ölü gömülmesi* (m.196) suçları da düzenlenmiştir.

<sup>7</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde *uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak ve özendirmek*, 191. maddesinde ise *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak* fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Kanun, uyuşturucu madde kullanılmasını önlemeye ilişkin bu suçların karşılığında, ceza siyaseti bakımından uyuşturucu imal ve ticareti suçlarına nazaran daha hafif bir yaptırım öngörmüştür. Kanunda ayrıca yeni suç ve ceza siyasetinin bir sonucu olarak uyuşturucu maddeleri kullananların tedavi edilmesi ve tedavi sonrası denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi çeşitli hükümlere de yer verilmiştir. Kanun 189. maddesinde ise, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını düzenlemektedir.

uyuşturucu veya uyarıcı madde imal, ithal ve ihraç suçları ise *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti* başlıklı 188. maddede düzenlenmiştir.

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında; "*imal, ithal veya ihraç etmek*", 2. fıkrasında ise; "*ülke içinde satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, nakletmek, sevk etmek, depolamak, satın almak, kabul etmek veya bu-lundurmak*" fiillerine yer verilmiştir. Kanun'da sayılan bütün bu fiillerin yaptırım altına alınması, uyuşturucu maddelerin kullanımını ve dolaşımını yasal amaçlarla sınırlamak ve elde edilmelerini zorlaştırmak suretiyle yayılmasını önlemek amacına yöneliktir.

5237 sayılı TCK dışında, 765 sayılı TCK döneminde de uygulanan ve halen yürürlükte olan 2313 ve 3298 sayılı özel kanunlarda da uyuşturucu maddelerin kaynağı olan bazı bitkilerin ekimi, izin usulleri ve buna ilişkin yasaklamalar konusunda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'da kenevir ekimine ilişkin hükümler, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'da ise haşhaş ekimine ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır.<sup>8</sup>

TCK'nın imal, ithal ve ihraç suçlarına ilişkin genel düzenlemesi 188. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında "*(1)Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.*" şeklinde yer almıştır.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Türk hukukunda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, uyuşturucu madde suçları ile mücadele alanında temel kanun niteliğini korumaktadır. Ancak başta 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun olmak üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu ve birçok özel kanunda uyuşturucu madde suçları ile ilgili çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Kanaatimizce birçok çağdaş ülke hukukunda olduğu gibi, uyuşturucu madde suçları ile etkin bir mücadele için özel kanunlarda karmaşık ve dağınık şekilde yer alan bu düzenlemelerin bir çatı altında toplanarak sadece bir kanunda düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Bu yönde bkz. Zafer, Hamide, "*Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m. 185)*", *İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı*, Sempozyum, 2007, s. 96.

<sup>9</sup> Madenin 1. ve 2. fıkra gerekçesi; "*Maddenin birinci fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç edilmesi,*

TCK'nın 188. maddesinde imal, ithal ve ihraç fiilleri dışında; *uyuşturucu maddelerin, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satılması, satışa arz edilmesi, başkasına verilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması*(f.3), *uyuşturucu etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmî makamların iznine bağlı olan maddenin ithal edilmesi, imal edilmesi, satılması, satın alınması, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması veya ihraç edilmesi*(f.7) de suç olarak öngörülmüştür. TCK'nın 188. maddesi, 4. fıkrasında; *uyuşturucu maddenin türünün eroin, kokain, morfin ve baz morfin olmasını*, 5. fıkrasında; *suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesini* ve 8. fıkrasında ise; *failin bazı mesleklerle iştigal etmesini* bu suçların cezasını ağırlaştırın nedenler olarak öngörmüştür.

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları seçimlik suç olarak düzenlenmiş olup,<sup>10</sup> fıkrada seçimlik olarak sayılan imal, ithal veya ihraç hareketlerinden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır.<sup>11</sup> Maddenin diğer fıkralarında öngörülen suçlar da kendi içinde seçimlik hareketli suç olarak öngörülmüştür.

---

*suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç, bir kazanç elde etmek için işlenmektedir. Ancak, çoğu zaman bu suçun işlenmesi suretiyle ne kadar kazanç elde edildiği belirlenemediği gibi, elde edilen kazancın müsadere si de mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, söz konusu suçun işlenmesi dolayısıyla, hapis cezasının yanı sıra, adli para cezasına da hükmedilmesi uygun görülmüştür. İkinci fıkrada, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarıyla ilgili olarak bir milletlerarası ceza hukuku kuralına yer verilmiştir. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilecektir. Türkiye'den yapılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı, karşı ülke açısından ithal oluşturmaktadır. Bu ülkede uyuşturucu veya uyarıcı madde ithali nedeniyle yargılama yapılması veya bir cezaya mahkûm olunması, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yargılama yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Böylece, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal veya ticareti suçlarıyla ilgili olarak non bis in idem kuralına milletlerarası sahada geçerlilik tanınmamıştır. Ancak, Türkiye'den yapılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı karşı ülke açısından ithal oluşturduğu için, bu ülkede yapılan yargılama sonucunda mahkûm olunan hapis cezasının kurumda infaz edilen kısmının, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılan yargılama sonucunda mahkûm olunan hapis cezasından mahsup edilmesi gerekmektedir." şeklindedir.*

<sup>10</sup> Bu yönde madde gerekçesi ve açıklama için bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara 2005, s. 922.

<sup>11</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 644.

İmal, ithal ve ihraç suçlarında seçimlik hareketlerin belirlenmesi açısından, ülke ve ülke sınırlarının tespiti önem arz etmektedir. Ceza kanununun uygulanması açısından ülke kavramı, iç hukuk ve uluslararası hukuka göre belirlenmelidir.<sup>12</sup> Öğretide ülke; gerçek ve farazi (sanal) ülke olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Gerçek ülke; devletin egemenliğini kullandığı kara parçası, iç sular, kara parçasının toprak altı, kıyıları, limanları ve karasuları ile hava tabakasını kapsamakta, farazi ülke ise; açık deniz ve açık hava sahasındaki hava ve deniz araçları, nerede bulunursa bulunsun hava ve deniz savaş araçları ile kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeleri içine almaktadır.<sup>13</sup>

TCK'nın 8. maddesinin 2. fıkrası, suçun Türkiye'de işlendiği durumları açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre; "Suç; a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır."

Bu duruma göre ülke kavramına; Türk ülkesi, Türk toprakları, iç sular (nehirler, göller, koylar, limanlar, kapalı denizler), kara suları ile bunların üstündeki hava tabakası dâhildir.<sup>14</sup> Devletin deniz ve hava savaş araçları, açık denizde ve açık hava tabakasında bulunan deniz ve hava vasıtaları, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede tesis edilmiş sabit platformlar ülke kavramına dâhil kabul edilmelidir.<sup>15</sup>

## 2. Maddî Konu

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının maddî konusu olarak 765 sayılı TCK uyuşturucu madde kavramını kullanmışken, 5237

<sup>12</sup> Bkz. Toroslu, Nevzat - Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 18.

<sup>13</sup> Bkz. Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2008, s. 123 vd.; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009, s. 140.

<sup>14</sup> Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 239.

<sup>15</sup> Bkz. Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku)*, Ankara 2003, s. 260.

sayılı TCK uyuşturucu madde yanında ayrıca *uyarıcı madde* kavramına da yer vermiştir.<sup>16</sup>

5237 sayılı TCK'nın 188. maddesine bakıldığında; 1. ve 3. fıkralarda "*uyuşturucu veya uyarıcı madde*", 6. fıkrasında "*üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde*", 7. fıkrasında ise, "*uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmî makamların iznine bağlı olan madde*" ifadelerinin kullanıldığını görmekteyiz. Bu düzenlemelere göre; TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasındaki imal, ithal ve ihraç suçunun maddî konusunu, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler oluşturmaktadır.

Hangi maddelerin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğuna ilişkin TCK'da bir tanım bulunmamakta olup, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi hususunda, 2313 ve 3298 sayılı kanun hükümlerine ve taraf olunan uluslararası sözleşme hükümlerine bakılması gerekir.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Uyarıcı madde; sözcük olarak uyarma özelliği olan ve uyaran anlamlarına gelmekte olup, tam bir ayırım yapılamamakla birlikte, bazı maddelerin uyarıcı özelliğini ve etkisini ortaya koymak için genellikle yapay olan bu türden maddeleri, doğal olan uyuşturucu maddelerden ayırmak için bu kavram kullanılmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Günal, s. 7; Sevük Yokuş, s. 21-22. Kanunda kullanılan uyarıcı sözcüğünün uyuşturucu kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve uygulama açısından yenilik getirmeyeceği hakkında bkz. Arslan, Çetin - Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2005, s. 779.

<sup>17</sup> 24.06.1933 tarihinde yürürlüğe giren 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, bazı uyuşturucu maddeleri 1. maddesinde belirtmiştir. 2313 sayılı Kanun; sayma yöntemini benimsemiş, ancak bu maddeleri sayılanlara sınırlamamış ve 19. maddesinde bazı maddelerin Bakanlar Kurulu kararı ile uyuşturucu madde sayılabilesine imkân tanımıştır. 2313 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından 1971 Psikotrop Maddeler Sözleşmenin ekindeki I. cetvelde belirtilen bütün psikotrop maddeler ile diğer cetvellerdeki psikotrop maddelerin bir kısmı bu kapsama alınmıştır. 2313 sayılı Kanunun ek 1. maddesiyle 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde belirtilen uyuşturucu ve psikotrop maddelerin imalinde kullanılan kimyasal maddeler uyuşturucu madde sayılmıştır. 19.06.1988 tarihinde yürürlüğe giren 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun; haşhaş kapsülleri, ham afyon, tıbbi afyon ve morfin evsafına sahip afyon alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterlerini, koka yaprağı ve bunun alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterlerini uyuşturucu madde olarak kabul etmiştir. 3298 sayılı Kanun da, sonradan tespit edilecek diğer doğal ve sentetik uyuşturucu maddelerin Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile Kanun kapsamına alınmasını öngörmüş, dolayısıyla sınırlayıcı bir düzenlemeden kaçınmıştır. 3298 sayılı Kanunun 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Temel



Hemen belirtmek gerekir ki; TCK, uyuşturucu maddeleri kanunda tanımlamayı bu tür maddelerin belirlenmesinde genişletici yorum yapılmasına imkân tanımış,<sup>18</sup> her gün sayıları ve çeşitleri artan uyuşturucu maddeleri sınırlandırmayı isabetli bir düzenleme getirmiştir.<sup>19</sup>

Yargıtay, suçun maddî konusunu oluşturan maddenin uyuşturucu madde olup olmadığı konusunda tereddüt olduğu durumlarda, bilirkişilik hükümlerine göre adli tıp kurumu aracılığıyla maddenin bu kapsamda olup olmadığının tespitinin gerektiğini belirtmektedir.<sup>20</sup>

---

Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 457. maddesi ile değişik 4. maddesine göre; ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ve bunların müstahzarları, Türk Ceza Kanunu uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılıdır. Uyuşturucu maddeler ile ilgili Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine de değinmek gerekir. 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Birleşmiş Milletler Tek Sözleşmesi, 1971 tarihli Birleşmiş Milletler Psikotrop Maddeler Hakkındaki Sözleşme ve 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçaklığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Türkiye tarafından değişik tarihlere onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir. Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre; söz konusu sözleşmeler kanun hükmünde olup, bu sözleşmelerde belirtilen uyuşturucu maddeler de bu kapsamda ele alınmalıdır. Yargıtay da çeşitli kararlarında, bir maddenin ceza kanunu kapsamında uyuşturucu madde olup olmadığının tespiti hususunda bu maddelerin; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde, Türk Ceza Kanunu'nda, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanununda veya 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanunda ya da son iki kanunun verdiği yetki uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarında uyuşturucu madde olarak yer alması şartlarını aramaktadır. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/12466 esas, 2008/18045 karar sayılı 01.12.2008 tarihli; 2000/16471 esas, 2000/14707 karar sayılı 06.11.2000 tarihli kararları, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz. Soyaslan, Özel, s. 388; Tezcan - Erdem - Önok, s. 643.

<sup>19</sup> 765 sayılı TCK döneminde aynı yöntem için ifade edilen görüş için bkz. Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Ankara 1973, s. 346; Günal, s. 8.

<sup>20</sup> Bu husus, Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 26.02.2007 tarihli, E.2006/6353, K.2007/2183 sayılı kararında " 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 4/1. maddesinde "ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ve müstahzarları Türk Ceza Kanununun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır" denmiş olduğu dikkate alınarak; suç konusu maddenin ham afyon, hazırlanmış afyon veya tıbbi afyon olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan ek rapor alınması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik rapora dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması" şeklinde; Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2004/9501 esas, 2004/11016 karar sayılı 04.11.2004 tarihli kararında "...ele geçen maddenin uyuşturucu madde olup olmadığı ve miktarı konusunda Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulundan görüş alınarak..." şeklinde belirtilmiştir. Aynı yönde Yargıtay 10. CD, 2005/3920 esas, 2005/8753 karar sayılı, 13.07.2005 tarihli; 2004/6989 esas, 2004/7800 karar sayılı, 29.06.2004 tarihli kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver. 2.1.

TCK, uyuşturucu maddeleri tanımlamamış ve sınırlandırmamış, ancak 188. maddesinin 4. fıkrasında, uyuşturucu maddenin türünün *eroin, kokain, morfin ve baz morfin olmasını* cezayı artıran bir neden olarak öngörmüştür.<sup>21</sup>

### 3. Türk Ceza Kanunu 188. Madde 1. Fıkrasındaki Fiiller

#### a. İmal

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında yaptırma bağlanan ilk sevimlik hareket, uyuşturucu madde imal etmektir. Kanun koyucu, fıkra imalin tanımını yapmamıştır. Sözlük anlamı itibariyle imal; ham maddeyi işleyip mal üretme, yapım anlamlarına gelmektedir.<sup>22</sup>

Ülkemizin 27 Aralık 1966 tarihinde imzaladığı 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesi'nin tanımlar başlıklı 1. maddesinde, imal; *"istihsal hariç, uyuşturucu madde elde edilmesini mümkün kılan bütün işlemleri ifade eder ve uyuşturucu maddelerin artırılması ve diğer uyuşturucu maddelere dönüştürülmesi işlemlerini kapsar."* şeklinde açıklanmıştır.<sup>23</sup> Benzer şekilde, 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi'nin tanımlar başlıklı 1. maddesinde, sentetik maddelerin imaline ilişkin olarak bu kavrama yer verilmiş, *psikotrop maddelerin elde edilebileceği tüm işlemler ile maddenin artırılması veya diğer bir maddeye dönüştürülmesi işlemleri* imal olarak ifade edilmiştir.

Öğretide de, imal konusunda çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir görüşe göre, imal; uyuşturucu madde ihtiva eden doğal bitkilerden elde

<sup>21</sup> Baz morfin, madde metnine TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında eklenmiştir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, Murat, *Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları*, Ankara 2009, s. 203 vd.; Kanaatimizce, bazı uyuşturucu maddeleri sağlık açısından daha tehlikeli olduğu gerekçesiyle cezayı artıran bir neden olarak görülmesi doğru değildir. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nda sayılan bu maddelerden daha tehlikeli olduğu bilimsel çevrelerde kabul edilen çeşitli uyuşturucu maddeler (örneğin LSD) bulunmaktadır. Günümüzde gelişen teknolojik imkânlar nedeniyle neredeyse her gün yeni bir uyuşturucu maddenin üretildiği ve kullanıcılar arasında yayıldığı hususu göz önüne alındığında, cezayı ağırlaştırıcı neden açısından sayma yönteminden vazgeçilmesi, cezanın belirlenmesi konusunda hâkime takdir hakkı tanınmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

<sup>22</sup> *Türkçe Sözlük*, C. I, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1988, s. 700.

<sup>23</sup> 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesi ve Alman hukukunda imalin tanımı ve kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, s. 124 vd.

edilen maddelerin, fenni usul ve şartlarla işlenmesidir.<sup>24</sup> Diğer bir görüşe göre, imal; uyuşturucu maddeleri tarım yoluyla yetiştirmeyi de kapsama alacak şekilde, her ne suretle olursa olsun uyuşturucu maddelerin kullanıma elverişli bir hale getirilmesi şeklinde geniş yorumlanmalıdır.<sup>25</sup> Bir başka görüşe göre, imal; kimyevi terkiplerine uygun olarak bir uyuşturucu maddeyi, fenni esas ve usullere göre meydana getirmektir.<sup>26</sup> Bu konuda diğer bir görüşe göre ise; uyuşturucu madde elde etmeye yarayan bazı bitkilerin (kenevir, afyon, haşhaş) işlenmesi ya da kimyasal bazı maddelere gerekli reaktifler uygulanması sonucu tesirli ve kullanılır hale sokulması imal sayılmalıdır.<sup>27</sup> İmal; iki ya da daha çok sayıdaki farklı maddenin kimyasal tepkimeye sokulması sonucu, bunlardan değişik nitelikte ve uyuşturucu özelliği bulunan yeni bir madde elde edilmesi veya bir uyuşturucu maddenin başka bir uyuşturucu maddeye dönüştürülmesi ya da bir uyuşturucu maddenin arıtılması işlemi, uyuşturucu madde elde etmeye yarayan bazı bitkilerin işlenmesi ya da kimyasal bazı reaktifler uygulanması sonucu etkili ve kullanılır hale sokulması şeklinde de tanımlanmıştır.<sup>28</sup> Uyuşturucu niteliğinde olmayan maddelerden kimyasal tepkime sonucu uyuşturucu özelliği olan maddelerin elde edilmesi, doğal veya sentetik uyuşturucu maddelerin herhangi bir yöntemle başka bir uyuşturucu maddeye çevrilmesi, uyuşturucu maddenin arıtma yöntemiyle saflaştırılması imal olarak açıklanmıştır.<sup>29</sup>

Bu tanım ve açıklamalardan yola çıkarak *imal kavramını*; üretim dışında, doğal ya da sentetik olsun, uyuşturucu özelliği bulunan veya bulunmayan maddelerin, uyuşturucu özelliğini ortaya çıkararak, kullanmaya elverişli hale getiren faaliyetler şeklinde tanımlayabiliriz. Uyuşturucu madde imaline yönelik icra hareketleri, imal suçunun maddî

<sup>24</sup> Bkz. Günel, s. 87; Kurt, Şahin - Kurt, Ela, Uygulamada Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s. 47.

<sup>25</sup> Bkz. Erman, Sahir - Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK. 369-413), İstanbul 1995, s. 263; Soyaslan, Özel, s. 389; Tezcan - Erdem - Önok, s. 645.

<sup>26</sup> Bkz. Ergül, s. 141; Gözübüyük, Abdullah Polat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. III, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 622.

<sup>27</sup> Özen, Cahit, "Uyuşturucu Maddelere Karşı Mücadele", *Uyuşturucu Maddeler Sorunu*, İstanbul 1972, s. 127.

<sup>28</sup> Güngör - Kınacı, s. 166.

<sup>29</sup> Bkz. Günel, s. 88; Kurt, s. 48; Güngör - Kınacı, s. 166; Arslan - Azizağaoğlu, s. 778.

unsurunu oluşturmaktadır. İhmal suretiyle bu suçun işlenmesi mümkün olmadığı için imali oluşturan hareketlerin icra edilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki; uyuşturucu maddelerin niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmayan işlemler imal kavramı içine girmez.<sup>30</sup> Uyuşturucu madde imalinden söz edebilmek için, maddenin niteliğinde değişiklik olması gerekir. Örneğin kenevir bitkisinin yetiştirilmesi, yapraklarının toplanıp kurutulması, ufalanıp elenmesi, plaka haline getirilmesi imal kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği gibi, uyuşturucu maddenin muhafaza edilmesi için yapılan işlemler de, imal niteliğinde sayılmaz.<sup>31</sup>

Yargıtay, bazı kararlarında yapılan işlemin imal olarak nitelendirilebilmesi için maddenin niteliğinde değişiklik yapılması yanında, bu işlemin basit olup olmadığını da göz önünde tutmuştur. Örnek olarak; esrar tozunun uçmasını ve dökülmesini engelleme amacıyla macun ve hap haline getirilmesini, kenevir bitkisinin sapçık ve yaprakçıklarının toz haline getirilmesini imal olarak nitelendirmemiş, bu işlemlerin basit nitelikte bir işlem olduğunu, maddenin kimyasal niteliğinde değişiklik yapmadığını kabul etmiştir.<sup>32</sup>

Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında; ele geçirilen uyuşturucu madde ile alet ve malzemelerin imale elverişli olup olmadığı hususunda, Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesinden görüş alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 645.

<sup>31</sup> Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, C.3, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 170; Günal, s. 88; Kurt, s. 48; Günay, Erhan, *Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Ankara 2005, s. 57; Arslan - Azizağaoğlu, s. 780.

<sup>32</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. Güngör - Kınacı, s. 174; Sevük Yokuş, s. 139.

<sup>33</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2007/15034 esas, 2007/13545 karar sayılı, 02.11.2006 tarihli bir kararı "*Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1-n bendinde yer alan, "İmal deyimi: İstihsal hariç, uyuşturucu madde elde edilmesini mümkün kılan bütün işlemleri ifade eder ve uyuşturucu maddelerin arıtılması ve diğer uyuşturucu maddelere dönüştürülmesi işlemlerini kapsar" şeklindeki uyuşturucu madde imal tanımı ile, sanıktan elde edilen uyuşturucu madde, uyuşturucu maddenin imal edildiği iddia edilen yerin çevresinden elde edilen alet ve malzemeler nazara alınarak sanık tarafından uyuşturucu madde imal edilip edilmediği hususunda 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7. maddesi ile kurulmuş bulunan Adli Tıp Beşinci İhtisas Kurulu'ndan mütalaa alınarak, suç niteliğinin tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uyuşturucu madde imal etmek suçundan hüküm kurulması, kurulması..."* şeklindedir. Bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1; Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/8720 esas, 2006/12136 karar sayılı, 02.11.2006 tarihli

Yargıtay'ın yapılan işlemin imal olup olmadığı hususunu, basit nitelikte olup olmamasına bağlı tutması eleştiri konusu olmuştur. Ka-naatimizce, Yargıtay'ın yapılan işlemin imal olup olmadığını, işlemin basit veya zorluğuna bağlı olarak değerlendirmesi yerinde değildir. Burada dikkate alınması gereken husus, yapılan işlemin basitliği veya zorluğu değil, kanunda tanımlanan ve suç olarak düzenlenen imalin meydana gelip gelmediğidir. Eğer yapılan işlem, maddenin niteliğini değiştirmiş ve uyuşturucu madde elde edilmişse, imalden söz etmek gerekir. Ayrıca bu kararlarla imal kavramının daraltıldığı, haşhaş ve afyon ekiminin kontrol altına alınamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>34</sup> Ancak uyuşturucu madde üretimine yarayan bazı bitkilerin yetiştirilmesi, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun ile ayrıca düzenlenip yaptırım altına alındığından, bu eleştirinin yerinde olmadığı söylenebilir. Ayrıca bu konuda taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler de imal kavramına üretimi dâhil etmemişlerdir.

Öğretide yasa dışı uyuşturucu ticaretinin kökeninde bu maddelerin yasa dışı olarak üretilmesinin ve imal edilmesinin yattığı, özellikle ülkemizin eroin ve esrar gibi maddelerin kaynağı olan bitkilerin yetiştirildiği ve bu maddelerin üretiminin yapıldığı bir yer olduğu gerekçeyle, üretim ile imal arasında bu şekilde ayırım yapılması ve farklı cezaların öngörülmüş olması eleştiri konusu olmuştur.<sup>35</sup>

## b. İthal

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında yaptırıma bağlanan bir diğer seçimlik hareket, uyuşturucu madde ithal etmektir. Kanun koyucu imal fiilinde olduğu gibi, TCK'nın 188. maddesinde ithalin de tanımını yapmamıştır. TBMM Adalet Alt Komisyonunda ithal yerine

---

yayınlanmamış bir diğer kararı "sanıklardan elde edilen uyuşturucu madde, uyuşturucu maddenin imal edildiği iddia edilen yerden elde edilen alet ve malzemeler nazara alınarak sanıklar tarafından uyuşturucu madde imal edilip edilmediği hususunda 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 7. maddesi ile kurulmuş bulunan Adli Tıp 5. İhtisas Kurulundan mütalaa alınarak suç niteliğinin ve sanıkların hukukî durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uyuşturucu madde imal etmek suçundan hüküm kurulması.." şeklindedir.

<sup>34</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 263. Bu yöndeki kararların isabetli olduğu yönünde bkz. Balcı, s. 127.

<sup>35</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 645.

*ülkeye sokan* ifadesi kullanılmış ise de; Adalet Komisyonunda yapılan eleştiriler sonucunda ifade ithal olarak değiştirilmiş ve bu şekilde kanunlaşmıştır.<sup>36</sup>

Sözlük anlamı itibariyle ithal; içine alma, bir ülkeye başka ülkelerden mal getirme veya satın alma, başka ülkelerden alınan mal anlamlarına gelmektedir.<sup>37</sup> 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesinin tanımlar başlıklı 1. maddesinde, ithal; *uyuşturucu maddelerin bir ülkeden başka bir ülkeye veya aynı ülkenin bir bölgesinden diğer bölgesine nakledilmesi* olarak tanımlanmıştır.<sup>38</sup>

Öğretide, ithalin tanımı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, ithali, uyuşturucu maddelerin yasa dışı yollarla Türkiye'ye getirilmesi olarak ifade ederken,<sup>39</sup> başka bir görüş, uyuşturucu maddenin ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak, dışarıdan Türk ülkesine sokulması olarak tanımlamıştır.<sup>40</sup> Bu konuda ifade edilen bir diğer görüşe göre ithal, ülkenin siyasi sınırlarının herhangi bir yerinden uyuşturucu maddelerin sokulması,<sup>41</sup> bir başka görüşe göre ise, uyuşturucu maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı bir biçimde kaçak olarak ülkeye sokulmasıdır.<sup>42</sup>

Yukarıda belirtilen tanımlardan yola çıkarak *ithal kavramını*, kanunda suçun konusu olarak tanımlamış olan uyuşturucu maddelerin, ruhsatsız veya ruhsata aykırı, yani yasa dışı olarak ülke dışından ülke sınırları içerisine sokulması olarak ifade edebiliriz.<sup>43</sup>

İthal suçunun oluşması bakımından uyuşturucu maddenin kara, deniz veya hava yoluyla ülkeye sokulması önem taşımadığı gibi, söz konusu maddenin taşınmasında otomobil, tren, gemi, uçak gibi araçların kullanılması veya bu türden bir maddenin postaya verilmesi ya

<sup>36</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, s. 128 vd.

<sup>37</sup> Türkçe Sözlük, s. 733.

<sup>38</sup> 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesinde ithalin tanımı ve kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, s. 128 vd.

<sup>39</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 646.

<sup>40</sup> Güngör - Kınacı, s. 175.

<sup>41</sup> Erman - Özek, s. 268.

<sup>42</sup> Bkz. Günal, s. 90; Kurt, s. 49.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. Arslan - Azizağaoğlu, s. 778.

da yaya olarak getirilmiş olması, insan vücudu üzerinde veya boşluklarında taşınması önemli değildir.<sup>44</sup>

İthal suçu açısından, transit geçişlerde bu suçun oluşup oluşmayacağı hususuna değinmek gerekir. Yargıtay, konuyla ilgili ile vermiş olduğu bir kararında, Türkiye’den transit olarak geçirilen uyuşturucu maddenin Türkiye’de bırakılacağına ilişkin bir delilin bulunmaması halinde, fiilin ithal etme değil, nakletme olacağına karar vermiştir.<sup>45</sup> Öğretide, bu karar doğru olarak değerlendirilmiştir.<sup>46</sup> Biz de bu görüşe katılıyoruz. Failin transit olarak geçirilen uyuşturucu maddeyi ülke içerisine bırakmak istediği açıkça belirlenemiyorsa ve failin bu kastını ortaya çıkarabilecek başka bir delil de bulunamamışsa, ithal suçunun oluşmadığı kabul edilmelidir.<sup>47</sup>

Burada açıklanması gereken bir diğer sorun, uyuşturucu madde kullanan bir failin kendi kişisel ihtiyacı kadar uyuşturucu maddeyi ülkeye ithali durumunda cezai sorumluluğu konusudur. Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre; ihraç veya ithal suçlarında önemli olan, bu maddelerin izinsiz olarak ülke dışına çıkarılması veya ülkeye getirilmesidir, ülke sınırlarından geçtikten sonra bu maddenin kullanılması, satılması veya atılmasının bir önemi yoktur.<sup>48</sup>

Bir diğer görüş; ithal edilen uyuşturucu madde miktarının kullanım sınırlarını aşmaması ve failin bu maddeyi kullandığının tespit edilmesi halinde suçun ithal değil, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma olduğu şeklindedir.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 646.

<sup>45</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 04.04.1983 tarihinde vermiş olduğu bu karar için bkz. Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, C.3, Ankara 1998, s. 3482; Arslan - Azizağaoğlu, s. 778.

<sup>46</sup> Bkz. Günal, s. 92; Erman - Özek, s. 269; Güngör - Kınacı, s. 181.

<sup>47</sup> 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Sözleşme’nin 1. maddesinde transit devlet, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 84 ila 92. maddeleri arasında transit rejimi düzenlenmiştir. 1961 tarihli Tek Sözleşmesi’nin 32. maddesinde, uluslararası seferler yapan gemi ve hava gemilerinin ilk yardım çantalarında bulunan uyuşturucu maddelerin ilk yardım ve acil olaylar için gerekli miktarda bulundurulması durumunda ithal veya ihraç suçunun oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, s. 133.

<sup>48</sup> Günay, 58.

<sup>49</sup> Günal, s. 92; Erman - Özek, s. 268; Güngör - Kınacı, s. 178; Tezcan - Erdem - Önok, s. 646; Ergül, s. 142; Kurt, s. 50.

Yargıtay bazı kararlarında, ikinci görüşe benzer şekilde karar vermiş, ithal veya ihraç edilen uyuşturucu madde miktarının çok az olması ve kullanıcının kişisel ihtiyacı için yeterli miktarı aşmaması durumunda, ithal veya ihraç suçunun değil, bu maddeleri bulundurma suçunun oluşacağını kabul etmiştir.<sup>50</sup> Öğretide de ifade edildiği üzere; ithal, ihraç veya kullanma suçunun ayrımı için failin kastı, kişisel kullanım için ülkeye sokulmuş olup olmadığı, uyuşturucu maddenin miktarı, failin ekonomik durumu, failin uyuşturucu madde bağımlısı olup olmadığı, failin daha önce uyuşturucu madde suçları nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmadığı gibi dışa yansıyan hususların göz önüne alınarak bu konuda karar verilmesi doğru olacaktır.<sup>51</sup> Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu yöndeki kararları yerinde olup, aksinin kabulü, failin kast etmediği bir fiilden dolayı cezalandırılması anlamına gelir ki, bu durum ceza adaleti bakımından kabul edilemez.

Gümrük kapısı olan yerlerde ülke dışından getirilen uyuşturucu maddenin gümrük kapılarında saklanmak veya beyan edilmemek suretiyle kaçak olarak ülkeye sokulması ile ithal suçu tamamlanmaktadır.<sup>52</sup> Gümrük kapısı olmayan yerlerde ise, kara sınırları bakımından ülkeye girildiği anda, hava veya deniz sınırları bakımından; ülkenin hava sahasına ve karasularına girildiği anda ithal suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.<sup>53</sup> TCK'nın 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; devletin deniz ve hava savaş araçları, açık denizde ve açık hava tabakasında bulunan diğer deniz ve hava vasıtaları, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgede tesis edilmiş sabit platformlar ülke kavramına dâhil kabul edildiğinden bu araçlara ve platformlara ülke sınırları dışından uyuşturucu bir madde sokulduğunda ithal suçu oluşabilecektir.

Yargıtay, gümrük kapılarında uyuşturucu maddenin gümrük görevlilerine beyan edilmeden önce ele geçirilmesi durumunda eylemin bulundurma veya nakletme, beyandan sonra ele geçirildiği durumlarda tamamlanmış ithal olduğuna karar vermiştir.<sup>54</sup> Kanaatimizce bu ka-

<sup>50</sup> Bu yönde ve aksi yönde kararlar ile eleştirisi hakkında bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 646 vd.; Özel, Cevat, Yargıtay Ceza Daireleri ve Genel Kurul İçtihatları, İstanbul 1988, s. 720 vd.

<sup>51</sup> Bu yönde bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 646.

<sup>52</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör - Kınacı, s. 177; Balcı, s. 131 vd.

<sup>53</sup> Güngör - Kınacı, s. 176; Kurt, s. 51.

<sup>54</sup> Bu kararlara ayrıntılı olarak teşebbüs kısmında değinilmiştir.



rar isabetli değildir. Failin kastını ve suçun oluşumunu *gümrük görevlilerine beyanda bulunma* gibi kanunda öngörülme-yen bir ölçüte bağlamak hem kanunilik ilkesine aykırıdır hem de suçun manevi unsurunun yanlış yorumlanmasıdır. Ayrıca bu kabul, gümrük kapıları olan ve olmayan yerlerde işlenen suçları birbirinden ayırmakta ve adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Burada failin davranışlarına ve kastına bakılarak olayın bütün özellikleri değerlendirilmek suretiyle karar verilmelidir.

### c. İhraç

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında yaptırıma bağlanan seçimlik hareketlerden olan ihraç fiili de, imal ve ithal fiillerinde olduğu gibi kanunda açıkça tanımlanmamıştır.

İhraç, sözlük anlamı itibariyle; çıkarma, dışarı atma, yurt dışına mal veya hizmet satma anlamlarına gelmektedir.<sup>55</sup> 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesinin tanımlar başlıklı 1. maddesinde ihraç, *özel anlamı ile birlikte uyuşturucu maddelerin bir ülkeden başka bir ülkeye veya aynı ülkenin bir bölgesinden diğer bölgelerine nakledilmesi* olarak tanımlanmıştır. 1971 tarihli Psikotrop Maddelere İlişkin Sözleşmenin 1. maddesinde ise ihraç, *bir psikotrop maddenin bir ülkeden başka bir ülkeye fiziksel olarak aktarılması* olarak tanımlanmıştır.

Öğretide, ihraç; uyuşturucu bir maddenin yasa dışı yollarla ülke dışına çıkarılması,<sup>56</sup> uyuşturucu maddenin ülke dışına satılması,<sup>57</sup> uyuşturucu maddelerin izinsiz olarak ülke dışına çıkarılması,<sup>58</sup> ruhsatsız veya ruhsata aykırı biçimde Türkiye'den ülke dışına çıkarılması<sup>59</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Uluslararası sözleşmeler ve bu tanımlar dikkate alınarak *ihraç kavramını*; uyuşturucu maddelerin, ruhsatsız veya ruhsata aykırı ve yasa dışı olarak ülke sınırları dışına çıkarılması olarak tanımlayabiliriz.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> *Türkçe Sözlük*, s. 686.

<sup>56</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 646.

<sup>57</sup> Soyaslan, Özel, s. 389.

<sup>58</sup> Bakıcı, s. 1574; Ergül, s. 143.

<sup>59</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 190; Kurt, s. 52.

<sup>60</sup> Erman - Özek, s. 272; Balcı, s. 135; Arslan - Azizağaoğlu, s. 778.

TCK'nın 188. maddesinde ihraç, imal ve ithal ile birlikte seçimlik olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; imal edilen uyuşturucu maddenin ihraç edilmesi durumunda, iki ayrı suç oluşmayacaktır. 765 sayılı TCK döneminde; bu Kanun'un 403. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme göre<sup>61</sup>; uyuşturucu maddeleri ihraç eden fail, aynı zamanda maddeyi imal ve ithal eden ise, faile ihraç suçu yanında ayrıca imal veya ithal suçundan da ceza verilmekteydi. 5237 sayılı TCK'nın 188. maddesinde ise, bu şekilde bir düzenleme yer almamıştır.

İhraç fiili tamamlandıktan sonra, uyuşturucu maddenin taşındığı gemi veya uçağın batması, kaza yapması ve infilak etmesi gibi durumlar suçun oluşumunu engellemez.<sup>62</sup>

Öğretide, ihraç suçunun oluşması için, uyuşturucu maddenin Türkiye ülkesi sınırlarından dışarıya çıkarılmasına yönelik icrai hareketlerin başlaması ve gümrük kapısı olan yerlerde gümrük kapılarında yetkili memura aykırı bir beyanda bulunulması veya memurdan geçişin saklanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>63</sup> Gümrük sahasına girmeden önce uyuşturucu maddenin yakalanması durumunda sevk veya nakletme suçunun, gümrük kapılarında yetkili memura gerçeğe aykırı beyanda bulunulduktan sonra, henüz ülke sınırı geçilmeden önce uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi durumunda ise ihraca teşebbüs suçunun oluşacağı, ihraç suçunun tamamlanması için maddenin ülkeden çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>64</sup> Bir diğer görüş, gümrük kapısı olmayan yerlerde ihraca teşebbüs suçunun oluşmayacağı da dile getirilmiştir.<sup>65</sup> Yargıtay, konuya ilişkin çeşitli kararlarında, ihraç suçu açısından failin icra hareketlerine başlayıp başlamadığının ve gümrük görevlilerine beyanda bulunulup bulunulmadığının araştırılmasını istemiş, beyanda bulunulmasından önceki durumları tamamlanmış bulundurma ya da nakletme, beyanda bulunulmasından sonraki durumları ise ihraca teşebbüs olarak değerlendirmiştir.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 403. maddesinin 3. fıkrası, 06.06.1991 tarih ve 3756 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değiştirildikten sonra son halini almıştır. Hüküm "*Uyuşturucu maddeleri imal veya ithal ettikten sonra ihraç edenler hakkında 1 numaralı fıkra da gösterilen cezalara da ayrıca hükmolunur.*" şeklindedir.

<sup>62</sup> Balcı, s. 135.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. Günal, s. 91; Ergül, s. 143; Kurt, s. 50.

<sup>64</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 190 vd.

<sup>65</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 193.

<sup>66</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2006/13993 esas, 2007/4798 karar sayılı yayınlanmamış bir kararında; "*...Suç konusu uyuşturucu maddenin sanığın gümrük görevlilerine beyan-*

Kanaatimizce, kanun koyucunun ihraç fiilini cezalandırmasındaki amacı, uyuşturucu maddenin ülke sınırlarından fiili olarak çıkarılmasına yönelik eylemleri cezalandırmaktır. Eğer uyuşturucu madde, fiili olarak ülke sınırından çıkarılamamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.<sup>67</sup> Suçun oluşumunu veya teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığını kanunda bulunmayan bu gibi ölçütlere bağlamak yerinde değildir. İthal fiilinde olduğu gibi burada da failin davranışlarına ve kastına bakılmalı, olayın bütün özellikleri değerlendirilerek karar verilmelidir.

İhraç fiilinin transit geçişlerde ve failin kendi kişisel kullanımı için işlenmesi halinde, failin cezai sorumluluğuna da değinmek gerekir. Bu konuda ithal fiili ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar ihraç suçu açısından da geçerlidir. Bu açıklamalara göre; transit geçişlerde; failin kastının ihraca yönelik olduğunun tespit edilemediği ve buna ilişkin herhangi bir başka delil de elde edilemediği takdirde, fiili nakletme olarak kabul eden görüşü benimsiyoruz. Failin ihraç ettiği uyuşturucu madde miktarı, kişisel kullanımı için gereken miktarda ise ve failin bu maddeyi kullandığı açıkça anlaşılmışsa, fiil, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma olarak kabul edilmelidir<sup>68</sup>

---

*da bulunulmasından önce mi, sonra mı ele geçirildiği araştırılarak beyandan sonra ele geçirilmiş olması durumunda; sanık, biri ihraca teşebbüs, diğeri tamamlanmış bulundurma ya da nakletme olmak üzere iki suç işlemiş olacağından, 5237 sayılı TCK' ya göre; a- İhraca teşebbüs suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, b- Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, belirlenen sonuçlardan bu Kanun'un 44. maddesine göre daha ağır olanının saptanması ve buna göre hüküm kurulması gereken belirtilen nitelikte somutlaştırma ve karşılaştırma yapılmadan yazılı biçimde karar verilmesi..." şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 1994/7177 esas, 1994/10222 karar sayılı, 04.07.1994 tarihli bir kararı, "Uyuşturucu maddelerin yurt dışına gönderilmesine tam teşebbüs suçu, sınırdan yurt dışına çıkarılmaya yönelik icrai hareketlerin başlanması ve gümrük kapılarında da durumun yetkili memurlardan saklanması biçiminde oluşacağı sanığın Edirne - Kapıkule oto yolunun turnikelerinde, henüz yurt dışına çıkmaya yönelik hareketleri ve Gümrük Bölgesine girip, Gümrük işlemlerine başlamadan yakalandığı nazara alınmadan TCK'nun 403/5-5. maddeleri ile cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması" şeklindedir. Bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1; Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Güngör - Kınacı, s. 208 vd.*

<sup>67</sup> Bu konuya ayrıntılı olarak teşebbüs kısmında değinilmiştir.

<sup>68</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 648; Burada ayrıca kontrollü teslimat uygulamasında fail ya da failerin sorumluluğuna değinmek gerekir. 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde kontrollü teslimat, "sözleşmenin üçüncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçların işlenmesine iştirak etmiş olan kişilerin belirlenmesi amacıyla, kaçak veya kaçak olmasında şüphelenilen bir biçimde sevk edilen uyuşturucu veya psikotrop maddelerin bu sözleşmenin eki I ve II numaralı tablolarda kayıtlı maddelerin veya onların yerine geçen maddelerin, ilgili ülkelerin yetkili makamlarının bilgisi ve denetimi altında bir veya birçok ülke itibarıyla

### 3. Manevî Unsur

Uyuşturucu madde imal, ihraç ve ithal suçları, kasten işlenen suçlardandır.<sup>69</sup> Buradaki kast genel kast olduğundan failin fiiline konu maddenin uyuşturucu madde olduğunu bilmesi ve kanunda yer alan hareketleri bilerek ve isteyerek yapması gerekir.<sup>70</sup> Uyuşturucu madde imal, ihraç ve ithal suçları, kanunda özel olarak taksirli hali düzenlenmediğinden taksirle işlenmeye elverişli değildir.<sup>71</sup>

İmal fiili yönünden fail, imal ettiği maddenin uyuşturucu madde olduğunu bilmeli ve imalata yönelik bütün hareketleri bilerek ve isteyerek yapmalıdır.<sup>72</sup> Eğer fail, imal ettiği maddenin uyuşturucu madde olduğunu bilmiyorsa cezai sorumluluğu ortadan kalkar.<sup>73</sup> İthal fiilinde de, failin uyuşturucu maddeyi ithal etmeyi istemesi ve ithale ilişkin hareketleri bilerek ve isteyerek yapması gerekir.<sup>74</sup> Aynı şekilde ihraç fiili yönünden de failin uyuşturucu maddeyi ihraç etmeyi istemesi ve ihraca ilişkin hareketleri bilerek ve isteyerek yapması gerekir.<sup>75</sup>

İmal veya ithal suçunun tamamlanmasından sonra, failin imal veya ithal ettiği uyuşturucu madde ile 188. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suçlardan herhangi birini işlemesi halinde, failin cezai sorumluluğu ne olacaktır?

---

*girişine, geçişine veya çıkışına olanak veren yöntemi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşme’nin 11. maddesi ise, “1. Taraflar iç hukuk sistemlerinin temel ilkeleri müsaade ettiği takdirde ve olanakları ölçüsünde 1.maddenin 3. fıkrasında belirtilen suçlara iştirak etmiş olan kişileri tespit etmek ve haklarında yasal işlem yapmak amacıyla akdettikleri anlaşma veya düzenlemeler çerçevesinde kontrollü teslimat yönteminin uluslararası düzeyde uygun şekilde kullanılabilmesi için gerekli önlemleri alacaklardır. 2.Kontrollü teslimat yöntemine başvurulması kararı her olay için ayrı ayrı alınacak ve gerektiğinde ilgili Tarafların kazai yetkilerinin kullanılmasına ilişkin mali düzenlemeler ve mutabakatlar göz önünde bulundurulacaktır. 3.Kontrollü teslimatı konusunda anlaşmaya varılmış olan kaçak sevkiyat, ilgili Tarafların onayıyla durdurulup uyuşturucu ve psikotrop maddelerine dokunulmadan veya bunlar tamamen veya kısmen başka maddelerle değiştirildikten sonra yola devam etmesine izin verilebilir.” şeklindedir. Bu düzenlemelere göre kontrollü teslimat durumunda fail ya da failerin sorumluluğunu ihraç olarak değerlendirmek mümkündür.*

<sup>69</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 649.

<sup>70</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 284; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2005, s. 389.

<sup>71</sup> Arslan - Azizağaoğlu, s. 778.

<sup>72</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 284; Güngör - Kınacı, s. 133; Günal, s. 103.

<sup>73</sup> Bkz. Soyaslan, Genel, s. 389; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 683.

<sup>74</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 284; Güngör - Kınacı, s. 133; Günal, s. 103.

<sup>75</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 284; Günal, s. 103; Güngör - Kınacı, s. 133.

Yargıtay bir kararında, failin uyuşturucu madde ithal ettikten sonra satışa arz etmesini, iki ayrı fiil olarak kabul ederek, failin hem ithal, hem de satışa arz etme suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>76</sup> Yargıtay, bir başka kararında; ithal edilen uyuşturucu maddeyi bir süre saklayıp, daha sonra nakleden sanığın, kastının yenilediğinden bahisle hem ithal, hem de nakletme suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>77</sup> Öğretide, failin ithal ettiği uyuşturucuyu satması halinde daha ağır cezayı gerektiren ithal suçuna ilişkin normun, satma suçuna ilişkin normu tükettiği kabul edilerek, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ilkesi gereğince sadece ithal suçundan cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>78</sup> Yargıtay'ın bu son görüşe uyan kararları da bulunmaktadır.<sup>79</sup>

Kanaatimizce, bu durumlarda birbirinden farklı fiiller söz konusudur. TCK'nın 188. maddesinin 1. ve 3. fıkralarda düzenlenen suçlar, sadece kendi içinde seçimlik suçlardır. Bu husus madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Kanun koyucu bu fiilleri değişik fıkralarda düzenlemiş, cezaî yaptırımların alt ve üst sınırlarını da farklı olarak belirlemiştir. Kanaatimizce, bu durumda failin imal ve ithal fiiline ilişkin kastından sonra, uyuşturucu maddenin satılmasına yönelik yenilenen bir kastı söz konusu olduğundan, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Failin imal veya ithal fiilinden sonra, kastı yenilenmekte ve diğer fiili bu yeni kastla gerçekleştirmektedir. Bu nedenle fail her iki fiilden ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır. İmal veya ithal edilen uyuşturucu maddenin, failin kişisel kullanımı için yeterli miktarda olması ve failin kastının kullanma olduğunun tespit edildiği durumlarda, fai-

<sup>76</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2000/19555 esas, 2001/1092 karar sayılı, 03.04.2001 tarihli kararı için bkz. YKD, C. 27, S. 9, s. 1448.

<sup>77</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2002/27279 esas, 2002/22773 karar sayılı 23.09.2002 tarihli bir kararında; *"Jandarma yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde tartışılan delillere ve dosya içeriğine uygun gerekçeye göre; yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine; ancak: 1 Sanığın; suç konusu uyuşturucu maddeyi yaklaşık bir ay önce yurt dışından izinsiz olarak ithal edip bir süre evinde saklandıktan sonra ithal amacının dışında yenilenen kastla naklederken yakalandığı sabit olmasına nazaran, gerçekleşen iki ayrı eylemin uyuşturucu madde ithal etmek ve uyuşturucu maddeyi nakletmek suçlarını oluşturduğu"* şeklinde karar vermiştir. Bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1; Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2001/27279 esas, 2002/2277 karar sayılı, 23.09.2002 tarihli bir diğer kararı için bkz. YKD, C. 29, S. 2, s. 315.

<sup>78</sup> Güngör - Kınacı, s. 184.

<sup>79</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2005/17549 esas, 2006/1699 karar sayılı 08.02.2006 tarihli, 2007/6353 esas, 2007/8044 karar sayılı 28.06.2007 tarihli, yayınlanmamış kararlarına içtima başlığı altında değinilecektir.

lin sadece kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak suçundan dolayı cezalandırılacağına ise daha önce değinmiştik.

#### 4. Teşebbüs

Bilindiği üzere teşebbüs, kasıtlı bir suç için icra hareketlerine başlanması ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması veya sonucun failin elinde olmayan bir nedenden dolayı gerçekleşmemesidir.<sup>80</sup> Teşebbüs için elverişli bir hareket, bunun için de öncelikle suç fiiline neden olabilecek nitelikte objektif olarak elverişli bir vasıta gerekmektedir.<sup>81</sup> Teşebbüs, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiş, 765 sayılı TCK'nın 61 ve 62. maddelerinde düzenlenen tam ve eksik teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır.

İmal suçunun tamamlanması için, imalin sonuçlanması ve uyuşturucu maddenin elde edilmiş olması gerekir.<sup>82</sup> Failin elinde olmayan herhangi bir nedenle icra hareketleri tamamlanmamışsa ve uyuşturucu madde elde edilememişse suç tamamlanmış olmaz.<sup>83</sup>

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarında teşebbüs konusunda, değişik görüş ve uygulamalar bulunmaktadır. 765 sayılı TCK

<sup>80</sup> Teşebbüs konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, Mehmet Emin, *Suçun Özel Görünüm Şekilleri*, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 242 vd.; Özbek, Veli Özer, "5237 Sayılı YTC'nin Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Kazancı Hukuk Dergisi*, S. 5, s. 16 vd.; Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994, s. 1 vd.; Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994, s. 1 vd.; Aydın, Devrim, "Suça Teşebbüs", *AÜHFD*, 2006, S. 1, C.55, s. 85 vd.; Aksoy İpekçioğlu, Pervin, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 2009, s. 1 vd.; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 421 vd.

<sup>81</sup> Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s. 262 vd.; Sözüer, s. 185.

<sup>82</sup> Güngör - Kınacı, s. 169.

<sup>83</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 1992/4262 esas, 1992/7198 karar sayılı, 22.06.1992 tarihli bir kararı, "Yukarıda ifade edildiği gibi, Beşinci İhtisas Kurulu 9.9.1991 günlü kararından evde yakalanan madde ve malzemelerin eroin imaline elverişli ve yeterli olduğu ve fakat fiilen imalata başlanmamış olduğu anlaşılmaktadır. Teşebbüsleri söz edebilmek için icrai hareketlerin başlamış olması lazımdır. Cürmün icrasına başlamak ise cürmün maddi unsurunu teşkil eden veya onun işlenmesine yönelen hareketleri yapmaktır. Sanıklar, suçta elverişli ve yeterli madde ve malzemeleri eve taşımakla, eroin imaline ilişkin kastlarını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ortaya koymuş ve fiile yaklaşmış olmaları itibarıyla icraya başlanmış, ne varki elinde olmayan mani sebepler dolayısıyla icra hareketlerini bitirememişlerdir. Bu itibarla eylemleri eksik teşebbüs derecesinde kalmıştır. Sanıkların eylemlerini o şekilde değerlendirerek uyuşturucu madde imaline eksik kalkışmaktan hükümlendirilmeleri gerekirken tam teşebbüs kabulü suretiyle yazılı şekilde cezalandırılmaları" şeklindedir. Bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1. Aynı yönde bkz. Erman - Özek, s. 267.

döneminde, imal suçunun sonucu harekete bitişik bir suç olduğu, bu suça tam teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmiştir.<sup>84</sup> Ancak yurkarıda açıklandığı üzere, 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesi ile eksik-tam teşebbüs ayrımı kaldırıldığından, imal suçunun teşebbüse elverişli bir suç olduğu söylenebilir.<sup>85</sup>

Öğretide, TCK'nın 188. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenlemeyle, imale teşebbüs niteliğinde sayılabilecek bazı hareketlerin suç olarak tanımlandığı gerekçesiyle, imal suçuna teşebbüs olanağının kalmadığı ileri sürülmüştür.<sup>86</sup>

TCK'nın 188. maddesinin 7. fıkrasında suçun maddî konusu, başlı başına uyuşturucu veya uyarıcı etkisi olmayan maddelerdir, bu husus madde gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.<sup>87</sup> Bu fıkrada imalden kastedilen uyuşturucu etkisi olmayan maddelerin uyuşturucu madde imalinde kullanılmasıdır. TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasındaki imalin konusu ise, uyuşturucu maddelerdir.<sup>88</sup> Örneğin imale konu morfinin eroine dönüştürülmesi veya eroinin saflaştırılmasına yönelik hareketlerin tamamlanamaması halinde imale teşebbüs suçunun oluşacağını kabul etmek gerekir. Burada morfin ve eroinin bulundurulmasının TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlendiği, bu nedenle imale teşebbüs suçunun olmayacağı yönündeki eleştiriye de failin kastına göre cevap verilmelidir. Bu durumda failin kastı, uyuşturucu maddeyi bulundurma değil, uyuşturucu maddenin imalidir. Belirtilen nedenle burada, imale teşebbüs ve bulundurma veya nakletme olmak üzere tamamlanmış iki suç oluşmaktadır. Bu nedenle TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kurallarına göre daha ağır olan, imale teşebbüs suçundan ceza verilmelidir.

<sup>84</sup> Bkz. Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 738.

<sup>85</sup> Soyaslan, Özel, s. 389.

<sup>86</sup> Tezcan - Erdem - Önok, s. 655.

<sup>87</sup> Gerekçede, "uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddenin ülkeye sokulması, imal edilmesi, satılması, satın alınması, nakledilmesi, depolanması veya ihraç edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Dikkat edilmelidir ki, bu suçun konusu, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan maddelerdir ve bunlar uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmazlar; ancak bu maddelerin ithal ve imalinin resmi makamların iznine bağlı olması gerekir. Söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suçtur ve bu seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesiyle suç oluşacaktır. Ancak bunlardan birkaçının bir olayda gerçekleşmesi hâlinde bir suçun işlendiğini kabul etmek gerekir" denilmektedir. Bkz. Özgenç, Gazi Şerhi, s. 922 vd.

<sup>88</sup> Güngör - Kınacı, s. 166.

TCK'nın 35. maddesi kapsamında imale teşebbüsten söz edilebilmesi için, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanması gerekir. Buna göre; imal fiili yönünden teşebbüs için, failinin uyuşturucu madde imal edilebilecek bir maddeyi hazır etmesi, uyuşturucu madde imali için elverişli alet ve yöntemle imale başlaması gerekir.<sup>89</sup>

İmal için hazırlanan alet ve malzeme, elverişsiz ise veya hazır edilen maddeden uyuşturucu madde elde etmek mümkün değil ise, işlenemez suç vardır.<sup>90</sup> İmal suçunda hazırlanan maddenin başlı başına uyuşturucu madde olması halinde, tamamlanmış uyuşturucu madde bulundurma suçunun oluşması söz konusu olabilecektir. Fakat, imal hareketine başlanmış ise, bu durumda artık failin kastına önem verilmesi ve fiilin imale teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir.<sup>91</sup> İmal kastı ile elde bulundurulan madde, uyuşturucu maddeleri elde etmeye yarayan diğer maddelerden olması durumunda ise, TCK'nın 188. maddesinin 7. fıkrasındaki suç oluşacaktır.

İthal fiili, uyuşturucu maddenin ülkeye sokulması ile oluşmaktadır. Fail, çoğu zaman bu fiili gerçekleştirmek için gümrükte birtakım işlemler yapmak durumundadır. Failin gümrük işlemlerini yaptığı sırada uyuşturucu maddenin yakalanması halinde, fiilin teşebbüs aşamasında kalacağını, gümrük işlemlerinin tamamlanmasından sonra uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi halinde ise, ithal suçunun tamamlandığını söylemek mümkündür.

İthal fiili yönünden, uyuşturucu maddenin gümrük kapısı olmayan bir yerden ülkeye sokulması durumunda suç tamamlanmış suç olarak kabul edilmelidir. Uyuşturucu maddenin ülke sınırından geçirilirken yakalanması halinde ise, ithale teşebbüs söz konusudur.<sup>92</sup>

Gümrük kapısı olan yerlerde, ithal suçunun tamamlanması açısından değişik görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre; ithal edilen uyuşturucu madde, yararlanma imkânı bulunan sahaya girmeden önce, polis veya gümrük memurları tarafından yakalanmışsa, tamamlanmış suç değil, teşebbüs derecesinde kalmış bir ithal suçu söz

<sup>89</sup> Erman - Özek, s. 267.

<sup>90</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 169; Erman - Özek, s. 267.

<sup>91</sup> Bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesindeki fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Balcı, s. 154; Zafer, s. 116.

<sup>92</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 181; Erman - Özek, s. 271; Savaş - Mollamahmutoğlu, C.3, s. 3697.



konusudur.<sup>93</sup> Başka bir görüşe göre, ithal suçu neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan ve hareketleri bölümlere ayırmak mümkün olmadığından bu suça teşebbüs mümkün değildir.<sup>94</sup> Diğer bir görüşe göre ise; ithal suçu, uyuşturucu maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yabancı bir ülkeden ülke içine gümrükten saklanarak veya beyan edilmeyerek sokulması ile tamamlanacaktır. Eğer fail, gümrükten gizlediği uyuşturucu madde ile henüz ülkeye giriş yapmadan gümrük işlemleri sırasında yakalanmışsa, failin davranışlarına bakmak gerekir. Fail gümrüğe getirdiği uyuşturucu maddeyi gümrük işlemleri sırasında beyan ettiği takdirde ithal suçu değil, nakletme veya sevk etme suçu oluşacaktır. Fail getirdiği uyuşturucu maddeyi beyan etmezse, ithal fiili tamamlanacak, beyan aşamasına gelmeden önce bu madde yakalanırsa, fiil ithale teşebbüs olarak değerlendirilecektir.<sup>95</sup>

Yargıtay, bir kısım kararlarında, uyuşturucu maddenin fail tarafından gümrükte beyanda bulunmasından önce mi sonra mı ele geçirildiğinin araştırılmasını istemiş, beyandan önce uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi durumunda failin tamamlanmış bulundurma, nakletme veya sevk etme suçundan, beyandan sonra ele geçirilmesi durumunda ise tamamlanmış ithal suçundan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>96</sup>

Kanaatimizce, failin gümrükte uyuşturucu bir maddeyi gizlemek suretiyle aksini beyan edip ülkeye giriş yapmadan ihbar üzerine yakalanması halinde, ithale teşebbüs suçu oluşacaktır.<sup>97</sup> Bu durumda, uyuşturucu maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yabancı bir ülkeden ülkeye gümrükten saklanarak veya beyan edilmeyerek sokulması ile ithal fiili tamamlanacağından, failin gümrükte yapılan işlemler sırasında yakalanması halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağını kabul etmek gerekir. Failin gümrükte beyanda bulunup bulunmamasının teşebbüs veya tamamlanma açısından ölçüt olarak alınması doğru bir uygulama değildir.

Yargıtay, bir kararında; uyuşturucu maddeyi ülke içine sokmaya yönelik icra hareketlerine başlayıp, uyuşturucu madde yüklü zula-

<sup>93</sup> Günal, s. 94.

<sup>94</sup> Güngör - Kınacı, s. 182.

<sup>95</sup> Kurt, s. 50 vd.

<sup>96</sup> Bu yönde açıklama ve kararlar için bkz. Balcı, s. 155.

<sup>97</sup> Aynı yönde bkz. Ergen, s. 28.

lı bir araç ile gümrüğe gelip pasaport işlemlerine başlayan, pasaportuna Türkiye'ye giriş kaşesi vurulan, daha sonra gümrüğe kaydını yaptırıp aracında yasak madde bulunmadığını beyan eden sanığın triptik ve muayene işlemlerini yaptıktan sonra uyuşturucu maddenin yakalanması durumunda, fail açısından ithal suçunun tamamlandığını kabul etmiştir.<sup>98</sup> Kararda, failin fiilinden geri dönme olasılığının kalmadığı gerekçesiyle ithal fiilinin tamamlandığı ifade edilmiş ise de, yukarıdaki açıklamaya göre bu gerekçenin teşebbüs veya suçun tamamlanması açısından isabetli olmadığını düşünüyoruz.

İthal suçunda olduğu gibi ihrac suçunda da, uyuşturucu maddenin, gümrük kapısı olan veya olmayan bir yerden, ülke sınırlarından dışarıya çıkarılmasıyla suç tamamlanacaktır. Uyuşturucu maddenin ülke sınırdan çıkarılırken yakalanması halinde ise, ihraca teşebbüs sözü konusu olacaktır. Yargıtay da, çeşitli kararlarında, ihrac suçu açısından teşebbüsü kabul etmiş ve failin gümrükteki beyanından sonra ele geçirilen uyuşturucu madde nedeniyle failin ihraca teşebbüs suçundan cezalandırılabilceğini belirtmiştir.<sup>99</sup>

Öğretide, ihrac suçunun teşebbüse elverişli olmadığı, uyuşturucu maddenin ülke sınırlarından dışarı çıkılmasıyla suçun tamamlandığı, ülke sınırından geçilmemiş ise teşebbüsün değil, o aşamaya kadar tamamlanmış fiiller yönünden bulundurma, sevk etme ya da nakletme suçunun oluşacağı ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

Kanaatimizce, uyuşturucu maddenin gümrük kapısı olmayan bir sınırdan dışarıya çıkarılırken yakalanması halinde, fiil ihraca teşebbüs olarak kabul edilmelidir. Eğer fiil, o aşamaya kadar tamamlanmış olan bulundurma, sevk etme ya da nakletme olarak kabul edilirse, fail kastetmediği bir fiilden dolayı cezalandırılmış olacaktır. Aynı şekilde

<sup>98</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2000/4130 esas, 2000/5035 karar sayılı, 13.04.2000 tarihli bu yöndeki kararı için bkz. Güngör - Kınacı, s. 187 vd.

<sup>99</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/13993 esas, 2007/4791 karar sayılı, 18.04.2007 tarihli yayınlanmamış bir kararında bu husus, " Suç konusu uyuşturucu maddenin sanığın gümrük görevlilerine beyanda bulunulmasından önce mi, sonra mı ele geçirildiği araştırılarak beyandan sonra ele geçirilmiş olması durumunda; sanık, biri ihraca teşebbüs diğeri tamamlanmış bulundurma ya da nakletme olmak üzere iki suç işlemiş olduğundan, 5237 sayılı TCK' ya göre; a-İhraca teşebbüs suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, b- Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, belirlenen sonuçlardan bu Kanun'un 44. maddesine göre daha ağır olanının saptanması ve buna göre hüküm kurulması gerekirken belirtilen nitelikte somutlaştırma ve karşılaştırma yapılmadan yazılı biçimde karar verilmesi," şeklinde açıklanmıştır.

<sup>100</sup> Bu görüş için bkz. Güngör - Kınacı, s. 194; Erman - Özek, s. 271; Kurt, s. 53.

uyuşturucu maddenin gümrük kapısı olan yerlerden ülke dışına çıkarılması sırasında beyan edilmeden yakalanması durumunda da ihraca teşebbüs suçunun olduğu kabul edilmelidir.

Bir görüşe göre; uyuşturucu madde gümrük memurlarına beyan edilmeden önce ele geçirilirse, teşebbüs değil, uyuşturucu madde bulundurma, sevk etme ya da nakletme suçu oluşmakta, beyandan sonra ele geçirilirse ihraca teşebbüs suçu oluşmaktadır.<sup>101</sup>

Yargıtay, bu durumda, ihraca teşebbüs ve tamamlanmış bulundurma veya nakletme olmak üzere iki suçun oluştuğunu, TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima kurallarına göre daha ağır olan suçtan ceza verilmesi gerektiğini kabul etmiştir.<sup>102</sup>

Kanaatimizce, failin gümrük işlemlerini yaptığı sırada uyuşturucu maddenin yakalanması halinde, teşebbüs aşamasında kalmış ihraç suçu, gümrük işlemlerinin tamamlanmasından ve ülke sınırlarından dışarıya çıkılmasından sonra uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi halinde ise, tamamlanmış ihraç suçu oluşacaktır. İthal suçunda olduğu

<sup>101</sup> Bkz. Kurt, s. 52; Güngör - Kınacı, s. 194; Savaş - Mollamahmutoğlu, C.3, s. 3697.

<sup>102</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/13027 esas, 2007/2185 karar sayılı, 26.02.2007 tarihli yayınlanmamış bir kararı, "Olay yakalama, arama, zapt etme tutanaklarına, sanıkların savunmaları ile incelenen tüm dosya kapsamına göre sanıkların eyleminin ihraca teşebbüs aşamasında kalmış olduğu değerlendirildiğinde, sanıkların biri teşebbüs aşamasında kalan ihraç diğeri tamamlanmış bulundurma ya da nakletme olmak üzere iki suç işlemiş olacaklarından, A) 765 sayılı TCK'ya göre; 1-Eksik teşebbüs aşamasında kalan ihraç suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, 2-Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, B) 5237 sayılı TCK'ya göre; 1- Teşebbüs aşamasında kalan ihraç suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, 2- Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, C) 765 sayılı TCK'ya göre belirlenen sonuçlardan bu kanunun 79. maddesine göre daha ağır olanı ile 5237 sayılı TCK'ya göre belirlenen sonuçlardan bu kanunun 44. maddesine göre daha ağır olanı karşılaştırılarak lehe olan kanunun saptanması ve bu kanuna göre hüküm kurulması gerekirken belirtilen nitelikte somutlaştırma ve karşılaştırma yapılmadan yazılı biçimde karar verilmesi", Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/11132 esas, 2006/14997 karar sayılı, 26.12.2006 tarihli yayınlanmamış bir diğer kararı ise "İddia, yapılan çalışmalar sonucunda elde edilen bilgi ve 08.02.2005 tarihli olay, yakalama ve zaptetme tutanağı içerikleri, sanıkların anlatımları, suç konu uyuşturucu maddelerle gümrük sahasında yakalanmış olmaları ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların eylemlerinin uyuşturucu madde ihraca teşebbüs aşamasında kalmış olduğu değerlendirildiğinden; sanıklar biri ihraca teşebbüs diğeri tamamlanmış nakletme olmak üzere iki ayrı suç işlemiş olacaklarından, A-765 sayılı TCK'ya göre; 1-İhraca eksik teşebbüs suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, 2-Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, B-5237 sayılı TCK'ya göre; 1-İhraca teşebbüs suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi, 2-Tamamlanmış nakletme suçundan uygulama yapılarak sonucun belirlenmesi gerekirken belirtilen nitelikte somutlaştırma ve karşılaştırma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi," şeklindedir.

gibi gümrükte beyanda bulunup bulunmamanın teşebbüs açısından ölçüt olarak alınması isabetli değildir.

## 5. İştirak

Suç, tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Niteliği gereği tek bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kişinin aralarında yaptıkları anlaşma gereği birlikte işlenmesi halinde, failer arasında iştirakin varlığından söz edilir ve bu şekilde işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denilmektedir.<sup>103</sup>

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının özgü (mahsus) suç olmaması nedeniyle, bu suçların faili herkes olabilir. İştirak durumlarında, TCK'nın 37 ilâ 41. maddeleri arasında düzenlenen hükümler uygulanacaktır.

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının genellikle birden fazla kişi tarafından işlendiği hususu göz önüne alındığında, suçun örgüt kapsamında işlenmesi hali dışında bu suçlara iştirak söz konusu olabilecektir. TCK'nın 188. maddesinin 5. fıkrasında, uyuşturucu imal, ithal ve ihraç suçlarının, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı ifade edildiğinden, suçun örgüt oluşumu içerisinde işlenmesi halinde iştirak hükümleri yerine bu madde hükümleri uygulanacaktır.

## 6. İçtima

Fail, ceza kanununu birden çok ihlal ettiğinde ve dolayısıyla birden çok suçtan sorumlu olduğunda, suçların içtimaı söz konusu olmaktadır.<sup>104</sup> Bu durum; birden çok fiil ile kanunun aynı hükmünün ihlal edilmesi veya kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesi şeklinde olabileceği gibi, bir fiil ile kanunun birden çok hükmünün ihlal

<sup>103</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, 272 vd.; Hafızoğulları, Zeki - Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s. 326; Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 754; Özgenç, İzzet, *Suçta İştirakin Hukukî Esası*, İstanbul 1996; Erem, Faruk, "Suçta İştirak", *AÜHFD*, 1946, S. I, C.3, s. 62 vd.; Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suçta İştirak*, Ankara 2009, s. 1 vd.

<sup>104</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İcel, Kayıhan, *Suçların İçtimaı*, İstanbul, 1972, s. 9 vd.; Toroslu, 310 vd.; Centel - Zafer - Çakmut, s. 496; Demirbaş, s. 622.

edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Normal olarak kanunun ihlali sayısınca suç vardır ve her suç için ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre belirlenir. Ancak kanun, bazen birden çok ihlali tek suç saymakta ve faile tek bir ceza verilmesini öngörmektedir. Bu türlü hukukî birleşmeler; *bileşik (müekkep) suçu*, *zincirleme (müteselsil) suçu* ve *fikri içtimayı* oluşturmaktadır.

TCK'nın 188. maddesinde düzenlenen uyuşturucu madde imal, ithal, ihraç ve ticareti suçlarının seçimlik hareketli suçlar olduğunu daha önce ifade etmiştik. TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen suçun seçimlik hareketlerinden olan imal, ithal veya ihraçtan yalnızca birinin veya birden fazlasının gerçekleştirilmesi suçun oluşması açısından yeterlidir.

Fail TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen fiillerden birini gerçekleştirdikten sonra, 3. fıkra da öngörülen fiillerden birini gerçekleştirdiğinde, ortada iki ayrı suç bulunmaktadır ve fail her iki suçtan sorumlu olmalıdır. Yani burada, gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.<sup>105</sup> Çünkü TCK'nın 188. maddesinde, her fıkra için öngörülen hareketler kendi içinde seçimliktir, ayrı fıkralardaki hareketler kendi içinde seçimlik değildir. İmal edilen uyuşturucu madde satıldığına, TCK'nın 188. maddesinin hem 1. fıkrası hem de 3. fıkrası ihlal edilmiş olmaktadır.

Bu husus, TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkra gerekçesinde, uyuşturucu madde ticaretine ilişkin çeşitli fiillerin, ayrı bir suç olarak düzenlendiği ve 3. fıkradaki hareketlerin işlenmesiyle meydana gelen bir suçun, bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturacağı şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen seçimlik fiillerden birden fazlasının aynı zamanda yapılması halinde suçun tek olarak kabul edilebilmesi için suçun konusu olan uyuşturucu maddenin aynı olması gerekir.<sup>106</sup> Örneğin imal edilen uyuşturucu madde ile ihraç edilen uyuşturucu maddenin aynı olmaması halinde iki ayrı suç oluşacaktır.

Öğretide, ithal edilen uyuşturucu maddenin satılması halinde, failin daha ağır cezayı gerektiren ithal suçuna göre sorumlu olması ge-

<sup>105</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 315; Tezcan - Erdem - Önok, s. 644.

<sup>106</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 283; Güngör - Kınacı, s. 665.

rektiği ifade edilmiştir.<sup>107</sup> Yargıtay da, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ilkesini gerekçe göstererek, failin cezası ağır olan suçtan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>108</sup>

Yukarıda ve teşebbüs konusunu incelerken ifade ettiğimiz gerekçelerle, bu görüşe katılmıyoruz ve Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Zira bu şekilde, hem kendi arasında seçimlik olmayan TCK'nın 188. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında öngörülen suçlar seçimlik suç haline getirilmekte, hem de failin yenilenen kastı ile işlemiş olduğu diğer suçun cezasız bırakılması söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda, TCK'nın 44. maddesinde belirtilen fikri içtima hükümleri yerine gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Fail aynı suç işleme kararı altında, uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları için öngörülen ve seçimlik olarak belirlenen hareketleri birden fazla gerçekleştirdiğinde zincirleme (müteselsil) suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmalıdır.<sup>109</sup> Örneğin; fail

<sup>107</sup> Güngör - Kınacı, s. 184.

<sup>108</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2005/17549 esas, 2006/1699 karar sayılı, 08.02.2006 tarihli yayınlanmamış kararı, "19.12.2002 tarihli olay tutanağı içeriğine sanığın savunmasına ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın yurt dışından, on gün önce getirdiği suçta konu uyuşturucu maddeyi görevli polis memuruna satmak isterken yakalandığı olayda, daha ağır cezayı gerektiren ithal suçuna ilişkin normun satma suçuna ilişkin normu tükettiğinin ve ithal etmek fiili gerçekleştirilirken ticaret kastının da oluştuğunun kabul edilmesi, bir normun diğeri tarafından tüketilmesi ilkesi gereğince ithal suçundan cezalandırılması, satmak suçuna ilişkin eylemin cezalandırılmayan sonraki fiiller olduğu kabul edilmekle; aradan geçen süre de nazara alınarak, sanığın ithal fiilinden sonra eyleminin hukukî ve fiili kesintiye uğramadığı, ithal eyleminden sonra satmak suçuna yönelik yenilenen kastının bulunmadığının anlaşılmasına göre; açılan kamu davasının 5271 sayılı CMK'nın 223/7. maddesi ( 1412 sayılı CMUK'nın 253. maddesi) uyarınca reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde satmak suçundan da ayrıca hüküm kurulması," Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2007/6353 esas, 2007/8044 karar sayılı, 28.06.2007 tarihli yayınlanmamış bir diğer kararı "Olay tutanağı, sanık savunmaları ve dosya kapsamından, sanık Feysel'in ismini verdiği ancak kimliği belirlenemeyen İran uyruklu kişinin suçuna iştirak ederek, "uyuşturucu madde ithal etmek" ve sanık Mehmet Erdil ile birlikte "uyuşturucu madde ticareti yapmak" suçlarına ilişkin eylemleri gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, daha ağır cezayı gerektiren ve eylemine uyan "uyuşturucu madde ithal etmek" suçundan dolayı cezalandırılması gerekmekte ise de; sanık Feysel'in "uyuşturucu madde ithal etmek" eylemini, ithal eylemine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığı safhada ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce açıklamış olması nedeniyle "uyuşturucu madde ithal etmek" suçundan dolayı TCK'nın 192/1. maddesinde düzenlenen cezasızlık halinin ortaya çıktığı, bu durum karşısında sanık hakkında "uyuşturucu madde ticareti yapmak" suçundan (suçun işleniş biçimini, suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen tehlikenin failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı, güttüğü amaç ve saiki dikkate alınarak) mahkûmiyet kararı verilmesi yerine yazılı şekilde uyuşturucu madde ithal etmek suçundan hüküm kurulması," şeklindedir.

<sup>109</sup> Bkz. Güngör - Kınacı, s. 680 vd.; Tezcan - Erdem - Önok, s. 656 vd.

aynı suç işleme kararı altında uyuşturucu maddeyi önce imal, sonra ithal etmişse, zincirleme suç söz konusu olabilecektir.<sup>110</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki; uyuşturucu madde ticareti suçları, bir başka suçla birlikte de işlenebilir. Örneğin uyuşturucu maddenin imalinden elde ettiği parayı aklamaya yönelik faaliyetlerde bulunan fail, hem uyuşturucu madde imal suçu, hem de kara paranın aklanması suçunu işlemiş olacaktır. Bu tür durumlarda fail, her iki suçtan ayrı ayrı sorumlu olacaktır.<sup>111</sup>

## 7. Yaptırım

TCK'nın 188. maddesinde düzenlenmiş bulunan uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları için kanun koyucu, hem hapis hem de para cezası öngörmüştür. Hapis ve adli para cezaları seçimlik değildir. Ayrıca TCK'nın 189. maddesinde, uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunacağı belirtilmiştir.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 656. Bu yönde Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2002/25908 esas, 2002/23368 karar sayılı, 03.10.2002 tarihli yayınlanmamış bir kararı "sanığın 20.07.1998 tarihinde M.Ç.ye bireysel olarak 2,722 gram kokain sattığı, yaklaşık 1 ay sonra 19.08.1998 tarihinde diğer sanık M.N. ile teşekkül halinde 1,34 gram kokaini X muhbirine satarken yakalandığı... böylece aynı suç işleme kararı uyarınca yaklaşık 1 ay ara ile gerçekleştirdiği iki eylemin tümüyle müteselsil suç oluşturduğu dikkate alınarak ...cezaların saptanması gerekirken... iki ayrı suçtan yazılı biçimde hüküm kurulması..." şeklindedir.

<sup>111</sup> Bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 657; Zafer, s. 119; Balcı, s. 201.

<sup>112</sup> Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde; "[1] Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir. [2] Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.[3] Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir[4] Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir. Tüzel kişi veya kişi toplulukları, temsilcileri aracılığı ile hukuk dünyasında iradelerini açıklarlar, bu nedenle hareket yeteneği sadece gerçek kişilere aittir; gerçek kişilerin davranışlarından tüzel kişileri cezalandırmak mümkün değildir. Tüzel kişilerin cezalandırılmasının ceza hukukundan çıkarılıp idari ceza hukuku alanına taşınarak idari yaptırımlar ile karşılanmasının mevcut hukuk sistemimize ve suç siyasetine uygun düşeceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, Muharrem, " Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış" AÜHFİD, 2003, S. I, C. 52, s. 63 vd.

Uyuşturucu madde imal, ithal veya ihraç suçunun yaptırımını düzenleyen TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrası; *“Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* şeklindedir. TCK'nın 49. maddesine göre; süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. TCK'nın 52. maddesine göre ise; adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. 52. maddenin 2. fıkrasında; en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edilir hükmü bulunmaktadır.

TCK'nın 188. maddesinin 1 fıkrasındaki imal, ithal ve ihraç suçları için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırı, adli para cezasının ise üst sınırı belirtilmiştir. TCK'nın 49. ve 52. maddeleri göz önüne alındığında imal, ithal ve ihraç suçları için *“10 yıldan 20 yıla kadar”* hapis cezası ve *“beş günden yirmi bin güne kadar”* adli para cezasına hükmetmek mümkün olabilecektir.

TCK'nın 188. maddesinin 5. fıkrasına göre uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının *örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi* veya 4. fıkrasına göre suçun maddî konusunun *eroin, kokain, morfin veya baz morfin* olması durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Aynı şekilde TCK'nın 188. maddesinin 8. fıkrasına göre bu suçların *tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi* tarafından işlenmesi hâlinde de, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının nitelikli halleri için TCK'nın 49. maddesindeki üst sınır geçerli değildir. Bu nedenle TCK'nın 188. maddesinin 5. fıkrası kapsamında suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi veya 4. fıkrasına göre suçun maddî konusunun eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması veya 8. fıkrasına göre bu suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, has-



tabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştiğal eden kişi tarafından işlenmesi durumunda, temel ceza tayin edildikten sonra artırım yapılacağından, üst sınır aşılabilecektir.

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları için öngörülen yaptırımların caydırıcılık açısından yüksek olduğu söylenebilir. Kanun koyucu bu maddelerin toplum için oluşturduğu tehlikeyi göz önüne alarak cezaların alt ve üst sınırını yüksek tutmuş, hâkime cezanın belirlenmesi konusunda geniş bir takdir hakkı tanımıştır.

### 8. Soruşturma ve Kovuşturma

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının yargılamasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleridir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un<sup>113</sup> 5328 sayılı Kanun ile değişik 12. maddesine göre; *"Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir"*.

TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarında yetkili mahkeme, 5. fıkrada düzenlenen uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâli hariç olmak üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesinde belirtildiği şekilde *"suçun işlendiği yer"* mahkemesidir. Suçun işlendiği yer belli değilse, yetkili mahkemeyi CMK'nın özel yetkiyi düzenleyen 13. maddesine göre tespit etmek gerekir. Bu maddeye göre; suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, şüpheli veya sanık yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi, şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi, mahkemenin bu şekilde belirlen-

<sup>113</sup> RG, T. 07.10.2004, S. 25606.

mesi olanağı yoksa ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

İhraç ve ithal suçu açısından suçun işlendiği yer, uyuşturucu maddenin Türkiye'den dışarı çıkarıldığı veya sokulduğu sınırın bulunduğu yerdir.<sup>114</sup>

TCK'nın 188. maddesinin 5. fıkrasında, uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâli düzenlenmiştir. Bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre; görevli ve yetkili mahkeme, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemeleridir.

Kanaatimizce toplum için tehlikeliliği ve sayısı gün geçtikçe artan uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları ile bu maddelerin ticareti suçları için ihtisas mahkemelerinin kurulması gerekmektedir.

TCK, 13. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde; uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç ile ticareti suçlarının, vatandaş veya yabancı tarafından yabancı ülkede işlenmesi hâlinde Türk kanunlarının uygulanacağını belirttiikten sonra 2. fıkrasında; bu suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılmasının Adalet Bakanının talebine bağlı olduğunu belirtmiştir.<sup>115</sup> Benzer bir hüküm 765 sayılı TCK'nın 4. maddesinde yer almıştı.<sup>116</sup>

Ülke dışında işlenen uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarında yetki, CMK'nın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; yabancı ülkede işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye'de

<sup>114</sup> Güngör - Kınacı, s. 784.

<sup>115</sup> 29/06/2005 tarihli 5377 Sayılı Kanunun 3.maddesi ile TCK'nın 13. maddesine 2. fıkra olarak "*İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır.*" ifadesi eklenmiştir. Öğretide, bu fıkra eklenmeden önce Türkiye'nin altından kalkamayacağı bir yük ile karşı karşıya kaldığı ifade edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 641 vd.

<sup>116</sup> 06.06.1991 tarihli 3756 sayılı Kanun'un 1.maddesi ile değiştirilen 765 sayılı TCK'nın 4. maddesinin 15.04.1987 tarihli 3354 sayılı Kanun ile değişik önceki halinin uygulamada meydana getirdiği sıkıntılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 641 vd.

soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlarda yetki, 13. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre belirlenecektir. Bu genel kuralın yanında; Cumhuriyet savcısının, şüphelinin veya sanığın istemi üzerine Yargıtay, suçun işlendiği yere daha yakın olan yer mahkemesine yetki verebilir. Ayrıca bu gibi suçlarda şüpheli veya sanık Türkiye’de yakalanmamış, yerleşmemiş veya adresi yoksa yetkili mahkeme, Adalet Bakanının istemi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine Yargıtay tarafından belirlenecektir. Yabancı ülkelerde bulunup da diplomatik bağışıklıktan yararlanan Türk kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı yetkili mahkeme, Ankara mahkemesi olarak belirtilmiştir.

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları, açık denizlerde veya yabancı liman ve karasularında Türk bayrağı taşıyan deniz ve hava ulaşım araçlarında işlenmişse, yetkili mahkeme CMK’nun 15. maddesine göre, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkemedir.

Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları ile ilgili yargılama usulü; 765 sayılı TCK döneminde, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 27. maddesi yollamasıyla 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun<sup>117</sup> hükümlerine göre yapılmaktaydı. 1918 sayılı Kanun yerine önce 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu,<sup>118</sup> bu kanunun yerine ise 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu<sup>119</sup> yürürlüğe girmiştir. 5607 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinde, diğer kanunlardan 1918 sayılı Kanun’a yapılan atıfların bu kanuna yapılmış sayılacağı ifade edilmiş ve uyuşturucu madde imal ve ticareti suçları ile ilgili yargılama usulünün 5607 sayılı Kanun’a göre yapılacağı belirtilmiştir. Ancak 5607 sayılı Kanun’da yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, yargılama usulüne ilişkin Kaçakçılık Kanunu’na atıf yapan 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 27. maddesi 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer

<sup>117</sup> RG, T. 12.01.1932, S. 2000. 19/07/2003 tarih ve 25173 sayılı RG’de yayımlanan, 10/07/2003 kabul tarihli 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>118</sup> RG, T. 19.07.2003, S. 25173. 31/03/2007 tarih ve 26479 sayılı RG’de yayımlanan 21/03/2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 25. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>119</sup> RG, T. 31.03.2007, S. 26479.

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un<sup>120</sup> 578. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu açıklamalara göre; uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçları ile ilgili yargılama usulü, bu suçların TCK'nın 188. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâli hariç olmak üzere genel hükümlere tabidir. Uyuşturucu madde imal, ithal ve ihraç suçlarının suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, kanun koyucu CMK'da özel bir yargılama usulü öngörmüştür. CMK'nın 251. maddesinde soruşturma, 252. maddesinde ise kovuşturma ile ilgili usuller belirtilmiştir. 252. maddede; bu suçların acele işlerden sayılacağı ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılacağı belirtildikten sonra, yargılama usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

## 9. Mahsup

TCK'nın 188. maddesinin 2. fıkrasında, *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.”* hükmüyle mahsup konusunda düzenleme yapılmıştır. Bu hükmün konulmasındaki amaç; failin aynı fiil nedeniyle iki defa cezalandırılmasının önüne geçmek ve *“non bis in idem”* kuralına geçerlik kazandırmaktır.<sup>121</sup>

Bu şekilde çağdaş ceza ve ceza muhakemesi hukuku prensiplerine uygun olarak bir suçun faili aynı suçtan dolayı iki defa cezalandırılmayarak ortaya çıkması muhtemel mağduriyetler önlenmiş olmaktadır.<sup>122</sup>

Maddede, fail tarafından ihraç edilen uyuşturucu maddenin götürüldüğü ülke açısından ithal suçunu oluşturduğu, bu sebeple o ülkede fail açısından uyuşturucu madde ithali suçundan yargılama yapıp hükmolunan cezanın infaz edilen kısmının, Türkiye’de ihraç suçundan hükmonulacak cezadan indirilmesi öngörülmüştür.

<sup>120</sup> RG, T. 08.02.2008, S. 26781.

<sup>121</sup> Bkz. Erman - Özek, s. 318.

<sup>122</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan - Erdem - Önok, s. 657.

Mahsubun yapılabilmesi için; failin uyuşturucu madde ihraç etmesi, uyuşturucu madde ihraç edilen ülkenin bu fiili ithal olarak nitelendirmesi ve faile bu suçtan dolayı ceza vermesi, bu cezanın infaz edilmesi veya infazına başlanması ve son olarak failin ülkemizde ihraç suçundan dolayı mahkûm olması gerekir. Bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde bu hüküm uygulanmaz.

Yabancı ülkede hükmedilen cezanın, Türkiye’de infazı mümkün olmayan (kırbaç cezası, el kesme gibi) bir ceza olması durumunda da mahsup mümkün değildir.<sup>123</sup>

TCK’nın 188. maddesinin 2. fıkrasındaki anlatım biçiminden ve gerekçesinden mahsubun yapılması için, Türkiye’den ihraç edilen uyuşturucu maddenin, diğer ülke açısından ithal olarak kabul edilmesi ve ithal suçu nedeniyle bir ceza verilmesi ve infaz edilmesi gibi bir sonuç çıkmaktadır. 765 sayılı TCK’nın 403/4. maddesinde ise bu şekilde bir sınırlandırma bulunmamaktaydı.

Madde metninin hazırlandığı aşamada, TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda bu görüşmeler sırasında, bu düzenlemenin isabetli olmadığı ve failin aynı fiil nedeniyle iki kez cezalandırılacağı ifade edilmiştir.<sup>124</sup>

Biz, mahsup konusunda uyuşturucu madde ithal edilen ülkenin bu suçlara ilişkin düzenlemeleri açısından bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğunu düşünüyoruz. Uyuşturucu madde ithal edilen ülkenin ceza hukuku mevzuatında, ithal suçunun karşılığı olarak bir ceza öngörülmüşse, bu durumda mahsup için bir sorun olmayacaktır. Failin o ülkede ithal suçundan dolayı aldığı cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’deki ihraç suçundan aldığı cezadan mahsup edilecektir. Fakat uyuşturucu madde ithal edilen ülkenin ceza hukuku mevzuatında, failin bu fiili ithal olarak düzenlenmemişse, bu durumda failin ne şekilde cezalandırıldığına bakılması gerekir. Eğer o ülkenin ceza kanunlarında ithal fiilinin karşılığı olarak düzenlenen bir suç varsa, bu suçun cezasının infaz edilen kısmı, ülkemizde işlenmiş olan ihraç suçunun cezasından indirilmelidir. Bu kabulün ceza adaleti açısından uygun olacağını düşünüyoruz.

<sup>123</sup> Kurt, s. 82.

<sup>124</sup> Bu madde üzerinde komisyon çalışmalarındaki tartışmalar için bkz. Güney, Niyazi - Özdemir, Kenan - Balo, Yusuf Solmaz, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s. 519.

TCK'nın cezadan mahsup başlığını taşıyan 16. maddesinde, "Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir" denilmektedir. Buna göre; ülkemiz açısından ihraç olarak kabul edilen suç, diğer ülke açısından ithal, nakil veya başka bir suç olarak düzenlenmiş olsa dahi, TCK'nın 188. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün geniş yorumlanması ve uyuşturucu madde ihraç suçundan dolayı, maddenin ithal edildiği ülkenin ceza kanunlarına göre verilen bir hüküm ve cezanın infazının, mahsubun yapılması açısından yeterli kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki; bu durum sadece ülkemiz açısından ihraç olarak kabul edilen fiilin diğer ülke tarafından düzenlenişine ilişkin olarak düşünülmelidir. Örneğin fail ülkemizden ihraç ettiği uyuşturucu maddeyi diğer ülkede ihraç fiilinden ayrı ve bağımsız bir kasitle satar veya başka bir suça konu ederse ortada iki ayrı suç olduğundan mahsup uygulanmamalıdır.

## 10. Özel Kanunlardaki Hükümler

Uyuşturucu maddelerin kaynağı olan bitkilerin ekimini, bu bitkilerden uyuşturucu madde üretimi ve imalini, bu maddelerin kaçakçılığını, ticaretini ve kullanımını denetleyici ve yasaklayıcı birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Ülkemizde bu düzenlemeler, TCK'da yer alan hükümler yanında birçok özel kanun çıkarılarak yapılmış, doğal uyuşturucu olarak adlandırılan bazı bitkilerin ekimi, izin usulleri ve buna ilişkin yasaklamalar, özellikle 2313 ve 3298 sayılı kanunlarda yer almıştır.

Doğal uyuşturucu olarak adlandırılan bitkiler yanında uyuşturucu madde içeren bazı ilaçların kötüye kullanımına ilişkin olarak da çeşitli düzenlemeler yapılmış, eczacılık kurallarına göre hazırlanarak satılan bu tür ilaçların üretimi, pazarlanması, ihracı, ithali ve tüketimi konularında çeşitli kurallar konulmuştur. Çünkü uyuşturucu madde suçlarının konusu olan maddelerin bir kısmını, bu tür ilaçlar oluşturmaktadır. Özellikle psikiyatride bazı ruhsal rahatsızlıkların tedavisinde yararlanan bu ilaçların kullanımı denetime tabi tutulmuş, Sağlık Bakanlığı tarafından bu tür ilaçların eczanelerde satılması kırmızı ve yeşil reçeteye bağlanmıştır. 1985 yılından itibaren uyuşturucu madde ve müstahzarları için *kırmızı*, 1986 yılından itibaren psikotrop madde

ve müstahzarları için *yeşil reçete* sistemi uygulamasına başlanmış, bu uygulama halen devam etmektedir. 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli, Müessir ve Uyuşturucu Maddelerin Satıldığı Dükkânlara Mahsus Kanun, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun,<sup>125</sup> bu ilaçlar konusunda yasal düzenlemeler içermektedir.

### a. 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun

1933 yılında yürürlüğe giren 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un<sup>126</sup> 23, 24, 25 ve ek 1. maddelerinde, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişiklikler yapılmış, 27, 28 ve 29. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 21.11.1982 tarihinde, Kenevir Ekimi ve Kontrolü Hakkındaki Yönetmelik ise, 21.10.1990 tarihinde *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

2313 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; bazı uyuşturucu maddeler sayıldıktan sonra, 19. maddesinde; zararlı ve alışkanlık yaptığı tespit edilen maddelerin Bakanlar Kurulu kararıyla kanun kapsamına alınacağı, bu maddelerin imali, ithali ve ihracının Sağlık Bakanlığı'nın denetiminde olduğu ifade edilmiştir.

2313 sayılı Kanun'un 2 ve 3. maddelerinde; afyon, afyon türevleri ile esrar elde etmek için kenevir ekme ve her ne şekilde olursa olsun esrar ithali ve ihracı ve satışı yasaklanmıştır. Kanun'un 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13. maddelerinde; bazı uyuşturucu maddelerin yalnızca devlet kontrolünde bulunan tekel idaresince imal, ithal veya ihraç edile-

<sup>125</sup> Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanun'un 171. maddesi ile değiştirilen 43. maddesine göre; zehirli veya kimyevi maddelerle tıbbi ecza ve müstahzarların müsaadesiz satılması yasaktır, bunları müsaadesiz satan veya satmak üzere dükkânında bulunduranlar hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 193. maddesi uygulanacaktır. Kanunun değiştirilmeden önceki 43. maddesinde; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 409. maddesinin uygulanacağı belirtilmişti.

<sup>126</sup> RG, T. 12.06.1933, S. 2435.

bileceği, bunlara ilişkin izinlerin Sağlık Bakanlığı tarafından verileceği belirtilmiştir. Kanun'un 23. maddesinde, kenevir ekiminin Tarım Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu belirtilerek bu izne aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.

2313 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin 1. fıkrasında, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek I ve II numaralı tablolar ile bu tabloların değişikliklerinde yer alan maddelerin imali, ithali ve ihracı, nakli, bulundurulması, alımı ve satımının Sağlık Bakanlığı'nın iznine tabi olduğu belirtildikten sonra, 3. ve 4. fıkralarında cezai müeyyideler düzenlenmiştir.

Esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçunu düzenleyen 2313 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 23. maddesinin 5. fıkrası; *"Münhasıran esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır."* hükmünü içermektedir.

Kenevir; saplarından lif, kağıt ve yakacak ham maddesi, tohumlarından ise yağ elde edilen bir bitki olduğundan, ülkemizin bazı bölgelerinde izinli olarak üretimine imkân tanınmakla birlikte, içeriğinde herhangi bir işleme tabi tutulmasa bile esrarın etken maddesi olan delta-9-tetrahidrocannabinol bulunması nedeniyle, esrar elde etmek amacıyla da ekilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, bu bitkinin uyuşturucu madde olan esrar elde etmek amacıyla ekilmesini yasaklamış ve ceza yaptırımı getirmiştir.

Esrar elde etmek için kenevir ekilmesi suçunun maddî unsuru, izinsiz kenevir ekilmesidir. Suçun manevî unsuru, esrar elde etme amacını taşıyan özel kasttır. Esrar elde etmek amacıyla kenevir eken fail, yetiştirdiği keneviri tamamen veya kısmen sökmüşse; esrar elde etmek amacıyla kenevir ekmekten sorumlu olacağı gibi, kasta göre kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmaktan suçundan (TCK m.191) veya uyuşturucu madde bulundurmaktan suçundan da (TCK m.188/3) sorumlu olabilecektir.<sup>127</sup> Esrar elde etmek amacıyla kenevir

<sup>127</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2006/4978 esas, 2008/1717 karar sayılı, 04.02.2008 tarihli yayınlanmamış bir kararı *"İzinsiz kenevir ekmek ve kullanmak için esrar bulundurmaktan fiillerinin iki ayrı suçu oluşturduğu; sanıkların yetiştirdikleri kenevirlerin 81 kök olması, 9 kökünü söküp kurumaya bırakmaları ve kriminal polis laboratuvarı"*



ekme suçu, kenevir tohumunun toprağa ekilmesiyle tamamlanır. Suça teşebbüs mümkün olup, ekim için hazırlık yapıldığı aşamada, örneğin; tohum bulunmuş, tarla ekime hazır hale getirilmiş ancak ekime henüz başlanmamış ise, suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.<sup>128</sup>

2313 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik ek 1. maddesinin 4. fıkrasında; *"Birinci fıkrada belirtilen maddelerden herhangi birini, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imalatında kullanılmak amacıyla imal, ithal veya ihraç edenler, nakledenler veya bulunduranlar, satın alan veya satanlar, Türk Ceza Kanununun 188 inci maddesine göre cezalandırılır."* hükmü bulunmaktadır.

Bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen ve suçun konusunu oluşturan maddeler, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek I ve II numaralı tablolar ile bu tabloların değişikliklerinde yer alan maddelerdir.<sup>129</sup> Bu duruma göre; uyuşturucu madde imalatında kullanılan bu maddelerin imali, ithali veya ihracı, nakli, bulundurulması, satın alınması ve satılması halinde, TCK'nın 188. maddesine göre sorumluluk söz konusu olacaktır.<sup>130</sup> Bu hükümler göz önüne alındığında; 2313 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık TCK'nın 188. maddenin 7. fıkrasına karşılık gelmektedir. Bu husus, TCK'nın 188. madde-

---

*tarafından düzenlenen raporda kenevirlerin tamamından net 1344 gram esrar elde edileceğinin belirtilmesi, bu miktar esrarın kullanma sınırlarının üzerinde bulunması nedeniyle, sanıkların kenevirleri, elde edecekleri esrari kullanmak için yetiştirdikleri kabul edilemeyeceğinden..."* şeklindedir. Bu yönde ayrıca bkz. Kurt, s. 305.; Güngör - Kınacı, s. 903.

<sup>128</sup> Kurt, s. 305; Balcı, s. 50.

<sup>129</sup> Tablo I'de yer alan maddeler; Ephedrine, Ergometrine, Ergotamine, Lysergic acid, I-phenyl-2-propanone, Pseudoephedrine ile varsa tuzlarıdır. Tablo II'de yer alan maddeler ise; Acetic anhydride, Acetone, Anthranilic acid, Ethyl Ether, Fhenylacetic acid, Piperidine ile varsa tuzlarıdır. Bu tablolarda değişiklik yapıldığı takdirde, tablolara eklenen yeni maddeler değişikliğin Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Bkz. Güngör - Kınacı, s. 944.

<sup>130</sup> 08.02.2008 tarih ve 26781 S. R.G. de yayımlanan 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile değiştirilen fıkra metni *"Üçüncü fıkrada belirtilen suçların, uyuşturucu veya psikotrop maddelerin imalatında kullanılmak amacıyla veya kullanılacağını bilerek işlenmesi halinde faile, eylemleri daha ağır bir cezayı gerektiren suçu oluşturmadığı takdirde, iki seneden dört seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Uyuşturucu ve psikotrop maddelerin imalinde kullanılmak amacıyla veya kullanılacağını bilerek gerekli teçhizat ve sair malzemeyi imal, ithal ve ihraç edenler, nakledenler veya bulunduranlar, alanlar veya satanlar hakkında da aynı cezaya hükmolunur."* şeklindeydi.

sinin TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında da ifade edilmiştir.<sup>131</sup>

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 80. maddesiyle 2313 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi değiştirilerek fıkra bugünkü halini almış ve TCK'nın 188. maddesinin 7. fıkrası ile uyumlu hale getirilmiştir.

### b. 3298 Sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun

1986 tarihinde yürürlüğe giren 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun<sup>132</sup> toplam yedi maddeden ibaret olup 4. maddesinde 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli değişiklikler yapmıştır.

Kanun'un 1. maddesinde; bazı uyuşturucu maddeler sayıldıktan sonra, bu maddelerin alımı, satımı, imali, ithali ve ihracının; Bakanlar Kurulu'nun tespit edeceği esaslara göre yürütüleceği, zararlı ve alışkanlık yaptığı Sağlık Bakanlığınca tespit edilen tabii ve sentetik maddelerin de, bu Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kanun kapsamına alınacağı ifade edilmiştir.

3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 2. maddesinde ise; 1. maddede sayılan bitkilerin ekiminin izne bağlı olduğu, haşhaş ve haşhaş kapsülünün ekim yerlerinin Bakanlar Kurulunca belirleneceği belirtilmiştir. Kanun'un 4. maddesinde; ham afyon, tıbbi afyon ve afyon türevlerinin, ceza kanunu uygulamasında uyuşturucu madde sayılacağı belirtildikten sonra, izinsiz ham afyon üretenler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş ve bazı fiiller hakkında yaptırımlar öngörülmüştür.

3298 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 4. maddesi; "[1] Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanununun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır. [2]İzin-

<sup>131</sup> Maddenin hazırlık aşamasında 7. fıkradaki suçun 2313 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde çok daha ayrıntılı biçimde düzenlendiği, bu nedenle bu fıkradaki suçla ilgili olarak, ek 1. madde dikkate alınarak düzenlenme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güney - Özdemir - Balo, s. 521.

<sup>132</sup> RG, T. 19.06.1986, S. 19139.

siz olarak haşhaş ekimi yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır. [3]İzin almış olmakla birlikte, bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde haşhaş ekimi yapan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır. [4]İzinsiz ham afyon üretenler, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. [5]İzin belgesinde tespit edilen miktardan az ham afyon veya kapsül teslim eden üreticilere, fül suç oluşturmadığı takdirde, mahallî mülkî amir tarafından eksik teslim edilen miktarların teslim anındaki baş alım fiyatının iki misli kadar idarî para cezası verilir. [6]Kontrol ve denetim görevini yerine getirmeyen muhtarlar ve kolluk görevlileri, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır.” hükmünü içermektedir.

Burada iki ayrı suç düzenlenmiştir. Birincisi, izinsiz haşhaş ekimi yapma, ikincisi ise, izin almış olmakla beraber bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka bir yerde haşhaş ekimi yapılmasıdır.<sup>133</sup>

İzinsiz veya izne aykırı haşhaş ekimi suçunun maddî konusu, afyon elde etmeye yarayan haşhaş bitkisidir. İzinsiz veya izne aykırı haşhaş ekimi suçu, haşhaş tohumunun toprağa ekilmesiyle tamamlanır. Bu suça teşebbüs mümkün olup, ekim için hazırlık yapıldığı aşamada örneğin, tohum bulunmuş, tarla ekime hazır hale getirilmiş ancak ekime henüz başlanmamış ise suç teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.

İzinsiz veya izne aykırı haşhaş ekimi yapılarak bitki yetiştikten sonra kapsülünden ham afyon elde edildiği takdirde, fail hem izinsiz haşhaş ekimi suçundan, hem de izinsiz ham afyon üretme suçundan ayrı ayrı sorumlu olur.<sup>134</sup> Ham afyonu, hazırlanmış veya tıbbi af-

<sup>133</sup> Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 22.03.2002 tarihli, 2002/2410 esas, 2002/3627 karar sayılı kararı, “3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanununun 1.maddesi gereği afyon ve uyuşturucu maddelerinin elde edildiği bitkilerin ekimi ve araştırmasının izne tabi olduğu ve Bakanlar Kurulunca Afyon ili ve tüm ilçelerinde haşhaş ekiminin izne tabi olduğuna dair karar verildiği, anılan yasanın 4/2. maddesi uyarınca haşhaş ekim bölgesinde izinsiz haşhaş ekimi yapmanın yasaklandığı ancak sanığın ekim izin belgesi almaksızın haşhaş ekimi yaptığı cihetle haşhaş bitkilerinin bulunduğu yer, ekim şekli ve miktarı itibarıyla suçun oluştuğu gözetilerek izinsiz haşhaş bitkisini eken ve yetiştiren sanığın atılı suçtan cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” şeklindedir. Bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1.

<sup>134</sup> Kurt, s. 318.

yon haline getirenler ile bunları ithal veya ihraç edenler TCK'nun 188 maddesinin 1. fıkrasına göre, bulunduranlar, satışa arz edenler, satanlar, satın alanlar, kabul edenler, başkalarına verenler, depolayanlar, sevk veya nakledenler ise TCK'nun 188. maddesinin 3. fıkrasına göre cezalandırılacaktır.<sup>135</sup> Ancak imal fiili açıklanırken belirttiğimiz üzere, haşhaş bitkisinin kapsülünden ham afyon üretilmesi, TCK'nun 188. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu madde imali sayılmamaktadır.<sup>136</sup>

### KAYNAKLAR

- 2004 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, Vienna 2004.  
 2005 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, Vienna 2005.  
 2006 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, United Nations Publication, Vienna 2006.  
 2007 *World Drug Report*, Volume 1, Analysis, United Nations Publication, Vienna 2007.  
 Aksoy İpekçioğlu, Pervin, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 2009.  
 Arslan, Çetin - Azizağaoğlu Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2005.  
 Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku)*, Ankara 2003.  
 Artuk, Mehmet Emin, *Suçun Özel Görünüm Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul 1989.  
 Aydın, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009.  
 Aydın, Devrim, "Suçta Teşebbüs", *AÜHFD*, 2006, S.1, C.55.  
 Bakıcı, Sedat, "Uyuşturucu Madde Suçları", *AD*, Yıl.75, S.6, Kasım-Aralık 1984.  
 Balcı, Murat, *Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları*, Ankara 2009.  
 Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2008.  
 Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2009.

<sup>135</sup> Güngör - Kınacı, s. 971.

<sup>136</sup> Kurt, s. 318; Güngör - Kınacı, s. 971.

- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. I, 12. Bası, İstanbul 1997.
- Erem, Faruk - Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Ankara 1973.
- Erem, Faruk, " Suça İştirak", *AÜHFD*, 1946, S.1, C.3.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, C.3, 3. Baskı, Ankara 1985.
- Ergül, Ergin, *Hukukî, Adli, Tıbbî, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları*, Ankara 1997.
- Erman, Sahîr - Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı Suçlar (TCK m. 369-413)*, İstanbul 1995.
- Erman, Sahir, "Uyuşturucu Maddelere İlişkin Ceza Hükümleri", *İÜHFEM, Atatürk'e Armağan*, C. XLV-XLVII, S. 1-4, İstanbul 1982.
- Gözübüyük, Abdullah Polat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, C. III, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Günel, Yılmaz, *Uyuşturucu Madde Suçları*, Ankara 1976.
- Günay, Erhan, *Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Ankara 2005.
- Güney, Niyazi - Özdemir, Kenan - Balo, Yusuf Solmaz, *Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005.
- Güngör, Şener - Kınacı, Ali, (Öğreti ve Uygulama Boyutu ile) *Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar*, Ankara 2001.
- Hafızoğulları, Zeki - Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.
- İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul, 1972.
- İçel, Kayıhan, *Uyuşturucu Madde Kavramı, II. Ulusal Adli Tıp Günleri - Panel ve Serbest Bildirileri*, İstanbul 1986.
- Koptagel, Günsel, "Uyuşturucu ve Tutku Yaratıcı Maddeler Kullanımının Sosyal-Psikolojik Dinamizması", *İÜHFEM, Atatürk'e Armağan*, C. XLV-XLVII, S. 1-4, İstanbul 1982.
- Kurt, Şahin - Kurt, Ela, *Uygulamada Uyuşturucu Madde veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat*, Ankara 2007.
- Meşe İctihat ve Mevzuat Bankası, Ver.2.1.
- Özbek, Veli Özer, "5237 Sayılı YTCK'nın Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Kazancı Hukuk Dergisi*, S.5.
- Özen, Cahit, "Uyuşturucu Maddelere Karşı Mücadele", *Uyuşturucu Maddeler Sorunu*, İstanbul 1972.
- Özen, Muharrem, " Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin

- Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış" AÜHFD, 2003, S.1, C.52.
- Özgenç, İzzet, *Suçta İştirakin Hukukî Esası*, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- Saka, Reşat, *Uyuşturucu Maddeler, Afyon-Morfin-Eroin-Esrar-Kokain Hakkında Milli ve Milletlerarası Hukukî ve Sosyal Durum*, İstanbul 1948.
- Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanunununun Yorumu*, C.3, Ankara 1998.
- Sevük Yokuş, Handan, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar*, Ankara 2007.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2005.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006.
- Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994.
- Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994.
- Tezcan, Durmuş - Erdem, M. Ruhan - Önok, R. Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2008.
- Tezcan, Durmuş, "Uyuşturucu Maddelerin Yasa Dışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", *TİD*, Y.59, C.59, S.374-377, Aralık 1987.
- Toroslu, Nevzat - Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008.
- Türkçe Sözlük*, C.I, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1988.
- Zafer, Hamide, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.185)", *İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı*, Sempozyum, 2007.

# HAKLAR SÖYLEMİNDE ÇEVRE EĞİTİMİNİN YERİ VE TÜRKİYE'DE ÇEVRE EĞİTİMİNİN ANAYASAL DAYANAKLARI

Elif ÇOLAKOĞLU\*

## Giriş

Çevre eğitimi, çevrenin korunmasında, iyileştirilmesinde ve geliştirilmesinde çağdaş çevre yönetiminin önemli araçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Çevre sorunlarının ortaya çıkmasından temel sorunlu olarak görülebilecek insana, yaşam boyu sürebilecek kapsamlı ve iyi bir eğitim ile sahip olduğu çevreye ilişkin sorumluluklarının ve görevlerinin hatırlatılması gerekmektedir. Bu eğitim, bireyleri çevre koruma konusunda bilgili ve bilinçli kılmanın yanı sıra, doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımına ve tüketim alışkanlıklarında çevreyi korumaya yönelik olumlu tutum ve davranış değişikliklerine yol açacaktır. İnsanın doğayla uyumunu yeniden gözden geçirmesi, empati kurabilmesi ve yaşam seviyesini ve kalitesini düşürmeden etkinliklerini, üretim ve tüketim faaliyetlerini çevredeki doğal dengelere göre düzenleyebilmesi olasıdır. Çevre eğitimi, söz konusu bu süreci ve eğilimi tersine çevirebilmede, değiştirebilmede ve olumlayabilmede gereklidir. Bu, gerek insanların çevre ve gerekse çevrenin insan, canlı ve cansız varlıklar üzerindeki etkilerinin bilinmesi ile birlikte çevre sorunlarının çözümünde etkili olacaktır. İlköğretimden üniversiteye dek tüm eğitim kurumlarında çevre eğitiminin planlı ve sürekli bir anlayışla verilmesi, insanı daha bilinçli ve duyarlı bir hale getirecek ve ona yaşadığı çevreden yararlanırken, doğal dengeleri bozmadan sürdürülebilir davranış kalıpları ve biçimleri kazandırılacaktır.

İnsanlığın geleceği açısından büyük önem taşıdığını düşünen ve bu gerçeğin ayırdayında olan ülkeler, çeşitli düzeylerde işbirliği yapma

---

\* Yrd. Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü öğretim üyesi.

yoluna gitmektedirler. Çevre eğitime ilişkin uluslararası alandaki çalışmalar, özellikle 1970'li yıllardan sonra başlarken, ulusal düzeydeki uygulamalar da aynı döneme denk gelmektedir. Bugün birçok ülkenin çeşitli düzeylerdeki işbirliğiyle, söz konusu program ve projeleri uygulamaya koydukları görülmektedir. Kimi ülkelerin çevre eğitimine dolaylı olarak anayasal bir temelde çevre hakkı kapsamında yer verdiği, kimi ülkelerin ise doğrudan özel yasalarla bu eğitimi güven altına aldıkları bilinmektedir. Bu çalışmanın temel gayesi, çevre eğitimine verilen önemin ortaya konulabilmesi adına bir ölçüt olarak gösterilebilecek ülke anayasalarındaki çevre hakkını incelemektir. Bireysel ve toplumsal bir hak olan çevre eğitiminin çevre hakkıyla olan ilişkisinin temel alındığı bu çalışmada, ayrıca Türkiye'de özellikle 1970'li yıllardan bu yana uygulanagelen bu eğitime bu çerçevede ışık tutulmaya çalışılmaktadır.

### I. Çevre Eğitimi Yönünden Çevre Hakkının Anayasalarda Yer Almasının Önemi

Çevre eğitiminin temel amacı çevre sorunlarından doğrudan ya da dolaylı olarak sorumlu ve görevli olan bireyleri ve toplumları bu konuda bilinçlendirmek, bilgili kılmak, olumlu ve kalıcı tutum ve davranışlara yöneltmek ve dolayısıyla aktif katılımlarını sağlamaksa, yaşam boyu sürecek bir eğitim sürecinin anayasal bir güvenceye kavuşturulması gerekir. Bu, çevre hakkının temel amacıyla örtüşmektedir. Söz konusu anayasal çerçevede, tüm bireylerin ve toplumun sahip olduğu hak ve görevlerinin bir gereği olarak, farklı düzeylerde verilecek iyi bir çevre eğitimi ile bu yönde bir çevre bilinci yaratılabilir. Zira bireysel ve toplumsal bir gereksinme olarak çevre bilincinin oluşturulabilmesi, temel bir haktır. Çevre bilinci, bugün sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı desteklemekte ve çevre sorunları karşısında insan tutum ve davranışlarındaki değişimin önemli bir göstergesini oluşturmaktadır. Herkesin çevresiyle ilgili konularda bilgilenmesi, aydınlanması ve yasal ve yönetsel girişimlerde bulunması temel hakkı olduğuna göre, bireylerin bu haklarını kullanmalarına eğitimin yardımcı olması<sup>1</sup> beklenmektedir.

<sup>1</sup> Cevat Geray, "Çevre İçin Eğitim", *İnsan Çevre Toplum* (Yayıma Hazırlayan: Ruşen Keleş), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1997, s. 327.



Ulusal anayasalarda ülkelerin kendilerine özgü bir çevre hakkı oluşturup, bu hakka yer vermeleri, çevre eğitiminin uygulanabilirliği ve güven altına alınabilirliği yönünden önem kazanmaktadır. Çevre hakkı, yurttaşlık bilincinin geliştiği tüm bireylere kendi haklarını savunmaları ve geliştirmeleri için çevreye ve çevre sorunlarına ilişkin alınacak kararlarda aktif katılımlarını sağlayacak olanaklar sunmaktadır. Söz konusu hakkın kaynakları arasında görülebilecek ülke anayasalarının incelenmesi, bu çalışmanın konusunun değerlendirilmesi yönünden önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır.

### A. Çevre Hakkı Kavramı

Küresel iklim değişikliği, ozon tabakasının incelmeye başlaması, su kaynaklarının kirlenmesi ve su ekonomisi, biyolojik çeşitliliğin korunması, nükleer silahlanma ve tehditlerin önlenmesi, yoksulluk ve açlıkla mücadele, ekolojik ve kitlesel göçler gibi sayılabilecek pek çok çevre sorunu, özellikle 1970'lerden bugüne değin dünya kamuoyunun gündeminde daha fazla yer almakta, ulusal ve uluslararası düzeydeki politikaları doğrudan etkilemektedir. Bu sorunların yarattığı sonuçları bertaraf etmek amacıyla bir araya gelen ülkeler, çevresel değerlere hukuksal güvenceler kazandırmak için hareket etmektedirler. 1972 yılında sadece 36 tane çok taraflı çevresel antlaşma var iken, 2002 yılında bu sayının 1100'e çıkması,<sup>2</sup> çevrenin ve doğal kaynakların korunmasına yönelik hedefler konusunda ülkeler arasında konsensüsün oluşumuna dönük istencin açık bir kanıtını oluşturmaktadır. Çevrenin korunmasında, iyileştirilmesinde ve geliştirilmesinde en etkin hukuksal araçlardan biri olan çevre hakkı da, 1970'li yıllardan itibaren gerek ulusal, gerekse uluslararası düzeyde insan hakları alanında ayrı bir hak olarak yasal düzenlemelere konu olmaktadır.

Çevre hakkının temel bir hak olarak tanımlanması, çevrenin korunmasının güven altına alınmasından dolayı önemli bir adımdır. Modern zamanların yeni bir hakkı olduğu ileri sürülen<sup>3</sup> bu hak, bugünkü ve gelecek kuşaklar için, sağlıklı yaşamı olanaklı kılan sürdürülebi-

<sup>2</sup> Brown Weiss, *International Law*, (<http://www.routledge-ny.com/ref/eweh/int-law.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2006).

<sup>3</sup> Liu Min, *Magazine, Right to Environment: A New Human Right of Modern Times*, (<http://www.humanrights.cn/zt/magazine/20040200485103254.htm>, Erişim Tarihi: 06.04.2006).

lir ve ekolojik olarak dengeli bir çevrede yaşama hakkını içermektedir. Bu yönüyle çevre hakkı, yaşam hakkı, sağlık hakkı ile kişisel bütünlük hakkının bütünleyici bir unsuru ve bu gibi temel insan haklarına erişmede önemli bir ön koşuldur. Bu hak, ayrıca çevreciliğin düzenleyici birikiminin yararlı bir parçasını<sup>4</sup> oluşturmaktadır. Uzlaştırıcı bir özelliğe sahip olan bu hak, diğer çevresel kurallarla uyum içinde olduğundan, bir dizi kapsamlı çevresel programın ve düzenlemenin gerekçesi ve yol göstericisi olarak<sup>5</sup> temel bir rol oynayabilmektedir.

Öte yandan çevresel sorunlardan, bozulmalardan ya da kirlilikten bir toplumun bazı kesim ya da kesimleri daha çok zarar görebilmekte ve bu sorunlarla daha sık karşılaşabilmektedirler. Genellikle toplumsal ve ekonomik yönden olumsuz koşullar içinde olan bu kesimler için çevresel sorunların insan sağlığı açısından gerçek bir tehdit olarak ortaya çıktığı durumlarda, söz konusu hakkın bu kesimler adına bir koruma mekanizması olduğu söylenebilir. Bu hakla çevresel zarardan etkilenen bireylere, tazminat hakları saklı olmakla birlikte, durum hakkında bilgi edinme, karar alma sürecine katılma, yönetsel ve yargısal kurumlardan bozulan çevrenin önceki durumuna getirilmesini isteme yetkisinin<sup>6</sup> verilmektedir. Bir insan hakkı olarak çevre hakkı, bireyleri kullanılan siyasi güce karşı<sup>7</sup> korumaktadır. Çünkü bu hak, bilgiye erişim, adalete erişim ve siyasal karar verme süreçlerine katılım ile çağdaş çevre yönetiminin önemli bir aracı olarak ortaya çıkmaktadır.

Çevre hakkı, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü'nün (UNESCO) sınıflandırmasına göre, üçüncü kuşak haklar (dayanışma hakları) sınıflandırması içinde yer almaktadır: Ekolojik açıdan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı. Çevre hakkının gerçekleştirilmesi için toplumun bütün aktörlerinin (devlet, birey, kamusal ve özel kuruluşlar ile gelecek kuşaklar)<sup>8</sup> katılımını gerektirmesi, bu hak kategori-

<sup>4</sup> James W. Nickel, "The Human Right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification", *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, 1993, s. 283.

<sup>5</sup> *a. g. e.*, s. 283.

<sup>6</sup> Ruşen Keleş / Can Hamamcı, *Çevre Politikası*, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 285.

<sup>7</sup> Johan D. Van Der Vyver, "Morality, Human Rights, and Foundations of the Law", *Emory Law Journal*, Vol. 54, 2005, s. 187.

<sup>8</sup> Eski Sovyetler Birliği Anayasası'nın Siyasal Sistem başlıklı 1. bölümün 18. maddesinde ve ABD Pennsylvania Anayasası'nın 1. maddesinin Doğal Kaynaklar ve Kamu Malvarlığı başlıklı 27. bölümünde, gelecek kuşaklar, çevre hakkının yarar-

si içinde yer almasına neden olmuştur. Dahası, bu hak, devlete ve toplumun tüm kesimlerine hem hak, hem sorumluluk yüklemektedir. Bireysel bir hak olarak çevre hakkı ile bireyler, çevre sorunları karşısında dolaylı ya da doğrudan yaşadıkları mağduriyetlerini yargı yoluyla dile getirebilmekte ve gördükleri zararın giderilmesini ve tazminini isteyebilmektedirler. Öte yandan çevre hakkı, aynı zamanda kolektif bir haktır. Bu hak, devletin çevreye yönelik zararlı eylemlerinden kaçınmasını, çevrenin korunmasını ve geliştirilmesini destekleyen ilke, politika ve programların benimsemesini, uygulamasını ve güçlendirmesini ve çözümü aşamasında diğer devletlerle işbirliğinde bulunmasını gerektirmektedir. Çünkü çevre hakkı, diğer insanlarla ve insanlıkla dayanışmayı varsaymaktadır. Herkes, hem birlikte alacaklıdır ve borçludur, hem çevrenin korunması ve geliştirilmesi görevine sahiptir. Bu dayanışma, gelecek kuşaklara kadar uzanır ve ulusal yargı yetkisinin sınırlarının ötesindedir. Bu yüzden, çevre hakkı ve görevi, bu çerçevede<sup>9</sup> değerlendirilmelidir.

## B. Ülke Anayasalarında Çevre Hakkı

Özellikle son yirmi yıldır tüm dünyada 100'den fazla anayasada, çevreye ve doğal kaynaklara verilen zararın önlenmesi, çevrenin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi konusunda ya doğrudan bireye ve devlete görev ve sorumluluk yükleyen bir çevre hakkından ya da dolaylı olarak çevrenin ve doğal kaynakların korunmasından bahsedildiği görülmektedir. Bu anayasaların neredeyse yarısından fazlası, Türkiye dahil, açık bir şekilde temiz ve sağlıklı bir çevre hakkını tanımlamakta; 92'si, çevreye verilen zararın önlenmesi için yönetime bir gö-

---

lanıcıları arasında yer almaktadır.; Ruşen Keleş; Birol Ertan, *Çevre Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2002, s. 87; International Constitutional Law, *Soviet Union (Former~)-Constitution*, ([http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/r100000\\_.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/r100000_.html), Erişim Tarihi: 31.05.2006).; Pennsylvania State of Independence, *Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania*, ([http://sites.state.pa.us/PA\\_Constitution.html](http://sites.state.pa.us/PA_Constitution.html), Erişim Tarihi: 31.05.2006). Ortak Geleceğimiz Raporu'nun eki olan Dünya Çevre ve Kalkınma Örgütü'nün Çevre Hukuku Uzmanlar Grubu Tarafından Kabul Edilen Çevre Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma Hukuki İlkeleri başlıklı önerinin Kuşaklararası Eşitlik başlıklı 2. maddesinde ise, ilk kez yeni insan hakları kuşağı ile gelecek kuşaklar, çevre hakkının yararlanıcıları olarak gösterilmiştir.; Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, *Ortak Geleceğimiz* (Çev.: Belkıs Çorakçı), Ankara, 1989.

<sup>9</sup> Janusz Symonides, "The Human Right to a Clean, Balanced and Protected Environment", *International Journal of Legal Information*, Vol. 20, 1992, s. 29.

rev yüklemekte;<sup>10</sup> 54'ü, çevreyi korumada yurttaşların ya da insanların sorumluluğunu tanımlamakta; 19 anayasa, zararın tazmininden ya da çözümünden sorumlu olan çevreye zarar verenleri açıkça ortaya koymakta, ya da çevresel hasardan zarar görenler için bir tazminat hakkını tanımakta; 16 anayasa, çevre sağlığıyla ya da çevreyi etkileyebilen etkinliklerle ilgili açık bir bilgi hakkını sağlamakta;<sup>11</sup> 20 Afrikalı ve 16 Latin Amerikalı ulus, ya sağlıklı bir çevre hakkını, ya da çevreyi koruma görevini ulusal anayasalarında<sup>12</sup> güven altına almaktadır.

**Tablo 1: Ülkelerin Anayasalarında Çevre Hakkı'nın Düzenlenmesi**

I. AÇIKÇA TANIMLAYAN					
Kıtalar	Sayı	Ülke	Yıl	İlgili Madde	Bağlantılar
Afrika (12)	1	Benin	1990	II. Başlık; 7., 27. maddeler	G (b, d)
	2	Burkina Faso	1991	I. Başlık; III. Böl.	G (b, d)
	3	Kamerun	1996	Önsöz	
	4	Cape Verde	1992	I. Kısım; II. Başlık; 7., 70 (1). maddeler	G (b, d)
	5	Kongo	1992	II. Başlık; 46. madde	G (b, d)
	6	Etiyopya	1994	3. Böl.; 44. madde	
	7	Mali	1992	I. Başlık; 15. madde	G (b, d)
	8	Nijer	1991	II. Başlık; 28. madde	G (d)
	9	Sao Tome & Principe	1990	II. Kısım; III. Başlık; 48. madde	G (b)

<sup>10</sup> Dinah Shelton, *The Links Between International Human Rights Guarantees and Environmental Protection*, (<http://internationalstudies.uchicago.edu/environmental-rights/shelton.pdf>), Erişim Tarihi: 08.04.2006).

<sup>11</sup> Wagner, J. Martin / Marcello Mollo / Alyssa Johl / Mona Badie / Julie Harkness Cooke / Neil Popovic / Yves Lador, *Environmental Justice Course Participants, Whittier Law School Course Taught by Professor Hari Osofsky, Issue Paper: Human Rights and the Environment*, Materials for the 60th Session of the United Nations Commission on Human Rights, Earthjustice, Geneva, 15 March- 23 April 2004, s. 30.

<sup>12</sup> John Lee, "The Underlying Legal Theory to Support a Well- Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 25, 2000, s. 314.

	10	Seychelles	1992	III. Bölüm; I. Kesim, 38. madde	S, G (d), B
	11	Güney Afrika	1996	2. Bölüm; 24. madde	GK, S, G (d), Sağ.
	12	Togo	1991	II. Başlık; I. Alt- başlık; 41. madde	G (d)
Avrupa (17)	13	Belarus	1994	II. Kesim; 46. madde	T, G (b)
	14	Belçika	1994	II. Başlık; 23 (4). madde	
	15	Bulgaristan	1991	2. Bölüm; 55. madde	G (b, d)
	16	Hırvatistan	1990	III. Bölüm; 69. madde	G (d)
	17	Çek Cumhuriyeti	1992	1. Bölüm; 7. madde	B
	18	Finlandiya	Değ. 1995	II. Bölüm; 14a. Kesim	G (b, d)
	19	Gürcistan	1995	II. Bölüm; 37(3). madde	GK, B, G (d)
	20	Makedonya	1991	II. Bölüm; I. Kısım	G (b, d)
	21	Moldova	1994	II. Bölüm; 37. madde	B, T, G (b, d), Sağ.
	22	Polonya	1997	II. Bölüm; 74. madde	G (b)
	23	Portekiz	1992	I. Kısım; III. Kesim; II. Bölüm; 66. madde	G (b, d)
	24	Rusya Federasyonu	1993	1. Kesim; 2. Bölüm; 42. madde	B, T, Sağ.
	25	Slovak Cumhuriyeti	1992	II. Bölüm; 6. Kısım; 44., 45. maddeler	B, G (b, d)
	26	Slovenya	Değ. 1997	3. Kısım; 72. madde	T, G (d)
	27	İspanya	Değ. 1992	III. Bölüm; 45. madde	G (b, d)
	28	Ukrayna	1996	50. madde	T, B
	29	Yugoslavya	1992	II. Kesim; 52. madde	B, G (b, d)
Güney Amerika (7)	30	Arjantin	1994	İkinci Kısım; 41. madde	GK, G (b, d), B, BÇ
	31	Brezil	1988	VII. Başlık; III. Bölüm; 225. madde	GK, G (b, d)

	32	Şili	1980	III. Bölüm; 19. madde; 8., 9. Kesim	G (d)
	33	Kolombiya	1991	II. Başlık; 3. Bölüm; 79. madde	G (d)
	34	Ekvator	1998	III. Başlık; 2. Bölüm; 23 (6) . madde	G (d)
	35	Paraguay	1992	I. Kısım; II. Başlık; 1. Bölüm; II. Kesim; 7. madde	G (d), Y, S
	36	Peru	1993	I. Başlık; I. Bölüm; 2. madde; III. Başlık; II. Bölüm; 67. madde	S, G (d), Y, BÇ
Kuzey Amerika (3)	37	Kosta Rika	Değ. 1994	II. Başlık; 50. madde	G (d)
	38	Nikaragua	1987	I. Başlık; III. Bölüm; 60. madde	G (d)
	39	Panama	Değ. 1983	III. Başlık; 7. Bölüm; 114. madde	G (b, d), S
Asya (4)	40	Kore Cumhuriyeti	1988	II. Bölüm; 35. madde	G (b, d)
	41	Mongolia	1992	İkinci Bölüm; 16. madde	
	42	Filipinler	1987	II. madde; 16. Kesim	G (d)
	43	Tayland	1997	III. Bölüm; 56. madde; IV. Bölüm; 69. madde	B, BÇ, G (b, d), Sağ.
Orta Doğu/ İslami (5)	44	Azerbaycan	1995	III. Bölüm; 39. madde	T, B, G (b, d)
	45	Çeçenya	1992	1. Kesim; 11. madde	Sağ., T, G (d)
	46	Kırgızistan	1993	2. Kesim; 34. madde. II. Bölüm; III. Kesim; 35. madde	T, G (b), Sağ.
	47	Tacikistan	1994	İkinci Bölüm; 38. madde	Sağ.
	48	Türkiye	1994	Üçüncü Bölüm; VIII; 56. madde	G (b, d)
Okyanusya	49	Papua Yeni Gine (I)	Değ. 1992	Ulusal Hedefler ve Yön. İlkeleri (4)	S, GK, G (d)

II. ÇEVREYİ SAVUNMA/ KORUMA GÖREVİ					
Kıtalar	Sayı	Ülke	Yıl	İlgili Madde	Bağlantılar
Afrika (7)	1	Gabon	1991	Ön yazı. Başlık; 1 (8) . madde	K/Ç; G (d)
	2	Eq. Guinea	1991	I. Başlık; 6. madde	G (d)
	3	Eritrea	1996	II. Bölüm; 10 (3). madde	GK; S; G (d)
	4	Madagaskar	1992	II. Başlık; II. Kesim; 19., 21., 39. maddeler	G (b, d)
	5	Malavi	1994	III. Bölüm; 13 (d)	GK, S, BÇ, G (d)
	6	Mozambik	1990	I. Kısım; IV. Bölüm; 37. madde	G (d)
	7	Uganda	1995	Ulusal Amaçl. XXVII; 15. Bölüm; 245. madde	GK, S, G (d)
Avrupa (11)	8	Andora	1993	5. Bölüm; 31. madde	GK, G (d)
	9	Avusturya	Değ. 1983	I. Bölüm; 10 (12). madde	G (d)
	10	Estonya	1992	II. Bölüm; 53. madde	T, G (b)
	11	Almanya	Değ. 1995	II. Bölüm; 20 (a). madde	GK, G (d)
	12	Yunanistan	1975	İkinci Kısım; 24. madde	
	13	Latvia	Değ. 1998	VIII. Bölüm; 115. madde	G (b, d)
	14	Litvanya	1992	4. Bölüm; 54. madde	G (d)
	15	Malta	Değ. 1996	II. Bölüm; 9. Kesim	G (d)
	16	Hollanda	1995	1. Bölüm; 21. madde	G (d)
	17	Romanya	1991	IV. Başlık; II. Bölüm; 134. madde	G (d)
	18	Switzerland	1982	I. Bölüm; 24. madde	G (d)
Güney Afrika (2)	19	Guyana	1980	I. Kısım; II. Bölüm; 25. madde	G (b)
	20	Suriname	1987	III. Bölüm; 6. madde	G (d)
Kuzey Amerika (4)	21	Küba	Değ. 1992	1. Bölüm; 27. madde	G (b, d)
	22	El Salvador	1983	2. Bölüm; 1. Kesim; 34. madde; 4. Kesim; 66. madde	G (d), Sağ.

	23	Guatemala	1986	II. Bölüm; VII. Kesim; 97. madde	Y, G (d)
	24	Honduras	1980	I. Başlık; VII. Bölüm	K/Ç, G (d), Sağ.
Asya (2)	25	Çin	1982	Birinci Bölüm; 26. madde	G (d)
	26	Laos	1992	II. Bölüm; 17. madde	G (d)
Ortadoğu/ İslami (6)	27	Afganistan	1990	2. Bölüm; 32. madde	
	28	İran	Değ. 1989	IV. Bölüm; 50. madde.	GK
	29	Kazakistan	1995	II. Kesim; 31. madde	G (d), Sağ., B
	30	Suudi Arabistan	1992	5. Bölüm; 32. madde	G (d)
	31	Türkmenistan	1992	I. Kesim; 10. madde	G (d)
	32	Özbekistan	1992	II. Kesim; XI. Bölüm; 50. madde	
<b>Bağlantıların anahtarları:</b> G: Görev; (d) Devlet; (b) Birey; S: Sürdürülebilir Kalkınma; Y: Yerli Halk; GK: Gelecek Kuşaklar; B: Bilgi; BÇ: Biyolojik Çeşitlilik; T: Tazminat; K/Ç: Kadınlar/Çocuklar; Sağ.: Sağlık					

Kaynak: John Lee, "The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 25, 2000, s. 340-346.

Federal sistemlerde de bazen eyalet ve eyalete ait anayasaların çevre hakkını düzenlediği görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) federal mahkemeler, anayasal olarak sağlıklı bir çevre hakkını tanımlamazlarken, sadece 21 ayrı eyaletin anayasasında, bu hakkın tanımlandığı bilinmektedir.<sup>13</sup> ABD'de; Florida (1968, 01.02.1988 durumu, 9. madde), Havai (1959, 07.11.1978, 9. madde), Illinois (1970 durumu, 11. madde), Massachusetts (1972 değişikliği), Michigan (01.11.1964, 4. madde), Montana (06.06.1972, 1987 durumu, 9. madde), Yeni Meksika (21.06.1911, 1986 durumu, 20. madde), New York (1986 durumu, 14. madde), Pennsylvania (1969 durumu, 8. madde), Rhode Island (1976 durumu, 37. madde), Virginia (03.11.1977

<sup>13</sup> Janelle P. Eurick, "The Constitutional Right to a Healthy Environment: Enforcing Environmental Protection Through State and Federal Constitutions", *International Legal Perspectives*, Vol. 11, No. 2, 2001, s. 185-186.



durumu, 11. madde) Anayasaları bunlardandır.<sup>14</sup> ABD Kongresi'nde, çevrenin korunmasında, iyileştirilmesinde ve güçlendirilmesinde bir sorumluluğa sahip olan her insanın, sağlıklı bir çevre hakkına sahip olması gerektiği tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Ulusal Çevre Politikaları Yasası'nda da (NEPA), benzer bir tutuma sahip olunduğu görülmektedir. Bu hakkı doğrudan ve açık bir şekilde benimsemek yerine, herkesin sağlıklı bir çevreden yararlanması ve çevrenin korumasına ve geliştirilmesine katkıda bulunması konusunda sorumluluğu bulunduğuna ilişkin bir hükmü kabul etmektedir.<sup>16</sup> Ancak Brooks, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren ülkede federal düzeyde bu hakkın tanınması konusunda bir takım girişimlerin olduğunu, fakat kabul görülmediğini söylemektedir. Ona göre, yakın gelecekte de böyle bir federal hakkın yerleşmesi olasılığı bulunmamakta ve ayrıca ulusal bir düzeyde böyle bir hakkın güçlenmesi, hem istenmeyebilir, hem uygulanamayabilir.<sup>17</sup>

## II. Türkiye'de Çevre Eğitimi

1970'li yıllardan itibaren başta Türkiye, ABD, Kanada ve Avrupa Birliği'ne üye ülkeler olmak üzere tüm dünyada çevre kirliliğini önlemeye ve çevre sorunlarını ortadan kaldırmaya yönelik doğal kaynakların kullanımını sağlayacak etkin bir çevre politikası sürdürülmeye çalışılmaktadır. Türkiye'de çevre eğitimi, genel olarak kendiliğinden gelişen bir süreç şeklinde yürüdüğünden eğitim seviyesinin istenilen düzeyde olmadığı yetkililerce dile getirilmektedir. Özellikle halk eğitiminde, hedef kitlenin toplumsal ve kültürel özelliklerinin iyi analiz edilmemesinden kaynaklı olarak gerekli bilginin yeterince üretilmemesi, sunum tekniklerinin gerektiği gibi geliştirilememesi, halk eğitimi çalışmalarını yürüten kişi, kurum ve kuruluşların yeterli araç ve gereçlerle donatılmaması söz konusu eğitimin aksatılmasındaki etkenler olarak sıralanmaktadır. Bu nedenle, toplumun çevreye ve çev-

<sup>14</sup> İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 1996, s. 36.

<sup>15</sup> Virginia A. Bonesteel, "Tilting at the Environmental Windmill-The Quest for a Substantive Right to a Clean Environment", *Suffolk University Law Review*, Vol. IX, 1974, s. 1286.

<sup>16</sup> Nükhet Turgut, *Çevre Hukuku: Karşılaştırmalı İnceleme*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2001, s. 137.

<sup>17</sup> Richard O. Brooks, "A Constitutional Right to a Healthful Environment", *Vermont Law Review*, Vol. 16, 1991-1992, s. 1068-1109.

re sorunlarına karşı bilinç düzeyi ve duyarlılığı büyük ölçüde duygusal koşuşturmalar düzeyinde kalmakta ve bu ise, 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde<sup>18</sup> öngörüldüğü gibi, bir "hak" ve "bilince"<sup>19</sup> dönüşememektedir. Bugüne değin belirli plan ve program kapsamında ele alınan ve uygulanan eğitim programlarında bir bütünlük sağlanamadığından, farklı kurum ve kuruluşlar kendi bilgi ve çalışma alanları ve becerileri doğrultusunda birtakım etkinlikleri ile kısmen başarılar elde etseler bile,<sup>20</sup> bu alanda köklü ve sürekli çözümlere henüz erişilememiştir.

Ülkede genel eğitimin örgün ve yaygın düzeyde verilmesi nedeniyle, çevre eğitimi bu sistem içinde uygulanmaktadır. Okul öncesi dönemden üniversiteye dek süregelen örgün eğitimin ülkede arzu edilen seviyeye getirilmesi için yoğun çaba gösterilmektedir. Özellikle eğitim sürecinde en verimli dönem olarak gösterilen okul öncesi dönemde, yeterli bir çevre eğitimi uygulanamamaktadır. Oysa benimsenecek temel stratejinin, materyal ve eğitmen yönünden eksikliklerin belirlenerek, okul öncesindeki çocuğa doğa ve hayvan sevgisini aşıl原因an, temel düzeyde çevre bilgilerini veren ve olumlu davranışlara yönelten çevre eğitiminin verilmesidir. Bu konuda öncelikli olarak yapılması gereken,<sup>21</sup> anaokulu ve kreş öğretmenlerinin çevre konularında eğitilmeleridir. Bu sistem içerisinde ilkokullarda ve ortaokullarda ders olarak ve bazı derslerde ünite olarak çevre konusu yer alırken, yüksek öğretim seviyesinde ise çevre mühendisliği bölümlerinde çevre eğitimi verilmektedir. Ancak "çevre dersi" olarak bazı eğitim fakültelerinin sınıf öğretmenliği bölümlerinde, ekoloji, toprak, flora-fauna konularında dersler olarak ziraat ve orman fakültelerinde, biyoloji bölümlerinde, halk sağlığı kapsamında çevre ve sağlık ilişkisi konularına tıp fakültelerinde, kentleşme ve çevre anabilim dalları içinde çevre politikalarına ilişkin dersler hem siyasal bilgiler, hem iktisadi ve idari bilimler

<sup>18</sup> 1982 Anayasası'nın 56. maddesinde "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir..." hükmü bulunmaktadır.

<sup>19</sup> TC Çevre ve Orman Bakanlığı, *Türkiye Çevre Durum Raporu* (Haz. Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü, Çevre Envanteri Dairesi Başkanlığı), Ankara, 2007, s. 533.

<sup>20</sup> Türkiye Bilimler Akademisi, *Türkiye İçin Sürdürülebilir Kalkınma Öncelikleri: Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi İçin TÜBA'nın Görüşü* (Edit. İlhan Tekeli), Ankara, 2002, s. 34.

<sup>21</sup> TC Çevre ve Orman Bakanlığı, *a. g. e.*, s. 537.

fakültelerinde verilmektedir. Ayrıca üniversiteler, hem çevre sorunları konusunda çalışmak, hem kamu otoriteleri için bir danışma kurulu olarak hareket etmek için<sup>22</sup> çevre araştırma merkezleri de kurmuşlardır. Buna rağmen, uygulamada istenen verim elde edilememekte, çevrenin ve çevre sorunlarının disiplinler arası niteliğinin göz ardı edilmesine<sup>23</sup> yol açmaktadır.

Öte yandan çevresel bilgiye erişimde Çevre ve Orman Bakanlığı bünyesinde “Çevresel Bilgi Bankası” oluşturulması çalışmaları; Milli Eğitim Bakanlığı ile yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde tüm ülke çapında yaklaşık 2.000 ilköğretim okulunda uygulanan projeler; bu proje dışındaki ilköğretim okulları ile ortaöğretim okulları, özel ve kamu kurum ve kuruluşlarının talepleri doğrultusunda yapılan eğitim çalışmaları; 5 Haziran Dünya Çevre Günü etkinlikleri çerçevesinde uygulanan “Uygulamalı Çevre Eğitimi Pilot Projesi” kapsamındaki okullarda öğrenim gören öğrenci ve halkın katılımı ile şenliklerin düzenlenmesi; söz konusu projeye dahil okullar arasında düzenlenen yarışmalarda başarılı okulların ödüllendirilmesi; çevre ve orman konularında kamuoyunu aydınlatıcı ve uyarıcı nitelikte, çeşitli afiş ve broşürlerin basımı ve dağıtımı; bu amaçla yapılan televizyon filmlerinin TRT ve ulusal televizyonlarda yayınlanması; süreli yayınların çıkarılması (*Kozalak Gazetesi* ile *Çevre ve İnsan Dergisi*); Milli Eğitim Bakanlığı, Genel Kurmay Başkanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı, TRT, RTÜK, TÜRK-İŞ, HAK-İŞ, TİSK, DİSK ve Jandarma Genel Komutanlığı ile imzalanan ikili işbirliği protokolleri; ve TOBB, REC, TİSK gibi sivil toplum kuruluşlarıyla yapılan çalışmalar dikkate değer gelişmelerdir.<sup>24</sup>

### III. Türkiye’deki Anayasa Tartışmaları Işığında Çevre Hakkının Düzenlenişi ve Çevre Eğitimi

Çevre hakkına ilişkin herhangi bir anayasal düzenlemenin, çevre eğitiminin uygulanmasını güvenceli kılmasının yanı sıra, bu hakkın çevrenin korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi ve çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda bireylere çeşitli görevler yükleyerek, bu yönde

<sup>22</sup> İlhami Kiziroğlu, “Education and Reserach on Environental Awareness in Turkey”, *Clean-Soil, Air, Water*, Vol: 35, Issue: 6, 2007, s. 534.

<sup>23</sup> Türkiye Bilimler Akademisi, *a. g. e.*, 33-34.

<sup>24</sup> TC Çevre ve Orman Bakanlığı, *a. g. e.*, s. 537-539.

bir bilincin yaratılmasında yararlar sağlayacağı açıktır. Bireylere anayasa ile verilen bu sorumluluklarını ve yükümlülüklerini aktif olarak yerine getirmelerini sağlayacak çağdaş çevre bilincinin ve duyarlılığının gelişmesi için, çevre eğitiminin ciddi bir şekilde ele alınıp uygulanmasını gerektirecektir. Çevre eğitimi, bugünkü ve gelecek kuşakların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşayabilmelerini sağlayacak çevreye duyarlı bireyler yetiştirmeyi hedeflemektedir. Dolayısıyla çevre eğitiminin hedefine erişmesinde, 1982 Anayasası'nda yer alan çevre hakkı düzenlemesi önem kazanmaktadır. Çünkü bireylerin bu hakka sahip çıkmaları, savunmaları ve sahip oldukları yükümlülük ve sorumluluklarını yerine getirmeleri için bu konuda bilgilendirilmeleri, eğitilmeleri ve bilinçlendirilmeleri gerekmektedir.

Çevre, bir hak olarak 1970'li yıllara dek "sağlık hakkı" kapsamında ele alınmıştır. 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde, devletin, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşamasını sağlamakla ödevli olduğu belirtilmiştir. Bu yıllardan itibaren dünyadaki eğilime paralel olarak, çevrenin ayrı bir hak olarak tanınması gerektiği tartışılmaya başlanmış ve başta anayasa olmak üzere, diğer hukuki metinlerde de<sup>25</sup> yerini almıştır. Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesinin önlenmesi konusunda devlete ve vatandaşlara bir ödev olarak verilmesi (56. mad.), 1982 Anayasası'yla gerçekleşmiştir. Çevre hakkına doğrudan yer veren bu maddeyle, bireyler ile sosyal devlet anlayışına uygun olarak devlet,<sup>26</sup> çevre hakkının yararlanıcısı olarak kabul edilmekle birlikte, bu hakkın gerçekleşmesinde ödevli<sup>27</sup> kılınmışlardır. Söz konusu hüküm doğrultusunda, hakkın sahipleri "herkes" olarak ifade edilmiştir. Bu hak sahipleri, çevreyi koruma ödevlerini yerine getirmede aktif bir özne olarak algılanmaktadır. Hakkın konusu "sağlıklı ve dengeli, yani sürdürülebilir bir çevrede yaşamak" iken, hakkın karşısındaki ödev ise, "çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek" olarak belirlenmiştir. Çevre hakkının tüm unsurlarıyla birlikte bu maddede düzenlenmesi, hem söz konusu maddeyi nor-

<sup>25</sup> Keleş; Ertan, a. g. e., 78-79.

<sup>26</sup> Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, *Gerekçeli Anayasa Önerisi*, SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1982, s. 71.

<sup>27</sup> Keleş, Ertan, a. g. e., 88-91.

matif bir özelliğe sahip kılmakta, hem bireye sübjektif bir kamu hakkı<sup>28</sup> tanımaktadır.

56. maddede sorumluluk ve yaptırım unsurları konusunda, herhangi bir hüküm yer almamasına karşın, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3. ve 28. maddelerinde sorumluluğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. 3. maddede "Kirlenen Öder" ve 28. maddede "Kusursuz Sorumluluk" ilkelerine yer verilmektedir.<sup>29</sup> Çevreyi korumanın bireylerin görevi olduğunu vurgulayan 3. maddeye göre, kirlenen, bu sorumluluktan kirlenmeyi önlemek için gerekli her türlü önlemleri aldığını ispatlayarak kurtulabilir. Ancak bu kanıt, sadece kirlenmenin önlenmesi ve sınırlandırılması için yapılan giderleri kapsamaktadır. Buna karşın, kirlenmeye yol açan veya çevreye zarar veren davranış, kanıt kapsamında değildir. Kirlenmenin önlenmesi veya sınırlandırılması için yapılan giderlerin ödenmesi borcundan, bu konuda objektif olarak gerekli önlemlerin alındığını ispatlayarak kurtulma olanağı bulunmaktadır. Aksi halde, önlemlere karşın doğmuş veya doğacak zararın tazmininden, ancak uygun nedensellik bağımlı kesen nedenlerin varlığı kanıtlanabilirse kurtulabilir. Ancak 26.04.2006 tarihli 5491 sayılı Çevre Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la, bu son hüküm kaldırılmıştır. 28. maddeye göre ise, çevreyi kirlenenler ve çevreye zarar verenler neden oldukları kirlenme veya bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. 2006'daki değişiklikle birlikte bu maddeye, zamanaşımı süresi getirilmiştir. Buna göre, çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren 5 yıl sonra zamanaşımına uğrayacağına ilişkin bir karara varılmaktadır.

Öte yandan özne konumunda olan bireyler çevre hakkının yanı sıra, haber alma, katılma ve başvuru hakkına da sahiptir. Bu haklar, aynı zamanda çevre hakkının gerçekleştirilmesine yardımcı olacak birer araç olarak kabul edilmektedirler. Bireylere alacakları iyi ve kaliteli bir çevre eğitimi ile çevre hakkının gerçekleştirilmesinde önem kazanan bu üç hakka bireylerin sahip olduğunun gösterilmesi gereklidir. Bu haklardan dilekçe hakkı, Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenmektedir. Bireylerin bu hak ile kendileriyle ya da kamu ile ilgili ko-

<sup>28</sup> E. Yasemin Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE, Ankara, 1993, s. 126-127.

<sup>29</sup> Kaboğlu, a. g. e., s. 78-80.

nularda yetkili makamlara ve TBMM'ye başvuru hakları bulunmaktadır. Bu hakkın dışında, karar alma süreçlerine katılımı sağlayan ve bireylere yasal başvuru yollarını olanaklı kılan 36. madde ile hak arama hürriyetini ve 125. madde ile idari ve yargısal yollara başvuru hakkını bu kapsamda değerlendirebiliriz. Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşru araç ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. 125. maddesinde ise, yönetimin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunun ifade edilmektedir. Özcesi, bireysel ve toplumsal bir hak olarak yer almasının çevre hakkının yanı sıra anayasada yer alan bu haklar, çevre üzerine eğitimin amacına erişmesinde, çevreye ve çevre sorunlarına ilişkin bilgi ve bilgi edinme ya da bilgi ve belgelere erişme hakkının, bu konuda haber alma özgürlüğünün ve karar alma süreçlerine aktif katılımı için gerekli bir temel oluşturmaktadır.

1987'den bu yana üzerinde çok sayıda değişikliğe gidilen 1982 Anayasası, darbe döneminin bir yansıması olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir ve bu bağlamda, çeşitli sivil toplum kuruluşları ve siyasi partilerin oluşturdukları taslaklarla ülkenin en çok tartışılan anayasası olmaktadır. 2007 tarihli Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) ve 59. Hükümet'in kamuoyuna sunduğu anayasayı değiştirmeye yönelik taslaklar, öne çıkan girişimlerdenidir. Bu sürecin güçlü başlangıç adımlarından birini oluşturan TBB'nin hazırladığı anayasa taslağında (TBB 2007), çevre hakkına "*Temel Hak ve Özgürlükler*" bölümünde ayrıntılı ve somut ifadelerle yer verilmektedir. 1982 Anayasası'nda sadece yapılan tanımdan çıkarımda bulunarak çevre hakkına yer verilirken, bu taslakta söz konusu hakka "*Çevre, Barış ve Gelişme Hakları*" başlıklı 76. maddesinde açıkça yer verildiği ve yürürlükteki Anayasa'dan hareketle oluşturulduğu görülmektedir. Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunun belirtildiği bu maddede, bu hakkın korunması amacıyla mevcut idari kurumların yeterli olamayacağı gerçeğinden hareketle, bireylerin çevreyi koruma hak ve ödevlerini ancak toplu olarak etkili biçimde koruyabilecekleri düşüncesiyle, devlete çevre derneklerini, vakıfları ve yurttaş girişimlerini destekleme yükümlülüğü öngörülmektedir. Bireysel ve toplumsal bir hak olduğunun kabul edildiği bu taslakta ayrı birer madde olarak düzenlenmekle birlikte, ayrıca çevre hakkının düzenlendiği bir maddede çevre

ve çevre sorunları konusunda herkesin bilgilendirilme, katılma ve başvuru hakkına sahip olduğunun açıkça kabul edilmesi ve bu hakların özellikle belirtilmesi (17. maddeyle Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma Hakkı, 32. maddeyle Haberleşme Özgürlüğü, 40. maddeyle Bilgi Edinme Hakkı, 41. maddeyle Katılım Hakkı, 42. maddeyle Dilekçe Hakkı) söz konusu hakkın yanı sıra, hakkın gerçekleştirilmesini olanaklı kılan diğer haklara da yer verilmesi bu anayasa taslağının ne denli ölçüde ileri bir düzenleme olduğunun açık bir göstergesini oluşturmaktadır.

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültesi'nin *Gereçli Anayasa Önerisi*<sup>30</sup> ve Türkiye Çevre Vakfı'nın katkıları ile 1982 Anayasası'na giren çevre hakkının,<sup>31</sup> 59. Hükümet tarafından hazırlanan anayasa değişikliğine ilişkin anayasa taslağında yer almadığı görülmektedir. 2007'den bu yana parti içinde oluşturulan komisyon tarafından hazırlanan ve son aşamaya getirilerek, kamuoyu gündemine taşınan bu yeni anayasa taslağının 129. maddesinde "*Çevrenin Korunması ve İyileştirilmesi Görevinin, Sürdürülebilir Kalkınma İlkesi Çerçevesinde Herkesin ve Devletin Olduğu İfade Edilmekte ve Çevre Başlığı Temel Hak ve Özgürlükler Kısmından Çıkarılmaktadır. 1970'li Yıllarda Şekillenen Evrensel Çevre Hakkı Tanımından Bütünüyle Vazgeçildiği ve Daha Önce Bir "ödev" Olarak Verilen Çevreyi Koruma, Geliştirme ve İyileştirme Görev ve Sorumluluğunun Devlete, Sadece "tedbir almayla" ve "çevreyi en üst düzeyde korumayla" sınırlandırılan düzenleyici nitelikli bir rolle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu kabulün, etraflıca düşünüldüğünde, uluslararası gelişmelere paralel olarak ortaya çıktığı görülecektir. Bu süreç, dünyadaki egemen neoliberal düşüncenin çevreye ve çevre sorunlarına bakışının bir yansıması olarak da nitelendirilebilir. Çevrenin ve doğal kaynakların korunması yerine, kalkınma önceliklerine ağırlık verilebilme olasılığı nedeniyle insan odaklı sürdürülebilir kalkınma ilkesiyle bugüne dek elde edilen kazanımlardan uzaklaşacağı ve çevre hakkının gereklerinin yerine getirilemeyeceği düşünülebilir.*

<sup>30</sup> Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, *a. g. e.*, s. 70.

<sup>31</sup> Bülent Duru, "Anayasa Taslağı'nda Ekoloji/Ekonomi İkilemi", *Memleket Mevzuat*, S. 31, 2008, s. 4.

## Sonuç ve Değerlendirme

Çevre sorunlarının ortaya çıkmasında etkili olan bireylerin bu sorunların giderilmesinde üzerlerine düşen sorumlulukların neler olduğu bilincine eriştirilmeleri gerekmektedir. Bu ise, alınacak yaşam boyu süren, etkin ve kapsamlı bir çevre eğitimiyle mümkündür. Çünkü bu eğitim, çevreye duyarlı, arzu edilebilir bir bakış açısına ve yaşam tarzına sahip bireyleri yetiştirmeyi amaçlamaktadır. Bu sorunlar, sadece çevreyle ilgili bir sorun olmayıp, bireylerin yaşamın tüm alanlarını ve bu alanlara bakış tarzını belirleyen temel davranışlarıyla ve inançlarıyla ilgili sorunlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, çevre eğitiminde bireye bulunduğu çevrenin karmaşık yapısını ve sorunlarını anlatarak, çevre ile ilgili eylemleri yakından izleyerek, sağlıklı, dengeli ve güvenli bir çevrenin oluşumunda bireye sahip olduğu hak ve yükümlülükleri hatırlatıp, bu yönde bir davranış değişikliğine gidebilmesini sağlayabilmek gerekmektedir.

Öte yandan bireysel ve toplumsal bir gereksinme olarak çevre eğitimi, aynı zamanda bir haktır ve çevre hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Çevre hakkının yerine getirilmesinde, çevre eğitiminin önemi açıktır. Bugün ülkelerin anayasalarında yer verdikleri çevre hakkı, bireylere sürdürülebilir ve ekolojik olarak sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama olanağını sunmaktadır. Bireyin çevreyi ve çevreyle kurduğu ilişkisinde kendini algılamasında davranışlarını değiştirmeyi amaçlayan çevre eğitiminin amacı ve hedefleri, çevre hakkı ile örtüşmektedir. Söz konusu hakkın anayasal düzeyde koruma ve güvence altına alınması, eğitim sürecinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Özellikle 1970'li yıllardan bu yana tüm dünyada çevre eğitimine ilişkin politika ve stratejilerin geliştirildiği görülmektedir. Bu dönemde ülkeler, küresel nitelikli sorunların üstesinden gelme noktasında aralarındaki rekabeti engellemeyecek ölçüde somut adımlar atmak için özellikle Birleşmiş Milletler şemsiyesi altında bir araya geldikleri, kalıcı ve somut çözümler üretme konusunda temel bir çevre eğitiminin çerçevesinin oluşturmaya çalıştıkları gözlemlenmektedir. Çevresel kaygıların arttığı ve bu yönde bilincin geliştiği bu yıllarda çevre eğitimi, "Çevre İçin Eğitim" idi. Bu çerçevede, genel olarak çevre eğitiminin hedeflerinin belirlendiği ve ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde uygulamalara dönük strateji, politika ve programların uygulamaya konulduğu görülmektedir. 1990'lı yıllara gelinildiğinde ise, çevre eğitimine



ilişkin belirlenen bu politika ve stratejilerden uzaklaşmıştır. Büyük ölçüde bugünün çevre eğitimi stratejisinin belirlendiği bu dönemde, çevre eğitimine sürdürülebilir kalkınma boyutu eklenmekte ve çevreyi korumanın, geliştirmenin ve iyileştirmenin ülkelerin kalkınma önceliklerinin önde bir engel olmadığına vurgusuna yoğunlaşmaktadır. Özcesi, Çevre için Eğitim anlayışından, “Sürdürülebilir Kalkınma İçin Eğitim” anlayışına geçilmiştir. Bugün çevre için eğitimin amacı, sürdürülebilir bir kalkınmayı gerçekleştirmek olarak belirlenmiştir. Bu kabulde öngörülen, sürdürülebilir kalkınmanın hedeflerinin ve amaçlarının birbiriyle çelişmeyeceği, hatta örtüştüğü yönündedir.

Bu dönemsel durumun yansımalarını bazı ülke anayasalarında görebilmek mümkündür. Türkiye’de son dönemde ileri sürülen anayasa taslaklarının bu anlayışa bağlı olarak şekillendiği gözlemlenebilir. Tüm dünyada çevre hakkına sürdürülebilir kalkınma boyutu eklenirken, söz konusu önerilerde çevre bir hak olmaktan çıkarılmaktadır. 1982 Anayasası’nda koruma ve güvence altına alınan çevre hakkı, her ne kadar uygulamada zaman zaman bir hak ve bilince dönüşemediği görülse de ya da dönüşebilmesinde zorluklar yaşansa da, söz konusu hakkın içeriğinin ve amacının “Çevre İçin Eğitim” anlayışını yansıttığı görülecektir. Bugün mevcut anayasa taslaklarından bazılarında çıkarılması ya da gözden kaçırılması da bu durumun bir tezahürüdür. Bu gibi düzenlemelerle birlikte askeri darbe ürünü olan ve sürekli olarak değişikliklerle gündeme gelen 1982 Anayasası’nın bile gerisine düşüldüğü izlenimini vermektedir. Çünkü çevre eğitiminin temel güvencesi olarak çevre hakkı görülmektedir. Bu yeni düzenlemeler çerçevesinde sürdürülebilir kalkınma kapsamında çevre eğitiminin amaçlarına ve hedeflerine erişilemeyeceği ve çevrenin, sermayenin ereklerine uygun olarak şekillendirileceği kaygısı taşınmaktadır. Yasadaki boşluklarla kalkınma bahanesi ileri sürülerek çevrenin yok edilmeye dek varan tahribata varabileceği bir tehlike ve kaygı söz konusudur.

Çevre eğitiminin başarıya erişebilmesi için mutlaka gerekli yasal düzenlemelerin yaşama geçirilmesi şarttır. Kuşkusuz bunda, siyasal istencin etkisinin büyük olduğu açıktır. Bu nedenle, 59. Hükümet’in anayasa değişikliği olarak öne sürdüğü girişime, bu yönüyle çalışmada özellikle yer verilmiştir. Öte yandan bireylerin alınan kararlardaki etkinlik düzeylerinin artırılmasını sağlayacak diğer mekanizmaların geliştirilmesi gerekmektedir. Bunun için ise, bireylere bilgi edinme, dilekçe hakkı gibi yasal başvuru yollarının ve örgütlenme hakkı-

nın tanınması gereklidir. Çünkü yaşam boyu sürecek bir eğitim sürecinin paralelinde oluşan bilincin amacına erişmesinde çevre sorunlarının üstesinden gelinebilmesi için katılım, yani dayanışma gereklidir. Fakat tüm bu düzenlemelerin bir bütünlük halinde yapılması gerekmektedir. Ayrıca bu çerçevede alınacak bir çevre eğitiminin amacının, içeriğinin ve yönetiminin açıkça ortaya konulması gerekir. Bu belirlenmiş, yaşam boyu sürecek iyi bir çevre eğitimi sürecinin sonunda bireylerin nasıl bir davranış tutum ve kalıplarına sahip oldukları açıkça ortaya konabilmesini ve bu çerçevede etkinliklerin belli hedefler doğrultusunda koordine edilebilmesini.

### KAYNAKLAR

- Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, *Gereğçeli Anayasa Önerisi*, SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara 1982.
- Bonesteel, Virginia A., "Tilting at the Environmental Windmill-The Quest for a Substantive Right to a Clean Environment", *Suffolk University Law Review*, Vol. IX, 1974.
- Duru, Bülent, "Anayasa Taslağı'nda Ekoloji/Ekonomi İkilemi", *Memleket Mevzuat*, S. 31, 2008.
- Eurick, Janelle P., "The Constitutional Right to a Healthy Environment: Enforcing Environmental Protection Through State and Federal Constitutions", *International Legal Perspectives*, Vol. 11, No. 2, 2001.
- Geray, Cevat, "Çevre İçin Eğitim", *İnsan Çevre Toplum* (Yayıma Hazırlayan Ruşen Keleş), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1997.
- International Constitutional Law, *Soviet Union (Former~)-Constitution*, ([http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/r100000\\_.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/r100000_.html), Erişim Tarihi: 31.05.2006).
- Kaboğlu, İbrahim, *Çevre Hakkı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1996.
- Keleş, Ruşen; Birol Ertan, *Çevre Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.
- Keleş, Ruşen; Can Hamamcı, *Çevre Politikası*, İmge Kitabevi, Ankara 2005.
- Kızıroğlu, İlhami, "Education and Reserach on Environmental Awareness in Turkey", *Clean-Soil, Air, Water*, Vol: 35, Issue: 6, 2007.
- Lee, John, "The Underlying Legal Theory to Support a Well- Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law", *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol. 25, 2000.

- Min, Liu, *Magazine, Right to Environment: A New Human Right of Modern Times*, (<http://www.humanrights.cn/zt/magazine/20040200485103254.htm>, Erişim Tarihi: 06.04.2006).
- Nickel, James W., "The Human Right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification", *Yale Journal of International Law*, Vol. 18, 1993.
- Özdek, E. Yasemin, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE, Ankara 1993.
- Pennsylvania State of Independence, *Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania*, ([http://sites.state.pa.us/PA\\_Constitution.html](http://sites.state.pa.us/PA_Constitution.html), Erişim Tarihi: 31.05.2006).
- Shelton, Dinah, *The Links Between International Human Rights Guarantees and Environmental Protection*, (<http://internationalstudies.uchicago.edu/environmentalrights/shelton.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2006).
- Symonides, Janusz, "The Human Right to a Clean, Balanced and Protected Environment", *International Journal of Legal Information*, Vol. 20, 1992.
- TC Çevre ve Orman Bakanlığı, *Türkiye Çevre Durum Raporu* (Hazırl. Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü, Çevre Envanteri Dairesi Başkanlığı), Ankara 2007.
- Turgut, Nükhet, *Çevre Hukuku: Karşılaştırmalı İnceleme*, Savaş Yayınevi, Ankara 2001.
- Türkiye Bilimler Akademisi, *Türkiye İçin Sürdürülebilir Kalkınma Öncelikleri: Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Ziroesi İçin TÜBA'nın Görüşü* (Edit. İlhan Tekeli), Ankara 2002.
- Türkiye Çevre Sorunları Vakfı, *Ortak Geleceğimiz* (Çev.: Belkıs Çorakçı), Ankara 1989.
- Van Der Vyver, Johan D., "Morality, Human Rights, and Foundations of the Law", *Emory Law Journal*, Vol. 54, 2005.
- Wagner, J. Martin; Marcello Mollo; Alyssa Johl; Mona Badie; Julie Harkness Cooke; Neil Popovic; Yves Lador; Environmental Justice Course Participants, Whittier Law School Course Taught by Professor Hari Osofsky, *Issue Paper: Human Rights and the Environment*, Materials for the 60th Session of the United Nations Commission on Human Rights, Earthjustice, Geneva 15 March- 23 April 2004.
- Weiss, Brown, *International Law*, (<http://www.routledge-ny.com/ref/eweh/intlaw.pdf>, Erişim Tarihi: 08.04.2006).

# ENSEST İLİŞKİDEN DOĞAN ÇOCUĞU “TANIMA YASAĞI”NIN KALDIRILMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Sevgi USTA SAYITA\*

## I. Giriş

Fücur olarak da isimlendirilen ensest, toplumumuzda “evlenmeleri, ahlakça hukukça ve dince yasaklanmış (nikah dışı olmayan) yakın akraba olan kadın ve erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları” anlamında kullanılmaktadır. Psikoloji bilimlerinde, birbirleriyle evlenmeleri yasaklanmış aile üyeleri arasındaki cinsel temas olarak tanımlanmakta ve bu tanım, bazen hem fiiller hem failer tarafından genişletilerek; kan bağından bağımsız olarak “güven” ilişkisini ve sadece cinsel birleşmeyi değil, her tür cinsel eylemi” kapsamaktadır.<sup>1</sup> Ensest pozitif hukukta Medeni Kanun ve Ceza Kanunu’nda karşılığını bulmaktadır. Medeni Kanun’da “evlenmeye engel olacak şekilde husumluluğun bulunması” ifadesi ile mutlak evlilik engeli olarak düzenlenmiştir (MK m. 145 b.4). Bu hükme göre “üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında” evlenme yasaktır (MK m. 129 b.1). Herhangi bir şekilde bu evlilik gerçekleşmişse evlilik geçersizdir. Türk Ceza Kanunu’nda ise ensest özel bir suç olarak kabul edilmemiştir. Evlenmeleri yasak olan reşit kişiler arasındaki rızaya dayanan cinsel ilişki ensest olarak tanımlanmakta, bu ilişkiyi yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Geçerli rızaya dayanmayan cinsel ilişki ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer almakta ve yakın akrabalık ağırlatıcı neden olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Dolayısı ile bu kişiler arasındaki cinsel ilişki tarafların geçerli hukuki rızalarının

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Fücur / ensest tanımları için bakınız; Yalçın Sancar, s. 24; Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı*, Ankara 2007, s. 162vd.

<sup>2</sup> Bu konuda bakınız, Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara 1998.

olup olmamasına göre “rızaî ensest” veya “rızaî olmayan ensest” olarak ayrılmaktadır.<sup>3</sup>

Her iki durumdaki ilişkiden doğan çocuk, evlilik dışı doğmuş çocuktur ve annesi ile soy bağı doğumla kurulurken babası ile soy bağı'nın kurulabilmesi için babası tarafından tanınması veya anne ve çocuk tarafından babalık davası açılması gerekmektedir. Çocukla babası arasında soybağı kurulabilecek olmasına rağmen, ahlaken ve hukuken kabul edilmeyen/korunmayan bir ilişki ile böyle bir ilişkiden doğan çocuk diğer “normal” kabul edilen bir ilişkiden doğan çocuğa göre hem kendi aile çevresi hem de toplum tarafından kolay kabul edilebilir durumda olmayacaktır. Dolayısı ile çocuğun biyolojik babası olan erkekle arasında soy bağının tespiti ve kurulmasında hem kadının hem çocuğun mağdur olma ihtimali yüksek olacaktır.

Uluslararası hukuk belgelerinde çocukların doğum durumlarındaki bu farklılık bir ayrımcılık türü olarak kabul edilmiştir, Dolayısı ile doğumuna göre farklı hukuki statüye tabii kılınması temel uluslararası insan hakları belgelerinde kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. (1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 2, 1959 Çocuk Hakları Bildirgesi 1. İlke; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 24.1, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 2).<sup>4</sup> Türk hukukunda, 1961

<sup>3</sup> Türkan Yalçın Sancar, “Ensest ve Tartışmada “Genel Ahlak” Engeli”, *Güncel Hukuk, Aylık Hukuk Dergisi*, Aralık 2008, s. 24

<sup>4</sup> 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.2- “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir”; 1959 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin 1. ilkesi; “Çocuk, bu Bildirgede öne sürülen haklardan yararlanır. Her çocuk, kendisinin ya da ailesinin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş ve başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın bu haklara sahiptir”; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 24.1 maddesi “Her çocuğun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ailesi, içinde yaşadığı toplum ve Devlet tarafından, bir küçük olarak statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır” düzenlemelerini getirmektedir. Bildirge ve Sözleşmelerle ilgili bilgi için bakınız; Zeynep Oya Usal, *Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No. 95, İstanbul Ağustos 2006; Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomi ve Sosyal Komisyon 1973 yılında Evlilik Dışında Doğmuş Çocukların Hukuki Durumunun Düzeltmesine İlişkin Avrupa Anlaşması Tasarısı'nı sunmuştur. Tasarı evlilik dışı doğmuş çocukların hukuki durumuna ilişkin temel ilkelere uyma görevini ülkelere yüklemektedir. Bu konuda bakınız Nuşin Ayiter, Medeni Kanun'un Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim

ve 1982 anayasalarında kanun önünde eşitlik ilkesi yer almasına rağmen, Medeni Kanun'da çocuklar evlilik içinde veya evlilik dışında doğum durumlarına göre farklı hukuki statülere tabii kılınmışlardı. Evlilik dışı doğan çocukla biyolojik babası arasında soybağının kurulması ancak belli koşullarda mümkün kılınmış, 2002 yılında yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, evlilik dışı doğan çocukların hukuki durumlarındaki eşitsizlik Anayasa Mahkeme Kararları ile giderilmiştir<sup>5</sup>. Yeni Medeni Kanun'un kabulüne kadar ensest sonucu doğan çocuğun biyolojik babası tarafından tanınma yoluyla soybağı kurulması yasağı sürmüştür.

Medeni Kanun'da bu yasak kaldırıldıktan sonra da çocuğun biyolojik babası tarafından tanınmasına imkan verilmesi bu ilişkinin toplumsal, ahlaki ve kültürel olarak da kabul edilir hale getirildiği anlamını taşımamaktadır. Bu değişikliğin, çocukları hukuki olarak eşit kılma da fiili olarak toplum dışı kalmalarını engellemesi, yani fiili eşitsizlik halini gidermesi mümkün değildir ve bu ilişkiden doğan çocukların, baba adının –bazen anne adının da– açık olarak kaydedilmelerini talep etmek hem anne ve baba kimlikleri ile kadın ve erkek açısından kolay veya mümkün değildir. Bu gerçekliğin çocuğun öldürülmesi, terk edilmesi, evlat edindirilmesi veya başka bir kişiyi baba veya anne olarak gösterilmek suretiyle örtülme olasılığı yüksektir. Bu sorunların tartışılması ve bazı sorunsallar ve önerilerin yer alacağı makalede öncelikle tarihsel gelişime bakmak anlamlı olacaktır.

## II. Tarihsel Açıdan Tanıma Yasağı'nın Seyri

Fücurun hukuki kaynağı Roma hukukuna dayanmaktadır. Önceleri özel hukukta yer almamış, daha sonra evlenme yasağına karşı işlenmiş bir suç olarak ele alınmıştır. Roma özel hukuk alanına, dinsel kökenli bazı yasakların “*yakın akrabalar arasında evlenme yasağı*” biçimine dönüştürülmesiyle girmiştir.<sup>6</sup>

ve Gereksinmeler Karşısında Değerlendirilmesi, *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara 1977, s. 46.

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi Kararları ve yorumları için bakınız: Haluk Burcuoğlu, “Medeni Yasa'nın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler”, *İÜ Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 677vd.

<sup>6</sup> Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 360; Diler Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar*, Homer Kitabevi, 1.

Ortaçağ Kilise Hukukunda, genel olarak evlilik dışı çocukların “*günah ürünü*” olduğu ve ana babaları ile aralarında soybağı kurulmasının yasak kabul edildiği dönem ve sonrasındaki XIX. yüzyıl kanunlaştırmalar döneminde aileyi koruma amacıyla bu anlayış geniş ölçüde korunmuştur. Tanıma yasağına ilişkin hükmün kanunlarda yer almasının gerekçesi esas olarak, evlilik dışı birleşmeleri engellemek için evlilik dışı doğan çocukların durumlarını olabildiğince kötüleştirmek ve bu yolla toplumu ve aileyi korumaktır. Karşı görüş olarak ise; evlilik içi ve evlilik dışı doğmuş çocuğun hukuken eşit olduğuna dayanarak, böyle bir ilişkiden doğmakta çocuğun payı olmadığı ve buna rağmen ilişkinin faturasının çocuğa çıkarılmasının adalet düşüncesine aykırı olduğu ve çağdaş düşünceye uymadığı ileri sürülmüştür.<sup>7</sup>

XXI. yüzyılın başlarında hümanist düşüncenin zorlamasıyla evlilik dışı çocuğun evlilikten bağımsız bir değer olarak korunması fikri giderek güçlenmiş Batıda özellikle İskandinav ülkelerinde Norveç ve Danimarka'nın nesep hukukunda başlattıkları reform hareketleri hemen bütün Avrupa ülkelerine yayılmıştır.<sup>8</sup> Kanunlarda görülen modern eğilim; “*çocuğun babaya hukuki nesep bağı ile bağlanabilmesine hakim olan temel kriterin, babanın kişisel takdiri değil, çocuğun yararı olması*” gerektiği yönündedir.<sup>9</sup> Evlilik dışı doğan çocuğun tabii olduğu hu-

Basım İstanbul 2007, s. 209.

<sup>7</sup> Bkz. Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt, II 10. Baskı, İstanbul 2006, s. 335 vd.; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 206; Burcuoğlu, s. 677vd.; Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 322-323; Serozan (Hatemi/Serozan), *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi 1993, s. 372 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 520vd.; Feyzi N. Feyzioğlu, “Ümit Doğanay'ın Ardından” *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan*, Cilt 1, İstanbul 1982, s. 31; Ayiter, s. 43 vd.; Haluk Burcuoğlu, “Hukukumuzda Evlilik Dışı -Evlilik İçi Çocuk Ayırımı”, *Günümüzde Yargı*, Sayı 41, Eylül 1979, s. 28-31; Selahattin Sulhi Tekinay, *Evlilik Dışı Nesep Meselelerine Toplu Bir Bakış*, *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara 1987, s. 83 vd.; Muammer Aksoy, *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*, Ankara 1943; A. B. Schwarz, *Evlilik Dışı Çocuk Meselesi*, Üniversite Konferansları, 1943-1944, s. 126; Adnan Güriz, *Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler*, Ankara 1974; Aydın Aybay, *Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu*, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969, S:3, s. 467 vd.; Fikret Arık, *Milletler Cemiyeti, Sosyal Meseleler Danışma Raporu*, Hukuki Bakımdan Evlilik Dışı Çocuklar, “Evlilik Dışı Çocuklar ve Hukuki Durumu Hakkında Bir İnceleme” den Cenevre 15 Mayıs 1989, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949, s. 1.

<sup>8</sup> Tekinay, s. 83.

<sup>9</sup> Tekinay, s. 85.

kuk, kanun önünde eşitlik ilkesine dayanan ayırmacılık yasağı ile çocuk yararı esas alınarak gelişme göstermiştir. Alman hukukunda zina ve fücür ürünü çocukların tanınmasını engelleyen hüküm yer almamıştır. 25.6.1976 da İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle zina ve fücür ürünü çocuklar bakımından tanıma yasağı kaldırılmıştır (İMK m. 260).<sup>10</sup>

Bu anlayış Türk hukuk sistemine gecikmeli olarak yansımıştır. Cumhuriyet öncesi hukukumuzda, fücür/ensest ilişki başlı başına bir kavram olarak yer almamıştır.<sup>11</sup> Tanıma yasağı önceki Medeni Kanunu'na mehzaz Kanun'dan alınmıştır. 1961 tarihli Türk Anayasası, 35. maddesi, aileyi anayı ve çocuğu ayrı ayrı ele alarak korunma görevini devlete yüklemiştir. Anayasa'daki kanun önünde eşitlik ilkesine rağmen, Medeni Kanun'da evlilik dışı çocuk hem nesep bağı hem de malvarlığı hakları açısından evlilik içi çocukla eşit olmayan bir konumdaydı. (ÖMK m. 459) Evlenmesi yasak kişilerden dünyaya gelen çocuğun tanıma yoluyla, babası ile arasında soybağı kurulması 743 sayılı önceki Medeni Kanun'da evlenme yasağı soybağının düzgün olup olmadığına bakılmaksızın, kan hısmı olan üstsoy-altsoy, tam kan ve yarım kan kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasındadır (ÖMK m. 292).<sup>12</sup> Aynı zamanda karı kocanın usul ve füruu ile karının usul ve füruu arasında ve evlat edinilen ile evlat edinen arasında evlenmeyi yasaklamıştır (ÖMK m. 92/1,2,3; 121). Her ne kadar Medeni Kanun'da evlenme yasağı bu kadar geniş sayılsa da, doktrindeki bas-kın görüşe göre; tanıma yasağı sadece evlenmeleri kesin biçimde yasak olan kan hısımlarının ilişkisinden olan çocukları kapsamaktaydı.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Bu konuda bakınız Emine Akyüz, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, MEB, Yayınları, Ankara 2000, s. 170; Tekinay (1977), s. 87; Ayiter, s. 43vd.; Argun Köteli, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 153 vd. ; Arık, s. 7 vd.; Akyüz, s. 170.

<sup>11</sup> Muammer Aksoy'a göre bunun nedeni de evlilik dışı ve evliliğe aykırı bütün cinsel ilişkilerin, zina kavramı altında en ağır bir suç sayılmasından ötürü bunlardan bir kısmını daha ağır muameleye tabi tutmanın esasen imkansız bulunmasıdır. Bununla beraber böyle bir fiilin olmasının mümkün görmemenin veya daha doğrusu tasavvur etmek istemeyişin de bu konuda az ya da çok etkisinin olduğu da ifade edilmektedir. Aksoy, s. 91 dn. 83.

<sup>12</sup> Bu konuda Serozan'ın tanıma yasağının aşılabileceğine ilişkin olarak ileride dipnot 18 in açıklamasına bakınız.

<sup>13</sup> Saymen /Elbir, s. 416; Tandoğan s. 402; Aksoy, s. 96; Zevkliler s. 901; Öztan s. 415; Tekinay s. 530,



ÖMK m. 292 hükmüne göre tanınmalarını yasaklanan çocuklar üstsoy –altsoy, kardeşler, amca, dayı hala ve teyze ile yeğenler (yansoy) arasındaki cinsel ilişkiden doğanlardır ve doktrinde fücür ürünü çocuklar olarak isimlendirilmişlerdir.<sup>14</sup>

1971, 1984 ve 1998 tarihli Medeni Kanun tasarılarında evlenmeleri yasak olan kan hısımlarının ilişkisinden doğan çocukları tanıma yasağı korunmuştur.<sup>15</sup> 2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığı'na kurulan Komisyon tarafından hazırlanan 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve gerekçesinde itiraz konusu kuralın yer aldığı madde doktrindeki baskın görüşe uygun biçimde "(B)birbiriyle evlenmeleri yasak olan kan hısımlarının cinsel ilişkilerinden doğan çocukların tanınması yasaktır (m. 281/IV)" biçiminde düzenlenmiştir: Bu çocuklar için tanıma yasağının devam etmesinin gerekçesi olarak "(B)buna mukabil, birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kan hısımlarının cinsel ilişkilerinden doğan çocukların tanınmasının bu çocukların toplum içinde utanç duymalarına sebep olabileceği de dikkate alınarak bu husustaki tanıma yasağı muhafaza edildiği ve yürürlükteki kanununun 292. maddesinin buna ilişkin hükmü tasanda bu maddeye son fıkra olarak alındığı" ifade edilmiştir. Bu süreçte tanıma yasağının kaldırılmasında, –doğrudan fücür ürünü çocuklara ilişkin olmasa da– yaşamadan önce, evlilik içi evlilik dışı çocuk ayırımının Anayasa da yer alan başta eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde kararlar veren Anayasa Mahkemesi Kararları da dikkate değer niteliktedir.<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi'ne yakın kan akraba ilişkisinden doğan çocuklara ilişkin tanıma yasağının anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmadığı için Mahkeme'ce bu konuda görüş belirtilmemiştir.<sup>17</sup> Doktrinde ise ağırlıklı olarak çocuklar arasında doğum durumlarından kaynaklanan yasal eşitsizliğin kaldırılması konu-

<sup>14</sup> Türk hukuk dilinde, evlenmeleri yasak kan hısımların ilişkilerinden dünyaya gelen çocuklar için özel bir deyim yerleşmemiştir, "Fücür" günahın her çeşidini içine alan geniş bir kavramdır, bu nedenle maksadı çok iyi ifade etmiyor, Tekinay, "yasak kan hısımları" demeyi tercih etmiştir. Tekinay (1990), s. 525; Ayiter evlilik dışı doğan çocukların ana baba ve çocuklardan meydana gelmiş doğal bir aile topluluğundan yoksun oldukları için bir tür "toplumsal yetim" olarak nitelendirildiklerini ifade etmiştir. Ayiter, s. 43.

<sup>15</sup> 1971, 1984 ve 1998 yıllarında tamamlanan Medeni Kanun ön tasarılarında yer alan neseple ilgili değişiklikler hakkında bakınız Burcuoğlu, (1999) s. 685 vd.

<sup>16</sup> Bu konuda bakınız Serozan (Hatemi/Serozan), s. 381

<sup>17</sup> Esas Sayısı: 1990/15 -Karar Sayısı: 1991/5 - Karar Günü: 28.2.1991 RG. 27 Mart 1992- 21184-

sunda görüş belirtilmiştir. Tekinay bu yasağın sözde “*meşru ailenin şerefini ve huzurunu himaye*” amacıyla öngörölmüş olduğunun söylendiğini, bu durumdaki çocukların tanınmayacağı hakkındaki kanun hükümünün sağlam bir sosyal temelden yoksun bulunduğu için, bu kuralın uygulanmasını mümkün olduğu kadar dar bir alanla sınırlamanın doğru olacağı ve yasağın çocuk yararına yumuşatılması gerektiğini, çocuğu utanca maruz bırakmamak kaygısı ile fazla mübalağa edilmemesini ve tanıma yasağının amacının, utanç verici bir ilişkinin açıklanmasına meydan vermemek ve çocuğu toplum içinde daha kötü bir duruma düşürmemek olduğunu ifade etmiştir.<sup>18</sup> Serozan bu yasağın “*aslında ataerki aksenli bir cinsel tabu ve miras uğruna belirli bir cinsel ilişkilerden doğma çocukları dışlayıp aşağılayan bir yasak olduğunu, ana babanın davranışının cezasını hiçbir katkısı bulunmayan çocuğa çektirmekle bu yasak kuralı anayasal kişilik hakkına ve eşitlik ilkesine de ters düşmekte*” olduğunu ifade etmiştir.<sup>19</sup> Önceki Medeni Kanu’nda da çocuğun tanınma yasağına rağmen, çocukla baba arasındaki soybağının, babalığa hükmedilmesi, çocuğun baba tarafından evlat edinilmesi veya soybağının düzeltilmesi yolu ile mümkündü. Serozan, ÖMK m. 310 hükmüne göre bu durumdaki çocuğun babalığına hükmedilmesi yasaklanmadığına, nesebin düzeltilmesi veya evlat edinme yoluyla sahih nesepli çocuk konumuna erişebileceğine göre, böyle bir yasak koymanın çelişkili olduğunu ve böyle çelişkili kuralların örtülü ya da gerçek olmayan yasa boşluğu bulunduğu ve bu boşluğun da tanıma yasağını aşmakla doldurulması gerektiğinin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür.<sup>20</sup>

Bu yasak 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun’la, kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nun 260. maddesine uygun olarak kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde, bu yasağın çocuğun menfaatine uygun olmaması sebebiyle kaldırıldığı ifade edilmektedir. Kanun’un Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki görüşülmesinde, yasağın kaldırılmasıyla ilgili madde bu konuda bir soru, görüş veya itiraz yer almadan kabul edilmiştir.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Tekinay(1990) s. 530

<sup>19</sup> Serozan(2005), s. 206 ; Serozan (Hatemi/Serozan), s. 381.

<sup>20</sup> Serozan (Hatemi/Serozan), s. 381.

<sup>21</sup> MHP grubu adına İstanbul Milletvekili Mehmet Pak tarafından genel nitelikli görüş belirtilmiştir. (...) Bu suretle, soybağı açısından, evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuk ayırımına son verilmekte, evlilik dışında doğan çocuk, evlilik içinde doğan çocukla aynı konuma getirilmektedir. Bu değişiklik, suçsuz, günahsız çocuklarımızın, sadece doğmuş olmaları nedeniyle, âdeta, dünyaya ce-

Tanuma yasağı kaldırılmıştır ancak evlilik dışı çocuk olarak doğmaya yeni bir sonuç bağlanmıştır. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin I. fıkrasının birinci cümlesinde “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. (...) hükmü ile evlilik dışı çocuğun babasının soyadını alamayacağı” hüküm altına alınmıştır.

Bu hükme karşı; “743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, tanınan veya babalık hükmüyle soy bağı belirlenen evlilik dışı çocuğun babasının soyadını alabildiği, buna karşılık 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bu imkânı ortadan kaldırdığı, sonuç itibarıyla çocukların haklarında bir geriye gidişin yaşandığı; itiraz konusu kuralla, evlilik dışı çocukların kendi aralarında da eşitsizlik yaratıldığı gerekçesi ile itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu” iddiası ile iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2005/114 Esas; 2009/105 K. ve 2.7.2009 Günlü kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin bu hüküm oyçokluğuyla iptal edilmiştir.<sup>22</sup> Mahkemenin iptal gerekçesinde Anayasa'nın 10, 11 ve 41. maddeleri ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulama ilkelerinden biri olan “çocuk yararı” esasına dayanılmıştır.<sup>23</sup> İleride bahsedeceğimiz karşı oy gerekçelerinin

---

zalandırılmış olarak gelmeleri önlenmekte, evlilik dışında doğan çocuklarımızın mağduriyetleri ve hukuksal açıdan uğradıkları haksızlıklar giderilmektedir. Bu durumdaki çocuklarımızın gelecekleri güvence altına alınmış, çocuk hakları açısından çok önemli bir adım atılmış olmaktadır. Bu amaçla, tasarıda çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla kurulduğu belirtilmek suretiyle, doğal ve hukukî olan bir durum, kural halinde ifade edilmiştir. (...) soybağıyla ilgili hükümlere genel olarak bakıldığında, çocuk haklarının gözetildiği; çocuklarımızın, günümüzün şartları da dikkate alınarak, mağduriyetinin giderilmeye çalışıldığı; dünyaya gelme konusunda bir sorumlulukları olmayan, geleceğimizin teminatı olan bu varlıklarımızın toplumun birer onurlu üyeleri olmaları bakımından tedbirler alındığı görülmektedir. Bu düzenlemeler yapılırken, evlilik içinde ya da dışında doğma konusunda ayırım yapılmamakta, bütün çocuklar eşit muameleler görmektedir. *TBMM Tutanak Dergisi*, 15. Birleşim, 1.11.2001; (çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil4/bas/b015m.htm>, 15 Eylül 2009.

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi'nin Kararı için bakınız *Resmî Gazete*, 7 Ekim 2009 -27369.

<sup>23</sup> “(...) Anayasa Mahkemesi'nin benzeri konularda daha önce verilmiş olan kararlarında vurgulandığı üzere, çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği açıklanmıştır. Keza, Birleşmiş Milletler Çocuk

çocuğu ve yararını öne alan görüşleri ise makalenin konusunu teşkil eden tanıma yasağı açısından dikkate değer önem arz etmektedir.<sup>24</sup>

### III. Pozitif Hukukta Evlilik Dışı Çocuğun Tanınması

Evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babası ile arasında soybağının kurulmasının en basit yolu çocuğun babası tarafından tanınmasıdır (MK m. 295).<sup>25</sup> Baba olduğunu iddia eden erkeğin tek taraflı irade beyanı ile çocuk ile babası arasında, çocuğun ana karnına düşmesine kadar, geriye etkili olarak soybağı kurulmuş olmaktadır. Çocuk ve babası arasında aile hukuku ilişkileri doğuran kurucu yenilik doğuran, tek taraflı bir hukuki işlemidir ve tanıyanın bu yöndeki iradesini açıklamasıyla hüküm ifade eder. Kural olarak, bu açıklamanın ayrıca herhangi bir kimseye yöneltilmesine ve ona varmasına gerek yoktur dolayısıyla çocuk ve/ya annenin kabulüne ihtiyaç yoktur (MK m. 300). Bu hüküm çocuk ve anneyi hiçe saydığı için eleştirilmektedir.<sup>26</sup> Tanıma, tanıyan tarafından irade sakatlığına düşmüş olma gerekçesi ile iptal edilebilir.<sup>27</sup> Tanıma biyolojik ve genetik gerçekliğin ikrarıdır ve tanımanın bu niteliği gereği hiç kimse aslında kendisinden olmayan bir çocuğu tanıyamaz. İtirazın dayanağı bu gerçekliğe aykırı tanımalardır, bu hak çocuk, annesi ve tanımadan dolayı menfaati ihlal olanlara tanınmıştır (MK m. 299).<sup>28</sup> Çocuk ile annesi arasındaki soybağı ise do-

---

Hakları Sözleşmesi'nde yasama, yürütme ve yargı organlarınca gerçekleştirilecek bütün faaliyetlerde "çocuğun yararı"nın esas alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 41. maddesinin gerekçesinde de, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunması devlete bir ödev olarak yüklenmiştir. Bu nedenle, tanıma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açması kabul edilemez."

<sup>24</sup> Bakınız ileride dipnot 44 ve çevresi.

<sup>25</sup> Tanıma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Dural/T. Öğüz/M. A. Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s. 268 vd.; Akıntürk, s. 358 vd.; Serozan (2005) s. 203vd.; (Serozan) Hatemi/Serozan, s. 308 vd.

<sup>26</sup> Alman hukukunda tanımaya ananın eğer velayete sahip değilse çocuğun rızası aranmaktadır. Serozan (2005), s. 204

<sup>27</sup> İrade sakatlığı sebebiyle itirazın özellikleri için bakınız Serozan (Hatemi/Serozan), s. 382.

<sup>28</sup> Ülkemizde erkeğin biyolojik çocuğu olmayan bir çocuk ile arasında soybağı kurma iradesini ifade eden "hatır tanımaları" daha çok evlat edinmenin ağır koşullarını dolanmak üzere başvurulmaktadır. Bu konuda bakınız Serozan (2005) s. 208-209;

ğumla kurulur ve yasal olarak çocuğun babasının kim olduğu anneye göre belirlenmektedir (MK m. 282/I). Anne ile evli olup olmadığına bakılmaksızın, doğan çocuğun babası, çocuğun doğmasına neden olan ilişkiyi kuran erkektir. Anne ile erkeğin evli olması halinde, çocuk evlilik içi doğduğu için annenin kocası karine olarak çocuğun babasıdır. Bu durumda çocukla baba arasında soybağı kendiliğinden kurulur. Karinenin aksini iddia etmek ve ispat etmek Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. *Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur (MK m. 282/II)* Nesebin bu şekilde anneye dayalı olarak belirlenmesi kadının anne olduğunun tıbbi ve fiili olarak bilindiği durumlar için söz konusu olabilir.

Ancak annenin bilinmediği haller ile, çocuğun annesi olmayan bir kadının nüfusuna kayıtlı olduğu durum veya annesi olarak bilinen kadının gerçekte annesi olmadığı hallerde annelik statüsü çekişmelidir.<sup>29</sup> Çocuğun terkedilmiş olduğu veya resmi nikahlı eşin, kocasının birlikte yaşadığı kadın(lar)dan doğan çocuğun annesi olarak nüfusa kaydetmiş olduğu hallerde anne ile çocuk arasındaki soybağı çekişmeli olabilir. Pozitif hukuk fiili gerçekliği esas kabul ediyor, düzenliyor ve koruyorsa, bir kadının evlilik dışı bir ilişkiden doğurduğu çocuğu ile soybağını kurma açısından da bir düzenleme yapmalıdır.<sup>25</sup> Bir kadının çocuk doğurduğu bir muayene ile tespit edilebilir, ama belli bir çocuğun annesi olduğunun tespit edilebilmesi için babalığın tespitinde olduğu gibi, genetik test gerekecektir. Bir kadın da terk ettiği veya başka bir kadının nüfusuna kayıtlı olan kendi çocuğunu tek taraflı irade beyanı ile tanıma hakkına sahip olabilmelidir.<sup>30</sup>

---

Serozan (Hatemi /Serozan) s. 383.

<sup>29</sup> Acabey, analığın tespiti davasının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocuğun Mirasçılığı* (Eski ve Yeni Medeni Kanuna Göre Karşılaştırma) Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s. 22 vd.

<sup>30</sup> Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonu üyeleri arasında imzalanan Gayrimeşru Çocukların Ana Bakımından Nesebin Tashihiine Müteallik Sözleşme'nin 2. maddesi "Ana doğum ilmühaberinde gösterilmemiş ise akid devletlerden birinin yetkili makamında bir tanıma beyanında bulunabilir." Sözleşme Metni için bkz. RG, 11 Ekim 1965 -12123.

#### IV. Çocuğun Hakları Açısından Tanıma'nın Hukuki Niteliği ve Çocuk Yararı

Çocuğun nüfusa kaydedilmesi, isim ve vatandaşlık hakkı çocuğun kişilik haklarına bağlı temel hakları arasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önceki Medeni Kanun'da tanıma yasağını düzenleyen 292. maddesinin zina ürünü çocuğa ilişkin tanıma yasağının Anayasa'ya aykırı olduğu itirazı ile ilgili verdiği kararda Anayasa'nın 12. maddesi açısından incelemesinde, "*çocuğun ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi hakları, çocuğun kişiliğine bağlı temel hakları*" arasında olduğunu ifade etmiştir.<sup>31</sup> Evlilik dışı doğan çocuğun hukuki statüsünün evlilik içi çocukla aynı biçimde düzeltilmesinde "*çocuk yararı*" ve "*eşitlik ilkeleri*" esas alınmıştır. Dolayısı ile nesep çocuğun kişiliğine sıkı surette bağlı haklardandır. Çocuk, dünyaya gelmesine neden olan ana babasından bağımsız olarak, isim, soyadı, vatandaşlık, ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip bir kişidir.

Uluslararası çocuk hukuku açısından soybağı ve soybağına bağlanan hukuki sonuçlar Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>32</sup> Bu hükme göre; "*Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.*" Bu hüküm çocuğun ana babasına bağlı olarak belirlenen hukuki kimliğinin tanınması amacıyla konmuştur. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 24(2). maddesinde, "*Her çocuğun, doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilme, bir isme sahip olma ve bir vatandaşlık kazanma hakkı olduğu*" düzenlenmiştir.<sup>33</sup> İn-

<sup>31</sup> Yukarıda dipnot 15.

<sup>32</sup> Sözleşme, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 4058 sayılı ve 9 Eylül 1994 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme, 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>33</sup> Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmış, 4868 sayılı ve 4 Haziran 2003 tarihli Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme, 23 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6 bölüm ve 53 maddeden oluşan Sözleşme, medeni ve siyasi hakların çok geniş bir listesini içermekte ve İnsan Hakları Evren-

san Hakları Komitesi'ne göre, bu madde çocuğun yasal/hukuki kişiliğinin tanınması yanında çocuk hakkında özel koruma tedbirleri alma hakkıyla yakından ilgilidir.<sup>34</sup> Bu hakkın amacı, çocuğun yasal/hukuki kişiliğinin tanınması ve korunmasını sağlama zorunluluğudur. İnsan Hakları Komitesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7. maddesinde yer alan "çocuğun ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkının" "yeni bir hak" olduğunu ifade etmektedir.<sup>35</sup> Komite bu maddenin, yine aynı sözleşmede yer alan, çocuğun vatandaşlık, isim ve aile ilişkilerini kapsayan kimliğinin korunmasını düzenleyen m. 8, ana babasından ayrılmasını düzenleyen m. 9, aile birleşmesini düzenleyen m. 10 ve aile çevresinden yoksun çocukların yetişmesinde sürekliliği düzenleyen 20. madde ile birlikte okunması gerektiğini de belirtmektedir

Çocuğun tanınmasına bağlanan soyadı, vatandaşlık, kişisel ilişki kurulması gibi "ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkı (ve görevi)" Medeni Kanun ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Tanıma yasağının kaldırılması çocuğun içinde bulunduğu fiili durumu kendiliğinden düzeltici bir etkiye sahip değildir. Ayrıca ahlaki ve kültürel olarak kabul edilmeyen bir ilişkiden doğan çocuğun nüfusa kaydedilmesi, yani çocuğun enest bir ilişkiden doğduğunun nüfus kütüğünde yer almasının çocuğun yaşam hakkı ve yararına açıkça aykırılık oluşturabilme potansiyeline sahiptir. Üzerinde durulması gereken bir başka konu da; kadının uğradığı tecavüz sonucu çocuk doğurduğu durumlarda, özellikle bu ilişkinin bilinmesinin anne ve çocuğun yaşamlarını tehdit altında bırakabileceği gerçeğinin özel önem taşımasıdır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde konuyu düzenleyen maddede yer alan "mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme" ifadesi çocuğun ana babasını bilme hakkına bu nedenle getirilen bir sınırlandırmadır. Anne ve babanın bilinmesinin mümkün olmayabileceğini, hatta, bilindiğinde onlar tarafından bakılmasının çocuğun yararına da olmayabileceği halleri ifade etmektedir.<sup>36</sup> Çocuğun terkedilmiş olduğu haller gibi

---

sel Beyannamesi'nde öngörülen hakları daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Ayrıca Beyanname'de yer almayan bazı yeni hakların korunmasını da içermektedir. Zeynep Oya Usal, *Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No.95, İstanbul Ağustos 2006.

<sup>34</sup> Human Rights Committee, *General Comment 17*, 1989, HRI/GEN/1/Rev.5.p.133

<sup>35</sup> *Manual on Human Rights Reporting*, 1997, p.430.

<sup>36</sup> *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Fully revised

anne babasının bilinmesinin mümkün olmadığı haller dışında; ensest ve annenin tecavüze uğradığı hallerde babanın kimliğinin, anne tarafından reddedildiği haller de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Anneyi, çocuğun babasının adını vermeye zorlamanın pratikte uygulanması güçtür ve annenin hakları ile çocuğun haklarının çatışması söz konusudur.<sup>37</sup> Cinsel sağlığın korunması ve bedene saygı hakkı ya da kadının temel hakları arasında yer alan maddi (beden) ve manevi bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının ihlali söz konusudur ve bu ihlal sonucu bir çocuk dünyaya gelmiştir. Doğumla anne ile çocuk arasından hem nesep bağı hem de velayet ilişkisi kendiliğinden kurulmaktadır. Annenin rızası dışında ve karşı taraf açısından suç teşkil eden bir ilişkiden meydana gelen çocukla arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulabileceğini düşünmek bile kolay değildir. Burada kimin yararının korunması tercih edilecek veya kimin yararı öncelikli olacaktır? Sözleşme'nin 7. maddesi bu konuda çocuk yararına göndermede bulunmamaktadır. Bu madde çocuğun yararına aykırı düşse de, eğer mümkünse ana babalarını bilme haklarının olduğunu ifade etmektedir. Ancak Sözleşme çocuğun biyolojik ana babasını bilmesi halinde bundan zarar göreceği kesinse, bu bilginin verilmemesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktır. "Mümkün olduğu ölçüde" ifadesi anne babası tarafından bakılma hakkını da kapsamaktadır, bu hak da -kural olarak- çocuğun yararını ifade etmektedir.

Çocuk yararı kavramı, Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınacak yönlendirici olarak kabul edilmiş dört temel ilkedен biridir ve çocuğu ilgilendiren bütün eylemlerde uygulanacak şemsiye hüküm niteliğindedir. Bu ilkeye göre çocuğun yararı bir başka yararla karşı karşıya olduğunda ilke olarak ve öncelikle çocuk yararı önde olacaktır.<sup>38</sup> Sözleşme'ye göre "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun

---

sed edition prepared for UNICEF, by Rachel Hodgkin and Peter Newell, Newyork 2002, p.105

<sup>37</sup> *The Implementation*, p. 105; Bu konuda bakınız, Catharine A. MacKinnon, "Tecavüz: Zorlama ve Rız Olma", *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Metis Yayınları, İstanbul Ocak 2003, s. 198vd.

<sup>38</sup> Çocuğun öncelikli yararıyla ilgili olarak bkz. Gülçin Elçin Grassinger, *Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, XII Levha Yayınevi, İstanbul Ocak 2009, s. 57; Serozan (2005) s. 65; *Implementation Handbook*, madde 3; Akyüz, s. 81 vd.;



yararı temel düşünce'dir (ÇHS m. 3.1)". Sözleşme'nin bazı maddelerinde doğrudan çocuğun yararına atıf yapılmıştır (ÇHS m. 8, 9/1.3, 20, 21, 37 c, 40.2) Ancak özel olarak çocuğun yararının esas alınmasının belirtilmediği durumlarda da kısa ve uzun vadeli olarak yararı gözetilmek zorundadır. Sözleşmedeki bu durum kesin standart belirlenmeyen her konuda uygulanması gereken bir ilkedir. Ancak çocuk yararına ilişkin bir yorumun "Sözleşme'nin bir bütün olarak ruhuna, özellikle de kendi görüşlerine sahip bir birey, medeni ve siyasi hakların öznesi ve bu arada özel koruma önlemlerinin hedefi olarak tanımlanan çocuk kavramıyla uyumlu olması aranmaktadır".<sup>39</sup> Bu noktada da; çocuğa ana babası hakkında onu üzebilecek bilgiler vermenin mi, yoksa böyle bilgileri aktarmanın çocuğa zarar vereceği gerekçesiyle gizli tutulmasının mı yararına daha uygun olacağını bilmek ve söylemek kolay değildir.<sup>40</sup>

Çocuğun doğumdan kaynaklanan durumuna dayalı ayırıcılığa uğraması ile yararı gereği anne babasını bilme hakkını kullanamaması halinde iki ilke çatışmaktadır ve çocuğun yararı ilkesi öne geçmektedir. Çocuğun kendi kökenini bilme hakkı kapsamındaki tanıma, kural olarak; çocuğun yararı için kabul edilmiş bir kurumdur. Ancak her somut vaka açısından çocuğun yararının ne olduğu tespit edilmek durumundadır. Bu yasakla korunan değer ve çocuğun yararı konusunda Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar önemlidir. Birlikte yaşamakta olan iki kardeşin aralarındaki ilişkiden dört çocukları olmuştur. Alman Ceza Kanunu'na göre ensest suçtur ve tarafların yargılanma aşamasında bu maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası üzerine Alman Federal Anayasa Mahkemesi verdiği 26 Şubat 2008 tarihli kararında anayasaya aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır. Kararda; hükmün amacının ailevi iç ilişkilerin korunması ve ailenin kurumsal korunmasına yönelik olduğu; ensest yasağının zarara uğramış ensest çocuklarının yaşama hakkına yönelik olmadığı, kendilerinin belirleyecekleri onurlu yaşam haklarına saygının amaçlandığı; böyle ilişkiden doğan çocukların genel olarak fiziksel ve psikolojik bozuklukları, toplum tarafından dışlanılmaları ve yakın aile mensuplarının 'çift fonksiyonu'ndan dolayı kişisel kimlik ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşama hakkına saygı duyulmasının mümkün olmadığı, böylece ensestin mevcut sosyal bağları kopardığı, çocukların kendile-

<sup>39</sup> *Implementation Handbook*, s. 40.

<sup>40</sup> *Implementation Handbook*, s. 106.

rinden doğabilecek çocuklarda meydana gelebilecek genetik hastalık korkusuyla yaşama durumunda kaldıkları ifade edilmiştir.<sup>41</sup>

Yeni Medeni Kanun'da bu konuda bir hüküm yer almamıştır. Ancak çocuğun yararına aykırı olan hallerde tanınmasına ve nüfusa kayıt edilmesine imkan verilmemesi, çocuğun temel hak olan yaşam hakkının korunabilmesi için anayasal bir zorunluluktur. Aynı zamanda esas olanın çocuğun yararı olduğu ve bu yararın kamunun yararından öncelikli tutulması uluslararası hukuk hükümleri gereğidir de. Nüfus kütüğüne bu gerçekliğin kaydedilmesinin çocuk yarar ve esenliğine aykırı olduğu konusunda benzer görüş Hatemi tarafından ifade edilmiştir.<sup>42</sup> Bu konuda yukarıda adı geçen "*çocuk, evli değilse ana babanın soyadını alır*" hükmünü oyçokluğu ile iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin karşı oy kullanan üyelerinin çocuk yararına ilişkin görüşleri öncelikle dikkate alınmayı hak etmektedir.<sup>43</sup> Annesi ile yaşamakta olan ve velayeti annede olan çocuğun babasının soyadını taşımasının her durumda yararına olmadığı ve soyadı farklılığı nedeni ile "*(...) çocuğun her türlü sağlık, eğitim ve sosyal kurumlarla olan ilişkilerinde hatta yaşlılarıyla temaslarında anasının farklı, çocuğun farklı bir soyadı taşımasının yaratacağı gereksiz sorular ve bu durumun çocuk üzerinde yaratacağı etkilerin (...)*" dikkate alınması gereği üzerinde durulmaktadır. Çocuk, kendi arzu ediyorsa veya menfaati o yönde ise, babasının soyadını taşıma hakkına sahip olmalıdır.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Yalçın Sancar (2008), s. 27.

<sup>42</sup> Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, İstanbul 2004, paragraf 53, s. 26-27.

<sup>43</sup> Bakınız dipnot, 23.

<sup>44</sup> "*(...)Babası ile aynı aile ortamı içinde yaşama olanağından esasen mahrum olan evlilik dışı çocuğun, babasına ait kuru bir soyadını taşımakta eylemli olarak ne yararı bulunduğu açıklanmaksızın, bunun çocuk için daha iyi olduğu şeklinde bir kabule ulaşmanın mantığına katılmak mümkün değildir. Eşitlik ilkesi insan onurunu ve mutluluğunu güvence altına almak için vardır; salt hukuki statüde farklılık yaratılmasının önlenmesi gerekçesiyle uygulamada kişinin aleyhine sonuçlar verebilecek teorik eşitlik, gerçekte eşitsizliktir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez; durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Kuralların mutlak biçimde uygulanması, en büyük haksızlıktır (*Summum jus suma injuria*). Bu nedenle TMK'nın 321. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.*"(Osman Ali-feyyaz Paksüt)

Nüfus mevzuatımıza göre evlilik dışı çocuk nüfus kütüğüne; “*anasının soyadı ve onun bildireceği baba adı ile tescil edilir*” (Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m. 23).<sup>45</sup> Nüfus kaydına itiraz olmadığı sürece annenin verdiği bilgi esas kabul edilecektir. Aynı şekilde anne olan kadının nüfus kaydına çocuğun kaydedilmesi esas olduğuna göre ailenin diğer üyeleri tarafından doğumun öğrenilmesi halinde, çocuk ve annenin bu doğumdan dolayı yaşamlarının tehlikede olduğu hallerde korunmalarının nasıl sağlanacağı konusunda yasal ve idari bir düzenleme bulunmamaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda “*nüfus kayıtları ve bu kayıtların tutulmasına dayanak olan belgelerde*” gizlilik esası benimsenmiştir (m. 9.1).<sup>46</sup> Ancak bu gizlilik üçüncü kişilere karşıdır, aile üyelerinin nüfus kaydına ulaşmasının önünde yasal bir engel yoktur. Bu konuda görünen tek koruyucu hüküm, Çocuk Koruma Kanunu’nda yer almakta ve yaşamı tehlikede olan anne ve çocuklar ile hamile kadınları korumak için barınma tedbirinin uygulanması hükmünü getirmektedir.<sup>47</sup> Barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde, kimlikleri ve adreslerinin gizli tutulacağı da aynı kaygı ile düzenlenmiştir. (ÇKK m. 5.1e -Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik m.15.1)<sup>48</sup>

Oysa bu durumla karşı karşıya gelen anne ile çocuğun can güvenliklerinin ve maddi-manevi ihtiyaçlarının sağlanacağı, toplumdan yalıtılmayacakları, damgalanmayacakları, mahremiyetlerinin korunacağı ve enestinin neden olduğu fiziksel ve ruhsal zararlarının azaltılması için gerekli desteklerin verileceği bir ortam sağlanması yaşam, gelişme, her türlü ayırımı uygulamaya uğramama, sağlık, her tür şiddetten korunma hakları gereğidir.<sup>49</sup>

Hem doğumun hem de çocuğun babasının kimliğinin gizlenmesi kadın ve çocuğun yaşam ve gelişme hakkının korunması açısından da önem taşımaktadır. Tanıma yasağının kaldırılması bu tür olayların ol-

<sup>45</sup> 29.09.2006 - 2006/11081 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 23.11.2006- 26355

<sup>46</sup> 5490 - 25.4.2006 RG, 29/ 04/2006 - 26153.

<sup>47</sup> 5395 s. -3.7.2005 RG, 15.07.2005-25876.

<sup>48</sup> RG, 24.12.2006 - 26386.

<sup>49</sup> *Türkiye’de Enest Sorununu Anlamak Özet Rapor*, Hazırlayan: Alanur Çavlin-Bozbeyoğlu, BM Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalınma Programı, Haziran 2009, Ankara, (2009 Enest Raporu), s. 30.

masını engelleme gücüne sahip değildir, tam tersi, hem anne hem de çocuğu daha da tehlikeli duruma sokmaktadır. Ensest ilişkilerden doğan çocukların terk edilmeleri, öldürülmeleri veya aile içindeki başka bir kadın doğurmuş gibi nüfusa geçirildiği bilinmektedir. Nüfus Bilimleri Derneği tarafından yürütülen 2009 Türkiye’de Ensest Sorunu Anlamak Raporu’nda; aile içi cinsel istismar sonucu oluşan gebeliklerin bir bölümünün gebeliğin ileri döneminde tespit edildiği, bazı durumlarda da gebeliğin sonlandırılmasının özellikle gebe olan çocuğun sağlığı açısından tehlike oluşturduğu belirtilmektedir. Görüşülen uzmanlar ensest sonucu doğan bebeklerin aileleri tarafından sahiplenilmediğini belirtmişlerdir. Ensestin yargıya yansımadağı durumlarda bebeğin öldürülmesi, terk edilmesi, aileden başka birilerinin nüfusuna geçirilmesi gibi, olayı gizli tutmaya yönelik davranışlara rastlanmaktadır.<sup>50</sup>

Ensest bir insan hakları ihlalidir ve bireyin beden bütünlüğünü, mahremiyetini, üreme hakkını elinden almaktadır. Genellikle (çocuk) kişinin gelecekteki yaşamı için de gerek psikolojik, gerek sosyal, gerek cinsel anlamda tehdit oluşturmaktadır. Yol açtığı sosyal sonuçların yanı sıra, bir cinsel şiddet olgusu olarak, kısa, orta ve uzun vadede üreme sağlığı açısından birçok sağlık sorununa neden olmaktadır. Bu sağlık problemleri başta üreme organları olmak üzere yaralanma ve kanamalar, azalmış cinsel istek, cinsel ilişkide ağrı, cinsel işlev bozuklukları, HIV/AIDS, hepatit gibi cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar, üriner sistem enfeksiyonları, istenmeyen gebelikler, sağlıksız düşükler ve istenmeyen doğumlar gibi fiziksel sağlık sorunları ile depresyon, post-travmatik stres bozukluğu, intihar düşünceleri, sigara, alkol ve madde kullanma gibi ruhsal sağlık bozuklukları şeklinde özetlenmektedir.<sup>51</sup>

Yeni Ceza Kanunu’nda da; çocuk ve kadını bu derece korumasız bırakan “ensest” özel bir suç tipi olarak yer almamıştır.<sup>52</sup> “Töre saiki” ile

<sup>50</sup> 2009 *Ensest Raporu*, s. 31.

<sup>51</sup> 2009 *Ensest Raporu*, s. 5-6.

<sup>52</sup> Mehaz kanunda yer alan fücür/ensestle ilgili maddenin kanunumuza alınmaması, Türkiye’de bu tür olayların yok denecek kadar az olması ve kamuoyunun bu tür fiilleri işleyenlere karşı sert bir tutum takınması nedenleriyle açıklanmıştır. Bu fiilin kamu düzeninin rencide ettiği ve aile içinde belli bir ahlak düzeyinin korunması için suç sayılması gerektiği doktrinde iler sürülmüştür. Bu tür ilişkilerin suç sayılmaması gerektiğini ileri sürenler ise gerekçe olarak; ülkemizde bu tür vakaların yok denecek kadar az olduğunu, bu fiili işleyenlere karşı kamuoyunun olumsuz tutum

bir insanın öldürülmesi sadece ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiş, başkasını intihara azmettirme suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 82 1.j-TCK m. 84.1).<sup>53</sup> Oysa Türkiye’de namus/töre baskısı ve bu nedenle kadın ve çocuğa karşı cinayetler ve kadının intihara zorlanması hala ciddiyetini korumaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde konunun önemi nedeni ile Töre ve Namus Cinayetleri İle Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu’nda (2005) Ülkemiz açısından konunun çok ayrıntılı bir durum tespiti ve analizi yapılmıştır.<sup>54</sup> Rapora göre polis sorumluluk bölümünde 2000-2005 yılları arasında töre ve namus saiki ile 1091 cinayet olayı emniyete yansımıştır.<sup>55, 56</sup> Aile içi ahlaki bir sorun olarak da ta-

---

takınmasının ayrıca cezai bir yaptırıma gerek duyulmamasını, fiilin suç sayılması halinde birçok iftiraya neden olacağı, ailenin mahremiyetine tecavüz edileceğine dolayısıyla ailenin şeref ve haysiyetinin zedeleneceğini, fiil sabit olmasa bile kızın evlenme şansından mahrum kalacağı belirtilmektedirler. Mehmet Emin Artuk, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçinde Irza Geçme ve Fücür”, *Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul 2002, s. 38 vd

<sup>53</sup> Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların belli dereceye kadar kan hısımlarına karşı işlenmesi sadece ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu hükümlere göre; cinsel saldırı, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı) işlenirse (TCK m. 102.c); çocuğun cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından gerçekleştirilirse (TCK m 103.3); reşit olmayanla cinsel ilişki ise 15 yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi mağdurdan beş yaş büyükse (m. 104) cezalar iki kat artırılacağı hüküm altına alınmıştır

<sup>54</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/ARASTIRMA\\_ONERGESI\\_GD.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=416](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/ARASTIRMA_ONERGESI_GD.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=416) adresinden 13 Eylül 2009 tarihinde alınan bilgidir.

<sup>55</sup> Diyarbakır Bağlar Belediyesi, *Gökyüzünde Asılı Çiğlikler, Namus Cinayetleri ve Kadının İntiharları Araştırması 2007 Raporu*, Yayın Koordinatörleri; Özlem Yasak-Yüksel Acer, İstanbul 2007, s. 6vd.; Bu konuda ayrıca bkz. *Türkiye’de Eneset Sorununu Anlamak Özet Rapor 2009; Türkiye’de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Eylem Programı İçin Önerilen Eylem Raporu*, Hazırlayan; Filiz Karam, BM Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalınma Programı , Ankara; P. İlkaracan, *Sıcak Yuva Masalı, Kadının İnsan Hakları Projsi*, Metis Yayını, İstanbul 1996.

<sup>56</sup> Türkiye’nin, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi için hazırladığı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 2. ve 3. İlerleme Raporu’nda töre cinayetleri ile ilgili bilgi yer almaktadır: “Sonuç gözlemlerinde özellikle üzerinde durulan töre ve namus cinayetlerine ilişkin olarak etkili yasal önlemler alındığı belirtilmektedir. Rapor da bu konuyla ilgili bilgi şöyledir: Yargı kararları da bu düzenleme çerçevesinde verilmektedir. Öncelikle namus cinayeti-töre cinayeti olarak anılan suçlar için yü-

nımlanan enstest olayları ve mağdurlar, ailedeki diğer bireyler tarafından saklanmaktadır.

## V. Sonuç ve Öneriler

Önceki Medeni Kanun'da çocuğun babası tarafından tanınmasının yasaklanmış olması, çocuğu, kendi neden olmadığı doğumundan dolayı çocuğun sorumlu tutulmasından veya cezalandırılmasından çok, bu ilişkinin yasaklanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu ahlaka ve hukuka aykırı bu ilişkinin sorumlusu olarak kabul ettiği erkeğe bu ilişki ve ilişkiden doğan çocuğu idareye açık olarak beyan etmesini de aynı şekilde hukuka ve ahlaka aykırı bulmaktadır. Evlenme yasağı olanlar arasındaki birliktelikleri ve bu ilişkilerden çocuk doğurulmasını engellemek amaçlı olduğu gibi, Tekinay'ında yukarıda belirttiği gibi "(...), *tanıma yasağının amacının, utanç verici bir ilişkinin açıklanmasına meydan vermemek ve çocuğu toplum içinde daha kötü bir duruma düşürmemek olduğu(...)*" da ileri sürülebilir.<sup>57</sup>

Tanıma yasağının kaldırılmasının fiili durumda önemli bir değişikliğe sebep olduğu kolayca söylenemeyecektir. Tanıma yasağının kaldırılması, ülkemizde enstest ilişkiye ve bu ilişkiden doğan çocuğun kabul edilmesi yönünde bir anlayış değişimi olduğunu ifade etmektedir. Çocuğun ve annenin tanımadan dolayı dışlanabileceği, yaşam hakkının tehdit altında olabileceği durumlarla ilgili nüfus kayıtlarına erişimle ilgili sınırlar koymak, çocuk ve anneyi koruyucu tedbirler ve ilgili kurumlara görev ve yetki verme gibi hükümlere yer verilmemesi gibi; tanıma yasağı'nın kaldırılmasına ilişkin maddenin Töre ve Namus Cinayetleri İle Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi

---

rürlükten kaldırılan TCK'da mevcut olan ceza indirimi kaldırılmıştır. 2004 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nda töre ve namus nedeni ile işlenen öldürme suçu adam öldürme suçunun ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiştir. Bu suçların işlenmesinde aile içinde var olan otoritenin kullanılması veya bu suçların çocuklara işletilmesi halinde TCK' da azmettiren kişiler hakkında arttırılmış ceza uygulanması öngörülmüştür. TCK'nın 84. maddesi başkalarını intihara azmettirmeyi suç olarak kabul etmiştir. İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuşlardır." p.37, s. 18. www.shcek.gov.tr adresinden 12 Ekim 2009 tarihinde alınan bilgidir

<sup>57</sup> Bkz. yukarıda dipnot 19.

Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu'na rağmen TBMM'de tartışmasız kabulü, Kanun koyucun bu konudaki samimiyetine gölge de düşürmektedir.

Gizli biçimde yaşanan bu ilişkiler ve ilişkilerden doğan çocuğun başka bir baba ve/ya anne adıyla bir şekilde nüfusa kaydedilmiş olması veya evlat edindirilmesi hallerinde çocuk ve kadın ancak gerçeğe aykırı bilgi ile korunmakta ya da buna rağmen korunamamaktadır. Doktrin ağırlıklı olarak tanıma yasağının kaldırılmasından yanadır, ancak çocuk ve anne ve hatta babanın karşı karşıya olabileceği öldürülme ve dışlanma ihtimallerine karşı bir çözüm önerisinde bulunmamış ve konu gene uygulamaya ve uygulamacıların '*kişisel çözümlerine*' bırakılmıştır.

Oysa yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararının karşı oy gerekçelerinde belirtilen görüşler dikkate alınarak; kural olarak evlilik dışı çocuğun annesinin soyadını taşımasının kabul edilmesi, çocuk ve/ya annenin yararına aykırılık oluşturmayan durumlarda çocuğun babasının soyadını taşımak üzere soyadı değişikliğine gidilebileceğine ilişkin bir düzenleme ve anlayış oluşturulması özellikle makaleye konu teşkil eden çocuk ve anneler açısından yaşamsal önem taşımaktadır.

Yasalarla bu konuda bir düzenleme yapılmamış olsa da, uygulamada İçişleri Bakanlığı ve Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Genel Müdürlüğü birincil derecede sorumlu kurumlardır. Anayasa'dan kaynaklanan yaşam hakkının temel hak olduğu ve idarenin birincil görevinin yaşam hakkının tehlikede olduğu hallerde müdahale zorunluluğu ve sorumluluğu söz konusudur. Anne kimliğinin açıklanmasıyla kadının ve çocuğun tehlike içine düşmüş olma ihtimalinin olduğu şüphesinde bile İçişleri Bakanlığı ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü hem nüfus kayıtlarının aleniyetine sınır getirmek ve/veya başka koruma önlemi almak sureti ile yaşam ve gelişme haklarının korunması için tüm tedbirleri almalıdır.

İlişkinin bilinmesi veya bilinmemesi hali de ayırıcı uygulamanın temelidir. İlişkinin geçerli rıza ile yaşandığı haller ile kadının/kız çocuğunun tecavüze uğradığı haller ve bu ilişkiden bir çocuğun doğduğu haller arasında fark vardır. Aile içi tecavüz sonucu bir çocuk doğmuş olması halinde hem kadın hem çocuk mağdurdur ve durumun bilinmesi halinde mağdurlukları katlanarak artmaktadır. Hukukun ger-

çekliği saptama ve koruması gereği, insanın yaşam ve gelişme hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı, çocuğun ve annenin yararı ile toplumun “*ahlaki vicdani*” karşı karşıya gelmektedir. Hangi yararın korunması tercih edilecektir ve daha öndedir? İnsanlık tarihi kadar eski olan bu fiili gerçeklik durumu, fiilin tarafları olan kadını, çocuğu, bazen erkeği cezalandırmaya, devlet tarafından bu yalanın korunmasının yasal kılıfının hazırlanmasına rağmen ortadan kaldırılamamıştır. Yasalarla ve yasaklarla engellenemeyen, sadece kadını ve çocuğu daha da korumasız bırakan bu tabunun, kabul edilemese de, insan doğasının bir özelliği olarak her yönüyle tartışmaya açılması, hem vakaların gerçek boyutunun görülmesini sağlayacak hem de karanlıkta bir konunun aydınlatılması ile tarafsız gerçeklik ortaya konabilecektir,

Çocuk açısından bakıldığında; çocuğun korunması ve dışlanmamasının yasal yolu, kendini dünyaya getirenlerden bağımsız biçimde bir birey olarak özerkliğinin kabulüdür. Ancak bu anlayışın kabulü ve benimsenmesi ile insan çocukluk döneminde de toplum içinde hakkı olan yeri, ayrımcılığa uğramadan alabilecektir.

### KAYNAKLAR

- A. B. Schwarz, *Evlilik Dışı Çocuk Meselesi, Üniversite Konferansları, 1943-1944.*
- Adnan Güriz, *Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar, Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974.*
- Argun Köteli, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.*
- Aydın Aybay, *Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, 1969, S:3,*
- Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.*
- Catharine A. MacKinnon, “*Tecavüz: Zorlama ve Razi Olma*” *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, Metis Yayınları,, İstanbul Ocak 2003*
- Diler Tamer, *Augustus Çağında Cinsel Suçlar, Homer Kitabevi, 1. Basım İstanbul 2007*
- Diyarbakır Bağlar Belediyesi, *Gökyüzünde Asılı Çiğlikler, Namus Cınayetleri ve Kadın İntiharları Araştırması 2007 Raporu, Yayın Koordinatörleri; Özlem Yasak-Yüksel Acer, İstanbul 2007.*



- Emine Akyüz, *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, MEB, Yayınları, Ankara 2000
- Feyzi, N. Feyzioğlu, "Ümit Doğanay'ın Ardından", *Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan*, Cilt 1, İstanbul 1982.
- Fikret Arık, Milletler Cemiyeti, Sosyal Meseleler Danışma Raporu, *Hukuki Bakımdan Evlilik Dışı Çocuklar*, "Evlilik Dışı Çocuklar ve Hukuki Durumu Hakkında Bir İnceleme" den Cenevre 15 Mayıs 1989, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949
- Haluk Burcuoğlu, "Hukukumuzda Evlilik Dışı -Evlilik İçi Çocuk Ayırımı", *Günümüzde Yargı*, Sayı 41, Eylül 1979.
- Haluk Burcuoğlu, "Medeni Yasa'nın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler", *İÜ Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı*, İstanbul 1999,
- Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 3.Baskı, İstanbul 2004,
- Hatemi/Serozan, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi 1993
- Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Fully revised edition prepared for UNICEF, by Rachel Hodgkin and Peter Newell*, Newyork 2002
- Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, 2.Bası, İstanbul 1998.
- Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik*
- Dışında Doğan Çocuğun Mirasçılığı (Eski ve Yeni Medeni Kanuna Göre Karşılaştırmalı)*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002
- Muammer Aksoy, *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*, Ankara 1943.
- M. Dural/T. Öğüz/M. A. Gümüş, *Türk Özel Hukuku*, Cilt III, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008,
- Nuşin Ayiter, Medeni Kanun'un Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi, *Medeni Kanun'un 50 Yılı*, Ankara 1977.
- Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı*, Ankara 2007, s.162 vd.
- Pınar İlkaracan, *Sıcak Yuva Masalı*, Kadının İnsan Hakları Projesi, Metis Yayını, İstanbul, 1996.
- Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Selahattin Sulhi Tekinay, Evlilik Dışı Nesep Meselelerine Toplu Bir Bakış", *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara 1987.
- Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

- Serozan (Hatemi/Serozan), *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi 1993.
- Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt, II 10. Baskı, İstanbul 2006.
- Türkan Yalçın Sancar, "Ensest ve Tartışmada "Genel Ahlak" Engeli", *Güncel Hukuk*, Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2008, s. 24.
- Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara 1998.
- Türkiye'de Ensest Sorununu Anlamak Özet Rapor*, Hazırlayan: Alanur Çavlin-Bozbeyoğlu, BM Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalınma Programı, Haziran 2009, Ankara, (2009 Ensest Raporu),
- Türkiye'de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Eylem Programı İçin Önerilen Eylem Raporu*, Hazırlayan; Filiz Kardam, BM Nüfus Fonu, Nüfus Bilim Derneği, Birleşmiş Milletler Kalınma Programı Ankara.
- Zeynep Oya Usal, *Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları No.95, İstanbul Ağustos 2006.

# ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDAN DOĞAN RÜCU DAVALARI

Aziz Serkan ARSLAN\*

## GİRİŞ

Ülkemizde, trafik kazaları sonucunda oluşan zararın bir kısmını veya tamamını tazmin etmek amacıyla motorlu taşıt işletenler için “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” yaptırma mecburiyeti vardır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası ile belirlenmiş şartlar çerçevesinde meydana gelen kazalardan doğacak tazminatı, sigorta limiti dâhilinde sigortacı karşılar. Bu sayede hem zarar gören sigortalı hem de zarara neden olan sigorta ettiren (motorlu taşıt işleten) ekonomik bakımdan korunmuş olur. Ancak, zorunlu mali sorumluluk sigortası mevzuatında düzenlenen bazı durumlarda, sigorta şirketi ödemiş olduğu tazminatı bir bakıma ağır kusuru ile zarara neden olan sigorta ettirenden, rücu davası yolu geri alır.

Çalışmamızda öncelikle zorunlu mali sorumluluk sigortası kavramını açıklanacak ve bu sigorta kapsamında sigortacının sorumluluğunun şartları incelenecek, ardından sorumluluğunu yerine getiren sigortacının hangi hallerde zarara neden olana rücu davası açabilme hakkı olduğu incelenecek son olarak da sigortacı tarafından açılacak rücu davasına ilişkin usul hükümleri incelenecektir.

## I. ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI KAVRAMI

6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nu<sup>1</sup> ile 1953 yılında ilk defa

---

\* Ar. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD.

<sup>1</sup> Karayolları Trafik Kanunu makalemizin bundan sonraki kısmında KTK şeklinde kısaltılmış olarak ifade edilecektir.

hukukumuzda girmiş olan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası,<sup>2</sup> 1983 yılında kabul edilen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile değiştirilmiş ve günümüz koşullarına uyarlanmaya çalışılmıştır. Kabul edilen bu kanun ile kusursuz sorumluluk ilkesi (*verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung*), diğer gelişmiş hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemiz trafik hukukunda da daha fazla uygulama alanı bulmuştur.<sup>3</sup> KTK'nın 91 ile 101. maddeleri arasında, önce işletenin sorumluluğu hakkında özel hükümler konulmuş, sonra da bu sorumluluğun zarar gören kişiler lehine sigorta ettirilmesi zorunluluğu kabul edilmiştir.<sup>4</sup> ZMSS'nin getiriliş amacı, trafik kazaları nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların kolayca temin edilebilmesi ve zarardan sorumlu işletenin kaza riskine karşı ekonomik bakımdan korunmasıdır. Ancak günümüzde zarar göreni korumak amacı daha da öncelik kazanmıştır.<sup>5</sup>

ZMSS ile sigortalının yalnızca maddi zararları karşılanmaktadır. Manevi zararlar sigorta kapsamında değildir.<sup>6</sup> Sigorta kapsamındaki maddi zararlar, kişiye ilişkin (ölüm veya yaralanma) zararlar olabileceği gibi eşyaya bağlı zararlarda olabilir.

Sigorta ile işletenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. İşleten de zarar görene karşı sigortacı ile birlikte sorumludur. İşletenin verdiği zararı, sigortacının daha kolay tazmin edeceği düşünülerek sigortacıya da sigorta limiti dâhilinde tazmin sorumluluğu yüklenmiştir.<sup>7</sup> Bu amaçla zararın, sigortacıya başvurudan (tespit tutanağı ve bilirki-

<sup>2</sup> Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, makalemizin bundan sonraki kısmında ZMSS şeklinde kısaltılmış olarak ifade edilecektir.

<sup>3</sup> Schirmer, Koch Peter/ Seifert, Reinhardt/ Helmut, Wagner Jürgen, *Allgemeines Recht Versicherungsrecht*, München-2003, s. 119 Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kusursuz sorumluluk ilkesi, Alman trafik hukukunda 1909 yılında, Fransız ve İngiliz trafik hukukunda ise 1930 yılında kabul edilmeye başlanmıştır. Bkz. Mete-zade, Zihni, *Zorunlu Sigortalar, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Dergisi*, s. 201-218, Ankara 2006, s. 203.

<sup>4</sup> Orhunöz, Ergun, *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk, Tazminat, Sigorta*, Ankara 1998, s. 186.

<sup>5</sup> Gökcan, Hasan Tahsin/ Kaymaz, Seydi, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Suçları*, Ankara 2008, s. 235; Yılmaz, Zekeriya, *Trafik Kazaları ve Taşımacıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, Ankara 2007, s. 6.

<sup>6</sup> Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, Ankara 2007, s. 575.

<sup>7</sup> Vural, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara 1981, s. 6.

şi raporunun şirkete ulaşmasından) itibaren 8 gün içinde ödenmesi gerektiği belirtilmiştir (KTK m. 99/1).

ZMSS'nin temel özellikleri şunlardır; zarar gören kişi sigortacıya doğrudan talepte bulunabilir veya dava açabilir (m. 97). İşleten değişse bile sigorta ile himaye edilen yarar sürekli olarak koruma altındadır (m. 94). Sigortacı ile işleten arasındaki iç ilişkide defiler zarar görene karşı ileri sürülemez (m. 95). Tedavi giderleri, tazminat ve diğer giderler zarara uğrayan şahsa gecikmeden ödenir (m. 98, 99).

KTK m. 91'de "*İşletenlerin, bu kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.*" denmektedir. Buna göre, ZMSS motorlu araç işletenler için zorunludur.

ZMSS ile karşı tarafın uğrayacağı zararın tamamı değil, KTK'da belirlenen limite kadar olan kısmı sigortacı tarafından karşılanır. Zarar bu limitin üzerindeyse işletenin şahsi sorumluluğu devam eder. Ancak, araç sahibi, hem kendi aracında oluşacak zararın karşılanmasını hem de zarara uğrayana karşı daha fazla limite korunma altında olmayı istiyorsa, uygulamada kasko sigortası denilen, ihtiyari sorumluluk sigortası da yaptırabilir.<sup>8</sup> Gerçekleşebilecek tüm rizikoları kapsayacak nitelikteki ihtiyari sorumluluk sigortasına tam kasko sigortası; rizikoların bir veya birkaçını kapsayan ve tüm riskleri kapsamayan nitelikteki sigortaya ise, kısmi kasko sigortası adı verilir.<sup>9</sup> Kasko Sigortası, Ticaret Kanunu'nda "*mal sigortaları*" tasnifi altında düzenlenmiş; yangın, nakliyat, kaza, sağlık gibi çeşitli konuları içinde barındıran bir paket sigorta şekli olup, bu yönüyle sigorta tasnifi içinde bir sigorta türü olarak yer almamıştır.<sup>10</sup>

ZMSS Genel Şartları'nın 1. maddesine göre; sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı KTK'ya göre işletene düşen hukuki

<sup>8</sup> Akhisar, İlyas/ Bölükbaşı, Ayşe Gül, Kasko Sigortalarında Başarısızlığı Önlemek İçin Fiyatlandırma Modellemesi, 10. *Ekonometri ve İstatistik Sempozyumu*, s. 1-23, Erzurum 2009, s. 2.

<sup>9</sup> Farny, Dieter/ Helten, Elmar/ Koch, Peter/ Schmidt, Reimer, *Handwörterbuch der Versicherung (HdV)*, Karlsruhe-1988, s. 369.

<sup>10</sup> Nomer, Cahit, *Sigortacılığın Genel Prensipleri ve Reasürans*, İstanbul 1977, s. 88.

sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar teminle yükümlüdür.<sup>11</sup> Araca bağlı olarak çekilmekte olan römork veya yarı römorkların (hafif römorklar dâhil) veya çekilen bir aracın sebebiyet vereceği zararlar çekicinin sigortası kapsamındadır. Ancak, insan taşımada kullanılan römorklar, bunlar için poliçede özel şartları belirtilecek ek bir sorumluluk sigortası sağlanmış olması kaydıyla teminata dâhil olur.

Meydana gelen bir kazada zararın önlenmesi veya azaltılması amacıyla, sigorta ettirenin yapacağı makul ve zorunlu masraflar sigortacı tarafından karşılanır. Zararın önlenmesi veya azaltılması amacıyla alınan önlemler yararsız kalmış olsa bile bu amaçla yapılan masraflar sigortacı tarafından karşılanmalıdır.<sup>12</sup> ZMSS, işletenin haksız taleplere karşı savunmasını da temin eder. ZMSS, yalnızca Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir. Yurtdışında meydana gelen bir kaza nedeniyle sigortacı ZMSS kapsamında sorumlu değildir.

KTk m. 85 ile 89. maddeleri arasında motorlu araçların sebep olduğu farklı olaylara ilişkin sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Sigortacının rücu hakkına sebep teşkil eden bu sorumluluk halleri kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre, motorlu aracın işletilme halinde iken verdiği zarar ve işletilme halinde değilken verdiği zarar (m. 85), hatır taşınması halinde verilen zarar (m. 87), birden fazla aracın neden olduğu zarar (m. 88) gibi olaylar değişik maddelerde düzenlenmiş ve farklı sorumluluk hükümleri getirilmiştir.

KTk'da yer alan tazminat sorumluluğunun hukuki sebebi 85. maddede düzenlenmiştir. KTK'nın 85. maddesinin ilk fıkrasında, aracın işletilmesinden doğan tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, tehlike sorumluluğu (*Gefährdungshaftung*), kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış bir türüdür.<sup>13</sup> KTK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası yalnızca birinci fıkra kapsamına girmeyen trafik kazalarına, genel anlamda işletilme halinde olmayan araçlardan doğan sorumluluk hallerine uygulanır. İkinci fıkrada öngörülen sorumluluk tamamlan-

<sup>11</sup> Resmi Gazete'de 12 Ağustos 2003 tarihinde 25197 sayılı ile yayımlanan Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Tebliği 15 Ağustos 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

<sup>12</sup> Vural, *Trafik*, s. 56.

<sup>13</sup> Tandoğan, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara 1981, s. 8; Çeliktaş, Demet, *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, İzmir 1987, s. 11.

yıcı niteliktedir.<sup>14</sup> İşletenin bu fıkradaki sorumluluğu tehlike sorumluluğu değil, kusura dayanan ya da olağan kusursuz sorumluluktur (Verschuldensunabhängige).<sup>15</sup> KTK'nın 85. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen yardım edenin uğradığı zararlardan doğan sorumluluk ise, vekâletsiz iş görme hükmünden doğan sorumluluk türüdür.<sup>16</sup> İşletenin 2918 sayılı Kanun'un 85. maddesinin I, II, III. fıkralarından doğan tazminat borçlarının ödenmesi ZMSS ile güvence altına alınmıştır.<sup>17</sup>

## II. SİGORTACININ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Bir kişinin her ne suretle olursa olsun işlediği haksız bir eylemden dolayı üçüncü kişilere tazminat ödemesini gerektiren halleri, sözleşme ile sigortacının temin etmesi ve zarar görenlere tazminat vermeyi üzerine alması, hukuk alanında mali mesuliyet sigortası olarak adlandırılır.<sup>18</sup> KTK'da mali mesuliyet sigortası yaptırılması motorlu taşıt işletenler için zorunlu tutulmuştur.

KTK'ya göre, sigortacının işletenin yerine geçerek doğan zararı tazmin etmesinin belli şartları vardır. Bu şartlar kanunda her ne kadar işleten için öngörülse de işleteni sigorta eden sigortacı da bu şartlar gerçekleşmişse, doğan zararı tazmin yükümlülüğü altındadır. Bunlar genel şartlar ve özel şartlar olarak ikiye ayrılır.

### A. Genel Şartlar

Sigortacının tazmin yükümlülüğünün genel şartları, genel olarak, haksız fiilden doğan tazmin yükümlülüğündeki gibidir. Buna göre, bir zarar doğmuş olmalı, zarar trafik kazası sonucu ortaya çıkmalı, bu za-

<sup>14</sup> Çeliktaş, s. 22.

<sup>15</sup> Yılmaz, Hamdi, *Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması*, Ankara 1995, s. 17 vd.

<sup>16</sup> Gürsoy, Kemal Tahir, *Karayolu Trafik Kanunu Tasarısına Göre Motorlu Taşırların Sebep Olduğu Zararlar Doğan Hukuki Sorumluluk*, *Trafik Sigortası (V.Ticaret ve Banka Hukuku Haftası)*, 23-25 Nisan 1973 Tarihinde Yayınlanan Bildirimler-Tartışmalar, Ankara 1973, s. 37; Deschenaux Henri/ Tercier Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, (Çev. Salim Özdemir), Ankara 1983, s. 128.

<sup>17</sup> Çeliktaş, s. 23; Gürsoy, s. 37; Tandoğan, s. 209.

<sup>18</sup> Yargıtay 15. HD, 18.11.1974 T.,1668 /1748E., bkz. Orhunöz, s. 191.

rarı motorlu araç vermeli ve kaza (zarar) ile motorlu araç arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

### 1. Bir Zararın Doğmuş Olması

Araç işletenin sorumluluğunun doğması için, her şeyden önce bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Zarar, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlâlinde olduğu gibi, kişiye ilişkin ya da bir şeyin tahrip (yok) veya kayıp edilmesi ya da hasara uğramasında olduğu gibi, eşyaya ilişkisinde olabilir.<sup>19</sup> Zarar gören kimseler; aracın işleteni, sürücüsü veya işletmeyle ilgili diğer yardımcı kişiler olabileceği gibi, yaya veya araçtaki yolcular da olabilir. Bunların dışında mesela evinin kapısı kırılan, duvarı yıkılan veya dükkânındaki eşyası hasar gören kimselerde zarar gören niteliğini taşıyabilirler.<sup>20</sup> KTK m. 85/Y'de, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut da bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, işletenin sorumlu olacağı belirtilmiştir. ZMSS, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları da kapsam içine aldığı için, bu hallerde de, sigortacı limit dâhilinde zararı karşılamakla yükümlüdür.<sup>21</sup>

### 2. Zararın Bir Trafik Kazasından Doğmuş Olması

Kaza, zarara neden olan ani ve arzu edilmeyen sebepler bütününi ifade eder.<sup>22</sup> Kazanın ilk unsuru yabancı, dış bir olay sonucu meydana gelmesidir. Kazanın ikinci unsuru, anilik unsurudur. Ani olay, başlangıç ve sonu belli olan tek ve bir defada gerçekleşen olaydır.<sup>23</sup> Kaza-

<sup>19</sup> Saymen, F. Hakkı/ Elbir, H. Kemal, *Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler*, C. I, İstanbul 1958, s. 437.

<sup>20</sup> Adıgüzel, Burak, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2003, s. 61.

<sup>21</sup> ZMSS, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları kapsadığından, sigortalı ise üçüncü kişi sayılmayacağından onun meydana getirdiği kaza sonucu evladının ölümü nedeniyle sigorta şirketine sorumluluk düşmez. Yargıtay 11. HD, 16.2.1990T.,825E., bkz. Orhunöz, s. 188.

<sup>22</sup> Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara 1974, s. 6; Şenocak, Kemal, *Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AÜHF Dergisi*, C. 44, S. 1-4, s. 365-424, 1995, s. 402.

<sup>23</sup> Eren, Fikret, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı*



nın üçüncü unsuru, bunun istenilmeyen bir olay olmasıdır. İşleten, trafik kazasından doğan zarardan, kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, tehlike esasına göre sorumludur. Buna karşılık, işlek halde olmayan, çalışmayan bir aracın sebep olduğu kazalarda işleten, kazaya isteyerek sebep olmuşsa, burada kusur söz konusu olacağından, sebep sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulur.

### 3. Kaza ve Zarara Motorlu Bir Araç Sebep Olmalı

Bu şart, KTK m. 85'te açık olarak hükme bağlanmıştır. Motorlu araç kavramı, KTK m. 3'te dolaylı olarak tarif edilmiştir. Buna göre karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan, makine gücü ile yürütülen araçlara, motorlu araç (motorlu taşıt) denir. Diğer araçların sebep olduğu zararlar KTK m. 85/1'in dışındadır. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, karayolunda makine, yani kendi itici gücüyle hareket eden her araç, motorlu araçtır. Aracın hızı, gücü ve tekerleklerinin lastik olup olmaması önemli değildir.<sup>24</sup>

### 4. Kaza (Zarar) ile Motorlu Araç Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalı

İşletilme halinde olan veya işletilme halinde olmayan bir aracın sebep olduğu kazada işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru ya da araçtaki bozukluk veya kazadan sonraki yardım fiili, gerçekleşen zararın uygun sebebi, meydana gelen zarar da bu sebeplerin uygun sonucu olmalıdır.<sup>25</sup> Trafik kazası sonucu gerçekleşen zararlar, aracın işletilmesi veya kanunun öngördüğü diğer olaylar, yani işletenin veya adamlarının kusuru ya da araçtaki bozukluk veya yar-

---

Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, *AÜHFD*, C. 39, S. 1-4, s. 159-212, s. 168; Eren, İşveren, s. 10; Havutçu, Ayşe/ Gökyayla, Emre, *Uygulamada 2918 Sayılı Kanuna Göre Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1999, s. 34; Bolatoğlu, Bolat, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1988, s. 151; Tunç, Ramazan, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Kurtuluş Kanıtı*, *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1991, s. 533.

<sup>24</sup> Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku*, Ankara 2007, s. 147.

<sup>25</sup> Araç sahibinin tehlike sorumluluğu esasına göre zarardan sorumlu tutulabilmesi için nedensellik bağının gerçekleşmesi gerekir. Bkz. Çeliktaş, s. 86; Adal, Erhan, *Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi*, *Batider*, 1964, C. II, S. 3, s. 384-396, s. 387.

dım fiili, birbirinin uygun sebep ve sonucu değilse, somut olayda sorumluluğu kuran illiyet bağı mevcut olmadığından, işletenin sorumluluğu da doğmaz.<sup>26</sup> Kaza dolayısıyla açılan ceza davasında illiyet bağının tespit edilmesi hukuk hâkimini bağlar, buna karşın ceza davasında illiyet bağının tespit edilmemiş olması hukuk hâkimini bağlamaz.<sup>27</sup> Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, hukuk hâkimi; gerek ceza hâkiminin belirlediği kusur oranı ile gerekse delil yetersizliğine davalı beraat kararı ile bağlı olmayıp, sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile ve o eylemin hukuka aykırılığını ve failiyle belirlenen mahkûmiyet kararının bu yönleri ile bağlıdır.

## B. Özel şartlar

Sorumluluğun özel şartları KTK' da belirlenmiştir. Bunlar ikiye ayrılır:

### 1. Trafik Kazasından Doğan Zararın, Aracın İşletilmesinden veya İşletilme Halinde Olmayan Araçlarda İşletenin veya Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişilerin Kusurundan ya da Araçtaki Bozukluktan veya Kazadan Sonra Yapılan Yardım Fiilinden İleri Gelmesi

KTK m. 85, zarardan kural olarak aracın işletenini sorumlu tutmuştur. KTK m. 3'e göre, "İşleten, araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehini gibi hallerde kiracı, ariyet ve rehin alan kişidir. Ancak, ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır". Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere kanunda, işleten sıfatının belirlenmesinde iki ölçü göz önünde tutulmuştur. Bunlar, 'şekli ölçü' ile 'maddi ölçü'dür. Şekli ölçüye göre, motorlu aracın tescil (trafik sicilinde) veya trafik belgesinde maliki gö-

<sup>26</sup> Eren, Karayolları, s. 176.

<sup>27</sup> Havutçu / Gökyayla s. 39; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2006, s. 567; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2007, s. 284.

züklen ya da sigorta poliçesinde adı yazılı olan kimse, işleten sayılır.<sup>28</sup> Maddi ölçüye göre ise, işletenin belirlenmesinde araç üzerindeki fiili hâkimiyet, araçtan ekonomik yararlanma, aracı kendi hesabına işletme, onun masraf ve rizikolarına katlanma ilişkisi esas alınır.

Araç işleten, gerçek işleten ve farazi işleten olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçek işleten çoğu zaman motorlu aracın sahibi olabileceği gibi, aracın mülkiyeti muhafaza kaydıyla alıcısı veya aracın uzun süreli kiracısı, ariyet ve rehin alanıdır. Farazi işleten ise gerçek işleten gibi, işleten yerine sorumlu tutulan kişilerdir. Bunlar; motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan örneğin bir firmanın otobüsünü kullanan şoförler, yarış düzenleyicileri, motorlu aracı çalan veya gasp eden kişiler ile devlet ve diğer kamu tüzel kişileridir.<sup>29</sup>

2918 sayılı KTK'nın 85. maddesinde, 1996 yılında 4199 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında, bir motorlu aracın işletilmesi, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteninin ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibinin, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre zararı tazmin eden sigorta şirketi, şartları varsa motorlu aracın işletenine ve bağlı olduğu teşebbüs sahibine ödemiş olduğu tazminat bedeli için rücu edebilecektir.

Trafik kazasından doğan zararın, aracın işletilmesinden veya işletilme halinde olmayan araçlarda işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurundan ya da araçtaki bozukluktan veya kazadan sonra yapılan yardım fiilinden ileri gelmesi halinde, işleten bir başka kişinin kusurundan veya umulmadık olaylardan sorumlu tutulmuştur. Bu durumlarda işletenin sorumluluğu kusur değil, olağan sebep sorumluluğudur. Çünkü işleten kusursuz da olsa, eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru ya da araçtaki bozukluk dolay-

<sup>28</sup> Özsunay, Ergun, Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak "İşleten" (Araç Sahibi) Kavramı, , *Batider*, Temmuz 1971, s. 79-98, s. 88 vd.; Tekinay, S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, İstanbul-1993, s. 712 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, *Batider*, C. XII, Ankara 1984, s. 7; Eren, *Karayolları*, s. 176.

<sup>29</sup> Bozer, s. 146.

sıyla ortaya çıkan zararlardan, KTK m. 85/III gereğince sorumlu tutulmuştur.

## 2. İşletenin Kurtuluş Kanıtı Getirememesi

İşleten, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilememesinin kazanın illiyet bağıını kesen sebeplerden biri yüzünden meydana geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için bu şartlardan ikisinin birden kanıtlanması gerekir. İşleten hem kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmadığını hem de araçtaki bir bozukluğun zarara neden olmadığını ispatlamalıdır.<sup>30</sup> Sorumluluk belirlenirken işletenin ve eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin her türlü kusuru göz önüne alınacaktır. KTK, bir aracı trafiğe çıkarmanın ve aracı işletmenin kurallarını belirlemiştir. Gerek KTK' da gerekse diğer yasalarda bulunan kurallara aykırı araç kullanımı bir zarara sebep olmuşsa, işleten sorumlu tutulacaktır. Ancak işletenin sorumluluktan kurtulmak için yasalarda bulunan bu kuralların hepsine uyduğunu ispat etmesi beklenmemelidir. İşleten sadece zarar görenin ihlal edildiğini iddia ettiği kuralın ihlal edilmediğini ispat edecektir.<sup>31</sup> Burada kazaya işletenin veya yardımcılarının kusuru veya araçtaki bir bozukluğun yol açtığını ispat yükü zarar görende, fakat bu hususların ispatına rağmen illiyet bağıının olmadığını ispat yükü işletenedir.

İlliyet bağıını kesen haller mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da zarar görenin ağır kusurudur. Mücbir sebepler büyük çoğunlukla doğa olaylarına ilişkindir. Ancak bu olaylar önceden öngörülemez nitelikte olmalıdır. Birer doğal olay olmalarına rağmen buzlanma, kar, yağmur, sis gibi olaylar mücbir sebep olamazlar. Çünkü bu tip olaylar sıklıkla görülen ve motorlu araç işletme tehlikesinin içinde bulunan olaylardır. Bu nedenle mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar deprem, sel, heyelan, çığ ve taş düşmesi, yanardağın lav püskürtmesi gibi olaylardır.<sup>32</sup> İşletenin zarar görenin ağır kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi için illiyet bağıını kesen diğer bir sebep

<sup>30</sup> Eren, *Karayolları*, s. 205.

<sup>31</sup> Kılıçoğlu, s. 36.

<sup>32</sup> Eren, *Karayolları*, s. 208.

zarar görenin kusurudur. Zarar görenin her türlü kusuru illiyet bağı-  
nı kesmez. Zarar görenin kusuru zararın tek sebebi olmalıdır (İntihar  
amacıyla bir aracın önüne atlamak gibi).<sup>33</sup> İlliyet bağına kesen bir diğer  
sebeup üçüncü kişinin kusurudur. Üçüncü kişinin her türlü kusuru iş-  
leteni sorumluluktan kurtarmaz. İşletenin sorumluluktan kurtulabil-  
mesi için üçüncü kişinin kusurunun ağır, başka bir deyişle illiyet ba-  
ğını kesecek yoğunlukta bulunması gereklidir (kaldırımında yürümekte  
olan iki kişiden birinin diğerini yoldan geçmekte olan bir kamyonun  
önüne itmesi gibi).<sup>34</sup>

### III. SİĞORTA KAPSAMI DIŞINDA KALAN HUSUSLAR

KTK'nın 91. maddesinde mali sorumluluk sigortası yaptırma zo-  
runluluğu düzenlendikten sonra, takip eden maddede de sigorta kap-  
samı dışında kalan hususlar düzenlenmiştir. KTK m. 92 ve ZMSS Ge-  
nel Şartları'nın 3. maddesine göre aşağıdaki hususlar, ZMSS kapsamı  
dışındadırlar ve sigortacı tarafından karşılanmazlar:

- a. İşletilme halinde olmayan araçların sebep olacağı zararlar.
- b. İşleten tarafından ileri sürülecek tazminat talepleri.
- c. İşletenin eşinin, usul ve fūr'unun, kendisine evlat edinme ilişki-  
si ile bağı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen  
zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler.
- d. Zarar görenlerin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dı-  
şında araçta veya römorklarda taşınan eşyanın uğrayacağı zararlardan  
dolayı işletene karşı ileri sürülecek talepler.
- e. Manevi tazminat talepleri.
- f. İşletenin, KTK uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişi-  
lere karşı yöneltebileceği talepler.
- g. İşletenin aracına veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorklara ve  
yarı römorklara veya çekilen araçlara gelecek zararlar nedeniyle ileri  
sürülecek talepler.

<sup>33</sup> Eren, *Karayolları*, s. 210; Bolatoğlu, s. 191.

<sup>34</sup> Eren, *Karayolları*, s. 212.

**h.** Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyetlerde bulunan teşebbüslere, gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla bırakılan aracın sebep olacağı zararlara ilişkin her türlü talepler.

**i.** Aracın, yetkili makamların izniyle tertip olunan yarışlara katılması veya yarışlara katılan araçlara eşlik etmesi ile gösteride kullanılması sonucunda meydana gelecek zararlar.

**j.** Çalınan veya gasp edilen araçların sebep oldukları ve KTK'ya göre işletenin sorumlu olmadığı zararlar ile aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürülecek talepler ile çalan ve gasp eden kişilerin talepleri.

**k.** Motorlu bisikletlerin kullanılmasından ileri gelen zararlar.

**l.** 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen terör eylemlerinde ve bu eylemlerden doğan sabotajda kullanılan araçların neden olduğu ve KTK'ya göre işletenin sorumlu olmadığı zararlar ile aracın terör eylemlerinde kullanıldığını veya kullanılacağını bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürecekleri talepler, aracı terör ve buna bağlı sabotaj eylemlerinde kullanılan kişilerin talepleri (11.02.2006 tarih ve 26077 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanan Tebliğ).

**m.** Dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri (11.02.2006 tarih ve 26077 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanan Tebliğ).

Bunlara ek olarak KTK m. 92'de açıkça belirtilmese bile, hatır taşınması veya aracın hatır için verilmesi sırasında ortaya çıkan zararlar da sigorta teminatının dışındadır. Bu sonuç hatır taşınması veya aracın hatır için verilmesinin genel hükümlere tabi olmasından çıkarılmaktadır.<sup>35</sup>

#### IV. SİGORTACININ RÜCU HAKKI

Motorlu taşıtını sigorta ettiren kişi öncelikle sigorta bedelini ödemekle yükümlüdür. Sigorta bedeli; prim, Karayolu Trafik Garanti Sigortası hesabına katılma payı ile sigorta sözleşmesine, bedeline veya primine ilişkin olarak mevcut ve ileride konulacak vergi, resim ve

<sup>35</sup> Havutçu/ Gökyayla, s. 221.

harçlardan oluşur. Sigorta bedelinin tamamı, sözleşme yapılır yapılmaz, poliçenin teslimi karşılığında peşinen ödenir.<sup>36</sup>

Kural olarak, sigorta bedeli peşin ödenir. Ancak, sigortacı kabul ederse, primler taksitle de ödenebilir. Sigortacının sorumluluğu her iki halde de poliçenin düzenlendiği andan itibaren başlar. Sigorta ettiren sözleşmeyi imzalarken rizikoyu etkileyecek hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.<sup>37</sup> Bununla birlikte, sözleşme yapıldıktan sonra da sigorta ettiren, rizikoyu artıran veya azaltan durumları sigortacıya haber vermekle yükümlüdür. Aksi halde, sigortacı artması gereken prim değeri kadar sorumluluktan kurtulur. Ödemesi gereken tazminatı ödedikten sonra sigorta ettirene rücu edebilir.<sup>38</sup>

ZMSS Genel Şartları uyarınca, sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesi halinde aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

**a.** Sigorta sözleşmesinde yer alan, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya ihbar etmelidir.

**b.** Sigortalı değilmişçesine gerekli kurtarma ve koruma önlemlerini almalı ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek talimata uymalıdır.

**c.** Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin vermelidir.

**d.** Zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermelidir.

<sup>36</sup> 11.02.2006 tarihli 26077 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan Tebliğ.

<sup>37</sup> Şeker, Zehra, Sigorta Ettirenin Akit Öncesi İhbar Görevine İlişkin Alman Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş günü Armağanı*, s. 547-554, İstanbul 2001, s. 550.

<sup>38</sup> Möller, Hans, *Versicherungsvertragsrecht*, Wiesbaden-1971, s. 21; Eichler, Hermann, *Versicherungs-vertragsrecht*, Karlsruhe 1976, s. 45.

e. Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmeleri varsa, bunları sigortacıya bildirmek yükümlülüğündedir.

Eğer zarar gören sigortacıya karşı doğrudan tazminat davası açarak zararının giderilmesini istemişse, zarara neden olan sigorta ettiren kişi bu davaya ferî müdahil olarak sigortacının yanında katılabilmelidir. Çünkü bu davada sigortacı aleyhine verilecek tazminata ilişkin hüküm daha sonra sigortacı tarafından açılacak rücu davasında esasa konu olacaktır.<sup>39</sup>

Bununla birlikte sigortacı, zarara neden olan tarafın, ilerde davanın iyi yürütülmediğini ileri sürerek rücu hakkını kısıtlamaması için, sigortalının açtığı tazminat davasını HUMK m. 49 uyarınca ihbar edebilmeli ve onun yardımını isteyebilmelidir. İhbar üzerine üçüncü kişi yani zarara sebep olan kişi davaya ferî müdahil olarak katılabilir veya hareketsiz kalarak davanın sonucunu bekleyebilir.<sup>40</sup>

Ayrıca sigorta ettiren, üçüncü kişilerin zarara ilişkin talepleri halinde, sigortacının yazılı muvafakati olmadan zararı kısmen veya tamamen kabul etmemek zorunda olduğu gibi, ödemede bulunmamak zorundadır. Sigorta ettiren bu yükümlülükleri yerine getirmediği için sigortacı zarar görene gereğinden fazla tazminat ödemişse, sigortacı bu fazla kısım için sigorta ettirene TTK m. 1301/2 uyarınca rücu edebilir.<sup>41</sup>

Zarar gören kişiler sigorta şirketine karşı tazminat talep haklarını doğrudan kullanabilecekleri gibi dava yoluyla da kullanabilirler (KTK m. 97). Zarar gören üçüncü kişi sigorta ettirenin sigorta şirketini öğrendikten sonra zarara neden olan kişi ile kaza yerinde düzenledikleri veya resmi memur tarafından düzenlenen kaza ve zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu temin ederek, zararının tazmin edilmesi için bir dilekçe ile sigorta şirketinin merkezine veya şubelerinden birine başvurur.<sup>42</sup> Sigorta şirketinin sigorta poliçesindeki taz-

<sup>39</sup> Pekcanitez, Hakan, *Ferî Müdahale*, Ankara 1992, s. 13 vd.; Pekcanitez / Atalay / Özekes, *Usul*, s. 218.

<sup>40</sup> Atalı, Murat, *Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı*, Ankara 2007, s. 65; Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2004, s. 173; Pekcanitez / Atalay / Özekes, *Usul*, s. 223.

<sup>41</sup> Ulaş, s. 587-588; Gökcan/ Kaymaz, s. 240.

<sup>42</sup> 28.12.2007 tarihli 2007/27 sayılı Yalnız Maddi Hasarla Sonuçlanan Trafik Kazalarında Taraflarca Doldurulacak Kaza Tespit Tutanaklarına İlişkin Genelge ile taraf-



minat miktarını sekiz gün içinde ödeme yükümlülüğü vardır (KTK m. 99). Bu sürede ödememe halinde zarar görenin şikâyeti üzerine sigortacıya idari para cezası verilir.

Sigortalıya (zarar görene) ödemede bulunan sigorta şirketinin sigortalısına ödediği sigorta bedeli kadar, halefiyet prensibi gereği, sigorta ettirene (zarar sorumlusuna) karşı rücu hakkı vardır.<sup>43</sup> Rücu hakkı, zarar gören alacaklıya karşı sözleşmeden veya haksız fiilden dolayı diğer kişiler ile birlikte tazminat sorumluluğu taşıyan ve zararın tafisi için kendisine müracaat edilen borçlunun bunu ödedikten sonra diğer borçlulara hisseleri oranında başvurmasıdır.<sup>44</sup> Sigorta şirketi, rücu hakkını dava yoluyla da kullanabilir. Bu davaya rücu davası (*Regreßklage*) adı verilir.

ZMSS'deki rücu hakkının ve bu hakkın kullanılacağı rücu davasının esası halefiyet prensibidir (*Nachfolgesprinzip*).<sup>45</sup> Sigortacının halefi-

---

lara belli durumlarda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca yalnız maddi hasara yol açan trafik kazalarında tarafların kazanın oluş şeklinin kendilerince doldurulacak tutanak ile tespitinde anlaşmaları halinde, trafik kaza tespit tutanağı düzenleme yetkisi verilmiştir. Taraflarca usulüne uygun düzenlenecek tutanak, trafik zabıtasınca düzenlenen trafik kaza tespit tutanağı hükmündedir. Hak sahipleri, karşı tarafın Karayolu Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) poliçesini veya kendi araçlarının kasko sigortası poliçesini düzenleyen sigorta şirketine, doldurdukları Tutanak ve varsa fotoğraflar ile başvurmalıdır. Başvurulan sigorta şirketi en geç takip eden iş günü sonuna kadar Tutanak ve varsa fotoğrafları elektronik ortamda Trafik Sigortalı Bilgi Merkezi'ne (TRAMER) iletir. Bununla birlikte Sigorta şirketleri Tutanak ve varsa fotoğrafların TRAMER tarafından gönderilmesini müteakip üç iş günü içinde kaza krokilerini de dikkate alarak Tutanak çerçevesinde %0, %50 ve %100 oranlarına göre sorumluluk değerlendirmesini yapar. Her bir şirket kendi sorumluluk değerlendirmesi sonucunu elektronik ortamda TRAMER'e iletir. TRAMER, iletilen değerlendirmelerde mutabakata varıldığını tespit ederse, bu çerçevede belirlenen sorumluluk oranlarını ilgili sigorta şirketlerine bildirir. Şirket değerlendirmelerinde farklı sonuçlara ulaşıldığının tespiti halinde, Tutanak ve varsa fotoğraflar TRAMER bünyesinde oluşturulan ilgili Tutanak Değerlendirme Komisyonu'na TRAMER'ce sunulur. Komisyon, Tutanak ve varsa çekilen fotoğrafları inceleyerek sorumluluk oranlarını %0, %50 ve %100 oranları çerçevesinde kesin olarak belirler. Sonuç TRAMER aracılığıyla ilgili şirketlere elektronik ortamda bildirilir. İlgili sigorta şirketi kendisine sorumluluk oranlarının iletilmesinin ve gerekli belgelerin tamamlanmasının ardından sekiz iş günü içinde sorumlu olduğu tazminatı öder.

<sup>43</sup> Araslı, Utkan, Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar, *Yargıtay Dergisi*, C. 33, S. 3, 2007, s. 241-265, s. 263.

<sup>44</sup> Karşlı, Abdurrahim, *Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları*, İstanbul 1994, s. 18.

<sup>45</sup> Zeyneloğlu, Ahmet, *Taşınma Hukuku*, Ankara 1993, s. 384.

yet hakkının kaynağı TTK m. 1301 ve sigorta sözleşmelerindeki genel şartlardır. ZMSS'deki rücu hakkının, halefiyete dayalı bir hak olduğu Karayolları Motorlu Araçlar ZMSS Genel Şartları'nın B.3. maddesinde de belirtilmiştir. Burada, esas itibarıyla, sigortalının kendisine zarar verene karşı açacağı tazminat davası, onun halefi sıfatı ile sigortacı tarafından açılır. Bu suretle, zarar gören sigortalının aynı zarar için iki defa tazminat alarak haksız zenginleşmesi önlediği gibi, sigortalıya zarar veren kimsenin sorumluluktan kurtulması gibi haksız bir durumun ortaya çıkması da engellenmiş bulunmaktadır.<sup>46</sup>

Halefiyet prensibi gereği işletenin halefi durumundaki sigortacı, kendisine karşı açılacak tazminat davasında KTK m. 86/I' deki işleteni sorumluluktan kurtaran veya azaltan sebepleri öne sürebilir.<sup>47</sup>

Zarar görenin kusuru varsa, bu durum sigorta şirketinin ödeyeceği tazminatta indirim nedenidir. İndirim oranı, sigortacının ödeyeceği sınırlı limit üzerinden değil, tüm zarar üzerinden hesaplanır. Eğer kazada zarar gören kişiler birden fazla ise; sigortacının ödeyeceği tazminat kazada zarar görenler arasında sayı ve zararları da gözetilerek garameten bölüştürülür.<sup>48</sup>

Motorlu aracın neden olduğu zarar sonucu ZMSS ile tazminat ödeme yükümlülüğünü üzerine alan sigortacının sorumlu olduğu miktar için, zarar gören dava yolundan önce İİK hükümleri uyarınca ilamsız icra takibi yapılabilir. Bu takibe karşı sigortacı, İİK m. 67 uyarınca itirazda bulunursa; icra mahkemesi, zarar gören lehine icra inkâr tazminatına hükmedemez çünkü alacak likid değildir.<sup>49</sup> Henüz sigortacının tazmin edeceği zarar miktarı belirlenmemiş; sadece ödeyeceği limit belirlenmiştir.

<sup>46</sup> Ulaş, s. 124.

<sup>47</sup> İşletenin sorumluluğunu yüklenen sigortacı da zarar görenin birlikte kusurunu (KTK m. 86) ileri sürebilir. Yargıtay 11. HD'nin istikrarlı uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay 11. HD, 2.11.1995T., 7129/8254E., bkz. Ulaş, s. 601; Gökcan/ Kaymaz, s. 244.

<sup>48</sup> Yargıtay 11. HD, 7.5.1981 T., 1861/2242E., bkz. Karahasan, Mustafa Reşat: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara 1981, s. 1162; Gökcan/ Kaymaz, s. 245.

<sup>49</sup> Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkan Sungurtekin, Meral / Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2007, s. 231; Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, Konya 2008, s. 56; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2005, s. 152; Gökcan / Kaymaz, s. 246; Ulaş, s. 665.

Zarar gören sigortalıya karşı dava yoluna başvurmuş ise ZMSS Genel Şartlarının B.2. maddesi uygulanır. Buna göre, sigortalı zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve zarar ziyan talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermek yükümlülüğü altındadır.

Zamanaşımına ilişkin husus TTK m. 1268'de ve bu konuda daha özel ve benzer bir düzenleme olan KTK m. 109'da açıkça belirtilmiştir.<sup>50</sup> KTK m. 109'a göre; motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları ise, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.

## V. SİGORTA ŞİRKETİNE, ZARARIN SORUMLUSUNA RÜCU ETME İMKÂNI VEREN NEDENLER

Sigortacı; ZMSS kapsamında ödediği tazminatı, zarara neden olan sigorta ettirenden, halefiyet prensibi gereğince, ZMSS Genel Şartları B.4. hükmünde belirtilen durumlardan herhangi birisi varsa geri alabilir. Bu durumlardan hiçbirisi gerçekleşmemişse, sigorta şirketi, rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zarara ve bundan doğan tazminata kendisi katlanmak zorunda kalacaktır. ZMSS Genel Şartları'nın B.4. maddesinde sayılan ve sigorta şirketine rücu imkânı veren nedenler şunlardır:

a. Tazminatı gerektiren olayın, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş olması,

<sup>50</sup> Bozer, s. 298; Vural, Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1981, s. 87; Arkan, Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara 1982, s. 209.

b. İşletenin, yetkili makamlardan izin almaksızın düzenlenen bir yarış için KTK uyarınca yapılması gereken özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu biliyorsa veya gerekli özeni göstermesi halinde bilebilecek durumda olması,

c. Tazminatı gerektiren olayın, aracın KTK hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan kişiler tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmiş olması,

d. Tazminatı gerektiren olayın, işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin veya motorlu aracın hatır için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olarak aracı sevk ve idare etmeleri esnasında meydana gelmiş olması veya olayın yukarıda sayılan kişilerin alkollü içecek almış olmaları nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş bulunmalarından ileri gelmesi,

e. Tazminatı gerektiren olayın, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş olması,

f. Sigorta ettirenin, rizikonun gerçekleşmesi halinde, B.1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesinden dolayı zarar ve ziyan miktarında bir artış olması,

g. Tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında işletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğunun tespit edilmesi hallerinde,

Sigorta şirketi zarara neden olan kişiye karşı rücu davası açarak veya Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurarak sigortalıya ödediği tazminat bedelini geri isteyebilir.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> 14.06.2007 tarihinde 26552 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinde, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabileceği belirtilmiştir. Sigortacılık yapan kuruluşla uyuşmazlığa düşen kişinin Komisyona başvurusu, öncelikle raporörler tarafından

## VI. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Sigortacı zarar görenin zararını tazmin ettikten sonra, zarar görenin davaya ilişkin haklarını kendisi kullanır. Sigortacı ZMSS Genel Şartları'nın B.3. maddesi gereğince, ödediği tazminatı sigorta ettirene açacağı rücu davası yolu ile alabilir.

### A. Görevli Mahkeme

Halefiyete dayalı sigorta rücu davası aslında bir tazminat davasıdır. Bu nedenle görevli mahkeme tespit edilirken HUMK'nın 1 ve 8. maddeleri dikkate alınacaktır.<sup>52</sup> Buna göre, mamelek hukukundan doğan, miktar ve değeri kanunda tayin edilen miktarı geçmeyen davalar sulh hukuk mahkemesinde, bu miktarın üzerindeki ise asliye hukuk mahkemesinde görülecektir (HUMK m. 8).<sup>53</sup> Görevli mahkemenin tespitinde sigorta şirketinin zarar görene ödediği, bu nedenle zarara neden olan kimseden (sigorta ettirenden) talep ettiği tazminat miktarına göre görevli mahkeme belirlenecektir.<sup>54</sup>

Sigortacının halefiyeti prensibi TTK m. 1301'de düzenlendiği ve TTK'da düzenlenen konuların ticari dava sayılacağı TTK m. 4/1 de belirtildiği için, sigortacının açacağı rücu davasının mutlak ticari dava

---

incelenir. Raportörler en geç on beş gün içinde incelemelerini tamamlamak zorundadır. Raportörler tarafından çözümlendirilemeyen başvurular sigorta hakeimine iletilir. Hakemler tarafından yapılacak yargılamada esnasında Sigortacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kıyasen uygulanır. Hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece halledilir. Ancak, bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir. Hakemler, sadece kendilerine verilen evrak üzerinden karar verir. Seçilen sigorta hakeimi mücbir nedenler ve umulmayan haller hariç olmak üzere görevi reddedemez. Bununla birlikte, taraflar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hâkimi ret nedenlerine dayanarak hakemi reddedebilir. Uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, açık ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirlenmemişse, hakemin verdiği kırkbin Türk Lirasına kadar olan kararlar her iki taraf için kesindir. Kırkbin Türk Lirasının üzerindeki kararlar için temyize gidilebilir. Her halükârda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesi hükümleri saklıdır. Temyize ilişkin usul ve esaslar hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.

<sup>52</sup> Karslı, s. 97; Ulaş, s. 144.

<sup>53</sup> Bu miktar 2010 yılı için 7.230 TL'dir.

<sup>54</sup> Kuru / Yılmaz / Arslan, *Usul*, s. 133.

olarak nitelendirilmesi ve bu davaların ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür.<sup>55</sup> Buna karşı olan görüş ise; zarara uğrayanın zararına yol açan haksız fiil, umumiyetle ticari nitelikte bir işten doğmayacağından, taraflar tacir olsalar dahi zarar haksız fiilden kaynaklandığı için davaya meblağa göre asliye veya sulh hukuk mahkemelerinde bakılması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>56</sup> Bize göre; halefiyet prensibinin TTK'da düzenlendiğinden yola çıkarak bütün rücu davalarını ticaret mahkemelerinin görev alanına sokmak zorlama bir yorum olacaktır. Ayrıca bu durumu kabul edersek, tacir olmayan kimseler ticari davalarda tacir lehine uygulanan defterlerin kanıt olarak kullanılması, ticari örf ve adet kurallarına dayanılması gibi usullerden yararlanamayacaktır. Bu nedenle sadece her iki tarafın tacir olduğu ve ticari işletmeyi ilgilendiren durumlara ilişkin rücu davalarının nispi ticari dava kapsamında değerlendirilerek ticaret mahkemelerinde görülmesi daha uygun olacaktır. Bir davanın nispi ticari dava sayılması için gözetilmesi gereken kıstas, tarafların tacir olması ve ticari işletmeyi ilgilendiren bir ticari iş niteliğinin bulunup bulunmadığıdır. Eğer zarar gören sigortacının, tazminat borçlusu aleyhine açacağı rücu davası bu niteliği taşımayan, asliye ticaret mahkemesinde açılmaması gereken bir dava ise, davalı ilk itiraz olarak işbölümü itirazında bulunmalıdır.<sup>57</sup> İlk itiraz süresi içerisinde işbölümü itirazında bulunulmaz ise, ticaret mahkemesi re'sen bu hususu gözetemeyeceği için davaya bakması gereken asliye hukuk mahkemesine gönderme kararı veremeyecek ve rücu davası ticaret mahkemesinde görülecektir.<sup>58</sup>

## B. Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkemenin tespitinde kural olarak KTK m. 110 esas alınacaktır. Buna göre, motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorum-

<sup>55</sup> Omağ, Mustafa Kemal, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, İstanbul 1983, s. 161; Gökcan / Kaymaz, s. 269.

<sup>56</sup> Orhunöz, s. 324; Karşlı, s. 102.

<sup>57</sup> TTK m. 5 uyarınca bir ticari davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi için görev sınırını aşması ve davanın görüleceği yerde asliye ticaret mahkemesinin kurulu olması gerekir. Görev sınırının altındaki davalar sulh hukuk mahkemesinde görülür. Davanın görüleceği yerde asliye ticaret mahkemesi kurulu değilse dava asliye hukuk mahkemesinde görülür.

<sup>58</sup> Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul-2000, s. 173 vd.; Ulaş, s. 145; Kuru / Yılmaz / Arslan, *Usul*, s. 216; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, *Usul*, s. 101.

luluğa ilişkin davalar, sigorta şirketinin merkezinin, şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilir. Aynı husus ZMSS genel şartlarının C.7. maddesinde de tekrarlanmıştır.

Sigortacının açacağı rücu davasında yetkili mahkemenin tespitinde de halefiyet ilkesi göz önüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle sigortalının zarar sorumlusuna karşı tazminat davasını hangi yer mahkemesinde açması gerekiyorsa, halefiyet ilkesi gereği sigortacının da rücu davasını aynı yer mahkemesinde açması gerekir. Buna göre, sigortalı ile zarar sorumlusu arasında bir yetki sözleşmesi mevcutsa, sigortacının da bu anlaşma hükümlerine uyması gerekir.<sup>59</sup> Sigortacının zarar sorumlusuna açacağı rücu davasında HUMK m. 9'daki genel yetki hükümleri de uygulanır.<sup>60</sup> HUMK m. 9'a göre, genel yetkili mahkeme davalının ikametgâhı mahkemesidir. Davalı birden fazla ise, rücu davası bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir. Ancak birden fazla davalı bakımından ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme mevcut ise davaya o mahkemede bakılır (HUMK m. 9/II, c.2). Trafik kazası haksız fiil teşkil edip, tüm davalılar bakımından, trafik kazasının meydana geldiği yer mahkemesi ortak yetkili mahkeme sayılır ve rücu davası burada görülebilir (HUMK m. 21). Bunun için tek şart, davanın kötü niyet ile davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye götürmek amacıyla açılmamış olmasıdır.<sup>61</sup> Eğer kanunda belirtilen kötü niyet söz konusuysa; bu dava hakkında yetkisizlik kararı verilerek diğer davadan ayrılır.

KTK m. 110'daki yetki kuralına esas teşkil eden ve paralel olan HUMK m. 21'e göre, haksız fiilden doğan zararı ödeyen sigortacı, zarar verene karşı rücu davasını kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde de açabilecektir. Ancak Yargıtay bir kararında KTK m. 110 hük-

<sup>59</sup> Ulaş, s. 146.

<sup>60</sup> Sigorta şirketinin açacağı rücu davasında 2918 sayılı KTK m. 110 gereği, sigortalının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı, bu nedenlerle davanın HUMK m. 9/II. maddesi gereğince yetki yönünden reddine karar verilmesi usulsüzdür. Yargıtay 1. HD, 22.11.1990T.,1990/863E., bkz. Orhunöz, s. 327.

<sup>61</sup> Görülmekte olan dava tüm davalıların ikametgâhlarının bulunduğu Şişli'de açılmışsa kazanın Eyüp'te meydana geldiği ileri sürülerek yetkisizlik itirazında bulunmak iyi niyetle bağdaşmaz. Yargıtay 4. HD, 31.10.1996 T, 8565/10514 E., bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, 1997/3, s. 365.

mü gereğince belirlenen yetkili mahkeme dışında HUMK'daki genel yetki kuralına uygun mahkemede açılan davanın, yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermiştir.<sup>62</sup> Bize göre, KTK m. 110 kesin yetki kuralı getirmediği için burada belirtilen mahkemelerle birlikte genel yetki kuralı da uygulanabilmelidir.

Sigorta şirketinin rücu davasını yetkisiz mahkemede açması halinde, KTK m. 110 kamu düzenini ilgilendiren kesin yetki kuralı getirmediği için, yetki itirazının ilk itiraz olmasından dolayı, karşı taraf ilk itiraz süresi olan dava dilekçesinin tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde yetki itirazında bulunmadığı sürece mahkeme yetkili olup olmadığını re'sen inceleyemez ve yetkisizlik kararı veremez (HUMK m. 188,195). Bu durumda, taraflar arasında zımni yetki sözleşmesi yapıldığı kabul edilir ve aslen yetkisiz olan mahkeme yetkilendirilmiş olur.<sup>63</sup>

## VI. RÜCU DAVASINDA TARAFLAR

ZMSS'deki halefiyet prensibi gereğince, sigorta şirketi, zarar görenin zararını tazmin ettikten sonra, zarar görenin dava açabileceği herkese karşı dava açabilir. İsviçre hukukunda ise, sigortacının, sadece sigortalının haksız fiiline karşı ileri sürebileceği tazminat taleplerine halef olacağı, kanundan dolayı veya sözleşmeden dolayı mesul kişileri takip ve dava edemeyeceği esası kabul edilmiştir.<sup>64</sup>

### A. Davacı Taraf

TTK madde 1301/1 gereğince, rücu davası açma hak ve yetkisi sigortalısına ödemede bulunan sigorta şirketine aittir. ZMSS'de sigorta şirketinin davacı olabilmesi için, sigortalı ile arasında sözleşme bulunması, sigortacının rizikonunun gerçekleşmesi üzerine buna istinaden sigortalısına ödeme yapması ve sigortalının zarar sorumlusuna karşı dava hakkının bulunması gerekir. Buradaki dava hakkından kasıt,

<sup>62</sup> Yargıtay kararında KTK m. 110 da belirlenen yetkili mahkeme dışında bir dava açılması ve bu davaya da karşı konulması halinde istenilen ve madde kapsamında yer alan mahkemelerden birine dosyanın gönderilmek üzere yetkisizlik kararı verilmesini öngörmüştür. Yargıtay 4. HD, 27.4.1989T, 1037/4037; bkz. Orhunöz, s. 323; Karşlı, s. 103.

<sup>63</sup> Kuru / Yılmaz / Arslan, *Usul*, s. 196; Pekcanitez / Atalay / Özkes, *Usul*, s. 99.

<sup>64</sup> Karşlı, s. 136.



ZMSS B.4. maddesinde sayılan durumlardan birinin gerçekleşmiş olması sonucu rücu hakkının doğmasıdır. Sadece bu durumlardan birinin varlığı halinde sigortacı ödemiş olduğu zararı, zarara neden olan kişiden (sigorta ettirenden) rücu davası yolu ile geri talep edebilir.

Sigorta şirketinin rücu davası açabilmesi için, sigortalının zarar sorumlusunu önceden ibra etmemiş olması gerekir. Zaten sigorta şirketi, zararı tazmin etmeden önce zarar veren ve zarar gören aralarında anlaşarak zararın ibrasını gerçekleştirmişlerse, sigortacı zararı ödemediği için dava açamayacaktır.<sup>65</sup> Ancak, sigorta şirketi zararı ödedikten sonra zarar gören sigortalı ve zarar veren (sigorta ettiren) aralarında anlaşarak birbirini ibra etseler bile, bu anlaşma rücu davasında sigorta şirketine karşı ileri sürülemez. Sigorta şirketi ödediği tazminat miktarını, rücu davasında sigorta ettirenden (zarar verenden) talep edebilir.

## B. Davalı Taraf

Rücu davasında davalı taraf, sigorta şirketi ile ZMSS yapan (sigorta ettiren) ve bu sigorta gereğince verdiği zarar sigortacı tarafından tazmin edilen kişidir. Bu kişi, zarara yol açan işleten olabileceği gibi, bağlı olduğu teşebbüs veya kanunen işleten gibi sorumlu tutulan, işveren gibi kişilerde olabilir.

Davalının iflas etmesi durumunda rücu davası iflas idaresine karşı açılabilir. Davalının vefatı halinde ise, külli halefiyet gereği mirasçılarına karşı dava açılabilir.<sup>66</sup> Eğer sigortalı karşısında birden fazla sorumlu kişi bulunuyorsa, sigortacı bu kimselere karşı müteselsil sorumluluk esaslarına göre rücu davası açabilir.

## VII. RÜCU DAVASINDA İSPAT VE HÜKMÜN VERİLMESİ

Sigortacının açacağı rücu davasında üçüncü kişi (zarar veren taraf), sigortalı tarafından dava edilseydi ispat yükü hangi tarafta ola-

<sup>65</sup> Davacı sigorta şirketinin davası TTK'nın 1301. maddesi hükmü gereğince halefiyet hakkına dayandığına ve sigortalı asilin ise gerekli teminatı davalıdan almak suretiyle onu ibra etmiş bulunduğuna göre, davacı sigorta şirketinin davalıdan bir talep ve dava hakkı kalmamıştır. Bu nedenle sigorta şirketinin açtığı rücu davasının reddi gerekir. Yargıtay Özel Dairesi 1979 T., 4248/4270E., bkz. Ulaş, s. 150.

<sup>66</sup> Ulaş, s. 157.

caksa, sigortacının açtığı rücu davasında da ispat yükümlülüğü yine o tarafın üzerindedir. Diğer bir deyişle sigortalıya ait ispat yükü, tazminatın ödenmesinden sonra sigortacıya, sorumlu kişiye ait ispat yükü de yine zarar verene düşer. Buna göre, bir haksız fiil söz konusu ise, zararın doğumunu ve zarardan dolayı üçüncü kişinin sorumlu olduğunu ispat yükü sigortacıya aittir. Sigortacı kendisine düşen ispat yükünü yerine getirdikten sonra; yani zararın ZMSS'deki şartlardan biri nedeniyle meydana geldiğini, bu nedenle kendisinin bu zarara ilişkin kanuni sorumluluğunu sigorta limiti dâhilinde yerine getirdiğini, ancak zararın ZMSS B.4. maddesindeki durumlardan biri içerisinde doğduğu için zarara neden olan sigorta ettirene rücu hakkının bulunduğu ispatlaması gerekir. Bunlar ispatlandıktan sonra, ispat yükü zarara neden olan sigorta ettirene geçer.

İspat yükü kendine geçen sigorta ettiren ise; kazanın ZMSS B.4. maddesinde sayılan durumlardan biri içerisinde meydana gelmediğini, sigortacının rücu zamanaşımı süresinin geçtiğini ve buna benzer itiraz ve def'ileri ispatlayarak rücu yolu ile zararı ödemekten kurtulabilir.

İşletilme halinde olmayan aracın kaza yapması halinde, kazaya işletenin veya yardımcılarının kusuru veya araçtaki bozukluk sebep olmuşsa, bu hususu ispat yükü zarar görene aittir.<sup>67</sup> Zarar gören üçüncü kişi bu durumlardan birini ispatlayarak zararını sigorta şirketinden tazmin edebilir. Sigorta şirketi de ödemiş olduğu bedeli, zarar ZMSS B.4/a fıkrasına göre 'işletenin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucu meydana gelmişse' rücu davası yolu ile geri isteyebilir. ZMSS

<sup>67</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 725; Tandoğan, s. 246; "Eren'e göre işleten, ilk önce, zararı doğuran kazanın, münhasıran mücbir sebep veya zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin ağır kusuru gibi bir sebepten ileri geldiğini ve dolayısı ile uygun illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak, bu ispat, işleteni sorumluluktan kurtarmaya yetmez. İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ikinci olarak, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusursuzluğu ile kazaya, araçtaki bozukluğun sebep olmadığını da ispat etmesi gerekir. Kanun, bu hükümle işleten aleyhinde bir kusur ve araç hakkında da bir bozukluk karinesi koymuş bulunmaktadır. Her iki hususun aksini ispat yükü, işletene yükletilmiştir. Burada işleten hem kusursuzluk kanıtını (Exculpationsbeweis) hem de aracın bozuk olmadığı kanıtını getirmek zorunda bırakılmıştır. İşleten, bu ikinci hususu ispat ettiği takdirde, kazanın ve dolayısı ile bundan doğan zararın tek başına illiyet bağını kesen sebeplerden birine, yani bir mücbir sebebe veya zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuruna dayandığını ispatlamış olur". Bkz. Eren, *İşveren*, s. 206.

B.4/a'daki durum söz konusu değilse sigortacı ZMSS gereğince zarara ve tazminata kendisi katlanır.

Sigorta şirketine rücu imkânı veren ZMSS Genel Şartları'nın B.4. maddesinde sayılan durumların çoğu hukuki fiilden ibaret olduğu için sigorta şirketi bu olayları sadece kesin delille değil, her türlü delille ispatlayabilir. Bununla birlikte, mahkeme bu durumların tespiti için re'sen belirlediği veya tarafların kararlaştırdıkları bir bilirkişiyi görevlendirebilir.

Davacı sigortacının, rücu davasında diğer davalardan farklı olarak her şeyden önce, asıl alacaklıya bir ödemede bulunduğunu ve onun halefi sıfatıyla dava açma hakkının doğduğunu ispat etmesi gerekir. Doktrinde bazı yazarlar, sigortacının ödemede bulunduğu hususunu her türlü vasıta ile ispat edebileceğini ileri sürmüştür.<sup>68</sup> Ancak, bizim de katıldığımız karşı görüşe göre, HUMK m. 288'deki senetle ispat zorunluluğu burada da geçerli olmalıdır.<sup>69</sup> Çünkü burada bir hukuki fiil değil, rahatlıkla senede bağlanabilecek hukuki işlem söz konusudur ve belli bir limitin üzerindeki hukuki işlemler senetle ispatlanmak zorundadır.<sup>70</sup>

Sigortacının ödemede bulunup bulunmadığı ve bu nedenle halefiyet hakkının varlığı çekişmeli ise, sorumlu kişi, sigortacıya herhangi bir ödemede bulunmadan sorumlu olduğu meblağı doğrudan sigortalıya ödeyebilir.

Zararın meydana gelmesinden sonra, sigortalının sorumluya karşı veya sorumlu kişinin sigortalıya karşı ileri sürebileceği def'iler, sigortacının rücu davasında da ileri sürülebilir. Sigortalıya ait olan haklar, def'ilerle birlikte sigortacıya geçer.<sup>71</sup> Bununla birlikte, zarardan sorumlu olan kişi de sigortalıya karşı ileri sürebileceği bütün def'ileri, örneğin, sigortalıya zararını ödediğini veya takas def'ini, aynen sigortacıya karşı da ileri sürebilir.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Bozer, s. 215; Atabek, Reşat, *Sigorta Hukuku*, 1950-İstanbul, s. 181.

<sup>69</sup> Omağ, s. 169; Ulaş, s. 153; Karşı, s. 140.

<sup>70</sup> Senetle ispat sınırı 2010 yılı için 550 TL'dir. Bkz. Kuru / Yılmaz / Arslan, Usul, s. 472.

<sup>71</sup> Atabek, Reşat, Halefiyet ve Rücu, *İş Hukuku Dergisi*, S. 3,C.1, 1969, s. 226-296, s. 242

<sup>72</sup> Buna göre, sigortacının halefiyet hakkını zarar verenlere karşı kullanabilmesi sigortalısının kendisine zarar verenlere karşı dava hakkının bulunmasına bağlıdır. Somut olayda davacı şirketin sigortalısı olan dava dışı Ahmet M. Ö. tarafından da-

ZMSS'deki tazmin yükümlülüğü sözleşmeden doğar. Sigortacı, sigorta sözleşmesindeki tazmin şartını yerine getirmişse rücu hakkına sahiptir. Zarar veren ile sigortacı arasındaki iç ilişkide, rücu hakkının kullanılmasıyla ilgili ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda, sözleşmede ve kanunda bir hüküm bulunmayan durumlarda, bir hak iddia eden taraf bunu ispatla da mükelleftir.

Zarardan sorumlu olan kişi, sigortacının kendisine karşı açtığı rücu davasında, zararın doğumunda sigortalı tarafın da kusurunun bulunduğu ve bu nedenle BK m. 44 gereğince tazminattan bir miktar indirim yapılmasını sigortacıya karşı ileri sürebilir. Çünkü halefiyet yoluyla üçüncü kişinin durumunun ağırlaştırılması hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle, davayı sigortalı açmış olsaydı, üçüncü kişinin ona karşı kendi kusuru nedeniyle tazminattan bir miktar indirim yapılmasını sağlaması mümkün iken, halefiyet yoluyla açılan rücu davasında bunun sigortacıya karşı dermeyan edilememesi kabul edilemez.<sup>73</sup>

Rücu davasında asıl alacaklı davanın taraflarından sayıldığı için tanık olarak dinlenemez.<sup>74</sup> Ancak bize göre asıl alacaklı (zarar gören), sigorta şirketi ile sigortalı arasındaki rücu davasında tanık olarak dinlenebilmelidir. Çünkü zarar gören, rücu davasında taraf değildir ve kendi zararı, rücu davasından önce tazmin edildiği için yapacağı tanıklığın HUMK m. 245 gereğince, mali yönden kendisine zarar verecek niteliği yoktur.

Rücu davası tazminata konu olan miktar gözetilerek sulh hukuk mahkemesinde görülmüşse basit yargılama usulü uygulanacaktır. Rücu davasına konu olan tazminat miktarı görev sınırının üzerindeyse, asliye hukuk mahkemesinde, yazılı yargılama usulüne göre yargılama yapılacaktır.

---

valı T. Sigorta A.Ş. yararına düzenlenen feragatnamenin varlığı karşısında, davacı sigorta şirketinin davalı sigorta şirketine karşı halefiyete dayalı olarak dava açma hakkının kendi sigortalısı tarafından ortadan kaldırılmış olduğu anlaşılmakla, davalı sigorta şirketine yönelik olarak açılan rücu tazminat alacağına ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalı sigorta şirketi yönünden de davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle mümeyyiz davalı şirket yararına bozulması gerekmiştir. Yargıtay 11. HD, 23.12.2004T.,2004/10827E, bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?s=a95d5e388cbac770cb16e4505b022aa6&t=5495>

<sup>73</sup> Kılıçoğlu, s. 419.

<sup>74</sup> Karşlı, s. 152; Atabek, *Halefiyet*, s. 251.

Rücu davasına bakan mahkeme, yukarıda saydığımız rücu şartları gerçekleşmişse sigortacının talebine uygun olarak, sigortacının tazmin ettiği miktarın ve yaptığı diğer giderlerin asıl sorumlu tarafından, sigorta şirketine rücu eden ödenmesine karar verecektir.

Mahkemenin nihai hükmüne karşı tarafların genel usul hukuku kuralları çerçevesinde kanun yoluna başvurma hakları vardır.<sup>75</sup> Hükmün kesinleşmesinden sonra sigorta şirketi lehine tayin olunacak tazminat miktarı kesindir. İleride zarar arttığı için sigorta şirketinin ödeyeceği tazminat miktarı artsa da, bu miktarın rücu yoluyla sigorta ettirenden istenmesi mümkün değildir.<sup>76</sup> Ancak sigorta şirketi açtığı rücu davasını kısmi dava olarak açmışsa mahkeme de kısmi davanın tamamen kabulüne karar vermişse sigorta şirketi, ileride aynı sebepten doğan zararın artması halinde ek bir dava açabilir ve kısmi davada verilen hüküm bu ek davada kesin delil teşkil eder.<sup>77</sup>

## SONUÇ

Trafik kazaları sonucunda sigortalının maddi zararlarını sigorta limiti dâhilinde karşılamayı amaçlayan ZMSS, motorlu taşıt işletenler için yaptırılması zorunlu olan bir sigorta türüdür. Bu sigorta ile zarar görenin uğradığı zarar sigorta şirketi tarafından kolayca tazmin edilir. Bu tazminatın hukuki sebebi KTK m. 85'te düzenlenen kusursuz sorumluluk ilkesidir. Kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince, zarar görenin zararını tazmin eden sigorta şirketi, belli şartlar varsa ödemiş olduğu bedel miktarınca zarara neden olan işletene rücu edebilir.

TTK'da düzenlenen ve rücu davalarına esas teşkil eden halefiyet prensibi gereğince, sigorta şirketi tazminatı ödedikten sonra zarar gören sigortalının yerine geçer ve zarara neden olana karşı rücu hakkını dava yolu ile kullanır. Bu davalara bakacak görevli mahkemelerin tespitinde HMUK'daki genel hükümler göz önünde bulundurulur. Yet-

<sup>75</sup> 2010 yılı için 1.430 TL'nin altında kalan mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesindir. Bu karara karşı taraflar temyiz yoluna başvuramaz. Bkz. Pekcanıtez / Atalay / Özkan-Sungurtekin / Özeker: *Usul*, s. 574; Kuru / Yılmaz / Arslan, *Usul*, s. 655.

<sup>76</sup> Gültaş, Veysel/ Öksüm, Aslı, *Rücu Davaları Konusunda Seçilmiş Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri Kararları*, Ankara 2009, s. 68.

<sup>77</sup> Kuru / Yılmaz / Arslan, *Usul*, s. 302.

kili mahkemenin tespitinde ise kural olarak KTK m. 110 esas alınacaktır. Buna göre, motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi, kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılacaktır. Bununla birlikte KTK m. 110 kesin yetki kuralı getirmediği için bu mahkemelerle birlikte HMUK'daki genel yetki kuralları da geçerli olacaktır.

Rücu davası, tazminata konu olan miktar gözetilerek, sulh hukuk mahkemesinde görülmüşse basit yargılama usulüne, asliye hukuk mahkemesinde görülmüşse yazılı yargılama usulüne tabi olacaktır.

### KAYNAKLAR

- Adal, Erhan, Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi, *Batider*, C. II, S. 3, 1964, s. 384-396.
- Adıgüzel, Burak, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Harsardan Doğan Sorumluluğu*, İstanbul 2003.
- Akhisar, İlyas / Bölükbaşı, Ayşe Gül, Kasko Sigortalarında Başarısızlığı Önlemek İçin Fiyatlandırma Modellemesi, *10. Ekonometri ve İstatistik Sempozyumu*, Erzurum 2009, s. 1-23.
- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2004.
- Araslı, Utkan, Rücu Davalarında Tavan Sınırlamasının İptali ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar, *Yargıtay Dergisi*, C. 33, S. 3, 2007, s. 241-265.
- Arkan, Sabih, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara 1982.
- Atabek, Reşat, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1950 (Sigorta).
- Atabek, Reşat, Halefiyet ve Rücu, S. 3, C.1, *İş Hukuku Dergisi*, 1969, s.226-296 (Halefiyet).
- Atalı, Murat, *Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı*, Ankara 2007.
- Bolatoğlu Bolat, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1988.
- Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku*, Ankara 2007.
- Çeliktaş, Demet, *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, İzmir 1987.
- Deschenaux, Henri/ Tercier, Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, (Çeviren; Salim Özdemir), Ankara 1983.

- Eichler, Hermann, *Versicherungs-vertragsrecht*, Karlsruhe 1976.
- Eren, Fikret, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, *AÜHFED*, C. 39, S. 1-4, s. 159-212 (Karayolları).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara 1974 (İşkazası).
- Farny, Dieter / Helten, Elmar / Koch, Peter / Schmidt, Reimer, *Handwörterbuch der Versicherung (HdV)*, Kalsruhe 1988.
- Gökcan, Hasan Tahsin / Kaymaz, Seydi, *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Suçları*, Ankara 2008.
- Gültaş, Veysel / Öksüm, Aslı, *Rücu Davaları Konusunda Seçilmiş Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri Kararları*, Ankara 2009.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Karayolu Trafik Kanunu Tasarısına Göre Motorlu Taşırların Sebep Olduğu Zararlar Doğan Hukuki Sorumluluk, *Trafik Sigortası, (V.Ticaret ve Banka Hukuku Haftası)*, 23-25 Nisan 1973 Tarihinde Yayınlanan Bildirimler-Tartışmalar, Ankara 1973.
- Havutçu, Ayşe / Gökyayla, Emre, *Uygulamada 2918 Sayılı Kanuna Göre Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1999.
- Karahasan, Mustafa Reşat, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, C. 6, Ankara 1981.
- Karşlı, Abdurrahim, *Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları*, İstanbul 1994.
- Kılıçoğlu, Ahmet, 2918 Sayılı Yasaya Göre Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğu, *Batider*, C. XII, 1984, s. 395-446.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2005 (İcra).
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2006 (Usul).
- Metezade, Zihni, *Zorunlu Sigortalar, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Dergisi*, Ankara 2006.
- Möller, Hans, *Versicherungsvertragsrecht*, Wiesbaden 1971.
- Nomer, Cahit, *Sigortacılığın Genel Prensipleri ve Reasürans*, İstanbul 1977.
- Omağ, Mustafa Kemal, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, İstanbul 1983.
- Orhunöz, Ergun, *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk, Tazminat, Sigorta*, Ankara 1998.

- Özsunay, Ergun, Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak "İşleten" (Araç Sahibi) Kavramı, *Batider*, C. II, 1971, s. 384-396.
- Pekcanitez, Hakan, *Fer'i Müdahale*, Ankara 1992.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2007 (Usul).
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkan Sungurtekin, Meral / Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2007 (İcra).
- Saymen, F. Hakkı/ Elbir, H. Kemal, *Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler*, C. I, İstanbul 1958.
- Schirmer, Koch Peter / Seifert, Reinhardt / Helmut, Wagner Jürgen, *Allgemeines Recht Versicherungsrecht*, München 2003.
- Şeker, Zehra, Sigorta Ettirenin Akit Öncesi İhbar Görevine İlişkin Alman Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş günü Armağanı*, İstanbul 2001, s. 547-554.
- Şenocak, Kemal, Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, *AÜHF Dergisi*, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 365-424.
- Tandoğan, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara 1981.
- Tekinay, S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993.
- Tunç, Ramazan, Karayolları Trafik Kanununa Göre Kurtuluş Kanıtı, *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1991.
- Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Sigorta Hukuku*, Ankara 1998.
- Ulukapı, Ömer, *İcra ve İflas Hukuku*, Konya 2008.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000.
- Vural, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara 1981 (Trafik).
- Vural, Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri, *Yargıtay Dergisi*, 1981(Kusur).
- Yılmaz, Hamdi, *Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması*, Ankara 1995.
- Yılmaz, Zekeriya, *Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk*, *Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, Ankara 2007.
- Zeyneloğlu, Ahmet, *Taşıma Hukuku*, Ankara 1993.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KONUSUNDA BAZI GENEL GÖZLEMLER ve 14. PROTOKOL

Rona AYBAY\*

## I. AVRUPA KONSEYİ

### 1. Giriş

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa Konseyi'nin yapısı içinde oluşmuştur. Dolayısıyla, bu konularda değerlendirmeler yapılırken; önce, Avrupa Konseyi hakkında bazı temel bilgilerin anımsatılması yerinde olacaktır.

Avrupa Konseyi, 1945 yılında sona eren II. Dünya Savaşı'nı izleyen yılların bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. II. Dünya Savaşı sonunda Avrupa kıtası, savaş sırasında uğranılan büyük maddi ve manevi kayıpların yanı sıra; uluslararası düzeyde kesin bir ikiye bölünmüşlük, (iki "kamp"a ayrılma) olgusuyla da karşı karşıya kalmıştı: Savaşta "kazanana" taraf olan devletlerin askeri güçleri, (bir yanda ABD ve müttefikleri, öte yanda Sovyetler Birliği) Nazi Almanya'sının başkenti Berlin'e doğru yürürken, Avrupa'yı da ikiye bölmüş oluyorlardı.

II. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'nın genel durumu, çok kaba hatlarıyla şöyle betimlenebilirdi:

Avrupa'nın Doğusu Sovyetler Birliği'nin, Batısı ise ABD'nin etki alanı haline gelmişti. Bunun sonucu olarak; Bulgaristan, Macaristan, Polonya, Romanya gibi Doğu Avrupa ülkelerinde Sovyet modelinde "sosyalist" devletler kurulurken, Batı Avrupa'da da ABD çizgisinde oluşan "demokratik" rejimler işbaşındaydı.

---

\* Avukat, Prof. Dr., TBB İnsan Hakları Merkezi Başkanı.

Avrupa'daki bu bölünmenin en belirgin biçimde ortaya çıktığı yer ise Almanya idi. Bu ülke, başkenti Bonn kenti olan Alman Federal Cumhuriyeti (Batı Almanya) ve başkenti Berlin<sup>1</sup> olan Alman Demokratik Cumhuriyeti (Doğu Almanya) olarak ikiye ayrılmıştı. Avrupa kıtasının bu bölünmüşlüğü, uluslararası siyaset bakımından Avrupa Konseyi'nin kurulmasına yol açan başlıca olgu sayılabilir.

Avrupa Konseyi, adının da gösterdiği gibi, Avrupa Kıtasına özgü 'bölgesel' nitelikte bir uluslararası örgüttür;<sup>2</sup> ama kurucuları arasında "sosyalist" Doğu Avrupa devletlerinden hiçbiri yoktur.

Avrupa Konseyi'nin merkezinin Strazburg kentinde kurulmasının da simgesel bir önemi vardır. Bu kentin bulunduğu "Alsas Loren" bölgesi, Almanya ve Fransa arasında tarih boyunca çekişme konusu olmuş ve savaşlar sonucunda bu iki devlet arasında birkaç kez el değiştirmiştir. II. Dünya Savaşı sonunda Fransa'nın egemenliğine geçen Alsas Loren, Alman ve Fransız kültürlerinin kaynaştığı bir bölgedir. Strazburg kenti, işte bu bölgede Almanya ile Fransa sınırına çok yakın bir yerdedir; sınırın bir yanından öteki yanına geçmek çok kolaydır. Avrupa Konseyi'nin merkezinin Strazburg'da kurulması, II. Dünya Savaşı'nda düşman olan iki devlet arasında, yeni Avrupa'ya örnek olacak simgesel bir dostluk noktası yaratma isteğini göstermektedir.

Ancak, Avrupa Konseyi merkezinin ülkesinde kurulduğu Fransa'nın, AİHS karşısındaki tutumu oldukça ilginçtir. Fransa, AİHS'yi 1950 yılında imzalamış ama çeyrek yüzyıla yakın bir zaman geçtikten sonra 1974'te onaylamıştır.

## 2. Avrupa Konseyi'nin Kurulması

II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden dört yıl kadar sonra imzalanan, 5 Mayıs 1949 tarihli Londra Antlaşması'yla (Avrupa Konseyi Statüsü) kurulması öngörülen bu örgütün kurucu üyeleri, 10 Batı Avru-

<sup>1</sup> Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin başkenti olan Berlin'de; ABD, Fransız ve İngiliz askeri bölgeleri de varlığını sürdürüyordu. "Batı Berlin" denilen bu bölge, "Batı Almanya"ya bağlı "özel" statüsü olan bir birim sayılıyordu.

<sup>2</sup> BM üyesi olan devletlerin "Birleşmiş Milletlerin amaçları ve ilkeleri ile bağdaşır" nitelikte bölgesel örgütler kurmalarına ve bu örgütlere üye olmalarına engel değildir. BM Anayasası'nın "Bölgesel Antlaşmalar" başlıklı VII. Bölümü (m. 52).

pa ve İskandinav ülkesiydi: *Belçika, Birleşik Krallık (İngiltere), Danimarka, Fransa, Hollanda, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg ve Norveç.*

Avrupa Konseyi, askeri olmayan anlamında “sivil” bir örgüt olarak kurulmuştur: Statünün, Avrupa Konseyi’nin amaçlarını belirten 1. maddesi, üye devletlerin ulusal savunma (askerlik) sorunlarına ilişkin konuların, örgütün ilgi alanı dışında olduğunu açıkça göstermektedir.

Avrupa Konseyi’nin kuruluş belgesi (Statüsü) olan Londra Antlaşması’nda belirlenen amaçlar, şöyle özetlenebilir:

*İnsan haklarının korunması, çoğulcu (plüralist) demokrasi ve hukuk devleti (hukukun üstünlüğü) ilkelerinin uygulanması.*

Görüldüğü gibi, “insan haklarının korunması” Avrupa Konseyi’nin kuruluş aşamasından başlayarak, örgütün başta gelen amaçları arasında belirtilmiştir.

Öte yandan, Avrupa Konseyi’ne üyeliğin, üye devletlerin Birleşmiş Milletler ve öteki uluslararası örgütler yada birliklerle ilişkilerini ve işbirliğini etkilemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir (m. 1/c).

Örgütün amaçlarının gerçekleşmesi için; Avrupa’nın kültürel kimliği ve kültürel çeşitliliği konusundaki bilinçlenmeyi desteklemek ve teşvik etmek de, Avrupa Konseyi’nin işlevleri arasında öngörülmüştür. Avrupa Konseyi’nin kuruluş belgesinin (Statüsünün) Giriş bölümünde, kurucu devletlerin halklarının “ortak mirası olan ruhsal ve ahlaki değerleri”ne bağlılık vurgulanmıştır. Aynı belgede, Bu ideallerin daha iyi gerçekleşmesi için de, ekonomik ve sosyal ilerlemenin “Avrupa’nın aynı görüş ve düşüncede olan (like-minded) ülkeleri arasında daha yakın bir birliğe ihtiyaç bulunduğu” belirtilmiştir. Bu amaçların gerçekleşmesi için; ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel, hukuksal ve yönetsel konularda ve insan haklarının geliştirilmesi alanında Avrupa Konseyi organları aracılığıyla yapılacak görüşmeler yoluyla sonuç alınmasına çalışılacaktır. Görüldüğü gibi, askerlik (savunma) dışında, her türlü alanda üye devletler arasında yakın bir işbirliği öngörülmektedir. Bu amaçlara ilişkin öncelikler ve çalışma programları, zaman zaman yapılan devlet ve hükümet başkanları doruk toplantılarında belirlenip açıklanmaktadır.

İnsan haklarının korunması amacı yönünde gerçekleştirilen en büyük başarı AİHS’nin kabulü ve AİHM’nin kurulması olmuştur. Ama insan haklarının korunması konusunda Avrupa Konseyi yapısı için-

de başka kurumlar<sup>3</sup> da oluşturulmuştur. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), İşkenceyi Önleme Komitesi, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi (*Steering Committee for Human Rights; CDDH*) Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği gibi organlar da, insan hakları koruma düzeneklerinin geliştirilmesi, bu alanda bilgilendirmenin ve bilinçlendirmenin yaygınlaştırılması amacıyla çalışmalar yapmaktadır.

Öte yandan, AİHS'nin kapsamı dışında kalan sosyal haklarla ilgili olarak kabul edilmiş olan Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi (*European Social Charter*) organları aracılığıyla, yargısal denetime oranla çok zayıf da olsa, bir denetim düzeneği kurulmuştur. Ayrıca, Avrupa Konseyi, çeşitli konferanslar ve eğitim programları gibi etkinlikler düzenleyerek, "insan hakları" ülküsünün tanınmasına yardımcı olmaktadır.

Savunma (askerlik) konuları, Avrupa Konseyi ile hemen hemen aynı tarihte kurulan NATO (Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü) eliyle düzenlenmiştir. NATO Antlaşması, Avrupa Konseyi Statüsü'nün Londra'da (5 Mayıs 1949 tarihinde) imzalanmasından 1 ay kadar önce 4 Nisan 1949'da ABD'nin başkentinde imzalanmıştır. İmza tarihleri arasındaki bu yakınlık ve Avrupa Konseyi'nin kurucu devletlerinden İsveç ve İrlanda<sup>4</sup> dışındaki bütün üyelerin, aynı zamanda NATO'nun kurucu üye olması da, iki örgüt arasında yakın bir ilgi olduğunu göstermektedir.

Türkiye ve Yunanistan da, kuruluşundan hemen sonra, 1949 yılında Avrupa Konseyi'ne ve yaklaşık 3 yıl sonra da (1952 yılında) da NATO'ya üye olmuşlardır.<sup>5</sup>

NATO'nun kuruluşuna yol açan neden, Örgütün resmi bir yayınında şöyle açıklanmıştır: *1945'le 1949 yılları arasında, ekonomik olarak yeniden yapılanmanın acil bir ihtiyaç olarak karşılımlarına çıkması nedeniyle Batı Avrupa devletleri ve onların Kuzey Atlantik'teki müttefikleri; SSCB'nin yayımlı politikaları ve yöntemlerini kaygı ile gözlemlemişlerdir.*<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Her biri ayrı bir inceleme konusu olan bu kurumlara değinmekle yetiniyoruz.

<sup>4</sup> İsveç ve İrlanda, II. Dünya Savaşı'na katılmamış, "tarafsız" kalmışlardır.

<sup>5</sup> Türkiye, "kurucu" değildir. Yunanistan'la birlikte, kuruluşun hemen ardından 1949'da üyeliğe alınmıştır. Daha sonra Avrupa Konseyi'ne katılan Arnavutluk, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya, Romanya, Slovakya, Slovenya ve Estonya, Letonya, Litvanyada NATO'ya katılmış devletlerdir.

<sup>6</sup> *NATO Handbook*, October 1995, NATO Office of Information and Press, Brussels,

AİHS'nin ortaya çıkma nedenlerinin, üç İngiliz profesörce yazılmış ünlü bir kitapta benzer bir anlatımla açıklanmış olması ilginç görünmektedir. Yazarların anlatımı şöyledir: *AİHS, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Orta ve Doğu Avrupa devletlerine yayılan komünizme karşı bir kalkan yaratma isteğinden doğmuştur. AİHS, Batı Avrupa devletlerinin dayandığı ilkelerin simgesel bir bildirimi ve bu devletleri komünizmin yıkıcı etkisinden (communist subversion) koruyucu bir araç olarak ortaya çıkmıştır.*<sup>7</sup>

### 3. Avrupa Konseyi'ne Üyelik

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesine göre, her üye devlet, kendi yetki alanı içindeki yerlerde, hukuk devleti ilkesinin geçerliğini kabul edecek ve insan haklarının ve temel özgürlüklerin gerçekleşmesine çalışacak; Avrupa Konseyi'nin amaçlarının gerçekleşmesi için içtenlikle ve etkin biçimde işbirliğinde bulunacaktır. Üçüncü maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeye "istekli" ve "yetenekli" olan bir "Avrupa Devleti", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce üyeliğe çağrılabilir ve Statü'ye katılım belgesini onaylayıp konuyla ilgili belgeyi Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, usulüne uygun biçimde tevdi ederek üye olabilecektir (m. 4).

Üyeliği sözkonusu olan devletin, Statü'nün 3. maddesinde belirtilen koşulları (insan haklarının korunması, çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin uygulanması) yerine getirmeye yetenekli ve istekli olduğunun saptanması konusunda ilk değerlendirme Parlamenteler Meclisi'nin belirleyeceği raportörlerce yapılmakta; karar, sonuç olarak Bakanlar Komitesi'nce alınmaktadır.

Bakanlar Komitesi'nin olumlu sonuca varması üzerine, ilgili devlete resmen çağrıda bulunmaktadır. İlgili devletin Statü'nün onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi etmesiyle, üyelik kesinleşmektedir.

Başlangıçta, bir devletin Avrupa Konseyi'ne üye olması için AİHS'yi onaylamış olması yada onaylamış olsa bile -o zamanki usule göre- AİHM'ne kendi aleyhine başvuruda bulunulmasını ("bireysel

reprinted edition with amendments, s. 20.

<sup>7</sup> Harris, D. J. / O'Boyle / M. Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, s. 1-2.

*başvuru*" yolunu) kabul etmesi gerekmiyordu.<sup>8</sup> Bugünkü uygulamada, üyelik için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin onaylanmış olması, bir devletin üyeliğe kabulü için bir ön-koşul haline gelmiştir. 11. Ek Protokol'un yürürlüğe girdiği 1998 yılından sonra ise, AİHM'ni yetkisi, taraf devletlerce, ayrı bir bildirimde bulunulması gerekmeksizin kendiliğinden kabul edilmiş sayılmaktadır.

Avrupa Konseyi'nin kuruluş belgesi olan Londra Antlaşması'nı 1949 yılında imzalayıp, onaylayan, ilk on devlet, II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerine karşın, ekonomik gelişmişlik düzeyi ve ortak kültür değerleri bakımından birbirine yakın ve benzer özellikler gösteriyordu.

O zamandan günümüze uzanan 60 yılı aşkın dönemde, yeni üyelerin katılımıyla bu durum çok değişmiştir. Özellikle, Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra kurulan yeni bağımsız devletlerin katılımı sonucunda bambaşka bir görünüm ortaya çıkmıştır. Rusya Federasyonu'nun da uzun tartışmalardan sonra, 1996 yılında üyeliğe alınmasıyla Avrupa Konseyi'nin coğrafi sınırları Büyük Okyanus kıyılarına kadar uzanmış; Avrupa Konseyi, Bering Boğazı yoluyla ABD'nin Alaska eyaletine komşu haline gelmiştir.<sup>9</sup>

Bugün, sayısı 47'ye ulaşan Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında, kültür ve yaşam düzeyi açılarından derin farklılıklar gözlemlenebilmektedir. Örneğin, kişi başına ulusal gelir Almanya, İsveç gibi ülkelerde 35-40 bin dolar iken Arnavutluk, Gürcistan gibi devletlerde 5-6 bin dolar kadardır.

Bu durum, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında başlangıçta var olan uyumun ve dengenin ortadan kalkmasına yol açmış görünmektedir.

<sup>8</sup> Türkiye ve bazı başka üye devletler, AİHS'ne taraf oldukları halde "bireysel başvuru" yolunu açmadıkları için, uzun yıllar AİHM'nin yetki alanı dışında kalmışlardır. Türkiye, AİHS'yi 1954 yılında onaylamış ama "bireysel başvuru" denilen yolun kendi aleyhine işlenmesini uzun yıllar sonra 1987 yılında kabul etmiştir.

<sup>9</sup> Coğrafi ve kültürel anlamda "Avrupa" kavramı konusunda bir inceleme için bkz. Aybay, Rona, Avrupa nerede başlar, nerede biter? Yada Afganistan Avrupa'nın Batısında mı? *Bilgi ve Bellek*, İstanbul Bilgi Üniv. Yay. Sayı 2 (2004), s. 18-23.

Bugün, en geniş anlamıyla “Avrupa kıtası” alanında bulunan devletlerin Belarus dışında<sup>10</sup> hepsi<sup>11</sup> Avrupa Konseyi’ne üye durumdadır. Ayrıca, ABD, Japonya, Kanada, Meksika ve Vatikan da, kendilerine tanınmış olan “gözlemci” statüsüyle Avrupa Konseyi çalışmalarını izleyebilmekte, Strazburg’da sürekli temsilcilik bulundurabilmekte ve oy hakkı olmaksızın uzmanlar komitelerinin toplantılarına katılabilmek gibi etkinliklerde bulunabilmektedir.<sup>12</sup>

Avrupa Konseyi’nin, on kurucu üyesine yeni üyelerin katılımıyla oluşan ve bugün üye sayısının 47’ye ulaşmasına varan gelişmeler şöyle özetlenebilir:

*Türkiye ve Yunanistan*, kuruluşun hemen ardından 1949 yılında üyeliğe alınmışlardır.<sup>13</sup> Ardından, 1950 yılı içinde II. Dünya Savaşı’nın başlıca yenik devleti *Almanya*<sup>14</sup> ve *İzlanda*, 1956’da da Avusturya üye olmuşlardır.

<sup>10</sup> Üyelik başvurusunda bulunan Belarus’a önce ‘özel konuk’ (*special guest*) statüsü verilmiş, fakat daha sonra insan haklarına ve demokrasi ilkelerine saygı konusundaki eksiklikler yüzünden bu statü geri alınmıştır.

<sup>11</sup> 1961’de üye olan Kıbrıs Rum Yönetiminin, Kıbrıs Cumhuriyeti adıyla Kıbrıs adasının tamamını temsil ettiğinin kabul edilmesi nedeniyle KKTC’nin üyeliği sözkonusu olamamaktadır. KKTC’ye karşı bu olumsuz tavır, Ada’nın Türk kesimi halkı için haksız ve sakıncalı çeşitli sonuçlara yol açmaktadır. Bkz. Aybay, R., Kamusal Uluslararası Hukuk açısından Tanıma, *Maltepe Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, S. 4, 2006.

<sup>12</sup> Bir devletin Avrupa Konseyi’ne “gözlemci” statüsüyle katılması; Bakanlar Komitesi’nin (Parlamanterler Meclisi ile danışma sonucunda) vereceği kararla gerçekleşmektedir... Bu kararın verilmesinin koşulları şunlardır: devletin demokrasi, hukuk devleti ve yetki alanı içindeki herkese temel insan haklarını ve özgürlüklerini tanınması ve ayrıca Avrupa Konseyi ile işbirliği yapmaya istekli olması. Bkz. *Committee of Ministers Statutory Resolution (93)26 on observer status*.

Bakanlar Komitesi, bu konudaki yetkisini Avrupa Konseyi Statüsü’nün 15.a ve 16. maddelerine dayandırmıştır. Genel yetkiler veren bu madde metinlerinde “gözlemci” deyimini geçmemekte ise de, genel nitelikli yetkilerin bu konuyu da kapsadığı kabul edilebilir bir sonuçtur.

<sup>13</sup> Yunanistan, 1969 yılında “Albaylar Cuntası” denilen dönemde parlamenter demokrasiye son verildiği gerekçesiyle, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nce, Yunanistan’ın üyelikten çıkarılması için Bakanlar Komitesi’ne tavsiyede bulunulması yolunda karar alınmış; Yunanistan bunun üzerine 12 Aralık 1969 tarihinde üyelikten çekildiğini açıklamıştır. Askeri yönetimin sona ermesi üzerine 28 Kasım 1974’de üyeliğe yeniden kabul edilmiştir.

<sup>14</sup> Bu aşamada üye olan devlet, II. Dünya Savaşı sonunda Sovyetler Birliği’nce işgal olunan Almanya’nın doğusunda kurulmuş olan Alman Demokratik Cumhuriyeti değil, ABD ve Batılı müttefiklerinin işgalindeki Batı Almanya’da kurulmuş olan Federal Alman Cumhuriyetidir. Daha sonra, Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin

1960'lı yıllarda üç devlet daha üye olmuştur: *Kıbrıs Cumhuriyeti*, *İsviçre* (1963) ve *Malta* (1965).

1970'lerde Portekiz (1976), İspanya (1977) ile iki "küçük" devlet *Lihtenştayn* ve *San Marino* (1978).

1980'lerde sadece *Finlandiya* (1989) 23. üye olarak Avrupa Konseyi'ne girmiş; bunun ardından Sovyetler Birliği'nin, Yugoslavya'nın ve Çekoslovakya'nın dağılmasıyla Avrupa Konseyi'nin üye sayısı hızla artmıştır. 1990 yılında, önce Macaristan'ın üyeliği ile başlayan süreç sonunda, Belarus dışındaki bütün Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile Kafkas Cumhuriyetleri (*Azerbaycan*, *Ermenistan* ve *Gürcistan*) Avrupa Konseyi'ne üye olmuşlardır. Bu gelişme sürecinde, *Rusya Federasyonu*'nun üyeliğe kabulü oldukça uzun tartışmalar yaratmış;<sup>15</sup> sonunda Rusya'nın üyeliği de 1996 yılında kesinleşmiştir. Böylece, Avrupa Konseyi'nin coğrafi alanı, Rusya'nın Doğusundaki Pasifik Okyanusu kıyılarına kadar yayılmış olmaktadır.

## II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

### 1. AİHS'ye "Taraf" Olunması

#### A. Taraf Olabilme ve Taraf Olmanın Usulü

Uluslararası antlaşmalara çeşitli adlar verilse de en genel ve kapsayıcı ad "antlaşma" (*treaty*)dır.<sup>16</sup> AİHS de, adı "sözleşme" (*convention*) olmakla birlikte, teknik anlamda bir uluslararası antlaşma niteliğindedir. AİHS'ne ek olarak kabul edilmiş olan protokollar bakımından da aynı durum sözkonusudur; bunlar da geniş anlamıyla uluslararası antlaşma kategorisine girer.

Bir devletin AİHS'ye taraf olması için usul, Sözleşme'nin 59. maddesinde belirtilmiştir. AİHS'ye sadece Avrupa Konseyi üyesi devlet-

---

ortadan kalkması ve iki Almanya'nın birleşmesiyle, Almanya'nın bütünü Avrupa Konseyi'ne katılmıştır.

<sup>15</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde ABD, Japonya, Kanada, Meksika ve Vatikan gözlemci sıfatıyla bulunmaktadır. Parlamenterler Meclisi'nde de İsrail, Kanada ve Meksika gözlemci statüsündedir.

<sup>16</sup> Antlaşmalar Hukuku Konusunda Viyana Sözleşmesi (1969), devletler arasında yazılı olarak yapılmış anlaşmaların, metne verilmiş olan ad ne olursa olsun "antlaşma" niteliğinde sayılacağını belirtmiştir (m.2 "Tanımlar").



ler taraf olabilir.<sup>17</sup> Bunun için önce ilgili devletçe Sözleşmenin imzalanması gerekir. İmzadan sonra da, imzalayan devletin onayı gerekmektedir. Onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi (*deposi*) edilmesiyle işlem tamamlanır.

Bazı uluslararası antlaşmaların, imza edilmekle yürürlüğe girmesi kabul edilebilirse de, AİHS bu türden bir antlaşma değildir; ancak "onay" yoluyla yürürlüğe girer (m. 59). Aynı durum, protokollar için de sözkonusudur. Ayrıca, ek protokollara, sadece ana Sözleşmeye (AİHS) taraf olmuş devletler taraf olabilir.

Protokol, ilgili bir üye devlet adına imzalandıktan sonra, o devlet açısından yürürlüğe girebilmesi için protokolün o devletin iç hukuku uyarınca onaylanması gerekir. Ancak, bunun da yeterli olmadığı dikkatlerden kaçmamalıdır; çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi, devletin iç hukuku açısından onay için bütün işlemler tamamlanmış olsa bile; Kamusal Uluslararası Hukukun usulleri uyarınca, onayın Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne resmen bildirilmesi ve "tevdi" (depozit) edilmesi gerekir.<sup>18</sup> (AİHS m. 59/1)

Devletlerin, AİHS'ye ve ek protokollara taraf olmaları iki biçimde gerçekleşir:

i. Onaylanacak metinde, yürürlüğe girmesi için belli sayıda<sup>19</sup> üye devletçe onaylanmış olması ve onay belgelerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi (*deposi*) edilmesi ve öngörülen sayının tamamlanmasını sağlayan son tevdiden sonra da; örneğin iki aylık<sup>20</sup> bir sürenin geçmiş olması gerekir. Metinde öngörülmüş sayıda üye devletin onay belgesinin tevdi edilmesinden sonra; yine metinde öngörülen sürenin geçmesiyle yürürlüğe girme işlemi tamamlanmış ve metin onaylayan devletler açısından bağlayıcı hale gelmiş olur.

<sup>17</sup> Avrupa Birliği'nin taraf olması konusu için bkz. aşağıda C., s. 235.

<sup>18</sup> Bu konuda ilginç bir durum için bkz. Aybay, Rona; Taraf mıyız; değil miyiz? Tuhaf bir Durum: Türkiye ve AİHS'ye Ek 4. Protokol, Açık Sayfa, Haziran 2003, s. 16 vd.

<sup>19</sup> AİHS ve Ek Birinci Protokol için on devletin; dördüncü ve Altıncı Protokol ve Yedinci Protokol için yedi devletin Onikinci ve Onüçüncü Protokollar için on devletin; Ondördüncü Protokol için ise AİHS'ye taraf bütün devletlerin onayı gerekmektedir.

<sup>20</sup> Bu süre de değişmektedir. Örneğin, Yedinci Protokol için son onay belgesinin tevdiden başlayarak 2 ay, Onikinci ve Ondördüncü Protokol için 3 aydır.

ii. Metin, yeterli sayıda devletçe onaylanıp, yürürlüğe girdikten sonra taraf olmak isteyen üye devlet; imza, onay ve tevdi işlemlerini tamamlayarak “katılma” yoluyla taraf olabilir. Böyle bir durumda, sonradan taraf olan devletin metinle bağlılığı, tevdi tarihinden başlar.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, onay belgesi kendisine tevdi<sup>21</sup> edilmiş olan metne taraf olsun olmasın, bütün Avrupa Konseyi üyesi devletleri, gerçekleşen onay işlemleri ve yürürlük durumu konusunda bilgilendirir.

## B. Bosna Hersek’in özel durumu

Bu konuda Bosna Hersek’in çok özel ve ayrıksı bir durumu vardır: Bu devlet, Avrupa Konseyi Statüsü’nü 24 Nisan 2002 tarihinde onaylamış; AİHS’yi de aynı gün imzalamıştır. Bosna Hersek bunun ardından, 12 Temmuz 2002 tarihinde AİHS’yi onaylamış ve bu devlet açısından Sözleşme bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

Ancak, bütün bu işlemlerden yıllar önce, Yugoslavya’da iç savaşa son vermenin sağlanması amacıyla bağitlanan kısaca “Dayton Barış Anlaşması”<sup>22</sup> denilen uluslararası antlaşma uyarınca, AİHS Bosna Hersek’te 1995 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Dayton Anlaşması’nın 4. Ekini oluşturan Bosna Hersek Anayasası’na göre; AİHS’de ve eki olan protokollarda öngörülen haklar ve özgürlükler Bosna Hersek’te doğrudan uygulanacak ve kurallar sıralamasında bütün yasaların üzerinde olacaktır (m. II/2). Böylece, Bosna Hersek, Avrupa Konseyi’ne üye bile olmadan önce, AİHS ve ek protokollarının bütünüyle ve hiç bir çekince sözkonusu olmaksızın uygulandığı tek ülke durumuna gelmiştir. Bunun, dört yıl süren kanlı bir iç savaştan yeni çıkmış bir ülke için “gerçekçi” olmaktan çok uzak olan bir düzen-

<sup>21</sup> Tevdi , olağan koşullarda Strazburg’da gerçekleşirse de; ayrıksı durumlarda başka yerlerde de tevdi işlemi yapılabilmektedir , Örneğin, Rusya Federasyonu’nun 14. Protokolü onaylamasına ilişkin belge, 18 Şubat 2010 günü, İsviçre’nin Interlaken kentinde düzenlenen bir konferans sırasında, Rusya Dışişleri Bakanınca Genel Sekretere verilmiştir.

<sup>22</sup> Bosna’da savaşın sona ermesi, ABD’nin girişimleri ve zorlamasıyla, Ohio Eyaleti’nin Dayton kentindeki ABD Hava Kuvvetleri üssünde bir araya gelen tarafların, Dayton Barış Anlaşmaları adı verilen bir dizi anlaşmayı “paraf” etmeleri ile 21 Kasım 1995’te sağlanmış. Tarafların ,14 Aralık 1995 günü Paris’te imzalamasıyla, anlaşmalar resmen yürürlüğe girmiştir.

leme olduğu kuşkusuzdu. Ama, Anayasa metni (m. II/1) ve Dayton Anlaşması'nın 6. Eki uyarınca kurulan İnsan Hakları Komisyonu yoluyla işleyecek bir yargı denetimi yoluyla uygulamanın denetlenmesi öngörülüyordu.<sup>23</sup>

Bu durumda Bosna Hersek, Avrupa Konseyi'ne üye olmadan önce, ülkesinde AİHS ve ek protokolların, bütünüyle ve hiçbir çekince konulmadan, kuramsal olarak en geniş biçimde uygulandığı tek örneği oluşturmuştu. Bunun sonucu olarak, Bosna Hersek'in AİHS'ye ve ek protokollara<sup>24</sup> taraf olması maddi hukuk açısından bir değişiklik getirmiş sayılamaz. Bunun pratik sonucu, AİHS ve ek protokollar kapsamındaki ihlal iddialarıyla ilgili davaların AİHM'nin yetki alanı içine girmesi olmuştur.

### C. Avrupa Birliği'nin AİHS'ye Taraf Olması

Uluslararası antlaşmalar; ya devletler arasında ya da devletlerle uluslararası örgütler arasında bazen de uluslararası örgütlerin kendi aralarında bağitlanır. AİHS, devletler arasında bağitlanmış bir uluslararası sözleşmedir (m. 59). Yukarıda da belirttiğimiz gibi, AİHS'nin 59 maddesi, AİHS'ye sadece, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler taraf olabileceğini göstermektedir. Aynı durum, ek protokoller için de sözkonusudur<sup>25</sup> (Bkz. örneğin, 1. Protokol, m. 6, 4. Protokol m. 7,13. Protokol, m. 6).

Bununla birlikte, AB ile AİHS arasında bir bağlantı kurulması ve AB'nin, AİHS'ye taraf olmasının sağlanması yönünde görüşler, öteden beri ileri sürülmektedir.

1992 yılında kabul edilen Maasricht Antlaşması'nda, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan; Topluluk hukuku-

<sup>23</sup> Bkz. Aybay, Rona, A New Institution in the Field: The Human Rights Chamber of Bosnia Herzegovina, *HRLJ (Human Rights Law Journal)*, Cilt 15 (1997), s. 529 vd.; Aybay, Rona, Bosna Hersek'te Savaş ve İnsan Hakları Mahkemesi, *Hukuk ve Adalet*, Sayı 1, 2004, s. 96 vd.

<sup>24</sup> Örneğin "Ölüm Cezası"nın kaldırılmasına ilişkin ek Protokol, Dayton Barış Anlaşması'nın 4 ve 6. eki ile zaten bu devletin hukukunun bir parçası iken, 18 Ağustos 2002 tarihinden başlayarak, Bosna Hersek'te geçerli bir uluslararası hukuk belgesi haline gelmiştir. Aynı durum, 12 Temmuz 2002'de Bosna Hersek bakımından yürürlüğe giren 1. Protokol için de sözkonusudur.

<sup>25</sup> Bkz. örneğin, 1. Protokol, m. 6, 4. Protokol m. 7, 13. Protokol, m. 6.

nun genel ilkeleri olarak AİHS ile güvence altına alınmış temel insan haklarına AB tarafından saygı gösterileceği belirtilmiştir. (m. F,2). Ancak, AB, teknik anlamda AİHS'ye taraf olmadığı için, bu "saygı gösterme" yükümlülüğünün AİHS düzenekleri içinde gerçekleştirilmesine ve denetlenmesine olanak yoktur.

14. Protokol bu konuda bir yenilik getirmiş ve Avrupa Birliği'nin de, AİHS'ne katılabileceğini belirtmiştir (14. Protokol m. 17, AİHS yeni m. 59/2). Avrupa Birliği'ne üye olan devletler zaten Avrupa Konseyi'nin de üyesidir ve dolayısıyla AİHS'nin tarafıdır. Avrupa Birliği ise, kendi içinde bütün üye devletleri bağlayan kararalar almaya yetkili yargı organı olan bir sistemdir. AİHS'ye taraf olması halinde AİHM'nin işleyişi açısından bazı sorunlar çıkması olasıdır.<sup>26</sup>

## 2. AİHS'nin Bağlayıcılığı ve Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

### A. Genel Olarak

AİHS'nin "Başlangıç" (Giriş) bölümünde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne (İHEB) yollamada bulunulmuş ve bu Bildiri'de ilan olunmuş hakların evrensel ve etken olarak sağlanmasının amaçlandığı; insan haklarının temel özgürlüklerin korunmasının ve daha da geliştirilmesinin Avrupa Konseyi'nin amaçları arasında olduğu belirtilmiştir.

Çok kesin olarak söylenemezse de, Giriş bölümünde İHEB'ye yapılan yollamanın, bu Bildiri'nin "tavsiye" niteliğini güçlendirip, "bağlayıcı"lığa<sup>27</sup> yaklaştırma girişimi olduğu düşünülebilir. Ancak, AİHS'nin kapsamına giren hakların ve özgürlüklerin, ekonomik ve sosyal haklar gibi alanları da kapsayan İHEB'den çok daha az olması da, gözden kaçırılmaması gereken önemli bir özelliktir.

İHEB'nin, yaşama hakkı, kölelik yasağı, eşitlik, kişi güvenliği vb. "klasik" haklar yanında "çalışma hakkı", "sağlık hakkı", "sosyal güvenlik" gibi ekonomik-sosyal nitelikli haklara da yer vermesine karşılık, bu ikinci tür haklar AİHS'nin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, AİHM, ihtiyatlı bir biçimde yaptığı genişletici yorumlarla, bu eksikliği giderme yönünde bazı adımlar da atabilmektedir. Örneğin;

<sup>26</sup> Bu konu için bkz. aşağıda 3, C, "g" "Avrupa Birliği ve AİHS ilişkisi", s. 257.

<sup>27</sup> Bkz. Aybay, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, TBB yayını, 2. bası, 2009, s. 6, vd.

AIHS'nin, özel yaşamın, aile yaşamının ve konutun korunmasına ilişkin 8. maddesinin geniş yorumlanması yoluyla çevreyi kirleten yada çevre için tehlike yaratan etkinliklere karşı koruyucu önlemlerin yeterince alınmaması durumlarında, 8. maddeye aykırılık saptayan kararlar vardır.<sup>28</sup> Sendika kurma ve sendika üyesi olma yoluyla çıkarlarını koruma hakkını tanıyan 11. madde de, Mahkemece önceleri "dar" yorumlanırken zaman içinde geniş yorumlanarak, örneğin "topluluşma yapma hakkı"nın sendikal hakların ayrılmaz bir parçası olduğunu, "iş yavaşlatma eylemi" gibi davranışların da "çıkarların korunması" kapsamında sayılabileceğini kabul etmiştir.<sup>29</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Avrupa Konseyi'nin ilk kuruluş aşamasında "insan hakları" kavramına özel bir önem verildiği görülmektedir. "İnsan hakları" kavramı, Örgütün kurulmasını sağlayan Statü'de, yer alan temel kavramlardan biri olmuştur. İnsan Haklarına verilen bu önem, kuruluşun kısa bir süre sonra, 4 Kasım 1950'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imzalanmasını ve zaman içinde, insan haklarının yargı yoluyla güvence altına alınması konusunda dünyanın en etken düzeneğinin kurulmasını sağlamıştır. Bireylerin doğrudan başvurabilecekleri<sup>30</sup> bir İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulması, gerçekten çok önemli ve örnek bir davranıştır.

Bu noktada, AIHS'nin bir özelliğine dikkat çekmemiz yerinde olacaktır:

AIHS, kamusal uluslararası hukuk anlamında "çok taraflı bir uluslararası antlaşma"dır ve doğal olarak, taraf olan devletlere belli yükümlülükler getirmiştir. Dolayısıyla, taraf devletlerin, birbirlerine karşı Sözleşmenin ihlali iddialarına dayanan istemler ileri sürme olanağı vardır. Ancak, her uluslararası antlaşmanın niteliği gereği taşıdığı bu özelliğin yanında, AIHS ile "herkes" in yararlanabileceği, genel ve "objektif" nitelikte bazı temel haklar ve güvenceler getirildiği de bir gerçektir ve

<sup>28</sup> Gomien, Donna, (Çev. Cengiz, S. / Kılınç, U.), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı*, İzmir Barosu yay., 2008, s. 99.

<sup>29</sup> Bkz. Tanyar, Ziya Çağa, AIHM kararlarında sendikal hakların gelişimi; *Güncel Hukuk*, Şubat 2010, Sayı 2-74, s. 34 vd.; Gomien, bir önceki dipnotunda a. g. y., s. 149 vd.

<sup>30</sup> Günümüzde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne doğrudan başvurulabilmektedir. Aşağıda göreceğimiz gibi başlangıçta durum böyle değildi. Başvurular ancak, aleyhlerine başvuru yapılmasını kabul etmiş üye devletlere karşı ve ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu aracılığıyla yapılabiliyordu.

AİHS'nin asıl önemi de bu gerçeğe dayanmaktadır. AİHS'ye taraf olan devletlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri, karşılıklı haklar ve yükümlülükler yaratmanın ötesinde; asıl amaç, Avrupa Konseyi'nin kuruluşuna temel olan kavramlardan biri olan "insan hakları"nın güvence altına alınmasıdır. Bunun anlamı, "taraf devletlerin yetki alanı içinde bulunan herkes" in yararlanabileceği ortak bir "kamu düzeni" alanı yaratmaktır. Böylece, sadece taraf devletlerin, giderek taraf devlet uyruklarının değil, taraf devletlerin "yetki alanı içinde bulunan" herkesin temel insan haklarını koruma altına alan bir düzenin yaratılması amaçlanmıştır.

Öte yandan, çok önemli bir özelliğin daha belirtilmesi gerekir: AİHS'nin 1950'de düzenlenen özgün biçiminin içeriği, hakların ve özgürlüklerin kapsamını genişleten ek protokollarla zaman içinde genişletilmiş; başlangıçta metne alınmış olmayan haklar eklenmiş, var olanlara yeni boyutlar kazandırılmıştır. Örneğin, Sözleşmenin özgün biçimde bulunmayan "mülkiyet" hakkı, Ek 1. Protokol'le getirilmiş; başlangıçta varlığı kabul edilen "ölüm cezasının verilebileceği haller" önce 6. Protokol'la sınırlandırılmış, daha sonra 13. Protokol'le bu ceza bütünüyle yasaklanmıştır.

AİHM (ve var olduğu dönemlerde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu), belli davalarda verdiği kararlarla, AİHS'nin temel "amacı"nı<sup>31</sup> göz önünde bulundurarak, yaptığı "dinamik" yorumlarla hakların kapsamını genişletmeye, yeni boyutlar kazandırmaya çalışmıştır.

Ancak, yeni katılımlarla üye sayısı 47'ye ulaşan Avrupa Konseyi içinde ekonomik, sosyal ve siyasal bakımdan tam bir uyum olduğu söylenemez. Üye devletler arasında, Avrupa Konseyi'nin kuruluş yıllarında düşünülemez ölçüde ciddi anlaşmazlıklar vardır. Azerbaycan'la Ermenistan arasındaki Karabağ sorunu bu konuda verilebilecek bir örnektir. 2008 yılı Ağustosunda Gürcistan'la Rusya arasında yaşanan savaş da, 1949 yılında Sözleşme'yi kaleme alanların akıldan geçebilecek bir olay olmasa gerektir. Avrupa Konseyi'nin üyesi, dolayısıyla da AİHS'nin tarafı olan Kıbrıs Rum Yönetimi (resmi adıyla Kıbrıs Cumhuriyeti) adanın kuzeyindeki KKTC'nin varlığını ka-

<sup>31</sup> Antlaşmalar Hukuku Konusunda Viyana Sözleşmesi (1969) ile saptanmış olan "Genel yorum kuralı", antlaşma hükümlerinin, "antlaşmanın amacı ve ereğinin ışığında" (in the light of object and purpose)" yorumlanması gereğini belirtir (m. 31/1).

bule kesinlikle karşı çıkmaktadır. Buna karşılık, Türkiye tarafından da adanın bütününe egemen bir güç olarak tanınmamaktadır. Rusya Federasyonu'nun Çeçenistan ve benzeri bölgelerinde karşılaştığı sorunlar gibi sorunlar ve uluslararası boyutlara varan terör suçları gibi olaylar da, Avrupa Konseyi'nin kuruluş yıllarında sözkonusu olabilecek türden değildir.

Bütün bu sorunlar ve benzerleri, AİHM'nin, insan haklarını yargı yoluyla korumak ve bir ortak "Avrupa kamu düzeni" kurmak diye özetlenebilecek olan işlevini yerine getirmesini, 1950 yıllara oranla çok daha zorlaştırmaktadır. Buna karşılık, AİHM'ye yapılan başvuru sayısındaki olağanüstü artışa bakarak, insan hakları konusundaki bilincin ve AİHM'den beklentilerin de, eskiye oranla çok artmış olduğu söylenebilir.

## B. AİHS'nin hukuksal anlamda bağlayıcılığı

AİHS'nin hukuksal anlamda bağlayıcılığı konusu, iki değişik ölçüte göre değerlendirilebilir:

- i. Kamusal Uluslararası Hukukun genel ilkeleri açısından;
- ii. AİHS'nin kendi hükümleri ve Avrupa Konseyi'nin yapısı açısından

AİHS, adı "Sözleşme" (*Convention*) olmakla birlikte, kamusal uluslararası hukuk açısından, en genel deyim olan "Antlaşma" (*Treaty*) kapsamına giren bir metindir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Antlaşmalar Hukuku Konusunda Viyana Sözleşmesi açısından bir antlaşmanın "bağlayıcılığı" konusundaki ilkeler, AİHS için de aynen geçerlidir.

AİHS'nin 1. maddesi uyarınca, taraf devletler "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese" Sözleşme'nin "Birinci Bölüm"ünde (ayrıca taraf oldukları ek protokollarda) belirtilmiş hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğünü kabul etmişlerdir. AİHM de bu yükümlülüğün yerine getirilmesini yargı yoluyla denetlemek üzere, (günümüzde sürekli çalışan) bir mahkeme olarak kurulmuştur (m. 19). Taraf devletler, taraf oldukları davalarda AİHM'nin kesin kararlarına uymayı yükümlenmişlerdir (m. 46/1). Kararların uygulanmasını sağlamak ve denetlemek de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yetkisindedir (m. 46/2-5).

AİHS ile öngörülen denetim düzeneği, kamusal uluslararası hukukun genel ilkeleri yoluyla sağlanacak etkenliğe oranla çok daha güçlüdür ve günümüzde bu güçlülük, kamusal uluslararası hukukun genel nitelikteki yükümlülüklerini gölgede bırakmaktadır. Çünkü AİHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi aracılığıyla uygulanabilecek yaptırımlar, çok daha doğrudan nitelikli ve etkilidir.

Bununla birlikte, bağlayıcılık ve yaptırım türü arasındaki farklı durumu, AİHS'nin tarihçesi içinde açıklamak, konunun anlaşılması açısından yararlı olacaktır.

AİHS'nin yürürlüğe girdiği yıllarda, bir devletin AİHS'yi onaylaması ama AİHM'ye "*bireysel başvuru*" yolunun kendi aleyhine işlemini kabul etmemesi olanaktıydı. Bu durum, 11. Ek Protokol'un yürürlüğe girdiği 1998<sup>32</sup> yılına kadar sürmüştür.

11. Protokol'ün yürürlüğünden önce, yukarıda açıklamaya çalıştığımız "*bağlayıcılık*" ve yaptırım düzeneği konusundaki iki farklı durum belirgin biçimde görülebiliyordu. Çünkü o dönemde bir devlet AİHS'yi onaylayıp, taraf olduğu halde, AİHM'nin "*bireysel başvuru*"<sup>33</sup> yoluyla işletilen denetim düzeneğinin dışında kalabiliyordu. Bu durumdaki bir devlet için bireylerce ileri sürülen ileri sürülen insan hakkı ihlalleri iddialarının AİHS'nin "*yargı yolu*" sistemi içinde değerlendirilmesine olanak bulunmuyordu. Böyle iddialar, Avrupa Konseyi çerçevesinde olsa olsa "*siyasal*" araçlarla tartışma konusu yapılabiliyordu.

Özetle, AİHS uyarınca "*bireysel başvuru*" yolunu kabul etmiş olmayan devletlerin AİHS uyarınca yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerine uygun davranmadıkları ileri sürülen durumlarda; konu ancak, kamusal uluslararası hukuk çerçevesinde tartışılabilirdi. AİHS'nin özgün metnine göre, taraf devletlerden herhangi biri, AİHS'nin yorumlanması ve uygulanması konularında genel bir bildirimle (eski m. 46) yada belli bir olayla ilgili olarak (eski m. 48) AİHM'nin yetkisini ka-

<sup>32</sup> 11. Ek Protokol, (ETS 155) 1994 yılında imzalanmış 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. aşağıda 3, B., s. 244.

<sup>33</sup> Buna karşılık, AİHS'yi onaylamış bir devlete karşı, öteki sözleşen devletlerce İnsan Hakları Komisyonu'na başvurulması olanaktıydı. 1956 yılında Yunanistan'ın Kıbrıs konusunda Birleşik Krallık (İngiltere) aleyhine yaptığı başvuru "*devletlerarası*" başvuru yolunun ilk örneğini oluşturmuştur. 1980 askeri darbesinin ardından 1982 yılında, beş İskandinav ve batı Avrupa devletince Türkiye aleyhine Komisyon'a yapılan başvuru 1985'te dostça çözümle sonuçlanmıştır.



bul edebiliyordu. Yani, AİHM'nin, sıradan bir uluslararası yargı organı gibi, sadece belli bir olayla sınırlı olarak yargılama yapma durumunda kalması sözkonusu olabiliyordu. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36. maddesindeki anlatımdan esinlendiği apaçık olan bu düzenleme, kamusal uluslararası hukukça benimsenmiş, geleneksel bir yöntemi yansıtmaktaydı.

Oysa günümüzde her üye devlet, AİHS'ye taraf olduğuna ve "bireysel başvuru" denilen yolun kabulü için ayrı bir bildirimde bulunması gerekmediğine göre her üye devlet aleyhine AİHS'de öngörül-müş denetim düzenekleri, sadece taraf devletlerce değil "herkes"çe işletilebilmektedir. AİHM'nin yargısal denetimini de içeren bu denetim düzeneklerinin, kamusal uluslararası hukukun genel nitelikli yaptırımlarından çok daha etkili oldukları kuşkusuzdur.

### C. AİHS'nin "Bağlayıcılığı"nın Kapsamı

AİHS'nin "bağlayıcılığı", bu sözleşmeye taraf olan "devletler" için sözkonusudur. AB, 14. Protokol'da öngörülen biçimde taraf olursa, bu konu yeni bir boyut kazanmış olacaksa da, günümüzde, AİHS sadece, bu sözleşmeye taraf olan devletler için bağlayıcıdır.

Sadece taraf devletler için bağlayıcılığın anlamı, devlet dışındaki varlıkların (gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin) AİHS ve ek protokollar kapsamındaki bir hakkı ihlal etmeleri halinde bunlar için AİHS bağlamında bir sorumluluğun bulunmamasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: AİHS ve devletin taraf olduğu ek protokollar kapsamındaki bir hakkın yada özgürlüğün ihlali ile devlet gücünün kullanılması arasında bir bağlantı kurulabilmesi gerekir. Devlet adına yetki kullanmak durumunda olanların yerine getirmeleri gereken ödevleri doğrudan yada savsama (ihmal) yoluyla yerine getirmeyerek yol açtıkları ihlallerden, devlet sorumlu tutulabilir.

Devlet, kendi adına güç kullanmaya yetkili olmayan kişilerin olumlu yada olumsuz eylemlerinden, ilke olarak, doğrudan sorumlu tutulamaz. Örneğin, bir kişinin özel hukuk kapsamındaki bir ilişkiden doğan borcunu ödememesinden, taraf devlet sorumlu değildir. Ancak borçlunun, böyle bir borcu yerine getirmemesi yüzünden "hapis"le cezalandırılması halinde, Ek 4. Protokol'a taraf olan bir devletin sorumluluğu sözkonusu olur; çünkü bu Protokol, borç yüzünden hapis cezası verilmesini yasaklamıştır (m. 1).

Öte yandan, taraf devletlerin AİHS ve ek protokolların belli hükümleri uyarınca ortaya çıkmış olan spesifik yükümlülüklerinin yanı sıra, bu haklardan ve özgürlüklerden serbestçe yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla yetki alanı içinde bulunan “herkes”in yararlanabileceği ortak bir “kamu düzeni” alanı yaratmak yükümlülüğü de kabul edilmelidir. Bu, Avrupa Konseyi’nin kuruluş amaçları arasında olan “hukuk devleti” (hukuka bağlı devlet) ilkesini gerçekleştirmenin de bir gereğidir. AİHS kapsamındaki haklarının ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürenlere “etkili bir başvuru” yolunun sağlanması yükümlülüğü getiren 13. madde de bunu göstermektedir.

Bu bağlamda, AİHM’nin bazı kararlarında, Sözleşme’yle tanınmış bir hakkın kullanılmasına özel kişilerce engel olunması hallerinde, devletin uygun önlemler alarak hakkın kullanılmasını sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, AİHS’nin 11. maddesiyle güvence altına alınmış olan “gösteri yürüyüşü yapma” hakkını kullananlara, başka özel kişilerce engel olunmaya kalkışılması halinde, devlet güçlerinin “makul ve uygun” önlemler alarak göstericileri koruması gerekir.<sup>34</sup> Cezaevinde, aynı hücreye konulduğu sabıkalı bir akıl hastası hükümlünün, saldırıları ve vurduğu darbeler sonucunda yaşamını yitiren kişinin ölümünden de, devletin AİHS m. 2’yi ihlalden sorumlu olduğuna karar verilmiştir.<sup>35</sup>

Bir uluslararası antlaşmanın, belli ve sınırlı durumlarda, o antlaşmaya taraf olmayan devletler üzerinde de bazı etkileri olacağı kabul edilebilir. Bu konuda AİHS’nin genel kurallar dışında özel bir durumu yoktur ama örneğin, işkence yasağı (m. 3) gibi uluslararası hukukun buyurucu kuralları (*jus cogens*) arasında sayılan ve AİHS metninde de yer alan hükümlerin, taraf olmayan devletler açısından da bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan, dikkat edilmesi gereken bir nokta da şudur: AİHS’nin uygulanmasında, taraf olmayan devletlerin belli konulardaki durumu, taraf devletlerin yükümlülükleri bakımından özel bazı sonuçlar doğu-

<sup>34</sup> ‘Platform Artze für das Leben’ v. Austria (1988), bu konu ve başka kararlarla ilgili açıklamalar için bkz. Haris/O’Boyle/Warbrick, 7 sayılı dipnot, a. g. y., s. 19. Bazı ülkelerde kabul edilen “özel kişilerce yönetilen cezaevleri” uygulamasında, bu yerlerdeki hükümlülere kötü muamele yapılması gibi aykırılıklardan, bunları açılmasına ruhsat veren devlet sorumlu olacaktır.

<sup>35</sup> Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom (2002).

rabilmektedir; örneğin, sınırdışı edilmesi sözkonusu olan kişinin, gönderileceği devletin ülkesinde işkence göreceği yada ölüm cezasıyla cezalandırılacağı gibi olasılık sözkonusu ise; taraf devletin bu olasılıkları ortadan kaldırmak için AİHS bağlamında yapabileceği bir şey yoktur. Ancak, AİHM'nin içtihatları, bu gibi olasılıkların sözkonusu olduğu durumlarda, kişinin gönderileceği ülke devletinden, işkence yapılmayacağı, ölüm cezası verilmeyeceği gibi sağlam güvenceler alınmadıkça, sınırdışı işleminin yapılmamasını gerektirmektedir. Bu içtihatlar, işkence yasağı ve ölüm cezası gibi konularda, AİHS'nin sözleşmeye taraf olmayan devletler üzerinde dolaylı olarak etki yaratabileceğini göstermektedir.

Sonuç olarak şöyle denilebilir: AİHS'nin taraflarının, bu Sözleşmenin hükümlerine uygun davranmaları ve Sözleşme'de öngörülmüş yükümlülükleri yerine getirmeleri, kamusal uluslararası hukukun bir gereğidir. Bu yükümlülükler uyulmaması halinde, öncelikle Avrupa Konseyi çerçevesinde ve AİHS hükümlerince uyarınca yaptırımlara başvurulması doğaldır. Bu yaptırımların en ağırı, yükümlülüklerini yerine getirmemekte direnen üye devletin; Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinin uygulanması yoluyla üyeliğinin askıya alınması yada üyelikten çıkarılmasıdır. Mecazi anlamda “nükleer silah kullanılması”na benzetilen bu yola, bugüne kadar başvurulmuş değildir.<sup>36</sup>

Bunun dışında; kamusal uluslararası hukukun genel ilkeleri uyarınca, bu hukuk dalının kendine özgü yaptırımlarına başvurulması da, en azından, kuramsal bir olasılıktır.

### 3. AİHM'in Yapısında ve İşleyişinde Reform Düzenlemeleri

#### A. Giriş

AİHS'nin, 1950 yılında düzenlenen özgün metnine göre, Sözleşme (ve daha sonra ek protokollar) kapsamındaki haklar ve özgürlüklerle ilgili ihlal iddialarının incelenmesinde, “iki aşamalı” bir düzenek kurulmuştu: Birinci aşamada, başvurular Avrupa İnsan Hakları

<sup>36</sup> Askeri darbe sonrası Yunanistan, hakkında yaptırım uygulanması olasılığı karşısında 31 Aralık 1970'te üyelikten çekilmiş; askeri yönetimin sona ermesi üzerine 28 Kasım 1974'te üyeliğe yeniden kabul edilmiştir.

Komisyonu'nda inceleniyordu. Komisyon, başvurular için bir tür "süzgeç" işlevi görüyor; İkinci aşamaya yani AİHM önüne, sadece Komisyonca "incelenebilir" bulunan başvurular ulaşabiliyordu. Komisyonca "incelenemez" bulunan başvurularla ilgili olarak işleyebilecek bir "itiraz" (temyiz) olanağı da yoktu. Başvurucu yeni bilgi, belge ve olgulara dayanarak yeni bir başvuru yapabiliyordu; ama bu yeni başvurunun öncelikli nitelikte olmaması gerekirdi.

Komisyonca "esastan" incelemeye alınan bir başvuru da, bu inceleme sırasında saptanan bir nedenle "incelenemez" bulunabiliyordu. Ancak, bunun için kararın oybirliğiyle alınması gerekiyordu.

Bu iki aşamalı inceleme usulü, daha sonra kabul edilen protokollerle değiştirilmiş ve bugünkü tek aşamalı yönteme ulaşılmıştır.

AİHS'ye eklenen ve bugün sayısı 14'e ulaşmış olan protokoller iki türe ayrılır:

*Birinci* türe giren protokollar, AİHS'nin özgün biçiminde koruma altına alınmış olan hakların ve özgürlüklerin kapsamını genişleten yada bu listeye yeni haklar ekleyen düzenlemelerdir. Örneğin, haklar listesine "mülkiyet" hakkını ekleyen 1. Protokol yada yaşam hakkıyla ilgili güvencelerin sınırını genişleten düzenlemeler (ölüm cezasının kaldırılması için, önce bu cezanın verilebileceği halleri sınırlayan 6. Protokol ve ardından, ölüm cezasını bütünüyle kaldıran 13. Protokol).

Bu türe giren protokollarla getirilen değişiklikler, AİHS'nin resmi metnine işlenmemekte; uygulama "yeni yasa eski yasanın yerine geçer" (*lex posterior derogat priori*) ilkesi uyarınca AİHM ve gereken halde ulusal yargı organları ve öteki ilgililer, yeni hükümleri uygulamaktadır.

*İkinci* türe giren protokollar ise, maddi hukukla ( hakların ve özgürlüklerin) kendisiyle değil, AİHM'nin çalışma yöntemi, oluşum biçimi gibi konularla ilgili düzenlemelerdir. Bu türe giren protokollarla getirilen değişiklikler, Avrupa Konseyi'nin ve AİHM'nin yayınlarında (ve web sitelerinde) Sözleşmenin ana metnine işlenmektedir.

## B. 11. Protokol

1998 yılında yürürlüğe giren 11. Protokol (ETS 155), AİHM'nin tarihinde "usuli" açıdan en geniş kapsamlı yenilikler getiren ve kendi-

sinden önce yapılmış bütün “*usuli*” nitelikteki protokolların yerine geçen “*reform*” niteliğinde bir düzenlemedir.

11. Protokol, 1950 yılında kurulmuş olan bu yapılanmaya ve çalışma biçimine çok köklü değişiklikler getirmiştir. Bu değişiklikler şöyle özetlenebilir:

AİHS'nin özgün biçiminde taraf devletlerin, “*Sözleşme uyarınca kabul etmiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlamak üzere*” iki organ kurulmuştu (m.19): Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM.

Bu organlar, bir taraf devletin (devletlerin) başka bir taraf devlet aleyhine yaptıkları başvuruları inceleyip sonuçlandırmakla görevliydi. AİHS'nin ihlali iddiasıyla, “*bireyler*”ce yapılan başvuruların incelenip, değerlendirilmesi ise, aleyhine başvuruda bulunulan devletin böyle bir yolun işlenmesini, bir bildirimle kabul etmiş olmasına bağlıydı. (m. 25) Bu bildirimler, belli bir süre için yapılıyor ve süre bittiğinde yenilenebiliyordu.

Devletlerarası yada “*bireysel*” bir başvuru, Komisyon’ca “*dinlenebilir*” (incelenebilir; *admissible*)<sup>37</sup> bulunursa, Mahkemeye aktarılıyor, son ve bağlayıcı karar Mahkeme’ce veriliyordu. İhlal bulunması halinde kararın uygulanmasının izlenmesi Bakanlar Komitesi’nin göreviydi.

11. Protokol’ün yürürlüğe girdiği 1989 yılına kadar süren bu düzenlemede, gerek devletler gerek bireyler için Mahkeme’ye “*doğrudan*” ulaşma olanağı yoktu. Başvurular önce Komisyon’ca inceleniyor, ancak Komisyon’ca “*dinlenebilir*” bulunanlar Mahkeme’ye önüne geliyordu.

Bu arada, siyasal bir organ olan Bakanlar Komitesi’nin, eski 32. madde uyarınca, bir ihlal iddiasının “*esas*” üzerinde karar alması söz-konusuydu. 11. Protokol, siyasal bir organa bir tür “*yargısal*” görev veren bu hükmü de değiştirmiştir; Bakanlar Komitesi yeni m. 46/2 uyarınca, sadece AİHM’nin kararlarının uygulanmasını denetlemekle görevlidir.

<sup>37</sup> Kanıma göre “*admissible*” “sözcüğünün Türkçeye “*kabul edilebilir*” biçiminde çevrilmesi yanlıştır. Türkçe kullanımında, davanın kabul edilmesi, davacı lehine sonuçlanması anlamına gelir. “*Admissible*” sözcüğünün eski hukuk uygulamasındaki karşılığı “*mesmu*” (dinlenebilir) idi. Günümüzde “*dinlenebilir*” yada “*incelenebilir*” demek yerinde olur.

11. Protokol'la, İnsan Hakları Komisyonu'nun varlığına son verilmiş; AİHM tek organ olarak kalmıştır; böylece, başvurular, Komisyon'un "süzgecinden" geçmeksizin AİHM'ye doğrudan ulaşmaya başlamıştır.

Mahkeme'nin bu ilk döneminin bir özelliği de, "sürekli" çalışan bir kurum olmamasıydı. Yargıçlar, iş yükünün gereğine göre, zaman zaman Strazburg'a gelip (genellikle otelde kalarak) görev yapıyorlardı. Ancak, Mahkeme'nin, "kalemi" (Registry) elbette sürekli görev yapacak biçimde oluşturulmuştu.

11. Protokol'la AİHM, iş durumuna göre zaman zaman toplanan, yargıçlarına görev yaptıkları günlere göre ücret ödenen bir organ olmaktan çıkmış; yargıçları sürekli görev başında olan, olağan ve sürekli bir yargı organını olarak çalışmaya başlamıştır. Yargıçların görev süresi dokuz yıldan altı yıla indirilmiştir.

Üye devletlerin, kendi aleyhlerine "bireysel başvuru" yolunun işlenmesi için bir "kabul bildirimi" yapmaları usulü ortadan kaldırılmış; bu yol, AİHS'ye taraf olmanın doğal bir sonucu haline gelmiştir.

Mahkeme'nin çalışma yöntemi ciddi biçimde değiştirilmiş, başvuruların "dinlenebilirlik" açısından değerlendirilmesi için 3 yargıçtan oluşan "komiteler" kurulmuştur. Bu aşamadan geçen başvurular, ilke olarak, yedi yargıçtan oluşan "daireler"ce (chambers) sonuca bağlanmaya başlanmıştır. AİHM içinde bir tür "temyiz" organı olarak çalışmak üzere, 17 yargıçtan oluşan "Büyük Daire" (Grand Chamber) kurulmuştur.

## B. 14. Protokol

1998 yılında yürürlüğe giren 11. Protokol'un getirdiği yeniliklerin bir reform niteliğinde olduğu, AİHM'yi gerçek bir yargı organı haline getirdiği kuşkusuzdur. Ancak, getirilen düzenlemelere karşın, kısa bir süre sonra, Mahkeme ciddi biçimde artan iş yükü sorunlarıyla yeniden karşılaşmaya başlamıştır.

Bir yandan, Mahkeme'nin daha kolay ulaşılabilir hale gelmesi, öte yandan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin sayısındaki artış nedeniyle, 11. Protokol'un yürürlüğe girmesinden sonra; dava sayısı bakımından Mahkeme'nin iş yükünde çok büyük artışlar olmuştur. Bu artışta,

Mahkeme'nin, kimi zaman "cömertçe" verdiği ödence (tazminat) kararlarının etkisi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Başvuruların ve davaların yığılmasından doğan sorunlar, gittikçe artmış ve Mahkeme bu yükü taşıyamaz hale gelmiştir. Bu sorunun, Mahkeme'nin kendi içinde yapacağı "yönetmelik" nitelikteki düzenlemelerle aşılamayacağı anlaşılmış ve 11. Protokol'un getirdiği "hızlanmayı" daha da arttırıcı yeni bir protokol yapılması düşüncesi güçlü bir biçimde ortaya çıkmıştır.

14. Protokol, AİHM'nin işleyişinde hızlandırma sağlamayı ve kararların uygulanması aşamasında Bakanlar Komitesinin yetkilerini güçlendirmeyi amaçlayan düzenlemeler içermektedir.<sup>38</sup>

Aşağıda, 14. Protokol'la getirilen değişiklikleri, alt-başlıklara ayırarak incelemeye çalışıyoruz. Konuları alt-başlıklar ayırmamız, bunların birbirine bağlı ve giderek iç içe girmiş oldukları gerçeğini ortadan kaldırmaz; ancak bu yöntemin, sistematik açıdan incelemeyi kolaylaştıracağı düşünülebilir.

#### a. Mahkemenin Alt Birimlere Ayrılması ve Alt Birimlerin Görevleri

14. Protokol'la getirilen yeni düzenlemede Mahkeme, yargı işlevini yerine getirmek için, Genel Kurul (*Plenary Court*) dışında şu birimlere ayrılmış olarak çalışacaktır (yeni m. 26): "tek-yargıçlı oluşum"lar (*single judge formations*), üç yargıçlı komiteler (*committees of three judges*), yedi yargıçlı daireler (*chambers of seven judges*).

##### aa. Genel Kurul

Mahkeme'nin Genel Kurulu'nun; Başkan ve iki Başkan yardımcısını, Daire Başkanlarını seçmek; Daireleri belli bir süreye bağlı olarak oluşturmak; Mahkemenin İctüzüğünü yapmak; Mahkemenin Başyazmanını (*Registrar*) seçmek ve Dairelerin üye sayısının, belli bir süre

<sup>38</sup> Bu konuda Türkçe yayımlanmış iki için bkz. Bilir, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14. No.'lu Protokol, AÜHF Derg., C. 55, 2005, S. 1, s. 135 vd.; Cengiz, Serkan, 14 No.'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek olan Değişiklikler, *TBB Dergisi*, Sayı 56; 2005, s. 341 vd. ayrıca bkz. Aybay, Rona, AİHS'ne EK 14 No.'lu Protokol ve Usule İlişkin Reform Çalışmaları, Ankara Barosu II. İnsan Hakları Eğitim Programı, 2 Aralık 2005, Ankara Barosu yay., s. 277 vd.

için 5'e indirilmesini Bakanlar Komitesi'ne önermek<sup>39</sup> yetkileri vardır (yeni m. 25).

### bb. Tek Yargıçlı Oluşumlar

14. Protokol öncesi dönemde üç yargıçtan oluşan birimlerce yapılan incelemenin tek yargıçlı bir oluşuma bırakılması, Mahkeme'nin "*insan gücü*"nde tasarruf sağlayacak bir önlem olarak düşünülmüştür. Deyim yerindeyse, yargıçlar daha "*verimli kullanılmış*" olacaklardır. Tek yargıç, incelenmeye değmez olduğu daha baştan belli olan başvuruları "*incelenemez*" olarak niteleyecek yada kayıttan düşecek, bu kararlar kesin olacaktır. Böylece çalışma hızı artacak, başvuruların yığılması önlenecektir.

Tek yargıç, "*adına seçilmiş olduğu devlet*" aleyhine yapılmış olan başvuruları değerlendiremez (yeni m. 26/3). Tek yargıç, bunlar dışındaki başvuruları ön-incelemeden geçirecek; "*incelenemez*" bulma yada "*kayıttan düşme*" kararlarından birini veremediği durumlarda, başvuruyu "*daha geniş kapsamlı bir inceleme*" (*further examination*) için bir komiteye yada daireye iletacaktır.

Tek yargıç, değerlendirmelerini doğal olarak, 14. Protokol'la getirilen yeni ölçütler uyarınca yapacaktır. Ancak, yine 14. Protokol'an "*geçiş hükümleri*" diye nitelenebilecek kurallar koyan 20. maddesine göre bu yeni "*incelenebilirlik*" ölçütleri, Protokol'ün yürürlük tarihinden iki yıllık bir sürenin geçmesinden (1 Haziran 2012 tarihinden) önce uygulanamayacak; o tarihe kadar, değerlendirmeler eski ölçütler uygulanarak yapılacaktır.

Tek yargıca, yargısal değerlendirmelerinde yardımcı olmak üzere "*raportör*"ler görevlendirilecektir. Yargıç statüsünde olmayan ve Mahkemenin yazıişleri (*registry*) kadrosunda ve Mahkeme Başkanına bağlı bulunan bu görevlilere, 14. Protokol'le Sözleşme metninde yer verilmesi, dikkat çekici bir yeniliktir (yeni m. 24/2). Raportörler, ilke olarak, aleyhine başvuru yapılan devletin resmi dilini (varsa dillerini) bilen ve hukuk sistemini tanıyan kişiler olacaktır. Raportörler, seçim ve atanma bakımından, var olan yazı işleri mensupları ile aynı usulle bağlı olacaklar ise de, bunların belli üye devletlerin hukuk uygula-

<sup>39</sup> Bkz. aşağıda cc.



ması açısından deneyimli kişiler olması beklenmektedir.<sup>40</sup> Bunun için, üye devletlerde uygun duyurular yapılarak, koşullara uygun adayların başvurmaları sağlanacaktır.

Tek yargıç, aleyhine başvuruda bulunulmuş olan devlet adına seçilmiş olan yargıç olamayacağına göre (yeni m. 26/3), raportörlerin bu konudaki işlevleri çok önemli bir nitelik kazanmaktadır. Raportör, 14. Protokol öncesi dönemde “dosyanın hukukçusu” (case lawyer) işlevi ile “raportörlük” işlevini kişiliğinde birleştirmiş olarak görev yapmak durumundadır.<sup>41</sup> Bu raportörlerin, Mahkeme’nin öteki hukukçularına oranla daha deneyimli ve kendi ülkelerinde yargıçlık, savcılık, avukatlık gibi görevlerde bulunmuş kişiler arasından seçilmesi düşünülmektedir. Raportör, büyük olasılıkla uyrukluğunda bulunduğu devlet aleyhine yapılmış başvurunun değerlendirmesinde yargıç üzerinde etkili olabilecek; onu yönlendirebilecek konumdadır. Bu nedenle önyargısız ve tarafsız davranması büyük önem taşıyacaktır. Raportörler teknik anlamda “yargıç” statüsünde olmadıkları için, tarafsız davranmama olasılığı karşısında davadan çekilmelerinin istenmesi (reddedilmeleri) sözkonusu olmayacaktır.<sup>42</sup> Sonuç olarak, herhalde kararın sorumluluğu yargıçta olacaktır.

### cc. Üç Yargıçlı Komiteler

Tek yargıçlı oluşumlarca “incelenemez” bulunmayan yada “kayıt-tan düşülmeyen”, başvurular, yargıçça “daha ileri bir inceleme için” bir komiteye yada daireye iletilecektir. Yeni düzenleme ile komiteler, davaların nasıl sonuçlanacağını belirleme açısından son derecede güçlü bir konuma getirilmiş görünmektedir

Komitede, aleyhine başvuruda bulunulmuş olan taraf devlet (davalı) adına seçilmiş bir yargıcın yer alması zorunlu görülmemiştir. Bu, rastlantıya kalmış gibidir. “Açıklayıcı Rapor”da bu konu açıkça belirtil-

<sup>40</sup> Bkz. Açıklayıcı Rapor (Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention; *Explanatory Report*, parag. 58,59.

<sup>41</sup> Bir önceki dipnotunda a. g. Açıklayıcı rapor, parag. 62.

<sup>42</sup> Bu konuda, yansızlığı konusundan ciddi kuşkular olduğu ileri sürülen raportör konusunda ilgililerin Mahkeme Başkanlığına başvurmaları düşünülebilir. Raportörler Mahkeme Başkanının “otoritesi altında” görev yaparlar (yeni m.24/2).

miştir: Komite'nin, davanın esası hakkında karar verdiği durumlarda bile; aleyhine başvuru yapılmış devlet adına seçilmiş yargıcın görevinden ötürü (*ex-officio*) kurula katılması gerekli görülmemiştir.<sup>43</sup> Bu yargıç, Komite'de zaten bulunmakta değil ise, aşağıda belirteceğimiz belli durumlarda, Komitenin çağrısı üzerine, komite üyelerinden birinin yerini alabilir.

Tek yargıçlı oluşumdan ulaştırılan başvurularla ilgili olarak komitelerin gerek usul gerek esas bakımından çok geniş değerlendirme yetkileri vardır:

i. “*daha geniş kapsamlı bir inceleme*” (*further examination*) gerektirmediği kanısına oybirliğiyle varılması durumunda, başvurunun incelenemez (kabul edilemez) bulunduğuna yada kayıttan düşülmesine karar verilecektir. Bu karar kesindir.

ii. Başvurunun içerdiği ana sorun, Mahkemenin “iyice yerleşmiş” içtihadına (*well-established case-law of the Court*) konu olmuş bir durumla ilgili ise; başvuruyu “*incelenabilir*” bulma kararı ile birlikte davanın esasını da karara bağlayacaktır. Bu kararlar ancak oybirliğiyle alınabilecektir. Bu kararlar da kesindir. Oybirliği sağlanamazsa, dosya Daire'ye iletilir.

Komitelere geniş yetkiler tanındığını gösteren yeni düzenlemenin, “*özellikle aynı nitelikte olup, yinelenen davalar*” (*repetitive cases*) için kullanılacağı düşünülmektedir.<sup>44</sup>

Açıklayıcı Rapor'da “*Basitleştirilmiş ve hızlandırılmış*” denilen bu usulün, “*davalı*” (*respondent party*) durumundaki devletin savunma hakları bakımından tartışmaya açık bir durum yarattığı söylenebilir. Komite, Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına giren bir konuyla ilgili olduğunu belirterek başvuruyu, “*davalı*”nın dikkatine getirecek ve davalı taraf itiraz etmezse Komite kararını hızla verecektir.

“*Davalı taraf*”ın örneğin, iç hukuk yollarının tüketilmediği yada konunun “*yerleşmiş içtihadına giren*” bir nitelikte olmadığını ileri sürmesi durumunda bile Komite başvuruyu yeni m. 28/1,b uyarınca karara bağlayabilecektir. Bunun, Komite'nin tam yetkisi içinde olduğu ka-

<sup>43</sup> 40 sayılı dipnotunda a. g. Açıklayıcı Rapor, parag. 71.

<sup>44</sup> 40 sayılı dipnotunda a. g. Açıklayıcı Rapor, parag. 68. Rapora göre bu tür davalar Mahkemenin kararlarında sayı olarak yarıdan fazla bir toplam oluşturmaktadır (örneğin, 2003 yılında %60).

bul edilen bir konu olduğu anlaşılmaktadır. Açıklayıcı Rapor'da , "*davalı tarafın itirazının*" (*vetosunun*) bu usulün işlemlerine engel sayılamayacağı belirtilmiştir.

Böyle bir durumda, "*davalı*" taraf adına seçilmiş bir yargıç Komite'de üye olarak bulunmuyor ise, Komite, üç yargıcından birinin yerine, o devlet adına seçilmiş yargıcın yer almaya çağırabilir. Ancak, bu zorunlu değildir (yeni m. 28/3).

İlgili devlet adına seçilmiş yargıcın katılması zorunlu olmayan, "*davalı taraf*"ın savunması alınmadan verilebilecek bu tür kararların tartışmalara yol açması çok güçlü bir olasılıktır. Üstelik bu kararlar kesin olacak yani temyize başvurulması sözkonusu olmayacaktır.

### çç. Yedi Yargıçlı Daireler

Dairelerin temel görevi, "*tek yargıçlı oluşum*"ların yada Komitelerin karar alamayıp ilettiği davaları görmek ve karara bağlamaktır. Devletlerarası başvuruların incelenip karara bağlanması da dairelerin görevine girer. Aleyhine başvuruda bulunulmuş olan devlet adına seçilmiş yargıç, dairenin doğal (*ex officio*) üyesidir. Böyle bir yargıcın katılmaması durumunda, Mahkeme başkanı, ilgili devletçe önceden sunulmuş olan listedeki adlardan birini yargıç olarak görev yapmak üzere seçer.<sup>45</sup>

Yeni düzenlemede, bireysel başvurularda "*incelenbilirlik*" ile davanın esasının birlikte karara bağlanması ilke olarak kabul edilmiş; bu kararların ayrı ayrı verilmesi ise ayrıksılık sayılmış görünmektedir (yeni m. 29/1); devletlerarası davalarda ise durum tersinedir (m. 29/2).

Mahkeme Genel Kurulu'nun istemi üzerine, Bakanlar Komitesi dairelerin yedi yerine beş yargıçtan oluşmasına karar verebilir. Ancak, bu karar Bakanlar Komitesi'nin oybirliğiyle ve belli bir süre için alınabilecektir (yeni m. 26/2).

<sup>45</sup> Günümüzde yürürlükte olan 27. madde, görülmeye başlanan bir davada devlete "kendi yargıcını doğrudan atama" yetkisi verir nitelikte olduğu için eleştirilmektedir. Yeni düzenleme, daha objektif bir nitelik taşımaktadır.

### dd. On Yedi Yargıçlı Büyük Daire

Büyük Daire'nin günümüzdeki düzenlemeye göre belirlenmiş yetkilerine ek olarak yeni bir yetki ve görev getirilmiştir: Bir taraf devletin, AİHM kararlarını uygulama yükümlülüğünü yerine getirmediği konusunu incelemek (yeni m. 46/4).

Büyük Dairenin böyle bir incelemeyi yapabilmesi için, Bakanlar Komitesi'nce üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla alacağı bir karar üzerine konuyu Mahkemeye iletmesi gerekir. Bu, ilgili devlet için yaptırım uygulamanın<sup>46</sup> sözkonusu olabileceği anlamına gelir.

Büyük Daire'nin ilgili devlet adına seçilmiş yargıcın da katılımıyla alacağı karar, doğal olarak yaptırım uygulanmasına temel olabilecek ise de; yaptırımın niteliğini ve türünü belirlemek Büyük Daire'nin yetkisinde değildir. Ancak, Büyük Daire'nin kararı, Bakanlar Komitesinin bu konuda alacağı siyasal nitelikli karara hukuksal destek sağlayacaktır.

Getirilen bu yeni yetkinin, AİHM'nin etkinliğini arttıracığı ve devletleri kararları uygulamakta daha özenli davranmaya yönlendireceği düşünülebilir.

### b. Yargıçların Statüsü

14 Protokol öncesi dönemde, yargıçlar altı yıllık bir süre için seçiliyorlardı ve süre sonunda bir yargıcın yeniden seçilmesine olanak vardı. Yeni düzenleme ile görev süresi altı'dan dokuz yıla çıkarılmış ama yeniden seçilebilme yolu kapatılmıştır.<sup>47</sup> Önceki uygulamada, bir yargıcın yeniden seçilebilmesi, ilgili devletçe yeniden aday gösterilmesine bağlıydı. Bu durumun, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sakıncalı olabileceği ileri sürülmüştür. Yeniden seçilme (dolayısıyla yeniden aday gösterilme) olanağının ortadan kalkmış olması, yargıcın kendisini aday gösteren devlete karşı tarafsız olmayabileceği kaygıları açısından yerindedir.

<sup>46</sup> Bkz. yukarıda 2, C, "AİHS'nin 'bağlayıcılığı'nın kapsamı", s. 241.

<sup>47</sup> Bkz. 40 sayılı dipnotunda a. g. rapor, parag. 50. Bu yeni düzenleme Parlamenterler Meclisi'nin 1649 (2004) sayılı kararı ile aynı yöndedir. Ayrıca bkz. 1571(2007) parag. 17.4.

### c. Yeni “İncelenbilirlik” Ölçütleri

14. Protokol’un en çok tartışma yaratan yeniliği “*incelenbilirlik*” (kabul edilebilirlik) koşullarıyla ilgili olan yeni düzenlemedir. Getirilen yeni hükme (AİHS m. 35, 3,a) göre; başvurucağının “*önemli bir sakıncalı durumla (mağduriyetle)*” (*significant disadvantage*) karşılaşmış olması durumunda başvuru “*incelenemez*” (kabul edilemez) bulunacaktır. Bu değişikliğin, bazı ihlaller karşısında Mahkemenin duyarsız kalmasına (yada en azından duyarsız kaldığı iddialarına) yol açması kaçınılmaz görünmektedir.

Nitekim, 14. Protokol’la ilgili eleştiriler en çok bu konuda yoğunlaşmaktadır. Eleştirenler, başvurucağının bir insan hakkı ihlali ile karşılaşmış olması olasılığı görülse bile, konunun “*önemsiz*” sayılması durumunda, başvurucağının incelenmeyeceğini; bunun da, Mahkeme’nin temel varlık nedenine yani insan haklarının korunması amacına ters düştüğünü belirtmektedirler.

Örneğin, Serkan Cengiz, Mahkeme’nin iş yükünün artışında asıl sorumlu olanların taraf devletler ve Bakanlar Komitesi olduğunu; bireysel başvuru yolunu kullananların yararlandığı koruma güvencesinin, bir takım anlaşılması güç (muğlak) ve tartışmalı “*incelenbilirlik*” (kabul edilebilirlik) ölçütlerine bağlanarak daraltılmasının, AİHS’nin temelini oluşturan bireysel başvuru hakkına zarar vereceğini ve sonuç olarak bireyi, devlet karşısında daha da güçsüz bırakacağını belirtmektedir.<sup>48</sup>

Mahkeme’nin, bu ölçütü uygulamasında izleyeceği yol ve yöntem, eleştirilerin haklılığını yada tersini kanıtlayabilecektir.

Gerçekten, insan hakkı ihlallerinin bir yargı organınca “*önemli*” yada “*önemsiz*” diye ayrılması için geçerli ölçütlerin bulunması, çok tartışma yaratabilecek bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin sakıncalarını gidermek ve hükmü yumuşatmak için iki dengeleyici kavram getirilmiştir (yeni m. 35/3,b).

i. Mahkeme’ce, bu yetkinin kullanılmasında “*İnsan haklarına saygı*” ilkesi gözetilecektir. Protokol’da kullanılan anlatımla; Sözleşme’de ve ek protokollerde tanımlanmış olan insan haklarına saygı, başvuru-

<sup>48</sup> 38 sayılı dipnotunda a. g. m., s. 350. Bilir’in bu konudaki değerlendirmesi daha “ılımlı” görünmektedir; bkz. 38 sayılı dipnotunda a. g. m., s. 144 vd.

nun esaslan incelenmesini gerekli kılıyorsa; başvuru incelemeye alınacaktır.

ii. Ulusal mahkemelerce gerektiği biçimde incelenmiş olmayan hiçbir başvuru, bu gerekçeyle reddolunmayacaktır. Burada “gerektiği biçimde” (*duly*) kavramını; sorunun, sadece iç hukuk hükümleri açısından değil, AIHM’nin içtihatları açısından da değerlendirilmesi gerektiği biçiminde anlamak doğru olur.

### Ç. Mahkemenin Olguları İnceleme (Araştırma) Yetkisi

Günümüzde Mahkeme’ce “ *tarafların temsilcilerinin katılımıyla inceleme; ve gerekirse soruşturma (investigation) yapmak*” yetkisi; ancak incelenebilirlik (kabul edilebilirlik) kararından sonra işlemekte iken; yeni düzenleme bunu her aşamada olanaklı hale getirmiştir. Bunun nedeni, “*incelenebilirlik*” kararı ile “*esas hakkındaki karar*”ın, ilke olarak, birlikte alınmasıdır.

Bir taraf devletin, bu konuda Mahkeme’ye gerektiği biçimde yardımcı olmaması ve kolaylık göstermemesi durumunda; Mahkeme konuyu Bakanlar Komitesi’nin dikkatine getirecek ve siyasal bir mekanizmanın işlemlerini sağlayabilecektir.

### d. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu’nun Davalara Katılması

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu’nun (Ombudsmannın), Mahkeme çalışmalarına katılabilmesi, genel hükümlere (yani çağrıda bulunulmasına) bağlı iken; yeni düzenleme, Komisyonere , çok daha etkili olabilecek olanaklar getirmiştir. Yeni düzenlemeye göre, İnsan Hakları Komisyonu, Mahkeme’ce çağrı yapılmasına gerek olmaksızın dairelerce yada Büyük Daire’ce görülmekte olan bütün davalara yazılı görüşler vererek yada duruşmalarda bulunarak katılabilecektir.

Bu olanakların tanınması, Komisyonerin, taraf devletlerdeki insan haklarına ilişkin uygulamaları yakından izlediği varsayımına da-

yanmaktadır. Bunların, taraf devletlerarasında ayırım gözetilmeksizin ve yansızlıkla kullanılması beklenir.<sup>49</sup>

Komisyoner'in bu yetkilerini kullanmasına ilişkin olarak, mahkemenin İctüzüğünde gerekli düzenlemeler de yapılmalıdır.

### e. Dostça Çözüm

AİHM özellikle iş yükünün artışı karşısında “dostça çözüm”leri arttırmaya yönelmiştir. Bu tutum, 14. Protokole da yansımıştır: önceki uygulamada “dostça çözüm” ancak “incelenebilirlik” kararından sonra söz konusu olabiliyordu. Bunun sonucu olarak da, taraflar arasından dostça çözüm, görülmekte olan bir davanın “sulh yoluyla” çözüme bağlanması niteliğinde olduğundan bir mahkeme hükmüne (*judgment*) bağlanıyor ve uygulamanın denetiminin sağlanması amacıyla Bakanlar Komitesi'ne iletiliyordu. Bunun dışındaki anlaşmalar ise, teknik anlamda “dostça çözüm” kavramına girmediği için, hüküm (*judgment*) değil, sıradan karar (*decision*) sayılıyor ve Bakanlar Komitesi'ne iletilmesine gerek bulunmuyordu.<sup>50</sup>

Yeni düzenleme ise, dostça çözüm girişimini, her aşamada başvurulabilecek bir yöntem haline getirilmiştir (yeni m. 39/1). Bunun nedeni, yeni düzenleme ile “incelenebilirlik” kararı ile esas hakkındaki kararın, ilke olarak birleştirilmiş olmasıdır.<sup>51</sup>

Özellikle, birbirini yineler nitelikteki davalar (*repetitive cases*) açısından dostça çözümün yararlı olacağı umulmaktadır. Ama herhalde dostça çözümün, “insan hakları temelinde” olması gözetilecektir (yeni m. 39/1).

<sup>49</sup> Şimdi bu görevde bulunan İsveçli Hammarberg'in, Türkiye ziyaretlerinde ve Türkiye ile ilgili çalışmalarında, çeşitli kuruluşlarla temas kurarken; Türkiye Barolar Birliği'ni, ısrarla görmezden gelmesi, kendisinin bilgi alacağı kaynaklar konusunda yansız davranmadığını düşündürmektedir.

<sup>50</sup> Ancak, dostça çözüm, yargılama giderleriyle ilgili bir öge içerirse, bu konu açısından uygulanmanın denetlenmesi için Bakanlar Komitesine gönderiliyordu.

<sup>51</sup> Bkz. 40 sayılı dipnotunda a. g. rapor, parag. 92.

### f. Bakanlar Komitesi'nin Yetkileri

AİHS koruma düzeneğinin işleminde, bir siyasal organ olan Bakanlar Komitesi'nin,<sup>52</sup> özellikle, AİHM kararlarının uygulanması açısından çok önemli bir yeri vardır. Yeni düzenleme bu konuda Bakanlar Komitesi'ne yeni yetkiler ve görevler getirmiştir. Bunlar, şöyle sıralanabilir:

#### aa. Bir Devletin, Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Yargı Yoluyla Saptanması

AİHS'ye taraf olarak, AİHM'nin kesinleşmiş hükümlerine (*final judgments*) uymayı yükümlenmiş olan devletlerin, bu yükümlülüklerini yerine getirmelerinin sağlanması Bakanlar Komitesi'nin görevidir (yeni m. 46/1-2). Bakanlar Komitesi, belli bir devletin taraf olduğu davada verilmiş mahkeme hükmüne gerektiği gibi uymadığına karar verirse; ilgili taraf devletin Sözleşme uyarınca yerine getirmesi gereken yükümlülüğü yerine getirmiş olup olmadığı konusunu karara bağlamak üzere Mahkeme'ye sunulur. Konunun yargı kararıyla saptanması için Mahkemeye gönderilmesi, iki ön-koşula bağlanmıştır (yeni m. 46/4):

i. Bu kararın alınmasından önce, konunun ilgili devlete resmen tebliğ olunması gerekir (yeni m. 46 /4) .Bu yoldan sonuç alınamaması durumunda;

ii. Konu Mahkeme'ye sunulur. Ancak, bu kararın alınabilmesi için Bakanlar Komitesine katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğunun oyu gereklidir.

Mahkeme, ilgili devletçe Sözleşme'nin m. 46/1 hükmüne uyulmasında kusur edildiği, yani yükümlülüğün yerine getirilmediği sonucuna varırsa, durumun değerlendirilmesi ve uygulanacak tedbirlerin saptanması için, dosyayı Bakanlar Komitesi'ne geri gönderir.

Mahkemece, ilgili devletin yükümlülüğüne aykırı davranmadığı saptanırsa; dosya kapatılır (yeni m. 46/5).

<sup>52</sup> Bakanlar Komitesi'nin bu yetkileri, hemen her zaman taraf devletlerin (Avrupa Konseyi üyesi devletlerin) Avrupa Konseyi nezdindeki sürekli temsilcilerinden oluşan Delegeler Komitesi'nce kullanılmaktadır.



### bb. Mahkeme Hükmünün Uygulanmasında Bir Yorum Sorunuyla Karşılaşılması

Mahkemece verilmiş bir kararın uygulanması aşamasında, kararda yer almış olan bir kavramın nasıl anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkması yada duraksamalarla karşılaşılması durumlarında, Bakanlar Komitesi, durumun aydınlatılması için konuyu Mahkemeye gönderebilir (yeni m. 46/3) Mahkemeden yorum istemesi yoluna başvurulması için de Bakanlar Komitesine katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki çoğunluğunun oyu gereklidir.

### cc. Mahkemenin Olguları İnceleme (Araştırma) Yetkisiyle İlgili Sorunlar

Mahkeme'nin, taraf temsilcilerinin katılımıyla "inceleme ve gerekirse soruşturma (investigation) yapmak" yetkisini<sup>53</sup> açıklamıştık. Bir taraf devletin, bu konuda Mahkeme'ye gerektiği biçimde yardımcı olmaması ve kolaylık göstermemesi durumunda; Mahkeme konuyu Bakanlar Komitesi'nin dikkatine getirecek ve siyasal bir mekanizmanın işlemlerini sağlayabilecektir. Eski 38. maddenin sözü değiştirilmemişse de, yeni düzenleme karşısında, Bakanlar Komitesi'nin bu konuda yetkilerinin güçlendirilmiş olduğu söylenebilir.<sup>54</sup>

### g. Avrupa Birliği ve AİHS İlişkisi<sup>55</sup>

14. Protokol konusunda yapılan incelemelerde pek üzerinde durulmayan bir başka önemli yeniliğe değinmemiz yararlı olacaktır: Avrupa Birliği ve AİHS ilişkisi. Getirilen yeni madde 59 /2 hükmü, Avrupa Birliğinin AİHS'ye katılabileceğini belirtmektedir. 2009 yılı Aralık ayında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması da AB'nin AİHS'ye taraf olmasını öngörmektedir.<sup>56</sup> AİHS'nin Geleceği Konusunda Üst Düzey Konferans adı altında İsviçre'nin Intrlaken kentinde yapılan toplantı sonunda yayımlanan 19 Şubat 2010 tarihli Bildiride de "AB'nin AİHS'ne katıl-

<sup>53</sup> Bkz. yukarıda Ç., s. 254.

<sup>54</sup> 40 sayılı dipnotunda a. g. rapor, parag. 90.

<sup>55</sup> Bkz. yukarıda II,1,C "Avrupa Birliği'nin AİHS'ne taraf olması", s. 235

<sup>56</sup> Bu konuda bir gazete makalesi için bkz. Özkan, Işıl, "Lizbon Anlaşması yürürlüğe girdi", Cumhuriyet, 16 Şubat 2010.

*masını öngören Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinin*" tatmin edici bulunduğu belirtilmiştir (PP 5) .

Uluslararası örgütlerin, devletlerle yada kendi aralarında uluslararası sözleşmeler yapması, uluslararası hukukta kabul edilmiş ve uygulanan bir yöntemdir. Ancak, AİHS'nin, sadece devletlerin üyeliğine açık bir biçimde düzenlenmiş olduğu da bir gerçektir. Öte yandan, Avrupa Birliği'nin "*ulus-üstü bir organ*" sayılması da, bu konuda çelişik görüşler ileri sürülmesine yol açmaktadır.<sup>57</sup> Taraf devletlerin Bakanlar Komitesi'nde ve Parlamenterler Meclisi'nde temsil edilmesiyle ilgili düzenlemeler, bunu açıkça göstermektedir. AB'nin bu organlarda temsili nasıl düzenlenecektir?

AB'nin AİHS'ye taraf olması halinde, AB aleyhine "*bireysel başvuru yolu*" nasıl işletilecektir? Örneğin, "*iç hukuk yollarının tüketilmesi*" kuralı nasıl uygulanacaktır? AB'nin yargı organı (Avrupa Adalet Divanı) da bu sistemin içinde mi sayılacaktır? AİHS'de, uyrukluğun önemli olabileceği durumlar söz konudur (m. 16,yeni m. 36/1 gibi). Böyle durumlarda, AB devletleri uyrukları için ortak bir "*AB Yurttaşlığı*" mı sözkonusu olacaktır? Üye devletler için olduğu gibi, AB adına da bir yargıç seçimi mi sözkonusu olacaktır?

AİHS, sadece devletlerin katılımı düşünülerek yazılmıştır. AB'nin AİHS'ye taraf olması durumunda, yukarıdaki ve benzeri sorunlara çözüm bulmak için, bazı hükümlerin yeniden yazılması gerekebilecektir.

## Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nin bir ürünüdür ve bu Sözleşme'ye dayanan "*insan haklarının yargı yoluyla korunması*" düzeneği, Avrupa Konseyi'ni benzeri uluslararası kuruluşlardan ayıran en belirgin özelliktir.

AİHM'nin kendi alanında "*tek*" değilse de, en önemli yargı organı olduğunu söylemek gerekir Dünyada, bakılan davaların sayısı açısından AİHM ile "*rekabet*" edebilecek başka bir uluslararası mahkeme yoktur. AİHM'nin baktığı davaların, verdiği kararlarının sayısı ve içti-

<sup>57</sup> Konunun, Lizbon Antlaşması'nın imzasından önceki durum bakımından incelenmesi için bkz. Tezcan, D./ Erdem, M. R./ Sancakdar, O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşliğinde Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2. bası, Seçkin yay. 2004, s. 39 vd.

hatlarının zenginliği, örneğin Amerika kıtasındaki benzeri olan Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'yle karşılaştırılmayacak kadar büyüktür.

Avrupa Konseyi de onun bir organı olan AİHM de, 1950'li yılların Avrupa'sında ortaya çıkmıştır. II. Dünya Savaşı'nın maddi ve manevi yıkımları üzerine kurulmuş olan Avrupa Konseyi; orta ve doğu Avrupa'da "Sovyetler Birliği" etkisindeki "sosyalist" devletler karşısında "Batılı" bir demokrasi anlayışını temsil ediyordu.

Avrupa Kıtası'ndaki bu ikiye bölünmüşlük hali, 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin çöküp, dağılmasıyla başlayan yeni dönemle son bulmuştur. Bugün, Avrupa kıtasında (Belarus dışında) Avrupa Konseyi üyesi olmayan devlet kalmamış, Avrupa Konseyi'nin sınırları Kafkasya'ya ve Rusya Federasyonu yoluyla Büyük Okyanus'a kadar yayılmıştır.

Doğu Avrupa ülkelerinin ve özellikle Rusya Federasyonu'nun üyeliği Avrupa Konseyi'nin "kimyası"nı bir ölçüde değiştirmiştir. Rusya Federasyonu, Sovyetler Birliği'nin ardılı olması, BM Güvenlik Konseyi'ndeki "veto" yetkisi, nükleer bir askeri güç olması ve geniş doğal zenginlikleri gibi nedenlerle Avrupa Konseyi içinde bir "süper devlet"tir.<sup>58</sup> Rusya tek başına bütün öteki üye devletlerle ters düşmeyi göze alabilmektedir. AİHM'nin işleyişinde önemli bir reform girişimi olan AİHS'ye ek 14. Protokol'un, 2004 yılında imzalanmış ve 46 üye devletçe onaylanmış olmasına karşın, Rusya'nın tek başına muhalefeti yüzünden yıllarca yürürlüğe girememesi, bunun örneğidir.

Üye devlet (dolayısıyla AİHS'ye taraf devlet sayısı) bugün 47'ye ulaşmış bulunmaktadır. Bu durumun, AİHM üzerinde de önemli etkileri olmuştur. Özellikle, 11. Protokol'un yürürlüğe girdiği 1998 yılından sonra; dava sayısı bakımından Mahkeme'nin iş yükünde çok büyük artışlar olmuştur. Bu artışın, Mahkemeyi "tıkanma" noktasına getirmesi kaygısıyla hazırlanan ve çalışmalarını hızlandırmayı amaçlayan 14. Ek Protokol'un Rusya Federasyonu'nca engellenmesi karşısında, bu Protokol'un görünür gelecekte yürürlüğe girmesinden umut kesilmiş ve onun yerine "14. bis Protokol" hazırlanmıştır. Böylece, yürürlüğe giremeyen 14. Protokol'ün öngördüğü "hızlandırıcı" hüküm-

<sup>58</sup> Birleşik Krallık (İngiltere) ve Fransa da aynı durumda olmakla, birlikte, Rusya bu devletlere oranla askeri bakımdan daha güçlü görünmektedir.

lerin, 14. bis'i kabul eden devletler bakımından uygulanmasını sağlamak amaçlanmıştır.

14. Protokol, Rusya Federasyonu'nun tavır değiştirmesi karşısında yürürlüğe girme aşamasına gelmiş ise de, bu gelişme AİHM'yi "tıkanma" durumundan bütünüyle kurtaramayacaktır. Üyesi olduğum "Bilge" (Âkil) Kişiler Grubu'nca yapılmış saptamalara göre, 14. Protokol'un sağlayacağı "esneklik"lerin, Mahkeme'nin "verimliği"ni sadece %20-25 kadar arttıracığı beklenmektedir.<sup>59</sup> Üstelik 14. Protokol'ün getirdiği, başvuru sayısını azaltmak için öngörülen "caydırıcı" önlemlerin, Mahkeme'nin "insan haklarını koruma" işlevi açısından çok tartışılacak yönleri olduğu da bir gerçektir.

Kanımcıca, yapılması gereken şey, iç hukuk düzeyinde "zorunlu uzlaştırma" girişimi yolunu kabul etmektir. Bilge (Akil) Kişiler Komitesi'ne sunduğum ve ayrıntısını makaleler halinde yayımladığım<sup>60</sup> önerim şöyledir:

Her üye devlet, AİHM'ye başvuruda bulunacaklarla, ilgili devletin konuyla ilgili birimleri arasında "uzlaşma" görüşmeleri yapılması için ortam hazırlayacak bir "özerk" kurum belirler yada kurar. Burada, Avrupa Konseyi'nce atanacak bir yetkilinin "gözlemci" olarak bulunabileceği görüşmeler düzenlenir. Bu görüşmelerin amacı, davanın AİHM'ye başvurulmadan çözüme bağlanmasına çalışılmasıdır.

Bu süreç, AİHM'ye başvuru hakkını ortadan kaldırmayacak; sadece bir süre (3-6 ay gibi) ertelemiş olacaktır. "Uzlaşma" girişimi başarılı olursa, konu "dostça çözüm"le kapanacak; uzlaşma sağlanamazsa, ilgililer AİHM'ye başvurmakta serbest olacaklardır.

14. Protokol'la, dostça çözüm girişimi her aşamada başvurulabilecek bir yöntem haline getirilmiştir (yeni m. 39/1). Bu durum, önerimin olumlu karşılanmasını gerektiren bir olgu sayılmalıdır.

<sup>59</sup> Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, Strasbourg November 2006, Council of Europe, s. 12-13 (paragraf 32).

<sup>60</sup> Bkz. Aybay, Rona, AİHM'in iş yükünün azaltmak için bir öneri: "Zorunlu Uzlaşma", *TBB Derg.*, Sayı 67, s. 111 vd. İngilizce metin için bkz. A Proposal of The "Mandatory Conciliation" Process to be Incorporated in the Protection Mechanism of the European Convention on Human Rights, *Digesta Turcica*, TBB yay. 2, 2006.

# CEZA HUKUKU BOYUTUYLA MOBİNG

Mustafa Ruhan ERDEM\*

Benay PARLAK\*\*

## I. GİRİŞ

Bazı yazarlar tarafından *moda* bir kavram haline geldiği belirtilen mobbing, son yıllarda, giderek popüler olan bir *fenomen* karşılığında kullanılmaktadır. Özellikle gelişmiş ülkelerde çok yaygınlaşan mobbingin sözlük anlamı, *psikolojik taciz* veya *psikolojik yıldırma*dır.<sup>1</sup> Çok yönlü sosyal bir fenomen olan mobbing, daha çok çalışma yaşamı ile bağlantılı olarak giderek ağırlık kazanmıştır. Ancak mobbingin yalnızca çalışma yaşamı ile bağlantılı olarak gerçekleştiği düşünülmemelidir. Benzer davranışlar, insanların zorunlu olarak bir araya geldiği başka alanlarda da görülmektedir. Örneğin okulda öğrenciler arasında ya da öğretmenle öğrenciler arasında, infaz kurumlarında infaz görevlileri ile hükümlüler arasında, derneklerde dernek üyeleri arasında da benzer davranış biçimleri ile karşılaşılmaktadır.<sup>2</sup> Bununla birlikte biz çalışmamızı, yalnızca *işyerinde* mobbing ile sınırlı tutmaya özen göstereceğiz. Ancak benzer davranış biçimleri başka alanlarda da görüldüğü için, yapacağımız açıklamalar önemli ölçüde bunlar için de geçerli olacaktır.

---

\* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

\*\* Av., Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

<sup>1</sup> Türk öğretisinde, kavramı ifade etmek için psikolojik taciz, psikolojik sindirme, psikolojik yıldırma deyimleri kullanılmaktadır (Bkz. Bozbel/Palaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları*, TİSK Akademi 2007/1, s. 67).

<sup>2</sup> Bozbel/Palaz, TİSK Akademi 2007, s. 67; yine bkz. Ünver, Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, *CHD Araştırma* 2009, s. 104.

Mobbingin etimolojik kökeni, İngilizce “to mob” sözcüğüne dayanmaktadır. İlk kez bu yüzyılın başlarında sosyal psikolojinin bir yan dalı olan kitle psikolojisi ile ilgili araştırmalarda mobbing kavramı kullanılmaya başlanmış ve mob, en üstte yapılanmış ve organize olmuş bir grubun bulunduğu toplumsal hiyerarşinin en alt aşaması olarak ele alınmıştır.<sup>3</sup> Bugünkü yaygın kullanımına en yakın biçimde mobbing deyimi ilk kez *Konrad Lorenz* tarafından kullanılmıştır.<sup>4</sup> *Lorenz*, mobbing deyimini, zayıf hayvanlardan oluşan bir grubun aslında güçlü olan “davetsiz misafire” saldırısını ifade etmek üzere kullanmıştı.<sup>5</sup> Bu kavram, insanlar arası ilişkilere İsveçli hekim *Heinemann* tarafından aktarılmıştır. Yazar, mobbingi, çocuklardan oluşan bir grup tarafından, bir çocuğa yönelik olarak başvuru şiddetin belirli biçimleri olarak nitelendirmişti.<sup>6</sup> Mobbing ile ilgili ilk bilimsel çalışmalar 80’li yılların başında İskandinav ülkelerinde ve özellikle çalışma psikolojisi alanında yapılmıştır. Bugünkü anlamda mobbing özellikle işverenler tarafından, çalışanlar üzerinde sistematik ve sürekli baskı yaratarak onları işten ayrılmaya zorlamak ve böylece tazminat ödemekten kurtulmak amacıyla uygulanmaktadır.<sup>7</sup> İş piyasasının hassas konumu, bununla bağlantılı olarak işi yitirme korkusu, yeni teknoloji ve zaman baskısı, çalışma yoğunluğunu birlikte getiren iş organizasyonu biçimleri sağlıklı çalışma iklimi için riziko kaynağı oluşturmaktadır.<sup>8</sup> Gerek Avrupa’da ve gerekse Türkiye’de yapılan araştırmalar, mobbingin sanıldığından çok daha yaygın olduğunu göstermektedir. Örneğin Bursa’da kamu çalışanları arasında yapılan bir ankette çalışanların % 55’i mobbinge karşı karşıya kaldıklarını belirtmiştir.<sup>9</sup> Almanya’da 2002 yılında *Meschkatut/ Staceklberg/ Langenhoff* tarafından yapılan bir araştırmaya göre, 2000 yılı sonu itibariyle ankete katılan çalışanlardan 2,7’si mobbing davranışına maruz kalmıştır.<sup>10</sup> Sendikaların tahminleri-

<sup>3</sup> Bkz. Schlaugat, *Mobbing am Arbeitsplatz*, 1999, s. 4.

<sup>4</sup> Bu yönde Brinkmann, *Mobbing, Bullying, Bossing, Treibjagd am Arbeitsplatz*, 1995, s. 11; Niedl, *Mobbing/Bullying am Arbeitsplatz*, 1995, s. 12; Fehr, *Mobbing am Arbeitsplatz -Eine Strafrechtliche Analyse des Phaenomens Mobbing*, 2005, s. 19.

<sup>5</sup> Lorenz, *Hier bin ich -wo bist Du?, Ethologie der Graugans*, 1991, s. 94.

<sup>6</sup> Bkz. Schlaugat, *Mobbing*, s. 7; Niedl, *Mobbing* s. 12; Fehr, *Mobbing*, s. 19.

<sup>7</sup> Bozbel/Palaz, TİSK Akademi 2007, s. 68.

<sup>8</sup> Mühe, *Mobbing im Arbeitsplatz -Starbbarkeitsrisiko oder Strafrechtslücke*, 2006, s. 22.

<sup>9</sup> Bkz. Bozbel/Palaz, TİSK Akademi 2007, s. 68.

<sup>10</sup> Bundesblatt 7.8.2002, s. 18.

ne göre Almanya'da mobbingten kaynaklanan yıllık işgücü kaybı 12,5 milyon Euro'dur.<sup>11</sup>

Diğer disiplinlerden farklı olarak mobbingin hukuksal boyutu yakın zamanlara kadar fazla dikkat çekmemiştir. Hukukçuların çökümserliği, kavram karmaşıklığına ve mobbingin hukuksal açıdan zor kavranan bir olgu olmasına dayanmaktadır. Aşağıda da ele alacağımız üzere, uzunca bir süreç içerisinde gerçekleşen mobbing, gerek bunu gerçekleştiren ve gerekse buna maruz kalan kişi açısından bireysel davranışlardan oluşmaktadır. Oysa hukuk ve bu arada ceza hukuku, geleneksel olarak süreç içerisinde gerçekleşen davranışları bir bütün olarak ele almamakta, bireysel davranışı göz önünde bulundurmaktadır.<sup>12</sup> İşte mobbing bakımından asıl tehlike de, süreç içerisinde gerçekleşen davranışların bir bütün olarak değil, birbirinden bağımsız olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Aşağıda da ele alacağımız üzere, mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışlar birbirinden bağımsız olarak ele alındığında, birçok davranışın (örneğin çalışanın iş koşullarını değiştirme, eleştirme, izolasyon) ceza hukuku bakış açısıyla kavranması da mümkün olmamaktadır. Bu çalışmanın amacı da, bugünkü ceza hukukunun sunduğu araçların, mobbing gibi bir olguyu yeterince kavrayabilmek için ne dereceye kadar yeterli olduğunu ortaya koymaktır.

## II. TANIM

Mobbing (psikolojik taciz), işyerinde bir işçiye yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir terör biçimidir.<sup>13</sup> İşyerinde yaşanan günlük çatışmalardan, anlık iş anlaşmazlıklarından çok daha geniş bir kavramdır.<sup>14</sup> İşyerinde mobbing anlık bir olay değil, sistematik davranışlardan oluşan bir süreçtir ve bu süreç, kişinin mobbing kapsamında olan davranışların hedefi olmasıyla başlamaktadır. Mobbing,

<sup>11</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 20.

<sup>12</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 21.

<sup>13</sup> Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, 2006, s. 8.

<sup>14</sup> Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing): Kavram, Süreç, Tanı ve Çözüm Önerileri*, *CHD* 2009/11, s. 16.

bireyi grup kuralını kabul etmeye zorlama, düşmanlıktan zevk alma, zevk arayışı, can sıkıntısı, ön yargıları pekiştirme, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, sahip olamadıklarının acısını çıkarma, bencillik, işçi için çalışma ortamını katlanılmaz bir duruma getirme, yıldırma ve kendi insiyatifi ile işten ayrılmasını sağlama gibi nedenlere dayanır.<sup>15</sup> Diğer bir anlatımla, bugün mobbingden, ifadesini kötü muamele, güçlük çıkarma ve/veya değersizleştirmede bulan belirli bir kişiye yönelik düşmanca tutumlar anlaşılmaktadır.<sup>16</sup> Böylece mobbing, işverenlerle işçiler, memurla amir veya çalışanların kendi arasında ortaya çıkan ve mağdur tarafından bilinçli ve sistematik dışlanma ve ayırimcılık olarak algılanan işyerlerindeki çatışma durumu için üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>17</sup> Bu açıdan bakıldığında mobbing kendine özgü hukuksal bir kavram olmayıp pratikte sıkça karşılaşılan bir olgunun karşılığı olarak kullanılmaktadır.<sup>18</sup>

Yargı kararlarına göre mobbing, bir işyerinde çalışanlara yönelik olarak işveren veya diğer çalışanlar tarafından hukuk düzeninin ön-görmediği ve her halde bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir amaca ulaşmak için sürekli ve sistematik olarak gerçekleştirilen birbiriyle bağlantılı veya birbirini tamamlayan yıldırma, güçlük çıkarma ve ayırimcılığa hizmet eden davranış biçimleridir.<sup>19</sup> Almanya'da Tübingen Federal İş Mahkemesi 2001 tarihli bir kararında, mobbingi, genel olarak üst durumunda bulunan kişi tarafından gerçekleşen hukuk düzeninin izin vermediği ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde ilgilinin genel kişilik hakkı veya şeref veya sağlık gibi hukuken korunan başka-bir hakkını ihlal eden sürekli, birbiriyle bağlantılı veya iç içe geçmiş davranış biçimleri olarak tanımlamıştır.<sup>20</sup>

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, mobbingden söz edilebilmesi için:

<sup>15</sup> Bayram, Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), *Legal İSGHD*,2007/14, s. 552.

<sup>16</sup> Niedl, Mobbing, s. 3.

<sup>17</sup> Lorenz, Georg, *Mobbing am Arbeitsplatz -Handlungsmöglichkeiten von Betroffenen, Arbeitsgebern und Personalrat*, PersR 2002, s. 65.

<sup>18</sup> Petri, *Mobbing: Strafbarkeit eines Phaenomens*, StraFo 1997, s. 221.

<sup>19</sup> <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf>, s. 4.

<sup>20</sup> LAG Tübingen NZA-RR 2001, s. 577 vd.



- Davranışların sistematik olması;
- Bu davranışların birbiriyle bağlantılı olması;
- Bu davranışların mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir boyuta ulaşmış olması;
- Bu davranışların yıldırma, güçlük çıkarma ve ayırmacılığa hizmet etmesi gerekir.<sup>21</sup>

Mobbing deyimi yanında bullying, bossing ve staffing deyimlerinin de açığa kavuşturulması gerekmektedir.

Özellikle Anglo-Sakson hukukunda, mobbing yerine, aynı anlamda olmak üzere *bullying* deyimi kullanılmaktadır.<sup>22</sup> Ancak bullying kavramında belirgin fiziksel saldırı ve tehdit unsurları yer almakta iken; mobbing kavramının içeriğinde öncelikle psikolojik nitelikte bir saldırı söz konusu olmaktadır.<sup>23</sup>

Giderek artan biçimde kullanılan *bossing*, işveren ve amir tarafından, *staffing* ise çalışanlar tarafından işveren ve amire yönelik psikolojik tacizi ifade etmektedir.<sup>24</sup> Daha açık bir ifadeyle, mobbing (işyerinde psikolojik taciz) işveren ya da işverenin temsilcisi konumunda olan bir kişi, mağdurun üstü konumunda olan bir çalışan veya işyerinde eşit statüdeki çalışanlar tarafından yapılabileceği gibi işyerindeki bir ast tarafından hiyerarşik üstüne karşı da yapılabilir.<sup>25</sup>

Buna karşılık *stalking*, bir kişinin taciz, tehdit veya takip edilmesidir. Burada gerçekte mağdur ile hiçbir bağlantı yoktur veya çok az bağlantı vardır ve fail genellikle psikolojik rahatsızlık içinde olduğu için başkalarıyla gerçek anlamda ilişki kurma yeteneğinden yoksundur. Ancak her halde *stalking* mağdurlarında da, mobbing mağdurlarına benzer semptomlarla karşılaşmaktadır.<sup>26</sup> Bununla birlikte mobbingten farklı olarak *stalking* faillerinin önemli bir bölümü kişilik bozukluğu sergilemektedir. Yine mobbingten farklı olarak *stalking* fai-

<sup>21</sup> Yine bkz. Bozbel/Palaz, TİSK Akademi 2007, s. 69.

<sup>22</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 70.

<sup>23</sup> Tınaz, *CHD*, 2009, s. 12.

<sup>24</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 70.

<sup>25</sup> Ergin, İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları, *CHD*, 2009/11, s. 161.

<sup>26</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 73.

li, mağduru kontrol etme ve gücünü mağdur üzerinde gösterme amaçlı izlemektedir.<sup>27</sup>

### III. MOBBİNG OLUŞTURAN DAVRANIŞLAR

Mobbing oluşturan davranışlar değişik biçimde karşımıza çıkmaktadır. *Heinz Leymann*, bu davranışları 5 gruba ayırmakta ve her bir gruba dahil 45 değişik mobbing davranışından söz etmektedir:<sup>28</sup>

1. *Çalışanların kendilerini ifade etmesini önlemeye yönelik saldırılar* (kendisini ifade etmeyi sınırlama; sürekli sözünün kesilmesi; bağırma veya yüksek sesle sövmek; işyerinde sürekli eleştiri; özel yaşamında sürekli eleştiri; telefon terörü; sözlü tehdit; yazılı tehdit; doğrudan muhatap almamak suretiyle iletişimi engelleme; aşağılayıcı bakış veya mimikler ile iletişimi engelleme)

2. *Çalışanların sosyal ilişkilerine yönelik saldırılar* (konuşmama; konuşmasına izin vermeme; diğer çalışma arkadaşlarından uzak bir büroda çalıştırma; çalışma arkadaşlarına, ilgiliyle konuşmayı yasaklama; yokmuş gibi davranma)

3. *Çalışanların sosyal itibarına yönelik saldırılar* (arkadan konuşma; asılsız söylenti; gülünç duruma düşürme; akıl hastası olduğunu isnad etme; psikiyatrik muayeneye zorlama; özrüyle alay etme; gülünç duruma düşürmek için hareket, ses veya mimikleri taklit etme; özel yaşamıyla alay etme, uyrukluğu ile alay etme, cinsel yaklaşma veya cinsel teklifte bulunma, küfür veya başkaca onur kırıcı ifadelerle seslenme v.s.)

4. *Çalışanların yaşamına ve mesleki kariyerine yönelik saldırılar* (iş vermeme, işi sürekli değiştirme, kaldırabileceğinin üzerinde veya anlamsız iş yükleme vs.)

5. *Çalışanların sağlığına yönelik saldırılar* (sağlık açısından zararlı işlerde çalışmaya zorlama, fiziksel şiddet, cinsel taciz vs.)

Kuşkusuz *Lehmann*'ın yaptığı bu sayım sınırlayıcı değildir. Mobbing failinin nerdeyse sınırsız olanaklara sahip olduğu göz önünde bu-

<sup>27</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 73-74.

<sup>28</sup> Leymann, *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, 1993, s. 23.

lundurulursa, sınırlayıcı bir katalog ortaya koymaya olanak da yoktur. Bununla birlikte mobbing davranışlar açısından tipik olan, failin davranışını “alışlagelen bir çerçevede tutmaya ve hukuksal açıdan önem taşıyan bir boyuta taşırmamaya özen göstermesi”dir.<sup>29</sup>

Yapılan bütün araştırmalar, mobbing mağdurunun, buna maruz kalmayan kişiye göre daha şiddetli psişik ve psikosomatik rahatsızlıklarla karşı karşıya kaldığını göstermektedir. Mağdurda, değişik yoğunluk ve görünüşte stres semptomu görülmektedir. İlgilinin bu tür bir davranışa gösterdiği reaksiyon olarak baş ağrısı, mide ve bağırsak sancısı vs. gibi psikosomatik hastalık belirtileri yanında, halsizlik, depresyon, korku hali ve sosyal uyumsuzluk gibi ilk planda psişik rahatsızlıklar baş göstermektedir.<sup>30</sup> Kuşkusuz bunların ortaya çıkışı ve yoğunluğu, mağdurun karşı karşıya kaldığı mobbing oluşturan davranışların süresine ve yoğunluğuna bağlıdır.<sup>31</sup> Oldukça uzun süren mobbing davranışlarına karşı aşırı bir tepki de, mağdurun başkasına ya da kendisine yönelik saldırgan davranışlarda bulunması ve hatta intihar etmesidir.<sup>32</sup> Yapılan araştırmalar, mobbing mağdurlarının önemli bir bölümünün ya işten çıkmak ya da çıkarılmak zorunda kaldığını göstermektedir.

Türk hukukundaki davalara<sup>33</sup> konu olan mobbing vakıalarına baktığımızda mobbingin;

- Amir konumundaki kişinin mağduru nedensiz yere işini yapmama suçlaması,
- Mağdurun yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması,
- En basit olaylarda dahi yazılı savunma istenerek taciz edilmesi,
- İşverenin kişisel nedenlerle birlikte çalışmak istemediği işçiyi psikolojik olarak yıpratıp onu işten ayrılmaya zorlaması gibi davranış biçimlerinde kendini gösterdiğini söylemek mümkündür.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 42.

<sup>30</sup> Schlaugat, *Mobbing*, s. 32.

<sup>31</sup> Schlaugat, *Mobbing*, s. 34 vd.

<sup>32</sup> Niedl, *Mobbing*, s. 62; Wolmerath, *Mobbing im Betrieb*, 2004, s. 45.

<sup>33</sup> Yargıtay 9. HD, E.2007/9154-K.2008/13307; E.2008/3122-K.2008/4922; Yargıtay 4. HD, .E.2007/3114- K.2008/3142.

<sup>34</sup> Ergin, *CHD*, 2009, s. 194.

#### IV. YASAL DÜZENLEME

Gerek İş Kanunu'nda, gerekse Türk Ceza Kanunu'nda doğrudan mobbingi düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak İş Hukuku mevzuatında mobbing kapsamında ele alınabilecek hukuka aykırı fiil niteliğindeki işveren davranışlarına temas eden ve bu davranış biçimlerini yaptırma bağlayan önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Tek başına ele alındığında hukuka aykırı fiil niteliği taşımayan ve sistematik biçimde tekrarlanan davranışlardan oluşan mobbing süreci hukuka aykırıdır ve bu hukuka aykırılığın normatif dayanakları da, gözetme borcu (İş K m. 77, BK m. 332), eşitlik ilkesi (İş K. m. 5) ve dürüstlük kuralıdır (MK m. 2).<sup>35</sup> Ceza hukuku yönünden de, mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışları cezalandırma konusunda mevcut ceza hukuku araçlarının yeterli olduğu ve bu olguyu bağımsız bir suç tipi olarak ayrıca düzenlemeye gerek olmadığını söylemek mümkündür.

Mobbing olgusu, yalnızca hukuk düzeninin özünü oluşturan temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralların ihlali anlamına gelmemekte, aynı zamanda Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hakkının da ihlali niteliği taşıdığından, özellikle 1990'lı yıllardan itibaren mobbinge karşı etkin koruma sağlama amacıyla Fransa, Belçika, Hollanda, İsveç ve Almanya gibi birçok ülkede yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

*Almanya'da* Federal Meclis'in 15.5.1997 tarihli Petition Komisyonu'nun 175. oturumunda mobbingin kanunla yasaklanması yönündeki öneri, mevcut hukuksal durumun işyerinde mobbinge karşı yeterli hukuksal koruma sağladığı, bu yüzden mobbingin kanunla yasaklanmasının ancak sembolik bir değeri olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. 24.3.1997 tarihinde Federal Meclis'çe gerçekleştirilen ve PDS Meclis Grubu tarafından işyerlerinde sistematik, psikolojik tacizi konu alan "*Mobbing- İlgili için koruma yeterli mi?*" konulu uzmanlar çalışması da sonuçsuz kalmıştır.<sup>36</sup>

*Fransa'da* 20.1.2002 tarihinden bu yana yürürlükte olan "*Sosyal Modernizasyon Yasası*" ile Fransız İş Kanunu'na "*mobbingle mücadele*" başlıklı yeni bir bölüm eklenmiştir. Anılan kanunda mobbing, "*çalışma koşullarının kötüleşmesini hedefleyen ya da bu sonucu doğuran, çalışanların*

<sup>35</sup> Bayram, *Legal İSGHD*, 2007, s. 553.

<sup>36</sup> Lorenz, *PersR* 2002, s. 66.

*haklarını ya da onurunu zedeleyen, fiziksel ya da ruhsal sağlığını olumsuz etkileyen yahut mesleki geleceğini tehlikeye atan sistematik davranışlar*” olarak tanımlanmaktadır. Kanun, mobbinge mücadele için işletme yöneticilerini bütün tedbirleri almakla yükümlü kılmış ve böyle bir durum söz konusu olduğunda işletme dışından bir arabulucu tarafından yürütülecek bir uzlaştırma süreci öngörmüştür. Kanunla mobbing mağduruna iş mahkemesinde ve ceza mahkemesinde dava açma olanağı tanınmıştır.

*İsveç*'te İş Güvenliği ve Sağlığı Ulusal Dairesi'nin, daha 1993 yılında çıkardığı tüzükle işverenlere, mağduriyeti en geniş biçimde önleyecek biçimde işi planlama ve organize etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu tür bir durumla karşılaşıldığında “*gecikmeksizin*” karşı tedbirler alınmalıdır.<sup>37</sup>

## V. İSPAT SORUNLARI

Mobbing mağdurunun uygulamada en çok karşılaştığı sorun, *ispat* sorunudur. Türk Hukukunda mobbing ile ilgili düzenleme olmadığından ispat yüküyle ilgili de özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Nitekim mobbing, Alman iş mahkemelerinin gündemine, özellikle 2000'li yılların başında girmeye başlamış olmasına rağmen, mahkemelerin önüne gelen olaylardan yalnızca üçünde tazminata hükmetmesi ilgi çekicidir. Örneğin Sachsen Eyalet İş Mahkemesi 17.2.2005 tarihli kararıyla mobbing kavramının belirsizliğine işaret etmiş ve gerek genel kişilik hakkı ve gerekse sağlığın bozulması bakımından ihlal edici davranışa ilişkin yeterli veri olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.<sup>38</sup> İspat açısından uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm bulmak amacıyla Fransız yasası, mobbing mağdurunun, yalnızca mobbingin objektif koşullarını ispatlamasını yeterli görmüş, buna karşılık bunun, hukuk düzeninin öngördüğü objektif bir uygulama olduğunu ispat yükünü ise mobbing failine bırakmıştır.

Belçika hukuk sisteminde de, işçi mobbinge uğradığını ispat et-

<sup>37</sup> Bkz. Wickler, *Wertorientierungen in Unternehmen und gerichtlicher Mobbingschutz*, DB 2002, s. 480.

<sup>38</sup> Dresden İş Mahkemesi'nin 7.7.2003 tarihli kararı, AuR 2004, s. 114; Berlin İş Mahkemesi'nin 8.3.2002 tarihli kararı - 40 Ca 5746/01; Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesi, NZA-RR 2002, s. 121.

mek zorunda olmayıp, şikayet edilen tarafın yasalar tarafından yasaklanmış bir eylem veya davranışta bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir ki, bu prensip, işçiye gerçek bir koruma sağlamaktadır.<sup>39</sup>

## VI. MOBBİNG FAİLİNİN CEZA SORUMLULUĞU

### 1. Genel Olarak

Mobbing kapsamında belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilen davranış biçimleri bir bütün olarak ele alındığında, yılgınlık, uykusuzluk, depresyon, kaygı, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, suskunluk ve hareketsiz kalma, yaşamdan zevk almama gibi intihara kadar varan zararlı etkiler ortaya çıkarabilmektedir.<sup>40</sup> Özellikle mobbing sürecinin başlangıcında davranışlar genellikle hukukun izin verdiği çerçeveye içinde gerçekleşmektedir. İnsanlar arasında *olağan* çatışmaların bir yansıması niteliğinde olan davranışlar ceza hukuku açısından önem taşımazlar. Buna karşılık, mobbing sürecinin ileri aşamalarında çatışma bağımsız bir nitelik kazanmakta, süreç uzadıkça suç tiplerinin gerçekleşme olasılığı da artmaktadır.<sup>41</sup> Mobbing de, bu süreçte gerçekleştirilen davranışların ancak bir ceza normunu ihlal edecek boyuta ulaşacak kadar yoğun olması durumunda ceza hukuku bakımından önem taşır ve belirli bir suç tanımına uygun olması, kasten gerçekleştirilmesi ve hukuka aykırı olması durumunda ceza yaptırımını ile karşılanır.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında genellikle mobbinge karşı özel suç tiplerine yer verilmediği görülmektedir. Nitekim Alman ve Avusturya hukukunda, mobbingin cezalandırılabilir olduğuna işaret eden özel suç tiplerine yer verilmemekte, öğretide de işyerindeki mobbing davranışlarını cezalandırmak için Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler yeterli olduğu için özel bir ceza normuna gerek olmadığı savunulmaktadır.

Örneğin *Petri*'ye göre, mobbing belirsiz bir (hukuksal) kavram olduğu için bu kavram altında ele alınan bazı davranışların suç sayılması da mümkün olmamalıdır. Ceza hukukunun görevi ve işlevi, işyer-

<sup>39</sup> Ergin, *CHD*, 2009, s. 193.

<sup>40</sup> Bkz. Fehr, *Mobbing*, s. 47 vd.; Niedl, *Mobbing*, s. 60 vd.; Schlaugat, *Mobbing*, s. 32 vd.

<sup>41</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 77.

lerinde veya başka yerlerde insanlar arası ilişkileri düzenlemek değil, yalnızca cezalandırılabilir davranışları yaptırım altına almaktır. Eğer mobbing cezalandırılacak olursa, Anayasadan kaynaklanan belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olur. İşyerinde mobbing altında ele alınan davranışları cezalandırmak için Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler yeterli olduğu için, mobbingi özel olarak cezalandırma gereksinimi bulunmamaktadır. Olsa olsa işyerinde özel bir hiyerarşi ilişkisi içerisinde gerçekleşen davranışlar, kasten yaralama, cebir kullanma, cinsel saldırı gibi klasik suç tiplerinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenebilir.<sup>42</sup>

*Mühe* de devletin, temel hakları koruma yükümlülüğüne dayanarak mobbinge karşı etkili koruma sağlama yükümlülüğü altında olduğunu, ancak mobbinge özgü ayrı bir düzenleme yapma zorunluluğunun bulunmadığını, mevcut hukuksal durumun mobbinge karşı yeterli koruma sağladığını, mobbingi ayrı bir suç tipi olarak düzenlemenin korkutucu ve önleyici bir etki doğuracağını, ancak öncelikli olarak mobbinge özgü ceza hukuku dışındaki araçlara başvurmak ve eğer bunlar yeterli değilse bu alandaki boşluğu doldurmak gerektiğini belirtmektedir.<sup>43</sup>

Buna karşılık Fransa'da yukarıda değindiğimiz 17.1.2002 tarihli kanunla Ceza Kanunu'na eklenen 222-32-2. madde ile mobbing konusunda özel bir suç tipi meydana getirilmiştir. Anılan hükme göre; "*çalışma koşullarının kötüleşmesini amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, bir başkasının haklarını veya onurunu zedelemeye, fiziksel veya psikolojik sağlığını bozmaya veya mesleki geleceğini tehlikeye koymaya elverişli birden çok davranışla bir başkasının taciz edilmesi bir yıla kadar hapis veya 15.000 Euro para cezası ile cezalandırılır*".<sup>44</sup>

Mobbing sürecinde gerçekleştirilen davranışlar, çok yönlü bir görünüş biçimine sahiptir ve bu nedenle de cinsel saldırı ve cinsel taciz, kasten yaralama, intihara yönlendirme, hakaret, cebir, eziyet ve kişilerin huzur ve sükununu bozma gibi bir çok suç tipini gündeme getirir.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Petri, StraFo 2007, s. 225.

<sup>43</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 338 vd.; benzer yönde Fehr, *Mobbing*, s. 207 vd.

<sup>44</sup> Bkz. Wickler, DB 2002, s. 480.

<sup>45</sup> Ünver, ayrıca gürlütü (Kabahatler Kanunu m. 36), rahatsız etme (Kabahatler Kanunu m. 37), ayrımcılık (TCK m. 122), kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK m. 123), kötü muamele (TCK m. 232), teşhircilik (TCK m. 225), müstehcenlik (TCK

Öyle ki, işverenin mobbing karşısında hareketsiz kalması dahi, bazı suçlar bakımından ceza sorumluluğunu gerektirebilir. Doğrudan *kanundan* kaynaklanan neticeyi önleme konusunda *hukuksal yükümlülük* altında olan fail, bu neticenin gerçekleşmesini önlemediğinde, sanki neticeyi bizzat gerçekleştirmiş gibi gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmaktadır. Aşağıda ele alacağımız üzere, *işverenin* doğrudan *kanundan* kaynaklanan çalışanları *gözetme yükümlülüğü* söz konusu olduğu için çalışanların birbirlerine yönelik bu tür davranışlarına seyirci kalması dahi ceza sorumluluğuna yol açabilir.

## VII. MOBBİNG OLUŞTURAN DAVRANIŞLARIN DEĞİŞİK SUÇ TİPLERİ ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

Kuşkusuz bireysel nitelikli yararları (da) koruyan hemen hemen tüm suç tiplerinin mobbing davranışlarıyla işlenebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Öyle ki, bu suç tipleri Ceza Kanunu'nda yer alabileceği gibi, özel bir kanunda düzenlenmiş de olabilir. Bu bölüm içerisinde ele alınacak olan suçlar, ceza hukuku açısından önem taşıyan mobbing davranışları için tipik olan suçlardır.

### İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)

Mobbing mağduru, uzun süren mobbing sürecinin ve süregelen mobbing saldırılarının sonucu olarak çaresizlik, yalnızlık ve gelecek korkusu ile karşı karşıya kalarak psikolojik çöküntü içine girebilir ve bu da intihar kararı almasına neden olabilir.<sup>46</sup> Ancak bu suçun oluşabilmesi için, failin hareketi, *azmettirme*, *teşvik etme*, *intihar kararını kuvvetlendirme ya da intihara herhangi bir şekilde yardım etme* ile sınırlı olması; buna karşılık intihar bizzat mağdurun özgür iradesine dayanarak aldığı bir kararın sonucu olarak gerçekleşmelidir. Bu nedenle fail *tehdit*, *cebir* ve *hile* kullanmak suretiyle bir başkasının ölümüne neden olmuş ise, artık bu suçtan dolayı değil, *dolaylı faillik yoluyla* kasten öldürme suçundan dolayı (TCK m. 81-82) cezalandırılır. Bunun için mobbing saldırısının tek başına bir neden mi, yoksa diğer nedenlerden bi-

m. 226) gibi suçların da mobbing sürecinde gündeme gelebileceğini belirtmektedir (Ünver, *CHD*, 2009, s. 104 vd.).

<sup>46</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 202.



risi mi olduğu failin ceza sorumluluğu açısından önem taşımaz.<sup>47</sup> Nitekim TCK m. 84/4'te *cebir* veya *tehdit* kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenlerin kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacaklarına açıklık getirilmiştir.

## 2. Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86-87)

Mobbing yoluyla gerçekleştirilen suç tipleri bakımından kasten yaralama suçu önemli bir role sahiptir. Kasten yaralama, başkasının beden bütünlüğünü ihlal eden veya sağlığa zarar veren davranışlarla işlenir. Bu suçun oluşması için failin kastının, söz konusu davranışı gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir. Suçun basit tıbbi müdahaleyi gerektiren bir etki meydana getirmesi durumunda ceza indirilir. Buna karşılık failin davranışının, beden bütünlüğüne yönelik ağır bir zarar vermiş olması durumunda (organ kaybı, çocuğun düşmesi, iyileşmesi olanaksız hastalık gibi) kasten yaralamanın nitelikli halinden söz edilir ve ceza ağırlaştırılır. Ancak davranışın ağır bir zarar ortaya çıkarmış olması nedeniyle cezanın ağırlaştırılabilmesi için, failin, bu neticeleri bilinçli olarak göze almış veya en azından bu ağır neticelerin ortaya çıkmasını hesaba katmış olması gerekir. Örneğin ağır bir iş makinesinin mağdura fırlatılması sonucunda mağdurun parmağının kırılması

Kasten yaralama suçunda korunan hukuksal yarar, beden bütünlüğü ve sağlığı olup; gerek fiziksel ve gerekse psikolojik etki ile beden bütünlüğü bozulmuş olabilir.<sup>48</sup>

Suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden "*vücutta acı verme*", beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü harekettir.<sup>49</sup> Yüze kafa veya tekme atma gibi mağdu-

<sup>47</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 202 vd.

<sup>48</sup> Eser, in: Schönke / Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2000, § 223 no.1; Tröndle / Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 2003, § 223 no.2; Erman / Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 1994, no.101; Lackner / Kühlt, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 2001, § 223 no.1; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 2005, s. 41; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 2007, s. 125; Kindhäuser, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft)*, 2003, § 7 no. 1; Maurach / Schroeder / Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 1991, § 9 no. 2; Wessels / Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil/1 (Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte)*, 2007, § 5 no. 245.

<sup>49</sup> Eser, in: S/S, § 223 no. 3; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 128. Erman / Özek'e göre, "cismen eza verme" bir kimsenin bedeni acı çekmesine yol açan her türlü ha-

run vücuduyla doğrudan temas edildiği durumlarda bu koşul genellikle gerçekleşmiş olmaktadır.<sup>50</sup> Ancak kasten yaralama suçunun oluşması için mutlaka bedene temas edilmesine gerek yoktur. Sözelimi duyma işlevinde bozukluğa yola açan yüksek gürültü de bu çerçevede cezalandırılabilir.<sup>51</sup> Bununla birlikte hareketin mağdurda acı meydana getirmiş olması aranmaktadır.<sup>52</sup>

Burada mobbing mağdurunun sağlığa zarar veren bir işi yapmaya zorlanması örneğinde olduğu gibi sağlığı bozma ya da kulak çekme, yumruk atma örneğinde olduğu gibi doğrudan bedene yönelik acı verme değil, aynı zamanda mağdurun karşı karşıya kaldığı değişik mobbing davranışlarının bir sonucu olarak ortaya çıkan başka ihlallerle de bu suç işlenebilir. Bu bağlamda mobbing mağdurunda mobbingin yol açtığı stresin bir sonucu olarak psikolojik veya psikosomatik hastalık tablosu görülebilmektedir. Mobbing oluşturan davranışlar, eğer yumruk vurma veya benzeri davranışlarla doğrudan beden üzerinde gerçekleşmiş ise ya da psikosomatik bir rahatsızlık yaratmış ise, kasten yaralama suçunun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlerden “*vücuda acı verme*” kapsamında ele alınabilir.<sup>53</sup>

Suçun maddi unsurunu oluşturan diğer seçimlik hareket olan “*sağlığı bozma*”, beden fonksiyonlarında normal durumundan sapan (patolojik) bir durum meydana getirmek veya böyle bir durum varsa bunu artırmak anlamındadır.<sup>54</sup> Bunun süresi ya da tıbbi anlamda bir hastalığa yol açmış olması, suçun oluşması bakımından önemsizdir.<sup>55</sup> Çoğu durumda sağlığı bozma ile vücuda acı verme seçimlik hareketleri arasında kesin bir çizgi çizmeye olanak yoktur; çoğunlukla bu ikisi

---

rekettir, Erman / Özek, no. 108.

<sup>50</sup> Lackner / Kühlt, § 223 no.4.

<sup>51</sup> Kindhäuser BT/I § 7 no.6.

<sup>52</sup> Erman / Özek, no. 113; Oysa Alman hukukunda hareketin mağdurda acı meydana getirmesi gibi bir zorunluluk aranmamaktadır (Tröndle / Fischer § 223 no.3; Eser, in: S/S, § 223 no.3; Krey / Heinrich, BT/I § 3 no.189; Lackner / Kühlt, § 223 no.4; Kindhäuser BT/I § 7 no.6).

<sup>53</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 79.

<sup>54</sup> Eser, in: S/S, § 223 no. 5; Lackner / Kühlt, § 223 no. 5; Kindhäuser BT/I § 7 no. 7; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 129; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 43 (yazar, “kişinin fizyolojik yapısının işleyişinde meydana getirilen her türlü düzensizlik” olarak bunu tanımlamaktadır).

<sup>55</sup> Eser, in: S/S, § 223 no. 5.

bir arada bulunabilmektedir.<sup>56</sup> TCK m. 86' da sağlığı bozma yanında *algılama yeteneğinin bozulmasından* söz edildiği için uzun süren mobbing davranışlarının sonucu olan korku, yılgınlık, uykusuzluk, depresyon, kaygı, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, suskunluk ve hareketsiz kalma, yaşamdan zevk almama kasten yaralama suçu çerçevesinde cezalandırılabilir.

### 3. Eziyet Suçu (TCK m. 96)

Bu suç mobbing mağduruna karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarla işlenir. Objektif olarak aşağılayıcı ya da eza verici eylemlerle insan olma niteliğinin gerekli kıldığı düzeyin objektif olarak altında kalan ve kişiliğinin gelişebilmesi için gerekli olan dengeye olumsuz etki edebilecek her türlü davranış bu suçu oluşturur.

### 4. Cinsel Saldırı ve (TCK m. 102) ve Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105)

Esas itibariyle herkes cinsel saldırı ya da cinsel tacizle karşı karşıya kalabilir. Bununla birlikte pratikte bu tür davranışlar genellikle kadınlara yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Cinsel saldırı suçu açısından temel sorun, hangi tür cinsel davranışların bu suçu oluşturacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Cinsel saldırı suçu, "*cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi*" suretiyle işlenir. Bir davranışın cinsel nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda, failin saiki değil, davranışın dışa yansıyan cinsellikle ilişkisi göz önünde bulundurulur. Objektif olarak bu niteliği taşımayan bir davranışın mağdur tarafından öyle algılanmış olması, o davranışın cinsel bir davranış sayılması için yeterli değildir.<sup>57</sup> Buna karşılık dış görünüş olarak birden fazla anlam içeren bir davranış, ancak failin kendisini veya bir başkasını cinsel açıdan tatmin amacı varsa, cinsel davranış sayılabilir.<sup>58</sup>

Bir davranışın TCK m. 102 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda failin, mağduru kendisi ile mi, yoksa bir

<sup>56</sup> Eser, in: S/S, § 223 no. 2; Centel / Zafer / Çakmut, Kişilere, s. 128.

<sup>57</sup> Tröndle / Fischer, § 184c no. 3; Lenckner, in: S/S, § 184c no. 6.

<sup>58</sup> Lackner / Kühlt, § 184c, no. 2.

üçüncü kişi ile mi cinsel davranışa zorladığı önem taşımaz. Bunun gibi bu davranış, bizzat mağduru bir şey yapmaya zorlama biçiminde olabileceği gibi, mağduru kendisine yönelik bir davranışta bulunmaya katlanmak zorunda bırakma biçiminde de olabilir.<sup>59</sup>

Bununla birlikte, cinsel saldırı suçunun oluşması için cinsel davranış tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda vücut dokunulmazlığının da ihlal edilmiş olması gerekir. Bunun için de failin mağdurla bedensel teması şarttır; ancak bu temasın çıplak olması veya cinsel organlarla ilgili bulunması aranmaz.<sup>60</sup> TCK uygulaması açısından, cinsel saldırı suçunun oluşması için Yargıtay tarafından “bedensel temas” ölçütüne başvurulmaktadır. Bu durumda mağdurla fiziksel bir teması içermeyen cinsel davranışlar, ancak cinsel taciz suçunu (TCK m. 105) oluşturur.<sup>61</sup> Fakat *kanaatimizce*, bedensel teması gerektiren her türlü sarkıntılık niteliğindeki davranışın bu madde anlamında cinsel saldırı oluşturup oluşturmayacağı, olaya eşlik eden tüm koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle, gerek davranışın önemi (normatif) ve gerekse yoğunluğu ve süresi (niceliksel) dikkate alınarak belirlenmelidir.<sup>62</sup> Diğer bir deyişle, mağdurla önemsiz bir fiziksel teması içeren her cinsel davranışın mutlaka 102. madde kapsamına gireceğini söylemek doğru değildir. Bu açıdan bakıldığında söz gelimi, cinsel amaçlı da olsa yanaktan bir kesme almak ya da mağduru yanından geçerken hafifçe sürtünmek, bedensel teması gerektirdiği halde cinsel saldırı sayılmama ve cinsel taciz suçu (TCK m. 105) çerçevesinde cezalandırılmalıdır. Cinsel saldırı, TCK’ya göre ancak vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle işlenebileceğinden, mağduru doğrudan kendi kendisine yönelik bir cinsel davranışta bulunmaya veya bir cinsel ilişkiyi veya cinsel davranışı seyretmeye zorlaması bu suçu oluşturmaz.<sup>63</sup> Öte yandan failin başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zor-

<sup>59</sup> Aynı yönde Yenidünya, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 3, Sayı 33, Eylül 2005, s. 3290 vd.

<sup>60</sup> Aynı yönde Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 58.

<sup>61</sup> “İddianame, mahkumiyet kararı ve dosya içeriğine nazaran sanığın işlediği iddia ve kabul edilen “gece karanlığından yararlanarak mağdurenin arkasından sessizce yaklaşip omuzlarından tutarak cinsel organını bacaklarının arasına değdirmeye” eyleminin bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu...”, Yar. 5. CD, 26.5.2008, 5696/5064.

<sup>62</sup> Alman hukukunda aynı yönde Tröndle/Fischer, § 184c no. 5.

<sup>63</sup> Benzer Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 58.

laması durumunda da suçun oluşup oluşmayacağı TCK m. 102 açısından tartışmalıdır. Böyle bir durumda *dolaylı faillik* yoluyla cinsel saldırı suçundan faili cezalandırmanın mümkün olduğu söylenebilir.

Mobbing oluşturan davranışların bu suçlar çerçevesinde cezalandırılması bakımından temel sorun, cinsel davranışa mağdurun rıza gösterip göstermediği konusunda ortaya çıkmaktadır. Burada mağdurun içerisinde bulunduğu zorlayıcı durum göz önünde bulundurulduğunda cinsel davranışa karşı mağdurun bir direnç göstermiş olmasını aramak doğru olmaz. İşini kaybetme endişesi ile cinsel davranışa katlanmak durumunda kalan mağdurun, bu davranışa geçerli bir rızasının bulunduğundan söz edilemez.

Demek oluyor ki, mobbing mağdurunun cinsel özerkliğini zedelemeye elverişli nitelikte bedenle temas içeren her türlü davranış cinsel saldırı suçunu oluşturur. Buna karşılık, beden dokunulmazlığını ihlal niteliği taşımayan ve mağdurun cinselliğine yönelik rahatsız edici boyuta ulaşan her türlü davranış *cinsel taciz* olarak değerlendirilir.<sup>64</sup> Bu suçun hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi, fiil nedeniyle mobbing mağdurunun; işi bırakmak zorunda kalması cezanın ağırlaştırılmasını gerektirir.

O halde mobbing mağduruna yönelik cinsel nitelikli davranışlar, beden dokunulmazlığının ihlal edilmiş olup olmamasına göre cinsel saldırı ya da cinsel taciz suçunu oluşturabilir.

<sup>64</sup> Yenidünya ise cinsel tacizi, "birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda bedeni temas içermeyen rahatsız edici nitelikteki hareketlerdir" biçiminde tanımlamaktadır (Yenidünya, *Legal*, Eylül 2005, s. 3301). Yokuş Sevük'e göre, vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan (cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan) cinsel amaçlı davranışlar bu suçu oluşturur (Yokuş Sevük, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, *TBB Dergisi*, S. 57 (2005), s. 272). Kurt'a göre, belirli bir kimseye karşı şehvet duygusuyla gerçekleştirilen, utanma ve namus duygusunu rencide edecek, ahlak yönünden rahatsızlık yaratacak nitelikte bedensel temas gerektirmeyen hareketler cinsel tacizdir (Kurt, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu, *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, 2008, s. 517).

## 6. Cebir Kullanma Suçu (TCK m. 108)

Bu madde anlamında *cebiri*, bir başkasının özgürce irade oluşturması ve/veya bu doğrultuda hareket etmesini engellemeye elverişli biçimde bedenine yönelik zorlayıcı bir etkidir.<sup>65</sup> Öğretide egemen görüşe göre cebir, iradenin özgürce oluşturulması ve bu doğrultuda hareket edilmesini olanaksız kılan *vis absoluta* veya irade özgürlüğünü önemli ölçüde ihlal eden *vis compulsiva* biçiminde gerçekleşebilir.<sup>66</sup> Mobbing süreci içerisinde izlenen amaca ulaşmak için mağduru hukukun izin vermediği belirli bir davranışta bulunmaya zorlamak cebir kullanma suçunu oluşturabilir.<sup>67</sup>

## 7. Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m. 123)

Sırf huzur ve sükûnunu bozmak amacıyla mobbing mağduruna ısrarla telefon etmek, gürültü yapmak ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunmak bu suçu oluşturur. Mobbing sürecinde gerçekleştirilen birçok eylemi bu madde anlamında "*hukuka aykırı davranış*" içerisinde ele almak ve cezalandırmak mümkündür.<sup>68</sup> Kişilerin huzur ve sükununu bozma, mobbing süreci içerisinde gerçekleşen ve diğer suç tipleri kapsamında cezalandırılmayan birçok davranışı içine alan çerçeve bir suç tipi olma özelliği göstermektedir.

## 8. Hakaret Suçu (TCK m. 125)

Hakaret suçu, ceza hukuku açısından önem taşıyan mobbing davranışları içerisinde çok sık gündeme gelmesi nedeniyle özel bir öneme sahiptir. Mobbingin bir diğer özelliği de kural olarak mobbing mağdurunun gıyabında onun hakkında konuşmak ve ilgilinin şerefini ihlale elverişli dedikodu yaymaktır. Bu nedenle mobbing oluşturan davranışların hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağı da üzerinde durulması gereken bir sorundur.

<sup>65</sup> Tröndle / Fischer, § 240 no. 8; Kindhäuser, BT/I § 13 no. 8; Eser, in: S/S, vor §§ 234 ff no. 6.

<sup>66</sup> Krey / Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 2005, § 4 no. 329; Eser, in: S/S, § 240 no. 4; Wessels / Hettinger, BT/I § 8 no. 396; Lackner / Kühlt, § 240 no. 1.

<sup>67</sup> Fehr, Mobbing, s. 89 vd.

<sup>68</sup> Yine bkz. Ünver, CHD, 2009, s. 105.

Bu suçla, mağdurun kişisel şerefine yönelik saldırı cezalandırılmaktadır. Şeref, kökeni, eğitim durumu, cinsiyeti veya kişisel durumuna bakılmaksızın her insana tanınmış olan bir değerdir. Bugün öğretilen egemen olan görüşe göre, şeref, ve sosyal yaşamdan bağımsız değer ve ne de münhasıran subjektif duyarlılıkla açıklanabilir.<sup>69</sup> “Şeref”, bu anlayışa göre, *karma* bir değer olup, gerek bir insanın kendisine karşı beslediği içsel değeri (iç şeref) ve gerekse başkalarının gözündeki değerini (dış şeref) ihtiva etmektedir.<sup>70</sup>

Bu suçun oluşması için mobbing mağdurunun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da sövmek gerekmektedir. davranışın, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte olması yeterli olup, ayrıca mağdurun *gerçekten onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmiş olması* aranmaz.<sup>71</sup> “Somut bir fiil veya olgu isnad etmek” belirli bir olayı mağdura yüklemek; “sövmek” ise, bir kimse hakkında olumsuz bir değer yargısını belirtmektir.<sup>72</sup> Bu suç ya, mobbing mağdurunun huzurunda ya da gıyabında işlenir. Suçun gıyapta işlenmesi durumunda hakaretin cezalandırılabilmesi için suçun en az üç kişiyle ihtilat edilmesi gerekir. Suçun huzurda işlenmiş sayılabilmesi için, söylenen sözün herhangi bir aracıya gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya mağdur tarafından öğrenilmiş olması gerekir; fail ve mağdurun yüz yüze gelmiş olmaları aranmaz.<sup>73</sup> İhtilat ise, en az üç kişinin isnad edilen fiil veya olgu ya da sövmeyi öğrenmiş olmaları demektir.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Lenckner, in: S/S, vor § 185 ff no. 1; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 1994, s. 221 vd.; Tröndle / Fischer, vor §185 no. 3 vd.; Lackner / Köhlt, vor § 185, no.1; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 99 vd.

<sup>70</sup> Aynı yönde Yenidünya / Alşahin, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, *TBBD*, S. 68 Ocak-Şubat 2007, s. 45; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 221 vd.; Özbek, Şerefe Karşı Suçlar, *HvA*, Yıl 2 S. 5 (Nisan 2005), s. 257.

<sup>71</sup> Aynı yönde Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 227.

<sup>72</sup> Erman / Özek, no. 345; Önder, *Şahıslara*, s. 240; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 109 vd.; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 226.

<sup>73</sup> Erman/Özek, no. 355; Önder, *Şahıslara*, s.245; Erman, *Hakaret ve Sövmeye Cürümleri*, 1989, no. 66; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 2001 no.240; Toroslu, *Ceza Hukuku*, s. 113; Yenidünya / Alşahin, *TBBD*, 2007, s. 58 vd.; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 228.

<sup>74</sup> Erman/Özek, no. 352; Erman, *Hakaret ve Sövmeye*, no.58; Yenidünya/Alşahin, *TBBD*, 2007, s. 56; Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere*, s. 230.

Şu halde herhangi bir aracıya gerek durulmaksızın doğrudan mağdurun duyabileceği ya da mağdur dışında en az üç kişinin hakareti öğrenmelerini sağlayacak biçimde, mobbing süreci içerisinde mağdurun onur şeref ve saygınlığına yönelik olarak gerçekleştirilen davranışları hakaret suçu kapsamında cezalandırmak mümkündür.

## VIII. MOBBİNG DAVRANIŞLARININ CEZALANDIRILMASI KONUSUNDA ORTAYA ÇIKAN BAZI CEZA HUKUKU SORUNLARI

Mobbing davranışların cezalandırılması konusunda ortaya çıkan temel sorunlardan birisi *ihmali davranışın cezalandırılabilirliği*, ikincisi, *nedensellik ve objektif isnad edilebilirlik* ve nihayet üçüncüsü *davranışın sosyal uygunluğu* sorunudur.

### 1. İhmali Davranışın Cezalandırılabilirliği Sorunu

Mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışları cezalandırmak için, bu davranışın doğrudan fail tarafından gerçekleştirilmesi her zaman zorunlu değildir. Mağdura karşı mobbing davranışlarının gerçekleştirildiğini bilen, ancak harekete geçmeyen, göz yuman ve olayı doğal gelişimine bırakan kişinin de ihmali davranış nedeniyle cezalandırılması gündeme gelebilir. İhmali hareketin cezalandırılması bakımından, mobbing bir işyerinde gerçekleştiğine göre, öncelikle *işletme sahibi* ve *işveren* üzerinde durulmalıdır. Bundan başka mağdurun aynı işyerinde çalışıyor olması nedeniyle yakın ilişki içerisinde bulunan ve mobbing olgusu, genellikle gözü önünde gerçekleşen *çalışma arkadaşları* ve amiri bakımından da ihmali davranışın cezalandırılması çözümü gereken bir sorundur.

İhmali davranışı gerçekleştirenin doğrudan fail yanında fail olarak mı, yoksa yardım eden olarak mı cezalandırılacağı tartışmasından bağımsız olarak,<sup>75</sup> somut olayda harekete geçmeyen kişinin hu-

<sup>75</sup> Bazı yazarlar, fiile egemenlik ölçütüne göre ihmali davranışta bulunan kişinin fail ya da yardım eden olabileceğini savunmakta (Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2002, no. 734; Joecks, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 2003, § 13 no.59); bazı yazarlar faillik sıfatını tamamen reddetmekte (Lackner / Köhler, § 25 no.5; Jescheck, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 1999, vor § 13 no. 57); bazıları ise, her durumda fail olduğu sonucuna varmaktadır (Roxin, Strafrecht Allge-



kuksal yarara yönelik somut tehlike için garantör konumunda olması gerekir.<sup>76</sup> Garantör, herkese yüklenen dayanışma ve yardım yükümlülüğünü aşan ve tipik neticenin gerçekleşmemesi için *hukuksal* yükümlülük altında bulunan kişidir. Ahlaki yükümlülükler, ihmali bir davranışın cezalandırılmasına dayanak oluşturmaz.<sup>77</sup>

İhmali davranışın cezalandırılması bakımından öncelikle neticeyi önleme yönündeki hukuksal yükümlülüğün *dayanaklarının* ne olabileceği üzerinde durmak gerekir. Alman Hukukundan farklı olarak,<sup>78</sup> TCK m. 83'deki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, neticeyi önleme yükümlülüğünün, *kanuna, sözleşmeye ya da ön gelen tehlikeli davranışa* dayanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mobbing işyeri için tipik bir olgu olarak ele alındığında ve mobbingin yalnızca mağdurun kişiliği ile ilgili bir sorun olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, mobbing süreci sonunda ortaya çıkan hukuksal yarara yönelik ihlalin işletme ve işyerindeki koşulların bünyesinde barındırdığı tehlikeden kaynaklandığı söylenebilir. Gerçekten işveren hukuksal yarara yönelik ihlali önleme konusunda iş hukukunun kendisine sağladığı araçlarla müdahale etme olanağına sahiptir. Bu nedenle öğretide *işveren* açısından herhalde neticeyi önleme konusunda hukuksal bir yükümlülüğün mevcudiyeti kabul edilmektedir.<sup>79</sup> İşverenin yetki devrettiği amir durumundaki kişiler de, kendilerine tanınan yetki sınırları içerisinde garantör konumundadırlar.<sup>80</sup> Bununla birlikte işverenin garantör konumu, yalnızca mobbing mağdurunun çalışma arkadaşlarının işletme ve işyeri ile bağlantılı davranışlarını önlemekle sınırlıdır.<sup>81</sup> Buna karşılık mobbing mağdurunun çalışma arkadaşları, salt aynı işyerinde çalışıyor olmaları nedeniyle garantör sayılmazlar ve bu nedenle de mobbing oluşturan davranışlara karşı harekete geçme ve bundan

---

meiner Teil, Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, § 31 no. 140 vd.).

<sup>76</sup> Lackner / Kühlt, § 27 no. 5; Cramer / Heine, in: S/S, § 27 no.15; Wessels / Beulke, no. 734.

<sup>77</sup> Stree, in: S/S, § 13 no. 7; Tröndle / Fischer, § 13 no. 5a; Wessels / Beulke, no. 717.

<sup>78</sup> Oysa Alman hukukunda bunun yanında sıkı yaşam birlikteliği, özel güven ilişkisi de neticeyi önleme yükümlülüğüne dayanak oluşturabilir (bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. Mühe, *Mobbing*, s. 222 vd.)

<sup>79</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 244; Fehr, *Mobbing*, s. 198.

<sup>80</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 246.

<sup>81</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 198.

ortaya çıkan neticeyi önleme yükümlülüğü altında değildirler.<sup>82</sup>

Failin neticeyi önleme yükümlülüğü altında olması, tek başına bu neticeden dolayı sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bundan başka hareketi gerçekleştirmekle yükümlü olan kişi, kurtarma davranışını gerçekleştirmek suretiyle neticeyi önleyebilecek durumda ise, ancak bu takdirde netice ona yüklenebilir.<sup>83</sup> Münhasıran önceden kesin olarak sonuçsuz kalacağı düşünülen bir hareket söz konusu ise, hareket olanağının bulunduğundan söz edilemez.<sup>84</sup> İşveren ve amirin, mobbing failini uyararak, iş sözleşmesini feshetmek suretiyle mobbing oluşturan davranışlarını önleyebilme durumunda olduğu kabul edilmelidir.<sup>85</sup>

Nihayet ihmali davranışın gerçekleşen netice bakımından *nedensel* olması da aranır. Bu nedenle neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında bulunan kişi, icra hareketinde bulunmuş olsaydı dahi, yine de netice gerçekleşebilecekti, diyebileceğimiz durumlarda, failin bu neticeden dolayı herhangi bir sorumluluğu yoktur.<sup>86</sup> Görüldüğü gibi ihmali suçlarda nedenselliği şart teorisi anlamında *condici sine que non* formülünü uygulayarak tespit etme olanağı yoktur. Burada nedensellik bir *varsayıma* dayanmaktadır: İhmal edilen davranış gerçekleştirilmiş olsaydı, netice, *kesine yakın bir olasılıkla* önlenebilirdi diyebiliyorsak, ihmali davranışla gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı vardır. Görüldüğü gibi, burada neticenin, kurtarma davranışının gerçekleştirilmesi durumunda *yüzde yüz* kesinlikle önlenebilecek olması aranmamaktadır.<sup>87</sup> İşveren, kural olarak kendisine tanınan araçlar çerçevesinde işyerinde çalışanların diğer çalışanlara karşı mobbing oluşturan davranışlarını kesine yakın bir olasılıkla önleme ve engelleyebilme durumundadır<sup>88</sup> ve bu nedenle diğer çalışanların mağdura yönelik mobbing

<sup>82</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 247; İş arkadaşlarının “istisnai durumlarda” garantör konumunda olduğu görüşü için bkz. Fehr, *Mobbing*, s. 189.

<sup>83</sup> Jescheck, in: LK, vor § 13 no.93; Tröndle / Fischer, § 13 no.14; Wessels / Beulke, no. 708; Baumann / Weber / Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1995, § 13 no. 15; Roxin, AT II, vor § 31 no. 8.

<sup>84</sup> Baumann/Weber/Mitsch, § 13 no. 23; Roxin, AT II, vor § 31 no. 9 vd.

<sup>85</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 258 vd.

<sup>86</sup> Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2000, § 18 no. 36.

<sup>87</sup> Kühl, § 18 no. 37; Baumann / Weber / Mitsch, § 15 no. 24.

<sup>88</sup> Mühe, *Mobbing*, s. 260.

davranışlarını engelleme olanağına sahip olduğu halde engelleme-  
mesi ceza sorumluluğunu gündeme getirir.

## 2. Nedensellik ve Objektif İsnadiyet Sorunu

Mobbing durumunda *doğrudan* tipik *neticenin* ortaya çıkmasına yol açan bir davranıştan çoğu zaman söz etmek olanaksızdır. Bu nedenle söz konusu mobbing davranışının tipik netice bakımından nedensel olup olmadığını belirlemek de güçleşmektedir.

Bu soruya yanıt vermek için şart teorisinin formülünden yararlanılmalıdır. Buna göre netice, kendisinden önce bulunması zorunlu bütün şartların bir araya gelmesiyle gerçekleşir; bu şartlardan her biri neticenin meydana gelmesi bakımından zorunludur ve diğerleriyle aynı değere sahiptir. Bunlardan birisinin bulunmaması halinde neticenin gerçekleşmeyeceği söylenebiliyorsa, o şart netice bakımından nedensellik değerine sahiptir.<sup>89</sup> Nedensellik bağlantısının kabulü için failin davranışının netice bakımından birden fazla şarttan yalnızca *birisi* olması yeterlidir. Başka bir anlatımla neticenin tek bir nedeni olması gerekmez ve netice bakımından nedensel faktör birden fazla da olabilir.<sup>90</sup> Bu teoriye göre neticeye uzak ve önemsiz koşullar da nedensellik bağlantısı içerisinde ele alınır.<sup>91</sup> Teori, neticenin meydana gelmesi bakımından zorunlu olan her şartın aynı değerde olduğundan hareket eder; bu yüzden şart teorisi, şartların eşitliği teorisi olarak da anılmaktadır.<sup>92</sup> Buna göre nedenselliğin tespiti, tahmine dayalı bir eleme sürecini gerektirmekte<sup>93</sup> ve bu çerçevede eğer fail hareketi gerçekleştirmiş olmasaydı neticenin meydana gelecek olup olmadığı sorulmaktadır.<sup>94</sup>

O halde mobbing failinin davranışları olmasaydı, mobbing mağdurunun sağlığında bozulma olmayacaktı denilebiliyorsa, ancak bu takdirde şart teorisi anlamında nedensellik bağlantısı kurulmuş olur.

<sup>89</sup> Jescheck, in: LK, vor § 13 no. 55; Lenckner, in: S/S, vor § 13 no. 73 vd.; Kühl, § 2 no. 7; Wessels/Beulke, § 6 no. 156 vd.

<sup>90</sup> Wessels/Beulke, § 6 no. 156.

<sup>91</sup> Wessels/Beulke, § 6 no. 156.

<sup>92</sup> Freund, in: MK, vor § 13 no. 306.

<sup>93</sup> Kühl, § 2 no.9.

<sup>94</sup> Eser, in: S/S, vor § 13 no. 73.

Somut olayda bunun tespiti oldukça güçtür ve kural olarak yalnızca psikiyatrik inceleme ile açığa kavuşturulabilir. Burada incelenmesi gereken, mobbing olmasaydı da başkaca yaşam koşullarının mağdurda psikolojik rahatsızlığa yol açmış olup olamayacağıdır.<sup>95</sup>

İlgilinin psikolojik ve fiziksel durumu için mobbingin nedensel olduğunun tespit edilmesinden sonra, bu durumun, fiilen mobbing failine objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği incelenmelidir. Modern objektif isnadiyet öğretisi, neticenin, failin eseri olarak değerlendirilebilmesi için nedenselliği gerekli, ancak tek başına yeterli olmayan bir koşul olarak görmektedir.<sup>96</sup> Ceza hukukunda tek başına hareket ile netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması yeterli olmayıp, neticenin, faile bir insanın yapabileceği göz önünde bulundurularak onun bir *eseri* olarak yüklenip yüklenemeyeceği de araştırılır. İşte objektif isnadiyet, şart teorisi çerçevesinde *doğal* anlamda nedenselliği tamamlamakta ve sorumluluğu normatif yönden ikinci bir kez değerlendirme yapmak suretiyle sınırlandırmaktadır. Öğretide neticenin objektif olarak faile yüklenebilmesi için gerekli ölçütlerin ne olduğu tartışmalıdır. Bununla birlikte genellikle şu ölçütlerden hareket edilmektedir: “*Netice, eğer davranış, suçun konusu üzerinde tipiklik açısından önemli bir tehlike yaratmış ve ayrıca bu tehlike tipik neticenin ortaya çıkışında gerçekleşmiş ise, ancak bu takdirde faile isnad edilebilir*”.<sup>97</sup> Buna göre, eğer fail, nedensellik gelişimine “*onun bir eseri olarak*” egemen olamıyor veya onu yönlendirmiyorsa, ortaya çıkan netice, isnat edilebilir bir netice değildir. Eğer fail tarafından yaratılan tipik tehlike, meydana gelen neticede gerçekleşmiş değilse (“*riziko bağlantısının bulunmaması*”) veya netice yükümlülüğe aykırı bir davranışın sonucu olmakla birlikte, bu normun koruma alanının dışında kalıyorsa (“*koruma amacı bağlantısı*”) gerçekleşen netice faile objektif olarak isnat edilemez.<sup>98</sup>

Burada da somut olayın özelliklerine göre mobbing mağdurunda fiziksel ve psikolojik bozukluğun ortaya çıkmasının, ilgili suç tipinin arzu etmediği bir tehlikenin gerçekleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ele alınır. Mobbing durumlarında tipik olarak hesaba katılmayan, mobbingin yakın bir sonucu olarak görülemeyecek

<sup>95</sup> Schulz, *Strafrechtliche Aspekte des Mobbing Teil II*, jurisPR-StrafR 7/2009, s. 5.

<sup>96</sup> Tröndle/Fischer, vor § 13 no. 17.

<sup>97</sup> Groppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, § 5 no. 42.

<sup>98</sup> Bkz. Tröndle / Fischer, vor § 13 no. 17a vd.

durumlarda objektif isnadiyetten söz edilemez.<sup>99</sup>

### 3. Davranışın Sosyal Uygunluğu Sorunu

Burada öncelikle *sosyal uygunluk* öğretisi üzerinde durmak gerekir. Sosyal açıdan uygun olan davranışların cezayı gerektirip gerektirmediği ve eğer gerektirmiyorsa bunun dogmatik temeli, ceza hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. *Welzel* tarafından ortaya konulan bu görüş bazı yazarlar tarafından hukuksal güvenliği tehlikeye düşürdüğü ve mevcut yorum kuralları karşısında gereksiz olduğu gerekçesiyle reddedilmektedir.<sup>100</sup> Sosyal uygunluk öğretide birçok yazar tarafından tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak görülmektedir.<sup>101</sup> Bazı yazarlar ise, sosyal uygunluğu, suç tipinin *ratio legis*'ine dayanan yoruma yardımcı bir araç olarak değerlendirmektedir.<sup>102</sup> Diğer bir görüş ise sosyal uygunluğu bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır.<sup>103</sup>

Dogmatik temeli ne olursa olsun, “toplum yaşamının süregelen sosyal etik düzeninin sınırları içerisinde kalan” davranışların cezayı gerektirmediği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

Mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışlar birbirinden bağımsız olarak ele alındığında, ancak çok seyrek durumlarda suç oluşturan davranış biçimleri ile karşılaşılır. Mobbing faili, genellikle davranışlarını hukuksal açıdan izin verilen ve hoşgörülen sınırlar içerisinde tutmaya özen gösterir. Bu nedenle de süreç içerisinde gerçekleştirilen davranışlar tek tek ele alındığında önemsiz görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, mobbing süreci içerisinde mağdura yönelik dışlama, iletişimi kesme veya gücünün üzerinde iş yüklemesi gibi davranışların *sosyal uygunluk* çerçevesinde cezalandırılabilirliğinin ortadan kalkması sorunu ile karşılaşılır. İlk bakışta bu tür davranışların neza-

<sup>99</sup> Schulz, *jurisPR-StrafR* 7/2009, s. 5.

<sup>100</sup> Hirsch, in: *LK*, vor § 32 no.29.

<sup>101</sup> Tröndle / Fischer, vor § 32 no.12; Wessels / Beulke, no. 57; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1: Grundlagen, 2006, § 10 no. 34.

<sup>102</sup> Baumann / Weber / Mitsch, § 16 no.35; Freund, in: *MK*, vor § 13 ff no.142; Lenc-kner, in: *S/S*, vor §§ 13 no. 68 vd.; Öztürk/Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 2008, no. 289.

<sup>103</sup> Schmidthaeuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch*, 1984, 6/102 vd.

ket ve etik dışı olduğu, ancak hukuksal açıdan önem taşımadığı düşünülebilir. Bununla birlikte mobbing sürecinde “normal” olarak nitelenen davranış biçimlerini aşan kasten ve sistematik bir eziyet çektirme söz konusu olduğu için, bu davranışların sosyal uygunluk öğretisine dayanarak cezalandırılmayacağı düşüncesi reddedilmektedir.<sup>104</sup>

Bize göre de, mobbing, mağduru psikolojik olarak çökertmek amacına dayanan sistematik olarak başvurulmuş sürekli, eziyet çektirmeye yönelik baskıcı ve ayırıcı davranışlar olarak ele alındığında, bu davranışların sosyal açıdan uygun olduğu söylenemez.<sup>105</sup>

## SONUÇ

Yıldırma, güçlük çıkarma ve ayırmacılığa hizmet eden, mağdurun genel kişilik hakkını, onuru veya sağlığını bozan birbiriyle bağlantılı ve sistematik davranışlar anlamında mobbing, hukuksal bir kavram olmayıp uygulamada karşılaşılan bir olgunun karşılığında kullanılmaktadır. Mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışları cezalandırma konusunda mevcut ceza hukuku araçlarının yeterli olduğu ve bu olguyu bağımsız bir suç tipi olarak ayrıca düzenlemeye gerek olmadığı düşüncesindeyiz.

---

<sup>104</sup> Wolmerath, *Mobbing*, s. 54 vd.

<sup>105</sup> Fehr, *Mobbing*, s. 186.

# YENİ TÜRK CEZA SİYASETİNİN (DE FACTO) YANSIMALARI

Mustafa Tören YÜCEL\*

Ceza adaletinde “*etkinlik*”ten ne anlaşıldığı ve sistemde rasyonel bir model geliştirmek için yeterli olup olmadığını; normatif düzenleme ile etkinlik arasındaki etkileşim sorgulanmalıdır. İşte yeni ceza siyasetini oluşturan yeni yasalar kapsamında TCK, CMK, İnfaz Kanunu, Denetimli Serbesti, Çocuk Koruma ile kabahatlerin ceza adaleti sistemi üzerindeki etkileri irdelenmeli; sistemin her evresinden geçen iş yükünün nitelik ve niceliği hakkında derlenen istatistik veriler ciddi şekilde değerlendirilmelidir.

Yargıda her ülkeye özgü sorunların başında “*aşırı iş yükü*” gelmektedir. Bu iş matematiksel bir olay, arz-talep denge sorunu olduğundan iş yükünün üstesinden gelinebilir düzeyde olması sağlanmalıdır. Dengeyi sağlayamadığınız zaman ekonomideki/ekonomik sistemdeki *cari açık* olayında olduğu gibi, birtakım irrasyonel rüzgarların adalet sarayı pencerelerden girmesine çok müsait bir zemin hazırlarsınız. Bu irrasyonel rüzgarlar, adliyenin çok iyi tasarlanmasına karşın, her halükârda açık pencereler bulup, girecektir. Bu pencereler nedeniyle *Hukuk Usulü* 28 kez, eski *Ceza Usulü* de 28 kez tadilat görmüştür.<sup>1</sup>

Aşırı iş yükü sistem için ciddi bir risk oluşturduğunda, adliyenin kişisel hakları ve özgürlükleri savunması ve hukukun üstünlüğüne halkın duyduğu güveninin korunmasında önemli rolü göz önüne alınarak mevcut ve artış kaydeden iş yükü ile nasıl baş edileceğini

---

\* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Başkanı.

<sup>1</sup> Kanun’un 435 maddesinden 244’ü (% 56’sı) defalarca değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin hedefi akrep ve yelkovanın doğru çalışmasından ziyade hızlı çalıştırılması olmuştur.

irdelemek üzere “analiz” çok önemli olduğu kadar sistemde her müdahalenin (*intervention*) bedel –yarar analizi açısından değerlendirilmesi; kimler için ne türden müdahalenin ne bedelle etkili olduğunun saptanması gerekmektedir. Genelde her şeyin rakam ve ölçme olduğu unutulmamalı; bu amaçla ceza mahkemelerindeki reel iş yükü irdelenmelidir.

Genelde iş akış sürecine bakıldığında, her mahkeme türüne gelen iş yükü için gerekli işlem sayı ve süresindeki farklılık, aynı mahkemeye gelen işler içinde geçerlidir. Ceza mahkemelerindeki derdest veya yıllık iş yüküne değinildiğinde, tüm işler sanki aynı işlem süresini/sürecini gerektirircesine sayısal bir nitelendirme ile yetinilmekte; iş yükünün ağırlıklı ölçümü göz ardı edilmektedir. Bu durumu düzeltmek için farklı iş türlerini müşterek bir temele indirgemek doğrultusunda örneğin meskenden yapılan bir hırsızlığın belli sayıdaki trafik işine eşdeğerde olduğu benimsenebilir. Bu süreçte belirlenen belli bir sayı, ağırlık puanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, cinsel suç içerikli bir davanın yargılama işlem süresi hırsızlığın dört katı ise, ağırlık puanı dört olacak ve her iki davaya bakan mahkemenin iş yükü  $4+1=5$  olacaktır. Kuşkusuz, ağırlık puanının belirlenmesi için mahkeme içi ve dışında görülen işlemler için gerekli süre ölçümleri yapılmalıdır.<sup>2</sup>

Analiz açısından “sistemler modeli” referans alındığında sistem giridilerinin ayıklanması *prime* önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, hazırlık evresinin açılmasına hemen/otomatik olarak girişilmemesi sistemde etkinlik bakımından gereklidir. Sistemin ilk cümle kapısında ayıklama işlemi (*case screening*) yapılarak, “makul şüphe” olmadığında soruşturma açılmamalıdır. İşte takip, soruşturma ve ayıklama işlevini içeren bu evreye geçiş, insan hakları ve dava ekonomisi bakımından önemli olduğu kadar de *facto* vatandaşlara bahşedilen hürriyetlerin bir ölçeri/turnusolu olmaktadır. Aşağıdaki tablolara bakıldığında, 100.000 nüfustaki oran 2005’te 8110 iken 2008’de 10.075’e yükselmesi; itham oranında her iki Savcılıkta fazlaca bir artış olması, iş yükündeki yoğunluğa işaret etmektedir.

<sup>2</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ankara 2007, s. 175.



### Cumhuriyet Savcılıkları\* Yıllık Toplam İş Yükü Seyri

Yıl	Toplam	D**	Çıkan	Çıkan/Toplam %
2005	5.677.025	215	2.927.131	51.5
2006	6.272.463	238	3.155.088	50.3
2007	7.070.104	268	3.634.044	51.4
2008	7.254.290	275	3.762.625	51.9

\* Cumhuriyet Savcılıkları+CMK 250 Cumhuriyet Savcılıkları

\*\*1986=100

### İtham Oranı(2004-2008)

Yıl	CMK.250 C.Savcılığı	Cumhuriyet Savcılığı
2004	43.3	43.1
2005	28.5	32.7
2006	33.7	30.1
2007	38.4	33.6
2008	37.8	37.6

CMK'da yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemesi/kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde "*kovuşturmaya yer olmadığına*" / "*takipsizlik*" (*nolle prosequi*) karar verilmesi düzenlenmiştir (CMK m. 172/ *StPO*<sup>3</sup> 170-2): Gerçekte olması gereken, suç olduğu ileri sürülen eylem hakkında şüpheliyi destekleyecek yeterli kanıt olmayışı nedeniyle soruşturmaya son verilmesi; soruşturmanın nihai sonuçlarının dayandığı temelleri göz önüne alındığında "*son duruşma*" da şüphelinin beraat olasılığı mahkumiyet olasılığından daha yüksek olduğunda suç eylemi hakkında şüphe olmadığının var sayılmasıdır. Geleneksel adliye kültüründe Savcılara özgü böyle bir takdir değerlendirmesi-

<sup>3</sup> Alman Ceza Muhakemesi Kanunu.

nin yeri olmadığı vurgulanmakta; Savcılığın genelde ayrıştırıcı olarak katalizör olma dışında bir işlevi olmadığı izlenimi edinilmekte ise de, CMK'da "kovuşturmaya yer olmadığı" kararına itiraz üzerine ağır ceza mahkemesi başkanı değerlendirmeyi yaparken kamu davasının açılması için *yeterli nedenler* bulunup bulunmadığına bakması (m.173-3) istenilmektedir.

Savcılıklarca verilen takipsizlik kararlarına bakıldığında görülen tablo iç açıcı değildir. Uygulama farklılığı bu kararlar içinde geçerlidir. Nitekim, Türkiye'de Ağır Ceza Merkezleri Cumhuriyet savcılıklarınca verilen takipsizlik karar oranlarındaki standart sapmanın 2000 yılı verilerine göre 6.7 olması, farklılık olgusunun boyutunu çarpıcı bir şekilde vurgulamaktadır. Bu oranların ortalaması % 32.7'i bulurken, en düşüğü % 16.5'le Gaziantep'te, en yükseği ise % 49.3 Gürün'de olurken, 131 merkezden 68'i ortalamanın altında (-) bulunmaktadır.

### Seçilmiş Merkezlerdeki Oran

Ağır Ceza Merkezi	%	Sapma
Gaziantep	16.5	-16.2
Kayseri	17.8	-14.9
Beyoğlu	18.9	-13.8
Mardin	26.0	-6.7
Tarsus	26.2	-6.5
Balıkesir	36.0	+3.3
Tunceli	45.5	+12.8
Kadıköy	45.7	+13.0
Gürün	49.3	+16.6

2008 yılı takipsizlik kararlarını sergileyen aşağıdaki grafik görüntüsü önceki yıllardan bir farklılık olmadığını kanıtlamaktadır.



Ceza adaleti sistemindeki iş yükünü dengelemek ve iş akışına hız vermek üzere kendi boyutunda rasyonel bir gelişme örneği olarak Almanya ve İngiltere’de savcılık profilini sergilemekte yarar görülmüştür. Almanya’da ilke olarak mahkemeye intikal edecek suçlardan % 30’u hakkında (bu oranın yarısı savcılıkça istenilen koşulların zanlı tarafından yerine getirilmesiyle) takipsizlik kararı verilmekte; % 40’ı basitleştirilmiş usullerle (suçluluğu kanıtlamanın girift olmadığı ve para cezasının yeterli bir yaptırım olacağı görülmesi halinde savcılıkça iddianameye ek olarak hâkime “ceza kararnamesi” önerilmekte; bu önerinin mahkemece uygun görülmesi halinde ödeme emri zanlıya postalanmaktadır. İki hafta içinde itiraz edildiğinde ise normal yargılama süreci yer almaktadır.) ve geri kalan % 30’u da duruşmalı yargılamaya tabi tutulmaktadır. Ne var ki, Mart 1993 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle önemli iki gelişme kaydedilmiştir:

1. Savcıların takipsizlik karar verme yetkisinin önemli ölçüde artırılması;

2. Basitleştirilmiş usul seçeneği genişletilerek bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda zanlının avukatı olması halinde savcının cezanın ertelenmesini önerebilmesidir.

Almanya’da hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezaların yalnızca % 6’sı bir yıldan fazla cezaya ilişkin olduğundan teorik olarak duruşmalı ceza dava sayısı küçümsenecek ölçüde olacaktır (H. Albrecht).

İngiltere’de Eylül 1993 ve Mart 1994 tarihleri arasında on polis karakolunda gözetim altına alınan 4.250 sanık hakkında ceza adaleti sistem(CAS) sürecinde verilen kararlar üzerine yapılan araştırma<sup>4</sup> İngiltere’de ceza adaleti sisteminin özellikle ilk evresindeki ayıklama olgusuna ışık tutması bakımından oldukça ilginç görülmüştür. Şöyle ki,

<sup>4</sup> *Entry into the criminal justice system: a survey of police arrests and their outcomes*, Home Office Research Study 185, London, 1998; J. Pradel, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırılabilir Ceza Usulü* (Ter. S. Dönmezer) Beta, İst., 2000; İngiltere ve Galler’deki takipsizlik karar oranı % 13 olup, nedenleri arasında kanıt yetersizliği, tanıkların isteksizliği veya kanıt sunmaya muktedir olmamaları yer almaktadır. Bkz. Home Office, *Justice for All* (White Paper), London, 2002. Ülkemizde takipsizlik kararlarının nedenleri üzerine istatistik veri olmadığı gibi yapılmış bir araştırma da yoktur.

Sanıklar hakkındaki karar türü	%
Polis ihtarı verilenler	17
Polisçe diğer çözümlenmeler- <i>enformal</i> ihtarlar	12
Polisçe başkaca işlem yapılmayanlar	20
Savcılıkça takipsizlik kararı verilenler	7
Kefaletle salıverilen sanıklar	2
Sulh mahkemelerince mahkum edilenler	37
<i>Crown</i> mahkemelerince mahkum edilenler	3
Juri veya mahkemece düşürülen ve beraatine hükmedilen	2

Hazırlık soruşturması evresinde kollukça yapılan müdahaleler sistem girdilerini azaltmak açısından önem kazanmakta ise de, Avrupa'da kolluk ile savcılık arasındaki etkileşimi karakterize eden çeşitli ilişkiler etkinlik ölçütü ile karşılaştırılıp ölçülemez. Görülen optimum bir model olmak yerine farklı varsayımlar ve gelenekler doğrultusunda çalışan bir çok farklı model olduğudur.

İki yüz elli yıldır dile getirilen cezaların önleyici etkisi ve ceza adaletinin etkinliği açısından suç işleyen yakalanma, yakalananların itham edilmesi, itham edilenlerin mahkum olma ve mahkum olanların cezalarını çekmesi olasılığını artırılması postulatı karşısında ülkemiz açısından görüntü iyimser bir tablo sergilememektedir. İşlenen suçlara ait karanlık sayı (*dark figures*) ötesinde fail meçhul dosyaların yıllar itibariyle kabarık olması (2005 yılına göre, 2008 yılında % 35.5'lik bir artışla 2.300.227 olması) akla şu soruyu getirmektedir: *De jure* ceza hukuku halkın güvenliğini sağlama illüzyonu ötesinde bir işlev görmekte midir?

Ceza adaletinde yer alan önemli bir konuda karanlıklıkta kalan suçlar (*dark figures*) ötesinde faili meçhul dosya sayısıdır. Aşağıda yer alan ve gittikçe artış kaydeden bu görüntünün yarattığı kırtasiyecilik/ yapay iş küçümsemeyecek orandadır.

## Cumhuriyet Savcılıkları Faili Meçhul Dosya Sayısı

	2005	2008
CMK 250 Savcılığı	14.900 (%54)	17.762 (%54.4)
C. Savcılıkları	1.681.847 (%39)	2.282.465 (%40.6)
Toplam	1.696.747	2.300.227

Gerçekte, mahkemelerdeki iş yükü değerlendirildiğinde temel soru, zor/çetin davaların (*hard cases*) oranı nedir? ve bu davaların üstesinden gelebilecek yeterince nitelikli hukukçu var mıdır? olmalıdır.

Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere, mala karşı suçlar dünyanın her tarafında olduğu gibi ülkemizde de en fazla işlenen suç türlerindedir. Mala karşı suçlardan karanlıkta kalan (*dark numbers*) suç miktarının % 70-80 oranında olduğu göz önüne alınarak tüm suçluların yakalanmaması bir bakıma ceza adaleti sistemi için bir artı olarak değerlendirilmelidir.

Sistemde işlem gören suç türleri arasında, cinsel suç sayısı 14.311'i bulmaktadır. Cinsel suçlarda özellikle çocuklara cinsel saldırı/ensest, tecavüz olaylarında (özellikle pedofili vakalarında) mağdurlar açısından soruşturma/kovuşturma evrelerinde yaşanan travma (*post traumatic effect*) mağdur haklarının ne derece önemli olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan "Anayasal Düzen" (TCK m. 309-316) ile "Kamu Barışına" (TCK m. 213-222), kara para aklanmasına ait davalar, kriminolojik önemi yoğunlaşan suç türleri (toplamdaki oranı % 0.5) arasında yer alan *hard cases*'dirler. Bunların sayısı 2008 yılında (4311) olup; cezaevindeki yansımalarına bakıldığında, hükümlü ve tutuklu toplamı 10.219'u bulmaktadır.

Genelde tüm suçların cezaevine yansımalarına bakıldığında şekillenen tablo şöyledir:

### 1 Ekim 2006 tarihi itibariyle suç türüne göre cezaevi nüfusu dağılımı

Suç türleri	Sayısı	%
Adam Öld.	15.895	23.3
Taksirle A.Ö.	483	0.7
Cinsel suçlar	3.588	5.2
Hırsızlık	14.095	20.6
Gasp	7.124	10.4
Dolandırıcılık	1.330	1.9
Uyuşturucu madde Tic.	6.614	9.7
Uyuşturucu kullanmak	256	0.3
Suç işlemek-örgüt kurma	792	1.1
Devlet/birlik bozma	1.545	2.2
Silahlı örgüt	1.522	2.2
Özel Kanunlar	7.655	11.2
<b>Genel Toplam</b>	<b>68.152</b>	

Ceza davaları bakımından görülen tabloda; özel yasalar egemenliği yıllardır süregelmekte iken yeni TCK ve CMK ile bu oran biraz azaldı ise de, TCK, temel bir yasa olmasına karşın *de facto* temel bir yasa olarak gözükmemektedir: Kamu düzenini sağlamak açısından özel yasalar ön planda olduğundan TCK'nin temel bir yasa olması sanallığını korumaktadır.

Toplum korunması açısından önemli görülen, çetin dava oluşturan ağır suçlara sistemde gerekli ağırlığın verilmesini sağlamak doğrultusunda dava sayısını azaltmaya yönelik *de-penalisation* olgusu Türk ceza siyaset için vazgeçilmez bir vasıta olmuştur. Bu bağlamda özellikle özel ceza yasalarında<sup>5</sup> gerçekleştirilen *de-penalisation* yanında ön ödeme sınırının yükseltilmesi ile sulh ceza mahkemelerindeki iş yoğunluğu son on yıl içinde % 26'lık bir azalma kaydetmiştir.

<sup>5</sup> Bkz. U.Alacakaptan, " Öteki Ceza Hukuku" *Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. 1, s. 365-405, Ankara 2008.

## TCK Ceza Davaları (2006/2008)

Suç türü	TCK	Dava Sayısı	2006/2006/2008(%)
Mala	141-169	280.785/	38.3/30.0
Yaralama	86-93	164.250/	22.4/22.8
Hürriyete karşı	106-124	56.425/	7.7/10.6
Şeref karşı	125-131	38.604/	5.3/6.9
Kamu Güvenine	197-212	38.554/	5.3/6.1
Genel Tehlike	170-180	28.043/	3.8/3.2
Kamu İdaresine	247-266	26.389/	3.6/3.2
Hayata Karşı	81-85	25.844/	3.5/2.6
Kamu Sağlığına	185-196	22.594/	3.1/5.9
Cinsel suçlar	102-105	14.311/	2.0/2.0
Adliyeye karşı	267-298	11.349/	1.5/2.2
Anayasal Düzene	309-316	1286/1330	0.2/0.2
Kamu Barışına	213-222	2346/2981	0.3/0.3

Özel yasalara ilişkin davalar (özellikle çek davaları) ise, sistemi tıkayan türdendir; bu davalara ait elektronik yargılama yöntemine başvurulması şimdiden planlanmalıdır.



### Özel Ceza Yasaları(2008)

Özel Kanun	Dava Sayısı	Toplam %
2004 İcra İflas	493.348	57
3167 Çek	203.885	23.8
6136 Ateşli	36.574	4.3
6831 Orman	18742	2.2
1632 Askeri Ceza	18709	2.2
5607 Kaçakçılık	16.543	1.9
5846 Fikir ve Sanat	7.911	0.9
213 Vergi Usul	9.155	1.1
2313 Uyuşturucu	5.756	0.7

Kamu davaları açısından TCK ve özel yasalara göre ayırım tablosuna (2006/2008) aşağıda yer verilmiştir.

### Kamu Davası (2006/2008)

Özel Yasalar 926.397/ 855.271 56/49.9
T.C.K 732.746/ 861.550 44/50.1
Toplam 1.659.143/1.716.821 100/100

**Ülkeler İtibariyle İlk Derece Mahkeme Sayısı  
ve Nüfusa Oranı(2002)**

Ülke	Genel Mahkeme (a)	Mahkeme/ Nüfus	İhtisas Mahkemesi (b)	1.000.000 kişiye düşen (a)+(b)
Almanya	828	99.758	262	13.20
Avusturya	162	49.798	9	21.20
Fransa	657	91.608	611	21.07
İngiltere	583	89.266	-	-
İspanya	2.249	18.603	545	66.78
İtalya	1.042	55.011	153	20.85
Türkiye	2.508	27.980	1.440	56.26

Ülkeler itibariyle ilk derece mahkeme sayısı ve nüfusa oranına (2006) bakıldığında ise, ülkemizde “Genel” 3685 ve “İhtisas” 2255 olmak üzere) 5940 mahkeme esas alınarak 1 milyon nüfusa düşen birim sayısı 84.85 olup; son beş yıldaki artış 28.59’u bulmuştur. Bu konuda olumlu bir gelişme örneği olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 9.06.2004 gün ve 278 sayılı kararı ile 137 ilçedeki Cumhuriyet Başsavcılığı ve mahkemelerin kaldırılması yer almaktadır (TC Resmi Gazete, 17/06/2004-25495). 1 Mayıs 2009 toplam hâkim sayısı 6.914 (1 Mayıs 2008’de 6.914), savcı sayısı ise 4.040 (1 Mayıs 2008’de 3917) idi. Aynı tarihteki hâkimler ve savcılar için boş kadro sayısı 3.875’i (Mayıs 2008’de 4166) bulmaktadır.

Ceza mahkemelerindeki iş yükü kabarıklığı metropol adliyelerine özgü olup; 1999 da yapılan ve standart iş yüküne<sup>6</sup> dayalı olarak 2010

<sup>6</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ankara 2007, s. 165.

yılı iş yükü tahminine göre seçilmiş üç ağır ceza merkezi ile mülhakatındaki ceza mahkemesi sayısı ve 2008 yılı durumu şöyledir:

Ağır Ceza Merkezi	Ceza (birim sayısı)
	1999/ <u>2008</u> / <u>2010</u>
Ankara	106/ <u>128</u> / <u>319</u>
İstanbul	186/ <u>325</u> / <u>977</u>
İzmir	84/ <u>151</u> / <u>308</u>

Bu tablonun da belgelediği üzere, genelde metropol adliyeleri yoğun bir iş yükü altında çalışmak konumundadırlar. Bu durumu mahkemeler düzeyinde belgeleyen öge makul süredir. Adli süreçte yer alan “duyurular” mecburiyeti, defilere ve savlara ilişkin usul işlemleri adli reostatın birer ögesi olarak çalışmakta; süreç varlığını akımın etkinliği ile kanıtlamaktadır.

Çok önemli bir sorunda yargılamanın hızıdır. Bu hız, Porsche veya Murat 131’in hızı meselesi olmayıp, AİHS bağlamında sözü edilen, asgari bir limit olarak, “makul süre” de davaların sonuçlandırılmasıdır. Eşyanın tabiatına uyarlı bir hız söz konusudur. Saatin çalışması gibidir. Saatin normal çalışma hızına müdahale ederseniz, siz saati hızlandırmaya çalışırsanız o zaman hata yaparsınız. Adli sürecin temposu, teknolojik alandaki gelişmelere karşılık Gaius’tan bu yana pek hızlanmadı. Süreçte saptanan geçici nitelikteki dalgalanmalar bir yana bırakıldığında adaletin hızı oldukça sabitlendi-*makul süre*.<sup>7</sup>

Ülkede ceza mahkemelerinin performansına bakıldığında “verimlilik” ve “makul süre” açısından değerlere aşağıda yer verilmiştir.

<sup>7</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 24.

## Karar Oranları

<u>Yıl</u>	<u>%</u>	<u>Ortalama süre</u>
2005	60.7	234
2006	58.0	244
2007	56.1	246
2008	60.4	258

Ceza mahkemelerini birer işletme olarak düşündüğümüzde “*dava yönetimi*” genelde zamanla edinilen bir yeti olduğu ve oldukça öznel-lik taşıması nedeniyle standart bir uygulama sergilemekten yoksun bulunmaktadır.<sup>8</sup> Hukuk fakültelerinde Ceza Usulü derslerinde dava yönetimi işlenmediği gibi “kanıt” a da (*evidence*) yer verilmemektedir. Karar sürecine egemen olan *olgu* ve *norm* parametrelerinde olgu’nun her bakımdan ihmal edildiği görülmekte; kriminoloji<sup>9</sup> ve adalet psikolojisi<sup>10</sup> dersleri de, seçimlik ders olarak almaktadır.

2006/2008 yıllarında ceza adaleti sistemi(CAS) süreçlerinde gün olarak ortalama bekleme/yargılama süreleri göz önüne alındığında çeşitli evrelerdeki süre dağılımı şöyledir:

- Cumhuriyet Savcılıklarında ortalama süre 333/346 gün,
- CMK 250 m. uyarınca yetkili Savcılıklarda ortalama süre 946/636 gün,
- Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 326/258 gün,
- Yargıtay C. Başsavcılığındaki görülme süresi 232/479 gün,
- Yıl içinde dairelere özgü ortalama görülme süresi 345/359 gün

<sup>8</sup> S. Selçuk, “Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir” *Yargıtay Dergisi* C.28, S.1-2, 2002, ss.5-38; yargılama olgusundaki sosyal gerçeklere bakıldığında, duruşmaların oyun oynamaya benzediği; “karakolda doğru söyler mahkemede şaşar” atasözünü kanıtlar derecede Türk insanın olaydan sonra kolluğa gerçeği anlatıp, sonra barışmaları, birbirlerini suçtan/cezadan korumaya çalışıp; ifade değiştirmeleri, yalancı tanık bulmaları; özellikle yargılama süreci “aşamalarında ifade değiştirme” gibi çok önemli bir soruna hemen her ceza davası dosyasında tanık olunması göze çarpmaktadır(C.Otacı).

<sup>9</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, 4. bası, 2008; F. Sokullu, *Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. I, Ankara 2008, s.333: “Ceza Hukukunun Kriminoloji, Psikoloji ve Sosyoloji bilmeden eksik olacağını Dönmezer’den öğrendim.”

<sup>10</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, 6. bası, Ankara 2007.

Yargıtay Ceza Dairelerindeki bozma oranı % 61 olup;<sup>11</sup> 64.392 dosyanın Yargıtay'a yeniden gelmesi göz önüne alınarak kamu davasının açılması ile hükmün kesinleşmesi arasında geçen *ortalama sürenin* 1.236 gün (3.3 yıl); *bozulan davalar* bakımından ise, 1.981 gün (5.2 yıl) olacağı belirmektedir

Ceza mahkemelerinde 2006/2008 yılı içinde karara bağlanan davaların açıldıkları yıllara göre dağılımı ise şöyledir:

I.	<u>2002(*)</u>	<u>2003</u>	<u>2004</u>	<u>2005</u>	<b>2006</b>	<u>Toplam</u>
	48.625	41.210	100.152	515.328	866.615	1.571.930
%	<b>3.1</b>	2.6	6.4	32.8	<u>55.1</u>	100.
II.	<u>2004(*)</u>	<u>2005</u>	<u>2006</u>	<u>2007</u>	<b>2008</b>	<u>Toplam</u>
	48.466	57.547	169.291	742.150	831.452	1.848.906
%	<b>2.6</b>	3.1	9.2	40.1	<u>45.0</u>	100.

(\*) 2002/2004 yılı ve öncesine aittir.

Bu sürelerle Savcılık ile Yargıtay evresi dahil değildir. 2008 yılı kararları bakımından beş yıl ve öncesi açılan % 2.6 dava sayısında cinsel suçların 852 (% 1.75) olması oldukça düşündürücüdür. Cinsel suç mağdurlarındaki post-travmatik etki onarılmaz bir niteliğe büründüğünden cinsel suçlara özgü soruşturma/kavuşturma işlemlerine öncelik ve ivedilik verilmesi siyaseti benimsenmelidir.

Makul süreyi etkileyen kırtasiyecilik olgusuna bakıldığında ise, *yetkisizlik / görevsizlik kararları sayısal değerleri ve genel toplamdaki (%) oranlarının (2008) küçümsenmeyecek ölçüde olduğu aşağıda sergilenmiştir.*<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Bu artışta biçimsel yaklaşımın katkısı da göz ardı edilmemelidir: Örneğin CMK 523/4 (ve 254) m. göre uzlaşma teklifi yapılmaması; iddianamenin kabul kararının duruşmada okunmaması (iddianamenin kabulüne ilişkin kararın duruşmada okunmaması suretiyle CMK 191. maddesine muhalefet edilmesi 1. CD 30.03.2007 4024/2174), otopsi, olay yeri tutanağının okunmaması, müdahillik kararı verilmemesi vs. bozma sebebi yapılmıştır Pragmatizm için bkz. M. T. Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009.

<sup>12</sup> Yargıtay Ceza Daireleri çıkan kararlardan "Diğer" grubunda yer alan "ret" kararına ait verilerin 1987-1988 yıllarında %10-12.9'u bulması, uygulayıcıların yürürlüğe giren kanunları iyice bellememelerinden ileri gelmektedir. Nitekim, anılan yıllarda Türk Ceza Kanununu değiştiren kanun sayısı altıyı bulmuş; bu olgu etkisini bozma kararlarında göstererek, bozma karar oranı % 41.5'e yükselmiştir. Bu ora-

<u>Birim</u>	<u>Yetkisizlik</u>	<u>Görevsizlik</u>	<u>Toplam</u>	<u>%</u>
Ceza M.	30.211	109.437	139.437	(7)
Savcılık	224.638	17.505	242.243	(8.5)
	<u>Ret</u>	<u>İade</u>		
Yargıtay	10.127 (%5.1)	8.429(%5.8)	18.556	(10.9)

Kırtasiyeciliğin verimliliğe olan etkisi açısından yapılan değerlendirme sonucu beliren farklar da oldukça belirgindir. Sisteme giren yapay davaların önlenmesi sonucu genel olarak ortalama yargılama süresinde 48-103 günlük bir azalma; verimlilik oranında ise %10-27 arasında bir iyileşmenin sağlanabileceği hesaplanmıştır.

<u>Mahkeme</u>	<u>M</u>	<u>M*</u>	<u>Fark</u>	<u>V</u>	<u>V*</u>	<u>Fark</u>
DGM	203	115	88	0.55	0.79	0.24
Ağır Ceza	233	185	48	0.61	0.71	0.10
Asliye Ceza	282	190	92	0.56	0.75	0.19
Sulh Ceza	140	37	103	0.73	1.00	0.27

**M** : Ortalama yargılama süresi(Gün)

**M\***: Yapay davalardan arındırılmış O.Y.S.(Gün)

**V** : Verimlilik oranı (Çıkan Dava/Gelen Dava)

Yargılama süresinde bekleme süresini<sup>13</sup> etkileyen en önemli parametre “kapasite limitleri”dir. Karayolu örneğinde olduğu gibi kapasite üstü taşıt, trafiği tıkadığı gibi mahkemedeki kapasiteyi fazlasıyla aşan iş yükü de sistemi tıkanma noktasına getirebilecektir. Şimdilik gizli kapasite fazlası ile üretime devam edilmekte ise de, ceza adaletine olan talebin arzla dengelenmesi ve bu dengenin korunması için sistem girdisinin ciddi bir biçimde ayıklanması gerekmektedir. Kuşkusuz, bekleme süresinin azaltılması için talik veya ertelemelerin de en aza indirilmesi konusunda çaba gösterilmelidir. Aksi takdirde, gerçek iş yükü yapay bir şekilde artış gösterecektir. Nitekim Ankara ceza

nın takip eden yıllarda normale döndüğü ve 1993 yılında % 27.4’ü bulduğu saptanmış ise de; aynı doğrultudaki negatif etki 1992 yılı sonundaki CMUK değişikliği ile görülerek 1994 yılında bozma oranı yeniden yükselerek 32.8’ye çıkmıştır. Tarih tekerrür ederek 2005 yılı sonrası bozma ve ret oranları artış göstermiştir.

<sup>13</sup> “Tecavüz 2008’de oldu ama ruh sağlığına Adli Tıp’ta 2011’de bakılacak” *Hürriyet* (10/11/2009).

mahkemelerinde talikler ve nedenleri konusunda yapılan bir araştırmada, dava başına düşen ortalama talik sayısının 2.2 olduğu saptanmıştır. 1994 yılı verilerine göre, söz konusu mahkemelerce karara bağlanan 57.980 dava sayısının, ortalama talik sayısı göz önüne alındığında; 127.556'ya yükseldiği görülecektir. Kuşkusuz, dava işlem süresini kısaltmak için ceza adaleti sisteminde olası değişiklikler üzerinde durulduğunda, "mahalli adli kültür"ün<sup>14</sup> (gayrî resmî uygulamalar, uygulamacının isteklendirilmesi, uygulamacının beklentileri ile deneyimle belirlenen ve nesilden nesile geçen *informal* normların) çok önemli olduğu göz ardı edilmemelidir. Mevcut iş yükünü (*talebi*) karşılamakta (*arzu* sağlamakta) sıkıntı içinde olan ceza adaleti sistemi için bu farklılık "yerinde" ve bazen de yararlı görülmelidir. Nitekim iş yükünün bugünkü konumu bile sistemin her evresinde (her ülkeye göre değişik evre/evrelerde olmak üzere) *diversion'a* (sistem dışına) yönelmeyi bir gereksinime haline getirmektedir.

Yargılama süresini ve kararların hukukiliğini etkileyen öğeler arasında temyiz veya yazılı emirle bozma üzerine Yargıtay'ca verilen bozma kararları yer almaktadır. Bozma oranı 2008 yılında % 61'i bulmuştur(!). Yazılı emirle bozma istemi üzerine verilen kararların dağılımı ise, 2002 yılında Adalet Bakanlığına gelen 7.380 yazılı emrin 3.599'ünde istem yerinde görülmeyerek mahalline iade edilmiş, 3.668 dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilerek bunlardan 3.432'sinde kabul (%93.5) ve 236'sinde ret(% 6.5) kararı verilmiştir. 2008'de gelen 9668 istemin 3949'u intikal ettirilmiş, 1785'i kabul, 103 ret edilmiş; 2061'i ise beklemededir.

Şimdi iş yüküne etkisi bakımından ceza adaletinin *de facto* işlevine bakmakta yarar vardır. Bu konuda iki gazete haberine göz atılması yerinde olacaktır: "İki kez ev bastı, serbest bırakıldı... Sonunda öldürdü. 'Ben bu cinayeti işleyeceğim' dedi aldırın olmadı. Evli bir kadını sürekli taciz eden hırsızlık ve dolandırıcılıktan sabıkalı sanık son tacizinde kocasını öldürdü, kadını ise öldürmekten vazgeçip intihar etti" (*Vatan*, 12.06.2008, s. 1,15).

Kocaeli'nin Gebze ilçesinde öldürülen Pippa Bacca adıyla tanınan İtalyan sanatçının katili M. Karataş bir psikopat, iki çocuk babası eşin-

<sup>14</sup> Bkz. S. Dönmezer / F. Yenisey, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Etkinlik 1998*, TESEV İst., 2000, s. 16-17, 19-20.

den ayrı yaşayan-sabıkası oldukça kabarık/hakkında poliste çokça şikayet kaydı olan ve çevresinde de 'psikopat' olarak bilinen(sık sık olay çıkaran saldırgan bir kişi olarak tanınan) bir suçlu idi.

Bu tür kişiler, topluma aykırı düşünce ve eylemlerini alışkanlık haline getirmişlerdir. Deneyimlerden ders almasını bilmezler, asla kaygı duymazlar; yani, bunların duygu tellerinde bozukluk vardır.

Ceza adaletinin, bu iki örnekte sergilendiği üzere, biçimsellik ötesi proaktif bir işlevi olmayacak mıdır? Tutuklama tedbiri de biçimsellik ötesi bir anlama kavuşamayacak mıdır? Psiko-sosyal-biyolojik anketi içeren sosyal araştırma raporu (SAR) İngiltere'de 100 yıllık *dene-timli serbesti* kurumunun olmazsa olmazı niteliğinde, tutuklama siyasetinin rasyonelleşmesi ve TCK 61. madde gereğince cezanın bireyselleştirilmesi bakımından, önemli bir enstrüman olduğu bilinci ne kadar sürede yer edecektir? Bu bilincin yaratılması doğrultusunda Adalet Akademisi'nce bir seferberliğe girişilemez mi?

Ceza adaletinde önemli olan bir konuda, mahkeme türleri ve diğer ülkeler mukayesesi karşısında ülkemiz beraat oranlarında yıllarca görülen yüksekliktir. Bu konuyu çok kez dile getirmeme karşın "*itham oranında*" son kırk yıldır bir azalma sağlanamamış;<sup>15</sup> ve *Strateji Belgesi*'nde bu konuda bir hedef belirlendiğine tanık olunmamıştır.

<u>Yıl</u>	<u>İtham</u>	<u>Beraat</u>
1986	47.6	15.0
1987	47.3	21.2
1988	48.3	11.7
1996	<u>50.5</u>	27.8
1997	41.9	26.1
2002	50.3	27.9
2006	34.0	30.0
<u>2008</u>	<u>42.0</u>	<u>21.2</u>
Max.	50.5	30.0
Min	34.0	11.7
Ort.	45.2	22.8

Bu veri serilerine göre, itham ortalaması **45.2**, beraat ortalaması ise **22.8** olarak belirmektedir. Yalnız, itham ile beraat arasında anlamlı bir

<sup>15</sup> M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, 4. bası, Ankara 2008, s. 309.



korelasyona tanık olunmamaktadır (*katsayısı: -0.349*).

Mahkeme türleri itibariyle mahkumiyet/beraat (2008) oranlarına bakıldığında, beraat oranlarının diğer ülke verilerine göre oldukça yüksek olması ötesinde aynı adliyede görev yapan mahkemeler arasında da önemli farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu olgu da, “*Olay(sübut) X Norm=Karar*” sürecinin parametrelerindeki değerlendirmelerde standart uygulamanın oluşmaması ile vicdani kanının<sup>16</sup> ne derece öznellediğinin göstergesidir.

<u>Mahkeme</u>	<u>Mahkumiyet</u>	<u>Beraat</u>
CMK 250	42.1	19.7
Ağır Ceza	41.0	15.2
Asliye Ceza	42.6	21.5
Sulh Ceza	35.0	17.4
Çocuk A.C	36.4	15.2
Çocuk Mah.	24.7	16.3

Kamu davasında özensizliği belgelemek üzere çeşitli ülkeler açısından mahkumiyet yüzdelerine aşağıda yer verilmiştir. İtham edilenin beraat etme olasılığının olmadığı Çin ayrık olmak üzere, mahkumiyet oranının en düşük olduğu ülke Türkiye’dir.

<u>Ülke</u>	<u>%</u>
Almanya	96,5
Çin	99.6
Fransa	98.9
İngiltere	90.3
İsveç	94.7
Japonya	99.9
Kore	99.6
Türkiye	70.0

<sup>16</sup> Bkz. M. Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Ceza adaletinin işlevliği bağlamında suçlular için kabul edilen yaptırımların ve özellikle güvenlik tedbirlerinin biçim ötesinde işleve kavuşturulması da önemlidir. Akıl hastaları, alkol ve uyuşturucu bağımlıları açısından güvenlik tedbiri uygulanan sanık dağılımına bakıldığında, cezaevi ortamında tretman yerine, toplumsal yaklaşımın benimsenmesi akılcı bir yaklaşım ise de, bu tedbirin uygulandığı kişilere ne derece ciddi bir tretman uygulandığı kuşkulu görülmektedir. Bu konunun belirlenmesi için bir araştırma projesi geliştirilmelidir.

(2008)

<u>Erkek</u>	<u>Kadın</u>	<u>Toplam</u>
141.411	12.733	154.144

Tedbirin işlevselliği olmadığında döner kapı mantığı ile bu kişileri sistemin devamlı tüketicileri olarak görmek kaçınılmaz olacaktır.

Ceza adaletinde etkinlik açısından önemli konuda iş yükündeki buharlaşmadır (*attrition*). Zamaşımı ile düşme olarak tecelli eden bu buharlaşma örneklerine günlük gazetelerde tanık olmak olağanlaşmıştır: “İstanbul 1. ACM’sindeki duruşmada tümü tutuksuz olan 106 kişinin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na muhalefetten yargılandığı dava zamaşımı nedeniyle ortadan kaldırıldı.” (Milliyet 12/06/2008, s.5.)

Ceza adaleti sisteminin çeşitli evrelerinden düşme olgusunun profili şöyledir:

- Savcılıklarda düşme

<u>Yıl</u>	<u>CMK 250</u>	<u>Savcılıklar</u>	<u>Toplam</u>
2006	381	235.480	235.861
2007	298	238.695	238.993
2008	475	244.686	245.161

- Ceza mahkemelerindeki düşme

(1986-1997/2006/2008)

Yıllar	Karar sayısı	D	Düşme	%	D
1986	1.097.794	100	114.838	10.5	100
1987	117.3763	107	141.123	12.0	123
1988	129.7992	118	146.987	11.3	128
1989	851.736	78	225.537	25.9	192
1990	876.057	80	148.554	17.0	129
1991	999.148	91	172.237	17.2	150
1992	1.042.969	95	201.051	19.3	175
1993	1.081.026	98	204.907	19.0	178
1994	1.221.411	111	241.177	19.7	210
1995	1.226.092	112	245.224	20.0	213
1996	1.198.608	109	223.524	18.6	195
1997	1.183.859	108	234.337	19.8	204
2006	2.041.259	185	58.267	2.8	50
2008	1.848.906	168	550.726	29.7	479

Yargıtay evresindeki düşmeler bakımından yalnızca 2008 yılı verisi(12.354) ile yetinilmiştir. Bu durumda 2008 yılında tüm evreler itibarıyla *total düşme* 808.241'i bulmuştur. Hukuk düzeni için normların *de jure* varlığı yeterli olmayıp, *etkinlik te* vazgeçilmez bir faktördür. Aksi halde, iktidarın güçsüzlüğü ile infaz edilemeyen normlar karşısında olsa olsa "*sanal legalite*" den söz edilebilir.<sup>17</sup> Bu doğrultuda ceza davalarında zamanaşımı nedeniyle yıllık düşme oranlarının ürkütücü boyut alması endişe verici olduğundan zamanaşımı süreleri (2004 yılında) yükseltilmiştir.

Savcılıkta uzlaşması yapılan dosya sayısı oldukça sınırlı kalmış olup, 1153' dür. Bu tür uzlaşmalar eskiden kolluk güçlerince *de facto* olarak fazlasıyla gerçekleştirilmekte idi. Mahkeme tarafından Savcılıkta olduğu gibi bir *diversion* tedbiri olarak *uzlaştırmaya* başvurulması ön görülmüştür. Kamu davası açılması halinde uzlaşmaya tabi bir suç

<sup>17</sup> Aristoteles, *Politika*, Remzi Kitapevi İst.,1990, s. 191-192: "Hak ve adalet konularında yargılar vermek, eğer bu kararların bir etkisi olmayacaksa hiçbir işe yaramaz. İnsanlar için yargı kararlarının olmadığı bir toplumda yaşamak nasıl olanaksızsa, bunların yerine getirilmediği bir toplumda yaşamak da öylece olanaksızdır."; ayrıca bkz. Adalet Akademisi, *Mahkemelerin Yönetimi ve Adaletin Kalitesi Semineri* (Ed. M. Tiryaki) Ankara 2005.

söz konusu ise, 253. maddedeki usule göre mahkemece uzlaştırma işlemlerine tevessül edilir (CMK m. 254-1; StPO 153a/2). Ülkemiz için veri temin edilemeyen bu tedbir Almanya’da tüm kamu davalarının % 15’ini oluşturmaktadır.<sup>18</sup>

Yeni bir kurum olan “*iddianamenin reddi*” ne (CMK m. 174)<sup>19</sup> bakıldığında, rakamların da belgelediği üzere çok yerinde bir tedbir olduğu ortaya çıkmıştır.

Yıl	Sayı
2006	31.034
2008	34.848

İki yılda 3814’lik bir artış önemli bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. Bu konuda özel bir araştırma projesi geliştirilerek iade nedenlerinin belirlenmesi ve savcılıklarda farkındalık yaratılması CMK’nın 141 maddesi açısından da önemli görülmektedir.

Yeni Türk Ceza Kanunu başarısını(!) sergilemek üzere cezaevi nüfusundaki gelişme aşağıda sergilenmektedir:

Yıl	Tutuklu(%)	Hükmen(%) tutuklu	Hükümlü (%)	Toplam	Değişim
2004	27.565(47.5)	4.355(7.5)	26.010(45.0)	57.930	100
2005	26.425(47.3)	4.587(8.2)	24.858(44.5)	55.870	96
2006	34.412(49.0)	9.529(13.5)	26.336 (37.5)	70.277	121
2007	38.028(42.0)	15.201(16.7)	37.608(41.3)	90.837	157
2008	40.832(43.2)	15.988(17.0)	37.584(39.8)	94.409	163
2009	41.717 (35.7)	18.889(16.1)	56.084(48.0)	116.690	201

Dünya ülkelerinin 3/5’den fazlasında (% 62.5) 100.000 nüfustaki cezaevi nüfus oranı 150, Avrupa Ülkeleri bakımından İngiltere 100.000 nüfustaki oranı 139 ile Avrupa Birliği ülkeleri arasında en yüksek konumda iken 31 Kasım 2009 tarihi itibarıyla bu oran ülkemizde 162’ye

<sup>18</sup> Federal İstatistik Bürosu (fn.2), n.2.3

<sup>19</sup> Bkz. Y.Ünver / H. Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.2, Adalet, 2010, s.32-41.

yükselmiştir.<sup>20</sup> Suç oranları tek başına cezaevi nüfus artışını açıklayamaz. Çoğu ülkelerde ciddi suçları da içeren suç oranları istikrar göstermesi veya azalmasına karşın cezaevi nüfusu devamlı artma eğilimi sergilemektedir. Bu konudaki tutumu etkileyen düşünce, gerçek/mefruz suç korkusu, ceza adaleti sistemine güven kaybı, cezaevi tretman tedbirlerinin yarattığı hayal kırıklığı, cezada ödeşmeci felsefenin yenden güç kazanması gibi değişkenlerle beslenmektedir. Bu bağlamda suçla baş etmek için daha çok cezaevi inşa etmek öldürücü bir hastalıkla baş etmek için daha çok mezarlık yapmak gibidir. Yeni CMK ile sağlanan özgürlükçü yaklaşıma karşın adli kültür ve alışkanlıklar sonucu *de-jure* tutuklama siyaseti gerçekleştirilemedi. Tutuklamanın istisnai bir tedbir olarak ele alınması, kişinin isnat edilen suçu işlediği hakkında makul şüphe ile (\*Kaçması tehlikesi, \*adaletin işleyişine müdahale etmesi tehlikesi, \*ciddi bir suç işlemesi tehlikesi) gerekçelerden bir veya birkaçının varlığına ait kuvvetli sebeplerin varlığı halinde ancak tutuklamaya karar verilebilmesi genel bir ilke olarak uygulamaya egemen olması gerekirken CMK m. 100/3'te yer alan katalog suçlarda tutuklamaya başvurulması temel ilke olmuş; CMK ile tutuklamaya getirilmek istenen anlayış uygulamaya yansımamıştır.<sup>21</sup> Tutuklu olan sanıklardan ne kadarının beraat/ mahkum olduğunu bilgisine ulaşılmadığı için Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü tutuklu veri ban-

<sup>20</sup> Cezaları ağırlaştırmanın nedenleri,

Gerçekte suç oranında reel bir artış olmamasına karşın suç artış izlenimi ve korkusu,

Ekonomik ve sosyal sorunlarla baş etmek üzere yanlış seçeneklere yönelme/ işsizlik ve fuzuli insan sayısında artışa karşı sosyal yardım yerine, açlıktan ölmelelerine izin , kent varoşlarına veya hapis hanelere kapatmak seçeneklerinden şimdilik son iki seçeneğe yönelim,

Postmodern öfke ve

Popülist cezalandırıcılık/ suç vasıtasıyla yönetme siyaseti.

Bkz. R. G. Shelden. "Neden bu kadar cezalandırıcıyız? Son Zamanlardaki Hapsetme Eğilimleri Üzerine Bazı Gözlemler" *Suç Politikası*, Seçkin, Ankara 2006, s. 466-7; www.prisonstudies.org

<sup>21</sup> Bkz. B. Öztürk / D. Tezcan / R. Erdem ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ders Kitabı) Seçkin, 2009, s. 5,7: "Yasada değil, kafada devrim gerçekleştirilmedikçe halkımız layık olduğu bir sisteme kavuşamayacaktır. Mahkemelere düşen görev eski alışkanlıklara göre değil yeni CMK'ya uygun işlem yapmaktır. Burada alt yapı eksikliği bahane olarak gösterilmemelidir. Bu eksikliklerle alakası olmayan, örneğin tutuklama kararı gibi işlerde yasaya uyulmaması düşündürücüdür."; M. T. Yücel, "Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği", *Güncel Hukuk*, (Ocak 2010/1-73), s. 16-19: Bir kimsenin yaşamından günlerini, yıllarını almak için binlerce yol bulabilirsiniz. Yalnız bir dakikasını iade etmek için tek bir yol bile yoktur.

kasından (örneğin 2005 yılına bilgilerin) *Adli Sicil Bilgi Bankasından* taranması ve bu yöntemin sistematik bir uygulamaya dönüştürülmesini önerilebilir.

Kriminolojik ve sosyolojik gerçeklerden yoksun soyut ceza siyaseti tasarımcıları için 100.000 genel nüfustaki cezaevi nüfusunun (2008'de) 135'den / (2009'da) 162'ya yükselmesi bir anlam ifade eder mi? 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un (1965) ülkeye getirdiği optimum ruh ve anlamın popülist yaklaşıma feda edilmesi CAS ve ülke için çok pahalı olmamış mıdır? Aşağıdaki tek bir dava haberi dahi yeni siyasetin rasyonelitesini sorgulamaya yetmez mi?

*"39 YTL'lik gasp yaptı 40 yıl hapis yedi"*

*DİYARBAKIR'da ilköğretim 5.sınıf öğrencisi D.A'nın 7 ayda 10 kez parasını bıçak zoruyla aldığı iddiasıyla yargılanan Ümit Erzin'e rekor bir ceza verildi. Her gasp suçu için ayrı ayrı cezalandırılan sanık, 120 yıl hapis cezası aldı. Ancak para miktarının az ve paranın iade edilmesi nedeniyle ceza 40 yıla indirildi (Vatan, 10.06.2008, s. 14). CTİK m.107 düzenlemesi karşısında bu tür haberlerin ne değeri olabilir ki? Mutlaka yeni bir kod getirilmesi gerekli ise, İsveç ceza yasası düzenlemesine egemen olan akılcı ve pragmatik bir ceza siyaseti benimsenemez mi idi?*

Suçlar bakımından cezaların alt ve üst sınırları yaptırımın bireyselleştirilmesine (TCK m. 61) olanak üzere düzenlenmiş olup; yurttan işlenen suçların artış göstermesi karşısında temel cezanın artırılmasına olanak veren bu düzenlemede alt-üst sınır arasındaki aralığın niceliği bakımından 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 yıllık farkların olduğu görülmektedir. Suçların toplumsal risk ve ciddiyet derecelendirilmesi nedeniyle yaptırımsal farklılıkları doğal ise de, her suça özgü yaptırımın alt-üst sınırları arasındaki makasta beliren ve görünüşte suçların ciddiyetine oranı gibi mantıklı bir açıklaması olmayan bu yaklaşım bir eleştiri odağı oluşturmakta; cezanın belirlenmesi (TCK m. 61) sürecinde aynı suça özgü hükmedilen cezalar arasında farklılık "*eşitlik ilkesine*" çok ters gelen sonuçlar doğurmaktadır.

Yaptırımların dağılımına bakıldığında, hapis cezasına fazlaca başvurulduğu ve bu trendin ceza uygulamasına egemen olduğu görülmektedir.<sup>22</sup> Sorun mevcut seçeneklerin yeterince kullanılıp kulla-

<sup>22</sup> Türkiye dahil on bir ülkede hafif suçlardan ciddi suç ve suçlulara karşı hangi yaptırımların ön görüldüğü karşılaştırması için bkz. "The Criminal Justice Approach:

nılmadığıdır. Kuşkusuz, hapis cezasına başvurmayı ve süresini azaltmağa odaklanmış bir siyaset (seçeneklerin varlığı) hâkimlerin kalpleri ve akıllarında yankılanmalı, onlarca kabul görmelidir.

### Yaptırımlar Dağılımı(2008)

Türü	Sayısı	%
Hapis	325.940	38.5
Hapis ve adli para	50.166	5.9
Adli para	284.236	33.6
Hapis paraya çev.	60.305	7.1
Hapis tedbire çev.	35.434	4.2
Hapis-erteleme	89.635	10.6(*)

(\*) erteleme 2004 yılında (%25), 2005 yılında (%26) iken azalma kaydetmiştir.

Hapis cezasının ertelenmesi bakımından Almanya’da 1970 yılından başlayarak büyük oranda artış göstermiş, ve aşağıdaki tabloda görüldüğü üzere, 2003 yılında tüm hapislerin 2/3’ünü; gün para ceza uygulaması ise % 80’i bulmuştur.

	<u>Almanya</u>	<u>Türkiye</u>
Gün para	% 79.9	33.6
Hapis	% 6.2	26.6(*)
Ertelenme	% 13.9	13.9

(\*) İcra ceza hapis’leri dahil edilmemiştir.

Almanya’ya özgü veriler mahkemelerin hapislerden özellikle iki yıldan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalardan kaçınma eğiliminde olduğuna işaret etmektedir.<sup>23</sup>

Case Examples”, *European Journal on Crime Policy and Research*, (2008) 14: 123-132. Bu türden bir karşılaştırma projesi dava yönetimi için de yapılabilir. Haziran 1964 tarihinde Londra’daki bir sulh ceza mahkemesinde tanık olduğum cinsel uzvun umumi tuvalette teşhir davasında hâkimin sanığa “Sir, siz bir kere daha huzura gelmiştiniz; sizin bir psikiyatri görmenizi sağlık veririm. 25 Pound cezaya hükmediyorum.” diyerek beş dakikada bitirmesi ile Ankara Sulh Ceza Mahkemesinde beş yıldır süren bir hakaret davası, dava yönetiminin yargılama sürecinin anahtar değişkenlerinden biri olduğunu göstermektedir.

<sup>23</sup> Bkz. Statistisches Bundesamt (1981-2008). Rechtspflege. Strafverfolgung; D. Ober-

Yıllar itibariyle (2004-2008) hükmedilen yaptırımların dağılımına bakıldığında yeni TCK ve CGTİK ile baskıcı ceza hukukunun (*repressive ve criminal law*) Rönesansına tanık olunmaktadır.

Yıl	Hapis	ParaCezası	Hapis+Para	Erteleme	Diğer Ted.
2004	30.3	30.8	4.7	25.4	8.8
2005	20.7	35.5	5.7	25.9	12.3
2006	36.3(1)	32.2	6.7	9.3	15.5
2007	41.6(2)	27.9	6.1	10.8	13.6
2008	38.5(3)	33.6	5.9	13.9	14.9
(1) İcra ceza oranı çıkarıldığında hükmedilen hapis:				%14.4	
(2) “	“	“	“	%15.1	
(3) “	“	“	“	%18.8	

Bu eğilim devam ettiğinde, önceden tanık olunduğu üzere, koşulu salıverilmeyi öne almayı içeren aflar kaçınılmaz olacaktır. Kısa süreli bir değeri olan aflar cezaevleri rejimi üzerindeki baskı bir süre kaldırma işlevi nedeniyle yararlı olabileceği unutulmamalıdır.

Cezaların infaz edildiği ceza infaz kurumlarına bakıldığında, 31.11.2009 tarihi itibariyle 56.071 hükümlüden % 19.6'sının (11.044) açık cezaevlerinde bulunduğu görülmektedir. CGTİK “*infazda temel amaç*” (m. 3, m. 73) maddesinde yer alan fikre göre, hükümlülerin cezalarını açık kurumlarda çekmelerinin ilke olarak benimsenmesi; hükümlülerin açık cezaevine ayrılmamasının istisna olması gerekirken, CGTİK madde 14/3'te bu ilke “*ilk defa suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanlar*” için geçerlidir. Bu düzenleme karşısında, kapalı rejim (güvenlik kavramının ıslaha karşı önceliği olması) uygulaması istisna olmak yerine daha fazla kural olma eğilimini sergilemektedir. Aynı gözlem Almanya (İnfaz Kanunu §10 Abs.1 StVollzG) içinde geçerlidir. Tüm hükümlülerin 1/5'i açık cezaevlerindedir. 2003 yılında açık cezaevlerine giren hükümlü oranı % 18.8 iken; bu oran giderek azalmış 2006 yılında % 16.4 olmuştur.

Koşullu(şartla) salıverilme açısından bakıldığında, ilke olarak süreli hapis cezasına hükümlü olanlar cezalarının 2/3 çektiklerinde ko-

wittler / S. Hofer, “Crime and justice in Germany. An analysis of recent trends and research”, *European Journal of Criminology*, 2,2005, s. 465-508.



şullu salıverilebilmektedir. Yalnız, eski İnfaz Kanunu'nda çalışmayı teşvik etmek üzere açık rejimde bulunanlar veya bulunduğu varsayılanlar için "her ay için altı günlük" indirim söz konusu iken yeni kanunda (CGTİK) buna yer verilmemiş yalnızca on sekiz yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir günün, iki gün olarak göz önüne alınacağı normlaştırılmıştır (CGTİK m. 107/5). 2/3'lük oran en az iki ay çekilmek kaydıyla Alman Ceza Yasası'nda (StGB Par. 57,1) geçerli iken, kanun 1/2'sinin çekilmesi halinde de salıverilmeye elvermektedir: Bu uygulama ilk defa suç işleyenlerden hapis cezası iki yıldan yuvarı olmayan veya suçlunun kişiliği, kurum yaşamındaki gelişimi ve suç koşulların özel indirim nedenleri haklı göstermesi halinde mümkün olabilmektedir(StGB Par. 57,2).

Ceza adaleti sisteminin Yargıtay evresine gelindiğinde, yeni TCK ve CMK'nun yarattığı yoğun bir iş yüküne<sup>24</sup> tanık olunmaktadır. Bunun en belirgin kanıtı Yargıtay C. Başsavcılığı'nda görülmektedir. Son üç yıl içerisinde % 252'lik bir artış kaydeden iş yükü sonucu olarak ortalama bekleme süresi 479 gün olmuştur.

#### Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı (2005/2008)

Yıl	Toplam iş	Değişim	Çıkan/Gelen(%)	Bekleme süresi
2005	364.485	262	77	159
2008	627.637	452	41.5 4	79

Tabloda görüldüğü üzere, çıkan iş oranı üç yıl içinde % 77'den % 41.5'e inerek % 35'lik bir azalma göstermektedir.

Yargıtay ceza dairelerinde 1995 yılında toplam 117.307 davanın % 93'ü yıl içinde karara bağlanırken bir davanın ortalama bekleme süresi 30 gün; 4.482 dosya ile 1. Ceza Dairesi nicelik olarak en az iş yüküne sahipken, 2. Ceza Dairesi 14.652 dosya ile en fazla iş yüküne sahiptir. Ortalama bekleme süresi 6. ve 10. Ceza Dairelerinde ortalama-dan olumlu yönde bir sapma (1 ve 7 gün) gösterirken, 9. Ceza Dairesi

<sup>24</sup> Hâkimlerin terfi sistemi, yapay iş yükü ve tahribata neden olmaktadır. Şöyle ki, hâkimin terfi edebilmek için dosyaları temyiz ettirmesi ve yine karmaşık bir davada temyiz edilince kötü not almamak için CMK m. 231'i uygulayıp hükmün açıklanmasını geri bırakırken, net ve onanacak bir dosyada bunu uygulamaması (C. Otacı).

olumsuz bir sapma (151 gün) göstermektedir. 2008 yılına gelindiğinde, yıl içinde verimlilik oranının % 44'e düştüğü, ortalama bekleme süresinin de 359 güne çıktığı; Daireler iş yükü dağılımında 6. Ceza Dairesi 71.827 ile en fazla iş oranına sahip olurken, bu Daireyi 7. (56.263), 10. (48458), 2. (45260) ve 3. (40.805) ceza dairelerinin takip ettiği görülmektedir. Bu dairelerdeki iş yüküne paralel olarak ortalamadan sapsmalar da (örneğin 6. Ceza Dairesindeki süre 598 gün olarak) oldukça yükselmiştir.

### Seçilmiş Ceza Dairelerindeki Yoğunluk

Daire	İş yükü	Bekleme süresi(gün)*
6	71.827	598
7	56.263	593
10	48.458	548
2	45.260	165
3	40.805	335
4	38.433	248
11	32.312	274
9	28.375	200

\* Ortalama bekleme süresi:359 gün

Yargılama süresinde işlemlerin ve kararların hukukiliğine yeniden değindiğimizde, hâkimlerin verdiği her kararın doğru olmayacağı belirtilebilir. Nitekim son on yıl içinde temyiz edilen ceza hükümlerinden bozulanların ortalaması % 29 olup; kararlardaki yanılğı payı Yargıtay içinde geçerliliğini korumuş; ceza dairelerince verilen kararlara karşı mahkemelerince ısrar edilmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen onama kararlarının da son on yıllık ortalaması % 19 u bulmuştur.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat (CMK m. 141-144) ceza yargılaması sürecinin turnusolu olarak görülmeli; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi *Tavsiye* kararlarındaki standartlar ve rehber ilkeler ile uluslar arası sözleşmelere göre belirlenecek *Adli Reform Endeksi'*nde önemli bir parametre (2008 yılında CMK m. 141'e göre açılan dava sayısı 1461) olarak yer almalıdır. Her yıl hazırlanacak *Adli Yıl Raporu'*nda

(AYR) bu işaret levhalarına ne derece uyulup uyulmadığı izlenerek raporlanmalıdır. Bu bağlamda CMK 141. maddenin anatomisini sergilemekte yarar vardır.

Bu maddeye göre,

- Yakalama (CMK m. 141/a,b,e,g,h)(\*)(\*\*)
- Gözaltına alma(CMK m. 141/f)(\*\*)
- Tutuklama (CMK m. 141/a,c,d,e,f,g,h)(\* )
- Arama ve el koyma(CMK m. 141/i,j)

dolayısıyla kişilerin uğradıkları tüm zararları devletten isteyebilecekleri;

- Görevini kötüye kullananlardan rücu edilebileceğidir.

(\*) Kovuşturmaya yer olmadığı/beraat.

(\*\*) Sürenin hükümlülükten fazla / salt para cezası olması.

Tazminatın resen tahakkuk ettirilmesi gerekirken isteme (CMK m.142-tebliğden itibaren üç ay veya kesinleşmeyi izleyen bir yıl içinde) bağlı olması nedeniyle ihlalin boyutunu belirlemek üzere UYAP bağlamında yapay zeka ile yıllık tutarın belirlenmesine gereksinme vardır.

İşte sistemde iş yükünün üstesinden gelinebilmesi için gerekli yargı reformu bağlamında, *adli dürüstlük* ve *yargı reformunun(iklim,mit)* tüm reformların temeli olduğu göz ardı edilmemelidir. Adli dürüstlükten yoksunluk, hukukun etkinliğini zayıflatacağı gibi tikel adaletsizlik örnekleri de kümülatif olarak halkın adalete olan güvenini tüketecektir. Yargı reformunu “*sosyolojik olmaktan*” çok salt yasal düzenlemeler olarak algılamak büyük bir yanılıdır: *Strateji Belgesi*’ne ise *yasallık egemen* olmuştur.

Suç ve ceza siyasetinde temel uygulamanın ceza adaleti sistemiyle somutlaştığı ve öğretilerde sisteme odaklanıldığı görülmekte ise de, iş yükünün azaltılması için sistem öncesi (suçluluğun önlenmesi) kadar sistem ötesinin (koşullu salıverilen hükümlülerin korunmasının) de çok önemli olduğu yeterince algılanmamıştır. Her şeyden önce, ceza adaleti sistemi için yapılan harcamalar getirisinin minimal ölçüde olduğu görülerek, önlemenin ne derece ekonomik yarar boyutu olduğu toplam nüfustaki çocuk ve genç nüfus oranı (%33) ile eski hüküm-

lülerin işlenen suçlardaki payının küçümsenmeyecek oranda olması göz önüne alınmalı; bireysel/ toplumsal boyuttaki önleme tedbiri için harcanan TL'nin, suçlu yakınları ve suç mağdurları için beliren kayıplar ile tretman bedeli toplamının çok altında olacağı bilinmelidir.<sup>25</sup> Öte yandan "olan"la,<sup>26</sup> "olması gereken" arasındaki ayrılık/gerilim/boşluk, hukuk mekanizmasının işleyişinde temel faktör olarak kendini gösterdiğinden (boşluk teorisi) ceza hukuku ve muhakemesi ders kitapları salt teorik açıklamaları içermek yerine (UYAP projesine entegre edilecek yapay zeka ile bu işlevin sağlanabileceği) on iki bin sayfayı aşan AİHM içtihatları<sup>27</sup> ile karşılaştırmalı ampirik ceza/ceza usulü ve uygulamasının sosyo-juridik bağlamını irdeleyen analizlere odaklanılmalı;<sup>28</sup> kavramların insanlar /toplum üzerindeki etkisi irdelenmeli; kriminoloji ve psikoloji olmaksızın ceza hukukçuluğunun olamayacağı bilinmeli;<sup>29</sup> ceza adaleti uygulamasının normatif ideale (eşitlik<sup>30</sup> ve adil yargılanma hakkı) göre karşılaştırma araştırmalarına yönelmelidir.

<sup>25</sup> Suçların önlenmesi için bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, 4. bası, 2008, s. 286-301.

<sup>26</sup> 1 Haziran'da yürürlüğe giren 345 maddelik TCK'nın yürürlük maddesini de içeren 75 değişiklik yapılması; TCK *Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki 14 maddelik Kanunda* da 14 değişiklik yapıldığına tanık olunması neyin göstergesi olmaktadır(?!).

<sup>27</sup> *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB, Ankara 2008 s. 37-75: AİHM kararlarına göre, tutuklamaya kesinlikle kamu yararı düşüncesiyle başvurulmalı; tutukluğun devamı süresinde de bu gereksinme var olmalı; tutuklama nedenleri ortadan kalktığında, buna derhal son verilmelidir.

<sup>28</sup> Bkz. *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, 3<sup>rd</sup> Edition; Jörg-Martin Jehle & Marianne Wade & Beatrix Elsner "Prosecution and Diversion within Criminal Justice Systems in Europe, Aims and Design of a Comparative Study" *Eur J Crim Policy Res* (2008) 14:93-99; Council of Europe, *Avrupa Yargı Sistemleri*, Ankara 2009; Etki-tepki modeli için bkz. M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi (Hukuk ve Gerçekler)*, Ankara 2008, s. 147-149.

<sup>29</sup> Bkz. F. Sokulu, *Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. I, Ankara 2008, s. 333; Bizler için kritik soru görünüşte benzer/aynı olan terimlerin/kavramların nasıl olup ta ülkemizde mutasyona uğrayarak farklı anlamları yansıttığını görememektir(!) Bkz. T. Newburn / R. Sparks, *Criminal Justice and Political Culture...*, Willan Publishing, 2004, p. 9.

<sup>30</sup> TCK'dan çarpıcı birkaç örnek şöyledir: Taksirle öldürme (TCK m. 85) için 2-6'lık hapis aralığında aynı gerekçe ile birisi için 2 yıl, diğeri için 4 yıl hapse hükmedilmesi; taksirle yaralamada (TCK m. 89) hapis veya para cezası seçeneğinde birine para cezası hükmedilirken diğerine hapis cezası verilmesi; Tehdit (TCK m. 106/1) suçunda kişi "döverim" dediğinde 6 ay -1 yıl hapis aralığında bir yaptırıma tabi iken, dövmesi halinde (TCK m. 86/2) 4 ay-1 yıl hapis veya para cezası seçeneği ön görülmüştür.

*Ceza/infaz hukuku ile usulündeki normatif değişimin de facto gerçekleşmesinin kültürel bir benimseme süreci ve süresi olduğu; genelde organizasyon kültüründe değişimin gerekliliği göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi takdirde, kolektif bir yanulsama kaçınılmaz olmaktadır.*

Suçların önlenmesi tek boyutlu bir uğraş olmak yerine farklı sektörleri içeren kolektif bir yaklaşım gerektirmektedir. Örneğin aile içi şiddet bir taraftan kolluk ve adalet hizmetlerini, öte yandan sağlık ve sosyal hizmet kurumlarının müdahalesini gerektirmektedir.

*Aynı derecede önemli olan diğer bir parametre de, potansiyel suçluların yakalanma riskinin yüksek olması bilincidir. Ne var ki, suç işleme biçimlerine bakıldığında bu algılamının yeterince/hiç olmadığı görülmektedir. Delik kova teorisinin<sup>31</sup> belgelediği üzere, yakalanması/ yakalandığında cezalandırılması/cezasını çekmesi kesinlik içermeyen ceza adaleti sisteminin bu mesajı vermesi beklenemez. Genel önleme üzerine yapılan araştırmalardan önemli bir çıkarımı, polis baskınları ve benzeri girişimlerin genelde sınırlı bir süre için etkili olduğu ve bu etkinin zamanla buharlaştığıdır.*

Sistemin zayıf yanlarından biri de genelde ceza davalarının makul süre içinde kotarılamamasıdır. Geçmişte, sistem dava yükünün üstesinden ancak zaman zaman çıkarılan genel af yasaları ile gelebilmektedir. İşte yargılamadaki iş yükü çıkmazına kalıcı bir çözüm getirmek siyasetin temel odaklarından biri olmalı; sisteme en son çare olarak başvurulması ilkesi bağlamında çareler üretilmelidir.

Ceza siyaseti oluşturulmasında, toplumsal savunuyu açısından tehlikeli/seri suçlular, psikopatların sistemde nasıl trete edileceği bir sorun olarak belirlemektedir. Bu konuda sistemin çeşitli evrelerinde ortak bir bilincin oluşturulması da aynı derecede önemlidir.

Diğer suçlular bakımından, *karanlık sayıyı* oluşturan suçluların tretmandan kaçınmaları ve özgürce yaşama devam etmeleri ve çoğunun sosyal /siyasal konumları veya bankalardaki yüklü hesapları nedeniyle kavuşturmadan masun tutulmaları<sup>32</sup> karşısında suçlu kişilik profili ile hükümlülerin yeniden sosyalleştirilmesi için tretmana tabi tutulmaların da yerindeliği gözden geçirilmelidir.

<sup>31</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ankara 2008, s. 295.

<sup>32</sup> J. H. Langbein, "Money Talks, Clients Walk", *Newsweek*, 17 April 1995, p.21-22.

Öte yandan, modern ceza siyasetinde ikili bir görevle karşı karşıya kaldığımız, suçlulukla mücadele ederken, suçluların *stigmatize* edilmesi ve gayrı insanı tretmanla da aynı zamanda mücadele edilmesi gerektiği bilinmelidir.

Sorunlardan bazılarına işaret ettiğimiz suç ve ceza siyaseti, kuşkusuz, dinamik bir görüntü sergilemeli, kriminoloji kürsülerinde çözüme yönelik alternatif teoriler/vizyonlar geliştirilerek popülist yaklaşımlardan kaçınma için olanaklar seferber edilmelidir. Bu alanda trafik işaretleri gibi "*belirginlik*" oluşmadığından arayışlar devam edecek; ve zaman zaman yabancı ülkelerdeki "*good practices*" ide benimseme gereği göz ardı edilmeyecektir. Bu bağlamda kesinlik gösteren kriminolojik gerçek ise, benimsenecek siyasetin halkın işbirliği olmaksızın *de-facto* varlık kazanamayacağıdır.

İki binli yıllarda yargılamanın niteliksel açıdan önceki asırdan farklı bir görünüm sunması için kanıtların değerlendirilmesinde kuşkuya yer vermeyecek bir seviye tutturulması<sup>33</sup> (CMK m. 289-i); uygulamada "*çapraz sorgulama*"nın tanık ve bilirkişileri kapsayıcı şekilde yargılama sürecine egemen olması (CMK m. 201); çocuk mahkemelerinin kurulması ile adliyenin birer üyesi olan psikolog ve sosyal hizmet uzmanlarının sayıca artırılarak yetişkin suçlular hakkında da psikososyal anket raporu hazırlaması (CMK m. 161/ TCK m. 51); tanık ifadelerinin gerektiğinde multi-medya ortamında saklanarak hüküm öncesi yeniden hâkimlerin dikkatlerine sunulması, mağdur ve tanıkların süreçte merkezi bir konuma taşınmaları ceza adaletinin hedefleri olarak vurgulanmalıdır.

<sup>33</sup> Vicdani kanaat terimi *esrarengiz kavram* olmaktan mutlaka çıkarılmalı; hükümlerle kuşkuyla yenilerek evrensel gerçek yakalanmalı ve gerekçesiz kanı'nın vicdani kanı olamayacağı bilinmelidir. Bkz. F. Erem, *Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara 1986, s. 349; S. Selçuk, "Ceza Adaletinde Bunalım -Ceza Yargılaması Diyalektiğinin Kurulması", *Yasa Dergisi* (Ekim 1985), s. 1380; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1994; M. Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin, Ankara 2002.

Aynı kanıt bir hâkim için inandırıcı olurken, bir diğerine saçma gelebilebilir. Nitekim, hâkimlerin olaya ilişkin sorular üzerindeki farklılığı, hukuka ilişkin yorumlarında saptanan farklılıktan daha fazladır. Bu farklılığı vurgulayıcı nitelikteki görünüme aynı suç türlerine ilişkin görevli mahkemelerde verilen beraat kararlarındaki oran değişimlerinde tanık olunmaktadır. Nitekim Ankara Adliyesinde var olan 22 adet asliye ceza mahkemesinde 1996 yılı verilerine göre hırsızlık (TCK m. 491-494), müessir fiil (456-460) ve dolandırıcılık (503-505) suçlarından yargılanan sanıkların beraat şansına ait veriler oldukça ilginçtir.

Ceza siyaseti bakımından toplam suç miktarında görülen azalma “başarı” olarak kabul edilebilecek midir? Ne var ki, yıllar itibariyle ülkede işlenen suç miktarı ile 100.000 nüfustaki cezaevi nüfus oranı azalma yerine artış göstermektedir. Bu durumda bir başarısızlıktan söz edilebilir mi sorusunun yanıtı “hayır” olacaktır: Aksi yanıt ceza hukuku ile suç sayısı arasında doğrudan bir ilişki varsayımına dayalı olacak ise de, böyle bir ilişki olmadığını belirtmek isterim. Suçluluğun sayısız nedenleri vardır.<sup>34</sup> Daha zecri bir ceza hukuku(!) işlenen suç miktarını düşürmeyeceği gibi suçluların iyileştirilmesine odaklanmış ceza infaz siyaseti de suç miktarını düşürmeyecektir.

Suçluların çoğu hükmedilen ceza yaptırımların etkisiyle yeniden suç işlemediklerinde “başarı” gibi görülebilirse de, mükerrirlik hakkında doğru veriler elde etmek şimdilik mümkün değildir. Adli Sicil’de yaptığım bir araştırmaya göre, 1.6.2000 tarihi itibariyle Adli Sicil veri tabanı taramasında 1994 yılında hakkında ceza fişi oluşturulan 480.289 hükümlüden % 19.5 inin (94.074) 1994-1999 yıllarında birden çok suç işlediği ve ortalama suç sayısının 2 olduğu saptanmış; bunların % 6.7’si hapis ve para cezasına, % 52.6’sı para cezasına ve % 40.5’i de hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edildiği görülmüştür. Bu sayılar bile, geri kalan % 79.5 oranındaki eski hükümlünün neden mükerrir konumuna girme-diğini veya diğerlerinin neden suç işlediğini açıklayamamakta ve bunu açıklayan bir metodunda bulunmadığıdır.<sup>35</sup>

Suçluluk toplumsal bir fenomen olması kadar, suçlunun toplumdaki diğer üyeler ve gruplarla/kurumlarla ilişkiler ve bağlar içerisinde olmasını içermektedir. Ne var ki, bu ilişkiler/bağlar eskiye göre oldukça zayıftır. Suçluların iyileştirilmesi yalnızca ceza hukuku ve ceza adaleti sistemi ile gerçekleştirilemezse de, bu amaca yönelik toplumun tüm diğer kurumlarına destek sağlamak temel bir işlev olarak varlığını sürdürmektedir.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ankara 2008, s. 62-117.

<sup>35</sup> Bkz. M. T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Ankara 2007.

<sup>36</sup> TBMM İnsan Hakları Komisyonu’nun *Çocuk Cezaevleri Üzerine Raporu*, 2010.

# YARGI VE “DEMOKRATİK MEŞRUIYET”

Fahri Mutlu TOSUN\*

*“Demokrasi” ve “Demokratik Devlet” kavramlarının kullanımı konusunda büyük bir eksiklik vardır. Bu kelimeler açıkça tanımlanmadıkça ve anlamları üzerinde uzlaşılmadıkça, insanlar bu anlam kargaşası üzerinde yaşamaya devam edeceklerdir ve bu tartışmalar, demagoji yapanların ve despotların işine yarayacaktır.*

Alexis de Tocqueville

## GİRİŞ

*“Demokratik meşruiyet”* yargıda nasıl olmalıdır? Yargının ve yargıcın demokrasideki rolü nedir ve meşruiyetini nereden alır? Yargının fonksiyonu ve yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı nedir? Yargı, yargıya bırakılmalı mıdır yoksa diğer erklerin denetimi altında olmalı mıdır? Yargıçların atanması yargı tarafından mı yapılmalı ya da *“Demokratik meşruiyeti”* sağlamak için yargıçlar yasama veya yürütme tarafından mı atanmalıdır? Yargıçların doğrudan halk tarafından seçilmesi *“Demokratik Meşruiyeti”* sağlamak için uygun mudur? Yasama ve yürütmenin hataları yargı denetimi ile giderilebilir, fakat yargı hata yaparsa bu nasıl düzeltilecektir? Yargı bağımsızlığı, yargıçlar iktidarına (*juris-tokrasi*) yol açar mı? Jüri sisteminin olmaması halkın yargı yetkisinin kullanımına katılmaması anlamına mı gelir? sorularının yanıtlanması ülkemizde yargı ile ilgili yapılan tartışmalar için önemlidir.

---

\* Cumhuriyet Savcısı.



## Demokrasi ve “Demokratik Meşruiyet” Kavramı

En temel ifade ile “demokrasi”; ulus egemenliğine dayalı yönetimde, halkın iradesini, düzenli aralıklarla yapılan özgür ve adil seçimler ile yansıtarak, temsilcilerini seçmesi ve bu temsilcilerinde halkın iradesine uygun hareket etmesi; halkın siyasi ve medeni hayata aktif katılımı; insan haklarının herkes için sağlanması ile hukukun üstünlüğünün gözetilmesidir. Ancak çoğunluğun yönetimi değil çoğulculuktur, yönetim çoğunlukça belirlenmesine rağmen, bu yönetim azınlığın hakları ile sınırlıdır ve Gandhi'nin dediği gibi; “*En güçsüzlerin en güçlülerle eşit haklara sahip olduğu sistemdir.*” Demokrasi ve hukuk devleti genellikle bir arada kullanılsa da birbirinden farklıdır. Demokrasi- de, devlet iktidarının kaynağı halktır ve hukuk devleti iktidarın kaynağından bağımsız olarak çoğunluğun iradesi ve tercihlerini peşinen kısıtlar.<sup>1</sup> Hukuk devletinde kişiler değil; hukuk, devletin nasıl yönetileceğini gösterir.

Bu çerçevede, halkın çoğunluğunun iradesi ile yönetime gelen iktidarlar, kendisini destekleyenlerin kabullenmesi ve yönetilenlerden iktidarı desteklemeyenlerin başka seçimlerde yönetimi kazanacakları ve her zaman demokrasi içinde azınlığın haklarının korunacağı düşüncesiyle iktidarı kabullenmeleri yönetimin meşruiyetini sağlar.

Meşru olan nedir sorusuna verilecek cevap kısaca; “*hukukun*”, “*ahlâkın*” ve “*geçerliliği olan bir değer*” üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur<sup>2</sup> olacaktır.

<sup>1</sup> Çoban, Ali Rıza / Canatan Bilal / Küçük Adnan (Editörler), *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres yayınları, 2008, s. 360.

<sup>2</sup> Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1 Sayı 2 s. 121 Aralık 1997.

[Türk Dil Kurumu'nun hazırlamış olduğu *Türkçe Sözlük*'te “meşru, -u” (meşru:) ar. meşru: «yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu» şeklinde tanımlanmıştır (c. 2, yeni baskı, Türk dil kurumu yayını, s. 1014). Türk hukuk lügatî'nin bu konuya ilişkin tanımları aşağıdaki gibidir: «meşru (yasalı) (alm. gesetslich, rechtmässig, erlaubt, zulässig. -fr. légitime, licite. -ing. lawful. legitimate, licit, legal. -lât. iustus, legitimus) hukuk nizamına uygun olan bir durumu veya bir hareketi anlatan tâbirdir: meşru çocuk, meşru müdafaa gibi. Kavramın menşei arapçadır. “şera'a” fiil kökü olarak «çıkarmak, vazet-mek, koymak, plân yapmak, tasarlamak»dır. meşru'a kavramı fiil kökünden türetilen nesne kalıbıdır ve «kanunî, resmî, meşru, hukukî, izinli, ruhsatlı» anlamına gelmektedir. “meşruiyet” ise «meşru olma, meşruluk, kanunî»lik demektir (hans wehr: a dictionary of modern written arabic, ed. j. milton cowam, newyork, 1976, s. 476). meşruiyet kavramının batı dillerindeki kaynağı latince'deki «legitimus», «de lex» ve «legis

Demokratik Meşruiyet ise yönetenlerin seçimler aracılığıyla iş başına gelmesi, yönetenlerin eylem ve işlemlerini demokratik ilkelere uygun ve halkın rızasına göre yerine getirmeleri olarak tanımlanabilir.

Siyasal iktidarın meşruluğu ile kanuniliği birbirinden farklıdır. Kanuni bir iktidar dendiğinde, mevcut anayasa kurallarına bağlı olarak oluşan, ortaya çıkan bir iktidar söz konusudur. Buna rağmen başlangıçta meşru olan bir iktidar daha sonradan meşruiyetini kaybedebilir. Dolayısıyla meşruiyet sorunu iktidarın kaynağıyla olduğu kadar, iktidarın kullanılışı ile de ilgilidir.<sup>3</sup> Bütün ülkelerde devlet kurumları meşruluğunu ülkenin kuruluş ilkelerinden alırlar, Türkiye Cumhuriyeti; Atatürk İlke ve İnkılapları bağlı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olduğundan devletimizin kurumlarının meşruiyeti açısından bu ilkelere uygunluk olmazsa olmaz şarttır.

Bir devlette kuruluş ilkelerine karşı geliniyorsa artık durum meşruiyet sorunundan ziyade rejim sorununa dönüşür.

---

“loi” (kanun)» kelimesi olup; ingilizce karşılığı «legitimacy»dir ve webster’s ninth new collegiate dictionary’a göre: “tanınan ilkelere ya da kabul edilmiş kural ve standartlara uygun olma”yı ifade eder (meriam-webster inc., publishers springfield, massachusetts, u.s.a., 1990, s. 683). Kavramın fransızca karşılığı isim olarak «légitimité»dir ve “meşru olan veya mevcut haliyle meşru olarak nitelendirilen bir durum ve nitelik”tir. bir diğer anlamı ise “doğruluğa, adâlete ve mantığa uygun olmayı ifade eden bir niteliktir”. sıfat olarak «légitime» “meşru” kelimesinin anlamı ise: «1. hukukun veya adâletin üzerine kurulmuş olma; a) hukuken kurulmuş olma, kanun tarafından kabul edilmiş olma veya hukuka uygun olarak tanınmış olma, b) adâlete, hakkaniyete ve doğal hukuka uygun olma ve c) doğrulanmış olma»dır (le nouveau petit robert, texte rémanié et amplifié sous la direction de jossette rey-debove et alain rey, paris, 1993, s. 1269). anayasa hukukunda kullanılan meşruiyet (légitimité) yönetilenlerin emellerine uygun olan bir siyasal iktidarın niteliğini (özellikle kaynağı ve şekli) açıklamaktadır. bu durum da kendiliğinden itaat ve genel kabullenme değerini ifade eder. demokratik meşruiyet: yönetenlerin seçimler aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmaları anlamına gelir. monarşik veya ilahî meşruiyet: kralın doğrudan doğruya veya vahiy aracılığıyla tevcih edilmiş olan meşruiyete dayanmasını ifade eder (lexique: droit constitutionnel, fascicule i, théorie générale aktaran droit constitutionnel, deug 1ère année, di-vision a, cours de m. le doyen louis fa-voreu, documents à l’usage des travaux dirigés, annéeuniversitaire, 1990-1991, s. 42).] (Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, s. 121 Aralık 1997).

<sup>3</sup> Atay, E. Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHF Dergisi*, Cilt 1 Sayı 2 s.121 Aralık 1997.

## Yargıç ve Yargı Fonksiyonunun Özelliği, Yasama ve Yürütme Erki ile İlişkiler

Demokratik yollardan seçilmiş hükümetlerle, seçimden sonra demokrasinin gereklerine uyan ve hukuk devleti ilkesini gözeten hükümetler birbirinden çok farklıdır. Demokratik devletlerde, yürütme ve yasama gücünün hukuk devleti ilkesine ve demokratik toplum gereklerine uygun hareket edip etmediği nihai olarak yargıçlar tarafından denetlenir. Bu denetimi yapan bağımsız yargı, gerçekten yasama organının yerine geçerek yasa yapmamakta ama ortaya özgürlük ve demokrasinin güvencesi için hukuk koymaktadır.<sup>4</sup> Adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Yargıçın rolü; kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olmak, halka yol gösterici öğretmen olmak ve bir rolü de anayasayı ve demokrasiyi korumaktır.<sup>5</sup> Bu bağlamda, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Hitler benzeri yönetimlerin engellenmesi için, yasama faaliyetlerinin yargısal denetiminin artırılması, demokrasi ve insan haklarının korunması amacına hizmet etmektedir.

Yargının bağımsız olması görevini gereği gibi yapabilmesi için zorunludur ve bu durum yasama ve yürütme erkinden üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Bir başka ifade ile yargı, yasama ve yürütme erkinin amiri olmadığı gibi emri altında bir memuru da değildir.

Kanunları yapan yasama organı ile kanunları uygulayan makamların farklı olması hukuk devletinin gereğidir. Aksi takdirde, kanunların genel olması ilkesi bir yana bırakılarak, kişiye özel uygulamalarla sık sık karşılaşılır. Yasa koyucunun faaliyetlerini kontrol edecek bir güç olmazsa, kişiler özel insanlar için çıkarılmış kanunlar ve bu kanunların çıkarılmasına neden olan çıkar çatışmaları ve haksızlıklara taraf olarak yaşayacaklardır.<sup>6</sup>

Bütün uygar ve demokratik ülkelerde yargı organının, siyasal organlar olarak nitelendireceğimiz yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Gene bu ilkeyi gerçekleştirecek bir araç olarak, yargı fonksiyonunu ifa eden yargıçların, diğer kamu görevlilerinden daha teminatlı bir yapıya kavuşturulması

<sup>4</sup> Demirkol Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı 1992, İstanbul s. 65.

<sup>5</sup> Barak Aharon, Judge in democracy, princeton university press 2006, s. 20-24.

<sup>6</sup> Çoban, Ali Rıza / Canatan Bilal / Küçük, Adnan, Editörler, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres yayınları, 2008, s. 57.

benimsenmiştir.<sup>7</sup> Bununla birlikte, Anayasa ile özel güvence altına alınan yargıç ve savcılar, yine Anayasa'nın ve evrensel hukukun güvencesi altında olan ve tüm insanlara uygulanan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaları en doğal haklarıdır.<sup>8</sup>

Yargı erkinin özellikle yasama ve yürütmeye karşı mutlak bağımsızlığı, Anayasa'nın "*mahkemelerin bağımsızlığı*" başlıklı 138. maddesi ile "*hakimlik ve savcılık teminatı*" başlıklı 139. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 140. maddesi yargıçlık mesleği açısından düzenleme getirmektedir. Söz konusu madde de yargıçların ve savcılarının özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bunlara aykırı kanuni düzenlemeler yapması önlenmiştir.

Yargı bağımsızlığı düzenleyen Anayasa'nın 138/1. maddesi şöyledir: "*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*". Özellikle ceza hukuku bakımından çok önemli olan bu kuralla, vicdani kanaat hakimnin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak kullanılabilmesi bağımlı bir ögedir. Buna göre, yargıç kendi anlayışı veya keyfine göre değil, hukuka göre hüküm verecektir. Yargıcın bağımsızlığının karşılığı, hukuka bağımlılıktır. Yargıçlar Anayasa, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlı olduğu gibi yazılı olmayan teamül hukuk kurallarıyla da bağlıdır.<sup>9</sup> Kanunları uygulamak için somut olaya ilişkin özellikleri dikkate alarak uygulama yaparlar, yargıçlar makine değildir.

Yargıçların bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de yargıçların bağımsızlığını zedeler.

Bir yargıcın kararını verirken hür olabilmesi için sadece yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olması yetmez, aynı zamanda bir birey olarak içinde yaşadığı ortama karşı da bağımsız olması gerekir.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1986 s. 332.

<sup>8</sup> Ali Rıza Aydın, *Anayasa Mahkemesi Raportörü Yargıçlar ve Savcılar Birliği Üzerine Bir Değerlendirme* [http://www.yarsav.org.tr/yazar.php?id=67#\(01.07.2008\)](http://www.yarsav.org.tr/yazar.php?id=67#(01.07.2008)).

<sup>9</sup> Ünal, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, Ankara 1994, TBMM Yayını s. 6.

<sup>10</sup> Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000, s. 438-440.

Yargıç güvencesi, yargıcın iç dünyasını mümkün olduğu kadar dış etkenlerden korumayı da gerektirmektedir. Yargıç bağımsızlığı, aynı zamanda yargının yönetimi ve diğer yargıçlara karşıda bağımsızlığı içerir. Yargıcın, Anayasaya, Yasaya, hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi, bu dokunulmazlığı gerçekleştirmekle olanaklıdır.

Hakim ve savcıların yürütme organının etkisinde kalmaması için, mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapmak üzere Anayasa'nın 159. maddesi gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bulunmaktadır.

### Yargısal Meşruiyet

*Yargı bağımsızlığı talebinin yükseldiği ilk dönemlerde, adil yargıcın devlet menfaatleri ile adaletin gereklerini birbirine karıştırmayan yargıç olduğu söylenirdi. Adalet, yargıcın hükümdarın suratına haykırması gereken hakikat olarak değerlendiriliyordu. Buna göre yargıç, meşruluğunu, iktidara "devlet aklına" biat etmekten değil adaleti gözetmekten alırdı. Yargıcı devlet memuru statüsüne sokan her türlü düzenleme bu nedenle yargıcın meşruiyetini daha baştan şüpheli hale getirir. Aynı şekilde devletin hizmetkârı zihniyetiyle hareket eden yargıçta kendi meşruiyetini peşinen tartışmalı kılar.<sup>11</sup>*

Demokratik sistemlerde yargı, nihai olarak meşruiyetini tarafsız ve bağımsız olmasından alır ve bu şekildeki bir yargı hukuk devleti çerçevesinde meşru olabilir. Burada önemli olan yargı üyelerinin görevlerini yerine getirirken, adaleti sağlayabilmek için şart olan bağımsız ve tarafsız olabilecek güvencelere sahip olup olmadıklarıdır.

Herkesin bildiği üzere yargıç için adil olmak tek başına yeterli değil aynı zamanda adil görünmesi de zorunludur. Ülkemizde meclis tarafından yüksek mahkemelere ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yargıç atanması "Demokratik meşruiyeti" sağlayacaktır, halkın iradesi yargıda da yer alacaktır şeklinde iddialar vardır. Bu mantığa daha uygun gelen çözüm şu şekilde olabilir. Halkın seçtiği tem-

<sup>11</sup> Sancar, Mithat, *Devlet Aklı Kısacında Hukuk Devleti*, İletişim 2000, İstanbul s. 187-188.

silciler tarafından yargıç seçiminin yapılması meşruiyeti sağlayacaksa, milletvekilleri tarafından değil Amerika'da bazı eyaletlerde olduğu gibi ülkemizde de yargıçların doğrudan halk tarafından 4 yıl görev süreli seçilmesi, daha çok "demokratik meşruiyeti" sağlayacaktır denebilir. Ancak, belediye başkanı gibi seçim kampanyaları düzenleyip, örtülü olarak siyasi partilerce desteklenebilecek, seçim kampanyasında mali olarak yardım yapacaklara ihtiyaç duyacak olan yargıçların seçimi kazandıktan sonra görev yapacakları il ve ilçelerde, ülkemizin yapısı da dikkate alındığında ne kadar kendilerine oy verenlerden bağımsız ve tarafsız olacağı sorusu kaçınılmaz olarak sorulacaktır. Bu durum, kendisini destekleyen ve çoğunluğun istediği şekilde karar verme eğilimine sahip popülist yaklaşımlar içinde olan yargıçlar oluşturacaktır. Gerçekten adil olsalar bile toplumun gözünde adil görünmeyeceklerdir. Bu durum milletvekilleri tarafında yapılan seçimde de geçerli olacak ve Ülkemizde Meclis tarafından yargıç atanmalarında da benzer kaygılar söz konusu olacaktır. Bazı ülkelerde Meclis tarafından veya halk tarafından yargıç seçiminin yapılması ülkenin demokrasi kültürü ve geleneğiyle alakalıdır. Ülkemizde herkes kendi il, ilçe veya köyünde kendi yargıcını seçecek şeklinde bir düzenleme yapılması, görünüşte demokratik meşruiyete uygun olsa da, mevcut sosyo-kültürel yapıda halkımız tarafından da kabul görmeyeceğini tahmin etmek zor değildir. Seçim yönteminin benimsenmesi halinde adalete güven sarsılacak ve sistemin meşruluğu ciddi biçimde tartışmalı hale gelecektir.

Yargıçlar, çoğunluğun iradesine göre hareket etme düşüncesinde olamazlar, bu nedenle verdikleri kararlar bazen çoğunluk tarafından karar tarihinde kabul görmeyebilir. Bu durum yargının meşruluğuna zarar vermeyeceği gibi bilakis hukukun içinde kalarak verilen kararlar sistemin meşruluğunu daha da artıracaktır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ırk ayrılcılığının olduğu. tarihlerde verilen meşhur Brown v. Board of education 347 U.S. 483 sayılı 1954 tarihli kararda; siyah öğrencilerin beyazlarla eşit şartlarda eğitim görmesi ve ayrımcılığın kaldırılmasına hükmedilmiş ve bugün "siyah" Amerikalıların bir çok hakkı kullanması ve başarılı olmalarının yolunu açmıştır. Eğer o dönemde çoğunluğun görüşü dikkate alınsaydı özgürlükleri vermek için daha geç kalınmış olacaktı.

Halkın yargılama faaliyetine bazı ülkelerde olduğu gibi jüri olarak katılması da demokratik meşruiyet ve mahkemelerin de millet adına

karar vermeleri için zorunlu unsur değildir. Bu tercih, her ülkenin kendi koşullarına göre değişiklik göstermektedir. Örneğin İngiltere’de jüri sistemi varken, İngiltere’ye bağlı Kuzey İrlanda’da mezhep çatışmaları nedeniyle jüri sistemi kabul edilmemiştir. Halkın doğrudan yargısal faaliyete katıldığı jüri sisteminin ülkemizde hiç tartışılmamasının sebebi, ülkemizdeki demokratik kültür, gelenekler ve toplumun sosyo-kültürel yapısıdır. Kanaatimce ülkemiz için jüri sisteminin gerekli olmadığını düşünmekteyim. Hukuk devleti ilkesine uygun görevini yapan bağımsız ve tarafsız yargıç, ülkede ulus tarafından kabul görmüş hukuku uygulayarak zaten ulus adına karar vermektedir. Bu durum her zaman halkın çoğunluğunun isteğine göre karar vermek değildir. Yargıçlar toplumla hukuk arasında köprü ilişkisi kurarlar, hesap verebilirlikleri kamuoyu görüşü veya siyasilere beklentileri değil, demokrasinin evrensel ilkeleridir.

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemenin üyelerinin atanma biçimi, görev süreleri, dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı meselesini göz önünde bulundurmaktadır.<sup>12</sup>

Tarafsızlık hususunda, AİHM Piersak Belçika’ya karşı davasında şöyle demiştir:

*“Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmak anlamına gelse de, bunun Sözleşmenin 6.Madde (1) kapsamında varlığı ya da yokluğu, çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.”*

Öznel tarafsızlığa karar vermek için AİHM fiili peşin hüküm kanıtı arar. Aksine ilişkin kanıt bulunana dek, usulünce atanmış bir yargıç kişisel olarak tarafsız kabul edilir.

Nesnellik sınamasına gelince, AİHM, Fey Avusturya’ya karşı davasında şunları belirtmiştir: *“Nesnellik sınamasında, yargıcın kişisel tutumundan ayrı olarak, tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturula-*

<sup>12</sup> Mole, Nuala, Harby Catharina, *Adil Yargılanma Hakkı*, Council of Europe 2001, Strasbourg s. 27.

*bilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Burada yitirilebilecek olan, demokratik bir toplumda ve her şeyden öte, ceza davalarında, sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Bu da belirli bir davada belirli bir yargıcın tarafsız olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımından önemli olsa da belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır.”<sup>13</sup>*

Yargının, yargıya bırakılmayacağını belirtenler, halk oyuyla seçilen yasama organının işlemleri ve yürütme işlemlerinin denetime tabi olduğunu ve hata yaptıkları iddiası halinde yargı tarafından denetlendiğini, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince her erkin eşit olduğunu, yargısında denetlenmesi gerektiğini aksi halde bu durumun yargıçlar iktidarına (*juristokrasi*) yol açabileceğini ileri sürmektedirler. Yasama ve Yürütme organının işlemlerine karşı yargı tarafından hukuk çerçevesinde karar verilmesi gayet doğaldır. Eğer mahkemelerce verilen her karar yürütme organınca alkışlanıyorsa, asıl burada yargıçlar görevlerini hukuka göre değil de, siyasi iradeye göre yapıyorlar diye kuşku oluşabilir. Siyasi iktidar tarafından yargının yürütme aleyhine karar verdiği durumlarda, seçimle iktidara gelen otoritenin faaliyetlerinin yargı kanalıyla engellendiği iddiasıyla, yargının denetiminde söz sahibi olma istekleri söz konusu olabilmektedir.

Yargının denetimini kim yapacaktır. Mahkemelerce kural olarak açık yapılan duruşmalarda verilen kararlar taraflarca değerlendirilerek, gerektiğinde itiraz ve temyiz yoluyla diğer veya üst mahkemeye gönderilmekte, bu şekilde farklı mahkemelerce kararın incelenmesi sağlanmaktadır. Savcılar, avukatlar ve taraflar bu yola her zaman başvurabilmekte ve devlet siteminde en çok şeffaflık ve denetim yargıda olmaktadır. Ancak bu durum bağımsız ve tarafsız karar vermek için yeterli değildir, yargının yapılanmasının buna uygun olması gerekmektedir. Yargıyı denetleyen müfettişlerin siyasi otoriteye bağlı olması eleştirilmektedir. Yargı; sınırsız yetki kullanmaması ve çoğulcuğun, hukukun üstünlüğünün gerçekleşmesi için denetimini yaptığı yasama ve yürütmece denetlenir ise denetleyen makam yargı görevini gasp etmiş olur. Eğer yargıyı denetlemek için 4. kuvvet oluşturulacak ise buda yine yargı gibi çalışmalı, bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Bu halde aynı özelliğe sahip iki farklı kuvvet olacaksa aslında bu yine

<sup>13</sup> A. g. e., s. 28-29.



yargı adı altında tek bir erk anlamına gelmektedir. Onun içindir ki, yargı kendi yönetimini ve denetimini kendisi yapmalıdır. Yargı kendi içinde de karar verirken bağımsızdır ve bunu sağlayacak güvenceler olmalıdır. Mahkemeler, üst mahkemelerin itiraz ve temyiz merci sıfatıyla verdiği kararlar dışında, kendileri dışındaki mahkemelerin kararlarıyla kural olarak bağlı değildir. Bu nedenle üst mahkemelerin alt mahkemelere davaların görülmesiyle ilgili olarak genel nitelikte emir ve talimat vermeleri mümkün değildir.<sup>14</sup> Evrensel düzenlemelerde bu yöndedir. Uluslararası metinlerde belirtildiği gibi yasama ve yürütme organı hâkimlerin bağımsızlığını sağlamalı ve hâkimlerin bağımsızlığını tehlikeye sokan hiçbir adım atılmamalıdır. Demokratik ülkelerde, hukuk devleti ilkesini güçlü kılmak amacıyla hâkimlerin bağımsızlığı, konumu ve yetkileri güçlü kılınmalıdır. Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren organın hükümet ve idareden bağımsız olması öngörülmüş, maddi ve sosyal güvenceleri ile özlük haklarının, yürütme organının inisiyatifine bırakılamayacağı düzenlenmiştir.

Uluslararası metinlerde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi yargı kurumlarının *önemli bir oranda üye çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, ancak uzun bir tarihi demokratik geleneği ve kültürü olan ülkelerde Meclisin bu kurumlara çok sıkı şartlar altında üye atayabileceği* benimsenmiştir. Bu husus ülkemizde yapılan tartışmalarda göz ardı edilmiş ve gerek ülkemizdeki demokratik kültür gerekse toplumun algılayışı dikkate alındığında, siyasi organlarca yapılacak atamalar yargının tarafsızlık ve bağımsızlığını zedeleyecek ve toplumsal meşruluğunu zayıflatacaktır. Her ülkenin demokrasi seviyesi ve anlayışı diğerlerinden farklıdır, örneği Almanya’da demokratik katılım için yargıçların siyasi partilere üye olması<sup>15</sup> ve bu durumun görevlerini yapmalarına engel teşkil etmemesine rağmen, ülkemizde 2005 yılında yapılan değişiklikle yargıçların milletvekili seçimi için aday olmaları halinde bile mesleğe geri dönüşlerinin tarafsızlıklarından şüpheye düşüleceği düşüncesiyle yasaklanması bu duruma verilecek bir örnektir. Söz konusu Kanunun gerekçesi “*Hâkimlerin yaptıkları görev dikkate alındığında, bunların tarafsız olması mutlak bir zorunluluktur. Seçimlere katılmak kişinin siyasî tercihini ortaya koymasını gerektirir. Seçimlere katılmış yüksek mahkeme üyesi, hâkim, savcı veya bu meslekten sayılanların, daha*

<sup>14</sup> Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza, Konya s. 305.

<sup>15</sup> The German Judiciary Act 39. Madde.

sonra söz konusu görevlere geri dönmeleri durumunda, tarafsızlıkları konusunda ciddî şüpheler ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, maddeyle, yüksek mahkeme üyesi, hâkim, savcı veya bu meslekten sayılanların, seçime katılmaları durumunda, artık eski görevlerine geri dönmeleri amacıyla 298 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesindeki ibare değiştirilmiştir.”<sup>16</sup> şeklindedir. Milletvekili adayı olduğunda mesleğe dönemeyecek yargıçların, bizzat milletvekilleri tarafından yüksek mahkemelere veya HSYK’ya atanması 2005 yılı gibi yakın bir zamanda kabul edilmiş kanunla düşünce açısından tezat oluşturmaktadır.

HSYK’ya, Meclis tarafından üye seçilmesinin demokratik meşruiyeti sağlayacağına dayanak olarak Venedik Komisyonu’nun 2007 tarihli raporu gösterilmektedir. Bilindiği üzere Venedik Komisyonu 1990 yıllarda Doğu Blokundan ayrılan ülkelere anayasa hazırlamak için Avrupa Konseyi’ne danışma kurumu olarak kurulmuş bir örgüttür. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından, 2000 yılında Avrupa Konseyi’ne üye devletlerde yargıyı güçlendirmek için Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi Kurulmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu, Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi’nden yargı kurullarının nasıl olması gerektiği yönünde bir görüş hazırlamasını ve Venedik Komisyonu’yla istişare etmesini istemiştir. Söz konusu Konseyce hazırlanan HSYK benzeri yargı kurullarının nasıl olması gerektiği yönündeki görüşe ilişkin taslak, katkı vermesi için Venedik Komisyonu’na danışılmış, 19-20 Ekim 2007 tarihinde Venedik Komisyonu’nda rapor kabul edilmiştir.<sup>17</sup> Bu raporun 10. maddesinde Yargı Kurullarına üye seçimine parlamentonun katılımının demokratik meşruiyeti sağlayacağı belirtilmiştir. Ancak aynı raporun 19. maddesinde Yargı Kurullarının oluşumu konusunda Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi ile Venedik Komisyonu arasında uzlaşma olmadığı belirtilmektedir. Anlaşma olmayan hususlar; Yargı kurullarının yargıç ve yargıç olmayanlardan oluşan karma yapıda olması karşısında sadece yargıçlardan oluşan bir yapıda olması, yargı kurulu üyelerinin atanma şekli, başkanın yargıdan veya yargı dışından olması, disiplin cezalarına temyiz yolu olmasına karşılık sadece itiraz yolunun öngörülmesi olarak belirtilmiştir. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi Venedik Komisyonu’nun görüşünü aldıktan yaklaşık bir ay sonra 21-23 Kasım 2007 tarihlerin-

<sup>16</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss951m.htm> (30.08.2009).

<sup>17</sup> [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-PV\(2007\)003-bil.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-PV(2007)003-bil.asp) (30.08.2009).

de yapılan 8. oturumda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, yargı kurullarının nasıl olması gerektiğine ilişkin görüşünü iletmiştir. Buna göre, 16. paragrafta Yargı kurullarının yalnızca yargıçlardan veya yargıç kökenli olmayanlarında katılımıyla oluşabileceği belirtilmiş, ancak bu durum zorunluluk olarak görülmemiştir; 17. maddede, Kurul sadece yargıçlardan oluşuyor ise kurul üye seçiminin yargıçlarca yapılması gerektiği ifade edilmiş; 18. maddede, kurul yargıç ve yargıç olmayanlardan oluşuyor ise önemli bir oranının yargıç olması gerektiği belirtilmiş;<sup>18</sup> 19. maddede, parlamento çoğunluğu ve yürütme baskısına karşı güvence olması beyan edilmiş; 20. maddede, kurulda yargıç dışı üye varsa bazı kararların sadece yargıçlardan oluşan kurulca alınması istenilmiştir. 32. maddede, eğer bir ülkede yargıç olmayan üye parlamento tarafından atanıyor ise meclis dışından bir üyenin, muhalefetten önemli oranda destek gerektirecek nitelikli çoğunlukla seçilmesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>19</sup> Görüldüğü üzere Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunduğu görüş Venedik Komisyonu'ndan farklıdır. Bu nedenle Venedik Komisyonu'nun kendisine istişare için sunulan görüşe ilişkin aldığı kararların yargı kurullarına ilişkin kısmı önemli ölçüde kabul edilmiştir. Zaten Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu görüşlere ilişkin bir Tavsiye Kararı'da almamıştır.

## SONUÇ

Devlete olan güvenin temel kaynağını yargı oluşturur. Yargıya karşı güvensizlik duyulması, aynı zamanda devlete olan güven duygusunu da zayıflatacaktır. Demokratik hukuk devletinin gerektirdiği yargı sisteminin oluşturulması, hızlı ve etkili bir adalet işleyişinin gerçekleştirilmesi, devlet ve toplum arasındaki bağları da güçlendirecektir.

Adaletin gerçekleşmesi ereğinde tarafsız karar süreci için asıl olan, yargı mensuplarının çok güçlü hukuki formasyon almış olmaları, yani iyi yetiştirilmelidir.<sup>20</sup>

Ülkemizde bağımsız yargı ve hukuk devletinin istenilen seviye-

<sup>18</sup> Görüşmelerde %75 oranında yargıç üye olması istenilmiştir.

<sup>19</sup> [www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp) (30.08.2009).

<sup>20</sup> Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal 2005 İstanbul s. 118.

ye ulaşamamasının sebebi, Cumhuriyet öncesi devlet geleneğinde esas olan iktidarın tekliği. Tanrıdan gelen, ortak kabul etmez bir iktidarı simgelemektedir. Siyasi iktidarı sınırlama geleneği yeterince gelişmediği için, bu görüşlerin halen savunulması nedeniyle, ülkemizde hukuk devleti ve bağımsız yargı gereği gibi kök salamıyor, bireysel özgürlükler yeterince savunulamıyor yada verilenler bir süre sonra geri alınıyor.<sup>21</sup> Ülkemizde yargı kararını eleştirenler, “Egemenlik Kayıtsız Şartsız Milletindir” özdeyişini belirterek, verilen kararların millet iradesi ile seçilen Meclis’in iradesini geçersiz kıldığı belirtilmektedir. Oysaki Millet adına karar veren bağımsız yargının görevi çoğunluğun istediğini yapar mantığının tarafı olamayacağı gibi çoğulculuğu esas alarak hukuk devleti sınırları içinde görevini yerine getirmektedir. Bu gerçekliğin anlaşılması halinde millete ait olan egemenliğin kuvvetler ayrılığı gereği yasama, yürütme ve yargı tarafından kullanıldığı bilinciyle yargıya yönelik eleştiriler bırakılacaktır. Bütün mahkemelerimizde bulunan “Adalet Devletin Temelidir.” özdeyişi, adaletin ve bunu sağlayan yargının önemini anlatmaktadır.

Yargının işleyişinde sıkıntı varsa, tek yol daha fazla bağımsızlık ve daha fazla tarafsızlığı sağlayacak düzenlemelerin yapılmasıdır.

---

<sup>21</sup> Aliefendioğlu Yılmaz, TC Anayasalarında Devlet Anlayışı, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE yayınları, C. 2, S. 2, Haziran 1993, s. 16.

# 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA RÜŞVET SUÇU

Erdal BAYTEMİR\*

## 1. GENEL AÇIKLAMALAR

Rüşvet suçları 765 sayılı eski TCK'nın ikinci kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" in yer aldığı üçüncü babının "Rüşvet" başlıklı üçüncü faslında, 211-217. maddeler arasında düzenlenmişken bu sefer 5237 sayılı yeni TCK'nın ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hüükümler" in yer aldığı dördüncü kısmın birinci bölümünde "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" (m. 247-266) bölümünde 252-254. maddeler arasında bulunmaktadır.

765 sayılı eski TCK'nın 211. maddesinde rüşvetin tanımını yapılmış ve rüşvet suçunu işleyecekler, yani failleri açıkça göstermiştir. Ayrıca eski TCK rüşveti iki ana kısma ayırmış ve 212. madde de rüşvet almayı, 213. madde de ise rüşvet vermeyi yaptırım altına almıştır. 214. maddede rüşvet verme ile ilgili özel ağırlaştırıcı neden düzenlenmiş olup, 215. maddede de rüşvet verme ve alma ile ilgili cezasızlık sebebi, 216. maddede ise rüşvete aracılık edenlerin durumu düzenlenip, 217. maddede de rüşvet olarak verilen şeyin müsaderesi ile ilgili yasal düzenleme yapılmıştır.

5237 sayılı yeni TCK'nın 252. maddesinde;<sup>1</sup>

---

\* Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı.

<sup>1</sup> GEREKÇE:

Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve "satın alınamaz" oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır.

İzlenen suç siyaseti gereğince, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması amacıyla kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet olarak tanımlanmıştır.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin elde ettiği menfaatin belli bir amaca yönelik olması gerekir. Başka bir ifadeyle, haksız menfaatin, hukukî olmayan bir iş yapılması ya da yapılmaması amacıyla temin edilmiş olması gerekir. Buna karşılık, izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Çünkü bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde, icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir iş yapılması veya yapılmaması amacıyla yönelik menfaat temininin öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir.

Rüşvet suçu, bir karşılığa suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta, rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Söz konusu suç, menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında “rüşvete aracılık eden” kavramına yer verilmemiştir.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin yapılmasına veya yapılmamasına gerek yoktur.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir iş yapılması amacıyla menfaat temini hâlinde, rüşvet suçu oluşmaz.

Rüşvet alan kişinin kamu görevlisi olması gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında, bu kişinin yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, cezanın artırılması öngörülmüştür.

Maddenin dördüncü fıkrasında rüşvet suçunun uygulama alanı, sadece kamu görevlisine rüşvet verilmesiyle sınırlı tutulmayıp, genişletilmiştir. Buna göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de rüşvet suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Fıkra metninde sayılan tüzel kişiler adına hareket eden kişilere, görevlerinin gereklerine aykırı olarak sağlanan yararlar da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrası, 17 Aralık 1997 tarihinde, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu otuz ülke tarafından Paris'te imzalanmış ve Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Teşkilâtı (OECD) üyesi 10 ülkenin onay belgelerini tevdi etmeleri ile 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Uluslararası Ticarî İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi” hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1. 2. 2000 tarih ve 4518 sayılı Kanunla söz konusu Sözleşmenin onaylanmasını ülkemiz açısından uygun bulmuştur. Bakanlar Kurulu'nun 9. 3. 2000 tarih ve 2000/385 sayılı Kararı ile Söz-

*“Madde 252- (1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*

*(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.*

*(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır.*

*(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.*

*(5) (Değişik beşinci fıkra: 08.07.2005- 5377/28 m.)<sup>2</sup> Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten*

leşme onaylanmıştır.

Başinci fıkra hükmüyle, rüşvet suçuna yeni bir içerik kazandırılarak, “yabancı kamu görevlisi”ne rüşvet verilmesi ceza yaptırımına altına alınmaya çalışılmıştır. Burada söz konusu olan “yabancı kamu görevlileri”nin “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlileri” olması gerekir. Keza, “yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenler” de “yabancı kamu görevlisi” addedilmişlerdir.

Bu kişilere “uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla” maddî bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaade bulunmuş olması da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir.

Bu anlamda rüşvetten söz edebilmek için, “yabancı kamu görevlisi”ne “uluslararası ticari işlemler nedeniyle” maddî menfaat temin veya vaadinde bulunulmalıdır. Keza, “yabancı kamu görevlisi”ne “bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla” maddî bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaade bulunmuş olması hâlinde de rüşvet söz konusu olacaktır.

<sup>2</sup> **Maddenin önceki hali:** (5) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmama-

*kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.”* denilmiştir;

Ayrıca Kanun'un "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına" ilişkin 253. maddesinde<sup>3</sup> de;<sup>4</sup> "Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur." şeklinde düzenleme yapıldığı;

sı veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır.

<sup>3</sup> GEREKÇE: Madde metninde, rüşvet suçunun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Ancak, bunun için rüşvet suçunun işlenmesiyle tüzel kişi lehine haksız bir yararın sağlanması gerekir.

<sup>4</sup> 765 Sayılı TCK'nın maddenin karşılığı yok

<sup>5</sup> GEREKÇE: Maddede rüşvet suçunda etkin pişmanlık hâline ilişkin hükme yer verilmiştir. Cezayı ortadan kaldıran bir şahsî sebep hâlini düzenleyen bu hükümden yararlanabilmesi için; kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi gerekir. Keza, rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır.

Etkin pişmanlıktan yararlanılabilmemesi için kamu görevlisi hakkında, idarî de olsa, herhangi bir soruşturmaya girilmemiş bulunulması gerekir.

Etkin pişmanlık, bu suç açısından cezayı ortadan kaldıran şahsî sebeptir. Yani, şartları gerçekleşmişse, sadece cezaya hükmedilmez. Ancak, işlenmiş olan suç, işlenmemiş duruma irca edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsadere edilmesi gerekir.

Rüşvet anlaşmasının yapılmış olmasına rağmen, kamu görevlisi, anlaşmayla kabul edilen rüşvet konusu menfaati temin etmeden önce de etkin pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, rüşvet konusu menfaat kamu görevlisi tarafından henüz temin edilmediği için, artık teslimden ve müsadere söz edilemez.

Rüşvet veren kişinin de, bu nedenle henüz soruşturma başlatılmadan önce etkin pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmedilmez. Rüşvet olaylarının açıklığa kavuşturulabilmesini temin için, bu durumda, kamu görevlisine rüşvet olarak verdiği şey alınarak kendisine iade edilir. Yani, bu durumda, rüşvet suçu tamamlanmış olmasına rağmen, rüşvet konusu menfaatin müsaderesine hükmedilmeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, bu ne-



Etkin Pişmanlığı düzenleyen 254. madde<sup>5</sup> de;<sup>6</sup> “(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

5237 sayılı TCK’daki rüşvet suçuna ilişkin düzenleme 765 sayılı TCK’daki düzenlemeden bazı yönlerden ayrılmaktadır. Buna göre, eski rüşvet alma (m. 212) ve rüşvet verme suçunu ( TCK m. 213-214) ayrı ayrı düzenlemekle; yeni TCK bakımından rüşveti alan da veren de 252/1. madde hükmüne tâbidir. Daha da önemlisi, yeni yasa rüşvet suçu kapsamında yalnızca eski yasa anlamında nitelikli rüşvet’i cezalandırmaktadır. Yeni Kanun’un 252/3. maddesine göre “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır”. Yani, failin görevi gereği yapması gereken bir işi yapmaması ya da yapmaması gereken bir işi yapması için yarar sağlaması durumunda rüşvet suçu oluşacaktır. Bu husus gerekçede “...izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Çünkü bu gibi du-

---

denle soruşturma başlamadan önce, durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmeleri hâlinde, cezalandırılmayacakları hususu hüküm altına alınmıştır.

<sup>6</sup> 765 sayılı TCK Madde 215 - (Değişik: 21. 11. 1990 - 3679/14 md.)Rüşvet kabul eden kimse, rüşveti almadan önce veya aldıktan sonra ve fakat istenilen hususu kısmen dahi olsa yerine getirmeksizin ve hakkında tahkikata geçilmeden keyfiyeti mercii-ne duyurur ve aldığı para ve diğer şeyleri aynen iade ederse sorumlu olmaz.

Bunun gibi, haksız isteğinin yerine getirilmesinden önce durumu mercii-ne duyuran fail de sorumlu olmaz ve vermiş olduğu para, sair şeyler geri alınarak kendisine verilir.

rumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde, icbar suretiyle irtikâp suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir” denilerek ayrıca belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde “*rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır*” denilerek; sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı anlaşılmakla birlikte; yeni TCK açısından basit rüşvet alma olarak nitelendirilen bu fiillerin söz konusu olduğu durumlarda diğer unsurları da oluşmak kaydıyla menfaat temin eden kamu görevlisi açısından 257. maddedeki görevi kötüye kullanma ve kanaatimizce kamu görevlisine menfaat sağlayan kişi açısından da bu suça iştirak suçunun ve ayrıca haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle de aynı Kanun’un 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunun oluşacağı göz önüne alınmalıdır.<sup>7</sup> Aksine kararlar olmakla birlikte Yargıtay yüksek 5. Ceza Dairesi’nin bu konudaki son kararları da bu doğrultudadır.<sup>8</sup>

Rüşvet alan veya rüşvet verenin fiiline katılan kişinin, rüşveti veren veya alandan hangisinin vasıtası ise, onun suç ortağı sayılacağına ilişkin 765 sayılı eski TCK’nın 216. maddesine yeni TCK’da yer verilmemiştir. Bunun sebebi rüşvet suçunun yapısına uygun olarak 5237 sayılı TCK’da gerçek anlamda çok failli bir suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Gerekçe de de, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında “*rüşvete aracılık eden*” kavramına yer verilmemiştir, denilmiştir.

5237 sayılı yeni TCK’nın 55. maddesinde bir genel hüküm olarak “*kazanç müsaderesi*” düzenlenmiş olduğundan, rüşvet suçunda, verilen veya alınan yararın veya bunlarla edinilen mal veya değerlerin devlete intika-

<sup>7</sup> Karşı görüş için bkz. Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 697

<sup>8</sup> E:2007/14342;K:2008/963; E:2008/1823;K:2008/2246

lini düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 217. maddesindeki hükme yer verilmemiştir.

## 2. Korunan Hukuki Değer

5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin gerekçesinde "*Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır.*" denilmek suretiyle, kamu görevinin yapılması sırasında dürüstlükten en ufak sapmanın dahi kamu idaresinin güvenilirliğini sarsacağı kaygısını duyan yasa koyucu böyle bir düzenlemeyle, toplumda mevcut olan güvenin korunmasını amaçlanmıştır. Çünkü idareye güven duyulmadığında, idarenin faaliyetleri toplumda meşru görülmez. Modern hukuk devleti anlayışında toplumdaki inanılabilirlik ve güvenilirlikten oluşan meşruiyetin varlığı büyük önem taşımaktadır.

Kanun koyucu maddenin 4. fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de rüşvet suçunun oluşacağını kabul ederek bu kuruluşların toplumdaki güvenilirliği ve işleyiş düzenini de korumak istemiştir.

Uluslararası ticari işlemlerle ilgili beşinci fıkra ise ülkemizin tarafı olduğu antlaşmaların doğurduğu yükümlülük nedeniyle suç olarak düzenlenmiştir. Burada korunan hukuksal yararın, girişimciler için uluslararası piyasada oyunun genel kuralları içerisinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve böylece yasa dışı yollarla uluslararası rekabetin bozulmasını engellemek olduğu söylenebilir.

### 3. Suçun Maddi Unsurları

#### A. Suçun Faili ve Mağduru

5237 sayılı TCK'da rüşvet suçu çok failli suç olarak düzenlenmiştir. Bu husus 252. maddenin gerekçesinde; *"Rüşvet suçu, bir karşılama suçudur; bu nedenle çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu açıdan veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur"* denilerek ifade edilmiştir.

#### a. Rüşvet Alan Bakımından Suçun Faili

765 Sayılı TCK'nına göre suçun faili TCK'nın 211. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesinde belirtildiği üzere Ceza Kanunu'nun tatbikinde memur sayılanlar ve 2. fıkrasında belirtilen ve kanundaki memur tanımı dışında kalsalar dahi, özel kanunlarında belirli hallerde devlet memuru sayıldıkları açıklananlar ile bazı yükümlülük ve sorumlulukları bakımından devlet memurları gibi cezalandırılacakları belirtilenlerdir.

5237 Sayılı TCK'nın 252. maddesinin 1. fıkrasına göre ise *"rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır"* düzenlemesine göre, rüşvet alma bakımından fail, kural olarak yalnızca TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamına giren bir kamu görevlisidir. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 4. fıkrası ile suçun faili olabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Bu fıkra hükmü ile, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum<sup>9</sup> veya kuruluşlarının<sup>10</sup> ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiy-

<sup>9</sup> Kamu hizmeti yürütmek üzere kendilerine tüzel kişilik tanınmış olan ve kanunla kurulan kurumlardır. Bunlara örnek olarak; Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Yüksek Öğretim Kurumu, Üniversiteler, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu gösterilebilir.

<sup>10</sup> Anayasa'nın 135. maddesi uyarınca kurulan meslek kuruluşlarıdır. Bunlar; Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği, Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Dernekleri, Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği, Ziraat Odaları, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, bu tür kamu kuruluşlarındandır.

le kurulmuş şirketler,<sup>11</sup> bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar.<sup>12</sup> kamu yararına çalışan dernekler.<sup>13</sup> kooperatifler<sup>14</sup> ya da halka açık anonim şirketlerle<sup>15</sup> hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilerin görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de rüşvet alma suçunun faili olabilmesine olanak sağlanmıştır.

Kişinin suçu işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir. Sonradan bu sıfatı kaybetmesi veya fiili vazifesi başında olmadığı sırada veya fiilin tatil günü ya da mesai haricinde de işlenmesi suçun oluşması açısından önem taşımaz.

TCK'nun 252. maddesinin 2. fıkrasına göre rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

## b. Rüşvet Veren Bakımından Suçun Faili

Rüşvet vermede fail, herhangi bir "kimse" olabilir. Maddede rüşvet verme açısından failde bir nitelik aranmamıştır. Bu husus 252. madde-

<sup>11</sup> Örneğin 5395 sayılı Belediyeler Kanunu (m. 70) uyarınca ya da 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (m. 26) gereği belediyelerce kurulan şirketler bu kapsamdadır.

<sup>12</sup> Bu kapsamda Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı, Polis Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi vakıflar ile 3294 sayılı Kanun'la il ve ilçelerde kurulan Sosyal Yardım-laşma Vakıfları ( Fak-Fuk-Fon diye bilinen) sayılabilir.

<sup>13</sup> Bazı demekler, Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinde tanıyan yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından kamu yararına dernek sıfatı kazanırlar. Örneğin Türk Hava Kurumu ve Türkiye Kızılay Derneği kamu yararına çalışan derneklere aittir.

<sup>14</sup> Gerek 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu çerçevesinde faaliyet gösteren kooperatifler, gerekse özel kanunları kapsamında kurulan kooperatifler madde içerisine girmektedir. Özel kanunla kurulan kooperatifler; 1581 sayılı Kanun'la kurulan tarım kredi kooperatifleri ve daha önce 3186 ve 2834 sayılı kanunlarla düzenlenmiş iken sonradan 16. 6. 2000 günlü 4572 sayılı Kanun kapsamına alınan tarım satış kooperatifleridir.

<sup>15</sup> Ticaret Kanunu çerçevesinde faaliyet gösteren halka açık anonim şirketlerdir. Ticaret Kanunu'nun 269. maddesinde tanımlanan anonim şirketler, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda sınıflandırılarak, bu kanunun 3/1 -g maddesinde halka açık anonim ortaklık; "bu kanunun uygulanmasında halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklardır." şeklinde açıklanmıştır.

nin 1. fıkrasında; “rüşvet veren kişi de ... cezalandırılır” şeklinde ifade edilmiştir. Rüşvet veren, kamu görevlisi de olabilir. Ancak bu takdirde kamu görevlisi sıfatı, suçta unsur olmadığından verilecek ceza; diğer şartlar da mevcut olmak kaydıyla 266. maddeye göre artırılır.

TCK’nın 253. maddesine göre rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bu suç dolayısıyla güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir.

29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’la değişik 252. maddenin 5. fıkrası ile; “yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet” sayılmıştır. Burada, yabancı devlet ya da uluslararası kuruluş görevlilerine veyahut uluslararası ticari kuruluş bünyesinde çalışan personele sağlanan bazı yararların da rüşvet suçunu oluşturacağı öngörülmüş olup böylece rüşvet vermenin kapsamı, rüşvetin verilmesi ya da vaat veya teklif edilmesi gereken kişiler bakımından genişletilerek 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin önlenmesi Sözleşmesi”nin iç hukuka aktarılması sağlanmıştır.

Bu madde hükmüne bakılırsa, eski yasa açısından kabul edilen gerek basit gerekse de nitelikli rüşvet halleri fıkra kapsamında cezalandırılacaktır. Ayrıca yararın “teklif veya vaat edilmesi” durumunda dahi suç tamamlanmış gibi işlem yapılacaktır. Bu hükmün amacı, tarafı olduğumuz uluslararası bazı antlaşmalara uyum sağlamaktır. 5237 sayılı TCK nu açısından basit rüşvet fiilleri rüşvet suçu kapsamından çıkartıldığı halde uluslararası rüşvet eylemleri bakımından, basit rüşvet suçunun kapsamından bile geniş bir düzenlemenin getirilmesi ilginç olmuştur.

Burada bir hususa da değinmekte fayda vardır. Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK’nın 13. maddesi ile bir kısım suçların vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Adalet Bakanının izni ile yargılamaları Türkiye’de yapılabilmektedir. Bu suçlardan birisi de 13/1-h de düzenlenen Rüşvet suçudur. Ancak rüşvet suçu-

nun düzenlendiği “h” bendi 09.07.2009 tarihli *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>16</sup> Bunun sonucu olarak artık rüşvet suçu açısından da 5237 sayılı TCK’nın 11 ve 12. madde hükümleri uygulanacaktır.

### c. Suçun Mağduru

Rüşvet suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine ilişkin olarak toplumda var olan inancı ihlal ettiğinden suçun mağduru, korunan hukuki değer de dikkate alındığında toplumu oluşturan herkestir. TCK’nın sisteminde sadece gerçek kişiler suç mağduru olabileceğinden devlet tüzel kişiliği ise, suçtan zarar gören durumundadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi rüşvet suçu çok failli suçlardan olmakla, rüşvet veren kişi mağdur değil, rüşvet verme fiilinin faili durumundadır.

<sup>16</sup> **MADDE 1-** 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

**Madde Gereçesi: Madde 1-**Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmektedir.

Evrensellik ilkesi gereğince, Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların vatandaş veya yabancı tarafından yurtdışında işlenmesi hâlinde Türk hukukuna göre yargılama yapılacağı hüküm altına alınmaktadır. Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre; fıkra yazılı suçlar hariç olmak üzere, vatandaş veya yabancı tarafından birinci fıkra da sayılan suçların yabancı bir ülkede işlenmiş olması halinde, fail hakkında Türk kanunlarının uygulanabilmesi ve dolayısıyla Türkiye’de kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlı kılınmıştır. OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesinin 5 inci maddesinde ise, rüşvet suçu bakımından yapılacak kovuşturma işlemlerinde milli ekonomik çıkar ve siyasi mülahazaların milli hakların düzenlenmesinde etkili olmaması gerektiği önemle vurgulanmıştır. Nitekim Ülkemiz hakkında gerçekleştirilen OECD II. Aşama incelemesinde, Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin istisnai bir düzenleme niteliğinde olduğu vurgulanarak, rüşvet suçunun Türk vatandaşları tarafından yurtdışında işlenmiş olması halinde 11 inci maddenin değil 13 üncü maddenin uygulanabileceği belirtilmiş ve kovuşturma yapılabilmesi bakımından Adalet Bakanının talep şartının aranması eleştiri konusu yapılmıştır.

Maddede yapılan değişiklikle, söz konusu Sözleşmenin 5 inci maddesinin uygulanması bağlamında, Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde yer alan “rüşvet (madde 252)” suçu madde metninden çıkartılmak suretiyle Sözleşmenin iç hukuka uyarlanması amaçlanmıştır.

## B. Maddi Konu Yarar

765 sayılı eski TCK'da rüşvetin maddi konusu 211. maddenin 1. fıkrasında; "*para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağlanan diğer menfaatler ile alıp satılan veya ihale edilen taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark*"<sup>17</sup> şeklinde belirtilmişken, 5237 sayılı TCK'nın rüşvetin tanımının yapıldığı 252. maddesinin üçüncü fıkrasında rüşvetin konusu "*yarar*" olarak ifade edilmiştir.

Maddede kullanılan "*yarar*" kavramının geniş anlaşılması gerekir.<sup>18</sup> "*Yarar*" dan anlaşılması gereken, kamu görevlisinin ekonomik, hukuk-

<sup>17</sup> 3628 Sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilen sanık hakkında aynı yasanın 15. maddesi uyarınca ceza süresi kadar kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasına hükmolünmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

Belediye başkanı olan sanığın Gelibolu Sulh Hukuk Mahkemesinin 69/17 sayılı dosyası üzerinden açık artırmayla satışa çıkarılan 27. 400 m2 yüzölçümünde ve tarla niteliğindeki 1584 numaralı taşınmazı S. A. 'u aracı kullanılarak 28. 4. 1997 tarihinde 4. 510. 000. 000 liraya aldirması, daha sonra bu yerin imar planlarını, ifrazını yapacağını ve hiçbir problem olmayacağını söyleyerek yaptığı pazarlık sonucu H. Ç. 'a 2, 5 milyar lirası peşin, kalan 12. 500. 000. 000 lira için 30. 11. 1998 tarihine kadar vadeleri bulunan alacaklısı kendisi, borçlusu ise H. Ç. olan birden fazla senet alarak 23. 5. 1997 tarihinde tapuda 4. 510. 000. 000 liraya S. A. vasıtasıyla satırması biçiminde gerçekleşen eylemde; alınıp satılan taşınmazın Devlete ait olması nedeniyle iki bedel arasındaki fahiş farkı TCK'nın 211. maddesi uyarınca rüşvet olarak saymaya olanak bulunmadığı gibi satılan taşınmazın imar planları ve ifrazının yapılması şartına bağlı bir anlaşmayı da rüşvet sözleşmesi olarak kabul etmenin mümkün olmadığı keza satılan bu taşınmazın imar planına aldirılıp ifrazının çıkarıldığına dair dosyada kanıt bulunmadığı, esasen taşınmazın tapuda yapılan satışının akabinde haziran 1997 tarihi itibarıyla belediyede denetime başlayan kontrolörün bu hususu soruşturduğu da nazara alındığında bunun mümkün olmayacağını anlaşıldığı, bu nedenlerle sanığa atılı rüşvet almak suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı, fakat sıfatı itibarıyla yapılan işten menfaat sağlamaya çalışmasının genel görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, 31. 5. 2001 (Uygulama: Rüşvet almak ve haksız mal edinmek suçlarından sanık Turhan İnce'nin yapılan yargılanması sonunda; TCK'nın 212/2-4, 59/2, 219/son, 3628 Sayılı Kanunun 12.); 5. CD; E:2000/7466; K:2001/3843.

<sup>18</sup> Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, s. 155; Dönmezer, Sulhi, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1983, s. 99; Erman, Sahir / Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1992, s. 98 vd ;Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 538; Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2000, s. 175; Gözübüyük, Abdullah Pulat , *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları İle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu* , Gözübüyük Şerhi C:II, 5. Baskı, İstanbul, s. 743.



sal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir. Bu bakımdan kamu görevlisinin durumunu maddi veya manevi bakımdan değiştirerek onu tatmin eden, almadığı, kabul etmediği haline göre kendisini daha müsait duruma getiren her şey “yarar” kavramına dâhildir. Bu yarar maddi, manevi veya cinsel nitelikte olabilir.<sup>19</sup> 765 sayı-

<sup>19</sup> Dönmezer, *a. g. e.*, s. 99; Erem, II, S. 1335; Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, s. 643; Önder, s. 155; karşı görüş Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara, 2002, s. 196; Erman, Sahir/Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1992, s. 146 vd.; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 1998, s. 297.

Evlendirme memuru olan sanığın görevi cümlesinden olarak evlilik kaydının nüfus müdürlüğüne göndermesi için kendisine başvuran müştekinden cep telefonu almasını ve telefon faturasını ödemesini talep ettiği, talepleri yerine getirme düşüncesinde olmayan müştekinin ise durumu önce yargılandığı davanın hakimine bilahare de C. Savcılığına intikal ettirdiği düzenlenen operasyon sonucunda da sanığın önceden seri numaraları tespit edilmiş paraları müştekinden aldığı sırada yakalandığı, tüm dosya içeriğinden anlaşılmasına göre oluşumu kabul edilen eylemin, teklifin kabul edilmemesi nedeniyle, rüşvet anlaşmasını gerçekleşmediği de gözetilerek rüşvet almaya eksik kalkışmadan hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde rüşvet vermek suçundan hüküm kurulması, 8. 10. 2001 (Uygulama: Rüşvet almaktan sanık K. E.’nin yapılan yargılanması sonunda; TCK’nın 213/1, 219/3-son, 59.) 5. CD, E:2001/156;K:2001/5656.

Sanığın yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmamak için gayrimeşru zeminde bulunduğu belirlenen müştekinden bir şişe cin, bir şişe rakı almaktan ibaret eyleminde, uygulama ve öğretinin kabul ettiği anlamda icbardan söz edilemeyeceği cihetle cebri irtikâp ve müştekinin verdiği içkilerin gayrimeşru alındığını bilmesi nedeniyle ikna suretiyle irtikâp suçunun unsurları bulunmadığı gözetilmeden nitelikli rüşvet alma suçu yerine yanlış nitelendirme sonucu yazılı şekilde ikna suretiyle irtikâp suçundan hüküm kurulması, 26. 4. 2004 (Uygulama: İrtikâp suçundan sanık H. Ç.’nin yapılan yargılanması sonunda; mahkûmiyetine dair.) 5. CD, E:2003/4860;K:2004/3376.

Pazarcık İlçesi Bölge Trafik Şube Müdürlüğü’nde görevli Polis memuru olan sanıklar Y. K ve N. G’in olay tarihinde yol kontrolü yaptıkları sırada, aracıyla seyreden müşteki M.’i durdurdukları, sanık Y.’in evraklarına bakıp önce hatalı sollama yaptığını dediği, müştekinin hiçbir aracı geçmedim demesi ile bu defa, aracın muayene süresi geçmiş sen ne iş yapıyorsun otoyolu bağlamamız gerekir diye söylediği, müştekinin elektronik eşya satışı yaptığını söylemesi ile, bir telefon hafıza kartı verirken hakkında işlem yapmadan bırakırız dediği, müştekinin de bunu kabul ederek kartı sanık Y.’ye verdiği, peşinden yanlarına gelen diğer sanık N.’nin bana da bir kart ver yoksa aracı bırakmam dediği, müştekinin sanık N.’ye de bir adet telefon kartını verdiği ve sanıklarca muayene süresi 24. 5. 2004 tarihinde dolmuş olduğu halde hiçbir yasal işlem yapılmadan müştekiyi bıraktıkları, müşteki yola devam ederken olayın verdiği kızgınlık, pişmanlıkla polisi arayarak ihbarda bulunması şeklinde gerçekleşen eylemde; Sanıkların yapılması gereken yasal işlemi yapmamak için, müştekinden hafıza kartı istemek suretiyle anlaşma teklif ettikleri, yasal zeminde bulunmayan müştekinin de bunu kabul ederek iki adet kartı sanıklara

lı TCK'dan farklı olarak yararın azlığı zimmet suçu bakımından hafifletici neden olarak kabul edilmesine karşın bu durum rüşvet suçu açısından hafifletici neden olarak kabul edilmemiştir.

Yarar kamu görevlisinin kendisine sağlanabileceği gibi, onun bilgisi dâhilinde üçüncü şahsa da temin edilebilir.

Elde edilecek menfaatin fiilen alınmış olması şart değildir. Alınması veya rüşvet anlaşmasının yapılması ile fiil tamamlanmış olur. Bu nedenle failin, muhatap kamu görevlisine sağlamak istediği yararın cins, değer ve miktarını belirtmeksizin rüşvet teklif ve önerisinde bulunduğu da rüşvet suçu oluşur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 765 sayılı Kanun döneminde önceleri bu şekilde oluşan eylemi “*memura görevinden dolayı hakaret suçu*” olarak nitelendirirken,<sup>20</sup> bilahare teklif veya önerilen

---

vermesi karşısında, davranışları icbar boyutuna varmayan ve karşılıklı kabul ve rızaya dayalı olduğu anlaşılan eylemde sanıkların fiilinin yapması gerekeni yapmamak için rüşvet almak suçunu oluşturduğu; 5252 sayılı Yasanın 9/3 ve CMK'nın 34 ve 320 maddelerine göre lehe olan hükmün önceki ve sonraki kanunların bütün hükümlerinin olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçlarının birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi ve her iki kanunla ilgili uygulamanın denetime olanak verecek şekilde kararda gösterilmesi gerektiği halde, yazılı şekilde unsurları bulunmayan irtikap suçundan 5237 sayılı Yasa hükümleri de incelenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, 8. 6. 2006 (Uygulama: İrtikâp suçundan sanıklar N. G ve Y. K.'nın yapılan yargılanmaları sonunda: atılı suçtan mahkûmiyetlerine dair.) 5. CD, E:2006/3680;K:2006/5083.

<sup>20</sup> Sanığın ruhsatsız tabanca taşımak suçundan jandarma karakolunda gözlem altında bulunan yeğenin serbest bırakılmasını sağlamak için karakol komutanına “ne isterseniz vereyim” demesinden ibaret eyleminin rüşvet teklif etme suçunu oluşturmayıp, memuru küçük düşürmeye matuf huzurda hakaret niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

1- Sanığın yeğeni Serkan hakkında ruhsatsız tabanca taşımak suçundan ne işlem yapıldığı araştırılmadan ve sonucuna göre TCK'nın 213. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma yeri olup olmadığı tartışılmadan aynı maddenin 1. fıkrasının uygulanması,

2-TCK'nın 213/1. maddesine uygun rüşvet teklifine teşebbüsün mümkün olmayacağı gözetilmeden 61. madde ile cezadan indirim yapılması, (Uygulama: Görevli Jandarma karakol komutanına rüşvet teklif etmeye eksik teşebbüs etmekten yapılan yargılaması sonunda; TCK'nın 213/1, 61, 219/3-son, 647 sayılı Kanun'un 6.) 5. CD-16. 5. 1996 T, E:1996/1122 ;K:1996/1686.

Gizli bölmesinde eroin maddesi bulunduğunu bildirdiği torunu olan A. O. isimli şahsa ait kamyonda görevli polislerce arama yapıldığını gören sanığın Van Emniyet Kaçakçılık İstihbarat ve Harekât Şube Müdürü olan müştekiye, polislerce aramaya devam edilmeyip kamyonun bırakılması halinde istediği kadar para vereceğini söylemiş olduğunun anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanığın vermeyi teklif ettiği paranın miktarını açık-

yararın cins, değer ve miktarının belirtilmemesi nitelikli rüşvet verme suçunun unsuru olmadığı, vaat veya teklifin yapılması ile de suçun tamamlanacağını gözetilerek, bu uygulamadan vazgeçilip, eylemi “rüşvet verme suçu” olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu durumda da, mevcut belirsizlik fail lehine yorumlanarak elde edilen yararın pek hafif olarak kabulü ile, tayin olunan cezadan 219/3. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.<sup>21</sup>

lamamış olması nedeniyle eyleminin rüşvet teklifi olmayıp memura hakaret niteliğinde bulunduğunun gözetilmemesi,

Kabul ve uygulamaya göre de;

1- TCK'nın 213/1. maddesinde öngörülen rüşvet verme suçuna teşebbüsün mümkün olamayacağı gözetilmeyerek eylemin eksik teşebbüs derecesinde kaldırılmasının kabulü ile TCK'nın 61. maddesi uyarınca cezadan indirim yapılması,

2- Sanık hakkında TCK'nın 213. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması olasılığı nedeniyle sanığın torunu olan A. O. hakkında uyuşturucu madde kaçakçılığı suçundan açılan dava sonucunun araştırılmaması, (Uygulama: Görevli memura rüşvet teklif etmeye eksik derecede teşebbüsten yapılan yargılaması sonunda; TCK'nın 213/1, 61, 219/3-son.) 5. CD-6. 11. 1997 T, E:1997/3584; K:1997/3888.

Sanığın yönetimindeki özel aracıyla seyir halindeyken kendisini durdurup aracında bulunan arkadaşı Mustafa'ya ait ruhsatsız tabancayı yakalayan müşteki jandarma karakol komutanına “Bu işi haledelim, ne kadar istersen verelim” dediği dosya içeriğinden anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre vermeyi teklif ettiği paranın miktarını açıklamamış olması nedeniyle eyleminin rüşvet teklifi olmayıp, memura hakaret niteliğinde bulunduğunun gözetilmemesi, (Uygulama: Görevli jandarmaya rüşvet teklif etmekten yapılan yargılaması sonunda; TCK'nın 213/1, 219, 59.) 5CD, 6. 3. 1997 T, E:1997/477 ;K:1997/804.

Sanığın istediği biçimde tutanak düzenlemesi için müşteki trafik polisine “yardımcı olur, tutanak tutarsan istediğin kadar para veririm” dediği dosya içeriğinden anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre vermeyi teklif ettiği paranın miktarını açıklamamış olması nedeniyle eyleminin rüşvet teklifi olmayıp memura hakaret niteliğinde bulunduğunun gözetilmemesi, (Uygulama: Rüşvet teklif etmekten yapılan yargılaması sonunda; TCK'nın 213/1, 219/3-4, 59.) 5CD, 19. 11. 1998 T , E:1998/3739; K:1998/4432.

Olay tarihinde ruhsatsız tabanca bulundurmaktan yakalanan ve bilahare mahkûm olan oğlunun karakola götürmekte olan müşteki karakol komutanı A. K. 'a sanık Behçet'in “özel görüşelim daha karakola gitmedik yalnız görüşelim, ben sizi görürüm” dediği oluşunda mahkemece bu şekilde kabul edildiği dosya içeriğinden anlaşılma ile sanığın vermeyi teklif ettiği para miktarını açıklamamış bulunması karşısında eylemin memura hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde rüşvet teklif etmekten hüküm kurulması, 5. CD, 27. 12. 1999 T, E:1999/5098; K:1999/6376.

<sup>21</sup> Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü C. Bölgesi Trafik Ekipleri Müdürlüğü'nde görevli polis memuru olan sanık O. K.'nın 23. 11. 1998 günü yaptıkları olağan denetim sırasında İl Trafik Şube Müdürlüğü'nden izin almaksızın hafriyat taşımakta olan iki kamyonun ruhsatnamelerini aldığıın, sahibi müşteki tarafından duyula-

rak yanına geldiğinde “hafriyat çekiyorsunuz, ekip olarak bizi görmeniz gerekir, bu işler vermeden olmaz” demek suretiyle rüşvet istediği, para vermek düşüncesinde olmayan müşterinin emniyete müracaatı üzerine 24. 11. 1998 günü düzenlenen operasyon sonucu önceden seri numaraları alınmış iki adet 5. 000. 000 lirayı verip karşılığı hiçbir yasal işleme tabi tutulmayan ruhsatnameleri almasını müteakip sanığın yakalandığı, toplanan kanıtlardan anlaşılmış ve oluş da mahkemece bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre; İl Trafik Şube Müdürlüğünden izin almaksızın hafriyat taşınması nedeniyle meşru zeminde bulunmayan müştekiye sanığın icbar ve ikna oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmadığına nazaran oluşumu kabul edilen eylemin teklifin kabul edilmemesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının gerçekleşmediği de gözetilerek nitelikli rüşvet almaya eksik kalkışma aşamasında kaldığı halde tamlandığından bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi, (Uygulama: TCK’nın 212/2-son, 219/3-son) 5. CD, 22. 11. 2000 T, E: 2000/ 5664;K:2000/6385.

Sanığın içerisinde yurda kaçak yollardan girmiş 22 kişi bulunan minibüsüyle Van ilinden Erciş İlçesi istikametine doğru seyrederken jandarma görevlilerince yakalandıkları, diğer sanık Osman’ın önerisiyle serbest bırakılmalarını sağlamak amacıyla jandarma görevlilerine miktarını açıklamadan para teklif ettiği ancak öneri kabul edilmeyerek karakola götürüldükten sonra karakol komutanının sanığa “ne kadar verecektin” diye sorması üzerine diğer şahıslardan toplanan 300 doları cebinden çıkarıp yetkililere verdiği ve bu durumun tutanağa bağlandığının dosya içeriğinden anlaşılmasına ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, önerilen para miktarının belirtilmesinin rüşvet teklif etme suçunun unsuru olmayıp bu belirsizliğin TCK’nın 219/3. maddesinde yer alan ceza indiriminin sanık yararına uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden, rüşvet teklif etme suçu yerine yazılı şekilde memura hakaret suçundan hüküm kurulması, (Uygulama: TCK’nın 266/1, 59, 72, 647 sayılı Kanun’un 4, 6.) 5C; E:2000/6413;K:2001/3033, 7. 5. 2001T.

Hakkında tutuklama kararı bulunan ve bar çıkışında arkadaşları ile birlikte yakalanarak Asayiş Şube Müdürlüğüne getirilen sanığın, polis memuru tanıklar B. T ve H. Y’nun beyanlarına göre ısrarla “bizi bırakın konuşalım anlaşalım” şeklindeki sözlerinin rüşvet teklifi mahiyetinde olduğu ancak önerilen para miktarının zabıt müzisi tanıkların duruşmadaki anlatımları karşısında 150 bin Alman Markının rüşvete konu edilmediği fakat kendilerince öyle yorumlandığı böylece husule gelen belirsizliğin TCK’nın 219/3. maddesinde yer alan ceza indiriminin aynı yasanın 19. maddesi nazara alınarak sanık yararına uygulanması ve müsadere sine karar verilen paranın da sanığa iade edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması; (Uygulama: Rüşvet teklif etmekten sanık M. S’in yapılan yargılanması sonunda; mahkumiyetine dair) 5. CD, 8. 7. 2003 T, E : 2003 / 1894;K:2003/4374.

Şems parkında fuhuş için başkasına kadın tedarik edildiğinin ihbarı üzerine, sanığın yakalanması ve suçun tespiti ile görevlendirilen müşteki polis memurunun, durumundan kuşkulandığı ve kimliğini sorduğu sanığın hakkında yasal işlem yapılmaması karşılığında cebinden çıkardığı 5. 000. 000 liralık banknotları göstererek “beni bırak sen şu parayı al” demek suretiyle rüşvet teklifinde bulunduğu, müştekinin aşamalarda anlatımları ile tanık A. Ö. ’in hazırlık aşamasındaki beyanları ve tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında; sübutun kabulü ile sanık hakkında fuhuş için başkasına kadın tedarik etme suçundan yapılan işlem veya açılmış bir dava varsa akabeti araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki du-

Rüşvet, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını sağlamaya yönelik olacağından önceden bir anlaşma veya teklif bulunmaksızın, iş yapıldıktan sonra bundan duyulan memnuniyet sonucu kamu görevlisine hediye verilmesi durumunda, bir disiplin suçu oluşabilir ise de,<sup>22</sup> rüşvet suçunun oluştuğundan söz edilemez.<sup>23</sup>

### C. Rüşvete Konu İşin Kamu Görevlisinin Görevine Giren Bir İş Olması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesinin gerekçesinde "Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat temini halinde, rüşvet suçu oluşmaz." denilmek suretiyle rüşvet suçunun oluşabilmesi için yapması veya yapmaması gereken işin kamu görevlisinin görev alanına girmesi gerektiği hususu açıkça belirtilmiştir.

Suçun oluşumu bakımından yapılması veya yapılmaması gereken iş, doğrudan kamu görevlisinin görevi içinde olduğu takdirde bir problem bulunmamaktadır. Keza yapılması ya da yapılmaması istenen iş kamu görevlisinin hiçbir şekilde görevi kapsamında olmadığına da mesele yoktur. Ancak kamu görevlisinin söz konusu işle, dolaylı olarak vazifeli olması halinde durum ne olacaktır? Görev koşulu dar mı yoksa geniş mi anlaşılmalıdır.

Uygulamada rüşvet suçunun bir görev suçu olduğu ve rüşvete konu işin kamu görevlisinin görev alanına girmesi ilke olarak kabul edilmekle birlikte doktrinde "görev" kavramının anlam ve kapsamının ne olması gerektiği hususunda birliktelik yoktur. İleri sürülen bir görüşe göre, gö-

---

rumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması, (Uygulama: Rüşvet teklif etmekten sanık M. B. 'ın yapılan yargılanması sonunda: yüklenen suçtan beraetine dair) 5. CD, 3. 10. 2002; E:2001/ 7601; K: 2002/6002.

<sup>22</sup> DMK m. 29 "devlet memurlarının doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemeleri ve görevleri sırasında olmasa dahi menfaat sağlama amacı ile hediye kabul etmeleri veya iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır".

<sup>23</sup> Özgenc, a. g. e., s. 196; Akbulut, s. 640 vd; Dönmezer, a. g. e., s. 99-100; Önder, a. g. e., s. 161; Toroslu, a. g. e., s. 239; Soyaslan, s. 538; Erman / Özek, a. g. e., s. 99; Erem / Toroslu, a. g. e., s. 75; Kıyak, Fahrettin / Çağlayan, M. Muhtar / Şenel, Cebbar, Nazari Ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurun Muhakemat Kanunu ve Alakalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri, Mevzuatı, Ankara, 1969, s. 49.

reve girme unsuru dar anlaşılmalıdır. Bu görüşe göre, yapılması veya yapılmaması gereken işte kamu görevlisinin her hangi bir görev ve yetkisi bulunmamakta ise rüşvet suçu oluşmaz. Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre, göreve girme unsuru geniş yorumlanmalıdır.<sup>24</sup> Bu görüşe göre kamu görevlisinin söz konusu işle dolaylı olarak görevli olması, diğer bir anlatımla iş kamu görevlisinin doğrudan görevine girmemesine rağmen, çalışmakta olduğu kurumun yetkisinde bulunmuş ve failde statü ve kıdem itibariyle emir verme hak ve yetkisine sahip, ayrıca görevin gereklerine aykırı olarak yapması veya yapmaması gereken iş ile rüşvet arasında uygun nedensellik bağının var olması halinde de rüşvet suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir.

Dolayısıyla görevli olma kapsamına kamu görevlisinin başka kamu görevlileriyle birlikte yapacağı işler de dâhildir. Kamu görevlisinin işin tamamından sorumlu olması da şart değildir. Ayrıca, kamu görevlisinin yaptığı işin kamu görevlisinin dâhil olduğu kurula ait bulunması<sup>25</sup> veya yapılması ya da yapılmaması gereken işin kesin ya da itirazı kabil olması, ya da üst makamın denetim veya onayına tabi olması, bir başka makam tarafından iptal edilebilir olması ile işlemin diğer kamu görevlilerinin imza ya da mühürüyle tamamlanması işin onun görevine girmediğini göstermez.

Hâkim, somut olayda yapılması veya yapılmaması gereken işlemin failin görev alanına girip girmediği hususunu, görev ve yetkileri belirleyen yasal düzenlemelere, failin konumuna ve yapılması veya yapılmaması istenen işlemin niteliğine göre olaysal olarak saptaması gerekir. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.

<sup>24</sup> Önder, *a. g. e.*, s. 163; Artuk / Gökçen / Yenidünya, *a. g. e.*, s. 646; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2006. s. 672.; Akbulut, *a. g. e.*, s. 643; Akçin, İhsan, *Kamu İdaresinin Güvenirliliğine Ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara, 2007, s. 198; Bakıcı, Sedat, *Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları*, Ankara 1988, s. 269

<sup>25</sup> “Bayındırlık Müdürlüğü’nde fen memuru olup sağlık kurulunda görevli bulunan sanığın bir elektrik tesisinin kabulü için ilgili ile yaptığı rüşvet anlaşması sonucu para aldığı anlaşılmasına ve anlaşmanın kurulun üyesi olarak yapılmış olmasına göre suç meydana gelmiştir... Sanığın inceleme gününde kurulda bulunacağını anlaşılmadan önce kesin olarak belli bulunmaması, üç kişilik kuruldaki oyunun tek bir oydan ibaret olması, işin İstendiği biçimde sonuçlanmaması nedenleri eylemin TCK 227. (m. 218) maddesine uyduğunu göstermez” 5. CD, 18. 3. 1989 T, E: 683; K:906.

Ayrıca kamu görevlisi, kamu görevini usulüne uygun bir tarzda ik-tisap etmiş olmalıdır. Eğer kamu görevlisi hukuka uygun bir şekilde görevlendirilmemiş ise, görev gereği yapmak veya yapmamak zorunda olduğu bir işten bahsedilemez. Bu durumda diğer unsurları da bulunmak şartıyla kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (m. 262) ve dolandırıcılık suçları meydana gelebilir.<sup>26</sup>

Son olarak rüşvet suçunun işlenebilmesi için göreve giren bir işle ilgili olarak yarar sağlanması zorunlu olduğundan, görevine girmeyen bir işin yapılması veya yapılmaması için yarar elde eden kamu görevlisinin fiili yerine göre; yetkili olmadığı iş için yarar sağlama (TCK m. 255) veya dolandırıcılık suçunu oluşturabilir ise de bu halde rüşvet suçu oluşmaz.

#### D. Rüşvet Anlaşması

765 sayılı TCK nu döneminde doktrin<sup>27</sup> ve uygulamada<sup>28</sup> rüşvet suçlarının anlaşma ile tamamlandığı görüşü kabul edilmekteydi. 5237 sa-

<sup>26</sup> Ayrıca bkz. Gözübüyük, *a. g. e.*, s. 748.

<sup>27</sup> Bkz. Önder, *a. g. e.*, s. 153vd.; Erem, *a. g. e.*, s. 1335;Dönmezer, *a. g. e.*, s. 99;Erman-Ozek, *a. g. e.*, s. 88;Gözübüyük, *a. g. e.*, s. 741.

<sup>28</sup> Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet veren ile alan arasında önce bir rüşvet anlaşması yapılması, daha sonra anlaşma konusu işin yerine getirilmesi gerekir. Mahkeme oluşa uygun suretle kabulünden de anlaşılacağı gibi gümrük muayene memuru olan sanık görev gereği kendisine havale edilen evraktaki işlemleri kolsuz olarak tamamlamış ve bundan sonra müştekiye teslim edeceği anda para istemiş olduğuna göre işin bitiminden sonra istenen ve alınan para dolayısıyla rüşvet suçundan söz edilemeyeceği, bu haliyle eylemin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiği düşünülmeden yazılı madde ile ceza tayini, (5. CD, 10. 10. 1984, 2904/3667)

Rüşvet suçu bir anlaşmayla olduğundan tarafların rızalarının gerçekte uyum halinde olmasının koşul bulunduğu, oysa müştekinin, sanıkları, kendilerini serbest bırakmaları konusunda atlatmak amacıyla hareket ederek rıza göstermiş görüldüğü (görünüşte rıza) (dış rıza) bu durumda rüşvet anlaşmasının mümkün bulunmadığı, (CGK, 18. 5. 1999, 5-119/121)

Tapu sicil müdiresi olan sanığın, 16 kişiyle ihaleden bir taşınmaz alan ve tescil işlemleri için başvuran müştekiye “kişi başına 50 bin liradan 800 bin lira getirin, tapunuzu alın” dediği, parayı getirmek bahanesiyle sanığın yanından ayrılan müştekinin zabıtaya durumu bildirdiği ve zabıtaca numaraları tespit edilmiş paraları getirip sanığa verdiği ve emniyet görevlilerince sanığın çekmecesinde numaraları tespitli paraların ele geçirildiği olayda sanık yapmakla görevli olduğu işi yapmak için para istediğinden rüşvet suçu oluşup tamamlanmıştır. Rüşvet suçunun oluşup tamamlanması için rüşvet anlaşması yapmaları yeterlidir. Vaat edilen paranın

tescil işlemlerinin tamamlanmasından sonra sanığa verilmesi suçun niteliği yönünden sonuca etkili değildir. (CGK, 18. 4. 1994, 5-55/103)

Kadastro teknisyeni olan sanık K. B'nin müşterinin arazilerinin tapulama tespiti sırasında "bir kuzu ve 10. 000. 000 lira verirken işlerin kolay olur" demek suretiyle rüşvet istediği, müşterinin de kabul ettiği, bilahare müşterinin vaadini yerine getirmemesi nedeniyle sanığın haber gönderip sıkıştırması üzerine şikâyetle bulunduğu, bu durumda rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki vazgeçmenin suçun oluşumuna engel olmayacağı gözetilerek, sanığın eyleminin TCK'nın 212/1. maddesine uyan rüşvet alma suçunu oluşturduğu halde, yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçunda hüküm kurulması, (5. CD, 7. 12. 2000, 2000/3140-6923)

Sanık Ü. K'nın yapı ruhsatına aykırı olarak kaçak yaptığı teras katındaki dairelere göz yumulması amacıyla belediye tüzel kişiliğine 19. 3. 1998 günlü makbuzla 500. 000. 000 lira ödenmesinin rüşvet suçundaki kişiye çıkar sağlama koşulunu oluşturmayacağı gibi bu dairelerden birinin belediye başkanı sanık M. S. D'nin kardeşi sanık M. R. D'nin 30. 9. 1998 tarihinde Ü. K. tarafından 750. 000. 000 liraya satılarak devredilmesinin, belediye başkanı sanık M. S. D'nin bu dairenin rüşvet olarak verildiğini ve bu konuda taraflar arasında rüşvet anlaşması yapıldığını kanıtlamaya yeterli olmadığı ve dosya içeriğinde bu konuda sanıkların savunmalarının aksini ispatlayacak inandırıcı delillerinde bulunmadığı gözetilmeden atılı suçlardan yazılı gerekçeyle hükümlülüklerine karar verilmesi. (5. CD, 27. 6. 2001, 1385/4551)

Adana Elektrik Dağıtım müessesesinde, kesme, bağlama montörü olarak görev yapan sanığın görevi gereği olay tarihinde müşterinin dükkânını kontrolünde 95. 349. 000 lira borcu olduğunu tespit etmesi üzerine elektriği kesmemesi karşılığında müşteriyle 30. 000. 000 liraya anlaştığı, paranın o an temin edilmemesi sebebiyle ertesi gün tekrar gelen sanığın, müşteriye parayı tanık Volkan'a vermesini söylediği, tanıkla araca binip gittikleri sırada, müşterinin daha önceden durumu bildirmesinden dolayı güvenlik görevlilerince sanığın parayı tanık Volkandan alamadan yakalandığı, toplanan kanıtlardan anlaşılması ve oluş Mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, sanığın yapması gereken ve görevli olduğu kapatma işlemini yapmamak için yaptığı teklinin müşteri tarafından kabul edilmesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği gözetilerek sanığın nitelikli rüşvet alma suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (5. CD, 21. 1. 2002, 2602/87)

"Çarşamba İlçesi Mal Müdürlüğünde yoklama memuru ve aynı zamanda götürü olarak mükellefiyet tesisi ve götürülük derecelendirilmesi komisyonu üyesi olması nedeniyle karar alma sürecinde sonuca tesir edebilme olanağına sahip sanık H. B ile gelir memuru olan sanık A. K'nin görevlerinin icrası cümlesinden olarak, müşteri M. K'un bakkal dükkanında 18. 01. 1997 tarihinde yaptıkları denetimde mükellefiyet tesis ettirmediğini tutanakla tespitini müteakip bir ve irade birliği içerisinde "götürü mükellef olamayacağını, ancak kendilerine 50. 000. 000 Lira verilmesi halinde götürü olmasını sağlayabileceklerini aksi takdirde deftere tabi olacağını" söyledikleri, pazarlık sonucu müşteriyle bayramdan sonra ödenmek üzere 40. 000. 000 Liraya anlaştıkları, bilahare 20. 01. 1997 tarihinde maliyeye müracaatla babası Yılmaz adına mükellefiyet tesisi talebinde bulunan müşterinin bu talebinin kabulüyle aralarında sanık H. B'in de bulunduğu komisyon tarafından 23. 01. 1997 tarihinde "mükellefiyetin götürü olarak tesisine, götürülük derecesinin 3. sınıf olarak tespitine" karar



verildiği, ancak sanıkların ısrarla anlaşma konusu parayı istemeleri üzerine müşteki durumu şikayet konusu yaparak numaraları tespit edilen 33. 000. 000 lirayı sanık H. B'a verdikten sonra anılan sanığın söz konusu paralarla birlikte yakalandığı, dosya içeriği ve toplanan kanıtlardan anlaşılması göre; oluşan eylemde sanıkların mükellefiyetin tesis edildiği 23. 01. 1997 tarihinden önceki söz ve davranışlarında irtikabın cebir ve ikna unsurunun yasanın ve öğretinin kabul ettiği anlamda oluşmadığı, işlemin yapılmasında sonra yapılan icbarın da irtikaba esas teşkil etmeyeceği gözetilerek sanıkların fikir ve irade birliği içerisinde yapmaya mecbur oldukları şeyi yapmak için yaptıkları rüşvet teklifini müştekinin de kabul etmesi nedeniyle rüşvet anlaşmasının meydana geldiği, rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki pişmanlığın ve şikayetin suçun oluşumuna engel olamayacağı cihetle sanıkların eyleminin TCK'nın 212/1. maddesine uyan rüşvet alma suçunu oluşturduğu halde, yazılı gerekçe ile görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır." (5. CD, 14. 02. 2002, 3139/8258)

"Ayancık Orman İşletme Müdürlüğünde görevli sanıklar H. T ve H. G'in kaçak orman emvali nakleden diğer sanık E. K'dan yasal işlem yapmama karşılığı 40. 000. 000 lira istedikleri, E'in ise 34. 000. 000 lirayı verdiği ve kalan 6. 000. 000 lirayı sonra vermeyi taahhüt ettiği, böylece rüşvet anlaşmasının, rüşvet alma suçunun tamamlandığı, ayrıca çıkarın elde edilmesinin suçun oluşumuna etkisi olamayacağı, bu durumda ağır para cezasının hesabında rüşvet anlaşmasına konu 40 milyon liranın esas alınması gerektiği gözetilmeden, verilen 84. 000. 000 lira üzerinden ağır para cezasının belirlenmesi suretiyle sanıklara noksan ceza tayini karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (5. CD, 14. 4. 2003, 2002/3715-2003/1968)

"Oluşa uygun kabule göre; evinde fuhuş yaptıran müştekinin evine sanıklar E. K. ve V. A'nın zaman zaman giderek; ahlak bürosunda çalıştıklarını ve bu durumu ahlak masasına iletmemek için para isteyerek çeşitli defalarda para aldıkları; olay tarihinde ise sanıklar Ö. S, V. A. ve E. K.'nin bir araya gelip yaptıkları plan doğrultusunda, müşteki ve diğer bayanları ahlak bürosuna götürceklerini söyleyip sanık O. S'nin yönetimindeki minibüse bindirdikleri, sonra da serbest bırakmak karşılığında para isledikleri ve 500. 000. 000 liraya anlaşır bunun 300. 000. 000 lirasını peşin aldıkları; ertesi gün ise kalan 200. 000. 000 lirayı almak için sanıklar V. A. ve E. K.'nin müştekinin evine geldikleri. E. K'ın 200. 000. 000 lirayı müştekiden almasından hemen sonra, müşteki tarafından Bahçelievler Emniyet Müdürlüğüne yapılan İhbar üzerine evde para ile yakalandıklarının anlaşılmasına göre, sanıkların eyleminin yapmaları gereken işi yapmamak için rüşvet alma suçunu oluşturduğundan sanıklar E. K. ve V. A.'nın TCK'nın 212/2, NO. 219. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları gerekirken ya/ılı şekilde hükme varılması ve sanık Ö. S'nin ise 3, 12. 2003 günlü olayda; diğer sanıklarla yaptıkları plan dahilinde rüşvet alma suçuna katıldığı, bunun dışında başka bir eylemi olmadığı halde TCK'nın 212/2, 219. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken TCK'nın 80. maddesi ile artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini." (5. CD, 2. 3. 2005, 2004/8582-2005/567)

"Sanıkların Bodrum İlçe Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlar grup amiri ve polis memuru olarak görev yaptıkları, müştekiye ait işyerinde yapılan arama da 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu anlaşılın ruhsatsız tabancanın sanık polis memuru C. A. tarafından bulunarak el konulduğu ve müştekinin emniyete çağırıldığı, sanık komiser A. K.'nin tabanca hakkında işlem yapmama karşılığında müştekiden

yılı TCK'nın 252. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi gereği "Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir." ve aynı maddenin 3. fıkrası gereği "rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır" denilerek ve ayrıca madde gerekçesinde; "Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak,(...) kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla yönelik menfaat temini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir" denilerek "rüşvet anlaşması" terimine yasadaki açıkça yer verilip, bu konu yasal bir zemine oturtulmuştur.

Rüşvet anlaşmasından maksat, belirli bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında tarafların kamu görevlisine bir yarar sağlanması konusunda kamu görevlisiyle rüşvet veren arasında serbest iradeleri ile rızalarının uyuşmuş olmasıdır.<sup>29</sup>

---

2500 Euro istediği, müştekinin "bende o kadar para bulunmaz, fakirim demesi" üzerine sanık A. K'nın "biz senin maddi durumunu araştırdık eğer iyi olsaydı bunun hakkı 5000 Euro idi. ancak şu anda sen iyi binsin ve fakir olduğun, işlerinin yolunda gitmediğini duyduğum için Cuma gününe kadar 2500 euro getir silahı sana iade edelim ve buna işlem yapmayalım sende zarar görme" demesi üzerine müştekinin teklifi kabul ile parayı bulup getireceğini söylediği, bilahare ödeme güçlüğü çeken, bu nedenle istenen parayı bulamayacağı düşüncesine kapılan müştekinin İlçe Emniyet Müdürü ile görüşüp ardında da C. Savcılığına başvurduğu sanıkların eylemlerinin bu şekilde ortaya çıktığı anlaşılmış, oluş da mahkemece benzeri biçimde kabul edilmiş bulunmasına göre sanıklardan kaynaklanan ve icbar teşkil ettiği İddia edilen fiillerin öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlam ve oranda belli bir şiddete ulaşmaması nedeniyle eylemin irtikap suçunu oluşturmayacağı, ancak kamu görevlileri olan sanıkların görevlerinin gereklerine aykırı olarak yasal zeminde bulunmayan müşteki ile belirli bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda haksız bir yarar karşılığında rızaların uyumu ile rüşvet anlaşmasının gerçekleştiği, rüşvet anlaşması meydana geldikten sonra vaki pişmanlığın suçun oluşumunu ve niteliğini değiştirmeyeceği gözetilerek sanıkların rüşvet alma suçundan mahkumiyetleri yerine suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde irtikaptan hüküm kurulması, (5. CD, 22. 12. 2005, 17305-23175)

<sup>29</sup> Bkz. Bakıcı, a. g. e., s. 262; Erman/Özek, a. g. e.,s. 143; Artuk / Gökçen / Yenidün-ya, 6. Bası, s. 629; Akbulut, Berrin Bozdoğan, "Rüşvet Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C:8, S:1-2, Konya 2000, s. 642.

"Ceza Genel Kurulu'nun 25. 4. 1983 gün ve 113-197 sayılı; 4. 5. 1987 gün ve 600-245 sayılı ve 13. 11. 2001 gün ve 242-245 sayılı kararlarında, öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş doğrultusunda vurgulandığı üzere, rüşvet alma suçunun oluşması için rüşvet anlaşması yapılması gereklidir. Bir rüşvet anlaşmasından söz edilebilmesi için belirli bir işin yapılması ve yapılmaması karşılığında, bu işi yapacak veya yapmayacak olan memura bir menfaatin sağlanması hususunda bu memurla ferdin

Bu nedenle öncelikle rüşvet anlaşmasının göreve dâhil “belirli” bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda olmasında zorunluluk vardır. Şayet, kamu görevlisinin belirli bir işin görülmesi maksadıyla rüşvet anlaşması yaptığı belirlenemiyor ise bu halinde rüşvet suçu söz konusu olmaz, ancak diğer unsurlarında bulunması koşuluyla eylem görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilebilir.<sup>30</sup> Ayrıca yararı sağlayacak kişinin

rızaları arasında karşılıklı bir mutabakat bulunmalıdır. Bunun için de, memur tarafından ferde veya fert tarafından memura doğrudan veya dolaylı bir istek veya önerinin yapılması ve bunun da karşı tarafa kabul edilmesi gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığının kabulü için, anlaşmaya ilişkin rızalar serbest irade ürünü olmalı, başka deyişle, cebir tehdit, hile ve sair nedenlerle fesada uğratılmamış bulunmalıdır”. (CGK. 30. 9. 2003, 2003/5-202-2003/230)

<sup>30</sup> “Sanığın, Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi’nce E. E. hakkında çıkarılan gıyabi tevkif müzekkeresini infaz etmemesi karşılığında kızı T. ‘ye burs adı altında gönderilen 695. 000. 000 lirayı rüşvet olarak aldığı kabul edilerek hükümlülüğüne karar verilmişse de, banka kayıtlarına göre sanığın kızının Ankara’daki banka hesabına para gönderilmeye 16. 11. 1994 tarihinde başladığı, buna karşılık Askeri Mahkeme’nin gıyabi tevkif müzekkeresinin infazına ilişkin yazının Bursa İl Emniyet Müdürlüğüne ilk olarak 2. 2. 1996 geliş tarihi itibarıyla kayıt edildiği nazara alındığında, bu paraların gıyabi tevkif müzekkeresinin infaz edilmemesi karşılığında yapılmış bir rüşvet anlaşması sonucunda alındığını kabul etmenin aradaki zaman farkı itibarıyla mümkün olamayacağı, daha sonrada sanık ile E. E. arasında bu konuda bir rüşvet anlaşması yapıldığına dair başkaca da kanıt bulunmadığı, ancak, suç tarihinde İl emniyet müdürü olarak önemli bir görev ifa eden sanığın E. E. ‘den yüksek tutarda parasal yardım kabul edip alması ve bunu uzun bir süre sürdürmesinin TCK’nın 240. maddesine uyan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve bu suçtan cezalandırılması gerekir ise de, keza sanığın İzmir Emniyet Müdürü olarak görevli iken açtığı banka hesabına muhtelif defalar para yatırması ve Bursa’da emniyet müdürü olarak görev yaptığı sırada E. E. ‘in uçağını kullanarak muhtelif yerlere gitmesinden dolayı ayrı ayrı görevi kötüye kullanma suçlarından hükümlendirilmesi; (Uygulama: TCK’nın 212/2, 219/1-son, 240/1-son, 80, 59, 647 sayılı Kanun’un 4.)” ( 5. CD, E:2001/ 7094; K: 2002/1270; 6. 3. 2002)

“Türk Telekom AŞ’nin Yozgat Meydan Telekom Müdürlüğü’nde teknik amir olan sanığın, Fe. İnşaat Şirketi tarafından ihale suretiyle alınan kuruma ait kablo döşeme işinde kontrol ile görevli olduğu ve bu durumunu dile getirerek 1995 senesinde ve değişik zamanlarda özellikle şirketin Telekom’dan istihkak çektiği günlerde şirket ilgililerinden para aldığı gibi bir keresinde de özel arabasının takasında karşı tarafa ödenecek farkını yine şirket vasıtası ile ödenmesini sağladığı, F. Şirketi temsilcisi M. A.’nın Türk Telekom’a vaki 2. 9. 1996 günlük müracaat dilekçesi içeriği, 3. 2. 1997 günlük idare soruşturmadaki ifadesi, aynı şirketin sekreteri şahit A. A.’nın M. ‘nin anlatımlarını doğrulayan 4. 2. 1997 günlük idari soruşturmadaki tafsilatlı beyanları, bunları tamamlayan ve sanığa istihkakların çekildiği günlerde ödeme yapıldığını gösteren şirket özel defter kayıtları ve tüm dosya içeriği ile oluşturduğu anlaşılabilir maddi olayda; şirket yetkilisi M. A. ile sanık arasında herhangi bir işin yapılması konusunda rüşvet anlaşmasına varıldığına dair inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığı gibi, sanığın çıkar sağlamaya yönelik davranışlarının belirli

iradesi, gerek kamu görevlisi tarafından başvurulmuş zorlama, gerekse ikna yoluyla ortadan kaldırılmış veya karşı taraf hata sonucu yarar sağlamış ise, bu takdirde rüşvet değil, irtikâp suçu söz konusu olur. Bunun için tarafların mutlaka bir araya gelmeleri veya bu anlaşmanın bir şekilde bağlı olması gerekmez.<sup>31</sup>Rüşvet alma ve verme; anlaşma anında olabileceği gibi, önceden varılmış mutabakatın gereği olarak sonradan da ifa edilebilir.

Bu bağlamda; rüşvet anlaşmasının şarta bağlı olarak yapılıp yapılamayacağı tartışması gündeme gelmektedir. Uygulamada şart gerçekleşmezse rüşvet anlaşmasının gereğinin yerine getirilemeyeceği, diğer bir anlatımla anlaşma konusu ortadan kalkacağı cihetle, rüşvet suçunun oluşmayacağı kabul edilmektedir.<sup>32</sup> Ancak, öğretilerde; görüşlerine bizimde katıldığımız bazı yazarlar tarafından, yararın sağlanması veya vaadin yerine getirilmesinin belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olması durumunda da rüşvet suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.<sup>33</sup> Çünkü suç siyaseti gereği anlaşma gerçekleştiğinden kişiler tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılır, anlaşmanın şarta bağlı olması ve şartın gerçekleşmemesi ya da tarafların anlaşma konusunu sonradan yerine getirmemeleri, yani diğer bir anlatımla rüşvetin konusunu teşkil eden işin yapılmasının veya yapılmamasının ya da suçun maddi konusunu oluşturan yararın sağlanıp sağlanmaması, sanıkların tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılmaları gerektiği sonucunu değiştirmez.

Maddenin düzenlenişi itibarıyla, rüşvet, bir teşebbüs suçudur ve bu haliyle de iştirake ilişkin genel hükümlerle uyum içindedir. Kural olarak rüşvet, para ve sair menfaatin temin edildiği anda tamamlanır ve tabii olarak bu aşamaya kadar suçun işlenişine iştirak mümkündür. Ancak, kanun, kamu görevlisinin kendisine yapılan bir menfaat teklifini kabul et-

---

bir şiddete ulaştığından da bahsedilemeyeceği cihetle sanığın eyleminin genel memuriyet görevini kötüye kullanmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen savunmaya itibar edilerek beraat kararı verilmesi" (5CD-E: 1999 / 1405;K:1999/ 3004-14. 6. 1999 T)

<sup>31</sup> Bkz. Bakıcı, *a. g. e.*, s. 270.

<sup>32</sup> Bkz. Yarg. CGK'nın 4. 5. 1987 t. ve 600/245 sayılı kararı. Kararda "rüşvet sözleşmesinin konusu, işin yapılması veya yapılmaması olduğundan, şarta bağlı rüşvet sözleşmesi yapılamaz, Zira şart gerçekleşmezse rüşvet, sözleşme gereği yerine getirilemeyecektir. Başka bir deyişle anlaşma konusu ortadan kalkacaktır" denilmektedir. Karar için bkz. Savaş, Vura I/ Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Cilt 2, 2. Baskı, s. 2433. Ayrıca bkz. Bakıcı, *a. g. e.*, s. 270.

<sup>33</sup> Tezcan /Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 701; Özgenç, *a. g. e.*, s. 210.

mesini, yani kamu görevlisiyle iş sahibi şahsın anlaşmaya varmasını, suçun tam cezasıyla cezalandırmaktadır. Aslında bu durumda, henüz menfaat temin edilmiş olmadığından teşebbüs hali söz konusudur ve kişilerin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak, suç siyaseti gereği bu hal, suçun tam cezasıyla cezalandırılmıştır.

Anlaşma için, her iki tarafın yarar sağlanması ve bunun karşılığında yapılacak iş arasında bir bağlantının bulunduğu bilinci ile hareket etmiş olması yeterlidir. Bu nedenle yarar sağlanması yönündeki iradenin açıkça ortaya konmuş olmasına gerek yoktur. Ayrıca, anlaşmanın bulunması koşuluyla yarar sağlanması yönünde ilk teklifin kamu görevlisinden veya karşı taraftan gelmiş olması suçun oluşması bakımından önem taşımaz.

Taraflardan birinin rüşvet anlaşmasına görünüşte rıza göstermesi, asıl amacının ise faili yakalatmak olması durumunda da rüşvet suçu oluşur. Ancak, bu halde taraflar arasında serbest irade ile yapılmış rüşvet anlaşmasından bahsedilemeyeceğinden, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.<sup>34</sup>

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, anlaşmanın işin yapılmasından önce veya en geç yapılması anında olması gerekir. İşin yapılmasından önce anlaşma yapılmadığı halde, işten sonra kamu görevlisince talep edilerek elde edilen yarar veya arada bir anlaşma olmaksızın görevine giren bir işi yapması veya yapmamasından sonra, sırf yapılan işten duyulan memnuniyetin ifadesi olarak kamu görevlisine bir yarar sağlanmış ise o takdirde, belirli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik olarak yarar sağlanmasından söz edilemeyeceği için, rüşvet suçu oluşmaz.<sup>35</sup> Yargıtay, bu gibi durumlarda görevi kötüye kul-

<sup>34</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya; 6. Bası, s, 651 vd.; Özgenç, s. 208; Karşı görüş Tezcan, Erdem, Önok, s. 674: Görünüşte de olsa, karşı tarafın kamu görevlisinin rüşvet teklifini kabul etmiş olması ile birlikte rüşvet anlaşması da yapılmış olduğundan, kamu görevlisi açısından tamamlanmış bir rüşvet alma suçundan söz edilecektir. Karşı tarafın teklifi hangi nedenle kabul ettiği, suçun oluşması bakımından önem taşımaz. Bu anlayış, şayet rüşvet anlaşmasının yapıldığı kabul edilirse, faili yakalatmak amacıyla menfaati sağlayan kişinin de rüşvet verme suçundan dolayı cezalandırılacağı endişesinden kaynaklanmaktadır. Oysa menfaati sağlayan kişi, böyle bir durumda YTCK m. 254/2' de öngörülen cezasızlık nedeninden yararlanabilir.

<sup>35</sup> Toroslu, a. g. e., s. 293; Artuk / Gökçen / Yenidünya, 6. Bası. s. 631-632; Önder, a. g. e., s. 161; Özgenç, a. g. e., s. 194; Dönmezer, a. g. e., s. 99 vd.; Akbulut, a. g. e., s. 639.

lanma suçunun oluştuğu sonucuna varmaktadır.<sup>36</sup> Ancak, failin önceden anlaşma olmaksızın görevine aykırı olarak bir işi yaptığı ve buna karşılıkta iş sahibinin kendi isteği ile kamu görevlisine bir yarar sağladığı (verdiği) yolundaki savunması inandırıcı değildir.

Buna karşın; uygulamada sıkça rastlandığı üzere, rüşvet aldığı yolunda hakkında yoğun ve yaygın söylentiler bulunan kamu görevlisinin yakalatılması, suçun ve maddi kanıtlarının ortaya çıkartılması amacıyla ajan olarak görevlendirilen kişinin, biçimsel olarak rüşvet anlaşmasına rıza göstermesi halinde de rüşvet suçu oluşacak mıdır? Bizimde katıldığımız bir görüşe göre; bu hususu rüşvet teklif ve önerisinin tarafların hangisinden geldiği gözetilerek iki aşamada irdelemekte yarar vardır. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması hususunda ajanın herhangi bir tahriki, diğer bir anlatımla haksız yarar sağlanması veya bu konuda anlaşma yapılması amacına yönelik doğrudan veya dolaylı bir eylem veya söylemi olmaksızın rüşvet teklif veya önerisinin kamu görevlisinden gelmesi üzerine, verme niyetinde olmayan ajanın suçun ve maddi kanıtlarını ortaya çıkartmak amacıyla kabul etmiş gibi görünmesi (görünüştaki rızadış rıza) halinde, suçun tarafları arasında özgür iradeleriyle yaptıkları bir rüşvet anlaşmasından söz edilemeyeceği cihetle, eylemin rüşvet almaya kalkışma;<sup>37</sup> Rüşvet teklif ve önerisinin ajandan gelmesi veya rüş-

<sup>36</sup> Rüşvet suçunun oluşması için rüşvet veren ile alan arasında rüşvet anlaşması yapıldıktan sonra, anlaşma konusu işin yerine getirilmesi gerekliliğine göre, sanığın görevi gereği düzenlediği tapu senedini verdikten sonra para istemesinden ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, (5. CD, 21. 1. 1988, 5152/127)

Sanık E. T. 'un sigorta, emeklilik ve yaşlılık aylığı gibi işlemlerin yapılması sırasında rüşvet sözleşmesi boyutunda bir anlaşma olmadan iş sonunda ilgililerinden menfaat temin etmesi biçiminde oluşan eylemlerinin müteselsil görevi suiistimal suçunu oluşturduğu, sanık S. Ş, Z. Y, M. Ö, S. E. P. ve İ. H. 'nin de bu eyleme iştirak ettiği gözetilmeden, mahkûmiyetleri yerine yazılı gerekçelerle bu sanıkların da beraatlarına karar verilmesi, . (5. CD; E:1997/2651;K:1997/3279-2. 10. 1997 T)

<sup>37</sup> "Sarp Gümrük Kapısından yurda giriş-çıkış yapanların sağlık kontrolü ile görevli sanık D. K'nın görevi cümlesinden olarak pasaportlara menfaat karşılığı "sağlık kontrolü yapılmıştır" kaşesini bastığını ikamet vizesi biten Rus Uyruklu İ. T'dan öğrenen güvenlik kuvvetlerinin, sanığın yakalanması ve suç niteliğinin tespiti için anılan muhbire önceden seri numaralan alman paralan vererek sanıkla görüşmelerinin sağlandığı, 10 Amerikan Doları rüşvet karşılığında "sağlık kontrolü yapılmıştır" kaşesini vuran sanığın da yapılan operasyonla parayla birlikte yakalandığı, oluşu uygun şekilde mahkemece de kabul edilmiş olması karşısında; eylem rüşvet teklifinin kabul edilmemesi ve sanığın yakalanması amacıyla yapılan anlaş-

vet anlaşmasının o'nun tahriki içeren eylem veya söylemlerinden kaynaklandığının saptanması halinde ise, veren ile alanın rüşvet anlaşması hususunda anlaşmayı gösterecek surette iradelerinin birleştiğinden bahsedilemeyeceğinden, eylemin görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.<sup>38</sup>

manın serbest irade ürünü olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının oluşmadığı nazara alındığında, rüşvet almaya eksik kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurutması, "(5. CD, 13. 4. 2001, 2000/5233-2001/ 2365)

"Şanlıurfa Karayolları 91. Şube Şefliği emrinde trafik teknisyeni olarak çalışırken Taşıt Muayene İstasyonunda araçların muayenesini yapmakla görevli olan sanığın; görevi cümlesinden olarak araçların muayenesini yapıp, ruhsata işlediği sırada, eksikliği bulunan araçların muayenesini yapma karşılığı araç sahiplerinden rüşvet aldığını öğrenen güvenlik kuvvetlerinin sanığın yakalanması ve suçun tespiti için seri numaraları önceden belirlenen paraları ajana teslimle sanığa verildiği, araçta LPG düzeneği olmasına karşın ruhsata işlenmesi lüzumu yerine getirilmediği için sabah yapmadığı işlemi öğleden sonra 10.000.000 lira rüşvet karşılığında "muayenesi yapılmıştır" kaşesini vurarak yasal olmayan işlemi tamamladığı ve operasyon sonucu parayla birlikte yakalandığı oluştaya uygun şekilde mahkemece de kabul edilmiş olması karşısında; rüşvetin operasyon sonucu verilmesi nedeniyle taraflar arasında serbest iradeyle dayalı rüşvet anlaşmasının bulunmadığı, sanığın oluşan eylemi "yapmaması gereken işi yapmak için" rüşvet almaya eksik kalkışma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden, tamamlandığının kabulü ile yazılı şekilde hükme varılması." (5. CD, 20. 3. 2002, 2001/ 4215-2002/1253)

"Polis memuru olan sanıklarında görevli bulunduğu karakolda görev yapan isimleri belirlenemeyen bazı görevlilerin gece yaptıkları yol kontrolleri sırasında hatalı bulunan vatandaşlardan rüşvet aldıkları yolunda bilgi alınması ve 16. 2. 2001 günü Sakarya Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü'ne müracaatla bulunan müşteki Ş. M.'nin 1. 1. 2001 tarihinde gece yol kontrolü yapan sanıkların kendisinden ve arkadaşı G.'den para aldıklarını ve sonrada cinsel ilişkide bulduklarını ileri sürmesi üzerine Asayiş Şube Müdürlüğü görevlilerinin iddianın doğruluğunu araştırmak, işleniyor ise suçun ve faillerinin tespiti için müşteki ile beraber tanıklar S. S. A. B. ve N. T.'ye önceden seri numaraları saptanan paraları vererek sanıkların görevli oldukları kontrol noktasına gönderdikleri, serbest bırakma karşılığı verilen 30.000.000 lininin sanıklar tarafından alındığı, müteakiben yapılan operasyonda suç konu paranın polis arabasında paspasın altında ele geçirildiği. 1. 1. 2001 ve 18. 2. 2001 tarihlerinde olmak üzere iki farklı rüşvet iddiası bulunmakla birlikte iki olayda yer alan tarafların kısmen farklı olması ile iddianame İçeriği ve belirtilen suç tarihi dikkate alındığında sadece 18. 2. 2001 günlü olayda sınırlı olarak kamu davası açıldığının tüm kanutlar ve dosya içeriğinden anlaşıldığına göre, sanıkların yakalanması için yapılan anlaşmanın serbest irade ürünü olmaması nedeniyle rüşvet anlaşmasının oluşmadığı ve eylemlerinin rüşvet almaya eksik kalkışma niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması," (5. CD, 7. 4. 2003, 2002/7795-2003/2473)

<sup>38</sup> Akçin, *a. g. e.*, s. 215.

## E. Fiil

Rüşvet suçu ile alan ve veren bakımından yasaklanan fiil, “kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması”dır. Diğer bir anlatımla rüşvet alma suçunun maddi unsuru; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiden “rüşvet alması” veya “rüşvet konusunda kişiyle anlaşmaya varması”, rüşvet verme suçunun maddi unsurunu ise; kişinin, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak, bir işi yapması veya yapmaması için “rüşvet vermesi” veya “rüşvet konusunda kamu görevlisiyle anlaşmaya varmasıdır”. Aşağıda ceza normunda yasaklanan bu fiil, alan ve veren açısından ayrı ayrı incelenecektir.

### a. Rüşvet Alma Suçu

Rüşvet alma suçunun maddi unsuru; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiden “rüşvet alması” veya “rüşvet konusunda kişiyle anlaşmaya varması”dır.

“Rüşvet alma”; rüşvete konu nesnenin verenin egemenlik alanından çıkarılıp failin veya onun öngördüğü üçüncü kişinin egemenlik ve nüfuz alanına sokulması ile tamamlanır.<sup>39</sup> Rüşvet anlaşmasına konu olan yararın sağlanması ile suç tamamlanır.<sup>40</sup> Ancak 5237 sayılı TCK’nın 252. maddenin çeşitli fıkralarında rüşvet alma suçlarının farklı biçimlerde düzenlendiğini görmekteyiz. Buna göre;

### Maddenin 1. ve 3. Fıkraları Kapsamında Rüşvet Alma Suçu

5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin ilk fıkrasında kamu görevlisinin rüşvet alması suç olarak kabul edilmiş ve cezası gösterilmiş, ayrı-

<sup>39</sup> Kanunumuzun çeşitli maddelerinde kullanılan “alma” fiillerine (5237 sayılı TCK m. 141, 148) verilen anlamlar burada da geçerlidir. Ayrıca bkz. Özgenç, *a. g. e.*, s. 189.

<sup>40</sup> Ayrıca bkz. Yarg. 5. CD’nin 18. 3. 1989 T. ve 683/906 sayılı karar. Kararda; “. . . fen memuru olup sağlık kurulunda görevli bulunan sanığın bir elektrik tesisinin kabulü için ilgili ile yaptığı rüşvet anlaşması sonucu para aldığı anlaşılmasına ve anlaşmanın kurulun üyesi olarak yapılmış olmasına göre suç meydana gelmiştir. Suç konusu işin sonradan yapılıp yapılmaması hukuksal niteliği değiştirmez” denilmektedir (Savaş / Mollamahmutoğlu, *a. g. e.*, s. 2439).



ca rüşvet verenin de aynı şekilde cezalandırılacağı belirtilmiştir. Rüşvet suçunun maddi ve manevi unsurları ise 3. fıkrada gösterilmiştir. Buna göre rüşvet alma suçu, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması veya yapılmaması için yarar sağlama veya yarar sağlanması için anlaşma yapılması ile oluşmaktadır.

Rüşvet suçu, kural olarak yararın sağlanması ile tamamlanır ise de, 252. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca rüşvet anlaşmasının yapılması halinde tamamlanmış gibi cezalandırılır.

Buna göre 1. ve 3. fıkradaki rüşvet alma suçunun hareket ögesinin; görülmesi istenen iş karşılığı “*yarar sağlama/menfaat elde etme*” veya bu menfaati almak üzere veren ile “*anlaşma yapma*” biçiminde seçenekli hareketlerden oluştuğu anlaşılmaktadır.

252. maddenin 1. ve 3. fıkra kapsamındaki rüşvet suçuna ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar rüşvet verme suçu için aynen geçerlidir.

#### **Maddenin 4. Fıkrası Kapsamında Rüşvet Alma Suçu**

5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 4. fıkrası “*Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır.*” şeklinde olup, bu fıkra bakımından rüşvet alma suçunun oluşabilmesi için failin; fıkrada sayılan kurum, kuruluş, dernek, vakıf veya şirketleri temsil eden kişilerden biri olması şarttır. Fıkra kapsamındaki bir faile bir hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş bir hukuki ilişkinin devamı sürecinde görevin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de rüşvet alma ve verme suçu oluşmaktadır.

Suçun maddi unsuru bakımından 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 3. fıkrasındaki rüşvet suçundan iki açıdan farklılık göstermektedir.

Birincisi; 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 3. fıkradaki suçunun maddi unsuru “*rüşvet alma*” veya “*rüşvet konusunda kişiyle anlaş-*

*maya varma*” olduğu halde burada sadece “*rüşvet alma*” yani yarar sağlanması suçun maddi unsuru olarak kabul edilmiş, birinci fıkranın son cümlesinde belirtilen rüşvet konusunda kişiyle anlaşmaya varma hali maddi unsurun hareket ögesine dâhil edilmemiştir. Bunun sonucu olarak 4. fıkradaki eylemlerde 1. fıkranın son cümlesinde yer alan hükmün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle suç rüşvet anlaşması ile tamamlanmaz. Rüşvet anlaşması yapılmış ve fakat yarar henüz sağlanmamış ise bu takdirde fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

İkinci farklılık ise; maddenin 3. fıkrasındaki suçun maddi unsurunun oluşması için yapılacak işin haksız bir iş olması gerektiği, haklı işin yapılmasının rüşvet suçunun konusu olmadığı kabul edildiği halde, 4. fıkra kapsamındaki failin üstlendiği işle ilgili olarak 3. fıkradaki gibi görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması tarzında suç unsuruna yer verilmeyip, sadece görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması koşulu öngörülmüştür. Dolayısıyla maddenin düzenlenişi itibariyle bu fıkradaki suçun, haksız bir işin görülmesi yanında haklı bir işin görülmesi için de işlenebileceği anlaşılmaktadır.<sup>41</sup> Maddenin gerekçesinde de “*Fıkra metninde sayılan tüzel kişiler adına hareket eden kişilere, görevlerinin gereklerine aykırı olarak sağlanan yararlar da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir*” denilerek bu fıkri kuvvetlendirmiştir.

252. maddenin 4. fıkrası kapsamındaki rüşvet suçuna ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar rüşvet verme suçu için aynen geçerlidir.

## b. Rüşvet Verme Suçu

Rüşvet verme suçunun maddi unsurunu; kişinin, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak, bir işi yapması veya yapmaması için “*rüşvet vermesi*” veya “*rüşvet konusunda kamu görevlisiyle anlaşmaya varmasıdır*”. Kural olarak rüşvet verme suçunda da hareket unsurunu “*yarar sağlama veya rüşvet anlaşması yapma*” davranışları oluşturmaktadır. Ancak rüşvet verme suçu da alma suçunda olduğu, gibi rüşvet verilenin sıfatına göre farklı düzenlenmiştir.

<sup>41</sup> Soyaslan, a. g. e., s. 516.

252. maddenin 1. , 3. ve 4. fıkraları kapsamındaki rüşvet alma suçuna ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar rüşvet verme suçu için aynen geçerlidir. Ancak Kanun'un 252. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen kişilere rüşvet verme suçu bakımından farklı bir düzenleme yapılmıştır. Beşinci fıkradaki suçun maddi unsurunu; yasada belirtilen kişilere *"uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi"* teşkil etmektedir.

Bu farklılıklar şu şekilde sıralanabilir:

İlk olarak; yapılması veya yapılmaması gereken işin haklı ya da haksız iş olması arasında bir fark gözetilmemiştir.<sup>42</sup> Bu nedenle öncelikle bu düzenleme ile haklı işin yapılması yani yapması gereken işin yapılması, ya da yapmaması gereken işin yapılmaması amacıyla rüşvet verilmesi (eski yasa kapsamında basit rüşvet verme) veya haksız işin yapılması yani görevin gereklerine aykırı olarak işin yapılması (eski yasa kapsamında nitelikli yeni yasa kapsamında ise rüşvet verme) suç sayılmıştır.

İkincisi, rüşvet verme haksız bir yararın muhafazası için olabilir. Diğer bir anlatımla rüşvet verenin, rüşvet alandan yapmasını istediği iş, daha önceden hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan bir yararın muhafaza altına alınmasını temin etmesi biçiminde olabilir.

Üçüncü olarak; kural olarak rüşvet verme suçunda suçun tamamlanmış sayılması için hareket unsurunu *"yarar sağlama veya rüşvet anlaşması yapma"* davranışları oluşturduğu halde 5. fıkrada sayılan yabancı görevlilere uluslar arası ticari işlemler nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak yarar *"teklif veya vaat edilmesi"* de rüşvet sayılmaktadır. Görüldüğü üzere bu fıkra bakımından da rüşvet suçu *"verme"* hareketi ile oluşmakla birlikte, 765 sayılı TCK'nın 213/1. maddesinde olduğu gibi rüşvetin *"teklif veya vaat edilmesi"* ile de suçun tamamlandığı kabul edilmektedir. Bu halde, rüşvet teklifi karşı tarafça kabul edilmese dahi suç tamamlanmıştır.

Diğer taraftan tanımlanan fiilin hareket unsuruyla ilgili olarak son cümlede yer alan; *"doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır"* ifadesi de sadece rüşvet verilmesinin suç

<sup>42</sup> Tezcan / Erdem / Önok, a. g. e., s. 671; Soyaslan, a. g. e., s. 517.

olarak düzenlendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu halde rüşvet verilme istenen görevlinin rüşveti alması halinde eyleminin suç oluşturup oluşturmayacağı da tartışmalı hale gelmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesinin 1. fıkrası gereği rüşvet alanın cezalandırılabilmesi için kamu görevlisi olması koşulu bulunmaktadır. Bu nedenle bu kişinin kanımızca 1. fıkra ile cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ancak, rüşvet alanın rüşvet verme suçuna iştiraki söz konusu olabilir.

Son olarak bu fıkra hükmünü genel olarak değerlendirecek olursak, eski yasa açısından kabul edilen gerek basit gerekse de nitelikli rüşvet verme halleri fıkra kapsamında cezalandırılacaktır. Ayrıca yararın *"teklif veya vaat edilmesi"* durumunda dahi suç tamamlanmış gibi işlem yapılacaktır. Bu hükmün amacı, tarafı olduğumuz uluslararası bazı antlaşmalara uyum sağlamak olmakla birlikte, suçla mücadele açısından iç hukukta basit rüşvet fiillerinin rüşvet suçu kapsamından çıkartıldığı halde uluslararası rüşvet eylemleri bakımından, basit rüşvet suçunun kapsamından dahi geniş bir düzenlemenin yapılması kanaatimizce ilginç olmuştur.

#### 4. Suçun Manevi Unsurları

5237 sayılı Kanun'un düzenlemesine göre rüşvet suçu ancak kasten işlenebilir, suçun taksirli şekli cezalandırılmamıştır. Rüşvet suçu hem doğrudan hem de muhtemel (olası) kastla işlenebilir. Rüşvet verme ve alma suçunun belirli bir işin göreve aykırı olarak yapılması ya da yapılması amacıyla yarar sağlanması bilinç ve iradesiyle işlenmesi gereklidir. Bu nedenle gerek kamu görevlisi ve gerekse karşı tarafın, yararın sağlanmasının veya vaat veya taahhüt edilmesinin bir anlaşmanın sonucu olduğunu bilmesi ve karşı taraftan gelecek rüşvet önerisini serbest iradesiyle kabul etmesi gerekir.

Kastın varlığı için faildeki niyet veya saikin önemi bulunmaktadır. 252. maddenin 3. fıkrasında kamu görevlisinin, *"görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için... bir yarar sağlanması"* arandığından, kastın yanı sıra *"saik"* suçun temel şekli bakımından aranan bir manevi unsurdur.

## 5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### A. Teşebbüs

1. Kanun'un 252. maddesinin 1 ila 3. fıkralarındaki rüşvet suçları; kural olarak rüşvet anlaşmasının yapılmasıyla birlikte tamamlanır; rüşvet anlaşması çerçevesinde son yararın temin edilmesiyle birlikte sona erer. Maddedeki düzenleme uyarınca eylemin 'teşebbüs suçu' niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Suç politikası gereği rüşvet anlaşmasının yapılması ile de suçun tamamlanmış sayılacağı benimsenmiştir. Bu nedenle taraflar arasında göreve aykırı surette bir işin görülmesi amacıyla rüşvet alınıp verilmesi üzerinde anlaşmanın gerçekleşmesi suçun tamamlanmış sayılması için yeterlidir. Bu anlaşmadan sonra suça konu işin yapılıp yapılmamasının, kararlaştırılan yararın verilmiş olup olmaması önemi değildir. Suç tamamlanmış gibi cezalandırılmaktadır.

Rüşvet anlaşması yapılabilmesi için zorunlu olarak bir tarafın rüşvet teklifinde bulunması gereklidir. Bu bakımdan, rüşvet teklifi, suçun icra hareketlerinin başladığını göstermektedir. Bir tarafın rüşvet teklifi diğerince kabul edilmezse, teklif eden bakımından rüşvete teşebbüs suçu işlenmiştir. Teklif eden kişi rüşvet istemişse, rüşvet alma suçuna teşebbüs, teklifte bulunan rüşvet vermek istemişse, rüşvet verme suçuna teşebbüs suçunu işlenmiş olur. Kamu görevlisinin yaptığı rüşvet teklifi üzerine iş sahibinin kabul etmiş gibi görünerek istenen yararını vermesi veya vermeyi kabul etmesi, ancak yakalatmak için durumu yetkililere bildirilmesi durumunda da rüşvet alan yönünden fiil teşebbüs aşamasında kalmakta, rüşvet veren yönünden ise suç oluşmamaktadır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir;

765 sayılı TCK'nın 213/1. maddesindeki nitelikli (haksız işin görülmesi için) rüşvet verme suçunun "*vaat veya teklif*" verilmesi ile tamamlanması nedeniyle, teşebbüse elverişli olmadığı kabul edilmekteydi. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesindeki düzenleme nedeniyle artık teşebbüs olanaklı hale gelmiştir.

Rüşvet anlaşması yapıldıktan; fakat öngörülen yarar sağlanmadan ya da yapılması / yapılmaması öngörülen iş gerçekleştirilmeden önce vazgeçme durumunda, TCK'nın 36. maddesi anlamında gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Çünkü tamamlanan suçtan vazgeçilemez. Bu takdirde

TCK'nın 254. maddesindeki suç sonrası etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir.

2. TCK'nın 252. maddesinin 4. fıkrasında yer alan rüşvet suçu; kanaatimizce yararın sağlanması ile tamamlanmaktadır. Çünkü 4. fıkranın son cümlesinde "*Birinci fıkra hükmü yarar sağlanması halinde de uygulanır*" denilerek, fiilin ancak yarar sağlanması ile tamamlanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle salt rüşvet anlaşması yapılması suçun tamamlanması için yeterli olmamaktadır. Rüşvet anlaşması yapıldığı halde yarar sağlanmamış ise fiil iki taraf yönünden de teşebbüs aşamasında kalır.

3. TCK'nın 252. maddesinin 5. fıkrasında yer alan rüşvet verme (basit ve nitelikli rüşvet verme) suçu tıpkı 765 sayılı TCK'nın 213/1. maddesindeki nitelikli (haksız işin görülmesi için) rüşvet verme suçundaki gibi; "*yarar teklifi veya vaadi*" anında da tamamlanmaktadır. Teklifin karşı tarafça kabul edilmemesi ya da vaadin yerine getirilmemesi suçun tamamlanmasını önlemez. Bu nedenle, 5. fıkrasında yer alan rüşvet verme suçu teşebbüse elverişli değildir.

## B. İçtima

İçtima konusunda genel hükümler uygulanır. Rüşvet alma suçu görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olması nedeniyle rüşvet alma suçunun varlığı halinde, ayrıca görevi kötüye kullanma suçundan ceza verilmez.

Rüşvet karşılığı yapılması istenen göreve aykırı işin yapılmasının ayrı bir suç oluşturması halinde, bu suç rüşvet almanın temel ya da nitelikli bir unsuru olmadığı takdirde gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin, kamu görevlisinin öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemek (TCK m. 279) için rüşvet alması durumunda, işlenen suçu bildirmeme rüşvet alma suçunun temel ya da nitelikli unsuru olmadığından faile ayrıca TCK'nın 279. maddesini ihlalden dolayı ceza verilmesi gerekir. Keza gözaltındaki sanığa işkence etmek için rüşvet alan kamu görevlisi, kişiye fena muamelede bulunursa bu takdirde de gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü işkence suçu, rüşvet almanın basit ya da nitelikli bir unsuru değildir.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> "Nitelikli rüşvet suçlarında, rüşvet alınarak yapılacak iş, TCK'nın 78. maddesi

Ayrıca kanun koyucu bazı suçlar açısından özel gerçek içtima kuralı getirmiştir. Örneğin rüşvet karşılığı yapılacak işin sahte belge ile işlenmesi durumunda TCK'nın 212. maddesi gereğince hem rüşvet hemde sahtecilik suçundan, keza TCK'nın 235. maddesinin 4. fıkrası gereğince, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla rüşvet alınması halinde fail hem ihaleye fesat karıştırma hemde rüşvet suçundan ve ayrıca edimin ifasına fesat karıştırma suçunda da failin bu nedenle yarar sağlaması halinde TCK'nın 236. maddesinin 3. fıkrası gereğince hem edimin ifasına fesat karıştırma hemde rüşvetten ayrı ayrı ceza verilecektir.

Bu tarz özel içtima hükümlerinin bulunmadığı halde bir işin yapılması için yarar sağlama fiili başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı nedeni sayılmakta ise fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulanır.

Failin değişik zamanlarda ve yenilenen kasıtlı, birden fazla mağdura karşı rüşvet suçunu işlemesi halinde, her fiil nedeniyle ayrı rüşvet alma suçu oluşup gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.<sup>44</sup>

Kamu görevlisinin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı mağdura karşı rüşvet alma, kişinin de aynı suç işleme kararı kapsamında aynı kamu görevlisine rüşvet verme suçunu işlemeleri halinde eylem zincirleme tek suç kabul edilip, tayin olunan

---

uyarınca, nitelikli rüşvet alma ya da verme suçlarının unsuru veya ağırlatıcı nedeni değildir. Rüşvetin konusu iş ayrıca cezalandırılması gereken bir suç oluşturduğunda gerçek içtima kuralları çerçevesinde uygulama yapmak gerekir." (5. CD; E:2003 / 2013 ; K:2004/1276, 26. 02. 2004)

Artuk-Gökçen-Yenidünya, *a. g. e.*, s. 734; Tezcan-Erdem, *a. g. e.*, s. 187; Özgenç, *a. g. e.*, s. 214 vd.; Akbulut, *agd*, s. 646

<sup>44</sup> "Sanığın ayrı ayrı kişilerden menfaat sağlamış olmasına göre kasıt birliğinden söz edilemeyeceğinden her şahıstan sağlandığı menfaatin ayrı suç oluşturacağı düşünülmemesi." (5. CD, 2442/3514, 27. 10. 1983)

"İstanbul İl Trafik Komisyonu kararı uyarınca kamyonetlerin Boğaziçi Köprüsünden geçişleri yasaklandığı halde, trafik polisi sanıkların kamyonet sürücü diğer sanıklar ile yaptıkları rüşvet anlaşması gereği aldıkları para karşılığı onların kamyonetle köprüden geçişlerine müsaade etmeleri şeklinde oluşan eylemleri değişik zaman ve yeni bir kasıt altında işlendiğine göre her bir kamyonet sürücüsü bakımından ayrı rüşvet alma suçunu oluşturacağı ve TCK'nın 71. maddesi uyarınca uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde teselsül hükümlerinin uygulanması," (5. C. E:2001/2773;K:2002/330, 30. 1. 2002)

"Sanığın, değişik zamanlarda diğer sanıklar C. B, İ. Ş, D. A, M. U, M. A. Ç ve H. D'dan menfaat temin ederek rapor alınmasını sağladığı şeklinde oluşa uygun kabul edilen eyleminin ayrı ayrı suç oluşturacağı nazara alınmadan, hakkında teselsül hükümlerinin uygulanması karşı temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır." (5. CD, , 1719/8425, 16. 12. 2002)

cezanın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca artırılması gerekecektir.<sup>45</sup>

Ayrıca; 765 sayılı TCK döneminde kamu görevlisinin bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir defada aynı zaman ve mekânda birden fazla mağdurdan rüşvet alması, keza birden fazla kişinin de kendi aralarında para toplayarak bir defada kamu görevlisine vermeleri halinde her bir rüşvet alma ve vermenin ayrı suç oluşturduğu kabul edildiği halde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*" şeklindeki hükmü gözetilerek, bu halde rüşvet alma ve verme suçunun zincirleme tek suç olarak kabulü gerekir.<sup>46</sup>

Buna karşın; aynı rüşvet anlaşmasına dayalı olarak anlaşmada öngörülen yararın bir kerede değil de taksit taksit alınması veya verilmemesinin suçun teklifine engel teşkil etmeyeceği, hususu gözden uzak tutulmamalıdır.

<sup>45</sup> "Sanığın 9. 7. 1984 tarihinde gerçekten hasta olarak başvurup rapor isteyen N. K. ile anlaştıkları üzere günlüğü 15 marktan 10 günlük rapor için 150 mark alıp, rapor düzenlediği ve aynı şartlarla yine rapor verebileceğini beyan ettiği ilk rapor süresinin bitiminde adı geçenin oğluna 150 mark vererek sanığa gönderdiği ve sanığın yeniden muayene dahi yapmadan parayı alarak 18. 7. 1984 günlü raporu düzenleyip verdiği ve önceden seri numaralan tespit edilen paraların sanığın masası üstündeki tansiyon aletinin altındaki zarf içinde ele geçirildiği anlaşılmasına göre eylemin TCK'nın 213/1, 80. maddelerine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi." (5. CD, 15. 10. 1987, 6978/5359)

"Sanığın kısa zaman aralığı içerisinde aynı kişiden birkaç kez para almaktan ibaret eylemlerinin teselsül eden tek rüşvet alma suçunu oluşturduğu ve bu nedenle TCK'nın 80. maddesiyle cezanın arttırılması gerektiği gözetilmeden, aynı suç kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması," (5. CD, E:1999/6743;K:2000/2896, 1. 6. 2000 T)

<sup>46</sup> "Sanığın sürücü belgesiz araç kullanmak suçundan jandarma trafik zabıtasınca yakalandığında, görevli Ö. Ş.'ye işlem yapmaması için 5. 000. 000 lira teklif ettiği görevlinin kabul etmeyerek sanık hakkında sürücü belgesiz araç kullanmak ve rüşvet teklifi suçundan işlem yapılması için diğer görevli H. Y.'ye götürdüğünde, sanığın bu sefer görevli H. Y.'e de kendisi hakkında işlem yapılmaması için 10. 000. 000 lira teklif ettiği anlaşılma, sanık hakkında TCK'nın 80. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmez şekilde yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." (5. CD, 2001/1374-2002/2833, 25. 4. 2002)



### C. İştirak

Genel olarak rüşvet suçu her ne kadar anlaşma ile tamamlanmakta ise de fiilin bitmesi yarar sağlanma anına kadar sürmektedir. Bu durumda, rüşvet anlaşması ile yarar sağlanması arasında fiile iştirak imkânı bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı eski TCK'nın 216. maddesindeki, *"rüşvete aracılık eden kimse, rüşveti veren ve alandan hangisinin vastası ise onun suç ortağı sayılır"* hükmüne yer verilmemiştir. Bunun sebebi yeni TCK'da rüşvet alma ve vermenin tek bir suç olarak kabul edilmesidir. 252. maddenin gerekçesinde, *"rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Söz konusu suç, menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında "rüşvete aracılık eden kavramına yer verilmemiştir"* denilmektedir. Buna göre rüşvet suçuna iştirakin söz konusu olduğu durumlarda olay iştirake ilişkin genel hükümler (m. 37-41) çerçevesinde çözümlenecektir.<sup>47</sup>

Rüşvet alma suçunun faili ancak 252. maddenin 1. fıkrasında sayılan ve rüşvete konu işi yapma görevi olan kamu görevlileri veya özel kanunları gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları gerekenler olabilir. Ayrıca maddenin 4. fıkrasındaki tüzel kişiler adına hareket edenler de fail olabilmektedir. Bu nedenle fail bakımından mahsus /özgü suç söz konusudur. Özgü suçlarda sadece bu sığata haiz olan kişiler fail olarak sorumlu tutulurlar. Kamu görevlisinin işlemiş olduğu rüşvet alma suçuna kamu görevlisi olmayan kişilerin iştirak etmeleri ise mümkündür ancak bu sıfatı taşımayan kişilerin suça iştirak etmeleri durumunda ya 38. maddede yazılı *"azmettiren"* veya 39. maddede yazılı *"yardım eden"* olarak eylemden sorumlu tutulabileceklerdir. (TCK m. 40/2). Diğer taraftan iştirak nedeniyle sorumluluk için fiilin en azından sebebiş derecesinde işlenmiş olması gerekir.

Rüşvete aracılık etmek suretiyle iştirak de mümkündür.

Rüşvet anlaşması başkasına yarar sağlama konusunda yapılmış olabilir. Bu halde lehine yarar sağlanan kişinin fiili bilerek bu yararı kabul etmesi durumunda iştirak ile sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

<sup>47</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya, , a. g. e, s. 734.

Rüşvet verme suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Rüşvet suçu iki taraflı ve çok failli bir suç olduğundan rüşvet veren kişi iştirak eden değil, müstakil rüşvet verme suçunun failidir. Yukarıda açıklandığı üzere rüşvet verene aracılık yapan kişinin de rüşvet verme suçuna iştirak ile sorumlu tutulması gereklidir.

## 6. Nitelikli Haller

### A. Cezanın Artırılmasını Gerektiren Nitelikli Hal

Rüşvet alma ile ilgili nitelikli unsur 252. maddenin 2. fıkrasında, “Rüşvet alan ... kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır “ denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Kanaatimizce 2. fıkradaki ceza artırımını sadece rüşvet alan fail için geçerlidir.

765 sayılı eski TCK'nın 219/1. maddesinden farklı olarak, ağırlatıcı sebebin kapsamı genişletilmiştir.

*Yargı görevi yapan kişiler*; 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde belirtilmiştir. Hükme göre; “Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile. Cumhuriyet savcısı ve avukatlar” anlaşılmalıdır.

**Bilirkişi**, belirli bir konuda özel bilgisi veya uzmanlığı olan kişidir. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca adli merciler tarafından görevlendirilen kişidir. Görevlendirme ile ilgili kararın görevlendirilen kişiye usulünce tebliği ile bilirkişilik sıfatı kazanılmış olur. Düzenlemeye göre, usulüne uygun tarzda atanan bilirkişi tarafından rüşvet alınması hali nitelikli unsurdur.

**Hakem**, ilgili kanunlar tarafından (örneğin HUMK m. 516) verilen yetkiyle belirli bir konudaki uyuşmazlığın çözülmesi için “hakem” olarak görevlendirilen kişidir.

**Noter**, hukuki, resmi işleri yapan, belgelerin suretlerini çıkaran, onaylayan ve Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışan dairelerdir.<sup>48</sup> Noterlik 18.01.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmektedir. TCK'nın 252. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ce-

<sup>48</sup> Şafak, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, s. 416.

zayı artırıcı bu nitelikli unsurun uygulanabilmesi, failin noter sıfatını kazanmış olmasına bağlıdır. 1512 sayılı Kanun'un 30. maddesine göre; *"Noter sıfatı, noterliğe atama kararının tebellüğü ile kazanılır. Kendi sınıfında veya yukarı sınıfta başka bir noterliğe atanan veya nakledilen noter, atama yahut nakledilme kararını tebellüğ ettiği tarihte yeni noterlik sıfatını kazanmakla beraber eski noterlik sıfatı da sona erer"* denilmiştir. Kanunda yalnızca noterden söz edildiği için, noter olmadığında görev yapan noter vekilinin veya imza yetkisiyle çalışan noter başkâtibinin bu kapsamda görülmemesi gerekir.

**Yeminli mali müşavir;** 01.06.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nu kapsamında ve *"yeminli mali müşavir"* sıfat ve yetkisiyle faaliyet gösteren kişidir. 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki; en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapma, yeminli mali müşavirlik sınavını verme ve ruhsatını alma koşullarını taşıyanlar 3568 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre mesleğe kabul edildikten sonra Asliye Ticaret Mahkemesinde yemin ederek göreve başlamaktadırlar. Yeminli mali müşavirlerin yapabileceği işler, 3568 sayılı Kanun'un 2. ve 12. maddelerinde sayılmıştır.

İkinci fıkradaki ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için faildeki bu sıfatların yasaya uygun olarak kazanılması ve suç işlendiği sırada var olması şarttır. Bu sıfatların suçtan sonra kaybedilmiş olması cezanın artırılmasını önlemeyecektir.

Ayrıca, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 11. maddesinde,<sup>49</sup> bu kanunun 114. maddesinin 1. fıkrası gereğince<sup>50</sup> trafik suç ve ceza tutanaklarını tanzim ile görevli olanların bu maddede ya-

<sup>49</sup> "Bu Kanun'un 114. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç veya ceza tutanağını tanzim ile görevlendirilenlerin ika edecekleri suçlardan Türk Ceza Kanunu'nun 181, 209, 211, 212, 228, 240 inci maddelerinde yazılı fiilleri yapanlar hakkında belirtilen maddelerde geçen cezalar yarı nispetinde artırılarak hükmolunur ve bu suçları işleyenlerin meslekle ilişkileri kesilir. "Bu suçların sırasıyla 5237 sayılı TCK'daki karşılığı 109/3-d maddesindeki kamu görevlisinin hürriyeti kısıtlama suçu, 250. maddedeki irtikâp ve 252. maddedeki rüşvet suçu ile 257. maddedeki görevi kötüye kullanma suçudur. 765 sayılı TCK'nın 228. maddesindeki görevde keyfi davranma suçu ise yeni TCK'nın 257. maddesi kapsamına alınmıştır.

<sup>50</sup> "Bu Kanun'da yazılı trajik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelince tutanak düzenlenir. "

zılı suçları işlemeleri durumunda, verilecek cezaların yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Rüşvet suçu da bu maddede sayılan suçlardan birisidir.

### B. Cezanın Azaltılmasını Gerektiren Nitelikli Hal

765 sayılı TCK'daki düzenlemenin aksine, 5237 sayılı TCK'da, alınan veya verilen rüşvet veya yararın değerinin hafif veya pek hafif olmasına (TCK m. 219/3) cezanın indirilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak yer verilmemiştir. Oysa zimmet suçu açısından aynı durum indirim nedeni oluşturmaktadır.

### 7. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, "3628 sayılı Kanun'da yazılı bulunan suçlarla, irtikâp, rüşvet, zimmet suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında" 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacak,<sup>51</sup> soruşturma ve kovuşturma, 3628 sayılı kanun hükümleri uyarınca yapılacaktır.<sup>52</sup> Buna göre suç haberi alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlamakla birlikte durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye de haber verecektir. Savcılık, yaptığı soruşturma neticesinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde dava açacak, aksi halde takipsizlik kararı verecektir (CMK m. 172).

3628 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin 2. fıkrası gereğince, bu suçla ilgili olarak ihbarlar doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapıp, bir ihbar tutanağı düzenlenerek bir örneğinin muhbire verileceği, ancak acele ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tutanak düzenlenmesinin sonraya bırakılabileceği, ayrıca yapılan ihbar, takipsizlik kararı ve iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, 3628 sayılı Kanun'un 19/2. maddesini uyarınca Cumhuriyet Savcısı soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler

<sup>51</sup> Bkz. 4483 sayılı Kanun'un 16/1. maddesi.

<sup>52</sup> 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında, müsteşarlar, vali ve kaymakamlar hakkında birinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

bulduğu takdirde sanıktan, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sihri hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını isteyeceği, bu istemin sanığa ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde mal bildiriminde bulunmalarının da zorunlu olduğu, müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde de, bu görevlilerin aynı yetkilere sahip buldukları, ayrıca Cumhuriyet Savcısının, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil ve emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemedен veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebileceği anılan hükmün zorunlu sonucudur.

Burada uygulamada çıkabilecek bir probleme de işaret etmek gerekmektedir.

Savcılık, sanığın fiilini 3628 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 1. fıkrası kapsamında bir suç olduğunu (mesela rüşvet) düşünerek iddianame ile dava açsa, ancak yargılama esnasında suçun vasfı değişerek 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan (mesela; Görevi Kötüye Kullanma, TCK m. 257 ) biri olduğu anlaşılrsa nasıl davranmalıdır?

Bu ihtimalde, mahkeme CGK'nın 24.02.1998 gün ve 1997/5-355 Esas-1998/51 Karar numaralı içtihadında belirtildiği üzere değişen suç vasfına göre sanığa ek savunma hakkı tanımak suretiyle yargılamaya devamla değişen eylemden dolayı mahkûmiyet kararı verilecektir.<sup>53</sup> Bu halde CMK'nın 223/4. maddesi gereğince durma kararı verilmeyecektir.

Rüşvet suçu, 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama nedeni var sayılan suçlar; 135. maddesindeki dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı suçlar ve 139. maddedeki gizli soruşturmacı görevlendirilecek suçlar içerisinde alınmamıştır. Ancak rüşvet suçu, CMK'nın 140. maddedeki teknik araçlarla izlenecek katolok suçlar ile CMK'nın 128. maddesi kapsamında sayılan katolok suçlar içerisinde olup, bu maddeler gereğince şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri veya işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses ya da görüntü kaydı alınabilir ayrıca soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde,

<sup>53</sup> Baytemir, Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar*, Ankara 2003, s. 115-117.

şüpheli veya sanığa ait; **a)** Taşınmazlara, **b)** Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, **c)** Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, **d)** Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, **e)** Kıymetli evraka, **f)** Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, **g)** Kiralık kasa mevcutlarına, **h)** Diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir.

Bu suçla ilgili olarak ceza miktarı açısından soruşturma ve kovuşturmada 5560 Sayılı Kanunla değişik CMK'nın 150/3. maddesi gereğince faile zorunlu müdafii görevlendirme zorunluluğu yoktur.

## 8. Görevli Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca; rüşvet suçunun yargılanmasında ağır ceza mahkemesi görevlidir.

## 9. Müeyyide

5237 sayılı TCK'da rüşvet, karşılaşma tipi çok failli bir suç olarak kabul edildiğinden alan ve verene uygulanacak müeyyide bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Rüşvet verme ve rüşvet alma suçunun cezası 4 yıldan 12 yıla kadar haptir. Alt ve üst sınırlar arasındaki cezanın belirlenmesi TCK'nın 61. maddesindeki ilkelere göre yapılacaktır. 252. maddenin 2. fıkrasında bu suçun nitelikli haline yer verilmiştir. 252. maddenin 2. fıkrasının uygulanması gerektiğinde, birinci fıkra ile belirlenen temel ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Bu suretle, yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden 61. maddenin 5. fıkrası uyarınca da, sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir.

Ancak; bu bağlamda, somut olayda azmettirmeye ilişkin hükümleri içeren 38/3. maddede yazılı cezadan indirim yapılmasını gerektiren hal ile 254. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlığın varlığı halinde

de, bu durumun 61. maddenin 5. fıkrasında yer verilen cezadan indirim yapılmasını gerektiren “*şahsî sebepler*” kapsamında düşünülerek, 38/3. madde uyarınca tayin olunan cezadan indirim yapılması takiben de takdiri indirimi içeren 62. maddenin uygulanması suretiyle sonuç cezanın belirlenmesi, “*etkin pişmanlığın*” varlığı halinde ise, CMK’nın 223. maddesinin 4. fıkrasının a bendi gözetilerek, “ceza verilmesine yer olmadığına” dair karar verilecektir.<sup>54</sup>

Buna göre uygulama 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerinin “252/1, 252/2, 35, 37, 38/1-2, 43, 32, 38/3 ve 62” maddeler şeklindeki sıralama doğrultusunda yapılmalıdır.

Uygulama sonucunda hapis cezası bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olması halinde, mahkeme hapis cezasını 50. maddede yazılı adli para cezasına veya diğer güvenlik tedbirlerine çevirebilecektir.

Hükmedilen ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası olması ve 51. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yazılı koşulların gerçekleşmesi halinde hapis cezası ertelenebilecektir. Cezanın ertelenmesi halinde, hapis cezasına mahkûmiyetin sonucu olarak, sanık hakkında ayrıca 53. maddenin 1.fıkrasında yazılı hak yoksunluğunun söz konusu olacağı, ancak bu hak yoksunlukları hapis cezasının doğal sonucu olması nedeniyle, ayrıca bu hususa hükümde yer verilmesinde zorunluluk bulunmamaktadır.

Son değişiklik nazara alınarak sonuç cezanın 2 yıl ve daha az olması halinde CMK’nın 231/5. maddesindeki hükmün açıklanmasının ertelenmesi hususu da mahkemece ayrıca değerlendirilecektir.

Ayrıca, rüşvet alma suçu belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı, diğer bir anlatımla “*özgü suçlar*”dan olması nedeniyle fail hakkında 53. maddenin 5. fıkrası uyarınca, “*mahkum olunan cezanın infazından sonra etkili olmak üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanması*” ilişkin güvenlik tedbirine hükmolunacaktır.

Bu suç açısından müsadere konusuna gelince; 5237 sayılı yeni TCK’nın da kazanç müsadere müessesesi düzenlendiği için 765 sayılı eski TCK’nın rüşvet suçlarında müsadereye ilişkin 217. maddesine yeni TCK’da ayrıca yer verilmemiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken,

<sup>54</sup> Bkz. Etkin pişmanlığa ilişkin ayrıntılı açıklama 254. maddede yapılmıştır.

rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, etkin pişmanlık göstermesi halinde, rüşvet suçu tamamlanmış olmasına rağmen, 254. maddenin 2. fıkrasına göre rüşvet konusu menfaatin müsaderesine hükmedilmeyeceği hususudur. Bu düzenleme ile kanun koyucu rüşvet fiillerinin ortaya çıkarılmasını amaçlamıştır.

Failin, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmaması halinde ise; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 123. maddesi uyarınca *“kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınacağı”* yolundaki hükmü ile, zimmet, irtikap ve rüşvet suçlarının 128. maddesinin 2. fıkrasında sayılan suçlar arasında bulunmasına nazaran, *“bu suçların işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait anılan maddenin 1. fıkrasında 8 bent halinde yazılı malvarlığına, bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamayan bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, bunlara elkonulabileceği”* şeklindeki hükümleri de gözetilerek, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 55. madde ile bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen *“suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile, bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilecektir.”*

Ayrıca bu hükümle, zararın tazmini amacı güdülmeyerek, suç işlemenin bir kazanç kaynağı teşkil etmesinin önüne geçmenin amaçlandığı gözetildiğinde, bu ekonomik kazançların suçun işlenişine iştirak etmiş veya etmemiş ya da (iyi niyetli olmamak koşuluyla) üçüncü şahısların yararına sağlanmış olması aranmayacaktır.

Buna göre; maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi ve CMK’nın 123. ve 128. maddeleri uyarınca şüpheli veya sanığa ait malvarlığına elkonulmuş olması koşuluyla suçun işlenmesiyle elde edilen maddi menfaatlerin, kesin olarak saptanması kaydı ile de bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların 55. madde uyarınca zoralmına karar verilecektir.

Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 54 ve 55. maddelerinde düzenlenen *“müsadere”* nin hukuki niteliği itibariyle bir ceza değil, *“güvenlik tedbiri”* olduğu ve buna göre; gerek 1412 sayılı CMUK’nun



326/son, gerekse 5271 sayılı CMK'nın 307/4 maddelerinde yer alan "kazanılmış hak" kuralının yalnızca hükmolunan "ceza" yönünden söz konusu olacağı, bu itibarla da hükümde yaptırım olarak ayrıca "güvenlik tedbir"i uygulamasına yer verilmemesinin "kazanılmış hak" oluşturmayacağı, keza açılmış bir kamu davası olup da esasla beraber TCK'nın 54. ve 55. maddeleri uyarınca "müsadere"ye karar verilmemesi durumunda zamanaşımı müddetince Cumhuriyet Savcısı veya katılanın, iadesi gereken eşya veya malvarlığı değerlerine ilişkin olarak bir karar verilmemesi durumunda ise re'sen veya ilgililerin istemi üzerine her zaman davayı görmeye yetkili mahkemece, bu hususta bir karar verilebilir.<sup>55</sup>

### 10. Davaya Katılma

1412 sayılı CMUK'nın 365. maddesi gereğince, suçtan zarar gören herkesin davaya katılması olanaklıdır. Davaya katılma hakkı olan kişiler bu haklarını aynı Kanunun 366. maddesi uyarınca, ya yazılı olarak dilekçeyle ya da tutanak tutulmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla kullanabileceklerdir. Ayrıca, kamu davasına katılabilmek için suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olma halı aranmış, dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılmanın olanaksız olduğu süreklilik gösteren yargısal kararlarla benimsenmiştir

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesinde ise suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların davaya katılabilecekleri kabul edilmiş, ancak yasa yolu muhakemesinde bu hakkın kullanılamayacağı esası benimsenmiştir. Anılan Yasanın 238. maddesi uyarınca; davaya katılma hakkının kullanılması için dilekçe ile başvurma yönteminin yanı sıra, sözlü olarak yapılan istemin duruşma tutanağına geçirilmesi de yeterli görülmüş, hatta şikâyetçi olduğunu bildiren kişiye mahkemelerce, davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması hususunda zorunluluk getirilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. ve devam eden maddelerinde "mağdur" ve "malen sorumlu" (CMK m. 2/1-i ) olanları da kapsama dâhil etmesi itibariyle kısmen farklılıklar içermekle birlik-

<sup>55</sup> Akçin, a. g. e., s. 244-245-246.

te özde benzer şekilde düzenlenmiştir. Eski Kanunda olduğu gibi maddede de “suçtan zarar gören” kavramına yer vererek, bunu davaya katılabilmenin önkoşulu olarak kabul etmiş ve bunun sonucu olarak da kamu davasına katılabilmek için eski yasa ve uygulamada olduğu gibi suçtan doğrudan doğruya zarar görenin gerektiği kabul edilmiştir. CGK’nın 4.7.2006 gün 2006/5. MD-127-180 sayılı kararıyla “Davaya katılma kurumu, 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasınının 237 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, suçun mağduru veya suçtan doğrudan zarar gören gerçek ve tüzel kişinin davaya katılması olanaklıdır. Dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez” denilmek suretiyle de işbu düşünce doğrulanmıştır.

Öte yandan 21.03.2006 Tarihli CGK nun 2006/9-54;2006/48 sayı kararında da belirtildiği üzere 1412 sayılı CMUK’nın 206 vd. maddeleri hükümleri, duruşmaya kimin çağrılacağı hususunu hâkimin takdirine bırakmış olup, Kanun’da, suçtan zarar görenlerin duruşmaya çağrılmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmadığı halde, 21.03.2006 Tarihli CGK’nın 2006/9-51;2006/50 sayılı kararında da belirtildiği gibi 5271 sayılı CMK’nın 233. ve devamı maddeleri uyarınca mağdur ve şikâyetçinin duruşmaya çağrılıp dinlenmeleri ve onlara yeni yasanın bahsettiği diğer hakların yanı sıra 238. madde gereğince kamu davasına katılma haklarının bulunduğu hatırlatılması mutlak uyulması gereken usul kuralı olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak inceleme konumuz olan suçlarla ilgili olarak mağdur, suçtan zarar gören yâda şikâyetçinin mutlak surette açılan davadan dolayı davetiyeye haberdar edilmesi gerekir. Şayet bu hususa yargılama aşamasında uyulmamış ise sanık tarafından dahi hüküm temyiz edilmiş olsa, buna ilişkin tebligat eksikliği giderilmeli ve yapılan tebligat üzerine süresi içerisinde bunlar tarafından hüküm temyiz edilmesi halinde işin esasına girilmeden sadece bu yönden hükmün bozulması gerektiği kanaatindeyim. O nedenle yargılama aşamasında mahkemelerce bu hususa mutlaka dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Burada 26 Aralık 2003 gün 25328 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5020 sayılı Kanun’un 12. ve 13. maddeleriyle, 3628 sayılı Kanun’un 17. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ile 18. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkraya değinmekte fayda vardır. Buna göre; “4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görevi sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım

ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklaması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet Başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır" şeklinde hükümler getirilmek suretiyle 3628 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla sınırlı olmak üzere Maliye Bakanlığı, Muhakemat Genel Müdürlüğü ile ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının talebi halinde, müdahilliklerine karar vermek yasal zorunluluk haline getirilmiştir.

Ayrıca, 5283 sayılı ve 19.1.2005 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devrine Dair Kanun hükümleri uyarınca, SSK hastanelerinde çalışan personelin Sağlık Bakanlığı bünyesine dâhil edildiği, nitekim bu Kanun'un 4/c. maddesine göre de; "Sağlık hizmeti sunan personel ile ilgili açılmış, açılacak davaların (Sağlık Bakanlığı) husumeti ile yürütüleceği, bütün hak ve yetkilerin yükümlülük alacak ve borçlarıyla birlikte Bakanlığa geçeceği," şeklindeki hükmü gözetilerek, failin sağlık personeli olup olmadığı araştırılarak, sağlık personeli olduğunun saptanması halinde müdahil olma hak ve yetkisi olması hasebiyle Sağlık Bakanlığının davadan haberdar edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, 16.5.2006 tarihinde kabul edilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 43. maddesiyle 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilatı Kanunu'nun 1 ila 9. maddeleri ile geçici birinci maddesi, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 1 ila 24. maddeleri ile geçici birinci maddesi, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 1 ila 23. maddeleri, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 1 ila 3. 6 ila 11. 20 ila 22. ve 25 ila 29. maddeleri, 72 sayılı KHK'nin 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendi ve 178 sayılı KHK'nin 35/A maddesinin (b) bendi yürürlükten kaldırılmış, anılan Kanun'un geçici 1. maddesi ile Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve TC Emekli Sandığı merkez ve taşra teşkilatlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, her türlü malvarlığı ile alacak ve borçları ve iştirakleri Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiş, geçici 2. maddesinin 2. fıkrasıyla da 5502 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre yönetim kurulu oluş-

turulmasını müteakip sayılan kurumların tüzel kişiliklerinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda yönetim kurulu oluşturulması nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve TC Emekli Sandığı tüzel kişiliklerinin sona ermesi sebebiyle bu kurumlarda çalışanlarının zimmet, rüşvet ve irtikâp suçlarını işlemeleri halinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun açılan davadan dolayı haberdar edilmesi gerekmektedir.

### 11. Dava Zamanaşımı

5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinin "d" bendi gereğince suçun olağan zamanaşımı süresi 15 yıldır.

**12. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması**<sup>56</sup> (765 Sayılı TCK'nın Maddenin karşılığı yok )

*"MADDE 253. - (1) Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."*

Madde hükmü açık olup buna göre rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Bilindiği gibi Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde ise tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbiri olarak faaliyet izninin iptali ve müsadere kararı verilebileceği düzenlenmiş olup, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için suçun tüzel kişilik yararına işlenmesi şartı aranmıştır.

Bu bağlamda 09.07.2009 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle<sup>57</sup>

<sup>56</sup> GEREKÇE: Madde metninde, rüşvet suçunun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Ancak, bunun için rüşvet suçunun işlenmesiyle tüzel kişi lehine haksız bir yararın sağlanması gerekir.

<sup>57</sup> GEREKÇE: Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na 43. maddeden sonra gelmek üzere eklenen tüzel kişilerin sorumluluğu başlıklı 43/A maddesine değinmek gerekmektedir.

*“MADDE 9- 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na 43. 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 Kanunu'nun;*

*1) 157. ve 158. maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,*

*2) 235. maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,*

*3) 236. maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,*

*4. 252. maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,*

*5) 282. maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,*

*b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,*

---

tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde ise tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbiri olarak faaliyet izninin iptali ve müsadere kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve bu tüzel kişinin yararına olarak bir suç işlenmesi halinde, tüzel kişi bakımından adli para cezasına hükmetmek mümkün değilse de, bu tüzel kişilerin faaliyetlerinin hukuk zemininde disipline edilebilmesini temin amacıyla, organlarını oluşturan veya temsilcisi sıfatını taşıyan kişilerin en azından dikkat ve özen yükümlülüğünü vurgulamak için; belirli suçların bir özel hukuk tüzel kişisinin yararına olarak işlenmesi halinde, bu suçları işleyen kişiler hakkında mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, ayrıca bu tüzel kişi hakkında da idari para cezası verilebilmesine imkân tanımak gerekmiştir. Yapılan düzenlemede, tüzel kişinin yararına olarak işlenen suçlar sayma yöntemi ile belirlenmiştir.

Yolsuzlukla mücadele ile ilgili olarak taraf olduğumuz sözleşmeler bakımından uluslar arası alanda maruz kaldığımız eleştirilerin önüne geçmek amacıyla, Kabahatler Kanunu'na eklenen yeni bir maddeyle, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından, yolsuzluk olarak nitelenen bazı suçların tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, tüzel kişiye de idari para cezası verilmesine imkân tanınmıştır.

c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Ek 5. maddesinde tanımlanan suçun,

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. 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 vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir."

Yapılan bu düzenleme ile 09.07.2009 Tarihinden itibaren 5237 sayılı TCK'nın 252. maddesindeki rüşvet suçunun tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, bu suçları işleyen kişiler hakkında mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilecektir. Bu cezayı da maddenin 2. fıkrasında belirtildiği gibi vermeye bu suçu yargılama yapmakla görevli ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Burada Kabahatler Kanunu'na göre işlemler yapılacaktır.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> **Madde 20/5** "Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suçla ilişkin dava zamanasını hükümleri uygulanır."

**Madde 25/5** "(Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 S. K. 34. md) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir."

**Madde 29/5** "İdarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı itiraz mercii en yakın ağır ceza mahkemesidir."

<sup>59</sup> GEREKÇE: Maddede rüşvet suçunda etkin pişmanlık hâline ilişkin hükme yer verilmiştir. Cezayı ortadan kaldıran bir şahsî sebep hâlini düzenleyen bu hükümden yararlanabilmesi için; kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi gerekir. Keza, rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükümlenmeyecektir.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için kamu görevlisi hakkında, idarî de olsa, herhangi bir soruşturmaya girilmemiş bulunulması gerekir.

Etkin pişmanlık, bu suç açısından cezayı ortadan kaldıran şahsî sebeptir. Yani, şartları gerçekleşmişse, sadece cezaya hükmedilmez. Ancak, işlenmiş olan suç, işlenmemiş duruma irca edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsadere edilme-

### 13. Cezayı Kaldıran Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

**Etkin pişmanlık**<sup>59</sup> (765 sayılı TCK madde: 215)<sup>60</sup>

*"MADDE 254. - (1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

*(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.*

*(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

---

si gerekir.

Rüşvet anlaşmasının yapılmış olmasına rağmen, kamu görevlisi, anlaşmayla kabul edilen rüşvet konusu menfaati temin etmeden önce de etkin pişmanlık gösterebilir. Bu durumda, rüşvet konusu menfaat kamu görevlisi tarafından henüz temin edilmediği için, artık teslimden ve müsadere söz edilemez.

Rüşvet veren kişinin de, bu nedenle henüz soruşturma başlatılmadan önce etkin pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmedilmez. Rüşvet olaylarının açıklığa kavuşturulabilmesini temin için, bu durumda, kamu görevlisine rüşvet olarak verdiği şey alınarak kendisine iade edilir. Yani, bu durumda, rüşvet suçu tamamlanmış olmasına rağmen, rüşvet konusu menfaatin müsadereye hükmedilmeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, bu nedenle soruşturma başlamadan önce, durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmeleri hâlinde, cezalandırılmayacakları hususu hüküm altına alınmıştır.

<sup>60</sup> **Madde 215** - (Değişik: 21. 11. 1990 - 3679/14 md.)Rüşvet kabul eden kimse, rüşveti almadan önce veya aldıktan sonra ve fakat istenilen hususu kısmen dahi olsa yerine getirmeksizin ve hakkında tahkikata geçilmeden keyfiyeti merciine duyurur ve aldığı para ve diğer şeyleri aynen iade ederse sorumlu olmaz.

Bunun gibi, haksız isteğinin yerine getirilmesinden önce durumu merciine duyuran fail de sorumlu olmaz ve vermiş olduğu para, sair şeyler geri alınarak kendisine verilir.

(4) *Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.*<sup>61</sup> şeklinde düzenlenmiş olup, 765 sayılı TCK'nın 215. maddesinin karşılığını oluşturan,<sup>62</sup> yeni TCK'nın 254. maddesinde rüşvet suçlarında etkin pişmanlık haline bir cezasızlık sebebi olarak yer verilmiştir. Bu hükmün amacı, rüşvet suçlarına engel olmak, rüşvet suçlarının gizli kalmasını önlemektir.

TCK'nın 254. maddesindeki etkin pişmanlık olanağı suçu değil, .cezaı ortadan kaldıran şahsi bir sebep olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 254. maddesindeki hükümler, 765 sayılı Kanun'un 215. maddesine paralel ise de, bu maddede iştirak edenler için pişmanlık yolu düzenlenmemiş iken, yeni kanunda bu yol tanınmıştır.

Rüşveti alan ya da rüşveti veren veya bu konuda anlaşmaya varan kişi ya da rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi veya soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, haklarında etkin pişmanlık hükmü uygulanacak olup, burada öncelikle etkin pişmanlığın kabul edilmesi için ön şart olan soruşturma ve soruşturmaya yetkili olan makamların kimler olduğu konusuna öncelikle değinmek gerekmektedir.

Madde gerekçesinde soruşturma başlangıcı olarak idari veya adli soruşturmanın kastedildiği açıklanmış olmakla birlikte, CMK'nın 2/e, 158/1, 160. maddelerine ve 5. Ceza Dairesi'nce de benimsenen Ceza Genel Kurulu'nun 17.10.2006 gün ve 2006/165-213 sayılı kararına göre soruşturmanın, "*Kanun'a göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" ifade ettiği ve soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarınca suçun işlendiğinin öğrenilmesiyle başladığı dikkate alınarak, "*soruşturmaya*

<sup>61</sup> 09. 07. 2009 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 26. 06. 2009 Tarih ve 5918 sayılı Kanun 4. maddesiyle 254. maddeye 4. fıkra olarak eklenmiştir.

<sup>62</sup> Nitekim Yargıtay 5. CD, 8. 5. 1996 T ve 1996/29-1547 sayılı kararında "Polis memuru olan sanık F.'nin rüşveti aldıktan sonra ve fakat istenilen hususu yerine getirmeksizin aldığı rüşvet konusu para, çek ve ayrıca suç konusu tabancayı, Dört-yol Mevkiinde görev yapmakta olan polis memuru arkadaşlarına götürüp teslim ederek, keyfiyeti ihbar ettiği anlaşılmış, oluş bu sanık yönünden de mahkemece bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, TCK'nın 215. maddesi açık hükmü karşısında rüşvet almaktan sorumlu olamayacağı gözetilmeyerek yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi. . . yasaya aykırıdır" demiştir (YKD, , S. 8, 1997, s. 1327 vd.).



*başlanmama” anının, “adli makamlarca suç şüphesinin öğrenilmesinden” önceki zaman dilimini içerdiği, soruşturma makamlarının ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya ona bağlı adli kolluk makamları olduğu anlaşılmaktadır.*

Ancak hâkim, savcı, avukat, noter, üst dereceli kolluk amiri veya bir kısım üniversite personeli ve benzeri gibi, soruşturma ve kovuşturmanın izne tabi kılındığı failler bakımından soruşturma, ilgili idari merciin soruşturma izni vermesi halinde başlamakta olup, bunlar açısından soruşturma evresi idari makamın suçu öğrendiği anda başlamaktadır. Failin rüşvet bedelini teslim edeceği makamda; “soruşturmaya yetkili” olan bu makamlardır.

Maddenin fıkralarına ayrı ayrı bakacak olursak:

**Maddenin birinci fıkrasında;** Rüşvet alan kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi halinde cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin, soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi de cezasızlık sebebi sayılmıştır.

Etkin pişmanlıktan yararlanmak için rüşvet konusu şeyin aynen teslimi gerekir. Kısmi teslim halinde etkin pişmanlıktan yararlanılmaz. Buna karşılık, malın vasfı ya da bulunduğu hali gereği aynen teslim olanağı kalmamış ise, bedelinin iadesi veya kısmen aynen teslim kısmen bedelin tazmini durumunda da maddenin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Etkin pişmanlık için iadenin soruşturma makamlarına yapılması gerekir. Bu husus 254. maddede açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, failin, aldığı rüşveti, rüşvet veren kişiye iade etmesi durumunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması söz konusu olmayacaktır.

**Maddenin ikinci fıkrasında;** Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezalandırılmayacağı, verdiği rüşvetin de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edileceği hükme bağlanmıştır.

Maddede ifade edilmemiş ise de fiilen rüşvet verilmeden evvel rüşvet anlaşması ile bir yarar sağlamayı vaat eden kişinin etkin pişmanlığı halinde de aynı hüküm uygulanmalıdır. Ayrıca maddenin ilk fıkrasından farklı olarak “pişmanlık duyma” koşulu öngörülmüş ise de, bu ifadenin fıkraya fazladan eklendiği kanaatindeyiz. Zira bu durum ikinci fıkra açısından rüşvet veren kişinin rüşvet alana göre daha özel bir pişmanlık testine tabi tutulmasını gerektirmeyecektir. Zaten fiilini kendiliğinden ikrar eden veya aldığını iade eden kişinin içinde bulunduğu durum da pişmanlığı göstermektedir.

**Maddenin üçüncü fıkrasında;** Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezalandırılmayacakları ifade edilmiştir. Böylece rüşvet alan ve veren dışında, suça iştirak eden diğer kimselerin de, faillerden bağımsız olarak cezasızlık nedeninden istifade etmeleri imkânı sağlanmıştır.

Bu kişiler bakımından, eğer almışlarsa rüşvetten paylarına düşeni iade koşulu maddede öngörülmemiştir. Bu nedenle kıyas yöntemiyle suça iştirak edenlerin aldıklarını iade edecekleri sonucuna varılmaz, kanaatimizce bu hususun düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklik olmuştur.

Etkin pişmanlık, “cezaı kaldıran şahsi neden” olduğundan, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171/1. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından, rüşvet alan ve rüşvet veren fail bakımından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilir. Buna karşın yine de dava açılmış ise o takdirde CMK’nın 223/4. maddesi uyarınca mahkemece; “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verecektir.

Etkin pişmanlık nedeniyle ceza verilmemesi, suçun işlenmediği anlamına gelmediğinden, rüşvete konu olup faile verilen şeyin müsadere gerekecektir. Fakat rüşvet anlaşması yapıldığı halde henüz bir para veya mal teslim edilmemiş olduğu için bu halde müsadere söz edilemez. Ayrıca rüşvet veren açısından etkin pişmanlığın gerçekleşmesi halinde yasa gereği failin teslim ettiği mal kendisine iade edilir, müsadere edilemez.

09.07.2009 tarihli *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe giren 26.06.2009 Tarih ve 5918 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 254. maddeye 4. fıkra eklenmiştir Bu fıkraya göre, “Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.” Görüldüğü üzere madde

hükmü açık olup, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere etkin pişmanlığa ilişkin hükümlerin artık uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu fıkranın yürürlüğe girmesinden önce ise lehe yasal düzenleme olması nedeniyle 254. madde hükümleri yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren sanıklar hakkında uygulanacaktır. Kanun koyucu bu fıkranın konulma nedenini madde gerekçesinde şu şekilde açıklamıştır: “Suç ve suçluluğun ortaya çıkartılmasında etkin ceza hukuku araçlarından birisi de etkin pişmanlık kurumudur. Türk Ceza Kanununda müstakilen hangi suçlar bakımından bu müessesenin uygulanabileceği ilgili maddelerinde ayrı ayrı tasrih edilmiştir. Rüşvet suçu da bu suçlar arasında bulunmaktadır. Etkin pişmanlık müessesesinin uygulanmasından beklenen yarar, rüşvet suçları bakımından etkili bir yöntem olmakla birlikte, yabancı kamu görevlilerine rüşvet verilmesi suçu bakımından beklenen yararı göstermemektedir. Nitekim yabancı kamu görevlilerine rüşvet vermek suretiyle işlenen rüşvet suçu bakımından rüşvet verenin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılması, çoğu zaman sadece bu kişinin cezadan kurtulmasını sağlamakta ve fakat rüşveti alan yabancı kamu görevlilerinin cezalandırılmasını sağlama bakımından beklentilere cevap vermemektedir. Bu nedenle, maddeye yeni bir fıkra eklenmek suretiyle rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin yabancı kamu görevlilerine rüşvet verenler bakımından uygulanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.”

## KAYNAKLAR

- Akçin, İhsan, *Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara 2007.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2006.
- Bakıcı, Sedat, *Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları*, Ankara 1988.
- Baytemir, Erdal, *Açıklamalı-İçtihatlı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar*, Ankara 2003.
- Dönmezer, Sulhi, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1983.
- Durmuş, Tezcan / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006.
- Erem, Faruk / Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2000; Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları İle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi*, C: II, 5. Baskı, İstanbul.

- Erman, Sahir / Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1992.
- Erman, Sahir/Özek Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul,1992
- Kıyak, Fahrettin / Çağlayan, M. Muhtar / Şenel, Cebbar, *Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu ve Alakalı Bankalar ve İktisadi Devlet Teşekkülleri, Mevzuatı*, Ankara 1969.
- Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı.
- Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002.
- Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Cilt II, 2. Baskı.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 1998.
- Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı.

# YASAL VEKALET ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KDV KARŞISINDAKİ DURUMU

Serkan AĞAR\*  
M. Kağan ELLER\*\*

## I. GİRİŞ

Avukatın, davayı kaybeden taraftan “*yasal vekalet ücreti*” namıyla aldığı meblağın, hukuki niteliği ile vergi kanunları ve özellikle 3065 sayılı KDV Kanunu karşısındaki durumu, uygulamada avukatlar, vergi idaresi ve iş sahipleri arasındaki ilişkilerde ciddi tereddütlere sebebiyet veren tartışmalı bir konudur.

Yargı organları tarafından, davada haksız çıkan karşı taraf aleyhine yargılama gideri olarak vekalet ücretine karar verilmekte, miktarı ise Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre belirlenmektedir. Uygulamada bu şekilde tespit olunan yasal vekalet ücretine ayrıca KDV eklenmesi, ilgi çeken bir tartışma sahası yaratmıştır. Dava sonunda hesaplanan ve yargılama giderlerinden sayılan vekalet ücretine, ayrıca KDV uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, son zamanlarda özellikle Yargıtay’ın kararları ışığında bir ölçüde çözümlenmiş görünse de, hukuki bakımdan tartışma hâlâ devam ettiğinden incelenmeye ihtiyaç duymaktadır.<sup>1</sup> Bu çalışmada anılan mesele, avukatlık hizmetinin serbest meslek özelliği ve dava sonunda hükmolunan (yasal) vekalet ücretinin hukuki niteliği çerçevesinde, özellikle 3065 sayılı KDV Kanunu perspektifinden incelenmeye çalışılacaktır.

\* Av., Ankara Barosu, Ank. Ün. Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) doktora öğrencisi.

\*\* Av., Ankara Barosu.

<sup>1</sup> Aynı mesele, bundan yıllar önce de gündeme getirilmesine rağmen aradan geçen zaman içerisinde uygulamada bu konuda avukatlar lehine hiçbir gelişmenin olmadığı üzümlenerek gözlenmektedir, bkz. Ağar, M. / Ağar, S., Yargılama Giderlerinden Vekalet Ücretine KDV Uygulanması Meselesi Üzerine Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 52, 2004, s. 279-288.

HUMK'nın 423/1,b.6 maddesi gereğince yargılama makamı tarafından davada haklı çıkan taraf lehine hükmedilen ve yargılama giderlerinden sayılan (yasal) vekalet ücretinin hukuki niteliği ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi<sup>2</sup> uyarınca davada haklı çıkan taraf vekiline (avukatına) ödenmesinin sonucu olarak avukat lehine ortaya çıkan bu gelirin KDV karşısındaki durumu bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.<sup>3</sup>

## II. YASAL VEKALET ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

HUMK, yargılama faaliyetinin başlaması ve devamı için bir takım masrafların taraflarca karşılanması gerektiğini belirtmiş, bu giderlerin hangi usulde tahsil edileceğini ve bu masraflardan kimin sorumlu olacağını kurala bağlamıştır. Buna göre, yargı harçları ve yargılama giderlerinden davada haksız çıkan (davayı kaybeden) taraf sorumludur.

HUMK'nın 423. maddesinde yargılama giderleri hangi kalemlerden oluştuğu sayma yoluyla belirtilmiştir. Davada haklı çıkan (davayı kazanan) taraf, yargılama faaliyetinde kendisini bir avukatla temsil ettirmiş ise, bu sebeple uğradığı zarar da (yasal vekalet ücreti) HUMK'nın 423/1,b.6 maddesinde sayılan yargılama gideri kalemlerindedir. Ancak buradaki tazmine ilişkin sorumluluğun çerçevesi, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmeye göre değil, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenmektedir.

HUMK'nın 417. maddesi uyarınca davayı kaybeden taraf, davayı kazanan tarafa yargılama giderlerini (davayı kazanan tarafın yargılama faaliyetinin devamı için katlandığı tüm masrafları) ödemekle yükümlüdür. Ancak bu sistem, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde yapılan değişiklikle HUMK'nın 423/1,b.6 maddesinde yargılama giderleri arasında sayılan yasal vekalet ücreti bakımından tadil edilmiş ve bu tazminatın vekile (avukata) ait olacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>2</sup> 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle değişik, RG, 10.05.2001, 24398.

<sup>3</sup> İcra daireleri tarafından borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenen vekalet ücreti ve bunun belgelendirilmesi meselesi, planlanan başka bir çalışmada değerlendirileceğinden, yazarlarca bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Vergi idaresi, avukatın elde ettiği bu gelirin davada yargılama faaliyetinde gördüğü hizmetin karşılığı olarak alındığından bahisle KDV'nin konusuna girdiği görüşündedir. Uygulamada, yasal vekalet ücreti üzerinden iç hesap yöntemiyle hesap edilmek suretiyle KDV ödenmektedir.

### A. KDV ve Konusu

KDV, harcamadan alınan vergilerdendir. 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 1. maddesi verginin konusu kapsamındaki işlemleri belirlemektedir. Buna göre; *"Türkiye'de (...) serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan hizmetler"* KDV konusuna girmektedir. 3065 sayılı KDV Kanunu, *"mal teslimi"* (m. 2), *"teslim sayılan haller"* (m. 3) ile *"mal ithalatı"* dışında kalan her türlü işlemi *"hizmet"* kapsamında değerlendirmektedir (m. 4/1). Ancak bu işlemler, bir şeyi yapmak ve işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi şekillerde gerçekleşebilir. Daha açık bir ifadeyle 3065 sayılı KDV Kanunu, mal teslimi ve mal teslimi sayılan haller dışındaki her olguyu değil, yalnızca *"hizmet ifasına konu oluşturabilecek işlemleri"* verginin konusu içine almıştır. Buna ek olarak 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 5. maddesinde, *"vergiye tâbi bir hizmetten işletme sahibinin, işletme personelinin veya diğer şahısların karşılıksız yararlandırılması"* da hizmet kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Vergiyi doğuran olay, hizmetin yapılmasıdır.<sup>4</sup> 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 20. maddesine göre, teslim ve hizmet işlemlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedeldir. *"Bedel"*; mal teslim alan veya kendisine hizmet yapılan yahut bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlar tarafından borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve parayla temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamıdır. Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedeli KDV dahil edilmek suretiyle tespit olunur ve KDV müşteriye ayrıca intikal ettirilmez.

<sup>4</sup> Öncel, M. / Kumrulu, A. / Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2003, s. 407.

Bedel üç şekilde ortaya çıkabilir: Bir hizmetin karşılığı olan bedel; kendisine hizmet ifa edilen kişiden herhangi bir sebeple alınan veya hizmet ifa edilince borçlanılan bedel<sup>5</sup> ve tarifeye dayanan bedel (hizmet ifasına dayanan bedel tarifeye dayanıyorsa KDV, tarifedeki fiyata mündemiçtir/ fiyatın içindedir).

Bir işlemin KDV'nin konusuna girip girmediğini belirlemek için vergi hukukunun yorum yolları kullanılmalı ve işlemin niteliği, ismiyle değil, muhteviyatıyla belirlenmelidir.

Bir avukatın kazancının KDV kapsamında değerlendirilebilmesi için faaliyetin Türkiye'de gerçekleşmesi, kazancın serbest meslek faaliyeti çerçevesinde hizmet ifası neticesinde elde edilmesi gerekmektedir.

## B. Avukatlık Mesleği ve Avukatın Geliri

Avukatlık, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca serbest meslektir.<sup>6</sup> Pozitif hukukta serbest meslek, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre serbest meslek faaliyeti; sermayeden çok kişisel çalışmaya, bilimsel veya mesleki bilgiye veya uzmanlığa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin bir işverene tâbi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır. Bu çerçevede avukatlık mesleği de, bir serbest meslek faaliyetidir.

Avukatın en önemli gelir kalemleri şunlardır:

- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca elde edilen ve müvekkil ile vekil arasındaki avukatlık sözleşmesinin bir edimi sayılan (kanuni tanımıyla) "avukatlık ücreti" geliri,
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde edilen (birinci bentteki avukatlık ücreti dışında kalan), bir yargı-

<sup>5</sup> Bu hükmün konulmasının sebebi şüphesiz peçeleme yoluyla ortaya çıkabilecek vergi kaybının engellenmesidir. Hüküm, elde edilen değer bir hizmetin karşılığı olmasını şart kılmaktadır. Hizmet kavramını genişletmemekte, hizmet sonucu elde edilen değer neler olabileceği hakkında kanaât vermektedir.

<sup>6</sup> Avukatlık hizmetinin, kurum avukatlıklarında olduğu gibi, hizmet akdi çerçevesinde verildiği durumlar yazarlarca bir başka makalede inceleneceğinden, bu çalışmanın kapsamı serbest çalışan avukatlarla sınırlı tutulmuştur.



lama gideri kalemi olarak yargılama faaliyeti neticesinde davayı kazanan tarafın zararının karşılanması saikiyle Mahkeme tarafından hüküm altına alınan “yasal vekalet ücreti” geliri.

Görüldüğü üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu avukatlık ücretini, ikili bir ayrıma tâbi tutmaktadır. Buna göre avukatlık ücreti, avukatlık sözleşmesine bağlı olarak iş sahibinden sağlanan avukatlık ücreti ile dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak (haksız çıkan) karşı tarafa yüklenen (yargılama gideri olan) vekalet ücreti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>7</sup> Bu iki gelir kalemi, birbirinden tümüyle farklıdır. Dayandıkları borç ilişkileri, edimlerin alacaklısı olma sebepleri ve uygulanacak hükümler birbirinden ayrılır.

Avukatlık ücreti, avukatın bordrolu veya sözleşmeli olmasına yahut bağımsız olarak çalışmasına göre, “ücret” veya “serbest meslek kazancı” olarak vergiye tâbi bulunmaktadır. Bir serbest meslek faaliyeti niteliğinde olan avukatlık hizmeti, iş sahibi (vekil eden, müvekkil) ile avukat arasında serbestçe düzenlenen “avukatlık sözleşmesi” ne göre yürütülmektedir.<sup>8</sup>

Ücret, avukatlık sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olarak belirlenmiştir. Taraflarca serbestçe kararlaştırılan ve avukatlık sözleşmesine dercedilen avukatlık ücretinin alt sınırı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, üst sınırı ise 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda belirlenen tavadır. Buna göre avukatlık ücreti olarak, davanın veya hükmolunacak şeyin değeri veya paranın belli bir yüzdesinin kararlaştırıldığı hallerde bu oran % 25’i aşmıyor ise, bu oranı aşan kısım geçersiz kabul edilmektedir.

## 1. Avukatlık Ücreti

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164/1 maddesine göre avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder. Buna göre avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığıdır. Avukat, karşılıksız hukuki yardımda bulunamaz. Avukatın hukuki yardımda bulunma, hukuki yardımın muhatabı kişi-

<sup>7</sup> Bundan sonra, iş sahibi ile avukat arasında kararlaştırılan ücrete “avukatlık ücreti”, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenen (yargılama gideri olan) ücrete ise “yasal vekalet ücreti” denilecektir.

<sup>8</sup> Avukatlık sözleşmesinin yazılı olması, yasal bir şart değildir. Yazılı olmayan sözleşmeler, genel hükümlere göre ispat edilir.

nin ise bu hizmetin karşılığı olarak belli bir meblağı veya değeri avukata verme yükümlülüğü vardır. Avukatlık ücreti, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindeki avukatlık sözleşmesinin bir edimidir. Bu çerçevede varılan ilk netice; avukatlık ücreti ödeme borcunun kaynağının avukatlık sözleşmesi ve bu ücretin avukatın hizmetinin karşılığı olduğudur.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun On Birinci Kısmı'nın başlığı "*Avukatlık Sözleşmesi*" olmakla birlikte, bu kısımda avukatlık sözleşmesi tanımlanmamış, sadece özellikleri belirlenmiştir. Bunları incelemek ve avukatlık ücretiyle ilişkilerini değerlendirmek incelemede yol gösterici olacaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163/1 maddesi, "*Avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir.*" hükmünü amirdir. Bu durumda, kural olarak, avukatlık ücreti taraflar arasında serbestçe kararlaştırılır. Ancak bu irade serbestliği sınırsız değildir. Bu kapsamda aynı maddede, avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı veya değeri kapsaması gerektiği belirtilmiştir. Kanun, sözleşmenin içeriğinde iki ana unsur belirlemiştir. Bunlar; sözleşmeye göre avukatın hukuki bir yardımda bulunması ve bu yardımın belirlenebilir olması, diğeri ise müvekkilin bir ücret ödemesi (avukatlık ücreti) ve bu ücretin taraflar arasında belirlenebilir olmasıdır.

Avukatlık ücretinin serbestçe kararlaştırılabilmesi bakımından çeşitli sınırlamalar mevcuttur. Avukatlık ücreti, %25'i aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi olarak kararlaştırılabilir (1136 sayılı Av. K. m. 164/2). Yine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile tespit edilen meblağın altında avukatlık ücreti kararlaştırılması yasaktır (1136 sayılı Av. K. m. 164/4).<sup>9</sup> Ayrıca avukatlık sözleşmesinde, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağına ilişkin bir hüküm de bulunamaz.<sup>10</sup>

Yargılama sırasında kişinin birden fazla avukatla temsil edilmesi durumunda avukatların alması gereken ücretler tek tek mi, yoksa bir

<sup>9</sup> Ancak bu alt sınırın belirlenmesinde avukatın elde ettiği ikinci gelir kalemi (yasal vekalet ücreti) hesaba katılmaz. Kanun açıkça bu geliri taraflar arasındaki sözleşme dışında kabul etmiştir.

<sup>10</sup> Bu husus, "*hasılı davaya iştirak yasağı*" olarak adlandırılmaktadır.

bütün olarak değerlendirilecektir? 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre, yargı mercileri tarafından karşı tarafa yükletilecek avukatlık (yasal vekalet) ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz. Yani böyle bir durumda ücretin alt sınırı, her avukat için aşılmalıdır. Aksi takdirde kanun koyucunun, "avukatlık ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yazılı miktardan az (...) olamaz." şeklinde getirdiği yasak, kanuna karşı hiylele ihlâl edilmiş olur.

Avukatlık sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Ancak bu ispat hukuku bakımından öngörülen bir zorunluluktur. Yazılı olmayan sözleşmeler genel hükümlere göre ispat edilir (1136 sayılı Av. K. m. 163/1,c.3). Hatta yazılı bir sözleşme yapılırsa ve ücret kararlaştırılmamış olsa veya ücrete ilişkin sözleşme maddesi bâtil sayılırsa bile avukatlık ücretinin, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesi uyarınca tayin edilmesi mümkündür. Avukat, müvekkili ile arasında bir yazılı sözleşme yapıp yapılmamasına, yazılı bir sözleşme yapılmış ise sözleşmede ücretin kararlaştırılmamış olmasına veya ücrete ilişkin kararlaştırılan maddenin hükümsüz olmasına bakılmaksızın her zaman avukatlık ücretine hak kazanır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 173. maddesine göre, avukatlık sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa, kararlaştırılan avukatlık ücreti yalnızca avukatın üzerine almış olduğu işin karşılığı olup, karşılık dava, bağlantı ve ilişki bulunsa bile başka dava ve icra kovuşturmaları veya her türlü hukuki yardımlar ayrı bir ücrete tâbi bulunmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlesi, 13.01.2004 tarih ve 5043 sayılı Kanun'un<sup>11</sup> 5. maddesiyle değiştirilmiştir. Buna göre, avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı, ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu, ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı durumlarda, değeri parayla ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifesinin altında olmamak şartıyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki dava konusunun değerinin %10'u ile %20'si arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belir-

<sup>11</sup> RG, 20.01.2004, 25352.

lenir, değeri parayla ölçülemeyen dava ve işlerde ise Avukatlık Asgari Ücret tarifesi hükümleri uygulanır.

Avukatlık sözleşmesi, kural olarak, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet akdinin özel bir örneğini teşkil ettiğinden,<sup>12</sup> avukatlık sözleşmesinde iş sonucunun taahhüt edilmesi mümkün değildir.<sup>13</sup> Zira o zaman avukatlık sözleşmesi bir vekâlet akdi değil, bir istisna (eser) sözleşmesi olur. Hatta öyle ki avukatlık sözleşmesinde iş sonucunun taahhüt edilmesi, avukatın müvekkiline karşı dürüst ve reklam yasağına uygun davranma yükümlülüklerine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla avukat, sağlanan hukuki yardımla elde edilen neticeden bağımsız olarak her zaman avukatlık ücretine hak kazanır.

Bu çerçevede *avukatlık ücreti*;

- Avukat ile müvekkil arasında münakit *iki tarafa borç yükleyen bir vekâlet sözleşmesinde*,

- Sözleşmenin yazılı olup olmamasına, sözleşme yazılı ise sözleşmede ücretin kararlaştırılmamış olmasına veya ücrete ilişkin kararlaştırılan maddenin hükümsüz olmasına bakılmaksızın, *avukatın sağladığı hukuki yardımın (hizmetin) karşılığı olarak*,

- Ücret bakımından kanunun gösterdiği alt ve üst sınırlar dikkate alınarak  *tarafların serbest iradeleriyle belirlenen*,

- Üstlenilen hukuki yardımın (davanın) sonucundan bağımsız bir şekilde,

- Müvekkilin avukata karşı yüklendiği ediminin konusu, meblağ veya değerdir.

Sayılan temel noktalar dikkate alınmak suretiyle avukatlık ücreti, çok daha kısa olarak; "*iki tarafa borç yükleyen bir vekâlet sözleşmesinde, avukatın sağladığı hukuki yardımın (hizmetin) karşılığı olarak, tarafların serbest iradeleriyle belirlenen ve üstlenilen hukuki yardımın (davanın) sonucundan bağımsız bir şekilde müvekkilin avukata karşı yüklendiği edimin konusu meblağ veya değer*" şeklinde tanımlanabilir.

<sup>12</sup> Vekâlet akdinde ücret, sözleşmenin kurucu bir unsuru olmadığı halde, avukatlık sözleşmesinin kurucu unsurudur.

<sup>13</sup> BK m. 386/1: "*Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan (yüklenen) işin idaresini veya takabbül eylediği (kabul ettiği) hizmetin ifasını iltizam eyler (üstlenir).*"

## 2. Yasal Vekalet Ücreti

Avukatın elde ettiği diğer bir önemli gelir kalemi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde ettiği gelirdir. Buna göre, *“dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.”*

Avukatın elde ettiği bu gelir kalemi, aslında, HUMK hükümleri uyarınca davada haklı çıkan taraf lehine hükmedilmiş bir yargılama gideridir. Davada haklı çıkan tarafa ödenmesi gereken bu yargılama gideri kaleminin hangi yasama saikiyle avukata ait hale geldiği incelenmeden önce, *“yargılama gideri”* kavramına değinmek yerinde olacaktır.

### a. Bir Yargılama Gideri Olarak (Yasal) Vekalet Ücreti

HUMK'nın 413 ilâ 426. maddeleri arasında yargılama harç ve giderleri düzenlenmiştir. Genel anlamda yargılama gideri; bir davanın açılmasından (ikame edilmesinden) sonuçlanmasına kadar (bu dava sebebiyle) ödenen paraların tümüdür.<sup>14</sup>

HUMK'nın 413. maddesine göre dava açmak isteyenler, öncelikle, gerekli yargılama giderlerini peşin olarak ödemek zorundadırlar. HUMK'nın 416. maddesine göre, anılan giderler, davacının davasında haklı çıkması durumunda, karşı tarafa yüklenerek tazmin edilir.

Yargılama giderlerini, genel olarak, ikiye ayırmak mümkündür:

- Yargı harçları,
- Dar anlamda yargılama giderleri.

Yargı harçlarının nelerden ibaret olduğu ve kimlerden tahsil edileceği 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda belirlenmiştir. Dar anlamda yargılama gideri kalemleriyse, HUMK'nın 423. maddesinde sayılmıştır. HUMK'nın 423/1,b.6 maddesi uyarınca (yasal) vekalet ücreti de, bu kalemler arasındadır.

Yargılama giderleri şunlardır:

<sup>14</sup> Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2000, s. 835.

- Mahkeme kalemi vasıtasıyla yapılan giderler (örneğin tebligat giderleri);
- Duruşma, keşif, haciz, ihtiyati tedbir ve delil tespiti giderleri;
- Tanıkların seyahat ve ikamet giderleri ile yevmiesi ve bilirkişinin ücret ve giderleri;
- Resmi dairelerden istenen belgelerin asıl ve suretlerinin onama pulu ve harçları;
- Mahkemede bizzat hazır bulunan tarafların (taraf vekillerinin değil) buldukları günlere ait seyahat ve ikamet giderleri.

Vekalet ücretinin yargılama giderlerinden olması, davada tarafların (özellikle davayı kısmen veya tamamen kazanan ve bu sebeple lehine yargılama gideri hükmedilecek olan tarafın) davayı vekil vasıtasıyla takip etmiş olmaları durumu içindir. Bir taraf davasını bizzat takip etmiş ve davasını kazanmış ise, (karşı taraf davayı bir vekil vasıtasıyla takip etmiş olsa bile) davayı kazanan taraf lehine yargılama gideri olarak vekalet ücretine hükmedilemez.<sup>15</sup>

Yargılama harç ve giderlerinden sorumluluk ise, HUMK'nın 417/1 maddesinde düzenlenmiş olup, yargılama giderleri, kanunda açıkça belirtilmiş olmadıkça, aleyhine hüküm kurulan taraftan tahsil edilir. Davada haksız çıkan tarafın, haklı çıkan tarafın yargılama faaliyetinin devamı için katlandığı giderleri karşılaması gerekir. HUMK'nın 417. maddesi, yargılamanın devam edebilmesi için davada haklı çıkan tarafın katlandığı giderlerin karşılanması için "*kanundan doğan bir tazminat sorumluluğu*" getirmiştir. Bir kararında Yargıtay, HUMK'nın 417. maddesinin amacını; "*(...) haksız davranışta bulunan bir kimsenin, bu haksız davranışının bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hukukun genel kullarındandır. HUMK'nın yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yükletilmesine ilişkin 417. maddesi bu ilkeye dayanmaktadır.*" şeklinde ifade etmiştir.<sup>16</sup> Ancak bu belirleme, kanunun düzenlediği bir kusur sorumluluğu değildir. Yargılama giderlerine hükmedilebilmesi için taraflardan birinin davada haklı çıkması gerekli ve yeterlidir.

HUMK'nın 417. maddesinin, kural olarak, üç önemli belirleme yaptığı söylenebilir:

<sup>15</sup> Kuru / Arslan / Yılmaz, *a. g. e.*, s. 840.

<sup>16</sup> Yar. 10. HD, 01.12.2003, E. 2003/7541, K. 2003/8622.

- Davada haklı çıkan tarafın zararların karşılanması,
- Yargılama giderlerinden sorumluluğun davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi,
- Bu tazminatın (yasal vekalet ücreti de dahil), davada haklı çıkan tarafa ödenmesi.

HUMK'nın 417. maddesinde öngörülen (yasal vekalet ücreti de dahil) tazminat borcunun alacaklısı, davada haklı çıkan taraftır.

Avukat ile iş sahibi arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti sübjektif bir nitelik taşıırken, yargılama gideri olarak hükmolunan vekalet ücreti objektif karakterlidir. Yargılama giderlerinden sayılan vekalet ücreti, HUMK ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine dayanılarak (yasal olarak) mahkeme kararıyla hesaplanmakta ve ödenmektedir. Buna göre yasal vekalet ücreti, özel hukuka ilişkin olarak mahkeme kararıyla tespit edilmiş bir alacak niteliğinde değildir. Aksine davaya konu alacağına bağlı bir yargılama gideri hükmündedir.

Yargıtay'ın bu konudaki eski ama güncelliğini her daim muhafaza edecek kararı şu şekildedir:<sup>17</sup> "Vekalet ücreti, HUMK'nın 423/6 maddesinin açıkça belirttiği üzere, yargılama giderlerinden biridir. Mahkeme giderleri ve bu arada karşı tarafa yükletilmesi gereken vekalet ücreti, bağımsız bir varlığı olmayacak derecede ait olduğu davanın konusunu oluşturan hak ve alacağına sıkı bir biçimde bağlı ikincil haklardandır, ikincil hakların sonucu asıl hakların sonucuna bağlıdır. Bağlı olan şeye, ayrıca hüküm verilemez. Mahkeme giderleri ve bu arada karşı tarafa yükletilmesi gereken vekalet ücretinin hüküm altına alınabilmesi için ayrıca bir isteme gerek yoktur. HUMK'nın hükümleri mahkeme giderlerinin ve bu arada karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretinin ait olduğu hakka pek sıkı bir biçimde bağlı ve bağımsız bir varlığı olmayan ikincil bir hak niteliğinde olduğunu açık bir biçimde göstermektedir."

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde HUMK'na yapılan atıf sebebiyle idari yargıda da dava sonunda hükmolunan (yasal) vekalet ücreti yargılama giderlerinden sayılmakta ve davada haksız çıkan karşı tarafa yüklenmektedir.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> YİBK, 29.05.1957, 1957/4-16, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları Dergisi, Hukuk Bölümü, C. 5, s. 40-42, RG, 04.09.1957, 9697.

<sup>18</sup> Dan. 7. D., 22.09.1998, E. 1997/4113, K. 1998/2954; Dan. 4. D., 20.01.1998, E. 1997/4257, K. 1998/168.

## b. Yasal Vekalet Ücretinin Avukata Ödeme Borcunun Doğuşu ve Hukuki Niteliği

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinde; "avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir." şeklinde bir belirleme yapılmıştı. Ancak hükümdeki "aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça" ifadesi öğretide ve yargı kararlarında çokça tartışılmıştır.<sup>19</sup> Tartışmaları ortadan kaldırmak saikiyle kanun koyucu, anılan maddeyi aşağıdaki şekilde değiştirmiştir:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle değişik 164/son maddesi: "Dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."

Öncelikle belirtmek gerekirse, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi emredici bir düzenlemedir. Buna göre, avukatın yasal vekalet ücretinin bir kısmını veya tamamını müvekkiline bırakmasını öngören sözleşmeler kanuna açıkça aykırılık teşkil edecektir.<sup>20</sup> Kanun koyucu, vekil ile müvekkil arasındaki sözleşmeye bakılmaksızın dava sonunda hükmedilecek yargılama giderlerinden yasal vekalet ücretinin avukata ait olacağını açıkça belirtmek gerektiğini hissetmiştir.

Anılan değişiklikte iki noktaya açıklık getirilmesi amaçlanmıştır. Bunlardan ilki, borcun kaynağıdır. Borcun kaynağı (sebebi), avukata ait olacak bir edimdir. Bu ise, HUMK hükümlerine göre dava sonunda hükmedilecek bir yargılama gideri olan (yasal) vekalet ücretidir. İkincisi ise, borcun alacaklısı olarak avukatın gösterilmiş olmasıdır.

Kanun koyucu bu değişiklikle aslında borcun kaynağını değiştirmemiş, sadece HUMK hükümleri uyarınca davada haklı çıkan tarafa

<sup>19</sup> Tartışmalar özellikle dava sonunda yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücretinin davada haklı çıkan müvekkil adına mı, yoksa onun vekili adına mı hükmedileceği ve vekilin bu gelire sözleşme veya kanundan hangisine göre (hangi hukuki sebeple) sahip olduğu noktalarında toplanmakta idi.

<sup>20</sup> Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 291-292. Ayrıca bkz. Yar. 4. HD, 10.03.2005, E. 2004/5196, K. 2005/2425; Yar. 4. HD, 13.12.2004, 2004/5370-14142.



ait olması gereken bir yargılama gideri kaleminin alacaklısını değiştirmek suretiyle bunun avukata ait olacağını açıkça belirlemiştir.

Bilindiği üzere, “irade” esas alındığında borcun kaynakları; “borcun doğumunun iradeye bağlı olduğu haller” ve “borcun doğumunun iradeye bağlı olmadığı haller” olmak üzere iki gruba ayrılır:<sup>21</sup>

Borcun doğumunun iradeye bağlı olduğu haller de iki grupta incelenir. Borç, iradenin arzu ettiği sonucun meydana gelmesi şeklinde gerçekleşiyorsa buna “hukuki muamelelerden doğan borçlar” denir ve bu durumda borcun kaynağı sözleşmedir. Diğer ihtimalde borç, iradenin kusurlu olması dolayısıyla başkasına yüklenen zararı tazmin borcu şeklinde gerçekleşir. Bunlar “haksız fiilden doğan borçlar”dır ve bu durumda borcu doğuran kaynak “haksız fiil”dir.

Borcun doğumunun iradeye bağlı olmadığı haller de iki gruba ayrılır. Borç, ya bir şahsın malvarlığının diğer bir şahsın malvarlığı aleyhine haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmesi yüzünden doğar ve bu sebepsiz zenginleşmenin bertaraf edilmesi gayesini güder ki buna “sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar” denir ve bunun kaynağı da sebepsiz zenginleşmedir. Yahut borç, doğrudan doğruya kanunun yüklediği bir mükellefiyet şeklinde gerçekleşir. Bu borçlara ise “kanundan doğan borçlar” denir ve kaynağı kanundan doğan mükellefiyettir.

Gerçekten sözleşmeye aykırı davranış, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya kanundan doğan mükellefiyet gibi borcu doğuran durum muhakkak bir olaydır. Borcun yükümlüsü ve alacaklısı ise, örneğin nafaka borcunda olduğu gibi bu durumdan bütünüyle bağımsızdır. Nafaka (geçimlik); kanunların belirlediği durumlarda, genellikle, zaruret içinde bulunan kimseye kanunda belirtilen yükümlüler tarafından verilmesi gerekli yardım şeklinde tanımlanabilir. Nafaka yükümlülüğü ise, muhtaç karı ve kocanın birbirlerine, ana ve babanın küçük çocuklarına, altsoyun üstsoya, üstsoyun altsoya, refahta olan kardeşin diğer kardeşlerinin zarureti durumunda bunlara yardım yükümlülüğüdür.<sup>22</sup>

Bu durumda, nafaka borcunda aşağıdaki şekilde bir belirleme yapılabilir:

<sup>21</sup> Oğuzman, K., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 33.

<sup>22</sup> Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1996, s. 605-606.

### Nafaka Borcunda Hukuki İlişki

Borcu Doğuran Olay	Borcun Kaynağı	Yükümlüsü ve Alacaklısı
Zaruret hali	Kanuni mükellefiyet	Kanunda belirlenen kişiler

Aynı şekilde, yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücreti için benzer bir belirleme yapılması mümkündür:

### Yasal Vekalet Ücreti Ödeme Borcunda Hukuki İlişki

Borcu Doğuran Olay	Borcun Kaynağı	Alacaklısı
Çekişmeli bir yargılama neticesinde mahkemece yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesine karar verilmesi	HUMK'nın 413 ve devamı maddeleri	1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca davada haklı çıkan tarafın avukatı

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) uyarınca bir borcun alacaklısının; kanundan doğan alacağın temliki veya kanundan doğan ifa alacaklısının değiştirilmesi gibi kanunla değiştirilmesi mümkündür. Ancak borcun alacaklısının kanunla değiştiği bir durumda, alacaklısı değişen borcun, kaynağı değişmemektedir. HUMK uyarınca alacaklısı davada haklı çıkan taraf iken yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücreti borcunda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, bunu değiştirmek suretiyle borcun alacaklısını “*davada haklı çıkan tarafın avukatı*” olarak belirlemiştir.

Dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilen bir yargılama gideri olan (yasal) vekalet ücretinin, avukatın müvekkiliyle arasındaki avukatlık sözleşmesinden kaynaklandığını (sözleşmeye dayanan avukatlık ücreti olduğunu) savunmak güçtür. Her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinin başlığı “*Avukatlık Ücreti*” ise

de, amaçsal yorumla durumun tam aksi istikamette olduğu (avukatlık ücreti gibi bir hizmet karşılığında alınmadığı) görülür.

Kanun koyucunun gerçek amacı, bir yargılama gideri olan (yasal) vekalet ücretinin avukata verilmesi suretiyle avukata müvekkiline hizmeti karşılığında gelir sağlamak olsa idi, bunun tarafların iradeleriyle belirlenen ve avukatın müvekkiline sağladığı hizmetin karşılığı olan avukatlık ücretinin kanundan doğan alt ve üst sınırları artırılmak suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Bunun yerine kanun koyucu, bir yargılama gideri kaleminin avukata verilmesi yönünde hüküm ihdas etmiştir.

Kanun koyucunun amacının, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği üzere;<sup>23</sup> "1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi ile dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar arasında ücret kararlaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olma (...)" şeklinde kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesi gereğince avukat, müvekkiliyle arasında bir yazılı sözleşme yapılıp yapılmamasına, yazılı bir sözleşme yapılmışsa sözleşmede ücretin kararlaştırılmamış olmasına veya ücrete ilişkin kararlaştırılan maddenin hükümsüz olmasına bakılmaksızın her zaman avukatlık ücretine hak kazanır. Buna göre avukatın, müvekkiline sağladığı hizmetin karşılığını müvekkilinden almasının önünde yasal bir engel yoktur.

Yine kanun koyucunun amacı, yukarıda anılan kararda ifade edildiği gibi "vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olmak" da değildir. Zira değinildiği gibi, avukat müvekkiliyle arasındaki sözleşmeye dayanarak her zaman ücretini (hizmetinin karşılığını) müvekkilinden almaktadır. Bu itibarla, avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde ettiği gelirin, müvekkiline gördüğü bir hizmetin karşılığı olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca avukatlara sağlanan gelirin avukat için bir "ücret garantisi" olduğu da söylenemez. Zira davada haksız çıkan tarafın mahkemece hükmedilen yargılama giderlerini ödememesi durumunda davada haklı çıkan ta-

<sup>23</sup> AYM, 03.03.2004, 2004/8-28, RG, 26.02.2005, 25739.

rafın avukatının kendi müvekkilinden bu konuda talepte bulunması mümkün değildir. Kaldı ki bidayet mahkemesi yargılama gideri olan vekalet ücretine hükmetmeyi sehven unutsa bile, davada haklı çıkan taraf avukatı, bu konuda istinaf veya temyiz yoluyla *“kendi nam ve hesabına”* bir üst derece mahkemeye başvuramaz. Ancak bu gelir kalemi (yasal vekalet ücreti), müvekkiline gördüğü hizmetin karşılığında müvekkilin avukata ödemesi gereken meblağ olsaydı, nasıl ki avukatlık ücretinde müvekkil borcunu ödemediğinde avukatın müvekkilini *“kendi nam ve hesabına”* takip ederek, müvekkilinden gördüğü hizmetin karşılığını isteme hakkı var idiyse, bu gelir kalemi (yasal vekalet ücreti) herhangi bir şekilde ödenmediğinde veya buna hükmedilmediğinde de, avukatın müvekkilinden bu gelir kalemini (yasal vekalet ücretini) talep etme hakkı olmalıydı. Mamafih yasal durum karşısında bugün avukatın böyle bir hakkının olduğu söylenemez.

Kanun koyucunun amacının, yargılama gideri olan (yasal) vekalet ücretinin kime ait olacağına müvekkille avukat arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti gibi tarafların serbest iradeleriyle karar verebilmelerine imkan sağlanması, diğer bir anlatımla dava sonunda hükmedilen (yasal) vekalet ücretinin avukatla müvekkil arasındaki sözleşmenin bir edimi haline getirmek olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira gerçek amacı bu olsaydı kanun koyucu; *“avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti müvekkile aittir.”* şeklinde bir düzenleme yapmak suretiyle HUMK hükümlerine uygun olarak müvekkile ait bir hakkı onun lehine bir karine kabul etmek suretiyle çözümü tarafların iradesine bağlardı. Böylece müvekkil, avukatının kendisine sunduğu hizmeti değerlendirmek suretiyle bu geliri avukata verip vermemekte özgür olacak, vermesi durumunda ise bu gelir avukata, avukatın müvekkile gördüğü bir hizmetin karşılığı olarak verildiği için *“avukatlık ücreti”* sayılacaktı. Ancak kanun koyucu bunun yerine ilk önce, *“avukatla iş sahibi arasında aksine sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.”* demek suretiyle avukat lehine bir karine tesis etmiş ve fakat bu düzenleme, tartışmaları da beraberinde getirdiğinden anılan hüküm, *“dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.”* şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeyle kanun koyucu; avukat ile müvekkilin iradesi ne yönde olursa olsun, aralarındaki sözleşmeden bütünüyle bağımsız olarak, dava sonunda hükmedilen yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücretinin avukata ait olacağını hükme bağlamış ve bu gelirin avukatın müvekkiline sunduğu hizmetle hiçbir ilgisi bulunmadığını açıklıkla beyan ve tespit etmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde ücretten bahsedilmekle beraber, hükmün lafzı değil, ruhu yorumlandığında, avukatın yasal vekalet ücreti ve avukatlık ücreti olmak üzere elde ettiği her iki gelir kaleminin birbirinden tümüyle farklı olduğu anlaşılır. Avukatlık ücretinin yukarıdaki tanımı hatırlandığında farklar daha net ortaya çıkmaktadır:

*“Avukatlık ücreti; tarafların serbest iradeleri ile (ücret bakımından kanunun gösterdiği alt ve üst sınırlara göre) belirlenmiş iki tarafa borç yükleyen bir avukatlık sözleşmesinde; sözleşmenin yazılı olup olmamasına, sözleşme yazılı ise sözleşmede ücretin kararlaştırılmamış olmasına veya ücrete ilişkin kararlaştırılan maddenin hükümsüz olmasına bakılmaksızın, avukatın sağladığı hukuki yardım hizmetinin karşılığı olarak ve avukat tarafından verilen hukuki yardımın sonucundan bağımsız olarak (davanın kazanılıp kazanılmadığına bakılmaksızın), avukatın müvekkilinin aralarında akdedilmiş sözleşmeye dayanarak avukata ifa ettiği değerdir.”*

İrade ölçütü dikkate alındığında borcun kaynakları birbirinden farklıdır. Avukatlık ücreti kaynağını, sözleşmeden ve dolayısıyla tarafların serbest iradesinden alır. Ancak dava sonunda hükmedilen yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücreti ödeme borcunun kaynağı, HUMK'nın 413 ve devamı maddeleridir ve dolayısıyla burada iradilikten değil, kanunilikten söz edilir. Çekişmeli bir yargılamanın yapılması ve dava sonunda taraflardan birinin haklı çıkması borcun doğması için yeterlidir. Dolayısıyla bu borç, kanuni bir mükellefiyet olup bir hizmet ifasının karşılığı değildir.

Avukatlık ücretinin kaynağı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan karşılıklı edim borçlarını ihtiva eder. Bunlardan ilki, avukatın müvekkiline hizmet ifa etme borcudur. Bu edimin alacaklısı ise, hizmetten yararlanan müvekkildir. İkinci edim, avukat tarafından verilen hizmetin karşılığında müvekkilin ücret ödeme borcudur. Ücret ödeme ediminin alacaklısı ise, avukattır.

Dava sonunda hükmedilen (yasal) vekalet ücretinin avukata verilmesinde, avukat (bir meblağın ödenmesinin muhatabı olması bakımından) yine alacaklı durumundadır. Ancak bu edimin borçlusu, avukatın müvekkili değil, davada haklı çıkan (karşı) taraftır.

Gelinen noktada, avukatla davanın diğer tarafı arasındaki ilişkinin sağlıklı bir şekilde tespit edilmesi de önem arz etmektedir. Bu çaba içerisinde öncelikle davada haksız çıkan karşı tarafın, diğer tarafın avukatına bir meblağ ödemek zorunda olup olmadığına veya diğer tarafın avukatının hangi edimine karşılık davada haksız çıkan tarafın avukata bir meblağ ödemek zorunda kaldığının belirlenmesi gerekir.

Avukat, davada haksız çıkan tarafa bir hizmet ifa etmemektedir. Zira avukatın hem kendi müvekkiline ve hem de davanın diğer tarafına hizmet ifa etmesi, istisnai birkaç durum dışında, mümkün değildir.<sup>24</sup> Kaldı ki böyle bir durumu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu da yasaklamıştır. Bu itibarla avukatın elde ettiği yasal vekalet ücreti gelirin, ifa ettiği bir hizmetin karşılığı olmadığı açıktır. Bu görüşün aksini (avukatlık ücreti olduğunu) savunmanın önündeki diğer bir engel, avukatın ifa ettiği hizmet karşılığında elde ettiği ücretin, avukatın gördüğü hizmetin sonucundan bağımsız olması ve avukatın bir hukuki yardım sağlamasının bu ücrete hak kazanmak için yeterli olmasıdır.

Avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde ettiği yasal vekalet ücreti gelirin, avukatın ifa ettiği hizmetin karşılığı olan avukatlık ücreti niteliğinde olduğu kabul edilse ve bu ücrete avukatın davayı kaybetmesi halinde bile hak kazandığı düşünülse, bu yasal vekalet ücreti gelirini yalnızca davayı kazanan taraf vekilinin değil, davayı kaybeden taraf vekilinin de alması gerekirdi. Oysa yasal vekalet ücreti borcunun kaynağı hizmet ifası değil, HUMK uyarınca çekişmeli bir yargılama yapılması ve bu yargılama sonucunda taraflardan birinin haksız çıkmasıdır. Avukatın 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde ettiği yasal vekalet ücreti geliri, vekil ile müvekkil arasında kararlaştırılan avukatlık ücretinin hiçbir unsurunu taşımaz. Bu borç sözleşmeden doğmamakta, borçlusu davada haklı taraf (müvekkil) değil, davada haksız çıkan diğer taraf olup, bir hizmetin karşılığında da alınmamaktadır.

<sup>24</sup> 1136 sayılı Av. K. m. 38: "Avukat; (...) b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafta avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, (...) teklifi reddetmek zorunluluğundadır."

Avukatlık, serbest meslek olmakla beraber avukatın elde ettiği yasal vekalet ücreti geliri, serbest meslek faaliyeti sonucunda elde edilen bir gelir değildir.

Tüm bu tespitlere ek olarak avukatın yasal vekalet ücreti geliri, hizmet ifası karşılığında edinilen bir meblağ sayılamayacağından, hizmet ifasının karşılığı olan avukatlık ücretinden diğer yönleriyle de ayrılır. Bu farklılıklar, avukatın yasal vekalet ücreti gelirinin, avukatlık ücretinden farklarını ortaya koyarken, aynı zamanda anılan gelirin hizmet ifası sonucu elde edilmediği savının da bir sağlaması niteliğinde olacaktır.

Avukatlık ücreti, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesi uyarınca kanunun gösterdiği alt ve üst sınırlar içerisinde avukat ve müvekkil arasında serbestçe kararlaştırılır. Bu serbestliğin kaynağı, kişilerin hizmetinden yararlanacakları avukatı serbestçe tayin ve avukatın da kendisine yapılan hizmet ifası teklifini değerlendirmek suretiyle işi kabul edip etmeme özgürlüğüdür.<sup>25</sup>

Avukatlık sözleşmesinin tarafları (avukat ile müvekkil), hizmetin ifa edilip edilmeyeceğine özgür iradeleriyle serbestçe karar verdiklerinden, hizmet ifasının karşılığı olan ücret de serbestçe tayin edilmektedir.

Avukatın yasal vekalet ücreti gelirinin meblağı, HUMK uyarınca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri çerçevesinde belirlenir ve miktarını hakim tayin eder.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre yasal vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz. Bu ücretin takdirinde avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresi göz önünde tutulur. Avukatlık ücretinin takdirinde hakim, dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifeyi esas almak zorundadır (1136 sayılı Av. K. m. 168/son).

Yasal vekalet ücretini takdir ederken hakim, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmeye dayanarak belirleyemez. Zira mahkeme tarafından hükmedilen yasal vekalet ücretini ödeme borçlusu, avuka-

<sup>25</sup> 1136 sayılı Av. K. m. 37/1: "Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir."

tın müvekkili değil, davada haksız çıkan taraftır. Yasal vekalet ücretini ödeme borçlusu davada haksız çıkan taraf olduğundan, bu borcun miktarına avukat ile müvekkil serbestçe karar veremez. Yasal vekalet ücretinin miktarını HUMK uyarınca hakimın tayin etmesinin sebebi, bu gelirin, avukatın müvekkiline sunduğu hizmet ifasının bir karşılığı olmamasıdır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu incelendiğinde kanunun, yasal vekalet ücreti gelirini bir hizmetin karşılığı olarak kabul etmediği anlaşılmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca avukatın ifa ettiği hizmetin karşılığı olan avukatlık ücreti, aynı Kanun'un 163. maddesi uyarınca avukatlık sözleşmesinin kurucu unsurlarından olup, sözleşmede belirli bir meblağ veya değere karşılık gelmelidir. Ücretin, dava konusu (müddeabih) parayla ölçülebiliyorsa bunun yüzdesi olarak tayin edilmesi mümkün ise de, bunun sözleşme yapıldığı anda belirli olması gerekir. Örneğin; konusu 100.000 lira olan bir alacak davasında, yargılama sonunda dava kaybedilirse %5, kazanılırsa %10 şeklinde kararlaştırılan avukatlık ücreti belirlidir. Zira dava kaybedilirse avukat 5.000 lira, kazanılırsa 10.000 lira avukatlık ücretine hak kazanacaktır.

Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değerse ve avukatlık sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olup belirli olması şartsa, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yasal vekalet ücretini bu hesaba hangi gerekçeyle dahil etmediği sorusunun da cevaplanması gerekir.

Verilen örnekte yasal vekalet ücreti niteliğindeki gelir kaleminin de hesaba katıldığı varsayılın: Dava kaybedildiğinde avukat 5.000 liraya hak kazanacak, dava kazanıldığında ise 10.000 liraya ek olarak dava sonunda hükmedilen yargılama giderlerinden yasal vekalet ücretini de alma hakkı olacaktır. Ancak dava sonunda hükmedilen yasal vekalet ücretinin miktarını HUMK uyarınca hakim tayin etmektedir. Bu aşamada hakim, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesine göre Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde gösterilen miktarın üç katına hükmedebileceği gibi, HUMK'nın 422. maddesi<sup>26</sup> uyarınca dava-

<sup>26</sup> 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı kanununun 20. maddesiyle değişik HUMK m. 422: "Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeğe mahkum edilebilir. Vekalet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çık-



da haksız çıkan tarafın kötü niyetli olması halinde haklı çıkan tarafın kendi avukatıyla yaptığı sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamına veya bir kısmına da karar verebilir. Ancak ikinci durumda hükmedilecek vekalet ücreti avukata değil, davada haklı çıkan tarafa aittir. Zira buradaki vekalet ücreti, yargılama giderlerinden değildir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu yasal vekalet ücretini avukatın hizmetinin karşılığı olarak kabul etmiş olsaydı, bu gelir kaleminin avukatlık ücreti sayılması, avukatlık ücretinin hesabında değerlendirilmesi ve dolayısıyla ücretin sözleşme yapıldığı anda belirli olması kuralına aykırılık teşkil etmemesi gerekirdi. Yasal vekalet ücretiyle ilgili olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda alt ve üst sınır getirilmesi de bu sonucu değiştirmez. Dolayısıyla pozitif hukuk karşısında değinilen şartların gerçekleştiği söylenemez. Bu sebeple, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yasal vekalet ücretini avukatın hizmetinin karşılığı olarak kabul etmediği rahatlıkla söylenebilir.

Bir kişi bir davada kendisini birden fazla avukatla temsil ettirmek isterse, kendisini temsil eden her avukata ayrı ayrı ücret ödemek zordur. Zira her avukatın hizmeti ayrıdır ve ayrıca ücrete tâbidir. Diğer yandan davada o kişi birden fazla avukatla temsil edilip de haklı çıktığında hakim, yargılama sonunda o kişi lehine sadece bir avukatla temsil edilmiş gibi bir yasal vekalet ücretine hükmeder. Bunun sebebi, yargılama sonunda hükmedilen yasal vekalet ücretinin, bir hizmetin karşılığı olmayıp, bir yargılama gideri olmasından ileri gelmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinin amacı ve anlamı değerlendirilip, avukatlık ücretinin özellikleri dikkate alındığında, yasal vekalet ücretine avukatın hizmetinin bir karşılığı olarak hükmedilmediği aşikârdır. Zaten bundan dolayıdır ki yasal vekalet ücreti, avukatlık ücretinin hiçbir unsur ve özelliğini taşımamaktadır.

---

*ması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması halinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan tarafa ayrıca mahkemece beş yüz Türk Lirası'ndan beş bin Türk Lirası'na kadar idari para cezası verilir. Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise, idari para cezası vekil hakkında uygulanır."*

UNSURLAR	AVUKATLIK ÜCRETİ	YASAL VEKALET ÜCRETİ
<b>Tarafların İradesine Bağlı Olup Olmaması</b>	Tarafların iradesine bağlıdır.	Tarafların iradesine bağlı değildir, kanundan doğar.
<b>Kaynağı</b>	Avukat ile müvekkilin serbest iradeleriyle yaptıkları avukatlık sözleşmesidir.	HUMK'nın 413 ve devamı maddeleridir (yargılama giderlerine dair hükümler).
<b>Borcu Doğuran Olay</b>	Avukatın müvekkiline hizmet ifasıdır.	Bir yargılama faaliyeti neticesinde yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yüklenmesine karar verilmesidir.
<b>Borçlusu</b>	Avukatın hizmet ifa ettiği müvekkildir.	Avukatla arasında hiçbir ilişki bulunmayan, davada haksız çıkan (karşı) taraftır.
<b>Belirli Olması Kuralı</b>	1136 sayılı Av. K.'nin 163. maddesi uyarınca borcun meblağı avukatlık sözleşmesi yapıldığı anda belirli olmalıdır.	Borcun meblağını HUMK hükümleri uyarınca hakim tayin eder. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.
<b>Dava Neticesine Bağlılığı</b>	Dava kazanılsa da, kaybedilse de, avukat ücrete hak kazanır. İş sonucunun değil, hizmet ifasının karşılığıdır.	Borç, ancak davanın kazanılması durumunda doğar. Borcun doğumu davanın sonucuna doğrudan bağlıdır.
<b>Avukatın Talep Hakkı</b>	Avukat, ücret alacağı müvekkiline ifa ettiği hizmetin karşılığı olduğundan, müvekkilini kendi nam ve hesabına takip edebilir. Müvekkilin, avukatlık sözleşmesi uyarınca borcu ödeme yükümlülüğü vardır.	Avukat, müvekkilinden talepte bulunamayacağı gibi, davanın haksız çıkan tarafını da kendi nam ve hesabına değil, ancak müvekkili nam ve hesabına takip edebilir.
<b>Kazanç Türüne Göre Tasnifi</b>	Serbest meslek kazancıdır.	Serbest meslek kazancı değildir.

Bu çerçevede, Avukatın Av. K. md. 164/son fıkra uyarınca elde ettiği gelir; *bir hizmetin karşılığı olmayıp*; kaynağını, HUMK m. 413 ve devamındaki, yargılama giderlerine ilişkin hükümlerin (kısacası kanundan kaynaklanan bir giderin sorumluluğunun) oluşturduğu ve bir yargılama yapılması neticesinde haksız çıkan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi ile doğan borcun alacaklısı, HUMK uyarınca davada haklı çıkan taraf iken<sup>27</sup>, davada haklı çıkan tarafın alacak hakkının, yasama siyaseti ile, *kanundan doğan alacağın temlik ile avukata intikal etmesinin sonucudur*.

BK'nın 161 ve devamı maddeleri alacağın temlikini düzenlemektedir. Alacağın temlik; tarafların anlaşması, kanuni ve kazai intikal olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar. Alacağın kanuni intikali; alacaklının hiçbir irade beyanında bulunmasına gerek kalmaksızın alacağın başka bir kişiye intikalini sağlar. Bu durum kanun koyucunun iradesinden kaynaklanır. Bir alacağın kanuni intikalini, alacağın sözleşmeyle devrinden ayıran en önemli özellik, kanuni intikalde şekil şartı aranmaması ve önceki alacaklının garanti yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

Temlikin yapılmasıyla birlikte borcu doğuran olayın tarafları aynı kalmakta iken, alacak ve talep etme hakkı temlik kurulduğu andan itibaren temlik alana geçmektedir. Temlik gerçekleştiği andan itibaren alacaklının, alacak üstünde tasarruf hakkı ortadan kalkar. Kanun koyucu da bu hususu dikkate almış olmalıdır ki, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son, c. 2 maddesi uyarınca yasal vekalet ücreti de, iş sahibinin borcu sebebiyle takas, mahsup edilemez ve haczedilemez.

Yasal vekalet ücretinin kaynağı hizmet ifasından (karşılıklı edimlerin değişiminden) kaynaklanmış olsa idi, davada haksız çıkan taraf bunu ödemekten imtina ettiğinde, avukatın müvekkilinden bu ücretin kendisine ödenmesini talep etme hakkı olur idi. Bunun mümkün olmamasının sebebi, alacağın hizmet ifasından değil, kanuni temlikten doğması ve kanuni temlikte BK'nın 171/2 maddesi uyarınca önceki alacaklının garanti yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

Savunulan tezin sağlamlasını şu örnekle yapmak mümkündür: Kanun koyucu 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesini,

<sup>27</sup> "Mahkemece, dava sonunda davacı yararına takdir olunan vekalet ücretinin Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesi hükmünün yorumlanmasında hataya düşülerek davacı yerine doğrudan avukata ödenmesi yolunda hüküm kurulması doğru değildir"; Yar. 18. HD, 23/06/2003, 2003/3755-5372, YKD, C. 29, S. 9, Eylül, 2003, s. 1410-1412.

“Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti Türkiye Barolar Birliği’ne (veya Adalet Bakanlığı’na veya Çocuk Esirgeme Kurumu’na) aittir.” şeklinde değiştirdiği varsayalım. İşte yasal vekalet ücretinin “hizmet ifasının karşılığı” olduğunu savunan görüş böyle bir değişikliği açıklamaktan aciz kalsa da, yukarıda izah edilmeye çalışılan tez rahatlıkla açıklayabilecektir.

### III. YASAL VEKALET ÜCRETİ VE KDV

Vergi idaresinin “özelge (mukteza)” seviyesindeki düzenlemeleri<sup>28</sup> çerçevesinde mevcut uygulama, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre hükmolunan yasal vekalet ücretlerine ayrıca KDV eklenmemesi ve KDV’nin ücret üzerinden iç yüzde yöntemiyle hesap edilmesi şeklinde cereyan etmektedir. Buna göre, mahkeme kararı gereğince avukata ödenen vekalet ücreti serbest meslek faaliyeti kapsamında KDV’ye tâbi sayılıp, avukat tarafından düzenlenecek serbest meslek makbuzunda ayrıca KDV’nin hesaplanması gerekecektir. Ancak mahkeme kararında “KDV hariç” şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde vekalet ücretine KDV dahil kabul edilecek ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle tespit edilen KDV avukat tarafından düzenlenecek serbest meslek makbuzunda gösterilecektir.

KDV, harcamalar üzerinden alınan vergilerin en gelişmiş ve modern türüdür.<sup>29</sup> KDV’de üretim, dağıtım ve hizmet sektörleri her el değiştirme aşamasında vergilendirilmekte, işletme girdileri için yüklenilen vergiler hazineye borçlanılan vergilerden indirilmektedir. KDV’nin vergi indirimi imkanı sebebiyle yarattığı menfaat çatışması, bir yandan bu verginin kendi içinde bir özdenetim sağlamakta, diğer yandan da verginin belge ve kayıt düzenine dayanması dolayısıyla gelir vergisiyle kurumlar vergisinin hasılatlarını artırdığından Türk vergi sistemi içinde bir özdenetim yaratmaktadır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri KDV Grup Müdürlüğü, 11/04/2008, 3476 sayılı “Avukatlık Ücreti” konulu özelge; Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü, 2007-GVK-61-28 sayılı “Gelir vergisi tevkiyatı” konulu özelge.

<sup>29</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, a. g. e., s. 401.

<sup>30</sup> Harcamalar üzerinden alınan vergilerin diğer türlerinde görülen vergi piramidinin bulunmaması ve üretim-tüketim zincirinde satıcılarla alıcılar arasında hazine yararına sonuçlanan menfaat çatışmasının varlığı, KDV’yi üstün kılan başlıca özel-

KDV'nin konusu, Türkiye'de ticari, sınai ve zirai faaliyetler ile serbest meslek faaliyetleri çerçevesinde yapılan mal teslimi, hizmet ifası ile her türlü mal ve hizmet ithalidir.<sup>31</sup> Arızı olarak yapılan ticari, sınai ve zirai faaliyetler çerçevesinde yapılan satışlar KDV'nin konusuna girmez. KDV'nin konusuna giren ticari, sınai ve zirai faaliyetler ile serbest meslek faaliyetlerinin kapsamı, niteliği ve devamlılığı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre veya bu kanunda açıklık bulunmayan durumlarda 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre tespit edilmektedir.<sup>32</sup>

İnceleme konusuyla yakın ilgisi sebebiyle "hizmet" ve "hizmet ifası" kavramlarının tanımlanması gerekmektedir. 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 4/1 maddesine göre, "hizmet"; teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemlerdir. 3065 sayılı KDV Kanunu, hizmet kavramını doğrudan tanımlamamış ve bunun yerine dolaylı bir yöntem benimsemiştir. Oysa aynı kanunda "teslim", bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik veya onun adına hareket edenler tarafından alıcıya veya adına hareket edenlere devredilmesi şeklinde "doğrudan" tanımlanmıştır.

Teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler, bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi şekillerde gerçekleşebilmektedir. 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 4/2 maddesine göre, bir hizmetin karşılığının bir mal teslimi veya diğer bir hizmet olması durumunda bunların her biri ayrı bir işlem olup, hizmet veya teslim hükümlerine göre ayrı ayrı vergilendirilmektedir.

3065 sayılı KDV Kanunu'nun 1/1 maddesine göre, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler KDV'ye tâbidir. Teslim ve hizmet işlemlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığını oluşturan bedeldir ve 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 24/2 maddesine göre vergi, resim, harç, pay ve fon karşılığı gibi unsurlar bu bedel kapsamındadır.

3065 sayılı KDV Kanunu'nun 27/5 maddesi, hizmetin bedelinin, serbest meslek faaliyetleri için ilgili meslek teşekkülleri tarafından be-

---

liklerdir

<sup>31</sup> Bkz. 1 Seri Numaralı KDV Genel Tebliği, RG, 30.11.1984.

<sup>32</sup> Öncel, Kumrulu, Çağan, a. g. e., s. 405.

lirlenmiş bir tarife varsa, bu tarifede belirlenen ücretten düşük olamayacağını ifade etmektedir. Aynı Kanun'un 29/1 maddesindeyse, yükümlülerin, yaptıkları vergiye tâbi işlemler üzerinden hesaplanan KDV'den, faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV'yi indirebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda değinilen hükümler çerçevesinde avukatların serbest meslek faaliyeti neticesinde elde ettikleri gelir, serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmekte ve KDV'ye tâbi tutulmaktadır. Ancak yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücretine ayrıca KDV uygulanması meselesi, bugüne kadar en çok tartışılan konuların başında gelmektedir.

Bir faaliyetin KDV'nin konusuna girebilmesi için KDV Kanunu m. 1, 4, 5 ve 20 uyarınca, faaliyetin Türkiye'de gerçekleşmesi, kazancın serbest meslek çerçevesinde elde edilmesi ve kazancın bir hizmet ifası sonucunda oluşması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Avukatlık, serbest meslek olmakla birlikte, yasal vekalet ücreti geliri serbest meslek faaliyeti neticesinde elde edilmemektedir. Pozitif hukukta serbest meslek kazancı, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde tanımlamıştır. Buna göre her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti ise, sermayeden çok kişisel çalışmaya, bilimsel veya mesleki bilgiye veya uzmanlığa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin bir işverene tâbi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.

Serbest meslek erbabı (örneğin avukat), bir hizmet ifa eder ve bu hizmetin karşılığında bir gelir (avukatlık ücreti) elde eder. İşte bu şekilde elde edilen gelir, serbest meslek kazancıdır. Ancak avukat, yasal vekalet ücretini bir hizmet ifasından dolayı (mesleğini ifa etmesi sebebiyle) almamakta, kanundan kaynaklandığı için bu geliri serbest meslek faaliyetinden dolayı elde etmemektedir. Dolayısıyla KDV doğması için gerekli "*serbest meslek faaliyeti çerçevesinde kazanç elde edilmesi*" şeklindeki şart, yasal vekalet ücreti bakımından gerçekleşmez.

Avukatın yasal vekalet ücretine, hizmet ifası karşılığında değil, kanundan doğan bir borcun kanunla alacaklısı haline geldiği için hak kazandığı bir gerçektir. Dolayısıyla KDV doğması için gerekli "*elde edi-*

len kazancın bir hizmet ifası sonucunda gerçekleşmesi" şeklindeki şart da, yasal vekalet ücreti bakımından gerçekleşmez.

Konuyu, bir de 3065 sayılı KDV Kanunu'nun 20. maddesi<sup>33</sup> çerçevesinde değerlendirmek yararlı olacaktır. Anılan hüküm uyarınca bedel, hizmetin ifasının karşılığıdır. Ancak yasal vekalet ücreti bir hizmetin karşılığı değildir. Yine aynı hükme göre, KDV'nin miktarı hesap edilirken, öncelikle bunun bir hizmetin karşılığında alınıp alınmadığının tespiti gerekir. Yine bu hizmetin karşılığının, hizmetin ifa edildiği kişi tarafından ödenmesi veya borçlanması şarttır. Yasal vekalet ücreti ne bir hizmet ifasının sonucudur, ne de borçlusu, hizmetin ifa edildiği kişi, yani davada haklı çıkan taraftır. Yargıtay'ın görüşü de aynı doğrultudadır.<sup>34</sup>

Yine aynı hükümde, elde edilen kazancın değerinin bir tarifeye göre belirlendiği durumlarda KDV tarifeye belirlenen değer içinde yer almış olacaktır. Yasal vekalet ücreti, hakimın takdiriyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenmekle birlikte, bu kazanç bir hizmetin karşılığında elde edilmediğinden bu düzenlemeyle bir ilgisinin olması mümkün değildir.

Bu meselenin incelenmesinde, öncelikle, Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi"nin ve konuyla ilgili hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nu köklü biçimde değiştiren 4667 sayılı kanun yürürlüğe girmeye başlamadan önce, iki yılda bir Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmakta idi. 4667 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle beraber Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi artık her yıl hazırlanmaya başlandı ve Türkiye Barolar

<sup>33</sup> 3065 sayılı KDV Kanunu m. 20: "1. Teslim ve hizmet işlemlerinde matrah, bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedeldir / 2. Bedel deyimi, mal teslim alan veya kendisine hizmet yapılan veyahut bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlarca borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamını ifade eder / 4. Belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedeli Katma Değer Vergisi dahil edilerek tespit olunur ve vergi müşteriye ayrıca intikal ettirilmez."

<sup>34</sup> "3065 sayılı KDV Kanunu'nun 20. maddesindeki vergi matrahı tanımından hareket edildiğinde, davada haksız çıkan tarafın, davada lehine hüküm kurulan tarafın vekilinin hizmetinden yararlanan kişi olarak nitelenemeyeceği gibi (...)", Yar. 10. HD, 26.03.2003, 2003/3591-4345.

Birliği'nin<sup>35</sup> bu konudaki yetki sahası genişletildi. Bugün, Türkiye Barolar Birliği'nin görevlerinden biri de, avukatlık ücret tarifelerini hazırlayarak Adalet Bakanlığı'nun onayına sunmaktır.<sup>36</sup>

Bütün hukuki yardımlarda avukatla iş sahipleri arasında yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış olan<sup>37</sup> veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uygulanmakta ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirlenen ücretlerin altında avukatlık ücreti kararlaştırılmamakta, aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz kabul edilmektedir.

Avukatlık ücretinin takdirinde, hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri esas alınmaktadır (1136 sayılı Av. K. m. 168/3).<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluş ve nitelikleri, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dokuzuncu kısmında (m. 109-133) düzenlenmiştir.

<sup>36</sup> Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin hazırlanması süreci, Türkiye Barolar Birliği ile Adalet Bakanlığı arasında paylaştırılmış ve 4667 sayılı kanunla Türkiye Barolar Birliği'nin bu konuda Adalet Bakanlığı karşısındaki özerkliği, eski düzenlemeye kıyasla, sağlanmıştır. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluş ve niteliklerini belirleyen dokuzuncu kısmında değil, avukatlık sözleşmesi ve ücretine ilişkin on birinci kısmında yer alan 168. maddesinde yer almıştır. Buna göre, baro yönetim kurulları, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemleriyle diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliği'ne göndermektedirler. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından baro yönetim kurullarının teklifleri göz önünde bulundurularak, uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanmakta ve Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir. Bu tarife, Adalet Bakanlığı'na ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşmektedir. Adalet Bakanlığı, uygun bulmadığı tarifeyi, bir daha görüşülmek üzere, gerekçeli olarak Türkiye Barolar Birliği'ne geri gönderebilir. Geri gönderilen tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır. Bu şekilde yürürlüğe giren avukatlık ücret tarifeleri, genel düzenleyici bir işlem olmaları sebebiyle ilk derece olarak Danıştay'ın yargısal denetimine tâbidir.

<sup>37</sup> "Avukatla müvekkil arasında yazılı ücret sözleşmesi yoksa (...) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uygulanır. Ücret tespitinde esas dava değeridir (müddeabihtir). Kazanılan miktar kıstas olamaz.", Türkiye Barolar Birliği, 03.04.1971, 181/24 sayılı İlke Kararı.

<sup>38</sup> Yar. 4. HD, 06.06.2002, 2002/5149-6974; Yar. 4. HD, 14.10.2003, 2003/1801-11701.



Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde yazılı vekalet ücreti kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemlerin karşılığıdır. Davada haklı çıkan taraf lehine vekalet ücretine hükmedilebilmesi için, o tarafın davanın başından sonuna kadar avukat tarafından temsil edilmiş olması şart değildir. Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleriyle belirlenen vekalet ücretinin tamamına hak kazanır. Avukat tarafından takip edilen dava veya işle ilgili olarak düzenlenen dilekçe ve yapılan diğer işlemler ise ayrı bir ücreti gerektirmemekte, hükümlerin tavzihine (açıklanmasına) ilişkin istemlerin ret veya kabulü durumunda da vekalet ücretine hükmedilmez. Ancak icra takipleri ile Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Sayıştay'da temyizen ve bölge idare mahkemelerinde itirazın görülen işlerin duruşmaları ayrı bir ücreti gerektirir.

Dava sonunda yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklenen (yasal) vekalet ücreti, ya mahkemece düzenlenen makbuzun imzalanması yolu ile veya bizzat aleyhine karar verilen (borçlu) tarafça nakden yahut banka havalesiyle veya mahkeme tarafından davayı kazanan tarafa yargılama giderleriyle birlikte herhangi bir şekilde verilmekte ve ardından söz konusu tarafça vekiline (avukatına) ödenebilmektedir.

2010 yılı için uygulanan<sup>39</sup> yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde,<sup>40</sup> bu tarifede yer alan ücretlere ayrıca KDV ekleneceğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Her ne kadar Maliye Bakanlığı'nın<sup>41</sup> görüşü bu doğrultuda olsa da, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne, tarifeye göre hükmolunacak ücretlere ayrıca KDV ekleneceği yönünde

<sup>39</sup> Burada, uygulamada yaşanan bir sıkıntıya da dikkat çekmek gerekir. Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 21. maddesine göre, bu tarifenin yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi, uygulamada çeşitli sıkıntılara sebep olmakta, gerekçeli kararı yitirdiği yazılan dosyalar bakımından yeni yılda uygulanacak tarife hükümlerinin geçerli olması gibi ilginç bir durumla karşılaşmaktadır. Örneğin, 2010 yılı tarifesi 24.12.2009 günü yürürlüğe girmiş ve gerekçeli kararı 24.12.2009-31.12.2009 tarihleri arasında yazılan dosyalarda (yani 2009 yılının son sekiz gününde) 2010 yılı tarifesinin uygulanması gerekmiştir. Bu itibarla, hazırlanan tarifelerin yürürlüğünün 1 Ocak tarihine kaydırılması ve tarifenin yürürlük maddesinin buna göre hazırlanması uygulamadaki sıkıntıyı ortadan kaldıracaktır.

<sup>40</sup> RG, 24.12.2009, 27442.

<sup>41</sup> Bkz. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, 16.04.2003, 166/016440; 18.09.2003, 2994/038276 sayılı özelgeler (muktezalar).

bir ibare eklenmesi Yargıtay'ın içtihadıyla da şekillendiği üzere,<sup>42</sup> her şeyden önce Anayasa'nın verginin kanuniliği ilkesini düzenleyen 73/3 maddesine aykırı olacaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari haddini gösteren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin hazırlanacağı öngörülmüş, ancak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hesaplanan ücrete, avukatlık ücretinin dışında kalan KDV'nin uygulanacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bugün pozitif hukukumuzda davada haksız çıkan tarafın haklı çıkan tarafa ödemesine karar verilen yargılama giderlerinden (yasal) vekalet ücretinin KDV'ye tâbi bulunduğu dair herhangi bir "yasal" düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, davada haklı çıkan tarafa ödenmesi gereken (yasal) vekalet ücretinin haksız çıkan tarafça tazmini yargılama giderlerindedir ve bu durumda KDV doğmamaktadır. Yargılama giderlerinden olması sebebiyle verilen bir hizmetin karşılığı değildir. Bu durumda 3065 sayılı KDV Kanunu kapsamında bir hizmet ifası bulunmamaktadır. Hükmolunan vekalet ücretinin aidiyeti avukatın uhdesindedir. Ancak alacaklısı davada lehine karar verilen taraftır. Yasal vekalet ücretinin, iş sahibi tarafından avukata yapılan bir ödeme olarak kabulüne de imkan bulunmamaktadır. Davanın tarafları, birbirleriyle hiçbir ticari, sınai, zirai ve serbest meslek ilişkisi içerisinde bulunmadıkları gibi, aralarında herhangi bir hizmet alışverişi de yoktur. Dolayısıyla davanın tarafları arasındaki ilişkinin KDV'ye tâbi bir işlem niteliğinde olmadığı açıktır. Sonuç olarak, mahkeme tarafından yargılama gideri olarak hükmolunan (yasal) vekalet ücreti KDV'nin konusu kapsamında değildir.

Dava sonunda yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklenen (yasal) vekalet ücretini de kapsayacak şekilde geniş anlamıyla avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığıdır (1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 164/1). Davada haksız çıkan tarafın, karşı tarafın avukatından herhangi bir şekilde hukuki yardım aldığı iddia edilemeyeceğinin

<sup>42</sup> Yar. 10. HD, 25.02.2003, 2003/889-1122, YKD, C. 29, S. 7, Temmuz, 2003, s. 1073-1075; Yar. 21. HD, 13.03.2003, 2003/729-1973 (yayınlanmamıştır); Yar. 21. HD, 18.03.2003, 2003/1300-2154, YKD, C. 29, S. 5, Mayıs, 2003, s. 768-769; Yar. 18. HD, 23.06.2003, 2003/3755-5372, YKD, C. 29, S. 9, Eylül, 2003, s. 1410-1412; Yar. 4. HD, 17.09.2003, 2003/4051-10170, YKD, C. 30, S. 1, Ocak, 2004, s. 47-48.

den, ortada KDV'nin konusunu oluşturan bir hizmet ifasının varlığından da bahsedilememesi gerekir.

Faaliyet Türkiye'de gerçekleşmekle birlikte, kazancın bir serbest meslek faaliyeti neticesinde ve bir hizmetin ifası karşılığında elde edilmediği ve bunu avukata ödemekle yükümlü olan kişinin davada haksız çıkan taraf olduğu değerlendirildiğinde, yasal vekalet ücretinin KDV'nin konusuna girmediği açıkça ortaya çıkmaktadır.

#### IV. SONUÇ

Anayasa'nın 73/3 maddesi; vergi resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup değiştirileceğini ve kaldırılacağını hükme bağlamıştır. Öğreti ve uygulamada "*verginin kanuniliği ilkesi*"<sup>43</sup> olarak nitelenen bu ilke vergi, kesin ve benzeri kamusal erke dayalı tüm yükümlülüklerin kanunla düzenlenme zorunluluğunu emretmektedir. Vergi yükümlülüğünün konusu, yükümlüsü, matrahı ve oranı gibi unsurların yanında vergiden doğan ödev ve usul ilişkilerinin kanunla düzenlenmesi anılan hükmün zorunlu bir sonucudur.

Mevcut uygulamada, bırakın kanun gücünde olmayı, genel tebliğ düzeyinde dahi olmayan özgelgelerle mahkemeler tarafından hükümlenen yasal vekalet ücretine, verginin kanuniliği ilkesine aykırı bir şekilde KDV uygulanmaktadır.

Yasal vekalet ücreti, elde eden avukat bakımından bir gelir kalemi olmak ile birlikte bir serbest meslek kazancı niteliğinde değildir. Ayrıca bu gelir kalemi bir hizmet ifası sonucunda ve karşılığında elde edilmediği gibi hizmetin muhatabı olan kişiden (iş sahibinden) de alınmadığı için KDV'nin konusuna girmez.<sup>44</sup>

Avukatın, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi uyarınca elde ettiği "*yasal vekalet ücreti*" geliri; bir hizmetin karşılığı olmayıp, kaynağını, HUMK'nın 413 ve devamı maddelerindeki yargılama giderlerine dair hükümlerin (kanundan kaynaklanan gider sorumluluğu) oluşturduğu ve bir yargılama yapılması neticesinde davada haksız çıkan taraf aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi-

<sup>43</sup> Bu konuda ayrıntısı bir inceleme için bkz. Güneş, G., *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul, 1998.

<sup>44</sup> Ağar / Ağar, a.g.m., s. 288.

le doğan bir borcun alacaklısı, HUMK uyarınca davada haklı çıkan taraf iken, davada haklı çıkan tarafın alacak hakkının, yasama siyasetiyle kanundan doğan alacağın temlik yoluyla avukata intikal etmesinin sonucudur.

Faaliyet Türkiye’de gerçekleşmekle birlikte, kazancın bir serbest meslek faaliyeti neticesinde veya bir hizmetin ifası karşılığında elde edilmediği ve bunu avukata ödemekle yükümlü olan kişinin davada haksız çıkan taraf olduğu değerlendirildiğinde yasal vekalet ücretinin KDV’nin konusuna girmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

### KAYNAKLAR

- Ağar, M., Ağar, S., Yargılama Giderlerinden Vekalet Ücretine KDV Uygulanması Meselesi Üzerine Düşünceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 52, 2004, s. 279-288.
- Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2003.
- Güneş, G., *Verginin Yasallığı İlkesi*, İstanbul 1998.
- Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E., *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2000.
- Oğuzman, K., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Öncel, M. / Kumrulu, A. / Çağan, N., *Vergi Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2003.
- Yılmaz, E., *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1996.

# MAHPUSLARIN AÇLIK GREVİ VE ZORLA BESLEME PARADOKSU İŞİĞİNDA HEKİM SORUMLULUĞU

Serkan CENGİZ\*

## 1. GİRİŞ

Açlık grevi, geçmişten bu yana insanoğlu tarafından kullanılan en radikal *“kendini ifade etme”, “baskıya karşı direnme”, “politik tavır koyma”, “protesto”* yöntemlerinden birisi olarak kullanıla gelmiştir. Söz konusu yöntemin gerek hukuk gerekse de tıp camiasında çok tartışılır olmasının temel nedeni kullanılan yöntemin ihtiva ettiği sertliktir.

İşbu çalışma mahpusların açlık grevi bağlamında ortaya çıkan temel meselelerden birisi olan zorla beslemenin gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk açısından mümkün olup olmadığını ele alacaktır.

Hukuk açısından yürütmeye çalışacağımız bu tartışmaya en son noktayı, zorla beslemenin pek çok yönüyle tıbbi bir müdahale niteliğini kazanacak olması nedeniyle, Hekimlik Meslek Kuralları ve konuyla ilgili meslek ilkeleri koyacaktır.

## 2. AÇLIK GREVİ NEDİR?

Açlık grevi en ilkel anlamda kişinin kendi vücudunu bir ifade ve/veya protesto biçimi olarak kullanmasıdır. Bir diğer ifade ile *“açlık grevi, herhangi bir tutum, davranış, uygulama veya olayı benimsemediğini göstermek ya da bazı isteklerini yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek veya belirli bir meseleye dikkat çekmek için vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini kısmen veya tamamen almayarak aç kalma esasına dayanan bir protesto yöntemidir.”*<sup>1</sup> Yöntemin en can alıcı unsuru kişinin sağlıklı yaşa-

---

\* Av., İzmir Barosu.

<sup>1</sup> [http://tr.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7lık\\_grevi](http://tr.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7lık_grevi).

ma hakkını, kendi eliyle riske sokacak bir süreci başlatması ve bu sürecin en nihayetinde ölümle sonuçlanacağı hususunun zihinlerde yarattığı şok etkisidir.

Tibet'in bağımsızlığı için mücadele edenler, bugünkü Hindistan'ın kurucusu Gandhi, İRA (İrlanda Kurtuluş Örgütü) üyeleri, Kübalı muhalifler, Türkiye'deki çoğunlukla sol ve aşırı sol eğilimli siyasi mahpuslar, hayvan hakları savunucuları, gazeteciler (örneğin İranlı gazeteci Akbar Ganji), Guantanamo'da uluslararası hukuka aykırı olarak tutulan mahpuslar savundukları veya buldukları duruma dikkat çekmek, kendilerinin veya tarafı oldukları meselelere ilişkin iyileştirici düzenlemelerin yapılması ve/veya protesto ettikleri hususun tamamıyla ortadan kaldırılması / iyileştirilmesi amacıyla bu yöneteme başvurmuşlardır.

Kullanılan yöntemin toplum vicdanı açısından yarattığı şiddetli travma nedeniyle, açlık grevcilerinin zorla beslenmesi meselesi yoğun bir tartışmanın konusu ola gelmiştir. Gerek BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m. 3) gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 2) yaşam hakkının insanın olmazsa olmaz haklarından birisi olduğunu vurgulamıştır. Buna karşın bu madde hükümlerinin lafızları kişilerin yaşam haklarına üçüncü kişiler tarafından yapılan bir müdahaleye karşı sağlanan korumayı ihtiva etmektedir. *Dolayısıyla, kişinin kendi yaşamını kendisinin sonlandırma hakkı veya kişinin kendi sağlığına ve bedenine zarar verme hakkı Sözleşme tarafından korunan bir hak mıdır sorusu ?* bir ara başlık olarak ortaya çıkmaktadır.

### 3. YAŞAMI SONLANDIRMA HAKKI (ÖLME HAKKI) VE AİHM'NİN PRETTY / BİRLEŞİK KRALLIK KARARI<sup>2</sup>

Kişinin kendisini ölüme götürecek bir süreci gönüllü olarak başlatması ve en nihayetinde bu sürecin ölüm ve/veya ciddi bedensel / ruhsal hasarlarla sonuçlanacak olması kanaatimizce açlık grevinin en temel ögesidir. Kişi, bu yöntemle kendisi açısından önemli olan bir konuya dair protestosunu ve/veya ifadesini toplum vicdanını sarsacak bir şekilde, ruhsal ve fiziksel sağlığını / yaşamını geriye öteleyerek yöneticilerin ve toplumun dikkatine sunar, meselesini öne çıkarır.

<sup>2</sup> Başvuru no: 2346/02, Karar Tarihi:29 Nisan 2002, Kesinleşme Tarihi:29 Temmuz 2009. Alıntılanan paragrafların çevirisi Av. Serkan Cengiz tarafından yapılmıştır.

Diğer taraftan kişinin kendi yaşamını sonlandırma hakkına sahip olup olmadığı tartışmasında öne çıkan belirli başlı kavramlardan olan ötenazi ve/veya yardımcı intihar, sağlıklı yaşam kalitesinin sahip olunan hastalık / rahatsızlık nedeniyle halihazırda kötü olan ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulmasını müteakiben kişinin yaşamına kendi isteği ile son verilmesidir. Dolayısıyla açlık grevi ile ötenazinin / yardımcı intiharin özellikle amaç noktasında birbirinden ayrıştığı açıktır. İlkinde yaşama son verilmesi, bir amaç değil bir sürecin sonunda yaşanması muhtemel olan en son vazgeçme noktasıdır. Diğerinde ise yaşama son verilmesi yaşam kalitesinin kötü olması ve daha da kötüleşeceğinin tıbbi raporlarla ortaya konulması nedeniyle, kişinin çoğu zaman oldukça acılı olan bu süreci yaşamak istememesi nedeniyle kendi yaşamına üçüncü kişiler eliyle son vermesidir.

Bu noktada alt başlık olarak bu çalışmaya dahil ettiğimiz *Pretty / İngiltere* başvurusuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı ölme hakkı kavramı altında veya ötenazi / yardımcı intihar açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya bakış açısını ayrıntılı olarak yansıtır.

Tedavisi mümkün olmayan motor nöron hastalığından muzdarip olan başvuru, hastalığının en son aşamasında iken ve daha fazla ıstırap çekmemek amacıyla yaşamına son vermeyi istemektedir. Başvuru hastalığının son safhada olması nedeniyle, yaşamını sonlandıracak mekanizmanın, kocası tarafından harekete geçirileceğini, buna karşın, konuyla ilgili İngiliz ulusal mevzuatı gereğince, kocasının bu eyleminin suç teşkil edeceğini, ulusal düzeydeki, kocası için talep etmiş oldukları yargılanma muafiyetinin reddedildiğini, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından güvence altına alınan "*yaşam hakkının*" aynı zamanda kişinin kendi yaşamına son verme yani "*ölme hakkını*" da ihtiva ettiğini, İngiliz ulusal makamları tarafından verilen red kararının Sözleşme'ye aykırı olduğu gerekçesiyle ve işbu ret kararıyla Sözleşme'nin başta m. 2 olmak üzere 3, 8, 9 ve 14. maddelerinin de ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesi talebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Mahkeme'nin 29 Temmuz 2002 tarihinde kesinleşen kararındaki *yaşam hakkı / ölme hakkı* yakınmasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirme ve vardığı sonuç şöyledir:

"38. madde 2'nin lafzı açık bir şekilde devlet görevlilerinin kasden veya planlı olarak ölümcül kuvvet kullanması hususunu düzenler. Hal böyle olmakla birlikte madde metni sadece kasdi öldürmeleri değil, "güç kullanmanın" müsaade edildiği ve istenilmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkabilecek yaşamdan mahrum bırakma hallerini de kapsar (A. g. e., paragraf. 46 ve 148). Ayrıca, Mahkeme madde 2/1'in Devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak yaşamın sonlandırılmasından sakınmasını değil ayrıca kendi egemenliği altında bulunanların yaşamlarını koruyacak uygun tedbirler almasını emrettiğine hükmetmiştir. (Bkz. L.C.B./ Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Kararlara Dair Raporlar 1998-III, p. 1403, § 36). Bu yükümlülük ... iyi şekilde tanımlanmış bazı koşullarda başka bir bireyin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir kişiyi korumak amacıyla uygulanabilir önleyici tedbirlerin alınması açısından resmi makamlar üzerinde pozitif bir yükümlülüğü zımnen ihtiva eder (bkz. Osman / Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Raporlar 1998-VIII, s. 3159, paragraf 115, ve Kılıç / Türkiye, no. 22492/93, paragraf 62 ve 76, ECHR 2000-III). En son olarak Keenan davasında intihar eğilimli olduğuna dair emareler ortaya koyan ve ruhsal olarak hasta bir mahpusun davasında m. 2'nin uygulanabilir olduğuna hükmedilmiştir.

39. Mahkeme önündeki tüm davalardaki ısrarlı vurgu; devletin yaşamı korumak bağlamındaki yükümlülüğü olmuştur. Mahkeme, madde 2 tarafından garanti altına alınan "yaşam hakkının" negatif bir yanı olabilecek şekilde yorumlanabileceği hususunda ikna olmamıştır. Örneğin örgütlenme özgürlüğü sadece bir örgüte (ç.n. sendikaya, derneğe vesair) katılma hakkını içermekle kalmayıp aynı zamanda bir örgüte katılmaya zorlanmama hakkını da ihtiva eder. Dolayısıyla Mahkeme bir özgürlük kavramının kullanılması bağlamında tedbire dair bir seçim özgürlüğünü de zımnen içerdiğini gözlemlemektedir (bkz. Young, James ve Webster / Birleşik Krallık, 13 Ağustos 1981 tarihli karar, Series A no. 44, s. 21-22, paragraf 52, ve Sigurður A. Sigurjónsson / İzlanda, 30 Haziran 1993 tarihli karar, Series A no. 264, s. 15-16, paragraf 35). Hal böyle olmakla birlikte 2. madde farklı terimlerle kelleme alınmıştır. Madde, yaşamın kalitesi veya bir kişinin yaşamıyla ne yapmayı tercih edeceği gibi meselelerle ilgilenmemektedir... Madde 2, dil sapıtılmaksızın, taban tabana zıt ve ölme hakkı olarak isimlendirilen bir hakka imkan verecek şekilde veya bireyin kendisine yaşamaktan ziyade ölmeyi seçme hususunda hak bahşedecek bir kendi kendine karar verme (self determinasyon) hakkı yaratacak şekilde yorumlanamaz.



40. Dolayısıyla Mahkeme, gerek bir üçüncü şahsın elinde gerekse de bir resmi makamın yardımıyla olsun ölme hakkının Sözleşme'nin 2. maddesinden çıkarılmayacağını tespit eder. Mahkeme'nin bu görüşü Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin geçenlerdeki 1418 sayılı (1999) kararıyla da doğrulanmıştır."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda alıntılanan *Pretty/İngiltere* kararıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin kişilere kendi yaşamlarını sonlandırma hakkı tanımadığını açık bir şekilde ifade etmiştir. Buna karşın ölme hakkının gerek amaç gerekse içerdiği süreç bakımından açlık greviden tamamıyla farklı olduğu göz ardı edilmemelidir.

#### 4. ZORLA BESLEME KAVRAMI VE AİHM'NİN KONUSYLA İLGİLİ YAKLAŞIMI

Açlık grevinin doğrudan toplum vicdanına yönelik bir sonuç doğurması ve toplum vicdanının bireylerin kendilerini feda eden bu tercihe gösterdikleri hassasiyet ve kolektif acıma hissi, en nihayetinde resmi makamları olumlu yada olumsuz harekete geçmeye zorlamaktadır.

Bazı durumlarda resmi makamlar açlık grevcileri ile uzlaşmaya giderek işaret edilen rahatsızlığı ve/veya itiraz edilen uygulamaya son vermektedirler. Örneğin İrlanda Kurtuluş Örgütü'ne mensup mahpuslar 1981 yılında Maze Cezaevi'nde, Kuzey İrlanda'daki paramiliter örgüt mensuplarının, "Savaş Esirine Benzer Özel Kategori Statüsü" sınıflandırmasının İngiltere Hükümeti tarafından iptal edilmesi üzerine bir açlık grevi başlatmışlardır. Brendan Hughes adında bir mahpus tarafından başlatılan bu açlık grevi, İngiliz Hükümeti'nin açlık grevcilerinin taleplerini kabul etmesi üzerine herhangi bir can kaybı yaşanmaksızın sona erdirilmiştir. Buna karşın İngiliz Hükümeti'nin konuyla ilgili anlaşmadan cayması üzerine mahpuslar takip eden yıl içinde yeniden açlık grevine başlamışlardır. 1981 yılındaki bu açlık grevi sırasında hayatını kaybeden ilk açlık grevcisi mahpus Bobby Sands olmuş, onun ölümünü dokuz ölüm izlemiştir. On kişinin hayatını kaybetmesi ve yoğun kamuoyu baskısı üzerine İngiliz Hükümeti kısmi de olsa mahpusların taleplerini kabul etmiştir.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Konu, Türkiye'de 1996 yılında gösterime giren "O da Bir Ana (Some Mother's Son)" filminde etraflı bir şekilde ele alınmıştır.

Kişinin kendi bedenini bir silah olarak kullanmasının, toplum vicdanında yarattığı travma bazı durumlarda bu eylemin veya eylemsizlik halinin resmi makamlarca bir şekilde ve çoğunluklarda zor yoluyla sona erdirilmesine neden olmuştur. Kendi iradeleriyle gıda almayı reddeden mahpuslar resmi makamlarca zorla beslenmiş ve böylelikle de amaçladıkları kamuoyunun oluşmasına engel olunmaya çalışılmıştır. XX. yüzyılın başlarında kadınların oy hakkı için mücadele veren İngiliz mahpuslar için açlık grevi sık sık bir eylem aracı olarak kullanılmıştır. Maria Dunlop, 1909 yılında bu soruna dikkat çekmek için açlık grevi yapan ilk kadındır. Mari Dunlop ve onunla birlikte açlık grevi yapan mahpuslar, resmi makamlarca zorla beslemeye tabi tutulmuştur. Zorla beslenen mahpuslardan pek çoğu yaşamlarını kaybetmiştir.<sup>4</sup>

Konu çeşitli kereler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de taşınmıştır. *Nevmerzhitsky / Ukrayna*<sup>5</sup> davasında başvuru 13 Nisan 1998 tarihinde açlık grevine başlamış ve bu tarihten itibaren sadece su tüketmiştir. 17 Nisan 1998 tarihinde başvuru tıbbi muayeneden geçirilmiş ve 20 Nisan 1998 tarihinde yapılan idrar analizinden sonra da zorla beslemeye tabi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruya ilişkin kararında bir mahpusun sağlık durumunun zorla beslemeyi kaçınılmaz hale getirdiğinin doktor raporlarıyla açık bir şekilde ortaya konulması şartıyla zorla beslemenin bir yöntem olarak uygulanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, kararının devamında zorla besleme yöntemine başvurulması durumunda bu uygulamanın adli makamların denetimine tabi tutulması gerektiğini ve zorla beslemenin uygulanma şeklinin de mahpusun vakar, onur ve sağlığına tecavüz etmemesi gerektiğine işaret ederek, zorla beslemenin en azından yukarıda belirtilen şartları taşıması koşuluyla uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

*“29. Mahkeme tıbbın köklü prensiplerine göre terapötik (tedavi edici) bir zarurettten kaynaklı bir tedbirin prensip olarak insanlık dışı veya alçaltıcı olarak telakki edilemeyeceğini yinelemektedir. Aynı şey gıda almayı bilinçli olarak reddeden belirli bir mahpusun yaşamını korumayı amaçlayan zorla besleme içinde söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte Sözleşme organları tıbbi zaruretin ikna edici bir şekilde mevcut*

<sup>4</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Hunger\\_strike](http://en.wikipedia.org/wiki/Hunger_strike).

<sup>5</sup> Başvuru no. 54825/00, Karar Tarihi: 5 Nisan 2005, Kesinleşme Tarihi: 12 Ekim 2005, Alıntılanan paragrafların çevirisi Av. Serkan Cengiz tarafından yapılmıştır.

olduğu hususunda tatmin olmak zorundadır (bakınız Herczegfalvy/ Avusturya, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Series A no. 244, s. 26, par. 83). Ayrıca Mahkeme zorla beslemeye ilişkin alınan bir kararda usulü garantilere uyulduğunu araştırmak zorundadır. Dahası bir açlık grevi sırasında başvuruçunun zorla beslemeye tabi tutulma biçimi Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesi altında belirlediği asgari şiddet barajını da aşmamalıdır. Mahkeme bu unsurları sırasıyla inceleyecektir.

**30.** Mahkeme, yerel makamlarca başvuruçunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbi zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvuruçunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvuruçunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez.

**31.** Başvuruçunun beslenme biçimi açısından, Mahkeme tarafların sunumları ışığında, resmi makamların kararname ile emredilen zorla besleme biçimine uygun davrandıkları kanaatindedir (bakınız paragraf.62). **Hal böyle olmakla birlikte kullanımına başvurulmuş kelepçe, ağız açıcı, yemek borusuna sokulan özel kauçuk borunun karşı koyma durumunda ve zora başvurulması ile birlikte, şayet tıbbi bir gereklilik yok ise Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence anlamına gelebilir** (yukarıda par. 63 – Avrupa Cezaevi Kuralları'na uygun olarak kullanılan araçlar).

**32.** Görülmekte olan davada Mahkeme başvuruçunun, Hükümet tarafından herhangi haklı bir tıbbi sebep gösterilmeksizin ve kararnamede öngörülen ekipmanlar kullanılarak ve karşı koymasına rağmen beslenmesinin işkenceyi karakterize eden aşırı bir muamele oluşturduğunu tespit etmektedir.

**33.** Yukarıdakiler ışığında Mahkeme bir Sözleşme 3. madde ihlalinin mevcut olduğu kanaatindedir."

Yukarıda alıntılanan AİHM kararı, özetle bilinçli olarak gıda almayı reddeden bir açlık grevcisi mahpusun bazı durumlarda zorunlu beslemeye tabi tutulabileceğini buna karşın, buna ilişkin çok net sınırlamaların olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme'ye göre bir mahpusun zorla beslemeye tabi tutulabilmesi için;

a. Tıbbi bir zaruret olmalı ve bu durum ikna edici ve kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde tıbbi raporlar ile açıkça ortaya konulmalıdır.

b. Zorla besleme kararı yasal makamların denetimine tabi tutulmalıdır.

c. Kararın alınması sırasında usulü garantilere (itiraz ve sair) uygun davranılmalıdır.

d. Zorla besleme kararının uygulanma şekli (gerek kullanılan araçlar gerekse de uygulanma yöntemi) insan onuruna, vakarına aykırı olmamalıdır.

## 5. ZORLA BESLEME VE TIP ETİĞİ

### A. Genel Olarak

Açlık grevlerinde hekimin etik açıdan sorumluluklarını belirlerken, temel tıbbi etik ilkelerden “özerklik” ve “tedaviyi reddetme” hakkı ön plana çıkmaktadır. Özerklik, kişinin kendi sağlığına ilişkin tüm kararlara katılması biçiminde yorumlanabilir. *Her türlü tıbbi uygulamadan önce kişiyi bilgilendirmek ve girişimi onaylama ya da reddetme hakkını kullanmasını sağlamak hekimin etik ve yasal açıdan temel sorumluluklarındandır.* (BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1976) m. 10/1; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 6; Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri Raporu (1993) m. 45, 46, 47; Dünya Hekimler Birliği Tokyo Bildirgesi m. 4, 5; Dünya Hekimler Birliği Malta Bildirgesi 1991, Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi (1987), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70; Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 21-26-36; TC Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği (1999) m. 22-25; Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biotıp Sözleşmesi m. 5-9).<sup>6</sup>

### B. İlgili Temel Bildirgeler

#### i. Tokyo Bildirgesi

Tam ismi, *“Tutukluluk ve Hapis Sırasında İşkence ve Öteki Zalimane, İnsanlık dışı ya da Alçaltıcı Muamele ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktor-*

<sup>6</sup> [http://www.ttb.org.tr/aclik\\_grev/tibbi.html](http://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html)

ları İçin Kılavuz" olan ve kısaca Tokyo Bildirgesi olarak anılan bu belge Ekim 1975 tarihinde Japonya'nın Tokyo kentinde yapılan Dünya Hekimler Birliği'nin 29. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve Fransa'da Mayıs 2005'de yapılan 170. Genel Kurul'da ve yine Mayıs 2006'da yapılan 173. Genel Kurul'da metin elden geçirilmiştir.

Bildirge'ye göre bir hekim beslenmeyi sağlıklı ve özgür iradesiyle reddeden bir mahpusun bu konudaki iradesine saygı duymalıdır.

"...

5. Bir mahpus beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir..."<sup>7</sup>

## ii. Malta Bildirgesi

Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğinde olan ve Malta Bildirgesi olarak bilinen, "Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon" Kasım 1991 tarihinde Malta'da düzenlenen 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi. Bildirgeye, Eylül 1992 tarihinde İspanya'da düzenlenen 44. Dünya Tıp Kongresi'nde metin yeniden elden geçirildi. Son olarak Dünya Tıp Kongre'sinin Ekim 2006 tarihinde Güney Afrika'da yapılan Genel Kurulu'nda elden geçirildi.

"3- Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamalarını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir. Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dahil olmak üzere geçerlidir.

4- Müdahale etmek ya da etmemek konusunda ki son karar -temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın- hekimine bırakılmalıdır. **Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (has-**

<sup>7</sup> <http://www.tip.deu.edu.tr/index.php?id=546>

*tanın) tedaviyi reddetme, koma durumunda, yapay beslenme ve ölüm riski gibi kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır”.*

## Açlık Grevcilerinin Bakımı İçin Ana Hatlar

### 4. Yapay Beslenme

*Açlık grevcisi ile daha önce görüşmenin mümkün olmadığı ve daha önceden verilmiş olan herhangi bir talimatın bulunmaması durumunda hekimler hasta açısından neyin en doğru olduğuna karar vererek hareket etmek zorundadırlar<sup>8</sup>.*

Açlık grevcisi tarafından önceden verilmiş olan talimatın hesaba katılması gerekmektedir. Daha önceki tedaviyi reddetmelere, kişinin ehil olduğu dönemde ve gönüllü olarak verilmiş olması şartıyla, saygı gösterilmesi gerekmektedir.<sup>9</sup>

Eğer hastanın bilinci bulanır ya da komaya girip kendi başına karar alamayacak durumda olursa, hekim açlık grevi sırasında aldığı kararı her durumda dikkate alarak ve bu bildirgenin 4. maddesini göz önünde bulundurarak hastanın iyiliği için tedaviye devam edip etme kararı konusunda özgürdür.

Malta Bildirgesi, açlık grevcisine, özellikle bilincinin kapanması sonrasında, uygulanacak tedavi (zorla besleme de dahil) hususunda en doğru kararı vermekte hekimin serbest olduğunu, buna karşın bildirgenin yukarıda alıntılanan 4. paragrafında belirtilen hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bir başka ifadeyle özgür iradesiyle, beslenmeyi reddeden ve bu durumun bilincin kapanması sırasında da geçerli olacağını da belirten bir açlık grevcisinin önceden açıklamış olduğu iradesi kendisiyle ilgilenen hekim tarafından sonraki aşamalarda dikkate alınmak zorundadır.

<sup>8</sup> “If no discussion with the individual is possible and no advance instructions exist, physicians have to act in what they judge to be the person’s best interests.”

<sup>9</sup> “Consideration needs to be given to any advance instructions made by the hunger striker. Advance refusals of treatment demand respect if they reflect the voluntary wish of the individual when competent.” <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/h31/index.html>

Bu yaklaşım Türk Tabipleri Birliği tarafından da benimsenen bir yaklaşım olmuştur. TTB'nin konuyla ilgili yaklaşımı şöyledir:

“....

**9- Açlık grevcisinin bilinci bozulur ya da komaya girerse hekim açlık grevcisinin son kararına saygı göstererek tutum alacaktır. Bu çerçevede hastanın rızasına aykırı bir şekilde “zorla besleme” etik açıdan doğru değildir. Bu nedenle cezaevi hekimleri hastanın ister bilinci açık, isterse kapalı olsun olgunun takip formu ile müdahale onay / red belgesini bir başka sağlık merkezine nakil sırasında mutlaka ambulans hekimine alındı belgesi ile birlikte teslim etmelidir. Ambulans hekimi de ikinci basamak merkezindeki hekime bu belgeleri aynı şartlar altında ulaştırmalıdır. Belgelerin gizliliğinden hekimler sorumludur.**

**10- Bilinci açık olan açlık grevcisi beslenmeyi reddettiğinde bu kişiler hekimler tarafından zorla beslenmeyecektir. Bunun aksi hem tıbbi etik, hem de hasta hakları açısından yanlış bir tutumdur.**

.....<sup>10</sup>

Özet olarak hekim, açlık grevi yapan bir mahpusu, gıda almayı tamamen veya kısmen reddetmesinin yaratabileceği olası sağlık sonuçları ve gelişebilecek rahatsızlıklar ve hastalıklar hususunda tam ve etraflıca bilgilendirecektir. Mahpus bütün bu bilgilendirmeye rağmen açlık grevi yapacağını ve/veya devam edeceğini herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle süreklilik arz edecek şekilde deklare ederse, etik ilkeler böylesi durumlarda hekimin açlık grevcisinin iradesiyle bağlı olmasının ve bu durumu tedaviyi reddetme hakkı kapsamında değerlendirmesinin gerekliliğine işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle, bir tıbbi müdahale niteliğinde olan ve hastanın onamına aykırı bir şekilde hastanın/açlık grevcisinin iradesine aykırı bir şekilde zorla besleme yöntemine başvuran hekimin etik ilkelere uygun davranmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Bu noktada öne çıkan diğer kavramlar tedaviyi reddetme hakkı veya tedaviye onam vermeme hakkıdır.

<sup>10</sup> [http://www.ttb.org.tr/aclik\\_grev/tibbi.html](http://www.ttb.org.tr/aclik_grev/tibbi.html).

## 6. TEDAVİYİ REDDETME VEYA TEDAVİYE ONAM VERMEME HAKKI VE İLGİLİ MEVZUAT

Açlık grevcisi bir mahpusun aynı zamanda tıbbi terminoloji anlamında bir “hasta” olduğu göz önüne alındığında, kendisine yapılacak her türlü tıbbi müdahale ve tedavi açısından onamının alınması yasal ve etik bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır.

### i. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Konseyi üyeliği çerçevesinde Konsey tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”<sup>11</sup> 9 Aralık 2003 gün ve 25311 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5013 sayılı Kanun ile ulusal hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Biyotıp Sözleşmesi olarak kısaltabileceğimiz bu uluslararası hukuk metninin Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 90. maddesinin son fıkrası yollamasıyla<sup>12</sup> yürürlükte olan aynı konuya ilişkin yasal düzenlemelerden de üstte olduğu dikkate alındığında, ne derece önem taşıdığı ortaya çıkacaktır.

Sözleşme'nin hastanın onamına ilişkin ihtiva ettiği hükümler şöyledir:

“Madde 5. (Genel Kural)

*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.*

*Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.*

<sup>11</sup> <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm>.

<sup>12</sup> “ANAYASA MADDE 90. – ... Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”



*İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.*

...

*Madde 9. (Önceden açıklanmış istek)*

*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır."*

Ulusal mevzuatımızın bir parçasını oluşturan bu düzenlemeye göre bir kişiye, kendisinden sarıh bir şekilde onam alınmasından sonra sağlık alanında bir müdahale yapılabilir. Beslemenin ihtiva etmiş olduğu özellikler gereğince tıbbi bir müdahale niteliğinde olması nedeniyle hastanın/açlık grevcisinin onamı alınmaksızın veya onun iradesine aykırı olarak yapılması durumunda işbu Sözleşme'nin yukarıda alıntılanan hükümlerinin ihlal edilebileceği söylenebilir.

## **ii. Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>13</sup>**

Hastaya yapılacak müdahale ve onamı hususunda düzenlemeler içeren bir diğer enstrüman, 1 Ağustos 1998 gün ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "*Hasta Hakları Yönetmeliği*" dir. Yönetmelik uyarınca bir hastaya müdahale edilebilmesi ancak o hasta tarafından verilmiş olan onama bağlı olup, onam her zaman geri alınabilir. Yönetmelik ayrıca bir hastanın kendisine uygulanan veya uygulanması planlanan tedaviyi her zaman reddedebilme hakkına sahip olduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.

*"Hastanın Rızası ve İzin*

*Madde 24- Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir.*

.....

*Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür.*

*Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.*

<sup>13</sup> <http://www.saglik.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF46148DEDD773827B>

*Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.*

### **Tedaviyi Reddetme ve Durdurma**

**Madde 25-** *Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

*Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."*

### **iii. İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)<sup>14</sup>**

Onam konusunda atıfta bulunacağımız bir başka önemli uluslararası belge BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve tam ismi "*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*" olan ve İstanbul'da kabul edilmiş olması nedeniyle İstanbul Protokolü olarak anılan belgedir. Protokol'de onama ilişkin çok açık ve ağırlıklı olarak etik kurallara uyulması vurgusunu öne çıkaran bir sonuca varılmıştır. Protokol'ün onama ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

*"...Tıbbi bakım sağlama görevini yansıtan tüm bildirgelerde doktorun muayene ya da tedavi gören kişinin çıkarlarına göre davranma yükümlülüğü vurgulanırken, sağlık çalışanlarının, hasta için neyin en iyi olduğunu bildiklerini varsayılmaktadır. Modern tıp etiğinin en temel ilkelerinden biri, kişilerin kendileri için neyin en iyi olduğunu değerlendirebileceğidir. Bu nedenle sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil aklı başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidirler. Kişinin baygın olduğu ya da düzgün onay*

<sup>14</sup> [http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul\\_prot/3.html](http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html).

vermeğe muktedir olmadığı durumlarda, sağlık çalışanları kişinin çıkarlarının nasıl korunup gözetilebileceğine ilişkin bir karar vermelidirler. Hemşireler ve doktorların, hastalarının avukatıymışçasına davranmaları beklenir; bu husus DTB'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi ve Uluslar arası Hemşireler Konseyi'nin İnsan Haklarını Korumada Hemşirelerin Rolüne İlişkin Açıklama gibi belgelerde açıkça ifade edilmiştir.

DTB'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde doktorların, aklen salâhiyetli hastalarından herhangi bir muayene veya tıbbi işlem için baskı altında olmadan ve bilgilendirilmiş onam almakla görevli oldukları ifade edilir. Bunun anlamı, kişilerin tıbbi tedaviyi kabul ettiklerinde olacakları veya tedaviyi red etmenin sonuçlarını bilmek zorunda olduklarıdır. Baskı altında ya da yanlış bilgilendirme sonucu alınan onam geçerli değildir ve bu onama dayanarak hareket eden doktorlar tıp etiğine aykırı davranıyorlardır.

Sağlık çalışanları, hastaları muayene etmeden önce muayenenin ve tedavinin amacını açıkça anlatmalıdırlar. İşlemin sonuçları hasta açısından ne kadar ağırsa, usulüne uygun bilgilendirilmiş onam almanın ahlaki yükümlülüğü de o denli büyüktür. Muayene ve tedavi, kişilere sonuçları belirgin bir yarar sağlayacaksa, hastanın yapılacak işlem için işbirliği yaparak, örtülü onay vermesi yeterli olacaktır. Ancak muayenenin temel amacının terapetik bakım olmadığı durumlarda (a) hastanın durumu bilip, onay vermesine (b) uygulanacak işlemin hiç bir şekilde hastanın çıkarına ters olmamasına büyük özen gösterilmelidir...."

Biyotıp Sözleşmesi ve İstanbul Protokolü tarafından tıbbi müdahaleler bağlamında onamın vazgeçilmez ve asıl olduğunun çok açık bir şekilde ortaya konulmuş olmasına ve bu düzenlemelerin herhangi bir istisnai durum ihtiva etmemelerine rağmen, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde bulunan "kanunen zorunlu olan haller dışında" ifadesiyle bir takım zorunlu hallerde tedaviyi reddetme hakkının olmadığı hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz mevzuata ilişkin düzenlemelerin kuvvet dereceleri dikkate alındığında ilgili Hasta Hakları Yönetmeliği'nin, Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı olduğu kolaylıkla söylenebilir.

## 7. MAHPUSUN ZORLA BESLENMESİ VE CEZA İNFAZ KANUNU

Türkiye'nin açlık grevleri açısından sıkıntılı bir geçmişi olması ve bu yöntemin son yıllarca sıklıkla kullanılan bir protesto yöntemine dönüşmesi nedeniyle, çeşitli nedenlerle açlık grevini bir protesto yöntemi olarak kullanan mahpusları önlemek amacıyla yasa koyucu 29 Aralık 2004 tarihinde 25685 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile zorla beslemenin bir yöntem olarak uygulanabileceğini hüküm altına almıştır.

### *“Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi*

**MADDE 82 - (1)** *Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.*

**(2)** *Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatı tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.*

**(3)** *Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.*

**(4)** *Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.*

(5) *Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.*"

Yasa koyucu, açlık grevlerinin kamuoyunda yarattığı ve yaratacağı tepkiyi göz önüne alarak işbu düzenlemeyle mahpusların kendi bedenlerini bir protesto yöntemi olarak kullanmasını tamamıyla önlemeyi amaçlamış ve zorla beslemenin bir yöntem olarak kullanılabileceğini hüküm altına almıştır. Her ne kadar maddenin lafzı AİHM'nin konuyla ilgili içtihatlarında işaret ettiği ilkeleri ihtiva ediyor gibi gözükse de, madde metni bu haliyle gerek tıp etiğine gerekse de yukarıda değinilen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmektedir. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla zorlama beslemeye ilişkin karar kurum hekiminin değerlendirmesine bağlı olarak gündeme gelmektedir. Buna karşın AİHM kararında belirtilen yargısal denetim ve usulü garantiler açısından hiçbir hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle ilgili madde uygulamasının hak ihlallerine neden olabileceği kolaylıkla söylenebilir.

## 8. HEKİMLİK ETİĞİ VE YASAL ZORUNLULUĞUN ÇATIŞMASI

Yukarıda etraflıca arz edilemeye çalışıldığı üzere hekimlerin mesleklerini icra ederken karşı karşıya kaldıkları ve çifte yükümlülük hali olarak tanımlanabilecek bazı durumlarda ne şekilde hareket etmeleri gerekmektedir?

İşbu çalışmada vurgulandığı üzere Türk ulusal mevzuatı bir yanıla açlık grevini bir protesto yöntemi olarak benimsemiş mahpusların karşı iradesine rağmen zorla beslenmelerini bir yöntem olarak kabul ederken, bir yanıla da bu durumu hukuka aykırı hale getiren uluslararası bir sözleşmeyi (Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi) ulusal mevzuatının bir parçası haline getirmiştir.

Hal böyle olmakla birlikte yine bu çalışma kapsamında vurgulanmaya çalışıldığı üzere gerek konuyla ilgili uluslararası mevzuat ve gerekse de tıp etiğine ilişkin belgeler hekimin, hasta / açlık grevcisi tarafından sergilenen iradeyi bir diğer ifadeyle tedaviyi reddetme hakkını dikkate almasının zaruri olduğuna dikkat çekmektedir.

Etik ve yasal mevzuatın çatıştığı bir durumda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin rehber niteliğindeki düzenlemelerden bir tanesi yukarıda bir kısmı alıntılanan ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve tam ismi “*İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu*” olan ve İstanbul’da kabul edilmiş olması nedeniyle İstanbul Protokolü olarak anılan belgedir. İstanbul Protokolü’nün, hekimin çifte yükümlülük haline ilişkin hükmü şöyledir: “*Etik ile hukukun çeliştiği durumlarda ikilemler ortaya çıkar. Sağlık çalışanlarının, etik yükümlülükleri nedeniyle belli bir yasaya, örneğin hasta hakkında gizli tıbbi bilgilerin açıklanması gibi bir yasal yükümlülüğe uymamalarını gerektiren durumlar olabilir. Ulusal ve uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmadan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler.*”<sup>15</sup>

Görüldüğü üzere, yasal yükümlülük ile etik kuralların çatışması durumunda etiğin öne çıkarılması hususunda uluslararası bir kabul mevcuttur. Kuşkusuz bir hekimin çifte yükümlülük hallerinde etik ilkeleri izleyerek hareket etmesi, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi engeline rağmen, bazı vakalarda ulusal mevzuata aykırılık (TCK m. 257 bağlamında görevi ihmal ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu) hallerinin ortaya çıkmasına ve netice olarak bir takım idari ve cezai soruşturmaların ve yaptırımların gündeme gelmesine neden olabilir.

## SONUÇ

Mahpusların bir protesto yöntemi olarak açlık grevine başvurması ve böylesi durumlarda hekim tarafından izlenecek tutum ve davranışlar ve özellikle de zorla besleme açısından ulusal mevzuat gerek kendi içinde gerekse de konuyla ilgili uluslararası mevzuat ve ilgili tıp etiği ilkeleri bağlamında çelişkili hükümler ihtiva etmektedir. Bu çelişki hali hekimleri konuyla ilgili etik ilkeleri ihlal etmeye zorlayabilecek bir takım kötü uygulamaların yerleşmesine neden olabilir.

<sup>15</sup> [http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul\\_prot/3.html](http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html).

# YARGITAY KARARLARI

## Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 17.10.2007

E. 2007/5-744

K. 2007/743

\* Kamulaştırma

\* İrtifak hakkı bedelinin tespiti ve tescil

\* Mirasçılarının davaya dahil edilmesi

\* Kamu tüzel kişi ve kurum mallarının  
kamulaştırılmaması

(4650 sayılı K. ile değişik 2942 sayılı  
Kamulaştırma K. m. 1, 5, 6, 7, 8, 10,  
14/5, 30)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Dicle Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 24.08.2006 gün ve 2006/92 esas, 2006/172 karar sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 20.02.2007 gün ve 2006/13543-2007/1988 sayılı ilamı ile (...Dava, 4650 sayılı Kanun’la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma konusu irtifak hakkı ve plan yeri bedelinin tespiti ve bu hakkın davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın ön şart yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Kamulaştırma Kanunu’nun 14/5. maddesine göre; usulüne uygun olarak açılan kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davalarında taşınmaz malın gerçek malikinin daha önce öldüğü sabit olursa mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle devam olunacağı hüküm altına alındığından, tapu malikinin mirasçıları tespit edilip adlarına dava dilekçesi tebliğ edilmek suretiyle davaya devam edilip esastan inceleme

yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davada ön şart oluşmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

### HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, 4650 sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesine dayanan kamulaştırma konusu irtifak hakkı bedelinin tespiti ve bu hakkın idare adına tescili istemine ilişkindir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında, işin esasına geçilmeden önce; bozmadan sonra taşınmazın mülkiyet değişikliği nedeniyle, bozmanın dayanağını, gerekçesini ve içeriğimi etkiler nitelikte yeni bir olguya dayalı "yeni hüküm" bulunup bulunmadığı ön sorun olarak tartışılmıştır.

Ön sorunun konusunu oluşturan olgu şudur:

Davacı Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi vekili 15.06.2006 tarihli dava dilekçesinde; müvekkili idarece alınan kamu yararı kararına dayanılarak, mülkiyeti davalı B. K.'ye ait bulunan Diyarbakır İli, Dicle İlçesi Yeşilsirt Köyü 1031 parsel sayılı 11832,25 m<sup>2</sup> yüzölçümündeki taşınmazın 63,98 m<sup>2</sup>lik bölümünde pilon yeri ve 887,45 m<sup>2</sup>lik bölümünde irtifak hakkı tesisi ile ilgili olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 8. maddesi uyarınca davalıya taahhütlü mektupla bildirim yapıldığını, ancak pazarlıkta anlaşma sağlanamadığını ileri sürerek; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4650 sayılı Kanun'la değişik 10. maddesi uyarınca, kamulaştırma konusu pilon yeri ve irtifak hakkı bedellerinin tespiti ile davacı idare adına tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Dava ve ilk hüküm tarihi itibarıyla, dava konusu 1031 parsel sayılı taşınmazın tapuda kayden maliki bulunan davalı B.K.'ye mahkemece tebliğe çıkarılan dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir daveti-



ye, muhatabın ölü olduğundan bahisle bila tebliğ iade edilmiştir. Mahkemenin; dava ve hüküm tarihine göre dava konusu 1031 parsel sayılı taşınmazın tapuda davalı B.K. adına kayıtlı bulunduğu göz önünde tutularak, “özel mülkiyette bulunan taşınmaz mal sahibi B.K.’ye pazarlıkla satın alma aşamasında usulüne uygun tebligat yapılmadığı, davalının adresinin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 4650 sayılı Kanun’la değişik 7. maddesinde öngörülen şartlar yerine getirilerek araştırılmadığı ve buna bağlı olarak 8. maddede belirtilen anlamda satın alma usulünün uygulanmadığı” gerekçesiyle “davanın ön şart yokluğu nedeniyle reddine” dair verdiği karar; özel dairece, “Kamulaştırma Kanunu’nun 14/5. maddesine göre usulüne uygun olarak açılan kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davasında taşınmaz malın gerçek malikinin daha önce öldüğü sabit olursa mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle devam olunacağı hüküm altına alındığından, tapu malikinin mirasçıları tespit edilip adlarına dava dilekçesi tebliğ edilmek suretiyle davaya devam edilip esastan inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gereğine...” işaretle bozulmuştur. Bozmadan sonra Mahkemece; dava konusu 1031 parsel sayılı taşınmazın dava dışı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nce kamulaştırılması nedeniyle tapu kaydı yeniden getirilmiş; tapu kaydında, dava konusu 11832,25 m<sup>2</sup> yüzölçümündeki 1031 numaralı parselin, bu davanın tarafı olmayan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü adına 18.05.2007 tarihinde hükmen tescil edildiği belirtilmiştir.

Yine, bozma sonrası dosya araştırma alınan ve mülkiyet değişikliğine dayanak teşkil eden Dicle Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 08.04.2003 gün ve 2003/17 Esas 2003/82 Karar sayılı kararında; o davanın davacısı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 1031 numaralı parselin tapu maliki mirasçıları aleyhine açılan kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası sonunda, taşınmazın sulama kanalı inşaatı için kamulaştırılmış olması nedeniyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 4650 sayılı Kanun’la değişik 10.maddesi uyarınca tapu kaydının iptali ile davacı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü adına tesciline karar verilmiştir. Davalı B. K. adına kayıtlı bulunan dava konusu 1031 parsel sayılı taşınmazın, bozmadan sonra dava dışı idare adına tescil edilmesi karşısında yerel mahkeme; az yukarıda açıklanan tapu kaydı ve mahkeme ilamına işaretle “2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşlarının sahip oldukları taşınmaz malların diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından ka-

mulaştırılamayacağı, taşınmazın bu takdirde ancak idareler arası devir işlemine konu olabileceği” gerekçesine de dayanarak direnme kararı vermiştir.

Bilindiği üzere; Anayasa’nın 46. ve Kamulaştırma Kanunu’nun 1. maddesine göre kamulaştırma. Devlet ve kamu tüzel kişilerin, gerçek ve özel hukuk tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar hakkında yapılır.

Diğer bir ifadeyle, kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakları diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz. İşte bu nedenledir ki, bir kamu tüzel kişisinin veya kurumunun sahip olduğu taşınmaza, diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumunun ihtiyacı olduğunda izlenmesi gereken yöntem ve uyulması gereken süreler. Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Anılan maddenin ilk fıkrasında, “Kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzel kişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz” denildikten sonra; takip eden fıkralarında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda 4650 sayılı Kanun’la getirilen yeni düzenlemeye paralel olarak, idareler arasında öncelikle satın alma usulünün uygulanması, bu mümkün olmadığı takdirde kamulaştırma bedelinin idarenin açacağı dava ile tespit edilmesi esas kabul edilmiştir. Devlet ve kamu tüzel kişilerin, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait bulunan taşınmaz malın kamulaştırılması halinde ise; Kamulaştırma Kanunu’nun 5. maddesinde sayılan mercilerce verilecek kamu yararı kararlarının 6. madde uyarınca onaylanmasından sonra, 8. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde idarenin, kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonu kurarak, tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, taşınmazı pazarlıkla ve anlaşarak satın alma iradesini malike bildirmesi; tarafların anlaşamaması veya ferag verilmemesi halinde 10. madde gereğince kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve idare adına tescili ile kamulaştırma işleminin tamamlanması öngörülmüştür. Kısaca; Kamulaştırma Kanunu’nda, devlet ve kamu tüzel kişilerin gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine ait bulunan taşınmaz malların kamulaştırılması esasları ile kamu kurumları ve tüzel kişileri arasında taşınmaz mal devrine dair esaslar ayrı ayrı düzenlenmiş olup; buna göre, somut olayda olduğu gibi bir taşınmaz mal kamulaştırılıp özel mülkiyetten

çıkmuş ise, devlet veya kamu malına dönüşeceği için ikinci kez kamulaştırılması olanağı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; bir davanın açılmasından, bu dava hakkında verilen hükmün kesinleşmesine kadar ki dönem içinde, müddeabihin başkasına temlik edilmiş olması halinde; husumetin, yargılamanın her aşamasında re'sen ele alınarak, gerçek hasmın belirlenmesi zorunludur. Genel usul hükümlerine göre; taraflardan birinin, dava sırasında müddeabihi başkasına devretmesi halinde, artık o davanın konusu olan mal veya hak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmaz. Başka bir ifadeyle, müddeabihi devreden tarafın, artık o davada taraf sıfatı kalmaz. Davaya kim tarafından veya kime karşı nasıl devam edileceği HUMK'nın 186. maddesinde düzenlenmiş olup; anılan hükme göre, dava açıldıktan sonra iki taraftan biri müddeabihi başkasına temlik ederse, diğer taraf dilerse temlik edenle olan davasından vazgeçip müddeabihi temellük eden kimseyi dava eder.

Dava konusu mal veya hakkı başkasına devretmiş olan tarafın, o davaya (eski hali ile) taraf sıfatıyla devam edemeyeceği veya kendisine karşı o davaya (eski hali ile) devam edilemeyeceğine dair genel ilkeye istisna olarak; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda özel düzenleme getirilmiş ve anılan Kanun'un 14. maddesinde, idarece açılan davalarda gerçek hak sahibinin davalı olmadığına anlaşılması halinde gerçek malikin davaya dahil edilmek suretiyle devanı olunacağı kuralı getirilmiştir.

Ne var ki; özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz malın, idare tarafından açılan bir davanın yargılaması sırasında, kamulaştırma yoluyla özel mülkiyetten çıkıp başka bir idarenin mülkiyetine geçmesi halinde, taşınmazın idareler arası devrini öngören Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre işlem yapılmasını gerektirdiğinden; artık, ne özel daire bozma ilamında işaret edildiği gibi davaya eski malikin mirasçıları dahil edilmek suretiyle devam edilmesi, ne de Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca husumetin yeni malik kamu tüzelkişisi veya kurumuna tevcihi suretiyle davaya devam edilip sonuçlandırılması mümkün değildir.

Somut olaya gelince; davacı Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi yararına pylon yeri ve irtifak hakkı tesisi için kamu yararı kararı alınıp, kamulaştırma işlemleri henüz tamamlanmamış bulunan ve bu amaçla anılan idarece 4650 sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Ka-

mulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca açılan, kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasına konu 1031 parsel sayılı taşınmazın dava ve ilk hüküm tarihi itibarıyla davalı B.K. adına tapuda kayıtlı bulunduğu; Özel Daire'nin bozma kararından sonra ise, kamulaştırma nedeniyle bu davada yer almayan Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü adına 18.05.2007 tarihinde tescil edildiği tartışmasızdır.

Yerel Mahkemece davanın ön şart yokluğu nedeniyle reddine dair verilen ilk karar, Özel Dairece "tapu maliki B.K.'nin mirasçıları tespit edilip adlarına dava dilekçesi tebliğ edilmek suretiyle davaya devam edilmesi ve esastan inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gereğine..." işaretle bozulmuş; bozma sonrası Mahkemece, taşınmazın mülkiyet değişikliğini gösterir tapu kaydı ile bunun dayanağı mahkeme ilamı getirtilerek davanın reddine dair önceki kararda direnilmiş; ancak ret gerekçesinde, bozmadan sonra meydana gelen mülkiyet değişikliğine de dayanılmıştır.

Dava ve ilk hüküm tarihinde davalı B.K. adına tapuda kayıtlı bulunan dava konusu 1031 parsel sayılı taşınmazın, özel daire bozmasından sonra tapuda başka bir idare adına tescili Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanmasını gerektiren yeni bir olgu niteliğinde olup; görülmekte olan davanın, davalı B. K. mirasçılarına karşı devam edilmesine olanak bulunmamaktadır. Doğal olarak, bozmadan sonra ortaya çıkan bu yeni durum, özel dairenin temyiz incelemesi sırasında değerlendirilememiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece verilen ve direnme kararı olarak nitelendirilen temyize konu kararın, usul hukuku anlamında gerçek bir direnme karar olmadığı; dava konusu taşınmazın bozmadan sonra mülkiyet değişikliği nedeniyle, bozmanın dayanağını, gerekçesini ve içeriğini etkiler nitelikte yeni bir olguya dayalı, "yeni hüküm" niteliğinde olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Kurulan bu yeni hükmün temyizen incelenmesi görevi ise Hukuk Genel Kurulu'na değil, Özel Daireye aittir. Bu nedenle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

\* \* \*

**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**

T. 02.05.2007

E. 2007/15-244

K. 2007/229

\* Tapu iptali ve tescil

\* Üçüncü kişinin iyi niyet iddiası

\* Müddeabihin gerçek değeri ile üçüncü kişiye devir değeri arasındaki fahiş fark

Taraflar arasındaki “*tapu iptali ve tescil*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kemer/ Antalya Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 11.11.2004 gün ve 2003/230-2004/619 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 17.03.2006 gün ve 2005/7973-2006/1526 sayılı ilamı ile (...Dava tapu iptali, tescil ve tazminat istemi ile açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı arsa sahibi İ.H.G. ile davalı yüklenici Mustafa Gül arasında 25.03.1997 tarihli “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” yapılmış, bu sözleşmede yüklenici tarafından Kemer İlçesi Yenimahalle 125 ada 8 ve 9 parsellere inşaat yapılması karşılığında, dava konusu 670 parsel sayılı taşınmazın davalı yüklenici M.G.’ye devredilmesi kararlaştırılmış, 31.07.1997 tarihinde de 670 parselin tapu kaydı davacı tarafından davalı yüklenici M.G.’ye devredilmiştir. Arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan 25.03.1997 tarihli sözleşmeden dört ay sonra, 670 parsel sayılı taşınmazın tapuda yüklenici M.G.’ye devri sözleşme gereği arsa sahibinin edimini yerine getirmesidir. Daire’mizin yerleşik uygulamasında da, aralarında arsa karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan tarafların tapuda satış şeklinde yaptıkları pay geçirimi sözleşme gereği edimin yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir. Böyle olunca davalı yüklenici M.’nin de kendi edimi olan 8 ve 9 parsellere bina yapılması işini yerine getirmesi sözleşmenin gereğidir. Oysa davalı yüklenicinin 8 ve 9 parsellere inşaat yapmadığı, parseller üzerinde sade-

ce narenciye ağaçlarının olduğu dosyadaki 15.07.2004 tarihli ek bilirkişi kurulu raporundan anlaşılmaktadır. O halde davalı yüklenici M.G. 8 ve 9 parsellere herhangi bir inşaat yapmadığından 670 parselin mülkiyetine hak kazanmamıştır. Zira yüklenicinin kendisine devredilen 670 parsel için sözleşmedeki edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi ise 8 ve 9 parsellere sözleşme uyarınca bina yapılması ve davacıya teslimidir. Davalı yüklenici mülkiyetine hak kazanmadığı 670 parseli 13.05.2003 tarihinde 20.000 YTL bedel göstermek suretiyle tapuda üçüncü kişi davalı A.Ö.'ye devretmiştir. Davalı A.Ö., 07.07.2004 havale tarihli dilekçesinde, 670 parseli 1.000.000 Amerikan Dolarına satın aldığı savunmuşsa da, 1.000.000 Doları davalı M.'ye ödediğine ilişkin yazılı bir belge ibraz edememiştir. Mahkemede mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen 08.06.2004 tarihli bilirkişi raporunda, 670 parsel sayılı taşınmazın gerçek değerinin satışın yapıldığı 13.05.2003 tarihi itibarıyla 1.392.300 YTL olduğu belirlenmiştir. Şu halde tapuda gösterilen satış bedeli ile taşınmazın gerçek değeri arasında aşırı fark olduğu açıktır. Her ne kadar davalı üçüncü kişi A. vekili, müvekkilinin 670 parsel sayılı taşınmaz üzerine Kemer İcra Müdürlüğü'nün 2000/919 sayılı icra dosyası ile konulmuş olan haczi 01.08.2001 tarihinde 209.956,53 YTL ödemek suretiyle, yine aynı taşınmaz üzerindeki Antalya İ. İcra Müdürlüğü'nün 2003/2410 sayılı icra dosyası ile konulan haczi de 21.07.2003 tarihinde 125.000 YTL ödeme yaparak kaldırdığını, taşınmaz üzerindeki hacizlere ilişkin bu dosya borçlarının, satış bedelinden mahsup edilmek üzere müvekkili tarafından ödendiğini savunmuşsa da, hacizlerin kaldırılması için davalı A. tarafından ödenen bedeller ile tapuda gösterilen satış bedelinin toplamı 354.956,53 YTL olup, bu bedel ile taşınmazın gerçek satış bedeli arasında dahi dört kata varan fahiş fark olduğu görülmektedir. Kaldı ki, her iki icra dosyası üzerinden 670 parsel sayılı taşınmaz üzerine konulmuş olan hacizlerin davalı A. tarafından kaldırıldığı tarih, temyiz incelemesine konu bu davanın açıldığı 12.06.2003 tarihinden sonradır. 670 parsel üzerine, Yapı Kredi Bankası lehine 06.01.1998 tarihinde 13 yevmiye numarası ile 1. derecede konulan 100.000 YTL ve 11.05.1999 tarih ve 582 yevmiye numarası ile 2.derecede konulan 100.000 YTL değerindeki ipoteklerin bedellerinin ise, 670 parselin davalı Ahmet'e satışından önce ödendiği, bedelleri ödenen ipoteklerin, 25.02.2004 tarih ve 305 yevmiye no ile tapudan terkin edildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. İpotek bedelleri davalı üçüncü kişi A. tarafından öden-

memiş, sadece ipoteklerin tapuda terkini işlemi davalı Ahmet tarafından gerçekleştirilmiştir.

Öte yandan, taraflar Kemer İlçesinde oturmakta olup davalı yüklenici M.G.'nin, ilçede daha önce belediye başkanlığı yaptığı, davacı İ.H.G.'nin işadamı olup davalı Mustafa'nın babası olduğu, davalı A.'nın ise Kemer Halk Plajını işlettiği, tarafların birbirlerini iyi tanıdıkları dosya kapsam ve tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda hayatın olağan akışı, taraflar arasındaki ilişkiler, yaşadıkları yer, sosyal konumları, 670 parselin tapuda gösterilen satış bedeli ile gerçek değeri arasındaki fahiş fark dikkate alındığında, davalı üçüncü kişi A.'nın gerçek durumu bilmediği, davacı ile davalı yüklenici arasındaki hukuki ilişkiden haberdar olmadığı, iyi niyetli olduğu kabul edilemez. O halde gerek M.G.'nin edimini yerine getirmemesi nedeniyle taşınmazın mülkiyetini kazanmaması ve gerekse A.Ö.'nün durumu bilmesi gerektiğinin belirlenmesi karşısında iyi niyet savunmasına değer verilmesinin mümkün olmaması dikkate alınarak, davacının tapu iptali ve tescil isteminin kabulü gerekirken, reddine karar verilmesi doğru olmamış, 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 göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme karar bozulmalıdır.





# DANIŞTAY KARARLARI

**Danıştay Dördüncü Daire**

**T. 27.02.2009**

**E. 2007/2465**

**K. 2009/1048**

**Özeti:** Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu, bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrası 15 Seri No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin J Bölümünde yapılan dava konusu açıklamalarının uygulama olanağının kalmadığı hakkında.

**Davacı:** ...

**Vekili:** Av. ...

**Davalı:** Maliye Bakanlığı

**İstem Özet:** 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 15 ser, No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "J-Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan " ... Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmı ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde 4467 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası Genel Tebliğin güncelliğinin kal-

madığı, mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle ayrıştırılarak katma değer vergisine tabi tutulmaması ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği, bu hususun yeni bir tebliğle duyurulması yolunda 15.4.2002 günlü dilekçeyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı davalı idare işleminin; Genel Tebliğin güncelliğinin kalmadığını, 'Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle katma değer vergisine tabi tutulmasının Kanun'a uygun olmadığını, zira bu ücretin serbest meslek faaliyeti kapsamında karşı tarafa verilen bir hukuki yardımın karşılığı olmayıp tamamen Kanun'dan kaynaklandığını ve sözleşme gereği olmadığını, bu ücret için karşı taraf adına serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiğini, söz konusu avukatlık ücretinin karşı taraf için yargılama gideri niteliği taşıdığını, Devletin adalet sağlama faaliyetinin katma değer vergisine tabi tutulmasının düşünülemeyeceğini belirterek, dava konusu Genel Tebliğin davalı İdareye yapılan başvuru gibi değiştirilerek uygulanmasının tespiti ve Mahkemece hükmolunan vekalet ücreti için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği iddiasıyla söz konusu işlemlerin iptali istemiyle dava açılmıştır.

**Maliye Bakanlığı savunmasının özeti:** Genel Tebliğin dava konusu edilen bölümü düzenleyici işlem niteliği taşımadığından idari davaya konu olamayacağından, davanın öncelikle usulden reddi gerektiği, Mahkeme kararıyla hükmolunan avukatlık ücretinin, serbest meslek kazancı olarak katma değer vergisine tabi olduğu, bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiği, dava konusu Tebliğin ve işlemin yasaya uygun olduğu, bu nedenle davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

**Tetkik Hakimi Mehmet Sönmez'in Düşüncesi:** 15 seri No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinde 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanana ödenebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin dava konusu edilen u) bölümünün, 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle güncelliği kalmadığından iptali gerektiği düşünülmektedir.

Öte yandan, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak hükmolunan ve 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti, avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, müvekkile verilen serbest meslek hizmetine doğrudan bağlıdır. Bu nedenle, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hükmolunan avukatlık ücreti, 3065 sayılı Kanun'un 1. maddesi, aynı Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrası ve bu hususa ilişkin Danıştay 8. Dairesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kesinleşen kararları karşısında katma değer vergisine tabi tutulması, dolayısıyla, bu ücreti ödemekle yükümlü olan davanın karşı tarafı adına düzenlenecek serbest meslek makbuzunda katma değer vergisinin ayrıştırılarak gösterilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, davalı idarenin 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı yazısında hukuka aykırılık görülmediğinden, bu yazının iptali istemine ilişkin dava ile dava dilekçesinde ve davalı İdareye yapılan başvuru dilekçesinde belirtilen açıklamalar doğrultusunda Genel Tebliğin değiştirilmesi gerektiğinin tespiti istemine ilişkin davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı İbrahim Erdoğan'ın düşüncesi:** Uyuşmazlık, 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı *Resmi Gazete'* de yayımlanan 15 Seri No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "J- Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan düzenlemenin ilk cümlesinden sonra gelen " ... sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanan serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzlara alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmına ilişkin düzenlemenin ve 15.4.2002 günlü dilekçe ile yapılan başvuruya cevaben verilen 15.4.2004 günlü ve 016534 sayılı yazının iptali istemine ilişkindir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde "Her türlü Serbest meslek faaliyetinden. doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır..." hükmüne yer verilmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri çerçevesinde taraflar (Müvekkil-Avukat) arasında "Avukatlık Sözleşmesi" kapsamında vekillik verilir. Bu haliyle avukatlık hizmeti genel olarak

vekalet içerir ki sözleşmeye dayanır ve serbest meslek niteliğindedir.

Vekalet içerikli sözleşmeye dayanan avukatlık hizmetinin ücreti ise, yine 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümleri dahilinde ve Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından tespit edilip *Resmi Gazete*'de ilan edilen "*Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi*" dikkate alınarak taraflar (avukat müvekkil) arasında Serbestçe belirlenmekte ve bu ücret kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava iş ve işlemlerin karşılığını teşkil etmektedir.

Sözleşme kapsamında müvekkile verilen hizmet Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde belirtildiği üzere serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılmış olduğundan müvekkilden alınan ücret Gelir Vergisi Kanunu'nun 67. maddesi hükmü karşısında serbest meslek kazancıdır.

Mahkemelerde dava açanlar, mahkeme masraflarını Harçlar Kanunu çerçevesinde ve ayrıca posta giderlerini peşin olarak ödemek zorundadırlar. (HUMK m. 413). Bu şekilde masrafları peşin ödeyen tarafın (davacının) davasında haklı çıkması halinde, bu masraflar karşı tarafa yüklenir. (HUMK m. 416) Davacının kısmen haklı çıktığı durumlarda ise, Mahkeme masrafları taraflar arasında taksim eder. (HUMK m. 417) lehine hüküm tesis olunan taraf için tahsil olunacak mahkeme masrafları miktarının hükümde gösterilmesi, orunludur (HUMK m. 426). Davadan haksız çıkan tarafa yükletilecek mahkeme masraflarının nelerden ibaret olduğu, HUMK'nun 423. maddesinde tahdidi biçimde sayılmıştır.

Maddenin 1. fıkrasının 6 numaralı bendine göre "*davanın ehemmiyetine göre Kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri*"de mahkeme masraflarındandır. Nitekim Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun "29.5.1957 günlü ve E: 1957/4; K: 1957/16 sayılı" bir kararında da bu husus açıkça belirtilmiştir.

Katma değer vergisinin konusunu belirleyen KDV Kanunu'nun 1/1. maddesine göre, ticari, sınai, zirai faaliyet ve Serbest Meslek faaliyeti çerçevesindeki mal teslimleri ve hizmet ifaları KDV'ye tabi bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, mal teslimi ve hizmet ifalarının KDV'ye tabi tutulabilmesi için; ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde teslim veya ifa edilmeleri gerekir.

Öte yandan, KDV Kanunu'nun 20. maddesinin 1. bendinde teslim

ve hizmet işlemlerinde matrahın, bu işlemlerin karşılığını oluşturan bedel olduğu hükme bağlanmış, 2. bendinde ise bedel deyimi; *“mali teslim alan veya kendisine hizmet yapılan veyahut bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlarca borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamı”* olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme kararı uyarınca karşı taraf avukatına ödenen veya ona ödenmek üzere icra dairesine yatırılan vekalet ücreti, ödeyen tarafın karşı taraf avukatından aldığı bir hizmetin karşılığı değildir. Zaten belirtilen şekilde vekalet ücretine hak kazanan avukatların, karşı/borçlu tarafa serbest meslek faaliyeti kapsamında bir hizmet sunmaları hukuken mümkün olamaz.

Burada vekalet ücreti ödeyen için bir hizmet karşılığı değildir. Tamamen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu'na göre ve mahkeme kararı uyarınca ödenmektedir. Üstelik bu ödenen tutarın, özel hukuk açısından, mahkeme kararı ile belirlenmiş bir alacak niteliğinde olmadığı davaya konu alacağın fer'isi niteliğinde yargılama gideri olduğu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 423. maddesi ve anılan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı ile de açıkça ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, Avukatlık Kanunu'na göre haklı çıkan tarafın avukatına ait olan bu vekalet ücretinin, elde eden avukat için Gelir Vergisi Kanunu açısından serbest meslek kazancı niteliğinde olmasına rağmen, hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hem de hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması sebebiyle, katma değer vergisinin konusuna girmemesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile düzenleyici işlemin dava konusu edilen kısmının ve 15.4.2004 günlü ve 016534 sayılı yazıyla tesis edilen olumsuz işlemin iptali gerekeceği düşünülmektedir.

### TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dördüncü Dairesi'nce, dava dosyası tekemmül ettiği için davacının yürütmenin durdurulması isteminin incelenmesine gerek görülmeyerek işin esası incelenip gereği görüldü:

Dava, 21.7.1985 tarih ve 18818 sayılı *Resmi Gazete'*de yayımlanan 15 Seri No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin “J- Avukatlık Ücretleri” başlıklı bölümünde yer alan “ ... Ancak bu paralardan sözleş-

meleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları hu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir.” kısmı ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinde 4467 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrası Genel Tebliğin güncelliğinin kalmadığı, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin iç yüzde yöntemiyle ayrıştırılarak katma değer vergisine tabi tutulmaması ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenmemesi gerektiği, bu hususun yeni bir tebliğle duyurulması yolunda 15.4.2002 günlü dilekçeyle yapılan başvuru üzerine tesis edilen, Mahkemece hükmolunan vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve bu ücret için davanın karşı tarafı adına serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiğini belirten 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı davalı İdare işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Tebliğin dava konusu edilen bölümü, mükelleflerin menfaatini etkileyen hükümler içerdiğinden, İdari davaya konu olacak, kesin ve yürütülmesi zorunlu düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, davalı İdarenin usule ilişkin iddiasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Dava, Genel Tebliğin ve Maliye Bakanlığı işleminin iptali istemi olmak üzere iki ayrı işlemin tartışılmasını gerektirmektedir. Uyuşmazlık, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olup olmadığı ve bu ücret için serbest meslek makbuzu düzenlenip düzenlenmeyeceğinin, söz konusu makbuz düzenlenecekse kimin adına düzenlenmesi gerektiğinin tartışılması suretiyle karara bağlanacaktır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 65. maddesinde, her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançların serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlemin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması olarak tanımlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu hükmüne yer verilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faali-

yeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu düzenlemesine yer verilmiş, aynı Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, belli bir tarifeye göre fiyatı tespit edilen işler ile bedelin biletle tahsil edildiği hallerde tarife ve bilet bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağı ve verginin müşteriye ayrıca intikal ettirilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164. maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği belirtildikten sonra ücretin tespitine ilişkin esaslar belirlenmiş, bu maddenin son fıkrasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle değişmeden önceki halinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu hükmüne yer verilmiş iken, 4667 sayılı Kanun'la bu son fıkra, "*Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*" şeklinde değiştirilmiştir.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemelere göre, avukatlık mesleğinin, serbest meslek faaliyeti, bu meslekten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olduğu, serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin ise katma değer vergisine tabi bulunduğu açıktır.

1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinin son fıkrasının, 4667 sayılı Kanun'la değişmeden önceki hükmüne göre, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu, ancak avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme yapılmak suretiyle bu Ücretin sahibinin belirlenmesi, diğer bir ifadeyle, kural olarak avukata ait 0li1ll avukatlık ücretinin, yazılı sözleşmeyle iş sahibine de bırakılabileceği görülmektedir. Dava konusu Genel Tebliğin, 21.7.1985 tarihli *Resmi Gazete'* de yayımlandığı dikkate alındığında Genel Tebliğin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanunun 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki bu durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, Genel Tebliğde, Mahkemelerce hükümlenilecek avukatlık ücretinin muhatabı konusunda ikili bir ayırım yapılarak, bu ücreti n davanın kazanan tarafına ödenmesi halinde katma değer vergisine tabi olmadığı, ancak yapılan sözleşme gereğince ücret karşılığı çalışanlar dışındaki avukatlara intikali halinde ise; serbest

meslek kazancı kapsamında katma değer vergisine tabi olduğu, söz konusu avukatlık ücreti için davayı kazanan taraf adına serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve alınan bu tutar için katma değer vergisi hesaplanıp ayrıca gösterileceği açıklaması yapılmıştır. 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinde 2.5.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, maddenin son fıkrasındaki söz konusu ikili ayırım kaldırılarak, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanan ödenebilmesi ne olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin (J) bölümünün dava konusu edilen kısmının 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle uygulama olanağı ve hukuki geçerliliği kalmamıştır.

Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin, katma değer vergisine tabi olup olmadığı hususuna gelince:

3065 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Mahkemelerce, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi esas alınarak hükmolunan ve 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesi uyarınca avukata ait olan avukatlık ücreti ise, avukatın müvekkiline vermiş olduğu avukatlık hizmetinin bir parçası olup, doğrudan müvekkile verilen hizmet nedeniyle hak kazanılan bir ücrettir. Bu ücreti, müvekkilin değil de davayı kaybeden tarafın ödüyor olması, bu hizmetin davayı kazanan tarafa verilen hizmetin karşılığı olması gerçeğini değiştirmez. Söz konusu avukatlık ücretinin, davayı kaybeden, buna bağlı olarak da avukatlık ücretini ödeyen taraf bakımından yargılama gideri niteliğinde olması da bu ücrette hak kazanan avukat bakımından serbest meslek kazancı olması vasfını değiştirmez. Bu durumda, Mahkemelerce tarifeye göre hükmolunan avukatlık ücretinin de katma değer vergisine tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan, 3065 sayılı Kanun'un yukarıda metni yazılı olan 20. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca da, belirli tarifeye göre fiyatı tespit edilen işlerde, tarife bedelinin katma değer vergisi dahil edilerek tespit olunacağına açıkça hüküm altına alınmış olması karşısında, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hükmolunan avukatlık ücretinin içerisinde katma değer vergisinin de bulunduğu, dolayısıyla bu verginin ayrıştırılarak serbest meslek makbuzunda gösteril-



mek suretiyle katma değer vergisine tabi tutulması gerekmektedir. Nitekim, 28.11.2002 günlü ve 24950 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin, "Bu tarifede yer alan ücretlere 3065 sayılı Kanun hükümleri gereği katma değer vergisi ayrıca ilave edilir" kuralını içeren 21. maddesinin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesinin 5.11.2004 günlü ve E:2003/4002, K: 2004/4219 sayılı kararıyla; 3065 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tarifeye bağlı işlerde, katma değer vergisinin tarifede belirtilen ücrete dahil olduğu gerekçesiyle dava konusu düzenlemenin iptaline karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 6.10.2005 günlü ve E:2005/1580, K:2005/2294 sayılı bir başka kararında da, 3065 sayılı Kanun uyarınca, belli bir tarifeye göre alınan ücrete katma değer vergisinin dahil olduğu yönünde karar verilmiştir.

Yukarıda yer alan açıklamalar ile yargı kararları dikkate alındığında, Mahkemelerce Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmolunan avukatlık ücreti, serbest meslek faaliyeti kapsamında katma değer vergisine tabi olup, bu ücrete dahil olan katma değer vergisinin ayrıştırılarak beyan edilmesi gerekmektedir.

Davanın, söz konusu avukatlık ücreti için serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekip gerekmediği ve düzenlenecekse kimin adına düzenleneceğine ilişkin kısmına gelince:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Makbuz mecburiyeti" başlıklı 236. maddesinde, serbest meslek erbabının, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşterinin de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetinde olduğu, "Makbuz muhteviyatı" başlıklı 237. maddesinde de, serbest meslek makbuzlarına, makbuzu verenin soyadı, adı veya unvanı, adresi, vergi dairesi ve hesap numarası, müşterinin soyadı, adı veya unvanı ve adresi, alınan paranın miktarı, paranın alındığı tarihin yazılacağı ve bu makbuzların serbest meslek erbabı tarafından imzalanacağı, serbest meslek makbuzlarının seri ve sıra numarası dahilinde teselsül ettirileceği belirtilmiştir.

213 sayılı Kanun'un 236 ve 237. maddelerinde serbest meslek makbuzlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, serbest meslek makbuzunun hangi şartlarda, kime ve nasıl düzenleneceği açıkça gösterilmiş, ihtiva etmesi gereken bilgiler sayılmıştır. Buna göre hükmedi-

len vekalet ücretinin tahsili sırasında serbest meslek makbuzu düzenlemesi yasa gereğidir.

Nitekim Danıştay Dördüncü Dairesi'nin hükmolunan vekalet ücretinin tahsiline dair benzer bir davada verdiği 20.12.2006 günlü ve E:2006/2237, K:2006/3102 sayılı kararında da hükmolunan avukatlık ücreti için de serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Serbest makbuzunun kimin adına düzenleneceği hususuna gelince:

Gerek 213 sayılı Kanun'un 236. maddesi, gerek Danıştay Dördüncü Dairesi'nin yukarıda anılan kararının incelenmesi sonucu, her ne kadar avukatın hukuki yardımından müvekkili yararlanmakta ise de, serbest meslek makbuzunun, söz konusu avukatlık ücretini ödemekle yükümlü olan davanın karşı tarafı adına düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Kaldı ki, avukat tarafından tahsil edilen ve avukat bakımından serbest meslek kazancı niteliğinde olan söz konusu ücret, karşı taraf bakımından yargılama gideri olması nedeniyle ve 213 sayılı Kanunun 236 nci maddesinde öngörülen belge düzeni açısından da serbest meslek makbuzunun, ödemeyi yapan adına düzenlenmesi gerekmektedir.

Maliye Bakanlığının 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı işleminin iptali istemine gelince:

Söz konusu işlem, davacının başvurusu üzerine tesis edilmiş olup, Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretinin serbest meslek kazancı olarak katma değer vergisine tabi olduğu ve serbest meslek makbuzunun ücreti avukata temin eden davanın karşı tarafı adına düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Yukarıda yer alan açıklamalar karşısında, söz konusu avukatlık ücretinin katma değer vergisine tabi olduğu ve serbest meslek makbuzunun da ödemeyi yapan adına düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davacı, dava konusu Tebliğin 3 üncü bölümünün dava dilekçesinde ve davalı İdareye yaptığı başvuru dilekçesinde belirttiği açıklamalar doğrultusunda değiştirilmesi gerektiğinin tespiti suretiyle iptalini de talep etmiş ise de; 1982 Anayasası'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinde, yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yürütme görevinin

kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği düzenlemesi ile bu düzenlemeye paralel hükümler içeren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2 numaralı fıkrası karşısında, davacının yeni düzenleme yapılması gerektiğinin tespiti suretiyle dava konusu düzenlemenin iptalini istemesi mümkün değildir. Nitekim, konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile yukarıda yapılan hukuki nitelermeler bir arada değerlendirildiğinde, mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücreti 3065 sayılı Kanun hükümleri uyarınca katma değer vergisine tabi olup, bu ücret için davanın karşı tarafı adına 213 sayılı Kanun uyarınca serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekmektedir. Bu hususların, yeni bir Tebliğ ile duyurulması yolunda idareyi zorlayıcı bir yargı kararı verilmesine de olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 15 seri No.'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin "J- Avukatlık Ücretleri" başlıklı bölümünde yer alan " ... Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacaktır. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenleyecekler, makbuzla alınan tutar üzerinden katma değer vergisini hesaplayıp ayrıca göstereceklerdir." kısmının uygulama olanağı kalmadığından iptaline oy çokluğuyla, Maliye Bakanlığı'nın 15.4.2004 günlü ve 16534 sayılı işleminin iptali istemine ilişkin davanın reddine oybirliğiyle, davacıdan 32.30 TL maktu karar harcı alınmasına, yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, kararın gerekçesi ile davacı bakımından yaratacağı hukuki sonuçlar dikkate alındığında davacı vekili için avukatlık ücreti hükmolunmasına gerek bulunmadığına, kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde Danıştay Vergi Daireleri Kurulu nezdinde temyiz yolu açık olmak üzere 27.2.2009 gününde karar verildi.

### KARŞI OY

X- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücreti" başlıklı 164. maddesinde, avukatlık ücretinin, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade edeceği belirtildikten sonra ücretin tespitine ilişkin esaslar belirlenmiş, bu maddenin son fıkrasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle değişmeden önceki halinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bu-

lunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu hükmüne yer verilmiş iken, 4667 sayılı Kanunla bu son fıkra, “*Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.*” şeklinde değiştirilmiştir.

1136 sayılı Kanun’un 164. maddesinin son fıkrasının, 4667 sayılı Kanun’la değişmeden önceki hükmüne göre, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin avukata ait olduğu, ancak avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme yapılmak suretiyle bu ücretin sahibinin belirlenmesi, diğer bir ifadeyle, kural olarak avukata ait olan avukatlık ücretinin, yazılı sözleşmeyle iş sahibine de bırakılabileceği görülmektedir.

Dava konusu Genel Tebliğin, 21.7.1985 tarihli *Resmi Gazete’de* yayımlandığı dikkate alındığında, Genel Tebliğin dava konusu bölümünün, 1136 sayılı Kanununun 4667 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki bu durumu açıklama amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, Genel Tebliğde, Mahkemelerce hükmolunacak avukatlık ücretinin muhatabı konusunda ikili bir ayırım yapılarak, bu ücretin davanın kazanan tarafına ödenmesi halinde katma değer vergisine tabi olmadığı, ancak yapılan sözleşme gereğince ücret karşılığı çalışanlar dışındaki avukatlara intikali halinde ise; serbest meslek kazancı kapsamında katma değer vergisine tabi olduğu, söz konusu avukatlık ücreti için davayı kazanan taraf adına serbest meslek makbuzu düzenleneceği ve alınan bu tutar için katma değer vergisi hesaplanıp ayrıca gösterileceği açıklaması yapılmıştır.

1136 sayılı Kanun’un 164. maddesinde 2.5.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, maddenin son fıkrasındaki söz konusu ikili ayırım kaldırılarak, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin sözleşmeyle davayı kazanan ödenebilmesine olanak tanıyan düzenlemeye son verilmiştir. Bu bağlamda, Genel Tebliğin dava konusu edilen (j) bölümünün, 1136 sayılı Kanun’un 164. maddesinin son fıkrasında 4667 sayılı kanunla yapılan değişiklikle güncelliği kalmamış olup, hukuki geçerliliğini yitirmiştir.

Bu nedenle, 15 Seri No.’lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinin dava konusu edilen bölümüne ilişkin davanın da reddi gerektiği görüşüyle kararın bu kısmına karşıyım.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 13.03.2009  
E. 2008/528  
K.2009/134

\* Avukata karşı takip edilen  
davayı baroya bildirme  
yükümlülüğü  
(TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukat hakkında, 06.02.2007 tarihinde şikayetçi hakkında Sincan Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunmasına karşın baroya bildirimde bulunmadığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında özetle, şikayetçinin avukat olduğunu bilmediğini, baroya bildirimde bulunmadığını, müvekkilinin hakkını aramak amacıyla dilekçe verdiğini ve hak arama özgürlüğü çerçevesi içinde hareket ettiğini, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın eylemini Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine aykırı bularak şikayetlinin uyarı cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikayetli avukatın Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesini ihlal edip etmediğine ve bu eylemi nedeniyle kendisine disiplin cezası verilip verilemeyeceğine ilişkindir.

Avukat, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca *"bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek"* yükümlülüğündedir.

İtiraza konu olayda, Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılan şika-

yet söz konusu olup, ortada henüz açılmış bir dava bulunmamaktadır. Meslek kuralının metninden, ancak açılacak davaların Baro Başkanlığına bildirilmesinin istenildiği anlaşılmaktadır. Savcılığa yapılan şikayetin nasıl sonuçlanacağı başlangıçta belli olmadığından, dava olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ankara İdare Mahkemesi 2006/584 Esas, 2007/881 Karar ve 13.09.2007 tarihli kararı ve ayrıca diğer kararlarıyla *“suç duyurusunun bir avukatın başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği baroya bildirim yükümlülüğü öngörülen dava kapsamında düşünülmemeyeceği yasal bir hak olan şikayet hakkının kullanılması olduğunu”* da kabul etmiştir.

Bu nedenlerle, şikayetli hak arama özgürlüğü kapsamında Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuş olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılarak, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının kabulü ile, Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin 11.07.2008 gün, 2007/339 esas 2008/125 karar sayılı kararının kaldırılmasına, Şikayetli Avukat Y.K hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, oy-birliğiyle karar verildi.

\* \* \*

**T. 13.03.2009**  
**E. 2008/530**  
**K. 2009/136**

**\* Aynı eylem nedeniyle hakkında ceza davası açılan avukatın disiplin kovuşturmasının, ceza kararının kesinleşmesine kadar bekletilmesi**  
(1136 Sayılı Av. K. m.140/2)

Şikayetçi, şikâyetli Av. M. E. D'nin yargılandığı ceza davasında avukatı olduğunu, dosyasının eski Ceza Kanunundan dolayı Yargıtay'da iken yürürlüğe giren yeni Ceza Kanununa uyarlanması için tekrar Mahkemeye iade edildiğini, kendisine ceza verildiğini, ancak kararın temyiz edilmediğini, şikâyetli avukatın parasını aldığı halde bu görevini yapmayarak mağdur olmasına ve cezaevinde kalmasına neden olduğunu belirterek şikâyetçi olmuştur.

Şikayetli avukat savunmasında özetle, kararın bozulma ihtimali-

nin olmadığını, öncelikle davanın başından sonuna kadar duruşmaların tamamına girdiğini, şikâyetçinin tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakıldıktan sonra hiçbir duruşmaya gelmediğini, kararı temyiz ettiğini, dosyanın uyarılama amacıyla geri gönderildiğini, daha sonra da bütün duruşmalara girdiğini, olay silahlı yaralama olduğu için bozulma ihtimali olmadığından takdir hakkını kullanarak kararı temyiz etmediğini, karar temyiz edilse bile değişen bir şey olmayacağını, sadece sürecin gecikeceğini, şikâyetçinin tutuklanmasının piyasaya sahate para sürmekten kaynaklandığını, kendisinin takip ettiği dosya nedeniyle mağdur olmasının söz konusu olmadığını, başka suçtan dolayı zaten tutuklu olduğunu, bir avukat olarak yapması gereken bütün işlemleri yaptığı savunmasında bulunmuştur.

Şikâyetçi 13.08.2007 tarihli dilekçesiyle şikâyetinden vazgeçmiştir.

Şikâyetçi, şikâyetli avukatı aynı eylemi nedeniyle Cumhuriyet Başsavcılığı'na da şikâyet etmiş, Adalet Bakanlığı'nın 21.07.2008 tarihli oluruyla şikâyetli avukat hakkında ceza soruşturması yapılmasına olur verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan disiplin kovuşturması sonucunda, şikâyetli avukat hakkında disiplin yönünden işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiş, karar taraflara ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na tebliğ edilmiş, karara Manisa Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; şikâyetli avukatın yüzüne karşı verilen ceza kararını temyiz etmeyerek görevini ihmal ettiğini, bu durumun disiplin cezası gerektirdiği ileri sürerek kararın bozulmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; Şikâyetli avukatın ceza mahkemesince verilen kararı temyiz etmeyerek disiplin suçu işleyip işlemediğine ilişkindir.

Şikâyetli avukat hakkında aynı eylemi nedeniyle ceza soruşturmasının başlatıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 140/2. maddesi gereğince aynı eylem nedeniyle ceza kovuşturması yapılıyor ise disiplin kovuşturmasının ceza davasının sonucuna kadar beklemesi gerekmektedir. Dosya kapsamına göre bu yasal kurala uyulmadan karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumun öncelikle göz önüne alınması gerekmektedir.

Ayrıca, Baro Disiplin Kurulu'nun şikâyetli avukat hakkında disiplin yönünden işlem yapılmasına yer olmadığına şeklinde karar vermesi de doğru görülmemiştir. Bilindiği üzere disiplin yönünden işlem yapıp yapmama, daha doğru bir deyimle, disiplin kovuşturması açılmasına yer olup olmadığına karar verme yetkisi Baro Yönetim Kurulu'na ait bir yetkidir. Baro Disiplin Kurulu şikâyetli avukatlar hakkında disiplin cezası verilmesine veya disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verebilirler. Yasal deyimlere ve anlamlarına uygun ifadeler kullanılması kurulların özen göstermesi gereken bir durum olduğundan, Baro Disiplin Kurulunun kararında kullandığı ifadesi eleştirilmekle yetinilmiştir.

Sonuç olarak; Manisa Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne, şikâyetli avukat hakkında aynı eylemi nedeniyle ceza soruşturması yapıldığı anlaşıldığından Avukatlık Kanunu'nun 140/2. maddesi gereğince Manisa Barosu Disiplin Kurulu'nun şikâyetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 07.09.2007 tarih ve 2007/14 Esas, 2007/12 Karar sayılı kararının bozulmasına, oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

**T. 13.03.2009**  
**E. 2008/ 531**  
**K. 2009/137**

- \* **Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğü**
- \* **Müvekkil adına alınan paraların ve başkaca değerlerin geciktirilmeksizin müvekkile duyurulması ve verilmesi.**  
(1136 sayılı Av. K. m. 34;  
TBB Meslek Kuralları m. 42, 43)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçilerin vekili olarak yaptığı takipler için avans olarak fazla para aldığı, bu avans hesabını kapatmadığı, artan paranın uhdesinde kaldığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir. Şikâyetli avukat itirazında, hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığını, Baro Disiplin Kurulunun tarafsız davran-



madığını, yasaya aykırı Disiplin Kurulu kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat hakkında, disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak, "hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal" suçundan dolayı Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/102 Esasında kayıtlı kamu davası açıldığı, mahkemece 11.03.2008 tarihli 2008/61 karar sayılı kararı ile sanığın eylemi 5237 sayılı TCK'da öngörülen güveni kötüye kullanmak suçunu teşkil ettiği, 765 sayılı Kanun'un sanık lehine olması nedeniyle, eylemine uyan 765 sayılı Yasanın 110, 80, 522, 523/2, 59 ve 747 sayılı Yasanın 4. maddesi gereğince 847.00.-YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve CMY'nin 5721 sayılı Kanun'un 231/8. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" ilişkin hüküm kurulduğu anlaşılmıştır.

Mahkemenin karar gerekçesinde, "şikâyetlinin Kaymaklı Tarım Kredi Kooperatifi vekili olduğu, 29.04.2004 tarihinde Nevşehir 2. İcra Müdürlüğü'ne başvurup 33 dosyada yenileme talebinde bulunduğu, dosya başı yenileme masrafı 3,50.-YTL olmasına rağmen dosya başı masrafı 10,00.-YTL göstererek ilgili kuruma yazılı beyanda bulunarak 207,50. YTL haksız şekilde menfaat edindiği, yine Kaymaklı Tarım Kredi Kooperatifi vekili sıfatıyla 7 dosya hakkında hiçbir yenileme işlemi yaptırmamasına rağmen 24.12.2003 tarihinde Kaymaklı Kooperatifine başvuruda bulunarak dosya başı 5,00.-YTL den olmak üzere 35,00.- YTL yi haksız olarak edindiği anlaşılmakla, oluş ve kabule göre sanığın eylemi müteselsil olarak emniyeti suiistimal olarak kabul edilmiş ve sanık kabule göre cezalandırılmıştır." şeklinde kabul bulunmaktadır.

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" ilişkin olarak verilen kararlar adli sicil kaydına işlenmemekte, başka bir deyişle hakkında cezalandırma kararı verilmiş sanıklar, sabıkalı addedilmemekte, kararlarda belirtilen cezaların infazı ertelenmekte, 5 yıllık süre içinde suç işlenmediği takdirde infaz edilmemektedir. Ancak yapılan yargılama sonucu, ceza mahkemesi suçun unsurlarına ilişkin maddi vakıaları tespit etmekte ve manevi unsuru da nazara almak suretiyle, suç vasfını belirleyerek cezalandırma kararı vermektedir. Bu durumda, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık, verilen cezanın infaz edilmemesi ve sabıka teşkil etmemesi imkânından yararlanmaktadır. Öte yandan, hakkında bu tür hüküm

kurulan sanığın, isnat edilen suçtu işlediği ve işlediği suçun ferdileştirilmesi sonucu mahkemesince, kendisine uygun yasa maddesi gereğince ceza verildiği de tartışmasızdır.

Bu durumda, şikâyetli avukat hakkında açılan ve ağır ceza mahkemesince karara bağlanan davada, şikâyetlinin emniyeti suiistimal suçunu işlediğine ilişkin mahkeme yargısını nazara almak ve doğru kabul etmek zorunluluğu bulunduğundan, şikâyetlinin suç olarak kabul edilen eylemi aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, *"Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."* ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 42. maddesine göre *"Avukat işle ilgili giderleri karşılamak üzere avans isteyebilir. Avansın işin gereğini aşmamasına, avanstan yapılan harcamaların müvekkile zaman zaman bildirilmesine ve işin sonunda avanstan kalan paranın müvekkile geri verilmesine dikkat edilir."* 43. maddesine göre de, *"Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazıyla bildirilir."*

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 42 ve 43. maddesine aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun Avukatlık Kanunu'nun 136/1 maddesi gereğince tayin ve takdir ettiği kınama cezasında, hukuki isabetsizlik görülmemiş ve aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Nevşehir Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, oybirliğiyle karar verildi.

\* \* \*

T. 13.03.2009  
E. 2009/1  
K. 2009/145

- \* Avukatın mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınması
- \* Avukatın mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranması ( 1136 sayılı Av. K. m. 3, 4, 11; TBB Meslek Kuralları m. 34)

Şikâyetli avukat hakkında, vekilliğini yapmış olduğu şahısların anlaşmış olmalarına karşın, takipten düşen icra dosyalarını yenileyerek takibe devam ettiği, böylece Avukatlık Kanunu'nun 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 11. maddelerine aykırı davrandığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek şikâyetli hakkında kınama cezası tayin ve takdir edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir. Şikâyetli avukat itirazında, haksız bir yakınmaya dayalı olarak verilen kararın eksik soruşturma neticesi verilmiş olduğunu, hiçbir davranışının Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları'na aykırılık teşkil etmemesine rağmen kanuna aykırı olarak verilmiş disiplin cezasının ortadan kaldırılmasını ve incelemenin duruşmalı yapılmasını istemiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Gökçebey Asliye Hukuk Mahkemesi'nde aralarında şikâyetçinin de davacı olduğu 2000/163 Esas sayılı tazminat davasının açılmış olduğu,

Mahkemenin 09.12.2004 tarih ve 2004/211 sayılı kararında, davalılardan Y. A. vekili olarak Av. F. T'nin isminin yazılı olduğu ve reddedilen kısımlar için davalılar lehine avukatlık ücretine hükmedildiği,

Şikâyetli avukat tarafından, davalılar Z. K., Y. A. ve A. Mozaik AŞ adına, anılan ilama dayalı olarak şikâyetçi ve Asliye Hukuk Mahkemesindeki diğer davacılar aleyhine Gökçebey İcra Müdürlüğü'nde 2006/467-468-469-470-471-472-473-474 ve 475 sayılı icra takiplerinin başlatıldığı, 2008/467 sayılı dosya borçlusunu asaleten şikâyetçi, 2008/468 ve 469 sayılı dosya borçlusunun da velayeten şikâyetçi olduğu, icra dosyalarının takipsizlik nedeni ile işleminden kaldırıldığı, şikâyetlinin 07.11.2006 tarihli dilekçesi ile icra takiplerinin yenilendiği,

Borçlular vekilinin 23.11.2006 tarihinde icra dosyalarına verdiği dilekçe ekinde 13.10.2005 tarihli feragatnamenin sunulmuş olduğu, şikâyetlinin 23.11.2006 tarihinde haciz talebinde bulunduğu ve akabin-

de verilen mahkeme kararı ile itfa sebebiyle icra takiplerinin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır. Şikâyetli avukat savunmasında, avukatlık ücretinin tahsili için icra takibini sürdürdüğünü belirtmiş ise de, icra takiplerinin dayanağı olan mahkeme kararında şikâyetli avukatın değil başka bir avukatın adının yazılı olması ve feragate rağmen icra takibini sürdürmesi Avukatlık Yasasına ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırıdır.

Şikâyetlinin eylemi, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde yazılı, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde yazılı; "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.", 4. maddesinde yazılı, "Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." ve 11. maddesinde yazılı, "Avukat, Türkiye Barolar Birliği'nce kabul olunan mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun davranmak zorundadır." düzenlemelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle Barosu Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin kabulünde hukuki isabetsizlik görülmemiştir. Baro Disiplin Kurulu şikâyetlinin disiplin sicilinde bulunan cezası sebebiyle Avukatlık Kanunu'nun 136/2. maddesinin uygulandığını kararında bildirmiş olmasına karşın, ancak şikâyetlinin disiplin sicilindeki kesinleşen disiplin cezaları bu kovuşturmayla konu eylem tarihinden sonra kesinleşmiş olmakla tekerrüre esas olarak alınamaz. Ancak eylemin birden fazla kişiye karşı yapılmış ve birden fazla meslek kuralının ihlal edilmiş olması nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki takdir hakkı kullanılmak suretiyle Baro Disiplin Kurulu kararının onanması karar vermek gerekmiştir.

Şikâyetli avukat, itiraz dilekçesinde incelemenin duruşmalı olarak yapılması talebinde bulunmuş ise de Avukatlık Kanunu'nun 157/2. maddesi uyarınca duruşma yapılması yasal olarak mümkün olmadığından ayrıca bu talebi kabul edilmemiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Zonguldak Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

# İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

## DEMOPOULOS / TÜRKİYE VE DİĞER 7 BAŞVURU

(Başvuru Numaraları: 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03,  
14163/04, 10200/04, 19993/04 ve 21819/04)

### Yazı İşleri Müdürünce Yayınlanan Basın Özeti

(05.03.2010)

Çev.: İzmir Barosu Mesleki  
İngilizce Çalışma Grubu\*

### KABULEDİLEBİLİRLİK (İNCELENEBİLİRLİK) HAKKINDA KARAR

Başvurular kabul edilmezdir (incelenemezdir):

Değiştirilmiş olan Yasa, Kıbrıs Rumlarının 1974'teki Türk işgalinin ardından Kuzey Kıbrıs'daki malvarlıklarından yoksun bırakılmaları ile ilgili şikayetleri açısından erişilebilir ve etkin bir çözüm sağlamaktadır.

---

\* \* "İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu (İBİMİÇG)", İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Mesleki İngilizce" kursuna eğitmen ve öğrenci olarak katılan Av. Serkan Cengiz, Av. Ata Sabri Atılgan, Av. İsmail Kavak, Av. Nuray Rüzgar, Av. Elçin Kurt, Av. Emine Çileli, Av. Erkul Erdem ve Av. Serap Kervan'dan oluşmakta olup, İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız, gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.

## TEMEL OLGULAR

Başvurucular Lefkoşa, Limasol, Lakatamya ve Larnaka'da yaşayan, Rum asıllı 17 Kıbrıs vatandaşıdır. Davalar, Ada'nın başvurucuların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ("KKTC") denetimindeki Kuzeyde bulunan taşınmazlarını kullanma ve/veya o bölgedeki evlerine ulaşma haklarından yoksun bırakıldıklarına ilişkin yakınmaları ile ilgilidir. Başvurucuların taşınmazları, bir bölümü ekilmiş çeşitli arazi parçalarından bir bölümü de tam döşenmiş, mobilyalı olan evlerden ve binalardan oluşmaktadır.

Başvurucuların yakınmaları, 1983 yılında KKTC'nin ilan edilmesi ile sonuçlanan, 1974 yılı Temmuz ve Ağustos aylarında Kuzey Kıbrıs'ta gerçekleştirilen Türk askeri operasyonları ve Kıbrıs ülkesinin süregelen bölünmesinden kaynaklanmıştır. Birleşmiş Milletler KKTC'nin kuruluş ilanının hukuken geçersiz olduğunu ilan etmiş ve Avrupa Konseyi de, Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti'nin ülkenin tek meşru hükümeti olarak görülmeye devam edileceğine karar vermiştir.

2005 yılı Aralık ayında yürürlüğe giren yeni yasal hükümlere (2005/67 sayılı Yasa) göre, bir taşınır veya taşınmaz mal üzerinde hak iddia eden tüm gerçek ve tüzel kişiler, her bir başvuru için 100 Türk Lirası harç ödemek ve tapu senedi veya malik olduklarına dair kanıt sunmak şartıyla, Taşınmaz Mal Komisyonuna ("TMK") başvurabileceklerdir.

2009 Kasım ayı itibarıyla, Taşınmaz Mal Komisyonu önüne getirilmiş davaların sayısı 433'e ulaşmıştır. Ekseriyeti dostane çözüm yoluyla olmak üzere bunlardan 85'i sonuçlandırılmıştır. 70'in üzerinde dava için de tazminata hükmedilmiştir. 361,493 m<sup>2</sup>'lik bir taşınmaz iade edilmiş ve yaklaşık 47 milyon Euro tazminat olarak ödenmiştir.

## Yakınmalar, Mahkeme'nin Oluşumu ve Yargılama Usulü

1 No.'lu Protokol'ün 1.maddesine (mülkiyetin korunması), 8. maddeye (konuta saygı hakkı) ve *Christosomou* başvurusunda 14. maddeye (ayrımcılık yasağına) dayanan başvurucular 1974 yılında Türkiye tarafından Kuzey Kıbrıs'ın işgalini müteakiben malvarlıklarından ve evlerinden yararlanma haklarının engellenmiş olduğundan ve ayrımcılık mağduru olduklarından bahisle yakınmada bulunmuşlardır. Başvurucular *Sotiriou*, *Moushoutta* ve *Stylas* ayrıca madde 8 (özel hayata ve aile

yaşamına saygı gösterilmesi) ve 1 No.'lu Protokol'ün 1. maddesindeki Sözleşme hakları bakımından etkin bir iç hukuk yolunun bulunmadığından bahisle 13. madde bağlamında yakınmada bulunmuştur.

Başvurular, Ocak 1999 ve Mart 2004 tarihleri arasında Mahkeme'ye sunulmuştur. 19 Mayıs 2009 tarihli kararla aslen davaya bakmakla görevli olan Daire, yargılama yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçmiştir. Büyük Daire duruşması 18 Kasım 2009 Strasburg'ta yapılmıştır.

İncelenebilirlik (Kabuledilebilirlik) hakkındaki karar,

Başkan, Jean-Paul Costa (Fransa)

Hakimler, Christos Rozakis (Yunanistan)

Nicolas Bratza (Birleşik Krallık)

Peer Lorenzen (Danimarka)

Françoise Tulkens (Belçika)

Josep Casadevall (Andorra)

Giovanni Bonello (Malta)

Vladimiro Zagrebelsky (İtalya)

Lech Garlicki (Polonya)

Khanlar Hajiyev (Azerbaycan)

Ljiljana Mijovic (Bosna ve Hersek)

Egbert Myjer (Hollanda)

David Thor Bjorgvinsson (İzlanda)

Jan Sikuta (Slovak Cumhuriyeti)

Merk Villiger (Linchtenstein)

Paivi Hirvela (Finlandiya)

Işıl Karakaş (Türkiye)

Ve Yazı İşleri Müdürü Erik Fribergh' den oluşan Mahkeme tarafından Büyük Daire sıfatıyla 1 Mart 2010 tarihinde verilmiştir.

## **Mahkemenin Kararı**

### **1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi**

Bu sekiz dava, pilot dava olan *Xenides-Arestis/Türkiye* davasını müteakiben incelenen ilk davadır. İşbu davada önerilen çözüm Daire ta-

rafından yeterli görünmekle birlikte, Daire'nin bu kararı, Sözleşme'nin ilkesel noktalarında ve yorumunda ayrıntılı bir analizi içermemekte olup, Büyük Daire için de bağlayıcı değildir.

### **İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Gerekliğinin (madde 35/1) Taşınmazları KKTC'nin Kontrolü Altında Bulunan Kıbrıslı Rumlara Uygulanıp Uygulanmadığı Hususunda**

Mahkeme, Kuzey Kıbrıs'ın hukuka aykırı işgaline dair çözümün hala sonuçlanmamış bir konu olduğu, buna karşın bireylerin her şeye rağmen haklarının korunmasından günlük olarak yararlanmaya devam etmelerinin can alıcı olduğu şeklindeki daha önceki görüşünü sürdürmektedir. Başvuranlar her ne kadar KKTC'nin kontrolü altında yaşamasa bile, oradaki şikayetleri açısından etkili bir başvuru yolunun mevcut olması halinde, iç hukuk yolunun tüketilmesi kuralı uygulanır. Bu husus Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti'nin Kıbrıs'ın tek meşru hükümeti olduğu geçişine halel getirmemiştir. Mahkeme, başvuruların iç hukuk yollarını tüketmesi için gerekli olan emek ve zamanı dikkate almaksızın, konuyla ilgili bilgilere ulaşabilme yetkisine sahip uygun bir resmi birimin, mülkiyetin sahipliği ve kıymet takdiri ile maddi tazminatın değerlendirilmesi gibi karmaşık konularda karar verilmesi açısından, çok daha açık bir forum olduğunu yinelemektedir.

### **Davalı Hükümetin, Taşınmaz Mal Komisyonu Vasıtasıyla Bu Davalar Açısından Etkin Bir Giderim Sağlayıp Sağlayamayacağı Hususunda**

Her ne kadar Türkiye, uluslararası toplum tarafından Kıbrıs'ın kuzeyinde yasa dışı işgalci olarak addedilse de, bu durum Türkiye'nin, Sözleşme kapsamında mülkiyete müdahale konulu bireysel yakınmaların ele alınması sırasında, Mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararın icrası kapsamında takdir yetkisinin kullanılmasına saygı gösterilmemesi anlamına gelmemektedir. Taşınmazların terk edilmesinden sonra geçen 35 yıllık sürede pek çok şeyin değiştiği gerçeği ışığında, Sözleşme ihlallerinin mağdurları olan kişilerin haklarını telafi etmek amacıyla olsa tüm davalarda çözüm sağlayacak şekilde bir yükümlülük tesis etmesi (ki bu durum çok sayıda erkek, kadın ve çocuğun



zorla tahliyesi ve yeniden iskanı ile sonuçlanacaktır) Mahkeme açısından keyfi ve düşüncesiz olma riskini yaratacaktır. Dolayısıyla tartışma konusu olan 67/2005 sayılı yasadan kaynaklanan giderimin müktederliğine dair takdir yetkisinin doğası açısından herhangi bir problem ortaya çıkmamakta olup bu husus Xsenides-Arestis davasındaki giderim için herhangi bir hükmün olmadığı meselesine karşılık gelmektedir.

Mahkeme, Taşınmaz Mal Komisyonu (TMK) üyelerinin, diğer meselelerin yanısıra, Türk askeri personelinin varlığı veya TMK üyelerinin KKTC Cumhurbaşkanı tarafından atanması sebebi ile kişisel taraf-sızlığının olmadığı iddiasını inandırıcı bulmamıştır. Keza Mahkeme, 67/2005 sayılı Yasa gereğince ödenen tazminat miktarlarının, makul tazminat olarak kabul edilemeyeceği görüşünde de değildir.

67/2005 sayılı Yasa'ya göre, talepçiler üzerinde olan ispat yükü meselesinde, Mahkeme Sözleşme kapsamındaki taleplerin içerdiği zorluklara bakılmaksızın deliller yoluyla -ki bu davalarda tapu senetleri veya mülkiyet belgesi ile- kanıtlanmasının zorunlu olduğunu yinelemiştir.

Mahkeme, değiştirilen kanundaki tazminat ödemeleri ile talepçilere ve temsilcilerine kuzey bölgesine giriş ve çıkışlarla ilgili verilen garantileri içeren maddeleri de dikkate almıştır. Mahkeme, usulün aşırı derecede külfetli veya ulaşılmaz olduğu -diğerlerinin yanı sıra iddia edilen sorunlar olarak hukuki temsil, tercüme, şeffaflığın olmaması, çok fazla baskı- şeklindeki yakınmalarını desteklemek için başvurucular tarafından ileri sürülen hususlarda ikna olmamıştır.

Ayrıca itiraz yolu kendilerine açık olmasına rağmen, hiçbir başvuru ödenen meblağa karşı ya da esasa ilişkin adaletsizlik ve usule aykırılık iddialarıyla Yüksek İdare Mahkemesi'ne itiraz etmemiştir.

Dolayısıyla Mahkeme, çözümlenmesi yetkisinin dışında olan mevcut işgal durumunda, Kıbrıslı Rumların sahip olduğu taşınmazlarına yapılan müdahaleye ilişkin şikayetler bakımından 67/2005 sayılı Yasa'nın erişilebilir ve etkin bir giderim çerçevesi sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurucular bu mekanizmayı kullanmamışlardır. Bu nedenle Sözleşme'nin 1 No.lu Protokol'ünün 1. maddesine dayalı yakınmaları, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle reddedilmelidir.

Mahkeme ayrıca bu kararın, Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvuru

ru yolunu kullanmanın zorunlu olduğu şeklinde yorumlanamayacağını; başvurucuların politik bir çözüm için beklemeyi tercih edebileceklerini vurgulamıştır. Buna rağmen başvurucular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat etmeyi tercih etmişlerse, bunların kabul edilebilirliği (incelenebilirliği) hakkında mevcut prensipler doğrultusunda karar verilecektir.

## MADDE 8

Taşınmaz sahibi başvurucuların konut haklarına ilişkin süregelen bir müdahaleden ötürü yakınmaları da, Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvurulmamış olması ve dolayısıyla da iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başarısız olmuştur.

Bununla birlikte Bayan Ariana Lordou Anastasiadous'un başvurusu (başvuru no. 13751 /02) esastan incelendiğinde ikna edici bulunmamıştır. Çünkü taşınmaz sahibi olmayan bir kişi olarak ne Taşınmaz Mal Komisyonuna ne de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti mahkemelerine yapacağı başvuru açısından gerçekçi bir başarı şansına sahip olacağı hususunda ikna edilmemiş olan Mahkeme, Bayan Ariana Lordou Anastasiadous'un davasına ilişkin olayların, başvurucunun tüm hayatı boyunca ailesine ait evde yaşamamış olması nedeniyle, konutuna saygı hakkına mevcut bir müdahale olarak telakki edilemeyeceğini tespit etmiştir. Söz konusu taşınmazın bir kısmının miras hissesi olarak intikali olasılığı ise varsayımsal ve spekülatifdir. Sonuç olarak başvurunun bu kısmı açıkça temelsiz olması nedeniyle reddedilmiştir.

## DİĞER YAKINMALAR

1 No.'lu Protokol'ün 1. ve Sözleşme'nin 8. maddeleri bağlamındaki tespitlerini dikkate alarak Mahkeme, başvurucuların geri kalan yakınmalarının incelenmesini gerektirecek daha başka bir meselenin mevcut olmadığı kanaatindedir.

\*\*\*

Bu karar yalnızca İngilizce olarak mevcuttur. İşbu basın özeti Yazı İşleri Müdürü tarafından hazırlanmış bir belgedir. Mahkemeyi bağlamamaktadır. Kararlar Mahkeme'nin web sitesinden edinilebilir. (<http://www.echr.coe.int>)

TÜRK  
BARO  
DERGİSİ

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-3994

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

DOSYA

## YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 65 - SAYI 1 - 1993

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

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

## YASALAR

### RG 04 Mart 2010/27511

5952 Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

### RG 09 Mart 2010/27516

5953 Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5954 Türkiye Cumhuriyeti ile Sırbistan Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5955 Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

### RG 11 Mart 2010/27518

5956 Avusturya Cumhuriyeti, Bulgaristan Cumhuriyeti, Macaristan Cumhuriyeti, Romanya ve Türkiye Cumhuriyeti Arasında Nabucco Projesi Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

### RG 24 Mart 2010/27531

5958 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovak Cumhuriyeti Hükümeti Arasındaki Askeri Mezarlık Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5959 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İçişleri Bakanlığı ve Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti İçişleri Bakanlığı Arasında Eğitim İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5960 Türkiye Cumhuriyeti ile Umman Sultanlığı Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5961 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5962 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Hükümeti Arasında Felaketlerin Sonuçlarının Önlenmesi, Sınırlandırılması ve Hafifletilmesi Alanında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5963 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile Bulgaristan Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Arasında İşbirliği Konusunda Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5964 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Svilengrad-Kapıkule Demiryolu Sınır Geçişi Faaliyetlerinin ve Kapıkule Sınır Mübadele Garındaki Demiryolu Sınır Hizmetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

## RG 25 Mart 2010/27532

- 5965 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Uluslararası Karayolu Taşımacılığı Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5966 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Bahreyn Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5967 Türkiye Cumhuriyeti ve Tayland Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

- 5968 Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile Fas Krallığı Adalet Bakanlığı Arasında İşbirliği Konusunda Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5969 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Kosova Öz-Yönetim Geçici Kurumları Adına Hareket Eden Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetim Misyonu (UNMIK) Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5970 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Orman ve Ormancılık Araştırmaları Alanında Bilimsel ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5971 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Guyana Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

**RG 26 Mart 2010/27533**

- 5957 Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 5972 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Burkina Faso Hükümeti Arasında Ticaretin Geliştirilmesi ve Ekonomik ve Teknik İşbirliği Mutabakat Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5973 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Laos Demokratik Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5974 Türkiye Cumhuriyeti ile Mercosur Arasında Bir Serbest Ticaret Alanı Kurulmasına Yönelik Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5975 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Sınai İhracatın Geliştirilmesi Alanında Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

## **yasalar, tüzükler, yönetmelikler**

- 5976 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5977 Biyogüvenlik Kanunu

### **RG 06 Nisan 2010/27544**

- 5978 Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

### **RG 10 Nisan 2010/27548**

- 5979 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5980 Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

## **T Ü Z Ü K L E R**

### **RG 12 Mart 2010/27519**

- 2010/193 Ticaret Gemilerinin Teknik Durumları Hakkında Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

## **Y Ö N E T M E L İ K L E R**

### **RG 16 Şubat 2010/27495**

- Su Ürünleri Alanında Faaliyet Gösteren Gemilere İlişkin Hijyen Kuralları Yönetmeliği
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Tahvil ve Bono Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Gelişen İşletmeler Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 17 Şubat 2010/27496**

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği

#### **RG 18 Şubat 2010/27497**

- Türk Silahlı Kuvvetleri Taşınmaz Mal Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür Bakanlığı Senfoni Orkestraları Solist Sanatçılarının Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi İnsan Kaynaklarını Geliştirme Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldız Teknik Üniversitesi Yıldız Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

#### **RG 19 Şubat 2010/27498**

- Akdeniz Üniversitesi Botanik Bahçesi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gümüşhane Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Maltepe Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

## RG 20 Şubat 2010/27499

- Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Harp Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Meslek Yüksek Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sözleşmeli Sağlık Personeli Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Tesisleri Proje Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığı Giriş Sınavı, Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Mesleki Eğitim Staj ve Yeterlik Sınavı Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü eDevlet Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Dış İlişkiler Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yerel Yönetimler Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları ve Vatandaşlık Çalışmaları Merkezi Yönetmeliği
- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 21 Şubat 2010/27500**

- KOSGEB Rehberlik ve Denetim Kurulu Başkanlığı Yönetmeliği

#### **RG 22 Şubat 2010/27501**

- Acıbadem Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 24 Şubat 2010/27503**

- Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Milli Emlak Denetmenleri Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Profesyonel Turist Rehberliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair 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
- Radyo ve Televizyon Kuruluşları Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın Lisansı ve

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Emniyeti Elektronik Personeli Sertifika ve Lisans Yönetmeliği (SYH-5)
- Adıyaman Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 25 Şubat 2010/27504

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kablolu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karabük Üniversitesi İş Güvenliği ve Sağlığı Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 26 Şubat 2010/27505

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 27 Şubat 2010/27506**

2010/91 Özürütölerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Fotogrametrik Kıymetlendirme Aletleri Elemanlarının Çalışma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliğinde (SHY-22) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Çocuk Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 28 Şubat 2010/27507**

- Denizcilere Mahsus Kıyafet Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Geriatrik Bilimler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 01 Mart 2010/27508**

- Bozok Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 02 Mart 2010/27509**

- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 03 Mart 2010/27510**

- Diyanet İşleri Başkanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Koç Üniversitesi Doktor Nüsret - Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 04 Mart 2010/27511**

2010/95 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde 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
- İstanbul Üniversitesi Biyoteknoloji ve Genetik Mühendisliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yıldız Teknik Üniversitesi Balkan ve Karadeniz Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 05 Mart 2010/27512**

- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Tarafından Desteklenen veya Yürütülen Bilim ve Toplum Proje ve Etkinliklerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Memur Statüsünde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Sözleşmeli Statüde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Basın İlan Kurumu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Beyin Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 06 Mart 2010/27513**

- Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Kontrolörler Yönetmeliği
- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 07 Mart 2010/27514**

- Gelir İdaresi Başkanlığı Vergi Denetmenliği Yönetmeliği
- Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2012 Olimpiyat Oyunlarına Hazırlanmak Amacıyla Yetiştirilecek Sporcuların Tespiti, Harçlıklarının Belirlenmesi, İaşe, İbate ve Yol Giderlerinin Karşılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Meslek Personeli Sınav, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

**RG 08 Mart 2010/27515**

- Hemşirelik Yönetmeliği

**RG 09 Mart 2010/27516**

- İyi Laboratuvar Uygulamaları Prensipleri, Test Birimlerinin Uyumlaştırılması, İyi Laboratuvar Uygulamalarının ve Çalışmaların Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik

- Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 10 Mart 2010/27517**

- Terapötik Aferez Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 11 Mart 2010/27518**

- Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalar ve Diğer Mali Kuruluşların Müşterilerinin Risk İşlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Van Kedisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

#### **RG 12 Mart 2010/27519**

2010/192 Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

- Ulusal Baklagil Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esaslarına Dair Yönetmelik



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Müsabaka Yerlerine Serbest Giriş Yönetmeliği
- Telgraf Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Tekstil ve El Sanatları Tasarım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 13 Mart 2010/27520

2010/183 Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 14 Mart 2010/27521

- KTO-Karatay Üniversitesi Ana Yönetmeliği

### RG 15 Mart 2010/27522

- Anadolu Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Deniz Kaplumbağaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 16 Mart 2010/27523

- Batı Balkan Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte

Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tarım Sigortaları Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sığır Cinsi Hayvanların Tanımlanması Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 17 Mart 2010/27524**

- Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Hasılat Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Bütçe Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 18 Mart 2010/27525**

- Gemilerden Atık Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Erzincan Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Trakya Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 19 Mart 2010/27526

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Seyahat Acentaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Mali Denetçilerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Alkol ve Alkollü İçkilerin İç ve Dış Ticaretine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Yapay Zeka Sistemleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 20 Mart 2010/27527

- Türk Silahlı Kuvvetleri Subay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Silahlı Kuvvetleri Astsubay Sınıflandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hafif Yolcu ve Ticari Araçlardan Çıkan Emisyonlar (Euro 5 ve Euro 6) Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelikte ((AT) 715/2007) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kısa Mesafe Erişimli Telsiz Cihazları (KET) Yönetmeliği

**RG 21 Mart 2010/27528**

- Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 22 Mart 2010/27529**

- Adıyaman Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 23 Mart 2010/27530**

- Bitki Koruma Ürünlerinin Sınıflandırılması, Ambalajlanması ve Etiketlenmesine Dair Yönetmelik
- Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik
- İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi Uzman Yardımcılığı Yarışma ve Uzman Yeterlik Sınavı Yönetmeliği
- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Yüksek İrtifa ve Spor Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 24 Mart 2010/27531**

- Gümrük Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yö-

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- netmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Veteriner Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Türkçe Öğretimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Bilişim Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

### RG 25 Mart 2010/27532

- Uzman Erbaş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Sürekli Eğitim Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi İktisadi Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Tarımsal Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Nevşehir Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tunceli Üniversitesi Sürekli Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 26 Mart 2010/27533

- 4734 Sayılı Kanununun 3-n Maddesi Kapsamında Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atıkların Düzenli Depolanmasına Dair Yönetmelik

- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yurt İçi ve Yurt Dışı Lisansüstü Eğitim ve Araştırma Bursları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muş Alparslan Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 27 Mart 2010/27534**

- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kozmetik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 28 Mart 2010/27535**

- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 29 Mart 2010/27536**

- Erzincan Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

**RG 30 Mart 2010/27537**

- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Avrupa Birliği İşleri Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzman Yeterlik Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitkisel Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ömrünü Tamamlamış Lastiklerin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Poliklorlu Bifenil ve Poliklorlu Terfenillerin Kontrolü Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tehlikeli Maddelerin Su ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (76/464/AB)
- Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunun Toplantı, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

## RG 31 Mart 2010/27538

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarımsal Yayım ve Danışmanlık Hizmetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

- Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Döner Sermaye İşletmeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Radyo-Televizyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Atılım Üniversitesi Robot Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Nevşehir Üniversitesi Kapadokya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 01 Nisan 2010/27539**

- Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarımsal Amaçlı Kooperatiflere Kullandırılacak Kredilere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Tıp ve Sağlık Bilimleri Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Çift Anadal, Yan Dal ve Üstün Başarı Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

#### **RG 02 Nisan 2010/27540**

- Gemi ve Su Araçlarının Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta Pulu Satıcılıkları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



## yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- KTO Karatay Üniversitesi İngilizce Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Türkçe Öğretim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 04 Nisan 2010/27542

- Gaziantep Üniversitesi Türkiye-Suriye İlişkileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 05 Nisan 2010/27543

- Çankırı Karatekin Üniversitesi Avrupa Birliği Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

### RG 06 Nisan 2010/27544

2010/139 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

- Hazine Müsteşarlığı Hazine Kontrolörleri Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 11/2/1964 Tarihli ve 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Uluslararası Tarımsal Eğitim Merkezi Müdürlüğü Görev ve Çalışma Yönetmeliği
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Proje Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Gazi Üniversitesi Deprem Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Rekabet İktisadı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 07 Nisan 2010/27545**

- Vakıflar Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Kalite Yönetimi ve Veri Değerlendirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 08 Nisan 2010/27546**

- Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Haliç Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 09 Nisan 2010/27547**

- Erzincan Üniversitesi Bilişim Teknolojisi ve Bilişim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

**RG 10 Nisan 2010/27548**

- Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Moda Tasarımı ve Konfeksiyon Araştırma-Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

**RG 11 Nisan 2010/27549**

- 5979 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5980 Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

**RG 12 Nisan 2010/27550**

- Millî Savunma Bakanlığı Er Olarak Askere Sevk Edilecek Yüklümlülerin Sınıflandırma İşlemlerine Ait Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Uydu Haberleşme ve Uzaktan Algılama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

**RG 13 Nisan 2010/27551**

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kamu Kurumları Araştırma ve Geliştirme Projelerini Destekleme Programına İlişkin Yönetmelik

**RG 14 Nisan 2010/27552**

- Bitki Koruma Ürünlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi İngilizce Hazırlık Bölümü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

**RG 14 Nisan 2010/27552**

**DÜZELTME** (Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile İlgili)

**RG 15 Nisan 2010/27553**

- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik