

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler

- Söyleşiler

- Kararlar

- İnsan Hakları

- Disiplin Kurulu Kararları

- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

- Kitaplar, Dergiler

- Adli Tıp

- Çevre

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi



www.barobirlik.org.tr



UBAP ile

- ▶ Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- ▶ Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- ▶ CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- ▶ Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- ▶ Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- ▶ "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- ▶ TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Ağar
Av. Sezercan Bektaş
Av. Özcan Çine
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan
Dokuz Eylül Hukuk Fak.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir./
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Özdemir Özok Sokağı No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**
Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.
Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.
Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“”) içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, “Makale Adı”, Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.
Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırını”, AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası “yayin@barobirlik.org.tr” adresine gönderilmelidir.
Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları’na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına “*olur*” verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.
Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçe’dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 İbrahim AŞIK

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi / Jurisdiction Agreements Under Turkish Civil Procedure Law

49 Bahar Yeşim DENİZ

Avrupa Birliği Hukukunda Temel Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sistemi ile Etkileşim / Fundamental Rights in EU Law and Their Interactions with European Convention on Human Rights System

75 Mustafa Talat KUTLU

Hukuksal Romantizm / Legal Romanticism

93 Mehmet BULUT

Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları / In Turkish Law System Service Detection Actions That Prosecuted Because of Service Agreement

117 Şebnem NEBİOĞLU ÖNER

Aile Konutu'nun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri / The Elements and Characteristics of Family Residence, Protection Period and The Reasons of Protection

155 Merve YILMAZ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı / Scope of Bailsman's Liability in the Contract of Bailment Pursuant to the Turkish Code of Obligations No: 6098

171 Ş. Cankat TAŞKIN

2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesinin Yapılanması / The Structuring of Turkish Constitutional Court After the 2010 Amendment of Constitution

MAKALELER / ARTICLES

231 Bilal CAN

İpotekli Konut Finansmanına Yönelik Hukuki Düzenlemeler ve Diğer Ülkelerle Mukayesesi / The Legislation of Mortgage and Comparison with Other Countries

269 Ersan ŞEN

Ceza Yargılaması Süreci / The Process of Criminal Justice

301 Hüseyin ATEŞ

Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması / Reducing the Liability of Motor Vehicle's Owner

321 Atilla PINAR

Yargısal İmajımız Yargı Faaliyetleri Sırasında "Oturarak Konuşmaya" Dair Bir Deneme ve Çözüm Önerileri

339 Ömer Serdar ATABEY / Ahmet ULUTAŞ

Terörizmin Önlenmesinde Önemli Bir Araç Olarak Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi / As an Important Instrument for the Prevention of Terrorism: Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism

353 Gülnihal PAKSOY

Soybağının Reddi / Denial of Lineage Ties

377 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

394 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

403 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Altuğ Taner Akçam V. Türkiye Kararı / Altuğ Taner Akçam v. Turkey
Çev. Tolga Şirin

433 YASALAR, TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER / LEGISLATION

462 KİTAPLAR, DERGİLER / BOOKS, PERIODICALS

Değerli Meslektaşlarım,

Dergimizin bu sayısında sizlere TURAVAK'ı, yani Türkiye Avukatları Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Vakfı'nı tanıtmak, vakfın yaptığı ve yapacağı işler ile hizmetleri anlatmak istiyorum.

Türkiye Barolar Birliği'nin değerli başkanlarından rahmetli Prof. Dr. Eralp Özgen'in yönetim döneminde, 1997 yılında 26 meslektaşımız tarafından kuruluş çalışmaları başlatılan vakfın kuruluşu 22 Nisan 2000 tarihinde tamamlanmıştır.

Türkiye barolarına kayıtlı avukatların mesleki, sosyal, kültürel, ekonomik ve sağlık ihtiyaçlarını karşılamak, sosyal yardım ve dayanışmalarına katkıda bulunmak amacıyla kurulan vakıf, kurulduğu günden bugüne kadar olan süreçte Türkiye Barolar Birliği yönetimleri tarafından gerek maddi, gerekse manevi yönden sürekli olarak desteklenmiştir.

Bu bağlamda avukatlık kimlik kartları ile dava dosyalarının basım ve dağıtımı gibi önemli gelir kaynakları kendisine verilmiş olmasına rağmen vakıf yönetimi, geride kalan 11 yıllık görev süresi içerisinde bir tek avukata sağlık yardımı yapmadığı gibi avukatların sosyal, kültürel, ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak herhangi bir faaliyette de bulunmamıştır.

Vakıf senedinde yazılı amacı doğrultusunda herhangi bir faaliyet içinde bulunmadığı, sadece para biriktirdiği için vakıf yönetimi 29.07.2011 tarihinde yapılan vakıf mütevelli heyet toplantısında de-

ğıştirilmiştir. Yönetimin değışmesiyle birlikte ataletten kurtulan ve amaçları doğrultusunda faaliyette bulunmaya başlayan vakıf “İleri Eğitim” adıyla sertifikalı ve ücretli eğitim programlarına başlamıştır. Bu programların başladığı 01.09.2011 tarihinden bugüne kadar Kamu İhale Hukuku, Enerji Hukuku, Bilişim Hukuku, Aktüerya Hukuku, Finansman Hukuku alanlarında Türkçe, yine Bilişim Hukuku alanında İngilizce olmak üzere toplam 16 adet program açılmış olup bunlardan 9 tanesi tamamlanmıştır. Tamamlanan dokuz adet programdan elde edilen gelir 91.219,89 TL. bunlar için yapılan gider 53.587,05 TL olmakla elde edilen kâr tutarı 37.632,84 TL.dır. Yine bugüne kadar tamamlanan programlarda 364 kişiye eğitim verilmiştir.

Kurulduğu günden itibaren ilk kez Van depreminde yaşamını kaybeden iki meslektaşımızın ailelerine ölüm yardımı yapan vakıf, yine kurulduğu günden bu yana ilk kez Erciş’te ikamet eden ve faaliyet gösteren deprem mağduru 15 meslektaşımıza maddi yönden yardımda bulunmuştur.

Sevgili Meslektaşlarım,

Sizlerin de çok iyi bildiği üzere ABD’li psikolog *Abraham Maslow* tarafından 1943 yılında yayınlanan çalışmada ortaya atılan ve geçen zaman içerisinde geliştirilen “*İhtiyaçlar Hiyerarşisi*” isimli bir kuram vardır. Özü itibariyle bir insan psikolojisi kuramı olan “*İhtiyaçlar Hiyerarşisi*” insanların belirli kategorilerdeki ihtiyaçlarını karşılama hususunda bir alt/üst sıralaması yaptıklarını savunur ve her ihtiyaç kategorisinin bir kişilik gelişme düzeyine karşılık geldiğini ileri sürer.

Maslow’un hiyerarşik olarak sunduğu ihtiyaçlar kategorisinin en başında bireyin sağlık, sosyal güvenlik, beslenme, dinlenme, cinsel tatmin gibi fizyolojik ihtiyaçları gelir. Bu ihtiyaçları güvenlik, aidiyet duygusu, sevgi, aşk, sevecenlik, arkadaşlık, dostluk gibi insani değerler takip eder. En son sırada ise erdem, saygınlık, kabul görme, özsaygı, özgüven, başarı gibi kişisel değerler yer alır.

İşte! *Maslow*’un “*İhtiyaçlar Hiyerarşisi*” kuramını göz önüne alan vakıf yönetimimiz, bu hiyerarşinin en tepesinde yer alan sağlık ve sosyal

güvenlik ihtiyacını karşılamak amacıyla sağlık ve emeklilik alanında faaliyet göstermek üzere sigorta acenteliği kurmuş, bireysel emeklilik alanında Yapı Kredi Bireysel Emeklilik Şirketi ile yapılan görüşmeleri tamamlamış ve acentelik sözleşmesini imzalamıştır.

Devrim niteliğindeki bu hizmet devreye girdiğinde, meslektaşlarımıza avantajlı grup bireysel emeklilik planları hazırlanarak düşük prim ödemeleri ile ikinci bir emeklilik maaşı alma olanağı sağlanacak ve bu suretle meslektaşlarımızın ihtiyaç duyduğu munzam emeklilik sistemi gerçekleşmiş olacaktır. Hazırlanan bireysel emeklilik planları ile yönetim giderleri minimum düzeyde tutulacak, meslektaşlarımızın düşük primlerle yüksek emeklilik ödemeleri almaları sağlanacaktır.

Yine sağlık sigortaları alanında hazırlanacak özel sağlık sigortası poliçeleri ile meslektaşlarımızın ve ailelerinin SYDF tarafından karşılanan kısımlar dışında kalan ayakta tedavi gibi sağlık harcamalarının düşük primlerle güvence altına alınması sağlanacaktır. Böylece meslektaşlarımız kendilerinin ve ailelerinin en iyi tedavi hizmetine en az meblağ ödemek suretiyle faydalanma imkanına kavuşacaklardır.

TÜRRAVAK Sigorta Acenteliği sağlık ve emeklilik alanlarında faaliyet göstermenin yanı sıra elementer sigorta alanında da faaliyette bulunmak üzere Yapı Kredi Sigorta ile sözleşme imzalamıştır. Buna göre elementer sigorta alanında meslektaşlarımızın mesleki sorumluluk, kasko, trafik, ev ve işyeri sigortaları başta olmak her türlü sigorta ihtiyaçları, acente kârından fedâkarlık etmek suretiyle düşük meblağlı prim ödenerek yapılabilecektir. Özellikle mesleki sorumluluk sigorta poliçelerinin sigorta firmaları ile görüşülerek meslektaşlarımız lehine olacak şekilde düzenlenmesi sağlanacak ve dolayısıyla meslektaşlarımızın mesleki faaliyetlerinde karşılaşacakları risklerin en aza indirgenmesi, ödenecek prim miktarlarının ise asgari düzeyde tutulması sağlanmış olacaktır.

Bütün bu sigortacılık faaliyetlerinde “*münhasırlık*” koşulu olmadığı için alternatif olarak iki veya üç sigorta şirketi ile daha anlaşma yapılması mümkündür ve bu yöndeki çalışmalar da devam etmektedir.

Yakında üye kaydına da başlayacak olan vakfımıza tüm meslektaşlarımızın sahip çıkması, destek olması en büyük dileğimizdir. İna-

nyorum ki, avukat meslektaşlarımız kendi vakıflarına sahip çıkacaklar ve onu daha da büyüteceklerdir.

“Herkes başka birinin beceremediği bir şeyde ustadır.” Bu sözler Romalı şair ve özdeyiş ustası *Publilius Syrus*'a ait. Mütevazî olmaya gerek yok, nasıl birileri hizmet etmekten, hizmet üretmekten daha ziyade söz söylemekte, boş, bomboş laflar etmekte usta ise, Türkiye Barolar Birliği yönetimi olarak bizler de mesleğimize, meslektaşlarımıza, barolarımıza hizmet etmekte, bu amaçla yeni hizmetler üretmekte ve bu hizmetleri sunmakta ustayız. Yani *Syrus*'un da ifade ettiği üzere herkes becerebildiği şeyi veya şeyleri yapıyor.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE YETKİ SÖZLEŞMESİ

JURISDICTION AGREEMENTS UNDER TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW

İbrahim AŞIK*

Özet: 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yetki sözleşmesi konusunda önemli değişiklikler getirmiştir. Yapılan en önemli değişiklik yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerin sınırlanmasıdır. Buna göre, artık tacirler veya kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilecekler, bunların dışındaki kişiler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. İşte inceleme konumuz yetki sözleşmesi ve özellikle bu konuda getirilen yeniliklerdir.

Anahtar Kelimeler: Yetki sözleşmesi, usûl sözleşmesi, yetkisiz mahkeme, yetkili mahkeme, yetki sözleşmesine ilişkin değişiklikler.

Abstract: The Law on Civil Procedure no. 6100, which came into force on 1 October 2011, comprises significant amendments into the existing provisions of the Law, with regard especially to the “jurisdiction agreements”. The most important amendment is the one which concerns to the restriction of the persons who may be permitted to perform such agreements. Accordingly, the merchants and the public legal entities are only those who may be allowed to create “jurisdiction agreement”, and no others will be permitted to do so. In this article, we will try to analyze the “jurisdiction agreements” as well as the novelties that the new law will bring about into the existing system.

Key Words: Jurisdiction agreement, procedure agreement, the court having no jurisdiction, the court having the jurisdiction, amendments to the jurisdiction agreements.

GİRİŞ

Bu çalışmada özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği yenilikler üzerinde durulacaktır.

* Yrd. Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kural olarak mahkemelerin yetkisi kanunla düzenlenir (Anayasa m.142; HMK m.5). Kanunla getirilen yetki kurallarındaki amaç, her hukukî uyuşmazlığı hukukî uyuşmazlıkların konusu ve tarafların menfaatleri itibariyle uygun olan yerdeki mahkeme önüne getirmektir. Kanunî yetkiye ilişkin hüküm, sadece düzenleyici bir hüküm değildir. Yetki kuralları, daha ziyade ilgili menfaatlerin korunmasına yönelik olarak ve dava konusu da dikkate alınarak getirilir¹. Ancak somut bütün olaylarda tarafların bu konudaki menfaatlerini dikkate alacak şekilde yetki kuralları öngörmek mümkün değildir². İşte bu nedenle taraflar, bazı durumlarda kanunla getirilmiş olan yetki kurallarında değişiklik yapmak isteyebilir.

Yetki sözleşmesi, tarafların belirli veya belirlenebilir bir uyuşmazlıkta kanunen yetkisiz olan bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmedir³. Yetki sözleşmesi, belirli bir hukukî ilişkiyle ilgili uyuşmazlıkta, belirli bir mahkemenin yetkilendirilmesi veya yetkisinin kaldırılması için taraflarca yapılan bir sözleşmedir⁴.

1. HUKUK USÛLÜ MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAN HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA YETKİ SÖZLEŞMESİ

Burada yetki sözleşmesi ile ilgili düzenlemedeki değişikliklere işaret edeceğiz. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk şeklindeki düzenleme ve nihaî olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye genel bir bakış yapacağız.

A. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme

Yetki sözleşmesi, 01.11.2011 tarihinde yürürlükten kalkan HUMK'nun 22. maddesinde düzenlenmişti. Bahsi geçen hüküm şu şekildedir:

¹ Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003, s.670.

² Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s.210.

³ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I, İstanbul 2001, s.555; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku 11.Bası, Ankara 2011, s.127; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, 22.Baskı, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s.158.

⁴ Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, ZPO Kommentar, Luchterhand 2010, s.166.

“Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görölmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez.”

Görüleceği üzere bu düzenleme ile Kanun, taraflara oldukça geniş bir sözleşme serbestisi tanımıştı. Bu hükümlerle bazı sınırlamalar getirilmiş, bunun dışında yetki sözleşmesi yapma serbestliği tanınmıştı. Sınırlamalardan en önemlisi mahkemenin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olmamasıydı. Bir diğer ifadeyle kamu düzenine ilişkin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamamasıydı. Bunun yanında yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkemenin belirli olması gerekmektedir.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’ndaki ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Düzenleme

Komisyon tarafından hazırlanarak Adalet Bakanlığı’na sunulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın ilk şeklinde yetki sözleşmesi 22-23-24. maddelerde düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler şu şekildeydi:

Madde 22- Tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi

(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.

Madde 23-Diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi

(1) Tacirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, kanunen yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemeler yanında başka bir mahkemeyi de yetkili kılabilirler.

Madde 24- Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları

(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır⁵.

⁵ Tasarının ilk şeklindeki bu madde metinleri için bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.

Tasarıdaki bu düzenleme, öncelikle tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi ile diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi şeklinde bir ayırım yapmıştır. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemenin yetkili kılınabileceği öngörülmüş ve aynı zamanda aksi belirtilmediği müddetçe yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemelerin yetkisi münhasır yetki kabul edilmişti. Buna karşılık tacir olmayan kişilerin yaptığı yetki sözleşmesi ile genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kaldırılması mümkün değildi (bu kişilere münhasır yetki sözleşmesi yapma imkânı tanınmamıştı) ve bu kişiler yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemeyi yetkili kılamayacaklardı. Tasarının 22 ve 23. maddelerindeki düzenlemelerden tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların tacirlerle veya kamu tüzel kişileriyle yetki sözleşmesi yapamayacakları sonucuna ulaşılmaktaydı. Ancak 23. maddenin gerekçesindeki “*Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi tüketici, aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde, yapılacak yetki sözleşmesi, münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir.*”⁶ ifadesi bazı tereddütlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁷.

Daha sonra 16.04.2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilen HMK Tasarısı'nda, 22. maddenin başlığı “*yetki sözleşmesi*” olarak değiştirilmiş, madde içeriği aynı kalmıştır. Ancak yetki sözleşmesiyle ilgili en önemli değişiklik ilk Tasarı'daki “*diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi*” başlığını taşıyan 23. maddenin tasarıdan

⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı 23.madde gerekçesi, s.166.

⁷ Alangoya, Yavuz, Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.36-37; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.64; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.89-90; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2007/68, s.323; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, s.25-26; Tercan, Erdal, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Dördüncü Oturum, Tartışmalar ve Genel Değerlendirme, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.264-265.

çıkartılması olmuştur. Ayrıca 22. maddenin gerekçesinde tereddütlere sebep olan ifadeler çıkarılmış ve tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapamayacakları belirtilmiştir⁸. İlk Tasarı'daki "yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları" başlığını taşıyan 24. madde başlığıyla birlikte aynı kalmıştır. Sadece madde teselsülü sebebiyle yeni madde numarası 23 olmuştur⁹.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde bu maddelerde bir değişiklik yapılmamış ve aynı şekliyle yasalaşmıştır. Ancak Tasarı'da bu maddelerden önce gelen maddelerden bazıları çıkarıldığı ve maddeler teselsül ettirildiğinden madde numaraları 17 ve 18 olmuştur.

I. HUKUK MUHADEMELERİ KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMENİN AMACI

Yetki sözleşmesiyle taraflar, aslında yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılarak o mahkemede dava açabilme imkânına sahip olmaktadır. Taraflar çoğu zaman böyle bir sözleşmeyi kendileri için daha uygun bir yer mahkemesinde dava açabilmek için yapar. Her ne kadar yetki kuralları düzenlenirken tarafların menfaatleri dikkate alınsa da¹⁰ kanundaki bu düzenlemeler bazen tarafların ihtiyacına cevap veremeyebilir veya taraflar kendileri için daha uygun bir yer mahkemesinde dava açmak isteyebilirler. İşte bu durumlarda taraflara yetki sözleşmesi yapabilme imkanı verilmiştir. Ancak zaman içinde yetki sözleşmesi yapmakta tarafların bu kadar geniş bir serbestiye sahip olması hukukî ilişkinin zayıf tarafının aleyhine işleyen bir durum haline gelmiştir¹¹. Yetki sözleşmesi, sözleşmenin güçlü tarafının, güçsüz tarafa yetkisiz bir mahkemeyi, yetkili kabul ettirmesi sonucunu doğurmuştur. Bu ise yetki sözleşmesini, güçlü konumda olanın istediği yerde dava açabil-

⁸ "Ayrıca bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir." (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008, s.157).

⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008, s.7.

¹⁰ Stein/Jonas, s.670.

¹¹ Özellikle tüketicinin korunması bakımından bu husus eleştirilmiş ve yapılacak kanun açısından, yetki sözleşmesi yapılmasının tüketicinin korunmasıyla ilgili uyumsuzluklarda mümkün olmaması gerektiği belirtilmiştir. (Pekcanitez, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, *İstanbul Barosu Dergisi* 1996/4-5-6, s.148).

me imkânını veren bir araç haline getirmiştir¹². Bu nedenle bazı yazarlarca Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yetki sözleşmesiyle ilgili düzenlemenin dar yorumlanması yoluna gidilmiştir¹³. İşte belirtilen bu sakıncalar dikkate alınarak yapılan yeni düzenlemede, özellikle zayıf konumda olan tarafın korunması amacı açık bir şekilde görülmektedir. Nitekim bu husus gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde¹⁴ gerekse madde gerekçesinde¹⁵ belirtilmiştir.

Benzer bir değişim Alman hukukunda da yaşanmıştır. Alman Medenî Usûl Kanunu'nu değiştirmeye yönelik 21.3.1974 tarihli Kanun¹⁶, 38-40. maddeleri yeniden ele almıştır. Bu değişiklik ile aslın-

¹² Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 9.Bası, Ankara 2010, s.131.

¹³ Dar yorum bakımından özellikle iki husus karşımıza çıkmaktadır: Birincisi olumsuz yetki sözleşmesi, ikincisi birden fazla mahkemenin yetkili kılınması. Tarafların yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılacakları, ancak HUMK'da açık bir dayanak olmamakla birlikte, yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıramayacakları, bir diğer ifadeyle olumsuz yetki sözleşmesi yapamayacakları kabul edilmekteydi. (Kuru, C:I, s.565; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2010, s.181; Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.201, 203; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.129; Anaral, Hüseyin, Yetki Sözleşmesi, *Adalet Dergisi* 1977/1-2, s.124). Postacıoğlu ise davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kaldıran yetki sözleşmesinin geçersiz olacağı görüşüne katılmakla birlikte, tarafların iradelerini açıkça ortaya koyarak diğer özel yetki kurallarıyla yetkili kılınan mahkemelerin yetkisini kaldırabileceklerini kabul etmektedir (Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.162). Birden fazla mahkemenin yetkili kılınması kılınamayacağı hususunda ise, yine kanunda (HUMK) açık bir dayanak olmamakla birlikte, HUMK 22.maddedeki tekil ifadeden hareketle birden fazla mahkemenin yetkisinin kabul edilemeyeceği ifade edilmekteydi (Kuru, C:I, s.563; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Anaral, s.123). Bu konuda bir başka gerekçe olarak, yetki sözleşmesi ile güçlü olanın güçsüz olana yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmesi ve dava açması gerektiğinde istediği yerde dava açabilmesi olanağı sağlaması ileri sürülerek, dar yorum yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmakta ve birden fazla mahkemenin yetkili kılınamayacağı belirtilmekteydi (Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.131).

¹⁴ "...Yetki sözleşmelerinin sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılması kabul edilmiştir. Çünkü yetki sözleşmeleri ile genellikle güçlü olan taraf, yetkili olmayan ve dilediği bir mahkemeyi yetkili kılabilir. Usûl hukukunun sosyal yönü güçsüz olan kişileri yargılama sırasında korumayı gerektirmektedir." (Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s.11-12).

¹⁵ "...Tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle iltihaki sözleşmelerle bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar." (Budak, s.48).

¹⁶ Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Değişiklik Yasası (Gerichtsstandsnovelle).

da yetkisiz olan ilk derece mahkemesini yetkilendirme özgürlüğüne dair eski temel hüküm yerine, yetki sözleşmesine sadece özel şartlar altında izin veren bir hüküm getirilmiştir¹⁷. Eski metin ile karşılaştırıldığında yeni düzenleme yetki sözleşmesi yapma imkânını önemli ölçüde sınırlandırmıştır¹⁸. Hatta bazı yazarlar tarafından, kural olarak yetki sözleşmesi yapılmasının yasaklandığı kabul edilmektedir¹⁹. Bu düzenlemenin temel gerekçesi, kanunla verilen sözleşme özgürlüğünün önemli ölçüde kötüye kullanılması olmuştur. Genel işlem şartları veya tip sözleşme içinde yer verilen ve sözleşmenin bir parçası olan yetki şartları, genellikle ekonomik olarak daha zayıf konumda olan tarafın haklarının ihlâli sonucunu doğurmuştur²⁰. Davalı bakımından kendi yerleşim yeri mahkemesinde davayı yürütmesi ile yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemeye gitmek ve bunun masraflarına katlanmak zorunda kalması önemli zorluklar ortaya çıkarmaktadır. İşte bunları dikkate alan Alman kanun koyucusu tarafların yetki sözleşmesi yapma özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmıştır²¹. Kanun koyucunun yetki sözleşmesi yapma özgürlüğünden ayrılması bilinçli bir tercih olmuştur. Çünkü kanun koyucu yetki sözleşmesinde tarafların, bunun sonuçları ve menfaatlerini koruyabilme konusunda aynı düzeyde bilinçli olmadıkları görüşündedir. Bu nedenle kanun koyucu, bu hususun tarafların serbest iradesine bırakılmasına izin vermemiştir²².

İsviçre hukukunda, yetki sözleşmesi, Medenî Usûl Kanunu'nun²³ 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanun aksini öngörmediği müddetçe taraflar, belirli bir hukukî ilişkiden kaynaklanan, mevcut veya ileride ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta bir mahkemenin yetkisini kararlaştırabilirler. Sözleşmeden aksi anlaşılmadığı takdirde dava ancak sözleşmede belirtilen yer mahkemesinde açılabilir. Sözleşmenin, yazılı veya yazılı bir başka metinle ispat edilebilecek şekilde

¹⁷ Stein/Jonas, s.670.

¹⁸ Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 2010, s.183.

¹⁹ Prütting/Gehrlein, s.166; Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozessordnung Kommentar, München 2007, s.72; Stein/Jonas, s.670.

²⁰ Arens, Peter/Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung, München 1992, s.66.

²¹ Arens/Lüke, s.66-67.

²² Prütting/Gehrlein, s.166.

²³ Schweizerische Zivilprozessordnung

olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre hukukunda, Medenî Yargılamada Yetkiye Dair Federal Kanun'un²⁴ 9. maddesinde buna paralel bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bahsi geçen hükümde yazılılık açısından daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yazılı bir metinle ispat edilmek şartıyla teleks, faks veya elektronik posta vasıtasıyla yapılan işlemlerde de yazılı şekil şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 18.maddesine göre ise, davalı tarafın yetki itirazında bulunmaksızın esasa cevap vermesi durumunda davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir.

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda sözleşmenin tarafları bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. İsviçre hukukunda, yetki sözleşmesi açısından getirilen en önemli sınırlama kanunun aksini öngördüğü, bir başka ifadeyle kesin yetki kuralı getirdiği hallerdir²⁵. Bunun yanında uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir.

II. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Bir sözleşmenin geçerliliği ve etkileri konusunda değerlendirme yapabilmek için, öncelikle o sözleşmenin hangi alana dâhil olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapılmadan sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesi mümkün olmayacaktır²⁶. Bu tespit yapılabilmesi için sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bir sözleşmenin hukukî niteliğini tespit etmeksizin bu sözleşmenin çerçevesini, etkilerini, geçerliliğini ve bu sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemek mümkün değildir²⁷.

Yetki sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, yetki sözleşmesi özel hukuk işlemidir. Bir diğer ifadeyle yetki sözleşmesi maddî hukuk karakterli bir sözleş-

²⁴ Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen

²⁵ Bu konuda bkz.: Bolayır, s.81 vd.

²⁶ Gaul, Friedhelm, Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung –BGH, NJW 1968 700-, JuS 1971/7, s.347.

²⁷ Schiedermaier, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s.22, 35; Gaul, s.347.

medir. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun sözleşmeyle ilgili hükümleri yetki sözleşmesi için de uygulanacaktır²⁸. Postacıoğlu, bu görüşün haklılığını belirtmekte ve yetki sözleşmelerinin borçlar hukukuna dâhil ve borçlar hukuku hükümlerine tâbi olduğunu kabul etmektedir²⁹. Bir diğer görüşe göre, yetki sözleşmesi geçerliliği bakımından bir usûl hukuku işlemi olmakla birlikte, hukukî niteliği bakımından ise maddî hukuk sözleşmesidir³⁰.

Diğer görüş ise yetki sözleşmesini usûlî bir işlem olarak kabul etmektedir. Buna göre yetki sözleşmeleri, kuruluşu, geçerliliği, hüküm ve sonuçları bakımından usûlî bir işlemdir. İster ayrı bir sözleşme olarak yapılsın isterse maddî hukuk ilişkisini düzenleyen sözleşmede bir yetki şartı olarak yer alsın fark etmez. Çünkü yetki sözleşmesinde taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine etkisi olan, onu değiştiren bir husus söz konusu değildir. Bu nedenle yetki sözleşmesi, kuruluşu ve sonuçları bakımından usûl hukuku hükümlerine tâbi olan³¹, usûl hukuku alanında geçerli olan usûl hukuku muameleleridir³².

Yetki sözleşmesiyle aslında yetkisiz olan bir mahkeme, yetkili hale getirilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin geçerliliğini ve etkilerini usûl hukuku kuralları belirler. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sözleşmenin şekli dışında sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle bünyesine aykırı düşmediği müddetçe maddî hukuk kuralları, kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte uygulanabilecektir³³. Yetki sözleşmesi maddî hukuka ilişkin bir hukukî sonuca yönelmemektedir. Yetki sözleşmesinin dava dışında ve davadan bağımsız olarak anlam ifade edebilen bir hukukî etkiye yönelmiş olmaması belirleyicidir. Yetki sözleşmesiyle sürece ilişkin münhasır bir başarıya (bir mahkemenin yetkili kılınması veya yetkisinin ortadan kaldırılması) ulaşılmak istenmektedir. Sözleşme, taraflar için belli bir

²⁸ Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s.16.

²⁹ Postacıoğlu, s.160 dn.13.

³⁰ Bilge/Önen, s.201.

³¹ Kalpsüz, Turgut, Salahiyet Mukavelesi, *Jurisdictio Kazai İctihatlar* 1956/1, s.79.

³² Kuru, C:İ, s.555; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128; Anaral, s.120-121; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.158; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.106; Karlı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s.237; Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s.47.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.183.

mahkeme önünde dava açma ya da açmama şeklinde bir yükümlülük getirmemekte, aksine bu mahkemenin yetkili olması ya da yetkisiz olması sonucuna götürmektedir³⁴.

Günümüzde hâkim olan anlayışa göre, bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi için sözleşmenin aslî ve doğrudan etkilerini meydana getirdiği alan esas alınmalıdır³⁵. Sözleşmelerin etkilerini meydana getirdiği alana bakmaksızın, sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi yanıltıcı olacaktır³⁶. Zira, ancak sözleşmeyle ortaya çıkması hedeflenen etkiler sözleşmenin hukukî niteliği hakkında belirleyici olabilir³⁷. Sözleşmenin etkileri, usûl hukuku alanında meydana geliyorsa usûl sözleşmesinin; sözleşme maddî hukuk etkileri doğuruyorsa, maddî hukuk sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir³⁸. Hem maddî hukuk alanında hem de usûl hukuku alanında etkilerini gösteren sözleşmelerde, sözleşmenin asıl etkilerini doğrudan doğruya hangi alanda meydana getirdiği önemli olacaktır. Yoksa sözleşmenin asıl etkileri dışında ortaya çıkan yan etkiler hukukî niteliğin belirlenmesinde ölçüt olamayacaktır³⁹.

Kanaatimizce yetki sözleşmesi aslî ve doğrudan etkilerini usûl hukuku alanında meydana getirdiğinden usûl hukuku karakterli sözleşmelerdir. Usûl hukuku alanında düzenleme olmaması sebebiyle maddî hukuk kurallarının yetki sözleşmesine uygulanması mümkün olabilir. Ancak bu, yetki sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelmez⁴⁰. Ancak bu sözleşmelere Borçlar Kanunu hü-

³⁴ Stein/Jonas, s.687.

³⁵ Schiedermaier, s.33; Hellwig, Hans-Jürgen, Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, Bonn 1968, s.40. Rinck, Ursula, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss., Frankfurt am Main 1996, s.43; Bohn, Karlheinz, Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss., Frankfurt 1955, Diss., s.42; Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.40-41; Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.73; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.419; Brox, Hans/Walker, Wolf-D, Zwangsvollstreckungsrecht Köln 1996, s.126; Schilken, Eberhard, Anmerkung zu BGH JR 1992/7, s.283; Stein/Jonas, s.687.

³⁶ Schiedermaier, s.33; Bohn, s.21; Rinck, s.43.

³⁷ Hellwig, s.40.

³⁸ Schiedermaier, s.39.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.179; Hellwig, s.41; Schiedermaier, s.37; Bohn, s.15.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, usûl sözleşmelerini, gerçek usûl sözleşmeleri, usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri ve karma sözleşmeler olmak üzere üçe ayırmaktadır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.181).

kümleri kıyasen uygulanabilecektir. Ancak kesin ve bağlayıcı bir usûlî durum ortaya çıkmışsa, artık buna maddî hukuk hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin yetki sözleşmesi ancak süresinde yetki itirazında bulunulursa incelenebilecektir⁴¹.

III. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Yetki sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için kanun bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan birincisi sözleşmenin tarafları bakımından getirilmiştir. Bu sınırlama, özellikle sözleşmede zayıf konumda olduğu düşünülen tarafı korumak amacıyla getirilmiş, hatta bu kişiler bakımından yetki sözleşmesi yapma imkânı kaldırılmıştır (m.17). Kanun bir diğer sınırlamayı yetki sözleşmesinin konusu ve kesin yetki halleri bakımından getirmiştir. Bunun yanında yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması, yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekmektedir (m.18).

A. Sözleşmenin tarafları açısından getirilen sınırlama

Yeni getirilen düzenleme ile Kanun, herkese yetki sözleşmesi yapabilme imkânı vermemiştir. Bu düzenlemeye göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapabilecektir (m.17). Madde metninde yetki sözleşmesi yapabilecek kişiler belirtilmiştir. Bu maddenin mefhumu muhalifinden maddede belirtilen kişilerin dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapamayacakları anlaşılmaktadır. Ayrıca gerek Kanunun genel gerekçesinde gerekse madde gerekçesinde tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar bakımından yetki sözleşmesi yapabilme olanağının kaldırıldığı açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanında tereddütlere yer vermemek için madde gerekçesinde, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimselerin yetki sözleşmesi yapamayacakları, bu kişilerin dışındaki diğer kimselerin kendi aralarında da yetki sözleşmesi yapamayacakları açıkça ifade edilmiştir⁴².

Bu düzenlemeyle tacirler veya kamu tüzel kişileri karşısında tüketicilerin korunması hedeflenmiştir. Örneğin, bir banka veya sigor-

⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.182.

⁴² Gerekçeler için bkz.: Budak, s.12, 48.

ta şirketi karşısında hizmet alan kişi güçsüz konumdadır. Böyle bir hukukî ilişkide tüketicinin sözleşmenin hükümlerini karşılıklı görüşme yoluyla belirlemesi mümkün değildir. Bu kişi, sadece hazırlanmış sözleşmeyi kabul etmek veya etmemek arasında bir tercihte bulunabilecektir. Bu güne kadar çoğu zaman genel işlem şartları içeren sözleşmenin içinde yetki şartı da yer almaktaydı. Tüketici, çoğu zaman böyle bir sözleşmeyi imzalamakla aslında bir mahkemenin yetkisini kabul ettiğinin farkında bile olmuyordu. Uyuşmazlık çıktığında ise davacı, kendisi için daha elverişli yerdeki mahkemede, ancak belki de davalı için elverişli olmayan (ulaşım, konaklama vs.) bir yerdeki mahkemede dava açabilmekteydi. Bu durumlarda zayıf konumda olan kişilerin güçlü tarafa karşı korunması amacıyla böyle bir düzenleme getirilmiştir⁴³. Tacirler, özellikle bankalar ve sigorta şirketleri gibi kuruluşlar tüketici karşısında ekonomik olarak daha güçlüdür. Kamu tüzel kişileri ise, kamusal otoriteyi kullanmaları sebebiyle sözleşmenin diğer tarafı karşısında güçlü konumdadır. İşte kanun koyucu bu güç dengesizliğini dikkate alarak zayıf konumda olan tarafı korumak amacıyla yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerde sınırlama getirmiştir.

Buna karşılık tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarında yaptıkları sözleşmede yetkilendirmenin anlamını doğru bir şekilde tahmin etmek ve bunu duruma göre reddetmek için yeterli derecede ticarî basirete ve hukuk tecrübesine sahip oldukları, ayrıca bu kişilerin uzak bir mahkeme yerinde de haklarını savunmaya muktedir oldukları kabul edilmiştir⁴⁴. Bu kişilerin kendi aralarında eşit konumda oldukları ve kendi menfaatlerini koruyabilecekleri varsayılmıştır⁴⁵. Kanun koyucu korunmaya ihtiyacı olduğunu varsaydığı kişiler açısından bir sınırlama getirmiş, tacirler veya kamu tüzel kişileri için ise böyle bir koruma hükmüne gerek görmemiştir⁴⁶. Ancak sözleşmenin tarafları tacir ya da kamu tüzel kişisi değilse ticarî basirete veya hukuk bilgisine (örneğin avukat, noter, muhasebeci) sahip olsa bile yetki sözleşmesi yapamaz⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kişi bakımından getirdiği sınırlama, özel hukukun ruhuna ve sözleşme serbestisi ilkesine aykırı

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128.

⁴⁴ Stein/Jonas, s.671.

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128.

⁴⁶ Stein/Jonas, s.670.

⁴⁷ Stein/Jonas, s.671.

olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Borçlar Kanunu 19. maddedeki sınırlamalara işaret edilerek kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kurallarının varlığı halinde sadece gerçek kişileri tacir olmayanlar karşısında korumak gayesiyle getirilen sınırlamanın bu kanunun amacını aştığı ileri sürülmüştür⁴⁸.

Kanaatimizce sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle bu sınırlamanın doğru olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira, farklı hukuk disiplinlerinde çeşitli sebeplerle farklı sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Bu sınırlamalar o hukuk alanının kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. Özellikle burada borçlar hukuku alanındaki sınırlamalara atıf yapılması doğru değildir. Zira, borçlar hukuku sözleşme özgürlüğüne en geniş şekilde izin verilen alandır. Borçlar hukuku dışındaki özel hukuk alanlarında, özellikle de aile ve miras hukuku alanında sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir⁴⁹. Özel hukuk alanında ve sözleşme özgürlüğünün geniş bir şekilde uygulandığı medeni hukuk alanında bu şekilde sınırlandırmaların olması, usûl hukuku alanında sözleşme özgürlüğünün ileri sürüldüğü gibi geniş olamayacağını ortaya koymaktadır. Zira, bu alan devletin egemenlik tasarruflarının yoğun olarak görüldüğü, emredici kuralların daha sıklıkla karşılaşıldığı bir alandır⁵⁰. Yargılama hukuku ve takip hukuku, devletin kamusal otoritesinin egemen olduğu alanlardır ve bu alanlarda daha fazla sınırlamalar getirilmiştir⁵¹. Bir diğer açıdan kanaatimizce HMK yeni bir sistem getirirken kesin sınırlar çizmek suretiyle bu kurumun daha önceden olduğu gibi kötüye kullanıl-

⁴⁸ Aksoyoğlu, Necati, Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, 22-29 Mart 2008, İstanbul 2008, s.82.

⁴⁹ Örneğin evlenme ancak kanunda öngörülmüş olan şekle uyularak yapılabilir. Tarafların sözleşmeyle başka bir evlenme çeşidi veya şekli belirlemeleri mümkün değildir. (von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, s.243. -çev.:Cevat Edege-); Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 1995, s.18. Eşya hukukunda da tip serbestisi değil, kanunda belirtilen sözleşme tiplerine uyma mecburiyeti vardır. (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.19; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.34).

⁵⁰ İcra hukuku açısından bkz.: Aşık, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s.47.

⁵¹ Usûl hukuku taraflara sözleşme özgürlüğü bakımından daha dar bir çerçeveye sunmaktadır. Hatta bu hukuk alanında Kanunun taraflar sözleşme yapmak için izin veren açık hükümünün bulunmaması halinde asıl olanın tarafların bu konuda serbestçe bir sözleşme yapamayacak oldukları ileri sürülmüştür. (Üstündağ, Salahiyet, s.13).

masını önlemek istemiştir. Ancak kurumun yerleşmesinden sonra eşit konumda olduğu kabul edilen diğer gerçek kişiler ve tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan tüzel kişiler bakımından da yetki sözleşmesi yapma yolu açılabilir. Özellikle de bu konuda belirli sınırlamalar getirilmek suretiyle kötüye kullanma ihtimalleri de en aza indirilebilecektir.

Alman Medenî Usûl Kanunu da kişi bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamu hukukuna ilişkin özel mamelekler⁵² arasında yetki sözleşmesi yapılabilir (ZPO⁵³ § 38/I). Alman Medenî Usûl Kanunu 38. maddenin kişi bakımından getirdiği sınırlamalar emredici niteliktedir, kanun istisnaen 38. maddede belirtilen kişiler dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapabilecekleri halleri 39. maddede belirtmiştir⁵⁴. Bir başka ifadeyle bizim kanunumuzdan farklı olarak Alman hukukunda tacir veya kamu tüzel kişilerinin dışındaki kişiler açısından yetki sözleşmesi yapma imkânı tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Diğer kişilerin yetki sözleşmesi yapabilmeleri belirli şartlara bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle korumaya ihtiyacı olan kişilerin yapacağı sözleşmenin geçerliliği için özel şartlar aranmıştır⁵⁵. Taraflardan birisi için yurt içinde genel yetkili bir mahkemenin olmaması (ZPO § 38/II), yetki sözleşmesinin uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapılmış olması (ZPO § 38/III/1)⁵⁶ veya davalının, sözleşmenin yapılmasından sonra ikametgâhını ya da mutat meskenini bu kanunun geçerlilik

⁵² Öffentlichrechtliche Sonder-vermögen

⁵³ Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usûl Kanunu).

⁵⁴ Thomas/Putzo, s.72.

⁵⁵ Stein/Jonas, s.670; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

⁵⁶ ZPO § 38/III/1, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra tarafların, anlaşmanın kapsamı hakkında genel itibariyle bilinçli olacakları ve bir tarafın aşırı şekilde menfaat temininden artık korkmaya gerek olmadığı şeklindeki değerlendirme nedeniyle uyuşmazlığın çıkmasından sonra yetki sözleşmesi yapmaya izin vermektedir. Bu noktada dava açılma tehlikesiyle karşı karşıya olmak veya yakın bir gelecekte dava açmaya niyet edilmiş olması gerekli değildir. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yetki sözleşmesi hâlihazırda kendiliğinden sözleşme içinde yapılmış kabul edilemez, "hâlihazırda belli sorunlar üzerinde uyuşmazlık olduğu" gerekçesiyle dahi bu mümkün değildir. ZPO § 38/III/1, daha sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıklarla sınırlandırılmalıdır, çünkü aksi halde yetki sözleşmesi yasağı çok kolay bir şekilde bertaraf edilebilir. Uyuşmazlık durumunda yetki sözleşmesinin anı kanıtlanmalıdır. Yetki sözleşmesine tarih atılması ve ortaya çıkan olaya değinilmesi bu nedenle tavsiye edilmektedir, fakat geçerlilik şartı değildir. Bir davanın yetkili mahkemede açılmasından sonra ZPO § 38/III/1 uyarınca bir yetki anlaşması ile yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kaldırılamaz. ZPO 261/III/2 buna engel olur (Stein/Jonas, s.684).

alanı dışına taşınması ya da ikametgâhının yahut mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması (ZPO § 38/III/2)⁵⁷ hallerinde diğer kişiler için de yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir⁵⁸. Bu durumda gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler tacir ya da kamu tüzel kişisi olup olmadığına bakılmaksızın yetki sözleşmesi yapılabilirler⁵⁹.

Alman hukukunda 38. maddenin birinci fıkrasının tacirler için özel bir düzenleme getirdiği, ikinci ve üçüncü fıkraların ise bu kişilerin dışındaki kişiler için getirilen bir hüküm olması nedeniyle tacirler veya kamu tüzel kişileri için uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle birinci fıkrada belirtilen kişiler ikinci ve üçüncü fıkralarda getirilen sınırlamalara tabi olmaksızın yetki sözleşmesi yapılabilir⁶⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, tacir veya kamu tüzel kişileri ticari olmayan, kişisel ilişkilerindeki uyumsuzluklarda da yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Çünkü kanun bu konuda bir sınırlama getirmemiştir. Örneğin tacir A, tacir B'den kendi kişisel kullanımı için bir buzdolabı alsın buna ilişkin uyumsuzluklarda

⁵⁷ ZPO § 38/III/2'deki birinci durum, davalı tarafın ikametgâhını veya mutata meskeni yürürlükteki ZPO'nun geçerlilik alanından çıkararak yurtdışına taşınması hali için yetki sözleşmelerine izin vermektedir. Burada kanun, karşı tarafın, davayı yurt dışında sürdürmek zorunda kalmaması hususundaki menfaatini dikkate almaktadır. Bu durum diğerlerinin yanında misafir işçilerle olan hukukî işlemler için düşünülmüştür. İkametgâhın taşınması vb. sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmelidir. Bundan anlaşılması gereken maddî hukuk sözleşmesi değil, aksine yetki sözleşmesidir. İlgili tarafların dava açılma anına kadar tekrar federal cumhuriyete geri dönmeleri halinde, hükmün amacı uyarınca yetki sözleşmesi geçersizdir. ZPO § 38/III/2'deki ikinci durumda, madde lafzının tam açık olmasına rağmen, dava açılma anında davalının ikametgâhının veya mutata meskeninin bilinmemesini gerektirmektedir.

⁵⁸ Ayrıca kapıdan satış işlemleri için ZPO § 29c/III'te özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre taraflar 29c birinci fıkradaki yetkiden ayrılarak şu durumlarda yetki sözleşmesi yapılabilir: Tüketicinin, sözleşmenin yapılmasından sonra ikametgâhını ya da mutata meskenini bu kanunun geçerlilik alanı dışına taşınması veya ikametgâhının ya da mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması hallerinde. Bir diğer düzenleme Uzaktan Eğitime Katılanın Korunmasına İlişkin Kanun'un (Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht) 26.maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre katılımcı sözleşmenin imzalanmasından sonra ikametgâhını ya da mutata meskenini bu kanunun geçerlilik alanı dışına taşınması veya ikametgâhının ya da mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması hallerinde yetki sözleşmesi yapılabilir.

⁵⁹ Thomas/Putzo, s.74.

⁶⁰ Stein/Jonas, s.675.

yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Alman hukukunda da tacirlerin ticari olmayan işlerinde de yetki sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁶¹.

Tacirler ile kamu tüzel kişileri kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilecekleri gibi, kanunda sayılan kişiler karşılıklı da yetki sözleşmesi yapabilirler. Bir başka ifadeyle bir tacir, kamu tüzel kişisiyle yetki sözleşmesi yapabilir⁶².

Kanunun belirttiği kişiler grubuna aidiyet yetki sözleşmesinin kurulma anında mevcut olmalıdır. Bu nedenle aidiyetin daha sonra ortadan kalkmasının herhangi bir önemi yoktur. Çünkü, yetki sözleşmesi sadece bu an için öngörülmemiştir. Bir diğer açıdan koruma kapsamındaki kişilerden birisinin sonradan koruma kapsamının dışına çıkması yetki sözleşmesini geçerli kılmaz. Örneğin, bir esnaf işletmesinin zaman içerisinde ticari işletme olması, tacir sıfatını kazanması ile ilk olarak geçersiz bir şekilde ortaya çıkan yetki sözleşmesi geçerli hale gelmez. Sözleşmedeki eksiklerin daha sonradan giderilmesi mümkün değildir, çünkü bu durum sözleşmenin kurulma anındaki korunma ihtiyacıyla ilgili herhangi bir şeyi değiştirmemektedir. Sözleşme her iki taraf için de geçersizdir, daha sonradan onay ihtimali mevcut olmamaktadır. Bu durumda taraflar yeni bir yetki sözleşmesi yapmalıdır⁶³.

Alman hukukunda tacir veya kamu tüzel kişileri dışındakiler için önemli bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre ZPO § 38/1'de sayılan kişiler (tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamu hukuku özel mameleki), sözleşmeyle ifa yerini belirleyerek bu şekilde yetkili mahkemeyi de tespit edebilirler. Ancak ZPO § 38/1'de sayılan kişiler dışındaki kişiler ifa yerini kararlaştırarak o yer mahkemesini yetkili kılamazlar (ZPO § 29/2)⁶⁴. Bir başka ifadeyle 38/1'de sayılan kişiler ifa yerini belirleyerek, ifa yeri mahkemesinde dava açma imkânını da elde etmiş olurlar. Buna karşılık ZPO 38/1'de sayılanların dışındaki kişiler ifa yerini BGB⁶⁵ 269'a göre belirleyebilirler. Ancak bununla ifa yeri mahkemesi yetkili hale gelmez. Bizim kanunumuzda ise böyle bir sınırlama geti-

⁶¹ Prütting/Gehrlein, s.168; Thomas/Putzo, s.73; Stein/Jonas, s.673.

⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.159; Umar, HMK Tasarısı, s.323; Thomas/Putzo, s.73.

⁶³ Stein/Jonas, s.673.

⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

⁶⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (Medeni Kanun)

rilmemiştir. Buna göre taraflar, borcun ifa edileceği yeri kararlaştırarak (BK m.73) dolaylı bir şekilde (ifa yerini kararlaştırmakla) yetkili mahkemeyi de belirleyebileceklerdir. Çünkü sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir (m.10). Bu nedenle yetkinin sözleşmeyle belirlenmesinde zayıf konumdakinin korunması amacının sadece yetki anlaşmaları bakımından ele alınması eksik olur. Maddî hukuk açısından ifa yerinin, mahkemenin yetkisini de belirlemesi zayıf konumdakinin korunması amacını etkisizleştirebilecektir⁶⁶.

Kanaatimizce bu durum yetki sözleşmesiyle ilgili yapılan temel değişiklikteki amaca aykırı düşmektedir. Çünkü sözleşmeden doğan davalarda taraflar bir sınırlamaya tabi olmaksızın dolaylı şekilde yetkili mahkemeyi belirleme imkânına sahip olabileceklerdir. Bu durumda sözleşmede güçlü konumda olan taraf kendi menfaati doğrultusunda ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi seçmeyi düşünebilecektir. Kanaatimizce bu husus kanun yapımı sırasında gözden kaçırılmış bir nokta olabilir. Ancak bunun kanunda yapılacak bir değişiklikle düzeltilmesi mümkündür. Alman hukukunda olduğu gibi tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin ifa yerini belirleseler bile ifa yeri mahkemesinin yetkili hale gelmeyeceği ifade edilebilir.

B. Sözleşmenin konusu açısından getirilen sınırlama

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda yetki sözleşmesi yapılamaz (m.18/1). Bu durum, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yoluyla serbestçe tasarruf edemeyeceği haller şeklinde de ifade edilmektedir⁶⁷. Örneğin boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları⁶⁸, çift taraflı davalar⁶⁹ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır; dolayısıyla bu davalarda tarafların yetki sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Verilen bu örneklerden iflâs davasında, mahkemenin yetkisi kesindir⁷⁰; kesin yetkinin varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamayacaktır (m.18/1)⁷¹. Çift ta-

⁶⁶ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.38.

⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.533, 538, 820; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.599; Ermenek, İbrahim, Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s.17.

⁶⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.820; Ermenek, s.19 vd.

⁶⁹ Ermenek, s.27.

⁷⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160;

⁷¹ Boşanma davasında yetkinin kesin yetki olup olmadığı konusunda bkz.: Kuru/

raflı davada ise, davanın özelliğinden dolayı taraflar, dava üzerinde serbestçe tasarruf edememektedir. Dolayısıyla çift taraflı dava, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir dava olması sebebiyle, bu davada taraflar yetki sözleşmesi yapamayacaktır.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda ise konuyla ilgili daha sınırlandırıcı bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu Kanun'un 40.maddesinin ikinci fıkrasına göre, uyuşmazlığın malvarlığına ilişkin olduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Bizim Kanunumuzda böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Kural olarak taraflar her türlü uyuşmazlık için yetki sözleşmesi yapabilir⁷². Ancak HMK'nın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yetki sözleşmesi yapmayı sınırlayan hükmü (m.18/1) sebebiyle çoğu zaman şahıs varlığına ilişkin konularda yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Çünkü, şahıs varlığına ilişkin davaların çoğu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardır. Örneğin evlenmenin butlanı, boşanma davası, babalık davası gibi davalar. Ancak düşük bir ihtimal de olsa istisnaen şahıs varlığına ilişkin davalarda yetki sözleşmesi yapma imkânı olabilir. Örneğin MK 24. ve 25.maddelerine dayanılarak kişilik haklarına saldırıya karşı korunma talep edilmesi veya saldırının durdurulmasının istenmesi durumlarında yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Ancak böyle bir durumda tarafların bir araya gelip yetki sözleşmesi yapma ihtimali çok düşüktür. Bir taraftan bazı şahıs varlığına ilişkin davaların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar olması, diğer taraftan şahıs varlığına ilişkin davalarda taraflar istisnaen tacir veya kamu tüzel kişisi olacağından bizim hukuk sistemimizde de yetki sözleşmesi çoğu zaman malvarlığına ilişkin davalarda yapılabilecektir.

C. Kesin yetki halleri açısından getirilen sınırlama

Kesin yetki kuralının varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamaz (m.18/1). Kesin yetki kuralının varlığı halinde dava sadece kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılabilmesi⁷³ ve kesin yetki kuralı kamu düzeninden kabul edildiği için, bu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Taraflar yetki sözleşmesiyle kesin yet-

Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.177; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.93.

⁷² Üstündağ, Salahiyet, s.35.

⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.125; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.176.

kili mahkemenin yetkisini kaldıramazlar, aynı zamanda kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir yer mahkemesinin yetkisini de kabul edemezler⁷⁴.

D. Yazılılık şartı

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır (m.18/2). Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁷⁵. HMK (m.18/2), yazılılığın geçerlilik şartı olduğunu HUMK'na (m.22) göre daha belirgin bir şekilde ifade etmiştir. HUMK'un 22. maddesinde "...iki taraf ... ihtilaf-larının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mu-kavele edebilirler." ifadesine yer verilmişken, HMK'nın 18.maddesinin ikinci fıkrasında "Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, ... şarttır" ifadesi kullanılmıştır. Gerçi HUMK'nın 22. mad-desinde belirtilen yazılılığın da geçerlilik şartı olduğunda herhangi bir tereddüt yoktu⁷⁶.

Medenî hukuktaki şekil kurallarının amacı ile usûl hukukundaki şekil kurallarının amacı birbirinden farklıdır. Medeni hukukta şeklin amacı, tarafları düşünmeye sevk etmek, bu yolla daha sağlıklı işlem yapılmasını sağlamak ve ispat kolaylığıdır. Usûl hukukunda şeklin amacı ise yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesidir⁷⁷. Bunun yan-ında usûl hukukunda, kamu düzeni amacıyla, tarafları düşünmeye ve ihtiyatlı davranmaya sevk etmek ve tarafların iddia-savunmalarını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilmiş şekil kuralları da getirilmiştir⁷⁸.

Yetki sözleşmeleri için kanunda öngörülen şekil, tarafları düşün-meye ve bu konuda daha dikkatli davranmaya sevk etmek amacıyla getirilmiştir. Zira bu sözleşmeyle taraflar kanunen yetkisiz olan bir mahkemeyi yetkili kılmaktadır. Dolayısıyla yazılı şekil ile taraflara, kendisi için kanunen yetkili kılınan mahkemelerin mi yoksa yetki söz-leşmesinde yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin mi daha el-

⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160.

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

⁷⁶ Postacioğlu, s.160; Kuru, C:I, s.558; Üstündağ, Salahiyet, s.19; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.180; Bilge/Önen, s.202; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.108; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.130; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Ankara 1979, s.41; Üstündağ, s.212; Bolayır, s.133; Keskin, O. Kadri, Yetki Anlaşmaları, *Adalet Dergisi* 1973/4, s.308.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.182.

⁷⁸ Karşlı, s.76.

verişli olduğunu değerlendirme, bunu düşünme imkânı sağlanmış olmaktadır. Burada diğer usûl işlemleri bakımından özellikle öne çıkan yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesi amacı söz konusu olmayacaktır. Çünkü yetki sözleşmesinin yapıldığı anda çoğu zaman henüz bir yargılama yoktur. Taraflar genellikle dava açılmadan önce yetki sözleşmesi yapacaklardır. Dava açıldıktan sonra ise yetki sözleşmesi yapma imkânı oldukça sınırlıdır. Zira davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmamışsa zaten mahkeme yetkili hale gelecektir. Bundan sonra yapılan yetki sözleşmesi bu davada ileri sürülemeyecek ve mahkeme bu sebeple yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Yetki sözleşmesiyle taraflar, tabii hâkiminden başka bir hâkimin önüne gitmeyi kabul ettiğinden, sözleşmenin taraflarının dikkatli davranması ve yaptığı sözleşmenin sonuçlarını ve kendisi için önemini kavrayabilmesi için bir şekil şartı getirilmiştir⁷⁹. Kanun, tarafları dikkatli davranmaya sevk etmek ve bu sözleşmelerin ayrı bir uyumsuzluk konusu olmasını önlemek istemiştir⁸⁰.

Yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi yapılan bir sözleşmede yetki şartı olarak da yer alabilecektir. Bu durumda yapılan maddî hukuk sözleşmesi bir şekle tâbi olmasa bile yetki sözleşmesinin geçerli olması için yazılı yapılması gerekir. Bir diğer ifadeyle sözleşme yazılı olarak yapılmazsa, maddî hukuk sözleşmesi şekle tâbi olmadığı için geçerli olsa bile yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır. Yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Maddî hukuk sözleşmesi resmî şekle tabi olsa bile yetki sözleşmesi resmî şekle tâbi olmayacaktır⁸¹.

Yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmamışsa geçersizdir. Bu durum, kanunda öngörülen yazılı şekil şartını geçerlilik şartı olarak kabul etmenin doğal sonucudur. Burada iki konu üzerinde durmakta yarar vardır: Birincisi, taraflar arasında sözlü olarak yapılmış bir yetki sözleşmesi olabilir. İkincisi, davacı yetkisiz bir mahkemede (aralarında yetki sözleşmesi olmamasına rağmen) dava açmış ve davalı süresi içinde yetki ilk itirazında bulunmamış olabilir.

⁷⁹ Üstündağ, Salahiyet, s.19.

⁸⁰ Postacıoğlu, s.160.

⁸¹ Üstündağ, Salahiyet, s.22.

Birinci durumda davacı, aralarında var olduğunu iddia ettiği yetki sözleşmesine dayanarak yetkisiz mahkemede dava açar ve davalı süresinde yetki ilk itirazında bulunursa, davacı yazılı bir yetki sözleşmesi ibraz edemeyeceği için mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Buna karşılık davalı süresi içinde yetki ilk itirazında bulunmazsa, daha sonra bunu ileri sürme hakkını kaybetmiş olacak ve yetkisiz mahkeme, kendi yetkisizliğini dikkate alamayacağı için yetkili hale gelecek ve yargılamaya devam edecektir.

İkinci durumda ise kesin yetkinin olmadığı bir uyuşmazlıkta davacı, yetkisiz mahkemede dava açmış, davalı süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmamışsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir (m.19/4). Bu durumda genel olarak kabul edilen görüş, taraflar arasında zımnî yetki sözleşmesi kurulduğu yönündedir⁸². Davacının yetkisiz mahkemeye başvurup dava açması, davalının ise yetki itirazında bulunmaması o mahkemenin yetkisini kabul ettiklerine dair kanunî delil kabul edilmiştir⁸³.

Bu konuda diğer görüşe göre, yetki sözleşmesinin zımnî olarak kurulması mümkün değildir. Çünkü yetkisizliğin ileri sürülmesi belirli bir süre içinde kullanılması gereken bir hak; süresinde yetki itirazında bulunulmaması durumunda bu hak düşmüş olmaktadır. Mahkeme de yetkisiz olduğunu dikkate alamayacak ve esasa girecektir⁸⁴. Davalı süresinde yetki itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılacaktır. Burada bir faraziye söz konusudur ve davalının iradesinin gerçekten bu doğrultuda olmasına gerek yoktur. İtiraz ileri sürülmeyince mahkeme, kanundan dolayı yetki kazanmış olur⁸⁵. Süresinde yetki itirazında bulunulmadığı için yetki itirazını ileri sürme hakkı düşmüş olur⁸⁶.

Kanaatimizce de yetki sözleşmesinin zımnî olarak kabul etmek mümkün değildir. Bunun yasal bir dayanağı olmadığı gibi böyle bir kabulü usûl hukuku kurallarıyla bağdaştırmak da mümkün

⁸² Üstündağ, s.216; Kuru, C:I, s.558; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.162; Bilge/Önen, s.202; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.130; Bolayır, s.144; Aksoyoğlu, s.83.

⁸³ Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:I, İstanbul 1939, s.63.

⁸⁴ Postacıoğlu, s.169.

⁸⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.108.

⁸⁶ Keskin, s.317.

olmayacaktır. HUMK'nın 23. maddesindeki "*Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur.*" cümlesindeki "*kabul etmiş addolunur*" ifadesi sözleşmeyi çağırır-tırsa da bunun mümkün olmadığını düşünüyoruz⁸⁷. Zira, her şeyden önce böyle bir kabul yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri olan yazılılık şartının göz ardı edildiği anlamına gelir. Bu ise kendi içinde bir çelişkiye sebebiyet verir. Bir taraftan yetki sözleşmesindeki yazılı şekil şartını geçerlilik şartı kabul edip diğer taraftan zımnî yetki sözleşmesini kabul etmek bir çelişkidir. Zira geçerlilik şartı olan yazılı şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersizdir. Kanunun bir usûl sözleşmesi için aradığı şekil varsa sözleşmenin geçerliliği için buna uyulması gerekir⁸⁸. Kanun herhangi bir şekil öngörmüşse kural, bu şeklin geçerlilik şartı olduğudur. Bunun doğal sonucu ise, kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olmasıdır. Borçlar Kanunu 11.maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsamı ve sonuçları için başka bir hüküm getirilmemişse bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz⁸⁹. Gerek HUMK 23 gerekse HMK 19.maddedeki hükmün yetki sözleşmesi için öngörülen şekil şartını kaldırdığını kabul etmek, bahsi geçen hükümleri bu şekilde yorumlamak mümkün değildir.

Böyle bir durumda mahkemenin yetkili hale gelmesini nasıl açıklamak gerekecektir? Kanaatimizce bu durumda davalı kendisine tanıyan usûlî bir hakkı süresi içinde kullanmadığından bu hakkını daha sonra ileri sürme imkânını kaybetmektedir. Zira ilk itiraz süresi hak düşürücü süredir⁹⁰. Kanun, süresinde usûlüne uygun şekilde yetki itirazında bulunulmaması üzerine, davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale geleceğini öngörmüştür. Çünkü böyle bir durumda yetki

⁸⁷ Nitekim HMK'nın 19.maddesinin son fıkrasında kesin olmayan yetki hallerinde, yetki itirazının, ilk itirazlar arasında sayılmamasının sonucu olarak, süresinde ve usûlüne uygun olarak ileri sürülmemesi halinde, mahkemenin yetkisizliğini re'sen gözetememesi nedeniyle, davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale geleceği öngörülerek, HUMK'nın 23.maddesinin ilk cümlesinde yer alan düzenlemeye açıklık kazandırdığı ifade edilmiştir. (Tanrıver, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1. ilâ 122.Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, *Makalelerim II* (2006-2010), Ankara 2011, s.151).

⁸⁸ Karşlı, s.237.

⁸⁹ Eren, s.241.

⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.358.

kamu düzenine ilişkin değildir, mahkeme kendi yetkisizliğini dikkate alamayacak, davanın esasına girecektir. Kanaatimizce bu durumda artık mahkeme kanundan dolayı yetkili hale gelmektedir. Nitekim HMK'daki ifade bu şekilde anlaşılmaya daha uygundur. Kanununun 19.maddesinin dördüncü fıkrasında *"Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir."* denilerek mahkemenin yetkisiz olmasına rağmen yetkili hale geldiğini, yani davalının yetki itirazında bulunmaması sebebiyle mahkemenin yetkili hale geldiğini belirtmektedir.

HUMK'nın 23. maddesinde süresinde yetki itirazında bulunulmamasına diğer ilk itirazlardan farklı bir sonuç bağlanmasını zımnî yetki sözleşmesi ile açıklamanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bu fikri savunan Üstündağ, ilk itirazların gösterilen usûl kesiti içinde ve hepsi birlikte ileri sürülmemesi halinde uygulanacak müeyyidenin ne olduğunun (HUMK) 188. maddede düzenlendiğini, bu durumda ayrıca 23. maddedeki hükmün zımnî anlaşma fikri ile açıklanabileceğini belirtmektedir⁹¹.

HUMK'nın 188. maddesindeki düzenlemeye rağmen 23. maddede ayrı bir düzenleme getirmesinin sebebi, yetki itirazının süresinde yapılmamasının sonucunu açık bir şekilde belirtmektir. 188. maddeye göre süresinde yetki itirazında bulunulmadığı zaman sonradan yetki itirazının ileri sürülemeyeceği açıktır. Ancak davanın açıldığı yetkisiz mahkemenin davanın esasına girip girmeyeceği, yetkisiz mahkemenin yetkili hale gelip gelmeyeceği konusunda tereddüt oluşmaması için kanun bunu ayrıca belirtme ihtiyacı duymuştur. Diğer ilk itiraz hallerinde ise böyle bir tereddüt oluşmayacağı için 188. maddedeki düzenleme yeterlidir. Ayrıca belirtilen bu görüşte kendi içinde çelişki vardır. Çünkü bir taraftan sonradan mahkemenin yetkisizliğinin ileri sürülemeyeceği, diğer taraftan ise hâkimin bu durumlarda kendi yetkisini re'sen araştırmak zorunda olduğu belirtilmektedir⁹². Oysa HUMK 23. maddesinin birinci cümlesinde *"Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur."* denildi-

⁹¹ Üstündağ, s.215-217.

⁹² Üstündağ, s.215-217.

ten sonra, ikinci cümlesinde “*Şu kadar ki münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail bundan müstesnadır.*” ifadesine yer verilmiştir. İkinci cümledeki ifade kural olarak mahkemenin, yetkisizliğini re’sen dikkate alamayacağını, ancak tarafların arzularına tabi olmayan hususlarda mahkemenin, yetkisizliğini dikkate alacağını göstermektedir. Yetki sözleşmesi yapılabileceğinin kabulü zaten dava konusunun tarafların arzularına tabi olan bir husus olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda ise mahkeme yetkisizliğini re’sen dikkate alamayacaktır. Hem zımnî yetki sözleşmesi fikrinin kabul edilmesi hem de mahkemenin yetkisizliğini re’sen dikkate alacağını belirtmesi bir çelişki teşkil etmektedir. Nitekim kural olarak mahkemenin yetkisizliğini resen dikkate alamayaçağı ittifakla kabul edilmektedir⁹³.

Benzer düzenlemelere HMK’da da yer verilmiştir. Kanununun 116. maddesinde ilk itirazlar sayıldıktan sonra (bunlardan biri de kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazıdır-m.116/1/a-) 117. maddede ilk itirazların hepsinin cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği, aksi halde dinlenilmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca 19. maddenin dördüncü fıkrasında “*Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir.*” hükmüne yer vermiştir.

Kanunun, şekli geçerlilik şartı olarak öngördüğü durumlarda bu, kamu düzenine ilişkindir, taraflar bu şekil şartını açık veya zımnî olarak kaldıramazlar. Bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur. Dolayısıyla şekle aykırı olarak yapılan sözleşme, karşı tarafın zımnî muvafakati ile geçerli kılınmaz.

Alman hukukunda ise tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi bir şekle tâbi kılınmamıştır⁹⁴. Belirtilen kişiler arasında her zaman ve belirli bir şekle uyulmasına gerek olmaksızın yetki sözleşmesi yapılması mümkündür⁹⁵. Sözleşme, açık bir şekilde

⁹³ Postacıoğlu, s.409; Üstündağ, s.232; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.162; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.109; Bilge/Önen, s.204; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.131; Önen, s.42. “*Kamu düzenine ilişkin bulunmayan bu yetki kuralı için davalının yetki itirazında (HUMK m. 187/2) bulunmaması halinde, mahkemece re’sen yetkisizlik kararı verilemez.*” Yargıtay 3.HD, 2009/14384 E., 2009/14779 K., 05/10/2009 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

⁹⁴ Thomas/Putzo, s.73; Arens/Lüke, s.67.

⁹⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

yapılabileceği gibi zımnî olarak⁹⁶ da yapılabilir, kanun buna açıkça izin vermiştir (ZPO § 38/1). Yetki sözleşmesinin olup olmadığı veya içeriğiyle ilgili tereddüt olursa yorum yöntemiyle bunun araştırılması gerekir. Bu noktada ticarî örf ve adet kuralları dikkate alınmalıdır⁹⁷. ZPO § 38/2'ye göre yetki sözleşmesi yapılmak istenirse o zaman yazılı yapılması veya en azından yazılı olarak teyit edilmesi gerekir. Ancak yazılı belgede imzanın bulunması gerekli görülmemektedir ya da taraflardan birisince yazılan ve imzalanan yetki sözleşmesi karşı tarafça doğrulanırsa bu şart yerine gelmiş olacaktır⁹⁸. Şekil eksikliği halinde (örneğin sadece sözlü anlaşma) yetki sözleşmesi geçersizdir. Yazılılık şartından anlaşılması gereken açıklamanın yazılı olarak sunulması ve kimin tarafından oluşturulduğunun anlaşılır olmasıdır. Buna karşın imza ve hatta el yazısıyla imza gerekli değildir. Telgraf ya da teleks de bu nedenle yazılılık şartını yerine getirmektedir. Zira BGB m.126 (yazılı şekil) usûl hukuku alanında doğrudan geçerli değildir, daha ziyade hükme doğrudan bir atıf olması ya da en azından usûl hukuku normu içerisinde mevcut bulunan şekil şartının medenî hukuka uygun olması gerektiğinin yorum yoluyla çıkarılması halinde uygulanabilmektedir. Burada böyle bir yorum caiz değildir, çünkü böyle bir yorum ikinci fıkranın amacı ile bağdaşmayacak şekilde hukukî işlemlerin zorlaşması sonucuna götürebilecektir. Medenî hukuk kuralları doğrudan usûl hukuku alanında uygulanamaz. Çünkü bu, sadece usûl hukukunda boşluklar olması halinde geçerlidir. Fakat burada şekil, usûl hukukunda düzenlenmiştir ve tek başına yorumlanmalıdır⁹⁹.

E. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması

Yetki sözleşmesinin geçerli olması için uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekir¹⁰⁰. Eski kanunumuzun (HUMK) 22.maddesindeki "... iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmayan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler." hükmünden

⁹⁶ Ausdrückliche oder stillsweigende Vereinbarung

⁹⁷ Stein/Jonas, s.674.

⁹⁸ Thomas/Putzo, s.73.

⁹⁹ Stein/Jonas, s.680.

¹⁰⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184; Prütting/Gehrlein, s.166; Thomas/Putzo, s.72. Alman Medenî Usûl Kanununun 40.maddesinde de buna işaret edilmiştir.

uyuşmazlığın belirli olması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁰¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 18.maddesinde ise "... *uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ... şarttır.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması değil, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Yetki sözleşmesi veya yetki şartı ile belirli bir hukukî ilişkiden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar için yetkili mahkeme tespit edilebilir¹⁰². İşte böyle bir durumda uyuşmazlık belirli değildir; ancak uyuşmazlığın kaynaklanabileceği hukukî ilişki belirlidir ve buna bağlı olarak çıkabilecek uyuşmazlıklar da belirlenebilir niteliktedir. Kanun bu şekilde yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermiştir (m.18/2). Bir başka ifadeyle yetki sözleşmesinin yapıldığı anda henüz taraflar arasında bir uyuşmazlık olmayabilir. İşte bu durumda hangi hukukî ilişkiden kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıklar için yetki sözleşmesi yapıldığının belirli olması veya belirlenebilir olması gerekecektir. Bu, daha çok bir sözleşmede yetki şartı olarak karşımıza çıkar. Örneğin "*İş bu cari hesap sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda Şişli Mahkemeleri yetkilidir*" şeklindeki yetki şartında hukukî ilişki belirlidir; ancak uyuşmazlık belirli değildir, belirlenebilir niteliktedir. Uyuşmazlık belirli olmasa da uyuşmazlık çıkabilecek hukukî ilişki belirli olduğundan yapılan yetki sözleşmesi geçerlidir¹⁰³. Ancak "*A Bankası ile B AŞ arasında 2011 yılı içinde yapılacak bütün cari hesap sözleşmelerinde Şişli Mahkemeleri yetkilidir.*" şeklindeki yetki sözleşmesi geçersizdir. Benzer şekilde, taraflar arasında bundan sonra çıkacak bütün uyuşmazlıklar için yapılan yetki sözleşmesi geçersizdir¹⁰⁴. Çünkü bu durumlarda uyuşmazlık ne belirlidir ne de belirlenebilir niteliktedir.

Kanunun uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması şartını getirmesi tarafları koruma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli olmadığı bir yetki sözleşmesi, sözleşmenin tarafları için belirsiz birçok

¹⁰¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.180; Postacıoğlu, s.161; Kuru, C:I, s.561; Üstündağ, s.217; Pekcantez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.131; Bilge/Önen, s.203; Bolayır, s.148; Anaral, s.122; Keskin, s.311.

¹⁰² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.106.

¹⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184; Kuru, C:I, s.562.

¹⁰⁴ Üstündağ, Salahiyet, s.34; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

uyuşmazlıkta bir veya birkaç mahkemenin yetkili kılınması anlamına gelir ki bunun kabul edilmesi doğru değildir. Bu şekilde bir yetki sözleşmesine izin verilmesi tarafları belirsiz bir yükümlülük altına sokmuş olur.

F. Mahkemenin belirli olması

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekir (m.18/1). Tarafların dilediği mahkemede dava açabileceği¹⁰⁵ veya davanın açıldığı anda yetkili mahkemeyi davacının belirleyeceği¹⁰⁶ şeklinde yapılan yetki sözleşmesi yetkili kılınan mahkeme belirli olmadığı için geçersizdir. Zira bu durumda davalı, davacının keyfi iradesine terk edilmiş olur¹⁰⁷. Davalı kendisi için elverişli olmayan bir yerdeki mahkemede savunma yapmak zorunda bırakılabilir. Savunma hakkının önceden tahmini mümkün olmayan zorluklara maruz bırakılması ihtimalini taşıyan böyle bir yetki sözleşmesi kamu düzenine aykırıdır¹⁰⁸.

Yetki sözleşmesiyle sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisi belirlenebilir. Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kesin olduğundan yetki sözleşmesiyle istinaf mahkemesinin yetkisi belirlenemez¹⁰⁹. Kanunun 357. maddesinin ikinci fıkrasında bölge adliye mahkemelerinin yetkisine ilişkin yetki sözleşmesi yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak kanunun ilk derece mahkemelerine ilişkin yetki sözleşmesi yapılmasına izin verdiği durumlarda, taraflar yaptıkları yetki sözleşmesiyle dolaylı olarak bölge adliye mahkemesinin de yetkisini belirlemiş olacaklardır¹¹⁰. Bir başka ifadeyle taraflar, doğrudan bölge adliye mahkemesinin yetkisini sözleşmeyle belirleyemezler; ancak yetki sözleşmesiyle yetkili

¹⁰⁵ Postacıoğlu, s.161; Kuru, C:I, s.563; Bilge/Önen, s.202; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160-161; Üstündağ, s.217; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.130; Kalpsüz, s.78; Anaral, s.123.

¹⁰⁶ Stein/Jonas, s.693; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.185.

¹⁰⁷ Alman hukukunda tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin yapacağı yetki sözleşmesinin geçerliliği için yetkili sözleşmesinin açık bir şekilde yapılmış olması aranmaktadır (ZPO 38/III). Yetki sözleşmesinin açık bir şekilde gerçekleştirilecek olması, yazılı anlaşmada mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralın açık ve tecrübesizler için dahi yanlış anlaşılacak kelimeler içermesi ve kararlaştırılan mahkemenin belirtilmesi anlamına gelmektedir. Birbiri ile uyumlu atıflar bunun için yeterli değildir (Stein/Jonas, s.685).

¹⁰⁸ Postacıoğlu, s.161; Kalpsüz, s.79.

¹⁰⁹ Alman hukukunda da sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisinin belirlenebileceği, üst derece mahkemelerinin yetkisinin yetki sözleşmesiyle belirlenemeyeceği kabul edilmektedir. Stein/Jonas, s.669.

¹¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.602.

ilk derece mahkemesini belirlemekle dolaylı olarak bölge adliye mahkemesinin de yetkisini belirlemiş olacaklardır. Çünkü, hangi bölge adliye mahkemesinin yetkili olduğu ilk derece mahkemesinin yetkisine göre belirlenmektedir. Özellikle sözleşmede aksi belirtilmedikçe, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisinin münhasır yetki olduğu düşünülürse, taraflar bölge adliye mahkemesinin yetkisini daha kolay bir şekilde belirleme imkânına sahip olacaklardır.

Belirli olmak şartıyla taraflar yetki sözleşmesinde birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilirler (m.18/2)¹¹¹. Ancak birden fazla mahkeme belirlenmesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmamalıdır. Yetki sözleşmesi, adeta taraflardan birisinin istediği yerde dava açabilmesi sonucunu doğuran, onlarca mahkemenin yetkili kılınması şeklinde olmamalıdır¹¹².

Birden çok mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda taraflardan birisine, mahkemelerden birini seçme hakkının bırakılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Seçim hakkının davalıda olması halinde, davacı, davalıdan dava açmadan makul bir süre önce seçim hakkını kullanmasını isteyebilecektir¹¹³. Buna karşılık seçim hakkını tek tarafa veren yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu da belirtilmiştir. Bu fikre göre, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemede dava açma imkânı iki taraf için de geçerlidir. Bu imkânı tek tarafa veren sözleşme yapılamaz¹¹⁴. Kanaatimizce yetki sözleşmesi yapmakla her iki taraf da yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemelerden birinde dava açma, yetkili mahkemelerden birini seçme imkânına sahip olacaktır. Sözleşmede aksi belirtilmediği müddetçe seçim hakkı davacıdadır. Ancak sözleşmeyle seçim hakkının taraflardan birisine bırakılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Özellikle de bizim hukukumuz açısından sadece tacir veya kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabileceklerinden ve bu kişiler sözleşme hükümlerinin kendileri için getirdiği sonuçları daha iyi anlayabileceklerinden bunun mümkün olması gerekir.

¹¹¹ HUMK döneminde tarafların yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemenin yetkisini kararlaştırıp kararlaştıramayacağı tartışmalıydı (HUMK m.22). Bu konuda bkz.: Pekcanitez/Atalay/Özeker, 9.Bası, s.131; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.107; Bolayır, s.155.

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Özeker, s.130.

¹¹³ Stein/Jonas, s.693.

¹¹⁴ Thomas/Putzo, s.73.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, aksi belirtilmediği müddetçe yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemenin münhasır yetkili mahkeme olacağını kabul etmiştir (m.17)¹¹⁵. Dolayısıyla taraflar münhasır yetki sözleşmesiyle genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmış olmaktadır. Taraflar bunu istemiyorsa, yani genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmesini istiyorlarsa yetki sözleşmesinde bunu ayrıca belirtmek zorundadırlar. Kanun eşitler arası bir ilişki söz konusu olduğu, iradelerini özgürce açıklayabilecek oldukları için tacirler ve kamu tüzel kişilerine kendi aralarındaki ilişkiler bakımından münhasır yetki sözleşmesi yapma imkânı vermiştir¹¹⁶.

Bizim Kanunumuzdaki bu düzenlemeye karşılık Alman hukukunda Kanun bir tercih belirtmemiştir. Taraflar sözleşmeyle bir mahkemeyi münhasıran yetkili kılabilmektedir; ancak şüphe halinde sözleşmenin yorumuna göre hareket edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁷.

Mahkemenin münhasırlığının asıl olduğu şeklindeki düzenleme yerine münhasır yetkinin kabul edilebileceğinin belirtilmesinin daha doğru olacağı¹¹⁸, münhasır yetki konusunda sarahat aramanın daha isabetli olacağı ifade edilmiştir¹¹⁹.

IV. YETKİ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK KURALLAR

Yukarıda belirtildiği üzere yetki sözleşmesi, bir usûl hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla yetki sözleşmesine usûl hukuku kuralları uygulanacaktır. Ancak HMK'da açıklık veya hüküm olmayan durumlarda maddî hukuk kurallarının uygulanması mümkündür¹²⁰.

¹¹⁵ HUMK döneminde tarafların münhasır yetki sözleşmesi yapıp yapamayacakları tartışmalıydı (HUMK m.22). Bu konuda bkz.: Postacıoğlu, s.161; Üstündağ, s.217; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.107; Bolayır, s.159. Yargıtay münhasır yetki sözleşmesi yapılamayacağını kabul ediyordu: "HMUK'un 22. maddesi hükmü gereği taraflar kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde aslında yetkisiz olan bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkili kılabilirler. Ancak yetki sözleşmesi ile yasal olarak yetkili olan genel ve özel yetkili Mahkemelerin yetkisi kaldırılamaz." Yargıtay 6.HD. 2008/702 E., 2008/3197 K., 18/03/2008 T.: Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹¹⁶ Tanrıver, s.150.

¹¹⁷ Stein/Jonas, s.694; Prütting/Gehrlein, s.167; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.185.

¹¹⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, HMK Tasarısı, s.27.

¹¹⁹ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.37 dn.8.

¹²⁰ Kuru, C:I, s.555; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.158.

Yetki sözleşmesi genellikle başka bir sözleşmenin parçası, yetki şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak buna rağmen yetki şartını ayrı bir sözleşme olarak görmek gerekir ve bu nedenle asıl sözleşmenin geçersizliğinden yetki sözleşmesinin etkilenmemesi gerekir. Asıl sözleşmenin şekil eksikliği halinde de aynı şekilde olmalıdır¹²¹.

Yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf çıkarsa yine sözleşmeyle yetkilendirilen mahkemeye başvurulabilecektir. Zira, sözleşmenin geçerli olup olmadığı veya etkileri konusunda da sözleşmeyle yetkilendirilen mahkeme karar verecektir¹²². Stuttgart Eyalet Mahkemesi de bir kararında böyle bir durumda tarafların irade beyanlarının yorumunun önemine dikkat çekmiş ve sözleşmede kullanılan “*bütün uyumsuzluklar*” ifadesinin sözleşmenin varlığı ve geçerliliğini de kapsadığı sonucuna varmıştır¹²³.

İrade fesadı hallerinde (hata, hile, ikrah) Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere (BK m.24 vd.)¹²⁴ dayanılarak sözleşmenin iptali mümkündür. İptal, sözleşmeyle yetkili kılınan mahkemede dava açılmasından sonra dahi mümkündür. Ancak davalı irade fesadı sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini, dolayısıyla mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürmeden davanın esasına girmişse, artık iptal imkânı hem davacı hem de davalı için düşmüş olacaktır¹²⁵. Zira süresi içinde yetki ilk itirazında bulunulmamışsa sonradan bu itiraz ileri sürülemez.

Yetki sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak şartlı sözleşmelerde, dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesi, yetkili hale gelmiş olan mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır¹²⁶.

¹²¹ Üstündağ, s.221; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²² Üstündağ, s.221; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²³ OLG Stuttgart, Urt.v.8.11.2007-7 U 104/07, MDR 2008/12, s.709-710. Yargıtay da benzer bir konuda aynı yönde karar vermiştir. “*Senette öngörülen “alacağın” zamanlaşımına uğrayıp uğramadığı olgusu yetkili yerin saptanmasına engel teşkil etmez. Zamanlaşımı definin ileri sürülmesi halinde yetkili mahkemede bu iddianın tartışılıp değerlendirilmesi ayrı bir hukukî mesele olup, senette yer alan yetki sözleşmesini geçersiz kılmaz.*” Yargıtay 12.HD., 2006/1884 E., 2006/5474 K., 16/03/2006 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹²⁴ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu hükümler 30 vd. maddelerinde düzenlenmiş, hata yerine yanılma, hile yerine aldatma, ikrah yerine korkutma kavramları tercih edilmiştir.

¹²⁵ Stein/Jonas, s.690-691; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²⁶ Stein/Jonas, s.691-692; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

Maddî hukuk sözleşmesi yapmada tam ehliyetli bir kişi kural olarak yetki sözleşmesi de yapabilecektir. Bir tarafın nüfuzunu kullandığı durumlarda sözleşme gabin sebebiyle geçersizdir¹²⁷.

V. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ

Tarafların yaptığı yetki sözleşmesinin sonucu yetkisiz mahkeme doğrudan yetkili hale gelir. Olumsuz yetki sözleşmesinde ise yetkili mahkeme veya mahkemeler yetkisini kaybeder. Bu konuda mahkemenin onayına ihtiyaç yoktur. Yetkili kılınan mahkeme yetkisizlik kararı veremez. Yetkili hale gelen bir mahkemenin yetkisi, davanın derdest olmasından sonra bir başka yetki sözleşmesiyle kaldırılamaz. Buna karşılık başvuru mahkeme yetkisiz ise, başvuru mahkemenin yetkisi veya bir başka mahkemenin yetkisi sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Sözleşme, tasarrufî etkisinden dolayı taraflar için herhangi bir yükümlülük içermez. Sözleşmeye aykırı bir dava, yargılama giderleri açısından tazminat sorumluluğunu da doğurmayacaktır¹²⁸.

Taraflar arasındaki yetki sözleşmesine rağmen davacı yetkisiz bir mahkemede dava açarsa davalının bunu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekir (m.116/1/a). Davalı süresinde ve usûlüne uygun olarak itiraz etmezse, yukarıda¹²⁹ belirtildiği üzere mahkeme yetkili hale gelir. Bir başka ifadeyle mahkeme yetkisiz olduğunu re'sen dikkate alamayacaktır. Bu durum kanun koyucunun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği değişikliklerin amacıyla tam olarak örtüşmemektedir. Zira, kanunda belirtilen kişilerin dışındaki kişiler yetki sözleşmesinin tarafı olur ve itiraz etmezlerse kanunla getirilen koruma amacı ortadan kaldırılmış olacaktır. Yetki itirazında bulunulmaması bakımından belki bir ayırım yapılması daha doğru olabilir. Tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarındaki uyuşmazlıklarda yetki itirazında bulunulmaması halinde mahkemenin yetkisizliğini re'sen dikkate alamaması doğru olabilir. Ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişileri korumak için mahkemenin, yetkisizliğini re'sen dikkate alması daha doğru

¹²⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.183. Alman hukukunda gabin kesin hükümsüzlük sebebidir (BGB 138). Ancak bizim hukukumuzda gabin iptal sebebidir (BK m.21).

¹²⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.186.

¹²⁹ Bkz.: IV-D.

olacaktır. Bu nedenle Kanunda değişiklik yapılarak, mahkemenin bu durumda yetkisizliğini re'sen dikkate alacağına belirtilmesi, kanunla ulaşılmak istenen koruma amacına daha uygun olacaktır. Nitekim aynı amaçla yetki sözleşmesiyle ilgili kurallarda kısıtlamalar getirilen Alman hukukunda, mahkeme re'sen, kendi yetkisinin sözleşme ile kurulup kurulmadığını veya kaldırılıp kaldırılmadığını kontrol etmektedir. Davalının yokluğu halinde de bu kural aynen geçerlidir. Davalının itiraz etmeden esasa girmesi halinde, yetkinin varlığı ZPO 39. maddeden çıkarılmaktadır; fakat mahkeme, ancak ZPO 504. maddedeki uyarıyı yaptıktan sonra yetkili hale gelebilecektir. ZPO 504. maddeye göre, mahkeme yetkisiz ise davanın esasına girmeden önce yetki itirazında bulunmamanın sonuçlarını davalıya hatırlatır¹³⁰.

Nitekim Alangoya da Alman hukukundaki düzenlemeye işaret ederek itiraz etmeden yargılamaya devam eden tarafa (özellikle tacir ve kamu tüzel kişisi dışındakiler için) bir hatırlatma yapılması yolu üzerinde düşünmek gerektiğini belirtmiştir¹³¹.

Yetki sözleşmesi tarafları bağladığı gibi onların cüzi ve külli haleflerini de bağlar¹³². Ancak sözleşme açıkça veya anlaşılabilir bir şekilde asıl taraflarla sınırlı tutulabilir¹³³. Sözleşmenin taraflarının veya seleflerinin yetki sözleşmesi yapma ehliyeti olması gerekirken, sözleşmenin haleflerinin ise yetki sözleşmesi yapma ehliyetinin olması gerekmez¹³⁴. Bir başka ifadeyle yetki sözleşmesinde tarafların halefleri, tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa bile geçerli olarak yapılmış sözleşmeyle bağlıdırlar. Aksi yönde bir değerlendirme (selefin genel hukukî haline girme ve dolayısıyla hukukî ilişkiye taraf olma şeklindeki) hukukî temsilci olgusuna uygun düşmez ve geçerli bir şekilde yapılan yetki sözleşmesinin, söz konusu maddî hakkın devri ile ortadan kaldırıl-

¹³⁰ Stein/Jonas, s.695; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.186.

¹³¹ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.39.

¹³² Kuru, C.I, s.574; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161; Stein/Jonas, s.688. "... sigortalı taraftan zarar sorumlusuna karşı tazminat davasının hangi yer mahkemesinde açılması gerekiyor ise, halefiyet ilkesi gereğince sigortacının da rücu davasını aynı yer mahkemesinde açması gerekmektedir. Bu ilke uyarınca, şayet sigortalı ile zarar sorumlusu arasında HUMK 'nun 22. maddesi uyarınca bir yetki sözleşmesi mevcutsa, sigortacının bu anlaşmada yetkili kılınan mahkemede rücu davasını açması mümkündür." Yargıtay 11.HD., 2004/13419 E., 2005/10817 K., 10/11/2005 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹³³ Stein/Jonas, s.688.

¹³⁴ Thomas/Putzo, s.74.

masına imkân verir¹³⁵. Kanunun yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlamadaki koruma amacı sadece sözleşmenin yapıldığı andaki taraflara ilişkindir. Dolayısıyla tarafların muhtemel haleflerine uzanan bir koruma amacından söz edilemez¹³⁶.

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede dava açıldığında davalı yetki itirazında bulunamaz¹³⁷. Ancak davalı yetki sözleşmesinin geçersizliği, bu geçersizlik sebebiyle de davanın açıldığı mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürebilecektir.

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme açılan davaya bakmak zorundadır, davaya bakmaktan kaçınamaz¹³⁸. Yetki sözleşmesi o davayı kapsamasa veya o mahkemeyi yetkili kılmamış olsa ya da yetki sözleşmesi geçersiz olsa bile davalı yetki itirazında bulunmadığı müddetçe mahkeme bu sorunları irdeleyemez¹³⁹. Ancak yetkinin kesin olduğu hallerde mahkeme yetki sözleşmesinin geçersizliğini re'sen dikkate alacaktır.

VI. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCE YAPILAN YETKİ SÖZLEŞMELERİNİN DURUMU

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden, yani 01.10.2011 tarihinden önce tacir olmayan kişiler arasında veya tacir olmayan kişi ile tacir ya da kamu tüzel kişisi arasında yapılan yetki sözleşmesine dayanılarak, 01.10.2011 tarihinden itibaren açılan davalarda sözleşmede belirtilen yer mahkemesinde dava açılabilir midir? Bir başka ifadeyle bu sözleşmeler geçerli midir? HMK 448.madde "*Zaman Bakımından Uygulama*" başlığını taşımakta ve "*Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır.*" hükmüne yer vermektedir.

¹³⁵ Stein/Jonas, s.671.

¹³⁶ Prütting/Gehrlein, s.168.

¹³⁷ Kuru, C:I, s.576; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161.

¹³⁸ "HMK'nun 22. maddesi uyarınca kamu düzeni söz konusu olmadığı sürece taraflar yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini öngörebilir. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan kaçınamaz." Yargıtay 15.HD., 2003/988 E., 2003/1526 K., 25/03/2003 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹³⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161.

Yukarıda yaptığımız değerlendirmede yetki sözleşmelerinin usûl hukuku sözleşmeleri olduğu sonucuna vardık. Dolayısıyla bu konuda maddî hukuk kurallarının değil, öncelikle usûl hukuku alanında bir düzenleme varsa onun uygulanması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da sadece tacirler ya da kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin verdiği için kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan yetki sözleşmesi geçersizdir. Taraflar için kazanılmış bir haktan veya tamamlanmış bir işleminden söz edilemez¹⁴⁰.

Usûl hukuku kuralları bakımından kural olarak derhal uygulanırılık ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla bir dava, dava konusu olayın meydana geldiği değil, uyuşmazlığın yargı önüne getirildiği tarihteki yargılama kurallarına tabidir. Hatta yargılama sırasında yargılama kurallarında değişiklik olursa, yeni kurallara göre yargılama yapılacaktır. Ancak bu konuda kanun koyucu bir tercihte bulunarak yeni değişikliklerin kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağını belirtebilir¹⁴¹.

Usûl kurallarının derhal uygulanırılığı ilkesi bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus yeni usûl kuralı yürürlüğe girdiğinde ilgili usûl işleminin tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Dava içinde birçok usûl işlemi vardır. İşte kanun değişikliğinden etkilenen usûl işlemi ve kesiti tamamlanmışsa, artık yeni kanun o usûl işlemi hakkında etkili olmayacaktır¹⁴².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, inceleme konumuz olan yetki sözleşmeleri için özel bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla 448. maddeye göre hareket edilmesi gerekir. 448.madde şu şekildedir: *"Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır."* Buna göre 01.10.2011 tarihinden önce HUMK hükümleri çerçevesinde geçerli bir şekilde yapılmış yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılmışsa o işlem tamamlanmış demektir. Dolayısıyla 01.10.2011 tarihinden önce açılan bu davada davalı, yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri süremez. Buna karşılık tacir ve kamu tüzel kişilerinin diğer kişilerle 01.10.2011 tarihinden önce yaptıkları yetki sözleşmesine

¹⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

¹⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.60.

¹⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.60; Alangoaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.16.

dayanarak 01.10.2011 tarihinden sonra yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede dava açılmayacaktır. Çünkü HMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu kişiler arasındaki yetki sözleşmesi geçersiz hale gelecektir. Aynı zamanda 01.10.2011 tarihinden sonra açılan bir dava söz konusudur; bir başka ifadeyle tamamlanmış bir usûl işleminden söz edilmesi mümkün değildir.

Her iki taraf tacir olmasına rağmen sözleşmeyi imzalayan kefil tacir değilse 01.10.2011 tarihinden sonra kefile karşı sözleşmedeki yetki şartına dayanılarak dava açılmaz¹⁴³.

SONUÇ

Bu çalışmada yetki sözleşmesi konusu incelenmiştir. Özellikle de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği yenilikler üzerinde durulmuştur.

Kanun yeni düzenlemeyle temel bir değişiklik getirmiş ve zayıf konumdaki kişileri korumak için sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin vermiş, bunun dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapmasına izin vermemiştir. Zira mülga HUMK dönemindeki geniş sözleşme serbestisi zayıf konumdaki tarafın zararına işletilmiştir. Böyle bir sınırlama getirilmesi günümüz hukukunda sıklıkla karşımıza çıkan genel işlem şartlarında zayıf konumdakilerin korunması açısından önemli bir değişiklik olmuştur.

Ancak tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların yetki sözleşmesi yapması ve bu sözleşmede belirlenen yerde dava açılması halinde mahkeme yetki sözleşmesinin geçersizliğini re'sen dikkate alamayacak, bunun davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekecektir. Bu ise Kanunun belirlediği koruma amacına (zayıf konumdakinin korunması) uygun değildir. Bu nedenle Kanunda yapılacak değişiklikle yetki sözleşmesinin geçersizliğinin mahkemece re'sen dikkate alınacağı şeklinde bir değişiklik yapılmasının daha doğru olacağı sonucuna ulaştık.

Ayrıca tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kişilerin 01.10.2011 tarihinden önce yapılan yetki sözleşmesine dayanarak, artık sözleşmede belirtilen yerde dava açamayacakları sonucuna ulaştık.

¹⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

KAYNAKLAR

- Aksoyoğlu, Necati, Görev ve Yetki, Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, 22-29 Mart 2008, İstanbul 2008.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.33-54, (Kısaltma: HMK Değerlendirme).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, (Kısaltma: HMK Tasarısı).
- Anaral, Hüseyin, Yetki Sözleşmesi, *Adalet Dergisi* 1977/1-2, s.111-140.
- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung, München 1992.
- Aşık, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bohn, Karlheinz, Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss., Frankfurt 1955.
- Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-D, Zwangsvollstreckungsrecht Köln 1996.
- Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.
- Gaul, Friedhelm, Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher

- Vollstreckungsbeschränkung BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968 700.
- Hellwig, Hans-Jürgen, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn 1968.
- Kalpşüz, Turgut, *Salahiyet Mukavelesi, Jurisdictio Kazai İçtihatlar* 1956/1, s.47-49.
- Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, İstanbul 2001.
- Keskin, O. Kadri, *Yetki Anlaşmaları, Adalet Dergisi* 1973/4, s.303-319.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I*, İstanbul 2001 (Kısaltma: C:I).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.57-85.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 22.Baskı, Ankara 2011.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 21.Baskı, Ankara 2010 (Kısaltma: 21.Baskı).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul* 1995.
- Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.
- Pekcanitez, Hakan, *Tüketici Mahkemeleri, İstanbul Barosu Dergisi* 1996/4-5-6, s.141-162.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku* 11.Bası, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 9.Bası, Ankara 2010 (Kısaltma: 9.Bası).
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975.
- Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, *ZPO Kommentar*, Luchterhand 2010.
- Rinck, Ursula, *Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss.*, Frankfurt am Main 1996.

- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 2010.
- Schiedermair, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.
- Schilken, Eberhard, Anmerkung zu BGH *Juristische Rundschau* 1992/7, s.281-283.
- Sirmen, Lale Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.
- Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003.
- Tanrıver, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1.ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara 2011, s.143-181.
- Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozessordnung Kommentar, München 2007.
- von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, çev.:Cevat Edege.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.87-129.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2007/68, s.321-342, (Kısaltma: HMK Tasarısı).
- Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s.13-39, (Kısaltma: Salahiyet).
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA TEMEL HAKLAR VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ SİSTEMİ İLE ETKİLEŞİM

FUNDAMENTAL RIGHTS IN EU LAW AND THEIR INTERACTIONS
WITH EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS SYSTEM

Bahar Yeşim DENİZ*

Özet: Makale, Lizbon Antlaşması, Temel Haklar Şartı, iki temel yönerge ile Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında, Avrupa Birliği'ndeki temel hak korunması üzerinde durmaktadır. Konuyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi ile etkileşim de ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Temel Haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract: The article focuses on the fundamental rights protection within the European Union in the context of the Lisbon Treaty, Charter of Fundamental Rights, two fundamental directives and case-law of the Court of Justice of the European Union. The interaction with the European Convention on Human Rights system is also taken into consideration.

Key Words: European Union, Fundamental Rights, European Convention on Human Rights, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights.

Giriş

Avrupa Birliği (AB) kapsamında, temel hakların korunması ile ilgili olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın,¹ bu hakların korunma standartlarında önemli katkı sağladığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, ABAD'ın üye ülkeler için "ortak anayasal teamülleri" göz önünde bulundurduğu ve başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

* Öğretim Görevlisi, İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı

¹ Makalede, bu mahkeme ile ilgili tüm atıflarda, günümüzdeki adı olan "Avrupa Birliği Adalet Divanı" tabiri kullanılmaktadır.

olmak üzere, insan haklarının korunması alanındaki uluslararası antlaşmaları da değerlendirdiği belirtilmektedir.² 1950'lerden 1980'lere, ABAD'ın şu hakları en önemli AB prensipleri olarak kabul ettiğinin altı çizilmektedir: a. Yasal korunma hakkı, b. Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, c. Ölçülülük esasası, d. Hukuki kesinlik ilkesi, e. Savunma hakkı.³ Bu bağlamda, 50 yıllık faaliyet döneminde, birçok davada, temel haklara saygının, ABAD tarafından kabul edilen genel ilkelerin parçası olduğunu Mahkeme'nin kabul ettiği ifade edilmektedir.⁴

AB çerçevesinde, günümüzde yürürlükte olan Lizbon Antlaşması kapsamında, AB Temel Haklar Şartının, Avrupa Birliği Hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi,⁵ AB üyesi olmak isteyen bir Avrupa ülkesinin temel haklarla ilgili prensipleri özümsemiş olması gereği,⁶ bu hakları "ciddi şekilde" ihlal eden üye ülkeler için yaptırımların sözkonusu olabileceğinin düzenlenmesi⁷ gibi hükümler, temel hakların AB düzeyinde büyük önem taşıdığının delili niteliğindedirler. AB sisteminde, konu ile ilgili olarak, 29 Haziran 2000 tarihli 2000/43/EC sayılı ve 27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/EC sayılı yönergeler özellikle önem taşımaktadır. AİHS sistemi ile olan bağlantı ve AB'nin AİHS'ye katılması hususları da ağırlıklı konular niteliğindedir.

I. Lizbon Antlaşması Kapsamında Temel Haklar ile AB Bünyesindeki İlgili Çalışmalar

Lizbon Antlaşmasında temel haklar konusunun birincil öneme sahip olduğunun çeşitli maddelerde vurgulandığı görülmektedir. Bu çerçevede, Lizbon Antlaşması kapsamında geçerli olan Avrupa Birliği Antlaşması (ABA)'nın 2 inci maddesi gereğince,⁸ "Birliğin temelinde

² Wopera Zsuzsa, "The General Principles of Law at the Practice of European Court of Justice", *Juridical Current*, Volume 12, Issue 1, 2009, s. 64-65.

³ Zsuzsa, s. 65.

⁴ Zsuzsa, s. 75.

⁵ ABA'nın 6 inci maddesinde düzenlenmektedir. İlgili hüküm için bkz. dn. 17.

⁶ ABA'nın 49 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenmektedir. İlgili hüküm şu şekildedir: "2. maddede belirtilen değerlere saygı gösteren ve bunların teşvik edilmesine destek veren her Avrupa devleti, Birliğin üyesi olmak için başvurabilir". (Madde metni için bkz. Hacı, Can; Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları, Adalet, Ankara, 2009, s. 55). ABA'nın 2 inci maddesi için bkz. dn. 8.

⁷ ABA'nın 7 inci maddesinde düzenlenmektedir. İlgili hüküm için bkz. dn. 10.

⁸ Madde metni şu şekildedir: "Birliğin dayandığı değerler, insan onurunun dikkate

insan haklarının yereldiği"nın altı çizilmektedir. Bu ilkenin tesisi, 1993 tarihinde Kopenhag Zirvesi'nin sonucunda kabul edilen "Kopenhag Siyasi Kriterleri"ni hatırlatmaktadır. Nitekim, bu kriterlerde de "demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunmasını garanti eden kurumların istikrarı", AB üyeliğine aday ülkeler için yerine getirilmesi gereken bir şart olarak kabul edilmiş ve Türkiye için müzakerelerin açılması da siyasi kriterlerin "yeterli ölçüde yerine getirdiğinin" tespiti sonrasında mümkün olabilmıştır.⁹

ABA'nın 7 inci maddesi kapsamında da, "ABA'nın 2 inci maddesinde yer alan değerlerin üye devlet tarafından ihlal edilmesi durumunda" yaptırımlardan bahsedilmektedir.¹⁰ Ama, ABA'daki bu yaptırım mekanizmasının uygulamada işleyişinde sorun bulunduğu ileri sürülmektedir. Nitekim, sadece bir kez Avusturya aleyhine, iktidardaki aşırı sağcı "Avusturya Özgürlük Partisi" konusunda kullanılmış olduğu ve burada da AB liderlerinin sürekli ve birlik içinde pozisyonu savunma konusunda yetersiz kaldıkları ifade edilmektedir.¹¹

alınması, özgürlük, demokrasi, hukuk devleti ve azınlıkların hakları da dahil olmak üzere insan haklarının korunmasıdır. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliği ile şekillenen bir toplumda tüm üye devletler için ortaktır". (Madde metni için bkz. Can, s. 19).

⁹ Türkiye'nin müzakere süreci ile ilgili detaylı bilgi için bkz. www.abgs.gov.tr

¹⁰ Madde metni şu şekildedir: "1. Üye devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosu'nun veya Avrupa Komisyonu'nun gerekçeli bir önerisi üzerine Konsey, Avrupa Parlamentosu'nun onayından sonra, 2. Maddede belirtilen değerlerin bir üye devlet tarafından ağır bir şekilde ihlal edildiğine dair açık bir tehlikenin mevcut olduğunu üyelerinin 4/5 çoğunluğuyla saptayabilir. Konsey, böyle bir saptamayı yapmadan önce ilgili üye devleti dinler ve ona aynı usulle alacağı tavsiyeler yöneltebilir. Konsey, bu saptamaya yol açmış olan nedenlerin hala mevcut olup olmadığını düzenli aralıklarla inceler. (2) Üye devletlerin üçte birisinin veya Avrupa Komisyonu'nun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'nun onayının ardından Avrupa Konseyi, ilgili üye devlete görüşünü bildirmesi çağrısını yaptıktan sonra, 2. Maddede belirtilen değerlerin o üye devlet tarafından ağır ve sürekli bir biçimde ihlal edildiğini oybirliğiyle saptayabilir. 3. Eğer 2. Fıkraya göre saptama yapılmış olursa; Konsey, bu üye devletin hükümet temsilcisinin, Konsey'deki oy hakkı da dahil olmak üzere Antlaşmaların nitelikli çoğunlukla karar verebilir. Bu bağlamda Konsey, böyle bir askıya almanın gerçek ve tüzel kişilerin hakları ve yükümlülükleri üzerindeki muhtemel etkilerini dikkate alır. İlgili üye devletin Antlaşmalar'dan kaynaklanan yükümlülükleri, kendisi için her durumda bağlayıcı olmaya devam eder. 4. Konsey, daha sonraki bir zamanda, bu önlemlerin alınmasına yol açan durumlarda değişiklikler meydana geldiğinde, 3. Fıkraya göre alınan önlemleri değiştirmeye veya tamamen kaldırmaya nitelikli çoğunlukla karar verebilir". (Madde metni için bkz. Can, s. 23).

¹¹ Stijn Smismans, "The European Union's Fundamental Rights Myth", *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, Number 1, 2010, s. 56.

ABA'nın 3'üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının 2 inci bendinde de, Birliğin, "sosyal dışlama ve ayrımcılıklar ile mücadele edeceği, sosyal adaleti, erkek ve kadınların eşit tutulmasını, nesiller arası dayanışmayı ve çocuk haklarının korunmasını teşvik edeceği" belirtilmektedir. Aynı maddenin 5 inci fıkrasında, Birliğin, "çocuk hakları başta olmak üzere, insan haklarının korunmasına ve özellikle, Birleşmiş Milletler ilkelerine bağlı kalınması başta olmak üzere, uluslararası hukuka titizlikle uyulmasına ve daha da geliştirilmesine katkıda bulunacağı" dile getirilmektedir.¹²

ABA'nın 21'inci maddesinin 1 inci fıkrasında da, Birliğin, "uluslararası düzeydeki faaliyetlerinde, ortaya çıkmasına, gelişmesine ve genişlemesine esas olan ve daha güçlü geçerlilik kazandırmak istediği ilkeler olan demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve temel özgürlüklerin evrensel geçerliliği ve bölünmezliği, insan onuruna saygı, eşitlik, dayanışma ve Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk ilkelerine saygı ilkelerinden harekete geçebileceği" vurgulanmaktadır.¹³ Ayrıca, Lizbon Antlaşması kapsamında geçerli olan Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma (ABİA) Madde 18-25 arasında da "ayrımcılık yapmama" ile ilgili hükümler bulunmaktadır.¹⁴

Günümüzde, AB'de konu ile ilgili olarak birçok çalışma sürdürülmektedir. Bu bağlamda, AB sınırları içinde "ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele" konusunda faaliyetlerin finanse edildiği belirtilmektedir. Bu anlamda, 743 milyon Euroluk bütçenin çeyreğine yakınının 2007-2013 dönemi için "ayrımcılıkla mücadele"ye ayrılmış durumda olduğu vurgulanmaktadır. Konuyla ilgili olarak, AB'de yaşayan kişilerin temel haklarının korunması konusunda görev yapan Temel Haklar Ajansı, 2007'de kurulmuştur.¹⁵ Ayrıca, AB'nin, dünyadaki insan haklarını geliştirmek için "Demokrasi ve İnsan Hakları ile ilgili Avrupa İnsiyatifi"ni finanse ettiği dile getirilmekte, bu insiyatifin, 2007-2013 dönemi için 1.1. milyar Euro bütçesi bulunduğunun altı çizilmektedir. Bu kapsamda, temel olarak ele alınan konuların, "demokrasi, iyi yönetim ve hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi, ölüm cezasının kaldırılması, işkenceyle mücadele, siyasi ve medeni haklara saygıyı sağlayarak, ırkçılık ve ayrımcılıkla mücadele, cinsiyet eşitliği ve çocukların korunması" olduğu vurgulanmaktadır.¹⁶

¹² Madde metni için bkz. Can, s. 20.

¹³ Madde metni için bkz. Can, s. 35.

¹⁴ Madde metni için bkz. Can, s. 69-73.

¹⁵ Temel Haklar Ajansı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. www.fra.europa.eu

¹⁶ Konu hakkında son gelişmeler için bkz. http://europa.eu/pol/rights/index_en.htm

II. Temel Haklar Şartının Değerlendirilmesi:

ABA'nın 6 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca,¹⁷ AB Temel Haklar Şartının,¹⁸ antlaşmalarla hukuken eşit durumda olduğu belirtilmekte, bu anlamda, Birlik hukukunun parçası olduğu vurgulanmaktadır. Temel Haklar Şartının giriş bölümünde, Şartın, *"anayasal teamüller, üye ülkelere ortak uluslararası yükümlülükler, AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin içtihat hukukuna saygı gösterdiği"* vurgulanmaktadır.¹⁹

Şartın avantajları olarak, AB'deki mevcut temel hakları düzenlemesi ve biraraya getirmesinden dolayı, Birliğin, *"değerler topluluğu"* olarak nitelendirilmesinin sağlanmasına katkısından sözedilmektedir. Aynı paralelde, AB vatandaşları tarafından Temel Haklar Şartı hükümleri dava konusu yapılabileceğinden, Avrupa entegrasyonunun şeffaflığının daha fazla kabul görmesini sağlayacak olmasından²⁰ bahsedilmektedir. Temel Haklar Şartı'nın kabulünün, Avrupa Birliği'nin meşruiyetini güçlendirmekte olduğu, temel hakları, Birlik vatandaşları için *"görünür kılmakta"* bulunduğu ve temel hak korunmasının düzeyini yükseltmekte olduğu belirtilmektedir.²¹

Bunların yanı sıra, Şartın, AB vatandaşlarının *"ortak kimliği"* açısından büyük önem taşıdığı vurgulanmaktadır.²² AB'yi bir *"değerler topluluğu"* olarak, ekonomik ve parasal birliğin ötesine taşımakta olduğunu altı çizilmekte, *"ekonomik Avrupa"* nın, *"hak ve yükümlülükleri olan Avrupa"* ile tamamlanmakta olduğu dile getirilmektedir. Ortak bir temel hak katalogunun varlığının, *"Avrupa kimliği"* nin ortaya konma-

¹⁷ Madde metni şu şekildedir: *"Birlik, 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Strazburg metninde yeralan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır. Temel Haklar Şartı ve Antlaşmalar hukuken eşdeğerdedir"*. (Madde metni için bkz. Can, s. 22).

¹⁸ Temel Haklar Şartının metni için bkz. http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html

¹⁹ Konu hakkında ABA'nın 6 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrası şu şekildedir: *"Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nda güvence altına alınanlar ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ortaya çıkanlar gibi temel haklar, genel ilkeler olarak Birlik Hukukunun parçasıdır"*. (Madde metni için bkz. Can, s. 22).

²⁰ Füsün Arsava, *"Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı"*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Güz Sayı: 1, Cilt:3, 2003, s. 2.

²¹ Yüksel Metin, *"Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı"*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 57-4, 2002, s. 36.

²² Metin, s. 36-37.

sını sağlayacağı ifade edilmektedir.²³ ABAD içtihatlarındaki boşlukların da, bilinçli bir temel haklar belgesiyle doldurulabileceği belirtilmekte, Şartın, ABAD'ın vermiş olduğu kararlar değerlendirilirken ve eleştirilirken ortada somut bir ölçüt olacağını altı çizilmektedir.²⁴

Temel Haklar Şartının, AB'nin temel değerleri üzerinde vatandaşlar arasında bir "konsensüs"ün oluşmasında önemli payı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, AİHS'nin, AB'nin şu anki bütünleşme sürecinde etkili bir temel hak koruması için zorunlu olan bütün hakları içermekte olduğu dile getirilmekte, Şartın, bu anlamda katkısının bulunduğu da dile getirilmektedir.²⁵ Şartın, sadece Birlik vatandaşlarının hukuki durum ve özgürlüklerinin altını çizmekle kalmadığı, Birlik'e ve özellikle, "adalet, özgürlük ve güvenlik" ile ilgili politikalara yeni ve açık bir temel kazandırdığı vurgulanmaktadır.²⁶

Gerçekten de, Şartın kabulünün, temel hakların AB düzeyinde korunması açısından büyük öneme sahip olduğu değerlendirilmektedir. AB bünyesinde ilk kez, bu şekilde bir temel haklar kataloğu, AB hukukunun parçası olarak kabul edilmektedir. Şartta düzenlenen bazı haklar, Avrupa ölçeğinde konu hakkında geçerli olan temel sözleşme olarak nitelendirilebilecek AİHS'ye göre, Şartın 9 uncu maddesinde düzenlenen "Evlence ve aile kurma hakkı" örneğinde olduğu gibi,²⁷ günümüzdeki gelişmelere paralel olan, daha ileri boyutta değerlendirilebilecek nitelikler içermektedir. Aynı şekilde, Şartın 24 üncü maddesinde yer alan "Çocuk hakları" örneğinde bulunduğu gibi,²⁸ AİHS'de düzenlenmemiş bazı haklara da rastlanmaktadır.

²³ Arsava, s. 5.

²⁴ Metin, s 39.

²⁵ Metin, s. 40.

²⁶ Pernice Ingolf, "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", Published in: "Stefan Griller/Jaques Ziller (eds.), The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?" Springer, Wien, New York, 2008, s. 238-239.

²⁷ Madde metni şu şekildedir: "Evlence hakkı ve aile kurma hakkı, bu hakların kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak teminat altına alınacaktır".

²⁸ Madde metni şu şekildedir: "1. Çocuklar, kendi refahları için gerekli olan koruma ve ihmamdan yararlanma hakkına sahiptir. Görüşlerini serbestçe ifade edebilirler. Bu görüşler, kendi yaşları ve olgunluk düzeylerine uygun olarak kendilerini ilgilendiren konularda dikkate alınır. 2. Kamu makamları veya özel kuruluşlar tarafından çocuklarla ilgili olarak yapılan bütün işlemlerde, çocuğun çıkarlarının en iyi şekilde korunmasına öncelik verilmelidir. 3. Her çocuğu bunun kendi çıkarlarına aykırı olması haricinde anne ve babasının her ikisi ile düzenli olarak kişisel ilişki ve doğrudan temas sürdürme hakkına sahiptir".

AB hukukunun bir parçası olarak kabul edilen ve antlaşmalarla eşit kabul edilen Şartın uygulamadaki en önemli etkisi, ABAD önünde ileri sürülebilmesi olarak değerlendirilebilir. Nitekim, örneğin, ABİA madde 258 ve 259 çerçevesinde düzenlenen “*ihlal davaları*” kapsamında,²⁹ Komisyon ya da AB üyesi bir devlet, diğer bir üye devletin, antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu düşüncesindeyse, belli koşullar dahilinde ABAD’a başvurabilmektedir. Şart, Antlaşmalarla eşit kabul edildiğinden, Şarta aykırılık durumunda da bu kapsamda ABAD’a başvurma imkanının bulunduğu düşünülmektedir. Aynı paralelde, ABİA madde 267 çerçevesinde düzenlenen “*önkarar prosedürü*” çerçevesinde de,³⁰ Şart ile ilgili yorum taleplerinin ABAD önüne getirilebileceği sonucuna varılmaktadır.

III. 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı Konsey Yönergelerinin Değerlendirilmesi:

29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43/EC sayılı “*İrk ve Etnik Köken Ayırımı Yapılmaksızın Kişiler Arasında Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Konsey Yönergesi*”³¹ ile “*27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı*

²⁹ ABİA’nın 258 inci maddesi şu şekildedir: “*Komisyon, bir üye devletin Andlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davrandığı kanısını taşırsa, o devlete düşüncesini açıklamaya fırsatı verdikten sonra, bu konuda gerekçeli bir görüş açıklar. Komisyon, ilgili devletin, belirlemiş olduğu süre içinde bu görüşün gereklerini yerine getirmemesi halinde Avrupa Birliği Adalet Divanı’na başvurabilir*”. (Madde metni için bkz. Can, s. 203-204).

ABİA’nın 259 uncu maddesi şu şekildedir: “*Her üye devlet, diğer bir üye devletin Andlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranmış olduğu kanısını taşırsa, Avrupa Birliği Adalet Divanı’na başvurabilir. Bir üye devlet, Andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiası nedeniyle diğer bir devlete karşı dava açmadan önce, konuyu Komisyon’a götürmek zorundadır. Komisyon, katılan devletlere çekişmeli bir usulde yazılı ve sözlü görüş açıklama fırsatını verdikten sonra gerekçeli bir görüş açıklar. Komisyon, ilgili başvurunun yapıldığı andan itibaren üç ay içinde herhangi bir görüş bildirmese, görüş bildirimiminin eksikliği dikkate alınmaksızın Adalet Divanı’nda dava açılabilir*”. (Madde metni için bkz. Can, s. 204).

³⁰ Madde metni şu şekildedir: “*Avrupa Birliği Adalet Divanı, önkarar yoluyla a. Andlaşmaların yorumu, b. Birliğin organlarının, kurumlarının veya diğer birimlerinin tasarruflarının geçerliliği ve yorumu hakkında karar verir. Böyle bir soru üye devletlerden birinin mahkemesine yöneltilir ve bu mahkeme kendi kararının alınması için bu konuda bir karar verilmesini gerekli görürse, bu soruyu karara bağlanması için Adalet Divanı’na sunabilir. Böyle bir soru, iç hukuk bakımından, kararlarına karşı kanun yollarına başvurulması imkanı bulunmayan bir üye devlet mahkemesinin önünde görülmekte olan bir davada ortaya atılırsa; bu mahkeme, Adalet Divanı’na başvurmaya yükümlüdür. Böyle bir soru, bir devlet mahkemesinde tutuklu bir kişiyi ilgilendiren, görülmekte olan bir yargılamada ortaya atılırsa, Adalet Divanı en kısa zamanda karar verir*”. (Madde metni için bkz. Can, s. 208).

³¹ Yönergenin tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Lex>

*“İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele için Genel Çerçeve Oluşturan Konsey Yönergesi”*³², AB çerçevesinde temel haklarla ilgili en temel iki yönergeyi teşkil etmektedir.

2000/43/EC sayılı Yönergenin, giriş kısmının dokuzuncu paragrafında, ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığın, Avrupa Birliği'nin amaçlarının gerçekleştirilmesinde olumsuz nitelik taşıyabileceğinin altı çizilmekte; bu anlamda, özellikle, istihdam seviyesine, sosyal korumaya, yaşam standartı ve kalitesinin yükselmesine, ekonomik ve sosyal birliğe, özgürlük, güvenlik ve adalet alanına vurgu yapılmaktadır. Onüçüncü paragrafta da, Toplulukta, tüm *“doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın”* yasaklanması gerektiği ifade edilmekte ve ondördüncü paragrafta, özellikle, kadınların çok yönlü ayrımcılığa konu olduklarının altı çizilmektedir.

Yönergenin ikinci maddesinde, *“eşit muamele ilkesi”*, *“ırk ve etnik köken temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın olmaması”* olarak tanımlanmaktadır. Yedinci maddede, üye devletlerin, yönerge kapsamındaki yükümlülüklerinin icrası ile ilgili olarak, adli, ve/veya idari prosedürleri yerine getirme sorumlulukları olduğu ifade edilmektedir. Sekizinci maddede, eşit muameleye ilişkin ispat yükünün, davanın üzerinde olduğu düzenlenmektedir. Onüçüncü maddede, üye devletlerin, ayrımcılık ile ilgili şikayetleri takip etme, ayrımcılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yapma ve raporlar hazırlama ile ilgili konularda tavsiyelerde bulunma hakkında ayrımcılığa uğramış kişilere bağımsız yardım etmek üzere, birim oluşturmaları gereğinden bahsedilmektedir. Onbeşinci maddede, üye devletlerin, ihlaller için düzenleyecekleri yaptırımların, etkili, orantılı ve caydırıcı olmaları gereği dile getirilmektedir.

2000/78/EC sayılı Yönergede de paralel hükümler dikkati çekmekle beraber, engellilere vurgu yapıldığı gözlenmekte ve beşinci maddede, engellilerle ilgili olarak, eşit muamelenin sağlanması için işveren tarafından konaklama imkanlarının sağlanması gereğine işaret edilmektedir. Altıncı maddede, yaş farklılığı ile ilgili olarak deği-

UriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML
³² Yönergenin tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>

şik uygulamaların mümkün olabileceği durumlar dile getirilmektedir. Onbirinci maddede, üye devletlerin, eşit muameleyle ilgili bir şikayet-ten veya yasal prosedürden dolayı, işverenin çalışanları işten çıkarması ya da benzeri durumlardan koruyacak önlemleri iç hukuklarında almaları gerektiği ifade edilmektedir.

AB Komisyon ve Konseyi'nin, 2000/43/EC sayılı Yönerge ile ilgili olarak 31 Ekim 2006 tarihli raporunda³³, bu yönerge çerçevesinde, tüm üye ülkelerin, yönergeye uyum sağlamak açısından ulusal hukuklarında değişiklikler yapmak zorunda kaldıkları belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak, ayrımcılığa uğrayanların haklarının icrası, ispat yükü ile ilgili kuralların yanlış olarak iç hukuka aktarımı, yaptırımlar ve giderimler sorunlu alanlar olarak vurgulanmaktadır. En çok ayrımcılık şikayetlerinin, istihdam alanında olduğu ifade edilmektedir. Eşitlik birimlerinin, mahkemelerdeki sadece belli davalarda destek oldukları, finansal kaynaklarının durumu ile federal ve bölgesel olmak üzere iki çeşit yapısı olan devletlerin özelliklerinin kapasitelerini etkilediğinin altı çizilmektedir. Eşitlik birimleri ile ilgili raporda da³⁴, bu birimlerce konulan yaptırımların, etkili, orantılı ve caydırıcı olması gereğinden bahsedilmektedir.³⁵

AB Komisyonu ve Konseyi'nin, 2000/78/EC sayılı Yönerge ile ilgili 19 Haziran 2008 tarihli raporunda da³⁶, yönergenin, AB'de ayrımcılıkla mücadele için çok önemli bir adım teşkil ettiği belirtilmekte ve birçok üye ülke için, yönergenin, mevcut mevzuatta, yeni ayrımcılık sebeplerini de içeren geniş değişiklikler gerektirdiğinin altı çizilmektedir. Üye ülkeler için yasal çerçevenin yeterli olduğu; ama asıl önem taşıyan hususun "*uygulama*" olduğu vurgulanmaktadır. Bu çerçevede, mahkemeler önünde ispat yükünün yer değiştirmesi, caydırıcı yaptırımlar, destekleyici kurumların varlığı, özellikle, eşitlik birimlerinin mevcudiyeti ayrımcılığa karşı çerçevenin temel unsurları olarak sayılmaktadır.

³³ Raporun tam metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/oeil/resume.jsp?id=190372&eventId=973967&backToCaller=NO&language=en>

³⁴ Raporun tam metni için bkz. ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6454&langId=en

³⁵ s. 185.

³⁶ Raporun tam metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/oeil/resume.jsp?id=190072&eventId=1042166&backToCaller=NO&language=en>

2000/43/EC sayılı Yönerge'nin, 2000/78/EC sayılı Yönergeye kıyasla daha genel nitelikli olduğu göze çarpmakta; bu anlamda, 2000/78/EC sayılı Yönerge'nin, temel olarak, "çalışma hayatı"na ilişkin olduğu gözlenmektedir. 2000/43/EC sayılı Yönerge'de düzenlenen "Bağımsız Eşitlik Birimleri"nin, özellikle, ayrımcılık konusundaki şikayetleri değerlendirme fonksiyonlarının önem taşıdığı görülmektedir. Bu anlamda, "bağımsız" nitelikli bu birimlerin etkin çalışmaları, ayrımcılıkla mücadelede "kilit önemde" değerlendirilmektedir.

IV. ABAD Kararları ve Temel Haklar

ABAD, ilk kez, 1969 tarihli *Stauder v. City of Ulm* kararında,³⁷ temel hakların, "Topluluk Hukukunun genel prensipleri" içinde olduğunu kabul etmiştir. Bir yıl sonraki *Internationale Handelsgesellschaft mBH v. Einfuhr etc.* kararında,³⁸ ise, Topluluk hukukundaki insan hakları korumasının, "üye ülkelere ortak Anayasal teamüllerden" esinlendiği belirtilmiştir.³⁹

"Anayasal teamüller" kavramının kullanımının, pratikten çok sembolik bir anlama sahip olduğu dile getirilmektedir. Bu çerçevede, özellikle, ABAD'ın uluslararası sözleşmelere, Topluluk hukukunun genel ilkelerine yer vermesine dikkat çekilmektedir. Daha özel olarak, ABAD'ın AİHS'ye atıf yaptığı dile getirilmekte, böylece, ABAD'ın insan hakları korumasının "Avrupalı" olduğunun altını çizdiği ifade edilmektedir.⁴⁰

Temel hakların korunması açısından, ABAD'ın 1974 tarihli *Nold v. Commission* kararı⁴¹ önem taşımaktadır. Davada, temel haklar, "genel ilkeler" arasında kabul edilmekte ve mahkemenin, üye ülkelerin "Anayasal teamüllerinden" etkilenmesi gerektiği dile getirilmektedir. Kararda, ülkelerin anayasaları tarafından korunan temel haklara ay-

³⁷ 12.11.1969, C-29/69.

³⁸ 17.12.1970, C- 11/70.

³⁹ Lorena Rincón – Eizaga, "Human Rights in the European Union, Conflict Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Issue 11, 2008, s. 127.

⁴⁰ Smismans, s. 49.

⁴¹ 14.5.1974, C-4/73.

kırı kararların alınamayacağı vurgulanmaktadır. Bu anlamda, insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerin de bu konudaki temel ilkeleri barındırdığı ve Topluluk hukuku çerçevesinde de takip edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴² Sadece, üye ülkelerin anayasal geleneklerinden değil, aynı zamanda, üye ülkelerin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinden de ilham alındığının altı çizilmektedir.⁴³

ABAD'ın, 70'lerde, bazı usule ilişkin haklardan, "temel haklar" olarak bahsettiği vurgulanmaktadır. Bu anlamda, ilk defa "dava hakkı", 1974 tarihli *Case Transocean Marine Point Association v. Commission* davasında⁴⁴ dile getirilmektedir.⁴⁵ Daha sonra, ABAD'ın içtihat hukukunda, "savunma hakkı" ve "yasal temsil hakkı"nın kendini göstermekte olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶

AİHS'ye açık atıf, ilk defa 1975 tarihli *Rutili v. Minister of the Interior* davasıyla⁴⁷ gündeme gelmiştir. Bu davada, ABAD'a "önkarar prosedürü" çerçevesinde başvurulmakta, ABAD, "temyiz hakkı" gibi usule ilişkin prensipleri belirlemektedir.⁴⁸ Bu davada, birçok AİHS hükmüne atıf yapılmakta, "işçilerin serbest dolaşımı" anlamındaki AİHS'deki "kamu düzeni" istisnasının, AİHS'de belirlenen kapsama kadar sınırlanabileceği dile getirilmektedir. Böylece, Temel Haklar Şartının hukuken mevcut olmadığı dönemde, ABAD'ın, AİHS'den etkilenerek temel haklar yaklaşımını şekillendirdiği ifade edilmektedir.⁴⁹

Benzer şekilde, ABAD, 1979 tarihli *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* kararında,⁵⁰ bir Avrupa Topluluğu tüzüğüne, sadece Alman Anayasası ve üye ülke anayasalarına değil, aynı zamanda AİHS'deki "mülkiyet hakkı"na ve istisnasına karşı da ne durumda olduğunu incelemektedir.⁵¹

⁴² Zsuzsa, s. 65-66.

⁴³ Lorena Rincón - Eizaga, s. 127-128.

⁴⁴ 23.10.1974, C-17/74.

⁴⁵ Zsuzsa, s. 66.

⁴⁶ Zsuzsa, s. 66.

⁴⁷ 28.10.1975, C-36/75.

⁴⁸ Zsuzsa, s. 66.

⁴⁹ Lorena Rincón - Eizaga, s. 128.

⁵⁰ 13.12.1979, C-44/79.

⁵¹ Lorena Rincón - Eizaga, s. 128-129.

ABAD, 1989 tarihli *Hoechst v. Commission* kararıyla da,⁵² “savunma hakkına saygı”nın temel prensip olduğunu belirtmektedir. Kararda, özel faaliyetlere kamu otoritesinin müdahalesinin, “hukuki bir gerekçe”ye sahip olmasının gerektiği ve “hukuk tarafından düzenlenen dayanaklar” temelinde olması lüzumu ifade edilmektedir. “Keyfi ve orantısız müdahale”ye karşı korunmanın öneminden bahsedilmekte ve Topluluk Hukukunda da bu tür bir koruma gerekliliğinin genel ilke olarak benimsenmesi gerektiği dile getirilmektedir. Aynı şekilde, üye ülkelerin anayasal teamüllerine, uluslararası antlaşmalara atıf yapılmakta ve AİHS’nin özel öneminin altı çizilmektedir.

ABAD, 1991 tarihli *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others* kararında,⁵³ temel hakların, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu vurgulamaktadır. Aynı şekilde, üye ülkelerin anayasal teamüllerine ve uluslararası antlaşmalara atıf yapılmakta ve AİHS’nin özel öneminin altı çizilmektedir. Kararda, Topluluk hukuku içinde olmayan ulusal kuralların, AİHS ile uyumunun araştırılması konusunda, ABAD’ın yetkisinin olmadığı dile getirilmektedir. Kuralların, Topluluk Hukuku kapsamında olduğu hallerde ise, ABAD’ın, ulusal mahkemelere, özellikle, ilgili hususun, AİHS’den kaynaklanan insan hakları ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda tüm yorumlama kriterlerini sağlaması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bunların yanısıra, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı konusundaki sınırlamaların AİHS çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. “Adil yargılanma hakkı”nın, ABA’nın 6 ıncı maddesinin 2 inci fıkrası çerçevesinde genel ilke olarak, AB’nin saygı duyduğu bir temel hak olduğu ifade edilmektedir.

Yeni kararlar incelendiğinde, 2001 tarihli *Mannesmannrohren-Werke v. Commission* kararında,⁵⁴ ABAD ve ilk derece mahkemesinin, üye ülkelerin anayasal teamüllerinden, taraf olunan insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ilham aldığı belirtilmektedir.⁵⁵ ABAD’ın, 2004 tarihli *Omega Spielhallen- und*

⁵² 21.9.1989, Joined cases 46/87 and 227/88.

⁵³ 18.6.1991, C-260/89.

⁵⁴ 20.2.2001, Case T-112/98.

⁵⁵ Robert Lane, “The EU Charter of Fundamental Rights and the Subsisting Commitments of EU Member States under the European Convention on Human Rights: More Variable Geometry”, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Volume 3, 2007, s. 363.

Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn kararında da,⁵⁶ Mahkemenin, yine, üye ülkelerdeki ortak anayasal temüllerden ve üye ülkelerin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardaki genel ilkelerden etkilendiği ifade edilmektedir. AİHS'nin, bu bağlamda, özel önemi olduğu vurgulanmaktadır. Topluluk hukuk düzeninin "insan onuru"nu genel hukuk ilkesi olarak sağlamaya çalıştığı dile getirilmekte; Topluluk ve üye ülkelerin, insan haklarına saygı göstermek zorunda oldukları belirtilmektedir.

Bu anlamda, Temel Haklar Şartının kabulünden önceki dönemde de, temel haklar konusunda ABAD'ın denetiminin genişleyen Topluluk hukuku ile birlikte ilerleyeceğinin altı çizilmekte ve bu konuda üye devletlerce saklı tutulabilecek bir egemenlik alanından söz etmenin zor olacağından bahsedilmektedir.⁵⁷ Şartın bağlayıcılık kazanıp, ABAD tarafından uygulanmaya başlanmasından sonra kapsadığı geniş alan çerçevesinde de, üye devletlere yönelik denetim alanının genişleyeceği belirtilmektedir.⁵⁸

ABAD kararlarında, temel haklar ile ilgili konularda, taraf olunan uluslararası sözleşmeler ile özellikle, AİHS düzeni arasında yakın bir bağlantının kurulduğu ve gerekçelendirmede bunlardan yararlandığı gözlenmektedir. Günümüzde, AB hukukunun birincil kaynakları arasında yeralan ve 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması kapsamındaki ABA'nın 19 uncu maddesinin 1 inci fıkrası çerçevesinde,⁵⁹ ABAD, antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlamakla görevlidir. Bu anlamda, ABA'nın 6 ncı maddesinde,⁶⁰ Temel Haklar Şartının, "Antlaşmalarla hukuken eşdeğerde olduğu" ve "AİHS'deki hakların Birlik hukukunun parçası olarak" kabul edildiği belirtilmekte olduğundan, ABAD'ın, Temel Haklar Şartında ve AİHS'de düzenlenen temel hakların uygulanmasında, hayata geçirilmesinde önemli göreve sahip olduğu değerlendirilebilecektir.

⁵⁶ 14.10.2004, C-36/02.

⁵⁷ Işıl Karakaş, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2003, s. 69.

⁵⁸ Karakaş, s. 70.

⁵⁹ Madde metni şu şekildedir: "Avrupa Birliği Adalet Divanı, Adalet Divanı, Mahkeme ve ihtisas mahkemelerinden oluşur. Antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlar. Üye devletler, Birlik hukuku kapsamına giren alanlarda etkin bir hukuki korunmanın güvence altına alınması için gerekli hukuki yolları oluşturur". (Madde metni için bkz. Can, s. 33).

⁶⁰ Bkz. dn. 17 ve 19.

V. AB ile AİHS Sistemi Etkileşimi

Temel Haklar Şartının kabulünden önceki dönemde, AİHS, Topluluk temel haklarının önemli bir kaynağı olsa da, AİHS haklarının yorumlanmasında, ABAD ve AİHM arasındaki yaklaşım farklılığının dikkati çekmekte olduğu belirtilmektedir.⁶¹ ABAD'ın, temel haklarla ilgili karar verirken, hukuken AİHM'nin yorumunu izlemek zorunda olmadığından, AİHM ve ABAD arasında farklılığın ortaya çıkabileceğinin altı çizilmektedir.⁶² Bu anlamda, Topluluk hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek için üye ülkelerin AİHS'den doğan yükümlülükleri ile ilgili "çekince" koyarak kendilerini "çekilme" mecburiyetinde hissedebilecekleri dile getirilmektedir.⁶³

Yine bu dönemde, Topluluk hukukunun yetersiz insan hakları koruması içerdiğinden, oysa, üye ülkelerin anayasalarının, evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerine dayalı olarak, birçok insan hakları garantilerine sahip olduklarından bahsedilmektedir.⁶⁴ AİHS ile AB sistemleri arasındaki ilişkinin belirsiz olduğu, insan hakları avukatlarının bu iki sistemin tamamlayıcı olduğu ve AİHS sisteminin AB'ye göre daha üst bir seviyede insan hakları korumasını garanti ettiğini belirttikleri üzerinde durulmaktadır.⁶⁵

Konuyla ilgili olarak, AİHM'nin 2002 tarihli *Goodwin v. UK* kararında,⁶⁶ evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin olarak, AİHS'nin, günümüzün gelişmeleri ışığında yorumlanacağı ilkesi yer almaktadır. Kararda, AİHS'nin 12 inci maddesindeki⁶⁷ kadın ve erkek arasındaki aile kurma hakkının, toplumsal, bilimsel gelişmeler uyarınca değişime uğradığını, Temel Haklar Şartı'nın 9 uncu maddesinin,⁶⁸ Sözleşme'nin 12 inci maddesinden farklı kaleme alınarak, kadın ve

⁶¹ Lorena Rincón - Eizaga, s. 122.

⁶² Lorena Rincón - Eizaga, s. 132-133.

⁶³ Lorena Rincón - Eizaga,, s. 122.

⁶⁴ Lorena Rincón - Eizaga, s. 126.

⁶⁵ Johannes Krebs, "The European Convention on Human Rights and its Relationship to the European Union", *Legaldate*, Volume 19, Issue 3, 2007, s. 12-13.

⁶⁶ Karar tarihi: 11.7.2002.

⁶⁷ Madde metni şu şekildedir: "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir".

⁶⁸ Madde metni şu şekildedir: "Evlenme ve aile kurma hakkı, bu hakların kullanılmasını düzenleyen ulusal mevzuata uygun olarak teminat altına alınır".

erkek cinslerine referansın burada yeralmadığına işaret edilmektedir. Bu doğrultuda, Şart'ın getirdiği düzenlemenin, çağdaş gelişmelere daha açık olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu anlamda, AİHM'nin, 2002 tarihli *Case of I. v. United Kingdom* kararında da,⁶⁹ "transeksüellerin evliliği" ile ilgili olarak, Temel Haklar Şartı'na atıf yapan emsal kararını verdiği görülmektedir.

AB ile AİHS sistemi arasındaki etkileşimi değerlendirmek açısından, AİHM'nin, 2005 tarihli *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş. v. Ireland* kararı⁷⁰ önem taşımaktadır. Davacı olan şirket, iki uçağı JAT'ten (Eski Yugoslavya Ulusal Havayolu) leasing yoluyla devralmakta ve 1993'te uçaklar tamir için İrlanda'ya ulaşmaktadır. BM Güvenlik Konseyi'nin bir ay öncesinde Eski Yugoslavya uçakları ile ilgili elkoyma kararı vermiş olmasından ve bu kararın, Avrupa Topluluğu tarafından bir tüzükle onaylanmış bulunmasından dolayı, İrlanda Ulaştırma Bakanlığı da, Haziran 1993'te uçağı elkoymaktadır. Bakanlık kararını, Kasım 1993'te, ilgili şirket, İrlanda Yüksek Mahkemesinde dava etmekte, yüksek mahkeme de, tüzüğün, uçağı uygulanamayacağını belirtmektedir. Bakan da, kararı, üst mahkemeye temyiz etmekte ve bu mahkeme de, ABAD'a önkarar prosedürü çerçevesinde başvurmuştur.

ABAD, 1996'da, konunun, tüzüğün kapsamına girdiğini, şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, ama durumun "adil olduğu" ve "ölçülülüğe aykırı olmadığını" sonucuna varmaktadır. Bu arada, 1997'de leasingin sona ermesinden ve yaptırımların rahatlamasından sonra uçak, İrlanda tarafından JAT'a geri verilmektedir. Şirket de, gelişmelerin üzerine, AİHM'ye başvurmuştur. AİHM, 2005 tarihli kararında, İrlanda'nın, AİHS'nin 1 inci maddesi çerçevesinde, dava konusu olayda yetkisini kabul etmekte, ABAD tarafından kabul edildiği gibi, İrlanda'nın uçağı el koymasının uygun olduğunu belirtmektedir. Burada, AİHM, AB çerçevesindeki temel hak korumasının, AİHS ile "eşit" sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, İrlanda'nın, AİHS'den doğan yükümlülüklerini, AB üyeliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmekle ihlal etmiş olmayacağını vurgulamaktadır.

⁶⁹ Karar tarihi: 11.7.2002.

⁷⁰ Karar tarihi: 30.06.2005.

Kararda, AİHS'nin rolü, "Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı" olarak tanımlanmaktadır. AİHM, müdahalenin tabiatını, el koyma ve yaptırım rejimi ile ilgili genel menfaati değerlendirmekte ve "Mülkiyetin Korunması" başlıklı AİHS'nin 1 inci Protokolünün 1 inci maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır. Özellikle, kararda, "AB yükümlülüklerinin yerine getirilmesi dolayısıyla AİHS'den doğan yükümlülüklerin ihlal edilmiş sayılmayacağı" tespiti önem taşımaktadır. Bu anlamda, konu ile ilgili olarak, gerek ABAD'ın, gerek AİHM'nin kararlarının bulunması çarpıcıdır.

AİHM'nin, 2010 tarihli *Case of Schalk and Kopf v. Austria* kararında da,⁷¹ davacılar, aynı cins evlilikleri konusunda ayrımcılığa tabi tutulduklarını iddia etmektedirler. Bu anlamda, kararda, Temel Haklar Şartı'nın 9 uncu maddesine⁷² atıf yapılmakta ve ayrıca, konu ile ilgili AB Hukuku kapsamındaki yönergelere de değinilmektedir. AİHM'nin 2010 tarihli *Case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland* kararında da,⁷³ AİHS'nin bireysel insan haklarının korunması için "Avrupa kamu düzeni aracı olarak" özel karakteri belirtilmekte ve AB Temel Haklar Şartının çocuk haklarıyla ilgili 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasına⁷⁴ atıf yapılmaktadır.

Temel Haklar Şartı'nın Topluluk hukukunda güç kazanmasının, temel hakların, Avrupa çerçevesinde korunmasındaki bütün sorunları ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir. Hatta, aksine, Topluluk hukukunun özerkliği ve buna yönelik olarak, ABAD'ın yetkilerinin güçlendirilmesinin, Avrupa bağlamında bu haklara yargısal koruma sağlayan bu iki sistemin -AİHS ve Topluluk sistemlerinin-, karşı karşıya gelmesine yolaçabilecek tehlikeli bir gelişme olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁷⁵ Bu bağlamda, Şart ile Sözleşme arasındaki farklılıklar dikkate alınırca, iki belge arasındaki olası çatışmanın Şart'ın hükümleri yoluyla bütünüyle önlenemeyeceği dile getirilmektedir. ABAD'ın temel haklar ile ilgili içtihatlarında, AİHS ile birlikte AİHM kararlarına da açık referanslar yaptığı, ancak, bazı durumlar-

⁷¹ Karar tarihi: 24.06.2010.

⁷² Bkz. dn. 27.

⁷³ Karar tarihi: 6.7.2010.

⁷⁴ Bk. dn. 28.

⁷⁵ Mahmut Göçer, "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, No:17, 2000, s. 386.

da, Sözleşme'yi AİHM'den farklı yorumladığının bilinmekte olduğu ifade edilmektedir. Birlik'in yetkilerinin temel haklarla doğrudan bağlantılı alanlara -iltica, göç, cezai konularda polis ve adli işbirliği- doğru genişlemesinin, Birlik temel hak koruması ile AİHS sisteminin karşılaşma olasılığını çok daha güçlendirecek olduğunun altı çizilmektedir. Bu alanlarda, ABAD'ın yargı yetkisine kısıtlamalar getirildiği, bazı konuların da Mahkeme'nin yetki alanı dışında bırakıldığı'nın görüldüğü belirtilmektedir.⁷⁶

Günümüzde, AB Temel Haklar Şartı'nın mevcudiyetinin, daha önce, AB ile AİHS sistemi etkileşimi ile ilgili olarak yapılan bazı eleştirileri ortadan kaldırdığı düşünülmektedir. Nitekim, Temel Haklar Şartı hükümleri çerçevesinde, AB Temel Haklar Şartı bağlamında daha geniş bir koruma varsa, bu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiş durumdadır. AİHS'deki bir hak sözkonusuysa, buradaki düzenlemenin geçerli olacağı yine Temel Haklar Şartı kapsamında çözüme bağlanmaktadır.⁷⁷ Ayrıca, Lizbon Antlaşması'nın kabulünden önceki dönemde de, AİHM'nin, Temel Haklar Şartı hükümlerine atıf yapmakta olduğunun gözlenmesi, AİHS sisteminde, Temel Haklar Şartı'na yönelik olumlu bakış açısının varlığını yansıttığı düşünülmektedir. Bu anlamda uygulamada çok sorun olmayacağı değerlendirilmektedir.

VI. AB'nin AİHS'ye Katılımı

AB'nin, AİHS'ye katılımı, ABA'nın 6 ıncı maddesinin 2 inci fıkrası⁷⁸ çerçevesinde düzenlenmekte ve ilgili hükümde, "AB'nin AİHS'ye katılacağı" belirtilmektedir. AİHS'nin denetim sistemini değiştiren ve

⁷⁶ Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2005/22, s. 7.

⁷⁷ Temel Haklar Şartı'nın 52 inci maddesinin 3 üncü fıkrası şu şekildedir: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde garanti altına alınan hakları bu Şart kapsarsa, bu hakların anlamı ve kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirlendiği şekilde olacaktır. Bu hüküm, Birlik hukukunun daha geniş koruma sağlamasına engel olmayacaktır". Temel Haklar Şartı'nın 53 üncü maddesi şu şekildedir: "Temel Haklar Şartı'ndaki hiçbir hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de dahil olmak üzere, Birliğin, Topluluğun veya tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, Birlik hukuku, uluslararası hukuk ve üye devletlerin anayasalarında yer alan insan hakları ve temel hakları sınırlayacak ya da olumsuz etkileyecek şekilde yorumlanmayacaktır".

⁷⁸ Madde metni şu şekildedir: "Birlik, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'na katılır. Bu Katılım, Birliğin antlaşmalarda belirlenen yetkilerini değiştirmez".

1 Haziran 2010'da yürürlüğe giren, AİHS'nin 14 üncü Protokol sonrasındaki mevcut 59 uncu maddesine göre de,⁷⁹ "AB, AİHS'ye katılabilecektir". Konu hakkında AB Komisyonu ile Avrupa Konseyi arasındaki görüşmeler, 7 Temmuz 2010 tarihinde başlamıştır.⁸⁰

AB'nin, AİHS'ye katılımı konusunda, 1994'te Konsey, ABAD'a, AİHS'ye katılımın, Avrupa Topluluğu Antlaşması ile uyumlu olup olmadığını sormuş; ABAD, bu tür bir katılımın sadece Antlaşma değişikliği ile gündeme getirilebileceğinin altını çizmiştir. Doktrinde, bu görüşe karşı çıkmış, Antlaşma değişikliği gerektiren bir durumun olmadığı ifade edilmiştir.⁸¹

AB'nin, AİHS'ye katılımının, AİHM ile Topluluk hukuku arasındaki birlikteliği tesis yönünden gerekli olduğu ifade edilmektedir. AİHS ile ilgili olarak, ABAD tarafından ortaya konan çelişen yorumları engellemek ve ABAD'a bireysel başvurunun garantisi için bu katılımın gerekli görüldüğu belirtilmektedir.⁸² En önemli faydanın da, ABAD'ın yetkisinin, AİHS haklarının Topluluk kurallarından etkilendiği her durumu kapsayacak hale gelmesi olduğunun altı çizilmektedir. AİHS'ye katılımın, Topluluk hukuk düzeninde, insan haklarına saygı konusunda dış kontrolü garanti edecek olduğu dile getirilmektedir.⁸³

Katılım ile ilgili olarak, ABAD'ın yargı yetkisine ilişkin hükme dikkat çekilmekte ve ABAD'ın yargı yetkisinin, AİHS'nin getirdiği denetim sistemine dahil olmasıyla çeliştiği ifade edilmektedir.⁸⁴ Bu bağlamda, Topluluk ile ilgili bir kural ya da uygulamanın Sözleşmeye uygunluğuna ilişkin davada, AİHM'nin, Topluluk hukukunu sözleşme sistemi doğrultusunda yorumlayacağına dikkat çekilerek, AB ile AİHS sisteminin önceliklerinin farklılığı çerçevesinde değişik yorumların ortaya çıkacağı belirtilmektedir.⁸⁵ Ayrıca, AİHM'ye başvuru yönünden, "iç hukuk yollarının tüketilmesi" hususunda, davanın, ABAD önüne gelmesi kaçınılmaz olarak değerlendirilmekte ve bu durumun

⁷⁹ Madde metni şu şekildedir: "Avrupa Birliği bu Sözleşmeye katılabilir".

⁸⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/default_EN.asp.

⁸¹ Lorena Rincón - Eizaga, s. 130.

⁸² Lorena Rincón - Eizaga, s. 150.

⁸³ Lorena Rincón - Eizaga, s. 151.

⁸⁴ Karakaş, s. 75.

⁸⁵ Karakaş, s. 76.

da ABAD'ın bir diğer uluslararası mahkemeye tabi olması sonucunu doğuracağı vurgulanmaktadır.⁸⁶

AB'nin, AİHS'ye katılımı durumunda, ABAD'ın verdiği önkarardan tatmin olmayan Birlik vatandaşlarının, Birlik tasarruflarının denetimini AİHM nezdinde talep edebilmeleri ve AİHM'nin Topluluk tasarruflarını AİHS ışığında denetlemesinin, Birlik yurttaşlarına ayrı bir hukuki güven sağlayacağı dile getirilmektedir. Uygulamada, bu denetimin, istisnai durumlarda ortaya çıkacağını kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir. AİHS'nin, temel hakların, sadece, asgari standartını temin etmekte olduğu, Birlik hukukunun ise, bu asgari standardın ötesinde, örneğin, kişilerin, sermayenin, hizmetlerin, malların serbest dolaşımı gibi Birlik yurttaşları için özel temel haklar sağlamakta olduğunun altı çizilmektedir. Bu hakların ortaya konmasında, sadece, AİHS'ye katılmanın yeterli olamayacağı değerlendirilmektedir.⁸⁷ Topluluk hukukunun, AİHS ile ilişkisinin değerlendirilmesinde, tüm üye devletlerin bu Sözleşmenin tarafı olmasının büyük önemi olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸ Böylece, antlaşma taraflarının uluslararası ya da ulusüstü kuruluşlara, örneğin, AB'ye yetkilerinin devri ile AİHS'den doğan yükümlülüklerden kurtulamayacakları dile getirilmektedir.⁸⁹

AB'nin, AİHS'ye katılımında, AİHS açısından, Topluluğun, bir iç hukuk düzeni olarak ve ABAD'ın da sözleşmeden doğan yükümlülüklerle tabi bir iç hukuk mahkemesi olarak sayılmak zorunda olduğunun altı çizilmektedir. ABAD'ın, topluluk ikincil mevzuatının AİHS'ye uygunluk denetiminde, bu sözleşmenin "*AİHM tarafından yorumlandığı anlamda*" hükümleriyle bağlı olacağı belirtilmektedir.⁹⁰ Böyle bir tabi olmanın getireceği önemli sonuçların, Avrupa Birliği üyesi bazı devletlerin çeşitli bakımlardan bazı endişelere ve tereddütlere kapılmalarına yol açtığı dile getirilmektedir.⁹¹

⁸⁶ Karakaş, s. 77.

⁸⁷ Füsün Arsava, "*Avrupa Temel Haklar Şartı*", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Güz:2005, Cilt:5, No:1, ("*Arsava 2*"), s. 4.

⁸⁸ Füsün Arsava, "*Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar*", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık, s. 119 ("*Arsava 3*").

⁸⁹ Arsava 3, s. 120.

⁹⁰ Göçer, s. 387.

⁹¹ Göçer, s. 388.

AB'nin AİHS'ye katılmasının lehinde olan düşünceler, daha geniş birey haklarının korunmasının sağlanması, AB'deki adli koruma boşluğunun doldurulması, Avrupa düzeyinde insan hakları koruması garantisinin genişletilmesi, hukuki kesinliği gerçekleştirme boyutlarında kümelenmektedir. Ayrıca, Avrupa'nın "özgürlük ve demokrasi alanı" olarak imajının geliştirilmesi, AİHM'de Topluluk tasarruflarına doğrudan dava açma olanağının getirilmesi, Topluluk uluslararası kişiliğinin geliştirilmesi anlamında faydaları olacağı değerlendirilmektedir.⁹² Katılımın, AB'nin, AİHM'de ve Bakanlar Komitesi'nde temsil edilmesi konusuna ivme kazandıracağı belirtilmekte;⁹³ kişilerin, AB'ye hak arama ile ilgili olarak, doğrudan başvurma imkanlarını bulabilecekleri ve AB'nin, AİHS ihlalinden dolayı doğrudan sorumlu olacağına altı çizilmektedir.⁹⁴

AB'nin AİHS'ye katılımıyla, AİHM'nin, AB tarafından insan haklarına saygı gösterilip gösterilmediğini denetleme imkanı bulacağı dile getirilmektedir.⁹⁵ AİHS'ye katılımdaki düşüncenin, AB işlemlerinin, AİHS ile uyumunun, AİHM tarafından, yerel hukuki başvuru yolları tüketildikten sonra gözden geçirilmesi olduğu vurgulanmaktadır.⁹⁶ AİHM'nin, AİHS'yi, AİHS amaçları çerçevesinde yorumladığı, ABAD'ın ise Birlik amaçları kapsamında değerlendirdiği ifade edilmektedir.⁹⁷ Bu anlamda, "orantılılık" gerekliliği konusundaki farklı değerlendirmelerin çelişkili yorumlara sebep olabileceğinin altı çizilmektedir.⁹⁸ Çelişkilerin, ABAD'ın, AB kurumları aleyhine açılan davalar hakkında karar verdiğinde daha sorunlu görüldüğü dile getirilmektedir. Nitekim, önkarar prosedüründe, ulusal mahkemeler tarafından yanlış yorumlama olduğunda, AİHM tarafından durumun düzeltilebileceği belirtilmektedir.⁹⁹ Sözleşme haklarının kapsadığı alanda,

⁹² Saltinyte,L., "European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", *Jurisprudence*, 2 (120), 2010, 180-181.

⁹³ Saltinyte, s. 181.

⁹⁴ Saltinyte, s. 181-182.

⁹⁵ Pernice, s. 249.

⁹⁶ Saltinyte, s. 178.

⁹⁷ Frederic van den Berghe, "The European Union and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems", *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010, s. 116.

⁹⁸ Berghe, s. 116.

⁹⁹ Berghe, s. 116.

AİHM'nin, ABAD kararlarını "denetleme"de yetkili olacağı, ama bu "denetim"in, AİHM ile taraf devletlerin Yüksek Mahkemeleri arasında "hiyerarşik" bir ilişki anlamına gelmediği gibi, ABAD açısından da aynı şekilde değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁰⁰

4 Nisan 1979 tarihli AB Komisyonu belgesinde,¹⁰¹ katılım lehinde olan bazı görüşler şu şekilde ifade edilmektedir: 1. Topluluğun, sadece niyet gösteren siyasi açıklamalar yapmadığı, temel haklar kataloğu ile kendisini bağlı tutarak, insan hakları korumasını gerçek anlamında geliştirme konusunda kararlı olduğunu göstereceği,¹⁰² 2. Topluluğun hukuki denetim konusundaki uluslararası mekanizmaya katılımının "kişiliği"nin altını çizerek bulunması, 3. Temel haklarla ilgili boşluklar konusunda eleştiri ile karşı karşıya gelindiğinde, sadece, ABAD'ın geliştirilmiş içtihat hukukuna değinilmiş olmayacağı, aynı zamanda, AİHS bağlamındaki resmi taahhütlerinin de altının çizilmesinin gündemde olması. Aynı belgede, katılım aleyhinde olarak ise şu hususlar ileri sürülmektedir: 1. AİHS haklarının, Topluluğa uygun olmadığı,¹⁰³ 2. AİHS'ye katılımın, sadece, devletler tarafından mümkün olabilmesinin amaçlandığı,¹⁰⁴ 3. ABAD'ın kararlarının bir uluslararası organ tarafından gözden geçirilmesinin kabul edilemeyeceği.¹⁰⁵

23 Mayıs 2007 tarihli AB ile Avrupa Konseyi arasındaki anlaşma belgesinde de,¹⁰⁶ Avrupa Konseyi'nin, Avrupa'da, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi konusunda temel belirleyici kurum olduğunun altı çizilmektedir.¹⁰⁷ Bu bağlamda, AB'nin, AİHS'ye katılımının, Avrupa'da insan hakları konusunda birliğin sağlanmasına büyük ölçüde katkıda bulunacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin konu hakkındaki 18 Mart 2008 tarihli kararında da,¹⁰⁹ AB'nin, AİHS'ye katılımına destek

¹⁰⁰ Çavuşoğlu, s. 13.

¹⁰¹ Belge metni için bkz. http://aei.pitt.edu/6356/1/4810_1.pdf

¹⁰² s. 11.

¹⁰³ s. 12.

¹⁰⁴ s. 13.

¹⁰⁵ s. 15.

¹⁰⁶ Belge metni için bkz. http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_EN.pdf

¹⁰⁷ s. 3.

¹⁰⁸ s. 4.

¹⁰⁹ Karar metni için bkz. <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc08/EDOC11533.pdf>

verdiği belirtilmekte ve katılımı, bireylerin haklarının daha geniş ölçüde korunacağı, Avrupa genelinde birleşik bir insan hakları korumasının garanti edileceği ve hukuki kesinliğin kuvvetlendirileceği dile getirilmektedir.¹¹⁰ Belgede, AB'nin, AİHS'ye taraf olmaması durumunda şu sonuçların sözkonusu olacağı vurgulanmaktadır: a. Avrupa kurumları arasında ve AB ile üye ülkeler arasında insan hakları standartlarında ayrımların yapılması, b. AB kurumlarının, insan hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak, dış yargı denetimine tabi olmamaları, c. Avrupa hukuki koruma birliğinin tam olarak sağlanamaması, -nitekim, AİHM ve ABAD içtihat hukukunun yeterli şekilde uyumlaştırılmamış bulunabileceği-, d. Avrupa vatandaşlarının, AİHM'ye, temel haklarının AB kurumları tarafından ihlal edildiğini düşündüklerinde, doğrudan başvuru hakkına sahip olmamaları, e. AİHM kararlarının icrasının AB Hukukunu ilgilendiren davalarda zor bir konu olarak kalması.¹¹¹

Avrupa Parlamentosu'nun 10 Mayıs 2010 tarihli katılımın kurumsal etkileri ile ilgili raporunda da,¹¹² katılımın, AB hukukunu uygulayan bir AB kurumunun veya üye ülkenin faaliyeti veya hareketsizliği ile ilgili olarak, AİHM görev alanına giren alanda, AİHM'ye başvurma ihtimali kapsamında insan haklarının icrası ile ilgili olarak ek bir mekanizma sağlayacağı belirtilmektedir. Bu durumun, ABAD'ın ya da AİHM'nin yetki sistemini değiştirmedeği ve tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gereğinin başvurunun kabulü için şart olmaya devam edeceği vurgulanmaktadır.¹¹³ Birlik içinde uygun iç hukuk giderim yolu ile AB hukuku çerçevesindeki önkarar prosedürü kararlarıyla ilgili olarak ABAD ve AİHM ile danışarak Komisyon tarafından yönlendirmenin uygun olacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede, üye ülke mahkemelerinin, ABAD'a, temel haklarla ilgili sorun olduğunda konuyu iletmelerinin sağlanmasının gereğine işaret edilmektedir.¹¹⁴

Raporda, Dışişleri Komitesi'nin 19 Mart 2010 tarihli görüşünün tavsiyeler bölümünde, katılımı, Birliğin insan hakları politikası ile ilgili olarak çifte standartların ortadan kalkacağına altı çizilmekte ve

¹¹⁰ s. 1.

¹¹¹ s. 2.

¹¹² Rapor metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2010-0144&language=EN>

¹¹³ s. 8.

¹¹⁴ s. 9.

katılımdan sonra, Birlik işlemlerinin AİHM ile uyumunun denetlenmesi yoluyla dış denetimin gerçekleşeceğinden bahsedilmektedir.¹¹⁵

Avrupa Parlamentosu'nun 19 Mayıs 2010 tarihli katılımın kurumsal etkileri ile ilgili kararında da,¹¹⁶ AİHS'ye katılımın sonucunda, Birliğin, insan hakları koruması sistemine entegre olacağı ve bu haklara ABAD içtihat hukuku ile sağlanan iç koruma dışında, uluslararası nitelikte dış koruma organından da yararlanmanın mümkün olacağı ifade edilmektedir.¹¹⁷ Kararda, katılımın, Avrupa entegrasyon sürecinde ileriye dönük bir nitelik taşımakta olduğu ve siyasi birlik anlamında ileri bir adım niteliğini taşıdığı; katılımın, Avrupa Konseyine üye ülkelerle Birlik arasındaki tutarlılıkla ilgili olarak güçlü bir sinyal oluşturacağı; Birliğin, ikili raporlarda, AİHS'ye uymaları ile ilgili olarak çağrılarda bulunduğu üçüncü ülkeler nezdindeki güvenilirliğini geliştireceği, Birlik işlemlerine karşı vatandaşların korunması ile ilgili olarak katkı sağlayacağı belirtilmektedir.¹¹⁸

Kararda, ayrıca, katılımın, insan hakları alanında, ABAD ve AİHM'nin uyumlu gelişimine yardımcı olacağı, ABAD'ın AB hukuku ile ilgili konular ve Birlik işlemlerinin geçerliliği ile ilgili hususlarda tek yüksek mahkeme niteliğini taşıdığı ve AİHM'nin bu anlamda sadece "özel" mahkeme özelliğine sahip olduğu, iki mahkeme arasındaki ilişkinin hiyerarşik olmadığı ve ABAD'ın statüsünün AİHM'ye kıyasla, üye ülkelerdeki yüksek mahkemelere denk olduğu vurgulanmaktadır.¹¹⁹

Bunların yanı sıra, kararda, AİHM'ye başvurabilmek için "iç hukuk yollarının tüketilmesi" koşuluyla ilgili olarak, "önkarar prosedürü" de dahil olmak üzere, bütün yolların tüketilmiş olmasından söz edilmektedir.¹²⁰ Katılımın, insan hakları korumasına bağlılık konusunda, sadece, AB'nin sınırları içinde değil, aynı zamanda, tüm Avrupa kıtası için de, AB ile Avrupa Konseyi arasındaki işbirliğinin önemini vurgu-

¹¹⁵ s. 16.

¹¹⁶ Karar metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+XML+V0//EN>

¹¹⁷ s. 2.

¹¹⁸ s. 2.

¹¹⁹ s. 3.

¹²⁰ s. 4. Bu konuyla ilgili olarak, ulusal mahkeme tarafından bu yola gidilmese de, ilgili başvuranın talebinin olmasının yeterli sayılacağı vurgulanmaktadır.

lama anlamında güçlü bir mesaj teşkil edeceği ifade edilmektedir.¹²¹ AB kurumlarının, katılımın ardından, bağımsız dış denetimin konusunu oluşturacakları ifade edilmektedir. Katılımın, AB vatandaşları için, AB kurumlarına karşı doğrudan, AİHM önünde şikayetlerini dile getirme olanağını sağlayacak olduğu vurgulanmaktadır. Katılımın, hukuki giderim yollarını basitleştireceği de belirtilmektedir.¹²² Böylece, katılımın, bireylerin haklarının daha geniş bir şekilde korunmasını sağlayacağı, Avrupa kurumları seviyesinde ve AB ile üye ülkeler ya da gelecekteki üye ülkeler arasındaki tutarlılığı temin edeceği, bağımsız bir mahkeme tarafından dış denetimin gerçekleşmesinin sağlanacağı ve insan hakları standartlarının uygulamaya geçirilmesi ile ilgili olarak, AB'nin üçüncü devletlere karşı güvenilirliğinin arttırılmasına yol açacağı vurgulanmaktadır.¹²³

AB'nin AİHS'ye katılımının, özellikle, ilgili temel hakları, bireylerin, AİHM'de, AB aleyhine açabilecekleri davalar yoluyla gündeme getirebilecekleri noktasından hareketle önemli nitelik taşıdığı değerlendirilmektedir. Mevcut durumda, her AB üyesi ülke, aynı zamanda, AİHS'ye de taraf durumda olduğu halde, AB'nin AİHS'ye taraf olması konusu, AİHM'de açılacak davalarda, doğrudan AB'nin muhatap olarak alınması açısından vurgulanmaya değer niteliktedir.

Diğer taraftan, katılım durumunda, AİHM'ye başvuru konusunda "iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılması" için, ABAD'ın da adeta bir "iç hukuk mahkemesi" olarak kararını vermiş olması gereği ve ondan sonra AİHM'nin karar vermesi, her ne kadar "hiyerarşik" bir ilişki olarak nitelendirilmese de, tartışmalar ortaya koyabilecek bir özellik olarak görülmektedir. Konuyla ilgili olarak, "önkarar prosedürü" yoluyla, ABAD'a, ulusal mahkeme başvurmasa da, dava, AİHM'ye intikal edebileceğinden, ABAD'ın ABA'nın 19 uncu maddesi çerçevesinde sahip olduğu görevini yerine getirmeden konunun AİHM'de incelenebileceği durumlarla da karşılaşılabilmesi akla gelmektedir. Bu anlamda, katılımın olumlu yönleri olduğu değerlendirilmekteyse de, Topluluk hukukunun yaratılmasında son derece önemli fonksiyon icra eden ABAD'ın fonksiyonu ile ilgili tartışmalar beklenebileceği öngörülmektedir.

¹²¹ s. 6.

¹²² s. 8.

¹²³ s. 12.

Sonuç

Günümüzde, AB çerçevesinde, temel haklar korumasına ilişkin güvencelerin 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşmasıyla genişletilmiş bulunması ve bu kapsamda, özellikle, Temel Haklar Şartının kabulü, olumlu olarak değerlendirilmektedir. Temel Haklar Şartı ile AİHS hükümleri arasındaki ilişki, Temel Haklar Şartında açıkça düzenlenmekte olup, sonuçlarını gözlemlemek için zamana ihtiyaç olduğu düşünülmekle birlikte, uygulamada sorunlu bir konu olabileceği değerlendirilmemektedir. AB sistemi açısından konuyla ilgili iki temel yönerge niteliğini taşıyan 2000/43/EC ve 2000/78/EC sayılı yönergeler açısından da önemli olanın "uygulama" olduğu değerlendirilmekte ve bu bağlamda, 2000/43/EC sayılı yönerge kapsamındaki "bağımsız" eşitlik birimlerinin özellikle değer taşıdığı düşünülmektedir.

Temel haklarla ilgili olarak, uygulamada, AB ve AİHS sistemi ile etkileşim, ABAD ve AİHM kararlarında görülmekte olup, AB'nin AİHS'ye katılımıyla ilgili olarak da, gerek ABA, gerek AİHS'de hükümler bulunmaktadır. Bu anlamda, çok uzun zamandır tartışılmakta olan bu konu, ABA'da açıklığa kavuşturulmakta ve "AB'nin AİHS'ye katılacağı" belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak, özellikle, ABAD'ın, AİHS karşısındaki durumunun tartışma konusu olabileceği öngörülmektedir. Bu anlamda, katılımdan sonra, AİHM'nin, ABAD'dan sonra "son sözü söyleyen" mahkeme olması ve "iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılması" hususunun, ABAD'a gidilmeden de sözkonusu olabilmesi ihtimali, konuyla ilgili iki önemli konu olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

Frederic van den Berghe, "The European Union and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems", *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010.

Füsun Arsava, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Güz Sayı: 1, Cilt:3, 2003.

Füsun Arsava, "Avrupa Temel Haklar Şartı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Güz:2005, Cilt:5, No:1. ("Arsava 2").

Füsun Arsava, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar", *An-*

kara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı: 1-4 Ocak-Aralık, Arsava 3. ("Arsava 3").

Hacı, Can, *Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları*, Adalet, Ankara, 2009.

Ingolf Pernice, "The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights", Published in: "Stefan Griller/Jaques Ziller (eds.), *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*" Springer, Wien, New York, 2008.

İşıl Karakaş, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler*, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2003.

Johannes Krebs, "The European Convention on Human Rights and its Relationship to the European Union", *Legaldate*, Volume 19, Issue 3, 2007.

Lorena Rincón – Eizaga, "Human Rights in the European Union, Conflict Between the Luxembourg and Strasbourg Courts Regarding Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Issue 11, 2008.

Loreta Saltinyte, "European Union Accession to the European Convention on Human Rights: Stronger Protection of Fundamental Rights in Europe?", *Jurisprudence*, 2 (120), 2010.

Mahmut Göçer, "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, No:17, 2000.

Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2005/22.

Robert Lane, "The EU Charter of Fundamental Rights and the Subsisting Commitments of EU Member States under the European Convention on Human Rights: More Variable Geometry", *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Volume 3, 2007.

Stijn Smismans, "The European Union's Fundamental Rights Myth", *Journal of Common Market Studies*, Volume 48, Number 1, 2010.

Wopera Zsuzsa, "The General Principles of Law at the Practice of European Court of Justice", *Juridical Current*, Volume 12, Issue 1, 2009.

Yüksel Metin, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 57-4, 2002.

HUKUKSAL ROMANTİZM

LEGAL ROMANTICISM

Mustafa Talat KUTLU*

Özet : Bu makalede hukuka verilen romantik anlam üzerinde durulmuştur. Hukuk kurallarına yüklenen değerlerin egemen güçler tarafından kullanımı vurgulanmıştır. Hukukun üstün ilkelerine romantik vurguyla yapılan perdeleme işlemi hukuk kuralında bozulmaya yol açar. Bu perdelemeye karşı somut ve nesnel hak algılamaları ile çoğulcu bir hukuk tartışması yapılması öneriliyor.

Anahtar Sözcükler: Hukuksal Romantizm, Siyasal İktidar, İhkak-ı Hak, Adalet, Hukuk, Yurttaş, Ulufe, Devlet, Halk, Eşitlik.

Abstract : This article focuses on the romantic sense given to the concept of law. It is also emphasized the use of sovereign powers of the values inbuilt in the rules of law. The screening process with romantic emphasis on the principles of law, leads to deterioration of rules of law. And against this concealment, the concrete and objective perceptions of the rights with the pluralist legal discussion is proposed.

Keywords : Legal Romanticism, Political Power, Repossession, Justice, Law, Citizen, State, Public, Equity

GİRİŞ

Tüm ideolojik tezler “*adalet*” üzerinden temellendirilir. Adalet istenci bütün dünyevi ve ruhani önermelerin içinde açıkça görünür kılinır. İnsanın her koşulda ileri sürdüğü, sürebildiği biricik savunma tezidir adalet.

* Yargıç, Sincan, Ankara.

Bu kadar adalet istemek aslında adaletin yokluğuna işaret eder. Bu nedenle hukuksal tezlerin neredeyse tamamı gerçekten veya göstermelik olarak “*adaletin yokluğundan*” üretilir. İnsanın adalete yüklediği değer onun gerçekte olmamasına veya nadiren olmasına karşılık gelir. Zira çok olan bir şey bu kadar arzulanamaz, değerli kılınmaz.

Hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, anayasacılık, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, eşitlik, özgürlük, güvenlik, vicdan ve diğer üstün hukuk kural ve kavramları hemen hemen hepimizde olumlu ve saygın duygular uyandırır. Hukuksal kural ve kavramlara yüklenen olumlu anlamlandırmanın arkasında genellikle hukukla bağdaştırılan adalete duyulan saygı, sevgi, özlem ve inanç vardır. Adalete yüklediğimiz üstün anlam ve saygınlık hukuka duyulan umudu ve güveni inanılır kılarak hukuk kuralına iyilikle özdeş bir nitelik, daha ileriye giderek meşruiyet zemini hazırlar.

Adaletsizlik karşısında duyulan adalet istenci, hayatın ve toplumsalın sınır tanımaz karmaşıklığı içinde, ne olduğunu tam olarak bilemediğimiz, sezgilerimizle ulaşmaya çalıştığımız güçlü bir isteğe yol açar.¹ Bu istek, insan varlığıyla özdeşleştiği gibi çoğu zaman hakaniyet, eşitlik ve özgürlük, bazen de güvenlikle anlamlandırılarak somutlaştırılır. Adalet isteği, ülküsellikle yaşatılırken ötekileştirilenin veya ezilenin iradesi, mağdur zihniyeti görünümünde kendini adaletsizlik üzerinden somutlaştırarak görünür kılar. Adalet, adaletsizliğin içinden görünürken romantizm değil, acı, öfke, ceza, intikam, çıkarlar veya vicdanın keyfiliğine atfedilen şefkat ve merhamet hissedilir. Bu somutlaşma dünyanın gidişatının gösterdiği gibi sürekli yaşanır, bu sürekliliğe katlanmak için perdeleme ve duyarsızlaştırma mekanizmaları oluşturulur.

Hukuk mekaniğinin insani olana yatkınlığı kadar, insani olanı perdeleme işlevi gördüğünü biliyoruz. Hukuk işlevsel olarak haklar düzeni kurarak önceden belirlenmiş bir siyasal ve toplumsal dengeler sistemi oluşturur. Bu dengeler sistemi içinde hukuk, determinize edilmiş, çıkarsal deneyimle kurgulanıp sınanmış mantığına uygun işler. Ancak hukuk mekaniği, hukuku varedenin çıkarı veya yararına özgülünip, hukukun işlevselliği ve anlamlılığı, baskın bir çıkarın güdü-

¹ Adaletsizlik duygusu hakkında bkz. Mustafa Tören Yücel; Hukuk Felsefesi, Turhan, 3. Baskı, Ankara 2009, s.243 vd..

lediği formüllere indirgenerek, sınıfsal, oligarşik, militarist, monarşik veya demokratik istemler, hukuk kuralını koyanın, hukuku içeriklendirmesi ile sonlandırılır. Burada kuramsal olanla kılışsal olan arasında ayrışma yaratılarak, büyük sözlerin ve anlamlandırmaların arkasında yerel kılış kendini baskın egemen zihniyetin güdümünde vareder.

Bu yapılanma tüm romantik çıkarımları olanaksız kılarken, aynı zamanda bu dengesizlikten, acı halden çıkış noktası olarak hukuksal romantizme geri dönüşü zorunlu kılar. Buradaki çelişkiyi ve geri dönüşü anlayabilmek için hukuk ile onun gerçekliği, birey ile toplum, siyasal olan ile insani olan, çoğunluk ile azınlık, üst yapının alt yapıyı belirlemesi, kaba güç ile medeni güç, devlet ile sivil toplum, çıkar ile yarar ve kamu, haklar ile yasa, özgürlük ile eşitlik ve yasak arasındaki gerilimi görmeliyiz. Bu noktada, hukuk ile onun gerçekliği arasındaki hülyalı çelişkiyi hem anlamlandıran hem de yadsıyan hukuksal romantizmin yapısı üzerinde durmak kaçınılmaz hale gelir.

ROMANTİZM KAVRAMI

Romantizm, alışıldık biçimiyle edebi ve sanatsal bir görünüme sahip olsa da, aslında başlı başına felsefi, teolojik, ekonomik, sosyolojik, tarihsel, hukuksal, siyasal ve daha birçok ideolojik duruşu ve anlamlandırmayı içinde barındıran önemli bir akımdır.² Romantizmin içeriksel çeşitliliği yanında, farklı öznel yönelim ve ayrışmaları mümkün kılan ilginç bir yapısı vardır. Romantizm, geniş bir yaşamsal alanda karşıt gibi görünen birçok fikir ve uygulamayı içinde barındırıp bütünleştirdiği gibi birbiriyle çelişik, ancak içerik olarak birbirini kapsayan farklı tarz ve uygulamaları kendi düzlemine alan bir yapıdadır.

Romantizm akımının klasik akıma tepki olarak ortaya çıktığı bilinir. Klasizm, 16. yüzyıl ile 18. yüzyıl sonları arasında etkisini gösteren, daha çok soylular tarafından anlamlandırılan, monarşik ve aristokratik mantık içinde hareket eden, geleneksel akıl üzerinden biçimlenen, kalıplaşarak dinamizmini kaybetmiş bir akım olarak tanımlanır. Klasizmin dayandığı monarşik ve aristokratik seçkin toplumsal değerler

² Michael Löwy, Robert Sayre; İsyen ve Melankoli Moderniteye Karşı Romantizm, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2007, s.19.

ile bu yapılanmadan kaynaklanan egemen fikrin sınıfsal ve kemikleşmiş yapısının ortaya çıkardığı abartı, bıkkınlık ve status quo, toplumsal değişimlerin etkisiyle ortaya çıkan burjuva sınıfının ideolojik çıkar ve arzularında kendini gösterir. Aydınlanma ve 1789 Fransız Devriminin etkisiyle ortaya çıkan ve gittikçe etkinliğini artıran burjuva sınıfı, bireysel özgürlükler ile burjuva özgürlüklerinin yaygınlaşmasına yol açarak klasik akımın aristokratik ve seçkinci etkisini sona erdirir.³

Burjuva özgürlükleri ve bireyleşme sonucunda klasik tarzın kalıplarından ve statüsünden kurtulan düşünür ve sanatçılar öznelliklerini ve duygularını ortaya koyan çalışmalar içine girerek farklı alanlarda çeşitlilik gösteren düşünsel ve sanatsal yapıtlar verirler. Klasizmin aristokratik, seçkinci, abartılı ve katı akılcılığının yerine, öznel, özerk duygu ve düşünceler geçerek, coşkunluk, tutku, düş, hayal, rüya gibi romantik temalı kişisel imgelemler ortaya çıkar. Bu yapılanma bireysel özgürlük kanallarının sonuna kadar kullanılmasına varan özgürlükçü, ütöpik, lirik sanatsal ve düşünsel üretim ile dışavuruma yol açar.

Genel olarak 18. yüzyılın ortalarından başlayarak 19. yüzyılın başlarına kadar etkisini sürdüren, Avrupa'da yaygınlaşan, belirli bir duyarlılığı ifade eden, önce İngiltere ve Almanya'da, ardından Fransa, İtalya ve İspanya'da gelişme gösteren duygunun akıl, hayal gücünün de eleştirel çözümleme karşısında üstünlüğünü savunan düşünce hareketlerinin tümü romantizm olarak adlandırılır⁴. Romantizmden üretilen romantik karakter ise, kendini duygu ve düşgücünün egemenliğine kaptırılmış, çok şeyler vaat eden, ancak ütöpik ve coşkulu olan girişimlere özel bir ilgi duyan kimsenin davranış biçimi olarak adlandırılır.⁵

Romantik sıfatı, zamanla düşsel ve olağanüstüyü betimleyen, giderek melankolik, hüznünlü duygular ve özlemler olarak kullanılmaya başlanır⁶. Bu yapısalılık içinde romantizm, son yüzyılda etkinliğini yitirse de, geçmişten geleceğe varlığını koruyan, günümüzde de etkisini sürdüren bir içeriğe sahiptir. Dahası romantizme özgü düşünce, tarz ve dışavurumun sürekli olarak toplumsal ve bireysel ilgi ve istemlerde

³ Erdoğan Alkan; Romantizm, Varlık, İstanbul 2005, s.32.

⁴ Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi; Milliyet, 19. Cilt, İstanbul 1992, s. 9900.

⁵ Büyük Larousse, s. 9900.

⁶ Alkan, s.58.

her türüyle görünür hale geldiği ileri sürülebilir. Romantik bakış açısı veya romanesk tarz olarak ifade edilen biçimin, yakın dönemlerdeki siyasal-ekonomik ve sosyo-kültürel hareketlerle günümüzde de sergilendikleri söylenebilir.⁷

Romantizmin gerçekte olan bağına ilişkin eleştirel yaklaşımların kısmi doğruluğuna karşılık, romantizmin gerçekdışılığı, cari toplumsal gerçeğin eleştirisi olarak ileri sürdüğü dünya görüşünün taşıdığı önemi azaltmaz.⁸ Romantizmin ileri sürdüğü hayali, simgesel, fantastik, ideal, ütopyik ve olağanüstü evreni, körleşerek sıradanlaşmış, insanlıkdışı hale gelerek kabalaşmış, araç değerlerin egemenliğine terk edilmiş klasik veya modern dünyanın yapay ve mekanik gerçekleri ile cari kılınmış gerçekliğin durağan ve sıkıcı doğasına duyulan karşıtlık oluşturur. Bu nedenle romantizmin ortaya koyduğu eleştirel gerçekdışılık, gerçeklikten kaçış ve olumsuz itiraz yükünün, özgürleştirici bakış açısı ile son derece gerçekçi bir bilince yol açtığı ileri sürülebilir.⁹

Romantizmi herhangi bir okul veya öğretiyle, belirli bir siyasal görüşle özdeşleştirmek olanaksız¹⁰ olsa da romantiklerin ilerici ve gerici düşünce ve uygulamalara sahip oldukları görülür.¹¹ Farklı biçimleri olmasına karşın, romantiklerin ortak özelliğini kapitalizme duydukları antipati oluşturur.¹² Romantizm, kapitalist/ modern gerçekliğe karşıtlıktan doğar. Kapitalist/modern gerçekliği oluşturan hesap ruhu, dünyanın büyüünün bozulması, araçsal akılcılık ve bürokratik egemenlik kapitalizmin ruhunu temsil eder.¹³

⁷ Löwy, Sayre, s.23.

⁸ Eleştirel gerçekdışılık, gerçeklikten kaçış, negatif itiraz yükü ve özgürlükçü bakış açısı değerlendirmeleri hakkında bkz.; Löwy, Sayre, s.15.

⁹ Isaiah Berlin; Romantikliğin Kökleri, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Mete Tunçay, 2. Baskı, İstanbul 2010, s.27. Löwy, Sayre, s.16.

¹⁰ Berlin, Romantikliğin sonucunu liberalizm, hoşgörü, dürüstlük ve yaşamın yetkimsizliğinin takdir edilmesi olarak belirler, s.173.; Romantizm ve liberalizm karşıtı olarak romantizm ile liberalizm arasındaki bağa ilişkin açıklamalar için, bkz. Carl Schmitt, aktaran Bünyamin Bezci; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafası, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006, s.122-123.

¹¹ Ricarda Huch; Alman Romantizmi, Doğu Batı, Çev. Gürsel Aytac, Ankara 2004, s.467; Berlin, s.151.; Büyük Larousse, s.9900; Romantizmin gerici yerel uygulamasına örnek için bkz., İdris Küçükömer; Romantik Akım ve Irkçı Politika, Cuntacılıktan Sivil Topluma içinde, Profil, Aralık 2009, s.41 vd..

¹² Löwy, Sayre, s.16.

¹³ Löwy, Sayre, s.24-25.

Burjuva değerleri ve aydınlanma sonucunda ortaya çıkan romantizm, klasizmin kalıplaşarak insanlıkdışı hale gelmiş ve aklileştirilmiş egemen sınıfsal gerçekliğine karşıtlık oluştururken, klasizm sonrasında gelişen aydınlanma ve modern kapitalizmin mekanik ve insanlıkdışı gerçekliğine de karşı çıkar. Buna uygun olarak Marx, romantizmin kapitalist uygarlığın “*meşru antitezi olarak mutlu sona kadar*” ona eşlik edeceğini ileri sürer. Marx, romantizmi, burjuva yaşamının “*bütünüyle boş olmasına*” karşı tarihsel olarak kaçınılmaz bir karşı saldırı -“*başlangıçtaki tamlığa*” yönelik nostalgik bir özlem- olarak tasvir eder.¹⁴

ROMANTİZM İLE HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Romantizmin hukukla ilişkisinin anlamlandırılmasında, yaşama bakarak oluşturulmalarına karşın, yaşamdan koparılarak aşkınlaştırılıp yüceltilerek üstün değerler haline getirilmiş hukuksal ilkelerin, romantik anlayışa ve imgeye yol açtığı söylenebilir. Hukuk alanının somutluğu ve gerçekliği karşısında romantizmin ileri sürdüğü aşkın ve yüceltilmiş hukuksal ideanın gerçekliği her zaman tartışmalıdır. Ancak bu aşkın ve üstün ideaya gönderme yapmadan birey ve kitleler açısından hukukun varlığını veya yokluğunu anlamlandırmak ve idealize etmek de olanaksızdır.

Hukukun üstünlüğü savını aşkın bir ilkeler bütünü olarak ileri sürerken aslında ilkenin içinde kendini gösteren romantik bir çıkarımı da açık etmiş oluruz. Burada hukukun üstünlüğüne yüklenen anlam, her zaman “*hangi hukukun üstünlüğü*” sorusunu ve sorununu beraberinde getirir. Bu sorunun yanıtının tarihsel bağlamında ele alındığında hiçbir zaman romantik olmadığı görülür. Ancak bu soruyu ve sorunu görünmez kılmak için hayali, ideal, romantik bir yapı, yani maske oluşturulur.

Romantizm ile hukuk arasındaki bağlantıyı ve kapalı ilişkiyi somutlaştıran en önemli metin 1789 Fransız Devrimi sonucunda meydana getirilen ve burjuva ideolojisini ortaya koyan İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesidir. Bu tarihi belgenin içeriği, anlam dağarcığı ve dili incelendiğinde romantik bir dışavurumun Beynamede dile getirilen haklar sistemine nasıl yansdığı ve onu oluşturduğu açıkça

¹⁴ Max Blechman; Devrimci Romantizm Üzerine Düşünceler, Devrimci Romantizm içinde, Versus, Haz. Max Blechman, Çev. Bilal Çölgeçen, İstanbul 2007, s.334.

görülür. Burada ileri sürülen kamusal argümanlar “kahramanca yanıl-samalar” üzerine kurulur.¹⁵ Beyannamede, yurttaş romantik bir kamusal söylem olarak ortaya çıkar; özgürlük, eşitlik ve kardeşlik ideaları soyutlaştırılarak kurulan haklar düzeninin temeline yerleştirilen anlayış herkesin yararınaymış gibi görünür.¹⁶ Aslında burada burjuvanın “manda” konumunda olduğu, kapitalist toplumun zafere ulaşmasına yol açan inanç üzerinde temellenen, ahlaki olarak sahici bir yanlış bilinç ortaya çıkar.¹⁷

“... Tarihin gündemi olmuş bir şeyin kendini başka türlü ortaya koyması, yani burjuva sınıfının zaferi, feodaliteye karşı işverenlerin zaferi, kapalı pazara karşı, loncaya karşı, meslek birliğine ve ilişkiler ağına karşı, serbest pazar ekonomisinin inşası olarak göstermesi imkansızdı. Yoksa başkaları, palazlanan burjuva olmayan, böyle olmak da istemeyen başkaları böyle bir dava için mücadele etmemiş olurlardı. Hatta eğer yurttaş yerine hemen burjuva ortaya çıkmış olsaydı, egemen burjuvazi, XVI. ve XVII. yüzyılların ekonomisine ideolojik olarak zaten kısmen egemen olan burjuvazi, henüz tam anlamıyla sahip olmadığı politik iktidarı ele geçiremezdi...”¹⁸

Diğer yandan romantizm yoluyla, uygulanan hukukun yarattığı status quo’nun ortaya çıkardığı insanlıkdışılığı ve boşucu gerçekliği ortaya koymak için coşkun, negatif ve eleştirel bir romantik saldırıyı izleyecek yıkıcı bir tartışma ve saldırının yapılması da kaçınılmazdır. Bu nedenle romantizmin ortaya koyduğu eleştirel gerçekdışılık, gerçeklikten kaçış ve egemen olana yönelik olumsuz itiraz yükünün ortaya koyduğu muhalefet, olanın egemen ve boşucu durağanlığından kopuşun sağlayacağı farklılaşmış ve özgürleştirici bakış açısı ile somut olanın yapay ve sanal gerçekliğini tersyüz edecek gerçekçi bir bilince yol açabilir.

Bu anlamıyla romantizm ile hukuk arasındaki ilişkinin içerdiği toplumsal ve bireysel karşılaşma hukuk alanında da ilerici ve gerici yansımaları yol açarak hukuksal eylemin özüne yerleşir. Saf hukuk yerine hayattan ve insandan beslenen, insana içkin değerleri, özneliği ve coşkun ideayı yansıtan romantik içeriğin hukuksalı etkilediği, uygulanan hukuka yandaşlık ürettiği kadar, karşıtlık da ürettiği görülecektir.

¹⁵ Marx’tan aktaran, Bloch, s.235.

¹⁶ Bloch, s.234.

¹⁷ Bloch, s.235.

¹⁸ Bloch, s.235.

HUKUKSAL ROMANTİZM

Hukuk, haklar ve adaletle olan bağı nedeniyle kendi başına saygınlık uyandıran bir kavramdır. Hukukun mevzuattan ayrıştırılarak adalet ve haklarla tanımlanması ona yüklenen ideayı belirli bir inanca dönüştürür. Özellikle konulmuş hukukun adaletle özgülendiğinin ve adalet arayışının aracı olduğunun ileri sürülmesi ile hukuk romantik bir tema haline gelir. *Ancak hukukun varoluşu üzerinden yapılan tarihsel-süreçsel bir okumayla hukuka yüklenen anlamın genel olarak mitle karışık bir fetişleşmeye daha ileri giderek ütopyaya karşılık geldiği görülür.*¹⁹ Hukuk denen nesnel yapının toplumsal güçlere atfedilen etki-tepki, çıkar-yarar gibi etkenlere bağlı olarak varlık kazanarak tarihsel-siyasal-hukuksal gerçekliğe dönüştüğü ileri sürülebilir.

*Hukuksal romantizm, soyut haklar ve adalet imgesiyle tanımlanan, ütopya hâle getirilmiş soyut hukukun sahip olduğu aşkın ve üstün soyut hukuksal değerler söyleminin öne çıkarılması ile hukukun nesnelliğinden ya da gerçekliğinden koparılması olarak tanımlanabilir.*²⁰ Hukuk ile romantik söylemin birleştiği nokta özgürlük, eşitlik, vicdan, güvenlik, demokratik meşruiyet, ortak iyi, tarafsızlık ve bağımsızlık, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi soyut insani ve hukuksal değerlerin hukuksal-siyasal-söylemsel coşkunun taşıyan özellikleri ile somut siyasal-toplumsal gerçeklikler arasındaki gerilimdir.²¹

Hukuksal kurum ve kavramların yüceltilmesine ve dokunulmaz kılınmasına, kısacası sosyal ve siyasal körleşmeye bu soyut romantik söylem yol açar. Burada romantizmin “gerici” bir yapıyı ortaya çıkardığından söz edilebilir.

Hukuksal romantizme yüklenebilecek bir diğer özellik, romantizmin içinde bulunan muhalefet ruhuna ilişkindir. Romantik söylemin bünyesinde bulunan negatif itiraz yükü eleştirel bir yaklaşım ortaya koyarak somut egemen yapının ve söylemin gerçekliğine karşı özgürlükçü bir bakış açısı geliştirir. Böylece sınıfsal, oligarşik, sömürgeci, dokunulmaz ve baskıcı hale gelen egemen gerçekliğin insanlıkdışılığı

¹⁹ Mustafa Kutlu; Hukukun Arkeolojisi, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 2009/1, s.147 vd.

²⁰ Doğan Özlem; Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01, s.15.

²¹ Doğu Blokuna ilişkin farklı bir perdeleme işlevi için bkz.; Klaus Adomeit; Hukuk ve Devlet Felsefesi, Antik Yunan Düşünürlerinin Devlet Hakkındaki Görüşleri, Filiz Kitabevi, Çev. Halil Akkanat, İstanbul 2004, s.46.

ve boğucu iklimi romantik eleştirel yaklaşım ile sorgulanır hale gelir. Egemen gerçekliğe karşı geliştirilen özgürlükçü ve coşkunsuluk taşıyan isyankar ve melankolik hal romantizmin muhalefet gücünün dışavurumu olarak sanatsal, siyasal ve ekonomik alanlarda kendini göstererek hukuksal yapı üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olur.

Egemen yapının öz çıkarına uygun olarak ortaya koyduğu ve uyguladığı hukuksal yapılanmaya karşı geliştirilen romantik itiraz genellikle cari ve egemen hukuksal yapının dayattığı köleleştirici ilişkiler ağına ve körleştirici yanılmalara yöneliktir. Egemen hukuksal yapılanmaya muhalefet cari hukuksal gerçeklikten kaçış olarak romantik bir gerçekdışılığa veya romantik bir gerçeklik anlayışına dolayısıyla hayali ve ütopyik bir bakış açısına doğru evrilir. Bu kopuş halinde yıkıcı bir eleştirel yan vardır. Bu halde romantizm devrimci bir niteliğe bürünerek egemen hukuksal yapıyı dönüştürmeye zorlar.

Romantizmin yarattığı eleştirel süreç, durağan, bunaltıcı, zorba ve insanlıkdışı hale gelen egemen yapıya karşıtlığı romantik bir "antiteze" dönüştürerek romantik söylemin özgürleştirici ve devrimci argümanlarını hukuksal olarak geçerli kılmaya değin uzanabilir. Burada da romantizmin "ilerici" bir yapıyı ortaya çıkardığından söz edilebilir.

HUKUKSAL ROMANTİZMİN İKİLEMLERİ

İktidara sahip olan herkes, kendi zihniyetini siyasal, ekonomik ve toplumsal alana taşır ve zihniyetini yerleştirmek için bütün siyasal ve sosyal araçları sahiplenerek zihniyetini kamusal bir statüye ve eyleme dönüştürür. Bu nedenle devletlere egemen zihniyetler, kamusal-siyasal unsura eklenmek isteyen her türlü farklı dünya görüşüne karşı direnç geliştirirler. Devlete veya siyasal iktidara egemen zihniyetin oluşturduğu sosyal ve siyasal yapı kendine uygun görmediği grup, ideoloji ve inançları sahiplendiği siyasal-kamusal alanın dışında tutma, yani kıskançlık eğilimindedir.²²

Bu yapısal anlamlandırma genellikle ideoloji veya devlet örgütünün somut baskı gücü aracılığıyla gerçekleştirilen mülkleştirme yoluyla en eski hukuk formuna "ilkel hukuka" geri dönüş olarak içeriklenir.

²² Bezci, s.162.

Burada siyasal olarak içeriklenen ve yapılan ana unsur kaba güçtür.²³ İktidarın yarattığı güç, kendi siyasal-hukuksal düzenini oluştururken kaba gücü esas alır ve “*ihkak-ı hakkın*” tipik oluşumunu sağlar.²⁴ Bunun için insanın ve halkın kafeslenmesi, resmi alanın zorunlu propagandası altında toplumsallaştırılması, rejimin bürokratik kafesinde veya hiyerarşik hale getirilmiş bir toplumun içinde biçimlendirilmesi, astını ve üstünü tanıması ile köleleştirici statüsünü bilmesi yanında, bu kafeslenmenin içsel olarak bağitlanmış bir içgüdüsel kadere dönüştürülmesi gerekir. Zaten insanın hemen her yerde bir kafese doğduğunu, bu kafesin içinde biçimlendirildiğini, yazgısının da bu olduğunu biliyoruz.²⁵

İktidarı ele geçiren gücün somut baskı araçlarını kullanması yanında kaba gücünü meşrulaştırmak için ideolojiye de gereksinimi vardır. Egemen ideoloji resmi veya kamusal tapınaklar ve tapınma araç ve kavramları oluşturarak kaba gücün ete kemiğe bürünüp siyasal-hukuksal-kültürel şekle girmesini, meşrulaşmasını sağlar. Bu biçim verme, toplumsal olarak baskı ve ikna süreçleri ile propaganda altında işlerlik kazanarak kendi toplumsal tabanını oluşturup bireyi itaate, halkı memur, işçi, köylü ve neferlerden oluşan ve onun için eyleme geçmeye hazır tek tip hale getirilmiş tebaaya, yani tipik bir cemaate dönüştürür. Zira siyasal iktidarın ihkak-ı hakkının maskelenmesi zorunludur.

Kimsenin itiraz edemeyeceği güzellemeye dönüşen hukuksal kavramlaştırma altında söylem ile eylem arasındaki farklılaşma kimseye hissettirmeden kusursuzca inşa edilir. Yaratılan haklar düzeni, hakları herkes için adil olarak biçimlendirecek gözlerden ve ellerden ustalıkla uzaklaştırılır. Egemen ideolojinin etkisiyle kendi sınıfına dahi yabancılaşan hukuk uygulayıcıları siyasal-hukuksal alanın yaratılmasına rejim tarafından ideolojik olarak öncelenmiş içerikleriyle katılırlar. Bu katılma egemenin dikte ettiği ile yoğurulmuş olduğundan herkesin

²³ Mithat Sancar; Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01, s.28 vd..

²⁴ J. J. Rousseau'nun devletin kurulması ve yasaların yapılması hakkındaki görüşleri için bkz.; Yıldız Silier; Özgürlük Yanılsaması, Rousseau ve Marx, Yordam Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2007, s.71.

²⁵ İnsanlık dışılık ve saçmalık bağlamında Kafkaesk durum için bkz. Michael Löwy; Franz Kafka, Boyun Eğmeyen Hayalperest, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2008, s.121 vd..

hukukunun ileri sürüldüğü bağımsız ve tarafsız olduğu belirtilen hukuksallık mülkleştirilerek resmi alanın şaşmaz ve durağan doğrularına dayandırılır. Bu kendine özgü iman, romantik bir söylemin yarattığı ideoloji-hukuk tapınması, ütopya olarak toplumsal yaşamı doldurarak, gerçeği perdeleme işlevi görür.²⁶

Bu perdeleme hukuka yüklenen anlamı kendi bağlamından çıkartarak ideoloji ile efsunlanmış şekilde kitlelere sunulmasını sağlar. Daha ileri giderek egemen bürokratik bir gücün sahiplendiği kafeste yaşamaya zorlanan bireyin ve toplumun kamusallaşırken içinde bulunduğu köleleşme ve körleşme sonucunda hukuksal olan biçim değiştirmeye zorlanır. *Bu durumda hukuk, devletten halka dağıtılan bir "ulufe" olarak düşünülür.* Anayasalar, yasalar, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, yargı yapılanması hep bu anlayışla içeriklendirilir.²⁷ Bu akıldışı anlayışı gerçekleştirmek için bireyleri veya halkı daha baştan, doğumundan başlayarak, hatta ceninken kafeslemeniz gerekir.

HUKUKUN ROMANTİK SÖMÜRÜSÜ

Devletin tanıyarak ürettiği hukukun ileri sürdüğü adalete, özgürlüğe veya eşitliğe yüklenen coşkulu, ağır ve aşkın anlamların altında romantizmin izleri vardır. Bunun ironik yanı, romantik hak söyleminin yandaş ya da karşıt hemen herkese davasını destekleyecek tutkulu söz ve imajlar sunmasıdır. *Hukuksal romantizmin dışavurumu kitlelerin duygularına, adalete duydukları özleme, inanca ve saygıya yönelik hukuksal argümanların öne çıkarılması ile meydana gelir. Bu kurnazca kullanım göstermelik inanmışlığa ve iyiniyetin örülü yollarına, üstü kapalı veya açık bir çıkara, bu çıkarı mümkün kılmak için romantik duyguların açıkça sömürülmesine dayanır.* Bu özellikle bir sınıfın yükselmesi veya iktidarın el değiştirmesi sırasında daha açık olarak görülür. Dönüşen bütün ikti-

²⁶ "... İdeolojiyi tüm sınıflı toplumlarda egemen güçlerin kendi sömürü ve baskılarını örtme yolları olarak tanımlarsak, kapitalizmde bunun daha çok rafine şekillerde, bilimsellik kisvesi altında, rakamlarla oynayıp, yaldızlı kavramları kullanarak yapıldığını görüyoruz. İşte bu yüzden, ideolojinin örtüsünü kaldırıp toplumsal gerçekliği anlamamızı sağlayacak kavramsal araçları geliştirmek, çağımız sosyal ve politik felsefesinin en temel görevlerinden biri."; Silier, s.33.

²⁷ Osman Can; Yargı Bağımsızlığı Yalnızca Normatif Bir Sorun Mu?, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı içinde, Oğlak Yayınları, Haz. Mehmet Ö. Alkan, İstanbul 2006, s.97 vd..

dar odakları ve karşıtları benzer romantik imajları tam tersi içerikle anlamlandırıp kullanarak romantizmin perdeleme işlevinden kusursuzca yararlanırlar. Bunun diğer adı hukuka komplo kurmaktır.²⁸

Böylece hukuk, siyasal formülasyonların, kitlesel eğilim ve tutumların, toplumsal tabakaların veya grupların iktidar anlayışlarına, kısaca keyfiliğin ve ideolojinin bekçiliğine indirgenerek, cari siyasal ve toplumsal sistemin garantörü olarak biçimlendirilir. Hukuk düzeninin arkasında kümelenen ve her türlü sosyal güçle onandığına inanılan kitlenin garantörlüğünde hukukun içeriklendirilmesi, her zaman egemenin çıkarına tapınmaya itilmiş toplumsal yatkınlığın eşliğinde gerçekleştirilir.

Bu içeriklenmenin amacı egemen sınıfların ve sosyal güçle kendini vareden kitlenin oligarşik çıkarlarını koruyup kollamaktır.²⁹ Bu çelişkili varoluşu güvenilir kılmak için inançlara ve değerlerden gizlenmiş ancak üstün değerlerin tezlerini sahiplenmiş gibi görünen kurgusal yapılanmalar oluşturulur. Bu durumda sınıfsal veya kitlesel egemenlik ilişkilerinin görünmez kılınması için hukuksal perdelemenin sonuna kadar kullanılması kaçınılmazdır.

Bu yalın bireysel ve hukuksal kuşatılmışlık altında, alışıldık tavır ve tutumların yol açtığı davranış kalıpları ile hukuksal olanın akılsızlığı ve toplumsal taleplerle bağdaşmazlığına karşı yapay bir hukuksal-kurumsal taban oluşturularak, siyasal sistemin ve egemen çıkarın önermeleri ile bireysel ve toplumsal arasındaki uyumsuzluğun giderimi üstün hukuksal değerlerin yargısal tekrarına dayandırılır. Burada kullanılan üstün hukuksal değerlerin metafizik kurallara indirgenmesine seyirci kalınması ile geleneksel ve dogmatik inanış hukukun içine nüfuz eder.

İdealize edilmiş mitoslardan beslenen hukuksal temanın söylem- den eyleme geçerken büründüğü içerik ve anlam romantik kamusal istençleri hukuksal mücadele biçimine getirirken yalın olarak savunduğu çıkarı, ihkak-ı hakkı hukuksallaştırmaya çalışır. Yeryüzünde tüm

²⁸ Jacques Vergés; *Savunma Saldırıyor*, Metis, 2. Baskı, Çev. Vivet Kanetti, İstanbul 2009, s.14.; *"Nazi Propaganda Bakanı Joseph Goebbels'in ünlü sözü: Eğer yeterince büyük bir yalan uydurur ve sürekli tekrarlırsan, sonunda insanlar buna inanacaktır."*; aktaran Silier, s.24.

²⁹ Özlem, s.15.

hukuksal aktörlerin resmileştiği ve bir otoritenin yanbaşıında örgütlenerek konum aldığı kamusal oluşumlarda adalet bu otoriteye sahip olanın kanısına göre biçimlenir. Bu kanının varoluşunu belirleyen ana ilke de iktidarın maddi ve manevi iradesine içkin yalın çıkarlardır.³⁰ Bu çıkarlar insandan, bireyden ve yurttaştan çok iktidara aittir; hukukun bu gerçeği karşısında romantizm son bulur.

HUKUKSAL ROMANTİZMİN YADSINMASI³¹

Hukuksal mücadelenin gerçekte romantik bir tarafı yoktur. Ancak hukuk mücadelesi romantik öncüller yoluyla *“kahramanca yanılısamlar”* üzerine kurulabilir. Hukukun romantik söylemi ütöpik soyutlamalarla varlık kazanırken aslında somut hakları görünmez kılar. Hak mücadelesi kanlı, can yakan acı bir deneyimi ve süreci deyimler ve gösterir. İnsanın hukuk-haklar mücadelesi tarihi kanla yazılıdır. Bu gerçeklik aynı zamanda yandaşlarla karşıtların, dostlarla düşmanların sonsuz çatışma, çarpışma ve zorunlu uzlaşmasını da dile getirir. Egemen-güçlüden koparılan tavizlerin adıdır hukuk-haklar.

*Hukuk, aynı zamanda egemenin-vasinin-sahibin-güçlünün koyduğu kurallardan oluşan, egemenin resmi olarak dikte ettiği belirlenmiş amaçlar güden zihniyet algılamaları ve bunu yaşama aktaran resmi-kamusal kurumlaşmanın da adıdır.*³² Bunu sağlamak için adliye örgütlenmesi devletin ideolojik aygıtı olarak yapılandırılır.³³ Adliye aygıtı, tepesinde özellikle oluşturulan bürokratik mekanizmanın güdümünde işletilir. Bürokratik mekanizmanın amacı, açık veya kapalı otoriter ve resmi hiyerarşiler ağı kurarak hakkın dağıtımını, hukuksal yorumu denetimi

³⁰ Mustafa Erdoğan; *“Hikmet-i Hükümet”*ten Hukuk Devletine Yol Var mı? Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01, s.45 vd.; *“... Çevrebilimsel bunalım ile toplumsal bunalımın aynı felâketin iki yüzü olduğunu anlamak zorundayız. Bu felâket sadece yönetici sınıfların ayrıcalıklarının sürmesini amaç edinmiş olan iktidar sistemi tarafından uygulamaya koyulmuştur.”*; Hervé Kempf; Zenginler Dünyamızı Nasıl Mahvediyor, Epos, Çev. İsmail Kılınç, Ankara 2010, s.33.

³¹ Örnek olaylar ve süreç için bkz. Orhan Gazi Ertekin; Yargı Meselesi Hallolundu, Epos, 3. Baskı, Ankara 2011.

³² Kendiyle çelişik romantik karşıt öncül olarak, *“Ordu, polis ve adaleti içeren Devlet çarkı, bir sınıfın bir başka sınıfı ezmek için kullandığı araçtır”* Mao Zedung’dan aktaran, Vergés, s.9.; Maocu çelişkinin vurgusu için Ian Buruma, Avishai Margalit; Garbiyatçılık, Düşmanlarının Gözünde Batı, YKY, Çev. Güven Turan, İstanbul 2009, s.38.

³³ Can, s.97 vd..

altında tutarak makro iktidardan üretilen mikro iktidarı bütün toplumsal kesimlere dayatmaktır. Bu yolla nihayetinde resmi olarak geçerli kılınan ve uygulanan hukuk yoluyla bütün insani ilişkiler meta haline getirilir.³⁴

İktidarlaştırmanın amacı da metalaşan beşeri ilişkilerden üretilen her türlü metaya sahip olmak veya metayı denetim altında tutmaktır. Bunun anlamı araç değerlere sahip olmak için öncelikle insanın araç değer haline getirilmesi ile ona içkin bütün yaşam alanlarının hukuklaştırılması yoluyla mekanik ve ruhsuz ya da organik ve araçsal bir hayatın, “büyük gözaltının” insana, açık ya da kapalı olarak kabul ettirilmesidir. Bu işlevsellik açıkça yerine getirilmek yerine daha ince işlemler yoluyla daima hukukun soyut ve ütöpik savlarının ikna ediciliğine dayandırılır.

Bu nedenle hukukun üstünlüğü savının karşılaşacağı ilk ve son soru hangi hukukun üstünlüğü sorusudur. Bütün hukuksal çıkarımların bu karşıt sav üzerinden gerçeklikleri sınanır. Gerçekten bir hukuk üstün olacaktır, ezilenlerin hukuku mu, varsılların hukuku mu, yoksa politbürounun hukuku mu? Daha iyimser bir yorumla doğal ve insani çıkar ve yararlar arasında insancıl ve medeni dengeler ve savunma hatları kuracak bir hukukun üstünlüğü mü?

Hukuksal üstünlük çatışması, oligarşik eğilimin eşitliğe evrilmeye zorlanması veya başka bir rakip oligarşik tarzın yeni bir iktidar savıyla egemenlik ilişkisini kendine dönüştürmeye kalkışması sırasında ortaya çıkar.³⁵ Burada hukuk tarafsızlığından, bağımsızlığından, kamusalılığından uzaklaştırılarak baskın oligarşik söylemin kafesine girmeye zorlanır. Hukuka egemen olmak yeni bir rejim inşa etmeye yol açmak, yeni bir sınıfın hak elde etmesinin aracı olma anlamına gelir ve bu hukuk rejimi yeni bir oligarşinin yarasını oluşturur. Bu her zaman şiddet tekeli ele geçirmek, devletin kanıksanmış ve bağımlılığa yol açan sanal meşruiyeti üzerinden inşa edilir. Siyasal iktidar veya devletin sağladığı iktidar olanakları ve bu iktidara tapınma olmaksızın oligarşik bir hukuk rejimi yaratılamaz.

³⁴ Louis Althusser; *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, İthaki, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul 2003, s.67.

³⁵ Türkiye özelinde örnek süreçlerin oluşumu için bkz. Ertekin, s.1 vd.; Can, s.97 vd..

İktidar sahiplenmesinin ortaya çıkardığı etkenlerden biri, herşeye ve herkese tepeden bakma ile tahakkümün yarattığı hiyerarşi yoluyla muktedirin kibrini kurumsallaştırıp kamusallaştırmasıdır. Bu kibrin gerçek bir eşitlikten kaçışı ve kopuşu kaçınılmazdır, resmi söylem dışındaki başka özgürlükler ve başkalarının özgürlükleri, onun mutlak özgürlüğünün rakibi veya düşmanıdır. Çünkü o egemenliğini dokunulmaz, sınırlanamaz, bölünmez ve devredilmez gibi teolojik saçmalıklarla ve Tanrı'ya öykünerek kurmuştur. Bu teolojik icat diplomasinin yalan dünyasında sürekli yerle bir edilirken, gücü gücüne yetenlerin gerçek ihkak-ı hak düzeni sürekli işlerliğini sürdürür.

Egemenin mutlak özgürlüğü, iktidarının baskın gücü ile onun nesnelere haline getirilen bireyler arasında kaçınılmaz bir aykırılık ve çatışma oluşturur. Bu kibir toplumsal rızayı sürekli kılmak için hukuku kullanarak kendi güvenliğini, özgürlüğünü, fırsatçılığını ve huzurunu hukuksal romantizm ve popüler bir demagoji ile sağlamaya yönelir. Burada hukukun temel kavramları ve saygınlığı yardıma çağrılır.

Oligarşi, ürettiği kuralın şekli meşruiyetini sağlayarak, süzgecinden geçirdiği yandaşlarını veya devşirme usulleri ile elde ettiği temsili mekanizmalarla siyasal sisteminin elmenlerini dostları arasından seçer. Dahası oligarşinin yarattığı otoriter eğitim ve öğretim propagandanadan ibaret olduğundan özgürlüğün dayanakları cemaatçi bir dayanışma ve tek biçimli zihniyet aktarımı ile sorunsuz ama bir o kadar sıkıcı, dayanılmaz ve kısır hale getirilir.

Bu toplum tasarımı sorunsuzluk ve aykırılıkları dizginleme konusunda kusursuzdur. Ancak bu yapılanma hayat karşısında oldukça kırılabilir, güvensiz ve içi boştur. Çünkü bu yapılanmadan özgürlük, güvenlik, esenlik, olgunluk ve kişilik beklemek olanaksızdır. Kişilik kazanma yollarının kapatılması sürünün sürü olarak kalması için zorunludur. Kişilik kazanmanın düzen için riski, bireysel özerklik istemi ile katlanılmaz hale gelir, zira bu istemin çoğalması hukukun bizzat kendisini, sahiciliğini zorunlu kılacaktır.

Ancak bu istemlerin kamusallaştırılması sırasında siyasal iktidar elinde tuttuğu hukuku belirleme gücünü yetkili kıldığı organları eliyle çoğu zaman garantiye alır. Bu belirlenim tipik bir verili düzene yol açıp status quo oluşumlarını hukuksallaştırarak içtihat tekeli elinde tutmanın verdiği kolaylıkla başka hukuksal olanak ve isteklerin risklerini gidermiş olur.

SONUÇ

Hukuk gerçekte çok yalın ve vahşi yaşanır. Hak verilmez alınır derken bunu kastederiz. Hukuk sürekli olarak kurumsal ve her zaman dinamik bir güçle, kaba güç eşliğiyle tanımlanır ve varedilir. Bu nedenle hukuk alanında romantizme asla yer yoktur. Dolayısıyla bu vahşiliğe karşı romantik bir idea biçmek kaçınılmaz gibi görünüyor.

Hukuka yüklediğimiz romantik anlamın sürekli yanibaşımızda olacağını biliyoruz. Ezenler ve ezilenler romantik sav ve karşı savlarını aynı güzellmeler içinde topluma sunmaya devam edecekler. Adalet, hukuk, özgürlük, eşitlik, güvenlik ve uygarlık isteği her ağıza hep çok yakışacak... Adalet için büyülü sözler bizleri hep ikna edecek...yandaş veya karşıt olarak...

Görünen o ki, hukuk, hep ikili bir romantizmle yaşayacak; birincisi onun yarattığı üstün değerleri sonuna kadar kullanan fırsatçılar; ikincisi ise, bu üstün ilkelerin gerçekliğini sürekli öne sürecek ve çıkaracak olan isyancılar. Ancak ikisinin birleşeceği nokta yine isteyen çıkarına içkin bir yapıyı daim kılmak olacaktır.

Bu kaçınılmaz romantik perdeleme veya romantik isyan yerine daha somut gerekçeler ve hak alanları üretmek gerekiyor. Bunu ulufe dağıtarak değil, herkesi içine alacak uzlaşma zemini yaratarak yapmak zorundayız. Bu nedenle hukuksal tartışmanın devlete içkin, özünde bürokratik bir etkinlik olmaktan çıkarılması kaçınılmaz görünüyor. Hukuksal tartışmanın şeffaflaşarak toplumsallaşması ve çoğullaştırılarak kamusallaştırılması ile gerçekçi bir hukuksal zemin ve adil olana özgü bir dinamizm yaratılabilir...

Bunun için "uluslararası ve ulusal³⁶ adalet endeksi" ile hukukun ve adaletin, ulusal ve küresel anlamda somutlaşması, nesnelleşmesi sağlanabilir, böylece hukukun ve adaletin kendinden menkul hale gelmesi önlenir...

³⁶ Türkiye'nin 2010 yılı hukukun üstünlüğü endeksi verilerine göre sıralaması için bkz. Mustafa Tören Yücel; Yargı Reformu ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, s.88.

KAYNAKLAR

- ADOMEİT, Klaus; Hukuk ve Devlet Felsefesi, Antik Yunan Düşünürlerinin Devlet Hakkındaki Görüşleri, Filiz Kitabevi, Çev. Halil Akkanat, İstanbul 2004.
- ALKAN, Erdoğan; Romantizm, Varlık, İstanbul 2005.
- ALTHUSSER, Louis; İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, İthaki, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul 2003.
- BERLİN, Isaiah; Romantikliğin Kökleri, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Mete Tunçay, 2. Baskı, İstanbul 2010.
- BEZCİ, Bünyamin; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafaası, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006.
- BLECHMAN, Max; Devrimci Romantizm Üzerine Düşünceler, Devrimci Romantizm içinde, Versus, Haz. Max Blechman, Çev. Bilal Çölgeçen, İstanbul 2007.
- BURUMA Ian, MARGALİT Avishai; Garbiyatçılık, Düşmanlarının Gözünde Batı, YKY, Çev. Güven Turan, İstanbul 2009.
- Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi; Milliyet, 19. Cilt, İstanbul 1992.
- CAN, Osman; Yargı Bağımsızlığı Yalnızca Normatif Bir Sorun Mu?, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı içinde, Oğlak Yayınları, Haz. Mehmet Ö. Alkan, İstanbul 2006.
- ERDOĞAN, Mustafa; "Hikmet-i Hükümet"ten Hukuk Devletine Yol Var mı? Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- ERTEKİN, Orhan Gazi; Yargı Meselesi Hallolundu, Epos, 3. Baskı, Ankara 2011.
- HUCH, Ricarda; Alman Romantizmi, Doğu Batı, Çev. Gürsel Aytaç, Ankara 2004.
- KEMPF, Hervé; Zenginler Dünyamızı Nasıl Mahvediyor, Epos, Çev. İsmail Kılınc, Ankara 2010.
- KUTLU, Mustafa; Hukukun Arkeolojisi, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 2009/1.

- KÜÇÜKÖMER, İdris; Romantik Akım ve Irkçı Politika, Cuntacılık-tan Sivil Topluma içinde, Profil, Aralık 2009.
- LÖWY, Michael; SAYRE, Robert; İsyân ve Melankoli Moderniteye Karşı Romantizm, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2007.
- LÖWY, Michael; Franz Kafka, Boyun Eğmeyen Hayalperest, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2008.
- ÖZLEM, Doğan; Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- SANCAR, Mithat; Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- SİLİER, Yıldız; Özgürlük Yanılsaması, Rousseau ve Marx, Yordam Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- VERGÉS, Jacques; Savunma Saldırıyor, Metis, 2. Baskı, Çev. Vivet Kamenti, İstanbul 2009.
- YÜCEL, Mustafa Tören; Yargı Reformu ve Demokrasi, Çankaya Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011.
- YÜCEL, Mustafa Tören; Hukuk Felsefesi, Turhan, 3. Baskı, Ankara 2009.

TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE HİZMET SÖZLEŞMESİ GEREĞİ AÇILAN HİZMET TESPİT DAVALARI

IN TURKISH LAW SYSTEM SERVICE DETECTION ACTIONS THAT PROSECUTED BECAUSE OF SERVICE AGREEMENT

Mehmet BULUT*

Özet : Türk sosyal güvenlik sisteminde zorunlu sigortalılık ilkesi benimsenmiş olup, sigortalının hakları ve işverenin yükümlülükleri, sigortalının işe alınmasıyla birlikte kendiliğinden başlamaktadır. Ancak, Anayasal güvence ve yasal düzenlemelere rağmen ülkemizde sosyal güvenliğin yaygınlaştığı insanlarımızın çoğunluğunun sosyal güvenliğe kavuşturulduğu söylenemez.

Bu çalışmada sosyal güvenliğe tabi olması gerektiği halde sosyal güvenceden yoksun olarak çalıştırılanların hizmetlerini nasıl tespit ettirebilecekleri ve hizmet tespit davalarına ilişkin hususlar açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hizmet tespiti, hizmet tespit davaları, sosyal güvenlik

Abstract : In Turkish social security system, mandatory insurance principle is accepted and labor's rights and employer's obligations are initiated automatically right after labor starts to work. But it is hard to say that many people can get social security rights even if there are some constitutional arrangements.

In this article, it is explained that in what ways labors who are subjected to social security but deprived of social security can have their working period determined and service detection actions.

Key Words: Service detection, service detection actions, social security

* Dr., SGK İşverenler Prim Daire Başkanı, SGK Müfettişi

1. Giriş

Tespit davası; bir hukuksal çıkarın söz konusu olması koşulu ile açılan ve sonunda bir hükümlülük talebi içermeyip duruma göre herhangi bir anlamda bir hükümlülüğe de yol açabilen ve konusuna ilişkin bir hususun bir hükümle tespitini amaçlayan davadır. Bu hüküm kesin hüküm halini aldığı anda, konusu olan hukuksal durumun varlığı ya da yokluğu yahut tespit konusu belgenin ya da durumun gerçekten olup olmadığı herkese karşı hüküm ifade etmektedir.¹

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre; Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde, iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.

Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. 5510 sayılı Kanun'da yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir (5510 SK. md. 92/1).

Hizmet tespit davası 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan işlerde çalışanların Sosyal Güvenlik Kurumunca tespit edilemediğinde veya eksik bildirilmiş hizmetlerin tescil edilmediğinin sonradan öğrenildiğinde tespiti amacıyla açılan davadır. Hizmet tespit davaları, Sosyal Güvenlik Kurumuna verilip de tescillenmiş işe giriş bildirgelerindeki yanlış yazılan kimlik kayıtlarının ve sigorta sicil numaralarının tashihi, sigortalının kendisine ait olması gerekirken, başkası adına geçirilen, aktarılan veyahut bildirilmiş olan çalışma sürelerinin sahibine kazandırılması, hizmet süresinin sahih başlangıcının tespiti gibi konuları ele alır. Hizmet tespit davalarında sigortalı ile işveren arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi değil de hizmet sözleşmesi ilişkisi olmasına dikkat edilmektedir.

¹ Ulusal/Uluslararası Çalışma-Sosyal Güvenlik-Hukuk-Ekonomi Sözlüğü Cilt: 2, Ankara: SSK Gn.Md. Yayın No: 538, s. 1235

Bu çalışmamızda hizmet sözleşmesine tabi olarak çalışan işçilerin açacakları hizmet tespit davalarına ilişkin hususlar incelenecek ve değerlendirilecektir.

2. Hizmet Tespit Davalarında Görev ve Yetki

Görev, kanun ile bir mahkemenin bazı davaları incelemeye yetkili kılınmasıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir ve göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir. 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer verilen açık hüküm gereğince hizmet tespit davalarının incelenmesinde görevli mahkeme İş Mahkemeleridir. İş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre; İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. Bu mahkemeler, Sosyal Güvenlik Kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakarlar.

Yetki, bir mahkemenin yargı çevresine aldığı alandaki husumetleri çözebilme salahiyetidir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre; iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılan davalarda yetkili mahkeme, Sosyal Güvenlik İl Müdürlüklerinin bulunduğu yer iş mahkemesidir. Dava açılırken işverenle birlikte Sosyal Güvenlik Kurumuna da husumet yöneltilmelidir. Hizmet tespit davasında davalı sayısı birden fazla olması halinde davalılardan birinin ikametgâh adresindeki mahkemede açılması gerekmektedir.

İş mahkemelerince verilen nihaî kararlara karşı Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihaî kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş

ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür. Kanun yoluna başvuru kararlar, Yargıtayca iki ay içinde karara bağlanır. Yargıtay'ın kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz.

3. Hizmet Tespit Davalarında Süre

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalışmaları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak **beş yıl içerisinde** iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere hizmet tespit davalarının açılabilmesine ilişkin olarak hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıllık bir süre öngörülmüştür. Söz konusu beş yıllık süre hak düşürücü bir süredir².

Söz konusu beş yıllık süre, zamanaşımı süresi olmayıp hak düşürücü bir süre olduğundan davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından da resen dikkate alınır. Nitekim Yargıtay da bu süreyi hak düşürücü bir süre olarak kabul etmiştir.³ Sigortalının aynı işyerinde birden fazla işe giriş ve çıkışının olması halinde hak düşürücü süre, her dönem çalışma için ayrı hesap edilmelidir. Örneğin: işçi, bir işyerinde 05.04.2009 tarihinde sigortasız olarak çalışmaya başlamış ve 11.09.2009 tarihinde işten ayrılmış olsun. İşçinin çalıştığı bu dönem için hizmet tespit davası açma süresi çalışmanın ait olduğu yılı takip eden yılbaşından itibaren, yani 01.01.2010 tarihinde başlar. Aynı işçinin aynı işyerinde zamanaşımı süresinin başlangıcından sonraki bir tarihte, örneğin 17.06.2011 tarihinde yeniden çalışmaya başlamış olması 01.01.2010 tarihinde başlamış olan zamanaşımı süresinin durmasına veya kesilmesine neden olmaz.

Hizmet tespit davalarına ilişkin yukarıda belirtilen hak düşürücü süre mutlak değildir. Yargıtay on ve yirmi birinci Hukuk Dairelerinin süreklilik kazanmış kararlarına göre:

² A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.246
³ YHGK'nın, 12.06.1985 tarih ve 10-820/585 sayılı Kararı, Yargıtay 10. HD'nin, 10.09.1985 tarih ve 39994305 sayılı Kararı, YHGK'nın, 12.06.1991 tarih ve 10-259/357 sayılı Kararı.

- a- Müfettiş durum tespit tutanağı ya da tahkikat raporlarıyla çalışma tespit edilmişse,
 - b- Asgari işçilik incelemesi neticesinde işverenden sigortalının primleri Kurumca icra yoluyla tahsil edilmişse,
 - c- İşveren imzalı ücret tediye bordrosunda sigortalıdan sigorta primi kestiğini açıkça gösterdiği halde sigorta primini Kuruma yatırmışsa,
 - d- Sigortalı durumunda iken memurluğa geçmiş olursa,
 - e- İşe giriş bildirgesi Kuruma süresinde verilmiş; fakat bordrosu ve primi SGK'ya intikal ettirilmemişse,
 - f- İşçilik hakları tazminatlarına (ihbar, kıdem tazminatı, ücret alacağı vs.) ilişkin aynı döneme ait kesin hüküm niteliğini taşıyan yargı kararları varsa,
- hizmet tespit davaları zamanaşımına uğramaz.⁴

Söz konusu hak düşürücü süre; yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışmalarını Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar için geçerlidir. Bir başka anlatımla; sigortalıya ilişkin olarak işe giriş bildirgesi, dönem bordrosu gibi yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmesi ya da çalışmaların Kurumca tespit edilmesi halinde; Kurumca öğrenilen ve sonrasında kesintisiz biçimde devam eden çalışmalar bakımından hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemez.

Beş yıllık sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan başlamasında amaç, sigortalının çalıştığı süre içerisinde işverene karşı böyle bir davayı açmakta karşılaştığı güçlükler ve işverenle karşı karşıya gelmesini önlemektir.

Hizmet tespit davasını kişinin kendisi veya ölmüşse hak sahipleri açabilir. Sigortalının kendisinin açması durumunda hizmet tespitine konu işyerinde hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl

⁴ İhsan Çakmak; **Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu-Cilt 2**, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 1803; Mahmut Çolak, Ercüment Öztürk; **Hizmet Tespit Yöntemleri ve Çözüm Yolları**, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2006, s.263

içerisinde mahkemeye başvurabilir. Sigortalı ölmüşse murisin hak sahiplerinin hizmet tespit davasına dair hak düşürücü süresi murisin ölüm tarihinden başlar⁵.

Ancak burada çok önemli bir noktaya değinmekte lüzum vardır. O da murisin hayattayken hizmet tespit davasını açma süresini geçirmemiş, bu hakkını düşürmemiş olması gerekmektedir. Bir başka deyişle muris hizmet tespitine konu olabilecek tescil edilmemiş hizmetlerinin geçtiği tarihin içinde bulunduğu yıl sonundan itibaren 5 yıl yaşamış ve dava açmamışsa bu dava açma hakkı hak sahiplerine intikal etmeyecektir.

Ayrıca işçi statüsünden memur statüsüne geçiş halinde 5 yıllık süre memur statüsüne geçildiği tarihte başlar⁶. Sigortalının hizmet tespit davasına konu işyerinde dava konusu süreden sonra tekrar işbaşı yapmış olmasının hak düşürücü süreyi durdurmayaacağı unutulmalıdır. Bununla birlikte tespiti istenen sigortalılık sürelerinin başka işyerlerindeki sigortalılık süreleri ile çakışmaması gerekmektedir⁷.

Ayrıca ilgili kişinin 5 yıllık süre içinde hizmet tespit davası açmamış olması Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan, diğer hizmet tespit yöntemleri kullanılarak, denetim elemanlarınca hizmetlerinin tespiti talebinde bulunmasını engellemez.

4. Hizmet Tespit Davalarında Şartlar

Kişilerin iddiaları üzerine fiilen yapılan tespitlerde; tutanakta bir yıldan fazla öncesine ait bir tarih düzenlenmiş olsa bile, en fazla tespit tarihinden bir yıl önceki süreler dikkate alınmaktadır. Bir yıldan daha fazla sürelerle ait tespitler hizmet olarak değerlendirmeye alınmayacağından, söz konusu süreler için yetkili mahkemeye hizmet tespit davası açılması gerekmektedir.

Hizmet tespit davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu ile beraber işverenin de hasım gösterilmesi gerekmektedir. Dava konusu hizme-

⁵ Yargıtay 21. HD'nin, 07.10.1996 tarih ve 5611/5402 sayılı Kararı, Yargıtay 21. HD'nin, 27.04.1999 tarih ve 2735/2874 sayılı Kararı

⁶ Yargıtay 10. HD'nin, 16.12.1999 tarih ve 8942/9230 sayılı Kararı

⁷ Yargıtay 10. HD'nin, 03.02.1987 tarih ve 6867/6741 sayılı Kararı

tin geçtiği sürede işyeri el değiştirmişse eski işveren yanında işyerini devralan yeni işverenin de Sosyal Güvenlik Kurumu ile birlikte hasım gösterilerek davaya dahil edilmeleri gerekmektedir. Aksi halde hizmet tespit edilse dahi Yargıtayca hüküm bozulmaktadır.

Yerleşmiş Yargıtay görüşlerine göre, Sosyal Güvenlik Kurumu'na husumet yöneltilmeyen hizmet tespit davalarına ilişkin verilen kararların uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun için açılan davalarda Kurumun hasım olarak gösterilmesi gerekir. Nitekim, Sosyal Güvenlik Kurumu uygulaması da bu yönde olup açılan hizmet tespit davalarında Kurumun hasım gösterilmediği davalar işleme alınmamaktadır.

Uygulamada bildirim ve prim ödeme yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyen alt işveren idari veya mahkeme kararlarıyla sonradan yerine getirilmesi istenen dönemde kendisine ulaşılamaması, prim ödeyemeyecek ekonomik zorluk çekmesi gibi nedenlerle sigortalılar mağdur edilebilmektedir. Bu gibi hallerde alt işveren ile birlikte asıl işverene hizmet tespit davası açılabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı'nda; "506 sayılı Kanun'un 87. maddesinde, *tali işverenin ödevine uymamasının sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu olacağı kuralını koymuştur. Zira, tali işverenler hayat deneyimleriyle ortadadır ki ekonomik bakımdan asıl işverenlere göre güçsüz kişilerdir. Bunların kişisel olarak sorumlu tutulmaları gerek sigortalıların gerek sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hak ve alacaklarını güvenceye almakta yetersiz olabilir. Bu nedenle, yasa koyucu ortak yükümlerde madde 86 ile tali işverenlerin ödevlerine uymamalarının yaptırımlarından güçlü asıl işverenleri de müteselsil sorumlu tutan, sosyal güvenlik hukukunun isteklerine uygun düşen bir düzenleme yapmıştır.*"⁸

Sosyal Güvenlik Kurumu da bir genelgesinde; Yargıtay'ın asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili muhtelif kararlarında da "*birlikte sorumluluk*" deyiminden tam teselsülün, dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁹ Anılan Genelge'ye esas Yargıtay Kararları 506 sayılı Kanun hükümleri için alınmış olmakla birlikte 5510 sayılı Kanun için de geçerliliği sürmektedir.

⁸ Yrg. HGK'nun, 12.06.1991 tarih ve E. 1991/10-277, K. 1991/359 sayılı Kararı.

⁹ SGK'nun, 07.06.2010 tarih ve 2010-71 sayılı Genelgesi.

Ayrıca, dava yoluyla alt işveren adına hizmetlerini tespit ettiren çalışan, sosyal sigorta uygulamaları bakımından prim alacaklarını 2010-71 sayılı Genelge gereği asıl işverenden alınmasını isteyebileceğinden, alt işverenle birlikte asıl işverene dava açılmasında çalışan adına hukuki menfaat bulunmayabilir.

Hizmet tespit davasının açılabilmesi için sigortasız bir çalışmanın veya eksik sigorta primine esas kazanç ya da eksik günle çalışmanın söz konusu olması gerekmektedir. Ayrıca hizmet tespit davasının açılabilmesi için daha önceden açılmış aynı nitelikte kesinleşmiş bir davanın olmaması gerekmektedir.

5. Hizmet Tespit Davalarında Deliller

Hizmet tespit davalarında iddia sahipleri tarafından sunulabilecek muhtelif deliller bulunmaktadır. Bu deliller yazılı olabileceği gibi tanık beyanları da olabilmektedir. Mahkemece sözü edilen yazılı delillerin yanında tanıklar da dinlenerek durum açıklığa kavuşturulmaktadır. Delil olarak gösterilen tanık ifadeleri arasında çelişki olmamalı, beyanlar inandırıcı olmalıdır. Mahkemeye sunulacak olan tanıkların iddia sahibinin çalıştığı iddia edilen dönemde çalışmış ve SGK'ya bildirim yapılmış sigortalılardan olması önem arz etmektedir. Ayrıca tanık beyanlarından çok eski tarihlere ilişkin olanları genellikle mahkemelerce dikkate alınmamaktadır. Ayrıca davalı işyerine komşu nitelikte sayılabilecek diğer işyerlerinin sahipleri ve/veya çalışanları tarafından yapılacak tanık ifadeleri de mahkemeler tarafından dikkate alınabilmektedir.

Tanık beyanlarının dışında işyeri ile alakalı bulunan veya işveren/işveren vekili tarafından işin yürütülmesine esas teşkil eden ya da iddia sahibinin söz konusu işyerinde çalıştığını gösteren her türlü yazılı belge ve evrak da mahkemeye delil olarak sunulabilecektir. Söz konusu belgelerin sonradan düzenlenebilir nitelikte olmaması mahkeme kararlarında önem arz etmektedir. Mahkemeler tarafından en fazla itibar edilen yazılı belgeler; yasal defter kayıtları, ücret bordroları, ücret hesap pusulaları, gelir ve gider belgeleri, özlük dosyaları ve sözleşmelerdir. Ayrıca noter veya kamu kurumlarınca onaylanmış veya düzenlenmiş olan her türlü belge de mahkemelerce önemli delil olarak kabul edilmektedir.

Hizmet tespit davalarında dikkate alınan önemli belgelerden birisi de denetim elemanlarına ait tutanaklar ve raporlardır. Nitekim özellikle fiili tespitler neticesinde düzenlenen raporlarda geriye dönük en fazla bir yıllık çalışmaların tespiti yapılabildiğinden hareketle bir yıldan fazlasına yönelik iddialar için hizmet tespit davası açılması halinde denetim elemanlarına ait tutanak ve raporlar mahkeme tarafından dikkate alınabilmekte ve delil ve tanık ifadeleri değişmemesine rağmen denetim elemanı tarafından verilemeyen hizmetler hakim tarafından verilebilmektedir.

Hizmet tespit davalarında aynı soyadı taşıyan davalı ve davacıların akraba olup olmadıkları araştırılmakta akrabalar arasındaki hizmet tespit husumetlerine daha titiz yaklaşılmaktadır.¹⁰ Örneğin davacı ile davalı karı-koca ise bunların birinin diğerinin hizmetini eksik bildirim yoluyla sosyal güvenceden mahrum bırakması hayatın normal akışına ters olacağından davacının çalıştığı sürelerin aynen bildirildiğinin kabulü gerekip bu konuda yazılı delil olmaksızın salt şahit beyanlarıyla aksine hüküm kurulmamaktadır¹¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2003/21-43 Esas, 2003/97 Karar ve 26.02.2003 tarihli kararında göre ise; kural olarak işe giriş bildirimleri ve çalışma belgeleri sigortalının imzasını içermelidir. Sigortalının imzasını içeren belgeler yönünden, imzasının kendisine aidiyeti sigortalı tarafından kabul edilenler ile inkar edilip de aidiyeti ehil bilirkişi incelenmesiyle saptananlardan, yine sigortalıca hata-hile-ikrah durumu ispat edilemeyenler bakımından, bu yazılı belgeler ve işyerinden yapılan kısmi bildirimler sigortalının o işyerinde kesintili çalıştığına karine oluşturur. Bu karinenin aksinin ancak eşdeğerde delillerle kanıtlanması gerekmekte olup tanık sözlerine değer verilemez.

Hizmet tespit davalarında aynı dönem bordrolarında/prim belgelerinde yer alan sigortalıların ifadeleri de önem taşımaktadır. Bu tanıkların bilgilerine başvurulmak ve olabildiğince delilleri toplayıp, bunları birlikte değerlendirerek sonucuna göre karar vermek iş mahkemeleri tarafından sıkça kullanılan bir usuldür. Bu yön, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555, 5.2.2003

¹⁰ Ersin Umdu, "Sigortasız İşçiler Haklarını Nasıl Aramalıdır?", *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2011, S. 74, s. 66

¹¹ Ersin Umdu, "Hizmet Tespit Davaları Nedir?" *Lebib Yalkın Dergisi*, Aralık 2010, s. 76

gün 2003/21-35-64, 15.10.2003 gün 2003/21-634-572, 3.11.2004 gün 2004/21-480-579 ve 2004/21-479-578, 10.11.2004 gün 2004/21-538 ve 1.12.2004 gün 2004/21-629 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

6. Hizmet Tespit Davalarının Sonuçları

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 18. Maddesine göre; 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olması gerektiği halde;

- a- Kurum'un denetim ve kontrolle görevli memurlarınca fiilen yapılan denetimler veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitler ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler veya kamu kurum ve kuruluşları ile 5411 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşlar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgiler sonucu,
- b- Kanun'un 8. maddesinin yedinci fıkrasına göre kamu idareleri ile Kanun'un 100. maddesine göre 5411 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşlar, döner sermayeli kuruluşlar, diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlarla yapılan protokoller çerçevesinde alınan bilgiler sonucu,
- c- Hizmet tespitine ilişkin kesinleşen yargı kararlarına göre,

Kurum'a bildirilmediği tespit edilenlerin tescil işlemleri Sosyal Güvenlik Kurumunca resen yapılır.

Yapılan resen tescil neticesinde mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından dikkate alınır. Ayrıca söz konusu sürelerle ilişkin sigorta primine esas kazanç tutarları üzerinden hesaplanacak prim tutarları ile 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca hesaplanacak gecikme zammı işverenden istenir.

5510 sayılı Kanun ile prim ödeme yükümlülüğü tamamen işverene verilmiş, sigortalıya ise bu konuda herhangi bir görev verilmemiştir. 5510 sayılı Kanununun 88. maddesine göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını

da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öder.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin, 2006/3797 esas ve 2006/13179 karar sayılı 27.11.2006 günlü kararına konu olayda; Gaziantep İş Mahkemesi'nin Yargıtay tarafından onanan kararıyla, işçinin 15.04.1989-30.9.1997 tarihleri arasındaki 5 yıl 5 ay 15 günlük (toplam 1.965 gün) sigortalı çalışmalarının tespitine karar verildiği, davanın 22.04.2003 tarihli dilekçe ve mahkeme kararı ile tespiti yapılan sürenin sigortalılık süresine eklenmesini talep ettiği, kurumun işverenden primlerin tahsili için gerekli işlemleri yaptığı, ancak tahsilini sağlayamadığını belirtip, mahkeme kararı ile tespit edilen süreye ait primler işverence ödenmediğinden emeklilik için gereken süreye dahil edilmeyeceğini, işveren primlerini işçi tarafından ödenmesi gerektiğini bildirmiştir. İşçi de bunun üzerine yeniden İş Mahkemesi'ne gitmiştir. Davacı işçi, yaşlılık aylığına hak kazandığının tespitini istemiş, mahkeme ise sigortalı çalışmalarından bir kısmının hizmet tespiti davası yoluyla elde edildiğini ve bu hizmetlere ilişkin primlerin işveren tarafından Kurum'a yatırılmadığını, primleri tahsil edilemeyen sürenin sigortalılık süresine eklenemeyeceğini, dolayısıyla prim ödeme gün sayısı koşulunun oluşmadığı gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Mahkemenin reddetmesi üzerine işçinin talebiyle temyize gidilmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi yukarıda belirtilen kararında "506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde "yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum'ca tespit edilmeyen sigortalıların çalışmalarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayılarının nazara alınacağı" belirtilmiştir. Yasa'da başka bir koşul öngörülmemiş olup, prim borçlarının ödenmesinden işverenler sorumlu olduğuna, ödenmeyen primlerin tahsil ve takibinden de kurum yetkili ve görevli bulunduğuna göre, Yasa'nın öngördüğü şekilde çalışmaları bildirmeyen işveren ve çalışmayı tespit etmeyen kurumun bu davranışlarının sonucu sigortalıya yüklenmemelidir. Aksi bir düşünce sigortalının hiçbir zaman yaşlılık aylığına ulaşamaması gibi bir sonucu da doğurabilir, bu da sosyal güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz." diyerek mahkemenin verdiği kararı bozmuştur.

Yine Yargıtay'ın bir kararına göre prim borcunun ödenip ödenmediğine bakılmaksızın hizmet tespitiyle kazanılan gün sayısının, hizmet tespitinin kesinleşmesinden sonra Kurum yönünden bağlayıcılık kazanması söz konusudur¹².

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "**prim ödeme yükümlüsü**" başlıklı 87. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; bu Kanun'un uygulanmasında kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigorta bakımından 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine ve 5. maddenin (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenlerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu hüküm atına alınarak mevcut hükümler aynen korunmuştur. Yani, hizmet akdine tabi olanlar ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçilerin primlerinin ödenmesi konusunda mevcut uygulamada olduğu gibi sigortalılara bir yükümlülük getirilmemiş, bu yükümlülük tamamen işverene verilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin düzenlemeler, genel itibariyle 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinde ve söz konusu maddeye istinaden çıkartılmış olan Sosyal Güvenlik Kurumunca 6183 Sayılı Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelikte yer almaktadır. Ayrıca 4447 sayılı Kanun uyarınca işsizlik sigortasına ilişkin ödenmesi gereken primlerin tahsili Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından aynı doğrultuda yapılmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 15. fıkrası gereğince, Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Kanununun 51, 102 ve 106. maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. 6183 sayılı Kanun'da yer alan kamu alacaklarını koruma yöntemleri Sosyal Güvenlik Kurumu'nun alacaklarının korunması açısından da kullanılmaktadır. Ancak, 6183 sayılı Kanun'da belirtilen yetki ve usule yönelik bir takım düzenlemeler için yönetmelik ile bir takım uyarlamalar yapılması yoluna gidilmiştir. Bu doğrultuda 6183 sayılı Kanun'da bahsedilen koruma yöntemlerinin sosyal güvenliğe yansımaları aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

¹² Yargıtay 10. HD'nin, 20.03.2006 tarih ve 124262934 sayılı Kararı

a) Teminat İstenmesi

Teminat istenmesi hususu ile alakalı olarak, 6183 sayılı Kanun'un 9 ila 12. maddelerinin yanı sıra Yönetmelikte bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. 6183 Sayılı Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesine göre; tahsil dairesi¹³, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan borçlunun durumu, Kurum alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu gösteriyor ise borçludan mevzuatta belirtilen teminatı isteyebilir.

Ayrıca Yönetmeliğin aynı maddesine göre; Kurum alacağını tahakkuk ettirecek gerekli işlemlere başlanmış olması hâlinde, Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler sonucunda bulunan tutar üzerinden tahsil dairesince teminat istenebilir. Görüldüğü üzere her iki halde de teminat istenmesi idarenin inisiyatifine bırakılmış olup, zorunlu bir uygulama değildir.

Kurumca teminat olarak istenebilecek değerler ise 6183 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan kıymetlerdir. Teminat sonradan tamamen veya kısmen değerini kaybeder veya borç miktarı artarsa, teminatın tamamlanması veya yerine başka teminat gösterilmesi istenir. Borçlu verdiği teminatı kısmen veya tamamen aynı değerde başkalarıyla değiştirebilir.

Ayrıca Yönetmeliğin 6. maddesine göre; Kurum alacaklarının tahsili ile ilgili olarak 6183 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinde belirtilen teminatı sağlayamayan borçluların, borç ödemede hüsnüniyetli ve malî gücü yüksek olan muteber bir şahsı müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu olarak göstermesi hâlinde, şahsi kefaleti ve gösterilen şahsı kabul edip etmeme konusunda tahsil dairesi yetkilidir.

b) İhtiyati Haciz

6183 Sayılı Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelik'e göre, ihtiyati haciz, Kurum alacakları ile ilgili olarak 6183 sayılı Kanununun 13. maddesinde belirtilen sebeplerin bulunması

¹³ Tahsil dairesi; Kurumun tahsilatla görevli ünitesini, servisini, icra memurlarını, memurlarını ve Kurum adına vekaletname verilen gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.

hâlinde¹⁴, hiçbir süreye bağlı kalmaksızın ünite müdürünün kararıyla derhâl uygulanır.

Haklarında ihtiyati haciz uygulanan borçlular, haczin yapıldığı tarihten, gıyapta yapılan hacizlerde ise haczin tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili iş mahkemesinde dava açabilir.¹⁵ Borçlu tarafından, ihtiyati hacze karşı 7 gün içinde ihtiyati haczin iptali için dava açılmış olsa bile, hüküm kesinleşinceye kadar ihtiyati haciz devam eder. İhtiyati hacze karşı 7 günlük dava açma süresinin geçmesinden sonra alacaklı tahsil dairesince ödeme emrinin tebliği ile ihtiyati haciz kesin hacze çevrilir.

6183 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre; Borçlu, 10. maddenin 5. bendinde yazılı menkul mallar¹⁶ hariç olmak üzere, mezkûr maddeye göre teminat gösterdiği takdirde ihtiyati haciz, haczi koyan merci tarafından kaldırılır.

c) İhtiyati Tahakkuk

İhtiyati tahakkuk uygulaması da kamu alacaklarını güvence altına almaya yönelik etkin bir müessesedir. İhtiyati tahakkuk, kamu alacağının, yetkili birimin emriyle amme alacağını güvenceye almak için geçici olarak tahakkuk ettirilmesidir.

- ¹⁴ 6183 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre ihtiyati haciz sebepleri şunlardır;
1. 6183 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,
 2. Borçlunun belli ikametgahı yoksa,
 3. Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmayı ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,
 4. Borçludan teminat göstermesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,
 5. Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,
 6. Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısıyla amme davası açılmış ise,
 7. İptali istenen muamele ve tasarrufun mevzuunu teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkarılanın diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30 uncu maddelerinin tatbikini icabettiren haller varsa.
- ¹⁵ İhtiyati hacze karşı açılacak davalarda iki iddia ileri sürülebilir. Bunlar; ihtiyati haczin usulüne uygun olmadan uygulanması ve ihtiyati haciz sebeplerinin olmamasıdır.(6183 SK-md.15)
- ¹⁶ İlgililer veya ilgililer lehine üçüncü şahıslar tarafından gösterilen ve alacaklı amme idaresince haciz varakasına müsteniden hacedilen menkul mallar.

6183 Sayılı Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesine göre; ünite¹⁷ müdürü, 6183 sayılı Kanunun 17. maddesinde belirtilen sebeplerin bulunması hâlinde¹⁸, ilgili servisin yazılı talebi üzerine borçlunun henüz tahakkuk etmemiş borçlarından Kurumca tespit ve ilan edilecek olanlarla bunların gecikme cezası, gecikme zammı ve idari para cezalarının derhâl tahakkuk ettirilmesi hususunda yazılı emir verebilir. Ünitenin ilgili birimleri bu emri derhâl tatbik etmek zorundadır.

Haklarında ihtiyati tahakkuk üzerine ihtiyati haciz uygulanan borçlular, ihtiyati tahakkuk sebeplerine ve miktarına haczin yapıldığı tarihten, gıyapta yapılan hacizlerde ise haczin tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili iş mahkemesinde dava açabilir.

d) Diğer Koruma Yöntemleri

Yukarıda açıklaması yapılanlar dışında 6183 sayılı Kanun'da öngörülen diğer koruma yöntemleri de Sosyal Güvenlik Kurumu alacaklarının takip ve tahsilinde uygulanabilmektedir. Buna göre diğer koruma yöntemleri şöyledir;

i. Mal Bildiriminde Bulunma: Mal bildirimini, borçlunun gerek kendisinde, gerekse üçüncü şahıslar elinde bulunan mal, alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın, nevini, mahiyetini, vasfını, değerini ve her türlü gelirlerini veya haczi kabil mal veya geliri bulunmadığını ve yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya sözle tahsil dairesine bildirmesidir.¹⁹

¹⁷ Ünite; Kurumun tahsilatla görevli sosyal güvenlik il müdürlüğü ile sosyal güvenlik merkezlerini ifade eder.

¹⁸ 6183 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre ihtiyati tahakkuk sebepleri şunlardır;

- a) 6183 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,
- b) Borçlunun belli ikametgâhu yoksa,
- c) Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,
- d) Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,
- e) Mükellef hakkında 6183 sayılı Kanunun 110. maddesi gereğince (tahsile engel olmak/zorlaştırmak) takibata girişilmişse,
- f) Teşebbüsün muvazaalı olduğu ve hakikatte başkasına aidiyeti hakkında deliller elde edilmişse.

¹⁹ Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, 7 günlük müddet içinde borcunu ödemediği ve mal bildiriminde de bulunmadığı takdirde mal bildiriminde bulunun-

ii. *İptal Davası Açma*: Amme borçlusunun 6183 sayılı Kanununun 27, 28, 29 ve 30. maddelerinde yazılı tasarruf ve muamelerinin iptali için umumi mahkemelerde dava açılır ve bu davalara diğer işlere takdimen umumi hükümlere göre bakılır (6183 SK-md.24).

iii. *Kurum Alacağıın Rüçhaniyet Hakkı*: Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz. (6183 SK-md.21).

iv. *Ortaklığın Feshini İsteme*: Borçluya ait mal bulunmadığı veya amme alacağını karşılamaya yetmediği yahut borçlu veya ortaklık tarafından bu 6183 sayılı Kanuna göre teminat gösterilmediği takdirde, borçlunun sermayesi paylara bölünmüş olmayan ortaklıklardaki hisselerinden amme alacağıın tahsili için genel hükümler dairesinde ortaklığın feshi istenebilir.(6183 SK-md.34)

v. *Devralanın Sorumluluğu*: Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. (5510 SK-md.89/1)

7. Hizmet Tespit Davası Sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Uygulanacak İdari Para Cezaları

Açılan hizmet tespit davasının davacı lehine sonuçlanması halinde

caya kadar bir defaya mahsus olmak ve üç ayı geçmemek üzere hapisle tazyik olunur. Hapisle tazyik kararı, ödeme emrinin tebliğini ve 7 günlük müddetin bitmesini mütaakıp tahsil dairesinin yazılı talebi üzerine icra tetkik mercii hakimi tarafından verilir. Bu kararlar Cumhuriyet Savcılığınca derhal infaz olunur. Mal bildiriminde, malı olmadığını gösteren veyahut borca yetecek kadar mal göstermemiş olan borçlu, sonradan edindiği malları ve gelirindeki artmaları, edinme ve artma tarihinden başlayarak 15 gün içinde tahsil dairesine bildirmeye mecburdur.(6183 SK-md. 60,61)

işveren aleyhine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bazı idari para cezaları uygulanması gerekmektedir. Bu idari para cezaları sigortalı işe giriş bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgeleri ile ilgilidir. Sigortalı işe giriş bildirgesi veya aylık prim ve hizmet belgesi, yapılacak tebligat üzerine Kuruma verilse bile işveren hakkında yine de idari para cezası uygulanmalıdır²⁰.

a) Sigortalılık Tesciline İlişkin Uygulanacak İdari Para Cezası

5510 Sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sigortalılığa ilişkin bildirgenin süresinde verilmemesi halinde uygulanacak idari para cezaları düzenlenmiştir.

İşverenlerin, 5510 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişiler için işe giriş bildirgesini vermediğinin,

- Mahkeme kararından,
- Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden,
- Diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarının kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden,
- Bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan,

alınan bilgi ve belgelerden anlaşılması halinde bildirgeyi vermekle yükümlü olanlar hakkında her bir sigortalı için aylık asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanacaktır. Burada kıstas alınması gereken asgari ücret, bildirgenin verilmesi gereken son günde geçerli olan asgari ücrettir.

İşyeri esas alınmak suretiyle bildirgenin verilmediğine ilişkin mahkemenin karar tarihinden itibaren bir yıl içinde Kurumca tekrar bildirge verilmediğinin anlaşılması halinde, bildirgeyi vermekle yükümlü olanlar hakkında bu defa her bir sigortalı için aylık asgari ücretin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır.

²⁰ Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu; **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta Yayınları, 2008, s.239

Tekerrür hali sadece Kurumca veya mahkemece yapılan tespit halinde söz konusu olup, işverenin kendiliğinden süresi dışında verdiği işe giriş bildirgeleri veya usulüne uygun olmayan şekilde bildirgenin verilmesi hallerinde uygulanmamaktadır. Tekerrür hali genel sağlık sigortası giriş bildirgelerinin verilmediğinin yukarıda sayılan makamlardan birisi tarafından tespit edilmesi halinde söz konusu olmayacaktır.

Tekerrür halinde önem arz eden bir başka husus ise ceza uygulamasının işyeri bazında dikkate alınmasıdır. Bir işverenin birden fazla işyerinde meydana gelecek tekerrür hallerinde yukarıda belirtilen ağırlaştırılmış idari para cezası uygulanması söz konusu olmayacaktır.

b) Prim Belgelerinin Verilmemesi Nedeniyle Uygulanacak İdari Para Cezası

5510 Sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde prim belgelerine yönelik idari para cezaları düzenlenmiştir. Buna göre 5510 Sayılı Kanun'un 86 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca verilmesi gereken belgeleri, Kurumca belirlenen şekilde ve usûlde vermeyenler ya da Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler veya belirlenen süre içinde vermeyenlere her bir fiil için, belgenin mahkeme kararı, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden, hizmetleri veya kazançları Kuruma bildirilmediği veya eksik bildirildiği anlaşılan sigortalılarla ilgili olması halinde, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı, işverence düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmaksızın, aylık asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır. Burada kıstas alınması gereken asgari ücret, belgenin verilmesi gereken son günde geçerli olan asgari ücrettir.

8. Bazı Ülkelerde Genel Olarak Hizmet Tespit Davası Uygulamaları

Almanya'da sosyal güvenliğe yönelik uyuşmazlıkların ve hizmet tespitlerinin çözümüne ilişkin olarak ayrı bir yargı rejimi bulunmaktadır. Bu amaçla sosyal mahkemeler kurulmuştur. Sosyal mahkemelerin görevleri sosyal sigorta anlaşmazlıklarını çözmektir. Burada üçlü bir kademe bulunmaktadır ve kararlara karşı bir üst mahkemeye itiraz ve temyiz hakkı bulunmaktadır. Söz konusu kademeler sırasıyla; Sosyal Mahkemeler, Eyalet Sosyal Mahkemeleri ve Federal Sosyal Mahkemelerdir. Söz konusu mahkemelerin çalışma usul ve esasları ise Sosyal Mahkemeler Kanunu ile düzenlenmiştir.²¹

İsveç Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan başvurularına ret yanıtı alan veya anılan kurumun almış olduğu karardan memnun olmayan bir kimse itiraz yoluna gidebilmektedir. Bu durum hizmet tespitine yönelik başvurular için de geçerlidir. İtirazın yazılı olarak yapılması şartı getirilmiş olup, itiraz dilekçesi il idare mahkemesine muhatap olarak yazılmalı fakat dilekçe Sosyal Güvenlik Kurumuna da gönderilmelidir.²² İtiraz dilekçesinin sosyal güvenlik kurumu tarafından alınmış kararın verildiği günden sonraki iki ay içinde anılan kuruma ulaşması gereklidir. İl idare mahkemesinin dava ile ilgili olarak vermiş olduğu karardan memnun olunmadığı takdirde kişi itirazını Sayıştaya, buradan alınacak karardan da memnuniyet duyulmaması üzerine en yüksek idari mahkeme olarak görev yapan Danıştaya itirazını taşıyabilmektedir. Danıştayın dava hakkında almış olduğu karar kesin olmakla birlikte, söz konusu karara itiraz yolu kapalıdır.²³

Hollanda'da ise sosyal güvenliğe ve hizmet tespitine yönelik alınan kararlara itirazlar yöre mahkemesinin idari bölümüne yapılır. Eğer mahkeme yine ilgilinin mutabık olmadığı bir karar alırsa, genellikle merkez itiraz konseyine ikinci bir itirazda bulunulur. Bu itiraz mahkeme kararının bildirildiği tarihi izleyen 1 ay içinde yapılır.²⁴

²¹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales Referat Information (BMAS), **Social Security**, Bonn 2009, s. 157 vd.

²² Forsakringskassan, **Social Insurance**, www.forsakringskassan.se, s.36

²³ Forsakringskassan,, a.g.e, s.36; Bahadır Uysal, İsveç Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Bilgi Notu, TC Stokholm Büyükelçiliği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, 16.11.2009, s.8

²⁴ <http://www.expatax.nl/socialsecurityexpatax.htm> (26.06.2011)

9. Değerlendirme ve Sonuç

Uyuşmazlıkların, mahkemelerde dava açmak suretiyle çözümlenmek istenmesinin, hem idare hem de mükellefler yönünden çeşitli sorunları ve maliyetleri vardır²⁵. Bu sebeple uyuşmazlıkların yargı yoluna taşınmadan idari aşamada çözümlenmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim hizmet tespitlerine ilişkin uyuşmazlıkların yargıya taşınmaması amacıyla bir takım idari çözüm yolları düzenlenmiştir. Ancak bu yolların yeterliliği ve etkinliği tartışılır durumdadır. Nitekim hizmet tespitine ilişkin yetki sınırlılığı beraberinde idari anlamda çözümsüzlüğü ve yargıya başvurmada kaçınılmazlığı beraberinde getirmektedir.

Sosyal güvenliğe ilişkin uyuşmazlıkların idari aşamada çözümlenmediği durumlarda yargı yoluyla çözümlenme söz konusu olmaktadır. Sosyal güvenliğe ilişkin olarak görevli yargı mercilerine bakıldığında ise bir çokbaşlılık olduğu görülmektedir. Öyle ki idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklar idare mahkemelerinde görülmekte iken diğer uyuşmazlıklar (prim oranının ve işkolu kodunun tespiti, hizmet tespiti, prim tahakkuku ve primlerin tahsilatı) ise iş mahkemelerinde görülmektedir. Sosyal parafiskal yükümlülüklerde bazen bir hukuki durum birden fazla uyuşmazlık ortaya çıkartabilmektedir. Örneğin, bir hizmet tespiti veya asgari işçilik incelemesi sonucunda hem prim tahakkuku hem de idari para cezası söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla bazen bir hukuki durum ile ilgili iki farklı yargı merciine başvurmak gerekebilmektedir. Bu sebeple sosyal güvenliğe yönelik uyuşmazlıklarda yalnızca bir yargı yerinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca iş mahkemelerinin daha çok çalışma hayatı ve iş hukuku ile ilgili davalarda uzmanlaşmış olmaları sebebiyle özellikle prim oranı, prim tahakkuku ve prim tahsilatı hususlarındaki kararları Yargıtay'da bozulabilmektedir. Bununla birlikte vergi mevzuatı ile paralellik gösteren bazı hususlarda aynı konu ile alakalı farklı yargı mercilerinin görevli olduğu görülmektedir. Aynı durumları özellikle 6183 sayılı Kanun'un uygulanması açısından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da görmemiz mümkündür. Yaşanan bu durum çoğu zaman şahısların yanlış yargı merciine başvurmalarına da sebep olmaktadır.

²⁵ Şükrü Kızılot, Doğan Şenyüz, Metin Taş, Recai Dönmez, **Vergi Hukuku**, İkinci Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2007, s. 225

Son olarak sosyal parafiskal yükümlülüklerle ilişkin yaşanan uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümlenme girişimlerinin genellikle idare aleyhine sonuçlandığı görülmektedir. Bu sebeple uyuşmazlıkların idari aşamada çözümlenmesi büyük önem taşımaktadır. Yargı kararlarının idare aleyhine sonuçlanmasının başlıca nedenleri şöyledir;²⁶

- Mevzuatta yapılan sık değişiklikler karşısında tarafların bu değişikliklere yeterince ön hazırlıklı olmaması,
- İdarede yasal düzenlemeler yerine genelge ve iç emirlerle yasa hükümlerine uyumlu olmayan düzenlemelere göre işlem yapılması,
- İdare ile yargı arasındaki iletişim kopukluğu nedeniyle yasaların farklı yorumlanması,
- İdarenin bir konudaki yargı kararını sadece o işlem için uygulaması benzer konulardaki işlemlerde bu kararı göz önünde bulundurmaması,
- Yasaların yürürlüğe girmesinde hakkaniyet ilkesinin göz ardı edilerek uygulanması sonucunda bu işleme karşı yargıya başvurulması ile yargı sayesinde hakkaniyet ilkesine aykırı olduğu kararının verilerek idari işlemin uygulanmasına son verilmesi.

İş hukuku ve sosyal güvenlik sistemimizde ortaya çıkan uyuşmazlıklara hizmet tespit davaları özelinde yaklaştığımız zaman karşımıza çıkan en önemli eksikliğin de idari aşamada yaşanan yetki sınırlılığıdır. Nitekim Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 26. maddesine göre; Kurum'un denetim ve kontrolle görevli memurlarının işyerinde yaptıkları durum tespiti sırasında, sigortalı, işyerinde çalışan diğer sigortalılar, işyeri mahallinde bulunanlar veya işveren beyanına dayanılarak yaptıkları ve tespit tarihinden önceki bir yıllık süreye ilişkin hizmetler de sigortalılıkta dikkate alınır.

Yukarıda yer verilmiş olan mevzuat hükmünden de anlaşılacağı üzere fiilen yapılan tespitlerde; tutanakta bir yıldan fazla öncesine ait bir tarih düzenlenmiş olsa bile, en fazla tespit tarihinden bir yıl önceki süreler dikkate alınmaktadır. Bir yıldan daha fazla sürelerle

²⁶ Ramazan Armağan, "Vergi Uyuşmazlıklarının Yargı Sürecinde Çözümü: Isparta İli Özelinde Bir Değerlendirme", *Maliye Dergisi*, Ocak-Haziran 2009, S. 156, s. 217

ait tespitler hizmet olarak değerlendirmeye alınmayacağından, söz konusu süreler için yetkili mahkemeye hizmet tespit davası açılması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun'a göre işyerinde çalıştığı fiilen tespit edilen sigortalının geriye dönük bir yıllık hizmetinin tespiti için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Oysaki Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde çalıştığı fiilen tespit edilen sigortalıya geriye dönük bir yıllık hizmet kazandırabilmek belli koşulların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. 5510 sayılı Kanun bu yönüyle hizmet tespiti açısından sigortalıların yararına görünse de bahse konu kanuna bir bütün olarak baktığımızda kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Şöyle ki; 5510 sayılı Kanun'un "Kurumun Denetleme ve Kontrol Yetkisi" başlıklı 59. maddesinde; Kurum'un denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin hariç her türlü delile dayandırılacağı, bunlar tarafından düzenlenen tutanakların ise aksi sabit oluncaya kadar geçerli sayılacağı belirtilmektedir. Hal böyle iken aynı Kanun'un 86. maddesinde belirtilen ve aynı denetim elemanlarınca düzenlenen tutanakların hizmet tespiti açısından geriye dönük sadece bir yılını geçerli saymak olaya hukuksal olarak delil kavramı açısından bakıldığında bir çelişkidir.²⁷

Ayrıca, sigortasız çalıştırılan işçinin, geriye dönük çalışmalarının mevcut olduğunun, yeterli delil ve bulgularla ortaya konması, denetimin pratiğinde son derece zordur. İşyerlerinde yapılacak denetimlerde, sigortasız olarak çalıştırıldığı tespit edilen işçiler, geriye dönük olarak ne kadar süre çalışmış olurlarsa olsun, sadece bir gün üzerinden kayıt altına alınabileceklerinden, sigortasız işçi çalıştırmak, işveren açısından son derece cazip bir duruma gelmektedir.

Hizmet tespit davalarında dikkate alınan önemli belgelerden birisi de denetim elemanlarına ait tutanaklar ve raporlardır. Nitekim özellikle fiili tespitler neticesinde düzenlenen raporlarda geriye dönük en fazla bir yıllık çalışmaların tespiti yapılabildiğinden hareketle bir yıldan fazlasına yönelik iddialar için hizmet tespit davası açılması halinde denetim elemanlarına ait tutanak ve raporlar mahkeme tarafından

²⁷ Umut Topçu, "Sigortalı Hizmetlerinin Fiilen Espiti Sorunu Yeni Sosyal Güvenlik Kanunu İle Aşıldı (Mı?)", *Yaklaşım Dergisi*, Temmuz 2008, S.187

dikkate alınabilmekte ve delil ve tanık ifadeleri değişmemesine rağmen denetim elemanı tarafından verilemeyen hizmetler hakim tarafından verilebilmektedir. Bu durum hukukun ve adaletin hızlı işlemediğinden önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

KAYNAKLAR

ARMAĞAN Ramazan; *“Vergi Uyuşmazlıklarının Yargı Sürecinde Çözümü: Isparta İli Özelinde Bir Değerlendirme”*, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran 2009, S. 156

BULUT Mehmet; Sosyal Güvenlik Usul Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2010

BULUT Mehmet; İş Sözleşmesiyle Çalışanlar ve İşverenler İçin Hizmet Tespit Davaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2011

Bundesministerium für Arbeit und Soziales Referat Information (BMAS); Social Security, Bonn 2009

ÇAKMAK İhsan; Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu-Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2004

ÇOLAK Mahmut, ÖZTÜRK Ercüment; Hizmet Tespit Yöntemleri ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2006

Forsakringskassan, Social Insurance, www.forsakringskassan.se

GÜZEL Ali, OKUR Ali Rıza, CANIKLIOĞLU Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 2008

KIZILOT Şükrü, ŞENYÜZ Doğan, TAŞ Metin, DÖNMEZ Recai; Vergi Hukuku, İkinci Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2007

TOPÇU Umut, *“Sigortalı Hizmetlerinin Fiilen Espiti Sorunu Yeni Sosyal Güvenlik Kanunu İle Aşıldı (Mı?)”*, Yaklaşım Dergisi, Temmuz 2008, S.187

TUNCAY A. Can, EKMEKÇİ Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005

Ulusal/Uluslararası Çalışma-Sosyal Güvenlik-Hukuk-Ekonomi Sözlüğü Cilt: 2, Ankara: SSK Gn.Md. Yayın No: 538

UMDU Ersin, "Sigortasız İşçiler Haklarını Nasıl Aramalıdır?", *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2011, S. 74

UMDU Ersin, "Hizmet Tespit Davaları Nedir?" *Lebib Yalkın Dergisi*, Aralık 2010

UYSAL Bahadır, İsveç Sosyal Güvenlik Sistemine İlişkin Bilgi Notu, TC Stokholm Büyükelçiliği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği, 16.11.2009

<http://www.expatax.nl/socialsecurityexpatax.htm> (26.06.2011)

AİLE KONUTUNUN ÖZELLİKLERİ, UNSURLARI, KORUMA SÜRESİ VE KORUNMA NEDENLERİ

THE ELEMENTS AND CHARACTERISTICS OF FAMILY RESIDENCE, PROTECTION PERIOD AND THE REASONS OF PROTECTION

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER*

Özet : 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanunda birçok değişiklik yapmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş, ayrıca Türk hukukuna aile konutu kavramı getirilmiştir. Aile konutuyla kastedilen; eşlerin ve varsa çocukların birlikte yaşadıkları ve ailenin yaşam merkezi olarak kabul edilen konuttur. Hukukumuzda yeni bir müessese olmasına rağmen, Türk aile yapısı içinde aile konutunun diğer ülkelerden çok daha önemli bir konuma sahip olduğu söylenilebilir.

Aile konutu kural olarak tek konuttur ve evlilik birliğinin devamı süresince korunur. Ayrıca Türk Medeni Kanunu, eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin o güne kadar devam eden yaşam tarzının muhafazasını mümkün kılmak amacıyla; 240, 254, 255, 270 ve 652. maddelerle bazı kurallar getirmiştir. Bu düzenlemeler gereği sağ kalan eş aile konutunun mülkiyetinin veya konut üzerinde intifa veya oturma hakkının miras payına veya tasfiye alacağına mahsuben kendisine özgülenmesini talep edebilmektedir. Böylece aile konutu koruması evlilik ötesine taşınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Medeni Kanunu, Aile konutu, Sağ Kalan Eş

Abstract : Turkish Civil Code applicable in 1 January 2002 made a lot of amendment on the former Civil Code. Participation in the acquired property was accepted as statutory regime and the institution of family residence was brought to Turkish law. The family residence is the residence in which the spouses and children are living in and accepted as a center of living for the family. Although a new development is in Turkish law, In the Turkish family structure, the family residence is more important than other countries.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü (Hâkim), Ankara Üniversitesi (Sosyal Bilimler Enstitüsü) Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

As a rule, the family residence is an only one house and it is protected during the continuation of marriage. Also the Turkish Civil Code, has established some rules with art. 240, 255, 279 and 652 and the objective of this allotment rules is to ensure the preservation and continuity of the surviving spouse's standards of living up to that day after the death of a spouse. Accordance with these regulations, the surviving spouse can demand to the account of his/her inheritance share or the share of the liquidation, allocation of the residence or an entitlement of usufruct or right of habitation. So the protection of the family residence is transported beyond marriage.

Key Words: Turkish Civil Code, Family Residence, Surviving Spouse

Giriş

22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 1926 yılından beri yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi² yürürlükten kaldırılmış ve hukuk hayatımızda yeni bir dönem başlamıştır. Türk hukuk devriminin temel taşlardan biri olan Türk Kanunu Medenisi'nde³ de, aile hukuku alanında reform niteliğinde hükümler yer almakla birlikte, zamanla çoğalan ve farklılaşan insan ihtiyaçları ve dünya genelinde yaşanan sosyal ve ekonomik alandaki değişiklikler paralelinde, pozitif hukukun en canlı bölümü olarak değerlendirilebilecek olan medeni yasalarda, özellikle kadın erkek eşitliğinin sağlanması ve ailenin korunması bağlamında birçok yabancı hukuk sisteminde değişiklikler yapılmış, özellikle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki son düzenlemeler yönünde, Türk Medeni Kanunu'nda da, Türk hukukunda bugüne kadar mevcut olmayan önemli yenilikler getirilmiştir.⁴

Bu kapsamda, birçok yabancı hukuk sisteminde daha uzun bir geçmişe sahip olan aile konutu müessesesi de, Türk hukukuna 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kazandırılmış olan yeni ve önemli bir hukuki müessesedir. Uygulamada henüz çok işlevsel olarak kullanılmamakla birlikte, ailenin ve ülke koşulları nazara alındığında özellikle

¹ R.G. 8.12.2001-27607.

² R.G. 4.4.1926-339.

³ Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesi için bkz. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı, Ankara 2002, s.238.

⁴ Bkz. Kılıçoğlu, M.Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

kadın eşin çocuklarıyla barınma hakkının korunması noktasında kavram, çok önemli bir noktada durmaktadır.

Aile konutunun Kanunda tanımı yapılmamakla beraber, Kanunun gerekçesinde aile konutuna ilişkin bir tanıma yer verilmiştir⁵.

Hukukumuzda yeni bir müessese olmasına rağmen, Türk aile yapısı içinde aile konutunun diğer ülkelerden çok daha önemli bir konuma sahip olduğu söylenilebilir. Ekonomik koşullar nazara alındığında, bir konutun satın alınması veya kiralama suretiyle de olsa bir konut edinilmesi, eşler için büyük sıkıntılara yol açmakta, büyük ekonomik fedakârlıklar ve emek gerektirmekte olup, maddi değerinin yanı sıra, eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu konut ekseninde gerçekleştirdiği nazara alındığında, aile konutunun eş ve çocuklar için manevi ve duygusal bağlarının da bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁶

Bu önemine binaen, aile konutunun birliğin devamı sırasında gelişigüzel elden çıkarılması veya mülkiyet ve kullanım hakkını takyit eden işlemlere konu olması, ayrıca evlilik birliğinin sona ermesi halinde de üçüncü kişilere devredilmesi, büyük sıkıntılara yol açabilmektedir. Bu kapsamda, 4721 sayılı TMK'da, evliliğin genel hükümleri (m.194, m.197), mal rejimleri (m. 240, 254, 255, 279) ve mirasın paylaşılmasıyla ilgili kısımlarda (m.652) bu yeni müesseseye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümlerle, gerek aile konutunun seçilmesi, gerek aile konutu üzerindeki kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlerin geçerliliği hususunda yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümlerin yanı sıra, aile konutunun işlerlik alanını güçlendiren bir diğer düzenlemeye de TMK'nın 591/II. fıkrasında yer verilmiş, terekenin mühürlenmesi sırasında, taşınmazların mirasbırakanla birlikte yaşayanların oturmaları için zorunlu olan bölümlerinin mühürlenmenin dışında tutulacağını belirten Türk Medeni Kanunu, böylece konutun, ölüm halinde ölenle birlikte yaşayanların yaşantılarını devam ettirebilmeleri noktasındaki önemini tekrar vurgulamak istemiştir.

⁵ Gerekçe için bkz. Ertaş, Şeref / Koç, Nevzat, Türk Medeni Kanunu, C. 1, İzmir 2002, s. 289.; Em, Ali / Sözen, Ayten / Kaçak, Nafiz / Yılmaz, Zümra, Açıklamalı, Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s.275.; Yavuz, Cevdet, Türk Medeni Kanunu - Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2002, s.273.

⁶ Kılıçoğlu, M. Ahmet, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s.7.

Birliğin devamı sırasında, aile konutunun seçilmesi ile kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlere konu olması hususunda getirilen düzenlemeler kadar, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi imkanı da, aile konutu kapsamında getirilen önemli koruyucu düzenlemelerden birisidir. Zira bireylerin hayatında bu denli önemli olan varlıkların, birliğin son bulması halinde kimin kullanımında kalacağı, özellikle konutun mülkiyeti kendisinde olmayıp ekonomik yönden de güvenceli durumda olmayan eş açısından oldukça önemlidir. Bu kapsamda Türk Medeni Kanunu, 240, 255 ve 279. maddelerinde, sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi sonucunda aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesi, 652. maddesinde ise sağ kalan eşin yine aile konutu üzerinde mirasçılık sıfatına bağlı bir yasal, aynı talep hakkı bulunduğu hususlarını düzenlemiştir. Ayrıca, Kanunun 254. maddesinde, evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbetine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Tüm hukuk sistemlerinde temel haklardan sayılarak koruma altına alınan barınma hakkı kapsamında, aile hayatı için yadsınamayacak bir değeri haiz olan aile konutu müessesesini inceleyeceğimiz çalışmamızda, sırasıyla aile konutu kavramı, bu kavramın unsur ve özellikleri, koruma süresi ile önemi ile korunma nedenleri üzerinde durulacaktır.

I - Aile Konutu Kavramı

Aile konutu kavramı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu terminolojisiyle hukuk hayatımıza girmiş olan en önemli kavramlardan birisi olup, TMK'nın gerek evliliğin genel hükümlerini⁷, gerek mal rejimlerini⁸, gerekse mirasın paylaşımını⁹ düzenleyen hükümleri arasında yer almış olan önemli bir kavram olmasına karşın, TMK' da aile konutu kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir.

Ancak TMK'nın gerekçesinde kavrama ilişkin bir tanıma yer verilmiş olup, aile konutu gerekçede¹⁰ “ eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekân” olarak tanımlanmıştır¹¹.

⁷ Bkz. TMK md.194 ve 197.

⁸ Bkz. TMK md.240, 254, 255 ve 279.

⁹ Bkz. TMK md.652.

¹⁰ Gerekçe için bkz. Ertaş / Koç, s. 289.; Em / Sözen / Kaçak / Yılmaz, s.275.; Yavuz, s.273.

¹¹ Barlas, Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası

TMK'nun gerekçesi dışında, aile konutuna ilişkin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu konulu genelgesinde¹² de bir tanım yer almakta olup, aile konutu ilgili genelgenin I/3. maddesinde *"eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekân"* olarak tanımlanmıştır¹³.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da aile konutuna ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Kanaatimizce ; aile için bu denli önemli bir müessese olan aile konutunun bir tanımla daraltılması yerine, her somut olayın özellikleri ve sübjektif nitelikleri nazara alınarak uygulamacılar tarafından şekillendirilmesi, kanunun düzenleme amacına daha uygun olacak ve hakkaniyete uygun sonuçlar elde edilmesine hizmet edecektir.

Bununla birlikte, doktrinde aile konutuna ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır¹⁴. Yapılan bu tanımların birçoğundaki ortak nokta, aile ko-

Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.122.; Yazar, gerekçede yer alan tanımı, hukuki olmaktan çok romantik karakterli bir tanım olduğunu belirterek eleştirmektedir.

¹² Genelgenin tam metni için bkz. <http://www.tkgm.gov.tr/ana.php?Sayfa=genelgedetay&Id=263>; Özüğür, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.145.; Şıpka, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2004, s.185 vd.

¹³ Genelgede ayrıca edinilmiş mallara katılma rejimi, velayet - çocuk malları konularına da yer verilmiş olup, genelge hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, Arzu, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 sayılı, 11.06.2002 tarihli Genelgesi'nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.127 vd.

¹⁴ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.47; Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Aile Hukuku, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s.121; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.83; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 199; Knoepfler, François (Çeviren Özer, Ahmet), İsviçre Yeni Aile Hukuku Üzerinde Açıklamalar, YD., 1998, C.14, S.1-2, s.124; Schless, Richard, Hausrat und Wohnung in Güterstandauseinanderetzung und Erbteilung (nach den neuen Art.219, 244 un 612a ZGB), Dissertation, Bern 1989, s.71; Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.169; Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas, Das Familienrecht, Berner Kommentar, Band II, 2.Teilband Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, Art. 169, Nr. 14, s.376; Antalya, Gökhan, Miras Hukuku, Antalya 2009, s.461; Yağcıoğlu, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007, s.92; Şeker, Muzaffer, İsviçre Hukuku'nda Aile Konutunun Boşanma Halinde İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi, Art.121 ZGB, EÜHFD, 2007, C.XI, S.3-4, s.474; Barlas, Hukuki İşlem Öz-

nutunun eşlerin yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer olması unsuru üzerinde durulmasıdır.

Yargıtay da aile konutunu; "eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirindikleri, acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yo-

gürlüğü ve Sınırları, s.122; Standley, Kate, Family Law, Great Britain 2001, s.53; Doğan, Murat, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2003, s.652.; Doğan, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu, AÜEHFD, C.VI, S.1-4, 2002, s.286.; Doğan, Murat, Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD, 2003, C.52, S.4, s.106; Havutçu, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C.VII, S.1, İzmir 2005, s.141; Uçar, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.47, Ocak 2006, s.1, (18.01.2006), www.e-akademi.org.tr; Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2002, s.245; Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s.61; Demir, Mehmet, Eşlerin Yaptığı Hukuki İşlemler, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un Hukuk Yapılanmasındaki Yenilikleri, Konferans Bildiriler ve Tartışmalar, 02.02.2002, Muğla 2002, s.700; Genç Arıdemir, s.129; Çabri, Sezer, Aile Konutu Şerhi, Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s.403; Baygın, Cem, 4721 Sayılı Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'a Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.455; Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s.635; Gloor, Urs, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach Schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1987, s.59; Bağcı, Ömer, Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S. 2, 2007, s. 162; Kamacı, Mahmut, Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D., 2004, S. 1-2, s. 116; Giray, Faruk Kerem, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Y. 23, S.1-2, 2003, s.426.; Ruoss, Thomas Reto, Der Einfluss des neuen Eheerchts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, ZSR 1988 1. Halbband, s.79.; Aile konutunu aile ve konut olmak üzere iki unsur itibariyle ayırarak ele alan ve bu şekilde tanımlayan yazarlar da vardır. Bkz. Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s.139. Yazar, görüşünü "Aile konutu kavramı aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Aile kavramı ile yasal bir evlilik birliği oluşturan aile, konut kavramı ile eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekânlar, kişinin barınmasına elverişli ve sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır veya taşınmaz bölümler, dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılacak biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arz edecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesi anlaşılmalıdır" şeklinde ifade etmektedir.; Aile konutunun yerleşim yeriyle aynı yer olduğu yönünde yapılan tanımlar da vardır. Bkz. Oy, Osman, Boşanmanın Hukuki Neticeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.34. Yazar, aile konutunun ailenin devamlı olarak ikametine ayrılan konut olup, Medeni Kanun'daki düzenlemeye göre, aile konutunun yerleşim yeri olduğunu belirtmektedir. İleride bu konuya ayrıca değinecek olmakla beraber, kısaca, aile konutu ve yerleşim yerinin, çoğu zaman örtüşse de, her somut olayda bir ve aynı yer olmadığını belirtmek istiyoruz.

ğunlaştırdıkları mekân¹⁵, “ eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmele-
ri için ayrılan ve aynı konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye
alan hukuksal bir kurum¹⁶” olarak tanımlamaktadır¹⁷.

Asgari bir tanıma ulaşma noktasında yardımcı olabilecek ölçütlerin
bir kısmı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve
2002/7 sayılı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu konulu genelgesinde,
bir kısmı ise TMK'nun 194. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır.

Kanunun gerekçesi, genelgede yer alan tanım, doktrinde yapılmış
olan tanımlar ve Yargıtay'ın tanımlamasından hareketle aile konu-
tunu; “ *resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşamlarının merkezi haline
getirdikleri, bu olgunun dışarıdan bakıldığında da üçüncü kişiler tarafından
rahatlıkla anlaşılabilirdiği ve kaybı halinde barınma hakkının zarar göreceği
ortak konut* ” şeklinde tanımlamak mümkündür.

II - Aile Konutunun Unsurları

Aile konutu kavramına ilişkin doktrinde farklı tanımlar yapıldığı
gibi, unsurları noktasında da çeşitli ayrımlara yer verilmekle beraber¹⁸,

¹⁵ Y.2.HD. 02.02.2006 tarih, 2005/16473 E., 2006/799 K. sayılı kararı için bkz. Meşe
İçtihat ve Mevzuat Bankası.

¹⁶ Y.4.CD. 18.03.2009 tarih, 2007/213 E., 2009/5127 K. sayılı kararı için bkz. Meşe
İçtihat ve Mevzuat Bankası.

¹⁷ Ancak Yargıtay, İİK'nun 82/12. maddesinin uygulanması anlamında aile konutunu
daha geniş ele alarak “İİK'nun 82/12. maddesinde; borçlunun haline münasip evinin hac-
zolanamayacağı belirlendikten sonra, aynı maddede ancak evin kıymeti fazla ise `bedelinden
haline münasip bir yer alabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır` hük-
müne yer vermiştir. Bir meskenin borçlunun haline münasip olup olmadığı haciz anındaki
sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki `aile` terimi
geniş anlamli olup borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü oldu-
ğu kişileri kapsar.” şeklinde karar vermiştir. Y.12.HD. 30.5.2006 tarih, 2006/8920 E.,
2006/11482 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

¹⁸ Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Konutu ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma, Prof.
Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.528 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.46 vd.;
Yazar, aile konutunun aile ve konut olmak üzere iki unsurdan meydana geldiğini
belirtmektedir. Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.63 vd.; Ayan'a göre aile ko-
nutu aile, konut ve bu konutun ailenin yaşamının odak noktası olarak belirlenmiş
olması unsurlarından oluşmaktadır.; Kamacı, s.116 vd.; Yazar, Kılıçoğlu ile benzer
şekilde aile konutunun aile ve konut unsurlarından oluştuğunu belirtmektedir.;
Türker, Gökçen, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu, Ankara Üniversitesi Sos-
yal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans
Tezi, Ankara 2005, s. 20.; Yazar aile konutunun eşler tarafından beraberce seçilmiş
olma, ortak yaşamın merkezini oluşturma, aile hayatı için bu merkezleşmenin sü-

çalışmamızda aile konutu; konut, aile ve eş unsurları itibariyle ele alınmış olup, aile konutundan bahsedebilmek için öncelikle bir ailenin varlığı, buna ek olarak ailenin resmi bir evlilik birliği şeklinde kurulmuş olması ve resmi evlilik birliği ile bir araya gelmiş olan bu ailenin birlikte yaşadığı konut adı verilen bir mekânın bulunması gerekmektedir.

1 - Aile

Tarihin başlangıcından bu yana insanoğlu yardımlaşma ve güvenliği sağlama ihtiyaçlarının neticesi olarak, birlikte yaşama içgüdülerini taşımış, bu içgüdü de aile kurumunun ortaya çıkmasını sağlamıştır¹⁹. Ailenin zamana, toplumlara ve değişik bilim dallarına göre çeşitli tanımları yapılmış olmakla beraber²⁰, en sade tanımı; karı, koca ve çocuklardan oluşan en küçük toplumsal birlik şeklindedir²¹. Bu tip ailede

rekli nitelik taşıması, aile konutunun kullanımının hukuka uygun olması, eşlerin bu yerin aile konutu olarak seçildiğine ilişkin iradelerinin üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olması unsurlarından bahsederek, aile konutunun unsurlarını daha geniş çerçevede ele almıştır.; Hacısalıhoğlu, Abdurrahman, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.16 vd.; Yazar, tez çalışmasında, aile konutunun, evlilik birliğinin kurulmuş olması, eşler tarafından beraberce seçilmiş olma, aile yaşamının yoğunlaştığı bir konut olması şeklindeki üç unsurdan meydana geldiğini belirterek yine ayrıntılı bir unsur incelemesi yapmıştır.; Kapusuz, Gökçen, Mal Rejimleri ve Miras Hukuku'nda Aile Konutu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010; Tez çalışmasında aile konutu, aile, evlilik birliği ve konut olmak üzere üç unsur itibariyle ele alınarak incelenmiştir.; Biz de, aile konutunun aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu benimsemekle beraber, aile konutu kavramının bünyesinde lafzen yer almasa dahi içeriğinde önemli bir yer tutan eş kavramını da önemi nedeniyle ayrı bir başlık olarak incelemeyi uygun bulmaktayız.

¹⁹ Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, s.695.

²⁰ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.I, İkinci Basım, İstanbul 1849, s. 3.; Farklı aile tanımları için bkz. Uçar, Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.21.; Ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Aile Hukukunda Adalet: Ailevi Adalet, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.588 vd.; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz, Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan, C.I, Ankara 2010, s.1333 ve dnp. 16-17'ye bağlı metinler. Yazar eserinde; bazı yazarlara göre ailenin tanımının verilmesinden bileerek kaçınıldığını, bundan nefret dahi edildiğini, yine bu yazarlarca, ailenin kendisinin de birçok nedenden ötürü ve doğal olarak tanımlanmaktan nefret ettiğinin, ailenin onu oluşturan yaşamlardan oluşup kendisinin de canlı olduğunu ve böyle olduğundan da tanımlanmak istemediğinin belirtildiğini ifade etmektedir.

²¹ Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.528.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.46.; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rı-

karı koca ilişkisi ön plana çıktığından, evlilik ailesi olarak da adlandırılmaktadır²².

Çeşitli zamanlarda ve çeşitli toplumlarda aile kavramı farklılık arz etmekle beraber, aile kavramının temelinde, kadın ve erkek birlikteliğinden oluşan bir yapı bulunmaktadır. Ancak kadın ve erkeğin sadece cinsel ilişki kurma maksadıyla bir araya gelmeleri aileye vücut veremeyip, bunun yanı sıra sürekli bir birliktelik de gerekmektedir²³.

Aile şekillerindeki çeşitliliğin bazı toplum bilimcilerce sınırsız olduğu belirtilmekle beraber, genel olarak aileyi oluşturan bireylerin sayısı nazara alınarak aile; "dar anlamda aile", "geniş anlamda aile" ve "en geniş anlamda aile" olarak ele alınmaktadır²⁴. Zaman içerisinde aile genişten çekirdeğe doğru bir süreç geçirmiş olup²⁵, Türk aile yapısı da aynı yönde bir seyir izlemiştir²⁶.

zası, s.8.; Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 35.

²² Timur, Serim, Türkiye'de Aile Yapısı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, No-15, 1972, s.3.

²³ Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.74.

²⁴ Farklı aile tasnifleri açısından bkz. Uçar, Aile İçi Şiddet, s.24 vd.; Yazar aile tiplerini; toplumsal açıdan, büyüklüklerine göre ve eş adedine göre tasnife tabi tutmuştur.

²⁵ Aile kurumunun gelişim ve değişimi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nirun, Nihat, Sistematik Sosyolojik Yönden Aile ve Kültür, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 1994.; Yazan, Ümit Meriç, Ondokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Kadar Avrupa Aile Sosyolojisindeki Değişmeler Üzerine Bir Çalışma, Birinci Aile Şurası Bildirileri, Ankara 17-20 Aralık 1990.; Tüzün, Sezgin, Aile Yapısı ve Biçimleri, Türk Toplum Bilimcileri 1, Hazırlayan Emre Kongar, Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.; Tolan, Barlas, Geleneksel Aileden Çağdaş Aile Yapısına Doğru Dünyada ve Türkiye'de Aile Yapısının Evrimi, Aile Yazıları II, Hazırlayan Beylü Dikeçligil - Ahmet Çiğdem, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1990.

²⁶ Türk aile yapısı ve değişimi hususunda bkz. Gülerce, Aydan, Türkiye'de Ailelerin Psikolojik Örüntüleri, Boğaziçi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Bölümü, İstanbul 1996.; Kongar, Emre, Türkiye'de Aile Yapısı, Evrimi ve Bürokratik Örgütlerle İlişkileri, Aile Yazıları II, Hazırlayan Beylü Dikeçligil - Ahmet Çiğdem, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1990.; Türkoğlu, Orhan, Türk Ailesinin Genel Yapısı, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.; Celkan, Hikmet Yıldırım, Türk Ailesinin Yeni Dönemlerde Ele Alınışı, Gökalp ve Baltacıoğlu Örneği, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.; Doğan, İsmail, Tazminat Sonrası Sosyo - Kültürel Değişmeler ve Türk Ailesi, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.; Güler, Ali, İlk Yazılı Türkçe Metinlerde Aile ve Unsurları, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.; Eröz, Mehmet, Türk Ailesi, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 1997.; Efem, Gül, 21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde

Aile, evrensel bir kurum olarak çeşitli uluslararası belgelerde ve anayasalarda, toplumun temeli kabul edilerek düzenlemeye tabi tutulmuştur²⁷.

Uluslararası düzeyde ele alındığı gibi, çeşitli ülke anayasalarında da yer verilen aile kurumuna ilişkin hükümlere, Türkiye'de anayasal düzlemde ilk olarak 1961 Anayasası'nda yer verilmiştir²⁸. Aile kurumu 1982 Anayasası'nda ise, sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenleyen üçüncü bölüm içinde yer alan 41. maddede düzenlenmiştir²⁹.

Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemelerde aile kavramı esas olarak çekirdek aile şeklinde ele alınmış, ancak yasada geniş anlamda aile ve en geniş anlamda ailenin temel alındığı hükümlere de yer verilmiştir³⁰.

Değerlendirilmesi, İstanbul 2004.; Akıncı, Şahin, Medeni Kanun'da Kadın ve Aile, GÜHFD, 2002, C.VIII, S.1-2, s.15-31.

²⁷ Aile ve korunmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı başlıca Uluslararası Belgeler; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (bkz. 16, 25, 12, 23 ve 26. maddeler), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bkz. 8 ve 12. maddeler), Avrupa Sosyal Şartı (Belgede, ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı 16. maddede düzenlenmiştir.), Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (Sözleşmenin 10. maddesinde ailenin korunmasına yönelik tedbirler belirtilmiş, 11. maddede ise taraf devletlere bu doğrultuda görevler yüklenmiştir.), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Antlaşma (bkz. 17 ve 23. maddeler) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme 11. maddesiyle, hiç kimsenin özel yaşam, aile ve konutuna keyfi ya da kötü niyetli müdahalede bulunulamayacağı ve bu tür müdahaleler karşısında yasal korunma hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır.). Bunların yanı sıra, doğrudan aileyle ilgili düzenlemeler içermese de, sonuçları itibariyle aileyi ilgilendirecek olan hükümler ihtiva eden uluslararası belgeler de mevcuttur. 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisi, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ve 05.06.1990 tarihli AGİK İnsani Boyut Konferansı Kopenhag Toplantı Belgesi bu tür belgelere örnek olarak gösterilebilir..

²⁸ 1961 Anayasası'nın 35. maddesi "Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzelkişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmünü içermektedir.

²⁹ Maddede, "Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır teşkilatı kurar" hükmü yer almaktadır. "...ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 17. maddesi ile madde metnine eklenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 10. ve 20. maddeleri de aile ile bağlantılı hususları ele almaktadır. Ancak Anayasa'da da ailenin tanımına yer verilmemiştir. Bununla beraber 1982 Anayasası'nın gerekçesinde; ailenin ahlaki bir çevre, toplumun ilk modeli, eğitim, yardımlaşma ve şefkat kaynağı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Kocahasanoglu, Osman Selim, Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993, s. 85.

³⁰ Dar anlamda aile kavramı ile ilgili hükümler TMK md.118, 281; geniş anlamda

2 - Eş

Aile konutundan bahsedilebilmesi için, eşler arasında geçerli bir evlilik birliğinin kurulmuş olması şart olup, aile konutu, resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşadıkları ortak konutu ifade etmektedir³¹. Evlilik birliği ve eş kavramları, ilgili devletin iç hukukundaki aile hukuku kurallarına göre belirlenmiş olan evlilik sözleşmesinin kurulmasıyla oluşur³².

Türk hukukunda evlilik, resmi nikâh diye adlandırılan resmi şekil şartına bağlanmıştır³³. Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesi uyarınca, evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur ve eşler için karşılıklı olarak bir takım hak ve yükümlülükler doğar. Taraflar ancak evlenme işleminin yapılmasından itibaren eş sıfatını kazanırlar.

Bu nedenle, yasal evlilik ilişkisine dayanmayan evlilik benzeri serbest ilişkiler veya diğer yaşam beraberliklerinde, ortada kanunun

aile kavramı ile ilgili hükümler TMK md.282, 363; en geniş anlamda aile kavramı ile ilgili hükümler ise TMK md.367'de yer almaktadır. Ayrıca mevzuatımızda aile kavramıyla ilgili olarak, kıyasen uygulanabilecek olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri (TBK 56/II, 349) ve aile kurumuna yer verilen özel kanun (4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun), tüzük (21.07.2003 tarih ve 2003/5960 numaralı Türk Medeni Kanunu Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük) ve yönetmelikler (10.07.1985 tarih ve 85/9747 numaralı Evlendirme Yönetmeliği) de mevcuttur. Ayrıca aile kurumu, ceza yasalarıyla da koruma altına alınmıştır. Bkz. Özen, Muharrem, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali Suçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1363 vd.; Nuhoğlu, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.; Şener, Emine Gülnihal, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, AD, Mayıs 2010, S.37, s.226-236.; Y.4.C.D., 18.3.2009 tarih, 2007/213 E., 2009/5127 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

³¹ Bkz. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.9.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s.47.; Dönmez, Murat, Aile Konutunun Haczi, TBBD, 2008, S.77, s.349-358.

³² Evlilik sözleşmesi çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şartlara tabi tutulmuş olup, bazı ülke hukuklarında dini merasim veya resmi nikah şeklinde yer almaktayken, bazı hukuk sistemlerinde ise, şekil şartı aranmaksızın, salt tarafların aile gibi bir arada yaşamalarına evlilik birliğine ilişkin hukuki sonuçlar bağlanmakta ve bu tür beraberlikler "fili evlilik", "serbest birleşme", "evlilik dışı yaşam birlikteliği" veya "nikahsız beraberlikler" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Köteli, M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s.21, s.99 vd.

³³ Evlenmenin hukuki mahiyeti konusunda "sözleşme görüşü", "kurum görüşü" ve "şart tasarruf görüşü" olmak üzere başlıca üç görüş yer almakta olup, evlenmenin hukuki mahiyeti ve bu konudaki görüşler hususunda bkz. Akıntürk / Karaman, s.60 vd.; Zevkliler / Havutçu, s.220 vd.; Uçar, Aile Konutu Müessesesi, s.5 vd.; Ayrıca Türk Hukuku'nda evlenmenin şartları hususunda bkz. Akıntürk / Karaman, s.61 vd.

aradığı şartlar dairesinde oluşmuş resmi bir evlilik birliği bulunmadığından, kullanılan ortak konutlar aile konutu sayılmayacak, böylelikle aile konutu kapsamında sağlanan korumadan yararlanılamayacaktır³⁴.

Aile konutundan söz edilebilmesi için geçerli bir evlilik birliğinin mevcudiyeti arandığından, evliliğin; ölüm, boşanma, evliliğin iptali vb. nedenlerle sona erdiği hallerde, evlilik birliği ve buna bağlı olarak da konutun aile konutu niteliği son bulacaktır. Ancak mal rejimlerinin tasfiyesi ve mirasın paylaşımı aşamasında, sağ kalan eşe aile konutuna ilişkin tanınan haklar saklıdır.

3 - Konut

Sözlük anlamı itibariyle 'içinde oturlan yapı, ev, ikametgâh, mesken³⁵ olarak tanımlanan konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı alanı ifade etmektedir³⁶.

Uluslararası belgelerde³⁷ koruma altına alındığı gibi, çeşitli hukuk sistemlerinde de yer verilen ve genel olarak kişi dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği kapsamında ele alınan konut, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın da 21. maddesinde düzenlemeye tabi tutulmuştur³⁸. Ayrıca konut, Türk Ceza Kanunu hükümleriyle de koruma altına alınmıştır³⁹.

³⁴ Çabri, Aile Konutu Şerhi, s.402.; Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.528.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.78.

³⁵ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 13. Cilt, s. 6958.

³⁶ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.46.

³⁷ AİHS'nin 8. maddesi; özel yaşamı, aile yaşamını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü düzenlemekte ve böylece kısmen birbiriyle kesişen dört temel hakkı koruma altına almaktadır. İster kiralık olsun, ister ilgilinin mülkiyeti altında yer alsın, her türlü konut, AİHS'nin 8/1. maddesinin öngördüğü korumadan yararlanır. Bkz. Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004, s.223 vd.

³⁸ Maddede; kimsenin konutuna dokunulamayacağı, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyalara el konulamayacağı belirtilmiş olup, acil hallerde verilen yetkili makamın kararının da yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir.

³⁹ Konut dokunulmazlığın ihlali 5237 Sayılı Tütk Ceza Kanunu'nun 116. maddesin-

Konut denilince, genellikle ev ve bina şeklindeki yapılar düşünülmele beraber, konut tanımında yer alan az çok kapalı ve güvenli olma niteliğini taşıyan ve barınmaya elverişli başka taşınır ya da taşınmazlar da konut olarak değerlendirilmektedir⁴⁰. Ancak, bir konutun aile konutu olduğundan söz edilebilmesi için, niteliğinden çok, eşlerce sürekli olarak aile yaşamının merkezi haline getirilerek, aileye özgülenmiş olması ve bu özgülemenin sadece soyut niyet noktasında kalmayıp, dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce de objektif olarak bilenebilir olması gerekmektedir. Bu ise konutun fiilen kullanılması ile mümkündür⁴¹.

III - Aile Konutunun Özellikleri

Aile konutu kavramının TMK' da bir tanımına yer verilmiş olması nedeniyle, kavramın içeriğini dolduran unsurların ne olduğu da kanundan anlaşılamamaktadır. Ancak Kanunun gerekçesi ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu konulu genelgesinin I/3. maddesinde yer alan tanımlar, doktrinde ileri sürülen görüşler ve Yargıtay'ın değerlendirmesi bir bütün olarak ele alındığında, aile konutunun özelliklerinin neler olduğunun genel olarak tespiti mümkün olmaktadır.

1 - Aile Konutunun Tek Konut Olması

Aile konutu tanımlanırken, yapılan tanımlamaların hemen hepsinde farklı cümlelerle belirtilse de, aile konutunun ailenin yaşam merkezi olması ifadesinden, bu konutun kural olarak tek bir konut olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira hayatın olağan akışına göre normal olan, her ailenin tek bir yaşam merkezi olmasıdır⁴².

de düzenlenmiş olup, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Okuyucu Ergün, Güneş, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010.; Avcı, Gökmen, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Türk Yargıtayının İçtihatları Işığında İncelenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2009, S.38.; Kızıroğlu, Serap Keskin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Ankara 2010.

⁴⁰ Örneğin otel odası, kulübe, gemi kamarası, mavna, kayak v.b. yerler de doktrinde konut olarak kabul edilmektedir. Bkz. Şıpka, Diğer Eşin Rizası, s.72-73.

⁴¹ Kapusuz, s.16.

⁴² Giray, s.427.; Barlas, Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s.122.; Dönmez, s.349.;

Yargıtay da "Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekândır. Aile konutu tektir." diyerek aynı görüşü paylaşmıştır⁴³.

Eşlerin müşterek yaşam merkezi olmak üzere birlikte seçtikleri, sürekli olarak ailenin barınmasına tahsis edilen ve aile için hayati önem taşıyıp, dışarıdan bakıldığında da objektif olarak aile yaşamının merkezi, odak noktası olduğu anlaşılabilen konut, aile konutu sayılacaktır⁴⁴.

Her ne kadar kanunda aile konutu kavramına sayı olarak bir sınırlama getirilmemişse de, işin mahiyetinden ve kanunun koruma amacından, aile konutunun tek bir konut olabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu kural mutlak olmayıp, istisnalarının olabileceği de doktrinde kabul edilmektedir⁴⁵. Eşlerin mesleki faaliyetleri, çocukların eğitimi veya sağlık durumları gibi nedenlerle, aile yaşamı yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda odaklanıyor olabilir. İşte bu gibi durumlarda, aile konutunun varlığı için gerekli diğer şartların da bulunması koşuluyla, iki farklı aile konutundan bahsedilebilecektir⁴⁶.

Doktrinde; konutların o aile için hangi değerde olduğu ve yaşam faaliyetlerinin en çok nerede geçirildiğine bakılması gerektiği, eğer bu konutların her ikisi de aile için eşdeğerde ise, her iki konutun da aile konutu niteliği kazanabileceği belirtilmektedir⁴⁷. Aile konutundan

Genç Arıdemir, s.129.; Kamacı, s.118.; Doğan, Aile Konutu, s.286.; Oy, s.35.; Baştürk, Adem, Türk Hukukunda Aile konutu, Aile Konutuna ilişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, s.1535.; Öztan, Aile Hukuku, s.199 vd.; Havutçu, Yerleşim Yeri, s.41.; Kapsuz, s.17.; Hacısalihoğlu, s.20.; Braem, Verena / Hasenböhler Franz, Zürcher Kommentar, Band II, Das Familienrecht, 1.Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Teilband II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, 3.Lieferung, Art.169-180 ZGB, 3.völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich 1997, Art.169, Nr.27.; Barlas, Nami, Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008, s.336.; Ceylan, Boşanmanın Hukuki sonuçları, s.140.

⁴³ Y.2.H.D., 02.02.2006 tarih, 2005/16473 E., 2006/799 K. sayılı kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası.

⁴⁴ Ruoss, s.79.

⁴⁵ Havutçu, Yerleşim Yeri, s.41.; Öztan, Aile Hukuku, s.200.; Kapsuz, s.17 vd.; Hacısalihoğlu, s.20 vd.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.83 vd.; Giray, s.427.

⁴⁶ Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art.169, Nr.16; İki farklı aile konutunun söz konusu olabileceği örnekler hususunda bkz. Şıpka, Şükran, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulanması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003, s. 39 vd.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.83 vd.; Öztan, Aile Hukuku, s.200.

⁴⁷ Şıpka, Sempozyum, s.40.

söz edilebilmesi için, kural olarak eşlerin burada çocuklarıyla birlikte yaşamaları zorunlu değildir⁴⁸. Ancak, eşlerin iki farklı konuta sahip olmaları durumunda, genellikle çocukların kaldığı konut, aile konutu olarak kabul görmektedir⁴⁹.

İkincil nitelikteki konutların aile konutu olarak kabul görmesi ise söz konusu değildir. Örneğin; yayla evi, dağ evi, yazlık ev, yat, kotra, karavan, devre mülk gibi geçici ve ikincil nitelikteki konutlar, aile konutu olarak değerlendirilmemektedir⁵⁰.

Kanunun koruma amacı dikkate alındığında, bu tür ikincil konutların kaybı halinde eş ve çocukların barınma hakkı zarara uğramamakta olup⁵¹, bu tür konutların kaybı yalnızca tatil, eğlence, dinlenme imkânlarında bir daralmaya neden olmaktadır. Bu nedenle, bu tür ikincil nitelikli konutların aile konutu olarak değerlendirilmemesi, ancak şartları varsa TMK 199. maddedeki tedbirlerle korunması gerekmektedir⁵².

⁴⁸ Rouss, s.79.

⁴⁹ Şeker, Boşanma Halinde Aile Konutu, s.475, Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art.169, Nr.16.; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.140.

⁵⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.47.; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.9.; Giray, s.427.; Barlas, Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s.122.; Dönmez, s.349.; Genç Arıdemir, s.129.; Kamacı, s.118.; Havutçu, Yerleşim Yeri, s.41.; Kapusuz, s.17 vd.; Hacısalihoğlu, s.21.; Şeker, Boşanma Halinde Aile Konutu, s.475; Şenocak, Zarife, Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı, Batıder, C.XXV, S.2 Haziran 2009, s.106.; Barlas, Hukuki İşlem Rejimi, s.336.; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.140; Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu konulu genelgesinin I/3. maddesinde yer verilen aynı yöndeki düzenleme hakkında bkz. Genç Arıdemir, s.140, Çabri, s.403, dpn. 16.; Barlas, Hukuki İşlem rejimi, s.336; ayrıca Yargıtay'ın sürekliliği olmayan ikincil nitelikteki konutların, aile konutu olarak değerlendirilemeyeceği doğrultusundaki görüşünü içeren Y.2.H.D., 27.03.2003 tarih, 2003/3071 E., 2003/4352 K. sayılı kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası; İsviçre'deki bilimsel görüşler ve mahkeme kararları da bu yönde olup, bu hususta bkz. Vollenweider, Marc-Aurèle, Le Logement de la Famille Selon L'article 169 CC: Notion et Essai de Définition, Thèse, Lausanne 1995, s.87 ve orada yer alan FF 1979, II, 1247. N.217.221. (naklen, Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.305.); Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.16.; Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr.22.

⁵¹ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr.21, 27.; Rouss, s.79.

⁵² TKM'nun 199. maddesinde, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakimin, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak istemde bulunan eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebileceği, gerekli önlemleri alacağı ve eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasar-

2 - Aile Konutunun Eşlerin Konutu ve Yerleşim Yeri Kavramları İle İlişkisi

Aile konutu, eşlerin konutu ve yerleşim yeri kavramları çoğu zaman örtüşse de, her somut olayda bir ve aynı şey değildir.

A - Eşlerin Konutu ve Aile Konutu

Aile konutuyla ilgili bir kısım işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayan TMK 194. maddenin hem kenar başlığında hem de madde metninde "*aile konutu*" ifadesinin kullanılmasına karşın, kenar başlıklarında aile konutu ibaresinin yer alıp, içerik olarak aile konutunu düzenledikleri açıkça anlaşılan TMK 254. madde metninde "*eşlerin ortak kullanımına özgülenmiş konut*", TMK 240, 255, 279 ve 652. madde metinlerinde ise "*eşlerin birlikte yaşadıkları konut*" ifadesine yer verilmesi, aile konutu kavramına ilişkin düzenlemeler içeren madde metinlerinde ortak bir dilin benimsenmemesi, özellikle eşlerin konutu ve aile konutu kavramlarının uygulamada karıştırılmasına ve birbiri yerine ikame edilmesine neden olmaktadır.

TMK 186/I fıkra hükmü uyarınca "Eşler oturacakları konutu birlikte seçer"⁵³. Maddede yer alan eşlerin oturacakları konut, eşlerin konutu veya ortak konut olarak da ifade edilmektedir⁵⁴. TMK 186. maddede belirtilen konut; eşlerin birlikte yaşamak için seçip belirledikleri, ortak hayatlarını sürdürmeyi amaçladıkları konut veya konutlardır.

TMK 186. maddede yer alan ve doktrinde eşlerin konutu olarak adlandırılan konut ile aile konutunun aynı anlamda olup olmadığı hu-

ruf yetkisini kaldırması halinde, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar vereceği hüküm altına alınmıştır.; Eşin büro ve işyeri için aynı doğrultudaki yorum için bkz. Kılıçoğlu, Aile Konutu, s.529.

⁵³ TKM'nin 152/2. maddesinde yer alan evin seçiminin kocaya ait olduğu kuralı TMK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar TKM dönemde de, bu yetkinin keyfi olarak kullanılamayacağı, eşlerin sosyal ekonomik durumuna ve dürüstlük kuralları çerçevesinde seçim yapılması gerektiği yargısal kararlarda belirtilse de, TMK 186. madde düzenlemesiyle, konutun seçiminde kadın eşin de eşit ve doğrudan söz hakkı sahibi olması temin edilmiştir. Eski Kanun dönemindeki uygulama için bkz. Y.2.H.D., 15.02.1990 tarih, 1989/10540 E., 1990/1926 K. sayılı kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası.

⁵⁴ Havutçu, Yerleşim Yeri, s.40 vd.; Gençcan, Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2008, s.667.

susunda doktrinde ve Yargıtay uygulamasında farklı görüşler yer almaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar, eşlerin konutu ve aile konutu kavramlarının aynı şeyi ifade ettiğini belirtmektedirler⁵⁵.

Yargıtay da aile konutu ve eşlerin konutunu, yani ortak konutu bir ve aynı şey olarak kabul etmektedir⁵⁶.

Bu iki kavram somut olayların ekserisinde aynı şeye işaret etse de, her zaman aynı anlamı ifade etmezler. Zira eşlerin maddi olanak ve zevkleri doğrultusunda birden fazla konut edinmeleri ve kullanmaları imkân dâhilindedir. Ancak aile konutunun, istisnaları saklı olmak kaydıyla, teklifi noktasındaki kabul, bu konutlardan yalnızca bir tanesinin, aile konutu korumasından istifade etmesine olanak sağlamaktadır. Eşler bu konutta da birlikte yaşamakta ve konuttan ortak yararlanmaktadır. Ancak bu yararlanma, aile konutunda olduğu gibi, müşterek yaşamın odak noktası haline getirme ölçüsünde bir yararlanma değildir⁵⁷.

İsviçre hukukunda da bu konudaki baskın görüş; eşlerin konutu ve aile konutunun her zaman bir ve aynı şey olmadığı yönündedir⁵⁸. İsviçre Hukuku'nda ZGB Art.162 (TMK 186. madde) anlamında eşlerin birlikte seçecekleri konut (eheliche Wohnung) ile ZGB Art.169 (TMK 194, 240, 254, 255, 279 ve 652. madde) anlamında aile konutu (Wohnung der Familie, Familienwohnung) kavramları farklı olarak algılanmakta ve bu kavramların çoğu zaman örtüşmesine rağmen, her olayda bir ve aynı şey olmadıkları belirtilmektedir⁵⁹.

TMK 186/I. fıkra uyarınca konutun birlikte seçimi, aile konutu için de geçerlidir. Ancak bu, konut seçiminin aynı anda beraberce yapılması gerektiği anlamına gelmemekte olup, önemli olan konutun aile konutu olarak belirlenmesinde eşlerin iradelerinin uyuşmuş olmasıdır.

⁵⁵ Doğan, Aile Konutu, s.287.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.82.; Dönmez, s.349 vd.; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.51.; Akıntürk / Karaman, s.60.

⁵⁶ Y.2.H.D., 2.2.2006 tarih, 2005/16473 E., 2006/799 K. sayılı kararı ve Y.4.C.D., 18.3.2009 tarih, 2007/213 E., 2009/5127 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

⁵⁷ Yağcıoğlu, s.94.

⁵⁸ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr. 27.; Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.16.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.80 vd.; Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.16.

B - Yerleşim Yeri ve Aile Konutu

Aile konutunun unsurlarıyla, yerleşim yerini belirlemede kullanılan ölçütlerin genellikle örtüştüğü görülmektedir.

TMK anlamında yerleşim yeri; bir kimsenin sürekli kalma amacıyla oturduğu, iş ve aile ilişkilerinin merkezi olarak seçtiği yerdir. Aile konutunun tespitinde de ailenin yaşam merkezi sayılma unsuru ön plana çıkmaktadır. Bu unsur yönüyle her iki kavram birbirine oldukça yaklaşmakta ve birçok olayda örtüşmektedir. Ayrıca her iki kavram açısından da bu kullanım şeklinin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce de anlaşılabilir olması gerekmektedir⁶⁰.

Ancak, taşıdıkları bu benzerliklere rağmen, her iki kavram her somut olayda bir ve aynı şey olmayıp, doğru orantılı değildir. Yargıtay da "*Aile konutu ile yerleşim yeri kavramlarının eş anlamlı olmadığı da tartışmasızdır.*"⁶¹ diyerek iki kavramın farklı olduğuna dikkat çekmiştir⁶².

3 - Aile Konutu ve İşyeri İlişkisi

Aile konutu olarak özgülenmiş olan konutun bir bölümünün işyeri olarak kullanılmasına uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu durumda, ticari faaliyet özgürlüğü ile eş ve çocukların barınma hakkına ilişkin menfaat çatışacaktır. Doktrinde baskın görüş; iki menfaat kıyaslandığında, eş ve çocukların aile konutundan yararlanma ve barınma noktasındaki menfaatleri daha üstün tutularak, konutun aile konutu olma niteliğine öncelik tanınması ve kanunun koruma imkânlarından yararlanılması yönündedir⁶³. İsviçre'de de bilimsel görüşler ağırlıklı olarak aynı yöndedir⁶⁴. Fransız hukukunda ise bu tür aile konutları, Fra. CC Art.215/III gereğince koruma altına alınmıştır⁶⁵.

⁶⁰ Havutçu, Yerleşim Yeri, s.44 vd.

⁶¹ Y.2.H.D., 2.2.2006 tarih, 2005/16473 E., 2006/799 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

⁶² Oy, s.34. Yazar, aile konutu ve yerleşim yerinin aynı olduğunu belirtmektedir. Yerleşim yeri kavramı hakkında ayrıca bkz. Bozkurt, Enver, Genel Hukuk Bilgisi, Ankara 2002, 119 vd.

⁶³ Kamacı, s.118 vd.; Doğan, Aile Konutu, s.286.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.87 vd.; Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.140.; Baştürk, s.1536.

⁶⁴ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr. 24.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.87 vd.

⁶⁵ Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.87.

Bu tür konutlarda, konut ve işyeri olarak kullanılan bölümlerin birbirinden ayrı düşünülmesinin mümkün olduğu durumlarda sorun olmayıp⁶⁶, taşınmaz üzerindeki tasarrufun aile konutunun geleceğini etkileyebileceği durumlarda, aile konutu koruması gündeme gelecektir. Örneğin, bir arsa üzerinde birden fazla konut olup bunlardan birisi aile konutuyorsa ve taşınmazda ifraz yapılması olanağı yoksa, arazinin devri gibi bir işlem aile konutu ile eş ve çocukların barınma haklarını da etkileyeceğinden, aile konutu koruması gündeme gelecektir⁶⁷.

4 - Tapuda Arsa veya Tarla Olarak Kayıtlı Taşınmazların Aile Konutu Niteliği

Tapuda arsa veya tarla olarak kayıtlı taşınmazların aile konutu niteliği konusunda, aile konutuyla ilgili hükümlere tabi olmayacağı yönünde⁶⁸ görüşler olduğu gibi, aksi yönde fikir belirten yazarlar da vardır⁶⁹. Yargıtay da, özellikle aile konutu şerhini konu alan kararlarında⁷⁰, kanaatimizce isabetli olarak, taşınmaz tapuda arsa ya da tarla olarak gözüke de, keşfen o taşınmaz üzerinde aile konutu olarak kullanılan bir bölüm olduğunun tespiti halinde, o bölümle sınırlı olarak şerh verilebileceğini belirterek, somut olayın özelliğine göre bir yorum tarzı benimsemiştir.

5 - Kamu Konutları, Lojmanlar ve Kapıcılık Sözleşmesi Kapsamında Kullanılan Konutların Aile Konutu Olarak Konumu

Kamu konutları ve lojmanların aile konutu olup olmadığı tartışmalıdır. Konutun kamu konutu, lojman veya kapıcılık sözleşmesi kap-

⁶⁶ Örneğin alt katı işyeri üst katı konut olan iki katlı bir binada durum böyledir.

⁶⁷ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr. 24.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.88; Uygulamada sıklıkla, diğer kısım işyeri niteliğinde olmasa da, bir taşınmazın bir kısmının aile konutu olarak kullanılması durumlarında da, aynı sonuca varılmaktadır. Hukukumuzda bu durum, daha çok aile konutu şerhi talepleriyle birlikte yargı kararlarına yansımıştır. Bu husustaki Yargıtay uygulamasını izleme açısından Y.2.H.D., 19.06.2008 tarih, 2008/8642 E., 2008/8999 K. sayılı kararı, Y.2.H.D., 16.07.2007 tarih, 2006/16847 E., 2007/11296 K. sayılı kararı ve Y.2.H.D., 19.11.2007 tarih, 2006/20831 E., 2007/16029 K. sayılı kararı için bkz. UYAP İçtihat Programı.

⁶⁸ Barlas, Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s.123.; Barlas, Hukuki İşlem Rejimi, s.336.

⁶⁹ Baştürk, s.1536.

⁷⁰ Y.2.H.D., 03.05.2005 tarih, 2005/4553 E., 2005/7237 K. sayılı kararı ve Y.2.H.D., 04.07.2005 tarih, 2005/8403 E., 2005/10552 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

samında kullanılan bir konut olması durumunda, TMK 194. madde anlamında bir kira sözleşmesi olmadığından ve lojman ve kamu konutları kamu görevlisine kurumlarınca tahsis edildiğinden, TMK 194. maddenin sağladığı korumanın kapsamı dışında kalıp, aile konutu olarak nitelendirilemeyeceğini⁷¹, zira bu durumda çalışma özgürlüğünün özüne dokunularak, fazlaca sınırlandırılmış olacağını belirten yazarlar olduğu gibi, kamu konutları ve lojmanlar bakımından da TMK 194. maddenin uygulama alanı bulacağını, buna göre lojmandan istifade eden kişinin lojmandan çıkmasını gerektirecek zorunlu bir neden olmadıkça, kendisine lojman tahsis edilen eşin, diğer eşin rızası olmadan lojmandan çıkamayacağını ifade eden görüşler de vardır⁷².

Kanaatimizce, kamu konutları, lojman ve kapıcı konutlarının tahsisinde, TMK 194. madde anlamında bir kira sözleşmesi bulunmayıp⁷³, bu konutların tahsisi ve tahsisin sonlandırılması, kamu görevlisi olarak veya kapıcılık sözleşmesi kapsamında çalışan eşin çalışma özgürlüğü ile doğru orantılı olduğundan, bu konutların aile konutu olarak mütalaa edilmemesi gerekmektedir.

IV - Aile Konutu Korumasının Süresi

1 - Genel Olarak

Resmi evlilik birliği içerisinde, eşlerce konutun aileye özgülenmesiyle, eşler arasındaki mal rejiminin türünden bağımsız olarak başlayan koruma, konutun aile konutu olma niteliği ortadan kalkana kadar devam edecektir⁷⁴. Aile konutunun TMK 194. madde kapsa-

⁷¹ Kamacı, s.127.

⁷² Çabri, s.403.; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.111.; Dural / Öğüz / Gümüş, s.169.

⁷³ Kira sözleşmesi, hukuki niteliği, unsurları, kuruluşu, tarafların borçları ve sona ermesi hususunda bkz. Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s.207 vd.; Hatemi, Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999, s.85 vd.; Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, s.181 vd.

⁷⁴ Yargıtay da bir kararında "eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, ya da hak sahibi olan eş, bu taşınmazı nasıl ve ne yolla edinmiş bulunursa bulunsun, konut aile konutu ise; evliliğin devamı süresince talep halinde, tapu kaydına konutun bu niteliğini gösteren şerh konulmak zorundadır." diyerek, TMK 194. madde anlamındaki korumanın eşler arasındaki mal rejiminden bağımsız olarak ve evlilik süresince devam edeceğine işaret etmiştir.; Y.2.H.D., 22.03.2005 tarih, 2005/1615 E., 2005/4471 K. sayılı kararı için bkz. Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası. Aile konutunun koruma süresi husu-

mında korunması, kural olarak evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam edecek, eşlerin bu konuttan kesin olarak taşınmaları, anlaşarak konutun aile konutu olma niteliğine son vermeleri, evliliğin boşanma, iptal veya ölümle son bulması veya konutun yok olması hallerinde, bu madde kapsamında yer alan koruma imkânları da son bulacaktır⁷⁵. Aile konutu niteliğinin sürmesi koşuluyla evliliğin devamı süresince söz konusu olan TMK 194. madde korunması, eşlerden birinin ölümü halinde, evlilik birliği ortadan kalkacağından sona erecek, ancak sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki hak sahipliği, TMK'nın mal rejimleri ve miras hukuku hükümlerine göre korunmaya devam edecektir.

Bu kapsamda; TMK 240. madde ile edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK 254 ve 255. maddeler ile paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK 279. madde ile mal ortaklığı rejiminde ve TMK 652. madde ile de eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun mirasçılık sıfatına dayalı olarak mirasın paylaşımında, ölüm halinde sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki talep haklarına ilişkin düzenlemelerin yapılmış olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu maddelere göre; sağ kalan eş, ölen eşine ait olup da birlikte yaşadıkları konut üzerinde, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde miras ve paylaşmadan doğan hakkına, mal ortaklığı rejiminde ortaklık payına ve mirasın paylaşımında ise miras payına mahsup edilmek suretiyle, aile konutu üzerinde kendisine mülkiyet, intifa veya oturma hakkı tanınmasını talep edebilecektir.

Dolayısıyla, konutun eşlerin ortak iradesi ile aile konutu olarak özgülenmesi suretiyle başlayan aile konutuna ilişkin koruma, evliliğin ölüm, boşanma veya iptal kararıyla neticelenmesi akabinde (TMK 194. madde anlamında) sona ermektedir. Ancak gerek mal rejiminin tasfiyesi aşamasında gerekse mirasın paylaşılmasında sağ kalan eşe aynı hak tanınması imkânı sağlanmış, böylece aile konutu, sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirebilmesi amacıyla ayakta tutulmuştur.

sunda ayrıca bkz. Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.89. Yazar, aile konutunun korunmasının başlangıcı için; yasal bir evlilik birliği olması, eşlerden birinin ya da her ikisinin birlikte oturulan konut üzerinde aynı ya da şahsi bir hak sahibi olmaları, bu konutun eşlerce aileye özgülenmiş olması ve ailenin yaşam merkezinin o konutta başlamış sayılması unsurlarının bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir.

⁷⁵ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr. 33.; Uçar, Aile Konutu Müessesesi, s.10.

Aile konutu koruması⁷⁶ kural olarak evliliğin devamı süresince söz konusu olup, evliliğin ölüm, boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi halinde ortadan kalkmaktadır⁷⁷.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesi düzenlemesi ve Türk Hukuku'ndaki karşılığı hususunu da, aile konutunun korunması kapsamında üzerinde durulması gereken önemli bir noktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan ancak Türk Medeni Kanunu'nda karşılığı olmayan ZGB 121. madde ile, evliliğin devamı sırasında söz konusu olan aile konutuna ilişkin koruma, evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması sonrasında da taşınmak istenilmiştir. Evliliğin son bulması sonrasında, konut üzerinde mülkiyet hakkı sahibi veya kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş ve özellikle çocukların korunması amacıyla İsviçre Medeni Kanunu'nda yer verildiği belirtilen hükümde; eşlerden birinin çocuklar veya diğer önemli nedenlerle aile konutuna muhtaç olması halinde, mahkemece kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, ihtiyacı olan eş devredilebileceği; bu tarihe kadar kiracı olan eşin kira bedellerinde iki yıldan fazla olmamak şartıyla, kira sözleşmesinin sözleşme veya kanundan doğan nedenlerle sona erdiği ya da erdirilebileceği tarihe kadar müteselsilen sorumlu olacağı, kira bedelini ödeyen kiracı eşin bunu diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu nafaka borcu ile takas edebileceği, aile konutunun eşlerden birisine ait olması halinde ise, mahkemece diğer eşe aynı koşullar ve uygun tazminat mukabilinde veya nafaka borcuna mahsuben, belirli bir süreyle sınırlı oturma hakkı tanınmasına karar verilebileceği, önemli nedenlerin ortaya çıkması durumunda tanınan bu hakkın sınırlandırılabilmesi veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi düzenlenmiştir.

Evliliğin iptal ve boşanma kararıyla sona ermesi halinde aile konutundan hangi eşin faydalanacağı konusunda Türk hukukunda yer alan düzenlemeler ise; TMK 254. madde ile TMK 194/IV. fıkra hükümleridir.

⁷⁶ Burada sözü edilen koruma TMK 194. madde anlamındaki koruma olup, sağ kalan eşe aile konutunun özgülenmesi imkânı, bilakis evliliğin sona ermesinden sonra gündeme gelmektedir.

⁷⁷ Yargıtay'ın, evliliğin sona ermesiyle birlikte TMK 194. madde anlamındaki aile konutu korumasının son bulduğu yönündeki Y.2.H.D., 13.1.2010 tarih, 2009/1992 E., 2010/387 K. sayılı kararı, Y.2.H.D., 6.7.2009 tarih, 2008/6262 E., 2009/13275 K. sayılı kararı, Y.2.H.D., 14.5.2007 tarih, 2007/7375 E., 2007/8031 K. sayılı kararı ve Y.2.H.D., 27.9.2006 tarih, 2006/5471 E., 2006/12571 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin olarak TMK 254. maddede, evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda eşlerin anlaşabilecekleri, konutta kalma hakkını elde eden eşin, bu hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesini isteyebileceği, eşlerin aile konutunda kimin kalmaya ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkimin, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte resen karar vereceği; bu kararda kalma ve kullanma süresinin belirlenerek tapu kütüğüne şerhi için tapu memurluğuna bildirileceği, aksine karar verilmedikçe hakkın belirlenen sürenin bitiminde kendiliğinden sona erip, süre sona ermeden yararlanan tarafın durumunda değişiklik olması halinde, diğer tarafın kararın gözden geçirilmesini isteyebileceği, eşlerin konutta kira ile oturmaları halinde ise, hâkimin gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebileceği ve bu durumda, kiralayana sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte resen karar verileceği düzenlenmiştir.

TMK 194/IV. fıkra hükmü ise İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almayan bir düzenleme olup, hükümde kiracı olmayan eşe, kiralayana yapacağı tek taraflı bildirimle, kira sözleşmesine katılma hakkı tanınmış ve bildirimde bulunan eşin diğer eşle müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir⁷⁸.

Ancak, ZGB 121. maddenin karşılığının Türk hukukunda da yer alması gerektiği görüşünde olan yazarlarca, bu iki düzenleme, ülkemizin sosyal yapısı içinde olması gerekeni sağlamaktan uzak oldukları belirtilerek eleştirilmekte, ayrıca paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin

⁷⁸ Yargıtay da "Davacının dayandığı 15.10.2000 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesinde kiracı Ş. M. A. olup, Ş. A. kiracı değildir. Davalı Ş. Medeni Kanun'un 194/4. maddesi uyarınca kiralayana ihtar gönderip konutu eşi ile birlikte kullandıklarını aile konutu olduğunu bildirmediklerinden kira sözleşmesinin tarafı olmamıştır. Kira sözleşmesinin tarafı olmayan Ş. hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken tahliyesine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir." şeklindeki kararında bu imkâna işaret etmiştir. Y.6.H.D., 19.11.2009 tarih, 2009/6464 E., 2009/10160 K. sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

de boşanma veya iptal kararı sonrasında aile konutunun korunması yönünde kısmi bir düzenlemenin yer almış olmasına rağmen, TMK ile birlikte edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş olduğu gerçeği karşısında, ülkemizdeki evliliklerin çoğunluğunda geçerli olan bu mal rejiminde, boşanma veya iptal kararı sonrasında aile konutunun akıbetine dair bir hüküm bulunmaması haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır⁷⁹.

2 - Aile Konutunun Koruma Süresine İlişkin Özel Durumlar

Aile konutu niteliğinin, eşlerin mesleki nedenler ve sağlık nedenleriyle veya gezi amaçlı olarak konuttan geçici olarak ayrılmaları halinde sona ermeyeceği açıktır⁸⁰. Ancak konutun, terk, ayrılık kararı veya birlikte yaşamaya ara verilmesi hallerinde ve boşanma ve iptal davası esnasında bu niteliğini korumaya devam edip etmeyeceği ve dolayısıyla aile konutu korumasının sona erip ermeyeceği hususu tartışmalıdır.

Terk olgusu; ülkemiz şartları değerlendirildiğinde, sıklıkla karşılaşılan bir durum olup, genellikle hak sahibi olmayan ve çoğunlukla aile içi şiddet nedeniyle konutu terk etmek zorunda kalan eşin ve çocukların barınma hakkının zarar görmesine neden olmaktadır. Bu kapsamda bahsedilen terk TMK 164. madde anlamında terk olup, eşlerden birisinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla konutu terk etmesi gerekir.

Terkin aile konutu korumasına etkisi noktasında, terk eden eş baz alınarak ikili bir ayırım yapılmasında yarar vardır⁸¹.

Konut üzerinde aynı ya da şahsi hak sahibi olan eşin konutu terk etmesi durumunda, bozulan aile düzeninde, evi terk eden hak sahibi eşin, evde kalan diğer eş ve çocukların barınma haklarını ihlal edecek işlemler yapma riski de daha fazla olacağından⁸², kanunun koruma amacı da dikkate alındığında, bu halde aile konutu korumasının son

⁷⁹ Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.99 vd.

⁸⁰ Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr. 32.

⁸¹ Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.21a.; Braem/ Hasenböhler, Art.169, Nr.36.; Rouss, s.82.

⁸² Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.21a.

bulduğundan bahsetmek, kanunun düzenleme amacına (ratio legis) açıkça aykırı olacaktır.

Hak sahibi olmayan eşin evi terk etmesi durumunda ise, kural olarak aile konutuna ilişkin koruma ortadan kalkmayıp, terk eden eşin aile birliğini sonlandırmak amacıyla konutu terk ettiğinin ve ortak hayata bir daha dönmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması gerekmektedir⁸³.

Yargıtay kararları da terk eden eş açısından ayırım yapılmaksızın, terkin aile konutu niteliğini ortadan kaldırmadığı yönündedir⁸⁴.

Ayrılık kararı veya birlikte yaşamaya ara verildiği süre içerisinde de, aile konutuna ilişkin koruma devam edecektir⁸⁵. TMK'nun 167, 169, 170 ve 197. maddeleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde, ay-

⁸³ Bu hususun nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; buradaki terk TMK 164. madde anlamında terk olup, terk sebebiyle bir boşanma davası açılacak ise, terk eden eşe ortak konuta dönmesi için usulüne uygun çekilen ihtarda belirtilen iki aylık sürenin bitimi bu duruma karine oluşturabilecek, istisnasız ve her halde, terk eden eşe gönderilen ihtarda tanınan sürenin sonuna kadar, terk eden eş aile konutu korumasından istifade edebilecektir. Belirtilen bu sürenin dolmasından sonra ise, ortak konuta dönmemenin haklı bir nedene dayanıp dayanmaması nazara alınarak bir yorum yapılacak, terk eden eşin ortak konuta dönmemesi haklı bir nedene dayanıyorsa, aile konutuna ilişkin koruma devam edecek, ancak geri dönmeyiş haklı bir sebebe dayanmıyorsa, artık aile konutu korumasından istifade edilmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. Kamacı, s.121 vd. Yazar, örneğin; kocanın başka bir kadınla ilişkisini sürdürüyor olması veya konutu terk eden eşin ağır bir hastalık nedeniyle tedavi altında olmasının haklı neden olabileceğini, terk eden eşin kızının ya da oğlunun yanında kalmak istemesi nedeniyle konuta dönmeyişinin ise haklı bir nedene dayanmadığını belirtmiştir. Bu konudaki bir başka görüş ise, barınma hakkını korumaya değer bir menfaatin kalıp kalmamasına göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmekte, somut olayın özelliklerine göre, evi terk eden hak sahibi olmayan eşin, bir başka konut edinme veya ailesinin yanında kalma (sığınma) imkânı yoksa ve aile konutunu sırf hak sahibi eşin kötü muameleleri sonucu terk etmek zorunda kalmışsa, maddenin koruma amacının yitirildiğinden söz edilemeyeceğini, ancak, hak sahibi olmayan eşin özgür iradesiyle ve ortak yaşama kesin olarak son vermek amacıyla aile konutunu terk etmesi halinde, konutun aile konutu olma niteliğini kaybederek, kanunun aile konutu dolayısıyla sağladığı koruma imkânlarının da son bulacağını belirtmektedir. Bkz. Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.93 vd.; Havutçu, Yerleşim Yeri, s.44; Ancak, gerek aile konutu üzerinde hak sahibi olan gerekse olmayan eşin konutu sürekli-kesin olarak terk etmelerinin, aile konutunun niteliğini değiştirmeyeceğini, özellikle, konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin malvarlıksal haklarının korunması noktasında, terk edilen konutun aile konutu olma niteliğinin devam etmesi gerektiğini belirten yazarlar da vardır. Bkz. Ceylan, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.141 ve dnp. 817-818'e bağlı metinler.

⁸⁴ Y.2.H.D., 26.5.2004 tarih, 2004/5653 E., 2004/6811 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası; Y.2.H.D., 01.05.2008 tarih, 2008/1442 E., 2008/6172 K. sayılı kararı için bkz. UYAP İçtihat Programı.

⁸⁵ Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.96 vd.; Öztan, Aile Hukuku, s.200.; Ayan, s.64.; Hacısalıhoğlu, s.18.; Çabri, s.404.; Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.35.

rılık ve birlikte yaşama ara verilmesi halinde aile konutu korumasının son bulacağı kabul edilmesi halinde, karar verilmeye kadar geçecek süreçte hak sahibi eşin kötü niyetli işlemleri sonucu, konutun ve dolayısıyla barınma hakkının kaybedilmesi tehlikesi, göz ardı edilemeyecek derecede büyüktür⁸⁶. Zira ayrılık veya birlikte yaşamaya ara verilmesi talep olunduğuna göre, evlilik birliğinde ve eşler arasında, hâkim müdahalesini talep edecek seviyede anlaşmazlık baş göstermiş demektir. Ayrıca, ayrılık veya birlikte yaşamaya ara verilmesi hallerinde, evlilik birliği halen devam ettiği için, aile konutu korumasının da devam etmesi son derece normaldir.

Yargıtay da bu konudaki görüşünü, ayrı yaşama halinde aile konutu korumasının devam edeceği yönünde ifade etmiştir⁸⁷.

Boşanma veya evliliğin iptali davası esnasında da, bir tedbir kararı verilmeye kadar, aile konutu ve dolayısıyla eş ve çocukların barınma haklarının korunmasında bir boşluk doğmaması açısından⁸⁸, aile konutu niteliğinin devam ettiğinin kabulü gerekir.

V- Aile Konutunun Önemi ve Korunma Nedenleri

Aile konutu eşlerin müşterek yaşantılarının en önemli malvarlığı değerlerinden biridir. Kişilerin konut ile olan bağılıkları hemen tüm hukuk sistemlerinde yasal anlamda koruma altına alınarak, kişilik ve temel haklarından sayılmıştır⁸⁹.

Türk hukukunda yeni bir müessese olmasına rağmen, Türk aile yapısı içinde aile konutu belki de diğer ülkelerden çok daha önemli bir konuma sahiptir. Bir konutun satın alınması veya kiralama suretiyle yararlanılması eşler için büyük sıkıntılara yol açmakta, büyük ekonomik fedakârlıklar ve emek gerektirmektedir. Eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu konut ekseninde gerçekleştirdiği gerçeği karşısında, aile konutu maddi değerinin yanı sıra yadsınamayacak manevi önemi haizdir⁹⁰.

⁸⁶ Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.96 vd.

⁸⁷ Y. 2.H.D, 23.05.2005 tarih, 2005/5698 E., 2005/ 7970 K. sayılı kararı için bkz. UYAP İçtihat Programı.

⁸⁸ Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.22, 63.

⁸⁹ Şıpka, Şükran, Diğer Eşin Rızası, s.55.

⁹⁰ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.7.

Aile konutunun kaybı, genellikle kadın eş ve çocukların zarar görmesine neden olmakta, bu durumlarda Anayasa'nın 41.maddesindeki düzenlemeye rağmen, kadın ve çocukların korunması noktasında zafiyet yaşanmakta, mevzuatımızda yer alan özel kanun⁹¹ hükümleri de, koruma fonksiyonunu alt yapı ve uygulama güçlükleri nedeniyle yeterince yerine getirememektedir.

Sadece eşlerden birinin mülkiyetinde olsa bile, aile konutu tüm aile bireylerince kullanılmakta, yani tüm aile bireylerinin aile konutu üzerinde birlikte zilyetlikleri söz konusu olmaktadır⁹². Ayrıca, aile konutu taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturması açısından da oldukça önemlidir⁹³. Ailenin sosyal ve ekonomik yaşamı açısından son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutluluğu ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir⁹⁴. Evlilik kurumunun bir arada sürmesini sağlayan ve aileyi bir çatı altında toplayan en önemli unsurlardan birisi aile konutudur⁹⁵.

Tüm bu hususlar nedeniyle, evlilik birliğinde bu denli önemli olan aile konutu müessesesi, hukukumuzda ilk olarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş, bu hükümlerle, gerek aile konutunun seçilmesi, gerek aile konutu üzerindeki kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlerin geçerliliği⁹⁶, gerekse

⁹¹ 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ailenin korunması kapsamında önemli hükümler içeren özel bir düzenleme olup, 14.01.1998 tarihinde kabul edilen kanun, 23233 sayı ve 17.01.1998 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ve uygulama sorunları hususunda bkz. Uçar, Aile İç Şiddet, s.133 vd.; Karınca, Eray, Boşanmış veya Nikâhsız Birlikte Yaşayan Kadının 4320 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması, TAAD, Temmuz 2010, S.2, s.507 vd.; Karınca, Eray, Kadının Eş Şiddetinden Korunabilmesi İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler, TAAD, Ekim 2010, S.3, s.325 vd.; Ateş, Mustafa, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler, ABD, 2007, Y.65, S.3, s.161 vd.; Akın, Ali, Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış, AD, Ocak 2008, s.74 vd.; Akın, Mustafa, Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması, Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2007, S.14, s.65 vd.

⁹² Acabey, Mehmet Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998, s.62-63.

⁹³ Demir, Mehmet, Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu İle İlgili İşlemler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2005, s.700.

⁹⁴ Baygın, s.455.

⁹⁵ Çabri, s.401.

⁹⁶ TMK 194. madde uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.3 vd.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.467 vd.; Çabri, s.405 vd.; Baştürk,

sağ kalan eşe miras ya da paylaşımından doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde aynı hak tanınması konularında yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Birliğin devamı sırasında; aile konutunun seçilmesi, kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlere konu olması hususunda getirilen düzenlemeler kadar, aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi imkânı da, bu kapsamda getirilen önemli koruyucu düzenlemelerden birisidir.

Çekirdek aile tipinin giderek yaygınlaşması sonucunda, ailede eşlerin önemi giderek artmış, bu da hem aile hem de miras hukuku alanlarında ve özellikle evliliğin ölümle son bulduğu hallerde, sağ kalan eşi koruyucu düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.⁹⁷ Gerçekten evlilik birliği içerisinde kişiye en yakın olan kimse eşi olup, eşler beraberce bir yaşam seviyesine ulaşmışlardır⁹⁸.

Eşlerin hayatında bu denli önemli olan varlıkların, birliğin son bulması halinde kimin kullanımında kalacağı, özellikle, konutun mülkiyeti kendisinde olmayıp ekonomik yönden de güvenceli durumda olmayan eş açısından büyük önem arz etmekte olup, tüm bu nedenlerle sağ kalan eşin korunmasının gerekliliğini nazara alan Türk Medeni Kanunu, 240. madde ile edinilmiş mallara katılma rejiminde, 255. madde ile paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK 279. madde ile mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına

s.1537 vd.; Kamacı, s.128 vd.; Genç Arıdemir, s. 130 vd. Ayrıca TMK 194. maddede yer alan sınırlandırmanın hukuki niteliği hususundaki görüş ve tartışmalar için bkz. Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.137 vd.; Kamacı, s.130 vd.; Barlas, Hukuki İşlem Rejimi, s.338 vd.; Genç Arıdemir, s. 132 vd.; Çabri, s.405 vd.; Doğan, Aile Konutu, s.292.; Baştürk, s.1538 vd.; Y.H.G.K, 19.10.2005 tarih, 2005/12-652 sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası. Şerhin etkisi ve hukuki niteliği hakkında bkz. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.19 vd.; Şıpka, Diğer Eşin Rızası, s.155 vd ; Genç Arıdemir, s. 135 vd.; Çabri, s.408 vd.; Dönmez, s.350 vd.; Doğan, Aile Konutu, s.294 vd.; Barlas, Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s.125.; Bağcı, s.165 vd.; Hausheer / Reusser / Geiser, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 169, Nr.59.; Braem / Hasenböhler, Art.169, Nr.73.; Serozan, Rona, Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.591 vd.; Reisoğlu, Seza, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, BD., 2002, S. 40, s. 68.; Y.H.G.K, 4.10.2006 tarih, 2006/2-591 E., 2006/624 K. sayılı karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası.

⁹⁷ Doğan, Aile Konutu ve Ev Eşyası, s.652.

⁹⁸ Karlı, Özlem, TMK. Mad. 652'ye Göre Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.I, İstanbul 2009, s.890.

mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesini; 652. maddesinde ise sağ kalan eşin yine aile konutu üzerinde mirasçılık sıfatına bağlı bir yasal, aynı talep hakkı bulunduğu hususunu düzenlemiştir. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine özgü olarak TMK 254. maddede düzenleme altına alınmıştır. TMK'da yer alan mal ayrılığı rejimi ise, eşlerin ekonomik menfaatlerinin tamamen birbirinden ayrı tutulduğu ve eşler arasındaki finansal bağımsızlığın tasfiye aşamasına da yansıtıldığı bir rejim olması nedeniyle, bu rejimde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi düzenlemesini içeren bir hükme yer verilmemiştir. Aile konutunun korunması kapsamında TMK'nın yukarıda değinilen hükümlerinin yanı sıra TMK 591. madde⁹⁹ ve ailenin korunması noktasında önemli düzenlemeler içeren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun¹⁰⁰ hükümlerini de göz önüne almak gerekmektedir.

Sonuç

İnsanların en temel ihtiyacı olan barınma ihtiyacı tüm hukuk düzenlerinde değişik düzenlemelerle ancak, aynı koruma düşüncesiyle güvence altına alınmıştır. Bu barınma ihtiyacının ancak konut denilen mekânlarda sağlanabileceğini gören kanun koyucular, konutu gerek

⁹⁹ TMK 591. madde uyarınca; tereke mühürlenirken miras bırakanla birlikte oturanların ihtiyaçları için gerekli eşya bir tutanakla tespit edilip güvenilir kişi olarak kendilerine bırakılacak ve taşınmazların onların oturmaları için zorunlu olan bölümleri, mühürlemenin dışında tutulacaktır.

¹⁰⁰ Temel amacı aile içi şiddeti önlemek ve şiddete uğrayan aile fertlerini korumak olan 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Türk Medeni Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hâkiminin meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen madde metninde yer alan tedbirlerden bir ya da birkaçına veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere hükmedebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda yer verilen, kusurlu eşin müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması ve alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi şeklindeki tedbirler, özellikle aile konutunun korunması kapsamında da dikkat çeken düzenlemelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uçar, Aile İçi Şiddet, s.157 vd.

anayasalarda gerekse diğer iç hukuk mevzuatlarında koruma ihtiyacı hissetmişlerdir. Bu koruma düşüncesinin yanı sıra, 20. y.y. başlarından itibaren bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler ve tetiklediği sanayileşmeyle birlikte, tüm dünyada sosyal alanda değişim ve gelişimler baş göstermiş, bu meyanda kadın ve erkeğe biçilen klasik rol anlayışı da yerini, eşitlik temelinde dayanan düşüncelere bırakmıştır. Bununla beraber, her toplum ve zamana göre farklı bir algılanış tarzı olsa da, aile kurumu da giderek genişten çekirdeğe doğru bir seyir izlemiş ve aile içinde eşerin önemi giderek artmıştır.

İşte, konut ve aile kavramlarının bu önemi ve eşlerin, özellikle de kadın eşin barınma hakkının korunması mühazasıyla, aile konutu müessesesi, uluslar arası alanda yapılan düzenlemelerin de büyük etkisiyle, hukuk sistemlerinde yerini almaya başlamıştır.

Bazı yabancı hukuk sistemlerinde daha uzun bir geçmişe sahip olan aile konutu Türk hukukuna da, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kazandırılmış olan yeni ve önemli bir hukuki müessese olup, eşlerin müşterek yaşantılarının en önemli malvarlığı değerlerinden biri olarak kabul edilerek, gerek aile konutunun seçilmesi, gerek aile konutu üzerindeki kullanım ve mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlerin geçerliliği, gerekse sağ kalan eş miras ya da paylaşımdan doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde aynı hak tanınması konularında yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Çekirdek aile tipinin giderek yaygınlaşması sonucunda, ailede eşlerin önemi giderek artmış, bu da hem aile hem de miras hukuku alanlarında ve özellikle evliliğin ölümle son bulduğu hallerde, sağ kalan eşin barınma hakkını koruyucu düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.¹⁰¹ Gerçekten evlilik birliği içerisinde kişiye en yakın olan kimse eş olup, eşler beraberce bir yaşam seviyesine ulaşmışlardır¹⁰².

Eşlerin hayatında bu denli önemli olan varlıkların, birliğin son bulması halinde kimin kullanımında kalacağı, özellikle, konutun mülkiyeti kendisinde olmayıp ekonomik yönden de güvenceli durumda olmayan eş açısından büyük önem arz etmektedir. Diğer eşin ölümü sonrasında, sağ kalan eşin yeni bir muhite yerleşmek ve yeni bir çevre edinmek, ölen eşiyile birçok anılarını paylaştığı konutu terk etmek du-

¹⁰¹ Doğan, Aile Konutu ve Ev Eşyası, s.652.

¹⁰² Karlı, s.890.

rumunda kalmak suretiyle, o ana kadar mevcut olan müşterek hayat tarzının önemli ölçüde değişmesinin sakıncalarından sağ kalan eşin korunmasının gerekliliğini nazara alan Türk Medeni Kanunu 240. madde ile edinilmiş mallara katılma rejiminde, 255. madde ile paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, TMK 279. madde ile mal ortaklığı rejiminde, sağ kalan eşin tasfiye sonucunda doğan hakkına mahsuben aile konutu üzerinde mülkiyet, intifa veya oturma hakkı talep edebilmesini, 652. maddesinde ise sağ kalan eşin yine aile konutu üzerinde mirasçılık sıfatına bağlı bir yasal, aynı talep hakkı bulunduğu hususunu düzenlemiştir. Ayrıca evliliğin boşanma veya iptalle sonuçlanması halinde aile konutunun akıbeti, paylaşmalı mal ayrılığı rejimine özgü olarak TMK 254. maddede düzenleme altına almıştır. Böylece, özellikle eşinin ölümüyle desteğini kaybeden eş de korunmuş ve evlilik birliğinin dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğü, evliliğin son bulmasının ötesine taşınmaya çalışılmıştır.

Aile konutundan bahsedebilmek için öncelikle bir ailenin varlığı, buna ek olarak ailenin resmi bir evlilik birliği şeklinde kurulmuş olması ve resmi evlilik birliği ile bir araya gelmiş olan bu ailenin birlikte yaşadığı konut adı verilen bir mekânın bulunması gerekmektedir. Hayatın olağan akışına göre normal olan, her ailenin tek bir yaşam merkezi olmasıdır. Her ne kadar Kanun'da aile konutu kavramına sayı olarak bir sınırlama getirilmemişse de, işin mahiyetinden ve Kanun'un koruma amacından, aile konutunun tek bir konut olabileceği sonucu çıkmaktadır.

Aile konutuna ilişkin yapılan düzenlemelerde, aile konutuna ilişkin ortak bir dilin benimsenmemiş olması, bu maddelerin uygulama alanının kapsamı noktasında farklı yorumlara neden olmaktadır. Sadece tek konutu kapsamadığı yönünde görüşler bulunmakla beraber, yine de, TMK 194. maddenin kenar başlığında olduğu gibi madde metninde de "*aile konutu*" ifadesinin yer almış olması, bu madde açısından tartışmaları asgariye indirmektedir. Ancak, örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin TMK 240. maddenin kenar başlığında, "*aile konutu*" ifadesinin yer almasına rağmen, madde metninde "*birlikte yaşadıkları konut*" ibaresinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Bu nedenle TMK 240. madde de dâhil olmak üzere, aile konutuna ilişkin düzenlemeler içeren hükümlerde ortak bir dilin benimsenmesi uygulamadaki tereddütlerin ortadan kaldırılmasına hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- Acabey, Mehmet Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir, 1998.
- Akın, Ali, Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış, AD, Ocak 2008, s.74 vd.
- Akın, Mustafa, Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması, Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2007, S.14, s.65 vd.
- Akıncı, Şahin, Medeni Kanun'da Kadın ve Aile, GÜHFD, 2002, C.VIII, S.1-2, s.15 vd.
- Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Aile Hukuku, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- Antalya, Gökhan, Miras Hukuku, Antalya 2009.
- Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Ateş, Mustafa, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler, ABD, 2007, Y.65, S.3, s.161 vd.
- Avcı, Gökmen, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Türk Yargıtayının İçtihatları Işığında İncelenmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2009, S.38.
- Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Bağcı, Ömer, Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S. 2, 2007, s. 162 vd.
- Barlas, Nami, Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi, Makalelerim, C.I, İstanbul 2008.
- Barlas, Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.122 vd.
- Baştürk, Adem, Türk Hukukunda Aile konutu, Aile Konutuna ilişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, s.1535 vd.
- Baygın, Cem, 4721 Sayılı Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'a Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.455 vd.

Bozkurt, Enver, Genel Hukuk Bilgisi, Ankara 2002.

Braem, Verena / Hasenböhler Franz, Zürcher Kommentar, Band II, Das Familienrecht, 1.Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Teilband II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, 3.Lieferung, Art.169-180 ZGB, 3.völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich 1997, Art.169, Nr.27.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, 13. Cilt.

Celkan, Hikmet Yıldırım, Türk Ailesinin Yeni Dönemlerde Ele Alınışı, Gökalp ve Baltacıoğlu Örneği, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.

Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

Çabri, Sezer, Aile Konutu Şerhi, Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s.403 vd.

Demir, Mehmet, Eşlerin Yaptığı Hukuki İşlemler, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un Hukuk Yapılanmasındaki Yenilikleri, Konferans Bildiriler ve Tartışmalar, 02.02.2002, Muğla 2002.

Demir, Mehmet, Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu İle İlgili İşlemler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2005, s.700 vd.

Doğan, İsmail, Tazminat Sonrası Sosyo - Kültürel Değişmeler ve Türk Ailesi, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.

Doğan, Murat, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, AÜEHFD, C.VII, S.3-4, 2003, s.652 vd.

Doğan, Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu, AÜEHFD, C.VI, S.1-4, 2002, s.286 vd.

Doğan, Murat, Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜHFD, 2003, C.52, S.4, s.106 vd.

Dönmez, Murat, Aile Konutunun Haczi, TBBD, 2008, S.77, s.349 vd.

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

- Efem, Gül, 21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul 2004.
- Em, Ali / Sözen, Ayten / Kaçak, Nafiz / Yılmaz, Zümra, Açıklamalı, Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2002.
- Eröz, Mehmet, Türk Ailesi, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 1997.
- Ertaş, Şeref / Koç, Nevzat, Türk Medeni Kanunu, C. 1, İzmir 2002.
- Genç Arıdemir, Arzu, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 sayılı, 11.06.2002 tarihli Genelgesi'nin Aile Konutu Şerhine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008.
- Gençcan, Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Giray, Faruk Kerem, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan "Aile Konutu" Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Y. 23, S.1-2, 2003, s.426 vd.
- Gloor, Urs, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach Schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1987.
- Güler, Ali, İlk Yazılı Türkçe Metinlerde Aile ve Unsurları, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.
- Gülerce, Aydan, Türkiye'de Ailelerin Psikolojik Örüntüleri, Boğaziçi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Bölümü, İstanbul 1996.
- Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Hacısalihoğlu, Abdurrahman, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ve Şerhi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Hatemi, Hüseyin, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999.

- Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas, Das Familienrecht, Berner Kommentar, Band II, 2.Teilband Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern 1999, Art. 169, Nr. 14.
- Havutçu, Ayşe, Evli Kadının Yerleşim Yeri, DEÜHFD, C.VII, S.1, İzmir 2005, s.141 vd.
- Kamacı, Mahmut, Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Karşı Diğer Eşin Katılma Hakkı, Y.D., 2004, S. 1-2, s. 116 vd.
- Kapusuz, Gökçen, Mal Rejimleri ve Miras Hukuku'nda Aile Konutu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- Karınca, Eray, Boşanmış veya Nikâhsız Birlikte Yaşayan Kadının 4320 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması, TAAD, Temmuz 2010, S.2, s.507 vd.
- Karınca, Eray, Kadının Eş Şiddetinden Korunabilmesi İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler, TAAD, Ekim 2010, S.3, s.325 vd.
- Karlı, Özlem, TMK. Mad. 652'ye Göre Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.I, İstanbul 2009, s.890 vd.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Aile Konutu ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.528 vd.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu, M.Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Kızıroğlu, Serap Keskin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Ankara 2010.
- Knoepfler, François (Çeviren Özer, Ahmet), İsviçre Yeni Aile Hukuku Üzeride Açıklamalar, YD., 1998, C.14, S.1-2, s.124 vd.
- Kocahasanoglu, Osman Selim, Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993.

- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Aile Hukukuna İlişkin Tezlerimiz, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.I, Ankara 2010, s.1333 vd.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, Aile Hukukunda Adalet: Ailevi Adalet, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.588 vd.
- Kongar, Emre, Türkiye'de Aile Yapısı, Evrimi ve Bürokratik Örgütlerle İlişkileri, Aile Yazıları II, Hazırlayan Beylü Dikeçliğil - Ahmet Çiğdem, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1990.
- Köteli, M. Argun, Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.
- Nirun, Nihat, Sistematik Sosyolojik Yönden Aile ve Kültür, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Kültür Merkezi, Ankara 1994.
- Nuhoğlu, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Okuyucu Ergün, Güneş, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010.
- Oy, Osman, Boşanmanın Hukuki Neticeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Özen, Muharrem, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali Suçları, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1363 vd.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Özuğur, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Reisoğlu, Seza, Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri, BD., 2002, S. 40, s. 68 vd.
- Ruoss, Thomas Reto, Der Einfluss des neuen Eherrechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, ZSR 1988 1. Halbband.
- Schleiss, Richard, Hausrat und Wohnung in Güterstandauseinandersetzung und Erbteilung (nach den neuen Art.219, 244 un 612a ZGB), Dissertation, Bern 1989.
- Serozan, Rona, Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.591 vd.

Standley, Kate, Family Law, Great Britain 2001.

Şeker, Muzaffer, İsviçre Hukuku'nda Aile Konutunun Boşanma Halinde İhtiyacı Olan Eşe Mahkeme Kararı ile Tahsis Edilmesi, Art.121 ZGB, EÜHFD, 2007, C.XI, S.3-4, s.474 vd.

Şener, Emine Gülnihal, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, AD, Mayıs 2010, S.37, s.226 vd.

Şenocak, Zarife, Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı, Batider, C.XXV, S.2 Haziran 2009, s.106 vd.

Sıpka, Şükran, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2003.

Sıpka, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2004.

Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004.

Timur, Serim, Türkiye'de Aile Yapısı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, No-15, 1972.

Tolan, Barlas, Geleneksel Aileden Çağdaş Aile Yapısına Doğru Dünyada ve Türkiye'de Aile Yapısının Evrimi, Aile Yazıları II, Hazırlayan Beylü Dikeçligil - Ahmet Çiğdem, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1990.

Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı, Ankara 2002.

Türkdoğan, Orhan, Türk Ailesinin Genel Yapısı, Sosyo - Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, C.1, Ankara 1992.

Türker, Gökçen, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.

Tüzün, Sezgin, Aile Yapısı ve Biçimleri, Türk Toplum Bilimcileri 1, Hazırlayan Emre Kongar, Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.

Uçar, Ayhan, 4721 Sayılı Medeni Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.47, Ocak 2006, s.1 vd.

Uçar, Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.I, İkinci Basım, İstanbul 1849.

Vollenweider, Marc-Aurèle, Le Logement de la Famille Selon L'article 169 CC: Notion et Essai de Définition, Thése, Lausanne 1995.

Yağcıoğlu, Ali Haydar, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel, İzmir 2007.

Yavuz, Cevdet, Türk Medeni Kanunu - Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2002.

Yazan, Ümit Meriç, Ondokuzuncu Yüzyıldan Günümüze Kadar Avrupa Aile Sosyolojisindeki Değişmeler Üzerine Bir Çalışma, Birinci Aile Şurası Bildirileri, Ankara 17-20 Aralık 1990.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara 2003.

Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2002.

Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995.

Mevzuat ve İctihat Programları

Kazancı İctihat ve Mevzuat Bankası.

Meşe İctihat ve Mevzuat Bankası.

UYAP İctihat Programı.

İnternet Adresleri

<http://www.tkgm.gov.tr/ana.php?Sayfa=genelgedetay&Id=263>.

www.e-akademi.org.tr.

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE
KEFALET SÖZLEŞMESİNDE
KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI**
SCOPE OF BAILSMAN'S LIABILITY IN THE CONTRACT OF
BAILMENT PURSUANT TO THE TURKISH CODE OF
OBLIGATIONS NO: 6098

Merve YILMAZ*

Özet : Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Kişisel sorumluluk ilkesi gereğince, kefilin sınırsız sorumlu olduğu düşünülemez. Kefilin sorumluluğu, öncelikle kefilin ödemekle yükümlü olduğu azami miktar ile sınırlıdır. Bundan başka kefilin sorumluluğunun sınırlarının sözleşmeden ve kanundan kaynaklanabileceğini söyleyebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, kefilin sorumluluğu, azami sorumluluk, asıl borç.

Abstract : Contract of bailment is a deed that bailman personally undertakes to be liable for the results of the non-performance of obligation to the creditor. According to the principles of personal liability, it cannot be considered that the bailman is an unlimitedly liable. First, liability of the bailman is limited to the minimum amount that s/he is liable to pay. Moreover, we can say that limits of the bailman's liability can be resulted from contract or law.

Keywords: Contract of Bailment, Bailman's Liability, Maximum Liability, Principal Debt.

GİRİŞ

11.01.2011 tarihinde T.B.M.M. tarafından kabul edilen, 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Özel Borç İlişkile-

* Dr., Ilgın Hâkimi

ri" başlıklı ikinci kısmında onbeşinci bölümde 589. maddede, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı düzenlenmiştir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre kefilin sorumluluğu ile ilgili bir takım yenilik ve değişiklikler yapılmıştır.

Bu araştırma ve inceleme yazısının konusunu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle kefalet sözleşmesinde kefilin sözleşmede belirtilen azami miktar ile sorumluluğu üzerinde kısaca durduktan sonra, kefilin sözleşmeden doğan sorumluluğu ve kanundan doğan sorumluluğu ile ilgili değerlendirmelerde bulunacağız.

I. Genel Olarak

TBK'nun 581. maddesine göre "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir". Kanunda yer alan bu tanıma göre kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan¹ ve alacaklıya kişisel güvence sağlayan bağımsız nitelikte bir borç ilişkisidir.²

Kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesidir.³ Bu sözleşme ile kefil, asıl borçlunun borcunu alacaklıya karşı ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenmektedir. Borçlunun borcunu alacaklıya ifa edememesi tehlikesini kişisel olarak üstlenen kefilin sorumlu-

¹ Silvio Giovanoli, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spie und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Aufl., Bern, 1978, Art. 492, Nr. 2; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul, 2010, s. 533; Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, Özellikler- Kuruluşu- Türleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 47; Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 118; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 590-591; Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 529.**

² Emil Beck, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942, Art. 492, Nr. 43; Gümüş, s. 535; Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger (Çev. İsmet Sungurbey), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, 1964, s. 85; Gökhan Şahan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007, s. 5; Zevkliler/ Gökyayla, s. 530; Özen, s. 47.

³ Yavuz, s. 589; Gümüş, s. 530; Özen, s. 6; Aslı Sücüllü, *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 1.

luğu sınırsız değildir. TBK md. 589'da kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun kapsamı belirtilmiştir. TBK md. 589 yasa koyucu tarafından, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (B.K.) kefilin sorumluluğunun kapsamını belirleyen 490. maddesinden farklı olarak kaleme alınmıştır. Yasa koyucu tarafından TBK md. 589 kaleme alınırken, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak öncelikle kefilin azami miktar ile sorumlu olduğu belirtilmiştir. Sonrasında ise, B.K. md. 490'da üç fıkra ile ifade edilen kefilin sorumluluğunun kapsamı, TBK md. 589'un ikinci fıkrasında üç bent olarak bazı değişikliklerle birlikte düzenlenmiştir. TBK md. 589'un üçüncü ve dördüncü fıkralarında da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan, kefilin sorumluluğu ile ilgili yeni bir takım düzenlemelere yer verilmiştir.

II. Kefilin Azami Sorumluluğu

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499. maddesinin birinci fıkrasında kefilin bütün hallerde kefalet senedinde gösterilmiş olan azami miktar ile sorumlu olduğu belirtilmiştir.⁴ Buna karşılık 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kefilin azami miktar ile sorumlu olduğu hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kefilin sorumluluğunun kapsamını düzenleyen TBK md. 589'da ise, mehaz kanuna uygun olarak kefilin azami miktar ile sorumlu olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK md. 589'a göre: "*Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur*".

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde açıkça gösterilmesi zorunludur. TBK md. 583/1'de kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde kefil tarafından el yazısı ile yazılması şartı getirilmiştir (TBK md. 584). Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın açıkça gösterilmesinin nedeni kefilin muhtemel risklerden koruma dü-

⁴ Beck, Art. 499, Nr. 5; Hüseyin Avni Göktürk, "*Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku*", AÜHFD, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 346; Ata Karatay, "*İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme*", İBD, C. 26, S. 11-12, 1952, s. 629-630; Pierre Cavin, (Amil Artus), "*Yeni Kefalet Hukuku*", *Adalet Dergisi*, S. 8, 1942, s. 997.

şüncesidir.⁵ Halen yürürlükte olan BK md. 484' de yer alan "kefilin mes'ul olacağı muayyen miktar" ifadesinin de, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerektiği hususunu işaret ettiği doktrin tarafından kabul görmektedir.⁶ Bununla birlikte Borçlar Kanunu'nun 484. ve 490. maddelerindeki hükümler karşısında kefalet senedinde belirtilen azami miktarın aşıp aşılamayacağı tartışılabilir. Doktrinde çoğunlukla benimsenen görüşe göre,⁷ kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktar oranında kabul edilmelidir. Bir başka ifade ile, asıl borcun yanı sıra gecikme faizi, mahkeme masrafları gibi başka borçların toplamının kefalet sözleşmesinde belirtilen kefilin sorumlu olduğu azami miktarı geçmemesi gerekmektedir.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde kefilin azami sorumluluğunun açıkça

⁵ "Borçlar Kanunu, kefaleti 483. ve ardından gelen maddelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş; bir çok sözleşme türüne ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, 484. maddede, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamış; biçime ilişkin bu koşula içerik yönünden başka bir koşul daha eklemiş; sözleşmenin geçerli olabilmesi için kefilin sorumlu olacağı miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesini zorunlu saymıştır..."

Kefalet sözleşmesi yönünden, geçerliliğin, şekle ilişkin koşula ek olarak, içerikle ilgili başka bir koşula daha (kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi koşuluna) bağlamasındaki amacın; kendisine ait olmayan bir borç için sorumluluk altına giren, hatta, müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda asıl borçludan bağımsız olarak tek başına doğrudan doğruya takip edilebilmesi bile olanaklı bulunan kefil, mümkün mertebe korumak olduğu da kuşkusuzdur" Yargıtay H.G.K. 15.12.2004 tarih 2004/3-761 E., 2004/708 K. sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

⁶ Hatemi, s. 119; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 524; Gümüş, s. 558; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992, s. 52; Yavuz, s. 600; Seza Reisoğlu, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFĐ*, C.19, S.1-4, s. 383 v.d.; Sücüllü, s. 116; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 381; Necip Bilge, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFĐ*, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 91-92, Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 301, "Davacı, davalı ile kiracılar arasında düzenlenen kira sözleşmesinde kefil olarak imza atmıştır. Bu kefalet Borçlar Kanunu 483. maddesinde belirtilen adi kefalet niteliğindedir. Aynı kanunun 484. maddesine göre de kefaletin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve belli bir miktarı içermesi şarttır. Kanun maddesine aykırı olarak şekilde verilen taahhütler hukuken geçersizdir. Davacı-karşı davalı kefil, miktarı önceden belli olmayan hor kullanım zararından sorumlu tutulamaz." Yargıtay 13. H.D. 09.05.2002 tarih 2002/3679 Esas 2002/5360 Karar sayılı kararı (Meşe İçtihat Programı).

⁷ Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 381, Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 145; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 533; Özen, s. 108; Karatay, s. 630; Şahan, s. 36; Gümüş, s. 594; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.II, İstanbul, 1987, s. 779-780; Zevkililer/ Gökyayla, s. 551.

belirlenmesi şartının getirilmesi ve yine 589. maddesinde kefilin sorumluluğunun sınırının her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarı aşamayacağına düzenlenmesi ile, 818 sayılı BK md. 484 ile 490 arasındaki çelişki yasa koyucu tarafından giderilmiştir.

III. Kefilin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

Kefilin sorumluluğu belirlenirken kefalet sözleşmesinde kefil ile alacaklı arasında kararlaştırılan özel koşullar dikkate alınmalıdır. Kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde bazı hukuki işlemler ya da eylemler ile sınırlandırılmış ise, kefilin bu hukuki işlemler ve eylemler dışında sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.⁸

IV. Kefilin Kanunda Doğan Sorumluluğu

Kefilin sorumlu olacağı yasal alacaklar TBK md. 589'da düzenlenmiştir. TBK md. 589, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu maddeye karşılık gelen 490. maddeden daha farklı olarak kaleme alınmıştır. BK md. 490'a göre kefil asıl borcun yanı sıra asıl borçlunun kusurunun veya temerrüdünün kanuni sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve akdi faizlerden sorumludur. TBK md. 589'da da Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi kefil, asıl borcun yanı sıra asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Bununla birlikte dava ve takip masraflarının yanı sıra, TBK md. 589'da "*gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar*" dan da kefilin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca faiz ile ilgili olarak da, "*işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerinden yasal olarak sorumlu*" olacağı şeklindeki hüküm ile, akdi faiz dışında faiz talep edilebilmesine imkan tanınarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK md. 589 ile ilgili olarak verdiğimiz bu ön açıklamalardan sonra aşağıda sırasıyla kefilin yasal olarak sorumlu olduğu alacaklar ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunacağız.

⁸ Zevkliler/ Gökyayla, s. 551.

A. Asıl Borç

Kefil, öncelikle kefil olunan borcu aslından sorumludur.⁹ Kefalet sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için geçerli bir asıl borcun varlığı zorunludur. Bu sebeple kefalet, asıl borcu güvence altına alan fer'i nitelikte bir borçtur.¹⁰ Fer'i nitelikteki kefalet borcu, asıl borca bağlıdır ve asıl borcun varlığı ile kefalet borcu varlığını sürdürür.¹¹ Asıl borcun tamamı için kefil tarafından kişisel güvence verilebileceği gibi, asıl borcun bir kısmı için de kişisel güvence verilebilir. Bununla birlikte asıl borç miktarının kefil olunan miktardan daha az olmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır. TBK md. 589'un ilk fıkrasında belirtilen hüküm uyarınca, kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Bu sebeple asıl borç miktarı, kefil olunan azami miktardan daha fazla ise, kefilin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan azami miktar ile sınırlı olacaktır.

Kefilin sorumlu olduğu asıl borcun belirlenmesi bazı durumlarda önemlidir. Bu durumu öngören yasa koyucu kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye benzer nitelikte bir hükme TBK md. 589'da yer vermiştir. TBK md. 589/3'e göre: "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur". Yasa koyucu tarafından 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bu hükme benzer bir hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bununla birlikte halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulamasında, doktrin

⁹ Henrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1- 529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, 2008, Art. 499, Nr. 5; Yavuz, s. 610; Gümüş, s. 595; Zevkliler/ Gökyayla, s. 552; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 381; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümülü*, s. 106; Özen, s. 97; Şahan, s. 37.

¹⁰ Beck, Art. 492, Nr. 88; Giovanoli, Art. 492, Nr. 2; Oscar Daepfen, (Çev. Osman Bayrav), "Kefalet", *İBD*, C. 25; S. 6, 1951, s. 346. Kefalet borcunun asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç olmasının istisnaları için Bkz.: Özen, s. 81 v.d.; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 4 v.d.; Faruk Yavuz, *Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 64.

¹¹ Beck, Art. 492, Nr. 88; Zevkliler/ Gökyayla, s. 531; Yavuz, s. 593; Sücüllü, s. 10; Hasan Ayrancı, "Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004, s. 96; Gümüş, s. 533-534; Develioğlu, s. 112-113. Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğini ortadan kaldıran sözleşmelerin ancak şartları var ise garanti sözleşmesi olarak mütalaa edilebileceğine dair görüş için Bkz.: Reisoğlu, *Muteberlik Şartları*, s. 329.

tarafından, kefilin kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra doğan borçlardan sorumlu olduğu bir karine olarak kabul edilmektedir.¹² TBK md. 589/3'de yer alan hüküm emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu hükme göre kural olarak kefil, asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.¹³ Bununla birlikte kefil ile alacaklı arasında, asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından önceki mevcut borçları için de kefilin sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşma yapılabilmesi mümkündür.

Asıl borç miktarında meydana gelen değişiklikler bazı durumlarda kefilin sorumluluğunu da etkilemektedir.

Kefilin sorumluluğunun kapsamı asıl borç ile sınırlı olması nedeniyle asıl borç miktarının sonradan artması halinde kefil bu artıştan sorumlu olmayacaktır.¹⁴ Buna karşılık asıl borç miktarında meydana gelen artış kanundan, sözleşmeden ya da işin niteliği gereği ortaya çıkmış ise kefilin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.¹⁵ Örneğin aşağıda ayrıntısı ile inceleyeceğimiz borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları nedeniyle asıl borç miktarında bir artış meydana gelmiş ise, kanun koyucunun kefilin asıl borçtan sorumluluğunun genişlemesine imkan tanınması nedeniyle, kefilin artıştan sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.¹⁶ Yine kefil alacaklıya karşı kapsamı genişlemiş asıl borç miktarından da sorumlu olmayı taahhüt etmiş ise asıl borç miktarındaki artıştan kefil sorumlu olacaktır.¹⁷ İşin niteliği gereği kefalet sözleşmesinin başında kefilin sorumluluğunun kapsamının artacağına öngörülebildiği durumlarda, bir başka ifade ile, asıl borç tutarının sonradan belirlendiği durumlarda, kefil sonradan belirlenen bu asıl borç miktarından sorumlu olacaktır.¹⁸

Kefaletin fer'i niteliği gereğince kefilin sorumluluğu asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olamayacaktır.¹⁹ Kefaletin fer'iliğinin ke-

¹² Gümüş, s. 595; Seda Kara Kılıçarslan, "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S.1-2, 2009, s. 48; Özen, s. 99.

¹³ Giovanoli, Art. 499, Nr. 22.

¹⁴ Gümüş, s. 595; Zevkliler/ Gökyayla, s. 552, Özen, s. 97.

¹⁵ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, Nr. 5; Giovanoli, Art. 499, Nr. 10; Gümüş, s. 595; Kara Kılıçarslan, s. 50; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 104 v.d.

¹⁶ Gümüş, s. 595; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 114; Kara Kılıçarslan, s. 50.

¹⁷ Gümüş, s. 595; Zevkliler/ Gökyayla, s. 553.

¹⁸ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, Nr. 5; Giovanoli, Art. 499, Nr. 10; Gümüş, s. 595; Kara Kılıçarslan, s. 50; Özen, s. 98.

¹⁹ Beck, Art. 492, Nr. 93; Yavuz, s. 593; Zevkliler/ Gökyayla, s. 531; Gümüş, s. 534;

filin sorumluluğuna yönelik bu sonucu nedeniyle asıl borç miktarında bir azalma meydana gelmiş ise, kefilin sorumluluğu da azalacaktır.²⁰

B. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Yasal Sonuçları

TBK md. 589 gereğince kefil, asıl borç dışında borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumludur. Bu hüküm uyarınca kefil, asıl borcun yanı sıra iki halden daha sorumludur. İlk olarak kefil, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle TBK md. 112 gereğince ortaya çıkan müspet zararın tazmininden sorumlu olacaktır.²¹ İkinci olarak ise kefil, borçlunun temerrüde düşmesinin kanuni sonuçları olan gecikme tazminatı, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarar, esas borcun para borcu olması durumunda temerrüt faizi²² ve diğer zararlardan da sorumlu olacaktır (TBK md. 118 v.d.).²³ TBK'nın 589. maddesinin ikinci fıkrasının ilk bendinde yer alan bu hüküm uyarınca, kefil asıl borçlunun yasal sorumluluğuyla sınırlı olarak sorumlu olacaktır.²⁴

TBK'nın 589. maddesinin dördüncü fıkrasında, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir hükme yer verilmiştir. Buna göre: *"Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hüküm-*

Özen, s. 68; Reisoğlu, *Muteberlik Şartları*, s. 330-331; Senai Olgaç, *Kefalet*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 12, Oser/ Schönenberger, s.102.

²⁰ Zevkliler/ Gökyayla, s. 552; Şahan, s. 37; Kara Kılıçarslan, s. 50; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 382; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 112; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 156; M. Ramazan Aksoy, *Kefalet Sözleşmesindeki Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008, s. 10. Kefilin asıl borçta meydana gelen azalmalardan yararlanmadığı istisnalar için Bkz.: Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 100-114; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 158.

²¹ Tandoğan, s. 775; Yavuz, s. 610; Zevkliler/ Gökyayla, s. 553; Gümüş, s. 595; Olgaç, s. 29; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 382; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 119; Kara Kılıçarslan, s. 51; Şahan, s. 37; Sücüllü, s. 36; Aksoy, s. 17-18.

²² Kefil, borçlunun kusuru olsun ya da olmasın azami sorumluluğu ile sınırlı olarak işlemiş ve birikmiş temerrüt faizinden sorumludur görüşü için Bkz.: Gümüş, s. 597; Özen, s. 100.

²³ Giovanoli, Art. 499; Nr. 11; Gümüş, s. 596 v.d.; Yavuz, s. 610; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 382; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 144; Tandoğan, s. 776; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 532; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 162; Kara Kılıçarslan, s. 51.

²⁴ Giovanoli, Art. 499, Nr. 11, Şahan, s. 38; Sücüllü, s. 36; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 120.

süzdür." TBK'nın 589. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen kefilin cezai şarttan ve menfi zarardan sorumlu olmayacağı kuralı, yasa koyucu tarafından 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 490. maddesinden farklı olarak emredici nitelikte bir hüküm haline getirilmiştir. Bir başka ifade ile, artık kefalet sözleşmesi ile, cezai şart ve menfi zarardan kefilin sorumlu olacağı kararlaştırılmayacaktır.²⁵ Bu bağlamda kefil, asıl borçlunun kusuru nedeniyle sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle, asıl borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılmış olan cezai şarttan sorumlu olmayacaktır. Yine kefil, asıl borçlunun kusuru nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönerek sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan menfi zararların tazmininden de sorumlu olmayacaktır.²⁶

Asıl borçlu tarafından sözleşmenin kusursuz olarak ihlal edilmesinden kefilin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Kanunda açıkça "*borçlunun kusur*"undan bahsedildiği için asıl borçlunun kusursuz sözleşme ihlallerinden kefil sorumlu değildir.²⁷

Kefil, asıl borçlunun sözleşmenin kurulmasından önce ya da sözleşmenin kurulması sırasında, kusuruyla sebep olduğu zararlardan (culpa in contrahendo) sorumlu değildir. Kefilin asıl borçlunun kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, sözleşmenin kurulmasından sonra başlamaktadır.²⁸

²⁵ TBK md. 589/4 hükmünden önce halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun uygulamasında kefilin cezai şarttan ve menfi zararın tazmini sorumluluğunun bulunmadığı yine kabul edilmektedir. Bununla birlikte TBK md. 589/4'e benzer nitelikte bir hüküm mevcut olmadığından kefalet sözleşmesinde kefilin cezai şarttan ve menfi zarardan sorumlu olacağına dair bir iradenin ortaya konulabilme imkanının bulunduğu savunulmaktadır. Kefalet senedinde kefilin cezai şarttan ve menfi zarardan da sorumlu olacağına dair irade açıkça ortaya konmuş ise artık kefilin bu nlardan da sorumluluğu yoluna gidilebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak TBK md. 589/4'ün emredici bir hüküm olması karşısında artık bu görüşün savunulabilmesi mümkün değildir. Kefalet sözleşmesinde kefilin cezai şarttan ve menfi zarardan da sorumluluğunun kararlaştırılabileceğine dair görüş için Bkz.: Özen, s. 105; Kara Kılıçarslan, s. 51; Gümüş, s. 596; Zevkiler/ Gökyayla, s. 554; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 382; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 119 v.d.; Develioğlu, s. 302; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 162.

²⁶ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499, Nr. 6.

²⁷ Bilge, *Kefilin Mesuliyetini Şümulü*, s. 134-135; Şahan, s. 38; Zevkiler/ Gökyayla, s. 553; Özen, s. 101; Yavuz, *Roma Kefalet Akdi*, s. 95; Aksoy, s. 18. Buna karşılık Gümüş, s. 596: Kanunun lafzı, asıl borçlunun kusuru ile kefilin sorumlu olduğu şekilde olsa da, asıl borçlunun ifa yardımcısının fiilinden dolayı kusursuz olarak sorumlu olduğu durumlarda ve kusursuz sorumluluğu öngören sözleşme ihlallerinde kefilin sorumluluğunun devam edeceğini savunmaktadır.

²⁸ Kara Kılıçarslan, s. 52; Beck, Art. 499, Nr. 18; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s.

C. Dava ve Takip Masrafları ile Rehinlerin Tesliminin ve Rehin Haklarının Devrinin Sebep Olduğu Masraflar

TBK md. 589/2'de "Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmasını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar" ın kefilin sorumluluğu kapsamında olduğu düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm uyarınca kefilin dava ve takip masraflarından sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Ancak kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu tutulabilmesi için, alacaklı tarafından kefile, kefilin borcunu ödeyerek kendisine dava açılmasını ya da takip yapılmasını önleyebilmek için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir.²⁹ Alacaklı tarafından kefile süre verilmesi koşulu, adi kefalette olduğu gibi, müteselsil kefalette de geçerlidir.³⁰ Alacaklı tarafından kefile süre verilebilmesi için, kefilin borcunun muaccel olması gerekmektedir.³¹ Eğer alacaklı tarafından kefile süre verildiğinde kefilin borcu henüz muaccel değil ise, kefil kendisine başvurulduğunda kendisi bakımından borç muaccel olduğunda ödeme yapacağı def'ini ileri sürebilir.³² Kefil tarafından bu def'i ileri sürülür ise, borç muaccel oluncaya kadar kefilinden ödeme yapması beklenemez. Kefil tarafından söz konusu def'i ileri sürülmediği takdirde kefilin dava ve takip masraflarını ödemesi gerekecektir.

Kefilin dava ve takip masraflarından sorumlu olabilmesi için, söz konusu dava ve takip masraflarının dürüstlük kuralına uygun olarak yapılması gerekmektedir.³³ Dava ve takip masraflarının iyiniyetle, alı-

138; Tandoğan, s. 776; Gümüş, s. 596; Özen, s. 101; Oser/ Schönerberger, s. 247, Reisoğlu, *Kefalet*, s. 162; Yavuz, *Roma Kefalet Akdi*, s. 95; Aksoy, s. 18.
²⁹ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 499 Nr. 8; Beck, Art. 499, Nr. 29; Bilge, *Borçlar Hukuku*, s. 382, Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 146; Yavuz, s. 610; Şahan, s. 39; Zevkliler/ Gökyayla, s. 554; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 163; Özen, s. 102; Gümüş, s. 102; Aksoy, s. 20.
³⁰ Giovanoli, Art. 499, Nr. 13; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 146; Kara Kılıçarslan, s. 52.
³¹ Giovanoli, Art. 499, Nr. 13; Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 146; Şahan, s. 39; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 163; Kara Kılıçarslan, s. 53. Kefilin borcu muaccel olsun ya da olmasın alacaklı tarafından kefile başvurulabileceğine dair karşı görüş için Bkz.: Gümüş, s. 599.
³² Bilge, *Kefilin Mesuliyetinin Şümulü*, s. 147; Şahan, s. 39.
³³ Özen, s. 102; Gümüş, s. 599; Zevkliler/ Gökyayla, s. 554; Reisoğlu, *Kefalet*, s. 163.

şılmışa uygun olan masrafları aşması halinde, bu kapsamı aşan giderlerden kefilin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Ayrıca TBK md. 589'da yer alan dava ve takip masraflarından kefilin sorumluluğunun kapsamına, alacaklı tarafından birlikte kefillere karşı yapılan dava ve takip masrafları da girmemektedir.³⁴

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ödemede bulunan kefile yasal zorunluluk gereği yapılacak devirler nedeniyle oluşan masrafların kime ait olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önüne geçebilmek için yasa koyucu tarafından bu alanda bulunan boşluk, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 499/2. maddesi esas alınarak giderilmiştir.³⁵ TBK md. 589'da, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemeye yer verilerek, dava ve takip masraflarının yanı sıra, "gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar" dan da kefilin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, kural olarak rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardan kefil sorumlu olacaktır.³⁶

TBK md. 589/2'de yer alan dava ve takip masrafları ile rehin nedeniyle doğan masrafların kefile ait olduğuna ilişkin hüküm "Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa" şeklinde kanunda yer alan ibare gereğince, emredici nitelikte bir düzenleme değildir.³⁷ Bir başka ifade ile, tarafların söz konusu giderlerin alacaklıya ait olacağına dair anlaşma yapmalarına bir engel yoktur.

D. Akdi Faiz ve Tahvil Karşılığında Ödünç Verilen Anapara Faizi

TBK md. 589/2'de kefilin anapara faizinden sorumlu olduğu da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre alacaklı ile asıl borçlu arasındaki sözleşmede anapara faizi ödenmesi hususu kararlaştırılmış

³⁴ Özen, s. 102; Gümüş, s. 600; Zevkliler/ Gökyayla, s. 554.

³⁵ Karatay, s. 630; Oser/ Schönerberger, s. 249.

³⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 554; Kara Kılıçarslan, s. 53.

³⁷ Nevzat KOÇ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Âdi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, 2008, s. 56; Murat Haznedar, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler, www.murathaznedar.av.tr/makale_doc/5.doc, (Çevrimiçi), 04 Haziran 2011, s. 15.

ise, kefil bu faizden de sorumlu olacaktır. Ancak kefilin akdi faiz ile sorumluluğu sınırsız değildir. Kefil TBK md. 589/2'ye göre “İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizler”den sorumludur. Yasa koyucu tarafından madde metninde belirtilen faiz, akdi faizdir.³⁸ Temerrüt faizi yukarıda incelediğimiz gibi³⁹ borçlunun temerrüdünün yasal sonuçları arasında değerlendirildiğinden, kefilin azami sorumluluğu gözetilerek bir yıllık sınırlamaya tabi olmaksızın kefilin sorumlu olduğu kabul edilmelidir.⁴⁰

TBK md. 589'da, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizlerin yanı sıra, “gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizler”in de kefilin sorumluluğu kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Tahvil karşılığında ödünç verme sözleşmesinde taraflarca faiz kararlaştırılmış ise, bu faiz, akdi faiz olarak kabul edileceğinden söz konusu düzenlemenin akdi faizi kastetmediği açıktır. Söz konusu hükmün yasa koyucu tarafından ayrıca belirtilmesinin nedeni ise, kefilin sorumluluğunu akdi anapara faizi ile sınırlandırarak, yasa gereği anapara faizi ödenmesi gereken durumda da faiz istenebilmesine imkan tanınmasını sağlamaktır.

Tahvil anonim şirketlerin ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetleri olarak tanımlanmaktadır. Tahvil karşılığı ödünç para verilmesi ise bir tüketim ödünç (karz) sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Tüketim ödünç (karz) sözleşmesi, ticari nitelikte ise, taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da faiz istenebilmektedir (TBK md. 387/2). Anonim şirketlerin tahvil çıkarması işlemi ticari işlerden olduğu için taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi, faiz istenebilmesi mümkündür.⁴¹ Böylelikle yasa koyucu tarafından akdi faizin yanı sıra, yasa gereğince faiz ödenmesi gereken bir durumda da kefilin faiz ile sorumlu

³⁸ Her ne kadar yasa koyucu tarafından 818 sayılı Borçlar Kanununda kefilin sorumluluğu akdi anapara faizi ile sınırlandırılmış ise de, yasa gereği anapara faizi ödenmesi gereken durumlarda da kefilin sorumluluğu yoluna gidilebileceğine dair karşı görüş için Bkz.: Gümüş, s. 600, Özen, s. 103.

³⁹ Yuk. Bkz.: B. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Yasal Sonuçları

⁴⁰ Beck, Art. 499, Nr. 29; Özen, s. 100; Şahan, s. 39; Zevклиler/ Gökyayla, s. 555; Aksoy, s. 23Gümüş, s. 600.

⁴¹ Aksoy, s. 24-25.

olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak yasa koyucu sadece tahvil karşılığında ödünç verilen anapara bakımından faiz istenebilmesine imkan tanımıştır. Bu sebeple tahvil karşılığı ödünç verilen para dışında, yasa gereği faiz ödenmesi gereken başka durumlarda da faiz istenebilmesi mümkün değildir.⁴²

TBK md. 589/2’de yer alan anapara faizinden kefilin sorumlu olduğuna ilişkin hüküm, “*Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa*” şeklinde kanunda yer alan ibare gereğince, emredici nitelikte bir düzenleme değildir.⁴³ Bir başka ifade ile, tarafların söz konusu faizin alacaklıya ait olacağına dair anlaşma yapmalarına bir engel yoktur.

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunu kapsamı ile ilgili önemli değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Söz konusu bu düzenlemeler yapılırken kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda kefilin sorumluluğunun kapsamı ile ilgili yapılan değişiklik ve yeniliklerde, kefalet sözleşmesinin hukuki mahiyeti dikkate alınarak, kefilin koruması amaçlanmış, sorumluluğun kapsamının sınırının çizilmesinde ortaya çıkan birçok soruna çözüm bulunmuştur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda kefilin sorumluluğunun kapsamı düzenlenirken halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı bir sistematik izlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda üç fıkra olarak 490. maddede kaleme alınan kefilin sorumluluğunun kapsamı, 6098 sayılı yasada 589. maddenin ikinci fıkrasında üç bent halinde düzenlenmiştir. Ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masrafların da kefilin sorumluluğu kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Yine akdi anapara faizinin yanı sıra, tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerinin de kefilin sorumluluğu kapsamında olduğu kabul edilerek, yasa gereğince faiz ödenmesi gereken bir durumda da faiz istenebilmesine imkan tanınmıştır.

⁴² Aksoy, s. 25.

⁴³ Koç, s. 56; Haznedar, s. 15.

Türk Borçlar Kanunu'nda kefilin sorumluluğunun kapsamı ile ilgili getirilen en önemli düzenleme, kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacağı ilkesidir. Ayrıca yine 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir hüküm ile tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırmamaları halinde borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağı yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre kefil, kural olarak asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu menfi zarardan ve cezai şarttan sorumlu değildir. Bununla birlikte tarafların sözleşmede bu hususun aksini kararlaştırabilmelerine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Oysa ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 589/4. maddesi ile getirilen yeni düzenleme karşısında artık, kefilin menfi zarardan ve cezai şarttan sorumlu olacağına dair taraflar arasında bir anlaşma yapılabilmesi mümkün olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKSOY, M. Ramazan, *Kefalet Sözleşmesindeki Kefil İle Alacaklı Arasındaki İlişki*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2008.
- AYRANCI, Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", *AÜHFD*, C. 53, S. 2, 2004.
- BECK, Emil, *Das neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942.
- BİLGE, Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971. (Borçlar Hukuku)
- BİLGE, Necip, "Kefilin Mesuliyetinin Şümulü", *AÜHFD*, C. 13, S. 1-2, 1956.
- CAVIN, Pierre (Amil ARTUS), "Yeni Kefalet Hukuku", *Adalet Dergisi*, S. 8, 1942.
- DAEPPEN, Oscar (Çev. Osman BAYRAV), "Kefalet", *İBD*, C. 25; S. 6, 1951.

- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- GIOVANOLI, Silvio, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spie und Wette, Artikel 492-515 OR, 2. Aufl., Bern, 1978.*
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, “*Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku*”, AÜHFD, C. 7, S. 3-4, 1950.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.*
- HATEMİ, Hüseyin, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- HATEMİ, Hüseyin/ Serozan, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- HAZNEDAR, Murat, *Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler*, www.murathaznedar.av.tr/makale/doc/5.doc, (Çevrimiçi), 04 Haziran 2011.
- HONSELL, Henrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, 2008.*
- KARA KILIÇARSLAN, Seda, “*Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S.1-2, 2009.
- KARATAY, Ata, “*İsviçre Borçlar Kanununun Değişen Kefalet Hükümleri Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme*”, *İBD*, C. 26, S. 11-12, 1952.
- KOÇ, Nevzat, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Âdi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler*”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2008.
- OLGAÇ, Senai, *Kefalet*, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978.
- OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm (Çev. İsmet SUNGURBEY), *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, 1964.

- ÖZEN, Burak, *Kefalet Sözleşmesi, Özellikler- Kuruluşu- Türleri*, İstanbul, 2008.
- REİSOĞLU, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1992. (Kefalet)
- REİSOĞLU, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFD*, C.19, S.1-4. (Muteberlik Şartları)
- SÜCÜLLÜ, Aslı, *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Şartları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- ŞAHAN, Gökhan, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2007.
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.II, İstanbul, 1987.
- YAVUZ, Faruk, *Roma Kefalet Akdi'nin Günümüze Yansıması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008. (Roma Kefalet Akdi)
- YAVUZ, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.

2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNDEN SONRA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YAPILANMASI

THE STRUCTURING OF TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AFTER THE 2010 AMENDMENT OF CONSTITUTION

Ş. Cankat TAŞKIN*

Özet : Bu çalışmanın konusu 1982 Anayasası'nda 7.5.2010 günü 5982 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la Anayasa'nın 146, 147, 149 ve geçici 18. maddesinde yapılan değişikliklerin Türk Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ve yapılanması üzerinde doğurduğu etkilerinin incelenmesidir.

Çalışmanın amacında, anayasa yargısının tarihi gelişimi ışığında ve karşılaştırmalı hukuktaki temel özellikleri irdelenerek 2010 Anayasa (AY) değişikliklerinin Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) yapılanması üzerindeki etkilerini vurgulamak yatmaktadır.

Çalışmanın konusunu fazla genişletmemek adına anayasa mahkemesinin görevleri üzerinde durulmamış; sadece yapılanması, üyelerin seçim usulleri ile üyelere aranan nitelikler üzerinde irdelemeye girişilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa Mahkemesi, 2010 anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesine üye seçimi, Anayasa Mahkemesinin yapılanması

Abstract : Constitution of 1982 Law No. 5982, 05.07.2010, "Law Amending Certain Articles of the Constitution of the Republic of Turkey" changed Constitution 146, 147,149 and 18 temporary article of the Turkish Constitutional Court's composition and structure of the changes made to examine the effects on the born is on the subject of this study.

Intent of the study, and comparative constitutional law in light of the historical development of judiciary examined the basic features of the Constitution 2010 (AR) Turkish Constitutional Court (AYM) highlight the effects of structurelies.

The aim of this study is, examinig the effects of amendments of Constitution 2010, Turkish Constitutional Court's structure, in the light of comparative and historical development of constitutionlaw.

Key Words: Turkish Constitution Court, 2010 Constitution Amendments, The structure of Turkish Constitution Court, The selection of the members of Turkish Constitutional Court.

* Avukat, Bursa Barosu, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

Giriş

Bu çalışmanın konusu 1982 Anayasası'nda 7.5.2010 günü 5982 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la Anayasa'nın 146, 147, 149 ve geçici 18. maddesinde yapılan değişikliklerin Türk Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ve yapılanması üzerinde doğurduğu etkileri incelemektir.

Çalışmanın amacında, anayasa yargısının tarihi gelişimi ışığında ve karşılaştırmalı hukuktaki temel özellikleri irdelenerek 2010 Anayasa (AY) değişikliklerinin Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) yapılanması üzerindeki etkilerini vurgulamak yatmaktadır.

Çalışmanın konusunu fazla genişletmemek adına anayasa mahkemesinin görevleri üzerinde durulmamış; sadece yapılanması, üyelerin seçim usulleri ile üyelere aranan nitelikler üzerinde irdelemeye girişilmiştir.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. I. Bölümde 1982 Anayasasından önce Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapılanması ve oluşumu ele alınmıştır. Bu bağlamda, hem 1961 Anayasası döneminde Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapılanması ve oluşumu incelenmiş; hem de genel olarak anayasa mahkemelerinin kuruluş amaçları, tarihi süreçte dünyada ve Türkiye'de anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışı ve ortaya çıkış nedenleri üzerinde kısaca durulmuştur.

II. Bölümde 2010 değişikliklerinden önceki AYM'nin yapılanması ile 2010 değişikliklerinden sonraki yapılanması karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda, çalışmanın bu bölümde karşılaştırmalı hukuk ışığında 2010 AY değişikliklerinin AYM'nin yapılanmasına etkilerine değinilmiş ve 2010 AY değişiklikleri sonucunda, AYM'nin yapılanması; mahkemeye üye seçim yöntemi ile üyelere aranan nitelikler, ortaya çıkan ve çıkabilecek olası sorunlar da değerlendirilerek irdelenmiştir.

Çalışmanın her bölümünde, uygun görüldükçe karşılaştırmalı anayasa hukukundaki düzenlemelerden ve örneklerden kısaca bahsedilmiş, buna dair ayrıntılı bilgi ise çalışmanın son bölümünde ayrı bir başlık altında verilmiştir.

Sonuç ve değerlendirme bölümünde ise, 2010 AY değişikliklerinden sonra AYM üyelik seçimlerinde yaşanan ve yaşanabilecek olası sorunların neler olabileceği ve bunlara dair çözüm önerileri sunulmuş ve çalışma bitirilmiştir.

I. BÖLÜM

1982 Anayasası'ndan Önce Türk Anayasa Mahkemesi

Genel Olarak

Çalışmamızın bu kısmında 1961 Anayasası dömeninde Türk Anayasa Mahkemesi'nin yapılanması ve oluşumu üzerinde durulacak; bu bağlamda dünyada ve Türkiye'de anayasa mahkemelerinin ortaya çıkış süreciyle varoluş nedenlerine kısaca değinilecektir.

1) Anayasa Yargısının Tarihi Gelişimi ve 1961 Anayasası Öncesindeki Durum

1961 Anayasasından önce Türk Anayasası'nda yasamanın yargısal denetimi söz konusu değildi. 1921 ve 1924 Anayasaları Anayasa Mahkemesi'ne yer vermemiştir¹. 1924 Anayasası'nda kanunların anayasaya aykırı olamayacağına dair düzenleme mevcuttu². Ancak buna rağmen, uygulamada yasa koyucu anayasaya aykırı pek çok yasayı kabul etmekten çekinmemiştir³.

Bu dönemdeki anlayış, kanunların anayasaya uygunluğunu ancak meclisin denetleyebileceği yönündeydi⁴. Zira anayasada mahkemelelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğine yönelik bir hüküm de yoktu⁵. Ayrıca bu dönemde, kanunların anayasaya uy-

¹ Akyalçın, Ahmet; "Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması", AYD, Yıl:2006, S: 23, s. 45

² 1924 AY md 103: "Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun anayasaya aykırı olamaz." (Batum, Süheyl/ Yüzbaşioğlu, Necmi; *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 103)

³ Daver, Bülent; "Anayasa Mahkemesi Yargıcı", AYD, Yıl 1986, C:3, S: 27, s. 14

⁴ Akyalçın, a.g.m, s. 45. Bu dönemde, yasaların Anayasaya aykırılığının tespiti için yasalar daha tasarı aşamasındayken, bu denetimi yapacak olan yetkili encümenler (komisyonlar) kurulması öngörülmüştü. (Ergül, Ozan; *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007,s.157). "Teşri uzvu tek meclisten ibaret olsa bile, bu gibi meclislerde teşkil edilen komisyonlar da ihtisas erbabından müteşekkil olup kendilerine havale edilen kanun tasarıları (lâyihâ) veya tekliflerini ilk önce Anayasaya uygunluk bakımından tetkik ederler. Anayasaya aykırılık görülürse tanzim edecekleri mazbatalarda bu hususu belirterek Meclis Umumi Hey'etini ikaz ederler." (Kubalı, Hüseyin Nail; *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Ankara 1964, s.188). Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s.175; Memiş, Emin; *Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)*, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.421

⁵ Öden, Merih; "Cumhuriyetin 75. yıldönümünde Anayasa Yargısı", AÜHFD, Yıl 1999, S: 1-4, s. 25

gunluğunu denetlemek için ne özel bir yargı yolu ne de özel bir mahkeme bulunduğu düşünülürken, anayasallık denetiminin ancak davaya bakan mahkemeler tarafından görülmekte olan somut olayda yapılabileceğini söylemek mümkündür⁶.

Anayasa mahkemesi işlevini gören ayrı ve özel bir mahkemenin gerekliliğini ilk kez Ziya GÖKALP 18 Birinci Kanun (Aralık) 1922 tarihinde “*Küçük Mecmua*” adlı dergide kaleme aldığı “*Yüce Mahkeme*” başlıklı yazıda şöyle belirtmiştir⁷ 8:

“...Türkiye'nin Kanunu Esâsîsi (Teşkilâtı Esâsiye Kanunu) dur. Her millette kanûnu esâsiye ruhan muhalif bir takım kanunlar vardır ki ya eskiden kalmış, yahut sonradan bilinmeyerek yapılmıştır. Bu gibi kanunların mevcudiyeti, kanûnu esâsinin bütün kanunlara ma'hez olması umdesini ihlâl etmez mi? Şüphesiz ki eder. Bir milletin kanunları arasında tenâkus bulunması, bilhassa, hususî kanunlarla kanûnu esâsî arasında hakikî tenâkusların mevcudiyeti anarşilerin en büyüğüdür... Bütün kanunların kanûnu esâsiye uygun olmasını nasıl temin etmeli?... Biz kanunları en karışık bir millet olduğumuz için, Türkiye'de de Amerika'da olduğu gibi bir (Yüce mahkeme) nin tesisine ihtiyaç var. Bu mahkeme, hem hususî kanunların teşkilâtı esâsiye kanununa muvafık olup olmadığını, hem de nizamnamelerin ve talimatların hususî kanunlara muvafakatini tedkik vazifesile mükellef olmalıdır.”

Anayasa yargısı alanında bu dönemde atılan en önemli adım ise bir asliye hukuk hakimi olan Refik Gür'ün girişimidir⁹. Refik Gür, çok cesur bir adım atarak, önüne gelen bir davada uygulaması gerektiği bir yasa hükmünü anayasaya aykırı bulmuş ve uygulamayarak (yasa-yı ihmal ederek) anayasallık denetimi yapmış¹⁰.

⁶ Balta, Tahsin Bekir; “*Türkiye'de Anayasa Yargısı*”; AÜHF, Yıl 1961, C: 18, S:1-4, s.548.

⁷ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=4&lang=0> (Erişim Tarihi: 25.10.2010)

⁸ “*Anayasa Mahkemesi*” deyişini ilk kullanan müellif ise Prof.Dr Turhan Feyzioğlu'dur. Yazar, bu deyişi 1951 yılında yayınladığı “*Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*” adlı yapıtında kullanmıştır. <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=4&lang=0> (Erişim Tarihi: 25.10.2010)

⁹ Öden, a.g.m, s. 26. Daha öncesinde İstanbul 4.Hukuk Mahkemesi'nin de benzeri bir girişimi olmuş ancak bu girişim de HGK'nun 20 Nisan 1927 tarihli kararıyla sonuçsuz kalmıştır. (Ergül, a.g.e.s. 177)

¹⁰ Aybay, Rona; “*Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli*” konulu panelde sunduğu tebliğ; AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 53. Daha geniş ve açıklayıcı bilgi için bkz Ergül, a.g.e, s.178-181

Refik Gür'ün bu girişimi Yargıtay'dan dönmüşse de¹¹ o güne kadar Türk anayasa hukukunda hiç tartışılmamış olan "*mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi*"nin tartışılmasını sağlamakla adeta bir devrime yol açmıştır.

Bu dönemde, yasaların anayasaya aykırılığının denetlenmesi bakımından Danıştay da Yargıtay'dan farklı bir yoruma gitmemiş; fakat konuyu Yargıtay kadar da sert yorumlamamıştır. Danıştay, bu dönemde verdiği kararlarda kanunları anayasa ile bağdaştırarak yorumlamış¹² ve böylece aleyhine kanun yoluna başvurulması mümkün olmayan işlemleri, idari işlemin takdir unsuruna aykırı bularak yasal koşulların oluşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir¹³. Ancak yine de Danıştay'ın da yasaların anayasaya aykırılığını denetlediğini söylemek mümkün değildir.

1961 öncesinde dünyadaki genel eğilim değerlendirilecek olursa, anayasallık denetimi için özel ve yetkin mahkemelerin henüz pek çok ülkede yer almadığı görülebilir¹⁴. O dönemde, anayasallık denetiminin mahkemeler kanalıyla yapılması ancak Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) özgü bir yapı olarak görülmekteydi¹⁵. Hatta, ABD'de anayasa ile anayasallık denetimi öngörülmemiş olmasına rağmen, Federal Yüksek Mahkeme 1803 tarihindeki Marbury Versus-Madison kararıyla ilk

¹¹ Yargıtay, kanunların anayasaya uygunluk denetiminde meclisin söz sahibi olduğu gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. (Aybay, a.g.m, s. 53). karara karşı direnen Refik Gür'ün kararını, Yargıtay HGK 1956 tarihli kararında ne yasaların ne de anayasanın mahkemelere bu yönde bir yetki verdiğini, dolayısıyla mahkemelerin bu yönde bir inceleme yetkisinin olmadığını; idari işlemlerin incelenmesi yetkisinin Danıştay'a verildiği düşünüldüğünde, yasama işlemi niteliğinde olan kanunun denetiminin adli mahkemeye verilemeyeceği gerekçesiyle bozmuş ve özel dairenin kararını onamıştır. (Balta, a.g.m, s. 549, dn 8). Yargıtay HGK, 3.12.1956 tarihli kararında özetle şöyle demiştir: "*Mahkemelerin bu hususta görevli olduklarını belirten bir kanun bulunmadığına göre Milli Hakimiyeti temsil etmekte olan meclisin çıkardığı kanunların anayasaya muhalefetinin tetkiki hakkının mahkemelere ait olduğu görüşü kabule sayan görülmemiştir.*" (Cuhruk, Mahmut C.; "*Türk Anayasa Mahkemesi*", AYD Yıl 1988, S:5, s. 8)

¹² Danıştay 5. Dairesi'nin 15.11.1950 tarihli kararı özetle şöyledir: "*Mahkemeler kanunların anayasaya aykırılığını tespitte matuf davaları tetkike selahiyetli bulunmamakla beraber, kendilerine arz edilen bir itilaf sonunda vaki anayasaya aykırılık def'ini incelemeye ve bunu müşahade ettikleri taktirde, Teşkilatı Esasiye Kanununu'na minafi kanunu tatbikten intinaa mezun ve hatta mecburdurlar.*" (Cuhruk, a.g.m,s. 8)

¹³ Balta, a.g.m, s. 550, dn 11

¹⁴ Ergül, a.g.e, s.158

¹⁵ Atar, Yavuz; "*Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*", AYD, Yıl 2008, S: 25, s. 93. Kaboğlu, İbrahim Özden; *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, Ankara, Kasım 1997, s.14

kez anayasallık denetimi yapmış ve ABD’de anayasallık denetimi bu tarihten sonra içtihat yoluyla benimsenmiştir¹⁶. Bu kararın etkileri ilk olarak ayrı bir anayasallık denetimine sahip olmayan Latin Amerika ülkelerinde görülmüş ve 1857’de Meksika, 1860’ta Arjantin, 1886’da El Salvador ve 1891’de Brezilya Anayasaları kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için yargı organlarına yetki vermiştir¹⁷.

Aslında bu tarihin çok daha öncesinde 1612 yılında İngiltere’de Dr. Bonham Case Kararı’nda Yargıç Edward Coke, Parlamento ve Kral tarafından yapılan yasaların mahkemelerce yıllar boyunca verilen ve istikrar kazanmış olan kararlardan oluşan ortak hukuka aykırı olmaması gerektiğini savunmuştur¹⁸. Dolayısıyla, anayasallık denetimi yönündeki ilk ciddi görüşün ve girişimin 1612 yılına kadar dayandığı söylenebilir.

Anayasa yargısının Avrupa sistemine girmesi, 2. Dünya Savaşı öncesinde oldukça sınırlıydı. Bu dönemde sadece Avusturya (1920)¹⁹ ve Çekoslovakya’da²⁰ anayasa mahkemeleri mevcuttu²¹. Bunun dışındaki ülkelerde, anayasallık denetimi parlamentoların iç sorunu olarak değerlendiriliyordu²².

Ne var ki Avrupa’daki bu iki “*nazar boncuğu*” Nazizm’in ve faşizmin etkisine dayanamayan Avusturya ile Çekoslovakya’nın işgaliyle çatlamış ve yeni anayasa mahkemelerinin kuruluşu ancak 2. Dünya

¹⁶ Cuhruk, a.g.m, s. 7; Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 342

¹⁷ Dağ, Güray; “*Anayasa Yargısı ve Çalışma Esasları*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara 2003, s.20 (www.tez2.yok.gov.tr) (Erişim Tarihi: 29.11.2010)

¹⁸ Balcı, Deniz; “*Dünyada Anayasa Yargısı Modelleri*”, *Siyasa: Siyaset Bilimi ve Hukuk Öğrenci Dergisi*, s.2 (http://www.veyseldinler.com/yazimaraclari/my_documents/my_files/D36_deniz_balc%C4%B1_anayasa_yarg%C4%B1s%C4%B1.pdf) (Erişim Tarihi: 01.10.2010)

¹⁹ Haller, Herbert; “*Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin Organizasyonu ve Karar Biçimleri*”, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 50

²⁰ Erdoğan, Mustafa; “*Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? (Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi)*”, AÜHFD, Yıl 2005, C: 54, S:3, s. 13. Anayasa Mahkemesini ilk kuran ülke Çekoslovakya’dır (29 Şubat 1920 tarihli Kanun), Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 16

²¹ Özbudun, Ergun; “*Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar*” konulu panelde nde sunduğu tebliğ; AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 57. Bu iki ülkeyi 1931’de İspanya ve 1937’de İrlanda izlemiştir. (Ulaş, Bülent; “*Anayasa Mahkemesi Üyeliği*”, GÜHFD, C:IX, Yıl 2005, S:1-2, s. 94)

²² Cuhruk, a.g.m, s. 6; ayrıca bkz Daver, a.g.m, s. 12

Savaşı'nın sona ermesiyle mümkün olmuştur²³. Bu dönemdeki ilk anayasa mahkemeleri İtalya, Batı Almanya²⁴, Avusturya ve İspanya gibi 2. Dünya Savaşı öncesinde otoriter veya totaliter rejimlerin hüküm sürdüğü devletlerde, bu sistemlere bir tür tepki olarak kurulmuştur²⁵. Ancak ilginç olan nokta, bu dönemde Nasyonal Sosyalizm'in doğduğu yer olan Almanya'da dahi 1950 yılında kabul edilen Batı Berlin Anayasası ile (md 64/II) önce anayasallık denetimi açıkça kaldırılmış, sonrasında 1951 yılında anayasa mahkemesi kurulabilmiştir²⁶.

Türkiye'de ise, 1924 AY'nın anayasallık denetimine olanak tanıması ve anayasa ile temel hak ve özgürlükler tanınırken, bunların sınırının kanunla belirleneceği, böylece yasama organına ve dolayısıyla mecliste çoğunluğu elinde tutan siyasi eğilime bu konuda ciddi takdir hakkı tanınmış olması; hak ve özgürlüklerin sınırının meclisin adeta "keyfine" bırakılması, özellikle çok partili demokrasiye geçildikten sonra hak ve özgürlükleri aşırı derecede sınırlandıran yasal düzenlemelerin önünü açmıştır²⁷. AYM'nin kuruluşu biraz da bu duruma tepkinin sonucudur²⁸. Bu dönemde, özellikle Demokrat Parti'nin hukuka aykırı uygulamaları²⁹ sonucunda yasama organının denetlenmesi gerektiği yönünde bir arayış belirmiş³⁰ ve bunun sonucunda 1961 Anayasası ile

²³ Arslan, Zühtü; "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.43. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 17

²⁴ Batı Almanya'da AYM Nasyonal Sosyalizm döneminde yaşananlara tepki olarak kurulmuştur. (Gören,Zafer; "Anayasa Yargısı ve Yasama, Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", AYD Yıl 1996, S:13, s. 88)

²⁵ Daver, a.g.m, s. 13

²⁶ Schefold, Dian/ Yazman, İrfan; "Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı"; AÜHFD, Yıl 1977, C: 31, S:1-4, s. 113,116

²⁷ Öden, a.g.m, s. 26. 1924 AY ve öncesindeki durum hakkında daha geniş bilgi için Dağ, a.g.t, s.23 vd.Tanör, Bülent; *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Ekim 1998, s. 355 vd.

²⁸ Gören, a.g.m, s. 88

²⁹ Bu uygulamalardan en başta gelenlerden birisi Kırşehir'in kendisine oy vermediği gerekçesiyle 30.06.1954 tarihinde 6429 Sayılı Kanun'la "Kırşehir Vilayetine Kaldırılmasına ve Nevşehir Kazasında (Nevşehir) Adıyla Yeniden Bir Vilayet Kurulmasına Dair Kanun" un kabul edilerek ilçe yapılmasıdır. [http://tr.wikipedia.org/wiki/K%C4%B1r%C5%9Fehir_\(il\)](http://tr.wikipedia.org/wiki/K%C4%B1r%C5%9Fehir_(il)) (Erişim Tarihi:26.11.2010). Ayrıca, Demokrat Parti tarafından 18 Nisan 1960'ta sadece 15 Demokrat Parti milletvekiliyle kurulan tahkikat komisyonu ile muhalefetin ve basının eylemlerinin soruşturulabileceğine, evlerin hakim kararı olmadan aranabileceğine, kişilerin hakim kararı olmadan gözaltına alınabileceğine yönelik önlemler alınmıştır. (http://tr.wikipedia.org/wiki/Tahkikat_Komisyonu) (Erişim Tarihi: 26.11.2010). Demokrat Parti uygulamaları hakkında daha geniş bilgi için bkz Ergül, a.g.e,s. 166-172; Tanör, a.g.e, s. 352 vd.

³⁰ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi; 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa*

fren-denge sisteminin sağlanması amacıyla Anayasa Mahkemesi kurulmuştur³¹. Şu halde denilebilir ki Türk Anayasa Hukuku tarihinde en önemli dönemeç noktası Cumhuriyet'in kurulması; Cumhuriyet döneminde çok partili demokrasiye geçiş kadar önem taşıyan bir diğer dönemeç noktası da 1961 AY ile AYM'nin kurulmasıdır³². AYM bugün yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda siyasi yaşamın da temel taşlarındandır. Özetlersek, anayasa yargısının gerek dünyada gerekse Türkiye'de ortaya çıkışındaki en etkin neden hukuk devleti idealini gerçekleştirmek ve güvence altına almaktır³³.

Dünya üzerinde, anayasallık denetimi bakımından iki temel sistem³⁴ bulunmaktadır. Bunlardan ilki anayasallık denetiminin ayrı, özgün ve yetkin bir mahkemeye verilmesidir ki bu sistem genelde Kıta Avrupası'nda uygulanan sistemdir³⁵. Buna "merkezileşmiş sistem" adı da verilmektedir³⁶. Bunun karşısında ise, ayrı, özel ve yetkin mahkemelere yer vermeyen, anayasallık denetimini de diğer yargı kolllarının üst mercii olan (Yargıtay-Danıştay gibi) mahkemelere yaptırtan sistem yer almaktadır ki bu sistem genellikle Anglo-Amerikan Hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde uygulanmaktadır. Buna "merkezileşmemiş sistem" adı da verilmektedir³⁷.

Hukuku,Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Şubat 2001, s. 446. Arayışlar ve o döneme ilişkin görüşler hakkında daha geniş bilgi için bkz Ergül, a.g.e, s. 174-177

³¹ Arslan, Tebliğ (AYD 2004), s. 43, aynı yönde Balta, a.g.m, s. 551

³² Soysal, Mümtaz; *100 Soruda Anayasanın Anlamı*,Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s. 67, Tanör, a.g.e, s. 404

³³ Dağ, a.g.t, s.19, Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.447. Atar, Yavuz; *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 280

³⁴ Gözler, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Ekim 2009, s.550

³⁵ Bunun bir istisnası Yunanistan'dır. Özbudun, *Tebliğ (2006)*,s. 58. Aslında Yunanistan sistemini Anglo-Amerikan ve Avrupa Sistemlerinin bir karması olarak değerlendirmek mümkündür. Zira Yunanistan'da adı "Anayasa Mahkemesi" olmamakla birlikte, anayasallık denetimi üstlenen ayrı ve özel bir mahkeme vardır. (Dağ,a.g.t, s.54) Diğer bir istisna olarak da Hollanda verilebilir. Hollanda'da anayasallık denetimi yoktur. Hatta bu denetim Hollanda AY'nun 120. maddesi ile açıkça yasaklanmıştır. Ayrıca Baltık Ülkelerinde de (Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya,Lüksemburg) anayasallık denetimi çok sınırlıdır. (Balcı,a.g.m, s.5). Aynı yönde bkz Ulaş,a.g.m, s. 92. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 21

³⁶ Tunç, Hasan; "Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması", AYD Yıl 1995, S:12, s. 290, dn 8

³⁷ Tunç, a.g.m, s. 290, dn 8. Bu sistem genellikle ABD, Avusturalya, Hindistan, Japonya, Arjantin ve Kanada'da uygulanmaktadır. (Balcı, a.g.m, s.3). Daha geniş bilgi için bkz Ulaş, a.g.m, s. 93 vd.,Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.452. Atar, a.g.e, s.282)

Nitekim, ABD’de Federal Yüksek Mahkeme (FYM: Supreme Court) aslında kendi başına bir anayasa mahkemesi olarak çalışmaz. Yüksek mahkemenin asli görevi, üye federe devletlerin birbirleriyle veya federe devletlerin federal devletle olan uyumsuzluklarını karara bağlamaktır. Ancak, süreç içerisinde, verdiği kararlarla FYM adeta bir anayasa mahkemesi işlevi de üstlenmiştir³⁸.

Ancak Türkiye’de 1961 AY döneminde her ne kadar AYM kurulmuşsa da bazı durumlarda yerel mahkemelere anayasa aykırılık savını karara bağlama konusunda, kısıtlı da olsa, bir yetki tanınmaktaydı³⁹. Buna göre, 1961 Anayasası’nın 151/son maddesinde yerel mahkemelere sınırlı da olsa anayasallık denetimi yapma yetkisi tanınmıştı⁴⁰. Adı geçen maddede 20.09.1971 tarihinde değişiklik yapılmış ve bir kanunun anayasaya aykırı olduğu kanaatine varan yerel yargıcın önce sorunu bekletici mesele olarak Anayasa Mahkemesi’ne göndereceği, buradan 6 ay içinde yanıt gelmezse davayı anayasaya aykırılık açısından kendi kanısına göre çözüme bağlayacağı hüküm altına alınmıştı. Buradan da 1961 AY döneminde, yerel mahkemelerin çok sınırlı da olsa anayasallık denetimi yapabildiği ve bu nedenle aslında 1961 sisteminin “kendine özgü bir merkezleşmiş sistem” olduğunu söylemek yanlış olmaz.

2) 1961 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesi

Türk Anayasa Mahkemesi ilk kez 1961 Anayasası ile hukuk sistemimize girmiş ve 22.4.1962 tarih, 44 sayılı kuruluş kanununun 25.4.1962 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanması ile kurulmuştur⁴¹.

İsviçre’de anayasa yargısı da bu sisteme örnek verilebilir. Orada, anayasallık denetimini İsviçre Federal Mahkemesi yapmaktadır. Diğer örnekler ise Kolombiya, Küba, Venezuela,Haiti olarak gösterilebilir (bkz Kubalı, a.g.e.s. 190,191)

³⁸ Schefold/Yazman, a.g.m, s. 108, aynı yönde Balcı, a.g.m, s.4

³⁹ Memiş, a.g.e, s. 422

⁴⁰ 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değişik 151.madde: “(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin üleri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. (2) Mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır. (3) Anayasa mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar. (4) Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasa’ya aykırılık iddiasını, kendi kanusına göre çözümlenerek davayı yitirir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.” (Batum/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.82)

⁴¹ Aliefendioğlu, Yılmaz; *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s.211

1961 Anayasası'nın 145, 146, 147 ve 148. maddelerinde Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, üye nitelikleri, seçilme yeterlilikleri ile çalışma ilkeleri düzenlenmiştir.

145. maddede AYM üyelerinin seçiminde izlenen yöntem belirtilmektedir⁴². Buna göre, AYM 15 asıl ve 5 yedek üyeden oluşmaktadır⁴³. Asıl üyelere dördünü Yargıtay; üçünü Danıştay genel kurulları kendi başkan ve üyeleriyle başsavcı ve başkanın sözcüleri arasından salt çoğunluğu ve gizli oyla seçmektedir. Bir üyeyi de Sayıştay genel kurulu, kendi başkan ve üyeleri arasından aynı usulü uygulayarak seçer. TBMM 3, Senato 2 üyeyi doğrudan seçer⁴⁴. Bu seçimlerde, yasama meclislerinin, Mahkemeye seçilecek olan üyeleri parlamento dışından seçmesi gerekmektedir⁴⁵. Yasama organları tarafından seçilecek üyelere birer kişinin, üniversitelerin hukuk, iktisat ve siyasal bilimler öğretim üyelerinin birlikte toplanarak, açık üyeliklerin üç katı tutarında ve gizli oyla gösterecekleri adaylar arasından olması gerekmektedir⁴⁶. Anılan öğretim üyeleri Ankara Üniversitesi Rektörü'nün daveti üzerinde Ankara'da toplanırlar ve toplantı yeter sayısı üye tamsayısının 2/3'üdür. Aday seçimi gizli oyla yapılır ve oyların salt çoğunluğunu alanlar aday olarak gösterilir⁴⁷. Seçimlerin ilk iki turunda 2/3'lük nitelikli çoğunluk aranır. Ancak bu çoğunluk sağlanamazsa üçüncü turda salt çoğunluğu alan aday seçilir. Bu seçimlerin gizli oylama esasına dayanması şarttır.

Mahkemeye Yargıtay iki, Danıştay ve yasama meclislerinden her biri birer yedek üyeyi asıl üyelerle aynı yöntemi uygulayarak seçerler.

Mahkemenin oluşumunda cumhurbaşkanı da söz sahibidir. Ne var ki Cumhurbaşkanının üye seçimindeki "söz hakkı" oldukça sınırlıdır⁴⁸. Zira cumhurbaşkanı, seçeceği iki üyenin birini Askeri Yargıtay

⁴² Bkz Balta, a.g.m, s. 555, 556

⁴³ Mahkemeye ilişkin geniş ve açıklayıcı bilgi için bkz Kubalı, a.g.e, s. 206,211

⁴⁴ Parlatentonun AYM'ye üye seçmesinin doğru bir yaklaşım olup olmadığı 1961 AY yapım sürecinde ciddi tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 49,50

⁴⁵ Kubalı, a.g.e, s.207

⁴⁶ Ne var ki bu düzenleme 1971 değişikliği ile AY metninden çıkarılmıştır. (Soysal, a.g.e, s.254)

⁴⁷ Kubalı, a.g.e, s.208

⁴⁸ "Anayasa Mahkemesindeki öbür üyelerin Millet Meclisi, Cumhuriyet Senatosu ve Cumhurbaşkanınca seçilmesi ise, bu kuruluşu ulusal iradede bütünü kopuk duruma

Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla belirleyeceği 3 aday arasından seçmelidir. Diğer üyeyi ise doğrudan seçme hakkı vardır.

AYM'ye üye olacak kişilerin mutlaka 40 yaşını doldurmuş olması, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da başkanlık, üyelik, başsavcılık, başkanun sözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarından birinde en az 5 yıl öğretim üyeliği veya 15 yıl avukatlık yapmış olması gerekmektedir. Ayrıca, üyelere hiçbir resmi ya da özel hiçbir işte görev alamazdı.

Dünya üzerinde, anayasa mahkemelerine üye seçiminde 3 temel yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan ilki atama, ikincisi seçme ve üçüncüsü de karma yöntemdir⁴⁹.

Atama sisteminde yasama organının ve yüksek yargının üye seçiminde söz hakkı yoktur. Sadece, belki dolaylı olarak seçilecek 3 veya 5 üyeyi belirleyerek cumhurbaşkanına sunma hakkından bahsedilebilir⁵⁰. Seçme sisteminde ise, gerek yasama gerekse yüksek yargı organlarının üyelerin seçiminde söz hakkı olduğu; hatta mahkemeye seçilecek üyeleri doğrudan seçtikleri görülmektedir. Son sistem ise karma sistem olarak adlandırılmaktadır ki burada üyelerin seçiminde belli oranlarda yasama organının, yüksek yargının doğrudan seçme hakkı olduğu gibi; mahkemeye devlet başkanı veya cumhurbaşkanı tarafından da dolaylı veya doğrudan şekilde üye seçilmektedir⁵¹.

1961 Anayasası'nın sistemi, mahkeme üyelerinin seçiminde "karma sistem" in uygulandığına göstermektedir.

Ayrıca, 1961 AY'nda üyelerin tümünün hukukçu olması da şart değildir. Ancak 15 asıl üyenin, Danıştay kotasından seçilecek olan 3'ünün hukukçu olması durumunda, en az 9'u hukukçu olmak zo-

⁴⁹ *getirmemek için düşünülmüştü.*" (Soysal, a.g.e,s.66)
Yöntemlere ilişkin geniş bilgi için bkz Ulaş, a.g.m, s.96,97. Kaboğlu ise iki temel sistem olduğunu belirterek bunları temelde seçim sistemi ve karma sistem olarak ayırmaktadır. (Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 27)

⁵⁰ Atama sistemine verilebilecek en önemli örnek Fransa'dır. (Ulaş, a.g.m,s.96)

⁵¹ Buna en çarpıcı örnek olarak İtalyan ve Bulgaristan sistemleri gösterilebilir. (Bu iki ülkedeki uygulama çalışmanın 2. bölümünün 2. başlığında ayrıntılı olarak incelenmiştir.)

rundadır. (Yargıtay-4; Danıştay-3; Sayıştay-1; cumhurbaşkanının seçtiği Askeri Yargıtay kontenjanından 1 üye). Bunun yanı sıra, yasama meclislerinin seçeceği bir üyeye cumhurbaşkanı tarafından doğrudan doğruya seçilecek olan birer üyenin daha hukukçu olması mümkündür⁵². Yani, böyle bir durumda seçilecek 15 asıl üyenin 11'i hukukçu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi üyeleri 65 yaşında emekliye ayrılırlar. Ancak cumhurbaşkanınca Askeri Yargıtay tarafından gösterilecek adaylar arasından seçilecek olan üyenin, ordu mensubu olmaktan kaynaklanan emekliliğe ilişkin tüm hakları saklıdır⁵³. Üyeliğin sona ermesini gerektirecek bir başka durumsa hakimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektirecek bir suçtan hüküm giymektir. Böyle bir durumda üyelik kendiliğinden sona erer. Görevin sağlık bakımından yerine getirilemeyeceği kesin olarak anlaşılırsa, o üyenin görevi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona erecektir. Ayrıca, AYM üyelerinin resmi veya özel başka hiçbir işte görev alabilmeleri mümkün değildi. Görev alırlarsa görevden çekilmiş sayılırlardı⁵⁴.

1961 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi aynı zamanda yüce divan olarak da görev yapmaktaydı. Bu görevi gereği mahkeme Cumhurbaşkanını, bakanlar kurulu üyelerini, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Yüksek Hakimler Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini, Yargıtay ve Danıştay Cumhuriyet Başsavcısını, başkanunsözcüsünü, Askeri Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan ötürü yargıladı. Yüce Divan kararları kesindi.

Burada, inceleme konumuz bakımından önemli olan nokta, 1961 AY döneminde AYM'nin Yüce Divan görevi için ayrı bir kurul veya daire oluşturmamış olması noktasıdır. Aynı üyeler Yüce Divan görevini de yerine getirirdi⁵⁵.

⁵² Öden, a.g.m, s. 37

⁵³ Kubalı, a.g.e, s. 209

⁵⁴ Kubalı, a.g.e, s. 209

⁵⁵ Oysa, 1924 Anayasası'nda yüce divan görevi, onbiri Danıştay; onu Yargıtay başkanları ve üyeleri arasından ve kendi genel kurulları tarafından gerekli görüldüğünde gizli oyla seçilen 21 üyeli özel bir yapılanmaya aitti. 15 kişiyle toplanırdı; 6 üye yedek üyeydi. Yüce divan, sürekli kurulu olan bir mahkeme değildi; gerekli görüldüğünde, o olaya özgü olmak şartıyla TBMM tarafından kurulurdu. (1924 AY, md 62,63,67) (Batum/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s. 17)

1961 Anayasası 20.09.1971’de değiştirilmiştir. Bu değişiklikle üye sayısında bir değişikliğe gidilmemiş fakat üyelerin seçim tarzında değişikliğe gidilmiştir. Bununla, yasama meclisleri tarafından AYM’ye seçilecek olan üyeler bakımından aranan “*nitelikli çoğunluk*” kaydı kaldırılmıştır⁵⁶. Ayrıca, 145/3 fıkrası anayasa metninden çıkarılınca, dördüncü fıkra üçüncü fıkranın yerini almış ve böylece meclis ve senato tarafından belirlenen toplam 5 üyeden ikisi için üniversitelere ayrılmış olan mutlak kontenjan koşulu da ortadan kaldırılmıştır⁵⁷.

1961 Anayasası’nda AYM’ye üye seçim yöntemi İtalyan AYM’ye⁵⁸ üye seçim yöntemini andırmaktadır⁵⁹. Ancak en önemli farkı AYM’de yedek üyelik sisteminin getirilmiş olmasıdır⁶⁰.

II. BÖLÜM

1982 Anayasası’na Göre Anayasa Mahkemesi

Çalışmamızın bu bölümünde, 1982 Anayasası döneminde Türk Anayasa Mahkemesi’nin oluşumu, çalışma düzeni ve yapılanması incelenmiştir. İlk başlıkta, 2010 anayasa değişikliğinden önce (1982 Anayasası’nın ilk şeklinde) Anayasa Mahkemesi’nin oluşumu, çalışma düzeni ve yapılanması incelenmiş; ikinci başlıkta ise 2010 anayasa değişikliği sonrasında, değişikliğin mahkemenin yapılanmasına nasıl etki edeceği, değişimin ne yönde olduğu konusuna anayasa önerileri, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve öğretilerdeki görüşler de dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

⁵⁶ Kaboğlu, İbrahim Ö.; Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası, Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, İstanbul, Ağustos 2010, s. 265

⁵⁷ Ulaş, a.g.m.s. 104

⁵⁸ İtalyan AYM’nin yapılanması ve çalışma ilkeleri çalışmamızın 2.bölümünün 2. başlığında ayrıntılı olarak anlatılmıştır.

⁵⁹ Özay, İl Han; “*Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri*”, AYD Yıl 1995, S: 12, s.45. Aynı yönde bkz Yüzbaşıoğlu, Necmi; “*Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması*” konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 20

⁶⁰ Diğer önemli farklar ise İtalya’da üyelerin görev süresinin 9 yıla (başlangıçta 12 yıldığı) sınırlandırılmış olması; yüce divan görevindeki ve oluşumundaki farklılık olarak vurgulanabilir. (Özay, İl Han; “*Yasama, Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi*”, AYD Yıl 1996, S:13, s.31 (özellikle dn 3)

I) 2010 Değişikliği Öncesinde Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin varlığını korumuş fakat yapılanmasında önemli değişikliklere gitmiştir. Mahkemenin kuruluşu, yapılanması, çalışma ilkeleri ve görevleri AY 146 ila 154. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş; ayrıca mahkemenin işleyişiyle ilgili olarak 10.11.1993 tarihinde 2949 Sayılı "Anayasa Mahkemesi Kuruluş Görevleri Hakkındaki Kanun" yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, mahkemenin düzenli çalışmasını sağlamak amacıyla 2949 Sayılı Kanun'a dayanılarak 03.12.1986 tarih ve 19300 sayılı Resmi Gazete'de "Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü" kabul edilmiştir.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde AYM toplam 15 üyeden oluşmaktaydı. Bunlardan 11'i asıl; 4'ü yedek üyeydi. Bu üyelerin tamamını cumhurbaşkanı atardı⁶¹. Seçim, ya doğrudan doğruya cumhurbaşkanı tarafından yapılır ya da "aday gösterme" suretiyle cumhurbaşkanı tarafından seçilerek atanma yoluyla gerçekleşirdi.

Buna göre, cumhurbaşkanı 3 asıl ve 1 yedek üyeyi doğrudan; 8 asıl ve 3 yedek üyeyi ise önerilen adaylar arasından seçmek suretiyle atardı. 2 asıl ve 1 yedek üye Yargıtay; 2 asıl ve 1 yedek üye Danıştay; 1 Asıl üye Askeri Yargıtay; 1 üye Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 1 üye Sayıştay Genel Kurulları'nca kendi başkan veya üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise YÖK'ün kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçerdi⁶².

Buna göre, tüm üyeler cumhurbaşkanı tarafından atanmakla birlikte; 3 asıl ve 1 yedek üyeyi cumhurbaşkanı doğrudan seçmek yoluyla AYM üyeliğine atamaktaydı.

Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların mahkemeye üye seçilebilmesi için kırk yaşını

⁶¹ Her ne kadar anayasada "seçer" ifadesi kullanılmışsa da buradaki işlem kanaatimizce seçme değil; atamadır. (aynı yönde Daver, a.g.m, s. 16)

⁶² Cuhruk, burada AYM'nin böyle değişik yerlerden ve farklı formasyonlara sahip kimseler arasından oldukça dengeli sayılabilecek bir oran gözetilerek belirlenmiş olmasını olumlu bulmakta ve böylece karma nitelik kazanan mahkemenin dış etkilerden arındırılmış olacağını savunmaktadır. (Cuhruk, a.g.m, s. 9)

doldurmuş; yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az on beş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde on beş yıl fiilen çalışmış veya en az on beş yıl avukat olarak görev yapmış olmaları gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin, asli görevleri dışında resmi veya özel herhangi bir görev almaları yasaktı.

Üyeliğin sona ermesi ise 65 yaşının doldurulması, bir üyenin hakimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi durumlarında kendiliğinden; görevin sağlık bakımından yerine getirilemeyecek noktaya gelmesi durumunda ise üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona ererdi.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan görevi de üstlenmekte ve bu durumda Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, AYM, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını, başsavcivekillerini, HSYK ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlarla ilgili olarak yargıladı.

1961 sisteminde olduğu gibi, 1982 sisteminin ilk halinde de AYM'nin Yüce Divan görevi için ayrı bir kuruldan oluşmaması, aynı üyelerin Yüce Divan görevini de yerine getiriyor oluşu ve kararlarının kesin oluşu önem taşımaktadır.

Sistemde ilk dikkati çeken nokta, 1961'den farklı olarak, yasama organına AYM için üye seçme hakkının kaldırılmış olmasıdır⁶³. 1961

⁶³ 1982 AY'nın yapım sürecinde meclise AYM için üye seçim hakkı verilmesi gerekip gerekmediği tartışılmış ve Feyyaz Gölcüklü birkaç üyenin meclis tarafından seçilmesinde bir sakınca olmadığını savunurken; Orhan Aldıkçatı 1961 AY döneminde yaşanan sıkıntılara atfen "1-2 üyenin dahi TBMM tarafından seçilmesinin Türkiye'yi nerelere getirebileceğini gördünüz." diyerek tüm tartışmalara son noktayı koymuştur. Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 51. Konuyla ilgili geniş tartışmalar için bkz İyimaya, Ahmet, *Anayasa Mahkemesinin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü, (Türk Modeline Eleştirel Bir Yaklaşım), Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, Türk Hukuk Kurumu Yayınları*, Ankara, 9 Nisan 2005, s.7-13. ARSLAN, 1982 AY'nın ilk şeklindeki durumun parlamentonun istencine karşı güvensizlik olduğu; hatta Nazi Almanyası döneminden sonra dahi Alman AYM üyelerinin tümünün parlamentoya seçtirildiğini belirtmektedir. Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 53. Farklı tartışmalara ilişkin daha geniş bilgi için bkz (Kurnaz, Haluk; "Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi", *Yasama Dergisi*, S:2, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, s.96, s.97). "Ancak, Türkiye'de 1961 Anayasası döneminde, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosuna ayrılan üyelerin seçiminde uzlaşma sağlanamaması ya da geç sağlanması yüzünden, mahkemenin oluşumunda yaşanan sıkıntılar nedeniyle, tepki olarak, 1982 Anayasasında, TBMM'ye AYM'ye üye seçme yetkisi tanınmamıştır. Keza AYM'ye yüksek mah-

sisteminde mahkemenin asıl üyelerinin 1/3'ünün parlamento tarafından doğrudan seçilmesi mahkemenin meşruiyeti bakımından önem taşımaktaydı⁶⁴.

Sistemdeki diğer dikkati çeken nokta, yüksek yargının doğrudan üye seçmesinin 1982 AY değişikliği ile engellenmiş olmasıdır. Bu konudaki yetki, 1982 AY ile tamamen cumhurbaşkanına devredilmiş ve yargı ancak 3 üyeyi cumhurbaşkanına "önerir" duruma gelmiştir⁶⁵.

Durum böyle olunca, 1982 AY'nın ilk şeklinin cumhurbaşkanının yetkisini oldukça genişlettiği ve gerek yasama gerekse yargı organları karşısında AYM'ye üye belirleme konusunda cumhurbaşkanını adeta "tekel" konumuna getirdiği anlaşılmaktadır⁶⁶.

kemelerin doğrudan üye seçmeleri yerine, bunların gösterecekleri adaylar arasından cumhurbaşkanınca seçilmesi usulünün benimsenmesiyle, kast sistemini kurmanın amaçlandığı aklı gelebilir. Ancak, bunda, daha önce açıkladığımız üzere, 1982 Anayasasının güçlü cumhurbaşkanı tecihinin yargı üzerindeki yansıma payının asıl etken olduğu söylenebilir." (Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.457). "1982 Anayasası AYM üyelik modelinde yasama organının devre dışı bırakılmasının temel nedeni, güçlü yürütme, güçlü Cumhurbaşkanlığı tercihidir." (İyimaya, a.g.e, s. 14)

64 "Münhasıran cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanma sisteminden üç ana erke atama veya seçme yetkisini verilmesini sağlayan bu karışık sisteme geçiş daha fazla demokratik meşruiyete sahiptir." (Paczolay, Peter; "Venedik Komisyonu Raporu", AYD Yıl 2004, S:21, s.5). Anayurt da AYM oluşumuna diğer organların ve özellikle parlamentonun katılımının mahkemenin demokratik meşruiyeti açısından önem taşıdığını vurgulamaktadır. (Anayurt, Ömer; "Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar"; GÜHFD, C:XIII, Yıl 2009, S:1-2, s.120) Kanadoğlu ise anayasa yargıçlarına demokratik meşruiyetin tanınması adına meclisin de karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine benzer biçimde üye seçimine dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kanadoğlu, Osman Korkut; "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", AYD Yıl 2008, S:25, s.69

65 Sistemin bu şekli dahi "düzeltmiş şekli"dir. Bundan önceki tasarıda Cumhurbaşkanına dolaylı değil; doğrudan atama yetkisi tanınmıştı. (Kuzu, Burhan; "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 55)

66 Gözler, bu konuda farklı düşünmektedir: "Kanımızca, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçim sisteminde Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerde eleştirilecek bir yan yoktur. Bütün demokratik memleketlerde anayasa mahkemeleri üyeleri kısmen veya tamamen siyasal organlar tarafından seçilmektedir.....Bizim bildiğimiz kadarıyla, hiçbir demokratik ülkede anayasa mahkemesi üyeleri tamamı doğrudan doğruya yargı organı tarafından seçilmemektedir. Bize öyle geliyor ki anayasa mahkemesi üyelerinin seçiminde yargı organlarına en fazla ağırlık veren ülke zaten Türkiye'dir. Mukayeseli hukukun verileri göz önünde bulundurulursa Anayasa Mahkemesine üye seçiminde Cumhurbaşkanına tanınan sınırlı yetkinin yadrganacak bir yanı yoktur." (Gözler, Kemal; *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001, s. 74,75)

Bu durumda, 1982 AY'nın ilk şeklinin ne seçim; ne atama ne de karma sistem olduğunu söylemek mümkündür⁶⁷. Sistem, "kendine özgü" bir sistem olmasıyla ön plana çıkmaktadır⁶⁸.

Üyelerin atanması ve atanacak üyeleri öneren kurumlar bakımından 1982 AY'nın ilk şekli ile oluşturulan AYM yapılanması, İspanyol AYM'nin yapılanmasına çok benzemektedir⁶⁹.

Türk AYM üyeleri bağımsızlık açısından iki katlı bir bağımsızlık ve güvence zırhı içerisindedirler⁷⁰. Üyeler, Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddeleriyle yargıçlara sağlanan bağımsızlık ve güvencelerden yararlandıkları gibi ayrıca 147. maddede sağlanan 65 yaşını doldurmadıkça emekliye sevk edilememe ve görev yerlerinin değiştirilememesi şeklindeki güvenceden de yararlanmaktadırlar. Ayrıca, başkan ve üyelerin kişisel suçlarında Yargıtay üyelerinin kişisel suçlarında uygulanan güvencelerin geçerli olacağı da AYM Kuruluş Kanunu ile güvence altına alınmıştır. (AYM Kuruluş Kanunu md 55). Ancak, karşılaştırmalı hukuktaki bazı uygulamaların aksine⁷¹, AYM üyelerinin milletvekillerine tanınan sorumsuzluk ve dokunulmazlık hakkı tanınmamış olması kanaatimizce önemli bir eksiklik⁷².

Diğer yandan, 1982 düzenlemesi ile, karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilimin tersine⁷³, AYM üyelerinin çoğunluğunun hukukçu olması şartı kaldırılmış, hatta mahkemenin kuramsal olarak çoğunluğu hukukçu olmayan üyelerden oluşmasının önünde bir engel kalmamıştır⁷⁴. Bu durumun sakıncaları özellikle yüce divan yargılaması ile siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda yaşanmıştır ve yaşanmaktadır⁷⁵.

⁶⁷ Daver, a.g.m, s. 16. Sistemin, yasama organını dışlamış olması nedeniyle "anti-demokratik" olarak nitelendirilmesi yanlış olmaz. (Dağ, a.g.t,s.63)

⁶⁸ Arslan'a göre sistem "Türk Tipi Anayasa Yargısı" dır. Arslan, Tebliğ (AYD 2004), s. 47. Burhan Kuzu da böyle bir sistemin dünyanın hiçbir yerine olmadığını belirtmektedir. Kuzu, Tebliğ (AYD 2004), s. 55

⁶⁹ Bu konu, aşağıda II. Başlıkta ayrıntılı olarak incelenmiştir. Ancak kısaca belirtmek gerekirse İspanya'da 12 üyeli AYM'nin tümünü kral atar. (Daver, a.g.m, s.16). Fakat İspanya'nın en önemli farkı, atanacak üyelerin belirlenmesinde Kralın yetkisinin "sembolik" olmasıdır.

⁷⁰ Daver, a.g.m. s.18

⁷¹ Macaristan,İtalyan ve Tacikistan AYM üyelerine böyle bir hak verilmiştir. Konu, aşağıda II. Başlıkta incelenmiştir.

⁷² Aynı yönde Tunç, a.g.m, s. 298

⁷³ Bu konu, aşağıda, 2. Başlıkta ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁷⁴ ULAŞ'ın tespitine göre, 1982 AY'nın ilk düzenlemesinde, kuramsal olarak, AYM'de hukukçu olan yalnızca üç üye bulunabilmesi olanaklıdır. (Ulaş,a.g.m,s.106)

⁷⁵ Öden,a.g.m, s. 37

II) Karşılaştırmalı Hukuk Işığında 2010 Değişikliği Sonrası Anayasa Mahkemesi

1) 2010 Anayasa Değişikliği Sonrası Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasası'nda 7.5.2010 günü 5982 Sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la Anayasa'nın 146, 147, 149 ve geçici 18. maddesinde çok önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ve yapılanması önemli ölçüde değişmiştir⁷⁶. Ayrıca 3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 30.03.2011 tarih ve 6126 Sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun da (kısaca Kanun olarak adlandırılacaktır) AYM'nin yeniden yapılanmasında önemli etkiler doğurmuştur⁷⁷.

İlk değişiklik Anayasa'nın 146. maddesindedir. Buna göre yeni Mahkeme 17 üyeden oluşmaktadır⁷⁸. Üyelerin 3'ünü TBMM seçmek-

⁷⁶ Değişiklik Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş; AYM bu değişikliklerin bir bölümünü 07.07.2010 tarih; 2010/49 E.; 2010/87 K. sayılı kararıyla iptal etmiş ve değişiklikler iptal olunmuş biçimiyle 12 Eylül 2010 günü referandumda oylanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmamızın ilerleyen bölümünde, yeri geldikçe, iptal olunan tümcelere değinilecektir.

⁷⁷ Çalışmamızda Kanun'un tamamı değil, sadece AYM'nin yapılanmasıyla ilgili olan ve çalışma konumuzla bağlantılı düzenlemelerine değinilmekle yetinilmiştir.

⁷⁸ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 2000 yılı Anayasa önerisine göre AYM 15 asıl 5 yedek üyeden oluşur. (md 146) Dört asıl ve bir yedek üyeyi Yayıtay, üç asıl ve iki yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay Genel Kurulları, kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oylamayla seçer. İki asıl ve bir yedek üye ise AYM tarafından seçilir. AYM, seçtiği asıl üyelerden bir tanesini yedek üyeleri, diğerlerini ve yedek üyeyi birinci sınıfa ayrılmış hakimler arasından asıl üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçer. Cumhurbaşkanı da üç asıl ve bir yedek üyeyi seçer. Cumhurbaşkanı asıl üyelerden birisini Türkiye Barolar Birliği'nin göstereceği üç aday arasından, diğer asıl üyeleri ve yedek üyeyi ise yükseköğrenim kurumlarının hukuk, iktisat veya siyasal bilim alanlarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçer. Bunların üye seçilebilmeleri için en az 15 yıl öğretim üyeliği, kamu görevliliği veya avukatlık yapmış olması şarttır. Üye olmak için 40 yaşın doldurulmuş olması gerekir. Üyelerin asli görevleri dışında başka herhangi bir görevle uğraşmaları yasaktır. Üyeler 67 yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Bir üye ise Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından avukatlar arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçilir. Cumhurbaşkanı, biri avukatlar birisi de üst kademe yöneticileri arasından olmak üzere iki üye atar. Yükseköğrenim Kurulu, yükseköğrenim kurumlarının hukuk alanlarında görev yapan öğretim üyeleri arasından bir üyeyi üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçer. TBMM 7 üyeyi, yükseköğrenim kurumlarının hukuk, iktisat veya siyasal bilimler alanlarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe kamu görevlileri ve avukatlar arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçer. İlk iki turda salt çoğunluğa ulaşılamazsa, toplantıya katılanların çoğunluk oyu yeterli sayılır.

Ayrıca AYM Büyük Kurul, iki daire ve iki kuruldan oluşur. (md 157). Büyük Kurul, parti kapatma ve yüce divan yargılamalarında temyiz mercii olarak görev yapar. AYM'ye üye seçilmek için 40 yaşın doldurulmuş olması ve meslekte en az 15 yıllık kıdem şartı aranır. Ayrıca üyelerin görev süresi 9 yılla sınırlı olup üyelerin 1/3'ünün üç yılda bir yenilenmesi ile yeniden seçilememeleri esastır. Üyeler, kendi işleri dışında başka bir işle uğraşamazlar. (md 158). Emeklilik yaşı 67'dir. (md 159). (TBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Anayasa 2001*, TBB Yayınları, Ankara 2001, s.93,94,95). Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 yılı Anayasa önerisinde ise AYM'nin Genel Kurul ve iki daire şeklinde örgütlenmesi, 17 üyeden oluşması önerilmiştir. (md 159). 17 üyenin dördü Yargıtay, dördü Danıştay, birer üye Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurullarınca en az üç yıl üyelik görevinde bulunmak ve elli yaşını doldurmuş olmak koşuluyla kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir. TBMM Genel Kurulu, üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oylama ile Yükseköğretim Eşgüdüm Kurulu'nun her boş yer için önereceği 3 öğretim görevlisi; Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun her boş yer için önereceği ve en az 20 yıllık kıdemi olan 3 avukat; en az üç yıl başkan veya üyelikte bulunmuş olan Sayıştay üyeleri arasından 1'er üyeyi (toplam 4 üye) seçer. Cumhurbaşkanı, valilik, büyükelçilik, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarından mezun olanlar ve üç yıllık kıdemi olanlar arasından 2 üye seçer. AYM, bir üyeyi 50 yaşını doldurmuş olan ve en az 10 yıllık rapor-törlük deneyimi bulunan üyeleri arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçer. Üyelerin görev süresi 12 yıldır. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Üyeler, asli görevleri dışında başka herhangi bir görevle uğraşamazlar. TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek olan üyelerin 50 yaşını doldurmuş olması gerekir. Mahkeme, Genel Kurul ve iki daire şeklinde çalışır. Anayasa değişikliklerini genel kurul inceler ve Genel Kurul, daireler arasındaki içtihat farklılıklarını giderir. Ayrıca Genel Kurul, siyasi parti kapatma ile yüce divan yargılamasında temyiz mercii olarak görev yapar. (md 160). Üyelerin görevinin sona ermesi bakımından üst yaş sınırı 67'dir. (TBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, TBB Yayınları, Ankara, Kasım 2007, s.275-282). Türkiye Devrimci İşçi Sendikalarını Konfederasyonu'nun 2009 yılı Anayasa Önerisine göre AYM 21 üyeden oluşmalıdır. Genel Kurul ve iki daire şeklinde kurulmalı, dairelerden birisi yüce divan, diğeri ise siyasi partiler dairesi olarak kurulmalıdır. Üyeler, kuruluş yasasında belirtilecek nesnel nitelikler esas alınarak önceden ilan edilme şartıyla seçilmelidir. TBMM 4 üyeyi (Senato-2, Meclis-2); üye tamsayısının 2/3'lük nitelikli çoğunluğuyla seçmelidir. Yargıtay 5, Danıştay 4, Sayıştay ise 2 üyeyi kendi Genel Kurullarınca kendi içlerinden üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile seçmelidir. Cumhurbaşkanı 1 üyeyi en az 15 yıl kamuda hizmeti olan ya da 15 yıl fiilen avukatlık yapan ve 40 yaşını dolduran üst düzey kamu yöneticileri ya da avukatlar arasından doğrudan seçmelidir. Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) 5 üyeyi, yükseköğretim kurumlarından, insan ve toplum bilimleri alanlarında görev yapan ve en az 15 yıl öğretim üyeliği olanlar arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçer. AYM de 1 üyeyi mahkemede raportör olarak en az 15 yıl hizmeti bulunan ve 40 yaşını doldurmuş olan üyeler arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçer. AYM üyelerinin en az 16'sının hukukçulardan oluşması şarttır. Ayrıca TBMM tarafından AYM'ye seçilecek olan üye adaylarının TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin eşit temsil ilkesine göre Senato ve Meclis tarafından belirlemek karma komisyon tarafından seçilmesi esası getirilmelidir. TBMM, AYM üyelerini bu komisyonun seçilecek aday sayısının 3 katı kadar göstereceği adaylar arasından seçmelidir. Seçimler, Cumhurbaşkanı, TBMM, yüksek yargı, Sayıştay ve ÜAK tarafından doğrudan yapılmalıdır. Asıl-yedek üye ayrımı

kaldırılmalı, üyelik 12 yıllık süreyle sınırlandırılmalı, dört yılda bir üyelerin 1/3'ü yenilenmelidir. AYM'de boşalacak olan üyelikler 6 ay öncesinden Resmi Gazete'de ilan edilmelidir. (Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, (Anayasa Raporu), DİSK Yayınları, Ankara, Haziran 2009, s.78,79). AYM'nin 2004 tarihli yapılanma önerisine göre de AYM 17 üyeden oluşur ve 2 daire şeklinde çalışır. Ancak, öneri şimdiki düzenlemeye göre farklı yönler içermektedir. Örneğin yüksek yargıya 11 kişilik kota ayrılmıştır (5 Yargıtay, 4 Danıştay, 1'er üye ise AYİM ve Askeri Yargıtay Yüksek yargı tarafından seçilecek olan üyeler, yüksek mahkemelerin kendi Genel Kurullarının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile; bu sağlanamazsa altıncı oturumda 2/5'lik çoğunlukla ve doğrudan seçmektedir.). Cumhurbaşkanı ise 2 üyeyi hukuk, iktisat ve siyaset bilimleri alanından mezun olan üst düzey yöneticiler arasından doğrudan seçerken; kalan 4 üye de TBMM Genel Kurulu tarafından seçilir. (Adaylar, Sayıştay Genel Kurulunun, YÖK'ün ve TBB'nin göstereceği 15 yıllık kıdemli bulunan adaylar arasından seçilir.) (Aliefendioğlu, Yılmaz; "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 31). Aynı yazar, daha eski tarihli farklı bir makalesinde AYM'de bireysel başvuru hakkının tanınması durumunda mahkemenin 18 üyeden oluşmasının uygun olacağını, mahkeme üyelerinin geldikleri kurum tarafından doğrudan seçilmesini, asıl-yedek üye ayırımının kaldırılmasını ve raportörlere belli hizmet süresinin sonunda mahkeme üyeliğine seçilme hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır. (Aliefendioğlu, Yılmaz; "Yeni Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi", AYD Yıl 1997, S: 14, s. 242). İyimize, AYM'nin 17 üyesinden yarısının parlamento tarafından seçilmesini önermekte, üye seçiminin kısmen veya tamamen parlamento tarafından başarılabilmesi durumunda, seçilemeyen üyelerin sayısı kadar üyenin TBMM veya Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini önermektedir. (İyimize, a.g.e.s. 31). 146. maddeye ilişkin öneri şöyledir: "Anayasa Mahkemesi 17 üyeden kurulur. Anayasa hukuku, sosyoloji, siyaset bilimi alanlarından birer yüksek öğretim görevlisi üye ve hukukta en az lisans üstü dereceye sahip bir avukat, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Üye tamsayısının beşte ikisinden az olmamak üzere, 4. turda en çok oy alan, seçilmiş sayılır. Boşalmayı izleyen bir ay içinde seçimin gerçekleşmemesi halinde, grubu bulunan siyasi partilerin de görüşü alınarak aynı nitelikleri taşıyan üyeler, en geç on beş gün içinde Meclis Başkanı tarafından atanır. Üyelerden dördü Yargıtay, ikisi Danıştay, biri Sayıştay Genel Kurullarınca, kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Üye tamsayısının beşte ikisinden az olmamak üzere, dördüncü turda en çok oy alan seçilmiş sayılır. Bir üye, Anayasa Mahkemesi tarafından ve raportörleri arasından, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir hukukta en az lisans üstü dereceye sahip olanlardan olmak üzere iki üye avukatlar arasından Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunun salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Üst kademe hukuk müşavirlerinden bir, özel hukuk ve ekonomi bilimi alanlarından birer yüksek öğretim görevlisi olmak üzere toplam üç üye Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmek için kırk yaşını doldurmuş olmak şarttır. Yüksek Mahkemelerde seçileceklerin seçim sırasındaki görevlerinde en az üç yıl bulunmuş, üst kademe hukuk müşavirlerinin en az on beş yıl kamu görevinde çalışmış ve avukatların da bu süre kadar meslek kademine ulaşmış olmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi 9 yıldır. Altı ayı aşmamak üzere, boşalan yerlere seçim veya atama gerçekleşinceye kadar, önceki üyenin görevi devam eder. Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte biri üç yılda bir yenilenir. Bir kimse, bir defadan fazla Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilemez....Anayasa Mahkemesi üyeleri, üniversitelerde öğretim üyeliği hariç, asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar." (İyimize, a.g.e, s.49,50)

te⁷⁹; kalan 14 üye ise cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılması adına önce TBMM'nin seçtiği üyelere ilişkin seçim usulü üzerinde durulacak ve ardından cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin seçim usulü hakkındaki görüşler sunulacaktır. En sonda da konu bütünlüğünün bozulmaması açısından, karşılaştırmalı hukukta anayasa mahkemelerinin yapısı, oluşumu, üyelerin özlük hakları, üye seçilme koşulları üzerinde durularak bu bölüm sonlandırılacaktır.

TBMM, seçeceği üç üyeden 2'sini Sayıştay'ın; birini baro başkanlarının her boş yer için gösterecekleri 3'er aday arasından seçer. Bu anlamda, TBMM'nin üye seçimindeki rolünün "dolaylı" olduğu söylenebilir. Sadece 3 üyenin seçilmesi ise kanaatimizce, TBMM'nin üye seçimindeki rolünün "simgesel" düzeyde kaldığını, cumhurbaşkanının ise hala çok etkili olduğunu göstermesi yönüyle çarpıcıdır⁸⁰. Kanaatimizce, 1982 AY'ın değişiklikten önceki ilk şekli kendine özgü bir sistem getirmişken, 2010 değişikliğinden sonraki şekli ise atama ağırlıklı sembolik seçimli bir sistemdir.

Diğer yandan, Anayasa koyucunun TBMM'ye neden Sayıştay kotasından önerilen adaylardan 2'si için seçim yapma hakkı tanıdığı da kanaatimizce üzerinde dikkatle durulması gereken bir noktadır. Sorunun yanıtı Sayıştay Kanunu'nun başkan ve üye seçimini düzenleyen 5 ve 6.maddelerinde (yeni 13,15 ve 16. md) gizlidir. Buna göre, Sayıştay başkan ve üyeleri plan ve bütçe komisyonunda partiler arası temsil oranı gözetilmek suretiyle oluşturulan bir ön seçim komisyonu tarafından önerilen adaylar arasından, TBMM Genel Kurulu tarafından⁸¹ se-

⁷⁹ AYM'nin 2004 tarihli önerisinde bu sayı 4 olarak belirlenmişti. Üyelerden 2'sinin Sayıştay başkan ve üyeleri arasından TBMM tarafından doğrudan; 2'sinin ise YÖK ve TBB tarafından her boş yer için gösterilecek üçer aday arasından TBMM tarafından seçilmek yoluyla belirlenmesi öngörülmüştü. (Kılıç, Haşim; "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri", AYD Yıl 2004, S: 21, s.87)

⁸⁰ Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak?*, s. 206

⁸¹ Nitekim 2010 değişikliği sonrasında AYM'ye Sayıştay kontenjanından seçilen Hicabi Dursun, yaklaşık 1.5 yıl önce parlamento çoğunluğunu halen elinde bulunduran AKP tarafından seçilmiş olması, bu değişiklikle neyin amaçlandığını da çarpıcı biçimde ortaya koyması bakımından manidardır. (Aşık, Melih; Açık Pencere, Milliyet, 08.10.2010 tarihli yazı (<http://www.milliyet.com.tr/birakin-bagirsin-/melih-asik/guncel/yazardetay/08.10.2010/1298869/default.htm>) (Erişim Tarihi: 06.12.2010).

çilmektedir⁸². Durum böyle olunca, zaten Sayıştay başkan ve üyelerini belirlemede söz sahibi olan TBMM Genel Kurulu'nun neden AYM'ye diğer yüksek yargı organlarının belirlediği adaylar arasından değil de Sayıştay'ın belirlediği adaylar arasından üye seçtiği anlaşılmaktadır.

Anayasa mahkemelerinde verilen kararların sonuç itibarıyla politik tercihleri ve dolayısıyla yasama organının etkinliklerini bir yönüyle etkilediği de düşünüldüğünde, yasama organına sınırlı da olsa yer verilmesi doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir⁸³. Ne var ki yasama

⁸² Türk, Hikmet Sami; "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 60

⁸³ Tunç, a.g.m, s. 294; ARSLAN, meclisin üye seçiminin AYM'yi "siyasallaştıracağı" yönündeki görüşleri "totolojik" addetmekte ve Cumhurbaşkanının atadığı üyelerin de parlamentoyu siyasallaştırabileceğini vurgulamaktadır. Önemli olan nitelikli üyelerin, nitelikli çoğunlukla seçilmesinin sağlanmasıdır. Arslan, Tebliğ (AYD 2004), s. 48. Hikmet Sami Türk de üyelerin meclis tarafından seçilmesinin başlıbaşına AYM'nin siyasallaşması anlamına gelmeyeceğini; iktidara yakın bir Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin de siyasi nitelik taşıyabileceğini belirtmektedir. (Türk, Tebliğ (AYD 2004), s. 60). Diğer yandan, Kurnaz, üye seçiminin yargı tarafından doğrudan doğruya yapılmasının oligarşik rejim riskine yol açabileceğini, TBMM'nin tamamen devre dışı bırakılması durumunda "otoriter yargıçlar hükümeti" kurulabileceğini savunmaktadır. (Kurnaz, a.g.m,s.98). Odyakmaz ise TBMM'nin hiçbir üyeyi seçmemesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü TBMM üye seçerse tamamen siyasi eğilimi doğrultusunda devinir ve "kendisine yakın" olanı AYM'ye seçer. Ayrıca 1961 AY döneminde üyelerin seçilmek için mecliste kulis yapması da üye seçiminin parlamentoya bırakılmasındaki sakıncaları ortaya koymak bakımından çarpıcıdır. Bunun yerine Cumhurbaşkanı, YÖK ve TBB Genel Kurulu tarafından yapılacak olan seçim daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır. (Odyakmaz, Zehra; "Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", AYD Yıl 2008, S:25, s.185,186). Atar ise (1982 AY'nın ilk şeklinde) AYM'ye üye belirlenmesi yönteminin Avrupa ülkelerinin ortak uygulamasıyla bağdaşmayan "anti-demokratik" bir özelliğe sahip olduğunu vurgulamakta ve AYM'ye bu nedenle TBMM tarafından belli sayıda üye seçilmesinin "meşruiyeti sağlayacağı" nı vurgulamaktadır. (Atar, Tebliğ, (AYD 2008),s.100,101). Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Vedat Ahsen Çoşar da 2010-2011 Yargı Yılı açılış konuşmasında "...Açıklanan bu nedenlerle 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile Anayasa'nın 146. maddesinde yapılan değişiklik, bu bağlamda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmek yetkisinin verilmiş olması "demokratik meşruiyet" ilkesine uygun olmakla yerindedir." demektedir. (Çoşar, Vedat Ahsen; 2010-2011 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Ankara, 6 Eylül 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s.11). İyimaya da meclise üye seçiminde söz hakkı tanınmasının doğru olacağını savunmaktadır. (İyimaya, a.g.e, s.16,17). Fendoğlu ise, AYM'nin 19 üyeden oluşmasını, bu üyelerden 9'unun parlamento tarafından doğrudan; kalan 10 üyenin ise Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay tarafından seçilmesini önermekte, bu öneriyle de Cumhurbaşkanı devre dışı bırakılmaktadır. (Fendoğlu, Tahsin; "Mutabakat

organının yaptığı seçimde nitelikli (en azından salt) çoğunluk aranmaması ve üyelerin yasama organı tarafından dolaylı olarak seçilmesi (iki organın belirlediği 3'er adaydan birer aday seçmek) AYM'nin oluşumuna yasama organını katma amacından çok, mecliste çoğunluğu elinde bulunduran siyasi eğilimin tercihinin mahkemeye yansımaya yol açmaktadır. Bu eğilim karşılaştırmalı hukuktaki eğilimle de bağdaşmamaktadır⁸⁴.

Anayasa'da, TBMM'de yapılacak olan bu seçimde nasıl bir yöntem uygulanacağı da belirtilmiştir. Buna göre, her boş üyelik için yapılacak ilk tur oylamada üye tamsayısının 2/3'ünü alan aday seçilmiş olur. İlk turda eğer 2/3'lük nitelikli çoğunluk sağlanamazsa ikinci turda bu oran salt çoğunluk olarak kabul edilir. İkinci oylamada da salt çoğunluk sağlanamazsa, ikinci turda en çok oyu alan iki aday arasında üçüncü tur oylama yapılır ve en çok oyu alan aday AYM'ye üye olarak seçilir^{85 86}.

Kanun'da ise ikinci ve üçüncü turda üyelerin eşit oy alması durumunda, oylamanın eşitlik bozulana kadar tekrarlanacağı belirtilmektedir. (Kanun md 7/1.c.son). Peki eşitlik buna rağmen bozulmazsa ne olacaktır? Ne Kanun'da ne de Anayasa'da bunun yanıtı verilmiştir. Bu durumda, üye seçemeyen TBMM üye seçene kadar bu gündemle meşgul olacak ve yapması gereken diğer asli görevlerini yerine getiremeyecektir. Bunun çözümü için kanaatimizce, sözgelimi eşitlik durumunda oylamanın en çok üç kez yineleneyeceği, TBMM buna rağmen üye seçemezse, mevcut anayasal düzenleme de gözetilerek, üye seçimine ilişkin yetkinin cumhurbaşkanına devredileceğinin düzenlenmesidir.

Olursa Uzun Ömürlü Bir Anayasa Yapılmış Olur" başlıklı söyleşi, Hukuk ve Hayat, S:6, Yıl 2008, s. 25)

⁸⁴ Özellikle Almanya, Macaristan ve Kore örnekleri uygulamanın nasıl yapılması gerektiği yönünde yol göstericidir. Bu örnekler aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. (bkz 2.Bölüm, 2. Başlık)

⁸⁵ Bu uygulamanın karşılaştırmalı hukukta AYM üyelerini meclis tarafından seçen ülkelerin sistemiyle örtüştüğünü söylemek oldukça güçtür. (Karşılaştırmalı hukuka ilişkin geniş bilgi çalışmamızın ikinci bölümünün ikinci başlığında geniş biçimde verilmiştir.)

⁸⁶ AYM tarafından önerilen 2004 tarihli 146. madde değişikliği önerisinde, son tur olan 6.turdada üye tamsayısının 2/5'inden az olmayacak sayıdaki milletvekili tarafından TBMM'nin üye seçmesi önerilmiştir. (Kılıç, *Tebliğ (AYD 2004)*, s.6). Kanaatimizce bu sistem dahi, salt veya nitelikli çoğunluğu önermemiş olmasına rağmen mevcut düzenlemeye göre daha olumludur.

(Hatta daha iyisi, böyle bir durumda üye seçim yetkisinin seçilecek üye Sayıştay kotasındansa doğrudan doğruya Sayıştay'a; avukat kotasındansa doğrudan doğruya Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'na vermektir. Aksi halde, parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran siyasal eğilim uzlaşmaya yanaşmayacaktır.)

Bu noktada dikkatimizi çeken konu, toplantı yeter sayısının sağlanması koşuluyla, kuramsal olarak basit çoğunluk sayısında oy alan üyenin dahi AYM'ye üye seçilebilmesinin mümkün oluşudur. Örneğin hiçbir aday ilk turda 2/3'ü; ikinci turda salt çoğunluğu sağlayamazsa; üçüncü tura en çok oyu alan iki aday kalacağı için; üçüncü turda basit çoğunluğu alan aday AYM'ye üye olarak seçilebilecektir.

Bu uygulamanın, yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı gibi, karşılaştırmalı hukuktaki seçim yöntemlerinden hiçbirisiyle örtüş-tüğünü söylemek mümkün değildir. Kuşkusuz basit çoğunlukla seçilen bir adayın AYM'ye üye olarak seçilebilmesinin olanaklı oluşunu hukuk mantığıyla açıklamak da olanak dışıdır. Böyle bir olasılıkta, partiler arasında mutabakatın sağlanmasının gerekmediği açıktır. Kaldı ki çoğunluğu (ve gücü) elinde bulunduran partinin, üye seçiminde 2/3'lük nitelikli çoğunluğu aramak için uzlaşmaya asla yanaşmayacağı da⁸⁷ Türkiye'nin siyasi yapısı gereği tartışma götürmez bir gerçek olarak belirmektedir⁸⁸.

Meclisin "avukat" kotasından seçeceği üye bakımından da seçim yöntemine bazı eleştiriler getirilebilir. Örneğin, bu seçimde neden TBB Genel Kurulunun değil de baro başkanlarının istencine öncelik tanındığı ciddi olarak tartışılmalıdır⁸⁹. Zira TBB Genel Kurulu, Avukatlık

⁸⁷ "Nitelikli çoğunlukla seçim sisteminin üstünlüğü, üçte iki çoğunluğa hiçbir siyasal kuruluşun yalnız başına sahip olamaması nedeniyle çoğunluk partisi, seçilecek yargıçların tercihi konusunda muhalefetle uzlaşmaya gitme gereğini duyar. Muhalefet partilerinin anayasa yargıçlarının belirlenmesinde etkisi sonucu sağlanan siyasal uzlaşma, mahkemelerin aynı düşünce grubunun tekeli altına girmesini önler; Yüksek Mahkeme'de hukuki ve siyasi fikir akımlarının başlıcalarının temsilini güvence altına alır." (Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 29)

⁸⁸ Nitekim TBMM tarafından yapılan seçimde Sayıştay üyesi Hicabi Dursun ikinci tur oylamada 263 oy; üçüncü tur oylamada ise 256 oy alarak basit çoğunlukla seçilmiştir. (<http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=179822>) (Erişim Tarihi: 06. 12.2010). COŞAR da 2010-2011 yargı yılı konuşmasında sonraki turlarda da ilk turdaki nitelikli çoğunluğun düzenlenmemiş olmasını doğru bulmadığını belirtmektedir. (Coşar, a.g.k, s.12)

⁸⁹ Taner, Gökçen Fahri; "Cumhurbaşkanı Tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine

Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca oluşturulmakta ve üye sayılarına bakılmaksızın her baro tarafından seçilen ikişer delegeye ek olarak, her baronun üye sayısı ile orantılı olarak seçeceği (avukat sayısı yüzden fazla olan barolar için, yüzden sonraki her üç yüz üye için ayrıca birer delege) delegeden oluşmaktadır. Durum böyle olunca, avukat arasından TBMM tarafından seçilecek olan üyeler, tüm baroların üzerinde söz sahibi olacağı bir yöntemle seçilebilecekti. Oysa, seçimi baro başkanları yaptığında, üye sayısı az olan barolarla çok olan baroların birer oy hakkı olduğundan, üye sayısı fazla olan baroların istenci daha az yansımış olacaktır⁹⁰. Dolayısıyla, mecliste çoğunluğu elinde bulunduran siyasi parti uzlaşmaya yanaşmayacak ve kendi adayını seçtirecektir⁹¹.

Bizim bu konudaki önerimiz; TBB Genel Kurulu tarafından AYM'ne doğrudan doğruya üye seçilmesi; üye seçiminde 2/3'lük nitelikli çoğunluk aranmasıdır. Ayrıca, AYM'ye seçilecek olan avukat üyelerde yaş, yargıçlık mesleğine seçilme yeterliliği gibi yeterliliklerin yanı sıra, en az doktora düzeyinde hukuk eğitimi ve bilimsel çalışma yapmış olma koşulu da aranmalıdır⁹². Mahkemenin niteliğini arttırmak için bu gereklidir.

Sonuç olarak, meclisin üye seçim yöntemi nicelik ve nitelik açısından değerlendirildiğinde, mevcut düzenlemenin üç yönden 1961 AY düzenlemesine göre çok daha geride olduğunu belirtmemiz gerekir.

İlkin, 1961 AY'na göre yasama organı AYM'nin 15 üyesinden 5'ini seçmekte ve böylece üyelerin 1/3'ü yasama organı tarafından seçilmekteydi. Oysa yürürlükteki düzenlemede bu oran 1/3'ten çok daha azdır.

İkinci olarak, 1961 düzenlemesinde, yasama organı AYM'ye doğrudan doğruya üye seçerdi. Oysa yürürlükteki düzenlemede, meclise

Atanmak Üzere Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulları Tarafından Teklif Edilecek Adayların Seçim Usulünde Yapılmak İstenen Değişiklik", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 77

⁹⁰ Taner, a.g.m, s. 77

⁹¹ Osman Alifeyyaz Paksüt'ün AYM'nin 07.07.2010 gün ve 2010/49 E., 2010/87 K sayılı kararının 146. maddesinin ilk üç fıkrasının iptal isteminin reddi kararına karşılık gerekçesi (LHD, Yıl: 8, S: 23, Eylül 2010, s. 3356)

⁹² En az doktora düzeyindeki eğitim şartı için ayrıca bkz Ulaş,a.g.m,s.108

"ikincil" seçme yetkisi tanınmıştır. Meclis, doğrudan doğruya seçim yapamayacak; kendisine önerilen 3 aday arasından birini seçecektir. Bu da meclisin takdir hakkını önemli oranda kısıtlaması yönüyle yanlıştır⁹³. Ancak burada, meclisin tam anlamıyla bir takdir hakkı kullanması için kanaatimizce seçim usulündeki 2/3'lük nitelikli çoğunluk korunmalı, ilk iki turda bu çoğunluk sağlanamazsa üçüncü turda 3/5 oy alan aday seçilmelidir. Eğer bu turda da 3/5 oy alan çıkmazsa, meclisin üye seçim yetkisi doğrudan doğruya yüksek yargıya yine nitelikli çoğunlukla devredilmelidir⁹⁴. Ayrıca, sağlıklı bir meclis seçimi için % 10'luk seçim barajı da düşürülmelidir⁹⁵.

Üçüncü ve son olarak, meclis tarafından seçilecek olan üyede (son tur için) basit çoğunluğun yeterli görülmesidir. Bu sakınca nedeniyle 1961 düzenlemesinde ilk iki turda 2/3; üçüncü turda ise salt çoğunluk aranırdı. (1971'de üçüncü turdaki oran "*basit çoğunluğa*" indirildi). Bu durumda, üye seçimi için siyasi partiler arasında mutlaka bir uzlaşma aranırdı.

2010 değişikliğine göre AYM'ye seçilecek olan diğer 14 üyeyi cumhurbaşkanı atamaktadır. (AY md 146/3; Kanun md 7/2) Bunların dağılımına bakıldığında 3 üyenin Yargıtay, 2 üyenin Danıştay, 1 üyenin Askeri Yargıtay, 1 üyenin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından her boş üyelik için gösterilecek olan 3'er aday içinden (seçimlerde en çok oyu alan 3 aday, aday gösterilmiş sayılır); en az ikisi hukukçu olmak şartıyla, 3 üyenin YÖK üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, (*iktisat ve siyasal bilgiler*)⁹⁶ dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden atar.

⁹³ Ancak Onar bunun tam aksini düşünmektedir. Onar'a göre parlamentonun doğrudan doğruya üye seçmesi mahkemenin fazlaca politize olması anlamına gelir. Dolayısıyla, belli makamların göstereceği sınırlı sayıdaki aday arasından parlamentoya seçim yaptırtmak daha doğrudur ve olması gerektirir. Ayrıca, parlamentonun seçeceği aday sayısının "*azlığı*" bu riski azaltan diğer bir nedendir. (Onar, Erdal; "*Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması*" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.26)

⁹⁴ Benzeri bir görüş için bkz Aliefendioğlu, "*Yeni Anayasa Yargısı*", (AYD 1997), s. 242

⁹⁵ Aynı yönde bkz Onar, *Tebliğ* (AYD 2004), s. 72

⁹⁶ AYM'nin 07.07.2010 gün ve 2010/49 E., 2010/87 K sayılı kararı ile iptal istemi reddedilmiştir.

Cumhurbaşkanı ayrıca 4 üyeyi de doğrudan seçmektedir. Bunlar (*üst kademe yöneticileri*⁹⁷), serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az 5 yıl AYM'de rapörtörlük yapmış olan rapörtörler arasından seçilir.

Cumhurbaşkanı, değişiklikten önceki metinde AYM'ye toplamda 11 üye atarken/seçerken, değişiklikten sonra 14 üye atar/seçer duruma getirilmiştir. Böylelikle cumhurbaşkanının AYM üzerindeki gücü arttırılmıştır⁹⁸. Cumhurbaşkanı ve genel olarak yürütme organı, 1982 AY'nın ilk şekline göre AYM'nin üyelik yapısını, TBMM'de sahip olduğu çoğunluğun siyasal eğilimleri doğrultusunda şekillendirme olanağına daha çok sahip olur hale getirilmiştir⁹⁹. AYM'nin oluşumunda cumhurbaşkanının yetkilerinin fazlalığı, 11. Cumhurbaşkanının mecliste uzlaşa sağlanmadan seçilmiş olması, 12. Cumhurbaşkanının da halk tarafından seçilecek olması nedeniyle eskiye göre çok daha fazla eleştiriye açıktır¹⁰⁰. Özellikle de Türkiye'de, Fransa'daki gibi birtakım toplumsal, siyasi ve yargısal fren-denge sistemlerinin tam olarak oturmamış oluşu ile Fransa'daki gibi "*birlikte yaşama*" (kohabitasyon) anlayışının da yerleşmediği gözetildiğinde¹⁰¹, cumhurbaşkanına AYM üyelerini belirleme yönünde bu kadar geniş yetki tanınmasının yol açabileceği olumsuzluklar ilerleyen dönemde çok daha artarak belirecektir.

Bu bağlamda, 2010 AY değişikliğinin 2007'deki cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine yönelik değişiklikte birlikte yorumlamakta yarar vardır. Zira bu iki değişiklik birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve 12. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilecek olması, ayrıca AYM üyelerinin on dördünün cumhurbaşkanı tarafından belirleniyor oluşu, bundan sonraki anayasa değişikliğinin başkanlık rejimine geçiş yönünde yapılacağına işaret etmektedir¹⁰². Bu iki değişikliği, başkanlık rejimine geçişteki önemli kilometre taşlarından ikisi olarak yorumlamak mümkündür¹⁰³.

⁹⁷ AYM'nin 07.07.2010 gün ve 2010/49 E., 2010/87 K sayılı kararı ile iptal istemi reddedilmiştir.

⁹⁸ Aynı yönde Coşar, a.g.k, s.13, Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak?*, s. 266

⁹⁹ Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak*, s. 267

¹⁰⁰ Kanadoğlu, O., a.g.m, s.69

¹⁰¹ Yokuş, Sevtap; *Türkiye'de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 167,168

¹⁰² Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak*, s. 207

¹⁰³ Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak*, s. 209

Başkanlık rejimine (geçilirse), bu durum Türkiye’deki anayasa yargısı için ciddi bir sıkıntı oluşturabilir. Zira, Türkiye’deki “yerleşmemiş” bu demokrasi kültürüne karşılık ABD’de¹⁰⁴ anayasallık denetimi yapan FYM’ye 9 üyenin tamamı başkanın önerisi ve Senato’nun onayıyla¹⁰⁵ hukuk eğitimi almış kişiler arasından atandığı halde¹⁰⁶, Başkan tarafından atanan üyelere Senato bazen onay vermediği gibi, Senato’nun onayladığı yargıçların da bazen “başkana rağmen” ve “başkanın aleyhine” karar verdiği görülmektedir¹⁰⁷.

Diğer yandan, AYM’nin “iktisat ve siyasi bilgiler” ile “üst kademe yöneticileri” ifadelerini Anayasa’ya aykırı bulmamış olması, mahkemeye hukuk kökenli olmayan üyelerin atanmasının önünü açacaktır. Bu durumun da mahkemenin çalışma düzenini olumsuz etkileyeceğini düşünmekteyiz¹⁰⁸.

Kanaatimizce, AYM’nin “karar verici” üyelerinin tamamının hukukçu olması gerekmektedir¹⁰⁹. Ancak, Mahkemenin görevi gereği siyasi ve mali sorunlarla ilgili kararlar verebileceği de düşünüldüğünde, hukukçu olmayan üyelerin yararının yadsınamayacağı da bir gerçektir¹¹⁰. Ne var ki bu nitelikteki üyelerin “karar verici” konumda olması

¹⁰⁴ Onar, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 27.

¹⁰⁵ ABD’de parlamentonun bir kanadı olan Senato’nun Başkan’ın önerdiği isimleri çok sıkı araştırdığı ve üyelerin 1/4’ünü onaylamadığı düşünüldüğünde, Senato’nun bu yetkisinin sembolik olmadığı anlaşılabilir. (Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s.69)

¹⁰⁶ Ayrıca üyeler 10 yılını veya 70 yaşını doldurdukları zaman, dilerlerse, emekliliklerini isteyebilirler. (Dağ, a.g.t, s.45)

¹⁰⁷ ABD’de FYM üyeleri, iyi hal göstermeleri şartıyla “ömür boyu” görev yapmaktadır. İyi hal göstermeyen yargıçlar bir tür dokunulmazlık kaldırma kararı olan usulle görevden alınabilmektedirler (Dağ, a.g.t, s.44). Başkan Nixon Dönemi’nde 4 üyelik boşalmış; Nixon bu 4 üye yerine yeni üyeleri atama fırsatına sahip olmuştur. Ancak Watergate Skandalı’nda başkanın atadığı üyelerin de oyuyla ve oybirliği ile skandala ilişkin bant kayıtlarının Nixon tarafından skandalı soruşturan komisyona verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. (Onar, *Tebliğ (AYD 2004)*, s.28; Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 46)

¹⁰⁸ Uygulama, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamaya büyük oranda aykırıdır. (Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgi için bkz 2. Bölüm 2. Kısım)

¹⁰⁹ Tanör/ Yüzbaşıoğlu ise, görüşümüzden biraz daha farklı düşünmekte ve üyelerin, karar verici konumda olsun ya da olmasın tamamının hukukçu olması gerektiğini şöyle vurgulamaktadır: “Ancak, asıl işi, kanunların anayasaya uygunluğunun hukukilik denetimi gibi tamamen uzmanlığı gerektiren bir yargılama yapmak olan; üstelik, bunun yanında, Yüce Divan sıfayla ceza yargılaması yapmak ve siyasi parti kapatma davalarına bakmakla görevlendirilmiş bulunan AYM’nin, bu işlevlerini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için, üyelerinin tamamının hukukçu olması gerekir.” (Tanör/ Yüzbaşıoğlu, a.g.e, s.460)

¹¹⁰ Kuzu, üyelerin tamamının hukukçu olmasının doğru olmadığını savunmaktadır.

mahkemenin kararlarındaki hukukiliği ve saygınlığı olumsuz etkileyebilecektir. Hele ki söz konusu olan yüce divan yargılaması ise, değil hukukçu olmayan üyenin varlığı, hukukçu üyelerden ceza hukuku uzmanı olmayanların varlığı dahi adil yargılanma hakkının önünde ciddi bir engel oluşturacaktır. Bu durumda, yapılması gereken hukukçu olmayan üyelerin mahkemedeki görüşmelere katılıp, gerektiğinde yazılı olarak heyete görüşlerini sunması fakat müzakereler sırasında oy kullanma hakkına sahip olmamasıdır.

146. maddenin 5. fıkrasında AYM'ye üye seçilebilmek için 45 yaşın doldurulmuş olması; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent olması, avukatların en az 20 yıl bilfiil mesleği yapmış olması, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve kamu hizmetinde en az 20 yıl fiilen çalışmış olması, birinci sınıf hakim ve savcıların adaylık dahil 20 yıl çalışmış olmasının şart olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, mahkeme üyelerinin kendi işleri dışında, üniversitelerde öğretim üyeliği dahil, başka herhangi bir resmi veya özel işle uğraşamayacakları da vurgulanmıştır¹¹¹.

Son olarak, 146. maddede AYM üyeleri arasından gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir başkan ve iki başkanvekili seçileceği, süresi bitenlerin yeniden seçilebileceği belirtilmiştir.

(Kuzu, *Tebliğ (AYD 2004)*, s.55). Odyakmaz da AYM'nin sadece hukukçu üyelerden oluşmasını "sakıncalı" bulmaktadır. (Odyakmaz, a.g.m, s. 188). Atar'a göre, üyelerin tamamı hukukçu olmalıdır fakat mali davalar bakımından Sayıştay kontenjanından atanacak üyenin önemini de yadsımamak gerekir. (Atar, *Tebliğ, (AYD 2008)*, s.102). Öte yandan, belirtmemiz gerekir ki AYM'nin Kuruluş Kanunu'nda da tüm üyelerin hukuk kökenli olması gibi bir zorunluluk öngörülmemiş değildir. İyimaya, üyelerin tamamının hukukçu olması gerektiği kanısındadır. (İyimaya, a.g.e, s.32)

¹¹¹ Kanaatimizce, AYM üyelerinin üniversitelerde ders verebilmesi ve bilimsel çalışmalarla uğraşmaları mahkemeye üye olmak yönünde adayları cesaretlendirecek ve mahkeme üyelerinin bilgileriyle deneyimlerini daha verimli kullanabilmesini sağlayacaktır. (aynı yönde Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 44; Ulaş, a.g.m,s.107,s.108; Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 41). Bilimsel çalışmalar yönünden üyelere kısıtlama getirilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz Aliefendioğlu, "Yeni Anayasa Yargısı", (AYD 1997), s. 242). İyimaya da üniversitelerde öğretim üyeliği görevinin sürdürülmesinin, AYM'nin akademik gelişmelere de ayak uydurabilmesi bakımından önemli olduğu görüşündedir. (İyimaya, a.g.e,s.33) Ayrıca karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde bizdeki sistem benimsenmiş bazı ülkelerde üyelerin bilimsel çalışma yapmasına veya üniversitelerde ders vermesine izin verilmiştir. (Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bilgi için bkz 2. Bölüm 2. Kısım)

146. maddenin ilk üç fıkrasına ilişkin iptal istemi AYM tarafından görüşülmüş ve mahkeme 07.07.2010 tarihinde 2010/49 E., 2010/87 K. sayılı kararıyla (RG: 01.08.2010 tarih ve 27659 mükerrer) oyçokluğu ile ve şu gerekçelerle reddedilmiştir¹¹²:

“Karşılaştırmalı hukuka ve ülkemizin tarihsel tecrübesine bakıldığında, temel hakların ve hukuk devletinin güvencesi olan anayasa mahkemelerinin yapıları, yetkileri, işleyişi, üye seçimi ve üyelerin niteliklerine ilişkin olarak çok farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. 1961 Anayasası’nın 145. maddesinde Anayasa Mahkemesi’nin 15 üyesinden beşinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (üç üye Millet Meclisi, iki üye Cumhuriyet Senatosu) tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, anayasa mahkemesi üyelerinin bazı ülkelerde tamamının, bazı ülkelerde ise büyük çoğunluğunun parlamentolar tarafından seçildiği görülmektedir. Anayasa mahkemesi üyelerinin seçimine parlamentoların ya da diğer seçilmiş organların katılmasının bu kurumun demokratik meşruiyeti açısından büyük önem taşıdığı kabul edilmektedir.

Bu çerçevede anayasa mahkemesi üyelerinin hangi organlar tarafından ve hangi esaslara göre seçileceğinin belirlenmesi önemli ölçüde ülkenin tarihsel ve siyasal koşullarına göre kurucu iktidarın takdirinde olan bir durumdur. Bu düzenlemede öngörülen anayasa mahkemesinin üye yapısı, üyelerin geldiği kaynaklar ve üyelerin atanmasına ilişkin düzenlemeler tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içinde kaldığından ve hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini anlamsızlaştıran ya da ortadan kaldıran değişiklikler olmadığından iptal isteminin reddi gerekir...”

Buna karşın AYM, 146. maddenin 4. fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “.. bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir...” ifadesiyle, ikinci cümlesinde yer alan “....de her baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve...” ibarelerinin Anayasaya aykırı olduklarına oybirliği ile karar vermiş ve bu ifadeleri iptal etmiştir.

TBMM’de yapılacak olan seçimlere aday göstermek amacıyla Sayıştay’da yapılacak olan seçimlerde, Sayıştay Genel Kurulu tarafından yapılacak olan seçimlerde her Sayıştay üyesinin ancak bir aday için oy kullanabileceği kurala bağlamışsa da bu hüküm AYM tarafından iptal edilmiştir. Keza avukat kontenjanından yapılacak olan se-

¹¹² Gerekçe için bkz LHD, Yıl: 8, S: 23, Eylül 2010, s. 3341, 3342

çimlerde her bir baro başkanının ancak bir aday için oy hakkı olduğu yönündeki düzenlemeyi de AYM iptal etmiştir.

Her iki seçimde de en çok oyu alan 3 aday TBMM'ye önerilecek; TBMM bunlardan birini seçecektir. Buradaki seçimlerde her boş üyelik için ilk turda 2/3'lük nitelikli çoğunluk; ikinci turda salt çoğunluk aranacak; ikinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu turda en çok oyu alan 2 aday için üçüncü tur oylama yapılacak; bu turda en çok oyu alan aday AYM'ye üye olarak seçilecektir.

Buna karşın Kanun'da Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay Genel Kurulları ile baro başkanlarınınca AYM üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde en fazla oy alan üç kişinin aday gösterilmiş sayılacağı; yapılan seçimlerin tek turlu yapılacağı ve her bir üyenin her boş üyelik için üç adaya oy kullanabileceği; oyları eşit olan adaylar arasında ise eşitlik bozulana kadar oylamanın yineleneyeceği belirtilmiştir. (Kanun md 7/3)

Kanaatimizce, bu maddedeki *"her bir üyenin her boş üyelik için üç adaya oy kullanabileceği"* şeklindeki ifade, 146. maddeyi görüşen AYM'nin 07.07.2010 gün ve 2010/49 E., 2010/87 K sayılı kararı ile iptal edilen madde metnindeki *"ancak bir aday için"* ifadesi ile çelişmektedir. Bir başka deyişle, AYM'nin 146. maddede iptal ettiği *"ancak bir aday için"* ifadesi, kanunkoyucu tarafından bu kez *"her bir üyenin her boş üyelik için üç adaya oy kullanabileceği"* şeklindeki ifade ile dolanılmış ve AYM'nin kararı yasal düzenleme ile etkisiz kılınmıştır. Yasal düzenlemedeki *"her bir üyenin her boş üyelik için üç adaya oy kullanabileceği"* şeklindeki ifade de bu nedenle anayasaya aykırıdır.

Öte yandan, Kanun md 7/3. c.son'da oyları eşit olan adaylar arasında ise eşitlik bozulana kadar seçimin sürdürüleceği şeklindeki düzenleme de yukarıda da belirttiğimiz üzere, adayı seçecek olan organın çalışmalarını da aksatacak niteliktedir. Bu nedenle, seçimin tek turlu olması yerine ikinci tura en çok oyu alan iki adayın katılması; ikinci turda ise oyların salt çoğunluğunu alan adayın AYM'ye üye seçilmek üzere cumhurbaşkanına önerilmesi daha doğru ve adil bir düzenleme olacaktır.

147. maddedeki değişiklikle AYM üyelerinin 12 yıl için ve bir defaya özgü olarak üyeliğe seçilebileceği; 65 yaşını doldurunca emekliye

ayrılacakları; bir üyenin hakimlik mesleğinden çıkarılmasını gerektiren bir suçtan hüküm giymesi durumunda üyeliğin kendiliğinden düşeceği; sağlık sorunları nedeniyle görevin yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması durumunda ise üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararıyla üyeliğin sonlandırılacağı düzenlenmiştir.

147. maddeyle, bir üyenin görev süresinin 12 yılla ve bir defayla sınırlandırılması doğru olmuştur¹¹³. Süre ne çok kısadır ne çok uzundur. Bu süreye göre, mahkeme içtihat istikrarını sağlayabilecek ve aynı üye yeniden seçilemeyeceğinden, ikinci görev dönemi bakımından bir siyasi beklenti içerisinde olmayacaktır. Bu yönüyle düzenlemenin hakim tarafsızlığını sağladığı söylenebilir. Diğer bir söyleyişle, bu değişiklik AYM üyelerine sağlanan yargıçlık teminatı ve güvencelerini etkileyen bir değişiklik değildir. Zira, genel güvenceler olan AY 138, 139 ve 140. maddelerdeki güvencelere 2010 değişikliği ile dokunulmamıştır. Ancak yine de üyelerin üçte birinin veya yarısının, karşılaştırmalı hukuktaki bazı uygulamaların aksine, 3 ya da 5 yıllık süreler dahilinde yenilenmiyor oluşu kanaatimizce önemli bir eksikliktir¹¹⁴.

148. ve 149. maddelerde ise AYM'nin diğer görevleri yanında bireysel başvuru ve yüce divan görevi ile buna ilişkin yeni yapılanması düzenlenmiştir. Hem inceleme konumuzla olan bağlantısı hem de değişikliklerin buna ilişkin oluşu nedeniyle, bu iki maddeyi sadece bireysel başvuru hakkı ile mahkemenin yüce divan görevi açısından inceleme gereği duyduk.

148. maddede, AYM'nin iptal davalarını göreceği belirtilmiştir. 2010 değişikliğinde, buna ilişkin bir düzenleme yer almadığı; düzenleme aynen korunmuştur. Ancak 148. maddenin 3. fıkrasında bireylere AİHS bünyesinde teminat altına alınmış olan herhangi bir temel hak ve özgürlüğünün kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurma hakkı tanınmıştır.

148. maddenin 6. ve 7. fıkrasında yüce divan sıfatı ve bu sıfatla mahkemenin kimleri yargılayacağı; 9. fıkrasında ise yüce divan kararlarına karşı nasıl bir kanun yoluna gidilebileceği konuları düzenlenmiştir.

¹¹³ "Sürekli üyelik modelinden vazgeçilmelidir. Sürekli üyelik, Anayasa Mahkemesi üyeliğini bir mesleğe dönüştürür." (İyimaya, a.g.e,s.34)

¹¹⁴ Aynı yönde Aliefendioğlu, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 33

149. madde, iptal davasında, bireysel başvuruların görüşülmesinde ve yüce divana başvurulması durumunda AYM'nin yapılanmasının nasıl oluşacağını düzenlemektedir. Buna göre, AYM iki bölüm ve genel kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul ise, mahkeme başkanının veya başkanın belirleyeceği başkanvekillerinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik koşulları için komisyonlar oluşturulabilir.

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin başvuruları, iptal ve itiraz davaları ile yüce divan sıfatıyla yürütülecek olan davaları Genel Kurul görür. Bireysel başvurular ise bölümler tarafından karara bağlanır.

Anayasa değişikliklerine ilişkin iptal istemi, siyasi partilerin kapatılmasına ya da hazine yardımından yoksun bırakılmasına ilişkin karar verilebilmesi, toplantıya katılanların 2/3'ünün karar vermesine bağlıdır. AYM, Yüce Divan sıfatıyla gördüğü işler dışındaki tüm işleri dosya üzerinden karara bağlar.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki Yüce Divan kararlarına karşı AYM Genel Kuruluna yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Bu durumda, Genel Kurulun vereceği karar kesindir. (md 148/9, son)

Görüldüğü gibi, 17 üyeden oluşan¹¹⁵ yeni AYM 2 bölüm (daire) halinde çalışacaktır¹¹⁶. AYM'de artık çok tartışmalı olan "yedek üyelik" adıyla bir statü yer almayacak, tüm üyeler "asil üye" olacaktır. Çok tartışılan yedek üyeliğin kaldırılması doğru bir uygulama olmuştur¹¹⁷.

¹¹⁵ Yüzbaşıoğlu, AYM'nin 17 üyeden oluşmasını, anayasa tasarılarında da öngörülen sayılara yakın bir sayı olduğu için, "makul bir sayı" olarak belirtmektedir. (Yüzbaşıoğlu, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 20)

¹¹⁶ Mahkemenin iki daire halinde çalışması içtihat farklılığına yol açabilir. Bu durumda, sorunun Genel Kurul tarafından çözülmesi uygun olacaktır. Ancak bu da zaman kaybı anlamına gelir. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta Almanya ve İspanya dışında AYM'ler genellikle tek kurul şeklinde çalışmaktadır. (Paczolay, "Venedik Komisyonu Raporu", (AYD 2004), s. 4). Türk AYM sisteminde ise daireler arasında doğabilecek olası içtihat aykırılıklarının nasıl çözüme ulaştırılacağı AY md 149'da belirtilmiş değildir.

¹¹⁷ "Yedek-asil üye ayrımıyla güdülen amaç ya da böyle bir ayrımın beklenen yararı, kararların sık sık değişmemesi, başka bir deyişle kararlarda istikrar sağlanmasıdır. Ancak yedek üyelerin yerlerini, Anayasa Mahkemesinde hiç çalışmamış olmalarına rağmen sırf asil olarak seçilmeleri nedeniyle kurula öncelikle katılan üyelerin alması, kararlarda beklenen istikrarı gerçekleştirilememiştir... Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinde asil-yedek üye ay-

Zira yedek üyelik sistemi kendi içinde pek çok sakıncayı içermektedir¹¹⁸. Örneğin yedek üyelerin AYM üyeleriyle aynı haklara sahip olmalarına rağmen her toplantıya katılmıyor oluşları, kendilerine son ana kadar katılacakları toplantılardan ve içeriklerden haber verilmiyor oluşu, AYM'ye başkan seçilememeleri gibi nedenler yedek üyeliği pek çok yönden cazip kılmamakta, hiçbir kurum kendi üyelerinin yedek üye olarak atanmasını/seçilmesini istememekteydi¹¹⁹.

AYM'deki daireler sadece bireysel başvuruları karara bağlayacak; daha önemli ve asli görevler olan siyasi partilerin kapatılması, yüce divan, iptal başvuruları gibi başvurular Genel Kurul tarafından karara bağlanacaktır.

Durum böyle olunca, yapılan yeni düzenlemenin AYM'nin iş yükünü arttırmaktan başka bir işe yaramadığını söylemek mümkündür¹²⁰. Zira, dairelere sadece bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, bunun dışındaki tüm işlerin Genel Kurula devredilmesi, işbölümünden ziyade işyükünü arttırmaya yönelik bir düzenlemedir. Oysa bunun yerine kanaatimizce, iki daireden birine bireysel başvuruların incelenmesi, diğerine iptal başvurularının değerlendirilmesi görevi verilmeliydi¹²¹. Bu kararlara karşı yapılacak olan itirazlar Genel Kurul tarafından karara bağlanabilirdi.

Ne var ki bu kaygı AYM Kuruluş Kanunu ile de giderilmiş değildir. Kanun'un 22. maddesinde, bireysel başvuruların bir başkandan oluşan 7 üyeli iki dairede karara bağlanacağı, bölümlerin bir başkanvekilinin başkanlığında 4 üye (toplam 5 üye) ile toplanacağı belirtil-

rımı yapılması doğru olmamıştır." (Aliefendioğlu, a.g.e, s. 218,219). Yedek üyeliğin kaldırılmasını Önen de önermiştir. (Önen, Turgut; "Türk Anayasası ve Özellikle Adalet Reformu", *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 1996, S:10, s.412)

¹¹⁸ Özay, "Yeni Düzendeki AYM", s. 46. Geniş bilgi için bkz Aliefendioğlu, a.g.e, s. 218

¹¹⁹ Daver, a.g.m, s. 17.

¹²⁰ Odyakmaz, AYM'ye bireysel başvuru hakkı tanınacaksa dahi bunun sadece AYM'nin görev alanına giren konularla sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde AYM'nin bu iş yükünün altından kalkması çok zordur. (Odyakmaz, a.g.m, s. 194)

¹²¹ Kurnaz, bireysel başvuru hakkının tanınması durumunda, yapılacak onbinlerce başvurunun karara bağlanmasının zaman alacağını, bu nedenle başvuruların kabul edilebilirlik koşulları bakımından incelemek üzere ön komisyonlar oluşturulması gerektiğini savunmakta ve bu yöndeki değişikliğin AYM'nin kuruluş kanunu ile düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. (Kurnaz, a.g.m,s.119)

miştir. Ancak buna karşın, Kanun'da AYM'nin bireysel başvuruları karara bağlama görevini belli bir daireye vermediği; iki daireden herhangi birinin bunu üstlenebileceği anlaşılmaktadır. Oysa, bireysel başvuru hakkının tanındığı Avrupa devletlerinde, AYM'nin bir dairesinin sadece bireysel başvuruları karara bağlamakla görevlendirildiği; hatta bu nitelikteki başvuruları karara bağlayacak olan daire üyelerinin insan hakları hukuku konusunda uzmanlığı olan hukukçulardan oluşturulduğu görülmektedir¹²².

Siyasi partilerin kapatılmasının ve partinin hazine yardımından yoksun bırakılmasının Genel Kurul'un kararına bırakılması doğru olmuştur. Ancak, buna ilişkin kararlara karşı da gerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı gerekse ilgili siyasi parti tarafından, yüce divan düzenlemesinde olduğu gibi en azından "yeniden başvuru hakkı" tanınması daha doğru bir yaklaşım olabilirdi. AYM'nin iş yükünün azaltılması adına Siyasi Partilerin mali denetimi Sayıştay'a devredilebilirdi.

Ayrıca, AYM'nin Yüce Divan kararları dışındaki kararlarını-kural olarak-"duruşma açılmadan" görmesi de (AY değişik md-149/6) karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilimin aksini yansıtan bir uygulamadır¹²³. Ancak değişik md 149/6'da bireysel başvuruların duruşmalı olarak yapılması AYM'nin takdirine bırakılmıştır. Bunun yanı sıra siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve siyasi partinin genel başkanı/temsilcisi dinlenir. Fakat bu dinlemeyi duruşma olarak algılamamak gerekir.

Kanaatimizce, AYM'nin kural olarak dosya üzerinden çalışacak olması hak arama hürriyetine ve adil yargılanma ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla, her türlü başvurunun (iptal başvuruları dahil) duruşmalı olarak görüşülmesinde yarar vardır. Özellikle de bir hak yoksunluğuna yol açabilecek olan siyasi partilerin kapatılması/hazine yardımından yoksun bırakılması kararlarında duruşma açılarak yargılama yapılması zorunlu tutulmalıdır. Aynısının, bireysel başvurular bakımından da uygulanması gerektiğini düşünüyoruz.

¹²² Kaboğlu, "Halk Neyi Oylayacak", s. 251

¹²³ Almanya, Avusturya, İtalya, İspanya,Portekiz ve Polonya'da duruşmalı inceleme kuralıdır. (Dağ.a.g.t.s.73)

Yüce Divan görevinin de bu şekilde oluşan ve kurulan bir AYM tarafından yürütülmesini doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz¹²⁴. Zira, yüce divanda ceza ve ceza yargılaması hukuku kuralları uygulanır. Bu nedenle, bırakınız hukukçu olmayan bir üyenin yargılamaya katılmasını, ceza hukukçusu olmayan bir üyenin yargılamaya katılmasını dahi doğru bulmuyoruz. Yapılması gereken olarak da 1924 AY'nın 62 vd maddelerinde düzenlenen sisteme benzer bir sistem oluşturulmasını ve yüce divan görevinin sadece o olaya özgü çalışacak olan bir mahkemeye devredilmesini öneriyoruz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na bu görevin verilmesi kanaatimizce doğru bir uygulama olacaktır¹²⁵. Bu karara karşı itiraz etmek isteyen sanığa Yargıtay CGK ve AYM'nin hukuk kökenli üyelerinden oluşan bir karma heyete temyiz başvurusu hakkı tanımak, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında yer alan adil yargılanma hakkı ile ceza yargılamasında iki dereceli başvuru hakkının sağlanması¹²⁶ bakımından önem taşımaktadır. Mevcut düzenlemede yer alan (AY 148/9) "*yüce divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir.*" şeklindeki bir tür karar düzeltme yolu olan başvurunun sakıncaları da böylelikle giderilebilecektir¹²⁷.

Konumuzla bağlantılı olan diğer bir düzenleme de geçici 18. maddedir. Bu maddeyle, mevcut yedek üyelerin değişiklikten sonraki statüsü, TBMM'nin seçeceği üyelerde seçim usulünün nasıl uygulanaca-

¹²⁴ Özay, yüce divan için İtalyan sistemini önermektedir. (Özay, "*Yeni Bir Düzendeki AYM*", s. 47). İtalyan yüce divan sistemine aşağıda değinilmiştir. (Bkz 2.bölüm,2. başlık). Aliefendioğlu ise yüce divanın AYM Genel Kurulu tarafından oluşturulmasını, özellikle ceza hukuku alanında, yönetsel yargıda ve Sayıştay'da çalışan ya da ceza hukuku avukatlığı yapan üyelerin ağırlıklı çoğunluğu sağlanacak biçimde seçilen bir başkan ve altı üyeden oluşmasını, kararlarına karşı Genel Kurula temyiz ve itiraz yolunun açılmasını; aynı heyetin siyasi parti kapatma davalarında da görevli olmasını ve tüm işlerini duruşmalı olarak, herkese açık biçimde görmesini önermektedir; AYM başkanının dilerse divana da başkanlık edebilmesinin olanaklı olması gerektiğini savunarak, bu durumda divanın başkan ve altı üyeden oluşmasını önermektedir. (Aliefendioğlu, Yılmaz; "*Anayasa ve Yargı*", *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 1996, S:10, s.398)

¹²⁵ Odyakmaz, Yüce Divan görevinin AYM ve Yargıtay Ceza Daireleri üyelerinden oluşturulacak karma bir heyete verilmesini, temyiz incelemesinin de bu karma heyete yaptırılmasını savunmaktadır. (Odyakmaz, a.g.m, s.193). ATAR da benzeri bir görüş öne sürmektedir. (Atar, a.g.m, s. 115)

¹²⁶ İki dereceli başvuru hakkının tanınması gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz Kurnaz, a.g.m,s.113

¹²⁷ TÜRK de yeniden başvuru hakkının doğru olmadığı görüşündedir. (Türk, *Tebliğ* (AYD 2004), s.62

ğı, bireysel başvuru hakkına ilişkin düzenlemenin ne zamana kadar ve nasıl yapılacağı konuları hükme bağlanmıştır.

Buna göre, anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihte mahkemenin mevcut yedek üyeleri asıl üye sıfatını alacaktır. Ayrıca, TBMM'nin yapacağı seçim de kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapılacaktır.

Konumuzla asıl bağlantılı olan düzenleme, geçici md 18/6'dır. Buna göre, AYM'de halen belli görevlere seçilmiş olanların bu sıfatları seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam edecektir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olan kişiler yaş haddine kadar görevlerine devam edeceklerdir.

Bu düzenlemeyle, anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce seçilmiş olan tüm üyeler 12 yılını doldursalar dahi 65 yaşını doldurmadıkça emekliye sevk edilemeyeceklerdir. Özellikle son seçilen üyelerden biri olan bir raportörün önce denizcilik müsteşarlığına atanıp orada 1 yıl tutulduktan sonra cumhurbaşkanı tarafından "*üst düzey yönetici*" sıfatıyla AYM'ye seçildiği ve üyenin seçildiği tarihte 40 yaşında olduğu da düşünülecek olursa; bu üyenin 25 yıl görevde kalmasının mümkün olduğu söylenebilir¹²⁸. Bunun da mahkemenin yapısını olumsuz yönde etkileyeceğini ve alınacak kararlarda bu nitelikteki üyelerin çağın gelişmelerine ayak uyduramayacağı da üzerinde ciddi anlamda düşünülmesi gereken önemli bir sakınca olarak belirmektedir. Ayrıca, bir yandan değişiklikle AYM'nin toplumsal gelişmelere ayak uydurması amacıyla üyelerin görev süresinin 12 yıla sınırlandırılması, buna karşın mevcut üyelerin görev süresinin, geçici maddeyle 65 yaşını doldurana kadar sürecek olması da ciddi anlamda bir çelişkidir¹²⁹.

¹²⁸ Nitekim bu düzenleme kötüye kullanılmış ve 2010 değişikliği öncesinde bir AYM raportörü bir aylığına Denizcilik Müsteşar Yardımcısı olarak görevlendirilerek, "*üst düzey kamu görevlisi*" payesiyle AYM üyeliğine atanmıştır. (Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak?*, s.198, s.276). Böylece, bu üyenin 65 yaşını doldurana kadar görevinde kalması da sağlanmıştır. Bu nedenle, bu hükümlerin "*kalıcılık*" görevi üstlendiği söylenebilir. (Kaboğlu, aynı eser, s. 276)

¹²⁹ "*Gerçekten, eğer AYM üyelerinin görev süresini 12 yıl ile sınırlamanın amacı, anayasal yargıyı toplumsal gelişmelere açmak ise, o zaman geçiş döneminde "üyelik değişiminin dondurulması", siyasal amaçtan başka bir amaçla açıklanabilir mi?"* (Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak?*, s.276)

2010 anayasa değişikliği ile AYM'nin yapısı, anayasa değişikliğinin yapıldığı süreçte anayasa koyucu tarafından iddia edilen aksine, Avrupa'nın pek çok AYM'nin yapılanmasının, hatta 1982 AY'nun ik düzenlenmesinin dahi gerisinde kalmıştır¹³⁰. Karşılaştırmalı hukuktaki bazı örneklerin incelenmesi, 2010 AY değişikliğinin Türk AYM'nin yapılanmasına olan getirisinin ve götürüsünün ne boyutta olduğu yönünde fikir verebilecektir.

2) Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Mahkemelerinin Yapılanması

Alman Federal AYM¹³¹ 16 asıl üyeden oluşur; 2 daire şeklinde çalışır¹³² ve dairelerin her biri 8'er üyeden kurulur¹³³. Bu nedenle, Alman AYM'ye "ikiz mahkemeler" adı da verilmektedir. Dairelerden hiçbiri diğerinin kararını denetleyemez ve gördüğü işi yeniden göremez. Ancak bir dairenin diğerinin görüşünden ayrılması gerekiyorsa, konunun mutlaka genel kurula taşınması gerekmektedir. Daireler arasındaki iş bölümünün nasıl olacağı mahkemenin kuruluş yasası ile düzenlenmiştir.

Konumuz bakımından ilgi çekici olan nokta, Almanya'da mahkemenin tamamen parlamento tarafından seçilmiş olmasına rağmen bu seçimin hiçbir biçimde siyasi etkilere maruz kalmadan yapılması, seçim yönteminin tamamen nesnel ölçütlere dayanıyor oluşudur. Mahkemenin üyeleri Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Konsey (Eyaletler Meclisi: Bundesrat) tarafından seçilen bir seçmenler kurulu tarafından seçilir. Bu sistemde, her iki meclis her daire için 4'er üye seçer¹³⁴. Diğer üyeler ise, Federal Konsey tarafından doğrudan seçilir; Federal meclis ise kalan 4 üyeyi 12 üyeden oluşan seçici kurula, nisbi temsil esasıyla, dolaylı olarak seçtirtir¹³⁵. Federal Meclisin üye seçimine

¹³⁰ Kaboğlu, *Halk Neyi Oylayacak?*, s.200

¹³¹ Hassemer, Winfried; "Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma (Almanya Raporu)", AYD Yıl 2004, S: 21, s. 27

¹³² Ziedler, Wolfgang; "Federal Almanya Anayasa Mahkemesi", AYD Yıl 1987, S:4, s. 37

¹³³ Düzenlemenin ilk şeklinde AYM 12'şer üyeden oluşan 2 daire şeklinde (24 üye) öngörülmüştü. Ancak daha sonra, mahkeme üzerindeki siyasal etkilerin azaltılması ve üyelerin bağımsızlığının daha etkin şekilde sağlanması amacıyla yapılanma 8'er üyeden oluşan 2 daire biçiminde düzenlenmiştir. (toplam 16 üye). (Gören,a.g.m, s. 140)

¹³⁴ Hassemer, a.g.m, s.28

¹³⁵ Kanadoğlu, Korkut; "Alman Federal Anayasa Mahkemesi", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: ÖZTÜRK, Bahri/ İLKİZ, Fikret/ KOCASAKAL, Ümit), İstanbul 2010,s.60

doğrudan bir etkisi yoktur. Yargıçların görev süreleri 12 yıllla sınırlıdır. Bir seçilen yargıç yeniden seçilemez. Görevde alt yaş sınır 40, üst yaş sınırı 68'dir¹³⁶. Ayrıca, üyelerin tamamı hukukçu olmak zorundadır.

Görev süresi sona eren yargıç, yeni yargıcın seçilip cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasına kadar görevini sürdürür. Federal Meclis'te 3/4'lük, Federal Konsey'de 2/3'lük nitelikli çoğunluğun sağlanması zorunluluktur ve bu da mutlaka uzlaşmayı getirmektedir¹³⁷. Her dairede, daha önce yüksek yargı organlarında görev yapmış olan en az üç yargıcın bulunması şarttır¹³⁸.

Almanya'da böylece, milletvekillerinin ve bakanların AYM'nin oluşumuna etki etmesinin de önünde geçilir¹³⁹. Ayrıca, Alman AYM hiçbir hizmet denetimine bağlı değildir; hiçbir bakanlığa tabi değildir; bağımsız bütçesi bulunmaktadır ve personeli özlük hakları bakımından özerktir. Yargıçları da kamu idaresi üyesi olmayıp özel anayasal teminatlarla donatılmıştır¹⁴⁰. Hatta AYM üyelerinin tarafsızlığının ve yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanması için Almanya'da AYM ülkenin başkentine değil Karlsruhe'de kurulmuştur¹⁴¹.

İspanya'da AYM 12 üyeden oluşur. Bunlardan 8 üyeyi Senato ve Meclis 3/5 nitelikli çoğunlukla¹⁴² ortaklaşa seçmekte; bu üyeler İspanya Kralı tarafından atanmaktadır¹⁴³. Bu adaylar arasından, senato'nun belirlediği 4 üye özerk bölge yönetimleri tarafından gösterilen adaylar esas alınarak yapılan seçimle belirlenir¹⁴⁴. Kalan 4 üyeden ikisini hükümet; ikisini Yüksek Yargı Kurulu teklif eder ve kral atar. İspanya'da kralın atama yetkisi tamamen semboliktir¹⁴⁵ adaylar başka yollardan belirlenmektedir. Kral, belirlenen bu adayları değiştiremez veya veto edemez¹⁴⁶.

¹³⁶ Kanadoğlu, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi", s.61

¹³⁷ Gören, a.g.m, s. 141. Bu oran en başta salt çoğunlukta (aynı eser, s.141)

¹³⁸ Ulaş, a.g.m, s.97

¹³⁹ Schefold/Yazman, a.g.m, s. 117

¹⁴⁰ Schefold/Yazman, a.g.m, s. 117

¹⁴¹ Gören, a.g.m, s. 143

¹⁴² Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 30

¹⁴³ Özbudun, *Tebliğ*, s. 59 (Ancak kralın bu ataması tamamen sembolik niteliktedir)

¹⁴⁴ Daragenli Evik, Vesile Sonay/ Erman, R. Barış; "İspanyol Anayasa Mahkemesi", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 67

¹⁴⁵ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 30

¹⁴⁶ Daragenli/ Erman, a.g.m, s. 67

İspanyol AYM de Alman AYM gibi iki daire bir genel kurul halinde örgütlenmiştir¹⁴⁷. Mahkeme başkanı birinci; yardımcısı ise ikinci dairenin doğal başkanı olarak kabul edilir. Her daire başkan dahil 6'şar üyeden oluşur. Dairelerde, kural olarak kabul edilebilirlik kararları ile usule aykırılık iddiaları incelenmektedir. İlke kararı alınması gereken durumlar veya içtihat aykırılıkları genel kurul tarafından karara bağlanır¹⁴⁸.

İspanyol AYM üyeleri en az 15 yıl kıdemi bulunan hakimler, savcılar, üniversite öğretim üyeleri, kamu görevlileri, avukatlar ve hukukçular arasından 9 yıllık süre için atanırlar ve her üç yılda bir üyelerin üçte biri yenilenir. Üç yıldan fazla görev yapmış olan bir üyenin görev süresi sonunda yeniden üye olarak atanabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, hukukçu olmayanların AYM'ye üye seçilmesi olanaksızdır. AYM üyeleri, kendi işleri dışında bir başka işle uğraşamaz; ancak öğretim üyeliği veya bilimsel ve akademik çalışmalar yapmak üyelikle bağdaşmaktadır. Üyeler, milletvekillerine tanınan dokunulmazlık ve sorumsuzluktan yararlanır. Üyelik, istifa, temyiz kudretinin kaybı, hukuk mesleğini yürütmeye ilişkin yeterliliklerin yitirilmesi, kasıtlı bir suç veya kasten işlenen haksız fiil nedeniyle sona ermektedir¹⁴⁹.

İtalyan AYM¹⁵⁰ 15 üyeden oluşur; üyelerden 5'ini parlamento doğrudan seçer; diğer 5'ini cumhurbaşkanı atar¹⁵¹; kalan 5'ini de yüksek yargı (Yargıtay, Danıştay, Sayıştay genel kurulları) belirler¹⁵². Parla-mentonun seçeceği 5 üye "*Lottizzazione*" adı verilen bir tür hakem kurulu tarafından, anayasada yer almadığı halde, bir tür "*centilmenlik anlaşması*" şeklinde belirlenen bir uygulamayla seçilmektedir¹⁵³. Örneğin 1994'e kadarki parti yapılanması içinde 5 üyeden 2'sini hristiyan demokratlara, 1'er tanesini de komünistler, sosyal demokratlar ve libe-

¹⁴⁷ Yüzbaşıoğlu, *Tebliğ*, (AYD 2004), s. 20

¹⁴⁸ Daragenli/ Erman, a.g.m, s. 68

¹⁴⁹ Daragenli/ Erman, a.g.m, s. 67,68

¹⁵⁰ Özay, İl Han; "*Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle İtalyan Anayasa Mahkemesi*", AYD Yıl 1989, S: 6, s. 216, dn 5

¹⁵¹ Cumhurbaşkanı, seçeceği 5 üye için ABD'de Başkanın Yüksek Mahkemeye üye seçiminde Senato'nun önerisine bağlı kalma zorunluluğu olmadığı örneğindeki gibi parlamentonun veya başka bir mercinin önerisiyle bağlı değildir. Dilediği üyeyi, anayasal koşullara uyması kaydıyla, AYM üyesi olarak atayabilir.(Özay; *Tebliğ* (AYD 1996), s. 35)

¹⁵² Kubalı, a.g.e, s. 193.Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s.30

¹⁵³ Onar, *Tebliğ* (AYD 2004), s. 27

raller arasında eşit olarak paylaşıyordu. Böylece “*ben güçlüyüm; kimi istersem seçerim!*” anlayışının da önüne geçiliyordu.

Anayasanın ilk şeklinde üyelerin görev süresi 12 yıl olarak belirlenmiş; fakat sonradan yapılan değişikliklerle görev süresi 9 yıla indirilmiştir¹⁵⁴. Mahkemeye üye seçilmek için belli bir yaş sınırı yoktur. Bu da emekli yargıçların da AYM üyesi olabilmesini mümkün kıldığı gibi, yaşı kaç olursa olsun hukuki yeteneği üstün olan kişilerden de yararlanmaya olanak tanır¹⁵⁵. Ancak üye seçilebilmek için 20 yıllık mesleki deneyim aranmaktadır¹⁵⁶. Üyelerin tümünün hukuk mezunu olması gerekir¹⁵⁷. Ayrıca, üniversite öğretim üyesiiken AYM’ye seçilen üyelerin, yaşı kaç olursa olsun görev süreleri sonunda istedikleri takdirde eski görevlerine dönebileceklerine ilişkin düzenleme de öğretim üyelerinin AYM’ye üyeliklerini özendirici bir etkiye sahiptir. Üyelerin, parlamenterlere tanınan dokunulmazlık ve sorumsuzluktan da yararlanma hakkı olduğunu da belirtmemiz gerekmektedir.

İtalya’da AYM aynı zamanda yüce divan görevi de üstlenmektedir. Fakat böyle bir durumda, özellikle cumhurbaşkanı yargılanacaksa, halihazırdaki 15 üyenin yanına kurayla ceza hukukçusu olan 16 kişilik bir jüri heyeti seçilir ve mahkeme 31 kişiyle yargılama işlevini yerine getirir¹⁵⁸. Bu seçimde parlamento üçte iki çoğunluk kararıyla, bu çoğunluk sağlanamadığında sonraki üçüncü oturumda beşte üçlük çoğunluk kararıyla senatör seçilme yeterliliğine sahip vatandaşlar arasından seçim yapar¹⁵⁹.

KKTC’de¹⁶⁰ anayasa yargısı görevini KKTC Yüksek Mahkemesi yürütmektedir. Mahkeme, bir başkan ve 7 üyeden oluşmaktadır. Baş-

¹⁵⁴ Özay, “İtalyan AYM”, s. 218

¹⁵⁵ Özay, “İtalyan AYM”, s. 218

¹⁵⁶ Daragenli Evik, Vesile Sonay; “İtalyan Anayasa Mahkemesi”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 71, 72

¹⁵⁷ Ancak bunu sakıncalı bulan İtalyan Anayasa koyucu, mahkemeyi 15’er üyeden oluşan 3 daire şeklinde örgütlemeyi ve iktisat, siyasal bilimler alanlarından gelen üyelerden de bu dairelerde yararlanmayı düşünmektedir. (Özay, “İtalyan AYM”, s. 228, özellikle dn 47 ve s.229 ayrıca bkz Özay; Tebliğ (AYD 1996), s. 33)

¹⁵⁸ Özay, “Yeni Bir Düzendeki AYM” (AYD 1995), s.47

¹⁵⁹ Daragenli, a.g.m, s. 72

¹⁶⁰ Özkök, Mustafa; “Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli” konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 25

kan ve 5 üye asıl; son atanan 2 üye ise yedek üyedir. Yüksek Mahkeme hem AYM, hem yüce divan hem de Danıştay ve Yargıtay olarak görev yürütür. Mahkeme başkan ve 4 üye ile toplandığında AYM ve yüce divan sıfatıyla çalışır¹⁶¹. KKTC’de yargıçlar anayasal güvence ile görev yapmaktadır ve yüksek yargıçlar 65; diğer yargıçlar 60 yaşını doldurmadıkça emekliye sevk edilemezler¹⁶².

KKTC kurulmadan önce¹⁶³ Kıbrıs’ta 1960 yılında AYM mevcuttu ve bu AYM bir başkan ve iki üye olmak üzere toplam 3 yargıçtan oluşmaktaydı. Başkanın, Türkiye, Yunanistan, İngiltere ve Kıbrıs vatandaşı olmayan üçüncü bir ülke vatandaşı olma zorunluluğu vardı. Ayrıca bu mahkemenin yargıçlarını cumhurbaşkanı ve cumhurbaşkanı yardımcısı ortaklaşa atarlardı¹⁶⁴. Yargıçlar hukuk fakültesi mezunu olmak zorunda olup, 65 yaşını dolduruncaya kadar görevde kalırlar ve bu yaştan önce, hakimlik mesleğiyle bağdaşmayan bir neden dışında, görevden azledilemezlerdi. Kıbrıs AYM yargıçlarının parlamenterlere tanınan dokunulmazlıktan yararlanma hakkı da vardı¹⁶⁵.

Tacikistan’da¹⁶⁶ AYM 1995’te kurularak faaliyete başlamıştır. Mahkeme, 7 üyeden oluşmaktadır. (AY md 89). Bunlardan birisi başkan, diğeri başkan yardımcısıdır. Diğer 5 yargıç ise üyedir. Üyelerden birinin Dağlık Badashan Özerk Bölgesi’nden seçilmesi şarttır. Mahkemede yedek üyelik yoktur. Üye seçilecek olan kişinin 30 yaşından küçük; 60 yaşından büyük olmaması gerekir. Adayın mutlaka hukuk fakültesi mezunu olması ve en az 10 yıllık mesleki deneyime sahip olması şarttır. Üyelerin görev süresi 10 yıldır ve tekrar seçilebilmeleri mümkündür.

Yargıçların atanmaları ve görevden alınmaları adalet bakanının önerisiyle devlet başkanının onayıyla gerçekleşir. Fakat yargıçlar görevlerinde bağımsızdır; bunu sağlamak için de hiçbir siyasi partiye üye olamayacakları, görev sürelerinden önce azledilemeyecekleri,

¹⁶¹ Dayıoğlu, Salih S.; “KKTC Anayasasında Yargının Yeri ve Anayasa Yargısı”, AYD Yıl 1992, S:9, s. 377

¹⁶² Özkök, Tebliğ, s. 28

¹⁶³ Özkök, Tebliğ, s. 25

¹⁶⁴ 1960 Tarihli Kıbrıs Anayasası md 133-İngilizce metin- (<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/cyprus.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.11.2010)

¹⁶⁵ 1960 Tarihli Kıbrıs Anayasası md 133-İngilizce metin- (<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/cyprus.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.11.2010)

¹⁶⁶ Malakhovich, Zarif Aliev; “Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli” konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 19, 20

parlamentelere tanınan dokunulmazlıklardan yararlanacakları, kişi güvenliğine (ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında) sahip oldukları Anayasal düzenlemelerle garantiye alınmıştır¹⁶⁷.

Macaristan'da¹⁶⁸ 1989 AY değişikliği ile kurulan ve 1990'da faaliyete geçen AYM 11 üyeden oluşmaktadır. Üyelerin tümü asıl üyedir. Üyelerin tamamını parlamento 2/3'lük nitelikli çoğunlukla seçmektedir¹⁶⁹. Yargıçlar, 9 yıllığına ve bir kereye özgü seçilmektedir. Adaylar, birer adet siyasi parti temsilcileri ve bağımsız milletvekillerinden oluşan bir öneri kurulu¹⁷⁰ (komisyon) tarafından belirlenerek millet meclisinin onayına sunulur ve millet meclisi hukuk komisyonunun görüşü alınarak yapılan oylama sonucunda seçilir¹⁷¹. Üyeler kendi aralarından 3 yıllığına bir başkan ve bir başkan yardımcısı seçerler; bunların yeniden seçilmesi mümkündür.

Üye belirlenmesi sürecinde komisyonun adayları dinlemesi zorunludur¹⁷². Ayrıca, komisyonun önerdiği adaylar üzerinde parlameto tarafından 2/3'lük uzlaşa sağlanamazsa, komisyon 15 gün içerisinde yeni adaylar belirleyip parlamentoya sunar¹⁷³.

Macaristan'da Mahkemeye üye seçilebilmek için 45 yaşın doldurulmuş olması; hukuk fakültesi mezunu olunması gerekmektedir¹⁷⁴. Ancak üniversite profesörleri ile siyasi ve hukuki bilimler alanında doktora derecesine sahip olanların da 20 yıllık uygulama deneyimi olması kaydıyla mahkemeye üye seçilebilmeleri mümkündür. Parti üyeliği veya siyasi faaliyetler üyelikle bağdaşmaz. Mahkeme üyeliği, başka nedenler yanında istifa, görevi yerine getirememeye veya meslekten çıkarılma durumunda sona erer. Son iki durumda, konuyu AYM karara bağlar.

¹⁶⁷ <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untc/unpan003670.htm> (Erişim Tarihi: 29.10.2010) (Tacikistan AY md 87-91-İngilizce Metin)

¹⁶⁸ Erdoğan, a.g.m, s. 5,

¹⁶⁹ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 28

¹⁷⁰ Bu öneri kurulu da "eşit temsil esası" gözetilerek kurulur. Yani, kuruldaki her siyasi parti güçleriyle orantılı olarak değil de her parti tarafından eşit sayıdaki temsilci belirlenmesi yoluyla oluşturulur. (Onar, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 72. Ayrıca bkz Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 28

¹⁷¹ Tunç, a.g.m, s. 292

¹⁷² Ulaş, a.g.m, s. 97

¹⁷³ Ulaş, a.g.m, s. 97

¹⁷⁴ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 37

Macaristan'da AYM yargıcı bakanların ve milletvekillerinin sahip oldukları ayrıcalıklara ve özlük haklarına sahiptir. Suçüstü hali dışında, mahkeme kararı olmaksızın hiçbir üye gözaltına alınamaz ve tutuklanamaz¹⁷⁵. Yine mahkeme üyeleri, yargılamalar ve davalar sırasında öne sürdükleri görüş ve kararlarından ötürü yargılanamazlar ve haklarında soruşturma açılmaz. Ayrıca mahkeme üyeleri herhangi bir siyasi partiye üye olamazlar, gelir getirici başka herhangi bir işte görev alamazlar, politik demeç veremezler. Üyeler 70 yaşından önce emekliye sevk edilemezler. Üyeliğe engel bir durumun ortaya çıkması durumunda, mahkeme üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile üyelik sonlandırılır. Macaristan AYM de Alman AYM'ye benzer şekilde, yargı bağımsızlığının sağlanması düşüncesiyle, ülkenin başkentinde değil, Esztergom Şehri'nde çalışmalarını yürütmektedir¹⁷⁶.

Macaristan AYM genel kurul halinde veya üç kişilik kurullar halinde çalışır¹⁷⁷. Üç yargıçlı kurullar, anayasa şikayeti dahil olmak üzere, nispeten daha az öneme sahip olan konular üzerinde çalışır. Üyelerden üçünün de toplantıda hazır bulunması şarttır. Kararlar, her durumda çoğunlukla alınır. Genel kurulun toplanabilmesi başkan veya başkan yardımcısı dahil 8 kişinin toplantıya katılmasına bağlıdır.

Polonya'da¹⁷⁸ AYM ilk kez 1985'te kurulmuştur ve bu AYM Sovyet Rusya Dönemi'nde kurulmuş olan ilk AYM'dir. Bu AYM 1997'ye kadar görev yapmıştır. Yeni AYM ise 1997'de kurularak faaliyete geçmiştir. Bu AYM 12 üyeden oluşur ve tamamını parlamento seçer. Seçimlerde, ilk turda 2/3'lük; ikinci turda ise salt çoğunluk aranır. Üyelerin görev süresi 8 yıldır ve üyelerin yarısı 4 yılda bir yenilenir. Mahkemede yedek üyelik yoktur.

1991'de kurulan Bulgaristan AYM¹⁷⁹ 12 asıl üyeden oluşur. Bunların 1/3'ünü parlamento doğrudan seçer; 1/3'ü Cumhurbaşkanı tarafından atanır; 1/3'ü ise Danıştay ve Yargıtay ortak kurulları tarafından doğrudan seçilir¹⁸⁰. Yargıçlar bir kereye mahsus olmak üzere ve 9 yıllı-

¹⁷⁵ Tunç, a.g.m, s. 296

¹⁷⁶ Ulaş, a.g.m, s. 110

¹⁷⁷ Tunç, a.g.m, s. 290

¹⁷⁸ Erdoğan, a.g.m, s. 10

¹⁷⁹ Beronov, Nedelcho; "Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli" konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 35

¹⁸⁰ (<http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=>

ğına göreve seçilirler. Mahkemenin 4 üyesi her üç yılda bir dönüşümlü olarak yenilenir. Üyelerin hakimlik niteliklerine sahip olan ve 15 yıl fiilen hizmette bulunan avukatlar arasından da seçilmesi mümkündür¹⁸¹. Üyeler kendi arasından ve gizli oyla, üç yıl için görev yapmak üzere bir başkan seçerler¹⁸². Ayrıca, üyelerin herhangi bir siyasi partiyle, kamu göreviyle, bir ticari şirketin yönetimiyle bağlantısının olmaması gerekmektedir¹⁸³. Üyeler, ücretli veya ücretsiz olarak bu tür bir oluşumda yer alamayacakları gibi, başka herhangi bir işte de çalışamazlar. Diğer yandan, üyelerin yargıçlık teminatı yanı sıra parlamenterlere tanınan dokunulmazlıktan da yararlanma hakkı vardır¹⁸⁴.

Portekiz'de¹⁸⁵ AYM 13 asıl üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerden onu Portekiz Parlamentosu tarafından 2/3 nitelikli çoğunlukla seçilirler¹⁸⁶. Geriye kalan 3 üyeyi ise seçilen bu 10 üye "*kooptasyon yoluyla*" belirler¹⁸⁷. AYM üyelerinin görev süresi 6 yıldır. Başkan ve başkan yardımcısı ise 2 yıllık süre için, AYM üyeleri tarafından ve üyeler arasından seçilir. Başkanlığa ve başkan yardımcılığına yeniden seçilmek mümkündür. Portekiz AYM 6'şar üyeli iki daire şeklinde çalışır ve başkan her iki daireye de başkanlık eder¹⁸⁸.

Portekiz AYM'ye parlamento tarafından seçilen 3 üye ile, AYM üyeleri tarafından seçilen 3 üyenin (13 üyeden 6'sı) meslekten yüksek yargıç; kalanların ise hukukçu olması şarttır¹⁸⁹. Bu durumda, Portekiz AYM üyelerinin tamamının hukuk fakültesi mezunu olması gerektiği söylenebilir. Portekiz AYM tam üyeli oturumlar şeklinde çalışır.

000007&g=) (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (Bulgaristan AY md 147/2- İngilizce Metin). Ayrıca bkz Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 30

181 (<http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=000007&g=>) (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (Bulgaristan AY md 147/3- İngilizce Metin)

182 (<http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=000007&g=>) (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (Bulgaristan AY md 147/4- İngilizce Metin)

183 Atar, a.g.m, s.104

184 (<http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=000007&g=>) (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (Bulgaristan AY md 147/5,6- İngilizce Metin)

185 Guesdes, M. Marquez Armando; "*Portekiz Anayasa Mahkemesi*", AYD Yıl 1987, S:4, s. 88

186 <http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000.html> (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (1976 Portekiz AY md 166/h-İngilizce Metin)

187 Ulaş, a.g.m, s. 97, Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 29

188 Kılıç, Tebliğ (AYD 2004), s.6

189 Guesdes, a.g.m, s. 88

Somut norm denetimini uzmanlığı olmayan iki daire yapar. Ayrıca Portekiz’de mahkeme üyelerinin üniversite öğretim üyeliği görevini yürütmesinde bir engel yoktur¹⁹⁰.

Avusturya AYM¹⁹¹ de incelenmeye değer bir yapılanmaya sahiptir. Avusturya’da AYM’nin kuruluşu daha önce de belirtildiği gibi, 2. Dünya Savaşı öncesine dayanmaktadır¹⁹² ve kuruluş yılı 1920’dir.

Avusturya’da¹⁹³ AYM 14 asıl 6 yedek üyeden¹⁹⁴ oluşmakta ve tamamı Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Asıl üyelerden 6’sı, yedek üyelerden 3’ü, mahkeme başkanı, başkan yardımcısı federal hükümet tarafından önerilir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanır¹⁹⁵. Kalan 6 asıl ve 2 yedek üye ise iki meclis (Ulusal Meclis ve Federal Konsey)ve hükümet tarafından 3’lü ve ortaklaşa önerilerek Cumhurbaşkanı tarafından atanır¹⁹⁶.

Üyelik için hukuk veya siyasal bilgiler fakültesi mezunu olmak ve 10 yıllık mesleki deneyim şarttır¹⁹⁷. Genellikle profesörler, yüksek yargıçlar, avukatlar ve yüksek yöneticiler AYM üyesi olarak atanır. Federal hükümet, eyalet hükümetleri ve parlamento üyeleri AYM’ye yargıç olarak atanamazlar¹⁹⁸. Kamuda görevli olanlar, tarafsızlığın sağlanması amacıyla görevlerinden istifa etmek zorundaysa da diğer üyelerin asıl işlerinden istifa etmeleri gerekmez. Çünkü Avusturya’da AYM üyeliği ikincil (yan) bir görev olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, tarafsızlığın sağlanması bakımından üyelerden üçünün Başkent Viyana dışında ikamet ediyor olması şartı da aranmaktadır¹⁹⁹. Avusturya’da AYM üyesi olmak için üst yaş sınırı 70’dir. Ancak alt yaş sınırı düzenlenmiş değildir. Bu durumda, genç yaşta atanan yargıçların 30 yıl civa-

¹⁹⁰ Ulaş, a.g.m,s.111

¹⁹¹ Haller, a.g.m s. 50

¹⁹² Avusturya için,bu alanda dünyadaki ilk örnektir denebilir. (Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e,s.453)

¹⁹³ Haller, a.g.m s.50,51

¹⁹⁴ 2010 Anayasa değişikliği sonrasında Monaco Prensiği ve Avusturya dışında AYM bünyesinde yedek üye barındıran ülke kalmamıştır. (Monako Prensiği AY md 89, aktaran: Anayurt,a.g.m,s.128)

¹⁹⁵ Cumhurbaşkanının buradaki ataması biçimseldir. (Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 31)

¹⁹⁶ Machacek, Rudolph; “Avusturya Anayasa Mahkemesi”, AYD Yıl 1989, S:4, s. 20

¹⁹⁷ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 36

¹⁹⁸ Machacek, a.g.m,s. 20

¹⁹⁹ Ulaş, a.g.m,s.102

rında meslekte kalabilmeleri mümkün olabilir. Ayrıca Avusturya'da anayasa ile yargıç bağımsızlığı teminat altına alınmıştır²⁰⁰.

Mahkeme, kural olarak 14 üyenin tamamının bir araya gelmesiyle toplanabilir²⁰¹. Başkan genel kurulun yönetim görevini üstlenmesine rağmen genel kurulda oy kullanmadığı için kararlarda 13 üyenin imzası bulunur ve böylece 7'ye 7 eşitlik olasılığı da ortadan kalkar. Karar yeter sayısı ise 8'dir. Bir üyenin toplantıya katılmadığı durumda, olabildiğince katılmayan üyenin önerildiği kurum tarafından atanan yedek üyenin katılımıyla mahkeme toplanır. Ancak bir üye, duruşmalar veya görüşmeler sırasında mazeretli duruma düşerse bu durumun yedek üyelerle ikame edilmesi mümkün değildir, çünkü kararın olayı baştan itibaren ele almış olan üyeler tarafından verilmesi esastır.

AYM'de bazı işler için "küçük kurullar" da oluşturulabilir²⁰². Böyle bir durumda bir başkanın ve oy hakkına sahip olan 4 üyenin bulunması karar almak için yeterli olmaktadır Küçük kurul sistemi, mahkemeye ağır iş yükünün altından kalkma olanağı vermektedir. Daha az önemli olan kararlar bu yöntemle hızlıca karara bağlanmakta ve önemli işler Genel Kurul'a havale edilmektedir. Bu yöntemle, iki daire şeklinde çalışılması durumunda ortaya çıkabilecek olan "içtihat çelişmesi" sakıncasının da önüne geçilmektedir.

Romanya'da²⁰³ AYM 9 üyeden oluşur ve üyelerin altısı Romanya Meclisi tarafından seçilir; kalan üç üyeyi ise Cumhurbaşkanı atar²⁰⁴. Meclis tarafından seçilen 6 üyenin üçünü Senato, üçünü de Millet Meclisi seçer. Mahkeme üyelerinin görev süresi 9 yıllı sınırlıdır. Mahkeme üyeliğine seçilme bakımından alt; üyeliğinin sona ermesi bakımından üst yaş sınırı yoktur. Üye seçilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak, yüksek hukuki formasyon²⁰⁵ ve mesleğinde en az 18 yıllık deneyim şartı aranır²⁰⁶. Ayrıca, üyelerin üçte biri üç yılda bir yenilenir. Adaylar, parlamento grupları, milletvekilleri ve senatörler aracılığıyla parlamento hukuk komisyonuna sunulur. Hukuk komisyonu ve Mil-

²⁰⁰ Machacek, a.g.m,s. 17

²⁰¹ Haller, a.g.m, s.51

²⁰² Haller, a.g.m, s.51

²⁰³ Anayurt, a.g.m,s. 128,133,140,145,149

²⁰⁴ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s.30

²⁰⁵ Atar, a.g.m, s. 100

²⁰⁶ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s.37

let Meclisi oturumunda adaylar dinlenir ve her bir aday için tutulan rapor Parlamento Daimi Bürosu'na sunulur. Büro, adayları önerileriyle birlikte meclise sunar ve her iki meclisten de üçer aday için oylamaya gidilir. Oylama sonunda en çok oyu alan adaylar AYM'ye seçilir. Mahkeme, kendi üyeleri arasından 3 yıllığına ve salt çoğunlukla başkanını seçer. Başkanın yeniden seçilebilmesi mümkündür. Romanya'da üyeler milletvekilleri ile aynı dokunulmazlıklara sahiptirler.

Belçika'da²⁰⁷ AYM görevi yürüten Hakem Mahkemesi'nin 12 üyesi Millet Meclisi ve Senato'nun 2/3 oy çoğunluğu ile seçtiği iki katı aday içinden Kral tarafından atanmaktadır²⁰⁸. Ayrıca Mahkemeye üye seçilebilmek için 40 yaşını doldurmuş olmak, en az 5 yıllık adli veya idari yargı mensubu olmak, parlamento üyesi olmak²⁰⁹, hukuk profesörü olmak ve üyelerin yarısı bakımından Almanca yarısı bakımından Fransızca biliyor olmak gerekmektedir. Diğer yandan, Belçika'da mahkeme üyeliği 6,9,12 yıl gibi belli bir süreyle sınırlı değildir. Üyelik, 70 yaşını doldurmakla sona erer. Üyelerin yeniden seçilebilmesi mümkün değildir²¹⁰. Belçika'da yüce divan görevi Yargıtay tarafından yürütülür. Mahkemeye başkanlık her yıl, bir yıllık süreyle sınırlı olmak kaydıyla dönüşümlü olarak yürütülür. Görev süresi 70 yaşına kadar olduğundan, bir kişinin birkaç kez başkan seçilebilmesi mümkündür. Belçika'da üyelerin bağımsızlığı olmamakla beraber, üyeler için soruşturma ve kovuşturmalara karşı özel güvenceler öngörülmüş ve yargılanmaları özel usullere bağlanmıştır.

Kolombiya'da²¹¹ AYM'de yer alacak üyeleri Senato seçer. Üyelerin görev süresi 8 yıllıktır ve üyeler yeniden seçilemezler. Senato tarafından seçilecek olan yargıçlar, cumhurbaşkanı, Yüksek Adalet Mahkemesi ve Danıştay tarafından üçlü liste yoluyla saptanır. AYM'ye, bir önceki yıl yürütme organında bakanlık, Yüksek Adalet Mahkemesi veya Danıştay'da yargıçlık görevi yapmış olan kişilerin seçilebilmesi mümkün değildir.

²⁰⁷ Ulaş, a.g.m.s. 98, s.102,s.109

²⁰⁸ Atar, a.g.m, s. 100,

²⁰⁹ Atar, a.g.m, s. 101

²¹⁰ Anayurt, a.g.m, s.129,133,137,140,145,148

²¹¹ Machado, Paulo Alfonso Leme; Tebliğ, "Anayasacılık Hareketleri", Türkiye Barolar Birliği Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı, (Ankara, 9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara 2001, s. 36

Kore AYM²¹² 1988 yılında kurulmuştur. Mahkeme 9 üyeden oluşmaktadır ve büyük ve küçük kurul biçiminde çalışmaktadır. (AY md 111/2). Üyeler, üç ayrı kaynak tarafından gösterilen adaylar arasından devlet başkanı tarafından seçilirler. Böylece, 9 üyeden üçü yüksek mahkeme başkanının, üçü devlet başkanının, üçü de parlamentonun gösterdiği adaylar arasından 6 yıllık süre için seçilmektedir²¹³. Anayasa mahkemesi başkanı üyelerin önerisi, meclisin onayı ve devlet başkanının seçmesiyle atanır. Üye seçilmek için 40 yaşın doldurulmuş olması, en az 15 yıllık mesleki deneyim ve hukukçu olma şartları aranmaktadır²¹⁴. Başlangıçta 9 üyeden üçü yedek 6'sı asıl üyeyken sonradan tümü asıl üye haline getirilmiştir²¹⁵.

Kore AYM üyeleri ağır cezayı gerektiren bir suçtan hüküm giymek veya yüce divanda yargılanmak dışında görevlerinden uzaklaştırılamazlar. Üyeler 65, başkan 70 yaşından önce, istemleri olmadıkça, emekliye sevk edilemezler. Üyeler hiçbir siyasi partiye üye olamazlar ve siyasi faaliyette bulunamazlar. Kazanç sağlayıcı herhangi bir işte çalışamazlar. Ticari şirketlerde ve ortaklıklarda işveren veya danışman olamazlar²¹⁶.

Fransa'da²¹⁷ Anayasa Konseyi²¹⁸ 9 üyeden oluşur ve üyelerden 3'ünü cumhurbaşkanı²¹⁹, 3'ünü meclis başkanı, üçünü de senato başkanı atar. Fransa'da AY Konseyi'ne üyelik için alt; emeklilik için üst yaş sınırı yoktur²²⁰. Üyeler, 9 yıllığına seçilirler ve yeniden seçilmeleri olanaksızdır. Her üç yılda bir üyelerin üçte biri yenilenir²²¹. Fransa'da ayrıca eski cumhurbaşkanları Konsey'in doğal üyesi olarak kabul edi-

²¹² Tunç, a.g.m, s. 290, 292

²¹³ Ulaş,a.g.m,s. 109

²¹⁴ Ulaş,a.g.m,s. 104

²¹⁵ Tunç, a.g.m, s. 293

²¹⁶ Tunç, a.g.m, s. 297

²¹⁷ Arslan, *Tebliğ (AYD 2004)*, s. 48

²¹⁸ Anayasa Konseyi, 1958 Anayasasına göre kurulmuştur. Aslında mahkeme sıfatı yoktur. İlk kuruluşunda yasama-yürütme arasındaki yetki uyuşmazlıklarını çözümleyen bir kuruluş olarak öngörülmüştü. (Teziç, a.g.e, s. 175) Fakat sonradan mahkeme gibi de çalışmaya başlamıştır.

²¹⁹ Anayurt, a.g.m, s.120

²²⁰ Anayurt, a.g.m, s.133,s.140

²²¹ Ülgen, Özen/Altunç,Sinan; "*Fransız Anayasa Konseyi*", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s.54

lirler ve ömür boyu görevde kalırlar²²². Üyelik için herhangi bir yasal koşul yoktur. Çeşitli nedenlerle 9 yıllık görev süresini tamamlayamadan görevinden ayrılan üyelerin yerine seçilen üyeler, yerine seçildikleri üyenin görev süresini tamamlarlar²²³. Bu nedenle üç yıldan az görev yapan üyelerin 9 yıllık süreyi geçirmemek kaydıyla yeniden atanması mümkündür. Böylece görev süresi en fazla 12 yıla çıkabilir²²⁴.

Fransa'da AYM üyeliği tam zamanlı iş olarak kabul edilmez ve üyelerin kendi işleri dışında başka bir işle (üniversite öğretim üyeliği) uğraşmasına bir engel yoktur²²⁵. Fransa'da AY Konseyi yüce divan görevi yapmaz; yargılama gerektiğinde, bu iş için ayrı ve özel bir mahkeme kurulur. Mahkeme başkanını cumhurbaşkanı belirler ve görevi Konsey üyeliği için belirlenen sürenin sonuna kadar devam eder²²⁶.

Fransa'da Konsey üyesi olmak için fiil ehliyetine sahip olmak, Fransız vatandaşı olmak ve kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak dışında herhangi bir koşul aranmamaktadır²²⁷. Bu durum, atama yetkisine sahip olanların Konsey'e yakın arkadaşlarını ataması nedeniyle şiddetle eleştirilmektedir. Hatta, Konsey'e üyelik için alt yaş haddi de yoktur. Üyeliğin sona ermesi de belli bir yaş koşuluna bağlanmış değildir. Bugüne kadar Konsey'de görev alan 65 kişiden 51'i değişik düzeyde hukuk eğitimi almış olan kişilerdir. Konsey'in hiçbir döneminde hukukçu olmayan üye sayısı 4'ün üzerine çıkmamıştır²²⁸. Konsey üyeliği ile parlamenterlik (senato veya meclis üyeliği), bakanlık bağdaşmamaktadır. Bunun dışındaki herhangi bir iş Konsey üyesi olmaya engel oluşturmaz²²⁹. Ayrıca, üniversite hocalığı da Konsey üyeliği ile bağdaşır.

Rusya Federasyonu AYM 19 üyeden oluşmaktadır ve tamamı Devlet Başkanı'nın önerisiyle Rusya Federasyonu Konseyi (Rusya Parlamentosunun alt kanadı) tarafından atanmaktadır²³⁰. Konsey'in üye-

²²² Dağ,ag,t,s.77

²²³ Dağ,ag,t,s.77

²²⁴ Ülgen/Altunç, a.g.m,s.54

²²⁵ Ulaş,a.g.m,s.110

²²⁶ Anayurt, a.g.m, s.145

²²⁷ Ülgen/Altunç, a.g.m,s.55

²²⁸ Ülgen/Altunç, a.g.m,s.55

²²⁹ Ülgen/Altunç, a.g.m,s.57

²³⁰ Anayurt, a.g.m, s.123, dipnot 18, ayrıca s. 138, dipnot 55

leri görevden alma yetkisi yoktur²³¹. Böylece, AYM üyeleri bakımından gereken teminat sağlanmıştır. Ayrıca Rusya'da AYM'ye seçilecek olan üyelere en az 15 yıl hukuk alanında çalışmak, alanında yetkin olmak koşulu da aranmaktadır.

Çek Cumhuriyeti'nde²³² AYM 15 üyeden oluşmaktadır. Bu üyeler Senato'nun basit çoğunluğunun onayına bağlı olarak cumhurbaşkanı tarafından atanırlar. Görev süreleri 10 yıldır, emeklilik için üst yaş sınırı yoktur ve üyeler 10 yıllık görev süresinin sonuna kadar görevde kalabilirler. Ancak üye seçilmek için alt yaş sınırı 40'tır. Ayrıca üyelerin tümünün hukukçu olması gerekmektedir. Üyelerin tekrar seçilebilmesi mümkündür. Mahkeme başkanı ve iki başkan yardımcısı mahkeme üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir ve görev sürelerinin sonuna kadar bu sıfatlarını korurlar. Üyelerin cezai soruşturma ve kovuşturmalara karşı tam bağımsızlığı bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi hem ABD'de hem Avrupa'da ve hem de bazı Asya ülkelerinde AYM'lerin (veya AYM sıfatıyla çalışan Yüksek Mahkemelerin) oluşumunda parlamento önemli role sahiptir²³³. Bu durum, doğası gereği siyasi etkinliklerde bulunmak zorunda olan bir kurum olan AYM'nin demokratik meşruluğu açısından önemlidir.

Sonuç ve Değerlendirme

2010 anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin yapılanmasında önemli değişikliğe gidilmiş; 3 üyenin (dolaylı da olsa) TBMM tarafından seçilmesi sağlanmıştır. Ancak bu seçimde ilk turda aranan 2/3'lük nitelikli çoğunluğun sonraki turlarda önce salt, sonra basit çoğunluğa indirgenmiş olması mecliste çoğunluğu elinde bulunduran siyasi eğilimin kendisine yakın olan üyeleri seçmesi sonucuna yol açacaktır ve açmıştır. Bu durumda, yapılması gereken TBMM'nin seçtiği üye sayısının arttırılması; fakat bunu yaparken de ilk iki turda 2/3'lük, üçüncü turda 3/5'lik nitelikli çoğunlukla üye seçilmesinin sağlanması; eğer TBMM tarafından üçüncü turda da bu çoğunluk sağlanamazsa,

²³¹ Akkutay, Ali İbrahim; "Rusya'da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı", GÜHFD, C:XII, S:1-2, Yıl 2008, s. 357

²³² Anayurt, a.g.m, s.127,133,139,145,148

²³³ Arslan, Tebliğ (AYD 2004), s. 48

TBMM'nin seçeceği üyelerin yüksek yargı veya cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin sağlanmasıdır. Böyle bir durumda ise, TBMM'nin "seçemediği" üyelerin yüksek yargıya seçtirilmesi hem daha demokratik olacak, hem de cumhurbaşkanı ile aynı siyasi eğilimde olan bir parlamentonun "kasten" uzlaşma aramayarak "kendisinden" olan cumhurbaşkanına üye seçtirmesinin önüne geçecektir.

Ayrıca, AYM'ye TBMM tarafından seçilecek olan üyelerin daha sağlıklı seçilmesi için adayların daha öncesinden kamuoyuna tanıtılması, özgeçmişlerinin tüm kamuoyuyla paylaşılması yararlı olacaktır. Yine seçim barajının düşürülmesi de TBMM'de daha çok siyasi eğilimin temsil edilmesini sağlayacağı için, TBMM tarafından seçilecek olan üye üzerinde daha fazla siyasi partinin etkin olması sonucunu doğuracaktır. Hatta bizce en doğru çözüm TBMM'nin seçeceği üyeler bakımından yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz "Macaristan" sisteminin benimsenmesidir.

TBMM'nin sadece Sayıştay kontenjanından üye seçmesi yöntemi de değiştirilmeli, bunun yerine yüksek yargının doğrudan üye seçmesi sağlanmalıdır.

TBMM'nin "avukatlar" arasından yapacağı seçimde "baro başkanlarının" önereceği adaylar arasından yapacağı seçim usulü yerine TBB Genel Kurulu'nun önereceği adaylar arasından seçim yapması, hatta daha iyisi, TBB Genel Kurulu'nun AYM'ye doğrudan doğruya üye seçmesi kanaatimizce en doğru yoldur. Ancak bu seçimde, seçilecek olan avukatların diğer genel koşulların yanı sıra, en azından yüksek lisans, hatta doktora düzeyinde eğitim almış; bilimsel çalışmalar yapmış ve bilimsel çalışmalar yayınlamış olması şartı aranmalıdır.

Cumhurbaşkanınının 14 üye seçmesi, Türk Anayasa sisteminde zaten çok güçlü yetkilerle donatılmış olan cumhurbaşkanınının daha da güçlenmesi anlamına gelmektedir. Hele ki 2010 değişikliği, 2007 değişiklikleriyle birlikte yorumlandığında, Türkiye'nin bundan sonraki süreçte olası bir yarı-başkanlık veya başkanlık sistemine geçmesi durumunda anayasa yargısının ne kadar siyasallaşacağı (hatta kişiselleşeceği) tartışmalardan uzak bir noktadadır.

Diğer yandan, AYM'ye yargı organları tarafından doğrudan doğruya üye seçilememesi de 2010 değişikliklerinin önemli eksiklikle-

rinden biri olarak belirtilebilir. Oysa, 1961 AY sisteminde, 15 üyeden 5'ini yargı organlarının doğrudan doğruya seçtiği düşünülürken, 1961'deki AYM'nin hem karşılaştırmalı hukuktaki pek çok örneğinden daha yetkin bir AYM öngördüğü hem de 1982 AY'nın gerek 2010 değişikliği öncesindeki gerekse 2010 sonrasındaki sistemine göre, oluşum açısından, *"daha meşru ve daha demokratik"* olduğu da belirtilebilir.

Ayrıca, AYM'nin yapılan değişiklikle 17 üyeden oluşuyor olması, iki daire şeklinde çalışması, bireysel başvuruları da karara bağlayacak olması, yüce divan görevinin de AYM'de kalıyor oluşu da dikkatle değerlendirilmelidir. Öyle ki iki daire şeklinde çalışmada hangi görevlerin hangi dairelere verileceğinin kuruluş kanununda da açıkça belirtilmemiş olması ciddi bir eksikliklerdir. Bireysel başvuruların AYM tarafından değerlendirilmesi de özünde olumlu bir gelişme olmakla birlikte, başvuruların sadece AİHS'te öngörülen haklarla sınırlandırılması da kanımızca eksikliklerdir. Ancak bireysel başvurular nedeniyle AYM'nin çalışmayacak duruma gelebilecek olması da büyük bir risktir. Ne var ki bu riskin Kuruluş Kanunu ile giderilmiş olduğunu söylememiz de mümkün değildir.

AYM'nin aynı zamanda yüce divan görevini de yürütecek olmasını doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz. Zira, yüce divan yargılaması özelliği olan bir yargılamadır ve ceza hukuku ile ceza muhakemesi kurallarının titizlikle uygulanması gerekmektedir. Durum böyle olunca, *"hukukçu olmayan"* üyelerin de bulunduğu bir mahkemenin yapacağı ceza yargılamasının ne kadar adil ve hakkaniyete uygun olacağını tartışmak gerekir. Ayrıca, verilen karara karşı bir tür *"karar düzeltme"* gibi düşünülebilecek olan *"yeniden inceleme başvurusu"* yapılması da AİHS anlamındaki ceza yargılamasındaki iki derecelilik kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Zira, temyiz incelemesini üst kurul değil, AYM'nin kendisi yapmaktadır. Bu durumda, yapılması gereken yüce divan görevinin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na verilmesi; buradan çıkacak kararlara karşı da Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile AYM'nin hukukçu (hatta ceza hukukçusu) üyelerinden oluşan bir büyük kurula itiraz hakkı tanımaktan geçmektedir.

Üyelerin görev süresinin 12 yılla sınırlandırılmasını doğru bulmakla birlikte, üyelerin üçte birinin veya dörtte birinin 3'er veya 4'er yıllık süreler dahilinde yenilenmiyor oluşunu önemli bir eksiklik ola-

rak görmekteyiz. Öte yandan, AYM üyelerinin üniversitelerde öğretim görevlisi olarak da çalışabilmelerinin önü açılmalı ve böylece AYM'nin akademik düşünce ile de donanması sağlanmalıdır.

2010 değişiklikleri ile oluşan yeni AYM, yapılan değişiklik belli bir siyasi eğilim tarafından belli siyasi amaçlarla yapıldığı için yeni tartışmalara gebe dir. İlerleyen dönemde, yapılanmadaki eksikliklerden kaynaklanacak olası sorunlar, yukarıda incelediğimiz modeller örnek alınarak ve sunduğumuz öneriler benimsenerek giderilebilir.

KAYNAKLAR

Basılı Eserler

- Akkutay, Ali İbrahim; *"Rusya'da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı"*, GÜHFD, C:XII, S:1-2, Yıl 2008, s. 337-371
- Akyalçın, Ahmet; *"Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması"*; AYD, Yıl 2006, S: 23, s.45-49
- Aliefendioğlu, Yılmaz; *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996
- Aliefendioğlu, Yılmaz; *"Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması"* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 28-39
- Aliefendioğlu, Yılmaz; *"Yeni Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi"*, AYD Yıl 1997, S: 14, s. 225-246
- Aliefendioğlu, Yılmaz; *"Anayasa ve Yargı"*, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, S:10, s.395-s.400
- Anayurt,Ömer; *"Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar"*; GÜHFD,C:XIII, Yıl 2009, S:1-2,s.117-160
- Arslan, Zühtü; *"Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması"* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.43-53
- Atar, Yavuz; *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya 2000

- Atar, Yavuz; *"Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması"*, AYD, Yıl 2008, S: 25, s.93-115
- Aybay, Rona; *"Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli'nde sunduğu tebliğ"*; AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 51
- Balta, Tahsin Bekir; *"Türkiye'de Anayasa Yargısı"*; AÜHFHD, Yıl 1961, C: 18, S:1-4, s.547-565
- Batum, Süheyl/ Yüzbaşıoğlu, Necmi; *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997
- Beronov, Nedelcho; *"Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli"* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 35-37
- Çoşar, Vedat Ahsen; 2010-2011 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Ankara, 6 Eylül 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010
- Cuhruk, Mahmut C.; *"Türk Anayasa Mahkemesi"*, AYD Yıl 1988, S:5, s. 5-15
- Dağ, Güray; *Anayasa Yargısı ve Çalışma Esasları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara 2003
- Daragenli Evik, Vesile Sonay; *"İtalyan Anayasa Mahkemesi"*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 71-73
- Daragenli Evik, Vesile Sonay/ Erman, R. Barış; *"İspanyol Anayasa Mahkemesi"*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/Kocasakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 67-70
- Daver, Bülent; *"Anayasa Mahkemesi Yargıcı"*, AYD, Yıl 1986, C:3, S: 27, s.9-28
- Dayıoğlu, Salih S.; *"KKTC Anayasasında Yargının Yeri ve Anayasa Yargısı"*, AYD Yıl 1992, S:9, s. 375-383
- Erdoğan, Mustafa; *"Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? (Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi)"*; AÜHFHD, Yıl 2005, C: 54, S:3, s. 1-22

- Ergül, Ozan; *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Fendoğlu, Tahsin; "Mutabakat Olursa Uzun Ömürlü Bir Anayasa Yapılmış Olur" başlıklı söyleşi, *Hukuk ve Hayat*, S:6, Yıl 2008, s. 23-26
- Gören,Zafer; "Anayasa Yargısı ve Yasama, Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", *AYD Yıl 1996*, S:13, s. 81-145
- Gözler, Kemal; *Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001
- Gözler, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, Ekim 2009
- Guesdes, M. Marquez Armando; "Portekiz Anayasa Mahkemesi", *AYD Yıl 1987*, S:4, s. 83-98
- Haller, Herbert; "Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin Organizasyonu ve Karar Biçimleri", *AYD Yıl 2004*, S: 21, s. 50-68
- Hassemer, Winfried; "Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma (Almanya Raporu)", *AYD Yıl 2004*, S: 21, s. 27-49
- İyimaya, Ahmet; *Anayasa Mahkemesinin Üyelik Yapısında Yasama Organının Rolü, (Türk Modeline Eleştirel Bir Yaklaşım), Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 9 Nisan 2005*
- Kaboğlu, İbrahim Ö.; *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1997
- Kaboğlu, İbrahim Ö.; *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası-Halk Neyi Oylayacak*, İmge Kitabevi, İstanbul 2010
- Kanadoğlu, Korkut; "Alman Federal Anayasa Mahkemesi", 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: ÖZTÜRK, Bahri/ İLKİZ, Fikret/ KOCASAKAL, Ümit), İstanbul 2010,s.59-65
- Kanadoğlu,Osman Korkut; "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *AYD Yıl 2008*, S:25,s.61-89

- Kılıç, Haşim; *“Türk Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”*, AYD Yıl 2004, S: 21, s.80-94
- Kubalı, Hüseyin Nail; *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Ankara 1964
- Kurnaz, Haluk; *“Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi”*, Yasama Dergisi, S:2, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, s.92-122
- Kuzu, Burhan; *“Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması”* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.53-57
- Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 8, S: 23, Eylül 2010
- Machacek, Rudolph; *“Avusturya Anayasa Mahkemesi”*, AYD Yıl 1989, S:4, s. 17-25
- Machado, Paulo Alfonso Leme; Tebliğ, *“Anayasacılık Hareketleri”*, Türkiye Barolar Birliği Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı, (Ankara, 9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayın No:12, Ankara 2001, s. 29-37
- Malakhovich, Zarif Aliev; *“Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli”* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 19-24
- Memiş, Emin; *Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2005)*, Anayasa Hukuku Ders Notları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005
- Schefold, Dian/ Yazman, İrfan; *“Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı”*; AÜHFD, Yıl 1977, C: 31, S:1-4, s. 105-148
- Tanör, Bülent; *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Ekim 1998
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Şubat 2001
- TBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Anayasa 2001*, TBB Yayınları, Ankara 2001
- TBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yani Metin*, TBB Yayınları, Ankara, Kasım 2007

Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Yayınevi, İstanbul 1998

TOBB, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi, Anayasa 2000*, TOBB Yayınları, Ankara, Nisan 2000

Tunç, Hasan; *"Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar: İşlevsel ve Kurumsal Açından Türk Anayasa Mahkemesi ile Macaristan ve Kore Anayasa Mahkemelerinin Karşılaştırılması"*, AYD Yıl 1995, S:12, s. 288-309

Odyakmaz, Zehra; *"Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler"*, AYD Yıl 2008, S:25, s.155-204

Onar, Erdal; *"Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması"* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.25-29

Öden, Merih; *"Cumhuriyetin 75. yıldönümünde Anayasa Yargısı"*, AÜHFD, Yıl 1999, S: 1-4, s. 23-38

Önen, Turgut; *"Türk Anayasası ve Özellikle Adalet Reformu"*, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 1996, S:10, s.408-415

Özay, İl Han; *"Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri"*, AYD Yıl 1995, S: 12, s.45-49

Özay, İl Han; *"Yasama, Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi"*, AYD Yıl 1996, S:13, s.31-39

Özay, İl Han; *"Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle İtalyan Anayasa Mahkemesi"*, AYD Yıl 1989, S: 6, s. 213-232

Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1998

Özbudun, Ergun; *"Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar"* konulu panelde nde sunduğu tebliğ; AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 57-60

- (Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkeler, (Anayasa Raporu), DİSK Yayınları, Ankara, Haziran 2009
- Özkök, Mustafa; *“Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar Paneli”* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD, Yıl 2006, S: 23, s. 25-28
- Paczolay, Peter; *“Venedik Komisyonu Raporu”*; AYD, Yıl 2004, S:21, s. 1-13
- Soysal, Mümtaz; *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997
- Taner, Gökçen Fahri; *“Cumhurbaşkanı Tarafından Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Atanmak Üzere Yargıtay ve Danıştay Genel Kurulları Tarafından Teklif Edilecek Adayların Seçim Usulünde Yapılmak İstenen Değişiklik”*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocacakal, Ümit), İstanbul 2010, s. 73-78
- Türk, Hikmet Sami; *“Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması”* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s.59-63
- Ulaş, Bülent; *“Anayasa Mahkemesi Üyeliği”*, GÜHFD, C:IX, Yıl 2005, S:1-2, s. 91-117
- Ülgen, Özen/ Altunç, Sinan; *“Fransız Anayasa Konseyi”*, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, (Editörler: Öztürk, Bahri/ İlkiz, Fikret/ Kocacakal, Ümit), İstanbul 2010, s.53-58
- Yokuş, Sevtap; *Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010
- Yüzbaşıoğlu, Necmi; *“Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması”* konulu panelde sunduğu tebliğ, AYD Yıl 2004, S: 21, s. 20-24
- Ziedler, Wolfgang; *“Federal Almanya Anayasa Mahkemesi”*, AYD Yıl 1987, S:4, s. 37-43

İnternet Kaynakları

Aşık, Melih; Açık Pencere, Milliyet, 08.10.2010 tarihli yazı (<http://www.milliyet.com.tr/birakin-bagirsin-/melih-asik/guncel/yazardetay/08.10.2010/1298869/default.htm> (Erişim Tarihi: 06.12.2010)

Balcı, Deniz; "Dünyada Anayasa Yargısı Modelleri", Siyasa: Siyaset Bili mi ve Hukuk Öğrenci Dergisi, s.1-10 (http://www.veyseldinler.com/yazimaraclari/my_documents/my_files/D36_deniz_balc%C4%B1_anayasa_yarg%C4%B1s%C4%B1.pdf) (Erişim Tarihi: 01.10.2010)

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=4&lang=0> (Erişim Tarihi: 25.10.2010)

(<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/cyprus.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.11.2010)-(1960 Tarihli Kıbrıs Anayasası md 133-İngilizce Metin)

<http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=179822> (Erişim Tarihi: 06. 12. 2010)

(<http://www.government.bg/cgi-bin/e-cms/vis/vis.pl?s=001&p=0159&n=000007&g=>) (Erişim Tarihi: 30.10.2010) (Bulgaristan AY md 147/2- İngilizce Metin)

<http://www.servat.unibe.ch/icl/po00000.html> (Erişim Tarihi: 30. 10. 2010) (1976 Portekiz AY md 166/h-İngilizce Metin)

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/untpan003670.htm> (Erişim Tarihi: 29.10.2010) (Tacikistan AY md 87-91-İngilizce Metin)

[http://tr.wikipedia.org/wiki/K%C4%B1r%C5%9Fehir_\(il\)](http://tr.wikipedia.org/wiki/K%C4%B1r%C5%9Fehir_(il)) (Erişim Tarihi: 26. 11. 2010)

http://tr.wikipedia.org/wiki/Tahkikat_Komisyonu (Erişim Tarihi: 26.11.2010)

İPOTEKLİ KONUT FİNANSMANINA YÖNELİK HUKUKİ DÜZENLEMELER VE DİĞER ÜLKELERLE MUKAYESESİ

THE LEGISLATION OF MORTGAGE AND COMPARISON WITH OTHER COUNTRIES

Bilal CAN*

Özet: İpotekli konut finansmanı sistemine ilişkin, Türkiye’de bir hukuki yapı oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu sisteme ilişkin ülkelerin kendi hukuki yapılarına göre çeşitli düzenlemeleri vardır. Türkiye’deki hukuki yapı Avrupa ve Amerika’daki modellerden izler taşımaktadır. Sistemin temeli birçok kanunda değişiklik yapan bir kanundur. Bu düzenleme ile önemli değişiklikler yapılmışsa da henüz eksiklikler devam etmektedir. Sistemin kurgulanmasına esas alınan modellere göre hukuki yapı yeterince gelişmiş değildir. Özellikle sistemin temelinde tüketicinin yer almasına rağmen tüketicilere yönelik yeterli düzenlemelerin olmadığı görülmektedir. Ancak karşılaştırılan bazı ülkeler yönünden ise sistemin gelişmiş olduğu gözlemlenmektedir.

Anahtar Kelimeler : Konut Finansmanı, İpotekli Konut Finansmanı, Avrupa Modeli, Amerika Modeli, Hukuki Düzenleme, Karşılaştırma, Tüketici.

Abstract : A legal structure about mortgage is being aimed in Turkey. There are different legislations about mortgage system according to their legal structure in countries. The legal structure in Turkey bears the stamp of model in Europe and America. System is based on a act which has made alterations on a lot of act. Although that legislation has made important alterations, inadequacies are going on still. Legal structure is not enough advanced to models which are based on. Specially, despite the system is based on consumer, there are no enough legislation about consumer. But, the system is observed developed to some compared countries.

Key Words: Housing Finance, Mortgage, European Model, American Model, Legislation, Comparison, Consumer.

* Avukat, İstanbul Barosu

Giriş

Bu çalışmada ipotekli konut finansman sistemine ilişkin yasal düzenlemeler incelenmektedir. Konu incelenirken öncelikle konut finansman sistemine ilişkin genel bir bilgi verildikten ve konut hakkının uluslararası belgeler yönünden incelenmesi yapıldıktan sonra, ipotekli konut finansman sistemi ile ilgili olarak Türkiye'deki mevzuat yönünden değerlendirilecektir. Başlıca diğer ülkelerdeki hukuki yapı özetlendikten sonra, Türkiye'deki sistemle bu sistemler kıyaslanacaktır.

1. Konut Finansmanı

İnsanların temel ihtiyaçlarından biri olan barınma ihtiyacını karşılamak için inşa edilen konutların finansmanı için birçok sistem bulunmaktadır. Konut hakkının uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda yer alması dolayısıyla devletler, bireylerin konut edinmeleri için birçok yükümlülükler altına girmişlerdir. Konut finansmanını sağlamak üzere çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu yasal düzenlemelerle, ya konut finansmanını doğrudan devletin sağlamakta olduğu ya da konut finansmanına ilişkin genel yapının ortaya konulduğu ve devletin denetleyici olduğu sistemler oluşturulabilmektedir. Türkiye'de oluşturulmaya çalışılan konut finansmanı sistemi bu iki sistemin arasında olan karma bir sistemdir. Bu çalışmanın konusu olan ipotekli konut finansman sisteminin anlaşılması bakımından konut finansman sistemlerine değinmekte fayda vardır.

1.1. Konut Finansmanı Sistemleri

1.1.1. Doğrudan Finansman Sistemi

Konut finansman sisteminin en basit halidir. Bu sistemde finansman bireylerden ve kurumlardan aracısız olarak sağlanmaktadır. Müteahhitler tarafından satılan konut bedelinin vadelenmesi de bu sisteme dahildir¹.

1.1.2. Sözleşme Sistemi

Bu yöntemde, konut sahibi olmak isteyen bireyler bu konuda uzmanlaşmış kurumlara tasarruflarını yatırır; ancak yatırım dönemi

1 Hakan Habercuma, *Mortgage Konut Finansman Sistemi ve Türkiye'deki Yapı*, M.Ü. Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.9-10.

boyunca piyasa faiz oranının altında getiri elde ederler. Daha sonra, bu bireyler ev sahibi olmak için kredi almak istediğinde piyasa faiz oranlarının altında faiz ödemektedir. Türkiye’de uygulanmakta ve araba alım kampanyaları gibi uygulamalar temelde bu sisteme benzerdir².

1.1.3. Mevduat Finansmanı Sistemi

Bu sistem bankaların topladıkları mevduatın bir bölümünü veya tamamını konut kredisi olarak ihtiyaç sahiplerine vermesi esasına dayanmaktadır. Çeşitli ülke uygulamalarında

bankaların yanı sıra, çeşitli kuruluşların da tasarruf sahiplerinden piyasa faiz oranıyla topladıkları fonları ihtiyaç sahiplerine kredi olarak kullandıkları görülmektedir³.

1.1.4. İpotek Bankası Sistemi

Bu sistemde bankalar konut kredisi verdikleri gibi, aynı zamanda büyük çaplı inşaat projelerine veya kamu destekli projelere de kredi verebilmektedirler. İpotek kredilerinin koşulları yasalar tarafından sıkı şekilde belirlenmektedir. Faiz oranları ise piyasada serbestçe belirlenmektedir⁴. Bu sistem Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanmaktadır.

Türkiye’de uygulanan ipotekli konut finansman sistemi bu sisteme benzemektedir. Bu sistemde, finansmanı temeli ipoteğe dayanmaktadır. Bu sistemin Avrupa ve Amerika Modelleri birbirinden farklılıklar taşımaktadır. Türkiye’deki sistem ise bu iki sistemden özellikler taşımaktadır. Bu sistemde çeşitli ipotek kredileri uygulanmaktadır.

1.1.4.1. Avrupa Modeli

Bu sistemin temelini mortgage bankaları oluşturmaktadır. Bu modelde kendi içinde Alman ve Danimarka modellerine ayrılmaktadır.

2 Erdem Gülşen, İpotekli Konut Finansman Sistemi Mortgage, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.15.

3 Habercuma, s.10-11.

4 Gülşen s. 16.

Alman modelinde; mortgage bankasının bir tek ipotek havuzu bulunmaktadır. Yeni kredi verildiği zaman yeni tahvil ihraç edilerek krediler fonlanmaktadır. İhraç edilen krediler mortgage bankasının bilançosunda kalmaya devam etmektedir. Riski bankalar üstlenmektedirler.

Danimarka modelinde ise; mortgage bankaları tahvil ihraççısı değil aracılarıdır. İpotek bankaları tüketici kredilerini bir araya getirerek tüketiciler adına tahvil ihracına aracılık etmektedirler. Benzer kredilerden oluşan kredi havuzları oluşturup, bunlara uygun her bir havuz için farklı seri halinde tahviller ihraç etmektedirler. Bu sistemde mortgage bankaları aracılık rolü üstlenmeleri nedeni ile risk taşımamaktadırlar⁵.

1.1.4.2. Amerikan Modeli

ABD’de uygulanan bu sistemde, konut kredisini veren kurumlar borcu üzerinde tutmayarak kredileri ikincil piyasalarda satıp nakde dönüştürmektedirler, bu nedenle de düşük faizli kredi sunma imkânları olmaktadır. İkincil pazardaki kurumlar, “*Federal National Mortgage Association*” (FNMA) ve “*Government National Mortgage Association*” (GNMA) gibi kamu kuruluşlarıyla birlikte bir havuz oluşturarak yatırımcılara hisse satmaktadırlar. İkincil pazardaki kurumlar sadece birinci derece ipotek satın almaktadırlar, krediyi alan kişi veya kuruluş ödeme zorluğu içerisine düşerse, kendilerine öncelik tanınmaktadır⁶.

2. İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

*İpotekli konut finansmanı sistemine ilişkin ilk yasal düzenleme 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*⁷ ile yapılmıştır. Yapılan düzenleme ile konu ile ilgili olarak başlıbaşına bir kanun tesis edilmemiş, yürürlükteki kanunlara eklemeler ve bu kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Bu kanun sistemin temel mevzuatıdır. Konu ile ilgili mevzuat hükümleri normlar hiyerarşisi yönünden aşağıda incelenmektedir.

5 Murat Berberoğlu, *Mortgage-İpotekli Konut Finansman Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye’de Uygulanabilirliği* Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi Sayı: 2, 2009, s.123.

6 Berberoğlu, s. 123.

7 06.03.2007 tarih ve 26454 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanmıştır.

2.1. Uluslararası Belgeler ve Konut Hakkı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesinde *"herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için ... konut hakkı"* olduğu belirtilmiştir. 9 Nisan 2007 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından onaylanarak yürürlüğe konulan Avrupa Sosyal Şartı⁸ da konut hakkı ile ilgili hükümler taşımaktadır. Şartın birinci bölümünün 31. maddesinde *"herkesin konut edinme hakkına sahip olduğu"*, ikinci bölümün 16. maddesinde *"akit tarafların, toplumun temel birimi olan ailenin tam gelişmesi için gerekli koşulları sağlamak amacıyla; ... konut sağlamayı taahhüt ettikleri"*, 23. maddesinde *"akit tarafların, yaşlılara gereksinimlerine ve sağlık durumlarına uygun konutlar ya da konutlarının buna uygun hale getirilmesi için yeterli destek sağlamayı taahhüt ettikleri"*, 30. maddesinde *"akit tarafların, toplumsal dışlanma ve yoksulluğa karşı korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; toplumsal dışlanma ve yoksulluk durumunda yaşayan ya da bu duruma düşme tehlikesinde olan kişilerin ve ailelerinin, ... konut ... olanaklarına fiilen ulaşmalarını teşvik edecek genel ve eşgüdümlü bir yaklaşım çerçevesinde önlemler almayı ve b- bu önlemleri, uyarlanmasını sağlamak amacıyla gerektiğinde gözden geçirmeyi taahhüt ettikleri"* ve konut hakkı başlıklı 31. maddesinde *"akit tarafların, konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; yeterli standartlara sahip bir konut edinilmesini teşvik etmeye, evsizliği, zamanla ortadan kaldırma amacıyla, önlemeye ve azaltmaya, ev fiyatlarını, yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hale getirmeye yönelik önlemler almayı taahhüt ettikleri"* hüküm altına alınmıştır.

Avrupa Sosyal Şartının konut hakkı başlıklı 31. maddesi konut edinmeyi bir hak olarak tanımlamakla yetinmemiş ve taraf devletlere konut edinme yönünden bazı yükümlülükler getirilmiştir. Konut edinilmesinin teşvik edilmesi yeterli görülmemiş, *"yeterli standartlara sahip"* konut edinilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Konut fiyatlarının yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hale getirilmesi yükümlülüğü ile taraf devletlere iç hukuklarında özellikle konut finansmanı yönünden uygun yasal düzenlemeler yapmalarını gerekli kılmaktadır.

8 27.9.2006 tarih ve 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 09.04.2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanmıştır.

2.2.1982 Anayasası ve Konut Finansmanı

Anayasa’da konut finansmanı yönünden doğrudan bir hüküm bulunmamakla beraber Anayasa’nın 57. maddesi konut hakkını düzenlemektedir. Bu maddede “*devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekleyeceği*” belirtilmiş bulunmaktadır. Konut finansmanı ile ilgili yasal düzenlemelerin temel dayanağı bu maddedir. Ancak bu madde konut hakkını yeterli derecede tanımlamadığı gibi bu hakkın ne gibi vasıtalarla gerçekleştirileceğini de ortaya koymamaktadır. Nitekim bu hususlar yasalarla dahi gerektiği şekilde düzenlenmemiştir.

2.3. İpotekli Konut Finansmanı Sistemi ve Yasal Düzenlemeler

İpotekli konut finansmanı sistemine ilişkin ilk yasal düzenlemenin 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılmış olduğunu yukarıda belirtmiştik. Nitekim konu ile ilgili yeterli anayasal altyapı olmadığı gibi yeterli yasal yapı da oluşturulabilmiş değildir. Bu ipotekli konut finansmanına ilişkin temel bir yasanın olmayışı ve bu konuya ilişkin düzenlemelerin çok değişik yasalarda yer almasından kaynaklanmaktadır. Özellikle yasalarda da konuya ilişkin yeterli çerçeve oluşturulmadan konuya ilişkin düzenlemeleri yapma yetkisinin idari makamlara verilmesi mevzuatı ve sistemi iyice karmaşıklaştırmaktadır.

2.3.1. İpotek Kavramı ve Özellikleri

İpotek, var olan veya henüz doğmamış olmakla birlikte doğması kesin ya da muhtemel olan herhangi bir alacak için taşınmazın tapu kütüğüne işlenmesi yoluyla güvence olarak gösterilmesidir. Hak sahibine bir taşınmaz malın değerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir nesnel haktır. Başka bir deyişle, bir alacağın güvence altına alınması amacıyla, bir taşınmazın bedelinden alacağın tahsiline olanak sağlayan hak⁹.

Konuyla ilgili olarak düzenleme yapan Medeni Kanun ipoteği taşınmaz rehнинin bir türü olarak düzenlemiş ve diğer taşınmaz rehni türleri olan, ipotekli borç senedi ve irad senedinden ayrı hükümlere tabi tutmuştur.

9 Habercuma, s. 68.

Medeni Kanun'un 881. Maddesine göre, ipotek mevcut veya ileride doğması kesin ya da olası olan bir alacağı teminat altına almak için kurulur. İpotek kurulunca borçlunun kişisel sorumluluğunun yanında, taşınmaz ile sorumluluğu da doğar. Taşınmazın alacağı karşılamaması durumunda borçlunun diğer malvarlığına da başvurulabilir. Ancak ipotekli taşınmazın maliki borçludan başkası da olabilir bu durumda taşınmazın malikinin kişisel sorumluluğu bulunmaz, sorumluluğu ipotekli taşınmaz ile sınırlıdır¹⁰.

Medeni Kanun'un taşınmaz rehni için kabul etmiş olduğu üç ana ilke ipotek için de geçerlidir. Bunlar;

- Belirlilik ilkesi,
- Kamuya açıklık ilkesi ve
- Sabit derece ilkesidir.

Belirlilik ilkesi gereğince, hem teminat altına alınacak alacak hem de ipotek konusu taşınmazın belirlenmiş olmaları gerekmektedir¹¹. Kanun'un 851. maddesinin 1. fıkrasına göre, alacağın tapuda Türk Lirası ile gösterilmesi zorunludur. Bu kuralın istisnası 2. fıkrada gösterilmiştir. Buna göre; yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredilerde yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir. Bu durumda her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilir. Ancak, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamaz. Kanun tarafından rehin kurulacak yabancı paraları belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. 04.03.2002 tarih ve 2002/3813 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı¹² ile Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca alım satım konusu yapılan döviz cinsleri üzerinden kurulabileceği kabul edilmiştir. Belirlilik ilkesinin diğer bir önemli yönü de ipoteğin taşınmazın tümünü kapsıyor olmasıdır.

10 Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002, s. 661.

11 Oğuzman ve Seliçi, s. 663.

12 23.03.2002 tarih ve 24704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Kamuya açıklık ilkesi gereğince, ipotek tapuya tescil ile doğar ve terkin ile ortadan kalkar¹³. Medeni Kanun'un 856. maddesine göre, taşınmaz rehni tapu kütüğüne tescil ile kurulur ve buna ilişkin sözleşmenin, tapu müdürlüğüne düzenlenecek resmî sözleşme şeklinde yapılmış olması gereklidir.

Sabit derece ilkesi, taşınmaz üzerinde birden fazla rehin olması durumunda, bunlar arasındaki önceliğin tayin edilmesine imkan tanımaktadır¹⁴. Bu sistemde taşınmaz, farazi değer parçalarına "derece" şeklinde bölünmektedir. Medeni Kanun'un 870. maddesine göre, derece taşınmaz rehni'nin sırasını ve teminatın miktarını belirler. Dereceler malik tarafından tescil edilir. Birbirinden bağımsız olan dereceler 1, 2, 3, v.s. şeklinde sınırlandırılır. İpoteğin bu derecelerden hangisinde olacağı sözleşme ile belirlenir. Derecenin teminat miktarı belirlenip tescil edildikten sonra, sonraki derecelerde olan alacaklıların rızası olmaksızın artırılmaz. Önceki derecede yer alan ipotek sona erse de sonraki derecedeki ipotek onun yerine ilerlemez. Boşalan derecede yeni bir ipotek kurulabilir. Ancak sözleşmede kararlaştırılması durumunda alt derecedeki rehin üst derecenin boşalması durumunda onun yerine ilerleyebilir.

Medeni Kanun'un 862. maddesine göre, taşınmaz rehni taşınmazın bütünleyici parçaları ve eklentilerini de kapsar. Ayrıca kira bedeli ve sigorta tazminatı da teminat yükünün kapsamındadır¹⁵.

Medeni Kanun'un 875. maddesine göre, taşınmaz rehni; ana para, takip giderleri ve sözleşme faizi ve iflâsın açıldığı veya rehni'nin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faizi güvence altına alır. Ayrıca alacaklı'nın yaptığı zorunlu masraflar da rehin kapsamındadır.

2.3.2. Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

Bu kanunla çeşitli kanunlarda değişiklikler yapılmış ve konut finansman sistemine ilişkin temel düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur.

13 Oğuzman ve Seliçi, s. 669.

14 Oğuzman ve Seliçi, s. 676 v.d.

15 Oğuzman ve Seliçi, s. 692.

Kanunla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile çeşitli vergi kanunlarında değişiklik ve eklemeler yapmıştır. Kanun ile ilgili olarak yönetmelikler ve tebliğler çıkarılmıştır¹⁶.

Kanunda, ipotekli sermaye piyasası aracı, ipotek teminatlı menkul kıymetler, gayrimenkul değerlemesine ilişkin kişi ve kurumlara ilişkin şartlar, konut finansmanı, konut finansmanı fonu, ipotek finansmanı kuruluşları, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı sözleşmeleri hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Konut finansmanı sisteminin anlaşılması için kanunun yaptığı düzenlemenin birincil ve ikincil piyasalar yönünden incelenmesi faydalı olacaktır.

2.3.2.1. Birincil Piyasalar

5582 sayılı yasanın 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yaptığı değişikliklerle ipotekli konut finansmanı sisteminin temel yapısı oluşturulmuştur.

5582 sayılı yasanın 12. maddesi ile 2499 sayılı yasaya eklenen 38/A maddesi ile konut finansmanı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre konut finansmanı *“konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması”* olarak tanımlanmış ve *“bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan kredilerin de konut finansmanı kapsamında olduğu”* belirtilmiştir.

Konut finansman sistemine dahil olacak konutlar; yapım aşamasında olan konutlar, yapımı tamamlanmış konutlar, finansal kiralama yolu ile kiralanmış konutlar ve bu kredilerin yeniden finansmanı için kredi kullandırılan konutlar olarak sıralanabilir¹⁷.

Konut finansmanında taraflardan biri tüketicidir. Bu nedenle finansmanın konut finansmanı olup olmadığı yönünden yapılacak değerlendirmede, krediye konu konutun bu kapsamda olan konut olma-

16 Murat Aydoğdu, *Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 4.

17 Yücel Ayırcay ve Uğur Yıldırım, *İpoteğe Dayalı Konut Finansman Sistemi ve Son Düzenlemeler Işığında Sistemin Türkiye’de İşleyişi*, Selçuk Üniversitesi Karaman İ.İ.B. F. Dergisi, Sayı: 12, Haziran 2009, s. 61.

sının yanında krediyi kullananın tüketici mi tacir mi olduğu yönünden ayırım yapılmasında da fayda vardır.

Konut finansmanında bir diğer taraf kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan kuruluştur. 38/A maddesine göre bu kuruluşlar bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu finansmanı sağlayacak kuruluşları belirlemede yetkilidir.

Bu durumda ipotekli konut finansmanı sistemindeki birincil piyasa tüketici ve finansman kuruluşu arasındaki teminatını konutun teşkil ettiği kredilerden oluşmaktadır.

Birincil piyasada bu iki taraf arasındaki ilişkide yer alan bir diğer önemli taraf krediye tabi konutun değerini saptayacak olan değerlendirme uzmanıdır. Konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde tüketicilere kredi kullandırılması için yapılacak değerlendirmelerde, ilgili taşınmaz için değerlendirme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilan etmek Sermaye Piyasası Kurulu'nun görev ve yetkisindedir. Sermaye Piyasası Kanunu'na 5582 sayılı kanunla eklenen 40/D maddesi Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği hakkında düzenleme yapmış bulunmaktadır. Buna göre; gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanlar, birliğe üye olmak zorundadırlar. Bu birlik gayrimenkul değerlendirme uzmanlığının mesleki kuruluşudur.

Sözleşmeye konu konutu sigortalayacak olan sigorta şirketleri bir diğer taraftır. Konut finansmanına ilişkin sigorta sözleşmeleri ile ilgili usul ve esasları Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin görüşlerini alarak belirlemede Hazine Müsteşarlığı yetkilidir.

Konut finansmanı kapsamındaki kredilerin yeniden finansmanına ilişkin usul ve esasları Türkiye Bankalar Birliğinin görüşlerini alarak belirlemede Sanayi ve Ticaret Bakanlığı yetkilidir. Bakanlık tarafından bu konuda Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hazırlanmıştır¹⁸. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, yeniden finansman,

18 29.09.2007 tarih ve 26658 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

konut finansmanı sözleşmesi hükümlerinde; kredinin faiz oranında, vadesinde, faiz türünde değişiklik yapılması, aynı ev teminat gösterilerek birden fazla konut kredisi alınmışsa bunların tek konut kredisi ile birleştirilmesi, konut finansmanı kuruluşunda veya sözleşmede belirtilen para biriminde değişiklik yapılması nedeniyle konut finansmanı kuruluşu ve tüketicinin mutabakatı ile yapılacak değişiklikleri kapsamaktadır. Tüketicinin bu konuda yazılı onay vermesinden önce, konut finansmanı kuruluşunca, yeniden finansman amacıyla konut finansmanı sözleşmesinde yapılan değişikliklerin tüketiciye nasıl yansıtacağına ilişkin karşılaştırmalı bilginin yazılı olarak verilmesi zorunludur.

5582 sayılı yasa ile tüketiciler ile konut finansmanı kuruluşu arasındaki ilişkiler bakımından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda önemli değişiklikler yapmıştır. Kanunun 21. maddesiyle konut finansman kuruluşları da Tüketici Kanunu kapsamına alınmıştır. Kanun'un 22. maddesi ile konut kredi kuruluşunun ayıplı maldan müteselsilen sorumlu olduğunu düzenlemiştir. 23. maddede ise kampanyalı satışlarda, kredi kuruluşunun ayıplı mal ve hizmetten müteselsilen sorumlu olduğu düzenlemiştir.

24. madde ile 4077 sayılı yasaya eklenen 10//B maddesi ile konut finansmanı sözleşmeleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre sözleşme yapılmadan önce kredi veya finansal kiralama işlemleri ile ilgili genel bilgilerin ve teklif edilen kredi veya finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren "*Sözleşme Öncesi Bilgi Formu*"nun tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici teklifi kabul edip etmemekte serbesttir. Bu formun standartları Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanacaktır. Bakanlık tarafından bonu ile ilgili olarak Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁹ düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun tüketiciye yazılı olarak verilmesini takip eden 1 iş günü geçmeden imzalanan sözleşmeler geçersizdir. Bu bilgiler konut finansmanı kuruluşları için bağlayıcı niteliktedir. Formda bulunması gerekli hususlar Yönetmelikte ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

19 31.05.2007 tarih ve 26538 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Konut finansman sözleşmesi yazılı olarak yapılmalı ve sözleşmenin bir nüshası tüketiciye verilmelidir zorunludur. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen şartlar, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşu borçluya temerrüt tarihinden itibaren beş iş günü içerisinde iadeli taahhütlü posta yoluyla bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

Konut finansmanı kuruluşu, geri ödemelerin yapılmaması halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak tüketicinin birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Konut finansmanı kuruluşunun bu hakkını kullanabilmesi için en az bir ay süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir.

Finansal kiralama işlemlerinde, tüketicinin muacceliyet uyarısında verilen sürenin sona ermesini takiben, konut finansmanı kuruluşu kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere finansal kiralama sözleşmesini feshettiği takdirde, konutu derhal satışa çıkarmakla yükümlüdür. Konut finansmanı kuruluşu satış öncesinde konut için değerlendirme uzmanlarına kıymet takdiri yaptırır. Takdir edilen kıymet, satıştan en az on iş günü önce tüketiciye bildirilir. Konut finansmanı kuruluşu takdir edilen kıymeti dikkate alarak basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle konutun satışını gerçekleştirir. Tüketici, konut finansmanı kuruluşunun zararının konutun satışından elde edilen bedeli aşan kısmından sorumludur. Konutun satışından elde edilen bedelin kalan borcu aşması halinde aşan kısım tüketiciye ödenir.

Konutun satışının gerçekleştirilmesi ve elde edilen bedelin kalan borcu aşan kısmının tüketiciye ödenmesini takiben tüketici veya zilyedliğin devredilmiş olması halinde zilyedliği elinde bulunduran üçüncü şahıslar konutu tahliye etme yükümlülüğü altındadır. Konutun tahliye edilmemesi halinde konut sahibi 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 26 ncı ve 27 nci maddeleri uyarınca tüketici veya zilyedliğin devredilmiş olması halinde zilyedliği elinde bulunduran üçüncü şahıslar aleyhine icra yoluna başvurabilir.

Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlarla başvurmadan, kefinden borcun ifasını isteyemez.

Konut kredisinin yeniden finansmanı hariç olmak üzere; konut finansmanından kaynaklanan işlemlerde kredi veren konut finansmanı kuruluşu, krediyi belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, konutun hiç ya da zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren satıcı ile birlikte, tüketiciye karşı, kullanılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olur. Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilen kredilerin ipotek finansmanı kuruluşlarına, konut finansmanı fonlarına veya ipotek teminatlı menkul kıymet teminat havuzlarına devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz.

Konut finansmanı kuruluşunun ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketici bu kıymetli evrakı konut finansmanı kuruluşundan geri isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, konut finansmanı kuruluşu kıymetli evrakın başkasına devri sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Kredilerde geri ödeme tutarlarının, finansal kiralama işlemlerinde ise kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı bu madde kapsamında faiz olarak kabul edilir.

Sözleşmede belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit, değişken veya aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Oranın sabit olarak belirlenmesi halinde sözleşmede başlangıçta belirlenen oran her iki tarafın ortak rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi halinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı yine başlangıçta sözleşmede belirlenecek olan azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve yine sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan bir endeks baz alınarak değiştirilebilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılacak referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, tüketicilerin bilgilendirilme

yöntemlerine ilişkin usul ve esaslar ise Bakanlık tarafından belirlenir. Değişken faizli kredilerle ilgili olarak Değişken Faizi İçeren Konut Finansmanı Sözleşmelerine Dair Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁰ düzenlenmiştir.

Tüketici, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda bir ya da birden çok ödemeyi vadesinden önce yapabilir. Her iki durumda da konut finansmanı kuruluşu, vadesinden önce ödenen taksitler için gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür. Ödenen miktara göre gerekli faiz indiriminin ve kredinin tüketiciye yıllık maliyet oranının hesaplanmasında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan ilgili yönetmelik hükümleri uygulanır.

Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilebilir. Erken ödeme ücreti gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilemez.

Yıllık maliyet oranı ve erken ödeme konusunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından Konut Finansman Sisteminde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik düzenlenmiş bulunmaktadır²¹. Borçlar Kanunu'nun 80. maddesinde yer alan belirli vadeye bağlanmış olan borçların erken ödenemeyeceği kuralının istisnası olarak tüketiciye erken ödeme cezası ödemesi şartıyla erken ödeme imkanı sağlanmış, kredi finansman kuruluşunun erken ödeme dolayısıyla faiz indirimine gitmesine olanak tanınmıştır²².

Konut finansmanı sözleşmelerinin zorunlu unsurları şunlardır.

- a) Konut kredisi sözleşmeleri için kredi tutarı, finansal kiralama sözleşmeleri için toplam kira bedeli,

20 31.05.2007 tarih ve 26538 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

21 31.05.2007 tarih ve 26538 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

22 Mustafa Topaloğlu, *Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, 2008, sayı 1-2. s. 185.

- b) Kredi sözleşmeleri için üzerine ipotek tesis edilen konuta, finansal kiralama sözleşmeleri için finansal kiralamaya konu olan konuta ilişkin bilgiler,
- c) Yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı (değişken faizli sözleşmelerde yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı başlangıç ve azami faiz oranı için ayrı ayrı hesaplanır),
- d) Toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler itibarıyla dağılımı (değişken faizli sözleşmelerde başlangıç faiz oranı veya kira bedeli ve azami faiz oranı veya kira bedeli esas alınarak hesaplanacak toplam borç tutarları),
- e) Değişken faizli sözleşmelerde baz alınan endeks ve faiz oranındaki veya kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemi,
- f) İlk yıl için dönemsel olarak, kalan yıllar için yıllık olarak hazırlanan, ödenen anapara, ödenen faiz, diğer giderler, kalan anapara, ilgili dönemler için geri ödeme veya kira bedellerinin yer aldığı ödeme planı (Değişken faizli sözleşmelerde, başlangıç ve azami faiz oranları kullanılarak iki ayrı ödeme planı oluşturulur.),
- g) Geri ödeme veya kira ödeme sayısı, ödeme tarihleri, belirlenen ödeme tarihinin resmi tatile gelmesi durumunda ödemelerin ne zaman yapılacağı, ilk ve son ödeme tarihleri,
- h) İstenecek teminatlar,
- i) Ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde, kredi sözleşmeleri için akdi faiz oranının (değişken faizli sözleşmelerde cari faiz oranının) yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı, finansal kiralama sözleşmeleri için uygulanacak gecikme faiz oranı,
- j) Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- k) Kredi geri ödemelerinin veya kira ödemelerinin vadesinden önce yapılmasına ilişkin şartlar ve sabit faizli sözleşmelerde erken ödeme ücreti öngörülmekte ise hesaplanmasına ilişkin esaslar,
- l) Kredinin veya kira bedellerinin yabancı para birimi cinsinden belirlenmesi durumunda, kira ve geri ödeme tutarları ile toplam borç tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar,

- m) Sözleşmeye konu olan konutta kıymet takdiri yapılmasını gerektirebilecek haller ve kıymet takdirinin kimler tarafından yapılabilceği,
- n) Varsa sözleşmeye konu olan konuta ilişkin sigorta bilgileri.

Sözleşmeleri düzenleyen 10/B maddesine aykırılık halinde bunun yaptırımını para cezası olarak 4077sayılı kanununun 25. maddesinde düzenlenmiştir.

5582 sayılı yasa, 1-6. maddeleri ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda da önemli değişiklikler yapmıştır. 5582 sayılı kanunun 1. maddesi ile yapılan ekleme ile konut finansmanından kaynaklanan rehniyle temin edilmiş alacakların takibinde, rehni paraya çevrilmesi yoluyla veya haciz yoluyla takip yapma olanağı sağlanmıştır. Bununla İcra ve İflas Kanunu'nun 45. maddesinde düzenlenmiş bulunan rehniyle temin edilmiş bir alacakta yalnız rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesi kuralına istisna getirilmiştir. Kanunla yapılan düzenleme ile bu tür alacakların takibinde satışı istenen taşınmazın kıymet takdirini değerlendirme uzmanlarının yapması gerekmektedir. Bu kıymet takdirine itiraz edilmesi durumunda icra mahkemesi nezdinde yapılacak olan kıymet takdirinin de değerlendirme uzmanlarınca yapılması zorunludur. Kanundaki geçici düzenlemeye göre 06.03.2010 tarihine kadar diğer uzman bilirkişiler tarafından da kıymet takdiri yapılabilir. Ancak bu tarihten sonraki kıymet takdirleri yalnızca Sermeye Piyasası Kurulu'ndan lisanslı gayrimenkul değerlendirme uzmanları tarafından yapılabilir. Taşınmaz satışına ilişkin ihaleye mahkeme nezdinde itiraz edilmesi durumunda, şikayetin reddedilmesi halinde şikayet eden aleyhine ihale bedeli üzerinden cezaya hükmedilir. Bu oran diğer ihaleler için % 10 iken kanun tarafından konut finansmanından kaynaklanan alacakların ihalesinde % 20 olarak belirlenmiştir. İcra mahkemesinin icranın geri bırakılmasına ilişkin istemi reddetmesi halinde bu kararın temyiz edilmesinde alacağın % 15'i oranında teminat yatırılması halinde satışın durması mümkünken bu oran konut finansmanından kaynaklanan alacaklar için % 30 olarak belirlenmiştir. Eğer temyiz talebi reddedilirse bu oranın % 15'i alacaklıya tazminat olarak ödenir. 5582 sayılı yasanın 32. maddesi ile konut finansmanı kapsamında olan alacakların takibinde tahsil harcını diğer alacakların ¼'ü olarak belirlemiştir.

2.3.2.2. İkincil Piyasalar

5582 sayılı yasa ile getirilen yeni düzenlemenin en önemli yönü ikincil piyasalar yönündendir. Kanun bireysel ve kurumsal yatırımcılara yönelik düzenlemeler yapmıştır. Kanunda uzun vadeli konut edindirme bakımından menkul kıymet ihracı ve menkul kıymetleştirme yöntemleri yer almaktadır. Böylece sistem bireysel ve kurumsal yatırımcılardan fon temin etmektedir²³.

Sermaye Piyasası Kurulu ihraç edilecek ipotekli sermaye piyasası araçlarının dayanağı veya teminatı olan kredi ve finansal kiralama alacakları için, kredi açılması veya finansal kiralama sözleşmesi yapılması, bu alacakların konut finansman fonu portföyüne alınması ya da ipotek teminatlı menkul kıymetlere dayanak oluşturan teminat havuzuna dahil edilmesi veya fon portföyüne alınan ya da teminat havuzuna dahil edilen alacakların yeniden değerlendirilmesi aşamalarında, konut değerlemesinin gayrimenkul değerlendirme faaliyeti konusunda yetki verilmiş kişi veya kurumlar tarafından yapılmış olmasını zorunlu tutmada yetkilidir.

5582 sayılı yasa ile yeni sermaye piyasası kurumları oluşturulmuştur. Kanununun 13. maddesi ile 2499 sayılı kanununun 39. maddesi değiştirilmiştir. Buna göre; ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı fonları, varlık finansmanı fonları ve sermaye piyasasında faaliyette bulunacak gayrimenkul değerlendirme kurumları da sermaye piyasası kurumları olarak belirtilmiştir.

5582 sayılı yasa ile 2499 sayılı yasanın 3. maddesine eklenen k bendi ile ipotekli sermaye araçları; ipotek teminatlı menkul kıymetler, ipoteğe dayalı menkul kıymetler, ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen hisse senedi dışındaki sermaye piyasası araçları ve konut finansmanından kaynaklanan alacaklara dayalı olarak veya bu alacakların teminatı altında ihraç edilen diğer sermaye piyasası araçları olarak sayılmış bulunmaktadır.

2.3.2.2.1. İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymet İhracı

İpoteğe dayalı menkul kıymet, fon portföyündeki varlıklar teminat gösterilerek ihraç edilen borçlanma senedir. Konut finansman

23 Ayrıçay ve Uğur Yıldırım, s. 62.

fonu içtüzüğünde hüküm bulunmak şartı ile fon kurulunun talebi ve ilgili borsanın uygun görmesi üzerine menkul kıymet borsalarında işlem görebilir. İpoteğe dayalı menkul kıymet ipotekle teminat altına alınmış konut finansmanından kaynaklanan alacakların portföye dahil edilmek suretiyle menkul kıymetleştirilmesini ifade etmektedir. İpoteğe dayalı menkul kıymetlerin vadeli ve kuponlu ihraç edilmesi ve borsalarda işlem görmesi söz konusu olabilecektir²⁴.

5582 sayılı yasa ile 2499 sayılı yasaya eklenen 38/B maddesi ile konut finansmanı fonu düzenlenmiş bulunmaktadır. Konut finansmanı fonu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteğe dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inancılı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır. Fonun tüzel kişiliği yoktur, ancak malvarlığı kurucunun mal varlığından ayrıdır. Fon malvarlığı, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehn edilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyatî tedbir kararı verilemez ve iflâs masasına dahil edilemez.

Fon kurulu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde fonu temsil eder ve yönetir. Fon portföyüne alınan varlıkların kayıtlarının doğruluğundan ve bu varlıkların korunması ve saklanması fon kurulu sorumludur. Fon kuruluna ilişkin şartlar ile fon varlıklarının yönetimine ilişkin usûl ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu konuda Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Konut Finansmanı Fonlarına ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: III, NO: 34) yayımlanmıştır²⁵.

Kurucu, fon kurulu ve ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri arasındaki ilişkilere bu Kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun vekâlet akdi hükümleri uygulanır.

Kurul, fon portföyündeki varlıklara ilişkin kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

İpotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul

24 Ayriçay ve Uğur Yıldırım, s. 63.

25 04.08.2007 tarih ve 26603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, kredi veya alacağın fona devredildiği hususu ilgili gayrimenkulün tapu sicilinde beyanlar hanesine kaydedilir. Kurul, ipotekle teminat altına alınmış bir kredi veya konusu gayrimenkul olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacakların fon portföyüne alınması halinde, ipoteğin veya mülkiyetin; fon hesabına, kurucu adına tapuya tescil ettirilmesini zorunlu tutabilir.

Fon içtüzüğü, ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahipleri, kurucu ve fon kurulu arasında, fon portföyünün inanca mülkiyet esaslarına göre saklanması ve vekâlet akdi hükümlerine göre yönetimini konu alan iltihakî bir sözleşmedir.

Fon içtüzüğü ve Kurulca belirlenecek diğer belgelerle birlikte, fon kuruluşuna izin verilmesi ve ihraç edilecek ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin kayda alınması talebiyle Kurula başvurulması zorunludur.

Fon portföyü farklı sınıflara ayrılarak bu sınıflar üzerine farklı haklar içeren ipoteğe dayalı menkul kıymetler ihraç edilebilir. Farklı ipoteğe dayalı menkul kıymet ihraçları ile ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin sahiplerine verdiği haklara ilişkin esasların fon içtüzüğünde belirlenmesi şarttır.

Kurul, portföydeki varlıkların değerlendirme esaslarına, fonun faaliyet ve yönetim ilkelerine, birleşmesine, sona ermesine ve tasfiyesine, fon içtüzüğü, fon yönetim sözleşmesi ve saklama sözleşmesinin kapsamına, değiştirilmesine, tescil ve ilanına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Kurucu veya fonun geri ödeme güçlüğüne düşmesi halinde Kurul, fonun yönetim ve temsilinin Yatırımcıları Koruma Fonu veya atanacak diğer bir fon kurulu tarafından yürütülmesine veya fonun başka bir kurucuya devredilmesine karar verebilir. Bu durumda, kurucunun garanti vermiş olması halinde, ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının geri ödemelerinin fon malvarlığından karşılanamayan kısmının tam ve zamanında yapılmasına ilişkin yükümlülüğü devam eder. Kurul, atanacak fon kuruluna veya Yatırımcıları Koruma Fonuna bu fıkra kapsamındaki hizmetleri karşılığında fon malvarlığından ödeme yapılması hususunda karar vermeye ve yapılacak ödemenin hesaplanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Fon kurucusunun iflâsı veya tasfiyesi veya fon kurulu üyelerinin iflâsı halinde Kurul, gerekli tedbirleri almaya yetkilidir.

Varlığa dayalı menkul kıymet varlık finansmanı fonu portföyündeki varlıklar karşılığında ihraç edilen borçlanma senedir. Fon iç-tüzüğünde hüküm bulunmak şartı ile Fon kurulunun talebi ve ilgili borsanın uygun görmesi üzerine menkul kıymet borsalarında işlem görebilir. Bu araç sayesinde proje aşamasındaki konutlar için verilen ve ipotekle teminat altına alınmamış konut kredileri de menkul kıymetleştirme olanağına kavuşmuş olmaktadır²⁶.

5582 sayılı yasa ile 2499 sayılı yasaya eklenen 38/C maddesi ile varlık finansmanı fonu düzenlenmiş bulunmaktadır. Varlık finansmanı fonu, ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır. Varlık finansmanı fonu portföylerine alınabilecek varlıklar Kurulca belirlenir. Konut finansmanı fonuna ilişkin 38/B maddesinin ilk fıkrası hariç bu madde varlık finansman fonu yönünden de uygulanır. Varlığa dayalı menkul kıymetlerle ilgili olarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Varlık Finansmanı Fonlarına ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: 3, No: 35) yayımlanmıştır²⁷.

5582 sayılı yasa ile 2499 sayılı yasaya eklenen 39/A maddesi ile İpotek finansmanı kuruluşları düzenlenmiş bulunmaktadır. İpotek finansmanı kuruluşları üzerinden ipoteğe dayalı menkul kıymet ve varlığa dayalı menkul kıymet ihracı mümkündür. İpotek finansmanı kuruluşları, münhasıran konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacaklardan oluşan varlıkların yönetimi ve alacakların teminat olarak alınması suretiyle kaynak temini amacıyla kurulan, sermaye piyasası kurumu niteliğini haiz anonim ortaklıklardır. İpotek finansmanı kuruluşları faaliyetlerinin gerektirdiği risk yönetimi amaçlı işlemleri yürütebilirler. İpotek finansmanı kuruluşlarının nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayeleri 5411 sayılı Bankacılık Kanununda kalkınma ve yatırım bankaları için öngörülen tutardan az olamaz. Bankacılık Kanunu'nun 7. Maddesine göre, bu miktar en az yirmi milyon Türk

26 Ayriçay ve Yıldırım, s. 63.

27 27.08.2008 tarih ve 26980 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Lirası'dır. Kurucularının ve sermayelerinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payların sahiplerinin 5411 sayılı Bankacılık Kanununda banka kurucu ortakları için aranan şartları taşımaları zorunludur.

Konut finansmanından kaynaklanan alacakların ve diğer varlıkların teminat gösterilmesi suretiyle ipotek finansmanı kuruluşlarından kaynak temin edilmesi halinde, teminat gösterilen varlıklar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehdilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere üçüncü şahıslar tarafından haczedilemez, ihtiyatî tedbir kararı verilemez ve iflâs masasına dahil edilemez. Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşünü almak suretiyle, teminat gösterilen varlıklara ilişkin kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

İpotek finansmanı kuruluşlarının kuruluşuna, faaliyet ilke ve esaslarına, faaliyetler itibarıyla izin esaslarına, tâbi olacakları yükümlülüklerle ilişkin hususlar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşünü almak suretiyle, Kurul tarafından belirlenir. İpotek finansmanı kuruluşlarının kuruluş ve faaliyet izni almak üzere Kurula başvurması şarttır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun gözetim ve denetimine tâbi olan bir kuruluşun iştirak etmesi öngörülen ipotek finansmanı kuruluşları için kuruluş izni alınmak üzere Kurula başvurulması halinde, kuruluş izni verilebilmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşünün alınması zorunludur.

İpotek finansmanı kuruluşları konut finansmanı sisteminde merkezi rol oynayacak şekilde tasarlanmış sermaye piyasası kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar, bankacılık sektörüyle de yakından ilgili olduğundan kuruluşlarının, izin esaslarının, faaliyet ilkelerinin ve tabi olacakları yükümlülüklerle ilişkin esasların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü alınmak suretiyle Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür²⁸. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu konuda İpotek Finansmanı Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ Taslağı çalışmaları yürütülmektedir²⁹.

28 Ayriçay ve Yıldırım, s. 64.

29 <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=2008430&subid=0&ct=c> (erişim tarihi: 01.03.2011)

2.3.2.2.2. İpotek Teminatlı Menkul Kıymet ve Varlık Teminatlı Menkul Kıymet İhracı

5582 sayılı kanununun 8. maddesi ile 2499 sayılı kanununun 13/A maddesinde yapılan değişiklikle ipotek teminatlı menkul kıymetleri düzenlemiştir. Buna göre, ipotek teminatlı menkul kıymetler, ihraççıların genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleridir. Bunlar bankalar ve bu ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edebilirler. İhraççılar, ipotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklarından ayrı olarak, oluşturacakları teminat havuzu içerisinde izlemekle yükümlüdür. Teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınmak suretiyle Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenir. Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınmak suretiyle, teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir. Kurul tarafından konuyla ilgili olarak **İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: 3, No: 33) yayımlanmıştır**³⁰.

Teminat havuzu; yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar, ikame varlıklar ve bunların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmelerden oluşur. Bunlar dışında kalan varlık ve alacaklar teminat havuzuna dahil edilemez. Yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ilgili konutun değerinin yüzde yetmişbeşini, yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ise ilgili gayrimenkulün değerinin yüzde ellisini aşan kısmı, teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Teminat havuzuna dahil edilecek yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların vadesi gelmiş tüm ödemelerinin yapılmış olması şarttır.

30 04.08.2007 tarih ve 26603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

İkame varlıklar nakit, devlet iç borçlanma senetleri, hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatına üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarınca ya da bunların kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler ile Kurulca uygun görülen benzer nitelikteki varlıklardan oluşur.

Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ve ikame varlıkların payı ayrı ayrı yüzde onbeşi aşamaz.

İhraççılar, teminat havuzundaki varlıkların faiz, kur, kredi ve benzeri risklerden korunması amacıyla sözleşmeler yapabilir. Teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış sözleşmeler de teminat havuzuna dahildir.

İpotek teminatlı menkul kıymetlerin itfasına kadar olan süre boyunca;

- a) Teminat havuzundaki varlıkların nominal değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin nominal değerine eşit ya da fazla olması,
- b) Teminat havuzundaki varlıkların getirisinin en az ipotek teminatlı menkul kıymetlerin getirisine eşit ya da fazla olması,
- c) Teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelirin tutar ve ödeme dönemleri bakımından ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine yapılan ödemeleri karşılama,
- d) Teminat havuzunda yer alan varlıkların net bugünkü değerinin ipotek teminatlı menkul kıymetlerin net bugünkü değerinden yüzde ikisi oranında fazla olması,

zorunludur. Bu hususun uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurulca belirlenir. Bu hususta İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de hükümler yer almaktadır.

İlave menkul kıymet ihracı veya ipotek teminatlı menkul kıymetlerin itfasına kadar olan süre boyunca zorunlu olan koşulların sağlanması amacıyla teminat havuzuna yeni varlıklar dahil edilebilir. Makul bir gerekçe olması durumunda, ihraççılar, teminat sorumlusunun onayını alarak, teminat havuzuna dahil edilmiş bir varlığı teminat havuzundan çıkartabilir veya teminat havuzunda bulunmayan bir varlık ile değiştirebilirler.

İhraççının Kurulun onayını almak suretiyle bir teminat sorumlusu belirlemesi zorunludur. Teminat sorumlusunun sahip olması gereken nitelikler Kurulca belirlenir. Tebliğ'in 13. maddesine göre sorumlunun sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinde yer alan bir bağımsız denetim kuruluşu olması gerekmektedir. Sorumlunun niteliklerine ilişkin düzenlemeler bu maddede yer almaktadır. Kurul, ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerinin haklarının korunması amacıyla teminat sorumlusunun değiştirilmesini istemeye veya teminat sorumlusunu reşen değiştirmeye yetkilidir.

Teminat sorumlusu;

- a) Teminat havuzlarının oluşturulmasını ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların sahip olduğu nitelikleri,
- b) Teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini koruduğunu ve bu varlıkların sahip olduğu niteliklere ilişkin değişiklikleri,
- c) Kurul tarafından zorunlu tutulması halinde teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını,
- d) İpotek teminatlı menkul kıymetlerin itfasına kadar olan süre boyunca zorunlu olan şartlara uygunluğu,

izlemek, tespit ettiği hususlar hakkında, Kurulca belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde ihraççıya ve Kurula bilgi vermekle yükümlüdür.

Teminat sorumlusu ihraççıdan, kayıt kuruluşundan ve gerek görülen durumlarda tapu sicil müdürlüklerinden teminat havuzunda yer alan varlıklara ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, ilgili kayıtları incelemeye ve çalışanlardan bilgi almaya yetkilidir. İhraççılar, kayıt kuruluşu ve tapu sicil müdürlükleri teminat sorumlusunun talep ettiği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Teminat sorumlusu, talep ettiği bilgi ve belgelere ulaşılmasının engellenmesi halinde, durumu derhal Kurula bildirmekle yükümlüdür.

İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıklar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili

amacı da dahil olmak üzere haczedilemez ve iflâs masasına dahil edilemez, ayrıca bunlar hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilemez.

Teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılacak olan sözleşmelerde, teminat havuzu ve ipotek teminatlı menkul kıymetler tasfiye edilinceye kadar, ihraççının iflâsı durumunda sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunması zorunludur.

İhraççının ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflâsı halinde teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelir öncelikle ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılır. Bu durumda Kurul;

- a) Tedavüldeki ipotek teminatlı menkul kıymetlerin erken itfa edilmesi, teminat havuzundaki varlıkların nakde dönüştürülmesi ile bunlara ilişkin işlemleri yürütecek bir idareci atanması veya teminat havuzundaki varlıkların tedricî tasfiyesi ile tedricî tasfiyeye ilişkin işlemlerin Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yürütülmesi,
- b) Teminat havuzundaki varlıkların, ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan her türlü yükümlülüğü üstlenecek ihraççı niteliğini haiz bir başka kuruluşa devredilmesi,
- c) İpotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülükleri üstlenmeksizin, teminat havuzundaki varlıkların idaresi ve bu havuzdan elde edilen gelirin ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ödenmesi işlemlerini yürütecek bir idareci atanması,

hususlarında karar vermeye yetkilidir. Kurul, atanacak idareciye veya Yatırımcıları Koruma Fonuna bu kapsamındaki hizmetleri karşılığında teminat havuzundaki varlıklardan ödeme yapılması hususunda karar vermeye ve yapılacak ödemenin hesaplanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir. Bu hususta Tebliğ'de düzenlemeler yapılmıştır.

İhraççının ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların menkul kıymet sahiplerinin alacaklarını kar-

şılama yetmemesi halinde, alacağı teminat havuzundaki varlıklarla karşılanmayan ipotek teminatlı menkul kıymet sahipleri ihraççının diğer malvarlığına başvurabilir.

İpotek teminatlı menkul kıymetlerin ihracında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13. maddesinde tahvil ve diğer borçlanma senetleri ihracı için gerekli olan limitler uygulanmaz. İpotek teminatlı menkul kıymet ihraç limiti, ihraç şartları, teminat havuzundaki varlıkların riskten korunması amacıyla yapılabilecek sözleşmeler ve bu menkul kıymetlerin Kurul kaydına alınmasına ilişkin usul ve esaslar ile ipotek teminatlı menkul kıymetlerle ilgili diğer hususlar Kurulca belirlenir. Bu hususlarda da Tebliğ'de düzenlemeler yer almaktadır.

5582 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 2499 sayılı kanuna 13/B maddesi eklenmiş ve varlık teminatlı menkul kıymetler düzenlemiştir. Varlık teminatlı menkul kıymetler; ihraççıların genel yükümlülüğü niteliğinde olan, alacaklar ve duran varlıkların teminatı altında ihraç edilen borçlanma senetleridir. Varlık teminatlı menkul kıymet ihraç edecek kuruluşlar, ihraç limiti, ihraç şartları, teminat gösterilebilecek alacak ve varlık türleri, teminat gösterilebilecek varlıklara ilişkin sınırlamalar, teminat gösterilen alacak ve varlıkların değerlendirilmesi ve raporlanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu hususta Varlık Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Tebliği (Seri: 3, No: 38 sayılı) yayımlanmıştır³¹.

Teminat gösterilen alacak ve varlıkların kayıtlarının tutulmasına ilişkin usûl ve esaslar Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınmak suretiyle Kurulca belirlenir. Tebliğle bu konuda da düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır.

Kurul ihraççının bir teminat sorumlusu belirlemesini zorunlu tutabilir. Tebliğ'in 12. maddesine göre sorumlunun sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinde yer alan bir bağımsız denetim kuruluşu olması gerekmektedir. Teminat sorumlusu teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini ve niteliklerini, teminat havuzlarının oluşturulmasını ve varlıkların teminat havuzlarında izlenmesini izlemek, tespit ettiği hususlar hakkında Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, ihraççıya ve Kurula bilgi vermekle yükümlüdür.

31 12.09.2009 tarih ve 27347 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Teminat sorumlusu ihraççıdan, kayıt kuruluşundan ve gerek görülen durumlarda tapu sicil müdürlüklerinden teminat havuzunda yer alan varlıklara ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, ilgili kayıtları incelemeye ve çalışanlardan bilgi almaya yetkilidir. İhraççılar, kayıt kuruluşu ve tapu sicil müdürlükleri teminat sorumlusunun talep ettiği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Teminat sorumlusu, talep ettiği bilgi ve belgelere ulaşmasının engellenmesi halinde, durumu derhal Kurula bildirmekle yükümlüdür.

Varlık teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar teminat havuzlarında yer alan varlıklar, teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez ve iflâs masasına dahil edilemez, ayrıca bunlar hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilemez.

Kurul, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun uygun görüşü alınmak suretiyle teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu tutabilir.

Teminat sorumlusunun sahip olması gereken nitelikler Kurulca belirlenir. Kurul, varlık teminatlı menkul kıymet sahiplerinin haklarının korunması amacıyla teminat sorumlusunun değiştirilmesini istemeye veya teminat sorumlusunu re'sen değiştirmeye yetkilidir.

2.3.2.2.3. İpotekli Sermaye Araçlarına İlişkin Ortak Hükümler

5582 kanununun 11. maddesi ile 2499 sayılı Kanununun 28. maddesine yapılan eklemeye göre; ipotek teminatlı menkul kıymetler teminat havuzunun, varlık teminatlı menkul kıymetler teminat havuzunun, konut finansmanı fonunun, varlık finansmanı fonunun ve yatırım fonunun üçer aylık dönemlerin son işgününde, net varlık değerlerinin yüzbinde beşini aşmamak üzere hesaplanacak kayda alma ücreti, izleyen on işgünü içerisinde özel hesaba yatırılır. Bu özel hesap Sermaye Piyasası Kurulu'nun emrinde olan ve giderlerini karşıladığı hesaptır. Bu oranı aşmamak kaydıyla kayda alma ücretinin oranı Bakanlar Kurulunca belirlenir. Bakanlar Kurulu 2007/11943 sayılı kararı³² ile oranı yüzbinde beş olarak belirlemiştir.

32 18.04.2007 tarih ve 26497 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2.3.2.3. İpotek Finansmanı Kuruluşunun Tedrici Tasfiyesi

5582 sayılı yasa ile 2499 sayılı yasaya eklenen 39/A maddesi ile ipotek finansmanı kuruluşları düzenlenmiş bulunduğu yukarıda belirtilmişti. 2499 sayılı yasanın 46. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun sermaye piyasası kurumlarının, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti halinde; verilecek uygun süre içinde, mali durumlarının güçlendirilmesini istemeye; kurum görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya; verilen bu süre içinde, bu kurumlar tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması halinde veya mali durumlarının taahhütlerini karşılamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde gerekli tedbirleri almaya, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya veya sürekli olarak durdurarak yetkilerini kaldırmaya; bu tedbirlerden netice alınmadığı takdirde tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye yetkili olduğu düzenlenmiştir.

5582 sayılı yasanın 16. maddesi ile 2499 sayılı yasanın 46/A maddesine eklenen 2. fıkra ile, kurulun bu duruma göre tedrici tasfiyesine karar vermesi halinde ipotek finansmanı kuruluşunun tedrici tasfiyesinin Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yürütülmesine, ayrıca ihraççının yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflâsı halinde ipotek teminatlı menkul kıymetler ve varlık teminatlı menkul kıymetlerin teminatı olan varlıklardan oluşan teminat havuzları ile kurucusunun veya konut finansmanı fonu veya varlık finansmanı fonunun geri ödeme güçlüğüne düşmesi halinde konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonu malvarlıklarının tedrici tasfiyesinin veya idaresinin Fon tarafından yürütülmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Fon tarafından yapılacak tedrici tasfiye ve idareye ilişkin harcamalarda Fon gelirlerinden hangilerinin kullanılabilceği Kurul tarafından belirlenir.

Tedrici tasfiyenin amacı, ipotek finansmanı kuruluşlarının mal varlığını işin niteliğine göre aynen veya nakde çevirmek suretiyle elde edilen bedeli tahsis ederek tasfiye etmektir. Tedrici tasfiye karar ve işlemlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflâs

Kanunu ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümleri uygulanmaz. İpotek finansmanı kuruluşlarının tedricî tasfiyelerinin uygulama usul ve esasları Kurulca belirlenir.

Tedricî tasfiye kararı verildikten sonra, ipotek finansmanı kuruluşunun yasal organlarının görev ve yetkileri, tasfiye sonuçlanıncaya kadar Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yerine getirilir. Ancak, 46. maddenin 1. fıkrasının h bendi hükmü saklıdır. Bu durumda Sermaye Piyasası Kurulunun yetkileri de devam etmektedir.

Hakkında tedricî tasfiye kararı verilen ipotek finansmanı kuruluşunun ödemeleri durur ve konut finansmanı fonları, varlık finansmanı fonları malvarlıkları ile varlık teminatlı menkul kıymetler ve ipotek teminatlı menkul kıymetler teminat havuzları hariç tüm mal varlığı üzerinde, bu karar tarihi itibarıyla sadece Fon tarafından tasarruf edilebilir. Fon, ipotek finansmanı kuruluşunun aktif ve pasifini tespit eder. İpotek finansmanı kuruluşunun, tasfiye kapsamında yer alan yükümlülüklerinden, nakit borçları, tedricî tasfiye kararının verildiği tarihteki anapara ve işlemiş faizleri toplamı üzerinden hesaplanır. İpotek finansmanı kuruluşunun tedricî tasfiye kararının verilmesinden sonra vadesi gelen menkul kıymetlerinden doğan hak ve borçları da, vadeleri itibarıyla belirlenir. İpotek finansmanı kuruluşunun, vadeli borçlarına vadeden, diğer borçlarına ise tedricî tasfiye tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen kanunî temerrüt faizi yürütülür. Mevzuat uyarınca ipotek finansmanı kuruluşu tarafından verilmiş teminatlar da, aktifin hesabında dikkate alınır.

Fon, ipotek finansmanı kuruluşunun tasfiye kapsamında yer alan gerçek hak sahiplerini ve alacak tutarlarını, Kuruldaki kayıtlar, ipotek finansmanı kuruluşunun kayıtları, bu kuruluşun ilgili olduğu diğer resmi ve özel kurumların kayıtları ile güvenilir bulunan diğer bilgi ve belgelere dayanarak tespit eder. İcra ve İflâs Kanununun 278, 279 ve 280 inci maddelerinde yazılı hallerin varlığı halinde, Fon tarafından iptal davası açılabilir. Bu haller ivazsız tasarruf, aciz halinde yapılan tasarruflar ve zarar kastından dolayı yapılan tasarruflardır.

İpotek finansmanı kuruluşunun malvarlığı, tasfiyenin amacı kapsamında yer alan hak sahiplerinin alacağının ödenmesinde kullanılır. Ancak, tasfiye bakiyesi bu alacakların tamamının karşılanmasına yetmezse, ödemeler garameten yapılır. Bu alacaklar tamamen karşılan-

dıktan sonra artan kısımdan, öncelikle kamu alacakları ve kalandan Fonun yaptığı tasfiye giderleri nedeniyle doğan alacağı ödenir. Bakiye, diğer alacaklılara tahsis edilir. İpotek finansmanı kuruluşunun aktifleri, tasfiyenin amacı kapsamındaki hak sahiplerinin alacaklarını, Fondan yapılan ödemeleri ve tasfiye giderlerini karşılamaya yetmezse, Fon, Kurulun uygun görüşüyle ipotek finansmanı kuruluşunun iflâsını isteyebilir.

2.3.2.4.Cezai Sorumluluklar

5582 sayılı yasanın 18. maddesi ile 2499 sayılı yasanın cezai sorumlulukları düzenleyen 47. maddesinin birinci fıkrasının A bendinin 5 numaralı alt bendi ile C bendinde değişiklikler yapılmıştır. Buna göre,

Sermaye piyasası kurumlarına, ipotek teminatlı menkul kıymet ve varlık teminatlı menkul kıymet teminat sorumlularına ve Yatırımcıları Koruma Fonu Kuruluna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak ve yahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehneden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve taşıyıcı eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri ve 2499 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına, 7, 9, 10, 10/A, 11, 12. maddelerine, 13. maddesinin 5. fıkrasına, 13/A maddesinin 2. 3. 4. 5. 6. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. ve 15., 13/B maddesinin 3. 4. ve 5. fıkralarına, 14. maddesinin 3. fıkrasına, 15. maddesinin 1. 2. 3. 4. ve 5. fıkralarına, 16. ve 16/A maddelerine, 25. maddesinin a bendine, 28. maddesinin b bendine, 34. maddesine, 38. maddesine, 38/A maddesine, 38/B maddesinin 3. 4. 7. 9. 10. ve 12. fıkralarına, 38/C maddesi kapsamında 38/B maddesinin 3. 4. 7. 9. 10. ve 12. fıkralarına, 39/A maddesine, 40/B ve 40/D maddelerine, 45. maddesine, 46. maddesinin 2. ve 5. fıkralarına, 46/A, 46/B ve 46/C maddelerine aykırı hareket edenler 1250. gün adli para cezası ile cezalandırılırlar.

5582 sayılı yasanın 19. maddesi ile 2499 sayılı yasanın 47/A maddesine eklenen beşinci fıkraya göre Birlik Statüsüne ve Birlikçe alınacak kararlara uymayan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği üyelerine, yönetim kurulunca bin YTL'den 5.000 TL'ye kadar para cezası

verilir. Birlik, verdiği cezaları ilgiliye tebliğ eder ve tahsil ve gelir kaydı için Yatırımcıları Koruma Fonuna bildirir.

3. Başlıca Diğer Ülkelerdeki İpotekli Konut Finansmanına Yönelik Hukuki Yapı

Konut finansman sisteminde yer alan ipotek bankaları sisteminin de Avrupa ve Amerikan modellerinden oluştuğunu yukarıda belirtmiştik. Bu kısımda çeşitli ülkelerdeki ipotekli konut finansmanına ilişkin hukuki yapılar incelenecektir.

3.1.Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde İpotekli Konut Finansmanı "*mortgage*" terimi ile ifade edilmektedir. Her ne kadar mortgage terimi çeşitli karşılıklar ile Türkçeye çevrilmekte ise de; mortgage kredi veren ile kredi alan arasındaki sözleşmeyi ifade etmektedir³³. Mortgage, kredi verenin geri ödemeyi gayrimenkul üzerindeki ipotek ile güvence altına almasını sağlayan yazılı bir belgedir³⁴.

İki tip ipotek aracı yaygın olarak kullanılır. Bunlardan ilki mortgage seneti ve ikincisi güven senedir Mortgage ile taşınmaz üzerine ipotek konulur ve borcun ödenmemesi sonucunda icra prosedürü işletilerek taşınmaz satılarak paraya çevrilir. Güven senedine eşdeğer bazı mortgatelar ise yargı dışı paraya çevrilme şartını içerirler. Bu durumda paraya çevirme işlemi daha çabuk sonuçlanır Güven senedi borçlu tarafından borcu teminat altına almak için verilen bir senettir³⁵.

ABD.'deki bazı eyaletler bu sözleşmenin noterde düzenlenmesini zorunlu kılmaktadırlar³⁶. Tüketici Kredileri Koruma Yasasında tüketici kredileri düzenlenmiştir. Bu durumda ABD'de de sistemin tüketicilere dayanmakta olduğu söylenebilir. Örnek vermek gerekirse Vadeli Konut Usul Yasası, 4 odaya kadar olan evlerdeki alımda ipotek vermeyi, yeniden finansman kredisini, taşınmaz geliştirme kredisini, teminatı ev üzerindeki varlık olan konut kredisini, eşit kademeli kredileri kapsar ve kanuna göre kredi için başvurudan sonra başvurana kre-

33 West's Encyclopedia Of American Law, Thomson Gale, Secondth Edition, Volume 7, 2005, USA, mortgage maddesi, s. 119.

34 Jack Guttentag, *The Mortgage Encyclopedia*, Secondth Edition McGraw Hill, mortgage maddesi, 2010, s. 138.

35 http://en.wikipedia.org/wiki/Mortgage_law (erişim tarihi, 06.03.2011)

36 West's Encyclopedia Of American Law, s. 119.

di hakkında bilgi verilmelidir. Bu yasa da özellikle tüketiciyi koruma amaçlıdır³⁷. Tüketiciler ile kredi veren kuruluşların yer aldığı piyasa birincil piyasa olarak adlandırılmaktadır.

ABD’de mortgage kredisi olarak sabit faizli ve değişken faizli krediler uygulanmaktadır. Değişken faizli kredilerin kendi içerisinde bir çok çeşidi bulunmaktadır.

Tüketiciler dışında ise sistemde ise tasarruf ve kredi birlikleri, ticari bankalar, ortak tasarruf bankaları, kredi birlikleri, sigorta şirketleri, federal birlikler, ipotek havuzları ve finans şirketlerin yer almaktadır³⁸.

İkincil piyasa ise kredilerin teminatı niteliğinde olan ipotek senetlerinin menkul kıymetleştirilerek ikincil piyasalarda yatırımcılara sunulan bir finansal araç haline getirilmesini sağlayan ve ipotek merkezi rolü üstlenen kurumlar; Federal Ulusal İpotek Birliği (FNMA), Hükümet Ulusal İpotek Birliği (GNMA), Federal Konut Kredisi İpotek Şirketi (FHLMC) ve Çiftçi Konut İdaresi(FMHA) gibi kuruluşlardan oluşmaktadır³⁹.

ABD konut finansmanı sisteminin en üstünde Konut ve kent Geliştirme Bakanlığı yer almaktadır. Konut kredilerinin önemli kaynaklarından olan mevduatların çeşitli risklere karşı sigortalanarak güvence altına alınmasını sağlayan Federal Mevduat Konut Sigorta Şirketi ile konut finansmanı sistemindeki kredi kuruluşlarına fon aktaran Federal Konut Kredisi Bankacılık Sistemi, konut finansman sisteminin üst otoriteleridir⁴⁰.

ABD’de ipotek kredisi veren özel finansman kuruluşlar ise ticari bankalar, tasarruf ve kredi birlikleri, tasarruf bankaları ve kredi birliklerinden oluşmaktadır⁴¹.

Amerikan ipoteğe dayalı menkul kıymet piyasası ikincil piyasa olarak tabir edilen ve konut kredilerinin menkul kıymet haline dönüştürülüp üçüncü kişilere satıldığı piyasaların temelini oluşturmaktadır. Finansal kuruluşlar piyasalardan olan alacaklarını bir havuzda biriktirerek bunları özel amaçlı kuruluşlara nakit karşılığı veya menkul kıy-

37 <http://www.mortgagecases.com/laws/> (erişim tarihi, 06.03.2011)

38 Cansu Şarkkaya, *Kurumları ve Araçlarıyla Konut Finansmanı : ABD ve Türkiye Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, İstanbul s. 90

39 Şarkkaya, s. 104.

40 Şarkkaya, s. 92.

41 Şarkkaya, s. 96.

met karşılığı devrederler. Özel amaçlı kuruluş, devraldığı alacakları kısa, orta ve uzun vadeli menkul kıymet haline dönüştürür ve bunları yatırımcılara satar. Yatırımcılara alacak havuzundaki varlıkların getirilerinden ödeme yapılır. Varlıklar kaynak şirketin iflas riskinden izole edilerek özel amaçlı kuruma devredilmektedir⁴². Özel amaçlı kurum menkul kıymetleştirilen alacakları varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri yararına elinde bulundurmakta ve kullanmaktadır⁴³. Özel amaçlı kurum iflasa tabi değildir.

ABD sisteminde düzenleyici yapı ve yasal sistem dağınıktır. ABD finans piyasalarında otorite yapısının dağınık olması ve her düzenleyici ve denetleyici otoritenin kendine has düzenleme ve uygulamayı geliştirmesi hukuki yapının karmaşıklaşmasına neden olmuştur. Ayrıca, uygulamada olan düzenlemelerin yerel ve merkezi düzenleme olarak ayrılması hukuki yapıyı daha da karışık bir hale getirmiştir⁴⁴.

Mortgage piyasalarının isleyişiyle ilgili olarak ABD’de de yürürlükte olan temel kanun ve düzenlemeler aşağıda verilmiştir⁴⁵.

- Hileleri Durdurma Kanunu (Stop Fraud Act),
- Banka Gizliliği Kanunu (Bank Secrecy Act)
- Adil Kredi Raporlama Kanunu (Fair Credit Reporting Act-FCRA)
- Borçlanma Limitleri (Lending Limits)
- Finansal Gizlilik Hakları Kanunu (Right to Financial Privacy Act)
- 2002 Sarbanes-Oxley Kanunu (Sarbanes-Oxley Act of 2002)
- Amerikan Vatandaşlık Yasası (USA Patriot Act)
- Kredilerde Doğru Bilgilendirme Kanunu (The Truth in Lending Act-TILA)
- Konut Sahipliği ve Sermayeyi Koruma Kanunu (The Home Ownership and Equity Protection Act-HOEPA)
- Kredilerde Fırsat Esitliği Kanunu (The Equal Credit Opportunity Act-ECOA)

42 Fahri Dutçu, *İpotekli Konut Finansmanı Sisteminde Menkul Kıymetleştirme*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, Antalya s. 41 v.d.

43 Halil Doğru, *Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage*, Doğru Hukuk Yayınları, 2007, İstanbul, s. 17.

44 BDDK Çalışma Tebliği, *ABD Mortgage Krizi*, sayı 3:Ağustos 2008 s. 20.

45 BDDK Çalışma Tebliği, s. 20. v.d.

- 2007 İyi Niyetli Borçlanma ve Mortgage Reform Kanunu (The Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act of 2007)
- 2007 Ödünç Alanları Koruma Kanunu (Borrower's Protection Act of 2007)
- İflas Kanununda Değişiklikler (Bankruptcy Code Changes)
- Konut Mortgage Aracıları ve Kredi Düzenleyicileri Kanunu (Residential Mortgage Brokers and Loan Originators Act)
- 2008 Mortgage Borçları Af Kanunu (The Mortgage Forgiveness Debt Act of 2008)
- FED Düzenlemeleri (Federal Reserve Regulations)

3.2. İngiltere

İngiltere'de konut finansman kurumları, yapı toplulukları, Ticaret Bankaları ve yerel organizasyonlardan oluşmaktadır. İngiltere'deki krediler; kısa dönem faiz oranlarına bağlı değişken oranlı krediler, uzun dönem faiz oranlarına bağlı değişken oranlı krediler, ön ödemesiz uzun dönemli sabit oranlı krediler ve serbest ön ödemeli uzun dönemli sabit oranlı kredilerden oluşmaktadır⁴⁶.

3.3. Almanya

Almanya'da konut finansmanı Yapı Tasarruf Sandıkları, ipotek bankaları ve kooperatif bankaları vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bu kuruluşlar kaynaklarının uzun vadeli ipotekli krediler şeklinde kullanılmaktadırlar. Kısa vadeli kredi açmaları yasaktır. Bu kurumlar uzun vadeli kredi verebilmek için gerekli fonları ipoteye dayalı tahvil ihraç ederek sağlamaktadırlar⁴⁷.

3.4. Fransa

Fransa'da Credit Foncier de France (Fransa Taşınmaz Kredisi) isimli devlet destekli kredi kuruluşu tarafından 20 yıla kadar vadeli ipotek karşılığı borç vermekte ve ipotek tahvilleri ihraç etmektedir. Ayrıca konut tasarruf projeleriyle finansman kurumları gayrimenkul

46 Ayşegül Durmaz, İpotekli Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Bu Sistemi Uygulayan Ülkelerde Mortgage Kullanım Miktarlarına Etki Eden Faktörlerin Analizi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, Muğla, s. 38.

47 Durmaz, s. 37.

sermaye piyasasında faaliyette bulunabilmektedirler. Tasarruf bankaları ve ticari bankalar da bu alanda faaliyet yürütmektedirler. Menkul kıymetleştirmeye yönelik ihraçlar Fonds Common de Craences (Alacaklar Ortak Fonu-özel amaçlı kurum) tarafından yapılmaktadır⁴⁸.

3.5. İspanya

İspanya'da Avrupa'nın en eski ipotek bankalarından biri olan Mortgage Bank of Spain sadece ipotek kredisi vermek amacıyla 1872 yılında kurulmuştur. İspanya ipotek piyasasında ayrıca, birleşik tasarruf bankaları, ticaret bankaları ve diğer uzman ipotek finans kurumları görev yapmaktadır. İspanya'da menkul kıymetleştirmeye ilişkin uygulamalar 1991 yılında kabul edilen bir yasa ile başlamış ve ipoteye dayalı menkul kıymet ihracı gerçekleştirilmiştir⁴⁹.

3.6. Bulgaristan

İpoteğe dayalı gayrimenkul kredilerine ilişkin yasal altyapı Bankalar Kanunu, Kişisel Verileri Toplama Kanunu, İpotek Bankacılığı Kanunu ve İcra İflas Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemelerle temerrüt riskinin tespitine yönelik veri bankası oluşturulmuştur. İpoteğe dayalı Tahvilat Kanunu ikincil piyasaya ilişkin temel yasal düzenlemedir. Faaliyet gösteren tüm bankaların ipoteye dayalı menkul kıymet ihraç etmeleri mümkündür⁵⁰.

3.7. Romanya

İpotek Kredisi Kanunu ve Bankalar Kanunu'na göre tüm bankalar ipoteye dayalı gayrimenkul kredisi verebilmektedirler. İpoteğe Dayalı Kredi Kanunu uzmanlaşmış gayrimenkul finansmanı kuruluşlarının da kurulabilmesine imkan vermektedir. İpotek Kredisi Kanunu ipoteye dayalı menkul kıymetlere yönelik temel düzenlemeler yapmıştır. Ancak bu kanunla birincil pazara ilişkin düzenlemeler yapılmış olup, ikincil pazara ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır⁵¹.

48 Durmaz s. 39.

49 Ali Hepşen, *Gelişmiş Ülkelerdeki İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetleştirme Uygulamaları*, http://www.alomaliye.com/2008/ali_hepsen_gelismis.htm (erişim tarihi 06.03.2011)

50 Cem Karakaş ve Onur Özsan, *Türkiye'de ve Doğu Avrupa Ülkelerinde İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet Piyasalarının Durumu*, *Active Dergisi*, Mayıs-Haziran 2004, s. 8. http://www.makalem.com/Search/ArticleDetails.asp?nARTICLE_id=3027 (erişim tarihi : 07.03.2011)

51 Karakaş ve Özsan, a.g. makale, s. 9.

3.8. Hırvatistan

İpotek ve birincil pazarın yasal alt yapısı yetersizdir. İcra ev iflas mevzuatında paraya çevirmeyle ilgili boşluklar bulunmaktadır. Tapu kayıtları yetersizdir. Taşınmazların bir çoğunun tapu kaydı bulunmamaktadır. İpoteğe dayalı menkul kıymetlere ve ikincil piyasalara yönelik yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak Bireysel Emeklilik Kanunu çerçevesinde ipoteğe dayalı menkul kıymetler işlem görmektedirler⁵².

Sonuç

Bir çok ülkede konut finansmanını sağlamak üzere çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu yasal düzenlemelerle, konut finansmanına devlet ya doğrudan müdahil olmakta ya da düzenleyici ve denetleyici bir konumda bulunmaktadır. Konut finansmanı, doğrudan finansman, sözleşme, mevduat finansmanı ve ipotek bankası sistemleriyle sağlanabilmektedir.

Konut finansmanı yönünden özellik arz eden sistem ipotek bankası sistemidir. Bu sistem Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde farklı uygulamalara sahiptir. Türkiye'de oluşturulmaya çalışılan ipotekli konut finansmanı sistemi bu iki sistemden de özellikler taşımaktadır.

Türkiye'deki ipotekli konut finansmanına ilişkin hukuki yapı incelendiğinde;

- sistemin dayanağını oluşturan temel bir kanun olmadığı,
- sistemin dayanağını oluşturan 5582 sayılı kanunun bir çok kanunda değişik ve eklemeler yapan bir kanun olduğu,
- bu kanunlarda ipotekli konut finansmanına ilişkin özel düzenlemeler yapılmış olduğu,
- sistemin temelinde tüketicinin yer almasına rağmen tüketicilere yönelik yeterli düzenlemelerin olmadığı,
- sistemin işleyişinin düzenlenme ve denetlenmesinin idari kuruluşa (SPK) bırakıldığı,
- ikincil piyasalara ilişkin uygulamalarla yeni değişik ve düzenlemelerin gündeme gelebileceği
- görülebilmektedir.

52 Karakaş ve Özsan, a.g. makale. s. 9.

- Türkiye'deki ipotekli konut finansmanına ilişkin hukuki yapı başlıca ülkelerle karşılaştırıldığında;
- ABD, İngiltere, Almanya, Fransa ve İspanya örneklerine göre geride olduğu,
- Romanya, Bulgaristan ve Hırvatistan gibi ülkelere göre çok daha ileride olduğu görülmektedir.

KAYNAKLAR

Ali Hepşen, *Gelişmiş Ülkelerdeki İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetleştirme Uygulamaları*, http://www.alomaliye.com/2008/ali_hepsen_gelismis.htm (erişim tarihi 06.03.2011)

Ayşegül Durmaz, *İpotekli Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Bu Sistemi Uygulayan Ülkelerde Mortgage Kullanım Miktarlarına Etki Eden Faktörlerin Analizi*, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, Muğla.

BDDK Çalışma Tebliği, *ABD Mortgage Krizi*, sayı 3:Ağustos 2008.

Cansu Şarkkaya, *Kurumları ve Araçlarıyla Konut Finansmanı : ABD ve Türkiye Örneği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, İstanbul.

Cem Karakaş ve Onur Özsan, *Türkiye'de ve Doğu Avrupa Ülkelerinde İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet Piyasalarının Durumu*, Active Dergisi, Mayıs-Haziran 2004. http://www.makalem.com/Search/Article-Details.asp?nARTICLE_id=3027 (erişim tarihi : 07.03.2011)

Erdem Gülşen, *İpotekli Konut Finansman Sistemi Mortgage*, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Fahri Dutçu, *İpotekli Konut Finansmanı Sisteminde Menkul Kıymetleştirme*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, Antalya.

Hakan Habercuma, *Mortgage Konut Finansman Sistemi ve Türkiye'deki Yapı*, M.Ü. Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Halil Doğru, *Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage*, Doğru Hukuk Yayınları, 2007, İstanbul.

http://en.wikipedia.org/wiki/Mortgage_law (erişim tarihi, 06.03.2011)

<http://www.mortgagecases.com/laws/> (erişim tarihi, 06.03.2011)

<http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=2008430&subid=0&ct=c> (erişim tarihi: 01.03.2011)

Jack Guttentag, *The Mortgage Encyclopedia*, Secondth Edition McGraw Hill, mortgage maddesi,2010, s. 138

Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.

Murat Aydoğdu, *Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, 2007.

Murat Berberoğlu, *Mortgage-İpotekli Konut Finansman Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye’de Uygulanabilirliği*, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi Sayı: 2, 2009.

Mustafa Topaloğlu, *Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, 2008, sayı 1-2.

West’s Encyclopedia Of American Law, Thomson Gale, Secondth Edition, Volume 7, 2005, USA.

Yücel Ayrıçay ve Uğur Yıldırım, *İpoteğe Dayalı Konut Finansman Sistemi ve Son Düzenlemeler Işığında Sistemin Türkiye’de İşleyişi*, Selçuk Üniversitesi Karaman İ.İ.B.F. Dergisi, Sayı: 12, Haziran 2009.

CEZA YARGILAMASI SÜRECİ

THE PROCESS OF CRIMINAL JUSTICE

Ersan ŞEN*

Özet : Bu çalışmamızda, soruşturma ve kovuşturmayı kapsayan ceza yargılamasının uygulamada ne gibi temel esaslarla yürütüldüğü ve ne tür sorunlarla karşılaştığı irdelenmiştir. Ayrıca, tutuklamanın bir tedbir olduğu, ceza olmadığı, kısa süreli uygulanması gerektiği, bu tedbirle şüpheli ve sanığın kaçması veya delillerin karartılmasının önüne geçilmesi gerektiği ile uygulamada şüpheli-sanık-mağdur haklarının nasıl korunduğu ve korunması gerektiğine dair açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Ceza, tutukluluk, delil, soruşturma, kovuşturma, örgüt, telefon.

Abstract : In this research, we have examined basic principles, issues and problems of investigation and prosecution procedures in practice regarding Criminal Investigation. Also arrest with a warrant is a measure of protection of evidence, not a verdict and has to be in short time period also it has to prevent the suspect or accused is going to fly, or that he is going to attempt to destroy the evidence and it is referred explanations to the statement about rights of suspected- defendant- aggrieved which method is used to protect and should be used to protect in practice.

Keywords : Criminal, pre-trial detention, exhibit, investigation, prosecution, organisation, phone.

Şüpheli ve sanık sayısının çok olduğu soruşturma ve kovuşturmalarda, yargılamalar yönünden uygulamada izlenen ortak usul genellikle şu şekildedir;

- 1- Önce kim olduğu bilinmeyen bir kişi tarafından telefon veya mektupla kolluğa suç ihbarı yapılır.
- 2- Sonra kolluk savcılık makamına giderek, ihbarın aciliyet ve önemi ile suçun örgütlü işlendiği gerekçesine binaen iletişimin de-

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

netlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinden birisi veya birkaçı için hakimden karar alınmasını talep eder¹. Savcı bu acil talepten hareketle, delil toplama yöntemleri için CMK tarafından öngörülen şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği yönünden tam olarak değerlendirme imkanı bulmaksızın nöbetçi hakime başvurur.

- 3- Hakim, bu acil talebi inceler ve CMK m.135 ila 140'a göre koruma tedbirlerinden birisine somut gerekçelerle karar vermesi gerekirken, özellikle örgütlü suçlarda tüm koruma tedbirlerinin tatbikine karar verir. Hakim, kişi hak ve hürriyetlerine çok önemli müdahaleler içeren bu tedbirlerin şartlarının somut olayda oluşup oluşmadığını, ya iş çokluğundan ya da zaman darlığından yeteri kadar incelemeksizin karar verir. Oysa arama ve elkoyma tedbirleri, kişinin özel hayat hakkına kısıtlama getiren önemli ceza yargılaması vasıtaları arasında yer almaktadır. Arama ve elkoyma tedbirlerinin CMK m.119 ve m.127'ye uygun yapılması, aynı şekilde bilgisayar programlarında, hafızalarında yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin de CMK m.134'de gösterilen şekilde yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller gündeme gelecektir. Belirtmeliyiz ki, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller yargılamanın hiçbir aşamasında delil olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez (1982 Anayasası m.38/6, CMK m.206/2-a, m.217/2).

1 Suç örgütünü kurmak ve yönetmek ile bu örgüte üye olmak suçları yönünden, suç örgütünün işlemeyi amaçladığı suç ve suçların en azından hazırlık hareketleri ile ilgili ciddi bulgu, emare ve deliller mevcut değilse, suç örgütünün varlığından bahisle soruşturma başlatılması da mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, soyut olarak örgüt kurma suçu olamayacağı gibi, suç örgütü kurma ile ilgili amaç suçlarının işleneceği bulgularına ulaşamadığında da ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Bizce, suç örgütü kurma ve yönetme ile bu örgüte üye olma suçları, kasten insan öldürme, yağma, dolandırıcılık, sahtecilik, kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, terör suçları gibi bazı suç tiplerinin ağırlaştırıcı nedeni sayılmalıdır. Bununla birlikte, suç örgütü fiilinin bağımsız suç olarak kabul edilmesi suretiyle düzenin ve kamu barışının sağlanacağı düşünülmekte ise, bu noktada ceza sorumluluğunun doğabilmesi için örgütün en azından bir amaç suç işlemeye teşebbüs etmesi gerekir. Suç örgütü kurma fiili bağımsız suç kabul edildiğine göre ve amacı olmayan bir örgütlenme de olmayacağından, suç örgütü bir veya birkaç amaç suçun işlenmesi amacıyla kurulmalı ve bu suçların işlenmesine dair TCK m.220/1'de gösterilen unsurlarla ilgili bulgulara ulaşılmalıdır. Ancak bu halde, bağımsız bir suç tipini tanımlayan TCK m.220/1 kapsamında suç örgütünün varlığından bahsedilebilir.

- 4- Bu andan itibaren, sayısı başta birkaç kişi olan şüphelilerden hareketle en az altı aylık dinleme ve teknik takip tedbiri uygulanmaya başlar. Tüm bu aşamalar soruşturmanın gizliliğine uygun yürütülür. Çünkü faillerin kaçmaması ve delillerin karartılmaması, özellikle işlenen suçun olup olmadığı ve faillerinin tam manası ile tespiti için gizliliğe önem verilir. Hatta sulh ceza hakimliğinden veya nöbetçi hakimlikten CMK m.153/2 gereğince alınan kısıtlılık kararı ile savunma hakkı daraltılır, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin birçok kararına rağmen, şüphelinin gözaltına alınmasına ve tutukluluğa sevk edilmesine, hatta tutuklanmasına gerekçe olduğu ileri sürülen deliller, bu kısıtlılık kararı dayanak gösterilmek suretiyle şüphelinin ve müdafinin bilgisine ve görgüsüne sunulmaz.
- 5- Tüm bu aşamalarda kolluk ve savcılık makamı birlikte hareket eder, hukuk kuralları çerçevesinde savcılık makamı soruşturmanın başı olmakla birlikte, uygulamada esas itibariyle adli kolluğun olmayışı ve savcı sayısındaki yetersizlik gibi nedenlerle soruşturma kolluğun kontrolünde sürdürülür.
- 6- Kolluk, tüm delilleri topladığına veya daha fazla beklemenin failleri ve delilleri elde etmede sorunlara yol açacağına inanmakta ise, işi daha fazla uzatmadan savcılık makamı vasıtasıyla yakalama, gözaltına alma, arama ve elkoyma tedbirlerini eşzamanlı düzenlenen bir operasyonla uygulamaya koyar, çok sayıda insanı yakalar, savcılık kararı (emri) ile bu kişiler gözaltına alınır, artık bu aşamada toplu suçlarda uygulanan azami dört günlük gözaltı süresi işlemeye başlar, arama ve elkoymalar yoluyla çok sayıda bilgisayara, cep telefonuna, banka hesaplarına, kağıt ve belgeye elkonulur. Şüpheli sayısı fazla olan ve kısıtlılık kararı verilen soruşturmalarda, gözaltına alınan şüpheli ve müdafii deliller gösterilmediğinden, ifade verilmeden ve sorgu yapılmadan önce, şüpheli ile müdafii arasında, savunma hakkının tam manası ile kullanılmasını sağlayacak şekilde diyalog kurulamaz. Bu kısıtlılık kararı, kamu davası açılıncaya kadar devam eder. Bu sebeple, gerek gözaltında ve gerekse tutukevinde yedi gün yirmi dört saat şüpheli ile müdafinin görüşme imkanı olsa da, savunma hakkının layığı ile kullanıldığı söylenemez. Bu aşamada müdafii, hukuki yardımda bulun-

maya çalıştığı şüpheliye sadece psikolojik açıdan destek verebilir ve kısıtlılık kararı devam ettiği müddetçe şüpheliye yeterli hukuki yardımda bulunamaz.

Soruşturma aşamasında CMK m.152’de yer alan, “*Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir.*” hükmü gerekçe gösterilerek, aynı avukatın birden fazla şüpheli ile görüşmesi engellenmektedir. Soruşturma aşamasındaki bu engellenmenin hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz. CMK m.152, daha ifade verme aşamasında bulunmayan şüpheli ile avukatının görüşmesinin engellenmesinin dayanağı olamaz. Birden fazla şüpheli veya sanığın yararlarının birbirine uygun olup olmadığını tespit ve takdir yetkisi müdafie aittir. Savcılık makamı ve hakim ile mahkeme, bu konu ile ilgili olarak müdafii engelleyemez ve belki savunma sırasında sadece uyarabilir.

- 7- İlk ifadeleri, CMK m.148/4’e uygun olarak avukat yanında kolluk alır. Böylece, şüpheliden alınan ifadenin hukuka aykırı elde edildiği iddiasının sonradan ileri sürülmesinin ve kabulünün önüne geçilmesi sağlanır. Bizde, özel yetkili mahkemeler dahil olmak üzere ifadelerin önce kolluk tarafından alındığı ve savcının ise, gözaltında tutulmasına veya tutuklamaya sevkine gerek görmediği bazı kişileri ifadesini almadan veya hemen aldıktan sonra salıverdiği, ancak genellikle çok sayıda insanı tutuklanmaları amacıyla CMK m.100 kapsamında hakime sevk ettiği görülmektedir.

İfade ve sorgunun şekli ile usulü, CMK m.147 ile 148’e uygun yapılmalıdır. Şüpheli veya sanığa, yüklenen suç anlatılmalı, müdafii yardımından yararlanma hakkı olduğu, susma hakkının bulunduğu, lehine delillerin toplanmasını isteyebileceği bildirilmelidir. İfade alma ve sorgu sırasında şüpheli ve sanığın tüm beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. İfade alma ve sorgu sırasında, yüklenen suçun şüpheli veya sanığa tam olarak anlatılmadığı, hatta doğrudan doğruya sorulara geçildiği, kim olduğu, mali durumu, diğer şüpheli veya sanıkları tanıyıp tanımadığı ile ilgili hususların sorulduğu, bu şekilde CMK m.147’ye aykırı davranıldığı, yine hakkında kısıtlılık kararı bulunan soruşturmalarda telefon tapinglerinin şüpheliye dinletilmeyerek, tam olarak okutulmayarak ve subjektif yorumlar yapılarak sorular sorulduğu görülmektedir.

Bu tür ifade alma ve sorgu, CMK m.148/1'de yasak usullerden sayılan "aldatma" olarak değerlendirilmelidir. Aynı telefon tapesinden hareketle çok sayıda soru sormak suretiyle şüpheliyi yormaya yönelik ifade alma ve sorgu ise, yine CMK m.148/1'de yasak usullerden sayılan "yorma" kapsamına girecektir. CMK m.148/3'e göre, "Yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez".

CMK m.147/1-f'ye göre şüpheli ve sanığa, "Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır". Gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli haklarının korunması bakımından son derece önemli olan bu hüküm, maalesef bizde uygulama alanı bulamamaktadır. Soruşturma aşamasında bir yere kapatılan, yani gözaltına alınan ve tutuklanan şüpheli, bir de buna kısıtlılık kararı eklenmek suretiyle dosya içeriğini doğrudan doğruya veya müdafii vasıtasıyla görememesi eklendiğinde savunma hakkı tümüyle anlamını yitirmektedir. Şüpheliye, sahip olduğu lehine olan delilleri toplayabilme ve toplatabilme hakkının mutlaka kullanılması gerekir. CMK m.160/2 kapsamında bu yetkinin sadece savcılık makamına ait olduğu, hem CMK m.147/1-f karşısında doğru değildir ve hem de şüpheli lehine delilleri toplayıp değerlendirmekte savcılarının yeterli çabayı gösteremedikleri veya gösteremedikleri görülmektedir.

Esas itibarıyla, soruşturma aşamasında şüpheli ifadelerinin savcı tarafından alınması gerekir. Ancak uygulamada, savcı sayısındaki azlık ve iş yoğunluğu sebebiyle kolluk tarafından şüpheli ifadelerinin alındığı anlaşılmaktadır. Özel yetkili mahkemelerin görev alanına giren suçlarla ilgili yapılan soruşturmalarda ise, şüpheli ifadelerinin mutlaka savcı tarafından alınması gerektiğini ve bunun yasal dayanağının da CMK m.251/1 olduğunu ifade etmek isteriz.

Suç örgütü vasıtasıyla işlendiği iddia olunan amaç suçlarda cebir ve tehdidin kullanıldığı tespit edilmeden ve suçlara "suç örgütü" kavramından hareketle özel yetkili savcılık makamının soruşturma açıp yürüttüğü görülmektedir ki, bu uygulama yanlıştır. Aynı şekilde, suç örgütü vasıtasıyla cebir ve tehditle işlendiği iddia edi-

len ve bu konuda delillere ulaşılan soruşturmaların da özel yetkili savcılığa bırakılması, bu yönde bulgu ve tespitler olduğu halde özel yetkili olmayan savcılık tarafından soruşturmanın yürütülmesi ve kamu davasının açılarak, yargılamanın gereksiz uzamasına sebebiyet verilmemesi gerekir.

Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahisle CMK m.250 ile görevli ve yetkili cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerce soruşturma ve kovuşturma yürütülebilmesi için mütmen suçların cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi zorunludur. Dolayısıyla, CMK m.250 ile görevli savcılık ve mahkemeler tarafından bir ön mesele olarak, somut olayda cebir ve tehdidin varlığının araştırılması zorunludur. Cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle suç işlendiği konusunda yeterli şüphe ve delil elde eden özel yetkili savcılık, bu tespitinin ardından somut olayda TCK m.220'de yer alan tüm unsurları taşıyan bir suç örgütünün varlığını araştırmalıdır.

TCK m.220 kapsamında bir örgütün varlığından bahsedebilmek için somut olayda, en az üç kişinin suç işlemek amacıyla biraraya gelmesi, bu kişiler arasında devamlılık içeren hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, bu kişilerin örgütün araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye muktedir olması zorunludur.

Suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan amaç suçun soruşturması izne veya başvuru yapılmasına bağlı ise, öncelikle bu izin veya başvurunun alınması ve sonrasında suç örgütü kurmak veya yönetmek fiilinden soruşturma başlatılması gerekir. İşlenmesi amaçlanan ve en azından teşebbüs edilen suç olmaksızın suç örgütü kurmak ve yönetmek ile bu örgüte üye olmak suçlarından bahsedilemez. Amaç suç vergi kaçakçılığı ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. Yine 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesine göre, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde sayılan suçların soruşturulabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulması gerekmektedir. İşte bu başvurular yapılmamışsa, örgütlü suçlulukla ilgili soruşturma da başlatılmamalıdır.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün varlığından bahsedilmek için, örgütün hangi suçları işlemek amacıyla kurulduğu tespit edilmelidir. Suç sayılmayan ancak hukuka aykırılık taşıyan fiilleri gerçekleştirmek için kurulmuş olsa da, amacı ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiilleri işlemek olmayan bir örgütlenme TCK m.220 kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, 14.04.2011 tarihinde 6222 sayılı Kanununun 11. maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte şike ve teşvik primi verme fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Bu tarihten önce gerçekleştirilen şike ve teşvik primi verme fiilleri, belki disiplin hukuku ve özel hukuk anlamında hukuka aykırı sayılabilirdi, fakat “suçta ve cezada kanunilik” prensibi gereğince suç olarak nitelendirilemez. Bu sebeple, 14.04.2011 tarihinden önce şike ve teşvik primi fiillerini gerçekleştirmek amacıyla gerekli araç ve gerece sahip en az üç kişinin hiyerarşik bir ilişki çerçevesinde anlaşmaları ve hukuka aykırı bu fiilleri gerçekleştirmeleri durumunda, diğer tüm unsurlar mevcut olmasına rağmen amaç suç bulunmaması sebebiyle somut olayda TCK m.220’nin unsurlarının oluştuğundan bahsedilemez. Hukuka aykırı fiil işlemek için birleşmiş olsa da, ifa ettiği fiiller suç teşkil etmeyen bir topluluk, suç işlemek için kurulan bir suç örgütü olarak nitelendirilmez.

Uygulamada, bu hususlar dikkate alınmaksızın özel yetkili savcılıklar tarafından soruşturmalar yürütülmekte, davalar açılmakta ve yapılan yargılama sonucunda veya temyiz aşamasında, somut olayda cebir veya tehdit ile işlenen suç veya suç işlemek için kurulmuş bir örgütün bulunmadığından bahisle görevsizlik kararları verilmektedir. Özel yetkili savcılıklar ve mahkemelerce yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın özel usuller çerçevesinde yürütüldüğünden, şüpheli ve sanık haklarının daha fazla kısıtlandığını, işaret ettiğimiz hatalı uygulamanın hukuka aykırı olduğunu belirtmek isteriz.

Özel yetkili savcılıklar ve ağır ceza mahkemeleri yalnızca CMK m.250/1’de gösterilen suçların soruşturma ve kovuşturmasını yapabilir. Bunun dışında suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmaları özel yetkili ağır ceza mahkemesi ve savcılığı kapsamında soruşturulup kovuşturulması mümkün değildir. Görevli olmayan hakim veya mahkemenin karar ve tasarruflarının akıbeti, CMK m.7’ye göre belirlenmelidir. Bu maddeye göre, “Yenilenmesi müm-

kün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemelerce yapılan işlemler hükümsüzdür". Ancak savcılık makamının iş ve işlemleri bu madde kapsamında değerlendirilemez. Bu sebeple, özel yetkili savcılık makamı tarafından CMK m.135'e uygun şekilde alındığı anlaşılan iletişimin denetlenmesi karar ve sonuçları, soruşturmaya konu suçun özel yetkili ağır ceza mahkemesi ve savcılık makamının görevine girmediği sonradan anlaşılrsa bile, yine de soruşturma aşamasında elde edilen iletişimin denetlenmesi tedbiri sonuçları geçerliliğini koruyacaktır. Ayrıca CMK m.7, yenilenmesi mümkün olmayan iş ve işlemlerin geçerli olduğunu belirtmek suretiyle iletişimin denetlenmesi karar ve sonuçlarını delil olarak kullanılabileceğini ortaya koymuştur.

- 8- Tutuklama tedbirinin uygulanmasında, CMK m.100/3 hükmü kötüye kullanılmaktadır. CMK m.100/3'e göre, Kanunda yazılı bazı suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedeni varsayılabilir. Şüphelinin CMK m.100/3'de yazılı suçlardan herhangi birisini işlediğine dair kuvvetli şüphe olsa bile, hükümde yazılı olan "*varsayılabilir*" ibaresinden hareketle tutuklama kararı veya tutukluluğun devamına karar vermek hukuka aykırıdır. Sadece şüphe tutukluluk için yeterli görülemez. Tutuklama tedbirinin temelinde "*şüphe*" zaten olmak zorundadır. Tutuklama tedbirine başvurulmasında, şüpheli ve sanığın somut olarak adaletten kaçma veya delilleri karartma ihtimalinin ciddi biçimde bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

Tutuklama tedbirinin olmazsa olmazı, şüpheli veya sanığın kaçacağına veya delil karartacağına yönelik ciddi şüphenin somut olarak tespiti kabul edilmeli, şüphe hali ise "*kuvvetli şüphe*" değil, "*yeterli şüphe*" olarak aranmalıdır. Hakimler, "*kuvvetli şüphe*" ölçütünün değerlendirilip, tutuklama talebinin kabul veya reddi kararına bu ölçütle ilgili gerekçe yazılması halinde işin esasına girileceği ve tarafsızlıklarını kaybedeceklerini düşünmekte ve kararlarına, CMK m.100'de belirtilen soyut tutuklama gerekçelerini yazmakla yetinmektedirler. Bu tür kararlar, net bir şekilde CMK m.100/2'ye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5/1-c'ye ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin müstekar içtihatlarına aykırıdır².

2 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Çetin Ağdaş-Türkiye, Başvuru No: 77331

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında, tutuklama tedbirinin ön şartı olan “suç şüphesi” için “makul şüphesiz” ölçütünü aramaktadır³. CMK m.100/3’de gösterilen katalogda yer alan suçlar dahil olmak üzere, ceza türü ve miktarı bakımından CMK m.100/4’e göre tutuklama tedbiri uygulanma yasağı bulunan tüm suçlarla ilgili sadece kuvvetli suç şüphesi varlığından bahisle tutuklama kararı verilemez. Suçun işlendiğine dair şüphenin yanında mutlaka şüpheli ve sanığın adaletten kaçacağına veya delilleri karartacağına dair şüpheyi destekleyen somut olguların varlığı durumunda tutuklama tedbirine başvurulabilmelidir. Ancak tüm bu şartların birlikte gerçekleşmesi halinde bile, CMK m.109 ve 110’da düzenlenen adli kontrol tedbirinin tutuklama tedbiri yerine uygulanması öncelikle gözetilmelidir. Çünkü CMK m.101/1’e göre, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağına dair somut hukuki ve fiili nedenler gösterilmedikçe tutuklama tedbirine başvurulamaz. Belirtmeliyiz ki, CMK m.109’a göre uygulanacak adli kontrol tedbirleri türlerindeki azlık ve yetersizlik nedeniyle somut olarak delilleri karartma ihtimalinin varlığı halinde, tutuklama tedbiri yerine adli kontrolün uygulanmasında zorluk vardır. Bunun aşılabilmesi için, elektronik kelepçe ve evde gözetim altına alma türünde yeni tedbirlerin CMK m.109’a eklenmesi suretiyle delil karartmanın önüne geçilmesi sağlanabilir. Ayrıca, adli kontrol tedbirinin etkin biçimde uygulanmasını engellediğinden, CMK m.109/1’de yer alan “üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç” ibaresi kaldırılmalıdır.

CMK m.100/3’de gösterilen suçlara dahil olmayan bir suçun şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda, dosya örgüt kapsamına dahil edilerek yargılama özel yetkili mahkeme veya savcılıklarda devam ettirilip, savunma hakkı ihlal edilmektedir. Türk Ceza Hukuku’nun bütünü bakımından suç örgütü kurma ve yönetme ile örgüte üye olma ve bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarının bağımsız bir suç tipi değil, ya Türk Ceza Kanunu’nun Genel

/01, 19.09.2006; Mehmet Yavuz-Türkiye, Başvuru No: 47043/99, 24.07.2007; Getiren-Türkiye, Başvuru No:10301/03, 22.07.2008; Fırat-Türkiye Başvuru No:37291/04, 30.06.2009; Cahit Demirel-Türkiye, Başvuru No: 18621/03, 07.10.2009.

3 Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, W.-İsviçre, Başvuru No:14379/88, 26.01.1993.

Hükümler bahsinde bir suç katalogu altında veya bazı suçların nitelikli halleri olarak her suç tipinin tanımında suçun ağırlaştırıcı sebebi olarak gösterilmesi daha isabetli olacaktır. Kişi hak ve hürriyetlerinin Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku açısından korunması, suç örgütü fiilinin bağımsız bir suç saymaktan ziyade bazı suçların ağırlaştırıcı hali olarak düzenlemek suretiyle sağlanabilecektir.

Bunun yanında, CMK m.100/3'te gösterilen suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı yönündeki değerlendirme çoğu zaman hatalı olabilmektedir. Tutuklama kararı sadece kuvvetli suç şüphesine dayandırılmakta, adaletten kaçma ve delil karartma ihtimali soyut olarak varsayılmaktadır. Bu uygulamanın hatalı olmasının yanında, kuvvetli suç şüphesinin oluşmasına yegane dayanak telefon tapeleri gösterildiği halde, bunları somut ve destekleyici delillere soruşturma dosyasında yer verilmediğinde, *"kuvvetli suç şüphesi"* ölçütünün tespitinde yanlış sonuca varılabilmektedir.

Uygulamada, soruşturmaya ve kovuşturmaya konu suçun Kanunda gösterilen cezasının ağırlığı veya şüpheli/sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan cezanın ağırlığı ya da soruşturma ve kovuşturmaya konu suçun Kanunda gösterilen cezasının alt ve üst sınırları ile şüpheli/sanık hakkında uygulanması muhtemel cezanın ağırlığı gibi gerekçelerle tutuklama ve tutuklamanın devamı kararlarının verildiği görülmektedir. Tutuklama tedbirini düzenleyen CMK m.100'de bu tür bir tutuklama sebebi gösterilmediği gibi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de tutuklama tedbirinin tatbikinde bu yönde bir gerekçe bulunmamaktadır⁴. Tümü ile yanlış, tutuklama tedbirinin uygulanma amaç ve fonksiyonuna aykırı bu tür gerekçelerin hukuka aykırı olduğunu belirtmek isteriz. Tutuklama, yalnızca adaletten kaçma veya delillerin karartılmasının önlenmesi amaçları için başvurulabilecek bir ceza yargılaması tedbirinden ibarettir.

4 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 27.06.1968 gün ve 2122/64 başvuru numaralı Wemhoff/Almanya kararına göre, sanık hakkında uygulanacak cezanın ağır olması ihtimali tutuklama tedbirinin tatbiki için yeterli görülemez.

- 9- Şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda, arama ve elkoyma süreci ile başlayan ve çoğunlukla yakalama, gözaltına alma ve bazen de davet ya da zorla getirme ile devam eden aşamalarda, şüpheli ile müdafinin görüşebilmesi, kollukta ve savcılıkta ifadelerin alınması, sonrasında tutuklamaya sevk edilenlerinin sorgularının yapılması son derece zor ve zahmetli olup, şüpheli ve müdafileri bakımından uzun süre beklemeye yol açmaktadır. Yaklaşık bir yıl soruşturma yapıp, telefon dinleme, gizli soruşturmaya başvurma, teknik araçlarla izleme gibi yöntemlerle tüm delil ve emarelere ulaşarak, şüphelinin kaçma ihtimali olmadığı halde, hala karartılacak deliller olduğundan bahisle bu ibareye soyut olarak yer verilip, adli kontrol tedbirini uygulamak yerine tutuklama tedbirine başvurmak yanlıştır. Şüphelinin kaçma ihtimalinin bertaraf edildiği hallerde, tutuklama tedbirine başvurmak bu tedbiri amacından saptırır, bu tedbirin ceza olarak algılanmasına, korkutucu olmasına ve bir silah olarak kullanılmasına yol açar. Ancak uygulamada, “projeli çalışma” olarak adlandırılan soruşturmalarda, suç örgütü suçunun son ana kadar işlendiği ve “operasyon” adı altında yapılan soruşturmaların etki derecesi dikkate alınarak, özellikle gözaltına alma, arama ve elkoyma ile tutuklama tedbirlerine ve bu tedbirlerin dayanağı olarak da telefon dinleme tedbirine istisna olmaksızın başvurulduğu görülmektedir.
- 10- Özel yetkili savcılıklar ve mahkemeler tarafından gerçekleştirilen bir diğer önemli sorun da, aralarında CMK m.8, 9 ve 11 çerçevesinde bağlantı bulunmayan fiillerin aynı dosya üzerinden yürütülmesinde yaşanmaktadır. CMK m.8’de, bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunması durumları ile suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme fiillerinin bağlantılı suç olarak kabul edileceği düzenlenmiş ve CMK m.9’da bağlantılı suçlardan herbirisi değişik mahkemelerin görevine giriyor olsa da, birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin haricinde 11. maddede, davanın esasını gören mahkemenin birden çok dava arasında bağlantı olduğunu tespit etmesi durumunda bu bağlantının 8. maddede gösterilen türden olmasa bile bu davaların birleştirilebileceği kabul edilmiştir.

Özel yetkili mahkemelerce yürütülen soruşturmalar, CMK m.8, 9, 10 ve 11. maddelerinde yer alan bağlantı kuralları çerçevesinde olmayan suçlar aynı dosyalarda birleştirilmekte ve aynı davalarda görülmektedir. Yasal dayanak olmaksızın, yalnızca isnad edilen suçun aynı olduğundan bahisle (özellikle suç örgütü kurma ve yönetme adı altında) yapılan bu uygulamanın kabulü mümkün değildir.

- 11- CMK m.157'ye göre, *“Kanunun başka saydığı haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir”*. Kanun koyucu bu hükümde prensip olarak, savunma hakkını üstün tutmuş, telefon dinleme, arama ve elkoyma gibi tedbirlerin gizli olarak yapılmasının ötesinde savunma makamı tarafından soruşturma dosyasının incelenmesine ve dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasına kısıtlama getirmemiştir. Doğru olan da budur, çünkü suçlanan kişinin ne ile suçlandığını, lehine ve aleyhine delillerin neler olduğunu bilme hakkı vardır. Ancak, bu bilgiye ulaşılması sayesinde şüphelinin savunma hakkını kullanabilmesi mümkündür. Bu hükmün istisnası ise, CMK m.153/2' de gösterilmiştir. Bu hükmeye göre, *“Müdafiin dosya içeriği incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararı ile bu yetkisi kısıtlanabilir”*. İlk bakışta, bu kısıtlamanın yalnızca müdafi için getirildiği ve şüpheliyi kapsamadığı düşünülebilir. Gerçekten de hükmün lafzı incelendiğinde, kısıtlamanın müdafi yönünden düzenlendiği görülmektedir. Ancak *“Savunma”* başlığı altında düzenlenen CMK m.153/2'nin yalnızca müdafiden söz etmesi, bu kısıtlamanın öncelikle şüpheliye de uygulanabileceğini göstermektedir. CMK m.150/3' de düzenlenen zorunlu müdafiin tayinini gerektiren suçlarda bile, soruşturma dosyasının müdafi tarafından incelenemeyeceğini, ancak kendisine hukuki yardımda bulunulan şüpheli tarafından incelenebileceğini söylemek isabetli olmadığı gibi, CMK m.153/2'nin amacı ile de ters düşmektedir. Bu sebeple, CMK m.153/2'nin kişi yönünden getirdiği sınırlama kapsamına müdafiin yanında şüpheli de dahil edilmelidir.

CMK m.153/2'nin savunma makamına getirdiği kısıtlamanın elbette kabulü mümkün değildir. Ancak bu hüküm yürürlükte ol-

duğuna göre, en azından uygulanma imkanını savunma hakkına en az zarar verecek şekilde daraltmak isabetli olacaktır. CMK m.153/2'nin lafzına göre kısıtlama müdafii, ya dosya içeriğini incelemesine veya belgelerden örnek almasına getirilebilmekte, buna dayanak olarak da soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesinin önlenmesi gösterilmektedir. Esasında hükümde geçen "veya" ibaresi yerine "ve" kullanılması gerekirdi. Çünkü bu kısıtlamaların her ikisinin birlikte uygulanmasının bir anlamı bulunmaktadır. En azından dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasını serbest bırakıp da, dosyanın incelenmesini kısıtlamanın bir yararı yoktur. Çünkü dosyadaki belgelerden örnek alan müdafii ve şüpheli, bu andan itibaren dosyayı da incelemiş sayılacaktır. Bu sebeple, dosyanın incelenmesini mümkün kılan, fakat dosyada mevcut belgelerden örnek alınmasını önlemeyen bir düzenlemenin öngörülmesi yerinde olacaktır. Böylece, müdafii tarafından soruşturma dosyasının incelenebilmesinin önü açılacaktır. Bu durumda savcılık makamı, ya soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadaki belgelerden örnek almayı kısıtlamayı birlikte tercih edecek ya da soruşturma dosyasının tümünün veya bir kısmının incelemeye açılmasını, ancak soruşturma dosyasının tümünden veya bazı belgelerden örnek alınmasını engellenmesini talep edebilecektir. Elbette savunma hakkını kısıtlamaya yönelik tüm bu istisnai taleplerde, kısıtlama kararının dayanağı olarak "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme" ön şartının var olduğunun somut olarak ortaya konulması gerekmektedir.

CMK m.153/2 gereğince kısıtlılık kararı alınmış soruşturmalarda en önemli sorunlardan birisi de, uygulanan koruma tedbiri kararları ve bu kararların gerekçelerinin şüpheli ve müdafii tarafından görülememesinde yaşanmaktadır. Koruma tedbiri talepleri, kararları ve bu kararların uygulanmaları ile ilgili olarak şekil ve esas bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi, şüpheli ve sanık haklarının korunması açısından çok önemlidir. Uygulamada, bu kararlar ile uygulanan tedbirler sonucunda elde edilen deliller şüpheli ve müdafiiye gösterilmeksizin şüphelinin beyanı alınmakta ve bu suretle tedbirler hukuka aykırı olarak tatbik edilmiş olsa da, alınan beyanlardan hareketle mahkumiyet kararları verilmektedir.

Oyçokluğu ile alınan ve hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delilleri hukuka uygun sayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı kararında özetle, *"Her ne kadar sanığın evinde yapılan arama ve elkoyma hukuka aykırı olup, bu arama sonucunda elde edilen hint keneviri bitkisinin hukuka aykırı delil olduğu kabul edilse de, sanığın ihbarla uyum gösteren ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde imal etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut bulunmuştur."* gerekçesine yer verilmiştir. Bu karara ve gerekçesine katılmadığımızı, çünkü hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin de hukuka aykırı sayılıp yargılamada kullanılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerek Anayasa m.38/6 ve gerekse CMK m.206/2-a ve m.217/2, bu düşüncemizde ne derece haklı olduğumuzu ortaya koymaktadır.

Esas itibarıyla, hukuka aykırı olarak tatbik edilen bir tedbirden hareketle ulaşılan diğer delillerin de yargılamada kullanılabilirleri mümkün değildir (zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir). Bu sebeple, hakkında elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu konusunda değerlendirme yapabilmeye olanağı bulunmayan şüpheliden alınan beyanlar da yargılamada kullanılamaz. Bununla birlikte, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerden hareketle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını mümkün gören düşünce dikkate alındığında, CMK m.153/2 gereğince kısıtlılık kararı bulunan soruşturmalarda dosyada kısıtlılık kararı bulunduğundan bahisle susma hakkını kullanmak ve bu keyfiyeti ifade tutanağına şerh etmek, savunma hakkının kullanılmasında bakımından isabetli olacaktır.

Müdafiin dosyayı inceleme ve dosyadaki belgelerden örnek alma yetkisini kısıtlayan CMK m.153/2'nin son derece dikkatli ve amacına uygun tatbiki gerekmektedir. Savcılık makamına tanınan bu yöndeki talep yetkisinin ve bu taleple ilgili hakim kararının istisnai olması ve yalnızca somut olarak soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek bilgi ve belgelerin savunma makamından gizlenebilmesi gerekir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürsün veya düşürmesin dosyanın tümünün savunma makamından gizlenmesi, netice itibarıyla dürüst yargılanma hakkı zedeleyecek

ve savunma hakkının layığı ile kullanılmamasına yol açacaktır. CMK m.153/2, savunma hakkının kısıtlanması pahasına dosyanın tümünün incelenmesinin engellenmesini ve dosyadaki belgelerin tümünden örnek verilmemesini kapsamamaktadır. Burada önemli olan ölçüt, soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğinin somut tespitidir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek bir durum yoksa, dosyanın savunma makamının en azından kendileri ile ilgili bölümünün incelemeye açılması gerekir. Örneğin, savcılık makamının tutuklamaya sevk yazısı ile tutuklamaya sevke yönelik delilleri savunma makamından gizlemesi kabul edilemez.

CMK m.153/2 ile benzer hükme yer veren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m.10/d'nin bu yönden gözden geçirilmesi, bu hükümlerin yeniden düzenlenmesi, kısıtlılık kararına ilişkin şartların somutlaştırılması ve bu konuda karar verilirken somut gerekçelerin gösterilmesi isabetli olacaktır⁵.

Projeli operasyonların hemen hepsinde CMK m.153/2 veya 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/d maddesi hükümleri gereğince kısıtlılık kararı alındığından, şüpheli ve avukatları tarafından soruşturma dosyası içerikleri görülememektedir. Bu nedenle, soruşturma aşamasında savunma hakkının kısıtlandığı, tam manası ile kullanılmadığı, şüpheli sayısının çok olduğu ve belge sayısının klasörlere sığmadığı soruşturmalarda yüzeysel yapılan incelemeler ve sorgu sonucunda tutuklama tedbirine çok fazla ve uzun süreli başvurulduğu görülmektedir.

CMK m.153/2 gereğince verilen kısıtlılık kararına rağmen, kamuoyunda merak uyandıran olaylarla ilgili soruşturmalarda bilgi

5 Kanaatimizce, CMK m.153/2 gereğince kısıtlama kararının mutlaka hakim tarafından verilmesi zorunlu iken, bu kararın cumhuriyet savcısı tarafından her zaman kaldırılması veya daraltılması mümkündür. Savcılık makamı, hakkında kısıtlama kararı verilen dosyanın kısmen veya tamamen savunmanın incelemesine açılmasına veya dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin savunma makamı tarafından alınmasına, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydı ile izin verebilir. Kısıtlılık kararı kaldırıldığında veya iddianame kabul edilip kamu davası açıldığında savunma makamının, savcılık makamının iznine ihtiyacı olmaksızın dosyanın tümünü görme ve dosyada mevcut belgelerden harçsız olarak örnek alabilme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

kirliliği oluşmaktadır. Bu bilgi kirliliğinin önlenmesi gerekir. Kamuoyuna mal olmuş soruşturmalarla ilgili doğru bilgi verebilmesi amacıyla savcılık makamının halkı bilgilendirmesi isabetli olacaktır. Bu bilgilendirmeler, soruşturmanın dürüst yürütülmesine ve masumiyet karinesinin korunmasına hizmet edecek, “benim savcım/mahkemem - senin savcın/mahkemen” anlayışının önüne geçilebilecektir. Savcılık makamı tarafından başka asılsız bilgilere itibar edilmemesi gerektiği de vurgulanmalıdır. Ayrıca, soruşturma dosyasına ait bilgi ve belgelerin basın-yayın organlarıncı ifşa edilmesine gerekçe olarak basın hürriyetinin gösterildiği görülmektedir ki, bunun kabulü mümkün değildir.

- 12- Ülkemizde yargılamaların çok uzun sürdüğü dikkate alındığında, soruşturmanın tutuklama tedbirinin uygulanıp uygulanmaması meselesine dönüştüğü, tutuklananlar için uzun bir yargılama sürecinin başladığı, bu açıdan tutuklamanın bir tedbirden çok ceza halini aldığı, tutuklanmayanların ise kurtulduklarını düşündükleri bir gerçektir. Toplumun algısı da bu yöndedir. Ülkemizdeki yargılamalar, yapılan soruşturma ve kovuşturmalar sonucunda en kısa sürede gerçeğe ve adalete ulaşılmasını amaçlayan şekilde değil, tahliye talepleri ve tutukluluğun ortadan kaldırılmasına yönelik olarak devam etmektedir.

Günümüzde tutuklama tedbirinin; yargısız infaz, şüpheliyi toplumdan uzaklaştırma veya kamuoyu oluşturmak amacıyla uygulandığı izlenimi doğmaktadır ki, tüm bunların tutuklama tedbirinin uygulanma amacı ile ilgisi bulunmamaktadır.

- 13- “Örgütlü suçluluk” kavramının çokça kullanıldığı, bu yolla özellikle telefon dinleme ve teknik araçlarla izleme yöntemlerine başvurulduğu, ancak CMK m.135 ve m.140’da gösterilen katalog suçlara uyulmadığı, örgüt üyelerinin dinlenip, bu dinlemelerden elde edilen delillerle tutuklama tedbirine başvurulduğu ve hatta mahkumiyet kararları verildiği, CMK m.135/2’ye göre dinlemesi yasak olan kişiler arasındaki konuşmaların delil olarak kullanıldığı⁶, somut

6 Hatta CMK m.135/2’ye göre, iletişimlerinin denetlenmesi yasak olan kişilerden elde edilen dinleme kayıtlarından hareketle sorular sorulduğu, bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanmayacaklarını sorulduğu, bu konuşma kayıtlarının soruşturma dosyalarına alındığı ve yargılamada kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Tüm bunlar hukuka aykırıdır.

delillerle desteklenmeyen telefon dinlemelerinin şüpheli ve sanığın aleyhine değerlendirildiği görülmektedir. Birbirleri ile ilgili ve ilgisiz suçlar, suça iştirak müessesesini bir kenara bıraktığı “suç örgütü” adı altında olaylar ve kişiler birlikte değerlendirilerek, uzun süren soruşturmaların sonunda kişi ve olaylar arasında bağlantı varmış gibi sunulmak suretiyle, yargılama içinden çıkılmaz hale getirilerek, CMK m.190/1’e aykırı şekilde yargılama süreci uzatılmaktadır.

Soruşturma aşamasında şüpheliye, kısıtlı soruşturmalarda net bilgi ve delil gösterilmeksizin dosyada yegane delil olarak yer alan altı ay veya bir yıl önceki telefon görüşmelerinde geçen cümlelerin ne olduğu ve o cümlelerde ne demek istediği soruların içine serpiştirilerek sorulmakta ve bu sorular tapelerin tam metni gösterilmeksizin yorum katılmak suretiyle şüpheliye yöneltilmekte, bu yolla şüpheliden kendisi veya başkası aleyhine ikrar ve beyan elde edilmeye çalışılmaktadır. Suç örgütü kapsamında yapılan soruşturmalar sırasında alınan ifadelerde, “Etkin pişmanlık” başlıklı TCK m.221 hatırlatılmak suretiyle şüpheliden ikrar ve beyanlar elde edilmesi hedeflenmektedir. Oysa bu madde, sadece amaç suçla karışmayan örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesinin suç örgütü suçlamasından kurtulmasına yönelik bir pişmanlık hükmü olup, suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan amaç suçların sorumluluğunu kapsamamaktadır. Bu maddenin amaç suçlar yönünden kapsamının genişletilmesi, ancak “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine uygun olarak yeni yasal düzenleme yapmakla mümkün olabilir. TCK m.220’nin mevcut düzenlemesi dikkate alındığında, şüphelinin amaç suç yönünden itirafta bulunması, ikrar ve beyanının “etkin pişmanlık” müessesesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Telefon dinlemenin hukuka uygun olması şartıyla elde edilen bu tür itiraf, ikrar ve beyan, sanığa cezanın alt haddenden verilmesinin ve sanık lehine ceza hukuku müesseselerinin uygulanmasının dayanağı olarak kullanılabilir.

Hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilmiş olmak kaydıyla bütün ispat vasıtalarının “delil” değeri vardır. Deliller; beyan, belge ve belirti (emare) olmak üzere üç türden oluşur⁷. “Beyan” olarak

7 Çalışmamızda delil türleri hakkında kısa açıklama yapmayı uygun gördük. Bu

adlandırılan deliller; tanık beyanları, şüpheli ve sanık beyanları ile müdahilin (katılanın) beyanlarıdır. Bu beyanlar, ceza yargılaması sürecinde karara esas alınabilir ve tek başına delil olarak kullanılabilir. “Belge” olarak adlandırılan deliller; yazılı, şekil tespit eden ve ses tespit eden belgeler olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Noter senetleri ve duruşma tutanakları birer yazılı belgedir. Fotoğraf, plan ve kroki gibi deliller ise, şekil tespit eden belgelerden sayılır. İfade ve sorgu sırasında şüpheli ve sanığın sesinin bant kaydı, ses tespit eden belge değerine sahiptir. “Belirti” olarak adlandırılan deliller ise; tabii ve suni belirti olarak ikiye ayrılır. Tabii belirti, suçta kullanılan veya suçtan elde edilen eşyaya ait iz ve eserler (tabanca yarası, bıçak izi, sahte para, fren izi) olabileceği gibi, şahsa ait iz ve eserlerden de (şüpheli ve sanığın kan grubu, parmak izi, olay yerinde bulunan saç teli) oluşabilir. Suni belirti ise, tabii olarak kendisini gösteren değil, insan tarafından oluşturulan işaret ve alametlerdir. Suçun işlenmesi sırasında şüpheli ve sanık tarafından giyilen üniforma, vücuda yapılan dövme, elbiseye takılan bir nişan veya rozet birer suni belirti niteliğini taşımaktadır. CMK m.135 kapsamında iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tüm kayıtlar, bu sırada yapılan ses tespitleri belirti delili sayılacaktır⁸. Gerek tabii belirti ve gerekse suni belirti delilleri kuvvetli olmadıklarından ve tek başlarına dayanak olarak gösterildikleri iş ve işlemin varlığını kanıtlayamadıklarından, tek başlarına delil olarak ispat güçleri bulunmamaktadır.

konuda yararlanılan kaynak ve geniş açıklama için bkz. Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ocak 2008, s.660-688.

- 8 Kunter - Yenisey - Nuhoglu, a.g.e. s.687. Doktrinde Ünver - Hakeri, Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili 2001 Tasarısı'nın 108/3. maddesi hükmü ile gerekçesine yer vermek suretiyle bu sonuca varmışlardır. Tasarının 108/3. maddesi hükmünde, “yukarıdaki fıkralar gereğince gerçekleştirilecek kayıt ve saptamalar, yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak kullanılamaz.” denilmekte idi. Bu hükmün gerekçesine göre, “... ifade alma ve sorguda isnat açıklandıktan ve susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamalar delil niteliği kazandığı için gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde ilgilinin beyanda bulunması, ikrar delili değil bir belirti delili olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı için elverişli bir delil olduğu halde emare delili, parmak izi dolaylı bir ispat gücüne sahipti ve başka delillerle birleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında, kayıt ve saptamaların yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir”. Bkz. Yener Ünver - Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: 1, Adalet Yayinevi, Ankara, 2009, s.410.

Kanaatimizce, telefon dinlemelerinde elde edilen kayıtların tek başına ispat kuvveti olamaz. Düşünce açıklama hürriyetinin kullanımından ibaret telefon konuşmaları, tek başlarına somut olayın meydana geldiğini veya sorumluluğun varlığını göstermeyeceği gibi, somut ve inandırıcı delillerle desteklenmediğinde gayri ciddi olarak da kabul edilebilir. Ayrıca, şüpheli ve sanığın ifade ve sorguda beyanının alınması öncesinde hangi haklara sahip olduğu bildirilmekte ve bu konuda “İfade ve sorgunun tarzı” başlıklı CMK m.147’de gösterilen usul uygulanmaktadır. Ancak bu halde, şüpheli ve sanıktan elde edilen beyan ve ikrarın delil değeri olabilmektedir. İfade ve sorgunun CMK m.147’de gösterilen şekilde yapılmamış olması bir “yasak usul” sayılmalı, gerek bu beyanlar ve gerekse bu beyanlar vasıtasıyla elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilmelidir (Anayasa m.38/6, CMK m.148, m.206/2-a, m.217/2). İfade ve sorguda bu şekilde sıkı bir usule bağlılık olup da, ancak bu yolla elde edilen beyan ve ikrarlara tek başına delil değeri verilirken, telefonu gizlice dinlenip de kendisine her hangi bir hakkı bildirilmeyen kişiden elde edilen konuşma kayıtlarına tek başına delil değeri vermek kesinlikle kabul edilemez ve hukuki dayanakla da açıklanamaz.

İddia eden iddiasını ispatla yükümlü olduğu halde, bu iddiaları ve koruma tedbiri uygulanmasını gerektiren somut delili ortaya koyamamaktadır. Şüphelinin ise, suçlama ile ilgili delilleri bilmeden savunma yapması mümkün değildir. Bu husus, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5 ve 6’da düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği ile dürüst yargılanma haklarını ihlal edici nitelikte olup, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 30.03.1989 gün ve 10444/83 başvuru numaralı Lamy/Belçika kararı ile bu konuya değinmiştir. Savunma hakkını ihlal edici bu gibi durumlarda suçlamalar ciddi ise, en doğrusu şüphelinin susma hakkını kullanmak suretiyle savunma yapmasıdır. Çünkü neticede, delilleri görmeden yapılan savunma şüpheli bakımından tehlikeli olduğu gibi, bu şekilde savunma hakkı ihlal edilmekte ve basmakalıp sözlerle şablon şeklinde hazırlanan tutuklama kararlarının verildiği görülmektedir. Oysa tutuklama, tutuklama talebinin reddi, tahliye, tutuklamaya itirazın reddi veya kabulü kararlarının tümü somut gerekçelere dayalı olarak verilmelidir.

- 14- Şüpheli veya sanığa yüklenen suç nedeniyle müdafinin telekomünikasyon araçları ile kurduğu iletişimin denetlenebilmesi mümkün değildir (CMK m.136). Yine 154. maddeye göre, müdafii ile görüşen şüpheli veya sanığın konuşmalarının, yazışma ve haberleşmesinin dinlenebilmesi, izlenebilmesi, okunabilmesi ve denetlenebilmesi de yasaktır (CMK m.154). Bu hükümler o kadar net ve tartışmasızdır ki, savunma görevini ifa eden avukatın bu sırada ve mesleği ile ilgili olarak tüm yaşam faaliyetlerinde dinlenebilmesi, izlenebilmesi, takip edilebilmesi ve denetlenebilmesi kabul edilmemiştir. Kanun koyucu, savunma hakkının önemini dikkate almak suretiyle müdafii yönünden koruma kalkını öngörmüştür. Avukatların “müdafii” sıfatı ile hareket edip şüpheli veya sanıkla görüşürlerken, asıl amacı delil elde etmek olan sonuca ulaşabilmek için müdafii olarak görev alan avukatın suça iştirak ettiğinden veya suç örgütünün yöneticisi olduğundan bahisle görüntüde verilen amaç çerçevesinde dinlenip takip edildiği görülebilmektedir. Bu tür delil elde etme yol ve yöntemleri tümü ile hukuka aykırıdır.

Devam eden bir soruşturma veya kovuşturma ile ilgili delil elde etmek amacıyla şüpheli ve sanık ile müdafii arasında geçen konuşma ve yazışmalar takip edilemeyeceği gibi, o soruşturma veya kovuşturmada aynı kişinin müdafii olsun veya olmasın, soruşturmaya katılan avukatlar arasındaki konuşma ve yazışmaların da takip edilmesi yasaktır. Müdafilik görevi yapan bir avukat, savcının konuşma ve yazışmalarını nasıl takip edememekte ise, “silahların eşitliği prensibi” gereğince savcılık makamı ve hatta kovuşturma aşamasında mahkeme dahi aynı soruşturmada görev alan bir veya birden fazla avukatın –aynı kişinin müdafii olsun olmasın- görüşme ve yazışmalarını takip edemez. Aksine hareket yasak olup, suç teşkil eder. Bu durumda Türk Ceza Kanunu’nun 132. maddesinde düzenlenen “Haberleşmenin gizliliğini ihlal”, 133. maddesinde düzenlenen “Kişiler arasındaki görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması” suçları ile 257. maddede düzenlenen “Görevi kötüye kullanma” suçları gündeme gelebilecektir.

Savcılık makamı açısından gerçeğe ulaşmak amacıyla delil elde edilmesinde kolay yol olan müdafilerin takibi, esas itibarıyla “düstür yargılanma hakkı” ile “savunma hakkı”nın ağır ihlali niteliğini

taşır. İnsan haklarına bağlı hukuk devletinde ve ceza yargılamasında *"itham sistemi"*ni kabul eden Türk Hukukunda, şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunan ve kamu adına kolektif savunmaya katılan müdafinin takibi gibi son derece tehlikeli ve yanlış bir yöntemin kabulü mümkün değildir.

- 15- Belirtmeliyiz ki, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamında telefonların dinlenip kayıt altına alınması ile ilgili katalog suçları gösteren CMK m.135/6'nın (a) bendinin 8 numaralı alt bendinde yer alan, TCK m.220'nin 2, 7 ve 8. fıkraları hariç olmak üzere *"suç işlemek amacıyla örgüt kurma"* suçu ile ilgili yapılacak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonuçları, sadece bu suçun delillerine ve faillerine ulaşabilmek amacıyla kullanılabilir. Suç örgütü kurma ile ilgili dinleme kararından hareketle, suç örgütünün amaç suçları kapsamında işlendiği iddia olunan suçlarla ilgili dinleme yapılamaz, aksi halde bu dinlemelerden elde edilen tüm sonuçlar hukuka aykırı olur. Suç örgütü kurmak suçu ile ilgili yapılan dinleme kapsamında, örgütün amaç suç olarak işlediği iddia olunan fiilin CMK m.135/6'da sayılan suçlar arasında yer aldığı anlaşılırsa, bu halde de *"tesadüfen elde edilen deliller"* başlıklı CMK m.138/2 kapsamında hareket edilmesi gerekir. CMK m.138/2'ye göre, *"Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135'inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir"*.

Özetle; suç örgütü ile ilgili yapılan dinlemede, örgüt tarafından işlendiği iddia olunan suçun CMK m.135/6'da sayılan suçlardan olmaması durumunda dinleme yapılamaz, yapılsa bile buradan elde edilen deliller yargılamada kullanılamaz. Bu tür delillerin kullanılması hedeflenmekte ise, CMK m.135/6'nın (a) bendinin 8. alt bendinde değişikliğe başvurulması gerekir. Buna göre yeni hüküm, *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar"* olduğu takdirde, suç örgütü üzerinden yapılan dinlemeler, suç örgütü tarafından işlendiği iddia olunan tüm suçların delili olarak kullanılabilir. Ancak mevcut

düzenlemeye göre, suç örgütü kurma suçu kapsamında alınan dinleme kararları sadece bu suçla ilgili kullanılabilir. Bu dinleme sonuçları, diğer suçlar bakımından kullanılamaz ve bu kullanım hukuka uygun sayılamaz. Belirtmeliyiz ki, hukuka aykırı şekilde telefon dinlenmiş veya dinleme kararının kapsamına girmeyen bir suçla ilgili dinleme yapılmışsa, şüpheli ve sanığın muvafakati ile bu hukuka aykırılık hukuka uygun hale gelemmez. Çünkü hukuka aykırılık, delilin veya delil olduğu iddia edilen verinin elde edilmeye başlandığı andan itibaren var olup, bu aykırılık sonradan giderilemez.

Bu nedenle, telefon dinleme kararlarında isnada konu suç ve dayanak olarak, “suç örgütü kurmak ve buna bağlı olarak örgütün faaliyetleri” gösterilmesi hukuka aykırıdır. Bu nitelendirme, CMK m.135/6-a, 8’de yer alan “suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2,7 ve 8. fıkralar hariç m.220)” ibaresine açıkça aykırıdır. Çünkü mevcut hükümde, “ve buna bağlı olarak örgütün faaliyetleri” ibaresi bulunmamaktadır. Kanun hükmünde bulunmayan bir ifadeye talep ve kararda yer verildiğinde, hem bu talep ve karar ve hem de buradan elde edilen sonuçlar hukuka aykırıdır.

CMK m.135/6’da suç örgütü ile ilgili yer alan hüküm bu şekilde genişletmemek gerekir. Bununla birlikte, 135/6’da düzenlenen suç katalogunu gözden geçirip nitelikli tehdit, nitelikli dolandırıcılık ve nitelikli yağma gibi suçları katalog kapsamına almak isabetli olabilir. Muhaberat hürriyetine müdahale içeren bu tedbirin önünü fazla da açmamak gerekir. Çünkü telefon dinleme, açık bir şekilde bireyin muhaberat hürriyetine müdahaledir. Bu müdahaleyi mümkün olduğu kadar somutlaştırmak ve istisnai şekilde uygulamak gerekir.

Telefon dinlemenin yapılabilmesi ve bu dinlemeden elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, öncelikle CMK m.135/1’de gösterilen suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi şüpheli veya sanık için gerçekleşmeli, başka şekilde delil elde edilebilme imkanı olmamalı ve katalog kapsamına giren suçlarla ilgili ve hakkın da dinleme yapılacak suç yönünden dinleme kararı alınmalıdır. Hakkında dinleme kararı alınmamakla birlikte katalog kapsamına giren bir suçun işlendiği dinleme sırasında tespit edildiğinde,

CMK m.138/2'nin uygulanması gündeme gelecek, yoksa katalog kapsamına giren dinlemeye konu suçla ilgili dinlemeden elde edilen deliller katalog kapsamına giren diğer suç yönünden kullanılamayacaktır.

Uygulamada, suç örgütü kurma ve yönetme iddiası kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi kararları yoluyla elde edilen telefon dinleme kayıtlarının, sadece örgüt kurma ve yönetme suçu ile sınırlı tutulmayıp, CMK m.135/6'da yer alan katalogdaki suçlardan olup olmadığına dahi bakılmaksızın amaç suç olduğu iddia edilen tüm suçların delili olarak kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Düşünce açıklama hürriyetinin bir kullanım şekli olan telefonla haberleşmeden elde edilen kayıtlarla tek başına suçlama yapılamayacağına, bu kayıtların somut, dayanaklı ve inandırıcı delillerle desteklenmesi ve suçlamanın ortaya konulması gerektiğine dair tespitimizi bir kenara bırakalım, daha telefon dinlemenin CMK m.135 tarafından öngörülen usulle yerine getirilmediği, katalogda tanımlanan bir suçtan dolayı alınan telefon dinleme kararı ile başka suçların delillerinin elde edilmeye çalışıldığı ve böylelikle Kanunun emredici hükmünün dolandırıldığı görülmektedir.

CMK m.135/6'da tanımlanan katalogda yer alsın veya almasın, hakkında CMK m.135 ve m.138/2'de gösterilen usule uygun iletişimin denetlenmesi kararı alınmayan suçla ilgili olarak, şüpheli/sanık ve/veya suç hakkında elde edilen telefon dinleme kayıtları hukuka uygun sayılamaz ve yargılamada delil olarak değerlendirilemez. CMK m.135/6'da gösterilen katalogda yer almayan suçla ilgili dinleme kararı alınamayacağı gibi, katalogda bulunan başka bir suçtan dolayı alınan dinleme kararı ve bu şekilde elde edilen telefon tapelerinden hareketle katalog kapsamına girmeyen suç yönünden bu kayıtlar kullanılamaz. Diğer suç katalogda tanımlanmış olsa dahi, başka suçla ilgili yapılan dinlemenin sonuçları bu suçun delili olarak kullanılamaz, ancak katalogda yer alan bu ikinci suçla ilgili CMK m.138/2'nin tatbikinin yolu açıktır.

CMK m.135/6'da yer alan bir suçla ilgili başlatılan soruşturmaya konu suça karıştığı düşünülen ve şüpheli olarak tanımlanan üçüncü kişi, hakkında daha önce telefon dinleme kararı alınan şüpheli üzerinden dinlenemez. Şüpheli üçüncü kişinin, hakkında

dinleme kararı bulunan kişi ile yaptığı konuşmalarda hangisinde suça karıştığı tespit edilmişse, o andan itibaren “*Tesadüfen elde edilen deliller*” başlıklı CMK m.138/2 gereğince hareket edilmesi gerektiği ve şüpheli üçüncü kişi yönünden de telefon dinleme kararı alınabileceği fikri ileri sürülebilir. Dinleme kapsamına giren suçla ilgili başka bir şüpheliye ulaşıldığı düşünülmekte ise, bu dinlemeden elde edilen kayıt CMK m.138/2 kapsamında kabul edilir ve ulaşılan yeni şüphelinin aleyhine delil olarak kullanılmaz. Çünkü CMK m.138/2, bir suçla ilgili yapılan dinleme sırasında işlendiği düşünülen ve CMK m.135/6’da gösterilen katalog kapsamına giren bir başka suç yönünden uygulanabilme imkanına sahiptir. Bir suçla ilgili yapılan dinleme sırasında ulaşılan yeni şüpheli hakkında CMK m.138/2 uygulanmayacak, ancak bu yeni şüpheli yönünden CMK m.135/1’in şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilebilecektir.

Örneğin 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 23. maddesinin ikinci fıkrasında, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin şike ve teşvik primi verme suçlarında da uygulanacağı belirtilerek, bu suçların CMK m.135/6’da gösterilen katalog içine alındığı görülmektedir. Suç örgütü kurmak suretiyle şike ve teşvik primi verme suçlarının işlendiği iddiası gündeme gelip, sadece suç örgütü kurma ve yönetme fiilleri yönünden telefon dinleme kararı alındığında, bu dinlemeden elde edilen sonuçların şike ve teşvik primi suçlarının delili olarak kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır. Soruşturma makamı, suç örgütü kurma ve yönetme fiilleri ile ilgili olarak alınan dinleme kararının tatbiki sırasında, suç örgütünün amaç suçlarından birisinin de şike veya teşvik primi verme suçları olduğunu tespit ettiğinde, CMK m.138/2’de gösterilen usule uygun olarak hareket etmek zorundadır. Bu dinleme sırasında yeni suçla ilgili olarak tesadüfen elde edilen delil muhafaza alınır ve durum derhal cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığı da, ortaya çıkan bu yeni suçla ilgili dinleme kararı almak zorundadır. Bu noktada, hukuk tekniği açısından 6222 sayılı Kanununun 23. maddesinin ikinci fıkrasının CMK m.135/6’ya dahil olmadığı, bu

nedenle CMK m.138/2'nin burada uygulama alanı bulamayacağı fikri ileri sürülebilir ki, bu düşünceye katılmadığımızı, çünkü şike ve teşvik primi verme suçları bakımından CMK m.135 hükümlerinin uygulanacağını 6222 sayılı Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtildiğini ifade etmek isteriz.

Belirtmeliyiz ki, CMK m.135 kapsamında elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilmesi elbette mümkündür. Ancak bu deliller, yukarıdaki açıklamalara ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilen yol ve yöntemlere uygun olarak elde edilmelidir. Aksi halde, hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir delilin adli soruşturma ve kovuşturmanın yanında disiplin soruşturmasında da kullanılması mümkün değildir.

Bazı hallerde telefon dinleme, işlendiği iddia olunan bir suçun delilleri ile fail veya faillerinin elde edilmesi amacıyla kullanılmak yerine, telefonları dinlenen kişinin veya bu kişinin görüştüğü diğer kişi veya kişilerin takip ve izlenmesinde kullanılmaktadır. Özellikle bir soruşturma kapsamında, şüpheliler tarafından kullanıldığı söylenen birçok telefon numarası kolayca dinlemeye alınabilmekte ve bunların arasına serpiştirilen bazı telefon numaralarının takip ve dinlenmesinin vasıtasıyla asıl hedef kişinin geçmişteki ve gelecekteki faaliyetlerinin mercek altına alınıp, bu kişi ile ilgili suçlamaya konu olabilecek varsa fiillere ulaşılması, bunun yanında bu kişinin kontrol altında tutulması, özel ve aile yaşamı faaliyetlerinin takibi amaçlanmaktadır. Düşünen ve düşündüklerini sürekli paylaşan insan için zamanımızın en önemli nimetlerinden birisi olan telefon, otoriter anlayışın bir aracı olarak kullanıldığında ise, kişi hak ve hürriyetleri aleyhine tehlikeli bir silaha ve baskı unsuru dönüşebilmektedir. Kanun koyucu ve uygulayıcılar, her an kendileri dahil kim olduğu bilinmeyen her insan aleyhine kullanılabilmesi mümkün olan *"telefon dinleme ve takip"* tedbirinde orta bir yolu bulmak ve bu yolu bulamadıklarında *"telefon dinleme ve takip"* yöntemini tümü ile ortadan kaldırmak zorundadır. Esas itibarıyla *"iletişimin denetlenmesi"* tedbiri ile ilgili yasal mevzuat, muhaberat hürriyetinin korunmasına elverişli ve yeterlidir. Ancak bu tedbirin uygulanmasında yapılan hatalar, yasal mevzuat muhaberat hürriyeti bakımından ne kadar koruyucu olursa olsun maalesef olumlu

sonuç vermeyip, kişi hak ve hürriyetlerinin ihlallerinin artmasına yol açmaktadır. Bu sebeple, muhaberat hürriyetini kısıtlayan bir tedbirin yasal mevzuata uygun ve iyiniyetli olarak tatbiki herşeyden önce gelir.

- 16- Şüpheli sayısının çok olduğu soruşturmalarda verilen tutuklama kararları sonucunda, gözaltı travmasından sonra bu defa adı "*tutukevi*" olan, fakat cezaevlerinde işlemeye başlayan uzun tutukluluk süreleri gündeme gelecektir.

Tutukluluğa yapılan itiraz, tahliye talepleri, hakim tarafından re'sen en fazla otuz günde bir yapılan incelemelerden de genellikle sonuç alınmaz. Tutuklama tedbiri yerine uygulanması sürekli talep edilen adli kontrol tedbirine çoğunlukla başvurulmaz. Burada artık bir an önce iddianamenin düzenlenip kamu davasının açılması önem kazanır. Bu şekilde, dosya üzerindeki kısıtlılığın ortadan kalkması suretiyle şüpheli ve müdafii tarafından dosyanın incelenebilmesi ve "*sanık*" sıfatını alan tutuklu şüpheli müdafinin, tabii hakim ve mahkeme önüne çıkıp tahliye talep edebilmesi mümkün hale gelecektir. Tutuklanmak ile yargılanmak ve mahkum olmak farklı kavramlardır. Şüpheli/sanık tutuklanmadığında, yargılanıp mahkum edilmesine engel bir durum olmadığı gibi, tutuklandığında da hakkında kamu davası açılıp mahkum edileceğine dair netlik olmaz. Eğer adaletten kaçma ve/veya delilleri karartma şüphesi var olup da, bu şüphe adli kontrol tedbiri ile giderilememekte ise, bu halde istisnai olarak tutuklama tedbiri uygulanır. Tutuklama tedbirinin uygulandığı halde, yargılama (soruşturma ve kovuşturma aşamaları dahil) hızlı yapılmalıdır.

CMK m.102'de, tutuklama tedbirinde azami süreler kabul edilmiştir. Böylece, tutuklu yargılamalarda "*makul süre*" ölçüsüne yönelik ihlallerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ancak ihlaller yine de devam etmektedir. Şöyle ki;

- a) CMK m.102'de azami tutukluluk süreleri ağır cezalı işlerde toplam 3 yıl ve terör suçları ile terör amacı ile işlenen suçlar yönünden 6 yıl olduğu halde, hatalı bir yorumla tutukluluğun uzaması hali asıl süreden fazla kabul edilmek suretiyle 5 yıl ve 10 yıl olarak uygulanmaktadır. CMK m.102 ile sözde tutuklulukta makul süre

kabul edilmiş olmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tutuklu olarak geçirilecek süre, asliye cezalık işlerde azami 6 ay ve ağır cezalık işlerde 2 yıl olarak kabul edilmelidir. Ancak tutuklama tedbirinin uygulanmasında önemli olan, azami süre konulması değil, tutuklama tedbirinin ancak tutuklama şartlarının bulunduğu ve tutuklama tedbirine başvurulmasında zorunluluk görüldüğü hallerin varlığıdır. Bunun dışında, tutuklama tedbirinin uygulanmasına gerek olmadığı veya yerine bir başka tedbirin uygulanmasının mümkün olduğu hallerde tutuklama yargılamasının olmaması gerekir. Tutuklama tedbirine başvurulması gerekli ise, bu durumda yargılamanın bir an önce tamamlanması isabetli olacaktır. Tutuklama tedbirinde azami sürenin kabulü, tutuklama tedbirinin tatbikine ihtiyaç kalmadığı hallerde azami süre sonunun beklenmesine dayanak teşkil etmez.

- b) Yargıtay Ceza Genel Kurulu hatalı bir yorumla, “sanık” sıfatı ile “kovuşturma” aşamasının devam ettiği temyiz sürecini, CMK m.102’de aksine hüküm olmadığı halde azami tutukluluk süresinin dışında tutmuştur. Oysa bu uygulama, Ülkemizdeki temyizde geçen süreyi soruşturma ve yerel mahkemede geçen yargılama süresine dahil eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 30.06.2009 gün ve 37291/04 başvuru numaralı Mehmet Fırat-Türkiye kararı na aykırıdır. Bu konu ile ilgili CMK m.102’de özel bir düzenleme öngörülmedikçe, temyiz aşaması da (olağan kanun yolu aşaması) kovuşturmaya dahil olduğundan, bu sırada geçen tutukluluk süresi CMK m.102’de öngörülen sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.
- c) Uygulamada, birden fazla suç işlediği iddiası ile yargılanan şüpheli ve sanıklarla ilgili tutuklama süresinin her bir suç yönünden ayrı hesaplandığı görülmektedir ki, bir tedbir olan tutuklama yönünden bulun kabulü mümkün değildir ve bu tür bir uygulamanın yasal dayanağı da bulunmamaktadır. Bu uygulama, tutukluluğun azami süresinden kurtulmak amacıyla başvuru ve “insan haklarına bağlı hukuk devleti” ilkesi ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir anlayış olarak değerlendirilmelidir.
- d) Uygulamada, bir suçtan mahkum olup hapis cezasını çeken kişinin bir başka suçtan tutuklu yargılanması durumunda, tutukluluk sü-

resi hesabının hapis cezasının infazı sonrasına bırakıldığı ve tutuklama tedbirinin “ceza” gibi değerlendirildiği görülmektedir. Oysa tutuklama bir ceza yargılaması tedbiri olarak düzenlendiğinden, şüpheli ve sanık olarak yargılanan kişinin tüm bu aşamalarda tutuklu geçirdiği süre CMK m.102’ye göre dikkate alınmalıdır. Anayasa ve kanunlarımızın hiçbir hükmünde, tutuklama tedbirinin bir ceza infazı olarak değerlendirilmesi gerektiği, tutuklama süresi hesabının hapis cezası mahkumiyeti infazından sonraya bırakılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tür uygulamalar yanlış olup, otoriter bir anlayışın bakış açısını yansıtanın yanında, tutuklama tedbirini yargılama tedbirinden öte kullanılmasına da kapı açmaktadır.

- 17- İddianamenin kabulü ile başlayan kamu davası sürecinde herkes, iddianamenin okunup, sanık sorgusunun yapılarak, iddianame ekinde sunulan delillerin değerlendirileceğini, iddia ve savunma taraflarının beyanlarının alınması ile birlikte mahkeme tarafından bir karara varılacağını, tüm bunların CMK m.190/1 uyarınca birkaç duruşmada tamamlanacağını, bu kararı hukuka aykırı bulan tarafın temyiz kanun yoluna başvuracağını, tüm bu sürecin çok hızlı işleyeceğini, gerçeğe ve adalete gecikme olmaksızın makul sürede ulaşılabileceğini düşünebilir. Ancak uygulama bu şekilde cereyan etmemektedir.
- 18- Kovuşturmada “sözlülük ilkesi”ne uyulmadığı, dilekçe verilme suretiyle yazılı yolun takip edildiği, bu yöntemi izlemenin yanlış olduğu, özellikle savunma tarafının beyanlarının kısmi olarak duruşma tutanağına geçirildiği, duruşmada söylenen tüm sözlerin yazılı belge olarak delil niteliği taşıyan duruşma tutanağına kaydedilmediği, duruşmalarda steno usulünün tatbik edilmemesi sebebiyle tutanakların eksik düzenlendiği, karar duruşmasında savunma tarafı dışarı çıkarılmak suretiyle sonuca varılıp, sadece yazılan kısa karardan çıkarılan kopyaların savunma tarafına verildiği ve usule uygun tefhimin yapılmadığı görülmektedir. Tüm bunlar, kovuşturma aşamasında geçerli olan dürüst yargılama hakkının zedelenmesine yol açmaktadır.
- 19- Sanık sayısının çok olduğu ve tutuklu sanığın bulunduğu davalarda, tüm kovuşturma süreci tahliye talepleri ile geçmekte, tüm

tahliyeler tamamlanıncaya kadar delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması aşaması gündeme gelmemekte, yargılama tutuklu ve avukatlarının tahliye taleplerine odaklanmakta, uzun süren yargılamada tutuksuz sanıkların hakları korunamamakta, davanın sonuna doğru savcılık makamının mütalaası ve sanıklar ile müdafilerinin daha ziyade yazılı savunmaları ile süreç devam etmektedir. Tahliyeler gerçekleştiğinde, bu defa davanın ne kadar uzayacağı önce sanığın ve sonra da yargılamanın diğer taraflarını çok fazla meşgul etmemektedir. Özetle Ülkemizde ceza yargılaması, kovuşturma aşamasında tutukluluk tedbirinin devam edip etmeyeceği üzerine kurulmuştur. Uzun süre devam eden soruşturma ve davalar da bu tespitimizi haklı kılmaktadır. Bu da tutuklama tedbirinin kaçınılmaz şekilde bir ceza olarak görülmesine yol açmaktadır.

- 20- Sanık sayısının çok olduğu davalarda, iddianamenin okunması, sanık sorgu ve ilk savunmalarının yapılması aşamaları uzun sürdüğünden ve esasında soruşturma aşamasında toplanması gereken delilleri yasal dayanağı olmadığı halde savcı yerine mahkeme topladığından süreç uzamakta, bilirkişi incelemesine başvurulması halinde yargılamanın makul sürede bitirilememesi kaçınılmaz olmaktadır. Deliller toplandığından bahisle dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, sahtecilik, zimmet gibi suçlara yönelik dava dosyaları bilirkişiye gönderildiğinde, yargılama uzamakta, bu sırada tutukluların tutukluluk hali devam etmekte ise, “makul süre” ve “tutuklama şartları” yönünden hukuka aykırılık gündeme gelebilmektedir. Bu aşamada, en azından deliller toplandığından sanık hakkında tutuklama yerine adli kontrol tedbirinin uygulanması gerekir. Hatta iddianamenin düzenlenip kamu davasının açılması ile ve bundan da önce hakkında kısıtlılık kararı bulunan soruşturma dosyaları ile ilgili henüz kamu davası açılmadan bu karar kaldırıldığında, yargılamanın selametini tehlikeye düşürmeyecek şekilde delillerin toplandığının kabulü, en azından karinesi sayılır (CMK m.170/3-c ve 206). Bunun yegane istisnası “Delil ve olayın geç bildirilmesi” başlıklı CMK m.207 gösterilebilir. Bu hüküm, tutuklama tedbirinin devamına gerekçe olarak kabul edilemez. Bu tür bir istisna, ancak tanık beyanı yönünden ileri sürülebilir. Tanığın beyanı önceden alınmış olabilir veya tanığın korunması yolu-

na gidilebilir. Bunun dışında, tanığın beyanının henüz alınmadığından bahisle tutuklama tedbirine devam edilmesi, sanığa ait bir sorumluluk olmayıp, yargı makamlarının yükümlülüğündedir. Bu sebeple kovuşturma aşamasında, ancak kaçma şüphesinin somut olarak varlığı halinde tutuklama tedbirinin tatbiki mümkün olabilmeli, delil karartma ihtimalinden bahisle tutuklama tedbirine veya bu tedbirin devamına karar verilmemelidir.

Çok sanıklı davalarda, sorgu ve savunmanın yapılmasının uzun sürmesi, bilirkişiye giden dosyanın dönmemesi, tutukluluğun uzatılması için haklı neden olarak kabul edilemez. Tüm bunlarla amaçlanan, suç işleyeni korumak ve kollamak değildir. Elbette adalet ve kamu düzeni adına gerçeğin ortaya çıkarılması ana hedeftir. Ancak bu ana hedefe ulaşmaya çalışırken, masumiyet/suçsuzluk karinesi altında soruşturulan ve kovuşturulan şüpheli ve sanığın hak ve hürriyetlerinin de korunması gerekir. Suç örgütü kapsamında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, suç ve cezaların şahsiliği ile savunma hakkının ihlal edildiği tartışmasızdır. Gerek suçun unsurlarının tespiti ve gerekse koruma tedbirleri ile suçun ispatı bakımından suç örgütü soruşturma ve davalarında karmaşa yaşanmakta, şüpheli ve sanıklar kendilerini istedikleri gibi ifade edemedikleri, birbirleri ile ilgisi olmayan birçok olay ve kişi aynı dosya kapsamına dahil edilip yargılandıkları görülmektedir. Yargılamayı uzatan, ceza hukuku ile ceza yargılaması hukuku bakımından birçok hukuka aykırılığa ve haksızlığa yol açan kalabalık soruşturma ve kovuşturmaların önüne geçilmesi ya da bu tür soruşturmalarda yaşanan aksaklıkların giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması gerektiği tartışmasızdır.

Şüpheli ve sanık sayısının çok olduğu soruşturma ve kovuşturmalarda verilen tutuklama kararları ile tutukluluğun devamına dair kararlarda, tüm şüpheli ve sanıkların isimlerinin birlikte yazıldığı, basmakalıp sözlere dayalı ortak gerekçeye yer verildiği görülmektedir. Bu usul yanlış olup, hem "suç ve cezanın şahsiliği" ilkesine ve hem de "bireyselleştirme" esasına aykırıdır. Tutuklama ve tutukluluğun devamına dair karar ve gerekçenin her bir şüpheli ve sanık bakımından ayrı, somut ve dayanıklı şekilde oluşturulması bir zorunluluktur. Aynı şekilde, tutukluluk talebinin reddi ve tahliye

kararlarının da her bir şüpheli ve sanık bakımından somut olarak gerekçelendirilmesi isabetli olacaktır.

Uzun süren ve makul sürede tamamlanamayan yargılamalar, Türk Hukuku'nun en önemli sorunudur. Bu sorunu çözme noktasında gerekli çaba harcanmamaktadır. Böylece, tutuklama tedbiri yönünden de makul süreye uyulmadığı görülmektedir. Bunun üzerine, her ne kadar hukuka aykırılığı tespit edip tazminata hükmetse de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların uzun yıllar sonuçlandırılmaması olumsuzluğu da eklendiğinde, hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı şekilde verilen yargı kararlarının devam ettiği görülmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin geç verilen kararları ciddiye alınmamakta, sadece "tazminat" olarak değerlendirilmekte, Devlet tarafından ödenen bu tazminatların sorumlusuna rücu mekanizması da işletilmediğinden, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile varılmak istenen hedefe ulaşılamamaktadır.

21- Yargılamanın süratli sonuçlanamaması, ister istemez tutukluluk tedbirinin cezaya dönüşmesine ve toplum tarafından "ceza" olarak algılanmasına yol açmaktadır. Tüm bu algının değişmesinin dört kolay çözümü vardır;

İlki, yargılamanın süratlendirilmesi; ikincisi, tutuklama kararları yerine adli kontrol tedbirinin düşünülmesi ve üçüncüsü, tutuklama kararlarının CMK m.100 ve 101'de gösterilen kurallara uygun şekilde somut hukuki ve fiili gerekçelere dayanılarak verilmesi gerekir. Dördüncüsü ise, CMK m.100/3'te yer alan katalog suçlar için öngörülen "varsayılabilme" kavramı kullanılarak, somut olayın bu katalogda sayılan suçlardan olduğu gerekçesiyle otomatik tutuklama kararı verilmemelidir. Esas itibarıyla, CMK m.100/2'de tutuklama tedbirinin tatbiki bakımından gösterilen şartların varlığı ile ilgili olarak CMK m.100/3'de yer alan "varsayılabilir" ibaresi, hiçbir şekilde katalog kapsamına giren suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin tespiti halinde otomatik tutuklamayı öngörmemekte ve kapsamamaktadır. Hükümde geçen "varsayılabilir" ibaresi, hakim CMK m.100/2'de sayılan tutuklama şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığını inceleme yetkisini ortadan kaldırmaz. Kanun koyucu bu hükümle, katalog kapsamı-

na dahil ettiği suçların ağır niteliklerine işaret etmek istemiş ve tutuklamanın şartlarının somut olarak tespit ettiğini düşünen hakim, adli kontrol tedbiri yerine tutuklama tedbirini uygulamasına imkan tanımıştır. Hükümde geçen “varsayılabilir” ibaresi bir karine olarak kabul edildiğinde, zaten CMK m.100/2’de gösterilen tutuklama nedenlerinin anlamı kalmayacak ve CMK m.100/3’ün kapsamına giren suçlardan birisinin işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı halinde tutuklama gibi sonuçları çok ağır bir tedbir otomatik olarak uygulama alanı bulabilecektir. Bu tür bir uygulamanın isabetli olmadığını ifade etmek isteriz. CMK m.100/3 ile ilgili yanlış algı ve uygulamaya ısrarla devam edilecek olursa, tutuklama tedbirinin sayı ve süresinin azaltılması adına kanun koyucu tarafından bu hükmün yürürlükten kaldırılmasından başka bir çare de olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Beta Basım, İstanbul, Ocak 2008
- Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt: 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

MOTORLU ARAÇ İŞLETENİN SORUMLULUĞUNUN AZALTILMASI

REDUCING THE LIABILITY OF MOTOR VEHICLE'S OWNER

Hüseyin ATEŞ*

Özet: İşletenin sorumluluğunun azaltılmasına ilişkin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda zarar görenin hafif kusuru (m.86 f.2) ve hatır için bir kimseyi taşıma veya aracı kullandırma (m.87 f.1) halleri düzenlenmiştir. Bunun dışında işletenin sorumluluğunun genel hükümlere terk edildiği hallerde de sorumluluğun azaltılması mümkündür. Ancak bu çalışmamızda sadece KTK'da yer alan işletenin sorumluluğunu azaltan haller üzerine temas edeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluğun azaltılması, sorumluluk, tazminat, işleten, trafik kazası.

Abstract : Slight defect of the one who is injured (86/2) and driving anybody or giving the vehicle to anybody for favor (87/1) are shown in Highway Traffic Act No: 2918. Beside that, it is possible to reduce the liability of motor vehicle's owner when it is subject to general law terms. In this study, only the terms about the situations relevant to reducing the liability which are edited in HTA will be examined.

Key words : Reducing liability, liability, compensation, motor vehicle's owner, traffic accident

GİRİŞ

İşletenin sorumluluğunun azaltılmasına ilişkin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda zarar görenin hafif kusuru (m.86 f.2) ve hatır için bir kimseyi taşıma veya aracı kullandırma (m.87 f.1) halleri düzenlenmiştir. Bunun dışında işletenin sorumluluğunun genel hükümlere terk edildiği hallerde de sorumluluğun azaltılması mümkündür. Ancak bu çalışmamızda sadece KTK'da yer alan işletenin sorumluluğunu azaltan haller üzerine temas edeceğiz. Buna göre:

* Avukat, Antalya Barosu

a. Zarar Görenin Hafif Kusuru:

İşleten, motorlu aracın katıldığı trafik kazasında, KTK m.86 f.1 uyarınca kazanın, zarar görenin ağır kusurundan ileri geldiğini ispatlayarak sorumluluğunu üzerinden atabilir. Zarar görenin ağır nitelikteki kusurunu hâkim önüne getiremeyen ve böylelikle zarardan sorumluluğu doğan işleten, KTK m.86 f.2'ye göre, zarar görenin hafif nitelikteki kusurunun, kaza ve zararın meydana gelmesinde etkili olduğunu iddia ve ispat ederek hâkimden sorumluluğunun azaltılmasını talep edebilir. Adı geçen hükme göre, *“Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.”*

Bu düzenleme, hukukun temel prensiplerinden olan *“kimse kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia edemez”* prensibine dayanır. Zarar görenin, uğradığı zararın meydana gelmesinde kendi kusurlu davranışıyla hissesi olur. Ve bu hissesine düşen oranda zarar kendisine çektirilir. Zararın bu kısmını, işletenin omzuna yüklemek adalet duygusu ve düşüncesine ters düşerdi.

KTK m.86 f.2, zarar görenin şahsi kusuru (müterafık-ortak-birlikte kusur) halinde tazminatın indirilmesine ilişkin BK m.44'ün özel görünümünden ibarettir. Ancak hâkim, BK m.44 uyarınca olayın oluş şekline göre tazminata karar vermeyebilirken; KTK m.86 f.2 uyarınca, zarar görenin kusuru ne derece yoğun olursa olsun tazminat talebini tamamen reddedemez.

Hâkim, zarar gören ile işletenin kusurunu ve aracın işletme tehlikesini tartarak, tazminat oranını belirler. Hâkim, hal ve şartlara göre tazminattan indirimde gitmeye de bilir. İşletenin şahsi kusuru (ek-munzam kusur), zarar görenin kusuruna eşitse veya daha ağırsa tazminattan indirim yapılmaz. İşleten; sürücü ve diğer yardımcı kişilerin kusurundan da sorumludur. Araçtaki bozuklukta olduğu gibi işletme tehlikesinin yükseldiği durumlarda tazminattan indirimde gidilmeyebilir.¹

Sürücünün emniyet kemeri takmaması, motosikletlinin kask kullanmaması konu başlığımıza misal olarak verilebilir.²

1 Eren, sh.676; Havutçu&Gökyayla, sh.146.

2 H. Yılmaz, sh.46.

“...dosya münderecatından anlaşıldığı üzere, araç durmadan davacı ayağa kalkıp tutunmadığından olay da davacının da müterafik kusuru vardır...”
(11. HD 07.03.1994 gün ve 1994/5219-1848 E. K.)

“Araç sürücüsünün içkili aşırı yorgun ya da yetersizliği gibi nedenlerle işletme tehlikesinin arttığını bile bile araca binen ve yolculuğun yapılmasında direnen kimsenin ölmesi ya da cismani bir zarar uğraması halinde, birlikte kusurdan dolayı maddi ve manevi tazminatta bir miktar indirim yapılmalıdır.”
(4. HD 25.02.1986 gün ve 1986/765-1694 E. K; Gökcan&Kaymaz sh.184-185)

“A, davalı Ü.ın aracına onun ehliyetsiz olduğunu bildiği halde binmiştir. Böylece tehlikeli olduğu belirli bir otomobil yolculuğuna çıkılması doğru olmayan bir hareket tarzıdır. Bu durumların gözetilerek BK nun 43 ve 44/1 inci maddeleri gereğince maddi tazminattan uygun bir indirim yapılmaması bozmayı gerektirir.” (4. HD 15.02.1993 gün ve 1991/11268 E. 1993/1215 K; Orhunöz, sh.131)

“...Keza, davacının kask gibi zararın artmasını önleyecek güvenlik önlemlerini almaksızın ve istiaab haddini de aşacak şekilde motosiklete binmesinin BK'nun 44. maddesi gereğince müterafik kusur oluşturup oluşturmayacağı değerlendirip, tazminat tutarından belirlenecek kusur oranında indirim yapılması gerekip gerekmediğinin açıklığa kavuşturulması icap ederken, bu konuda her hangi bir araştırma yapılmadan, trafik kazası nedeni ile davacıya Sosyal Güvenlik Kurumundan rücu tabi herhangi bir ödeme yapılıp yapılmadığı da araştırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması da isabetli değildir...”(17. HD 22.03.2010 gün ve 2009/9970 E. 2010/2559 K.)

“...2918 sayılı Yasanın 86/2. maddesi uyarınca, işletenin, zarar görenin birlikte kusurunun varlığını kanıtlaması halinde, tazminat miktarı indirilebilir. Sigortacı da, işletenin bu sorumluluğunu zarar görene karşı yüklenmiş olduğundan, zarar görenin kusurunun bulunması halinde birlikte kusur indirim nedeni olacaktır...”(19. HD 18.10.1993 gün ve 1992/11495 E. 1993/6741 K.)

“...Dava, trafik kazası sonucu ölenin mirasçılarına mahkeme kararı gereği ödenen tazminatın rücuen ödettirilmesi istemine ilişkindir. Davalı, Askeri Ceza Mahkemesinin kesinleşen kararıyla 7/8 kusura göre mahkum olmuştur. Şu durumda davalı, zararın meydana gelmesinde tam kusurlu olmayıp bölüştük kusuru vardır. İstem rücuca ilişkin olduğuna göre davalının kusuru oranında sorumluluğa hükmedilmesi gerekirken davanın aynen kabulüne karar verilmesi de bozma nedenidir...”(4. HD 13.11.2000 gün ve 2000/7307-9991 E. K.)

İşleten, kanun koyucunun bahsettiği bu imkândan sadece zarar görenin hafif kusurunu mahkemeye taşıyarak yararlanabilir. Üçüncü kişinin hafif kusurunu ileri sürerek sorumluluğunun daraltılmasını talep edemez. Bu durumda zarardan, üçüncü kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulur.

b. Hatır İçin Araçta Taşıma veya Aracı Kullandırma:

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.87 f.1 uyarınca, “Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ... genel hükümlere tabidir.” Kanun koyucu, ilke olarak tehlike sorumluluğu ile donattığı işletenin hatır için aracında taşıdığı veya aracını hatır için karşılıksız kullandırdığı (verdiği) kişinin trafik kazasında ölmesi veya yaralanmasından doğan zararlara ilişkin sorumluluğunu, KTK'nın şemsiyesi altına almayıp, genel hükümlere (haksız fiile ilişkin hükümlere - BK m.41-60) terk ederek kusur esasına dayandırmıştır. İşletenin sorumluluğu kusur esasına dayandığından kazanın oluşumunda kusuru varsa zarardan sorumlu tutulacak yoksa tutulmayacaktır.³ Kusurun varlığını ispat yükü, zarar görenin omuzlarındadır.⁴ İşleten, kusursuzluğunu ispatlamakla yükümlü değildir. Sorumluluğunun doğduğu durumlarda tazminattan indirime (BK m.43) gidilecektir.

İşletenin, hatır ilişkisinin varlığı halinde sorumluluğunun azaltılması hakkaniyet düşüncesine dayanır. Şöyle ki işleten, bencil (maddi ve manevi menfaat) değil sencil (saygı, sevgi, şefkat, nezaket, kolay-

3 H. Yılmaz, sh.33-34.

4 Aşçıoğlu, sh.109.

lık gösterme, memnun kılma, iyilik etme gibi) duygu ve düşüncelerle menfaati yokken karşılıksız olarak, bir kimseyi aracında taşımakta veya aracını kullandırmaktadır. Ayrıca zarar gören, araca binerek veya aracı kullanarak, aracın işletme tehlikesini (kaza ve zararı) kabul etmektedir. Hal böyleyken işletenin, sorumluluğunu daraltmayıp, hatır ilişkisini menfaat ilişkisiyle aynı kefeye koyarak, işleteni tehlike esasına göre sorumlu tutup, zararın tamamını omuzlarına yüklemek, hukukun genel prensiplerine ters düşerdi.⁵

Hatır için taşıma veya kullandırmadan söz edebilmemiz için taşıma veya kullandırmanın karşılıksız (ivazsız) olması veya alınan karşılığın önemsiz olması gerekir.⁶ Otopark, otoban ücreti, yolda içilen çayın veya yenilen yemeğin ücretinin ödenmesi gibi önemsiz giderlere katılma, taşıma veya kullandırmanın niteliğini değiştirmez.⁷ Benzin ve yağ türünden masraflara katılma durumunda hatır ilişkisinin doğup doğmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Taşıma veya kullandırma, işletenin değil münhasıran veya büyük ölçüde taşınan veya kullandırılanın yararına olmalıdır. İşletenin veya sürücünün, araçta taşınan veya araç kullandırıldandan, doğrudan doğruya ücret almasa bile taşıma veya kullandırmada, maddi veya manevi menfaati bulunuyorsa bu durumda hatır ilişkisinin varlığından söz edemeyiz.⁸ Hatır için taşınan veya kullandırılan kimseye işletenin menfaatleri eşit derecede ortaksa mesela ava⁹ veya eğlence yerine gitme hallerinde ortada hatır ilişkisi yoktur. Tarafların menfaatlerini tartan hâkim, işletenin menfaatinin çok az olması halinde, tazminattan indirime daha az oranda gidecektir.

Hatır ilişkisinden söz edebilmemiz için ayrıca taşıma veya kullandırma, tarafların serbest iradelerine dayanmalıdır. Araca tehditle binme veya bindirilme, araçtan inme isteğinin reddi halinde iradilik unsuru gerçekleşmez. Araca kaçak yollarla binen yolcunun davranışı, iradilik unsurunu taşımadığından ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğundan, kaçak yolcunun uğradığı zararlardan işleten sorumlu tutulmamalıdır.¹⁰

5 Adal, sh.114; Eren, sh.677; Havutçu&Gökyayla, sh.85-86; H. Yılmaz, sh.48; Z. Yılmaz, sh.121.

6 Franko, sh.23.

7 Havutçu&Gökyayla, sh.86.

8 Eren, sh.677; H. Yılmaz, sh.47; Çeliktaş, sh.105-106; Z. Yılmaz, sh.121.

9 İyimaya, sh.254.

10 Aşçıoğlu, sh.105; Z. Yılmaz, sh.130.

Aynı istikamete gitmekte olan tanıdık veya otostopçunun yoldan alınması; bir misafir veya arkadaşı evine götürme;¹¹ "bir arkadaşla gezintiye çıkma;"¹² bir komşuyu işyerine veya bir arkadaşı hastaneye ya da hava alına götürme;¹³ "bir doktorun, kazaya uğramış bir kimseyi kendi aracıyla hastaneye götürmesi;"¹⁴ bir yakına hastasını hastaneye götürmesi için aracın kullanımının terk edilmesi¹⁵ gibi araçta taşıma ve aracı kullandırmalar maddi veya manevi bir menfaate değil; saygı, sevgi, şefkat, nezaket, kolaylık gösterme, memnun kılma, iyilik etme gibi saiklere dayandığından konu başlığımıza örnek teşkil eder.

"...Davacı, davalı Y. Ç.in kullandığı, diğer davalı M. A. Ç.e ait traktörün çamurluğunda seyrettiği sırada hendekten geçerken dengesini kaybedip düşerek yaralanmasından dolayı maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Dosya içindeki mevcut beyan ve belgelerden davacı ve arkadaşları pikniğe gitmek için yolda beklerken aynı yöne gitmekte olan davalıların sürücüsü ve işleteni oldukları traktörle bedelsiz olarak taşınmaları sırasında olayın meydana geldiği anlaşılmaktadır. Davacı, davalıların aracında ücret karşılığı değil, sırf hatır için taşınmıştır. Zarar görenin bir çıkar karşılığı olmaksızın taşındığı olaylarda taşıyanın onlara karşı sorumluluğu haksız eylemden doğan bir sorumluluk olmakla beraber ortada hatır için taşıma söz konusu bulunmakla tazminatın kapsamı üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Hatır taşımacılığında yalnız yolcunun yararı söz konusu bulunmakla tazminatın kapsamı üzerinde özellikle durulması gerekmektedir. Hatır taşımacılığında yalnız yolcunun yararı söz konusu olduğu ve ivazsız bir şekilde taşındığından bu gibi hallerde BK.nun 43. maddesinin birinci fıkrası hükmünün uygulanması suretiyle zararın bir bölümünün tazminat alacaklısının üzerinde bırakılması gerekir..." (4. HD 26.02.2003 gün ve 2002/11041 E. 2003/1822 K.)

"...Somut olayda davacı, aynı siyasi partiden olan davalı N. G.in aracıda bir parti toplantısına giderken yaralanmış olduğu ve bu taşımanın karşılıksız yani hatır için yapıldığı anlaşılmış bulunduğuna göre davacının hatır yolcusu olduğunun kabulü gerekir. Şu durumda yerel mahkemece BK.nun 43. maddesi gereğince hesaplancak tazminatlardan bir miktar hatır taşımacılığı indirimi yapılmak gerekirken bu yön gözetilmeden davanın aynen kabulü usul

11 Eren, sh.677.

12 H. Yılmaz, sh.46.

13 Havutçu&Gökyayla, sh.86.

14 Çeliktaş, sh.106.

15 Havutçu&Gökyayla, sh.86.

ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir...” (4. HD 05.10.2004 gün ve 2004/913-11019 E. K.)

“...Destek davalıların işleteni ve sürücüsü olduğu araçla giderken üçüncü kişinin kullandığı aracın çarpması sonucu meydana gelen trafik kazası sonucu ölmüştür. Davalılar cevaplarında desteğin hatır için taşındığı savunmasında bulunmuşlardır. Davacılar her ne kadar hatır taşınması bulunmadığını belirtse de gerçekte olayın gelişiminden desteğin hacdan gelen yakınlarını karşılamak için akrabası olan davalıların aracına ücret ödemeksizin bindiği, dolayısıyla hatır için taşındığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle hatır taşınması savunması doğrulandığından BK. 43. maddesi uyarınca tazminattan bir miktar indirim yapılması gerekir...” (4. HD 07.10.2004 gün ve 2004/3004-11140 E. K.)

“...Dosyadaki belge ve kanıtlardan, ölen sigortalının, davalıların miras bırakamı Y. Z. K.'ya ait araçta, karşılıksız olarak, kişisel ilişki uyarınca bulunduğu göstermekte olup; yargılama sürecinde dinlenen tanık A. G. beyanında, “Y. Z. K. benim arkadaşımı olay günü Y. Z, S. E. ve E. E. bana iftar yemeğine geliyorlardı...” ifadesi yer almıştır. Olayda hatır taşımacılığı olgusu gerçekleştiğinden, davalıların tazmin yükümlülüğünün, yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ışığında yapılacak değerlendirme uyarınca belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...” (10. HD 23.03.2010 gün ve 2010/444-4209 E. K.)

“...Olaya ilişkin ceza dosyası içeriğinden, aynı mahallede arkadaş oldukları anlaşılan kişilerin yemeğe gittikleri, bazılarının davacının yeğeni olması nedeniyle davacının da onlarla birlikte yemeğe gittiği, dönerken aracın kaza yapması sonucu davacının yaralandığı anlaşılmaktadır. Bir kişinin yeğenleriyle ve yeğenlerinin arkadaşları ile birlikte, yeğenine veya kendine ait bulunmayan bir araçla yemeğe gitmesi ve dönmesi olgusu, hatır için taşınma bulunduğunu göstermektedir. Olayda hatır taşınması bulunduğu gözetilerek tazminatlardan indirim yapılması gerekirken mahkemece bu yön gözetilmeden karar verilmesi de ayrıca bozmayı gerektirmiştir...”(4. HD 27.12.2004 gün ve 2004/6523-14806 E. K.)

“...Dosyadaki belge ve kanıtlar, davalı E.ın, ölen sigortalının ısrarı üzerine birlikte seyahate çıktığı ve yine sigortalının yorulduğunu belirtip, aracı kullanmasını istemesi üzerine, yardımcı olmak için aracı kullanmaya başla-

dığı sırada direksiyon hakimiyetini yitirerek kazaya neden olduğunu ortaya koymuşken; davalı E.ın tazmin yükümlülüğünün, hatır taşımacılığı olgusu gözetilerek, yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ışığında yapılacak değerlendirme uyarınca belirlenmesi gereğinin gözetilmemiş olması..." (10. HD 22.12.2009 gün ve 2009/14185-18978 E. K.)

Eşin ve çocukların taşınması;¹⁶ işverenin işçileri işyerine götürmesi; satın almak istenen aracın deneme sürüşü yapmak üzere müşteriye kullandırılması; evdeki hasta için doktor getirilmesi;¹⁷ aracın bakım ve tamirinin yapılması için şoföre teslim edilmesi;¹⁸ dini bayramlarda belediye otobüslerinin bedava yolcu taşınması;¹⁹ otobüs yolcularının servis araçlarıyla terminalden şehre-şehirden terminale taşınması;²⁰ rakip firmayı piyasadan tasfiye etmek için ücretsiz yolcu taşınması; müşteri kazanmak için alışveriş merkezlerinin servis araçlarıyla müşterilerini ücretsiz taşınmaları hatır ilişkisine dayanmaz. Ayrıca belli yaştan büyük ve küçüklerin, gazilerin, kamu personelinin,²¹ özürliülerin kanuni düzenlemeler gereğince ücretsiz taşınması da hatır taşınması olarak nitelendirilemez.

"...davacının aile bireylerinin 1/2 paylı maliki bulunduğu panelvan tip araçla yolculuk yapmalarının yakıt, aşınma ve diğer giderlere dönük maliyet gerektirmesinin olağan ulaşım araçları ile yolculuk seçeneğinin tercihi halinde yapılması zorunlu harcamaların yerini tutacak olması nedeniyle hatır taşınması sayılamayacak olmasına, ancak aile bireyleri dışında kişilerin hiçbir ücret alınmaksızın taşınmasının hatır taşınması kapsamında görülebilecek olmasına göre..." (11. HD 19.06.2003 gün ve 2003/851-6526 E. K.)

"...Öte yandan, sigorta ettirenin eşi ve çocuklarıyla birlikte sigortalı araçta birlikte yolculuk yapmalarında sigorta ettirenin maddi ve manevi menfaati bulunduğundan bir hatır taşınması da söz konusu olamaz. ..." (11. HD 16.02.1990 gün ve 1990/825-963 E. K.)

16 Orhunöz, sh.123.

17 H. Yılmaz, sh.47.

18 Havutçu&Gökyayla, sh.86.

19 Z. Yılmaz, sh.123.

20 İyimaya, sh.254; Aşçıoğlu, sh.106.

21 İyimaya, sh.256; Bilge, sh.334.

“Kardeşin taşınması ücretsiz de olsa hatır taşınması kabul edilemez. Çünkü bir kimsenin kardeşini taşınması ahlaki bir görevin ifası niteliğinde olup, bu taşımada maddi ve manevi yararları bulunmaktadır.” (19. HD 07.04.1994 gün ve 1994/1663-9069 E. K; Gökcan&Kaymaz sh.181)

“...Yukarıda değinilen meslek odası yazısı ve davalı tanık anlatımları doğru kabul edilse bile, minibüsçüler arasında yapılan anlaşma uyarınca, ana kalkış durağına yakın yerlerden yolcuların ücretsiz olarak alınıp ana durağa kadar götürülmesi ve ana duraktaki sıraya göre sıradaki minibüse aktarılması, ticari nitelikteki ücretli taşımacılık işinin bir parçası olarak ifa ve icra edildiğinden; davacının bu şekilde ana durağa götürülmek üzere davalı aracına binerek seyahat etmesi, hatır taşımacılığı ilişkisi anlamına gelmemektedir...” (11. HD 10.04.1995 gün ve 1995/1918-3208 E. K.)

“...Hatır taşımacılığını söz konusu olabilmesi için taşıyanın bu taşıma nedeniyle ekonomik bir yarar elde etmemesi gerekir. Oysa, somut olayda, olay karışan araçta bulunan M'nin; diğer davalı E'nin kayınpederinin inşaatında usta olarak çalışmak üzere götürüldüğü, bu nedenle taşıyıcının ayrı bir ücret ödemediği kendi aracı ile adı geçeni taşımada ekonomik yararı bulunduğu kuşkusuzdur...” (19. HD 12.10.1993 gün ve 1993/11883-6462 E. K.)

“...A'nın Konya İcra Dairesinde bir işi vardır. Vekili bulunan avukatın bu işin kovuşturulması için oraya gitmesi gerekmektedir. Ancak avukatın gitmesi için bir taksi kiralanmamış iş sahibi kendi aracı ile avukatı oraya götürmüştür. Şu duruma göre ölen kişi davalı tarafından hatıra binaen taşınmış değildir...” (4. HD 29.01.1985 gün ve 1984/9695 E. 1985/504 K.)

“...Ancak, somut olayda, ölenin Antalya'ya tatile gelen ve otelde kalan bir Alman turist olması ve aracın ticari taksi olması karşısında, tanıkların soyut ve yetersiz beyanlarına dayanılarak, taşınmanın hatır için karşılıksız olarak yapıldığının kabulü ile buna göre tazminattan indirim yapılması doğru olmamış ve kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir...” (11. HD 18.01.2007 gün ve 2005/13501 E. 2007/435 K.)

“Davacıların miras bırakanı polis memurudur. Davalılara ait araç (kamyon) ise şehirlerarası gazete nakliyatı işinde kullanılmaktadır. Bu nedenlerle

olayımızda davacıların miras bırakanının davalılara ait araçla yolcu olarak değil "hatır için taşındığı"nın kabulü gerekir. Bu kabul, olayın akışına ve deneylerle elde edilen bilgilere göre de doğrudur." (4. HD 13.06.1983 gün ve 1983/5421-6090 E. K; Aşçıoğlu, sh.107)

"...Ticari bir iş olan taşımacılık sahasında kullanılan otobüste yolcu olan kimsenin ücretli olarak yolculuk yaptığı konusunda kuvvetli bir karine bulunmaktadır. Bu karinenin aksinin çürütülebilecek nitelikte kuvvetli delillerle kanıtlanması gerekir.

Davalı şirket tarafından ibraz edilen bilet fotokopisinde murisin sadece adı yazılarak ücretsiz yolculuk yaptığına ilişkin kayıt var ise de, tarih ihtiva etmeyen ve sonradan düzenlenmesi her an olanaklı bulunan bu belgeye itibar edilmesi mümkün olmadığı gibi, davalı taşıyıcı firmada görevli olan tanık beyanlarına dayanılması da isabetsiz bulunmaktadır.

O halde, davalı şirketin hatır taşımacılığı savunmasının kanıtlanmadığı kabul edilerek ona göre hüküm kurulması gerekirken..." (11. HD 04.03.1988 gün ve 1988/1399-1325 E. K.)

Taşıma veya kullandırma teklifinin, işletenden veya araçtan yararlandırılan kişiden gelmesi hatır ilişkisinin varlığı açısından önem arz etmez.²² Ancak teklif, işletenden gelmişse tazminattan indirim oranı az, araçta taşınan veya araç kullandırılan kimseden gelmişse indirim oranı fazla olmalıdır.²³ İşleten; sürücü tarafından yapılan hatır için taşıma veya kullandırmalar halinde de KTK m.87 f.1'den istifade eder.²⁴ İşleten, başka bir kimsenin ricası üzerine yolcu taşısa veya aracını kullandırsa dahi bu hükümden yararlanır.²⁵

Hatır ilişkisinin varlığı mutlak bir tazminattan indirim nedeni değildir.²⁶ Hâkim, bütün hal ve şartları göz önünde bulundurarak, hatır ilişkisinin varlığını ve tazminatın miktarını tayin edecektir. Olayın oluş şekline göre hâkim, işletenin kusurunun varlığı halinde, tazminattan daha az bir oranda indirime gidebileceği gibi, (işletenin ağır kusurlu olması halinde) tazminat yükünü hafifletmeden, olduğu gibi

22 Gürsoy, sh.96.

23 Özsunay, sh.169.

24 Havutçu&Gökyayla, sh.88.

25 Havutçu&Gökyayla, sh.87.

26 Çelik, sh.9-10.

işletenin omuzlarında bırakı da bilir.²⁷ Fenalaşan birinin doktora götürülmesi gibi hatır için taşınanın, taşımada (veya kullandırmada) özel yararı varsa indirim oranı daha fazla olacaktır.²⁸ Zarar görenin şahsi kusurunun (müterafik kusur-birlikte-ortak kusur) varlığı halinde, tazminattan indirim oranı artar. Mesela hatır için taşınanın; alkollü veya ehliyetsiz bir sürücünün aracına binmesi, sürücüyü hız yapması konusunda teşvik ve tahrik etmesi gibi hallerde işletenin tazminat yükü daha da hafifletilecektir. Yani zarar görenin şahsi kusuru halinde hâkim, hatır ilişkisinin varlığı nedeniyle tazminattan BK m.43'e göre hakkaniyet gereğince, BK m.44 uyarınca müterafik kusur nedeniyle her iki hükme birden dayanarak tazminatta indirim yoluna gidecektir. Bu gibi hallerde hâkim, olayın şartlarını göz önünde bulundurarak tazminat talebini tamamen de reddedebilir.

“...Somut olay; davacılar murisleri ile davalı A. G.in, birlikte lokantada yemek yeyip, içki içmelerinin ardından, alkol aldığı bilinen davalının yönetimindeki araca binerek, birlikte diğer bir eğlence yerine gidilirken trafik kazası şeklinde meydana gelmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, Yüksek Özel Daire, yerel Mahkemenin hatır taşımacılığı nedeniyle Borçlar Yasasının 43.maddesi hükmü uyarınca tazminattan yaptığı indirimi bozma nedeni olarak öngörmemiş olması karşısında, bu yön uyumsuzluk konusu değildir.

Uyuşmazlık, belirtilen somut olayda, Borçlar Yasasının 44.maddesinin uygulama yeri bulup bulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davacıların trafik olayında ölen desteklerinin hatır yolcusu olarak araçta bulunduğu, alkollü sürücünün aracına bindikleri çekişmesizdir. Alkollü sürücünün kullandığı araca binmek, kabule göre fiile rıza yada ortak kusur olarak ele alınsın, ölenler yönünden; yukarıda anlatılan hukuki olgular dikkate alındığında, Borçlar Yasasının 44.maddesine göre hesaplanacak tazminattan indirim sebebini oluşturur. Ölenlerin hatır yolcusu olmaları nedeniyle Borçlar Yasasının 43.maddesi ile yapılan indirim, aynı Yasanın 44.madde hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir...”(YHGK 14.04.2004 gün ve 2004/4-207 E. 2004/226 K.)

“...Somut olaya gelince; davacı ile davalının arkadaşlık ilişkisi içinde davalının çalıştığı işyerine ait otomobil ile birlikte akşam yemeğine gittikleri, ye-

27 Eren, sh.677.

28 İyimaya, sh.268.

mekte her ikisinin de alkol aldıkları, davacının bu yüzden aracı kullanmaktan kaçınarak davalının kullanmasını istediği, davalının başlangıçta kullanmak istememesine rağmen daha sonra aracı kullanmaya razı olduğu, davalının alkolü olarak araç kullandığı sırada trafik kazasının gerçekleştiği hususlarında Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Mahkemece, davacının yemekten dönüşte aracı kullanacağı halde aşırı alkol aldığını, davalının da alkollü olduğunu bilmesine rağmen, davalıya manevi baskı yapmak suretiyle aracı kullandırmasının, tazminatı ortadan kaldıran kusur olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda Borçlar Kanununun 44/1.maddesi hakkında anlatılanlar ve verilen örnekler karşısında davacının aracı kendisinin alkolsüz kullanması gerektiğini bilmesine rağmen alkol alıp, manevi baskı yaparak alkol aldığını bildiği kız arkadaşına aracı kullandırmasında, davacının ortak kusurunun daha ağır olduğu açıktır. Ancak davacının kusurunun, tazminat hükmünden tamamen sarfinazar edilmesini gerektirecek ağırlıkta olmadığına da kabulü gerekir; aksi hak ve adalete, maddenin getiriliş amacına uygun düşmez. Bu hal olsa olsa tazminatın kapsamına tesir edebilecek (hatır için taşımada B.K.43, ortak kusurda B.K. 44 ve buna göre hesaplanacak tazminattan indirim) nedenler olarak değerlendirilebilir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, yukarıdaki ilkeler ışığında, davacının zarar iddiası hakkında gerekli araştırma ve inceleme yapılmalı, zararlandırıcı olayın oluşumunda tarafların ortak kusur durumu ve bunun etki derecesi tespit edilip davacının kusurunun daha ağır olduğu gözetilmek suretiyle, gerçekleşecek zarardan ortak kusuru nedeni ile bir indirim yapıp kalanının tazminat olarak hüküm altına alınması yönünde karar verilmelidir. ...”(YHGK 17.03.2010 gün ve 2010/4-130 E. 2010/161 K.)

“Tazminattan indirim yapılırken sorumluluğun çoğu araç sahibine ve işletene yüklenmek şeklinde yapılır. Zararın yarı yarıya paylaşılması yoluna gidilmez.” (19. HD 30.10.1995 gün ve 1995/2269-9011 E. K; Orhunöz, sh.132)

“...Dava, trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi taminat istemine ilişkindir. Mahkemece, trafik kazasında ölen desteğin davalı D. E. tarafından hatır için taşındığı ve ayrıca adı geçen davalının alkollü olduğunu bilerek araca binilmesi olguları gözetilerek ½ oranında indirim yapılmak suretiyle tazminata hükmolunmuştur. Olayın meydana gelişinden önceki süreç ve desteğin bulunduğu konum göz önünde bulundurulduğunda, desteğin özgün iradesi

ile davalı aracına binmediği, davalının işverene borçlu olduğu miktar parayı almak için işverenin isteği üzerine desteğin araca bindiği, aracı kullanan davalının alkollü olduğunu bildiğinin anlaşılmasına göre somut olayda mahkemece BK.'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca indirim yapılması doğrudur. Ne var ki yanların durumu, olayın oluş biçimi itibarıyla mahkemece takdir edilen indirim oranının fazla olduğu sonuç ve kanatine varılmıştır. Mahkemece daha az oranda indirim yapılmak suretiyle tazminata hükmolünmek üzere kararın bozulması gerekmiştir..." (4. HD 23.05.2003 gün ve 2003/1896-6820 E. K.)

"...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanutlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, özellikle zararlandırıcı eylemin meydana gelmesinde davacının da hatır için taşındığı anlaşılmakta ise de mahkemenin bu yönü gözetmemiş olması doğru olmamakla birlikte, hüküm altına alınan tazminat miktarı gözetildiğinde bu davada sonuca etkili görülmemesine göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine 24/12/2001 gününde oybirliğiyle karar verildi..." (4. HD 24.12.2001 gün ve 2001/8456 E. 2001/12803 K.)

KTk m.87 f.1 hükmü, bizzat hatır için taşınan veya kullandırılanın ölmesi veya yaralanmasına ilişkin zararlar hakkında uygulanır. Hatır için araç kullandırılan kimsenin, diğer kimselere vermiş olduğu zararlar için işletenin, tehlike esasına göre sorumluluğu doğar. Kanun koyucu, indirim imkânını sadece hatır için taşıyan veya kullandıran işleten ve sürücüyü bahşetmiştir. İki taraflı kazalarda diğer aracın işleteni, tehlike esasına göre zarardan sorumlu olup, hatır ilişkisine yaslanarak mahkemeden tazminattan indirime gidilmesini talep edemez.²⁹

"...hatır yolculuğunda, yolcunun bulunmadığı ve karşıdan gelen araç yönünden bir indirim yapılması da, olanaklı değildir..." (11. HD 03.06.2003 gün ve 2002/13340-5879 E. K.)

"...Davalılardan R. Ç.'ın sürücüsü olduğu araç ile diğer davalı A.G.'in sürücüsü olduğu araçlar çarpışmış ve davalılardan R. Ç.'a ait araçta hatır yolcusu olarak taşınan davacıların desteği R. Ş, meydana gelen bu trafik kazasında ölmüştür. Destek R. Ş. davalılardan R. Ç.'ın sürücüsü olduğu araçta hatır yolcusu

olarak taşındığına göre hatır indiriminden sadece hatır için taşıyan R. Ç. yararlanabilir; hatır taşınması ile ilgisi bulunmayan diğer araç sürücüsü A. G. ile ona ait aracın sigortacısı olan davalılardan A. Sigorta AŞ hatır indiriminden yararlanamaz.

O halde mahkemece yapılacak iş; hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından belirlenecek oranda, manevi tazminatlardan ise matematiksel oranda olmamak üzere hatır taşınması nedeniyle uygun görülecek miktarlarda indirim yapıldıktan sonra kalan tutardan tüm davalıların; hatır taşınması nedeniyle indirim yapılmaksızın belirlenen miktarlardan da R. Ç. dışında kalan davalıların sorumluluğuna karar verilmekten ibarettir..." (4. HD 29.12.2005 gün ve 2005/1041-14364 E. K.)

Zarar görenin (hatır yolcusu), beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya (kıyafet, bavul, saat, takı gibi) için işletenin KTK m.85. f.1 bir bağlamında tehlike sorumluluğu doğar. Bunların dışında, araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan doğan sorumluluk, genel hükümlere (TTK m.781 vd.) bağlıdır.

KTK m.87 f.1 uyarınca, hem maddi hem de manevi tazminattan indirime gidilir.

"...Dava, trafik kazası nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Olayda, desteğin hatır için taşındığı mahkemece kabul edilerek maddi tazminatlardan hatır taşınması indirimi yapılmıştır. Dosyadaki kanıtlardan da olaylar hatır taşınması bulunduğu anlaşılmaktadır. Ne var ki mahkemece istenen manevi tazminatların aynen hüküm altına alınması, zararın denkleştirilmesinde çelişki yaratmaktadır. Hatır taşınması nedeniyle ve matematiksel oranda olmamak üzere takdir olunacak uygun miktarda indirim yapılarak manevi tazminata hükmolunması gerekirken, mahkemece manevi tazminatlar yönünden davanın aynen kabul edilmesi bozmayı gerekmiştir..." (4. HD 23.05.2003 gün ve 2003/1892-6816 E. K.)

Aracı çalan, kısa süreliğine de olsa aracı kiralayan veya ariyet alan, hatır için araçta bir kimseyi taşısa veya aracı kullandırsa, bu kimselerin uğramış olduğu zararlardan işletenin sorumluluğu doğmaz.³⁰

Hatır için taşıma veya kullandırma, def'i niteliğinde olup, işleten tarafından iddia ve ispat edilmelidir. Yoksa hâkim, kendiliğinden hatır ilişkisinin varlığını gözeterek işletenin sorumluluğunu sınırlandıramaz.³¹

30 Aşcıoğlu, sh.110.

31 Eren, sh.677-678; H. Yılmaz, sh.48; Karahasan, sh.984; Çeliktas, sh.104; Havutçu & Gökyayla, sh.86.

“...Davalı vekilinin temyizine gelince, davalı vekili davacının kendi isteği ile araca bindiğini belirtmek suretiyle hatır için taşındığı savunmasında bulunmuştur. Bu konuda davacı tarafında farklı bir açıklaması yoktur. Hazır taşımaları ticari bir menfaat karşılığı olmadığından bu gibi taşımalarda BK. nun 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirme yapılması gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Hakim, tazminattan mutlaka indirme yapma zorunda değilse de, bunun dahi nedenini karar gerekçesinde tartışması gerekir. Bu itibarla, mahkemece bu savunma üzere durularak, olayın özel şartları göz önüne alınmadan ve tartışılmadan olay sanki bir ücret karşılığı taşıma imiş gibi karar tesisi usul ve yasaya aykırı görülmüştür. Mahkemece yazılı olduğu şekilde karar tesisi doğru görülmemiş ve kararın açıklanan nedenle temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir. (11. HD 15.01.2002 gün ve 2001/8226 E. 2002/170 K.)

İşletenin konu başlığımıza ilişkin sorumluluğu, genel hükümlere terk edildiğinden zamanaşımıyla ilgili olarak KTK m.109 değil, BK m.60 (1 ve 10 yıllık) kendisine tatbik sahası bulacaktır.

KTK m.91 hükmü uyarınca işleten, KTK m.85 f.1’e göre doğan tehlike sorumluluğunu teminat altına almak için zorunlu mali mesuliyet (trafik) sigortası yaptırmak zorundadır. İşletenin, konumuz itibarıyla sorumluluğu kusur ilkesine göredir. Bu nedenle, hatır için taşınan veya kullandırılanın ölmesi veya yaralanmasına ilişkin zararlar, sigorta teminatı kapsamı dışındadır.³²

“...Somut olayda, ne davanın tarafları ne de mahkeme ile Özel Dairesi arasında rizikonun hatır taşımacılığı sırasında oluştuğu konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, hatır taşıması sırasında oluşan zarardan zorunlu trafik sigortacısının sorumlu olup, olamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Sorunun çözümü için önce yasal düzenleme, sonra da sözleşme ilişkisinin irdelenmesi gereklidir. Konunun düzenlendiği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun (KTK) 85. maddesinde, işletenin sorumluluğu dört fıkra halinde düzenlenmiş, anılan Yasanın aynı kısmının birinci bölümünde yer alan 87. maddesinde ise, “*yaralanan ve ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise ... işletenin sorumluluğu ... genel hükümlere tabidir*”, hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi yasakoyucu, hatır taşımacılığının özelliğini dikkate alarak zarara neden olan aracın malikini veya işleteni hukuki sorumluluk bakımından katı hükümleri içeren tehlike sorumluluğunun dışına çıkarmak ve onu genel hükümlerdeki sorumluluğa tabi tutmak istemiştir.

32 Bkz. Bilge, sh.339 vd.

Aynı Yasanın aynı kısmının ikinci bölümünde yer alan ve mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğunu düzenleyen 91. maddenin ilk fıkrasında ise; işletenlerin, aynı Yasanın 85. maddesinin sadece 1. fıkrasında yer alan sorumlulukların karşılanması amacıyla bu tür sigortanın yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Madde metninden açıkça anlaşıldığı gibi, zorunlu trafik sigortasının teminat kapsamı, sadece 85/1 ile sınırlıdır. Aynı maddede yer alan işletenin diğer tehlike sorumluluk halleri dahi bu sigorta türü kapsamı dışında bırakıldığına göre, 85. madde kapsamı dışına çıkarılan 87. maddedeki hatır taşımacılığı hali kendiliğinden sigorta kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu şekilde hatır taşımacılığı işletenin sorumluluğu çıkarıldığına göre, aslında işletenin tehlike sorumluluğuna dahil olması gereken yani 85. madde kapsamında olması gerektiği halde sigortacının sorumluluğu dışına çıkarılan halleri düzenleyen aynı Yasanın 92. maddesinde hatır taşımacılığının sayılmamış olması hali, aksine bir yorum nedeni, yani hatır taşınması halinin sigortacının sorumluluğu kapsamına alındığının kabulünü gerektiren bir neden olamaz. Zira, zorunlu trafik sigortası, yukarıda da değinildiği gibi işletenin ancak KTK.nun 85/1. maddesinde yer alan hukuki sorumluluğu kapsamı ile sınırlıdır. O halde, zaten 85/1. maddesinin kapsamı dışında kalan hatır taşınmasına 85. maddede yer almakla birlikte sigortacının sorumluluğunu sınırlandıran 92. maddede yer verilmesi abesle iştigal olur, diğer deyişle yasa tekniğine ters düşerdi. Bu durum karşısında yasal düzenleme bakımından, işletenin sadece KTK.nun 85/1. maddesindeki hukuki sorumluluğunu üzerine alan sigortacının bu madde kapsamı dışında kalan hatır taşımacılığında doğan zararlardan sorumlu tutulmasının yasal açıdan mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Nihayet, mahkeme kararındaki davanın kabul gerekçelerinden birini oluşturan hakkaniyet kuralına gelince; yasakoyucu, yukarıda da değinildiği gibi hatır veya nezaket için hiç bir bedel almadan yolcu götüren aracın işleticisini KTK.nun 85. madde kapsamı dışında bırakmakla hakkaniyet ilkesi bakımından tavrını açıkça koymuş ve onu tehlike sorumluluğu hükümleri kapsamına almamıştır. Bu gibi hallerde işletenin sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde değerlendirilerek sorumluluk kapsamı ona göre tayin edileceğine göre, onun sigortacısının bu kuralın dışına çıkılarak hakkaniyet ilkesi gereğince sorumlu tutulması yasa hükmüne açıkça aykırı düşeceğinden bu yöndeki gerekçenin de kabulü mümkün olmuştur..." (YHGK 05.04.1995 gün ve 1994/11-689 E. 1995/274 K.)

“...Davalı sigorta şirketinin olayda hatır taşıması bulunduğu, bu nedenle sorumluluklarının söz konusu olamayacağı gerekçesi ile karar düzeltme isteminde bulunmaları üzerine, yeniden inceleme yapılmış, ancak, itirazları yerinde görülmediğinden reddi yoluna gidilmiştir. Şöyle ki;

Karayolları Trafik Yasasının 91. maddesinde, işletenlerin aynı Yasanın 85. maddesinden kaynaklanan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak için, mali sorumluluk sigortasını yaptırmaları zorunluluğu getirilmiştir. Demek ki her işleten, mali sorumluluk sigortasını yaptırmakla yükümlüdür. Aynı Yasanın 85. maddesi de, işletenin hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir. Diğer bir anlatımla, işleten, başkasına verdiği zarardan 85. maddedeki koşullar uyarınca sorumludur. Yasanın 87. maddesinde ise, zarar görenin, hatır için taşınması durumunda, işletenin sorumluluğunun genel hükümlere tabi olacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan yasal düzenlemelerdeki bu açıklamalar itibariyle mali sorumluluk sigortasının Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olacağı, ancak o zararın oluşumuna neden olan olayda, hatır taşıması olduğu takdirde, aynı Yasanın 87. Maddesindeki düzenleme itibariyle sorumlu tutulamayacağı sonucuna varmak doğru değildir. Yasanın 87. Maddesi, salt hatır taşımasını değil, araç sahibi ile işleteni arasındaki ilişkiyi, zarar görenin beraberinde taşıdığı eşyanın zarar görmesinin de genel hükümlere tabi olduğunu hükme bağlamıştır. Burada getirilen ayrıcalık, hatır taşımasında, hakimin ne ölçüde bir indirim yapması, hatır taşımasının hangi hallerde kabul edilmesi gibi Borçlar Kanununda düzenlene genel ilkelerin uygulanmasının gerektiğidir. Nitekim, Borçlar Kanunu'nda da hatır taşıması ile ilgili bir düzenleme ve deyim yer almamaktadır. Ancak hatır taşımasının bulunduğu durumlarda, BK.nun 43. maddesindeki genel düzenleme itibariyle hakimin tazminat kapsamını belirleyebileceği teoride ve yargı kararları ile kabul edilmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, Karayolları Trafik Yasasının 85. maddesi ile, işleten için öngörülen sorumluluk, tehlike sorumluluğudur. Diğer bir anlatımla kusur sorumluluğuna dayanmayan, salt aracın kullanılması sonucu, işleten kusurlu olmasa dahi, meydana gelen zarardan sorumlu olması durumudur.

Görüldüğü üzere, maddede düzenlenen sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Halbuki, genel hükümlerde, trafik kazası sonucu doğacak zararda, tehlike veya kusursuz sorumluluğu gerektiren bir düzenleme yer almamaktadır. Şu durumda, hatır için taşıyan veya taşıtan, işleten ise sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanacaktır. Bu duruma göre, sorumluluğu, KTK.nun 85. maddesindeki tehlike sorumluluğundan ayrılmakta ve böylece işletene daha hafif bir sorumluluk getirilmektedir. Diğer bir anlatımla işleten ancak, kusurlu ol-

duğu, kusuru kanıtladığı takdirde hatır için taşıdığı kişinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır. Bu halde, mali sorumluluk sigortası, sigortalının kusursuz sorumluluk hallerinden doğan zarardan sorumlu tutulduğuna göre, daha hafif ve kusurlu sorumluluğu gerektiren durumlardan sorumlu tutulması doğal kabul edilmek gerekir. Daha ağırından sorumlu olduğuna göre, daha hafifinden haydi haydi sorumlu tutulmalıdır. Bu bakımdan, yasanın hatır taşınması sonucu doğan zarardan mali sorumluluk sigortasından, sigortacının sorumlu tutulmama biçiminde bir sonucu amaçladığı düşünülmelidir. Nitekim KTK.nun 92. maddesinde, mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalan durumlar tek tek ve sayılı olarak belirtilmiştir. Bunlar arasında hatır için taşınmada, sigortacının sorumlu olamayacağı konusunda bir belirtme bulunmamaktadır. Uygulamada, vardığımız bu sonucun aksini öngören Yargıtay'ın diğer dairelerinin kararları bulunmakta ise de bu kararlarda öngörülen düşünce ve gerekçelere katılmamaktayız..." (4. HD 18.11.1998 gün ve 1998/6706-9041 E. K.)

Netice itibariyle; işleten, sorumluluğunun azaltılmasını KTK m.86 f.2 (zarar görenin hafif kusuru) veya KTK m.87 f.1 (hatır için bir kimseyi taşıma veya aracı kullandırma) hükmüne dayanarak talep edebilecektir.

KAYNAKLAR

- ADAL, Erhan: *Trafik Kazalarında Akit - Dışı Hukuki Sorumluluk, İstanbul 1963, Fakülteler Matbaası.*
- ARAS, Bahattin : *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Hukuki Sorumluluğu, YD, 2008, c.34, s.4, sh. 527 vd.*
- AŞÇIOĞLU, Çetin: *Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, 2. Bası, Ankara 2008, Sözkesen Matbaacılık.*
- BAŞAKLAR, Emin: *İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, y. 1976, s.1, sh.59 vd.*
- BİLGE, M. Emin : *Hatır İçin Taşınanın Uğradığı Zararların Trafik Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu ve Yargıtay Uygulaması, AÜHFD, 2001, c.V, s.1-4, sh. 331 vd.*

- BOLATOĞLU, Bolat: *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 1988, Kazancı Hukuk Yayınları.
- ÇELİK, Ahmet Çelik : *Hatır Taşınması*, *Yargı Dünyası Dergisi*, Mayıs 2007, s.137.
- ÇELİKTAŞ, Demet: *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, 1. Baskı, İzmir, Aralık 1987, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, Ekim 2003, Beta Yayın.
- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c.1, İstanbul 1976, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- FRANKO, Nisim : *Hatır Nakliyatı ve Hukuki Mahiyeti*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin & KAYMAZ, Seydi: *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları*, Ankara 2000, Seçkin Yayıncılık.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: *İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Ana Hatları*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- HAVUTÇU, Ayşe & GÖKYAYLA, Emre: *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1999, Seçkin Yayınevi.
- İYİMAYA, Ahmet : *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları*, 1990.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : *Sorumluluk Hukuku*, 6. Bası.
- KAYA, Mine: *Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletme Halindeki Araçtan Kaynaklanan Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Şartları*, www.yeniforumuzbiz.com (*Adalet Dergisi*, yıl 95, Ekim 2003, s. 17).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara, Mart 2004, Turhan Kitabevi.
- METEZADE, Zihni : *Hatır İçin Taşıma*, <http://eski.trsb.org.tr>.
- NOMER, Haluk N. : *2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1992, c.66, s. 1-2-3, sh.36 vd.

- ORHUNÖZ, Ergun: *Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre Sorumluluk Tazminat Sigorta*, Ankara 1998, Seçkin Yayınevi.
- ÖZSUNAY, Ergun : *Araç Sahibinin Hatır İçin Ücretsiz Taşındığı veya Aracını Hatır İçin Ücretsiz Olarak Kullandırdığı Şahıslara Karşı Sorumluluğu*, İÜHFİM, 1966, c. XXXII, s.1, sh.161vd.
- TANDOĞAN, Haluk: *İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları, Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler*, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 25 - 28 Nisan 1973, *Bildiriler Tartışmalar*, (Kısaltması: İsviçre).
- TANDOĞAN, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara 1981, (Kısaltması: *Kusura Dayanmayan*).
- TÖRE, Hayrullah Fütuhi : *Araç Sahibinin (İşletenin) Sorumluluğu*, AD, 1981, s.3, sh. 354 vd.
- YILMAZ, Hamdi : *Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaşılması*, 1. Baskı, Haziran 1995, Seçkin Yayınevi.
- YILMAZ, Zekeriya: *Trafik Kazaları ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, c.1, Ekim 2007, Adalet Yayınevi.
- Yargıtay kararları için başta Corpus İçtihat Programı olmak üzere muhtelif dergi ve içtihat programlarından yararlanılmıştır.

YARGISAL İMAJIMIZ YARGI FAALİYETLERİ SIRASINDA “OTURARAK KONUŞMAYA” DAİR BİR DENEME VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Atilla PINAR*

GİRİŞ

Günlük hayatımızda eşimiz, çocuğumuz, arkadaşlarımız, meslektaşlarımız, işyerindeki muhataplarımız ve diğer insanlarla devam eden sosyal ilişkilerde ve kamusal faaliyetlerde öne çıkan, kimi zaman takdir edilen, bazen yadırganan, çoğunlukla eleştirilen, doğru yapıldığında övülen, dozajı kaçırıldığında yerilen hususlardan biri de “NE İŞ YAPTIĞIMIZDAN ZİYADE İŞİMİZİ NASIL YAPTIĞIMIZDIR.” Bu ise bizim kişisel veya kurumsal olarak dış dünyaya verdiğimiz en esaslı görüntümüz, imajımızdır. Mesele o kadar önemlidir ki özel sektörde, politikada, sanat dünyasında insanlar hatta Amerikan yargısında bir kısım sanıklar yargılama sırasında profesyonel anlamda imajları ve davranış modelleri ile ilgili profesyonel destek almaktadırlar. Teknik olarak ülkemizde bu kurum “İMAJ MAKERLİK” olarak bilinmektedir. İmaj kişinin/kurumun dış dünyada, çevrede algılanan görüntüsüdür.

Dolayısı ile; “Ben sadece işimi yapıyorum”, “yasal yetkimi kullanıyorum”, “Bu benim yetkim, kime şikayet edersen et”, “İstedığın yere şikayette özgürsün” tarzı yaklaşımlarda söyleyen kişi belki mutlak olarak haklı bile olsa zamana ve yere göre şahsi ve kurumsal imajını ve itibarını negatif olarak etkileyebilmektedir.

* Hâkim, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başmüfettişi

UYGULAMA; "YARGIDA TARAFLARIN BEYANLARININ ALINIŞ ŞEKLİ" VE KRİTİĞİ:

I- Yargısal faaliyetler sırasında İnsanlar "ayakta" konuşmaktadır.

Şöyle ki;

- a - Cumhuriyet savcılığınca yürütülen soruşturma aşamasında ve Savcılık huzurunda genellikle vekil, müdafî, şüpheli, tanık, bilirkişi, mağdur veya müşteki,
- b - Mahkemelerdeki yargılama aşamasında ve hâkim huzurunda da vekil, sanık, tanık, bilirkişi, mağdur, müşteki, davacı, davalı, müdahil, veli, vasi, kayyum, v.s. sıfatlarıyla,

İfade vermekte, sorgulanmakta, beyanda bulunmakta, görüş veya mütalaa serdetmekte ve en genel deyimle *KONUŞMAKTADIR*.

Tüm bu şahısların hakim-savcı huzurunda dinlenmeleri sırasında nasıl duracakları, ne şekilde ifade verecekleri ve konuşacakları hususunda mevzuatımızda somut bir düzenleme mevcut değildir.

Buna karşın Türk yargısında örfi olarak uygulanan belki de katı bir teamül olarak nitelenebilecek bir tatbikatın varlığı ise tartışmasızdır. O ise konuşan veya dinlenen her kim olursa olsun "ayakta" ve "düzgün durarak" konuşma zorunluluğudur.

Her ne kadar kişilerin sıfatı ne olursa olsun ayakta ifade vermeleri, sorgulanmaları veya beyanda bulunmalarına dair açık bir yasal düzenleme yok ise de bugün itibarıyla Türk yargısında yaygın uygulama kişilerin genellikle ayakta tutularak konuşması ve ayakta dinlenmesi esası üzerine kurulmuştur. Bu uygulamanın nitelendirilmesi gerekirse en iyimser yorumla bunun Türk yargısında "yargısal bir teamül-gelecek" olduğudur. Kıdemi düşük hakim-savcının kıdem ve yaşça büyük meslektaşına "abi" şeklindeki hitabı, bayan meslektaşlarımıza nezaketen öncelik verilmesi gibi bu husus da yargısal teamül olmanın yanı sıra bir fiili (de facto) durumdur.

II- Esasen bugün itibarıyla evrensel boyutta insanlığın geldiği aşama ve Türk milletinin ulaştığı kültür ve medeniyet seviyesi dikkate alındığında bu uygulamanın 'yasal', 'hümanist', 'medenî', 'tıbbî', "bilimsel" ve "kültürümüze uygun" olmadığı aşikardır.

- A - Yargının muhatap olduğu insanların yargısal merciler huzurunda ayakta konuşmaları 'yasal' değildir. Zira; mevzuatımızın hiçbir yerinde herhangi bir kişinin ayakta konuşması gerektiğine dair açık veya zımni olarak bunu düzenleyen bir hüküm yoktur.
- B - Bu uygulama 'hümanist' değildir. Zira; merkezine insanı alan ve neredeyse tüm konusu insan ilişkileri veya insana dair malvarlığı ve özgürlükler olan bir konseptin (YARGI) muhatapları hakkındaki yargısal aşamalarda kendilerinin insan olmaları hasebiyle taşıdıkları değerler; asgari seviyede saygı görme, sıfatı ne olursa olsun temel ve dokunulamaz ve kutsal değerlere haiz olduğu olgusu, kendisini en rahat seviyede ifade etme özgürlüğü ve hakkı bir nevi görmezden gelinmektedir.
- C - Bu uygulama 'medeni' değildir. Zira; bugün evrensel boyutta insanlığın ulaştığı değerlerden birçoğunu görmezden gelmektedir. Yaşlısı ile genciyle, bürokrati ile sivil vatandaşı ile toplumun her kesimince yargıya yapılan en ağır eleştirilerden biri de budur. Yargının, yargısal faaliyetlerinin devamı sırasındaki uygulamaları hakkında bir kamuoyu araştırması yapıldığı takdirde kuvvetle muhtemeldir ki insanların "hasta hasta ayakta konuşturdular", "yaşıma, durumuma bakmadan beni ayakta tuttular", "ayağımın kırığına ve alçıda olmasına rağmen beni ısrarla ayakta tuttular ve öyle konuştum" gibi haklı eleştirilerini barındıran hususlarla karşılaşacağız. Yine belli bir yaşın üzerinde olmak hasebiyle yer gösterilmesi ve oturtulması hususunda saygı ve öncelik hak eden yaşlılarımızın sırf bu nedenle rencide edilmesi ve gururunun incitilmesi mevzu bahisdir.
- D - Bu uygulama 'tıbbi' değildir. Zira; ayakta ifade veren kişide mevcut gizli veya açıkça gözlenemeyen rahatsızlıklarda (bel fıtığı, kemik erimesi, tansiyon düşüklüğü, halsizlik v.s.) veya aşikar olup geçici veya kalıcı olan rahatsızlıklarda (bedensel engellilik, topallık, henüz yeni kaza geçirmiş ve kolu-bacağı alçılı veya ancak koltuk değneği ile yürüyebilenler açısından) belki ölümle sonuçlanabilecek "konuşurken ayağa kalkınız", "hâkim huzurunda 'düzgün' durunuz" türü uygulamalarımızın ve benzeri talimatlarımızın muhatapların sağlığını ve hayatını ne şekilde tehlikeye attığı/riske ettiği ortadadır.

Mahkemeye ve yargıya olan tüm saygısıyla hasta veya yaralı haline rağmen huzurumuza gelenlerin sağlık durumları dikkate alınmaksızın ısrarla ayakta tutulması ve bu şekilde konuşmaya zorlanması tıbbi uygun değildir.

E - Bu uygulama "*bilimsel*" değildir. Psikoloji bilimi literatüründe "*beden dili*" olarak bilinen durumun yargısal faaliyetlerimizde göz ardı edildiğini göstermektedir.

Hürriyet Gazetesi'nin 19.12.2008 tarihli nüshasında İstanbul Nöropsikiyatri Hastanesi'nden Uzman Psikolog İhsan Öztekin'le yapılan mülakatta cevabı aranan; "*Her hareket bir mesaj taşır. Yüz, eller, gözler, bakış, kollar, oturuş, mimik, jest, kıyafet ve makyaj hepsinin bir mesajı vardır. Duygular bedene yansır? İnsanın psikolojik korunma sınırı beden dilinde kendini nasıl ifade eder? Sözel iletişim beden dili olmadığında neden etkisiz kalır? Beden dili kullanımında kişiliğin, kültürün, cinsiyetin önemi var mıdır?*" gibi pek çok soruya Sayın Öztekin'in psikolojik (bilimsel) açıdan verdiği cevaplara göz atılacak olursa şunlar görülecektir.

a- "*Beden dilinde en önemli nokta bilgi akışının sürekli oluşudur. İki ya da daha çok insan bir araya geldiğinde devreye girer. Bu mesajlar karşılıklı olarak gönderilir ve alınır. Gönderdiğimiz mesajlar sürekli olarak karşısındakine ulaşmakta ve hakkımızda kanaat oluşmaktadır. Aynı zamanda bizde karşıdan sürekli mesaj alıyor ve değerlendiriyoruz. İnsan hayatı boyunca çoğunlukla farkında olmaksızın günlük beden dilini son derece etkili olarak kullanır. Bedenimiz olaylara ve durumlara karşı çok daha fazla kendiliğinden tepkiler verir.*

b- Beden dili bir ifade biçimidir diyebilir miyiz?

"Tabii ki. Romalı filozof Çiçero "ruhun tutkularının ve duyguların beden hareketleri ile ifade edildiğini" söyleyerek bu konuyu incelemeye başlamış. Sağlıklı ve iyi bir iletişim kurmak için beden dilinin ve kelimelerin birlikte, paralel olarak kullanılması gerektiğini görmüş. Beden dilimizle duygu ve düşüncelerimizi ifade etme olanağı buluruz. .../... Ayrıca beden dili ile sözlü iletişimi destekleyip onun akıcılığına katkıda bulunabiliriz.

c- "*İletişim kurduğumuz kişilerle ilgili düşüncelerimizin oluşmasında beden dilinin rolü büyüktür. İlk kez karşılaştığımız ve hiç konuşmadığımız bir*

kişi için, duruşundan hiç hoşlanmadım deriz. Ya da bakışını hiç sevedim veya bir görüşte kanım ısındı deriz. Yine ilk görüşte vuruldum, ben onu gördüğüm an işe yaramaz olduğunu anlamıştım gibi değerlendirmeler yaparız. Tüm bunlar o kişi ile gelişecek iletişimimizin temelini oluşturur.”

d- .../ ... *“Ruhun gizemi beden hareketleri ile açığa çıkar”* der Michelangelo. Karşımızdaki kişilerin beden hareketleri, mesafe ve alan kullanımı, dokunuşları ve sesin kullanışı o kişinin beden dilinin en önemli parçalarıdır. Biz bunlara bakarak bir takım kararlar veririz. *Nasıl oturduğumuz, nasıl durduğumuz, mimiklerimiz, jestlerimiz, bacaklarımızın konumu çok önemli... Bunların hepsi kişinin o anki ruh hali ile ilgili bilgi verir. Bazen bir hareket bin söze bedeldir. İstmeden oluşan bir şaşkınlık ifadesi, ya da kızgınlığımızı gösteren kaş hareketi biz söylemesek de bize bakan kişilere neler hissettiğimizi bağırarak anlatır.”*

e- *“Normal konuşma hızı dakikada ortalama 100-120 kelimedir. Aynı süre içinde ortalama bir insan yaklaşık 800 kelime düşünür. Beden dili işte bu söze dökülemeyen düşünce ve duyguların dışı vurum şeklidir. Beden dilimizle verdiğimiz mesajlar insanlarla anlaşmamızda en temel araçtır. Hem yakın çevremizde, hem daha geniş sosyal hayatımızda hem de farklı ülke insanları ile ilişkilerimizde öncelikli beden dilimizi kullanırız ve onların beden dilleri ile anlattıklarını çözmeye çalışırız.*

f- *Beden dili denildiğinde ne anlaşılması gerektiğini alanı daraltarak biraz daha somutlaştırabilir miyiz?*

“Beden dili derken aklımıza gelmesi gereken şey şunlardır: beden duruşu, jestler, mimikler, göz teması, başın kullanımı, ayakların kullanımı, oturma biçimi, oturmak için seçilen yer, mesafe, giyim, kullanılan aksesuarlar, bakım ve makyajdır.

g- *Beden dili verilen mesajın ne kadarını oluşturuyor?*

“Beden dili insanlık tarihi açısından en eski iletişim aracı olup duygu ve düşüncelerimizin yansımasıdır. Beden dili ile ilgili yapılan araştırmalara göre, insanların yüz yüze kurdukları ilişkide, kelimeler %10, ses tonu %30, beden dili %60 önem taşır.”

h- *Beden dili kişinin duygu ve düşüncesini ne kadar yansıtabilir?*

“Beden iç dünyayı saran bir eldivendir ve duygular, düşünceler beden dili ile anlaşılmaktadır. “Konuşma”dan önce “beden dili” vardır. Beden

dili aracılığı ile insanlar duygularını, düşüncelerini, isteklerini, ihtiyaçlarını ve ruhsal zenginliklerini başka insanlarla paylaşmışlardır. Böylece kendi iç dünyalarını yansıtırken birlikte yaşadıkları insanların iç dünyaları ile ilgili önemli bilgilere sahip olmuşlardır.") denmektedir.

Her halde beden dilinin mesleğimiz için ne kadar önemli ve yadsınamaz olduğu aşikârdır.

F- Bu uygulama "*kültürümüze uygun*" değildir. Zira toplu taşıma araçlarında (otobüs, metro, tramvay, feribot v.s.) bile; yaşlılara, hamilelere, görme engellilere v.s özel durumu olan şahıslara koltuklara oturmada öncelik verildiği ve belli koltukların doğrudan bunlara tahsis edildiği hususu malumdur. Kaldı ki yaşlıya, hamileye veya özürliye oturması için yer göstermek ve bu şekilde ifadesini almak yargılamada eşitsizlik yapmak, taraflı davranmak ve diğer tarafa önyargılı olmak demek değildir. Tam aksine muhatabın "*insan*" olmak hasebiyle taşıdığı değerler ve somut hal ve durumunun bizzat hâkim savcı tarafından dikkate alınması, insani bir hakka saygının ifadesidir. Yaşlıya veya hamileye saygı evrensel bir davranış modeli olup, enlem veya boylam farkı olan/olmayan ülke, insan veya kültürlerle göre değişmemektedir.

MEVZUAT :

I - Türk Hukuk Tarihinde

Rastlanan kaynak 1869 tarihli **Mecelle'**dir. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin "*Hüküm ve hâkimlikten*" bahseden 16. kitabının 1. babının 1, 2, 3 ve 4. fasıllarında hâkimin vasıfları, adabı, vazifesi ve yargılama şekli düzenlenmiştir.

Buna göre "*Hâkimin Adabı*" başlıklı 2. fasıldaki 1799. maddede "Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur.

Bundan dolayı; taraflardan biri her ne kadar eşraftan ve diğeri avamdan biri olsa bile **yargılama sırasında** *tarafları oturtmak* ve *kendilerine bakmak* ve *söz vermek* gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla *Adalet ve Eşitliğe* riayet etmelidir." denilmiştir.

II - Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Mevzuatında

Mülga ve meri Türk mevzuatında **oturarak veya ayakta konuşmaya dair hiçbir düzenleme yoktur.**

Buna mukabil konuyla bağlantısı anlamında yemin verilmesi sırasında ayağa kalkılması ve hüküm fıkrasının ayakta dinlenmesi hususuna değinilmesi gerekmektedir.

Bu açıdan mevzuatımıza göz atılacak olursa;

A- 20.04.1929 tarihinden 01.06.2005 tarihine kadar yaklaşık 76 yıl boyunca yürürlükte kalan **1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun;**

Şahitlere verilecek yeminin şekli hakkındaki 57. maddesinde "*.../... Yemin verilirken herkes ayağa kalkar.*"

Hükümün ne suretle tefhim olunacağını düzenleyen 261. maddesinde "Hükümün tefhimi duruşmanın sonunda, en az 268 inci maddede belirtilen hüküm fıkrasının duruşma tutanağına geçirilerek okunması ve gerekçenin başlıca noktalarının sözlü olarak bildirilmesi suretiyle olur.

Hüküm fıkrası ayakta dinlenir.

Hükümün tefhimi sırasında sanık hazır bulunduğu takdirde, varsa kanun yolları kendisine bildirilir." denilmektedir.

B- 01.06.2005 tarihinden günümüze kadar ve halen yürürlükte olan **5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;**

Yeminin biçimi başlıklı 55. maddesinde "(1) Tanığa verilecek yemin, tanıklıktan önce "*Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.*" ve 54 üncü maddeye göre tanıklıktan sonra verilmesi halinde "*Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim.*" biçiminde olur. (2) *Yemin edilirken herkes ayağa kalkar.*" denilmektedir.

Hükümün açıklanması ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması başlıklı 231. maddesinde "(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır. (2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bu da bildirilir.

(4) *Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.*" denilmektedir.

C- 02.07.1927 tarihinden bugüne kadar yürürlükte olan **1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun;**

aa-Şahidin yemin şekline dair 264. maddede "*Yemin aşağıdaki şekilde icra olunur:*

Hakim şahide: "Şahit sıfatıyla sorulan suallere verdiğiniz cevapların hakikate muhalif olmadığına ve meşhudat ve malûmatınızdan birşey saklamadığınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz" ve şahit de cevaben "Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum" der.", denilmektedir.

bb-Hükümün tefhimine dair 381. maddede "Mahkeme, hazır olan tarafın iddia ve savunmalarını dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını **tefhim** eder. Kararın **tefhimi**, en az 388 inci maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur.

Zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hal-lerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak onbeş gün içinde yazılması gerekir." denilmektedir.

cc- Asliye mahkemesince verilen hüküm başlıklı 382. maddede "Karar hafiyen müzakere ve ittihaz olunur ve alenen **tefhim** edilir." denilmektedir.

dd- Sözlü yargılama usulündeki hükmü düzenleyen 489. maddede "Evrak üzerinde hüküm verilmesi istenilmediği takdirde, 376 ncı maddeye göre hakim iki tarafın son sözlerini dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını **tefhim** eder. Kararın **tefhimi**, en az 388 inci maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur.

Zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun **tefhim** edildiği hal-lerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak onbeş gün içinde yazılması gerekir." denilmektedir.

NOT ; Burada, "HUMK sistematüğinde" dikkati çeken husus şudur; Hükümün tefhimi sırasında tarafların ve salonda bulunan sair kişilerin durumu (tefhimi ayakta veya oturarak; nasıl dinleyecekleri veya dinlemeleri gerektiğı) düzenlenmemiştir.

D- 04.02.2011 tarihli resmi gazetede yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun;

aa-Yeminin şekli başlıklı 233. maddesi 5. fıkrasında "*Yemin eda edilirken, hakim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.*" denilmektedir.

bb-Hasta veya özürliülerin mahkeme dışında yemini başlıklı 235. maddede "(1) **Yemin** edecek kimse, mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya özürliü ise hakim, bulunduğu yerde o kimseye **yemin** ettirir. Bu sırada isterlerse taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilir." denilmektedir.

(Burada tartışılması gereken bir husus da yemin edecek kişi ayağa kalkamayacak derecede felçli, yatalak, tekerlekli sandalye ile ancak hareket edebilen veya ağır hasta ise yeminin nasıl eda ettirileceğinin yasada düzenlenmemiş olması ve bu boşluğun ne şekilde ikmal edileceğidir.)

cc- Yeminin zamanı ve şekli başlıklı 258. maddede "(1) *Yemin*, ta-nığın dinlenilmesinden önce eda edilir.

(2) *Yemin eda edilirken, hakim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.*" denilmektedir.

dd- Hüküm, hükümün verilmesi ve tefhimi başlıklı 294. maddede "(1) Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür.

(2) Hüküm, yargılamanın sona erdiği duruşmada verilir ve tefhim olunur.

(3) Hükümün tefhimi, her halde hüküm sonucunun duruşma tuta-nağına geçirilerek okunması suretiyle olur.

(4) Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiğı

hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir.

(5) *Hükümün tefhimini, duruşmada bulunanlar ayakta dinler.*

(6) Hükme ilişkin hususlar, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai kararlar hakkında da uygulanır." denilmektedir.

E - Sair Yargılama Usulüne Dair Kanunlarda;

aa-2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesindeki istisnalar dışında dosya üzerinden yargılama yapılmakta iken, duruşmalı yapılacak dava çeşitlerini 17. maddede sıralamış, 31. maddesinde ise "(1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; .../... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." demiştir.

bb-6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 57. maddesinde "(1) Genel Kurul, **Yüce Divan** sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir.

(2) Yüce Divan, 5271 sayılı Kanundaki iddianamenin iadesi sebeplerinden başka esaslı hukuka aykırı hallerin bulunması halinde de iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgelerin iadesine karar verebilir." denmiştir.

cc-2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesinde ".../... Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hakiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait **karar**ları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder." denmiştir.

dd-2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 81. maddesinde "1. Yukarıdaki maddeler **hükümlerine** göre yapılacak soruşturmalar ile verilecek kararlarda, bu Kanunda **hüküm** bulunmayan hallerde, Ceza Muhake-

meleri Usulü Kanununun soruşturmaya ilişkin **hükümleri** uygulanır.

2. Soruşturma kurulları sorgu hakiminin yetkilerini haizdir." denmiştir.

ee-5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde "İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında **hüküm** verilir." demek suretiyle 1086 sayılı HUMK'na atıf yapmıştır.

Yukarıda arzolunan kanunlarda ortak nokta ise özel yargılama durumları hariç tümünün usule dair kuralların uygulanmasında ceza yargılamasında Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerini, hukuk yargılamasında ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini temel referans olarak almaları ve bunlarla bağlı bulunmalarıdır.

Tartışılması gereken bir husus da tanıkların tanıklıkları sırasında oturabileceği kendilerine tahsis edilmiş bir oturma yerinin veya bölümün duruşma salonlarında tahsis edilmemiş olmasıdır.

KANAAT VE DEĞERLENDİRME

Sosyal, kültürel ve ekonomik ortamlarda olduğu gibi yargısal faaliyetlerde de örf, adet, gelenek ve teamüller vardır.

Bunların büyük kısmı mutlak olarak korunması gereken yüzyılların belki binyılların tecrübesi ile gelişen kurum ve kurallar olmasına rağmen, zamanın ilerlemesi ve mekânın değişmesi ile birlikte teknolojik yenilikler, sosyo-ekonomik koşulların ve medeni ilişkilerin baskısı ile terk edilmek veya değiştirilmek zorunda kalınan örf, adet ve geleneklerin sayısı da azımsanmayacak derecededir. Örneğin klasik anlamda mektup yazılması (zarfın içerisine gül, mendil v.s. kokulu hediye konularak gönderilen mektuplar) yerini artık e-mail denilen elektronik postaya bırakmıştır. Bankalara bizzat gitmek ve şubede işlem yapmak yerini evde ve internet ortamında internet bankacılığına bırakmıştır. Geniş tip aile yapısı terk edilerek yerine çekirdek aile denilen anne-baba ile çocuklardan oluşan modele geçilmiştir. Eskiden günlerce belki aylarca süren şehirlerarası yolculukta kullanılan (at,

eşek v.s.) ulaşım vasıtaları, seyahat sırasında uğranılan hanlar gitmiş yerine son derece gelişmiş, her koltuğunda tv ekranı olan ve internet bağlantılı otobüsler ve hızlı trenler ile konforlu hizmet sunan hostesler ile neredeyse 5 yıldızlı otel konforunda mola verilen tesisler gelmiştir.

Değişen teknolojinin, sosyo-ekonomik yapının etkisiyle ve tarım ağırlıklı kültürden sanayi temelli modern şehir hayatı merkezli kültüre geçişin sonucunda halk dilinde kullanılan birçok deyim, atasözü ve darbimesel (Sakla samanı gelir zamanı, Kervan yolda düzelir, Saman altından su yürütmek, Küpünü doldurmak, Üstü şeşhane altı kaval, v.s. gibi) neredeyse kullanılmaz veya az kullanılır olmuştur. Buna karşın Türk misafirperverliği, yaşlı ve düşküne merhamet, karıncanın dahi kanadını incitmemek gibi temel taşlarımız ise itinayla korunmuştur.

Şu halde tartışılması gereken konu yargısal sùjelerin ayakta dinlenmesine dair devam eden yargısal teamùlümüzün bugün itibariyle devamının doğru olup olmadığı ve zorunlu ise geçişin ne şekilde yapılacağıdır. Ayrıca mevcut mevzuatımızda konuya dair benzer düzenlemeler varsa bunların yargının muhataplarına ne kadar insan odaklı yaklaştığı ve temel insan haklarına ne kadar uygun olduğudur.

Belki tartışma sırasında mukayeseli hukukta neler olduğu da irdelenmesi gereken konulardan olacaktır. Örneğin Amerikan yargısında hemen herkesin en azından seyrettiği Amerikan filmlerinden hatırlayacağı gibi tanıklar yemini ayakta yapar ancak tüm ifadesini tanık kürsüsünde oturarak verir. Burada şu itiraz haklı olarak ileri sürülebilir ve *"Her ülkenin sosyal ve kültürel yapısı farklıdır. Bu nedenle başka sistemleri kopyalayarak ve doğrudan ithal ederek kendi bünyemize uydurmaya çalışmamız doğru değildir."* denebilir. Şüphesiz bu saptama bazı konularda doğru olabilir. Ancak temel insan hakları, evrensel bazdaki ilke ve prensipler ve insanlığın ortak değerlerinde bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu anlayışa karşı söyleyeceğimiz argüman ise şudur; *"Mesele Amerikan, Kenya, Anglosakson, Rus veya Çin yargısının ne yaptığı veya yapmadığı değil, tam tersine başka bir yargı sisteminin kendi insanına veya önüne gelen "insana" tanıdığı hakların ve sergilediği davranış modelinin bizim tarafımızdan kendi insanımıza veya önümüze gelen şahıslara gösterilmesi hususundaki negatif taorımız veya isteksizliğimizdir."* Belki bir başka deyimle bu uygulama bizim kendi insanımıza ve insanlığa bakış felsefemizin bir yansımasıdır.

Esasen bizi yetkili kurum ve kurullarıyla (Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Adalet Bakanlığı) yargılamada bir aktör (hâkim-savcı) olarak görevlendiren iradenin (Türk milleti) de bizden beklentisi; evrensel ve temel insan haklarına azami riayeti esas alan, bunu yargısal davranış kodifikasyonlarına ve modellerine yansıtarak uygulayan ve bir hizmet standardı haline getirerek çalışan yargıdır. Başka bir tabirle kendisini oluşturan bireyler hangi sıfatla (davacı, davalı, şüpheli, sanık v.s.) olursa olsun yargısal ortamda bulunduğu, temel insani değerlerinin gözetilmesi ve kendisine buna göre davranılmasıdır.

Zamanın, insanın ve mekânın değişmesi ile birlikte birçok şey değişse de değişmemesi, itina ile korunması ve yaşatılması gereken kurum ve kurulların varlığı da sabittir. Yargısal faaliyetlerde de durum aynıdır. Bu anlamda yeminin ayakta yapılması, hüküm fıkrasının ayakta dinlenmesi pek tabiidir ki yargısal faaliyetin olmazsa olmazlarından. Şekil şartlarından. Mutlak olarak korunması ve yaşatılması gereken bir kurumsal formattır. Çünkü hâkim o anda hükmünü "*Türk Ulusu Adına*" vermekte ve açıklamaktadır. Muhatabın ulus adına verilen bu karara karşı bunu ayakta dinleyerek saygısını göstermesi, ulusal egemenliğin yargıdaki yansımasına itaati esastır. Hükmün okunması sırasında ayağa kalkılarak gösterilen itaat kürsüde oturan hâkimin veya heyetin şahsına değil, hâkimin/heyetin temsil ettiği otoriteye, "*Türk Milletinin Egemenlik İradesine*" gösterilmektedir. Bu nedenle hükmün ayakta dinlenmesi esastır ve tartışılmaz.

Yine değinilmesi gereken bir konu da yargısal faaliyetin ciddiyetini muhafaza, disiplini sağlama ve sonuca ulaşmada sevk ve idarenin, işlemlerin amaca uygun yapılmasının ve kontrolünün nasıl yapılacağıdır.

Bu konuda mesleki onurun muhafazası, nezakete aykırı olan ve açıkça mahkemeye veya hâkim savcıya saygısızlığı içeren davranışların da müeyyidesiz bırakılmaması esastır. Nitekim yasa koyucu bunu sağlamak için gerekli donanım ve yetkiyi de hâkime vermiştir. (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 150, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 151 ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 203 ve 204. maddeleri.)

Gözetilecek temel kriter, temel insan ilişkilerinde aranan ve gözetilen nezaket kurallarının yargısal faaliyetler sırasında hakim savcıdan da esirgenmemesidir. Bunun ötesinde bir davranış modelinin (her ne ad altında olursa olsun) taraflara dayatılmasının doğru olmadığı düşünülmektedir.

Yeri gelmişken değinmekte fayda mülhaza edilecek bir başka yön de; Halk arasında "*Kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi sen de başkasına yapma!*" şeklinde formüle edilen, psikolojide de "*empati yapmak*", "*empati kurmak*" şeklinde ifade edilen ve insan ilişkilerini, davranış modellerini doğrudan ilgilendiren olgudur.

Bu doğrultuda hâkim ve savcı olan bir başka meslektaşımızın anne-babamıza, eş ve çocuklarımıza, kardeşlerimize, yakın akrabamıza veya dost ve arkadaşlarımıza yapmasını istemediğimiz, yapıldığı takdirde incineceğimiz, rencide olacağımız veya öfkeleneyeceğimiz bir davranışın bizim tarafımızdan başkalarının arzolunan yakınlarına yapılması da etik, ahlaki ve insani olmayacaktır. İş ve işlemlerimizdeki davranış modellerimizle muhatap olduğumuz kişilerin kendilerinin/ yakınlarının/ tanıdıklarının/ dostlarının da bizim gibi rencide olabileceğini, kırılabileceğini veya kızabileceğini öngörmek ve hatırdan çıkarmamak önemli bir meziyettir.

Bu meyanda irdelenmesi gereken başka bir mesele de avukatların duruşma salonunda veya savcılık aşamasında ne şekilde davranmaları (ayakta veya oturarak beyanda bulunma, görüş serdetme vs.) gerektiğidir.

Açıkçası bu husus belki birçok tartışmaya ve farklı değerlendirmeye açıksa da bir mesleki kod ve uygulama olarak bu hususun ya ilgili camianın "*baroların*" veya tüm hukukçuların yürütecekleri ortak çalışma ile aşılabileceği düşünülmektedir.

Avukatlık mesleği sadece dava dilekçesi veya cevap metni yazmak ve sanık savunması yapmaktan ibaret değildir. Aksine mesleğin icrasında müvekkile, karşı tarafa, hâkime, heyete ve duruşma ortamındaki diğer şahıslara karşı hukuki formatın arz edildiği, hitabet sanatının sergilendiği, diyalektiğin çalıştırıldığı, hangi mantık ve düşünce sistematigi ile sonuca varıldığı anlatıldığı bir meslektir. Özellikle bütün bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği asıl ve nihai mekân duruşma

salonlarıdır. Hemen her mesleğin muhataplarıyla mesleki ilişkilerini belirleyen kuralları ve davranış modelleri vardır. Hal böyle iken avukatın bu meziyetlerini ayakta ifadesinin çok daha isabetli ve verimli olacağı düşünülmüştür. Ancak bu hususta da yasa koyucu farklı düzenleme yaptığı veya ilgili meslek kuruluşları farklı çözüm modelleri getirdiği takdirde çıkacak sonuca saygı duymak görevimiz olacaktır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

- I - İnsanlığın geldiği medeniyet seviyesi, temel insan haklarında alınan mesafe ve "İNSANIN" öne çıktığı/çıkarıldığı yeni konseptte tüm bu değişimin Yargısal faaliyetlere de yansıtılması temennimizdir. Bu anlamda da; yargı mercileri önünde hangi sıfatla (vekil, müdafî, şüpheli, tanık, bilirkişi, mağdur, müşteki, sanık, davacı, davalı, müdahil, vasi, kayyum, v.s.) olursa olsun ifade veren, sorgulanan, beyanda bulunan, görüş veya mütalaa serdeden, en genel deyimle konuşan kişilerin 'nezaketin gerektirdiği seviyede kalmak ve aşırılığa kaçmamak kaydıyla' kendisini en rahat nasıl ifade edecekse o şekilde (ister oturarak isterse ayakta durarak, ancak kendisi bu konuda bilgilendirilerek, özel bedensel veya sair rahatsızlığı olup olmadığı sorularak ve kendisine bu hak açıkça tanınarak) beyanının alınmasıdır.
- II - Yine bu nokta savunma hakkının kutsallığı ile bireyin kendini ilgili merciler önünde özgürce ifadesinin de gereğidir.
- III - Ayrıca insanlara oturarak konuşma hakkı tanındığı takdirde, bunun kötüye kullanılacağı vehmiyle hareket edilmesi; içinde yaşadığımız, parçası olmakla gurur duyduğumuz, her türlü acı ve mutluluğu birlikte paylaştığımız Türk milletini tanımamak ve kendisine haksızlık etmek olacaktır. İnsanımız hangi ortamda nasıl davranacağını, kime/hangi makama saygı duyulacağını veya gösterileceğini, hâkim-savcı'nın ağzından çıkacak "lütfen" sözünün ne anlama geldiğini çok iyi bilmektedir. Aksi düşünce, bizi yetiştiren, bu makamlara hazırlayan, içinde yaşadığımız, hakkında hüküm kurduğumuz, kendi insanımızı/toplumumuzu (bir anlamda anne babamızı, yakın çevremizi veya dostlarımızı bile) gayri medeni ve kültürsüz görmek demek olacaktır ki bu da en hafif deyimle kendi milletimizi tahkir anlamına gelmektedir.

IV- Bununla beraber özel statüsü nedeniyle avukatların yargısal faaliyetler sırasında ne şekilde davranacaklarına ve etik ilkelerine dair müstakil bir kodifikasyon çalışmasına da ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir. Ceza yargılamasında iddia-savunma-kürsü üçlemesinde yer alan ve savunma pozisyonunu temsil eden, hukuk yargılamasında ise genelde taraf vekili olarak görev yapan avukatların davranış modellerinin de özel olması gerektiği düşünülmüştür.

V- Yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenen, yukarıda arz olunduğu gibi korunması ve itinayla yaşatılması gereken kurallardan olan; yeminin ayakta yaptırılması ile hüküm fıkrasının ayakta dinlenmesi hususunda da hümanist bir bakış açısının yansıtılması, bunların da "İNSAN MERKEZLİ" hale getirilmesi, özellikle ayakta durmaya mani sağlık ve yaşlılık nedenlerinin varlığı halinde ne şekilde davranılacağına hâkimin takdirine bırakılması, hâkime somut durumda pratik ve insani çözüm üretme yetkisini tanımak gerekmektedir. Bu amaçla ilgili maddelere bunu düzenleyen fıkralar eklenmesi faydalı ve yerinde olacak, belki bir boşluk böylelikle doldurulmuş olacaktır.

Bu kapsamda olmak üzere;

A- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda;

aa-Yeminin biçimi başlıklı ve "(1) Tanığa verilecek yemin, tanıklıktan önce "Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." ve 54 üncü maddeye göre tanıklıktan sonra verilmesi halinde "Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." biçiminde olur.

(2) Yemin edilirken herkes ayağa kalkar." denilen 55. maddeye;

"(3) Ayağa kalkamayacak derecede bedenengelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlarda, kimlerin ayağa kalkmasının gerekeceğini hâlin icabına göre hâkim belirler." fıkrasının eklenmesi,

bb-Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması başlıklı ve "(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bu da bildirilir.

(4) *Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.*” denilen 231. maddesine;

“(5) *Ayağa kalkamayacak derecede bedenen engelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlarda, kimlerin ayağa kalkmasının gerekmediğini halin icabına göre hâkim belirler.*” fıkrasının eklenmesi,

B- 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu’nda;

aa- Yeminin şekli başlıklı 233. maddesinin “*Yemin eda edilirken, hakim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.*” denilen 5. fıkrasına;

“(6) *Ayağa kalkamayacak derecede bedenen engelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlarda, kimlerin ayağa kalkmasının gerekmediğini halin icabına göre hâkim belirler.*” Fıkrasının eklenmesi,

bb-Hasta veya özürülülerin mahkeme dışında yemini başlıklı ve “(1) *Yemin* edecek kimse, mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya özürülü ise hâkim, bulunduğu yerde o kimseye *yemin* ettirir. Bu sırada isterlerse taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilir.” denilen 235. maddeye;

“(2) *Ayağa kalkamayacak derecede bedenen engelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlardaki kişilerin yemini buldukları hal üzere yaptırılır. Bu hususu halin icabına göre hâkim belirler.*”,

(3) Yemin eda edilirken, 2. fıkra gereği yemini buldukları hal üzere yaptırılacak kişi haricindeki hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.” fıkralarının eklenmesi,

cc- Yeminin zamanı ve şekli başlıklı ve “(1) *Yemin*, tanığın dinlenilmesinden önce eda edilir.

(2) *Yemin eda edilirken, hakim de dahil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.*” denilen 258. maddeye;

“(3) *Ayağa kalkamayacak derecede bedenen engelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlarda, kimlerin ayağa kalkmasının gerekmediğini halin icabına göre hâkim belirler.*” fıkrasının eklenmesi,

dd- Hüküm, hükmün verilmesi ve tefhimi başlıklı ve “(1) Mah-

keme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür.

(2) Hüküm, yargılamanın sona erdiği duruşmada verilir ve tefhim olunur.

(3) Hükümün tefhimi, her halde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur.

(4) Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir.

(5) *Hükümün tefhimini, duruşmada bulunanlar ayakta dinler.*

(6) Hükme ilişkin hususlar, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai kararlar hakkında da uygulanır." denilen 294. maddeye 5. fıkradan sonra gelmek üzere;

"(6) Ayağa kalkamayacak derecede bedenengelli, hasta veya rahatsız olanlar ile benzeri durumlarda, kimlerin ayağa kalkmasının gerekmediğini hâlin icabına göre hâkim belirler." fıkrasının eklenmesi,

Mevcut 6. fıkrasının da 7. fıkra olarak yeniden numaralandırılması,

Durumunda hukuk ve ceza yargılamamızda esaslı bir usulî boşluğun doldurulmuş olacağı düşünülmektedir.

Daha güzel yarınlar, tekâmül eden ve üstün değerler üreten bir Türk yargısı temennisiyle,

En samimi saygılarımı arz ederim.

TERÖRİZMİN ÖNLENMESİNDE ÖNEMLİ BİR ARAÇ OLARAK AVRUPA KONSEYİ TERÖRİZMİN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ

AS AN IMPORTANT INSTRUMENT FOR THE PREVENTION OF TERRORISM: COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON THE PREVENTION OF TERRORISM

Ömer Serdar ATABEY*

Ahmet ULUTAŞ**

Özet : 11 Eylül saldırıları ardından uluslararası toplum ve örgütler terörizmle daha etkin ve kapsamlı bir mücadelenin gerekliliğine inanarak, yeni tedbir ve araçların arayışı içinde olmuşlardır. Terör eylemlerinin cezalandırılması ve terörizmin bastırılması kadar terörizmin önlenmesinin önem kazandığı ve önleyici tedbirlerin geliştirilmesinin bir öncelik haline geldiği bu yeni süreçte, Avrupa Konseyi terörle mücadelede uluslararası hukuktaki boşlukları doğru ve yerinde analiz ederek, terörizmin önlenmesi konulu bir sözleşmenin çalışmalarına 2004 yılında başlamıştır. 2005 tarihinde imzaya açılmış olan Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesine hâlihazırda 28 Avrupa Konseyi üyesi ülke taraf olup, Türkiye bakımından yürürlüğe girmesine yönelik onay süreci ise devam etmektedir.

Anahtar kelimeler : Avrupa Konseyi, terörizm, aleni teşvik, eleman temini, terörizm eğitimi, terörizm mağduru.

Abstract : Following 11 September terrorist attacks, international community and organizations believed in the necessity of a more effective and comprehensive counter-terrorism, they have been in search of new measures and instruments. Having analyzed appropriately and correctly the gaps in international law, the Council of Europe initiated the work of drafting a convention on prevention of terrorism in 2004 in a new process in which prevention of terrorism have become important as much as punishment of terrorist acts and suppression of terrorism and advancing preventive measures has also been a priority. 28 member states of Council of Europe are parties to Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (Opened for signature in 2005) as of today for which Turkey's ratification process is still underway.

Key words : Council of Europe, terrorism, public incitement, recruitment, training for terrorism, victim of terrorism.

* LLM, Hukuk Müşaviri, Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı

** Dr., Hukuk Müşaviri, Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı

Giriş

11 Eylül 2001 tarihinde ABD’de meydana gelen terör eylemleri, uluslararası toplumu ve örgütleri terörle mücadele hususunda daha kapsamlı ve şiddetli bir tepki vermeye itmiştir. Bu çerçevede gerek küresel ölçekte Birleşmiş Milletler gerek Avrupa ölçeğinde Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa Birliği (AB) bu saldırılara karşı tepki vermek zorunluluğunu hissetmiş, bu tarihten sonra spesifik olarak terörle mücadele hususunda önemli belgeler hazırlayarak, yürürlüğe sokmuşlardır.¹

Bu çalışmada Avrupa Konseyi’nce Haziran 2004 tarihinde çalışmalarına başlanan ve 2005 tarihinde imzaya açılan “Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi” ele alınacaktır.² Sözleşmenin adında da yer aldığı şekilde, içeriği itibariyle önleyici tedbirler öngörüyor olması nedeniyle öngördüğü bazı yeni ve önemli düzenlemeler, sözleşmenin yorumlanmasında temel belge olan Açıklayıcı Raporu ışığında ilgili başlıklar altında açıklanacaktır.

-
- 1 Avrupa Konseyi’nin kurumsal yapısı içinde, bilhassa 11 Eylül saldırılarından sonra, terörle mücadele alanında “*insan haklarına dayalı Avrupa kamu düzeni*” çerçevesinde, gerek Bakanlar Komitesi ve gerekse Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi tarafından çok sayıda tavsiye kararı ve karar tasarıları kabul edilmiş ve bu konudaki prensipler ortaya konulmuştur. Bkz. AK Yayını, The Fight Against Terrorism: Council of Europe Standards, 4. Bası, Strazbourg, 2007, s.217 vd; Avrupa Konseyi’nin terörle mücadele alanındaki çalışmalarını üç temel üzerine oturttuğu söylenebilir: a) Teröre karşı yasal çarelerin güçlendirilmesi, b) Temel değerlerin teminat altına alınması, c) Terörizmin sebeplerine yönelinmesi. Bkz. http://www.avrupakonseyi.org.tr/haberler/mart-07_b.htm; Erişim: 25.10.2011.
- 2 Esasen terörizm, bir ideoloji değil, bir stratejidir. Siyasi müesseseler ne kadar mükemmel, sosyal düzen ne kadar adil ve insani olursa olsun, daima düzeni radikal olarak ve şiddetle değiştirmekten yana olan bir avuç insan bulunacaktır... Siyasal sistemi diğer meşru katılma yöntemleriyle etkileyemeyenler veya sistemi kabul etmeyen birey ve topluluklar, zaman zaman zora, terör eylemlerine yönelmekte ve bu yolla kendi istekleri doğrultusunda toplumsal, iktisadi ve siyasi değişimi sağlamaya çalışmaktadırlar. Bkz. BEŞE, s.58-59; Bununla beraber, dünyada üzerinde anlaşılmuş bir terör tanımı bulunmamaktadır. Bkz. CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMHURST; An Introduction to International Criminal Law, s.342; Bu konuda ayrıca Bkz. Sinem YARGIÇ, Uluslararası Hukukta Terörizm Tanımının Yapılmasının Gerekliği, s.15 vd; Doktrinde Kaya tarafından, 1977 Sözleşmesinden 28 yıl sonra hazırlanan bu sözleşmenin başarılı olup olmayacağını zaman içinde belli olacağı görüşü belirtilmiştir. Bkz. İbrahim KAYA, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, s.87.

Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (CETS No. 196) 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da yapılan Avrupa Konseyi Devlet ve Hükûmet Başkanları III. Zirve Toplantısı'nda imzaya açılmış, dördü AK üyesi olmak üzere altı ülkenin onayını takiben 1 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³

Sözleşme, Türkiye tarafından 19 Ocak 2006 tarihinde imzalanmış, 23.2.2011 tarihli ve 6135 sayılı Kanunla onaylayarak uygun bulunmuştur. Ancak onaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmadığı ve onay süreci devam ettiğinden, sözleşme Türkiye bakımından henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye bakımından onay sürecinin tamamlanmasının ardından iç hukukumuza aktarılması ve uygulanması zorunluluğu doğacak olan bu sözleşmenin özellikle önlemeye yönelik yeni suç tipleri ihdasını öngören hükümlerinin gerek yasa koyucu ve gerekse uygulayıcılarca bilinmesi önem taşımaktadır.⁴

Fransa, Almanya ve Hollanda ve İspanya gibi belli başlı Avrupa ülkelerinin taraf olduğu, Belçika, İngiltere ve İtalya'nın ise henüz onaylamadıkları bu sözleşmenin, terörizmle uluslararası mücadelede güçlenmeye başlayan önleyici stratejinin önemli bir parçasını oluşturduğu değerlendirilmektedir.

3 Sözleşme 23 Ekim 2011 itibarıyla toplam 28 AK üyesi ülke tarafından onaylanmış, 15 AK üyesi ülke tarafından ise imzalanmış, ancak onaylanmamıştır. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=196&CM=8&DF=23/10/2011&CL=ENG>; Erişim: 23.10.2011.

4 Türk hukukunda terör tanımına 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci maddesinde yer verilmiştir. 3713 sayılı Kanunun terörü tanımlayan 1 inci maddesinin başlığı "*terör ve örgüt tanımı*" iken 29.6.2006 tarihli ve 5532 sayılı Kanun ile madde başlığı "*terör tanımı*" şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, Terörle Mücadele Kanunu, s.19; Buna göre, Terörle Mücadele Kanununun 1 inci maddesindeki amaçları gerçekleştirmek için cebir ve şiddet kullanılarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle suç işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütler, terör örgütü olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, suç işlemek için kurulmuş olmakla birlikte, silahlı olmayan örgütlerle ilgili olarak, 3713 sayılı Kanun hükümlerinin değil, genel olarak TCK'nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümlerinin (m.220, 221) uygulanması gerekecektir. Bkz. ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s.50; Türkiye, Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesine (27.10.1980 tarihli ve 2327 sayılı Kanun ile onaylanan) taraftır. Bu noktada, sözleşmenin orjinal adı "*European Convention on the Suppression of Terrorism*" olmasına karşılık, 26 Mart 1981 tarihli ve 17291 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan (s.7) çevirisinde "*suppression*" teriminin "*bastırılma*" yerine "*önleme*" olarak çevrilmesinden dolayı, sözleşmenin adı bu şekilde yasalaşmıştır. Çalışmamızda inceleme konusu yapılan 2005 Sözleşmesinin adı ise onay kanununda isabetli olarak "*Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi*" olarak çevrildiğinden, 1977 Sözleşmesi için yapılan bu çeviri tercihinin uygulamada karışıklığa yol açabileceği düşüncesindeyiz.

I. Genel Olarak Sözleşme

Çalışmamızda ele alınan ve literatürde 2005 Sözleşmesi olarak da anılan sözleşmede ana hatları itibariyle;

- Terör suçları ve tanımı,
- Sözleşmede sayılan terör suçlarına iştirak eden tüzel kişilerin sorumlulukları,
- Terör mağdurlarının korunması ve yardımda bulunulması,
- Terör suçlarında soruşturma ve ülkelerin yargı yetkisi,
- Terör suçlarında geri verme ve siyasi suç istisnası hükmünün hariç tutulması,
- Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi,
- Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm usulü, konularında düzenlemeler öngörülmektedir.

Sözleşme esas olarak, terörizmin önlenmesine dair tedbirler ile terör mağdurlarının korunmasına yönelik düzenlemeler getirmektedir.

Sözleşmenin “Giriş” bölümünde de vurgulandığı üzere, sözleşme, terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen teşvik, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı amaçlamaktadır. Terörizmin önlenmesi bağlamında, terör eylemlerini işlemeye tahrik, terör amaçlı gruplara eleman temini ve terör eylemlerini işlemek üzere eğitim vermek gibi üç ayrı fiil suç haline getirilmektedir. Gerçi sözleşme mevcut terörizme karşı sözleşmelerde yer alan terör suçlarına yenilerini eklememektedir. Bu bakımdan, sözleşme ekinde yer alan terörizmle mücadele sözleşmelerine gönderme yapmaktadır. Ancak, bu sözleşmelerdeki terör suçlarının işlenmesine yol açabilecek üç yeni suç öngörmektedir.⁵

Aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan bu yeni suçlar ise şunlardır: bir terör suçunu işlemek için aleni teşvik (m.5), terörizme ele-

5 Açıklayıcı Rapor, para:32.Bkz.<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>;Erişim:10.10.2011.

man temini (m.6) ve terörizm eğitimi (m.7). Bu üç suçun işlenmesine ilişkin iştirak hükümleri ile teşebbüs hükümlerine de sözleşmede yer verilmiştir.

Sözleşmenin kapsam ve hedefini açıklayan «Amaç» başlıklı 2 nci maddede de şöyle denilmektedir:

“Bu Sözleşmenin amacı Tarafların, terörizmin ve terörizmin insan hakları, özellikle yaşam hakkının tam olarak uygulanması üzerindeki olumsuz etkilerini, gerek ulusal düzeyde gerek, Taraflar arasında mevcut uygulanabilir çok taraflı ve ikili antlaşmalara ve anlaşmalara gerekli saygıyı göstermek suretiyle, uluslararası işbirliğinde bulunarak alacakları önlemlerle engelleme çabalarını geliştirmeyi amaçlamaktadır.”

II. Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

Sözleşme terörle mücadelede ülkelerin gözetmeleri gereken özgürlük ve güvenlik dengesi yaklaşımı ve felsefesine dayanmaktadır. Sözleşme terörle etkin bir mücadeleyi sağlamayı amaçlarken, bunun evrensel ve yerleşik insan hakları ilkeleri ve standartları çerçevesinde yapılmasını öngörüyor. Özellikle öngördüğü ve tanımladığı teröre dolaylı teşvik eylemi ve suçu bakımından, ifade özgürlüğü çerçevesinde yaşanılması muhtemel sorun ve sıkıntıları öngörerek, yerleşik ilkelerin ve meşru sınırların altını bir kez daha çizmektedir.⁶

Bu bağlamda, daha Önsöz’de⁷, terörizmle mücadelede alınacak tüm tedbirlerin hukuk devleti ilkesine ve demokratik değerlere, insan haklarına ve temel özgürlüklere ve uluslararası hukukun diğer hü-

6 Sözleşme, uluslararası hukuk bağlamında, “terörizme teşviki” öngören ve tanımlayan ilk sözleşme olarak kabul edilmektedir; Sözleşme öncesi evrede de Avrupa Konseyi terörle mücadelede insan haklarının önemine vurgu yapmış ve bu iki hususun birbirinin zıddı değil aksine vazgeçilmez unsurlar olduğunu Bakanlar Komitesinin 11 Temmuz 2002 tarihli ve 804. Bakan Delegeteri toplantısında kabul edilen “AK Bakanlar Komitesinin İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkındaki İlkeleri”nde de açıkça ortaya koymuştur. İlkeler için Bkz.KDGM Yayını, İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, s.3 vd; Terörle mücadele bağlamında insan hakları hukuku ile insancıl hukuk ilişkisi konusunda geniş bilgi için Bkz. ÖKTEM, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, s.414.

7 Bkz. Önsöz, para:8; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/196.htm>; Erişim:10.10.2011.

kümlerine, uluslararası insancıl hukuk dahil olmak üzere, saygı gösterilmesi gerektiği hatırlatılarak, terör suçlarının ve sözleşmede öngörülen suçların da bundan bağımsız olmadığını vurguluyor.

Önsözde özellikle ifade ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin yerleşik ilkelere vurgu yapılarak, sözleşmenin bunlara etki edecek bir amacının bulunmadığı belirtilmektedir.⁸

Sözleşmenin 12 nci maddesi, insan hakları ve temel özgürlükler korunurken, terörizmle mücadelenin etkinliğinin artırabileceği felsefesini yansıtan önemli hükümlerden biridir.⁹ Bu maddenin yazılışı, insan hakları yükümlülüklerine ilişkin 3 üncü maddedeki düzenlemeye benzemektedir. 3 üncü maddenin 1 inci paragrafına göre, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacak olan ulusal önleme tedbirleri yürütülürken, taraf ülkeler insan haklarına ve ilgili insan hakları standartlarını öngören ilgili uluslararası insan hakları belgelerine saygıyı sağlayacaklardır.

12 nci madde, sözleşmede öngörülen suçları ihdas ederken ve uygularken, taraf ülkelerden insan haklarına saygıyı sağlamalarını talep etmektedir.

Bunu yaparken, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler çerçevesinde ülkeler için bağlayıcı olan ilgili insan hakları standartlarını öngören uluslararası insan hakları belgeleri bu hükümde sayılmaktadır. Ancak bu liste tahdidi değildir. Bu belgelere baktığımızda, Avrupa ülkeleri bakımından, AİHS ve 1,4,6,7,12 ve 13 sayılı ek protokollerini kapsarken, dünyanın diğer bölgelerindeki ülkeler bakımından ise, taraf oldukları Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR) ve diğer evrensel insan hakları belgelerinin yanı sıra, diğer yürürlükteki insan hakları belgelerini içermektedir.¹⁰

8 Önsöz, para:9.

9 Açıklayıcı Rapor, para:143.

10 Örneğin, 1969 İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi ve 1981 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı bu belgelerdendir.

III. Terörle Mücadelede Önleme Politikaları

Belirtildiği üzere, 2005 Sözleşmesinin geçmişteki diğer sözleşmelere nazaran önemli yeniliklerinden birisi de terör eylemlerini/suçlarını önlemeye yönelik olarak önlemlere yer vermesidir. Şöyle ki, sabık AK sözleşmesi olan 1977 Sözleşmesi, genel olarak terör suçu işlendikten sonra bastırılmasına (suppression) ve cezalandırılmasına yönelik uluslararası işbirliği düzenlemelerini içermekte iken, bu sözleşme terör eylemi/suçu gerçekleştirilmeden ve dolayısıyla kamu düzeni bozulmadan önleyici önlemlere yönelik düzenlemeler içermektedir.

Sözleşmenin “*Ulusal Önleme Politikaları*” başlıklı 3 üncü maddesi¹¹ ulusal önleme politikalarından bahsetmekte ve özellikle terörizmin önlenmesinin dört boyutunu kapsamaktadır:¹²

- a) Eğitim, öğretim, kültür, bilgi, medya ve kamu bilinci (Paragraf 1),
- b) Kamu makamları arasında işbirliği (Paragraf 2),
- c) Hoşgörünün artırılması (Paragraf 3),
- d) Vatandaşların kamu makamları ile işbirliği (Paragraf 4).

1 inci paragraf, taraf ülkelerin terör suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla gerekli tedbirleri (özellikle kolluk güçlerinin eğitimi, bilgi ve medya, kamunun eğitimi ve bilinçlendirilmesi alanlarında) almalarını talep etmektedir.

2 nci paragraf, terör suçlarının ve etkilerinin daha iyi bir şekilde önlenmesi için bir yol olarak kamu makamları arasında işbirliğinin geliştirilmesi amacına yönelik tedbirlere odaklanmıştır. Bu tür önlemlere dair çok sayıdaki somut tedbir, meseleyi aktarmak için verilmiştir. Bazıları, örneğin kişilerin ve yerlerin daha iyi korunması gibi önlemlere ilişkindir. Diğerleri ise, terörist saldırıların sonuçları ile daha iyi mücadele edebilmek için ortaya çıkan sivil acil durumlara ilişkindir.

11 Sözleşmenin bu maddesine ilişkin detaylı ve aydınlatıcı açıklama ve yorumlar getiren Açıklayıcı Rapor için Bkz.<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>,s.11-12;Erişim:10.10.2011.

12 Bu madde bu yönde alınacak tüm olası ve uygun tedbirlere ilişkin tahdidi bir liste olarak değerlendirilmemektedir.Bkz.Açıklayıcı Rapor, para:58.

3 üncü paragraf, taraf ülkeleri dinler ve kültürlerarası diyaloga, gerilimi¹³ azaltması ve böylece terör suçlarının önlenmesine yardımcı olması için, teşvik etmektedir.

Terörle etkin mücadelede çok önemli bir yer tutan vatandaşlar ve kamu makamları arasındaki işbirliği konusu ise 4 üncü Paragrafta ele alınmaktadır.

Söz konusu paragraf uyarınca taraf ülkelerden terör tehdidi hakkında kamu bilincinin artırılması için çalışmalarda bulunulması istenilmektedir. Kamu bilinci kavramı ayrıca bu maddenin 1 inci paragrafında da yer almaktadır. Ancak 1 inci paragraftaki genel anlamından farklı olarak, bu paragrafta vatandaşlar özelinde kullanılmıştır.

Ayrıca sözleşme, halkın terörle mücadeleye aktif katılımının sağlanması ve sözleşmede öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesine katkı bakımlarından, kamu makamlarına spesifik ve somut olaylar bazında yardımda bulunmasının sağlanması için teşvik edilmesini öngörüyor (m.3/4).

IV. Sözleşmenin Suç Saydığı Fiiller

Yukarıda da belirtildiği üzere, "Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik" (m.5), "Terörizme eleman temini" (m.6) ve "Terörizm amaçlı eğitim" (m.7) eylemlerinin taraf devletlerin iç hukuklarında suç haline getirilmesini öngören 5, 6 ve 7 nci maddeler, sözleşmenin suç ihdas eden hükümlerini oluşturmaktadır.

Sözleşmeye göre, bu eylemlerin hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmeleri gerekmektedir.¹⁴

Şimdi sırasıyla bu eylemler aşağıda açıklanmaya çalışılacaktır.

13 "Gerilim" kavramı, geniş anlamda kullanılmaktadır ve terörizmin ortaya çıkmasına katkı sağlayan her türlü nedeni kapsamaktadır. Bu gerilimler; etnik, dini veya başka bir nitelik taşıyabilir. Bir çok nedenle oluşan haksız durumları da kapsar." Açıklayıcı Rapor, para:69.

14 Açıklayıcı Rapor, para:80.

A. Terör Suçunun İşlenmesi İçin Alenen Teşvik (m.5)

Sözleşmenin 5 inci maddesinin 1 inci paragrafında, bir terör suçunun işlenmesine aleni teşvik, *“terör suçunun işlenmesini teşvik niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla bu tür bir suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde sunulması”* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁵

Bu hükmün uygulanması bakımından, teşvikin doğrudan veya dolaylı yollardan yapılıp yapılmadığı önem taşımamaktadır.¹⁶

Bu hüküm ile terör eylemleri ve suçlarını savunan mesajların değişik yollarla yayılması ve kamuya erişilecek şekilde sunulmasının cezalandırılması amaçlanmaktadır.¹⁷

Doğrudan tahrik, hukuk sistemlerinde çoğunlukla suç teşkil ettiğinden uygulamada herhangi bir problem doğmayacağı düşünülebilir. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı ise uluslararası hukuktaki mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.

Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'na göre, sözleşme suçun tanımı ve uygulaması bakımından taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır ve bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilecektir.¹⁸

Ancak, burada iki şartın varlığı aranmaktadır: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın¹⁹ varlığı gereklidir. Ayrıca tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.

15 Sözleşmenin imzalanması öncesi AK üyesi ülkelerde terörizmi teşvik eylemine ilişkin yasal çerçevenin ayrıntılı değerlendirmesi için Bkz. Olivier RIBBELINK, *Apologie du Terrorisme and Incitement to Terrorism*, AK Yayını, Strazbourg, 2007, s.11 vd.

16 Açıklayıcı Rapor, para:96.

17 Kamuya bir mesajın sunulması için, basılı yayınlar veya diğerlerinin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkanların, özellikle, mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkanları sunan internetin kullanımı gibi çeşitli araçlar ve teknikler kullanılabilir. Bkz. Açıklayıcı Rapor, para:104.

18 Açıklayıcı Rapor, para:98.

19 Bu konuda Özgenç tarafından, *“amaç veya saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir. Kanuni tarifte gerek suçun temel şekli gerek nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amaç, Türk hukuk literatüründe Fransız hukukunun da etkisiyle “özel kast” olarak ifade edilmiştir.”* denilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.267; Veli Özer ÖZBEK/M.Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAŞIZ/İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.244.

İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır.²⁰

B. Terörizme Eleman Temini (m.6)

Bu madde ile gelecekteki muhtemel potansiyel teröristlerin örgüte kazandırılmasının önlenmesi ve cezalandırılması amaçlanmaktadır. Burada, bireysel veya topluca, doğrudan veya iştirak ederek ya da işlenmesine katkıda bulunarak terör suçlarının işlenmesine çağrıda/davette bulunmak şeklinde anlaşılabilir.²¹ Bu davet çeşitli araçlarla, örneğin, internet veya bir kişiyi doğrudan muhatap alarak gerçekleştirilebilir.

Maddenin 1 inci paragrafına göre, tedarik eden, tedarik ettiği kişi veya kişilerin bir terör suçu işlenmesini veya onun işlenmesine katkı sağlamalarını veya bu amaçla bir örgüte veya gruba katılmalarını kastetmelidir.

Eylemin tamamlanması için, muhatabın gerçekten suçun işlenmesine katılması veya bu amaçla gruba katılması gerekli değildir. Öte yandan, suçun tamamlanması için, eleman tedarikçisinin muhataba başarılı bir şekilde yaklaşması gerekir.

Suçun işlenmesine başlanmış ancak tamamlanmamışsa (örneğin, kişi örgüte katılım için ikna edilememişse veya kişiyi örgüte katamadan kolluk kuvvetlerince yakalanmışsa) eylem, madde 9/2 hükmü uyarınca temine teşebbüsten cezalandırılabilir.

C. Terörizm Amaçlı Eğitim (m.7)

Sözleşme'nin 7 nci maddesi, taraf devletlerin bir terör suçunun işlenmesi veya işlenmesine katkıda bulunulması amacıyla teknik-bilgi sağlanmasını cezalandırmalarını talep ediyor. Bu ise maddede patlayıcı

20 Açıklayıcı Rapor, para:100.

21 Açıklayıcı Rapor, para:106.

cı, ateşli silahlar ve zararlı veya tehlikeli maddeleri yapmak veya kullanmak dahil olmak üzere, terörist amaçlar için kullanımı uygun olan metot veya tekniklere ilişkin talimat vermek olarak tanımlanmaktadır.

Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; bu madde kapsamında sadece teknik-bilginin sunulması ve sağlanmasının cezalandırılıyor olmasıdır. Yani bu bilginin veya eğitimin alınması veya alıcısı ise cezalandırılmayacaktır.

Eğitici, bilgiyi sağlayan bakımından cezai sorumluluğun doğması için, eğiticinin, kazandırılan becerinin, bir terör suçunun işlenmesinde veya işlenmesine katkıda kullanılacağını bilmesi gereklidir. Ayrıca hukuka aykırılık ve kast aranacaktır (m.7/2).

Sözleşme, genel kavramlar olarak silah, ateşli silah ve patlayıcı veya tehlikeli veya zararlı maddelerin tanımını vermemektedir. Bunlar, mevcut uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuatlarca belirleneceklerdir.

V. Terörizm Mağdurlarının Desteklenmesi

Sözleşme'nin diğer önem ve yenilik taşıyan 13 üncü maddesi, uluslararası hukukun artık önemli bir gündem maddesini teşkil eden terörizm mağdurlarının korunması ve desteklenmesine ilişkindir. Söz konusu madde;

"Her bir Taraf, kendi topraklarında işlenen terörist eylemlerin mağdurlarını korumak ve desteklemek için gerekli önlemleri alacaktır. Bu önlemler, uygun ulusal sistemlere göre ve ulusal mevzuat hükümleri saklı olmak koşuluyla, diğerlerinin yanı sıra, terör mağdurlarına ve yakın aile üyelerine mali yardımı ve tazminatı kapsayacaktır." şeklindedir.

Bu maddeye göre, taraf ülkeler, kendi ülkelerinde meydana gelmiş olan terör eylemlerinin mağdurlarını korumak ve desteklemek için gerekli tedbirleri alacaklardır. Bu tedbirler, iç hukuk düzenlemeleri doğrultusunda, örneğin terörizm mağdurlarına ve aile fertlerine mali yardım ve tazminatı kapsayabilecektir.²²

22 Mağdurlara sağlanan korumanın, ayrıca acil ve uzun vadeli yardım, psikolojik destek, hukuka ve mahkemelere etkili erişim (özellikle cezai usullere erişim), bil-

Sonuç

Terörle mücadelede vatandaşlarının devlete olan güvenlerini arttırmak ve terörün yıllardır istismar ettiği zemini ortadan kaldırmak için uğraş veren Türkiye, hem vatandaşlarının teröre bulaşmasını önleme, hem terör örgütlerine bir şekilde katılan vatandaşlarını da topluma yeniden kazandırma yönünde çalışmalarını sürdürmektedir.

Esasen terörizmle mücadelede önleyici tedbirleri öngören ve terörü yaratan toplumsal ve bireysel koşulları ortadan kaldırmayı veya azaltmayı amaçlayan bu sözleşme, terörizmin önlenmesi noktasında; özellikle terörle mücadele kapsamında kamuoyunu bilgilendirme, sivil toplum ile işbirliği, terörü meydana getiren sosyal ve ekonomik koşulların ortadan kaldırılması, ilgili uluslararası kuruluşlarla işbirliği gibi önemli konuları kapsamaktadır.

Türkiye'nin imzalamakla birlikte henüz onay sürecini tamamlamadığı, bununla beraber terörün uluslararası boyutlarıyla mücadelenin Avrupa ayağında önemli rol oynayan Belçika, İngiltere ve İtalya gibi Avrupa ülkelerinin ise henüz taraf olmadıkları bu sözleşmenin, Avrupa ülkelerinde yaygın bir şekilde yürürlük ve etkinlik kazanması halinde,²³ Avrupa çapında terör örgütünün propaganda ve eleman tedariki çalışmalarının engellenmesinde Türkiye açısından önemli bir enstrüman olacağı anlaşılmaktadır.

Taraf ülkelerin, terör suçu işlenmesini dolaylı da olsa kışkırtmayı ve savunmayı, terör örgütlerine eleman kazandırma ve eğitim faaliyetlerini suç olarak düzenlemelerini öngören ve bu suçlar bakımından uluslararası adli işbirliğine ilişkin hükümler içeren bu sözleşmeye

giye erişim ve mağdurların özellikle mahkemeler ile işbirliği yaptıkları zaman özel ve aile hayatlarının, onurlarının ve güvenliklerinin korunması gibi çok sayıda diğer boyutları da kapsayabileceği yönündeki AK İnsan Hakları Komitesinin görüşleri, sözleşmeyi hazırlamakla görevli Terörizm Uzmanları Komitesine (CODEXTER) iletilmiştir.Bkz.Açıklayıcı Rapor,para:156;Terör mağdurlarının AK üyesi ülkelerdeki hukuki durumları ve mağdurların maddi-manevi zararlarının giderilmesi için alınacak önlemlere ilişkin mevzuat ve bu alandaki ülke politikaları konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz.Hans-Joerg ALBRECHT and Michael KILCHLING,Victims of Terrorism-Policies and Legislation in Europe:an Overview-Related Assistance and Support;in:Victims-Support and Assistance,AK Yayını,Strasbourg,2007, s.199 vd.

23 Bu bağlamda önem taşıyan diğer Avrupa ülkeleri olan Almanya ve Hollanda ise bu sözleşmeye taraftır.

Türkiye'nin taraf olması yönündeki çalışmaların tamamlanması önem taşımaktadır.

Diğer yandan, terör örgütleriyle uluslararası mücadelenin Avrupa ayağı bakımından önem taşıyan bazı Avrupa ülkeleri ile bu sözleşme çerçevesinde etkili bir uluslararası adli işbirliği ve yardımlaşmanın tesis edilmesi hususunda gerekli özenin gösterilmesinin faydalı ve yerinde olacağı düşünülmektedir. Bu noktada sözleşmeye ve getirdiği hükümlere ilişkin farkındalığın artırılmasının da gerek doktrin, gerek yasa uygulayıcılar ve gerekse merkezi makamlar nezdinde yararlı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- AK Yayını, *The Fight Against Terrorism: Council of Europe Standarts*, 4.Bası, Strazbourg, 2007.
- ALBRECHT, Hans-Joerg/KILCHLING, Michael; *Victims of Terrorism-Policies and Legislation in Europe:an Overview-Related Assistance and Support*; in: *Victims-Support and Assistance*, AK Yayını, Strazbourg, 2007.
- BEŞE, Ertan; *Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Seçkin, Ankara, 2002.
- CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMHURST; *An Introduction to International Criminal Law*, Cambridge, 2010.
- KAYA, İbrahim; *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, USAK Yayını, Ankara, 2005.
- KDGM Yayını, *İnsan Hakları ve Terörle Mücadele*, Ankara, 2011.
- ÖKTEM, Emre; *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.
- ÖZBEK, VeliÖzer/KANBUR, M.Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2011.

ÖZGENÇ, İzzet; Terörle Mücadele Kanunu, Seçkin, Ankara, 2006.

ÖZGENÇ, İzzet; Suç Örgütleri, Seçkin, Ankara, 2010.

RIBBELINK, Olivier; Apologie du Terrorisme and Incitement to Terrorism, AK Yayını, Strazbourg, 2007.

YARGIÇ, Sinem; Uluslararası Hukukta Terörizm Tanımının Yapılmasının Gerekliliği, Fasikül Dergisi, Yıl:3, Sayı:15, 2011.

İnternet Kaynakları

[Http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm](http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm); Erişim: 10.10.2011.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=196&CM=8&DF=23/10/2011&CL=ENG> ; Erişim:23.10.2011.

http://www.avrupakonseyi.org.tr/haberler/mart-07_b.htm; Erişim: 25. 10.2011.

SOYBAĞININ REDDİ

DENIAL OF LINEAGE TIES

Gülnihal PAKSOY*

Özet : MK m.285, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır demek suretiyle bir karineye, babalık karinesine yer vermiştir. Ancak çocuk evlilik içinde doğmasına veya ana rahmine düşmüş olmasına rağmen kocadan olmayabilir. Böyle bir halde kanun, kocaya, çocuğun kendisinden olmadığını ispatlamak suretiyle onunla arasında oluşan soybağını ortadan kaldırma imkânı vermiştir. Kanun tarafından kocaya bu imkân tanınmamış olsa idi koca aslında kendisinden olmayan çocuğun bakım, iaşe giderlerini ve nafakasını karşılamak zorunda kalabileceği gibi çocuğun kendisine mirasçı olması durumu ile de karşı karşıya kalacak idi. İşte bu gibi sorunların aşılması amacıyla soybağının reddi müessesesi düzenlenmiştir. Bu noktada tüp bebek ve yapay dölleme bakımından da bu müessesenin değerlendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, Soybağının Reddi, Tüp Bebek, Yapay Dölleme

Abstract : Civil Code, Article 285, gives place to a presumption, that is paternity presumption, via stating that, the father of the child who is born while the marriage is continuing or in the period of three hundred days following the end of the marriage is the husband. However, the baby may not be from the husband although he/she is born or he/she settled in the mother's womb during the marriage. In such a condition, the Code has allowed the husband removing the lineage ties between the baby and himself via proving that the child is not from him. If this allowance was not recognised to the husband by the Code, the husband should have to supply the caring and feeding costs and subsistence money as well as he should face the situation of the child being inheritor to him. Therefore, the institution of refusal of the family tie was built in order to overcome these kinds of problems. At this point, this institution should be evaluated with respect to test-tube baby and artificial fertilization.

Keywords: Lineage Ties, Denial of Lineage Ties, Test-Tube Baby, Artificial Fertilization

* Avukat, Ankara Barosu

I- SOYBAĞININ REDDİ

A- Soybağının Reddi Kavramı

Soybağının reddi kavramını açıklamadan önce ‘soybağı’ kelimesinin ifade ettiği anlamı değerlendirmek kavramın açıklanması bakımından yerinde olacaktır. ‘Soybağı’ terimi, 743 sayılı eski Medeni Kanun’un kullandığı ‘nesep’ teriminin yerine, 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun tarafından hukuk diline kazandırılan bir terimdir. Soybağı terimi biri geniş anlamda diğeri dar anlamda olmak üzere iki farklı anlamda kullanılır. Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun ataları (üstsoyu) arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı, dar anlamda soybağı ise yalnızca çocuklarla ana ve babaları arasındaki bağlantıyı ifade eder¹. Yeni Medeni Kanun’un aile hukuku kitabında düzenlenmiş olan soybağı bu dar anlamdaki soybağıdır². (MK m.282 vd.)

Soybağının reddi, yenilik doğuran bir dava niteliği taşıyan soybağının reddi davasının açılarak babalık karinesinin³ çürütülmesini ve böylece çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade eder⁴.

MK m.285’de kabul edilmiş olan ‘babalık karinesi’ doğuran kadının analığı karinesi gibi kesin bir karine olmayıp adi bir karinedir⁵. Babalık karinesi adi bir karine olduğu için aksini ispat etmek ve bu karineyi çürütmek mümkündür. Bu anlamda babalık karinesinin çü-

1 Akıntürk Turgut, *Türk Medeni Hukuku, C.2, Aile Hukuku*, İstanbul 2002, s.313-314; Arsebük Esat, *Medeni Hukuk, C.II*, Ankara 1940, s.370-371;Kırkbeşoğlu Nagehan, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları*, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2005, s.6; Aytaç İsmail, *Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi*, http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/ISMAIL%20AYTAÇ.htm

2 Akıntürk, s.314.

3 Babalık Karinesinin düzenlendiği MK m.285’e göre “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üç yüz günlük süre ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işlemeye başlar.” Madde hükmüne göre evlilik ürünü olan çocukların hukuken babası karine olarak kocadır. Evlilik ürünü olan bu çocuklar yönünden kocayı baba sayan bu karineye ‘babalık karinesi’ denilir. (Akıntürk, s.321)

4 Schwenzer, Art.256, Nr.1 (Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku, C.III*, İstanbul 2005, s.441’den naklen)

5 Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2005, s.176; Gençcan Ömer Uğur, *743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri*, Ankara 2002, s.196-197; Akıntürk, s.327.

rütülmesine 'soybağının reddi' bunu sağlayan davaya da soybağının reddi davası denir⁶. Medeni Kanun soybağının reddine imkân tanımakla kocanın menfaatlerini korumuştur⁷. Nitekim babalık karinesi aksi ispatlanamayan kesin bir karine olarak kabul edilse idi bir çok haksızlıklara ve uygunsuzluklara yol açılmış, birçok koca kendilerinden olmayan çocukları benimsemeye zorlanmış olurdu⁸.

Soybağının reddi davası, açılma sebepleri, süresi ve dava açma hakkına sahip kişilerin kanun tarafından belirlendiği özel bir dava olarak kabul edilebilir⁹. Nitekim soybağının reddi davası dışında çocuk ile baba arasında kurulan soybağının ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁰. Soybağının reddi davası dışında bir dava ile örneğin tespit ya da nüfus kaydının düzeltilmesi gibi bir dava ile çocukla koca arasında kurulan soybağı ortadan kaldırılamaz¹¹.

Uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile soybağının reddi davasının birbirleri ile karıştırıldığı gözlemlenmektedir. Soybağının reddi 'karımın doğurduğu çocuğun babası ben değilim' iddiasının hukuksal ifadesidir¹². Diğer yandan soybağının reddi davası ancak babalık karinesinin kapsamında yer alan, bu anlamda babalık karinesinden yararlanan çocukların soybağının ortadan kaldırılmasını ifade eden bir davadır. Babalık karinesinden yararlanmaksızın kocanın nüfus kütüğüne kaydedilen çocukla koca arasında soybağının kurulması söz konusu olmadığı için böyle bir durumda çocuk ile koca arasında soybağının bulunmadığının tespitine yönelik olarak açılacak dava soybağının reddi davası olmayıp yanlış nüfus kaydının düzeltilmesi

6 Akıntürk, s.327; Zevkililer Aydın/Acabey M.Beşir/Gökyayla Emre, *Medeni Hukuk*, Ankara 1995, s.996; Saymen H.Ferit/Elbir K.Halid, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.III*, İstanbul 1957, s.; Gençcan, s.197.

7 Genetik kökene bağlılık ilkesi çocuğu, istikrarı ve ailenin huzurunu koruma endişelerinden ağır basmıştır. Bu anlamda kocaya kendisinden olmayan bir çocuk, evliliğin bedeli ve karısına beslediği güvenin kefareti olarak kendi çocuğu diye dayatılamayacaktır. Koca yargıdan temin edeceği bir soybağının reddi hükmü ile haksız yere baba sayılmaktan ve babalık kimliğine bağlı külfetlerden kurtulabilecektir. (Serozan, s.176)

8 Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku*, İstanbul 1965, s.319.

9 Dural/Öğüz/Gümüş, s.442.

10 Dural/Öğüz/Gümüş, s.442.

11 Dural/Öğüz/Gümüş, s.442.

12 Gençcan, s.197.

davasıdır¹³. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasının açılması soybağının reddi davasındaki gibi herhangi bir süreye tabi değildir. Kaydın düzeltilmesi davası soybağının reddi davasını açabilecek kişilerin dışındaki kişilerce de açılabilir¹⁴.

B- Soybağının Reddi Halleri

1-Çocuğun Ana Rahmine Evlilik İçinde Düşmüş Olması

Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Evlenmeden başlayarak en az yüksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır. (MK m.287/)

Maddede evlenmeden başlayarak 180 gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocukların karine olarak evlilik içinde ana rahmine düştükleri kabul edilmiştir. Buradaki 180 günlük süre tıbbi veriler ve yaşam deneyimlerine göre çocuğun ana rahminde kalabileceği asgari süredir. 300 günlük süre ise gebeliğin devam edebileceği azami süredir.

Çocuğun evlilik içinde ana rahmine düştüğünün kabul edildiği bu hallerde babalık karinesi güçlüdür¹⁵. Başka bir deyişle çocuğun soybağını reddetmek oldukça güçtür. Davacının babalık karinesini çürütebilmesi için kocanın baba olmadığını, çocuğun bu kocadan olması ihtimalinin bulunmadığını, yani fiili imkânsızlık durumunu ispat etmesi gerekir. Davacı koca bu çocuğun kendisinden olmadığını iki şekilde ispatlayabilir¹⁶.

a-Cinsel İlişkinin İmkansızlığının Kanıtlanması

Soybağını reddetmek isteyen davacı koca kritik dönem veya dölleme dönemi¹⁷ denilen ve doğumdan üç yüz gün öncesi ile yüz seksen

13 Dural/Öğüz/Gümüş, s.442.

14 Serozan, s.176; Dural/Öğüz/Gümüş, s.442.

15 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.997; Akıntürk, s.328; Serozan, s.177.

16 Akıntürk, s.328.

17 Kritik gebe kalma dönemi 121 gün olarak kabul edilmekte ve çocuğun doğumundan önceki en uzun süre olan 300 günlük süre ile en kısa süre olan 180 gün arasında kalan yüz yirmi güne doğum gününün eklenmesi suretiyle hesaplanır. (Acabey M.Beşir, Soybağı Kurulması ve Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir 2002, s.74;

gün öncesi arasında geçen 121 günlük dönemde karısıyla cinsel ilişkide bulunmuş olmasının fiilen imkânsız olduğunu ispatlamalıdır. Bu anlamda koca, karısının gebe kalmasının kuvvetle muhtemel olduğu kritik dönemde uzun bir seyahatte, cezaevinde veya askerde olduğunu, ağır bir hastalık nedeniyle hastanede tedavi altında bulunduğunu yahut felçli olduğu için hareket yeteneğini kaybettiğini ispatlayarak karısı ile cinsel ilişki kurmasının olanaksızlığını kanıtlamış olur¹⁸. Kocanın psikolojik olarak karısıyla cinsel ilişkinin imkânsız olduğunu ispatlamasının dahi yeterli olduğu ileri sürülmekte ve buna örnek olarak da hayat tecrübelerine göre karı koca arasında cinsel ilişkiyi imkânsız kılacak derecede bir düşmanlık ya da yabancılaşmanın bulunması gösterilmektedir¹⁹. Buna karşılık karı kocanın yalnızca kavgalı olduklarının ispatlanması, fiilen ayrı yaşamaları hatta boşanma davası açılmış olması ise tek başına cinsel ilişkinin imkânsızlığını ispatlayacak olgular olarak kabul edilmemektedir²⁰.

b-İlliyet Bağının Yokluğunun Kanıtlanması

Koca, karısı ile cinsel ilişkinin imkânsızlığını ispatlamak yerine cinsel ilişki ile çocuğun doğumu arasında illiyet bağı olmadığını ispat ederek babalık karinesini çürütebilir ve soybağının reddini sağlayabilir. Bunu, örneğin iktidarsız olduğunu veya çocuk yapma kabiliyetinin bulunmadığını²¹, karısının cinsel ilişkiden önce zaten gebe olduğunu ispatlayarak veya çocuğun ana babaya hiç benzemediğini ve başka bir ırkın özelliklerini taşıdığını kesin şekilde bilimsel olarak ispatlamak suretiyle yapabilir²².

Serozan, s.179)

18 Tekinay S.Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul 1966, s.345; Köprülü Bülent/Kaneti Selim, *Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s.210; Akıntürk, s.328; Acabey, s.75; Dural/Öğüz/Gümüş, s.444; Gençcan Ömer Uğur, *Soybağının Reddi Davalarında Kanıtlanma Sorunu*, http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi_%20icerik/Omer%20Ugur%GENCCAN.htm

19 Acabey, s.75; Dural/Öğüz/Gümüş, s.444.

20 Dural/Öğüz/Gümüş, s.444; Acabey, s.75.

21 Davacının 'kendisinin çocuk yapma imkânından yoksun olduğunu ileri sürerek açtığı soybağının reddi davasında çocuğun ana rahmine düştüğü tarihte davacının spermelerinin çocuk yapmaya elverişli olup olmadığının ve çocuğun davacıya benzerliğinin bilirkişi marifeti ile incelenmesi gerekir. Yargıtay 2.HD.6609 E.6634 K. (Uyar Talih, *Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, C.III*, Ankara 2003, s.3001)

22 Akıntürk, s.329; Tekinay, s.345; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.997; Köprülü/Kaneti, s.211; Gençcan, s.220.

Çocuğun doğumu ile kocanın cinsel ilişkisi arasında illiyet bağının bulunmadığının ispatlanması hususunda başvurulabilecek yollardan biri de tıbbi inceleme yöntemlerinin kullanılmasıdır. Tıbbi inceleme noktasında kullanılacak iki yöntem vardır. Bunlardan birincisi kan muayenesi ikincisi ise genetik incelemelerdir²³. Bu bağlamda MK m.284/2'de tıbbi yöntemlere cevaz verilmiştir. Maddeye göre *"Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir."* Anılan maddede irdelenmesi gereken iki durum söz konusudur. İlk olarak hâkimin kan muayenesi, doku alınması veya diğer tıbbi yöntemlerin uygulanabilmesine karar verebilmesi için, davacı kocanın çocuğun kendisinden olmadığı hususunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddi olguları ortaya koyması lazımdır²⁴. İkinci olarak, hâkimin tıbbi yöntemlerin uygulanmasına karar vermesi halinde dahi davanın tarafı veya üçüncü kişiler tıbbi yöntemlerin uygulanmasına rıza göstermezse, bu kimselerin tıbbi incelemeye zorlanması mümkün değildir. Bu tip bir zorlama kişilik haklarının ihlali anlamına gelir. Bu noktada tıbbi yöntemlere katılma ödevine uymamanın yaptırımı olarak sadece kaçınan kişi zararına bir fiili karine öngörülmüş ve tıbbi yöntemlerle ispatlanmak istenen olgu ispatlanmış olur.

Soybağının reddi davasında kan muayenesi ve genetik incelemeler neticesinde bir erkeğin çocuğun babası olup olmadığı % 99.8 gibi çok yüksek bir oranla tespit edilebilmektedir²⁵. Bu tespit ise babalık karinesinin çürütülmesine ve soybağının reddini sağlamaya yeterli olur. Zira babalık karinesinin çürütülebilmesi için kocanın baba olması ihtimalinin olmadığı, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde bir matematiksel kesinlikle ispatı aranmamakta, kocanın kesine yakın, güçlü bir ihtimalle baba olmadığı ispatı yeterli görülmektedir²⁶.

23 Tıbbi yöntemler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gültepe Hilal, Soybağı Tayininde Genetik İnceleme, İBD. C.78, S.2, Y.2004, s.497-506; Gürbüz Meral, Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, EBD. Y.2005, S.7, s.55-66.

24 Dural/Öğüz/Gümüş, s.445.

25 Hegnauer, s.104 (Acabey, s.76'dan Naklen)

26 Hegnauer, s.102 (Acabey, s.76'dan Naklen)

Bu konuda yukarıda belirtilenlere ek olarak ifade edilmesi gereken bir husus da şudur. Davacı koca çocuğun kendisinden olma ihtimalinin bulunmadığını ispat etmedikçe, karısının gebelik süresi zarfında başka biriyle cinsel ilişkide bulunduğunu kanıtlaya veya karı gebe kalabileceği dönemde başka erkeklerle ilişkide bulunduğunu ikrar etse bile yine de babalık karinesi çürütülmüş olmaz²⁷.

2- Çocuğun Ana Rahmine Evlilikten Önce Ya da Ayrılık Sırasında Düşmüş Olması

Çocuğun ana rahmine evlilikten önce ya da ayrılık esnasında²⁸ düşmüş olması ihtimalinde babalık karinesi çocuğun ana rahmine evlilik içinde düşmesi ihtimalindeki karineden çok daha zayıftır. Medeni Kanun'un konuyu düzenleyen 288. maddesine göre; "*Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez. Ancak gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur.*" Bu hüküm bağlamında çocuğun evlenme sözleşmesinden itibaren asgari gebelik süresi olan yüz seksen günden daha az bir sürede doğduğu veya kadının gebe kaldığı zamanda kocasından ayrılığına hükmedilmiş bulunduğu anlaşılırsa, koca soybağının reddi davasında başka herhangi bir delil getirmek mecburiyetinde değildir. Çünkü bu hal davanın koca lehine neticelenmesi için yeterli gelir²⁹.

Babalık karinesini çürütmek isteyen kocanın, çocuğun ana rahmine evlenmeden önce düşmesi ihtimalinde yapması gereken tek iş çocuğun kendinden olmadığını söylemek üzere soybağının reddi davasını açmaktır. Ayrıca çocuğun kendisinden olmadığını ispat etmeye ihtiyacı yoktur. Çünkü evlenme sözleşmesinin yapılmasından itibaren henüz yüz seksen gün geçmeden doğan çocuğun ana rahmine evlenmeden evvel düştüğü karineyle kabul edilmektedir. Çocuğun evlen-

27 Akıntürk, s.329.

28 Burada ifade edilen ayrılık MK m.170 uyarınca hâkimin karar vermiş bulunduğu ayrılıktır. Yoksa MK m.197'de öngörülen şartlara dayanılarak ayrı yaşama hakkının edinilmiş olması hali değildir. (Velidedeoğlu, s.326; Saymen/Elbir, s.307; Gençcan, s.221)

29 Akıntürk, s.330; Tekinay, s.350.

meden önce ana rahmine düştüğü durumda davacı koca sadece evlenme tarihi ve doğum tarihini kanıtlamakla yetinecektir³⁰.

Çocuğun ayrı yaşama esnasında ana rahmine düşmesi ihtimalinde ise davacı koca, kritik dönemin yani muhtemel gebe kalma döneminin karısıyla ayrı yaşadığı döneme denk geldiğini ispatlayacaktır³¹. Davacı kocanın bunun harici bir durumu ispatlaması gerekmez.

Çocuğun ana rahmine evlilikten önce veya ayrılık esnasında düşmüş olması olasılığında soybağının reddi davasının açılmış bulunması babalık karinesinin çürütülmesi bakımından yeterlidir, ayrıca bir ispatta lüzum yoktur. Ancak bununla beraber MK m.288/2'ye göre gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu hususunda inandırıcı deliller varsa kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini muhafaza eder. Bu anlamda kadın gebe kaldığı sırada kocası ile cinsel ilişki kurduğunu ispatlarsa babalık karinesi tekrar canlanarak çocuğun lehine hüküm ifade etmeye başlar. Bu takdirde soybağının reddi, kocanın cinsel ilişkisinin imkânsızlığının ispatı ya da çocuğun kocanın cinsel ilişkisinin ürünü olmadığı ispatı suretiyle gerçekleşebilecektir³². Babalık karinesinin yeniden canlanabilmesi için kocanın ana ile cinsel ilişkide bulunduğu keskin olarak ispatı gerekmez. Cinsel ilişkiye girilmiş olduğu hakkında kuvvetli bir olasılığın bulunduğu konusunda inandırıcı delillerin gösterilmesi yeterlidir³³.

II-SOYBAĞININ REDDİ DAVASI

Soybağının reddini sağlayabilmek için soybağının reddi davasının açılması gerekir. Bu anlamda soybağının reddini sağlamak tek taraflı bir irade açıklamasıyla veya anlaşmayla mümkün olmaz.

A-Soybağının Reddi Davasında Davacı Taraf

Soybağının reddi davasını açma hakkı prensip itibariyle kocaya tanınmıştır. Ancak kanun koyucu koca dışında çocuğa, şartların oluş-

30 Acabey, s.77.

31 Acabey, s.78.

32 Dural/Öğüz/Gümüş, s.448.

33 Acabey, s.80; Gençcan, s.223.

ması halinde kocanın altsoyu ile ana ve babasına ayrıca baba olduğunu iddia eden kişiye de dava açma hakkı tanınmıştır.

1-Koca

Soybağının reddi davası esas olarak, çocuğun babasının koca olduğu düşüncesine dayandığı için bu davayı açma hakkı ilk etapta kocaya tanınmıştır³⁴. (MK m.286/1) Soybağının reddi davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması hasebiyle bu davanın bizzat koca tarafından açılması gerekir. Bu noktada koca sınırlı ehliyetsiz olsa dahi bu davayı yasal temsilcisinin iznine gerek duymadan açabilir. (MK m.16/1) Koca tam ehliyetsiz ise yasal temsilcisinin ya da atanacak bir kayyımın onun adına dava açması mümkün değildir³⁵. Ancak MK m.291 hükmü şartları çerçevesinde diğer ilgililerin kendi adlarına dava açma hakkı doğabilir³⁶.

Soybağının reddi davasının en başta kocaya tanınmasının sebebi kendisinden olmayan çocuktan ve onun mali yükünden kurtulmasında menfaati olmasıdır.

2-Çocuk

743 Sayılı Eski Medeni Kanun koca, mirasçılar ve savcıdan başka kimselere soybağının reddi davası açma hakkı vermemiştir. Bu anlamda çocuğa soybağının reddetme davası açma hakkı tanınmamıştır, daha doğrusu kanunda bu hususta açık bir hüküm bulunmuyordu. Bu durum karşısında çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve baskın görüş kanundaki bu boşluğun hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulması ve böylece çocuğun soybağının reddinde yakın bir menfaati bulunuyorsa ona da red davası açma hakkı verilmelidir yönünde gelişmişti³⁷. Buna karşılık anaya ve gerçek babaya soybağının reddi davası açma hakkının tanınması yönünde hiçbir eğilim söz konusu değildi³⁸.

34 Dural/Öğüz/Gümüş, s.449.

35 Akıntürk, s.332; Acabey, s.87; Gençcan, s.198.

36 Acabey, s.87; Dural/Öğüz/Gümüş, s.449; Serozan, s.192.

37 Velidedeoğlu, s.254; Akıntürk, s.333; Köprülü/Kaneti, s.214.

38 Tekinay, s.359; Köprülü/Kaneti, s.215.

4721 sayılı Yeni Medeni Kanun'umuzda ise açıkça çocuğa soybağının reddi davası açma hakkını tanınmıştır. (MK m.286/2) Yeni Medeni Kanuna göre ergin olmayan çocuk adına soybağının reddi davası kendisine atanacak kayyım tarafından açılır. (MK m.291/2) Çocuğa kayyım atanmamışsa çocuk ergin olduktan bir yıl içinde bizzat kendisi dava açabilir. (MK m.289/2) Çocuğun dava açmadan ölmesi halinde soybağının reddi davası açma hakkı sona erecektir. Bu noktada dava açma hakkının mirasçılara geçmesi söz konusu olmaz.

3- Diğer İlgililer

743 sayılı Medeni Kanun m.245/1, kocanın dava açmasının mümkün olmadığı durumlarda örneğin kocanın ölmesi veya ayırt etme gücünden yoksun olması ya da çocuğun doğumundan haberdar edilememesi hallerinde çocukla beraber mirasçı olanlara veya çocuk sebebiyle mirasın dışında kalanlara soybağının reddi davasını açma hakkı tanınmıştır.

4721 sayılı Yeni Medeni Kanun m.291 aynı konuda dava açabilecek olanların kapsamını daraltmıştır. Kocanın dava açma süresinin geçmesinden önce ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi yahut da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi halinde dava hakkı, çocukla birlikte mirasçı olanların veya çocuk sebebiyle mirasın dışında kalanların hepsine değil, fakat bunlardan sadece *kocanın alt soyuna, anasına ve babasına* tanınmıştır. Bunun dışında dava açabileceklere *baba olduğunu iddia eden kişi* de ilave edilmiştir.

MK m.291 çerçevesinde soybağının reddi davası açma hakkı tanıyan kocanın altsoyu, ana ve babası ve çocuğun gerçek babası olduğu iddiasında olan kişi, ancak dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde dava açabileceklerdir. Bu bağlamda koca dava açma süresi içerisinde dava açmamışsa sürenin sona ermesinden sonra kocanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi kocanın altsoyunun, ana ve babasının ve çocuğun gerçek babası olduğu iddiasında olan kişinin soybağının reddi davasını açma hakkına sahip olmaları neticesini do-

ğurmaz³⁹. Şayet koca çocuğun kendisinden olduğunu açık veya zımnî olarak kabul etmiş ise, kocanın dava açma süresi sona ermeden ölmesi, gaipliğine karar verilmesi veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybı durumunda da baba olduğunu iddia eden kişi dışındaki ilgililerin dava açma hakkına sahip olmaları söz konusu değildir⁴⁰. Bundan başka dava açma süresi sona ermeden kocanın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi, diğer ilgililerin dava hakkına sahip olması neticesini doğurmaz. Bu durum MK m.289/3 çerçevesinde haklı sebep teşkil eder ve koca ayırt etme gücünü kazandığı zaman kendisi dava açabilir⁴¹.

Soybağının reddi davası açmaya hakkı bulunan diğer ilgililerin dava hakkı kanun tarafından doğrudan kendilerine tanınmıştır. Kocanın dava hakkının intikali gibi bir durum söz konusu değildir⁴². Soybağının reddi imkânına sahip olan ilgililerin dava hakkı birbirinden bağımsız olduğu için ilgililerden birinin açtığı soybağının reddi davasının kaybı diğerlerinin dava hakkını etkilemez⁴³. Bunun yanında ilgililerden birinin açtığı soybağının reddi davasının kazanılıp soybağı reddedilirse verilen hükümden diğer ilgililerde yararlanır⁴⁴.

B- Soybağının Reddi Davasında Davalı Taraf

Çocuk dışındaki dava açma hakkı olanların açacakları soybağının reddi davasında davalı olarak *ana ve çocuk* gösterilir. Çocuğun açacağı soybağının reddi davasında ise davalı olarak *ana ve koca* gösterilir.

1- Ana ve Çocuk

Soybağının reddi davası koca tarafından açıldığında davalı tarafta ana ve çocuk bulunur. (MK m.286/1) Soybağının reddi davası sadece anaya karşı açılmaz. Soybağının reddi davasında ana ve çocuk arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu için davanın ana ve çocuğa

39 Dural/Öğüz/Gümüş, s.451.

40 Dural/Öğüz/Gümüş, s.451.

41 Schwenzer, Art.258, Nr.2 (Dural/Öğüz/Gümüş, s.451)

42 Acabey, s.92.

43 Tekinay, s.357; Acabey, s.92.

44 Acabey, s.92.

karşı açılması gerekir. Yalnızca ana ya da yalnızca çocuğa karşı yöneltilen dava reddedilir⁴⁵. Çocuk davada bir kayyım tarafından temsil edilir. Ananın menfaati ile çocuğun menfaati çatışabileceği için ananın kayyım olarak atanmaması yerinde olur⁴⁶.

Soybağının reddi davası çocuğun ölümü halinde ana ile birlikte çocuğun mirasçılara yöneltilir. Ananın ölümü halinde ise dava sadece çocuğa karşı yöneltilir. Ana ve çocuğun ölümü halinde soybağının reddi davasının açılması, davacı kocanın soybağının reddinde menfaatinin bulunması durumunda söz konusu olur. Bu durumda davanın mirasçılara yöneltilmesi gerekecektir⁴⁷.

2-Ana ve Koca

Soybağının reddi davasının çocuk tarafından açılması durumunda davalı koltuğunda ana ve koca oturur. (MK m.286/2) Davanın çocuk adına kayyımca açılması durumunda da davalı taraf yine ana ve kocadır⁴⁸. Davanın çocuk tarafından veya onun adına kayyımca açılması durumunda da ana ve koca arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunur⁴⁹.

MK m.291 son fıkrası soybağının reddi davasının diğer ilgililer tarafından açıldığı durumlarda, kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını öngörmektedir. Bu bağlamda soybağının reddi davasının kocanın altsoyu, ana ve babası tarafından açıldığı hallerde davalı tarafta ana ve çocuk, davanın gerçekte baba olduğu iddiasında olan kişi tarafından açılması halinde ise davalı tarafta ana, çocuk ve kocanın yer alması gerekir⁵⁰.

45 Akıntürk, s.334; Serozan, s.193; Acabey, s.98; Dural/Öğüz/Gümüş, s.452; Gençcan, s.199.

46 Tekinay, s.361; Acabey, s.98; Gençcan, s.200; Serozan, s.192.

47 Dural/Öğüz/Gümüş, s.452; Tekinay, s.361; Ana ve çocuğun ölümü halinde dava çocuğun mirasçılara açılmalıdır. (Akıntürk, s.334; Saymen/Elbir, s.312) ; Ana ve çocuğun ölümü halinde dava hasımsız olarak yürütülmelidir. (Schwenzer, Art.256, Nr.9, Dural/Öğüz/Gümüş, s.452. dn.63'ten naklen)

48 Acabey, s.99.

49 Schwenzer, Art.256, Nr.9 (Dural/Öğüz/Gümüş, s.452'den Naklen)

50 Acabey, s.99.

C-Soybağının Reddi Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılır. (MK m.283) Hüküm bağlamında soybağının reddi davası, davacı ve davalının dava veya çocuğun doğumu esnasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılacaktır. Taraflardan hiçbirinin Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması durumunda soybağının reddi davasında yetkili mahkeme 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 41.maddesi hükmüne göre belirlenecektir. Anılan maddeye göre; *“Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde, Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’de son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”*

Soybağının reddi davasında görevli mahkeme ise Aile Mahkemelerinin Kurulu, Görev Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4.maddesi bağlamında aile mahkemeleridir. Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde Aile Mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır.

D-Soybağının Reddi Davasında Hak Düşürücü Süreler

Soybağının reddi davasında dava açma süreleri büyük önem taşımaktadır. Kanunda belirtilen sürelerin kaçırılması ciddi sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Nitekim sürenin kaçırılması ile soybağının reddedilmek istenen çocuğun davacı kocanın nüfusunda kalması, onun mirasçı sıfatını sürdürmesi mümkün olabilecektir.

MK m.289 koca ve çocuk tarafından açılacak dava için MK m.291 ise diğer ilgililer ve kayıymca çocuk adına açılacak dava için hak düşürücü süreler öngörmektedir. Soybağının reddini talep etmek yenilik doğurucu bir haktır ve yenilik doğurucu haklar kural olarak zamanaşımına değil hak düşürücü süreye tabidir. Burada belirtilen sürelerin hak düşürücü süre olması sürelerin durmasına ve kesilmesine engel oluşturmaktadır. Sürenin dolduğu hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır⁵¹.

51 Gençcan Ömer Uğur, Soybağının Reddi Davalarında Dava Süresi, *TNBHD*,Y.2002,

743 sayılı Eski Medeni Kanun döneminde öngörölmüş olan bir aylık kısa süre 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun ile 1 yıla çıkarılmış olup ayrıca kocanın ve kayyımın açacağı dava bakımından beş yıllık ikinci bir süre daha kabul edilmiştir.

MK m.289/1 düzenlemesine göre; *“Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır.”* Ancak MK m.289/1 düzenlemesindeki *‘...her halde doğumdan başlayarak beş yıl...’* ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵². İptalden sonraki madde düzenlemesine göre koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır.

Soybağının reddi davasında davacı çocuk ise ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde davayı açmalıdır. (MK m289/2) Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım ise atama kararının kendisine tebliğinden itibaren bir yıl, herhalde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açacaktır. (MK m.291/2) Çocuğa kayyım atanmamış veya çocuğa atanan kayyım tarafından dava açılmamış olması çocuğun ergin olduktan sonra dava açmasına engel oluşturmaz⁵³.

Diğer ilgililer (kocanın altsoyu, ana ve babası, gerçek baba olduğunu iddia eden kişi) soybağının reddi davasını, doğumu ve kocanın ölümünü, ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı verildiğini öğrenmelerinden itibaren bir yıl içinde açabileceklerdir. (MK m.291/1)

E- Kocanın Dava Açma Hakkının Dava Açma Süresinin Dolmasından Önce Düşmesi

743 sayılı Eski Medeni Kanununun 246.maddesi eğer koca, çocuğu açıkça veya zımni şekilde benimsemişse, başka bir ifadeyle çocuğun

S.114, s.25; Dural/Öğüz/Gümüş, s.452-453; Acabey, s.99; Şahin Emin, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hüükümlerine Göre Aile Hukuku Davaları Tatbikatı*, Ankara 2004, s.981.

52 Anayasa Mahkemesi'nin 25/06/2009 Tarih ve 2008/30 Esas, 2009/96 sayılı Kararı.

53 Dural/Öğüz/Gümüş, s.453; Acabey, s.101.

babası olduğunu açık veya kapalı olarak ikrar etmişse süre henüz geçmemiş olsa dahi gerek kendisinin gerekse mirasçılarının soybağının reddi davası açmalarını engelliyordu. Kocanın çocuğu benimsemesi dava hakkını ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul ediliyordu. Örneğin çocuğa karşı tam manasıyla baba gibi davranmak, çocuğun hayatını sigortalatmak, çocuğun doğumu sebebiyle ziyafet vermek gibi davranışlar kocanın çocuğu zımnen benimsediği şeklinde anlamlandırılmaktaydı⁵⁴.

4721 sayılı Yeni Medeni Kanun böyle bir hükme (kocanın çocuğu benimsemesi halinde dava hakkının düşmesine ilişkin hükme) yer vermemiştir. Bu noktada bizimde katıldığımız üzere kocanın çocuğu benimsemiş olması soybağının reddi davası açmaya engel teşkil etmeyecektir⁵⁵. Bu hususta aksi yönde görüşe göre⁵⁶ ise çocuğu açık veya örtülü biçimde benimseyen kocanın, bu davranışına rağmen mahkemedeki soybağının reddini talep etmesi MK m.2'deki dürüstlük kuralına aykırıdır ve hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Bu bağlamda yürürlükteki Medeni Kanun'da bir hüküm olmasa dahi böyle bir durumda koca tarafından açılan dava, hakkın kötüye kullanılması gerekçesi ile reddedilmelidir.

F-Dava Açma Süresinin Uzaması

Eski Medeni Kanun m.246/1-2'de, eğer koca çocuğun babası olduğu hususunda aldatılmışsa ve bu sebeple çocuğu benimsemiş veya süresi içerisinde dava açmamışsa, aldatılmayı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içerisinde soybağının reddebileceği kabul edilmişti⁵⁷.

743 sayılı Eski Medeni Kanun m.246/3'de dava açma süresi geçmiş olmasına rağmen dava açılmasını mümkün kılan bir durumda, haklı bir neden olması sebebi ile dava açılmamasıdır. Haklı bir neden olduğu için dava açılmadığı durumlarda haklı nedenin ortadan kalkmasından sonra gecikmeksizin dava açılması gerektiği kabul ediliyordu⁵⁸.

54 Akıntürk, s.335; Gençcan, *Soybağının Reddi Davalarında Dava Süresi*, s.25; Tekinay, s.366; Köprülü/Kaneti, s.216; Acabey, s.100.

55 Akıntürk, s.335.

56 Dural/Öğüz/Gümüş, s.454.

57 Acabey, s.103.

58 Köprülü/Kaneti, s.216; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1002; Haklı sebep duru-

4721 sayılı Yeni Medeni Kanun ise bu konuda m.289/3 hükmünü öngörmüştür. Maddeye göre; “Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.” Bu hüküm uyarınca soybağının reddi davasının süresinde açılmadığı hallerde, gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, soybağının reddi davasına ilişkin olarak kabul edilen bir yıllık süre haklı sebep teşkil eden durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren başlayacaktır. MK m.289/3 her ne kadar koca ve çocuğun dava hakkına ilişkin olsa da MK m.291/3 bağlamında diğer ilgililerin dava açma hakkı bakımından da uygulanacaktır⁵⁹.

Hangi durumların haklı neden oluşturacağını takdiri MK 4 bağlamında hakime aittir. Haklı nedenlere örnek olarak; kocanın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesi, kocanın cezaevinde bulunması, yurtdışında çalışıyor olması, ağır bir hastalık nedeniyle bir hastanede tedavi altında olması, bulaşıcı bir hastalık nedeniyle karantina sahası içerisinde mahsur kalması gösterilebilir⁶⁰. Bunun yanında kocanın çocuğun kendisinden olmadığını bilmesine rağmen, aile şerefini korumak için soybağının reddi davası açmaması, ancak bu hususun ortaya çıkmasından sonra dava açması, karısının gebe kaldığı dönemde bir başka erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu bilmesine rağmen ancak karısının bu hususu ikrar etmesinden veya zina nedeniyle açtığı boşanma davasının sonuçlanmasından önce soybağının reddi davası açmaması sürenin uzaması neticesini doğuracak haklı neden olarak kabul edilmemektedir⁶¹.

MK m.289/3 çerçevesinde gecikmeyi haklı kılacak nedenlerin bulunması söz konusu olmasa da sürenin sona ermesinden önce açılmış bulunan soybağının reddi davası usul eksikliğinden reddedilirse bu sırada dava açma süresi sona erse bile, davacı BK.m.137 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla 60 günlük ek süre içerisinde davasını yeniden yöneltebilir⁶².

munda davacıya haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren 1 aylık bir süre verilmelidir. (Tekinay, s.369)

59 Dural/Öğüz/Gümüş, s.454.

60 Gençcan, *Soybağının Reddi Davalarında Dava Süresi*, s.26; Akıntürk, s.336.

61 Dural/Öğüz/Gümüş, s.455; Acabey, s.104.

62 Gençcan, s.214; Dural/Öğüz/Gümüş, s.455.

G-Soybağının Reddi Davasının Sonuçları

Eski Medeni Kanun döneminde mahkemece soybağının reddine karar verilip de bu karar kesinleşince, çocuk kocaya karşı nesepsiz, anaya karşı ise evlilik dışı (gayri sahih) nesepli hale gelirdi⁶³.

Yeni Medeni Kanuna göre ise mahkemece verilen soybağının reddine ilişkin karar kesinleşince, çocuk ile koca arasındaki soybağı ortadan kalkar. Ancak eski kanundan farklı olarak çocuğun anaya karşı soybağında herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz. Yeni Medeni Kanun sahih nesep-gayrisahihsiz nesep ayrımını kaldırdığı için koca yönünden soybağı reddedilen çocuğun, anaya karşı da gayri sahih nesepli duruma gelmesi artık söz konusu değildir⁶⁴.

Davacının soybağının reddine ilişkin talebinin mahkemece kabulü neticesinde verilen hükmün sonucu, çocuk lehine o güne kadar geçerli olan babalık karinesinin artık hüküm ifade etmemesidir⁶⁵. Soybağının reddi davasında soybağının reddi kararı yenilik doğuran bir hüküm niteliğinde olduğu için hükmün kesinleşmesiyle beraber çocuk ile koca arasındaki soybağı geçmişe etkili olarak, çocuğun doğumu tarihinden itibaren ortadan kalkar⁶⁶. Çocuk doğumdan itibaren baba yönünden soybağına sahip olmayan çocuk haline gelir. Soybağının reddi kararı ile anasına kalan çocukla, anasının kocası arasında hukuken hiçbir ilişki ve bağ kalmadığından çocuk, anasının kocasının soyadını taşıyamaz, mirasçısı olamaz. Soybağının reddi kararı çocuğun anası ile olan soybağını ise etkilemez.

Soybağının reddi kararı herkese karşı etkilidir. Soybağı statüsünde oluşan değişiklik dava açsın açmasın herkesi etkiler⁶⁷. Soybağının reddine ilişkin karar geçmişe etkili olduğu için kocanın, çocuğa karşı soybağının mevcudiyetinden kaynaklanan bakım ve eğitim harcamalarını karşılama yükümlülüğü ile nafaka yükümlülüğü son bulduğu gibi çocuk için daha önce yapılan edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri (BK.m.61 vd.) kapsamında anadan ve çocuk ile soybağı-

63 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1002.

64 Acabey, s.105.

65 Akıntürk, s.336.

66 Dural/Öğüz/Gümüş, s.456; Saymen/Elbir, s.314; Akıntürk, s.336.

67 Gençcan, s.225.

nın kurulması durumunda gerçek babadan istenebilir⁶⁸. Çocuğa karşı iade talebinin yöneltilmesine ise BK.m.63/1 engel oluşturur⁶⁹.

III- YAPAY DÖLLENME VE TÜP BEBEK DURUMUNDA SOYBAĞININ REDDİ

Tıp ve biyoloji alanındaki baş döndürücü gelişmeler birçok alanda olduğu gibi soybağı hukuku açısından da çözülmesi zor sorunları beraberinde getirmiştir. Bu anlamda doğum kontrolü, çocuk düşürme yasağının gevşetilmesi, yapay döllemenin çeşitli görünüşleri ve tüp bebek teknikleri, sperm bankaları, kiralık annelik (taşıyıcı annelik) gibi gelişmeler hukuk, tıp ve din adamlarını yeni ve çok boyutlu sorunlarla karşı karşıya getirmiştir⁷⁰. Bu açıdan soybağının reddi konusunda değinilmesi gereken bir konuda yapay döllenme ve tüp bebek sorunudur.

A-Yapay Döllenme

Geniş anlamıyla yapay döllenme erkekten alınan sperm ile kadına ait yumurtanın cinsel ilişki olmaksızın yapay yolla döllendirilmesini anlatır⁷¹. Dar anlamda yapay döllenme ise sadece erkekten alınan sperm kadının rahmine veya yumurta kanalına ya da döl yoluna şırınga edilmesidir⁷².

Kocadan alınan spermlerin kendi rızasıyla eşinin rahmine şırınga edilmesi durumunda kadının doğuracağı çocuğun soybağı ile ilgili herhangi bir sorun çıkmaz. Sorun kocanın rızasıyla yabancı bir erkekten temin edilen sperm kadının rahmine şırınga edilmesi⁷³ halinde ortaya çıkar. Bu halde kadının başka bir erkekten gebe kalması durumu söz konusudur. Kocanın eşinin başka bir erkekten gebe kalmasına rıza göstermesi ülkemizde geçerli din ve ahlak anlayışı bakımından

68 Serozan, s.197; Dural/Öğüz/Gümüş, s.456.

69 Hegnauer, Art.256, Nr.125 (Dural/Öğüz/Gümüş, s.456'dan naklen)

70 Aytaç, http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/İSMAIL%20AYTAÇ.htm

71 Acabey, s.120.

72 Zevkililer Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983/1, s.32; Akıntürk, s.337.

73 Bu çeşit döllenme heteorolog döllenme olarak kabul edilir.

kabul edilemez. Ancak koca eşinin başka birinden gebe kalmasına müsaade etmişse artık doğacak çocuğun soybağını reddetmesi mümkün değildir⁷⁴. Medeni Kanun'da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak tartışmalı olmakla beraber, kocanın, karısının başka erkekten gebe kalmasına izin verdikten sonra doğan çocuğun soybağını reddetmesi, MK m.2 bağlamında hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği için soybağının reddi mümkün olmayacaktır⁷⁵.

Bu noktada İsviçre Medenî Kanununun 1978 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğinde m.256/2'de; *"Koca döllemenin üçüncü bir kişi tarafından oluşmasına muvafakat etmiş ise, nesebin reddi davası açamaz"* denilerek kocanın rızası hâlinde soybağını reddedemeyeceğini belirtmektedir. Böylece kocanın muvafakatiyle, yapay dölleme yoluyla başka bir erkeğin sperminden çocuk sahibi olan çiftlerde, kocanın doğan çocuğun soybağını reddetme imkânı ortadan kaldırılmıştır⁷⁶. Bizim hukukumuzda buna benzer bir hükme ahlak anlayışımızla bağdaşıp bağdaşmayacağı hususunda tartışmalara yol açacağından izin verilemeyebilir. Bununla birlikte bizzat kocadan alınan spermlerin karısının rahmine şırınga edilmesi yoluyla yapay döllemenin⁷⁷ hukuka, ahlaka ve dini duygulara aykırı olması söz konusu değildir. Nitekim Diyanet İşleri Başkanlığı' da bu çeşit bir yapay döllemenin dine aykırı olmadığını ifade etmiştir⁷⁸.

B-Tüp Bebek

Evli kadının üreme organındaki bir bozukluk nedeniyle normal yolla gebe kalmasının mümkün olmaması halinde kocadan alınan spermlerin kadından alınan yumurtalarla bir tüp (invitro) veya uygun bir kaptaki döllendirildikten bir süre sonra döllemiş yumurta (embriyo), kadının rahmine yerleştirilerek kadının doğum yapması sağlanmaktadır⁷⁹.

74 Akıntürk, s.337.

75 Aytaç, http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/İSMAİL%20AYTAÇ.htm

76 Akıntürk, s.337.

77 Bu çeşit dölleme homolog dölleme olarak kabul edilir.

78 Akıntürk, s.337-338; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.474.

79 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.475.

Tüp bebek uygulaması 21.08.1987 tarih ve 19551 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 'İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği'nin yürürlük kazanmasıyla ülkemizde de başlamıştır. Anılan yönetmelik 06.03.2010 tarihinde 'Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik' olarak değiştirilmiştir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği çerçevesinde üremeye yardımcı tedavi metodu uygulanacak olan kimselerin evli çift olması, sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması, evli çiftlerin Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde öngörülen tedavi yöntemleri dışındaki mevcut tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarının belgelendirilmiş olması gerekir. Bu noktada eşler dışındaki kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması yasaklanmıştır. Bir kadının kocası olmayan bir kişinin spermiyle, sperm bağıışı yoluyla yapay yoldan döllenmesi Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğine göre yasak olduğu gibi döllenmede kadından başka bir kişiye ait yumurtanın kullanılması da yasaktır.

Yönetmelikte eşler dışındaki kimseden alınan sperm ve yumurtanın kullanımına asla izin verilmemiştir. Bu bağlamda tüp bebek olayında doğan çocuğun soybağı üzerinde bir anlaşmazlık söz konusu olmaz, soybağının reddiyle ilgili bir sorun çıkmaz. Çünkü kadın bizzat kendi kocasından gebe kalmaktadır.

Yönetmelik kapsamında taşıyıcı annelik veya kiralık annelik de yasaklanmıştır. Nitekim yönetmeliğin 18. maddesinde de, eşlerden alınan yumurta ve spermler ile bundan elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da eşlerde kullanılmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Aynı maddeye göre bu tür biyolojik maddelerin satılması da yasaktır. Bu yasağa ve yönetmelik hükümlerine uymadığı tespit edilenlerin faaliyetleri Valilikçe durdurulur.

Anılan yönetmelik gereği evli çiftlerin başkasından donör almaları veya kendi donörleri ile oluşan embriyonun bir taşıyıcı anneye nakledilmesi kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Bu yüzden taşıyıcı annelik sözleşmeleri emredici hukuk kuralı karşısında kanuna, kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı sözleşmelerden kabul edilerek hukuken batıl sayılacaktır.

SONUÇ

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. (MK m.285) Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Kocanın dışında çocuk da dava hakkına sahiptir. Ayrıca belli şartların oluşması ile kocanın alt soyu, ana ve babası ve gerçek baba olduğunu iddia eden kişide soybağının reddi davasını açabilir.

Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş ise davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. (MK m287) Davacı koca, çocuğun kendisinden olmadığını, cinsel ilişkinin imkânsızlığını veya illiyet bağının bulunmadığını kanıtlayarak ispat edebilir.

Çocuk ana rahmine evlilikten önce veya ayrılık sırasında düşmüşse davacının başka bir delil getirmesine ihtiyaç yoktur. Davacı kocanın yapması gereken tek iş çocuğun kendisinden olmadığını ileri sürerek soybağının reddi davasını açmaktır.

Soybağının reddi davasının açılma süresine ilişkin 4721 sayılı Yeni Medeni Kanun bir yıllık süre öngörmüştür. Bu noktada koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır. **Çocuk ise ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır.** (MK m.289)

Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir. Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım ise, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir. (MK m.291)

Dava açma süresinin haklı bir nedene dayalı olarak kaçırılması halinde ise gecikmeyi haklı kılan sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davası açılabilir. Eski Medeni Kanun döneminde bu bir yıllık süre yerine 'gecikmeksizin davanın açılması gerekir' hükmü yer almakta idi.

Soybağının reddi hususunda önemli bir konu da kocanın aslında kendisinden olmayan çocuğu açık veya örtülü davranışlarıyla benimsemesi durumunda, soybağının reddi davası açıp açamayacağıdır. Eski Medeni Kanun döneminde böyle bir halde kocanın dava açamayacağı kabul edilmekteyken Yeni Medeni Kanun'da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Kanaatimizce kocanın çocuğu benimsemiş olmasına rağmen açmış olduğu soybağının reddi davasının kabulü gerekir. Aksi bir durumun kabulü, yani açılan davanın MK m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle reddi, koca açısından sonradan telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilir. Nitekim Eski Medeni Kanun döneminde çocuğun benimsenmesinin davaya engel olacağı hükmü Yeni Medeni Kanun ile kaldırılmıştır. Kanun koyucu da bu duruma cevaz vermediğini çocuğun benimsenmesine ilişkin hükmü kaldırarak göstermiştir.

Son olarak ifade edilmesi gereken bir husus da yapay dölleme ve tüp bebek meselesidir. Bizim hukukumuzda yapay dölleme ve tüp bebeğe 1987 yılında çıkarılan İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği ile izin verilmiştir. Söz konusu yönetmelik 06.03.2010 tarihinde 'Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik' olarak değiştirilmiştir. Şu an bizim hukukumuzda yapay dölleme açısından kocadan alınan spermlerin kendi rızasıyla eşinin rahmine şırınga edilmesi durumunda (homolog dölleme) kadının doğuracağı çocuğun soybağı ile ilgili herhangi bir sorun çıkmaz. Bunun yanında eşler dışındaki kimseden alınan sperm ve yumurtanın kullanımına asla izin verilmemiştir. Tüp bebek olayında doğan çocuğun soybağı üzerinde bir anlaşmazlık söz konusu olmaz, soybağının reddiyle ilgili bir sorun çıkmaz. Çünkü kadın bizzat kendi kocasından gebe kalmaktadır. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde heterolog döllemeye izin verilmemiştir. Fakat yönetmeliğe aykırı şekilde yapay dölleme gerçekleşmişse bu halde ne olacaktır? Ya da eşler heterolog döllemenin serbest olduğu ülkede bunu yaptırmışlarsa ne olacaktır? Bu noktada konunun mutlaka yasal bir düzenleme ile çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekir.

KAYNAKLAR

- ACABEY M. Beşir, Soybağı Kurulması ve Sonuçları, Doktora Tezi, İzmir 2002
- AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, C.2, Aile Hukuku, İstanbul 2002
- ARSEBÜK Esat, Medeni Hukuk, C.II, Ankara 1940
- AYTAÇ İsmail, Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi, [http:// www. yayin. adalet. gov.tr/11_sayi%20icerik/ İSMAİL%20 AYTAÇ.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/ISMAIL%20AYTAC.htm)
- DURAL Mustafa/
- ÖĞÜZ Tufan/
- GÜMÜŞ Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, İstanbul 2005
- GENÇCAN Ömer Uğur, 743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002
- GENÇCAN Ömer Uğur, Soybağının Reddi Davalarında Dava Süresi, TNBHD., Y.2002, S.114, s.19-27
- GENÇCAN Ömer Uğur, Soybağının Reddi Davalarında Kanıtlama Sorunu, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/Omer%20Uğur%GENÇCAN.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/11_sayi%20icerik/Omer%20Ugur%GENCCAN.htm)
- GÜLTEPE Hilal, Soybağı Tayininde Genetik İnceleme, İBD. C.78, S.2, Y.2004, s.497-506
- GÜRBÜZ Meral, Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, EBD. Y.2005, S.7, s.55-66
- KÖPRÜLÜ Bülent/
- KANETİ Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985
- SAYMEN H.Ferit/
- ELBİR K.Halid, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 1957
- SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005

ŞAHİN Emin, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Aile Hukuku Davaları Tatbikatı, Ankara 2004

TEKİNAY S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1966

UYAR Talih, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, C.III, Ankara 2003

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965

ZEVKLİLER Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerde Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1983/1, s.32.

ZEVKLİLER Aydın/

ACABEY M. Beşir/

GÖKYAYLA Emre, Medeni Hukuk, Ankara 1995

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T.28.06.2011 * Ölü muayene ve otopsi tutanaklarının
E.2011/1-130 duruşmada açıkça okunmaması
- K. 2011/149 * Savunma hakkının kısıtlanması
(1412 sayılı CYUY m. 217, 308/8; 5271 sa-
yıllı CYY m. 209)

Sanık S.E.O.Y'nin, tasarlayarak öldürme suçundan 5237 sayılı TCY'nın 82/1-a, 62/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca müebbet, ruhsatsız silah taşıma suçundan da 6136 sayılı Yasanın 13/1 ve 5237 sayılı TCY'nın 62/1. maddesi uyarınca 10 ay hapis ve 375 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba, zoralıma ve tutukluluk halinin devamına; sanık H.A.'nın, tasarlayarak öldürme suçuna yardım etmekten 5237 sayılı TCY'nın 82/1-a-d, 39/2-a maddesi yollamasıyla 39/1, 62/1, 53 ve 63. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, mahsuba ve tutukluluk halinin devamına ilişkin, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 26.03.2009 gün ve 248-84 sayılı, öldürme suçu yönünden re'sen temyize tabi olan hüküm, sanıklar müdafileri tarafından da temyiz

edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 09.06.2010 gün ve 8639-4298 sayı ile;

“...Hükme esas alınan 21.10.2007 tarihli ölü muayene ve otopsi tutanağının sanıklara okunmaması ve diyetlerinin sorulmaması suretiyle, CMK'nın 209. maddelerine aykırı davranılması” isabetsizliğinden, diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesince 14.10.2010 gün ve 234-257 sayı ile;

“Sanıkların mahkememizce savunmalarının alınmış olduğu 26.02.2008 günlü celsede, savunma öncesi; ‘iddianame ve eklerinin okunduğu, müsnet suçun izah olunduğu’ ve savunma alındıktan sonra da; ‘hazırlıktaki tutanaklar ile dosya içeriğinin ayrı ayrı okunduğu’nun anlaşılması karşısında, CMK 209/1. maddesinde belirtilen, delil niteliğindeki ‘ölü muayene ve otopsi tutanaklarının’ duruşmada okunması gerektiğine dair hükmün ihlalinin söz konusu olmadığı” şeklindeki gerekçe ile önceki hükümde direnilmiştir.

Öldürme suçu yönünden re’sen temyize tabi olan bu hükmün de sanıklar ve müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istemli, 04.05.2011 gün ve 99681 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık S.E.O.Y.’nin tasarlayarak öldürme ve ruhsatsız silah taşıma, sanık H.A.’nın da tasarlayarak öldürme suçuna yardım etmekten cezalandırılmalarına karar verilen olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; duruşmada, “iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu” ibaresinin, ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunduğu anlamına gelip gelmeyeceği ve ölü muayene ve otopsi tutanaklarının duruşmada açıkça okunmamasının savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir.

Ceza yargılamasının amacı maddi gere ulaşmaktır. Bu amaca ulaşılmasını olanaklı kılmak için de 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasası delil serbestisi dolayısıyla da bu delillerin hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edileceği esasını benimsemiş, ancak duruşmanın ve delillerin doğrudan doğruyalığı ile duruşmaların sözlülüğü ilkelerinin zorunlu sonucu olarak da hakimın kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilceği diğeri anlatımla duruşmada okunmamış ve tartışılmamış belge ve delillerin hükme esas alınamayacağını belirtilmek suretiyle de bir bakıma bu ilkeye sınırlama getirmiştir.

Bu nedenle duruşma sırasında, kanıt aracı olan belge okunmalı, tarafların belge içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanmalı ve söz konusu belgeye karşı bir diyecekleri olup olmadığı sorulmalıdır.

5271 sayılı CYY'nın 191. maddesi uyarınca duruşmanın başında sanığa, iddianame ya da iddianame yerine geçen belgelerin okunması gerekir. Ölü muayene ve otopsi tutanakları ise iddianame yerine geçen belgelerden olmayıp, aynı Yasanın 209. maddesi uyarınca duruşmada okunması zorunlu olan ve iddia ve savunmanın kanıtlanmasına yaraayan belgelerdendir.

1412 sayılı CYUY'nın 217. maddesine benzer, ancak önceki düzenlemeye göre daha ayrıntılı biçimde ve iki fıkra halinde yeniden düzenlenen 5271 sayılı CYY'nın 209. maddesinin açık hükmü ile güncelliğini koruyan, Ceza Genel Kurulu ile Özel Dairelerin duraksamasız uygulamalarına göre; duruşmada hazır bulunan sanıklara, dosya içerisindeki diğeri belgelerin yanında ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunması ve okunan bu belgelere karşı savunma olanağının sağlanması zorunludur.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun; *"Her ne kadar tutanağın birinci yaprağındaki ilk oturumda; 'iddianame ve ekleri okundu ve sanığın sorgusundan sonra, kayıtlar, ifadeler ve evrakın okunduğu, bunlara karşı sanıktan diyeceğinin sorulduğu' yazılı ise de, bu belirsiz ifadelerden, 242. maddede sayılan sübut delili varakaların okunduğu ve okumalara karşı sanığın bir itirazı olmadığını bildirdiği sonuç ve anlamını çıkarma olanağı bulunmamaktadır, sanığın savunmasına ilişkin olan 242 ve 250. madde hükümlerinin açık ve seçik bir biçimde uygulanması gerekir, uygulamadaki belirsizlik Anayasa ile gü-*

vence altına alınmış bulunan savunmanın kısıtlanması sonucunu doğurur” şeklindeki 17.12.1976 gün ve 536-552 sayılı kararı ile bu doğrultudaki pek çok kararları karşısında;

Somut olayda, sanıklar ve müdafilerinin hazır buldukları duruşmada, “iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu” biçimindeki, duruşma tutanaklarına yansıyan soyut ifadelerin, yerel mahkemece hükme esas alınan ölü muayene ve otopsi tutanağının da okunduğu anlamına gelmeyeceği açıktır.

Ölü muayene ve otopsi tutanaklarının duruşmada açıkça okunmamasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğu, bu halin ise, 1412 sayılı CYUY’nın, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 308/8. maddesinde sayılan mutlak bozma nedenlerindedir.

Bu itibarla; Özel Daire bozma kararı isabetli bulunduğundan, yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan bir Genel Kurul Üyesi ise; “duruşmada ‘iddianame ve ekleri ile hazırlıktaki tutanaklar ve dosya içeriği okundu’ ibaresinin, ölü muayene ve otopsi tutanaklarının da okunduğu anlamına geleceği” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.10.2010 gün ve 234-257 sayılı direnme hükmünün **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **28.06.2011** günü yapılan müzakerede oy çokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.05.07.2011 * **Sanığa verilen aynı neviden hapis cezalarının birleştirilmesi**
E.2011/3-163
K. 2011/156 (765 sayılı TCK m.30, 71)

Sanık C.K.'nın silahla kasten yaralama suçundan, mağdur R.K.'ya yönelik eylemi nedeniyle 765 sayılı TCY'nın 456/2, 457/1, 457/1 ve 59/2. maddeleri uyarınca 2 yıl 11 ay 16 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, mağdur M.K.'ya yönelik eyleminden dolayı da, 765 sayılı TCY'nın 456/2, 457/1 ve 59/2. maddeleri uyarınca 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, anılan Yasanın 71. maddesi uyarınca aynı tür cezaların toplanarak sanığın sonuç olarak 5 yıl 2 ay 6 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Kayseri 5. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 12.05.2005 gün ve 826-1009 sayılı hüküm sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle dosya, Yargıtay C.Başsavcılığınca 03.02.2006 gün ve 143575 sayılı yazı ile 5320 sayılı Yasanın 8/2. maddesi uyarınca lehe yasa değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması için, incelenmeksizin mahalline iade edilmiştir.

Yeniden yargılama yapan Kayseri 5. Asliye Ceza Mahkemesince 07.06.2006 gün ve 381-522 sayı ile; 765 sayılı TCY hükümleri lehe kabul edilerek, ilk hükümdeki gibi karar verilmiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesince 03.11.2010 gün ve 15102-16605 sayı ile hükmün onanmasına karar verilmiştir. Yargıtay C.Başsavcılığı ise 15.06.2011 gün ve 98975 sayı ile;

“Sanığın olay günü eşi ile kavga ettiği, kavga üzerine eşi olan Ş.'nin sanığın abisi olan mağdur R.'nin evine gittiği, sanığın da eşinin arkasından bu eve geldiği ve çıkan tartışmada mağdurlar R. ve M.'yi hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı, suç tarihi itibarıyla yapılan inceleme sonucu 765 sayılı TCK'nın sanık lehine olduğu anlaşılmış ve sanığın eylemlerine uyan TCK'nın 456/2, 457/1, 457/1, 59. maddeleri uyarınca 2 yıl 11 ay 16 gün hapis cezası TCK'nın 456/2, 457/1, 59/2 maddeleri uyarınca 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezası

ile cezalandırılmasına karar verilmiş ancak sanığa verilen cezaların TCK'nın 72. maddesi uyarınca içtimalı sonucu 4 yıl 14 ay 6 gün hapis cezasına hükmedilmesi gerekirken 5 yıl 2 ay 6 gün hapis cezasına hükmedilmesi suretiyle sanığa fazla ceza tayin edildiği ve TCK'nın 30. maddesine muhalefet edildiği anlaşılmıştır" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılanmayı gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanık hakkında hükmolunan aynı neviden hapis cezalarının 765 sayılı TCY'nın 71. maddesi uyarınca toplanmasının usul ve yasaya uygun olarak yapılıp yapılmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanığın mağdurlara karşı gerçekleştirmiş olduğu yaralama eylemleri nedeniyle, ayrı ayrı hükmolunan 2 yıl 11 ay 16 gün ve 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezalarının, 765 sayılı TCY'nın 71. maddesi uyarınca toplanarak sonuç olarak 5 yıl 2 ay 6 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

"Seneden aşağı olmak üzere hükmedilen cezaya içtima sebebiyle zam yapılmak icap ettiği taktirde sonuç cezanın, seneyi aşsa bile ay olarak ifade edilmesi gerektiği," 13.12.1939 gün ve 25-58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilmiştir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık hakkında silahla yaralama eylemleri nedeniyle ayrı ayrı hükmolunan 2 yıl 11 ay 16 gün ve 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezalarının 765 sayılı TCY'nın 71. maddesi uyarınca toplanması sonucu 4 yıl 14 ay 6 gün yerine 5 yıl 2 ay 6 gün denilmek suretiyle fazla cezaya hükmolunması, 765 sayılı TCY'nın 30. maddesi ile 13.12.1939 gün ve 25-58 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırıdır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 1412 sayılı CYUY'nun 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 322. maddesindeki yetkiye istinaden yerel mahkeme hükmünün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 03.11.2010 gün ve 15102-16605 sayılı onama kararının KALDIRILMASINA,

3- Kayseri 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 07.06.2006 gün ve 381-522 sayılı hükmünün "sanık hakkında ayrı ayrı hükmolunan hapis cezalarının 765 sayılı TCY'nun 71. maddesi uyarınca toplanması sonucu 4 yıl 14 ay 6 gün yerine 5 yıl 2 ay 6 gün denilmek suretiyle fazla cezaya hükmolunması" isabetsizliğinden BOZULMASINA,

Ancak, bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 1412 sayılı CYUY'nun 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte bulunan 322. maddesinin verdiği yetki kullanılmak suretiyle hüküm fıkrasından, "TCY'nun 71. maddesi uyarınca sanığa verilen aynı neviden hapis cezaları birleştirilerek sanığın sonuç olarak 5 yıl 2 ay 6 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına" ilişkin bölüm çıkarılıp, "TCY'nun 71. maddesi uyarınca sanığa verilen aynı neviden hapis cezaları birleştirilerek sanığın sonuç olarak 4 yıl 14 ay 6 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına" cümlesi eklenerek, hükmün diğer kısımlarının aynen bırakılmasına,

Karar verilmek suretiyle, DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 05.07.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T.05.07.2011 * Mahkeme kararında yasa yolu ve süresinin
E.2011/2-148 belirtilmemiş olması
K. 2011/155 (2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
m. 40/2;
5271 sayılı CYY m. 34/2, 231/2, 232/6)

Sanık İ.E'nin hırsızlık suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCY'nın 142/1-f ve 43. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Bakırköy 9. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 23.07.2009 gün ve 292-486 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince 20.01.2011 gün ve 1587-621 sayı ile;

“Hükümlü müdafinin mahkemeye sunduğu temyiz dilekçesi ile usulüne uygun temyiz başvurusunda bulunması karşısında, hükümde başvuru şeklinin gösterilmemesi suretiyle tereddüte neden olduğundan söz edilemeyeceği gibi, yoklukta verilen ve yedi gün içerisinde temyiz edilebileceği bildirilen hükmün, temyiz süresi başlangıcının, en lehe olarak tebliğ tarihi olması ve Tebligat Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca usulüne uygun tebliğ edildiği halde süresi içerisinde temyiz edilmemesi nedeniyle temyiz süresinde olduğu yönündeki tebliğname düşüncesine katılmamıştır.

17.11.2009 günü tebliğ edilen 23.07.2009 tarihli hükmü yasal temyiz süresinden sonra 12.07.2010 günü temyiz eden sanık müdafinin, süresinde olmayan temyiz isteminin 1412 sayılı CYUY'nın 317. maddesi uyarınca reddine” karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 09.06.2011 gün ve 168032 sayı ile;

“Somut olayda, Bakırköy 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 23.07.2009 tarih ve 2007/292 esas-2009/486 karar sayılı ilamı ile sanık İ.E'nin, elektrik hırsızlığı suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûmiyetine karar verilmiştir. Kararda yasa yolu bildirimine ilişkin son bölümde temyiz süresinin teftih veya tebliğden itibaren başlayacağı yolunda herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 40/2. fıkrasında: 'Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerini belirtmek zorundadır' hükmüne yer verilmiş,

Bu düzenlemeye paralel olarak 5271 sayılı CYY'nın;

34/2. maddesinde; 'Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir',

231/2. maddesinde; 'Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir',

232/6. maddesinde ise; 'Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve mercinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir'

Şeklindeki emredici düzenlemeler yer almıştır.

Gerek yüze karşı, gerekse yoklukta verilen hüküm ve kararlarda, başvurulacak yasa yolu süresi, başvuru yapılacak mercii ile başvuru şeklinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça belirtilmesi zorunludur.

5271 sayılı CYY'nun 40. maddesinin 1. fıkrasında, kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişinin, eski hale getirme isteminde bulunabileceği, 2. fıkrasında ise, yasa yoluna başvuru hakkının kendisine bildirilmemesi halinde, kişinin kusursuz sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

Anılan düzenlemelerden, hüküm ve kararlardaki yasa yolu bildirimini; yasa yolu, mercii, şekli ve süresini de kapsamı zorunluluğu yanında, açıkça anlaşılabilir ve her türlü yanıltıcı ifadeden uzak olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Hükümün sanığın yokluğunda verildiği, mahkemece yasa yolu bildiriminde bulunulurken, başvuru süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı belirtilmediği ve bu eksikliğin hükmü temyiz etme hakkı bulunanlar yönünden yanıltıcı nitelikte bir eksiklik olduğu, ayrıca sanığın sorgusu sırasında belirttiği adrese önceden usulüne uygun bir tebligat yapılmış bulunmadığından, sanığa bu adrese yapılan gerekçeli karar tebliğinin de Tebligat Kanununun 35. maddesine uygun olmadığı değerlendirilmiştir.

Belirtilen nedenle sanık müdafinin 12.07.2010 tarihli temyizinin, CYY'nın 40/1. maddesi uyarınca süresinde olduğunun kabulü ile temyiz incelemesi yapılması gerekmektedir.

Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 09.02.2010 gün ve 2010/6-26E-2010/18K. sayılı kararı da bu yöndedir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Dairenin temyiz reddi kararının kaldırılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık müdafii tarafından yapılan temyiz başvurusunun süresinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Kaçak elektrik enerjisi kullanmak suretiyle hırsızlık suçu işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma yapılan sanık İ.E'nin 23.01.2007 günlü kolluk savunmasında ikamet adresini "C.Mahallesi, S.Sokak, T.Apartman, No:33/8 Bahçelievler-İstanbul" olarak bildirdiği, duruşma gününün bildirilmesi amacıyla aynı adrese tebligat çıkarıldığı, sanık tebligat esnasında işte olduğu için 7201 sayılı Tebligat Yasasının 21. maddesi uyarınca tebligat yapılarak komşusu A.A.'ya bilgi verildiği, duruşmaya gelmeyen sanığın zorla getirilmesine karar verilmesi üzerine kolluk görevlilerince yapılan araştırmada sanığın adresinden taşındığı ve yeni bir adres de bildirmediğinin tespiti üzerine yerel mahkeme tarafından sanık hakkında yakalama kararı çıkartıldığı, 30.04.2008 günü yakalanan sanığın mahkemedeki savunmasında yeni ikamet adresini "S.Mahallesi, A.Sokak, Y.Apartman, No:11/2 Bahçelievler-İstanbul" olarak bildirdiği, bu adresin tebligat adresi olduğuna ilişkin yerel mahkemece sanığa ihtar yapıldığı, yargılama aşamasında müdafii talep etmeyen sanığın yokluğunda verilen kararda, yasa yolu bildirimiminin; "Dair sanık ve katılan vekilinin yokluğunda C.Savcısı E.T.'nin iştiraki ile talebe uygun

7 günlük Yargıtay temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı” şeklinde olduğu, hükmün sanığın mahkemede bildirdiği adrese 28.08.2009 günü tebliğe çıkarıldığı, adreste N.U.’nun oturduğu ve sanığın tanınmadığının belirtilmesi üzerine yeni adresini bildirmeyen sanığın mahkemeye bildirdiği adrese 7201 sayılı Tebligat Yasasının 35. maddesine göre 17.11.2009 tarihinde tebligat yapıldığı, hakkındaki cezasının infazı için yakalanan sanığın hükümden sonra tayin ettiği müdafii, hükmü 12.07.2010 tarihinde temyiz ettiği, eski hale getirme ve infazın durdurulması isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 40/2. fıkrasında: *“Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”* hükmüne yer verilmiş,

Bu düzenlemeye paralel olarak 5271 sayılı CYY’nın;

34/2. maddesinde: *“Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir”*,

231/2. maddesinde; *“Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir”*,

232/6. maddesinde ise; *“Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir”* şeklinde emredici düzenlemeler yer almıştır.

Gerek yüze karşı, gerekse yoklukta verilen hüküm ve kararlarda başvurulacak yasa yolunun süresinin, başvuru yapılacak merci ile başvuru şeklinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça belirtilmesi zorunludur.

5271 sayılı CYY’nın 40. maddesinin 1. fıkrasında kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişinin, eski hale getirme isteminde bulunabileceği, 2. fıkrasında ise yasa yoluna başvuru hakkının kendisine bildirilmemesi halinde kişinin kusursuz sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

Buna göre, anılan hükümlerden, hak sahibi olanlar bakımından hüküm ve kararlarda yasa yolu bildiriminin; yasa yolu, mercii, şekli ve süresini de kapsayacak şekilde açıkça anlaşılabilir ve her türlü yanıl-

tıcı ifadeden uzak olması gerektiği hiçbir kuşkuya yer bırakmaksızın ortaya çıkmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme tarafından yapılan yasa yolu bildirim, süre ve şekil yönünden eksik olup, başvuru şekli hiç gösterilmemiş, süre ise yokluğunda karar verilen sanık açısından eksik ve yanılıya yol açacak bir biçimde "... 7 günlük Yargıtay temyiz yolu açık olmak üzere..." şeklinde belirtilmiştir. Hazır bulunmayanlar için yasa yoluna başvuru süresi "tebliğ" ile başladığından, sürenin başlangıcının gösterilmemesi, yanılıya yol açacak niteliktedir.

CYY'nın 40. maddesinin 1. fıkrasındaki, kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişinin, eski hale getirme isteminde bulunabileceği ve 2. fıkrasındaki yasa yoluna başvuru hakkının kendisine bildirilmemesi halinde, kişinin kusursuz sayılacağı hükümleri karşısında, somut olayda, başvuru süresi ve şeklinin gösterilmemiş olmasının açıklanan yasal düzenlemelere açıkça aykırılık oluşturduğu ve eski hale getirme isteminde bulunma koşullarının varlığını koruduğu görülmektedir.

Bu nedenle, sanık müdafii tarafından verilen 12.07.2010 havale tarihli, eski hale getirme talebini de içeren dilekçenin öğrenme üzerine süresinde verilen temyiz dilekçesi olarak kabulü ile temyiz incelemesi yapılmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Özel Dairenin temyiz reddi kararının kaldırılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verildiği nazara alındığında, sanığa 7201 sayılı Tebligat Yasasının 35. maddesi uyarınca yapılan tebligatın geçersiz olduğu hususundaki itiraz nedeninin, bu aşamada değerlendirilmesinde hukuki bir yarar bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Dairenin temyiz reddi kararının kaldırılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

Öte yandan, Özel Dairenin temyiz reddi kararının kaldırılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmiş olması nedeniyle, sanığın cezasının infazının durdurulmasına ve bir başka suçtan hükümlü veya tutuklu bulunmadığı takdirde tahliyesine de karar verilmesi gerekmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Genel Kurul Üyesi ise, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddi gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.01.2011 gün ve 1587-621 sayılı temyiz reddi kararının KALDIRILMASINA,

3- Sanık İ.E.'nin cezasının infazının DURDURULMASINA, bir başka suçtan hükümlü veya tutuklu bulunmadığı takdirde derhal salıverilmesinin temini için Yargıtay C.Başsavcılığına yazı yazılmasına,

4- Dosyanın, temyiz incelemesi yapılması için Yargıtay 2. Ceza Dairesine gönderilmek üzere, Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 05.07.2011 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.05.07.2011 * Eylemli uyma kararı

E.2011/8-125

K. 2011/154

Sanıklar E.Ö., K.A. ve Ö.G.'nin firara sebebiyet vermek suçundan, sanık E.'nin eylemine uyan 765 sayılı TCY'nın 301/1-5-son, 59 ve 81/1. maddeleri uyarınca 8 ay 28 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanıklar K. ve Ö'nün ise eylemlerine uyan 765 sayılı TCY'nın 301/1-5-son ve 59. maddeleri uyarınca 8 ay 26 gün hapis cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin, Bergama Ağır Ceza Mahkemesince verilen 16.06.2004 gün ve 149-185 sayılı hüküm sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmiş ise de, Yargıtay C.Başsavcılığınca 05.07.2005 gün ve 186956 sayılı yazı ile 5320 sayılı Yasanın 8/2. maddesi uyarınca lehe yasa değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması için, dosya incelenmeksizin mahalline iade edilmiştir.

Yeniden yargılama yapan Bergama Ağır Ceza Mahkemesince 14.12.2005 gün ve 158-118 sayı ile; 765 sayılı TCY hükümleri lehe kabul edilerek, ilk hükümdeki gibi karar verilmiştir.

Hükmün sanıklar müdafileri tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 24.09.2007 gün ve 7776-6141 sayı ile;

"1- Hükmün açıklandığı kısa kararın 1, 2 ve 3. sayfaları ile gerekçeli kararın hüküm kısmının yer aldığı 4, 5 ve 6. sayfalarının üye hakimler tarafından imzalanmaması suretiyle CYUY'nın 268/2 (CYY'nın 232/4) madde ve fıkrasına aykırılık yapılması,

2- Kesinleşen 6 ay 1 gün hapis cezasının infazı için hakkında yakalama emri olan sanık M.E.Ö.'nün, kolluk güçleri tarafından yakalanıp doktor raporunun aldirılması için getirildiği hastaneden, diğer sanıklarla birlikte polis memuruna cebir kullanarak kaçması ve 76 gün sonra kendiliğinden teslim olması şeklinde gerçekleşen olayda;

a- Sanık M.E.Ö. hakkında kurulan hükme ilişkin olarak; kaçan tutuklu

ya da hükümlü hakkında firar nedeniyle verilecek cezadan indirim yapılabilmesi için sanığın firardan itibaren, 765 sayılı TCY'nun 300. maddesine göre 15 gün, 5237 sayılı TCY'nun 293. maddesine göre ise 6 ay içinde teslim olması gerektiğinin anlaşılması karşısında, 5237 sayılı TCY'nun 292/2. madde ve fıkrası uyarınca verilecek cezadan, anılan Yasanın 293. maddesine göre altıda beşinden altıda birine kadarının indirileceği gözetilerek, sanık hakkında lehe olan 5237 sayılı TCY hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,

b- Sanık E.Ö. hakkında kurulan hükme ilişkin olarak; 765 sayılı TCY'nun 301/1-5-son madde ve fıkraları ile 5237 sayılı TCY'nun 294/1-3-6 madde ve fıkralarına göre belirlenen ceza miktarları aynı ise de, 5237 sayılı TCY'nın da tekerrür nedeniyle ceza artırımına yer verilmediği gibi anılan Yasanın 7/3. madde ve fıkrası uyarınca aynı yasanın 58. maddesinin uygulanması da mümkün olmadığından, 5237 sayılı TCY'nun sanık lehine olduğunun gözetilmemesi,

c- Sanıklar Ö.G. ve K.A. hakkında kurulan hükme ilişkin olarak; 765 sayılı TCY'nun 301/1-5-son madde ve fıkraları ile 5237 sayılı TCY'nun 294/1-3-6 madde ve fıkralarına göre belirlenen ceza miktarları aynı ise de, 5237 sayılı TCY'nun 50 ve 51. maddelerinin, 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerine göre lehe seçenek yaptırımlar ve erteleme koşulları taşıdığı ikisinin birlikte uygulanma olanağı yoksa da bunlardan birinin uygulanmasının mümkün olabileceği göz önüne alınıp, 5252 sayılı Yasanın 9/3. madde ve fıkrasındaki 'lehe olan hüküm önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir' hükmü uyarınca, denetime olanak verecek şekilde karşılaştırma, değerlendirme ve belirleme yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Özel Dairenin, sanık M.E.Ö. hakkındaki bozma kararı ile (1) numaralı bozma kararına uyan, diğer bozma nedenlerine ise direnen Bergama Ağır Ceza Mahkemesince 07.03.2008 gün ve 130-38 sayı ile; lehe yasa değerlendirmesi usulüne uygun olarak yapılarak, sanıklar E.Ö., K.A. ve Ö.G. hakkında önceki gibi karar verilmiştir.

Bu hükmün de sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C.Başsavcılığının "kısmen onama, kısmen de bozma" istekli 22.12.2008 gün ve 222669 sayılı tebliğnamesi ile Yargı-

tay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık E.Ö. hakkında hangi yasanın lehe olduğunun, sanıklar Ö.G. ve K.A. hakkında lehe yasa değerlendirmesinin usulünce yapılıp yapılmadığının belirlenmesine ilişkin ise de; direnme kararı olduğu belirtilen hükmün eylemli uyma sonucu verilmiş yeni bir hüküm olup olmadığı hususu Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak ele alınarak öncelikle değerlendirilmelidir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Bozmadan sonra yargılama yapan yerel mahkemece lehe yasa değerlendirmesinin usulünce yapılarak, sanıklar hakkında 765 sayılı Yasa hükümleri uyarınca uygulama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi, bozmadan sonraki yargılamada bozma ilamının gereğinin eylemli olarak yerine getirilmiş bulunması karşısında, verilen kararın sanıklar Ö.G. ve K.A. yönünden direnme hükmü niteliğinde olduğunun kabulü olanaksızdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanmış kararlarında vurgulandığı üzere, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi;

- a) Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak,
- b) Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak,
- c) Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak,
- d) İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak,

Suretiyle verilen hüküm; özde direnme kararı olmayıp, bozmaya eylemli uyma sonucu verilen yeni bir hükümdür. Bu nitelikteki bir hükmün temyiz edilmesi halinde incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.

Somut olayda, sanıkların yüklenen eylemi birlikte gerçekleştirmiş olmaları ve sanıklar Ö.G. ve K.A. yönünden de bozma nedenine karşı eylemli uyularak gereğinin yerine getirilmiş olması karşısında, Ceza Genel Kurulunca uyuşmazlık konusunda herhangi bir değerlendirme yapılması olanaklı görülmediğinden, dosyanın tüm sanıklar yönünden eylemli uyma nedeniyle incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Uyulan kısım ve saptanan eylemli uyma nedeniyle dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtay 8. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 05.07.2011 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

- T. 04.04.2011 * Avukatın takip edilen dava ve icra takipleri
E. 2010/654 hakkında bilgi vermesi
K. 2011/191 * Avukatın ibra edilmiş olması

Şikâyetli Avukatın, şikâyetçinin kendisi ve temsile yetkili olduğu şirketler adına vekil tayin edildiği, Ankara 26.Noterliğinin 13.03.2009 gün ve 3543 sayılı azilnamesi ile tüm vekilliklerden azledildiği ve takip etmekte olduğu dava ve icra takipleri ile ilgili olarak yedi gün içerisinde bilgi verilmesinin istendiği, buna rağmen herhangi bir hesap ve bilgi verilmediği, Borçlar Yasasınının 392.maddesine göre de azledildikten sonra da takip ettiği dava ve icra dosyaları da dâhil olmak üzere bilgi verme ve evrakı teslim etme yükümlülüğünün bulunduğu, iddiası ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmemiş ve şikâyetli avukat hakkında “Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına” karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, şikâyetçi ile vekâlet ilişkisinin 10 yıla yaklaşık süreden beri devam ettiğini, kendisi ve şirketleri ile ilgili işlemlerden dolayı karşılıklı olarak sulh ve ibralaşıldığını, kendisinin halen dahi şikâyetçinin şahsının vekilliğinden azledilmediğini, şirketin azilnamesinde kendisinden bilgi istendiğine dair bir talep bulunmadığını, tüm bilgi ve belgelerin şikâyetçilerde olduğunu, vekaletin devam ettiği süre içinde şikâyetçinin 10-15 avukatı devreye sokarak yürüttüğü işler ile ilgili olarak kontrol ettiğini, M. A.Ş. için kendisi-

ne vekalet verilmiş ise de bu şirketin merkezinin Ankara olması sebebiyle, bu şirkete ait davaların Avukat F.A. tarafından takip edildiğini ve kendisinin takip ettiği bir davasının bulunmadığını, U. Gazetecilik A.Ş. adına İstanbul Fikri Haklar Mahkemesinin 2008/209 Esas sayılı davasını açtığını, şikâyetçinin sözlü talimatı ile bu davanın da Avukat H.A. tarafından takip edildiğini, bu dava ile ilgili tebligatların da zaten şirkete yapıldığını, şirketten kendisine fakslandığını, bunun dışında kendisine ne gibi belge verildiğinin, hangi davaların takibinde görevlendirildiğinin açıklanması gerektiğini, keşide ettiği Kadıköy 19. Noterliğinin 22.04.2009 gün ve 6874 sayılı cevabi ihtarnamesi ile bu hususları cevaben bildirdiğini savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, talep üzerine kovuşturmayı duruşmalı olarak yürütmüş, duruşmada şikâyetçi vekili Avukat H.A. ile şikâyetli avukatın sözlü açıklamaları alınmış sunulan belgeler incelenmiştir.

Şikâyetçinin 04.12.2009 tarihli dilekçesinde şikâyetli avukata çeşitli tarihlerde verilen vekâletnameler "ek-1" olarak sunulduğu belirtilmekte ise de dilekçe ekinde şikâyetli avukat adına düzenlenmiş vekâletname bulunmamaktadır. Ancak, taraflar arasında şikâyetli avukatın 10 yıl kadar öncesinden şikâyetçi ve temsil ettiği şirketlerin vekâletinin verildiği hususu ihtilafsızdır. Dosyada bulunan Ankara 26. Noterliğinin 13.03.2009 tarih 3543 sayılı azilnamesinde, şikâyetçinin gerek şahsı adına gerekse temsile yetkili bulunduğu iki şirket adına tarih, yevmiye no ve Noterliğini hatırlayamadığı vekâletnameler ile vekil tayin etmiş ise de gördüğü lüzum üzerine tüm yetkilerinden azlettiğini, herhangi bir işlem yapmaması gerektiği, gerek şahsı ve gerekse şirketler adına varsa açılmış bulunan (hitam ve derdest olarak dava dosyaları, icra dosyaları ve idari dosyaların numaralarının) yedi gün içinde bildirilmesinin istendiği, azilnamenin şikâyetli avukata 23.03.2009 da tebliğ edildiği görülmektedir.

Şikâyetli avukatın da, Kadıköy 19. Noterliğinin 22.04.2009 tarih 6874 sayılı cevabi ihtarnamesi ile vekâlet ilişkisinin devam ettiği süre içinde takip ettiği davalar ile ilgili olarak sürekli kendisini de küçük düşürecek şekilde davranışlarda bulunulduğu, ücretlerinin karşılanmadığı, zaten hâlihazırda talimatı doğrultusunda davaların kendisi tarafından takip edilmediği, avukatlık ücreti alacağı haklarını saklı tuttuğunu bildirdiği görülmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçinin, şikâyetli avukat tarafından takip edildiğini iddia ettiği icra takibi veya davalardan söz etmemekte, tarih ve numaralarını hatırlayamadığı vekâletnameler ile ilgili olarak şikâyetli avukatın varsa takip ettiği dava ve takiplere ilişkin bilgi vermesini istediği anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukat, şirketlerden birinin merkezinin Ankara'da olduğunu ve davalarının oradaki avukatlarca takip edildiğini, U. Gazetecilik A.Ş adına İstanbul Fikri Haklar Mahkemesinde 2008/209 Esas sayılı olarak açtığı davada da bütün tebligatların şirket adresine yapıldığını ve kendisine de şirketten faks yoluyla aktarıldığını savunmuş ve buna ilişkin belgeleri sunmuştur.

Dosyada bulunan İstanbul Fikri Haklar Mahkemesinin 2008/209 Esas sayılı dosyasına ait tensip tutanağı, davalı vekillerinin cevap süresinin uzatılması dilekçesi ve mahkemenin bu taleple ilgili kararında davacı U. Gazetecilik San. Tic. A.Ş vekili Avukat R.Y. ve adresleri "V.Cad. ... Nişantaşı" olarak gösterilmekte ve tebligatların da bu adrese yapıldığı görülmektedir. Gerek azilnamede ve gerekse şikâyet dilekçesinde bu adresin şikâyetçinin adresi olduğu, şikâyetli avukatın adresinin B. Caddesi-Kadıköy olduğu görülmektedir. Belgelerin üzerindeki faks kayıtlarından da U. Gazetecilikten şikâyetli avukata fakslandığı anlaşılmaktadır.

Bu durum, bu davada şikâyetli avukatın adresinin de davacı şirketin adresi olarak gösterildiği, dava ile ilgili bütün tebligatların davacı vekili adına şirkete yapıldığı, bu nedenle dava ile ilgili bilgilerin zaten şikâyetçi elinde bulunduğunu göstermektedir.

Dosyada bulunan "sulh ve ibranamedir" başlıklı yazıda, şikâyetçinin, 31.01.2009 tarihi itibarıyla Avukat R.Y.'ye borcu olmadığını, kendisinden alacağını da olmadığını, vekil sıfatıyla yaptığı işlerden dolayı Avukat R.Y.'yi ibra ettiğini belirttiği, şikâyetli avukatın da Ocak 2009 tarihi itibarıyla vekil sıfatıyla yaptığı işlerden dolayı hiçbir alacağının kalmadığını ve ibra ettiğini beyan ettiği görülmektedir.

Toplanan belgeler karşısında, şikâyetli avukatın İstanbul Fikri Haklar Mahkemesinin 2008/209 Esas sayılı dosyasından başka, şikâyet tarihi itibarıyla şikâyetçi asil ve temsil ettiği şirketler adına takip etmekte olduğu başka davaların varlığına ilişkin bir delil bulunmadığı, bu dava

ile ilgili bilgilerin de zaten davacı şirkete yapılan tebligatlar sebebiyle ellerinde bulunduğu, tarafların azilname tarihinden kısa bir süre önce karşılıklı birbirlerini ibra ettikleri, şikâyetçinin ibranamesinde “vekil sıfatıyla yaptığı işlerden dolayı Avukat R.Y.’yi ibra ederim” ibaresinden bu ibranameler sırasında sadece ücret alacağını değil, vekil sıfatıyla yapılan işlerin de görüşülerek ibralaşıldığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamış kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına” ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

03.04.2011
E. 2010/695
K.2011/195

* **Disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesi**
(1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.159/3)

Şikâyetli avukat hakkında, müvekkili borçlu şikâyetçi A.O.Ö. hakkında, alacaklı M.A. tarafından Tire İcra Müdürlüğünün 1999/1524 (Yenilenmekle 2002/133) sayılı dosyası üzerinden yürütülen icra takibinde, şikâyetçiye ait Tire İlçesi T. Mahallesi, 705 ada 5 sayılı parselde tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde 21.01.2000 tarihinde uygulanan haciz işlemi akabinde vekillik görevinin gereklerini yerine getirmediği, söz konusu taşınmazın açık artırma usulü yapılacak satış işlemi ile ilgili şikâyetçiye bilgi vermediği, taşınmazın 06.06.2002 tarihinde açık artırma ile A.A. isimli şahsa satılması işleminin iptali için davalılar M.A. ve A.A.aleyhlerine Tire İcra Tetkik Mercii Hâkimliğinin 2002/82 Esasına

kayıtlı ihalenin feshi davasını ihale tarihinden itibaren 7 gün içerisinde açmayarak davanın 19.07.2002 tarihinde süre yönünden reddine sebebiyet verdiği, davacı şikâyetçi vekili sıfatıyla davalı alacaklı aleyhine, Tire İcra Hukuk Mahkemesinin 2000/49 Esasına kayden açtığı, taşınmazın 01.06.2000 tarihli kıymet takdirine itiraz davasının 13.06.2001 tarihli celsesine katılmayarak dosyanın yenileninceye kadar işlem den kaldırılmasına, üç ay içinde yenileme talebinde bulunmayarak davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet verdiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, kıymet takdirine itiraz davası açtığını, mahkemenin keşif yapılmasına karar verdiğini, şikâyetçinin masraf vermemesi sebebiyle keşif avansını yatıramadığını, mahkemenin ikinci bir keşif günü verdiğini, şikâyetçinin yine keşif masrafını vermediğinden yatıramadığını, bu sebeple davadan istifa ettiğini, bu durumun şikâyetçiye tebliğ edildiğini, bu nedenle duruşmaya katılmadığını, şikâyetçinin duruşmaya katılmayarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesine sebebiyet verdiğini, şikâyetçinin ihalenin feshi için yasal süre geçtikten sonra kendisine başvurduğunu, şikâyetçinin tarlasını satın alan kişiyi vurması sebebiyle cezaevinde olduğunu, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 3.maddesine aykırı bularak, şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Ödemiş Ağır Ceza Mahkemesinin 2006/452 Esasında kayıtlı olarak "görevi ihmal" suçundan dolayı açılan kamu davasının sonucunda Mahkemece 2008/144 Karar sayılı ve 29.01.2008 tarihli kararı ile şikâyetli avukatın görevini ihmal ettiği sabit görülerek 765 Sayılı TCK.nun 230/1, 59.maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis ve 180,00.-YTL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına, hapis cezasınının 647 Sayılı Yasanın 4 ve 6 maddeleri uyarınca paraya çevrilerek ertelendiği, kararın

Yargıtay 4.Ceza Dairesinin 2009/1418-13920 sayılı kararı ile onanarak 13.07.2009 tarihinde kesinleşmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme ve Yargıtay"ın onama kararından anlaşılmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, her ne kadar kesinleşen Mahkeme kararında suç tarihi olarak 09.05.2005 olarak gösterilmekte ise de, kesinleşen mahkeme kararının gerekçesinden de anlaşılacağı gibi şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu teşkil eden "Keşif yapılamamasına sebebiyet verme" eyleminin tarihinin 13.06.2001 olduğu, "Davaya mazeretsiz olarak katılmama" eyleminin tarihinin 13.06.2001 olduğu, "İstifa etmesine karşın Avukatlık Yasasının 41.maddesi uyarınca duruşmayı takip etmeme" eyleminin tarihinin ise 23.06.2001 olduğu, "ihalenin feshi davasının süresinden sonra açılmasına" ilişkin eyleminin ise 21.06.2002 tarihi olduğu, böylece şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu son eylem tarihinin 21.06.2002 olduğu anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasasının 159/3.maddesi hükmüne göre; "Disiplin cezasını gerektiren eylem aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suç için kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, birinci ve ikinci fıkralardaki süreler yerine bu zamanaşımı süresi uygulanır."

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu son eylem tarihi 21.06.2002 olmakla öngörülen zamanaşımı süresi 765 Sayılı TCK.nun 102/4.maddesi uyarınca 5 yıl olup, aynı Yasanın 104/2.maddesinde ise zamanaşımını kesen işlemler ile bu sürenin en fazla yedi yıl altı aya kadar uzayabileceği hükme bağlandığından, son eylem tarihi olarak kabul edilen 21.06.2002 tarihinden itibaren Avukatlık Yasasının 159/3 maddesinde öngörülen yedi yıl altı aylık zamanaşımı süresinin 21.12.2009 tarihinde dolmuş olması sebebiyle, "Disiplin Kovuşturmasının Zamanaşımı Nedeniyle Düşmesine" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile **DISİPLİN KOVUŞTURMASININ ZAMANAŞIMI NEDENİYLE DÜŞMESİNE** oybirliği ile karar verildi.

T. 03.04.2011 * **TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği Değişikliği**
E. 2010/698
K.2011/198 **(TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği 12 ve Geçici 2. maddeleri)**

Şikâyetli avukat hakkında, Avukatlık Yasasının 55, Türkiye Barolar Birliği Meslek kurallarının 7, 8 ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 10.maddelerine aykırı davrandığı gerekçesi ile açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylemi sabit görülerek, disiplin cezası tayin edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararından sonra Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinde değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler 07.09.2010 tarih 27695 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin değiştirilen 12.maddesinde “Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır. Bu Yönetmeliğe aykırı fiil veya fiilleri birden fazla işleyenler hakkında uyarı yazısı gönderilmez, derhal ve resen disiplin soruşturması açılır.

Türkiye Barolar Birliğine yapılan şikâyet başvuruları içerik incelemesine tabi tutulmaksızın avukatın kayıtlı olduğu baroya gönderilir” denilmektedir.

Yine yönetmeliğin Geçici 2.maddesinde “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmemiş disiplin soruşturmaları hakkında da 12.madde hükümleri uygulanır.” denilmekle uygulamanın kapsamı belirlenmiştir.

Ceza Yargılamasının temel ilkelerinden biri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7.maddesinde "Zaman bakımından uygulama" başlığı altında yer alan "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmüdür. Bu temel ilke niteliği itibarıyla bir ceza yargılaması olan disiplin kovuşturması için de aynen geçerlidir.

07.09.2010 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren ve Geçici 2. madde uyarınca kesinleşmemiş disiplin kovuşturmalarına uygulanması gereken Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin değiştirilen 12.maddesinde kovuşturma koşulu olarak "Bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık tespiti halinde barolar tarafından ilgiliye bir uyarı yazısı gönderilir ve söz konusu aykırılığın 15 gün içerisinde giderilmesi gerektiği aksi takdirde baro tarafından resen soruşturma açılacağı bildirilir. Uyarı yazısının ilgisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde aykırılığın giderilmediği tespit edilirse, baro tarafından resen soruşturma başlatılır" denilmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliğinin 12.maddesinde yapılan değişiklik sonrasında kovuşturma açılması için getirilen uyarı önkoşulu yerine getirilmeden disiplin cezası tayin edilmesi ve yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız, kesinleşmemiş disiplin dosyalarında lehe hükmün uygulanması zorunluluğu karşısında eylemin işleniş şekli nazara alındığında uyarı ile geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde işlendiği göz önüne alınarak kararın kaldırılmasına ve Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikâyetli Avukat S.K.G'nin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulu'nun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının KALDIRILMASINA Şikâyetli Avukat S.K.G. hakkında DİSİPLİN CEZASI VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, oybirliği ile karar verildi.

- T. 03.04.2011
E. 2010/705
K. 2011/201
- * Avukat müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlı ücreti ve giderinin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetinde tutabilir.
 - * Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili hesap var ise uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.
 - * Avukat hapis hakkını alacağıyla orantılı olarak kullanabilir.
- (Av. K. m.34, 166; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 43, 45)

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın vekili olduğunu, Şanlıurfa 1.İcra Müdürlüğünün 2003/143 Esas sayılı dosyasından 2.000,00.-TL. sı parayı çekmesine rağmen kendisine ödemediğini, daha sonra yasal avukatlık ücretini çıkarttıktan sonra kalan kısmının ödenmesi için ihtarname çektiğini, faks gönderdiğini, ancak yine ödemediğini, ayrıca Şanlıurfa 1.İcra Müdürlüğünün 2003/2701 Esas sayılı dosyasında da takip başlattığını, haciz yaptığını, satış kararı almasına rağmen satışı gerçekleştirmediğini bu nedenle kendisini azil ettiğini, sonradan yeni avukatı aracılığıyla yediemin olan kişinin adresinde oturmadığını, bu adresinde şikâyetli avukatın kardeşine ait olduğunu, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat yasal tebligatlara rağmen soruşturma ve kovuşturma aşamasında savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın Avukatlık Yasasınının 134. maddesini ihlal ettiğini, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 43.maddesi gereğince şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat vekâlet ücreti ve yaptığı masraflardaki alacağı ödenmediğini iddia ederek itiraz etmiştir

Dosya ve belgelerin incelenmesinde; Şikâyetçinin 06.01.2003 tarihinde Şanlıurfa 1.İcra Müdürlüğü'nün 2003/143 Esas sayılı dosyasıyla borçlu M.M.Ö. aleyhinde 839,33.-TL. sı alacak üzerinden ilamsız takip yaptığı, takibe itirazdan sonra itirazın iptali davası açılıp takibin kesinleştirildiği, itirazın iptali davasında görev alan şikâyetçinin oğlu Avukat H.O.T.'ın 20/12/2006 tarihinde şikâyetli avukata yetki belgesi verdiği, şikâyetli avukatın 14/02/2008 de 366,00.-TL. sı, 15/08/2008 de 366,87.-TL. sı, 25/08/2008 tarihinde 306,00.-TL. sı, 25/11/2008 tarihinde 639,60.-TL. sı, 26/10/2008 tarihinde 324,80.-TL. sı, 27/01/2009 tarihinde 216,59.-TL. sı tahsil ettiği, 29/04/2009 tarihinde şikâyetçinin Kartal Noterliğinden şikâyetli avukatı azil ettiği anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikâyetli avukatın ne kadar vekâlet ücretine hak kazandığının tespiti olmayıp, şikâyetli avukatın yüklendiği görevini yerine getirirken Avukatlık Yasası ve Meslek Kurallarını ihlal edip etmediğidir.

Avukatın üstlendiği işle ilgili olarak müvekkiline bilgi verme yükümlülüğü, hem vekâlet ilişkisinden hem de Avukatlık Yasasının 34.maddesinde düzenlenen görevin özenle yerine getirme ilkesinin gereğidir.

Avukatlık Yasası 34.maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevi bu görevi kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." Avukatlık Yasası 166.maddesi "Avukat müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları parayı ve diğer her türlü kıymetleri avukatlık ücreti ve giderinin ödenmesine kadar kendi alacağı nispetinde tutabilir" hükmünü içermektedir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarını 3. maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveninin sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatli yürütür. 4.maddesine göre avukat "Mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 43.maddesine göre "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili hesap var ise uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.", 45.maddesine göre de "Avukat hapis hakkını alacağıyla orantılı olarak kullanabilir."

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın icra dosyasından tahsil ettiği paralar hakkında müvekkili olan şikâyetçiye yazılı bilgi vermediği, tahsil ettiği parayı icra ve mahkeme vekâlet ücretine karşılık mahsup ettiğini savunmasına karşın dosyaya yazılı avukat ücret sözleşmesi sunmadığı, tahsil ettiği paranın ne kadarının şikâyetçinin hangi işi için alınacak vekâlet ücretine, masrafa mahsuben alındığına dair şikâyetçiyi bilgilendirmediği, anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası 34, 166 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4, 43 ve 45.maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerle aykırılık oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin kabulünde hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ancak, şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 6. kısmında yer alan 34. Maddeye de aykırı olduğundan Avukatlık Yasasının 136/1 maddesine göre ilk defasında en az kınama cezasının verilmesi gerekmesine karşın, Baro Disiplin Kurulunun uyarma cezası tayin ve takdir etmesinde hukuki isabet bulunmamakta ise de aleyhe itiraz olmadığından bu hususa sadece değinilmekle yetinmiştir ve kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddine Baro Disiplin Kurulunun “Uyarma Cezası Verilmesine İlişkin” kararın aleyhte itiraz olmadığından ONANMASINA, oybirliğiyle karar verilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

ALTUĞ TANER AKÇAM v. TÜRKİYE KARARI

(Başvuru no. 27520/07)

KARAR

STRAZBURG

25 Ekim 2011

Altuğ Taner Akçam v. Türkiye davasında,

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, aşağıda ismi sayılan üyelerden kurulu bir daire halinde (İkinci Daire) toplanarak,

Başkan

Françoise Tulkens,

Yargıçlar

Danutė Jočienė,

David Thór Björgvinsson,

Dragoljub Popović,

* Çev. Tolga Şirin, Marmara Üniversitesi - Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi ve Köln Üniversitesi - Doğu Hukuku Enstitüsü Misafir Araştırmacı

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi

ve *Yazışleri müdürü*

Stanley Naismith,

4 Kasım 2011 tarihinde yapılan gizli müzakerede, metnin sonunda gösterilen tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Dava, bir Türk ve Alman vatandaşı olan Bay Altuğ Taner Akçam'ın (Başvurucu), 21 Haziran 2007 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34'üncü maddesi kapsamında, Türkiye Cumhuriyetine karşı yaptığı bir başvurudan (no. 27520/07) kaynaklanmıştır.
2. Başvurucu, Kanada Montreal'de avukat olarak çalışan Bay P. Akhavan tarafından temsil edilmiştir. Türk hükümeti (Hükümet), vekilleri tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi hükmünün, Ermeni meselesi hakkındaki akademik çalışması ile bağlantılı olarak "*Türklüğü*" aşğılamaktan dolayı süregelen bir kovuşturma tehdidine yol açtığını iddia etmiştir. Sözleşme'nin 7, 10 ve 14'üncü maddelerinin ihlal edildiğinden şikâyetçidir.
4. 21 Ekim 2008 tarihinde Mahkeme, Hükümeti başvurudan haberdar etmiştir. Kabul edilebilirlik ve başvurunun esası hakkında aynı zamanda karar verilmiştir. (Madde 29 § 1)

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

A. Tarafların sunduğu şekliyle olaylar

5. Başvurucu, 1953 doğumludur ve Ankara'da yaşamaktadır.
6. Genellikle, Osmanlı İmparatorluğundaki Ermeni nüfusa ilişkin 1915 tarihsel olayları hakkında araştırma yapan ve yayımlarda bulunan bir tarih profesörüdür.

7. Başvurucu 6 Ekim 2006'da, Türkçe - Ermenice çift dilli bir gazete olan AGOS'ta "*Hrant Dink, 301 ve Bir Suç Duyurusu*" başlıklı bir başyazı yayımlamıştır. Bu başyazıda başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında "*Türklüğü aşağılamak*" suçundan dolayı AGOS'un eski editörü Hrant Dink aleyhine açılan davayı eleştirmiştir. Aynı zamanda bir dayanışma ifadesi olarak, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aynı sebeple kovuşturulma talebinde bulunmuştur.
8. 12 Ekim 2006 tarihinde bir müşteri, başvurucu aleyhine Eyüp Cumhuriyet Savcılığı'na şikâyetle bulunmuştur. Müşteki R.A., başvurucunun Hrant Dink'i savunduğu AGOS'ta yayımlanan başyazısında, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci, 214'üncü (suç işlemeye tahrik), 215'inci (suçu ve suçluyu övme) ve 216'ıncı (halkı kin ve düşmanlığa tahrik) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu şikâyeti takiben başvurucu, ifade vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na çağırılmıştır. Çağrıya uymaması halinde, Ceza Kanunu'nun 145 ve 146'ıncı maddeleri gereğince savcılık makamına zorla getirileceği bildirilmiştir.
9. 5 Ocak 2007 tarihinde başvurucu, aleyhine ileri sürülen şikâyet ile ilgili olarak ifadesini vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na gitmiştir. Başvurucu, iki avukatı eşliğinde, AGOS'ta yayımlanan söz konusu makaleyi gerçekten yazdığını ifade etmiştir. İttihad ve Terakki'nin¹ 1915 yılında Ermenilere yönelik politikasının, Birleşmiş Milletler'in 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında kolaylıkla soykırım olarak tanımlanabilir olduğunu açıklamıştır. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerini ifade etmek için yazmış olduğu söz konusu makalenin basın özgürlüğü kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Yaklaşık 20 yıldır bu konu üzerine çalışan bir tarih profesörü olduğuna ve görüşünü çeşitli defalar kitaplarında ve makalelerinde açıkladığına dikkat çekmiştir. Karşı çıkılan makaleyi, herhangi bir kurum, organizasyon, ırk veya etnik gruba hizmet etmek için veya bir ulusu aşağılamak için yazmamıştır. Başvurucu'nun iki avukatı da başvurucunun ifadelerinin bir suça neden olmadığını savunmuşlardır.

¹ İttihad ve Terakki, söz konusu tarihte, Osmanlı İmparatorluğu iktidar partisinin adıdır.

10. 30 Ocak 2007'de, başvuruçunun görüşlerini açıkladığı ve 1915 ile 1919 arasındaki olayların soykırım olarak tanımlanabileceği yönündeki yayımları ve katıldığı bilimsel seminerleri kaydeden Şişli Cumhuriyet savcısı, başvuruçuyu aleyhine yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır. Cumhuriyet savcısı, başvuruçunun AGOS'ta yayımlanan makalesini inceleyerek, tarih profesörü sıfatı taşıyan başvuruçuyu beyanlarının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunan ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve bu nedenle Türklüğe hakaret oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.
11. 6 Temmuz 2007'de müşteki R.A., yukarıda anılan takipsizlik kararına itiraz etmiştir.
12. 30 Ekim 2007'de Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi, müştekinin itirazını reddetmiştir. Yapılan soruşturma ve Şişli cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen gerekçeleri inceleyen Mahkeme, takipsizlik kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur.
13. 11 Ekim 2005'te Şişli Ceza Mahkemesi tarafından Arat Dink (AGOS'un editörü) ve Serkis Seropyan (AGOS'un sahibi) hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında, Türk milletini basın yoluyla soykırım ile suçlamaktan dolayı bir yıl hapis cezası kararı verilmiştir. Mahkeme, başvuruçuyu bu yargılamanın tarafı olmamasına rağmen, re'sen, Şişli Cumhuriyet Savcısı'nın 30 Ocak 2007 tarihli başvuruçuyu hakkında soruşturmaya devam etmeme kararı ile hataya düştüğüne ve savcılık makamı tarafından konunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir.
14. 26 Kasım 2007'de A.P. tarafından, Şişli'deki Cumhuriyet Savcılığı'na, başvuruçuyu aleyhine başka bir şikâyetle bulunulmuştur. Müşteki, başvuruçunun 6 Kasım 2006'da yayımlanan ifadelerinin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.
15. 28 Kasım 2007'de Şişli Cumhuriyet Savcısı, takipsizlik kararı vermiştir. Başka bir müşteki tarafından aynı şikâyetin incelendiği ve 30 Ocak 2007 tarihli takipsizlik kararı ile reddedildiğini kaydetmiştir.

16. 10 Ocak 2008'de başvurucu, ivedi olarak Mahkeme İçtüzüğü'nün 39'uncu maddesi kapsamında geçici tedbir kararı alınmasını istemiştir. Ayrıca İçtüzüğü'nün 40'inci maddesi uyarınca davalı devletin başvuru yapıldığından haberdar edilmesini ve İçtüzüğü'nün 41'inci maddesi kapsamında davaya öncelik tanınmasını talep etmiştir.
17. 14 Ocak 2008'de başvurucunun talebi, İçtüzüğü'nün 39, 40 ve 41'inci maddeleri kapsamında reddedilmiştir.
18. Hükümet, Mahkeme'ye 17 Şubat 2006'da Şişli Cumhuriyet Savcılığı makamı tarafından verilen takipsizlik kararını sunmuştur. Bu, başvurucunun AGOS gazetesindeki 14 Kasım 2005 tarihli başyazısı ile cumhuriyeti aşağılama ve Hrant Dink davasını etkilemeye teşebbüs ettiği iddiasıyla K.K. tarafından yapılan 21 Kasım 2005 tarihli suç duyurusu hakkında verilen kararın sonucudur. Şikâyeti inceleyen Cumhuriyet savcısı iddia edilen suçun zamanaşımına uğradığı sonucuna varmış ve bu nedenle takipsizlik kararı vermiştir.
19. Başvurucunun temsilcileri tarafından 6 Mayıs 2008 tarihinde sağlanan bilgiye göre, Şişli Ceza Mahkemesi'nin 11 Kasım 2007 tarihli kararından sonra başvurucu hakkında bundan başka bir soruşturma açılmamıştır.

B. Taraflarca sunulan belgeler

1. Başvurucu tarafından yayımlanan kitapların listesi

20. Hükümet, başvurucu tarafından yayımlanan 13 kitabın listesini sunmuştur. Kitapların Türkiye'de satıldığı ve temel olarak Ermeni sorununa yoğunlaştığı görülmektedir. Seçmeye dâhil olan kitaplar şu şekildedir:
 - "Ermeni Meselesi Hallolunmuştur; Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar" 2008;
 - "Türk Ulusal Kimliği ve Ermeni Sorunu: İttihad ve Terakki'den Kurtuluş Savaşına", 2001;
 - "Ermeni Tabusu Aralanırken: Diyalogdan Başka Çözüm var mı?" 2000; ve
 - "İnsan Hakları ve Ermeni Sorunu", 1999.

21. Hükümet, başvuruçunun Ermeni meselesi hakkındaki araştırmalarını sürdürmesine engel olduğu yönündeki iddialarının aksine, kendisine Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü tarafından Devlet Arşivlerinde araştırma yapma izni verildiğini ayrıca kaydetmiştir. 27 Haziran 2006 ile 17 Temmuz 2007 arasında başvuruçucu, kişisel olarak Osmanlı arşivlerini incelemiş ve 527 dökümanın fotokopisinin çekilmesi için kendisine ayrıca izin verilmiştir. “*Ermeni Sorunu Hallolunmuştur*” isimli kitabının 17’inci sayfasında başvuruçucu, araştırmasında yardımcı olduğu için Devlet Arşivlerine teşekkür etmiştir.

2. Hükümet tarafından sunulan örnek kararlar

22. Gözlemlerine ek olarak Hükümet, Cumhuriyet savcılarının takipsizlik kararlarının örnek kopyaları ile eski Ceza Kanunu’nun 159/1’inci maddesi ile yeni Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin, ceza mahkemeleri tarafından verilen beraat kararlarını sunmuştur. Şüpheliler, özellikle temel olarak askeri, emniyet teşkilatını, yargı organlarını ve Cumhuriyeti aşağılamak veya hakaret etmekten dolayı suçlanmışlardır.

23. 2005 ve 2008 arasında verilen bu karar ve hükümlerde soruşturma makamları, söz konusu suçun gerekli unsurlarının mevcut bulunmadığını dikkate alarak, şüpheliler aleyhine davaları geri almış veya kovuşturmaları, Adalet Bakanlığı’nın soruşturma iznini reddetmesine dayanılarak sonlandırmıştır. Şüpheliler beraat ettirilirken ceza mahkemeleri, Avrupa Mahkemesi’nin Sözleşme’nin 10’uncu maddesine ilişkin davalardaki içtihatlarına dayanmışlardır.

24. Hükümet tarafından sunulan yukarıda adı geçen belgeler, Beyoğlu ve Şişli Ceza Mahkemeleri tarafından, iki seçkin yazar, yani Elif Şafak ve Orhan Pamuk ile ilgili olarak verilen iki kararı de içermektedir.

25. Elif Şafak aleyhine ceza kovuşturmasında Beyoğlu Ceza Mahkemesi, Elif Şafak’ın “*Baba ve Piç*” (İngilizcesi “*The Bastard of Istanbul*”) isimli kitabındaki Ermeni meselesi hakkındaki ifadeler yoluyla Türklüğü aşağıladığını iddia eden bir grup avukat ve İzmir Türk Dünyası ve Kültürü ve İnsan Hakları Derneği isimli bir dernek tarafından yapılan bir suç duyurusunu incelemiştir. 21 Eylül 2006

tarifli hükümde mahkeme, söz konusu kitabın kurgu olduğuna ve romandaki karakterlerin, karşı çıkılan ifadelerinin Türklüğü aşağılama suçunu oluşturmamayacağına dayanarak, Elif Şafak'ı beraat ettirmiştir. Mahkeme, sanık tarafından yazılan romanı inceleyerek, kitabın bünyesindeki ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, yasama organı tarafından "Türklük" kavramının sınırlarının belirlenmesi ve somut bir zemine dayandırılması gerektiğini gözlemlemiştir. Dahası, fikirlere sadece fikirlerle karşı çıkılabileceğine dikkat çekmiştir. Aksi halde, kişilerin düşünce ve ifade özgürlüğünden bahsedilemeyecek ve kişiler, tek tip düşünceleri kabul etmeye zorlanacaktır.

26. Orhan Pamuk aleyhine açılan davada Şişli Ceza Mahkemesi, yazarın, yurtdışında yaptığı bir konuşmada Türklüğü aşağıladığını iddia eden iki kişi tarafından yapılan şikâyeti incelemiştir. Mahkeme, 20 Ocak 2006 tarihli bir hükümde, Adalet Bakanlığı tarafından sanık aleyhine dava açılması yönündeki gerekli izin verilmediği için, kovuşturmaya son vermeye karar vermiştir. Bu bakımdan iznin bulunmamasının red olarak anlaşılmasına ve yargılamanın sonlanmasına hükmetmiştir.

3. 301'inci madde kapsamındaki kovuşturmalara ilişkin istatistiksel bilgi

27. Hükümet, 5 Kasım 2008'deki durumu gösteren istatistiksel bilgi sunmuştur. 8 Mayıs 2008 tarihinde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinde yapılan değişikliği takiben 301'inci madde kapsamındaki takibatlarda önemli bir azalma olduğunu kaydetmiştir. Bu bağlamda, cumhuriyet savcılar tarafından, 301'inci madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için, yetmiş defa yetki talebinde bulunulmuş, Adalet Bakanlığı sadece üçüne izin vermiştir.
28. Hükümet, ayrıca 2003 ila 2007 arasında 301'inci madde (eski Ceza kanununun 159/1'inci maddesi) kapsamında başlatılan cezai takibat sayısının 1894 olduğuna dikkat çekmiştir. Bunlardan 744 dava mahkûmiyet ile, 1142'si beraat ile sonuçlanmıştır, 193 dava ise Yargıtay'ın ilk derece mahkemelerinin hükümlerini bozma kararlarını takiben devam etmektedir.
29. 30 Kasım 2009 tarihli ek gözlemlerinde Hükümet, Adalet Bakanlığının, 8 Mayıs 2008 ile 30 Eylül 2009 arasında, 301'inci

madde kapsamında cezai soruşturmaya başlamak için 955 defa talep aldığını kaydetmiştir. Bakanlık, bu taleplerin 878'ini reddetmiş, 77'sini kabul etmiştir. Bu bağlamda Hükümet, Mahkeme'ye Adalet Bakanlığı'nın red kararlarının örnek kopyalarını sunmuştur. Bu kararlarda Adalet Bakanlığı'nın, cumhuriyet savırlarının Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki cezai soruşturmaya izin taleplerini reddederken, yaygın şekilde Mahkeme'nin 10'uncu maddeye ilişkin davalardaki içtihatlarına dayandığı görülmektedir. Hükümet, ayrıca Adalet Bakanlığı'nın cezai soruşturma yetkisini reddettiği 244 davada, suç duyurusunun temel olarak basındaki yayımlara ilişkin olduğunu kaydetmiştir.

4. 301'inci madde kapsamındaki takibatlara hakkında başvuru tarafından sağlanan istatistikler ve diğer bilgiler

30. Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki 2008 İlerleme Raporu'nda şu ifade edilmiştir:²

301'inci Madde'de değişiklik yapılmasının ardından mahkemeler, Eylül ayı itibariyle 257 dosyayı ön izin için Adalet Bakanı'na havale etmişlerdir. Ön izin alma koşulu, soruşturma aşamasında ya da adli işlemleri başlayan davalar için uygulanmaktadır. Adalet Bakanı, Eylül ayı itibariyle 163 dosyayı incelemiş ve 126 dosya ile ilgili işlemlerinin başlatılmasına izin vermemiştir.

Ancak 301. Madde'nin içeriği büyük oranda aynı kalmış ve izin alma koşulu, Madde'nin siyasi amaçlarla kullanılabileceği ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Adalet Bakanı, bugüne kadar 37 dosya ile ilgili soruşturma işlemlerine devam edilmesi iznini vermiştir. Bu dosyalardan biri, Ermeni kökenli Türk gazeteci Hrant Dink'in öldürülmesinden kısa süre sonra Ermeni meselesi hakkında açıklamalar yapan bir Türk gazeteci hakkında açılan davaya aittir. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun daha önceki 159. Maddesi kapsamında Adalet Bakanı'nın verdiği izinlere ilişkin yasal belirsizlik mevcuttur.

² Bkz. İlerleme raporunun 15-16'ncı sayfaları http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press_corner/keydocuments/reports_nov2008/turkey_progress_report_en.pdf (Belge 13, Ek). Raporun Türkçe metnine şu adresten ulaşılabilir (T.Ş.): http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IllemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf

31. Bavurucu, 301'inci maddedeki değişiklik sonrasında, spesifik olarak Ermeni meselesi ile ilişkili dava örneklerine dikkat çekmiştir. Ekim 2008'de Adalet Bakanlığı'nun, Temel Demirer'in "*Mrant Dink'in sadece Ermeni olduğu için değil, soykırım konusunu ileri sürdüğü için öldürüldüğü*" yönündeki beyanından dolayı yargılandığı davanın devam ettirilmesine yetki verdiğini kaydetmiştir. Diğer örnek Rağıp Zarakolu'nun, George Jerjian tarafından yazılan "*Gerçek Bizi Özgür Kılacak*" isimli Ermeni soykırımı hakkındaki bir kitabı tercüme ettiği ve yayımladığı için, 18 Haziran 2007'de, 301'inci madde kapsamında suçlu bulunması ve 5 ay hapis cezasına (sonradan para cezasına çevrilmiştir) mahkûm edilmesidir.
32. Bundan başka, Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlığı'nın 2008 Türkiye İnsan Hakları Raporu'na göre, Adalet Bakanı'nın (Ali Şahin) kendisi de, yargıya talimat olarak yorumlanabilecek bir beyanda bulunmuştur: "*Devletime 'katil' denmesine izin vermeyeceğim. Bu ifade özgürlüğü değildir. Bu açıkça, devletin kişiliğinin aşağılanması suçudur*"
33. Başvurucu, Bağımsız İletişim Ağı Medya Gözlem Masası tarafından, Temmuz-Ağustos-Eylül 2008 dönemi için yayımlanan bir raporu da sunmuştur. Bu rapora göre 73 ifade özgürlüğü davasında 77'si gazeteci olan toplam 116 kişi takibata uğramıştır.

5. *Başvurucu ve başvurucunun tepkisine karşı korkutma kampanyası*

(a) *Başvurucunun vatan haini ve ajan olduğuna ilişkin medya ithamları*

34. 10 ve 19 Kasım 2000, 5 Kasım 2000 ve 31 Aralık 2000 tarihli *Aydınlık* dergisinde başvurucunun Alman istihbarat servisinin maaşlı çalışanı olduğunu ve "*Türk tarihinde şiddet*", "*Türk tarihinde işkence*" konularında araştırma yapmak ve yazmak konusunda görevlendirildiğini iddia eden makaleler yayımlanmıştır.
35. 4 Ocak 2001 tarihli *Hürriyet* gazetesinde, başvurucunun çalışmalarının Alman istihbarat servisi tarafından belirlendiği ve finanse edildiği iddialarını içeren "*Alman İstihbarat Şefi ve Tessa Hoffmann çifti*" başlıklı bir makale yayımlanmıştır.
36. *Hürriyet* Gazetesi, 21, 22 ve 23 Haziran 2007 tarihli sayılarında, başvurucunun bütün kitap ve konuşmalarında Türkiye'ye ihanet

eden ve Türkiye'ye nefret kusan bir kişi olarak tanımlayan makaleler yayımlamıştır.

(b) Başvurucu ve ailesinin medyadaki iddialara cevaben beyanları

37. Başvurucu ve ailesi, basın bülteni vasıtasıyla, *Hürriyet* gazetesi tarafından yayımlanan iddiaları kınamış ve gazeteyi özür dilemeye çağırmıştır. Hrant Dink'in ölümüne atıfta bulunmuşlar ve basının, bir kişiyi "*vatan haini*" olarak etiketleyen iddiaları içeren makaleleri yayımlarken, sorumluluk ve hassasiyetle hareket etmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Ayrıca Türkiye'nin, basın yardımıyla yurttaşların linç edildiği bir ülke haline gelmesine karşı da uyarıda bulunmuşlardır.

(c) *Aydınlık dergisine karşı açılan hakaret davası*

38. Başvurucunun açtığı manevi tazminat davası, İstanbul ilk derece Hukuk Mahkemesi'nin 8 Kasım 2005 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Mahkeme, her ne kadar davalı tarafından kullanılan kelimelerin ve iddiaların saldırgan olsa da, müsaade edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığına karar vermiştir. Bu karar, Yargıtay'ın 14 Mart 2007 tarihli kararı ile onaylanmıştır.

(d) *Hürriyet gazetesine karşı dava*

39. Başvurucu, 21, 22 ve 23 Ekim 2007 tarihinde yayımlanan saldırgan makalelere binaen bir düzeltme yazısı yayımlanması kararı verilmesi için, 26 Temmuz 2007'de Ankara ilk derece Hukuk Mahkemesi'nde bir dava açmıştır. Mahkeme, 30 Temmuz 2007 tarihinde verdiği kararla, başvurucunun istemini reddetmiştir. Her ne kadar dava konusu makaleler sert bir tonda olsa da, çoğulcu bir demokraside basın tarafından kullanılan ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunduğu sonucuna ulaşılmıştır.
40. 24 Kasım 2007 tarihinde *Taraf* gazetesi, başvurucu aleyhine yürütülen medya kampanyasına yönelik yargının tutumunu eleştiren bir makale yayımlamıştır.

(e) *Başvurucuya karşı nefret maili ve ölüm tehditleri*

41. Başvurucu, bilinmeyen kişilerden nefret mailleri aldığını iddia etmiştir. Kendisini aşağılayan ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinin sonucunda ölümle tehdit eden bir kişi tarafından gönderilen bir e-mailin kopyası sunulmuştur.

(f) Başvurucu için medya desteği

42. 9 ve 23 Temmuz 2007 tarihleri arasında internet portalları ile dergi ve gazetelerde Başvurucuya karşı saldırıları eleştiren ve ona desteklerini ifade eden birçok makale yayımlanmıştır.

II. KONUYLA İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

43. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin önceki hali şu şekildedir:

1. Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
3. Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
4. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

44. Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin 29 Nisan 2008'de değiştirilen yeni metni şu şekildedir:

1. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
2. Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
3. Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
4. Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

45. Hrant Dink aleyhine yapılan ceza yargılamasında (bkz. *Dink v. Türkiye*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 28, ECHR 2010-... (esaslar), Yargıtay Büyük Dairesi, Türklük terimini şu şekilde yorumlamıştır (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, E. 2006/9-169, K. 2006/184, 11 Temmuz 2006 tarihli karar):

“... [T] ürk'lük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünüdür.”

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

46. Avrupa Komisyonu 2009 Türkiye İlerleme Raporu, ifade özgürlüğüne ilişkin meselelerde Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin kullanımına dair şunları belirtmektedir:

Türkiye'deki yasal çerçeve ifade özgürlüğünü kullanmak için yeterli garantiler sağlamayı hala başaramamaktadır. Bunun neticesinde yasal çerçeve hakim ve savcılar tarafından kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaktadır. Hala 301'nci madde kapsamında yürütülen bazı soruşturmalar ve verilen hükümler vardır³.

47. Avrupa Komisyonu 2010 Türkiye İlerleme Raporu, konu ile ilgili olarak şunları beyan etmektedir:

(...) İfade özgürlüğü konusunda, Kürt meselesi, azınlık hakları, Ermeni meselesi ve ordunun rolü gibi hassas addedilen konularda giderek daha açık ve serbest hale gelen tartışmalar medya ve toplumda geniş ölçekte sürmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Mayıs 2008'de değiştirilmesi sonrasında Kanun'un 301'inci maddesine dayanılarak açılan az sayıda dava bulunmaktadır.

Adalet Bakanlığı'na göre, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesine getirilen değişikliğin ardından açılan davaların sayısında bir düşüş gözlemlenmiştir. Aşağıdaki sayılar, 1 Ocak 2010-31 Temmuz 2010 tarihleri arasında tamamlanan incelemeleri kapsamaktadır: İncelenen dosyaların sayısı 369'dur. Dava açılmasına izin verilmeyen dosyaların sayısı 270, izin verilen dosyaların sayısı 10 olup, toplam dosyalar içinde % 3,57'ye tekabül etmektedir (...)⁴

³ Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.) : http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf

⁴ Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.): http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf

48. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda şunları beyan etmiştir:

17. Komiser 2009 yılında Türkiye'yi ziyaretini müteakiben, 2008 yılında yapılan ve söz konusu madde kapsamında açılan davaların sayısında azalmaya neden olan bir yasa değişikliğine rağmen, 301'inci madde ile ilgili kaygılarını dile getirmiştir. Mahkeme 14 Eylül 2010 tarihinde Dink-Türkiye davasıyla ilgili kararını açıklamış, bu karara göre, Hrant Dink'in 301. Madde kapsamında hüküm giymesini nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, Hrant Dink'in öldürülmesinden önce Türklüğe hakaret nedeniyle hüküm giymesinin demokratik bir toplumda bir kişinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılacak en önemli şartlardan biri olan herhangi bir "*acil toplumsal ihtiyaç*" teşkil etmediğine hükmetmiştir. Komiser, 2008 yılında kabul edilen ve savcılığın her bir dava için Adalet Bakanlığında ayrıca izin almasını gerektiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığı, benzer ihlallerin önlenmesi için tek çözümün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemiyle bütünleştirilmesi olduğu kanısındadır⁵.

KARAR

I. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZI

49. Hükümet, başvurunun Sözleşme'nin 34'üncü maddesi anlamında mağdur statüsünün bulunmadığını ileri sürmüştür. Soruşturma makamlarının hiçbir zaman başvuru aleyhine Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında cezai takibata başlamadıklarını kaydetmişlerdir. Aksine, başvuru aleyhine yapılan suç duyurusuna ilişkin, başvurunun görüşlerinin Sözleşme'nin 10'uncü maddesi kapsamında ifade özgürlüğü tarafından korunduğuna dayanılarak takipsizlik kararı verilmiştir.

⁵ Raporun Türkçe tam metni için bkz. (T.Ş.):<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1884640&SecMode=1&DocId=1765920&Usage=2>

50. Başvurucu, soruşturmayla maruz kaldığından ve görüşlerini ifade ettiği için kovuşturma ile tehdit edildiğinden dolayı, Sözleşme'nin 34'üncü maddesi kapsamında mağdur niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Bu görüşlerini ifade ettiği için 301'inci maddenin ve Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümlerinin doğrudan etkide bulunması riski altında olduğunu ileri sürmüştür.
51. Mahkeme, Hükümetin başvurucaunun mağdur statüsüne ilişkin itirazı ile başvurucaunun 10'uncu madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkına bir müdahalenin bulunup bulunmadığı sorununun incelenmesi arasında ayrılamaz bir bağlantı olduğu fikrinde. Bu nedenle Mahkeme, bu sorunu esasla birlikte ele alarak, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında inceleyecektir. (Bkz. yukarıdaki *Dink*, § 100).
52. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını veya diğer başkaca sebeplerle kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle kabuledilebilirlik deklaraları edilmelidir.

II. SÖZLEŞMENİN 10'UNCU MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

53. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin varlığının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğundan şikâyetçidir. Başvurucu, bu hüküm kapsamında, Ermeni meselesi hakkında bilimsel araştırmalarından dolayı potansiyel olarak soruşturma açılabilir olmasının, kendisinde büyük strese, endişeye ve soruşturma korkusuna neden olduğunu ve Sözleşme'nin aşağıda ifade edilen 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarını doğrudan ve devam eden bir şekilde ihlal ettiğini savunmaktadır:
 - “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.
 2. Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi (...) amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

54. Hükümet bu sava karşı çıkmaktadır.

A. Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

1. Tarafların beyanları

(a) Başvurucu

55. Başvurucu, sonuç itibariyle takipsizlikle sonuçlanmasına rağmen, aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan doğruya etkilendiği için 10'uncu madde kapsamındaki haklarına bir müdahalenin bulunduğunu ve Sözleşme kapsamındaki haklarının ihlalinin mağduru olduğunu ileri sürebileceğini iddia etmiştir. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında başka soruşturma veya kovuşturmalara tabi olabileceği yönündeki süregelen riskten halen etkilenmektedir.
56. Başvurucu, geçmişte birçok kişinin, Ermenilerin toplu katliamını "*soykırım*" olarak ifade etmelerinden dolayı 301'inci madde ve Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümleri kapsamında takibata uğradığını savunmuştur. Hükümet, başvurucunun gelecekte bu görüşü ifade etmesinden dolayı, 301'inci madde veya diğer hükümler kapsamında soruşturma tacizi veya kovuşturma tehdidi ile karşı karşıya kalmayacağı güvencesini verememektedir.
57. Görülen davada somut soruşturma korkusu, başvurucunun profesyonel faaliyetlerinin üzerinde bir gölge yaratmakla kalmakta, aynı zamanda başvurucunun hatırı sayılır ölçüde stres ve endişe taşımaya neden olmakta ve faaliyetlerini ciddi ölçüde sınırlamaktadır. Gerçekten de, mevcut başvurunun yapıldığı Haziran 2007'den bu yana başvurucu, Ermeni meselesi üzerine etkili biçimde yazmayı durdurmuştur. Karşı karşıya olduğu baskılar, Ermeni katliamı hakkındaki görüşlerinden dolayı takibata uğrayan ve 301'inci madde kapsamında mahkûm edilen meslektaşları ve yakın arkadaşı Hrant Dink'in, bir aşırı milliyetçi tarafından öldürülmüş olması dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Hrant Dink'in, "*Türklüğe hakaret*" mahkûmiyetine bağlı olarak damgalanmasından dolayı aşırı uçların hedefi haline geldiği yönünde genel bir kabul vardır.

58. Hükümet, her ne kadar değerlendirmelerinde takibat riskinin zayıf olduğunu göstermeye çalışsa da, süregelen bir riskin varlığını inkâr etmemiştir. Bu değerlendirme, tamamen cumhuriyet savcıları ve/veya Adalet Bakanlığı'nın 301'inci madde kapsamındaki takibatlar konusundaki uygulamaları ve takdirlerine bağlıdır. 301'inci maddede Mayıs 2008'de yapılan değişikliğe rağmen, halen Ermeni "soykırımını" ileri sürenler hakkındaki hukuki takibatlar hafiflememiştir. Ermeni katliamının bu şekilde nitelendirilmesini yasaklamak konusundaki Hükümet politikasında maddi bir değişiklik yoktur ve bu yönde belirli bir gelecek de kestirilememektedir.
59. Başvurucu, Mahkeme'nin özellikle *Campbell and Cosans v. Birleşik Krallık* (25 Şubat 1982, Series A no. 48), *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (nos. 1 and 2), (nos. 3002/03 ve 23676/03, ECHR 2009-...), *Marckx v. Belçika* (13 June 1979, § 330, Series A no. 31), *Norris v. İrlanda* (26 Ekim 1988, Series A no. 142), *Bowman v. Birleşik Krallık* (no. 24839/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) davalarındaki kararlarına dayanarak, doğrudan etki doğurma riski taşıması halinde madde 34'ün bireylere, haklarını ihlal eden ve uygulanmalarında tikel bir önlem bulunmayan bir yasaya karşı başvuru hakkı tanıdığını ileri sürmüştür. Başvurucu, adı geçen davalardaki ihlal kararının, potansiyel bir gelecekteki ihlale değil, başvuru zamanında var olan duruma dayandığına dikkat çekmiştir. Her bir davada, iç hukuk hükümlerinin varlıkları dahi başvurucuları doğrudan etkilemiş ve bundan dolayı başvurucuların ifade özgürlüğü ile özel yaşam haklarını ihlal etmiştir.

(b) Hükümet

60. Hükümet, başvurucunun mağdur niteliği bulunmadığı için, başvurusunun *actio popularis* anlamına geldiğini, başvurucunun haklarına yönelik Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında bir müdahale olmadığını öne sürmüştür.
61. Öncelikle karşı çıkılan yasa hükmünün, yani Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, başvurucuya hiçbir zaman uygulanmadığını kaydetmişlerdir. İkinci olarak, söz konusu dava kamu savcısı tarafından değil, bir kişinin suç duyurusunun sonucunda başlamıştır. Üçüncü olarak, söz konusu takibat, kesin takipsizlik kararı ile sonlandırılmıştır. Dördüncü olarak, adı geçen kararda da baş-

vurucunun görüşlerinin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında korunduğu açıkça belirtilmiştir. Son olarak, başvurucunun gelecekte zarar göreceğine ilişkin bir ihtimal yoktur çünkü 301'inci maddede, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkı ile uyumlu takibatları güvencelemek adına yapılan değişiklikten bu yana bir takım güvenceler sağlanmıştır.

62. Hükümet, bir yasanın Sözleşme ile bağdaşmazlığının iddia edilmesini *in abstracto* içeren bir başvurunun Sözleşme sisteminde kabul edilemez olduğunu; çünkü bunun *actio popularis* anlamına geleceğini tartışmıştır. (bkz. *Noël Narvii Tauira and 18 others v. France*, no. 28204/95, Commission decision of 4 December 1995, Decisions and Reports (DR). 83-A, p. 130) Söz konusu olayda başvurucu, Mahkeme'nin Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi hakkında bir inceleme gerçekleştirmesini *in abstracto* talep etmiştir. Başvurucunun " 301'inci madde konu ile ilgili kısmı Türkiye'nin, Sözleşme'nin 7, 10 ve 14'üncü maddeleri kapsamındaki ödevlerinin ihlalidir" şeklindeki ilkesel istemi, *actio popularis* kavramına dayanan bir şekilde biçimlendirilmiştir.
63. Hükümet, mağdur statüsü koşulunun Sözleşme'nin denetim sisteminin yardımcı/ikincil (subsidiary) doğası ile yakından bağlantılı olduğunu kaydeder. Bireysel başvuru hakkının uygulanması Sözleşmenin potansiyel olarak ihlalini önlemek için kullanılamaz: Terorik olarak Sözleşme sistemi, ortaya çıkmış bir ihlalden *a posteriori* başka türlü bir ihlalin incelenmesine -eğer kabul edilebilir bulunmuşsa, sonuçlandırılmasına- izin vermez. (Bkz. *Noël Narvii Tauira ve diğer 18 kişi, yukarıdaki Federation Chrétienne des Témoins de Jehovah v. Fransa* (dec.), no. 53430/99, 6 Kasım 2001; ve *Décision Est Video Communication SA and others v. Fransa* (dec.), no. 66286/01, 8 Ekim 2002). Her ne kadar Mahkeme bu kuralın istisnalarının olabileceğini kabul etse de, başvurucunun durumu anılan istisnalara girmemektedir. Başvurucu, kişisel olarak kendisini etkileyen benzer bir ihlalin ortaya çıkma ihtimaline yönelik makul ve ikna edici deliller göstermemiştir; bu bakımdan sadece şüphe ve tahmin yeterli değildir. (Bkz. *Ada Rossi ve diğerleri v. İtalya* (dec.), nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 ve 58424/08, ECHR 2008-..., ve *Arabadjiev ve Stavrev v. Bulgaristan* (dec.), no. 7380/02, 14 Şubat 2006).

64. Son olarak Hükümet, başvuruçunun mağduriyetinin, Mahkeme önündeki yargılama sırasında sürmesi gerektiğini iddia etmiştir. Başka bir deyişle Mahkeme, başvuruçuya yönelik ulusal bir karara dayanan bir müdahalenin varlığını aramaktadır. (see *Ahmet Kenan Er v. Türkiye* (dec.), no. 21377, 18 Kasım 2008, and *Selahattin Humartaş v. Türkiye* (dec.), no. 38714/04, 18 Kasım 2008). Buna karşın, görülen davada başvuruçucu hiçbir zaman mağdur statüsüne sahip olmamıştır.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

65. Mahkeme, başvuruçunun iddia ettiği ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale sorununun, öncelikle başvuruçuyu Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamındaki haklarının ihlalden dolayı mağdur hale getiren bir önlemden etkilenip etkilenmediğinin tespitine bağlı olduğunu kaydeder.

66. Bu bağlamda Mahkeme, bir ihlalin mağduru olmak için, bir kişinin karşı çıkılan müdahaleden doğrudan etkilenmesi gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlar. (Bkz. *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, §§ 239-240, Series A, no. 25; yukarıda bahsedilen *Eckle*; ve *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978, § 33, Series A no. 28). Sözleşme, bireylere, doğrudan ektilenmiş olmaksızın, Sözleşmede düzenlenen hakların yorumlanması için veya ulusal yasa hükümlerinin Sözleşmeye aykırı olabilecekleri düşüncesiyle şikâyet edilmesine izin veren bir *actio popularis* açma yetkisi sağlamaz. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31).

67. Buna karşılık Mahkeme, bir başvuruçunun, başvurusunu desteklemek için somut bir müdahaleye tabi olduğunu ileri süremese dahi "Sözleşme'nin ihlalinin mağduru olduğunu (ileri sürmeye)" yetkili olduğu sonucuna varmıştır. (Bkz. *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Klass ve Diğerleri*, § 38). Böyle durumlarda, başvuruçunun gerçekten de Sözleşme'nin herhangi bir ihlalinin mağduru olup olmadığı sorunu, karşı çıkılan mevzuatın kendisinin, Sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmadığını saptanmasını gerektirir. (Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin uygunluğu için aşağıda B kısmına bakınız) Her ne kadar görülen dava, birisinin izlendiğini bilmenin zorluklarının mağdur statüsünün belirlenmesinde dikkate alınan bir faktör olduğu *Klass ve diğerleri* davasındaki gibi

izlemeye değil, ifade özgürlüğüne dayanıyor olsa da, başvurucu kamusal bir sorun (1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu) ile gerçekten de alakalı olduğunu ve 301'inci maddenin hedefindeki malzemenin üretimi işinin içinde olduğunu kanıtlamıştır.

68. Ayrıca bir kişi, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (bkz. *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 22 Kasım 1981, § 41, Series A no. 45; yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31, ve yukarıda bahsedilen *Bowman*) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir kişi grubunun üyesi ise (Bkz. *Johnston ve diğerleri v. İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 42, Series A no. 112, ve *Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda*, 29 October 1992, Series A no. 246-A) -tikel bir icrai tedbirin yokluğunda dahi- bir yasanın, haklarını ihlal ettiğini ileri sürmesi serbesttir. Mahkeme, ayrıca, bir kişiyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirebilecek böyle bir korku ihtimalini dikkate alarak, netice itibarıyla beraat verilse dahi, ifade özgürlüğünün kullanımında yaptırım korkusunun dondurucu etkisini kaydeder. (Bkz, *mutatis mutandis*, *Lombardo ve diğerleri v. Malta*, no. 7333/06, § 61, 24 Nisan 2007; *Association Ekin v. Fransa* (dec.), no. 39288/98, 18 Ocak 2000 ve *Aktan v. Türkiye*, no. 20863/02, §§ 27-28, 23 Eylül 2008).
69. Görülen davaya dönülecek olursa Mahkeme, başvurucunun aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301'inci madde kapsamında ileride soruşturma veya kovuşturmaya tabi olmak konusunda süregelen bir risk taşıdığı iddiasını kaydeder. Hükümet, kendi tarafından, söz konusu soruşturmanın yerel cumhuriyet savcısı tarafından takipsizlik kararı ile sonuçlandığını ve 2008'de 301'inci madde metninde yapılan yasal değişiklik dikkate alındığında, başvurucunun, dayandığı türden görüşlerin ifadesinden dolayı kovuşturulma riskinin olmadığını öne sürmüştür.
70. Mahkeme, yukarıdaki görüşü göz önünde tutarak, Ermeni meselesi hakkındaki fikirlerinden dolayı başvurucu aleyhine soruşturma başlatılmasının ve süregeldiği iddia edilen Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma tehdidinin, mevcut dava koşullarında bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemek zorundadır.

71. Mahkeme, başvuru alanı Ermeni nüfusu ile ilişkili 1915 tarihsel olayların olan bir tarih profesörü olduğunu gözlemektedir. Bu nedenle, başvuru alanı görüşlerinden dolayı rencide olan aşırı milliyetçi gruplara mensup kişiler tarafından yapılan suç duyurularının bir sonucu olarak başvuru, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamında soruşturma veya takibata tabi olan bir kişi topluluğunun mensubudur ve anılan konu hakkındaki görüşlerinden dolayı kolaylıkla damgalanmaktadır. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Johnston ve diğerleri*, § 42).
72. Görülen davada, gerçekten de başvuru aleyhine, AGOS gazetesindeki başyazıda Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesindeki Türküğü aşağılama suçunun işlendiğini iddia eden bir kişinin suç duyurusunun sonucu olarak soruşturma açılmıştır. (bkz. yukarıdaki 8'inci paragraf). Başvuru, yerel cumhuriyet savcılığına çağırılmış ve kendisinden, aleyhine yapılan suç duyurusuna yanıt vermesi istenmiştir. (bkz. yukarıdaki 9'uncu paragraf). Her ne kadar soruşturmada sorumlu cumhuriyet savcısı, başvuru alanı görüşlerinin Madde 10 kapsamında korunduğu kanısıyla takipsizlik kararı vermiş olsa da bu, zorunlu olarak, başvuru alanı gelecekte bundan başka benzer bir soruşturma tehlikesi altında olmadığı anlamına gelmemektedir. Başvuru aleyhine, AGOS gazetesindeki makaleleri yoluyla 301'inci madde kapsamında Türküğü aşağıladığını iddia eden kişilerce başkaca iki suç duyurusu yapıldığı ve bu soruşturmanın yerel Cumhuriyet savcısının takipsizlik kararı ile sonuçlandırıldığı görülmektedir. (Bkz. yukarıdaki 14, 15 ve 18'inci paragraflar).
73. Mahkeme, ilk başvuru alanı uç bir topluluk tarafından yapılan bir suç duyurusunu takiben takibata uğradığı ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı Türküğe hakaret ettiği için 301'inci madde kapsamında mahkûm edildiği (yukarıda atıf yapılan) *Dink* kararındaki sonuçlara atıf yapar. Kamuoyunun ve özellikle aşırı milliyetçi grupların gözünde, Bay Dink'in kovuşturulması ve mahkûmiyeti, Türk kökenli bütün kişilerin aşağılanmasına delalet etmiştir. Kendisine yüklenen algı ve damganın sonucu olarak Bay Dink, daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmüştür. (Bkz. yukarıda atıf yapılan *Dink*, § 107).

74. Mahkeme, başvuruçunun, tıpkı Bay Dink vakasında olduğu gibi, Ermeni konusundaki araştırmaları ve yayınlarından dolayı kamuoyunda “*vatan haini*” veya “*ajan*” olarak gösterildiği bir gözdağı kampanyasının hedefi olduğunu kaydeder. (Bkz. yukarıdaki 34-36’ıncı paragraflar). Bu kampanyayı takiben başvuruçuyu, kendisine hakaret eden ve ölüm tehditlerinde bulunan birkaç kişiden nefret meilleri almıştır. (Bkz. yukarıdaki 41’inci paragraf).
75. Bu bağlamda Mahkeme, başvuruçunun 301’inci madde kapsamındaki suçtan dolayı kovuşturulmamasına veya mahkûm edilmemesine rağmen, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aşırı uçlar tarafından aleyhine yapılan suç duyurularının bir taciz kampanyasına dönüştüğünü ve başvuruçuyu bu hüküm kapsamında yanıt vermek zorunda bıraktığını göz önünde tutar. Bu nedenle, her ne kadar karşı çıkılan hüküm, henüz başvuruçuya zarar vermek için kullanılmamış olsa da, sadece gelecekte potansiyel olarak aleyhine soruşturma açılacak olmasının, onda stres, endişe ve soruşturma korkusuna neden olduğu kabul edilebilir. Bu durum, başvuruçuyu 301’inci madde kapsamında kovuşturma riskine girmemek için akademik çalışmalarında kendi kendini sınırlamaya ve davranışlarını değiştirmeye zorlamıştır. (see, *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 31 ve yukarıda bahsedilen *Bowman*).
76. Kovuşturma riskine ilişkin olarak Hükümet, bu hüküm kapsamındaki takibatları önemli ölçüde azaltan 301’inci maddedeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden dolayı, başvuruçunun gelecekte zarar göreceği önyargısının muhtemel olmadığını ileri sürmüştür. Bu bakımdan, cumhuriyet savılarının 301’inci madde kapsamında takibata başlamaları için Adalet Bakanlığı tarafından izin almaları gerekliliğine büyük bir önem atfetmiştir. Hükümet, istatistiksel bilgilere atıfla, bu taleplerin büyük çoğunluğunun, Mahkeme’nin 10’uncu madde davalarındaki içtihatlarındaki yerleşik ilkeleri uygulayan Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesi üzerinde durmuştur. (Bkz. yukarıdaki 27-29’üncü paragraflar).
77. Ancak Mahkeme’nin görüşü, Hükümet tarafından kabul edilen tedbirlerin, 301’inci madde kapsamındaki genel keyfiyeti veya haksız takibatları önlemek için yeterli güvenceyi sağlıyor görün-

mediği yönündedir. Hükümet'in sağladığı istatistiksel bilgilerden, hala Cumhuriyet savcıları tarafından 301'inci madde kapsamında açılmış önemli sayıda soruşturmanın bulunduğu ve Adalet Bakanlığı'nın çok sayıda vakada soruşturma izni verdiği görülmektedir: Hükümet'in görüşüne göre Adalet Bakanlığı, 8 Mayıs 2008 ile 30 Ekim 2009 arasında, 301'inci madde kapsamında cezai takibata başlamak için 1,025 defa izin talebi almış ve 80 vaka da ön izin vermiştir. (Bütün taleplerin yaklaşık %8'i) Mahkeme, Hükümet'in, Adalet Bakanlığı'nca izin verilen vakaların doğası veya konusunu açıklamadığını kaydeder. Buna karşın, başvuru tarafından sağlanan istatistiksel bilgiler, Adalet Bakanlığı tarafından verilen ön-izin yüzdesinin daha yüksek olduğunu ve bu davaların ifade özgürlüğü vakalarındaki gazetecilerin takibatına ilişkin olduğunu göstermektedir. (Bkz. yukarıdaki 30-33'üncü paragraflar). Üstelik Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin kaydettiği üzere, benzer Sözleşme ihlallerini önlemek adına, her davada Adalet Bakanlığı'ndan ön-izin alınması sistemi, Sözleşme'nin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemi ve pratiği ile uyumunu sağlayacak kalıcı bir çözüm değildir. (Bkz. yukarıdaki 48'inci paragraf).

78. Adalet Bakanlığının 301'inci madde kapsamındaki cezai soruşturmalarda bir ön denetim yapmasına ve madde, dikkate değer bir zaman zarfı için bu tarz davalarda uygulanmamasına rağmen Mahkeme, her halükarda, eğer örneğin mevcut hükümetin veya yeni kurulacak bir hükümetin siyasi iradesinin değişmesi halinde, bu maddenin gelecekte bu tarz vakalarda yeniden uygulanabileceğini göz önünde bulundurur. (Bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda bahsedilen *Norris*, § 33). Bu nedenle, başvuru konusunun söz konusu hükümden doğrudan etkilenme riskinin geçerli olduğu söylenebilir.
79. Diğer taraftan Mahkeme, 301'inci madde kapsamındaki kovuşturma riskini değerlendirirken, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının dikkate alınmasının zorunluluk taşıdığını da gözlemler. Bu bağlamda Mahkeme, özellikle "*Türk*" veya "*Türk milleti*" kavramlarının yorumu ile ilgili olarak *Dink* kararındaki (yukarıda bahsedilen, § 132) eleştirilerini tekrarlar. Bu davada Mahkeme, Yargıtay'ın Ermeni meselesindeki resmi tezi eleştiren herhangi bir görüşe yaptırım uyguladığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle, devlet kurumları tarafından reddedilen 1915 olaylarına dair soykırım iddiaların red-

dedilmesi, “Türklüğe” ve “Türk milletine” hakaret ve iftira olarak yorumlanmıştır. (*ibid.*).

80. Aynı şekilde, Şişli Ceza Mahkemesi’nin, AGOS gazetesinin editörünü ve sahibini, Türk ulusunu soykırım ile suçladığı gerekçeyle Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki suçtan dolayı mahkûm etmesi, yargının durumunu teyit etmektedir. (bkz. yukarıdaki 13’üncü paragraf)
81. Mahkeme ayrıca, kamusal meselelerdeki fikir ve düşüncelerin hassas bir yapısı olduğunu gözlemler. Bu nedenle resmi yetkililerin veya yeterli denetime tabi olmadan yahut resmi yetkililerin desteği ile hareket eden özel kişilerin müdahale olasılığı, düşüncelerin özgürce oluşumu ile demokratik tartışmanın üzerine ağır bir yük getirir ve dondurucu bir etkiye sahiptir.
82. Mahkeme, yukarıdaki yaklaşımla, başvuru aleyhine yapılan suç duyurusunun ve Türk ceza mahkemelerinin, Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesini uygularken sahip oldukları Ermeni meselesi hakkındaki bakış açısının ve soruşturma ile ilgili olarak başvuru aleyhine yürütülen kamuoyu kampanyasının, bu konuda “sakıncalı” görüşleri ifade eden kişilerin hatırı sayılır ölçüde takibat riski ile yüz yüze olduğunu doğruladığı ve gerçekten de başvuru üzerinde süregelen bir tehdidin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dudgeon*, § 41). Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun Sözleşme’nin 10’uncu maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkını kullanımına yönelik bir müdahale bulunduğu kanaatindedir.
83. Yukarıdaki sebeplerle Mahkeme, başvurunun mağdur statüsünün olmadığı yönündeki Hükümetin ön itirazını reddeder.
84. Bu müdahale, eğer 10’uncu maddenin 2’inci paragrafının koşullarını karşılamıyorsa, Sözleşme’yi ihlal edecektir. Bu nedenle bir sonraki adımda, müdahalenin “hukuken öngörülmiş” olup olmadığının saptanması gereklidir.

B. Müdahalenin hukuken öngörülüp öngörülmediği

85. Başvuru, Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesinin yeterli açıklığı sağlamadığını ve keyfi müdahaleye karşı elverişli koruma sağlamadığını iddia etmiştir.

86. Hükümet, mevcut davada bir müdahale bulunmadığı fikrinde olduğu için bu noktayı değerlendirmemiştir. Buna karşın, “*Türklük*” ve “*Türk milleti*” kavramlarına ilişkin açıklamaları temin etmiştir. 301’inci maddenin metindeki değişikliği takiben “*Türk milleti*”nin, “*Türk*” kavramının yerini aldığını ileri sürmüştür. Bu kavramlar halihazırda herhangi bir ırksal veya etnik çağrışıma sahip değildir. Bunlar, Anayasa’nın 66’ncı maddesinde tanımlanan Türk yurttaşlığına atıf yapar şekilde anlaşılmalıdır.
87. Mahkeme, konu ile ilgili ulusal hukukunun, ilgili kişilerin –eğer ihtiyaç varsa uygun bir hukuki destek ile beraber- belli bir hareketin neden olduğu sonuçları, belli bir durumda makul ölçüde öngörmesine olanak vermesi için, yeterli kesinlikle biçimlendirilmesinin zorunlu olduğunu yineler. (Bkz, birçok diğer hüküm arasında, *Grigoriades v. Greece*, 25 Kasım 1997) Bu sonuçların, mutlak kesinlikle –ki tecrübeler bunun erişilmez olduğunu göstermiştir- öngörülmesi gerekmez. Kesinlik, büyük ölçüde arzu edilir olsa da bu, aşırı katılık gerektirir, ne var ki hukuk, değişen koşullara ayak uydurmak zorundadır. Bu nedenle çoğu yasa, kaçınılmaz olarak, yorumlanması ve uygulaması pratik bir sorun yaratan az veya çok belirsiz terimlerle ifade edilir. (Bkz. *Sunday Times v. Birleşik Krallık* (no. 1), 26 Nisan 1979, § 49, Series A no. 30, ve *Flinkkilä ve diğerleri v. Finlandiya*, no. 25576/04, § 65, 6 Nisan 2010).
88. Mahkeme, yukarıda ifade edilen *Dink* kararında sorunun, “*Türklük*” terimini içeren hukuki normların, başvuru için yeterli derecede ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı noktasında ortaya çıktığını kaydeder. Mahkeme, bu sorun ilişkin bazı şüphelerini ifade etmekle beraber, söz konusu davada koşullarında bunu incelemeyi tercih etmiştir. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Dink*, § 116).
89. Buna karşın Mahkeme, mevcut davada bu sorunun incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, 1926 yılında, ilk Türk Ceza Kanunu’nun kabulünden itibaren Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesinin –ve önceki Ceza Kanunu’nun 159’uncu maddesinin- bir kaç değişikliğe tabi olduğunu kaydeder. Karşı çıkılan madde metnindeki son değişikliğin, Elif Şafak, Orhan Pamuk, Hrant Dink gibi önde gelen yazar ve gazetecilerin hassas konulardaki sakin-

calı görüşlerinden dolayı (Bkz. 25 ve 26'ncı paragraflar) aleyhlerinde açılan bir kaç tartışmalı dava ve cezai soruşturmadan sonra yürürlüğe girdiği görünmektedir. Nitekim yargıçların bu hükmü taciz edici veya keyfi olarak uygulaması, Hükümeti, söz konusu maddeyi - Sözleşme'nin Mahkeme tarafından yorumlanan şekliyle 10'uncu maddesinin gerekliliklerine uygun hale getirilmesi amacıyla- gözden geçirmeye zorlamıştır.

90. Sonuç itibariyle, 301'inci madde metninde üç büyük değişiklik yürürlüğe konulmuştur. Öncelikle, "*Türklük*" ve "*Cumhuriyet*" terimleri "*Türk milleti*" ve "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti*" ile değiştirilmiştir. İkinci olarak, suçlu bulunulması halinde uygulanabilecek hapis cezasının üst sınırı azaltılmış ve ağırlaştırıcı hal sebepleri maddeden çıkartılmıştır. Üçüncü ve son olarak metne, bu hükümde ifade edilen bir suç kapsamında herhangi bir soruşturmaya başlanması için, Adalet Bakanlığı'nın iznini gerekli kılan ek bir güvence kaydı eklenmiştir. (Bkz. yukarıdaki 43 ve 44'üncü paragraflar). Yasama organının, bu son değişiklikle, bu hüküm kapsamındaki keyfi takibatları önleme amacının olduğu açıktır.
91. Her ne olursa olsun Mahkeme, maddenin değiştirilmiş halinin, bir kişinin davranışlarını düzenleyebilmesi ve belli bir eylemin sonuçlarını, somut koşullarda makul bir şekilde öngörebilmesine yeterince açık bir şekilde izin verip vermediğini tespit etmek zordur. (Bkz. yukarıda bahsedilen *Grigoriades*, § 37).
92. Bu bağlamda Mahkeme, "*Türklük*" terimi "*Türk milleti*" ile değiştirilmiş olmasına rağmen, bu kavramların yorumunda bir değişiklik veya büyük bir farklılık görünmediğini, çünkü bu kavramların Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığını kaydeder. (bkz. yukarıdaki 45'inci paragraf). Bu nedenle, yasama organının "*Türklük*" teriminin anlamını açıklığa kavuşturmak için madde lafzında yaptığı değişikliğin maddi bir farklılaşma getirmediğini veya ifade özgürlüğünün genişlemesine katkıda bulunmadığını kaydeder.
93. Mahkeme'nin görüşüne göre yasama organının amacı, Devlet kurumlarını kamusal iftiralardan korumak ve değerleri muhafaza etmek olsa da, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı üzere, çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle madde, ifade özgürlüğü hakkının

kullanımına yönelik süregelen bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle madde lafzı, kişilerin eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermemektedir. Bu hüküm kapsamından birçok soruşturma ve kovuşturma (bk. 28-33'üncü paragraflar ile 47'inci paragraf) açıldığı açık olduğu gibi, incitici, şoke edici, rahatsız edici olarak görülen fikir veya düşünceler, cumhuriyet savılarınca kolaylıkla cezai soruşturmaya tabi tutulmaktadır.

94. Yukarıda kaydedildiği gibi, 301'inci maddenin yargı organları tarafından keyfi kullanımının önlenmesi için yasama organınca kayıtlamalar getirilmesi, güvenilir ve sürekli bir güvence sağlamamaktadır veya doğrudan etkilenilme riskini ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ilerleyen zamanda herhangi bir siyasal değişiklik, Adalet Bakanlığı'nun yorumlayıcı tutumunu etkileyebilir ve keyfi takibatların yolunu açabilir. (Bkz. 75-77'inci paragraflar).
95. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarının gerektirdiği "yasa niteliği" ile buluşmadığı anlaşılmıştır, çünkü kabul edilemez genişlikteki terimler, bunların etkilerinin öngörülebilir olmaması sonucunu doğurmaktadır (Bkz. *Amann v. İsviçre* [GC], no. 27798/95, § 50, ECHR 2000-II; ve *Vajnai v. Hungary*, no. 33629/06, § 46,8 Temmuz 2008).
96. Yukarıdaki düşünceler, Mahkeme'nin söz konusu müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığı sonucuna ulaşabilmesi için yeterlidir.

Bundan dolayı Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali mevcuttur.

III.SÖZLEŞMENİN DİĞER İHLALİ İDDİALARI

97. Son olarak başvuru, Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin lafzının, bir kişinin hangi eylem veya ihmallerinin cezai sorumlulukla sonuçlanabileceğinin ayırt edemeyeceği şekilde belirsiz ve geniş olmasının Sözleşme'nin 7'inci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nihayet başvuru karşı çıkılan hükmün, büyük ölçüde ayrımcı sonuçlarından dolayı, Sözleşme'nin 14'üncü maddesini de ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

98. Ulaştığı bütün materyaller ışığında Mahkeme, başvuru tarafın-
dan ileri sürülenlerin, Sözleşme’de veya Protokollerinde düzenle-
nen hak ve özgürlüklerin ihlal etmediği kararına varmıştır. Baş-
vurunun bu kısmı, Sözleşme’nin 35 §§ 3 ve 4’üncü maddesine göre
açıkça asılsız olarak kabul edilmek zorundadır.

IV.SÖZLEŞMENİN 41’İNCİ MADDESİNİN UYGULANMASI

99. Sözleşme’nin 42’inci maddesine göre:

*“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse,
ve ilgili Sözleşmecî Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı
veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık
verilmesine hükmeder.”*

Zarar

100. Başvurucu maddi zararları için 11,200 Euro (EUR), manevi zarar-
ları için 75,000 Euro talep etmiştir.
101. Hükümet, Mahkemeden, başvurunun talebini destekleyen her-
hangi bir delil sunmadığını dikkate alarak, herhangi bir maddi
tazminata karar vermemesini istemiştir.
102. Mahkeme, zararın belirlenmesi ve hesaplanması için başvuru-
tarafından herhangi bir delil sunulmadığını gözlemlemektedir, bu
nedenle bu talep reddedilmiştir.
103. Başvurucunun manevi zarar talebi hakkında Mahkeme, bir ihlal
bulunmasının mevcut vakadaki koşullarda yeterince tatmin edici
olduğu fikrindedir.
104. Hukuki harcama ve masraflar konusunda herhangi bir miktar ta-
lebi olmadığı için Mahkeme, tazminata karar vermemiştir.

MAHKEME BU GERKÇELERLE OYBİRLİĞİ İLE

1. Hükümetin, Başvurucunun mağdur statüsüne ilişkin itirazı-
nın, davanın esası ile birleştirilerek *reddine*,

2. Başvurucunun Sözleşme'nin 10'uncu maddesi uyarınca şikâyetinin kabuledilebilir olduğuna ve başvurudaki geri kalan ihlal iddialarının *kabuledilebilir olmadığına*;
3. Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin *ihlaline*;
4. Mevcut dava koşullarında, ihlal bulunmasının yeterli adil karşılık sağladığına;
5. Başvurucunun geri kalan adil karşılık isteminin *reddine*

KARAR VERMİŞTİR.

İngilizce kaleme alınmış ve yazılı olarak 25 Ekim 2011 tarihinde İçtüzüğü'nün 77 ŞŞ 2 ve 3'üncü maddelerine uygun olarak yayımlanmıştır.

Stanley Naismith Françoise Tulkens

Yazışleri Müdürü

Başkan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine Ekler bölümünde yer verilmektedir. Bütün Dergi için olduğu gibi bu bölüm de ihtiyaçlarınıza ve isteklerinize göre şekillenecektir.

KANUNLAR

KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

17 Ağustos 2011/28028

KHK/648 Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

KHK/649 Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

26 Ağustos 2011/28037

KHK/650 Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

27 Ağustos 2011/28038

KHK/651 Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı

Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

14 Eylül 2011/28054

KHK/652 Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

17 Eylül 2011/28057

KHK/653 Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

11 Ekim 2011/28081 2.M.

KHK/654 Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

TÜZÜKLER

26 Ağustos 2011/28037

2011/2119 Diyanet İşleri Başkanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

16 Ağustos 2011/28027

— Başbakanlık Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü

Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Kutlu Doğum Haftası ile Camiler ve Din Görevlileri Haftasını Kutlama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Denetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Ziraat Odaları ve Türkiye Ziraat Odaları Birliği Alım ve Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Yükseköğretim Kurumlarında Önlisans ve Lisans Düzeyindeki Programlar Arasında Geçiş, Çift Anadal, Yan Dal ile Kurumlararası Kredi Transferi Yapılması Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Giresun Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Harran Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muş Alparslan Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muş Alparslan Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

17 Ağustos 2011/28028

- Ardahan Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şifa Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Şifa Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

18 Ağustos 2011/28029

- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

19 Ağustos 2011/28030

- Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik
- Belediye Arsaları Üzerinde Toplu Konut ve Kentsel Çevre Üretimi ve Kredilendirilmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Gelişen İşletmeler Piyasası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Altın Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Boğaziçi Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Boğaziçi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Fırat Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Türk Mutfak Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Çift Ana Dal, Yan Dal ve Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

20 Ağustos 2011/28031

2011/2083 Devlet Memurları Yiyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Gelir İdaresi Başkanlığı Hukuk Müşavirliği Görevleri ile Avukatların Mesleğe Alınmaları, Davaların Takip Usulü ve Çalışmaları Hakkında Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

21 Ağustos 2011/28032

- Aksaray Üniversitesi Bilimsel ve Teknolojik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Satınalma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- KTO Karatay Üniversitesi Lisans ve Ön Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

22 Ağustos 2011/28033

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Kariyer Danışmanlık Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bilkent Üniversitesi Ulusal Nanoteknoloji Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

23 Ağustos 2011/28034

- Anamur Liman Yönetmeliği
- İskenderun Liman Yönetmeliği
- Karataş Liman Yönetmeliği
- Mersin Liman Yönetmeliği
- Taşucu Liman Yönetmeliği
- Bankacılık Hesaplarından Kaynaklanan Faiz Oranı Riskinin Standart Şok Yöntemiyle Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mevlana Değişim Programına İlişkin Yönetmelik
- Batman Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Ağustos 2011/28035

- Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Düzce Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

24 Ağustos 2011/28035 M.

- Ortak Transit Yönetmeliği

25 Ağustos 2011/28036

- Emniyet Hizmetleri Sınıfı Branş Yönetmeliği
- Kültür Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tıbbi Laboratuvarlar Yönetmeliği
- Ceyhan Liman Yönetmeliği
- Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Numaralandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gedik Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Sürekli Eğitim, Araştırma ve Uygulama

Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Uşak Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

26 Ağustos 2011/28037

2011/2135 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2011/2136 Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2011/2151 Organize Sanayi Bölgelerinde Yer Alan Parsellerin Gerçek ve Tüzel Kişilere Tamamen veya Kısmen Bedelsiz Tahsisine Dair Yönetmelik

2011/2172 Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik – Sağlık Bakanlığı Sertifikalı Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Beşerî Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik
- Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlarının Elde Ettiği Ticari İletişim Gelirlerinin Denetimi ve Bu Gelirler Üzerinden Alınacak Üst Kurul Paylarının Beyan ve Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Sürekli Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Niğde Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

27 Ağustos 2011/28038

2011/2162 Türkiye’de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Trafik Kazaları Nedeniyle İlgililere Sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Diploması Akademisi Başkanlığının Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Ekonomi Bakanlığı Personelinin Yurtdışı Sürekli Göreve Atanmasına İlişkin Yönetmelik
- Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği
- Cazibeli Sulama Tesislerinden Faydalananlardan Hizmet Bedeli Alınmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bilecik Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bilecik Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğuş Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Önlisans, Lisans ve Tıp Doktorluğu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Naci Topçuoğlu Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Öğrenci Kayıt Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hitit Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Önlisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim

ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Şifa Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

28 Ağustos 2011/28039

- Gaziantep Üniversitesi Mimarlık ve Şehircilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

29 Ağustos 2011/28040

- Koç Üniversitesi Yüzey Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

31 Ağustos 2011/28041

- Dokuz Eylül Üniversitesi Evde Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2 Eylül 2011/28042

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Dil Eğitimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

4 Eylül 2011/28044

- Tavuk Vebası Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği
- Yalancı Tavuk Vebası Hastalığına Karşı Korunma ve Mücadele Yönetmeliği

5 Eylül 2011/28045

- Karayolları Genel Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği

6 Eylül 2011/28046

- Sakarya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

7 Eylül 2011/28047

2011/2177 Erat Sevkıyat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

8 Eylül 2011/28048

- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Basın İlân Kurumu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

9 Eylül 2011/28049

- Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Yönetici Atama Yönetmeliği
- Gelir İdaresi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemilerin Genel Denetimi ve Belgelendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim, İktisat, İşletme Fakülteleri Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bingöl Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Öğretimi ve Yabancı Dille Öğretim Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kafkas Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Sakarya Üniversitesi Tıp Fakültesi Mezuniyet Öncesi Eğitim-Öğretim ve Ölçme-Değerlendirme Yönetmeliği

10 Eylül 2011/28050

2011/2101 Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği
- İstanbul Liman Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik ve Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

11 Eylül 2011/28051

2011/2101 Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği
- İstanbul Liman Yönetmeliği

- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Kadrolu Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik ve Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

12 Eylül 2011/28052

- Balıkesir Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Bingöl Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Öğretimi ve Yabancı Dille Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Yaz Dönemi Öğrenimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

13 Eylül 2011/28053

- Kefken Liman Yönetmeliği
- Mevlana Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zirve Üniversitesi İngilizce Hazırlık Bölümü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

14 Eylül 2011/28054

- Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sigortacılık ve Özel Emeklilik Sektörlerinin Gözetim ve Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Kıymetli Madenler Borsası Aracı Kuruluşlarının Faaliyet Esasları ile Kıymetli Madenler Aracı Kurumlarının Kuruluşu Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliği

15 Eylül 2011/28055

- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karanfil Yaprak Bükenleri ile Mücadele Hakkında Yönetmelik
- San-Jose Kabuklu Biti ile Mücadele Hakkında Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Kanununun 17 ve 18 inci Maddelerinin Uygulama Yönetmeliği
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliği

16 Eylül 2011/28056

- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

17 Eylül 2011/28057

- Ceza İnfaz Kurumları Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hudut Kapılarında Uygulanacak Sağlık İşlemleri Hakkında Yönetmelik
- Havaalanı Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sahil Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

18 Eylül 2011/28058

- Ardahan Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Işık Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Balon Pilotluğu Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

19 Eylül 2011/28059

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Çift Anadal ve Yandal Lisans Eğitim-Öğretim Programları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Öğrenci Sosyal İşler ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Bursa Teknik Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

20 Eylül 2011/28060

2011/2164 Kamu Konutları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Enerji Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

21 Eylül 2011/28061

- Türkiye Denizcilik İşletmeleri A. Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Teşkilatı ile Hizmet Birimlerinin Görev, Yetki ve Sorumluluklarına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi Genel

Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

- Dokuz Eylül Üniversitesi Balkan Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

22 Eylül 2011/28062

- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksek Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Mevlana Üniversitesi Ana Yönetmeliği

23 Eylül 2011/28063

- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Satın Alma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Okul Öncesi Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

24 Eylül 2011/28064

- Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Patates Halka Çürüklüğü Hastalığı ile Mücadele Hakkında Yönetmelik
- Patates ve Domateste Bakteriyel Solgunluk ve Patateste Kahverengi Çürüklük Hastalığı ile Mücadele Hakkında Yönetmelik
- Pan Avrupa Akdeniz Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İsmarlama Protez ve Ortez Merkezleri ile İşıtme Cihazı Merkezleri Hakkında Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Öğrenci Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rize Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

25 Eylül 2011/28065

- Bitlis Eren Üniversitesi Kadın ve Genç Girişimcileri Destekleme Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

26 Eylül 2011/28066

- İstanbul Aydın Üniversitesi Ağız ve Diş Sağlığı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesince Verilecek Diploma Mezuniyet ve Diğer Belgelerin Düzenlenmesi Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

27 Eylül 2011/28067

- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

28 Eylül 2011/28068

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Veteriner Fakültesi Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

29 Eylül 2011/28069

- Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yönetmeliği
- Gülhane Askeri Tıp Fakültesi Yönetmeliği
- Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Amasya Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

30 Eylül 2011/28070

- 2011/2216 Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

1 Ekim 2011/28071

- Islah Amaçlı Hayvan Yetiştirici Birliklerinin Kurulması ve Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Taşra Teşkilatı Personeli Kılık ve Kıyafet Yönetmeliği
- 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun Geçici 11 inci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu İl Koordinatörlüklerinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Terminaler ile Sıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte (SHY-33B) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Melikşah Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

2 Ekim 2011/28072

- Hava Alanı Yapım, İşletim ve Sertifikalandırma Yönetmeliği (SHY-14A)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Deniz Uçakları ile Hava Taşıma İşletmeciliği Yönetmeliği (SHY-DENİZ)
- Üsküdar Üniversitesi Nöropsikiyatri Sağlık, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Üsküdar Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

3 Ekim 2011/28073

2011/2192 Özürlülerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları ile Yapılacak Merkezi Sınav ve Kura Usulü Hakkında Yönetmelik

- Patates Kist Nematodları ile Mücadele Hakkında Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Şehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Niğde Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Programı Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

4 Ekim 2011/28074

- Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Haliç Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

5 Ekim 2011/28075

- Dicle Üniversitesi Proje Koordinasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Kongre ve Turizm İşletmeciliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

6 Ekim 2011/28076

- Dicle Üniversitesi Proje Koordinasyon Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dicle Üniversitesi Kongre ve Turizm İşletmeciliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

7 Ekim 2011/28077

- Gençlik ve Spor Uzman ve Uzman Yardımcılığı Sınav, Atama, Yetiştirilme, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yıldız Teknik Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

8 Ekim 2011/28078

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına Yapılan Şartlı Bağışlardan Yüksek Öğrenim Öğrencilerine Burs Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ev ve Süs Hayvanlarının Üretim, Satış, Barınma ve Eğitim Yerleri Hakkında Yönetmelik

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atama, Yetiştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

9 Ekim 2011/28079

- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bursa Teknik Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Zirve Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

10 Ekim 2011/28080

- Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Laparoskopik Cerrahi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Fotonik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

11 Ekim 2011/28081

- Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri İnsan Kaynakları Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kültür Müdürlüklerinin Görev-Yetki, Sorumluluk ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Turizm Bakanlığı Turizm Müdürlüklerinin Görev-Yetki-Sorumluluk ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Boğaziçi Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Mersin Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

12 Ekim 2011/28082

- Türk Standardları Enstitüsü Rehberlik ve Denetim Kurulu Başkanlığı Yönetmeliği
- Türk Standardları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Faaliyet Gösteren Üretim ve Dağıtım Şirketlerinin Lisansları Kapsamındaki Faaliyetlerinin İncelenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

13 Ekim 2011/28083

- İskân Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dışişleri Bakanlığı Yurtiçi İrtibat Büroları Yönetmeliği
- Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Sistemine Göre Öğretim Yapan Fakülteler Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Ebu'l-Hasan Harakânî Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

14 Ekim 2011/28084

- Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Deniz ve Hava Bandı Telsiz Haberleşme Sistem veya Cihazları ile Seyrüsefer Cihazlarına Kurma ve Kullanım İzni Verilmesi, Ruhsatlandırılması ile Tarifelerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Artvin Çoruh Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastaneleri Yönetmeliği

15 Ekim 2011/28085

- Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği
- Hayvan Sağlığı Kabini Açılış, Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik



Dr. Güçlü Akyürek,
**ÖZEL HAYATIN
GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU**
(TCK. m. 134),

Seçkin Yayınevi, 2011



Raymond Geuss,
KAMUSAL ŞEYLER, ÖZEL ŞEYLER
Çeviren: Gülayşe Koçak, Cogito,
Yapı Kredi Yayınları, 2007

Anayasa'nın 20., Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddelerinin "özel hayat", felsefeci Raymond Geuss'un "özel şeyler" diye nitelediği düşünsel ve pratik boyutları olan konu hakkında biri hukuki, diğeri felsefi iki kitabı bir arada tanıtmak istemekteyiz.

Her iki yazar da kesin bir “*özel hayat*” tanımı olmadığını ve yapılamadığını kabul etmektedirler. Dr.Güçlü Akyürek bunu “*kavramın aldığı biçimlerin çokluğu ve çeşitliliği*” ile “*göreceliği*” nedenlerine bağlamaktadır. Hukukta ve sosyal bilimlerde bu şekilde tanımlanamayan laiklik, terör... gibi başka olgular olduğu da unutulmamalıdır.

Raymond Geuss’un kitabını Türkçeye aktaran Gülayşe Koçak da “*özel*” ve “*kamusal*” kelimelerinin çokluğuna özellikle dikkat çekmektedir.

Dr. Güçlü Akyürek, Geuss’un “*özel-kurumsal*” ayrımını şöyle özetlemektedir: “*Ona göre kamusal bilgi herkesin erişebildiği bilgi iken, özel bilgi herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken bilgidir. Kamusal mekân ise ‘tanımadığım ve benimle yakın ilişki içine girmeyi açıkça kabul etmemiş kişiler tarafından görülebileceğim bir yerdir’. Bu alanda ‘dikkat çekmezlik’ ilkesi geçerlidir.*”

Soruna felsefi açıdan bakan Raymond Geuss (Dr.Akyürek, kaynakça, metin ve dipnotlarında Guess diye yazmaktadır. Bunun yazım hatası olduğunu sanmaktayız.) eserinde “*özel ve kamusal varoluş arasındaki her bölünmeyi ve bu ikili alanın her biriyle bağlantılı değerleri görece konumlarını kavramanın modern dünyada siyaseti anlayabilmenin önkoşulu olarak*” öne süren düşüncülerin varlığını da yazmaktadır.

Bu vurgulama konunun önemini hukuk sınırları dışına taşımaktadır.

Dr. Güçlü Akyürek, kitabının birinci bölümünde “*özel hayat*” kavramının tanımına ve içeriğini irdelemeye ayırmıştır. Bu bölümdeki dört başlık şunlardır: (1) Özel Hayat Kavramının Açıklanması, (2) Özel Hayat Kavramının İçeriği, (3) Özel hayat Kavramının Gelişimi, (4) Çeşitli Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması.

Yazar kitabının ikinci bölümünde “*Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Sorununun Hukuksal Yapısı*”na ayırmıştır ve TCK.’nun 134. maddesinde yer alan suçun başka ülkelerdeki düzenlemelerine de yer vermektedir.

Güncelliği de bulunan konuyu bütün boyutlarıyla inceleyen kitapları hukukçulara ve konu ile ilgilenenlere önermekteyiz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

e-imza



3 Yıllık Elektronik İmza
USB Token

3 İş Günü içinde Teslim

* Baro Onayı verildikten sonra 3 iş günü içerisinde teslim edilir.

Baro onayı için ödemenin Baro'ya ya da kredi kartı ile yapılmış olması gerekmektedir.

99 TL
KDV DAHİL

30 GÜNLÜK Corpus

İçtihat ve Mevzuat Programı Üyeliği

(Corpus Üyeliği ve kullanımı için BaroKart özellikli Avukat Kimlik Kartı Gereklidir)

UBAP

Ulusal
Baro Ağı
Projesi