



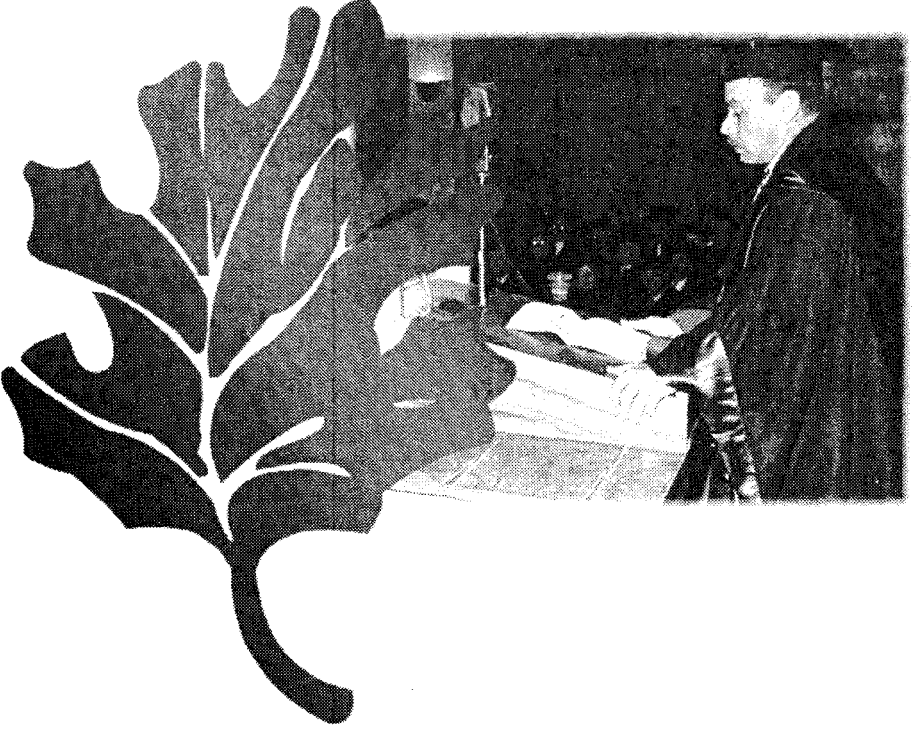
Türkiye Barolar Birliği Yayını



Av. Dr. FARUK EREM ARMAĞANI



Türkiye Barolar Birliği Yayını



Av. Dr. FARUK EREM ARMAĞANI

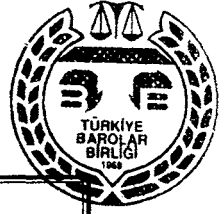
TBB Yayın No : 8

**000035**

**BU ESER, AFŐAROĐLU MATBAASI'NDA BASILMIŐTIR.**

**ANKARA, 1999**





**“Av. Dr. Faruk EREM Armağanı”**

Türkiye Barolar Birliği'nin, Denizli'de yapılan XXV. Genel Kurulu'nda alınan tavsiye kararı üzerine TBB Yönetim Kurulu'nun 11.9.1999 tarih ve 741/3 sayılı kararı ile yayınlanmıştır.

**Başkan**

Av. Eralp ÖZGEN

**Başkan Yrd.**

Av. Burhan KARAÇELİK

**Başkan Yrd.**

Av. Hüseyin ERKENCİ

**Genel Sekreter**

Av. Özdemir ÖZOK

**Sayman**

Av. Sadık ERDOĞAN

**Üye**

Av. Sabri KURT

**Üye**

Av. E. Yıldız BAĞATUR

**Üye**

Av. Zeki EKMEK

**Üye**

Av. Ayşenur BAHÇEKAPILI

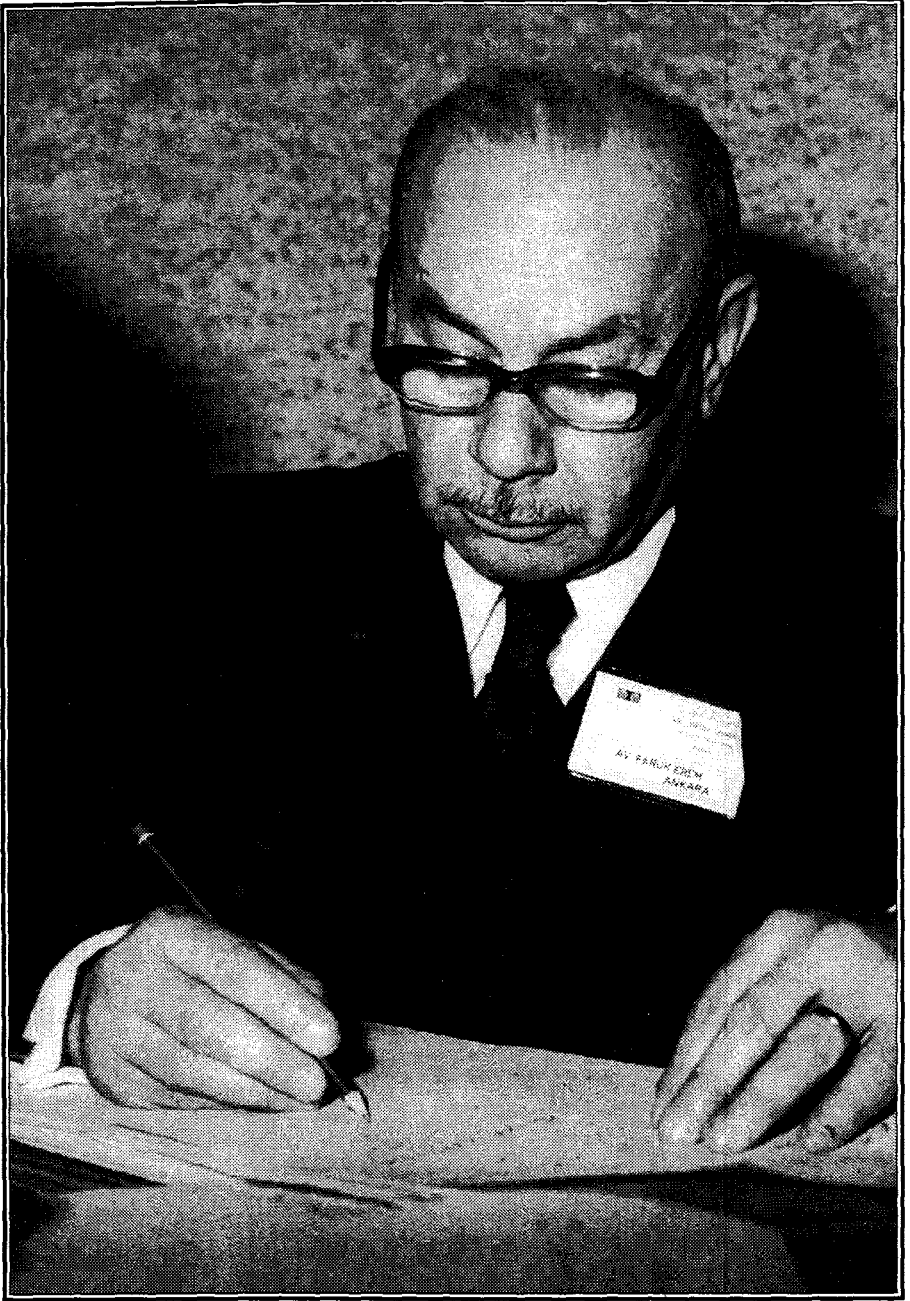
**Üye**

Av. Kazım KOLCUOĞLU

**Üye**

Av. Şefik KIRCI





# Av. Dr. FARUK EREM ARMAĞANI

Avukat Dr. Faruk Erem anısına çıkan bu ARMAĞAN ilk cildi, değişik Hukuk Dallarında ki bilimsel incelemelerden oluşuyor. İkinci ciltte ise Av. Dr. Faruk Erem'le ilgili anıları, onunla yapılmış söyleşileri, ilginç fotoğraflarını, Hukuk Fakóltesinin geleneksel Ceride-i Kantar dergisinde onun hakkında yazılan ve çizilenler ile şiirlerini bulacaksınız.

Uzun bir hazırlık dönemi ve titiz bir çalışmadan sonra Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun kararı ile meydana getirdiğimiz eserlerde eksiklerimiz mutlaka olmuştur. Bunlar için hoşgörünüze sığınıyor ve beğenmeniz arzusu ile "Faruk Erem Armağan" yayınlarımızdan ilkini sizlere sunuyoruz. İkinci cildi de çok kısa bir zaman sonunda okuyacağınızı vaadediyoruz.

Saygılarımızla.

**Türkiye Barolar Birliği  
Yayın Kurulu**





# SUNUŞ

Birliğimizin kurucu başkanı, değerli bilim adamı Prof. Dr. Faruk EREM için çıkardığımız Armağan şu anda ellerinizde bulunuyor.

Değerli hocamız, bugün ÷lkemizin değişik yörelerinde yargıç, savcı ve avukat olarak görev yapan onbinlerce hukukçu yetiştirdi. Ancak hocamız, öğrencilerine sadece ceza hukukunu öğretmekle yetinmedi. Hümanizmayı öğretti, hoşgörüyü öğretti, hukukun üstünlüğünü öğretti, bir ceza yargılamasında yargıç, savcı ve avukatların psikoloji açısından nelere dikkat etmeleri gerektiğini öğretti ve davranışları ile bu ilkelerin canlı örneğini ortaya koydu.

Bir avukat olarak savunma hakkının önemini, girdiği tüm duruşmalarda ortaya koydu, bir ceza avukatının nasıl çalışması gerektiğinin örneğini verdi.

Türkiye Barolar Birliği'nin kurucularından olmakla kalmayan hocamız, Birliğin etkinliğini sağladı ve bugünkü durumunun temellerini attı.

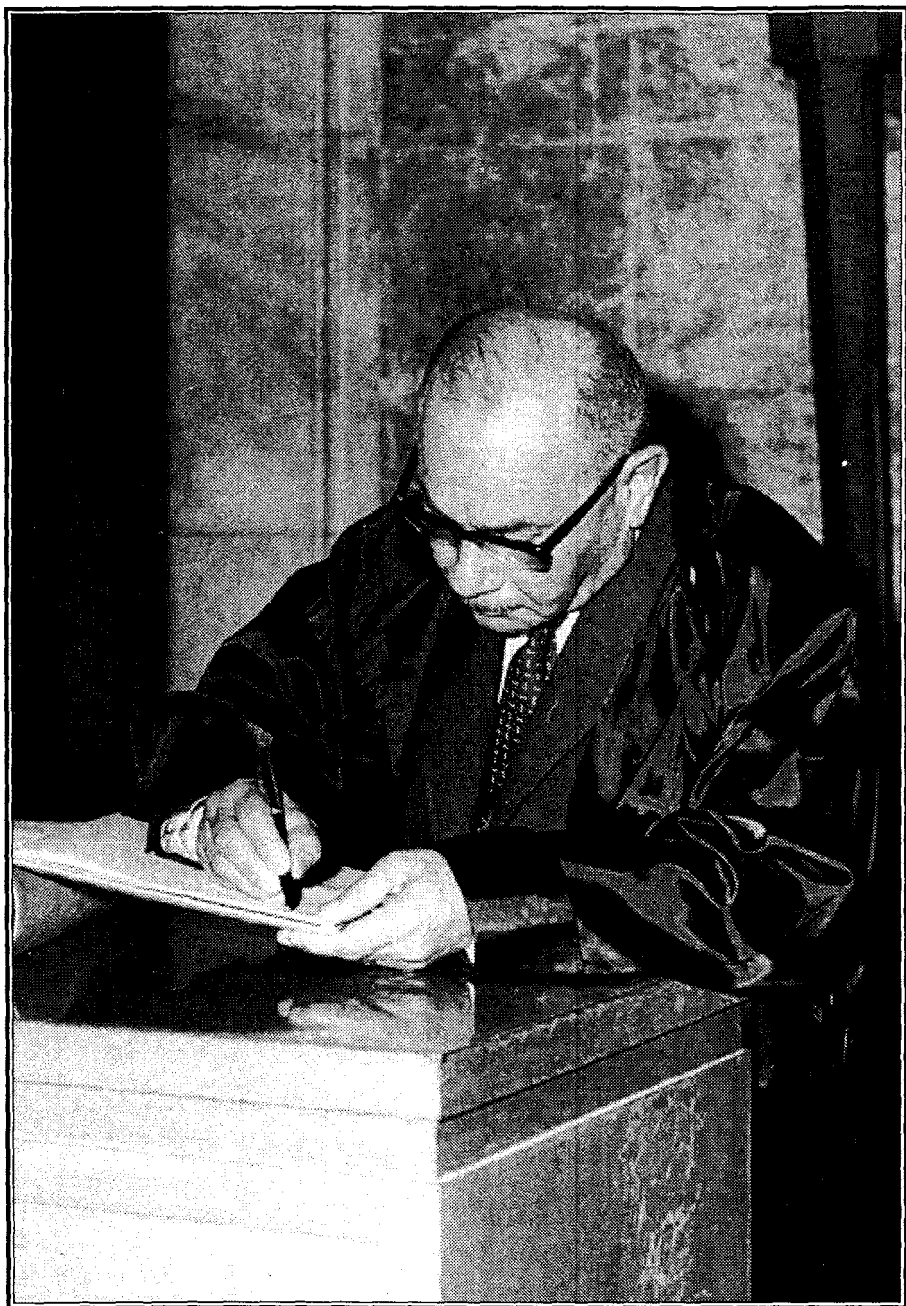
Hocamızı kaybedeli bir yıl oldu. Onun ölümu ile bir çınar devrildi. Onu ve onun Türk hukukuna kazandırdıklarını unutmayacağız. Yaşamı, ilkeleri bizler için her zaman izlenmesi gereken bir örnek oluşturacaktır.

Değerli hocamızı sevgi, saygı ve özlemlle anıyoruz.

**Av. Eralp ÖZGEN**  
**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**







# O HEP AVUKATLIĞI İLE ÖVÜNÜRDÜ

**Av. Burhan KARAÇELİK**  
**Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı**

Avukat Faruk EREM Türkiye Barolar Birliğinin kurucu başkanıdır. O'nun bilinçli, bilgili ve inançlı çalışmalarıyla Türkiye Barolar Birliği kurumlaştı, bu günlere ulaştı.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Faruk EREM, daha kuruluşun ilk günlerinden itibaren “Hukukun Üstünlüğü” ve “Savunma Suçlama ile Başlar” ilkelerinin Türk Hukuk Hayatına geçirilmesi için üstün bir çaba sarfetmiştir. O'nun bu inançlı ve bilimsel çabalarının sonucu olarak “Hukukun Üstünlüğü” ilkesi Anayasada Cumhurbaşkanının ve Milletvekillerinin yeminleri ile yer almış ve Türk Hukuk Hayatına yön verecek bir kavram haline gelmiştir. “Savunma Suçlama ile Başlar” ilkesi de 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda değişiklik getiren 3842 Sayılı Kanunla yasallaşmıştır. Bunları çok istemişti. Öyle zannediyorum sadece bu iki hususun gerçekleşmesi, O'nun ebedi istirahatgâhında huzur içinde yatması için yeterlidir.

Prof. Dr. Faruk EREM, bir hukuk hocaları olarak binlerce öğrenci yetiştirdi. Ancak, O hep avukatlığıyla övündü. Türkiye Barolar Birliği Başkanı olarak başarısının başlıca sırrı avukatlık mesleğine olan aşırı sevgisidir. Avukatlık mesleğinin en onurlu mesleklerden biri haline gelmesi için çok çaba harcadı. Bu mesleğin başlı ba-



şına çok onurlu bir meslek olduğuna inandığı için, Profesör Doktor ünvanını kullanmadı; sadece Avukat Faruk EREM ünvanını kullanmakla yetindi.

Faruk EREM, hümanist bir insandı, insanları ayırım yapmaksızın sevdi, saygı gösterdi. “Suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar” cümlesi, O’nun hümanistliğinin en somut ve en veciz ifadesidir.

Türkiye Barolar Birliği, bu eserle O’nun anısını ve Türk Hukuk Hayatına, avukatlık mesleğine kazandırdıklarını yaşatmayı ve gelecek kuşaklara aktarmayı amaçlamaktadır. Başarabilmişsek ne mutlu bizlere...



# "İNSAN SEVGİSİ" NİN ARDINDAN...

Av. Hüseyin ERKENCİ  
Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

1998/Ekim'inde Faruk Erem'in ölüm haberini gazetede okuyunca ölümün ne kadar acımasız olduğunu bir kez daha gördüm. Faruk Erem gibi insan sevgisi ile yüklü bir insanın yaşaması gerektiğini, daha insanlara verecek çok şeyleri olduğunu düşündüm. Ama acımasız ölüm iyi insanları da aramızdan alıp götürüyordu.

Faruk Erem'in öğrencisi olmak onuruna eriştiğim için kendimi mutlu insanlardan biri sayıyorum. 1960 lı yıllardı ve öğrencisiydim.

Yıllar geçti, 12 Mart 1971 dönemi insanların üzerinden silindir gibi geçiyordu. Bense çiçeği burnunda genç bir avukattım. Manisa'da bazı öğretmenler hakkında, dağıttıkları bildiride suç unsuru bulunduğundan dolayı kamu davası açılmış ve Mahkeme'de dosyayı bilirkişi olarak Faruk Erem'e göndermişti. Aradan bir yıldan fazla süre de geçmişti. Baro'da duruşma sıramızı beklerken Faruk Hoca geldi. Herkes kendisine yoğun bir ilgi ve sevgi gösterisinde bulundu. Zaten Faruk Hoca Türkiye'nin neresine gitse, yine kendisine yoğun ilgi gösteriliyordu. Çünkü her yerde öğrencileri vardı.

Kendilerine bir dosyamızın olduğunu, geciktiğini bilgi olarak söyledik. Aradan iki üç gün geçti, dosyamız bilirkişiden geldi ve davamız sonuçlandı. İnsanlar görevlerine döndüler.



Faruk Hoca, genç, yaşlı demeksizin bütün hukukçulara aynı özeni ve sevgiyi gösterirdi.

Yine Manisa'da bir avukat arkadaşımın Faruk Hoca ile ilgili bir anısını anlatmadan geçemeyeceğim.

Bu arkadaşımızla, Faruk Hoca Yargıtayda aynı dosyanın duruşmasına gireceklerdir. O gün Prof. Uğur Alacakaptan gözaltına alınmıştır. Bu haberi duyan Faruk Hoca çok üzüntülü ve hiddetlidir. Yanında bulunan arkadaşımıza şunu söyler :

“Şimdi hemen Köşk'e çıkıp, O Nihat'a (Başbakan Nihat Erim) bunu göstereceğim”.

Aynı gün akşam üzeri Uğur Alacakaptan serbest bırakılır Çünkü Faruk Hoca, Uğur Alacakaptan'ı evladı gibi severdi. Bunu duyardık.

Faruk Erem deyince aklımıza iki şey gelir :

Birincisi, Ceza Hukukunda “Hümanist Düşünce”dir. O hümanist düşüncenin hukukumuzda yer almasının en büyük emekçisidir.

İkincisi, Türkiye Barolar Birliği ve Baroları bugün geldikleri noktayı Avukat Faruk Erem'e borçludurlar.

O'na çok şey borçluyuz. İnsanı sevmemizde O'nun payı büyük. Yeri kolay doldurulamayacaktır.

Toprağın sevgi dolsun, Sevgili Hocam...



# HOCAM FARUK EREM

**Av. Özdemir ÖZOK**  
**Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri**

15 Ekim 1998 günü saat 08.10'da Sn. Başkanımız Eralp Özgen'in, telefonda "..... Faruk hocayı kaybettik..." haberiyle birlikte hocamı tanıdığım 1964 yılından o güne kadar geçen zaman, bir film şeridi gibi belleğimden akıp gitti.

Hocamla ilgili anılarım hep güzel ve saygın şeyler.

Okul yıllarında anılarımdaki Profesör Faruk EREM sessiz, sakin, sevecen, güven veren, insani değerleri önde tutan, tüm öğrencilerin içten sevgi ve saygısını kazanmış bir bilge kişi.

Avukat Faruk EREM , ceza davalarının aranan ve sayılan üstad müdafii ve vekili olarak Adalet sistemimize büyük katkı sağlayan bir yargı mensubu.

Okul yıllarında, sonra da, kendisi ile karşılıklı ya da birlikte sanık-katılan vekili olma onur ve mutluluğu yaşamış bir kişi olarak, meslek ve savunma adına ondan çok şey öğrendim.

Avukat Faruk EREM'in savunma mesleğini sürdürürken ilk ve tek hedefi hiç bir zaman para kazanmak olmamış, mesleğe bakışı son derece ilkeli, titiz ve saygın olmuştur. Küçük-büyük, paralı-pa-



rasız demeden tüm davaları aynı sorumluluk bilinci ile aynı duyarlılıkla izlemiştir.

Faruk EREM'in; savunma örgütü baroların üst kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği'nin ilk ve kurucu başkanı olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin kamu oyunda saygın bir yere gelmesinde büyük katkı ve emeği vardır.

Tükenmeyen bir enerjiyle ürettiği yayın ve yazınları bu gün dahi aranan, başvuru kaynaklarıdır.

Günümüz Anayasa ve İnsan Hakları metinlerinde hukuk devleti, hukukun üstünlüğü kavramları sevgili hocamızın sabırlı ve ısrarlı söylemleri sonucu yer almıştır. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyeliği ve Genel Sekreterlik görevlerim sırasında, Birlik arşivini ve kütüphanesini inceleme olanağı buldum. Bu inceleme sonunda sevgili hocam Faruk EREM'e sevgim ve saygım katlanarak arttı.

Hangi meslek kuralını, hangi ilke kararını, hangi genel kurul çalışma raporunu, hangi bilimsel görüş ve açıklamayı incerseniz onun etkisini ve katkısını bulursunuz.

Bilim adamı, Avukat, sanatçı kimliği ve kişiliği dışında bütün bu sıfatların üstünde saygın ve özgün yapısı bizlerin esin kaynağı olacaktır.

Toplumuna, mesleğine, çevresine eserleri, eylemleri, söylemleri ile ışık saçan, onları aydınlatan sevgili hocam Faruk EREM'in hatırası önünde saygı ve sevgi ile eğiliyorum.



# ANITLAŞMIŞ BİR ÇINAR AĞACI

Av. Sadık ERDOĞAN  
Türkiye Barolar Birliği Sayman Üyesi

Hukukçular “anıtlaşmış bir çınar ağacını”, Avukat Dr. Faruk Erem’i yitirmenin üzüntüsünü halen yaşıyorlar. O ulu çınar ağacını kolay kolay unutabileceklerini de hiç sanmıyorum. Çünkü o ağacın kök saldıği yerlerde onbinlerce öğrencisi, Hukuk’un değişik konu ve dallarında uğraş veriyorlar.

Faruk Erem bir Ceza Hukuku öğreticisi idi. Ceza Hukuku ile uğraşan hukukçular genelde katı olarak tanınırlar ve hoşgörüden uzak oldukları yerleşik bir kanı’dır. Bu görüş Faruk Erem için mutlak geçersizdi. Çünkü Faruk Erem, Dünyaya bakışında insançılığı hep ön plana çıkarmış ve yaşamı boyunca öğrencilerine hep “Hümanist Doktrin’i” öğretmeye çalışmıştır.

Faruk Erem bir Şair’di. Şiirle uğraşanlar, çoğunlukla hoşgörülü olarak tanınırlar ve hayal alemleri oldukça geniş olarak, bilinirler. Şiire “tam anlamı ile bir özgürlük” olarak bakan Faruk Erem’de bunlardan birisi idi. Şiir kapısını bu hoşgörü ile açar, Hukuk ilmini de mısraları gibi, şiirleri gibi hoşgörü ile ve özenle dokurdu.

Faruk Erem bir Avukattı. Avukatlar Dünyada buldukları toplumların Aristokratları olarak görülürler. Avukat Faruk Erem





kendisini yaşantısıyla ve mesleki yaklaşımı ile insanlara, ezilmiş diye nitelediğimiz kitlelere, yoksullara adadı. Savunma mesleğindeki bilgi ve birikimini “herşeyde insan görürüm, hatta suçlu’da bile. Suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar” diyerek çok cömert olarak kullandı. izdiği kişilikle de beyefendi düzeyinden de dışarıya hiç çıkmadı.

Sevgili hocamız, sevgili ilk başkanımız, şair ve Avukat Dr. Faruk Erem. Türk Hukukçuları ve Avukatları olarak seni hiç unutmayacağız Ulu ınar, hiç unutmayacağız.





**BAŞKANIMIZ**

**FARUK EREM'E ARMAĞAN**





# İÇİNDEKİLER (\*)

---

## **Prof. Dr. Servet ARMAĞAN**

*1982 Anayasası Döneminde Türkiye’de*

*Yüksek Öğrenim ve Bazı Müşahadeleler-Teklifler .....1-21*

## **Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA**

*Amsterdam Anlaşmasına Göre Yeni Bir Anayasa Prensipleri:*

*Daha Sıkı Bir İşbirliği .....23-63*

## **Av. Dr. M. Çağrı BAĞATUR**

*Can Sigortalarında Sigortacının Yasal Ardılığı.....65-78*

## **Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU**

*Paranın Başkasının Parası ile*

*Karışması Üstüne Bir Deneme.....79-100*

## **Av. V. Ahsen COŞAR**

*Üçüncü Bin Yılın Eşiğinde İki Yeni Anayasa*

*Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Anayasaları .....101-203*

## **Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ**

*1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının*

*İşkence Suçu Açısından Değerlendirilmesi .....205-222*

## **Av. Kazım Yücel DÖNMEZ**

*Türk Spor Hukukunun Kaynakları .....223-243*

## **Doç. Dr. Hasan T. FENDOĞLU**

*Özgürlükçü Anayasa Üzerine.....245-275*

---

(\*) Soyadlarına göre alfabetik olarak dizilmiştir.



**Dz. Hakim Albay Dr. Ferhat FERHANOĞLU**

*Türk Askeri Yargı Sistemi*

*(Ceza Yargısı) .....277-300*

**Av. Semih GÜNER**

*Avukatlık Sözleşmesi .....301-322*

**Prof. Dr. Halûk GÜNUĞUR**

*Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu,*

*Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların*

*Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü .....323-341*

**Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI**

*İzmir - İktisat Kongresi Görüşler ve Değerlendirmeler.....343-375*

**Prof. Dr. İbrahim KAPLAN**

*İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide*

*Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar .....377-393*

**Eray KARINCA**

*Şanlıurfa Yöresinden Örneklerle Kan Davaları .....395-447*

**Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU**

*Evlilik Dışı Çocukların Mirasçılığı .....449-455*

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet KÖKSAL**

*Muhakeme Masraflarına Dair*

*Yabancı Mahkeme Kararlarının İcra Edilebilirliği .....457-466*

**Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**

*Hükûmetin Manevî Şahsiyetini*

*Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu .....467-555*

**Doç. Dr. Erdal ONAR - Doç. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU**

*1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi*

*(Merve Safa Kavakçı Olayı) .....557-594*



**Celal OYMAK**

*Sayıştay ve Yargı*.....595-614

**Yrd. Doç. Dr. Meral Sungurtekin ÖZKAN**

*Kurumsal Anlamda Bağımsız Avukatlığın*

*Anlam ve Önemi*.....615-633

**Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

*Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi* .....635-666

**Dr. Jur. Hüseyin PEKİN**

*İsviçre Hukukunda Örgütlü Suçlara Karşı Alınan*

*Hukuksal Önlemler*.....667-673

**Doç. Dr. Sami SELÇUK**

*Yasalar ve Yargıçlar*.....675-683

**Y. Engin SELİMOĞLU**

*Eser Sözleşmesi ve Kavramlar* .....685-693

**Yrd. Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR**

*Yabancıların Mirasçılık Sıfatı* .....695-731

**Av. Mehmet Ruhi TAPAN**

*At Yarışları Disiplin Hukuku*.....733-747

**Dr. Âlim TAŞKIN**

*Kurumsal Tahkimde Hakem Bağımsızlığının Korunması*..749-758

**Sema TAŞPINAR**

*Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu*.....759-787

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN**

*Siyasal ve Yönetmelik Yozlaşma İle Mücadelede*

*Cezai Yaptırımlar*.....789-830



**Av. Talih UYAR**

*Yargıtay Kararlarında İsbat Yükü (MK. 6).....831-877*

**Doç. Dr. Firuz Demir YAŞAMIŞ**

*Türk Çevre Hukuku :*

*Temel İlkelere Genel Bir Bakış.....879-906*

**Assoc. Prof. Dr. Firuz Demir YAŞAMIŞ**

*Turkish Environmental Law :*

*An Overview of Legal Principles .....907-934*

**Prof. Dr. Ejder YILMAZ**

*Yargılama Hukukçusu Gözüyle : Rekabet Kurulu .....935-961*

**Prof. Dr. Ejder YILMAZ**

*İfa Yeri Mahkemesinin Yetkisi*

*(Yargıtay'ın Bir Kararı Münasebetiyle) .....963-979*

**Dr. Mustafa T. YÜCEL**

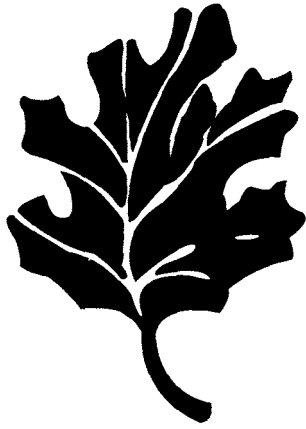
*Ceza Adaleti Sistemi :*

*De Facto Analizi.....981-1033*









# 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE TÜRKİYE'DE YÜKSEK ÖĞRENİM VE BAZI MÜŞAHADELELER-TEKLİFLER

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN (\*)

## Giriş

Aşağıdaki değerlendirmeler ve müşahedeler, 1,5 yıl dekanlık, 4 yıllık rektörlük ve tam 38 yıldır üniversitede öğretim üyeliği yapmış olan bir ilim erinin görüşleridir. Bu görüşler tartışılabilir, ama aşağıda verilen değerlendirmeler daha iyi bir Türk yüksek öğrenimi kurmak ve marjinal fayda elde etmek için düşünülmüş ve ileri sürülmüş görüşlerimdir.

Türk yüksek öğrenimi çok tartışılan bir konu. Bilhassa 1981 yılında YÖK'ün kurulmasıyla, Türk münevverleri tarafından en çok tartışılan konu YÖK ve bu konunun uzantılarıdır. Tartışılması, konunun öneminden ve çok yönlü özelliği olmasından ileri geliyor. Tabii, tartışıldıkça ortaya yeni ihtiyaçlar, yeni istikametler ve yorumlar çıkıyor.

---

(\*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.



Türk yüksek öğreniminin tartışılması, bilhassa ülkemiz nüfusunun çok hızlı bir şekilde artması dolayısıyla ortaya çıkan eğitim ve öğrenimle ilgili ihtiyaçlar ve dünyadaki modern gelişmeler ile de yakından ilgilidir. Bu faktörler Türk yükseköğreniminin daha iyi bir bünyeye kavuşturulması için münevverlerimizi düşündürmektedir.

## I- ÜNİVERSİTELERİMİZ VE GENEL ÖZELLİKLERİ:

Dünyada ve memleketimizde üniversiteler hakkında çok şeyler yazılmıştır ve yazılmaktadır. Biz bu kısa makalenin çerçevesinde, sadece 1982 A.na göre Türk üniversitelerinin bünyesi ve genel özelliklerini sıralamak istiyoruz. A.md.130 hükmüne göre, Üniversitelerimiz:

- İnsan gücü yetiştirir,
- Araştırma, yayın ve danışmanlık hizmeti yapar,
- İnsanlığa hizmet eder, ve
- Devlet tarafından kurulurlar (1)

Üniversitelerimiz bu hedefleri gerçekleştirmek için kurulmuşlardır. 2547 s. YÖK Kanununda da (md.4,7) benzer hükümler bulunmaktadır.

(1) Bu konudaki A.md. 130/1 hükmü şöyledir:

### **E. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları**

#### **1. Yükseköğretim kurumları**

"Madde 130-Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığı hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler devlet tarafından kurulur."



- Üniversitelerimiz bu hedeflerini gerçekleştirecekler, ancak:
- Kamu tüzel kişiliğine, ve
  - Bilimsel özerkliğe sahiptirler (2)

Yukarıda sayılan özellikler ve hedefler üzerinde, devletin muhakeme yetkisi bulunmaktadır. YÖK bünyesinde kurulmuş bulunan Denetleme Kurulu, YÖK Başkanının inisiyatifi altında faaliyetini yapar (3)

- (2) Özerklik kavramı, üniversitelerle ilgili olarak en çok kullanılan ve konuşulan bir kavramdır. Eskiden daha çok **muhtariyet** (autonomie) tabiri kullanılırdı. Ve genellikle üç türlü muhtariyetten bahsedilirdi. 1982 A. Bunlardan sadece birini kullanmış bulunmaktadır. Bunlar : 1- Bilimsel özerklik, 2- Mali özerklik, ve 3- İdrari özerkliktir. 1982 A. Bunlardan sadece **bilimsel özerkliği** kullanmıştır. Bu, diğer iki önemli özerkliğin teorik ve fiilen bulunmadığı manasına gelmez, ama, açıkça belirtilmediği için, en azından teorik olarak bilindiği ve kabul edildiğini isbata yetecek bir pozitif hukuk kaynağı yoktur elimizde.

1946 yılında çıkarılan ve uzun zaman kullanılan 4946 s. Üniversiteler kanunundan sonra, bu üç özerkliğin de tam amacına uygun kullanılmadığı ve sebeple, 1750 ve 115. s.lı Kanunların çıkartıldığı ve böylece üniversite idarelerine verilmiş bulunan mali ve idari özerkliğin kaldırıldığı yolundaki iddialara büyük nisbette katılmak mümkündür. Mesela, mali özerklik konusunda A. md. 130/8 hükmünü buraya almak isterim:

**"Üniversitelerin hazırladığı bütçeleri; Yüksek Öğretim Kurulunca tetkik ve onaylandıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığına sunulur ve genel ve katma bütçelerin bağlı olduğu esaslara uygun olarak işleme tabi tutularak yürürlüğe konular ve denetlenir."**

- (3) Bu konudaki A.md.130/4 hükmü şöyledir:

**"Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.**

**Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır.**

**Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim kurulunca seçilir ve atanır.**

**Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışındaki kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar."**



Üniversitelerimiz başta 1981 t. ve 2547 s. Yüksek Öğretim Kanunu olmak üzere (4), diğer mevzuat hükümlerine tabidirler (5). Halen üniversite, MYO, Araştırma Enstitüsü ve Merkezleri YÖK tarafından idare ve denetlenmektedir (6).

(4) Bkz.R.G. 6/11/1981-17.506. Ancak A. md.132 md. hükmü şöyledir: **"Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları özel kanunlarının hükümlerine tabidir."**

(5) Bu konudaki A.md.130/9 hükmü şöyledir: **"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yüksek Öğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir."**

Üniversitelerimiz ile ilgili mevzuat hükümleri çoktur ve çok olduğu kadar da karışıktır. Bu karışıklığı, YÖK tarafından alınan ve sık sık değiştirilen kararlar da arttırmaktadır. Bu konuda derli toplu şu esere (2 cilt) bkz. Dr. Yusuf AKÇA: Yüksek Öğretim ve İstanbul Üniversitesi Mevzuat, İst.1997,İ.Ü.Y.

(6) Bu konudaki A.md.131 hükmü şöyledir:

**"2- Yükseköğretim üst kuruluşları:**

**Madde 131- Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim kurulu kurulur.**

**Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler, Bakanlar Kurulu ve Genelkurmay Başkanlığınca seçilen ve sayıları, nitelikleri ve seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler veya Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.**

**Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir."**



## II- MÜŞAHEDELER - TEKLİFLER:

Giriş mahiyetindeki bu sözlerden sonra müşahadelerimi ve tekliflerimi şöyle sıralayabilirim.

### 1- YÖK'ün onayı şart:

**Birincisi:** Yeni üniversitelerin açılması mutlaka YÖK'ün teklifi ile olmalıdır. Bir diğer deyişle YÖK, Türkiye'deki yüksek öğrenimin koordinasyonu ve yürütülmesinde sorumlu ve yetkili olduğu (A.md.131) için yeni üniversite ve yüksek okulların açılması konusu da herhalde birinci derecede eğitim konusu olarak düşünülmelidir. Yani yeni bir üniversite kurulurken, sadece bu konuda bir teklif verilmesi ve parlamentoda bir kanun çıkarılmasından çok, böyle bir ihtiyacın olup-olmadığı önce YÖK tarafından ortaya konulmalı, önce oranın teklifi ve görüşü alınmalıdır.

### 2- İhtiyaca göre fakülte ve MYO:

**İkincisi:** Hangi fakültelerin kurulacağı ve Meslek Yüksek Okullarında hangi programların yer alacağı bir personel planlamasından geçirilmelidir. Çünkü çoğu defa çeşitli fakülteler kuruyor, fakat ya öğretim üyesi bulunamıyor ya da çok yakın illerde de aynı sahalarda fakülteler kurulduğu görülüyor. Bu da bir kaynak israfı neticesini doğuruyor. Kanaatimce Türkiye'nin genelinde bir personel planlaması yapılmalı bir fizibilite raporu hazırlanmalı ve ona göre kurulan üniversitelerin fakülteleri ve Meslek Yüksek okulların programları tespit edilmelidir. A.md.130/3, bu esası zaten düzenlemiştir:

**"Kanun, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasını gözetir." (10).**

Ancak bu esasa riayet edilmediği bir gerçektir. Ve bu sebeple insan ve kaynak israfına yol açılmaktadır. Üniversitelerin ülke



sathına dengeli biçimde yayılmasını sağlayacak organ, YÖK, ya da MEB, veya Bakanlar Kurulu olabilir. Anayasa gereksiz yere bu görevi "**Kanun**"a vermiştir ve böylece bir garabete sebep olmuştur.

### 3- Daha çok MYO:

**Üçüncüsü:** Meslek yüksek okullarına geniş yer ayrılmalıdır. Çünkü meslek yüksek okulları daha kısa sürelidir ve ara eleman, özellikle mühendislere, yetiştiren bir kuruluştur. Bu elemanlar temel hizmetler yaptıkları ve pratik bilgilerle yetiştikleri için tatbikatta çok faydalıdırlar. Üstelik iş bulma konusunda da bir hayli cazip okullardır.

### 4- Paralı Sistem Şart:

**Dördüncüsü:** Türk yüksek öğrenimi mutlaka paralı sisteme geçmelidir. Çünkü maliyeti yüksek olan hizmetler ve **5 Nisan 1994** Tasarruf Genelgesinden sonra Türk yüksek öğrenim kurumları ve bu arada diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ödenekleri büyük ölçüde kısıldığı için öğrencilerin harçları mutlaka, en az on misli, arttırılmalıdır. Fakülteden fakülteye değişen bu miktarlar herhalde Türk yüksek öğrenimini daha iyi bir istikamete götürecektir. Çünkü devletin ödenekleri çok kısıtlı olduğu için, hatta ödenek olmakla birlikte kullanılmasına izin verilmediği için, bir hayli kısıtlı imkanlarla üniversitelerin idaresi ve faaliyetlerinin yürütülmesi zorlaşmaktadır. Kaldi ki dünyada bu kadar ucuz sistemle yüksek öğrenim yapan başka bir devlet ya çok az ya da yoktur diyebilirim.

Bir müşahademi anlatmak isterim: **Suudi Arabistan** döviz rezervleri en çok ve bütçe fazlalığı en yüksek olan bir devlet. Bu devlet istisnasız bütün öğrencilere, burs vermektedir. Bütün öğretim üyelerine de çok yüksek miktarda ev kirası parası ödemektedir. Mezun olanlara da yine büyük miktarlarda iş bulma, ve bekar-



lâra evlenme, parası vermekte idi. Ama **Körfez Savaşı**'ndan sonraki yıllarda bütün bunları kaldırdı ve yüksek öğrenimde bir nevi paralı sisteme geçti. Çünkü bu masrafları artık karşılayamıyor. Açık ve kabul edilebilir gerekçesi bu.

Bu konuya siyasi açıdan yaklaşılmamalı, sadece mali açıdan yaklaşılmalı. Siyasi parti mesuplarımız öğrencilere eziyet (!) ve gelecek seçimlerde aleyhimize dedikodu olmasın, tenkit almayalım diye parasız ve düşük harç sistemine devam istikametinde gayret göstermektedirler. Bu konuda teklif hazırlanmış ve hükümete sunulmuştu, ama bir taraftan Milli Eğitim, bir taraftan da Maliye komisyonlarında bu konuda aleyhte görüş çıktığını görüyoruz. Fakat bu görüşler daha çok halkın isteğine göre ve siyasi hedefler nazara alınarak yapılan bir görüştür. Böyle olması Türk yüksek öğreniminin ferahlaması neticesini doğurmuyor. Öğrencilerden az harç alınması demek, devletin yüksek öğrenimin muhtaç olduğu diğer hizmet giderlerini karşılayamaması demektir. Karşılayamadığı için mutlaka bir kaynak bulmalıyız. Bir tıp fakültesi öğrencisi bugünkü rakamlarla senelik 25 milyon değil herhalde 60 ila 70 milyon arasında senelik harç ödemelidir. Bu miktar Türk parasının değer kaybı karşısında son derece azdır. Bir hukuk fakültesi öğrencisi senelik 10 milyon ödüyorsa, o da 30 milyon ödemelidir. Yani yaklaşık olarak aylık 3 milyon ödemelidir.

Bir tıp, eczacılık ve diş hekimliği fakültesi öğrencisine, devlet yılda yaklaşık 300 milyon masraf yapıyor. Teklif ettiğimiz miktar, o öğrencinin devlete mal olduğu masrafın sadece beşte biridir.

Belirtelim ki, Öğrencilerimizin, son zamanlarda harçlarının çokluğundan şikayet etmeleri gerçekçi bir davranış değildir. Devlet, talebeden aldığıнын en az 10 mislini yine talebeye geri vermektedir. Çarpıcı bir misal olarak Tıp Fakülteleri verilebilir. Bir tıp fakültesi öğrencisi için devlet, yılda yaklaşık 300 milyon TL harca-





maktadır. Halbuki bu öğrencinin ödediği harç senelik 20 milyonu bile bulmamaktadır.

### 5- Kendi kendine yeten üniversite:

**Beşincisi:** Üniversiteler kendilerine mali kaynak bulmalıdırlar. Yukarıda belirttiğimiz kanaatin destekleyicisi bir durum da üniversitelerin kendilerine mali kaynak bulmalarıdır. Bundan maksadımız hizmet sunmaları ve bu hizmet karşılığı kaynak kazanmalarıdır. Batı ülkelerinden, Amerika'da bu sistem çok gelişmiştir. Üniversiteler gerek özel ve gerekse kamu sektöründen devamlı olarak projeler alıp hizmet sunmaktadırlar. Mesela ziraat ve kimya sanayiinde proje değerlendirmeleri üniversitelere çok güzel kaynak transferi sağlamaktadır. Bizde bu sistem ve bu anlayış gelişmemiştir. Bu sebeple tek mali kaynak devlet olmakta, devletin de imkanları kısıtlı olduğu için, maalesef sıkıntılı seneler geçirmektediriz. Bu projelerin bulunması ve sağlanması bilhassa devlet tarafından sağlanmalıdır. Bakanlıklar, Tarım Bakanlığı, Orman Bakanlığı üniversitelere proje sunmalı ve üniversiteler de bu projeler karşılığı elde edeceği paraların büyük kısmını (Mesela kârın % 80'ini) eğitime harcamalıdırlar. Ancak % 10-20'lik bir kısmı projeye katılanlara dağıtılmalıdır. Bu kaçınılmaz bir özelliktir (7). Çünkü bütün ödeneği devletten beklemek ne mümkün, ne de makuldür.

- 
- (7) Rektör olarak, vaki davet üzerine, ziyaret ettiğim Yeni Zelanda'da bu durumun açık ve başarılı neticelerini gördüm. (Christchurch, Wellington, Palmerston North, Oackland şehirlerindeki bütün üniversiteler devletten, bilhassa Tarım Bakanlığından, seneler süren projeler almışlar. Buna mukabil, devlet üniversite bütçelerine fazla ödenek koymuyor. Memleketimizde de bazı üniversiteler bu makul yola girmiş bulunuyor.



## 6- Döner Sermaye ve Vakıf Gelirleri:

**Altıncısı:** Üniversitelerdeki döner sermaye ve Vakıf gelirleri, azami ölçüde serbest bırakılmak, rektörün serbestçe öğrenim ve öğretim hizmetlerine kullanması sağlanmalıdır. Maliye Bakanlığı ile Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetim ve vergilendirmeleri asgariye indirilmelidir. Böylece hem üniversitelere yan mali kaynak sağlanmış olacak, hem de üniversite öğretim üyelerinin daha gayretle proje bulma ve değerlendirmelerine katkıları gerçekleşecektir (8).

## 7- Rektör – Dekan Seçimi Demokratikleşmeli:

**Yedincisi:** 1992 yılındaki değişiklikten sonra, hem seçim, hem de idari vesayet sistemi başlatılmıştır. Halbuki demokratik bir sistem kurulması daha uygundur. Yani öğretim üyelerinin seçtiği rektör tayin edilmiş sayılmalıdır. Aksi halde seçim yapılmasına demokratik bir mana ve tesir verilmiş sayılmaz.

## 8- Önce alt yapı sonra üniversite:

**Sekizincisi:** Üniversitelerin kampüsleri asgari imkanlar hazırlanmadan eğitime açılmamalıdır. 4 senelik rektörlük tecrübem bana şunu öğretmiştir ki, asgari imkanlar mutlaka hazırlanmalıdır. 1992 yılında kurulan üniversitelerin ve tayin edilen rektörlerle bu konuda büyük sıkıntılar içerisinde olduğunu müşahade et-

---

(8) Denizli – Pamukkale (Devlet) ve Bilkent (Özel) üniversitelerimiz gibi bazı üniversitelerimiz Üniversite bünyesinde vakıflar ve vakıflara şirketler kurmuşlar, böylece büyük gelirler sağlamışlardır.



tim ve arkadaşlarımdan duydum. Çünkü o üniversitenin öğrenime açılması için ya o illerdeki valiliklerce bina tahsis edilmekte ya da bakanlıkların kullanılmayan yıkık-dökük hizmete elverişli olmayan binaları verilmektedir. Bu binaların kullanılması, onarımı ve bunun içinde öğrenci yetiştirilmesi ise son derece zor olmaktadır. Kanaatimce rektörlük idare binası başta olmak üzere dekanlık binaları, derslikler ve uygulama alanları mutlaka önceden hazır olmalıdır. Hem de içine girilecek vaziyette hazır olmalıdır. Arkasından laboratuvar gibi deneme alanları ve özellik ifade eden binalar mutlaka hazırlanmalıdır. İlahiyat, edebiyat, hukuk fakülteleri gibi sadece düz odaya ihtiyaç gösteren fakülteler bu konuda problem çıkarmıyor, ama Fen fakültesi, eczacılık, tıp fakülteleri gibi özellik isteyen binaların asgari ihtiyacı mutlaka temin edilmelidir. Bu binalar lüks olmayabilir, tümüyle modern ve tam teçhizatlı da olmayabilir. Ama herhalde asgari imkanlarla donatılmış olmalıdır. Ancak ondan sonra Üniversiteler öğrenime açılmalıdır.

### 9- Ve diğerleri:

En önemli tekliflerimizi burada sıraladık. Buna benzer diğer bazı değişiklik teklifleri daha yapılabilir. Üniversite reformu tekliflerimiz bundan ibaret değildir ve olamaz. Çok yönlü olan Üniversitelerimiz, elbette çok yönlü reform tekliflerine mevzu olacaklardır. Aynı bir yazımızda diğer bazı konulara daha temas edeceğiz.

Sonuç olarak şu noktaları belirtebiliriz: Türk yüksek öğretimi çok tartışılan bir konudur, ancak tartışılması kısa dönemde müsbet neticeler elde edilecek demek değildir. Bu neticelerin elde edilebilmesi için bilhassa mali problemler ve sıkıntılar önceden halledilmelidir. Bir diğer nokta, Türk yüksek öğrenimi, planlamanın bir konusu olmalıdır. Üniversiteler kurulurken mutlaka bu husus dik-



kate alınmalıdır, YÖK kanununa, bu konuda açık hükümler ilave edilmelidir (9).

### III- ÖZEL ÜNİVERSİTELER

#### 1- Genel Olarak:

Memleketimizde son senelerde, ve bazen son günlerde, en çok konuşulan konu, herhalde özel üniversiteler ve vakıfların kuraca-

- (9) Bu kanun, yukarıda işaret ettiğimiz gibi 2547 sayılı YÖK kanunudur. A'nın 131.md.si YÖK'ün kuruluşunu göstermiş, ayrıca 2547 s.lı K.6.md.sinde teferuatlı bir şekilde gösterilmiştir. A.md.131.md.hükmü şöyledir:

#### **"2.Yükseköğretim üst kuruluşları**

**Madde 131- Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek ve bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur.**

**Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler, Bakanlar Kurulu ve Genel Kurmay Başkanlığınca seçilen ve sayıları, nitelikleri ve seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.**

**Kurulun teşkilatı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir."**

Bu kanun defalarca değiştirilmiş, kanun hükmünde kararnamelerle değişiklik ve ek md.ler getirilmiş ve ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından da bazı md.leri birkaç defa iptal edilmiştir. 23 ek md. Ve 43(numaralı) geçici ve ayrıca (numarasız) birçok geçici md. ve 68 asıl md.den oluşan bu kanun, bugünkü haliyle, anlaşılması güç, yanıltıcı ve tekrar ve tenakuzlarla dolu bir kanundur. Üstelik YÖK Genel Kurulu ile Yürütme Kurulunun aldığı zikzaklı kararlarla da, içinden çıkılmaz bir hale bürünmüştür. Tabii, bu durum, Türk Yüksek öğrenimine büyük zararlar vermektedir.



ğı üniversitelerdir. Bir taftan vatandaşlar bu konuyu dile getirirken diğer taraftan da YÖK ve bilhassa Başkanı Prof.Dr.Kemal GÜRÜZ tarafından basına verilen demeçlerde bu konu üzerinde durulmuştur. Biz de kanaatimizi aşağıdaki satırlarda özetlemekteyiz.

Bir defa Anayasanın 130/2 maddesi bu konuda üniversitelerin ancak devlet eliyle kurulacağı, kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olacağı belirtildikten sonra şöyle denmektedir:

**"Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla vakıflar tarafından devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir."**

Görüldüğü gibi vakıflar eliyle özel üniversite kurmak serbest, fakat ancak vakıflar kâr gütmeyen üniversite kurabilir. 1992 yılında çok sayıda (23) üniversite kurulmuştur. Birdenbire, bir gün içerisinde 21 üniversite, 2 yüksek teknoloji enstitüsü kurulmak suretiyle bir üniversite enflasyonu yaşanmıştır. Belirtelim ki bunların kurulmasıyla birlikte üniversite sayısı 57'ye ulaşmıştır. Bu rakam nüfusumuza göre çok değildir, ama gerekli ödenek bulunup fiziki alt yapı kurulmadığı için çok sayılabilir. Şu anda bu sayı, özel üniversiteler sayısındaki artış ile 70'i geçmiştir.

Altyapı hazırlanmadan üniversite kurulmamalıdır. Gerek vakıflar, gerekse devlet tarafından kurulan üniversiteler, gerekli alt yapılar çok iyi hazırlandıktan sonra kurulmalıdır. Bu şartlar hazırlanmadan kimseye üniversite kurma imkanı verilmemelidir.

Ülkemizde 3 yıldan beri son 10 yılın en büyük mali krizi yaşandığından devlet üniversiteleri ödenek bulma zorluğu çekmektedir. Bunun başta gelen sebebi bir yandan memleketimizin ekonomik durumu, diğer taraftan da 1992 yılında bir günde kurulan 23 üni-



versitedir. 1992 yılında kurulan 23 üniversite ve ondan sonra açılan fakülte ve yüksekokullar masrafları son derece genişlettiği için devlet ödenek vermekte zorlanmaktadır. Özel Üniversiteler de Devletten, Bütçe ile belli miktarda ödenek almaktadırlar.

## 2- Özel Üniversitelerden Korkmayınız

Bu başlık altında şunları belirtebiliriz: Bir dafa Anayasanın 27.maddesine göre:

**"Herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanda her türlü araştırma hakkına sahiptir."**

Bu madde genel olarak bilim ve sanat hürriyetini düzenliyor. Fakat bu hürriyetin uygulamada en geniş sahası herhalde yükseköğrenim veren kurumlar ve üniversitelerdir.

İkincisi: 130. Maddenin son fıkrası şöyle demektedir.

**"Vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumları mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmalarını öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden devlet eliyle kurulan yüksek öğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir." (10).**

(10) Yukarıdan beri belirttiğimiz müşahede ve tekliflerimiz, 38 yıllık öğretim üyeliği ve 6 yıl kadarda, dekanlık ve rektörlük gibi, idareciliğimizin bize kazandırdığı tecrübelerimize, ve özellikle, gelişmiş dünya üniversitelerini incelememize dayanıyor.

Diğer taraftan üzülererek belirtelim ki, Anayasamızın ilgili md.lerinin gerekçeleri hiçbir yol gösterici bir esas ihtiva etmiyor. Zaten sadece 130.md.nin gerekçesi var, oradan da A.nın muhteva, mânâ ve getirdiği yeniliği anlamak mümkün değil. Çünkü bu gerekçe, 130.md.nin çok kısa bir tekrarından ibaret olup, şöyledir.



Görüldüğü gibi Anayasanın hükmü onlara da şamil olmaktadır. Ayrıca 2547 s. "Yüksek Öğretim Kanunu" (YÖK) adlı kanun ile diğer mevzuat hükümleri de özel üniversitelere, uygun olduğu derecede, tatbik edilecektir.

**"a- Danışma Meclisi'nin Gerekçesi:**

Üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak Devlet eliyle ve kanunla kurulabileceği ilkesi getirilmiştir. Üniversiteleri, Devletin gözetim ve denetimi altında, kendi organları eliyle yönetilmesi, öğretim üye ve yardımcılarının göreve alınmaları, yükseltilmeleri ve görevlerine son verilmesinin kendi organları tarafından yürütülmesi de bilimsel özerkliğin bir gereği olarak belirtilmiştir.

Üniversitelerde öğretim ve eğitimin özgürlük ve güvenlik içinde yürütülmesi yurt düzeyinde yaygınlaşan üniversitelerin öğretim üye ihtiyaçlarının dengeli biçimde, ülke ihtiyaçları ve kalkınma planı gerekleri dikkate alınarak karşılanması konularının ve genel olarak Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim yetkilerinin düzenlenmesi konuları, bilimsel özerklik dikkate alınmak suretiyle kanun koyucuya bırakılmıştır. Getirilen düzenleme ile üniversiteler ve diğer yükseköğretim kurumları, Atatürk inkılapları ve ilkeleri doğrultusunda Türk milletinin milli değerleri ile çağdaş bilim ve teknolojinin gereklerine uygun eğitim ve öğretime hizmet eden kurumlar olarak düşünülmemekte; Türkiye Cumhuriyeti Devleti hizmetlerinde hür, bilimsel düşünme yeteneğine ve gene dünya görüşüne sahip bir kuşak yetiştirilmesi amaçlanmaktadır."

**"b-Milli Güvenlik Konseyi'nin Gerekçesi:**

Danışma Meclisi tarafından kabul edilmiş bulunan 140 ıncı madde, 130 uncu madde olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile getirilmiş bulunan ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun Hükümlerine göre Anayasa hükmü niteliğindeki esaslardan Anayasada yer alması gerekenler gözönünde bulundurulmuştur.

Ayrıca maddeye yeni bir fıkra eklenerek kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabileceği hükmü de getirilmiştir. Maddenin son fıkrası hükümlerine göre vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları mali ve idari konular dışında kalan akademik çalışma, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden devlet tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hakkında hükümlere tabi olacaklardır."



### 3- Özel Üniversitelerin bazı faydaları:

a- Vakıf üniversiteleri öğrencilere yeni bir imkan açmaktadır. Onlara yüksek öğrenim yapma imkanı sağlamaktadır. Bu sebeple benimsenmesinde fayda vardır.

b- Vakıf üniversiteleri, öğreniminde, bilhassa fen ve tıp bilimleri sahasında, kullanılacak yeni alet ve edevat alacağı için ülkemize, bu açıdan da faydalar sağlamaktadır.

c- Bir diğer nokta ve ortaya çıkacak fayda da: üniversitelerin kurulması devlet elinden vakıflara geçtikçe daha düzenli ve rekabete açık üniversiteler oluşacaktır. Rekabet ise, eğitim seviyesinin yükselmesine yol açacaktır.

Mademki devlet yeteri kadar ödenek ayıramamaktadır, bu sebeple vakıf eliyle kurulacak üniversitelere imkan tanımamız hem zarurettir, hem de gençlerimize yeni ufuklar açacaktır.

d- Özel üniversiteler kurulduğu takdirde zenginlerin bundan istifade edeceği, fakirlere imkan tanınmayacağı yolundaki iddia doğru değildir. Bu üniversitelerde zengin öğrencilerin okuyacağı doğru ise de bazı fakir öğrencilere de burs programlarıyla imkan tanınmaktadır. Az önce verdiğim misal ne kadar yanıltıcı ise, şimdi vereceğim misal de o derece üzücüdür. Devlet üniversitelerinde okuyan öğrencilerin en zengini de, en fakiri de aynı harcı vermektedir. Mesela bir Koç'un veya Sabancı'nın, tıp fakültesinde okuyan torunu, fakir bir öğrenciyle aynı harcı vermektedir. Böylece devlet zenginlere de çok ucuz bir fiyata eğitim imkanı sağlamış olmaktadır.

Bu gerekçelerle, kurulan ve kurulacak Vakıf üniversitelerini tebrik ediyorum. Öğretim üyelerine de yeni bir iş imkanı açtıkları için kurulmalarını desteklemek gereğine inanıyorum.





## NETİCE:

Bu kısa incelememizde vardığımız, ve 38 yıllık meslek hayatımız ile yaklaşık 6 yıllık idareciliğimizin bize kazandırdığı intibalarımızı şöyle özetleyebiliriz:

### Şikayetler-Problemler:

Üniversite ve Yüksek Öğrenim ile ilgili mevzularda, devamlı olarak problemler ve şikayetler birbiri arkasında, birbiri içinde ve peş peşe dile getirilir. Bu özellik, Türk Yüksek Öğreniminde, ve diğer devletlerde bazı problemlere, bazı şikayetlere sebep olduğu, ve ya bazı şikayet unsurlarının, giderek müzmin problemlere yol açmasındandır. Türk Yüksek Öğrenimi ile ilgili olarak bu problemleri ve şikayetleri şöyle özetleyebiliriz.:

### 1- Üniversitelere karşı şikayetler:

Üniversitelere karşı şikayetler, gerek üniversite mensuplarından ve gerekse, üniversite dışındakiler (politikacılar, meslek sahipleri, aydınlar, halk gibi tarafından ileri sürülmektedir: Bunların belli başlıları şunlardır:

- a. Üniversite hocaları kalitesiz. Aynı mesleklerini iyi bilmiyor. Yabancı dil bilenleri gittikçe azalıyor, bilenler de, az biliyorlar, yazamıyorlar veya konuşamıyorlar.
- b. Yayınları az veya kalitesiz. Bilhassa 2547 s.lı K.dan sonra doçentlik ve profesörlük tezi takdim mecburiyetinin kalkmasından bu yoldaki şikayetler kuvvet kazanmış bulunuyor. Gerçekten de, bizler, doçentlik dil imtihanına Türkçe'den yabancı dile, yabancı dilden de Türkçe'ye imtihan geçirdik. Ve hayli zor bir imtihan idi. Ayrıca Prof. olurken de ikinci bir yabancı dil imtihanı geçmek şart idi. Doçent ola-



bilmek için, bir tez, eski yazı imtihanı, içtihat tahkiki(yazılı) ve deneme dersinden başarmak şart idi.

- c. Üniversite hocaları, memleketimizin meselelerine çözüm getiren çalışma yapmıyorlar. Ya fildişi kulelerinde kalarak çok teorik meselelerle uğraşıyorlar, ya da Türk Toplumunun gerçekleri dışında kalan, fantezi olan meseleler ile meşgul oluyorlar.
- d. Politika ile, hem de günlük politika ile meşgul oluyorlar. Bağlı oldukları siyasi eğilimlerini, meslek hayatına da yansıtıyorlar.
- e. İلمي, paraya feda ediyorlar. Her faaliyetlerini maddiyat üzerine bina ediyorlar. 7. Cumhurbaşkanı Kenan Evren, Üniversite hocaları, bayrağı yerden kaldıran desenez, para isterler mealinde bir söz söylemişti ve çok tenkit almıştı.
- f. Nihayet son olarak kişilik sahibi değiller. Bazen değil, çoğu defa kullandıkları dil (Professoreu Sprache), tavırları, teşebbüs ettikleri faaliyetler, v.b. davranışları sebebiyle, üniversite hocasına hiç de yakışmayan kişilikler sergiliyorlar denilmektedir (11).

## 1- Üniversitelerden Şikayetler:

Bu ve buna benzer tenkitler ve şikayetler, gittikçe kuvvet kazanıyor, ve maalesef, kolay kolay da cerhedilemiyor.

---

(11) Bir gün bir kız öğrencim bana: "Hocam derslerinizi güzel bir Türkçe ile anlatıyorsunuz. Bazı hocalarımız ise, çok basit bir Trükçe ile, hatta çoğu defa argo kullanıyorlar. Ben onlara hoca mı derim? Sizi kutluyorum" demişti.



Ancak kabul ve teslim etmek lazımdır ki, her şikayetin ve tenkidin de cevap verilecek bir tarafı, şikayet edilen davranışı mazur gösterecek sebepleri vardır. Kanaatimizce aşağıdaki haklı sebepler, yukarıdaki tenkid ve şikayetlere mukabele edilebilir.

## Üniversite Enflasyonu mu?

- a. Kanaatimizce en başta üniversitelerimiz, hazırlık yapılmadan ve alt yapıları hazırlanmadan açılmaktadır. Çoğu defa siyasi mülahazalarla açılan üniversiteler, gerçek manada "üniversite" olamadan seneler geçmektedir.

Tabii çok sayıda üniversitenin hazırlıksız açılması, hele hele 1992 yılında bir günde 23 üniversitenin kurulması, çeşitli açılardan problemlere ve şikayetlere sebep olmaktadır. Mesela yeni kurulan üniversitelere eleman bulmak kaygısıyla, iyice incelemeyen ve kalite aranmadan öğretim üyesi istihdamı, Doç. ve Prof. unvanlarının verilmesi, yukarıda bahsettiğim kalitesiz ilim adamlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır denilebilir. Yine bu sebeple, bir veya iki yayın, hatta makale doçentlik imtihanında yeterli yayın kabul edilmekte; yeni üniversiteler rakipsiz giren bu elemanların ince elenip, sık dokumadan, Doç. ve Prof. kadrolarına tayinleri yapılmaktadır. Bunları inceleyen jüri üyeleri ise, yeni üniversitelere eleman bulmak zor gibi gerekçelerle, kaliteyi feda ediyorlar!

- b. Tabii bir çok üniversitenin açılması, bir başka açıdan da araç-gereçsiz ve kütüphanesiz üniversitelerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bendeniz bu durumu, belki de en iyi, ve canlı örnekleri ile yaşayan bir idareciyim. Ödenek yokluğunda alet adevat alamadığım, hatta kitap satın alamadığım için, kamu kurum ve kuruluşlarında bağış yoluyla kitap



rica etmek yolunu seçmiştim ve bu durum senelerce devam etmişti. Bu gayretlerimi, ilim uğruna bir fedakarlık ve iftihar vesilesi sayıyorum. Günün birinde hatıra defterlerimde de her halde yer alacaktır.

### **1- Aşırı İstihdam:**

Üniversitelere verilen kadroların, hızlı ve geliş güzel bir şekilde doldurulması da, üniversitelerin temel problemlerini halledilmesine engel olmaktadır: Mesela 1992 yılında bir günde 23 üniversitenin açılması, 23 ilde, yaklaşık 100 trilyon civarında bir ödeneğin bütçeye konulmasını gerektirmiştir ki, bu durum, diğer üniversitelere dar bütçe imkanlarından ödenek verilmesi veya kaydırılmasına engel olmuştur diyebiliriz. Neticede, üstelik, yeni üniversiteler, elemanlarını gelişmiş üniversitelere gönderip, yetiştirdikleri için de, iki katlı bir masrafa sebep olunmuştur(!).

Diğer taraftan, eski üniversitelerde de, bilhassa sosyal bilimler alanlarında, aşırı şekilde bir istihdam görülmektedir. Mesela Hukuk, İlahiyat ve Edebiyat Fakülteleri gibi birimlerde, bazen, ihtiyacın çok üstünde araştırma görevlisi ve öğretim üyesi kadrosu kullanıldığı görülmektedir ki, tam manasıyla bir israftır diyebiliriz.

### **2- Ezilen Üniversiteler:**

Şimdiye kadar arz ettiğimiz hususlar, üniversitelere karşı yapılan tenkit ve şikayetlerdi. Şimdi üniversiteliler açısından bazı şikayet ve problemlere temas etmek icap eder kanaatindeyim. Bunlar da kısaca şunlardır:

- a. Üniversite hocalarının maaşları çok düşüktür. Canlı bir misal olarak vereyim: Bundan 5 sene önce bir prof maaşı bir tüm generalin (orgeneral değil) maaşına eşitti. Şu anda bir



yarbayın maaşı kadardır. Ve gittikçe de düşmeye devam etmektedir. Bu durum hemen her gün gazete ve TV yayınlarına malzeme olacak kadar acı ve acıklıdır.

- b. Hatta öğretmenlere yapılacak son %18'lik zamdan üniversite hocalarının da istifade ettirilmesi (Nisan, 1998) için, ancak büyük gayretler ve günler süren mücadelelerden sonra, Maliye Bakanlığı ikna edilebilmişti.
- c. Lojman sosyal tesis ve yan istifadeler gibi rahatlatıcı imkanlardan mahrumdur. İtiraf edelim ki, bu konuda taşra üniversiteleri (bilhassa Olağanüstü Hal Bölgesindekiler) büyük şehir üniversite mensuplarından daha geniş, avantajlara sahiptirler. Senelerce Diyarbakır ve Şanlıurfa da idarecilik yapmış bir prof. olarak bu mukayeseyi rahatlıkla yapabiliyorum.
- d. Hatta üniversite hocalarının, belki de sayılarının da artmasından kaynaklanan, rahat bir çalışma ortamından bile mahrum oldukları bir gerçektir. Ancak gerçek olan bir diğer yüzü de şudur: Üniversitede odası ve çalışma imkanı ve mesela sekreteri olduğu halde, üniversiteye devam etmeyen veya çok az devan eden üniversite hocası da vardır. Bu da meselenin ayrı bir tarafıdır.
- e. Üniversite hocalarını, ideal manada, en çok rahatsız eden, kitapsız – laboratuarsız v.b. imkanlardan mahrum bir üniversite hayatıdır. Kim ne derse desin, üniversitelerin beyni kütüphanelerdir, fen bilimlerde ise, laboratuardır, araç-geçerçtir. Bunlar olmadan, yukarıda arz edilen şikayetler da-ima olacaktır. Ben şahsen, gerek İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ve gerekse Federal Almanya'da 6 yıl kadar, zengin kütüphaneler içinde ömrü geçmiş bir ilim ada-



mıyım ve bu bakımdan rahatım. Hatta sürelerle kaldığım Kuveyt ve Suudi Arabistan (Cidde) gibi üniversitelerde de daima çok zengin kaynaklı yerlerde bulundum. Bu zenginliğin lezzetini ve kıymetini takdir edenlerdenim.

Ama bu durumda olmadan yetişen ve yaşayan maalesef yüzlerce ilim adamı var, bu zenginlik nimetinden mahrum olarak yaşıyor ve ilim rütbelerini alıyorlar!

Mesela Hukuk Fakültelerinde çok gerekli olan mahkeme kararları külliyatlarını Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine temin edebilmek için, kaç defa Adalet Bakanlığı ve Yüksek Mahkemelere başvurduğumu hatırlıyorum. Çünkü bu külliyatları para ile alabilecek ödeneğimiz yoktu.

Hatta, parası bile olsa, fotokopi ve bilgisayar hizmetleri bile çok çok yetersizdir. Asrımızda bu iki imkanı kullanmadan ilim adamı olmak ve yukarıdaki şikayetlere yer olarak durumları ortadan kaldırma mümkün değildir (12)

Görülüyor ki, üniversitelerimize karşı ileri sürülen tenkit ve şikayetlerde hakikat payı bulunmakta ise, aynı derece de, üniversite kurumları tarafından da, üniversitenin kuruluşu ile devlet ödenekleri ve imkanlarına kavuşmak bakımından da elle tutulur haklı şikayetler vardır.

---

(12) Memleketimizde "ilim yapma"nın bir çok engelleri vardır. Bunları sıralamaya gerek görmüyorum; ayrı bir makale konusu olduğuna inanıyorum.





# AMSTERDAM ANLAŞMASINA GÖRE YENİ BİR ANAYASA PRENSİBİ : DAHA SIKI BİR İŞBİRLİĞİ

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA (\*)

## Giriş

Amsterdam Anlaşması ilk kez genel bir form içinde, hangi amaçlarla, hangi koşullarla, hangi prosedürle, hangi hukuki sonuçlarla üye devletlerden bir grubunun kuramsal çerçeve içinde ve AT-AB'nin enstrümanlarıyla daha sıkı çalışabileceğini ortaya koymuştur. Amsterdam Anlaşması AT-AB hukukunda şimdiye dek mevcut olan farklılık ve esneklik prensibi ötesine geçerek bu konuda bir düzenleme getirmiştir. Bakış açısına göre bunu başarı veya geri adım olarak değerlendirmek mümkündür. Şimdiye kadar olan gelişmeyi ve yeni hükümleri daha iyi anlayabilmek için yeni anlaşma hükümleri üç kısımda ele alınacaktır. Birinci kısımda oldukça kompleks olan terminoloji açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci kısımda üye devletler arasında AT-AB hukuk düzeni içinde ve dışındaki

---

(\*) Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölüm Başkanı





sıkı işbirliğinin önemli örnekleri verilecektir. Üçüncü kısımda ise Maastricht Anlaşmasından beri farklılık prensibi, esneklik prensibi ve sıkı işbirliği prensibi çerçevesindeki tartışmalara yer verilecektir.

### **Terminoloji:**

Avrupa politikasının hiçbir alanında hiçbir konuda bu çerçevede olduğu kadar kavramlar ve nitelendirmeler zengin değildir. Bu kavramlar ve nitelendirmeler hiçbir şekilde değer yargısından uzak mütalaa edilemez. Kavramlardan birinin tercih edilmesi, muayyen bir görüşün benimsenmesi anlamını taşımamaktadır. Daha da tehlikeli olan husus, genel olarak kabul edilen tanımların bulunmamasıdır. Aynı görüş sahibi olanlar sıkça aynı içerikten farklı sonuçlar istihraç etmekte, aynı görüşe sahip olmakla beraber birbirine karşı mücadele etmektedir. Bu nedenle ortak bir dil konusunda uzlaşma çok önemlidir; üst kavramın seçilmesi en önemli sorunlardan biridir. Hukuk literatüründe kullanılan kavram "farklılık" prensibidir. Westendorp raporunda "esneklik" prensibi kavramını kullanmıştır. Amsterdam Anlaşması ise "sıkı işbirliği" kavramını kullanmıştır. Farklılık, esneklik, sıkı işbirliği kavramları yanısıra, siyasi tartışmalarda da üç diğer kavramın, farklı hızlilik, geometrie variable ve a'la carté kavramlarının kullanıldığı görülmektedir (1).

Farklı hızlilik kavramının özel olarak açıklanması gerekmektedir. Zira bu kavram hukuken farklı değerlendirilebilecek farklı oluşumları kapsamaktadır. Farklı hızlilik, AT'nin başından itiba-

---

(1) B.Baumgartl/S.Kalss, EU: Keine Angst vor mehreren Geschwindigkeiten, EA 1994 s.527 vd.



ren bize yabancı olmayan bir kavramdır. Bunun anlamı zamanla sınırlı istisnalardır. Bir veya birkaç üye devlete, anlaşma ile veya tüzük, direktif ve kararlar prensip olarak bütün üye devletler için geçerli olan normu geçici olarak uygulamama hakkı verilir. Baştan muayyen bir süreyle sınırlı istisnai düzenlemeye karşı itiraz edilecek bir husus bulunmamaktadır (Şayet bu istisna, farklılığı haklı kılacak objektif koşullara istinat ediyorsa). Örnek olarak, geçiş hükümleri ve koruma önlemleri zikredilebilir. Farklı hızlilik kavramı altında tabii ki, baştan itibaren muayyen bir süreyle sınırlı istisnalar değil, ucu gelecek için açık istisnalar da söz konusu olabilir. Burada gerçekten bir farklı hızliliğin söz konusu olması koşullara bağlıdır. İstisnai durumun sona erdirilmesi konusundaki karar bir Topluluk organına bırakıldığı takdirde ve bu karar istisnadan yararlanan devlet tarafından bloke edilemediği takdirde farklı hızliliğin olduğu kabul edilebilir. Buna karşılık istisnadan yararlanan devlet Topluluk kararını değiştirebiliyorsa farklı hızlıktan söz edilemez. Daha da problemlili durum, istisnanın sona ermesi bakımından sadece yararlanan devlete yetkinin tanınmasıdır. Hukuken, bu özel düzenlemeden yararlanan devletin Topluluğun düzenlemesi ile takip edilen amacı benimseyip benimsememesi önemli değildir. Euro hakkındaki istisnai düzenlemeler ve Maastricht Anlaşmasına ilişkin sosyal protokol bu çerçevede örnek olarak verilebilir (2).

Örneklerin gösterdiği farklı hızlilik kavramının sınırları tam belli değildir ve geometri variable'a kayması mümkündür. Üye devletlerin farklı pozisyonlarını zaman faktörünün farklılığı ile açıklamak mümkün değildir. Önemli farklılık daha çok üye devletlerin konuya ilişkin yaklaşımındadır. Ortak düzenleme prensip

---

(2) E.Grabitz, Abgestufte Integration, 1984; W.Wessels, Erweiterung, Verkleinerung, EA 1993, 308/312 vd.



olarak veya seçenekler bakımından bir üye devlete uygun gelmeyebilir. Böyle bir durumda istisnai düzenlemeden istifade ederler. Bu istisna ortak düzenlemeyi uygulamama imkanı verir. Zamanla sınırlı bir istisna böyle bir durumda söz konusu değildir. Geometri variable'a en iyi örneği sosyal protokol vermektedir. Zira İngiltere sosyal protokolün amacını benimsememiştir.

Geometri variable ile a'la carté arasındaki sınır da kaygandır. Her ikisinde de ortak olan husus üye devletlerin aynı konuya ilişkin olarak farklı pozisyonlara sahip olmalarıdır. Zaman unsurunun bu çerçevede de rolü yoktur. Geometri variable da Topluluk hukukunun önemli alanları sıkı işbirliği içinde kalmaktadır. Yan alanlanlarda, buna karşılık farklılıkların yapılması mümkündür. A'la carté durumunda ise özel düzenlemelerin Topluluk hukukunun her alanında yapılması mümkündür. Geometri variable'a zımnen de olsa bir plan esas olmaktadır. A'la carté'da ise tamamen bir seçim serbestisi bulunmaktadır.

### **Örnekler:**

Üye devletler arasında farklılığın AB'nin içinde veya dışında gerçekleşmesi mümkündür. Birkaç üye devlet arasında sıkı işbirliğinin örneklerini bugün AT-AB'nin dışında da görmekteyiz. Topluluk hukuku bunun caiz olduğunu istisnai olarak kabul etmektedir. Böyle bir istisnanın örneğini AT Anlaşmasınının 233. maddesi vermektedir. Bu madde Benelüks devletleri arasında sıkı bir işbirliğine izin vermektedir. Diğer örnekler Avrupa para sistemi (EWS), Schengen Anlaşması, Ortak Araştırma Programı (Airbus gibi), Ari-an, JET ve Euroka, güvenlik ve savunma alanında değişik işbirlikleri (WEU, Eurokorps, Eurogroup, Eurofer ve Euromaför) olarak karşımıza çıkmaktadır.



AT/AB içinde ilk işbirliği örneği araştırma programlarıdır. İlk olarak 1970'de kendi mali kaynağı için dile gelen bu program 1970 ve 80'li yılların uygulamasında Avrupa Tek Senedi'nin yeni "araştırma ve teknolojiye gelişme" başlığı ile Topluluk hukukunda yerini almıştır (md.130 K ve md.130 O). Araştırma programlarının farklı hızlilik ile açıklanması mümkün değildir. Bu konu bir geometri variable örneğidir. Meşruiyeti bu nedenle AT Anlaşmasının açık metnine istinat etmektedir. Bunun dışında önceki Topluluk hukukunda Avrupa Tek Senedi'nin yürürlüğe girmesine kadar sadece AT Anlaşması tarafından izin verilen farklılıkları geleneksel prensiplerle açıklayabilen özel düzenlemeler yer alıyordu. Avrupa Tek Senedi bu görüşü AT Anlaşmasının 8.md. c bendine hatta açık olarak almıştır (Maastricht Anlaşması md.7c). Avrupa Tek Senedi ancak bu çerçevede dar bir yorumu tercih etmiştir. Zira istisnai düzenlemelere "geçici" bir karakter vermek istemiştir. Bu durum iç pazarın gerçekleşmesi için nihai tarihin 31 Aralık 1992 olarak saptanması nedeniyle kabul edilebilir gözükmektedir. Ancak bu düzenleme geleneksel Topluluk hukukunun genel yaklaşımından daha katıdır.

Avrupa Tek Senedi ile AT Anlaşmasına md.100 a, fıkra 4 olarak getirilen hüküm şüphesiz daha ileri giden bir özel düzenlemedir ki, geleneksel Topluluk hukuku sınırlarını oldukça aşmaktadır. Bu fıkra sıkı koşullar altında çoğunlukla alınan karara muhalif olan üye devlete 36.madde anlamında veya çalışma ortamının korunması veya çevre korunması gereksinimleri ile haklı görülen Topluluk tarafından ihdas edilen harmonizasyon önlemlerine ters düşen kendi münferit ulusal düzenlemelerini uygulamaya izin vermektedir. Bunlar AT anlaşmasının md.100a, 4.fikrası tek taraflı bir "opting out"un ilk örneğidir (Topluluk hukukunun geleneksel prensipleriyle haklı görülemeyecek). Avrupa Konseyi tarafından Lüksemburg'da hazırlanan bu madde, md.100a, 1.fıkroda öngörü-



len çoğunluk prensibinin kabul edilmesinin bir bedeli olarak görülmektedir.

Maastricht Anlaşması bir taraftan ekonomi ve para birliğine ilişkin hükümleri ile, diğer taraftan sosyal politikaya ilişkin anlaşmayla Avrupa Tek Senedi'ni oldukça aşmaktadır. Maastricht Anlaşması iki politik alanı sıkı işbirliğine açmaktadır, ki bu alanlar araştırma programında olduğu gibi ne marjinal ne de md.100a, fıkra 4'ün "opting out" hükümleri gibi pratik önemi itibariyle küçümenebilecek konulardır.

İngiltere ve Danimarka için para birliği alanında öngörülen istisna hükümleri farklı hızlılığın bir örneği midir (her iki devlet de para birliğinin amaçlarını kabul etmiş ve anlaşmayı imzalamıştır), yoksa daha çok bir geometri variable mı söz konusudur? Bu konunun tartışılması gerekmektedir. Ancak tartışılmasına gerek olmayan husus, Topluluk hukukunun geleneksel "farklılık" sınırlarını aşmış olmasıdır. Aynı durum tabii ki İngiltere için sosyal alanda öngörülen istisnai hükümler bakımından geçerlidir. Zira bu istisna da farklı hızlılık görüşüne uymamaktadır. Her iki örneğin oy birliği prensibi ile açıklanması gerekmektedir. İngiltere ve Danimarka için bu özel düzenlemeler kabul edilmeksizin para birliği ve sosyal hükümler alanında -genel olarak Maastricht anlaşmasının tümünde- bir mutabakat ortaya çıkamazdı. Geleneksel ortodoks yaklaşımdan sapmanın aksi halde gerçekleşmeyeceği bilinen bir husustu. Bu düzenleme entegrasyon adımının bir bedeli olarak mütalaa edilmektedir. Bu bedelin kabul edilmesi Maastricht'te müzakerelerde yer alan devlet ve hükümet başkanlarının çoğu bakımından kolay olmamıştır. Çoğunun ümidi İngiltere'deki hükümet değişikliği ile kısa zamanda sosyal alandaki bu özel düzenlemenin ortadan kaldırılması idi. Sosyalistlerin seçimi kazanması -1.5.1997'de geçikmeli de olsa onları haklı çıkartmıştır.



Euro'ya hemen katılamayacak devletler için kabul edilen istisnai düzenlemeler ekonomik içeriği nedeniyle Topluluk hukukunun geleneksel yorumuyla bağdaşmaktadır. Bu farklı hızlılık yaklaşımının klasik bir örneğini teşkil etmektedir. Buna rağmen anlaşmada istisnai bir düzenlemeye gereksinim duyulması, kuramsal kaygılar nedeniyledir. Para birliği konusundaki hükümler, geçiş hükümleri muvacehesinde -geçici olarak Euro'ya katılmayan devletlerin- Topluluk karar prosedürüne zayıf bir katılımını öngören ilk örneğidir. Bu yeniliğin emsal teşkil etmesi ise oldukça önemlidir. Bu yeniliğin en önemli etkisi AB'nin gelecekteki genişlemesini şekillendirilmesinde ortaya çıkacaktır. Yeni bir üye devlet için geçiş hükümlerinin Topluluk karar prosedürüne tam olarak katılmayı öngörüp görmeyeceği mutlaka gündeme gelecektir. Daha önceki tartışmalarda bu sorun üzerinde fazla düşünülmüdü. Topluluk karar prosedürüne sınırsız katılım katılmanın doğal özelliği olarak kabul ediliyordu (katılma uzun geçiş dönemi öngörse de).

### Maastricht anlaşmasından itibaren bu çerçevede yapılan tartışmalar:

Topluluk içinde "farklılık" konusu yirmi yıldır gündemde olan bir konudur. Bu tartışma Danimarka, İngiltere ve İrlanda'nın 1974'te Willi Brandt'ın programı ve Tindeman'ın raporu ışığında katılmasının hemen ertesinde başlamıştır. Konu Dahrendorf (1979) tarafından gündeme getirilmiş ve 80'li yıllarda hukuki ve politik analizlere neden olmuştur (Ehlermann 1984, Grabitz 1984, Wallace 1985).

Tartışma Lamers-Schaeuble dokümanının (1994) yayınlanması ile önemli şekilde siyasi aktualite kazanmıştır. Birkaç gün sonra Fransa Başbakanı Balladur bu konudaki görüşlerini dile getirmiş; arkasından İngiltere Başbakanı Major görüşlerini açıklamıştır. Herşeyden önce Lamers-Schaeuble dokümanının AB'de ve üye



devletlerde tartışma ve yorumlara neden olduğunu söylemek gerekmektedir. Lamers-Schaeuble dokümanı tarafından başlatılan tartışmanın Westendorp grubunun oluşmasına, arkasından da konunun hükümetlerarası konferansa geldiği görülmektedir. Sonuç, Amsterdam Alaşmasının yeni hükümleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Lamers-Schaeuble, Balladur ve Major'ın siyasi inisiyatiflerinin karşılaştırılması, farklılık yaklaşımı ile tamamen farklı amaçların takip edilebileceğini ortaya koymaktadır. Lamers-Schaeuble, dışarıda kalanlara (aussenseiter) kapalı bir çekirdek Avrupa yaratmak istemektedir. Bu çekirdek Avrupa Benelux ülkeleri,Almanya ve Fransa'dan oluşacaktır. Bu rapora önemli eleştiri, AB mimarisini hazırlaması şeklinde yapılmıştır. Önerisi çok açık olmayan Balladur'un mevcut Topluluğu aşan daha katı bir AB mimarisinden hareket ettiği görülmektedir. Major'ın görüşü ise hiçbir mimari unsur içermemektedir. Onun için önemli olan herbir üye devlet için daha çok hareket serbestisiydi (gerektiği takdirde kararlaştırılan Topluluk hukukuna rağmen). Major bir a'la carte Avrupa önermiştir.

Zikredilen bu siyasi inisiyatifler katılacak üye devletlerin perspektifleri ile de ilgilidir. Lamers-Schaeuble'nin ve Balladur'un önerileri kısmen derinleşme ve genişleme arasındaki çelişkiye bir cevaptır. Bu önerinin etkisi üye devletler arasındaki ilişkilerde yansımıştır. Çekirdek Avrupa'ya dahil olmayan üye devletler mevcut AB'ye ve kendi statülerine bu önerinin olumsuz etki yapabileceği düşüncesindedir.

Lamers-Schaeuble'nin inisiyatifinin en önemli sonucu AB içinde farklılık konusuna ilişkin tartışmayı aktuelleştirmiş olmasıdır. Bu dokümanın Westendorp grubunun çalışmalarına ve hükümetlerarası konferansın çalışmalarına dolaylı etkisi büyüktür. Ancak, doğrudan etkisi ise azdır. Buna karşılık hükümetlerarası konfe-



ransa doğrudan etki Başbakan Kohl ve Başkan Girac'ın 6.12.1995 tarihli ortak mektubu ve dışişleri bakanı Kinkel ve de Charette'nin 17.10.1996 tarihli ortak mektubu olmuştur. Kohl-Chirac 6.12.1995 tarihli mektuplarında "bir ortağın muayyen bir zaman için sahip olduğu zorluklar nedeniyle uyum sağlayamaması Birliğin hareket serbestisini ve ilerlemeler sağlama olanağını zarara uğratmamalıdır. Bunu isteyen ve bunun için durumları uygun olan devletlere olanak açan, mütecanis kurumsal çerçevenin korunması koşuluyla daha güçlü bir işbirliğini gerçekleştirecek düzenlemelerin anlaşmada genel olarak yer alması gerekmektedir". İki dışişleri bakanının 17.10.1996 tarihli mektuplarına eklenen AB'nin derinleşmesinde güçlü işbirliğine ilişkin dokümanda anlaşmada yer alan böyle bir düzenlemenin Avrupa'nın birleşmesi prosesinin devamını sağlayacağı ve hernekadar önce sadece bir kısım üye devletler ilerleyebilecekse de, AB'ni öne taşıyacağını dile getirmişlerdir. Aynı şekilde elastikiyet kuralı ile (flexibilitaet) anlaşma çerçevesinde güçlü bir işbirliği sağlanmalıdır. Böyle bir düzenleme olmaksızın bu işbirliği sadece anlaşma dışında uygulanabilir. Maastricht Anlaşmasının üç sütununun ortak çatısına eklenecek bir temel hüküm ve üç özel hüküm (üç sütunun herbiri için detayları saptayan) somut öneri olarak getirilmiştir. Hollanda başkanlığı bu strüktürü benimsemiştir. Söz konusu strüktür Amsterdam Anlaşmasına esas olmuştur. Maastricht Anlaşması'ndan itibaren gelişmeleri ortaya koyan bu özel farklılık, esneklik ve sıkı işbirliği tartışmaları çerçevesinde Almanya'nın önerilerinin önemli bir rolü olduğu görülmektedir. Federal Almanya'nın Avrupa politikası angajmanı ışığında bu gelişmeler bir sürpriz değildir. AB'nin kurumsal zayıflığını yenmek bakımından önemli olan oy birliği gereksiniminin oy çokluğu kuralı ile ikame edilmesidir. Aynı şekilde önemli olan husus, eskisi gibi hala "intergouvernemental" karakterli ikinci ve üçüncü sütunda yer alan konuların birinci sütuna aktarılması ve bu şekilde Topluluğa maledilmesidir. Bütün bu önemli konular yanında an-





laşmada sıkı bir işbirliği mekanizmasının yaratılması çok önemlidir (3).

AB Anlaşmasında münferit üye devletler arasında sıkı işbirliğini sağlamak üzere açık olan kooperasyon mekanizmaları da AB'nin kurumsal zayıflığını ortadan kaldırmamaktadır. Tamamen tersine yeni kurumsal mekanizmaların kullanılması ile kaçınılmaz bir şekilde bağlantılı olarak AB daha da komplike bir karakter kazanacaktır. AB'nin olağanüstü komplike karakteri, karar strüktürü ve hukukunun kompleks karakteri yurttışa yakın bir Avrupa oluşturmanın en önemli engelidir. AB içinde sıkı işbirliği için ilave formüller üretilmesi bu komplike yapıyı daha da güçlendirecektir. Brüksel yurttışa yakın değil, yurttıştan daha da uzak olacaktır. AB'nin kurumsal yapısı dışında kooperasyonun AB'nin kuramsal yapısında cereyan eden kooperasyona nazaran daha zor kavranabileceği gerekçesi ise teorik olarak doğru olsa da sonucu pek değiştirmemektedir. AB içinde işbirliği (bu işbirliğinin olumlu pratik sonuçları kuramsal kaybı dengeleyemedikleri takdirde) AB'nin kabulü ve meşruiyetine olumsuz etki yapabilir. AB'nin artan kompleks yapısının ve anlaşılmazlığının olumsuz sonuçları sadece AB yurttışlarını ilgilendirmemektedir. Bu durum AB dışında da hissedilecektir. AB'nin uluslararası durumu ve güvenilirliği bundan etkilenecektir. Yetersiz kurumsal reformlarla AB'nin daha komplike hale getirilmesi tehlikesi, daha sıkı işbirliği için anlaşmada bir mekanizmanın öngörülmesine karşı getirilen itirazların sadece bir kısmıdır. Bu çerçevede temel prensip olarak "dayanışma" prensibine istinat edilmektedir. Her üye devlet ilk planda önce kendi çıkarlarını düşünmektedir. Dayanışma farklı boyutlara sahiptir. Tarihi deneyim, hükümetlerarası konferansta İngiltere'nin tutumunu

---

(3) J.Janning, Europa braucht verschiedene Geschwindigkeiten, EA 1994, 527/528, 534



açıklamaktadır. AB'nin kuramsal yapısı içinde sıkı işbirliğini kolaylaştıran bir mekanizmanın kabul edilmesi gayretlerine İngiltere şüphe ile karışık karşı koymuştur. Geçmişte daha çok esneklik isteyen İngiltere hükümeti değil miydi? Maastricht Anlaşmasında çetin müzakerelerden sonra Euro ve sosyal hükümler için İngiltere'ye istisnaların tanınmasından sonra zaferi kutlayan Major değil miydi?

İngiltere'nin davranışının, Maastricht Anlaşmasının para birliği ve sosyal hükümlerinden kaynaklanan endişeler dikkate alındığında anlaşılması mümkündür. Topluluklar pratikte EFTA'ya yok etmiştir. Para birliği Londra'nın stratejik pozisyonunu tehdit etmektedir. İngiltere için sosyal hükümlere ilişkin olarak tanınan istisnalara İngiltere'nin büyük firmaları uymamıştır. İngiltere için geçerli olmayan kuralları bu firmalar gönüllü olarak uygulamaktadır. Daha ileri bir entegrasyona karşı olanlar AB kuramsal yapısı içinde daha sıkı bir işbirliğini engellemeye çalışacaklar ve en azından kontrol altında tutmaya çalışacaklardır. İngiltere'nin gelecekteki daha sıkı işbirliğini uygulama konularının oy birliği ile kararlaştırılmasını isteme talebi bu nedenledir (Avrupa Konseyi prensip olarak bu öneriyi kabul etmemiştir).

Daha sıkı işbirliğini istemekle beraber, ekonomik olarak bunu sağlayamayacak olan üye devletlerin tedirginliğini anlayışla karşılamak gerekmektedir. Kuramsal olarak kolaylaştırılmış sıkı işbirliği (mali boyuttan bağımsız olarak) üye devletlerin uzlaşlarında bir zayıflamaya neden olabilir. Kuramsal olarak kolaylaştırılmış daha sıkı işbirliği kısa ve uzun dönemde Lamers-Schaeuble dokümanında dile geldiği üzere genel olarak reddedilen çekirdek Avrupa'nın teşkil edilmesine neden olur. Daha sıkı işbirliği muhtemelen organlar nezdinde de özellikle Avrupa Konseyinde, koşullara bağlı olarak Avrupa Parlamentosunda, AB Konsey'inde ve Divan'da gerilimlere neden olacaktır. Blokların teşkili Avrupa Birliği düşüncesi-



siyle, prensipleriyle ve onun iyi şekilde fonksiyonunu göstermesi düşüncesiyle bağdaşamaz. Üye devletleri bir arada tutmak için AB'nin kuramsal yapısında daha sıkı bir işbirliğini kolaylaştıran bir mekanizmanın kabul edilmesi çerçevesinde dile getirilen tereddüt ve endişeler hiçbir şekilde rizikosuz olarak değerlendirilmez (4). Bu durum Amsterdam Anlaşmasına göre AB içinde daha sıkı bir işbirliği için koşulların zenginliğini açıklamaktadır. Bu koşullar gelecekte AB kuramsal yapısında daha sıkı bir işbirliğinin kabul edilmesinin bedelidir. Bu bedel AB içinde daha fazla esneklik isteyenler bakımından yüksek gelebilir. Ancak daha sıkı bir işbirliği için oy birliği ile karar alınmaması da, bugün için tatmin edici olarak görülmesi gerekir.

### Amsterdam Anlaşmasının yeni hükümleri

Amsterdam Anlaşmasının daha sıkı bir işbirliğine ilişkin yeni hükümleri önceki bölümde açıklandığı üzere Alman-Fransız insiyatifinin sonucu olarak görülmektedir. AB Anlaşmasının yeni başlığı VIa (üç maddeden ibarettir) ortak hükümlerinde horizontal ortak kurallar saptamıştır. Bu kurallar birinci ve üçüncü sütunlarda özel bir madde ile tamamlanmıştır. İkinci sütun için AB'nin kuramsal yapısında buna karşılık daha sıkı bir işbirliği öngörülmüştür. Hollanda Başkanlığının benzer önerileri Amsterdam'da Avrupa Konseyinde son dakikada çizilmiştir (5).

- 
- (4) P.M.Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 1996, § Rdnr. 3); M.N.Huber, *Maastricht –Ein Staatstreich?* 1993, s.35 vd.
  - (5) Epiney, *Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam*, 1998 Innsbruck



## ***Horizontal temel düzenleme***

### **Prensip:**

İlk temel hüküm md. K15'tir. Madde K15 1.fikrasında "kendi aralarında daha sıkı işbirliği tesis etmek isteyen üye devletler, anlaşmada öngörülen organları, prosedür ve mekanizmayı kullanabilir (şayet işbirliği tespit edilen koşullara uyuyorsa)". Bu şekilde ilk kez olarak gelecek için AB'nin kurumsal yapısı dahilinde bir yahut daha ziyade üye devletin ortak aksiyonlara katılmaya hazır olmasına rağmen üye devletlerin kimileri arasında daha sıkı işbirliği yapma olanağı açılmıştır. AB'nin kuramsal yapısı içinde belli koşulların yerine getirilmesi kaydı ile daha sıkı işbirliği yapılabilmesi, üye devletlerin AB'nin kuramsal yapısı dışında da işbirliği yapılarının mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir (üye devletlerin AB Anlaşmasının yeni hükümlerine nazaran daha fazla esneklik aramaları nedeniyle). Prensip olarak, üye devletlere (AT Anlaşmasının 5.maddesine riayet edilmesi kaydıyla) AB'nin kuramsal yapısı dışında işbirliğinin yasaklanması mümkün değildir. Daha sıkı işbirliği yapmak isteyen devletlerin kendilerini 5.maddede yer alan temel prensibi somutlaştıran karakterdeki koşullardan kurtarmaları mümkün değildir. Aynı durum, mutatis mutandis açık yahut zımnen üye devletlerin davranışlarını üçüncü sütun dışında disipline edecek koşullar bakımından geçerlidir.

### **Amaçlar:**

Md.K15'in 1.fıkra a)bendine göre, daha sıkı işbirliğinin, Birliğin amaçlarını teşvik eden ve onun çıkarlarını koruyan ve ona hizmet eden nitelikte olması gerekmektedir. Sıkı işbirliği o halde daha çabuk ilerlemenin bir aracıdır. Geri adım için bir adım değildir.



### Koşullar:

Md.K15'in 1.fıkra b)bendi daha sıkı işbirliğinin Birliğin ortak kuramsal yapısını dikkate alacağını dile getirmektedir. Daha sıkı işbirliği yapacak devletlere Birliğin kuramsal çerçevesini kullanma olanağı verilmektedir. c) bendi, daha sıkı işbirliğinin sadece nihai araç olarak kullanılmasını kabul etmiştir (şayet anlaşmanın amaçları anlaşmada saptanan ilgili prosedür üzerinden gerçekleştirilemiyorsa). Konsey'e karar verilmesi için ne kadar süre tanınacağı metinde saptanmamıştır. Bir anlaşma sağlanabilmekle beraber bu anlaşma daha sıkı işbirliği yapmak isteyen devletler bakımından yeterli değilse ne olacağı yine metinde açık değildir. Maddenin d) bendi daha sıkı işbirliğinin asgari üye devletlerin çoğunluğunu ilgilendirmesini gerekli görmektedir. Bu koşul ile AB içinde rakip grupların çıkması önlenmektedir (hepsinin de ortak kuramsal çerçeveyi kullanması kaydı ile). Bu kriterin ancak AB dışında gelecekte daha sıkı işbirliği yapılmasına neden olma ihtimali büyüktür. Başlangıçta sadece Benelux devletleri, Almanya ve Fransa tarafından imzalanan Schengen Anlaşmasına işaret edilmesi bu çerçevede yeterli bir örnektir. Maddenin e) bendi temel bir öneme sahiptir. Bu bende göre daha sıkı işbirliği Topluluk muktesabatına ve anlaşmanın diğer hükümlerine göre ihdas edilen önlemleri ihlal etmeyecektir. Bend e), bend a)'da dile gelen amacı somutlaştırmaktadır. Daha sıkı işbirliği ilerlemeye hizmet etmelidir; geri dönüş amacı ile işbirliği yapılamaz. Maddenin e) bendi birinci sütun bakımından büyük bir öneme sahiptir ve bu nedenle AT Anlaşmasının özel hükmünde somutlaştırılmıştır. Maddenin f) bendine göre daha sıkı işbirliği ile işbirliğine katılmamış üye devletlerin yetkileri, hakları, yükümlülükleri, çıkarları ihlal edilemez. Maddenin ikinci fıkra ikinci cümlesi, işbirliğinin yürütülmesinin bu işbirliğine katılmayan devletlerce önlenemeyeceği hükmünü içermektedir. Maddenin f) bendi AT anlaşmasının 5.maddesinde yer alan prensiplerin somutlaştırılmasından başka birşey değildir. madde



K15 ikinci fıkra ikinci cümle ise buna karşılık bu prensiplerin AB'nin kuramsal çerçevesinde yapılacak daha sıkı işbirliği durumuna uyarlanmasıdır (Maastricht Anlaşmasının para birliğine ilişkin hükümleri buna bir örnek teşkil etmektedir). Maddenin g) bendi üye devletler arasında daha sıkı işbirliği için açıklık prensibini getirmektedir. İşbirliği bütün üye devletlere açıktır. Tüm üye devletler bu işbirliğine bu çerçevede daha önce alınan kararlara uymak kaydıyla her zaman katılabilirler. Bu koşullar birinci ve üçüncü sütun bakımından aynı ölçüde geçerlidir. Bu koşullar yukarıda da değinildiği üzere birinci sütun için özel bir normda daha yakından somutlandırılmıştır (6).

### Karar alma prosedürü:

İstisna edilme mekanizması ve daha sıkı işbirliğine katılma hakkındaki hükümler birinci ve üçüncü sütun için aynı ölçüde geçerli olan Avrupa Birliği Anlaşmasında değil, her iki sütun için özel düzenlemelerde yer almaktadır. Yatay olarak uygulanabilir karakterde diğer temel hüküm md.K16'dır. Bu madde, daha sıkı işbirliğine girme kararından sonra işbirliğinin yürütülmesi için hukuki tasarrufların ve kararların kabul edilmesi bakımından anlaşmanın ilgili kurumsal hükümlerinin geçerliliğini kabul etmiştir (7). Md.K16 bunun dışında para birliği için kabul edilen istisnai düzenlemeyi tekrar eder şekilde sıkı işbirliğine ilişkin olarak Konsey'in tüm üyelerinin istişarelere katılabileceğini, ancak sadece işbirliği yapan devletlerin temsilcilerinin karar mekanizmasına katılabileceğini öngörmektedir. Maastricht Anlaşmasının sosyal alanda İngiltere için kabul ettiği istisnai hükümler buna karşılık İngiltere'nin Konsey'deki istişarelere katılmasını öngörmemekte-

(6) C.Thun – Hohenstein, Der Vertrag von Amsterdam/Wien 1997, s.28

(7) Matthias Pechstein/Christian Koenig, Die Europäische Union. Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2.Auflage 1998, S.105, Rz.194



dir. Md.K16 nitelikli çoğunlukla, Konsey'deki ilgili üye devletlerin AT Anlaşmasının 148.maddesi ışığında oy ağırlığını; oy birliğinde, Konsey'deki ilgili üye devletlerin oy birliğini ifade ettiğini dile getirmektedir. Konsey'de karar alınması için özel düzenleme yapılması kadar, diğer organlar için özel düzenlemenin olmaması da dikkat çekicidir. Avrupa Parlamentosu, Komisyon, İlk Derece Mahkemesi ve ATAD kararlarını normal terkipleriyle verirler. Bu durum Komisyon ve mahkemeler için uygun olabilir, ancak Avrupa Parlamentosu bakımından sorun doğurabilir.

Diğer yatay uygulanabilir üçüncü hüküm md.K17'dir. Bu madde Avrupa Parlamentosu'nun Konsey ve Komisyon tarafından sıkı işbirliğine ilişkin olarak genel anlamda bilgilendirilmesini öngörmektedir. Parla mentonun düzenli olarak bilgilendirilmesi, Parla mentonun sıkı işbirliği çerçevesinde zayıf durumunu dengelemek için düşünülmüştür.

#### Finansman:

Önceki örneklerine uygun olarak md.K16 ikinci fıkra sıkı işbirliği yürütülmesinden doğan harcamaları, organların idari harcamaları istisna olmak üzere, işbirliğine katılan devletlerce finanse edilmesini, Konsey oy birliği ile başka türlü karar vermediği takdirde kabul etmektedir.

#### Prosedürün bağlayıcılığı:

Md.K15 ikinci fıkra sıkı işbirliği çerçevesinde alınan kararların sadece bu işbirliğine katılan devletleri bağlayacağını öngörmektedir. Bu işbirliğine katılmayan devletler bu çerçevede alınan kararların yürütülmesini engelleyemez.

#### AT anlaşması için özel düzenleme:

Yukarıda işaret edildiği üzere, AT anlaşması için özel bir hüküm (yeni bir hüküm olarak madde 5a) Topluluk müktesebatının



korunmasını öngörmektedir. Bu hüküm özellikle iç pazarı ve buna refakat eden politikaları kapsamaktadır; ki bunlara herşeyden önce ekonomik ve sosyal işbirliği dahildir.

Yeni 5a maddesi 1.fıkra sıkı işbirliğinin

- a) Topluluğun münhasır yetki alanına giren konularda olmasını;
- b) Topluluk politikalarını, aksiyon veya programlarını zarara uğratmamasını;
- c) Birlik yurttaşlığına ilişkin olmamasını ve üye devletlerin vatandaşları arasında ayrımcılığa neden olmamasını;
- d) Topluluğa bu anlaşma ile verilen yetkileri aşmamasını;
- e) Üye devletler arasında ayrımcılık veya hareket serbestisine sınırlama getirilmemesini ve üye devletler arasında rekabet koşullarının ihlal etmemesini

öngörmektedir.

Dikkat çeken husus bu katalogda önce negatif bir formülasyonun kullanılmasıdır. 5a maddesi pozitif bir ifade ile hangi alanlarda işbirliği yapılabileceğini saymamaktadır. 5a maddesi hangi alanlarda işbirliğinin yapılamayacağını saymakta ve işbirliği çerçevesinde riayet edilmesi gereken prensipleri saptamaktadır (üye devletlerin yurttaşları arasında ayrımcılık yapılmaması, hareket serbestisine sınırlama getirilmemesi, rekabet sınırlamaları getirilmemesi). Daha sıkı işbirliğine kapalı alanların oldukça geniş, riayet edilecek prensiplerin oldukça katı öngörülmesi bir sürpriz değildir. Genel görüşe göre birinci sütun sıkı işbirliği için az imkan tanımaktadır.





5a maddesinin 1.fıkrasında yer alan koşullar muhtemelen yorum sorunları yaratacaktır. Öncelikle riayet edilecek rekabet koşullarının kataloga alınması siyasi olarak yorum problemi yaratabilecektir. Zira geleneksel Topluluk hukukunda bu konu caiz olan bir farklılık konusu olarak tespit edilmemiştir.

### İstisna mekanizmasının işletilmesi:

Avrupa Konseyi Amsterdam'da AT Anlaşmasının yeni 5a maddesi ile herşeyden önce istisna mekanizması ile meşgul olmuştur. Konsey daha sıkı işbirliğini nitelikli çoğunlukla mı yoksa oybirliği ile mi yürürlüğe koyacaktır. Yeni 5a maddesinin ikinci fıkrası üye devletlerin gerçekleştirmek istedikleri işbirliğini gerekçeli olarak Komisyon'a bir dilekçe ile bildirmesini, Komisyon'un Konsey'e bu konuda bir öneri arzetmesini, Komisyon'un böyle bir öneri yapmadığı takdirde ilgili üye devletlere bilgi verilmesini ve sebeplerinin bildirilmesini öngörmektedir. Yetkilendirme Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla, Komisyon önerisi ve Parlamento'nun dinlenmesinden sonra karara bağlanır (2.fıkra, 1.cümle). Yeni 5a maddesinin 2.fıkrası mamafih sıkı işbirliğinin yürürlüğe konulmasını oybirliği koşuluna bağlamak isteyen üye devletlerin görüşüne de saygı göstermektedir. Önemli bir ulusal politika nedeniyle, ki bu zikredilmek zorundadır, ilgili üye devlet veto hakkını kullanabilir. Böyle bir durumda oylama yapılamaz. Konsey nitelikli çoğunlukla, sorunun oybirliği ile karara bağlanmak üzere devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla toplanacak Konsey'de ele alınmasını karara bağlayabilir. Aynı hüküm üçüncü sütun bakımından da geçerlidir (md.K12, 2.fıkra, 2.cümle). AT anlaşmasının 5a maddesi, AB Anlaşmasının K12 ve J13.maddeleri AT hukuku ve AB hukuku bakımından mutlak bir yenilik teşkil etmektedir. Bu hükümler ünlü Lüksemburg uzlaşısını hatırlatmaktadır. Veto olanağı yanlıları bakımından bu önlemlerin anlaşma metnine alınması kolay, karşıtları bakımından ise mutlaka çok zor olmuştur.



5a, K12 ve J13 nolu maddelerde öngörülen veto önlemlerinin anlaşma metnine alınması, müzakere politikası mantığı içinde Avrupa Senedi çerçevesinde AT anlaşmasının md.100a fıkra 4'de; İngiltere, Danimarka için Euro konusunda ve İngiltere için sosyal protokol konusunda Maastricht anlaşmasında tanınan istisnai düzenlemeleri hatırlatmaktadır. Bütün bu durumlarda entegrasyon politikası kuramsal bir yenilenme ve taviz ile gerçekleşmiştir. Geçmişte Topluluk hukukunun ortodoks anlayışından sapmak için ödenen bedel çok yüksek değildi. Gelecekte bu çerçevede ödenecek bedelin ne olacağı görülecektir. Bu çerçevede Komisyon'un rolünü de vurgulamak gerekmektedir. Sıkı bir işbirliğine girmek, Komisyonu'un uygun bir öneri yapmasına bağlıdır. Komisyon bunu yapmadığı takdirde sıkı işbirliği yapılması olanağı kapanmaktadır. Bunun dışında Komisyon önerisi üzerine karar verilmesine ilişkin genel prensipler bu çerçevede de geçerli kabul edilmektedir. Konsey Komisyon önerisinden sadece oy birliği ile sapabilir (prensip olarak nitelikli çoğunlukla karar vermesi mümkünken). Komisyon bir öneri hazırlamaya zorlanamaz. Ancak Komisyon ilgili üye devletlere bilgi vermek ve olumsuz tutumunu gerekçelendirmek zordur. Bu durum, Komisyon'un sıkı işbirliğini başlatmak için gerekli olan iki anahtardan birine sahip olduğu gerçeğini değiştirmez. Avrupa Parlamentosu'nun pozisyonunun ise buna karşılık zayıf olduğunu söylemek gerekmektedir. Parlamento'nun sıkı işbirliği çerçevesinde alınacak karar bakımından anlaşmadaki normal rolüne sahip olması onun bu zayıf pozisyonunu dengelemektedir. Konsey ve Komisyon'un Parlamento'ya bilgi verme mükellefiyetini de bu çerçevede hatırlatmakta yarar bulunmaktadır.

#### İşbirliği prosedürüne katılma:

Komisyonun işbirliğini başlatmak için sahip olduğu önemli rolün, işbirliğine katılma bakımından da söz konusu olduğu görülmektedir. AT anlaşmasının 5a maddesinin 3.fikrasına göre sıkı iş-



birliğine katılmak isteyen bir üye devlet bu konuda Konsey ve Komisyon'a bilgi verir. Komisyon Konsey'e kendisine bilgi verilmesinden itibaren üç ay içinde görüş bildirir. Komisyon kendisine bilgi verilmesinden itibaren hesaplanacak dört ay içinde talep hakkında ve gerekli addettiği spesifik düzenlemeyi karara bağlar. Sıkı işbirliğini başlatma mekanizması bu prosedüre katılma mekanizmasından oldukça farklıdır. Katılma hakkında Komisyon yalnız başına karar verme yetkisine sahiptir (şüphesiz Konsey Komisyon'un katılma talebine ilişkin görüşünü arzetmesi üzerine görüş bildirme olanağına sahiptir). 5a maddesine göre gerçekleştirilen katılma mekanizmasında Konsey'in önceden görüş bildirmesi açıkça öngörülmektedir. Bu durum birbirini takip eden değişik prosedür adımlarının atılması ışığında kabul edilmektedir. Avrupa Parlamentosu 5a maddesi, 3.fıkıradaki zikredilmektedir. Parlamento şüphesiz ihtiyari olarak dinlenebilir. Sıkı işbirliğinin başlatılması prosedürü ile katılma prosedürünün karşılaştırılması yapıldığında katılma prosedürünün, işbirliği prosedürüne başlama prosedürüne nazaran kolay olduğu görülmektedir.

#### İlgili anlaşma hükümlerinin uygulanması:

5a maddesinin 4.fıkrasına göre, işbirliği çerçevesindeki faaliyetlerin icrası için gerekli hukuki tasarruf ve kararlar bu anlaşmanın ilgili hükümlerine tabidir (bu maddede ve K15 ve 16 başka bir hüküm öngörmediği takdirde). İşbirliğinin yürütülmesi için gerekli tasarrufların ihdası ve kuramsal hükümlere riayet K16 maddesinin 1.fıkrasında da dile gelmektedir. 5a, f.fıkra biraz daha ileri gitmektedir. Zira bu hüküm tüm maddi hukuku ve yargı denetimini kapsamaktadır.

Sıkı işbirliğine ilişkin yeni hükümler (yatay temel hüküm ve AT Anlaşmasının 5a maddesi) iki önemli boşluğa sahiptir.



Daha sıkı işbirliğine katılan üye devletlerin, işbirliğini istemekle beraber, durumları buna müsait olmayan üye devletlere yardımla ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum özellikle ekonomisi iyi olmayan üye devletler bakımından önemlidir.

Yeni hükümler, sıkı işbirliğinin AT'nin dış yetkileri üzerinde ne gibi etkileri olacaktır sorusuna da cevap vermemektedir.

Sıkı işbirliği, AETR kararındaki koşulların yerine gelmesi durumunda, AT'nin 3.devletle münhasır anlaşma yapma yetkisinin doğmasına neden olacak mıdır? Doğal olarak bu anlaşma sadece işbirliğine taraf olan devletler bakımından geçerli olacaktır. Sıkı işbirliğine katılmayan devletlerin Devletler Hukuku anlamında tasarruf serbestisi devam edecektir. Maastricht anlaşmasının para birliğine ilişkin hükümleri bunun mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu örneğe uygun olarak yeni hükümlerin, sıkı işbirliği durumlarında bir AETR efektinin doğabilecek şekilde yorumlanması gerekir, ki bu durum AT'ye 3.devletlerle münhasıran anlaşma akdetme yetkisi verir (işbirliğine taraf olan devletler bakımından sonuç doğurmak üzere).

### 3.sütunun diğer bölümlerinin Topluluğa maledilmesi ve Schengen Anlaşması:

Madde 5a, 5.fıkra Schengen muktesebatının AB çerçevesine alınmasına ilişkin protokol lehine bir çekince yapmaktadır. Bu çekenin AT Anlaşmasının bir hükmünde de yer alması nedeniyle, Amsterdam Anlaşmasının üçüncü sütunun önemli bölümlerini birinci sütuna aktarması mantikidir (8).

---

(8) Müller-Graff, Institutionelle und materielle Reformen in den Bereichen Justiz und Inneres, Vortrag auf dem Seminar, "Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam" am 16/17 März 1998 in Innsbruck



Bu aktarma sıkı işbirliği mekanizmasının yardımıyla mümkündür. Zira, İngiltere ve İrlanda bir taraftan, Danimarka diğer taraftan kuramsal özel düzenlemelerde ısrar etmişlerdir. AT Anlaşmasının, vize, iltica, göç ve serbest dolaşıma ilişkin diğer politikalar ve Schengen Protokolüne ilişkin yeni IIIa başlığı Amsterdam Anlaşmasına alınmış sıkı işbirliğinin somut uygulama örnekleridir. Schengen protokolünün metninde bu durum açıkça dile gelmektedir. Yeni IIIa başlığı çok açık değildir. Özünde ancak üye devletlerin çoğunluğunun sıkı işbirliğidir.

Vize, iltica, göç ve serbest dolaşıma ilişkin diğer politikalar hakkındaki yeni başlık -İngiltere, İrlanda ve Danimarka için istisna düzenlemeler:

AT Anlaşmasının 73.md(i) göre Konsey, özgürlük, güvenlik ve hukuk alanlarının adım adım oluşması için:

- a. 7a maddesine göre serbest dolaşımın temini için önlemler alır; 73J ve 73K'ya göre dış sınırların kontrolü, iltica, göç ve bununla doğrudan bağlantılı önlemler alır;
- b. İltica, göç alanlarında ve üçüncü devletlerin vatandaşlarının haklarının korunması için 73k maddesine göre diğer önlemleri alır;
- c. 73m maddesine göre Medeni Hukuk konularında adli işbirliği önlemleri alır;
- d. 73n maddesine göre İdareler arasında işbirliğinin teşvikinin güçlendirilmesi için uygun önlemler alır.

Üçüncü sütunun önemli bölümleri bu şekilde AT Anlaşmasına aktarılmıştır. Bu çerçevede önkarar prosedürü için özel bir düzenleme öngörülmiştir.



İngiltere ve Danimarka'nın söz konusu alanların Topluluğa mal edilmesine ilişkin iradelerini kırmak için 73g bu üye devletler için istisnalar öngörmektedir. Bu istisnalar iki protokollde bir taraftan İngiltere ve İrlanda için diğer taraftan Danimarka için saptanmıştır.

AT Anlaşmasının 7a maddesinin muayyen boyutlarının İngiltere ve İrlanda'ya uygulanmasına ilişkin protokol İngiltere ve İrlanda için maddi hukuka ilişkin özel düzenlemeler öngörmektedir (kişilerin denetimi). Bu özel düzenlemeler diğer taraftan diğer üye devletlerin İngiltere ve İrlanda'ya karşı özel düzenlemelerine neden olabilir.

#### İngiltere ve İrlanda'nın durumuna ilişkin protokol:

Her iki devlet bakımından kuramsal özel düzenlemeler öngören protokol bu çerçevede oldukça önemlidir. Bu protokolün 1.maddesine göre İngiltere ve İrlanda, AT Anlaşmasının IIIa başlığına göre önerilen bir önlemin Konsey tarafından karara bağlanmasına prensip olarak katılmaktadır. Nitelikli çoğunluk ve oybirliği öngörülen hükümler içerikleri itibariyle K16 fıkra 1'in hükümlerine uygundur.

Protokolün 3.maddesine göre İngiltere veya İrlanda Konseyde karara katılma isteklerini dile getirebilirler. Böyle bir durumda karar bu üye devletlerin birinin veya diğerinin katılımıyla gerçekleşir. AB Anlaşmasının K16 md. 1.fikrasına göre ya nitelikli çoğunluk ya oybirliği kuralı geçerli olur. Katılma beyanı ancak karar prosedürünü sürekli olarak bloke edemez. 3.madde 2.fıkra açık olarak Konseyin bir önlemi İngiltere ve İrlanda'nın katılımı olmaksızın da karara bağlayabileceğini öngörmektedir (şayet karar malkul bir zaman dilimi içinde bu devletlerin katılımı ile alınmıyorsa).



Protokolün 4.maddesine göre, İngiltere veya İrlanda Konseyin bir önlemi kabulünden sonra her zaman, önlemi kabul etmek istediğini bildirebilir. Böyle bir durumda AT Anlaşmasının 5a md. 3.fikrasında dile gelen katılma mekanizması işler.

Protokolün 2.maddesi İngiltere veya Danimarka katılmaksızın alınan önlemlerin bağlayıcılığını düzenlemektedir. Bu hükme göre, AT anlaşmasının IIIa başlığının hükümleri, bu başlığa istinaden ihdas edilen önlemler, Topluluk tarafından bu başlığa istinaden akdedilen uluslararası anlaşmalar, Adalet Divanının bu hükümleri veya önlemleri yorumlayan kararları İngiltere veya Danimarka için bağlayıcı değildir veya onlara uygulanmaz. Normal olarak bu ifade yeterli olmakla beraber, 2.madde, "bu hükümler, önlemler veya kararlar hiçbir şekilde bu devletlerin haklarını veya yükümlülüklerini etkilemez. Bu hükümler, önlemler veya kararlar Topluluk muktebesatını etkilemez; bu tasarruflar İngiltere veya Danimarka'ya uygulandığı nispette Topluluk Hukukunun bir parçası olur" şeklinde ilave bir düzenleme öngörmektedir.

Protokolün 5.maddesi, K16 maddesi fıkra 2'de karşımıza çıkan (sıkı işbirinin mali sonuçlarıyla ilgili olarak) hükümleri tekrar etmektedir. IIIa başlığı ışığında ihdas edilen önlemlerle bağlı olmayan bir üye devlet organların idari harcamaları dışında, bu önlemin getirmiş olduğu mali sonuçlara tabi değildir. 5.madde Konseyin farklı bir karar verme olanağını öngörmemiştir.

Protokolün 6.maddesi, İngiltere ve İrlanda'nın başlık IIIa ışığında alınan bir önlemlerle ilgili olması durumunda, bu devlet bakımından AT Anlaşmasının ilgili hükümleri, 73g dahil olmak üzere (ATAD'ın bakacağı önkarar davasına ilişkin özel hüküm) bağlayıcıdır.

Protokolün 7.maddesi 3. ve 4.maddelerin "opting in" düzenlemesi ışığında açıkça Schengen protokolü lehine açık bir çekince içermektedir.



Protokolün 8.maddesi İrlanda'ya (sadece İrlanda) açıkça her zaman Protokolden vazgeçme hakkı tanımaktadır.

Danimarka'nın durumuna ilişkin protokol:

Danimarka'nın durumuna ilişkin protokol büyük ölçüde IIIa başlığına ilişkin olduğu nispette İngiltere ve İrlanda'nın durumuna ilişkin protokole benzemektedir. Bu durum, Danimarka'nın II-Ia başlığı muvacehesinde alınacak önlemlere katılmaması (1.md), bu önlemlerin Danimarka için bağlayıcı olmaması (2.md.) ve bu önlemlerin mali sonuçları (3.md.) bakımından geçerlidir.

İngiltere/İrlanda protokolünden farklı olarak Danimarka protokolü buna karşılık Konseyin karar vermesi esnasında ve karar vermesinden sonra "opting in" olanağını öngörmemektedir. Diğer bir ifadeyle İngiltere/İrlanda protokolünün 3,4 ve 6.maddeleri Danimarka ile yapılan protokolde yoktur. Bu nedenle Danimarka'da IIIa başlığı muvacehesinde bir Topluluk Hukukunun oluşması mümkün değildir (şayet Danimarka bu protokolün uygulanmasından hemen veya tamamen vazgeçmezse) (9).

Protokolden vazgeçme protokolün 7.maddesi, 1.cümlesinde açıkça öngörülmüştür. İkinci cümle, Danimarka bu durumda, AB çerçevesinde alınan, şimdiye dek yürürlüğe girmiş tüm önlemleri bütün kapsamıyla uygulayacaktır. Aradan geçen zaman zarfında -süresi öngörülmemiş- Danimarka için sadece Devletler Hukuku yükümlülükleri doğabilir. Protokolün 5.md, 1.fıkrası, Danimarka'nın Konseyin Schengen muktesebatının tamamlanmasına ilişkin bir öneri yahut insiyatifi IIIa başlığına göre karara bağlamasından itibaren 6 ay içinde, bu kararı ulusal hukukuna aktarıp aktarmayacağını karara bağlamasını öngörmektedir. Böyle bir karar

(9) Abl. Nr.C 340, 10,11 1997, s.101





alındığı takdirde bu karar Danimarka ve diğer üye devletler arasında uluslararası hukuka göre (İngiltere veya İrlandaya karşı doğan yükümlülük gibi) bir yükümlülük tesis eder. 2.fıkra, kararın transforme edilmemesi durumuna ilişkin olarak, Schengen Protokolünün üyelerinin, hangi önlemlerin alınması gerektiğini karara bağlayacaklarını öngörmektedir.

Protokolün 5.md. 2.fıkrası Konsey tarafından IIIa başlığına göre alınan kararların Danimarka tarafından kısmen veya değişik içerikle iç hukuka alınması durumunu düzenlemektedir.

5.madde İngiltere/İrlanda ve Danimarka pozisyonu arasındaki farkı açık bir şekilde ortaya koymaktadır. İngiltere/ Danimarka'nın tutumu daha çok önerilen veya ihdas edilen önlemin içeriğine bağlı olarak (pragmatik) ortaya çıkmakta, belirlenmektedir. İngiltere ve İrlanda için önemli olan muayyen sınır kontrollerini mahfuz tutmaktı. Danimarka'nın tutumu ise buna karşılık (teorik-dogmatik) kararlaştırılan önlemin hukuki niteliğine bağlı görülmektedir. Danimarka, içerik olarak aynı ulusal hukuku ihdas etmeye hazırdır, ancak Devletler Hukuku yükümlülüğünü aşan yükümlülük üstlenmek istememektedir. Bu daha çok Danimarka'nın komplike (karmaşık) anayasa hukukuyla bağlantılı görülebilir.

Schengen Anlaşmasının Topluluğa maledilmesi:

AT Anlaşmasının yeni IIIa başlığı ve onun uygulanmasına ilişkin protokoller, Schengen müktesebatinin AB çerçevesine alınmasına ilişkin protokol

Yeni Schengen protokolüyle şimdiye dek AT/AB dışında Schengen Anlaşmasının tarafı devletler arasında gerçekleşen işbirliği AT/AB'nin kuramsal çerçevesine taşınmıştır (10).

---

(10) Ackermann/Bieber/Epiney/Wohner, Schengen und die Folgen –der Abbau der Grenzkontrollen in Europa, Bern 1995; Würz, Das Schengener Durchführungübereinkommen, Stuttgart 1997



Schengen protokolünün 1.maddesiyle Schengen Anlaşmasının 13 imzacı devletine, aralarında bu anlaşma ve akraba hükümler çerçevesinde (ki bunlara Schengen müktesebatı denilmektedir) sıkı bir işbirliği yapma yetkisi verilmiştir. Bu işbirliği AB'nin kuramsal ve hukuki çerçevesinde ve AB-AT Anlaşmasının ilgili hükümlerine riayet edilerek gerçekleştirilecektir.

Protokolün 2.md. 1.fıkra 1.cümlesi Schengen müktesebatını 13 imzacı devlet bakımından hemen uygulanabilir ilan etmiştir. 2.fıkra Schengen anlaşmasına katılma protokolünü imzalayan devletler bakımından bir sınırlama yapmaktadır. 1.fıkranın uygulanma zamanı Konsey tarafından 13 imzacı devletin oybirliğiyle alacağı kararla saptanacaktır (Schengen müktesebatına katılma koşulları şayet bu protokolün yürürlüğe girmesinden önce yerine getirilmemişse). 2. cümleye göre, Konsey 13 imzacı devletin oybirliğiyle alacağı kararla, bu fıkranın yürütülmesi için gerekli olan tüm önlemleri alabilirler. Bu durum mamafih Schengen müktesebatının Topluluk Hukukuna transformasyonu için geçerli değildir. Zira takip eden cümleye göre, Konsey anlaşmanın ilgili hükümlerine göre Schengen müktesebatını teşkil eden herbir hüküm ve karar için hukuki dayanağı saptar. Bu yapılmadığı nispette, 4. cümleye göre, 3. sütuna istinat eden Schengen müktesebatının hüküm ve kararları, hukuki tasarruf olarak geçerli olur.

Konsey tarafından yeni hukuki dayanak tespit edildiği nispette, bu tür kararlar ve hükümler bakımından ATAD , anlaşmaların ilgili hükümlerine göre sahip olduğu yetkisini kullanır.

2.maddenin son 2.fıkrasının 2. cümlesinin yorumunun sorun teşkil etmesi 5.maddeyle olan ilişki nedeniyledir. Bu hüküm Schengen müktesebatının geliştirilmesine ilişkindir.

5.madde 1.fıkraya göre, Schengen müktesebatına istinat eden öneri ve inisiyatifler anlaşmaların ilgili hükümlerine tabidir. "İr-



landa veya İngiltere veya her iki ülke makul bir zaman süresi içerisinde işbirliğine katılmak istediklerini bildirmedikleri takdirde" cümlesiyle başlayan 5.madde, sıkı işbirliğine ilişkin yetkilendirmeyi düzenleyen 1.md.'yi tekrar etmektedir. Zikredilen bu devletlerden sadece biri katılmak istediği takdirde, bu devlet yetkilendirme kapsamında mütalaa edilir. 5.madde buna karşılık burada, İngiltere/İrlanda protokolünün 3.md. 2.fikrasında karşımıza çıkan, İngiltere veya İrlanda'nın katılma bildirisine rağmen Konsey'in, bir önlemler makul bir zaman içinde karara bağlamaması durumu için öngörülen düzenlemeye benzer bir düzenleme içermemektedir.

Protokolün 4.md. 1.fikrasına göre, İrlanda ve İngiltere her zaman Schengen müktesebatının tüm hükümlerinin veya münferit hükümlerinin kendilerine uygulanmasını talep edebilirler. Bu durum için 4.md. 2.fıkra bir prosedür öngörmektedir. Bu prosedür 1. ve 3.sütuna katılma mekanizmasından ve İngiltere/İrlanda protokolünün özel hükümlerinden sapmaktadır. 2.fıkra (1.sütuna ilişkin bir konu olmasına rağmen) 13 imzacı devletin ve dilekçe veren devletin oybirliğini gerektiren bir Konsey kararının alınmasını öngörmektedir. Bu hüküm bir taraftan yeni IIIa başlığı ve ona ilişkin protokoller ve diğer taraftan Schengen protokolüne ilişkin müzakereler arasındaki koordinasyon kopukluğunu göstermektedir.

Protokolün 3.md.'si IIIa başlığı muvacehesinde Schengen Anlaşmasının Topluluğa maledilen kısmına ilişkin olarak Danimarka'nın pozisyonunu ortaya koymaktadır. Bu düzenleme Danimarka'nın IIIa başlığına ilişkin olarak yukarıda değinilen pozisyonuna uymaktadır. Buna göre Danimarka Schengen müktesebatına II-Ia'nın hukuki dayanak alındığı kısımları bakımından Schengen Anlaşmasının diğer taraflarına karşı bu saptamadan önceki aynı hak ve yükümlülüklerle sahiptir.



Schengen müktesebatına 3.sütununun esas alınması durumunda, Danimarka Schengen anlaşmasının diğer taraflarıyla aynı hak ve yükümlülöklere sahip olmayı mahfuz tutmaktadır.

8.madde, Şimdiye dek bir emsalinin olmaması nedeniyle oldukça ilginçtir. Bu hükme göre AB'ne yeni üyelerin alınması müzakerelerinde Schengen müktesebatı ve uygulanma esasında ihdas edilen önlemler, adaylar tarafından bütünüyle üstlenilir. Maastricht Anlaşmasının işbirliğini öngören (para birliği ve sosyal politika alanında) hükümleri benzer bir hüküm içermektedir. Amsterdam Anlaşmasının sıkı işbirliğine ilişkin yeni hükümleri de bir düzenleme öngörmemektedir. Her katılan devletin statüsü bu nedenle katılma esnasında mevcut işbirliği bakımından münferit durum olarak düzenlenir.

Amsterdam Anlaşmasına ilişkin sonuç bildirimine eklenen bildiride yükümlölük üstlenen devletlerin, bütün güçleriyle Schengen müktesebatı alanında çalışacakları kabul edilmiştir. Üye devletler Schengen müktesebatının amaçlarının tüm üye devletlerin bu prosese katılması halinde sağlanacağını bilincindedir. Özellikle, İngiltere ve Danimarka'nın 4.md. göre bu müktesebatın münferit veya tüm hükümlerini üstlenmesi durumunda beklenen amaç gerçekleşecektir.

Schengen protokolünün kompleks karakteri yeni IIIa başlığı ve bu başlığa ilişkin İngiltere, İrlanda, Danimarka protokolünün Schengen protokolüyle birlikte ele alınması nedeniyle daha da büyümetedir.

Ne zaman IIIa başlığı ne zaman Schengen protokolü uygulanacaktır? Schengen müktesebatının transformasyonu bakımından cevap daha basittir. Transformasyon için Schengen protokolü esas olacaktır. Transforme edilen Schengen müktesebatının gelişmesi nasıl sağlanacaktır? Bu sorular sadece teorik önemi olan sorular



değildir. İngiltere ve İrlanda için özel hükümler öngören İngiliz/İrlanda protokolü bir taraftan, Schengen protokolü diğer taraftan birbirleriyle uyum içinde değildir.

Yeni IIIa başlığı ve bu başlığa ilişkin protokoller hakkında açıklık olsaydı, Schengen protokolünden tamamen vazgeçilebilirdi. Görüşmelerin dinamizmi ancak daha farklı cereyan etti. Amsterdam Anlaşmasının basitleştirilmesi ancak bir sonraki hükümetlerarası konferansa katılmak zorundadır.

### İkinci sütun için düzenleme:

Genel kaniya göre 2. ve 3.sütun, 1.sütuna nazaran işbirliği bakımından daha fazla olanak sağlamaktadır.

Amsterdam görüşmelerinin nihai aşamasına kadar Hollanda başkanlığının tasarıları ikinci sütun için sıkı işbirliği öngörmekteydi. Avrupa Konseyi bu görüşü kabul etmemiştir. AB'nin kuramsal yapısında ikinci sütun bakımından sıkı işbirliği kabul edilmiştir. Bu işbirliği AB'nin kuramsal yapısı dışında gerçekleşebilir (11).

### Olumlu çekimserlik:

İkinci sütun bakımından özel hükümlerin kabul edilmemesi işbirliği taraftarlarını pek zorlamamıştır. Zira Amsterdam Anlaşması 2.sütuna ilişkin olarak olumlu çekimserlik kabul etmektedir.

AB Anlaşmasının J.13, 1.fıkraya göre ortak dış politika ve güvenliğe ilişkin kararlar prensip olarak oybirliğiyle karara bağlanır. Çekimser kalınması oybirliğiyle karar alınmasını engellemez.

---

(11) Peter-Christian/Müller-Graff, Europäische Politische Zusammenarbeit und gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik: Kohärenzgebot aus rechtlicher Sicht, Integration 3/1993, s.147(150)



Çekimser kalınması durumunda özel bir açıklama yapılması gerekmektedir. Bu durumda ilgili devlet kararı uygulama mükellefiyetinde değildir (kararın AB için bağlayıcı olduğunu kabul etmekle beraber). Karşılıklı dayanışma ruhu içinde bu karara istinat eden AB çalışmalarını ihlal edecek engelleyici davranışlarda bulunmaz. Diğer üye devletler onun görüşüne saygı gösterir. Çekimser Konsey üyeleri 148.madde 2.fıkraya (AT Anlaşması) göre verilen ağırlıklı oyların 1/3'ünden fazlasını oluşturuyorsa karar alınmaz.

Konsey madde J13, fıkra 2'ye göre a) ortak stratejiye istinaden ortak aksiyonların kabul edilmesi, ortak görüşlerin tespit edilmesi veya diğer kararların alınması; b) ortak aksiyonun icrası için karar alınması ve ortak görüş icrası için kararların alınması çerçevesinde istisnai olarak nitelikli çoğunlukla karar verebilir.

2.fıkra, olumlu çekimser oyun nitelikli çoğunlukla karar alınması durumunda mümkün olup olmadığı konusunda bir açıklık öngörmemektedir. Prensip olarak bunun mümkün olması gerekir. Zira nitelikli oylamada da çekimser kalınması mümkündür.

Olumlu çekimser oyla kabul edilen önlemlerin finansmanı bakımından prensip olarak anlaşmanın genel çizgisi dışına çıkılmamaktadır. Sadece askeri ve savunma politikalarına ilişkin önlemlerin finansmanı için istisna öngörülmemiştir. Olumlu çekimser oy kullanan üye devletler madde J.18, fıkra 3, 2. cümleye göre bu önlemlerin mali sonuçlarına katlanmaz.

### Uluslararası anlaşmaların yürürlüğe girmesinin kolaylaştırılması

Madde J.14 ilk kez olarak ortak dış politika ve güvenlik konusunda uluslararası anlaşmaların akdedilmesini öngörmektedir. Bu anlaşmaların akdedilmesi Konseyin oybirliğiyle karar almasını ge-



rektirmektedir. Bu durumda da madde J.13, fıkra 1, 2.cümleye göre olumlu çekimser oy kullanılabilir. Böyle bir anlaşmanın yürürlüğe girmesi bütün üye devletlerin önceden onayına bağlı değildir. J.14 md., bir üye devletin Konseydeki temsilcisinin ülkesinde muayyen bir Anayasa Hukuku prosedürünün yürütülmesi gerektiğini bildirmesi halinde bu üye devlet anlaşmayla bağlı olmaz. Diğer üye devletler, anlaşmanın kendileri bakımından geçici olarak bağlayıcı olacağı konusunda anlaşabilirler (12).

### Güvenlik politikası alanında AB kuramsal yapısı dışında sıkı işbirliği

Sıkı işbirliği hiçbir anlamda güvenlik alanında olduğundan daha gerekli değildir. Bu nedenle yeni J.7 maddesinin güvenlik politikasına hasredilmesi şaşkıncı değildir. Eski J.4 maddesini tekrar eden bu hükme göre iki yahut daha ziyade üye devlet arasında ikili seviyede sıkı işbirliğinin yapılmasına (ortak dış politika ve güvenlik politikası başlığında öngörülen işbirliğine ters düşmediği ve bunu engellemediği nispette), BAB ve Atlantik ittifakı çerçevesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu hükme AT Anlaşmasının 233.maddesi model olmuştur.

Güvenlik politikasına ilişkin yeni hükümler, özellikle BAB'a ilişkin olarak, bunun ötesinde daha kapsamlı bir hüküm öngörmektedir. Buna göre, "Birliğin politikası muayyen devletlerin güvenlik ve savunma politikalarının özel karakterini etkilemez. Birlik politikası ortak savunmalarını Nato bünyesinde temin eden üye devletlerin Kuzey Atlantik Anlaşmasından doğan yükümlülüklerine saygı gösterir ve bu yükümlülüklerin Ortak Savunma ve Gü-

---

(12) T.Stein, G.Reis/J.Schwarze/T.Stein (Hrsg), Die Organe der Europäischen Union im Spannungsfeld zwischen der Gemeinschaft und Zusammenarbeit, EuR-Beiheft 2/1995, s.69 vd.



venlik Politikası çerçevesindeki J.7 maddesinin 1.fıkra, 3.cümlesinde yeralan hükümlerle bağdaştığını kabul eder.

Bütünlüğü sağlamak bakımından J.4 maddesi 7.fıkrası, eski J.3 maddesi 7.fıkrası hükümlerini tekrar etmektedir. Bu hükme göre bir üye devlet ortak aksiyonları yürütmesinde büyük zorlukların ortaya çıkması halinde Konseyi haberdar eder. Konsey istişarelerde bulunur ve uygun bir çözüm bulur. Bu çerçevede Birlik kararlarının farklı uygulanması olanağı vardır.

### Üçüncü sütunun özel hükümleri:

Birinci sütun gibi, üçüncü sütun da AB'nin kuramsal yapısı içinde sıkı bir işbirliğini açık bir şekilde caiz kabul etmektedir.

### Amaçlar ve koşullar

Yeni K12 maddesi üçüncü sütun çerçevesinde kalan "ceza işlerinde, polis ve adli işlerde a) AB'nin özgürlük, güvenlik, hukuk alanında daha hızlı gelişmesini sağlayacak; b) AT'nin yetkilerinin ve 3.sütunun amaçlarının korunmasına hizmet edecek sıkı işbirliği"ne izin vermektedir.

### **Mekanizmanın başlatılması ve Mekanizmaya Katılma:**

3.sütun bakımından sıkı işbirliği mekanizmasının başlatılması (Komisyonun pozisyonu dışında) 1.sütundaki sıkı işbirliğinin başlatılmasına benzemektedir.

Üçüncü sütun çerçevesinde sıkı işbirliği yapmak isteyen üye devletler Komisyona değil, Konseye taleplerini bildirirler. Komisyondan bu çerçevede sadece bu talebe ilişkin görüşünü bildirmesi istenir. Parlamentonun dinlenmesi (AT Anlaşmasının yeni 5a maddesinde olduğu gibi) öngörülmemiştir.





Konsey tarafından sıkı işbirliği yapılması yetkisi nitelikli çoğunlukla verilir (oyların ağırlığında AT anlaşmasının 148.madde, 2.fikrası esas alınır). Bu sonuç, Konsey'in görüşünden sapması durumunda da geçerlidir.

AB Anlaşmasının K.12 maddesi 2.fikrası, veto için ve vetonun aşılması için devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla toplanan Konseyin oybirliğiyle karar almasını öngören AT Anlaşmasının 5a maddesinde olduğu gibi aynı prosedürü öngörmektedir. K.12 fıkra 3'te öngörülen katılma mekanizması buna karşılık 3.sütundan oldukça farklıdır. Katılma talebi Konsey ve Komisyona yapılır. Komisyon 3 ay içinde Konseye bir görüş sunar; koşullara göre özel düzenlemelere ilişkin olacak gerekli gördüğü tavsiyeleri ekler (işbirliği yapacak devletlerin benimseyebileceği). 4 ay içinde Konsey başvuru hakkında ve gerekli gördüğü spesifik kuralları hakkında karar verir. Karar, kabul edilmiş olarak geçerli olur (Konseyin nitelikli çoğunlukla kararı geri alması haricinde). Böyle bir durumda Konsey kararına esas olan sebepleri bildirir; ve bunların denetimi için bir süre öngörür. Konsey bu çerçevede K.16 maddesine göre karar verir (13).

K.12 maddesi, 4.fıkraya göre AT Anlaşmasının ATAD'ın yetkilerine ve bu yetkilerin yürütülmesine ilişkin hükümleri 3.sütunun sıkı işbirliğine ilişkin özel hükümlerine uygulanır. AT Anlaşması için benzer bir hüküm gereksizdir. Zira ATAD'ın yetkileri otomatik olarak yeni 5a maddesini kapsamaktadır.

Madde K.12, 5.fıkra (AT Anlaşmasının 5a maddesinin 5.fikrası gibi) açık olarak Schengen müktesebatının AB çerçevesine alınmasına ilişkin protokol lehine çekince yapmaktadır. Bu çekince mantıktır; zira bu müktesebatın bir kısmı 3.sütunun materyaline dahildir.

---

(13) M.Pechstein/Ch.Koenig, Die Europäische Union, 2.Auflage 1998, Rz. 61 vd.



### Anlaşmanın kolaylaştırılmış yöntemle yürürlüğe girmesi

3.sütunun enstrümanlarından bir tanesi üye devletler arasında anlaşma akdedilmesidir. Madde K6, 2.fikra, b bendi anlaşmaların yürürlüğe girmesini kolaylaştırmaktadır. 2.cümleye göre bu anlaşmalar üye devletlerin asgari yarısının kabul etmesiyle bu devletler için yürürlüğe girer (anlaşmanın farklı bir düzenleme öngörmemesi durumunda).

Üçüncü sütun için bunun dışında (uluslararası anlaşmaların akdine izin veren ve kolaylaştırılmış bir şekilde yürürlüğe girmesini öngören) J.14 maddesinin hükümleri geçerlidir .

### **Farklılığın diğer unsurları:**

Yapılan bu özet Amsterdam Anlaşmasında Maastricht'i aşan şekilde hangi kapsamda farklılık mekanizmasına yer verildiğini ortaya koymaktadır.

Bu meyanda sıkı işbirliğiyle doğrudan bağlantılı olmamakla beraber, AB ve AT hukuk düzeninin gelişen esnekliğine katkı yapan diğer boyutlara da değinilmesi gerekmektedir.

### **Anlaşma Hukukunun askıya alınması:**

AB Anlaşmasının yeni F maddesi 1.fikrasına göre, Birlik "özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklerine ve hukuk devletine saygıyı benimsemektedir (14).

F maddesi 1.fikra, bu prensiplerin üye devletlerden biri tarafından ağır ve sürekli ihlalinin devlet ve hükümet başkanları ile toplanan Konsey'de oybirliğiyle saptanabilme olanağını kabul et-

---

(14) Matthias Pechstein/Christian Koenig, Die Europäische Union, Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2.Auflage 1998



mektedir. Bu çerçevede Konsey üye devletlerin 1/3'ünün veya Komisyonun önerisiyle ve Avrupa Parlamentosunun onayının alınmasından sonra tasarrufta bulunur.

F maddesi 2.fıkraya göre Konsey böyle bir saptamadan sonra nitelikli çoğunlukla bu anlaşmanın ilgili devlete uygulanmasından doğan muayyen haklarını, bu üye devletin temsilcisinin Konsey'deki oy hakkı dahil olmak üzere askıya alabilir. Sürpriz bir şekilde bu çerçevede 1.fıkra ile gelen ne üye devletlerin 1/3'ünün veya Komisyonun önerisi, ne de Parlamento'nun uygun bulması öngörülmüştür.

F maddesi 4.fıkra Konseyin önleme muhatap olacak devletin hükümet temsilcisinin oyu dikkate alınmaksızın tasarrufta bulunacağını öngörmektedir. 4.fıkra açıkça çekimser oyların karar alınmasını engellemeyeceğini öngörmektedir. Aynı durum AT Anlaşmasının 148.madde 2.fikrasında öngörülen koşulların yerine getirilmesi kaydıyla 2.fıkraya göre verilecek kararlar bakımından geçerlidir (açıkça uygulanabilir ilan edilmesi kaydıyla). Bu fıkranın birinci veya ikinci seçeneklerinden hangisinin talep konusu olduğu, 2.fıkranın yorumuna bağlıdır. Hükmün lafzında bir önerinin yer almaması nedeniyle, 2.seçenek uygulanabilir kabul edilebilir.

F maddesine göre oy hakkının askıya alınması AT Anlaşmasının 236, AKÇT Anlaşmasının 96. ve AAT Anlaşmasının 204.maddelerine göre otomatik olarak her üç Topluluk bakımından doğar.

Bu anlaşmalardan doğan hakların askıya alınması şüphesiz ayrı Konsey kararını gerektirmektedir (herbir anlaşmaya göre nitelikli çoğunlukla alınacak). Çekimser oy ve nitelikli çoğunlukla karar verilmesi konusunda farklı bir düzenleme öngörülmemiştir (15).

---

(15) Christoph Thun – Hohenstein, Die Vertrag von Amsterdam, Die neue Verfassung der EU, 1997



## Üçüncü sütuna ilişkin önkarar prosedürü bakımından özel düzenleme:

Geçmişin en önemli tartışma konularından bir tanesi, 3.sütuna ilişkin olarak alınacak önlemlerin yorumunda ATAD'ın yetkisinin kabul edilmesiydi. İngiltere'nin böyle bir yorum yetkisinin tanınmasına yaptığı itiraz üye devletlerin bir kaçı arasındaki EURO-POL Konvansiyon'una ilişkin uzlaşmayı yıllarca bloke etmiştir. K17 maddesi yeni içeriğiyle ATAD'a 3.sütun çerçevesinde ihdas edilecek kararların, çerçeve kararların, icra kararlarının yorum ve geçerlilik denetimi, aynı şekilde yapılacak anlaşmaların yorumu yetkisini kabul etmiştir. K7 maddesi üye devletlere geniş bir tasarruf alanı bırakmaktadır.

Madde K7, fıkra 2'ye göre, herbir üye devlet her zaman ATAD'ın önkarar prosedürüne ilişkin yetkisini tanıyabilir. 4.fıkra açık bir şekilde üye devletlerin bu konuda bir mükellefiyetinin olmadığını kabul etmektedir. ATAD'ın önkarar yetkisini kabul etmeye hazır olan bir devlet bakımından K7 maddesi fıkra 3, ATAD'ın yetkisini tanımak bakımından iki olanak tanımaktadır. Dar olan tercih, ATAD'a arzetme hakkını, kararlarına karşı kanuni yollar bulunmayan mahkemelerle sınırlamaktadır. İkinci seçenekte, ATAD'a başvuru hakkı, her mahkemeye tanınmaktadır.

Amsterdam Anlaşmasına ek nihai bildiride, üye devletlerin ATAD'ın yetkisinin tanınmasına ilişkin bildirimlerinde, ulusal hukukları ışığında hangi mahkemelerin nihai mahkeme niteliğine sahip olduğunu saptama yetkisi ve bu mahkemenin K7 maddesi ışığında ihdas edilen bir tasarrufun geçerlilik veya yorumu çerçevesinde doğan bir tereddüt nedeniyle ATAD'a başvuru mükellefiyetini kabul etme yetkisini mahfuz tutmaktadır.



## **Denizaşırı ülkeler ve topraklar hakkında özel düzenleme:**

Farklı koşullara duyarlılığın genel olarak artması ve bu nedenle geleneksel ve klasik Topluluk Hukukuyla bağdaşır anlamda farklı düzenlemelere ilişkin olumlu yaklaşım AT Anlaşmasının 227.madde 2.fikrasında karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm Fransız Deniz aşırı Toprakları bakımından (Azor, Maderia ve Kanarya adaları) özel düzenleme öngörmektedir. Buna göre Konsey, bu bölgelerin uzaklığı, ufaklığı, iklimi, birkaç ürüne bağlı ekonomisiyle tezahür eden, değişmeyen ve gelişmelerini olumsuz etkileyen strüktürel koşullara bağlı ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate almak üzere bu bölgeler için özel önlemleri karara bağlama yetkisine sahiptir.

### AT Anlaşmasının 100a maddesinin değiştirilmesi:

AT Anlaşmasının 100a maddesinin değiştirilmesi Topluluk Hukukunda farklılık yaklaşımının tarihi gelişiminde özel bir anlama sahiptir. Bu değişikliğin, mevcut bir olanak olarak "opting out"un açıklığa kavuşturulması veya geliştirilmesi anlamlarından hangisini taşıdığı 100.madde 4.fikranın şimdiki lafzının yorumuna bağlıdır. Bu hüküm oylamada muhalif kalan üye devlete, 36.madde muvacehesinde iş ortamının korunması veya çevrenin korunması anlamında önemli gereksinimler nedeniye haklı görülebilecek ulusal önlemlerini uygulama yetkisi vermektedir. Yeni 100a maddesinin 4.fikrası mevcut hükümlerin muhafaza edilmesini öngörmektedir. Yeni 5.fıkra buna karşılık açıkça Topluluk uyum önlemlerininin ihdasından sonra yeni bilimsel verilere istinaden çevrenin korunması veya spesifik bir problem nedeniyle çalışma ortamının korunması için ulusal hükümler ihdas edebileceğini kabul etmektedir.

Bu olanak 36.maddede zikredilen önemli gereksinimler için kabul edilmemiştir. 8.fıkra sağlığın özel bir alanı için açıkça klasik



Topluluk Hukukuna uyan bir düzenleme öngörmektedir. Bir üye devletin, daha önce Topluluk uyum önlemlerinin konusu olan bir alanda özel bir sağlık problemini ortaya atması durumunda, bu devletin Komisyona bilgi vereceğini, Komisyonun bunun uygun olup olmadığını acil olarak inceleyeceğini ve Konseye uygun önlemler önereceğini öngörmektedir. Sağlık alanında bu şekilde tek taraflı olarak tasarrufta bulunma olanağı verilmemiştir.

### **Sonuç:**

Amsterdam Anlaşmasının yeni hükümleri hakkında yapılan bu değerlendirmeler, şimdiye dek ortaya çıkan deneyimlere istinaden AB'nin kuramsal çerçevesinde sıkı işbirliği yapma olanağının açıldığını ortaya koymaktadır. Bu işbirliği olanağı, işbirliğine katılmak istemeyen ve katılamayan diğer üye devletlerin haklı çıkarlarını ihlal etmeksizin entegrasyonu AB organları ve enstrümanları aracılığıyla derinleştirmek isteyen devletlerin iradesine uygun düşmektedir.

Sıkı işbirliğinin bu ilk denemede anlaşma hukukunun katı kurallarına tabi olması şaşırtıcı değildir. Bu kuralların ölçü dışı çok sıkı olduğunun ortaya çıkması durumunda gelecek hükümetlerarası konferansta bu düzenlemelerin gevşetilmesi mümkündür. Aksi halde entegrasyonu derinleştirmek isteyen üye devletlerin, AB'nin kuramsal yapısı dışında sıkı işbirliğine girmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Amsterdam Anlaşmasının yeni hükümleri yakın işbirliğinin şimdiye kadar herşeyden önce 3.sütuna giren materyaller bakımından önemli olduğunu ve gelecekte AT anlaşmasının yeni IIIa başlığında ve küçültülmüş 3.sütununa dağılacakını ortaya koymaktadır.



IIIa başlığının hükümleri ve buna ilişkin İngiliz-İrlanda ve Danimarka protokolü bir taraftan ve Schengen Protokolü diğer taraftan yakın işbirliği için yüksek bir bedelin ödendiğini ortaya koymaktadır.

Temenni edilen husus, İngiltere, İrlanda, Danimarka için kabul edilen istisna hükümlerin güncelliğini, pratik önemini kaybetmesi; ve yeni anlaşma revizyonunda sadece başlık IIIa'nın denetim konusu olmasıdır.

Büyüyen AB'nin heterojen karakteri, kaçınılmaz olarak AT/AB hukukunun da heterojen karakterinin artmasına neden olmaktadır. Katı disiplin bu prosesi zayıflatır ve dayanılmaz kılar.

Yakın işbirliğiyle AT/AB Hukukunda yeni bir anayasa prensibi doğmuş mudur? Üye devletlerin kimileri arasında yakın işbirliğini sağlamak amacıyla AT/AB'nin kuramsal organ ve enstrümanlarının kullanılmasına olanak sağlanması, Maastricht anlaşmasında karşımıza çıkan subsidiarite prensibine benzer bir prensibin Amsterdam Anlaşması ile Topluluk Hukukuna girdiği tartışmasına yol açmaktadır.

Birinci sütunda yakın işbirliğinin caiz kabul edildiği dar sınırlar dikkate alındığında, bu sorunun AT hukuku çerçevesinde reddedilmesi gerekmektedir. 3.sütundan 1.sütuna materyalleri nakleden yeni IIIa başlığı bu sonucu değiştirmemektedir. Zira bu alanda yakın işbirliği Amsterdam Anlaşması tarafından AT Anlaşmasının 5a maddesinde öngörüldüğü gibi gelecek için açık ve kesin olarak düzenlenmiştir.

IIIa başlığında öngörülen yakın işbirliği konuları Maastricht Anlaşmasının temel örneklerinden (Ekonomi ve para birliği, sosyal politika) farklı değildir.



3.sütuna ilişkin olarak yakın işbirliği bakımından AB Hukukunun bir anayasa prensibinden söz etmek, bu sütunun intergovernamental karakteri nedeniyle mümkün değildir.

Yakın işbirliğine ilişkin hükümler önemlidir. Ancak bir anayasa prensibinden söz edilecek kadar büyük bir anlama sahip değildir.







# CAN SİGORTALARINDA SİGORTACININ YASAL ARDILLIĞI

*Av. Dr. M. Çağrı BAĞATUR (\*)*

## 1. TANIM

Türk Ticaret Yasasının Üçüncü Fasıll başlığı, HAYAT (YAŞAM) VE KAZA SİGORTALARI türlerinin her ikisini de kavrayacak biçimde “CAN SİGORTASI” olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle maddede boyunca anlam bütünlüğü sağlamak için CAN SİGORTASI kavramı kullanılmaya özen gösterilecektir.

Can sigortası, doğduğundan itibaren ölüm riskini taşıyan ve bunun bilincindeki olan tek varlık olan insanoğlunun, toplumsal yaşam geliştikçe, ölümü, hastalanması veya yaralanması durumunda bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçiminin sağlanması veya kendisinin sakatlanarak çalışma gücünün geçici veya sürekli kaybolması yüzünden ekonomik gücünün sarsılmasının önüne geçmek için ortaya konulmuştur. (ULAŞ, 1., Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ankara, 1997 s. 4).

---

(\*) İstanbul Barosu avukatlarından.



Bu tür sigorta da insan yaşamı ile ilgili temel olarak para ile ölçülemeyen olası tehlikeler sigorta ile güvence altına alınmaktadır. Bu sigortalara **MEBLAĞ SİGORTASI** adı verilmektedir. Bu yüzden tehlikenin gerçekleştiğinde sigortacı, sigorta poliçesinde gösterilen sigorta bedelini aynen ödemekle yükümlüdür. Buna karşın yine can sigortasının bir türü olan kaza sigortasında, sigortalının gerçekten yaptığı “tedavi giderlerini” sigortacının ödemesi gerektiği düzenlemesi getirilmiştir. (TTY madde 1337). Diğer bir deyişle kaza sigortasındaki giderler için gerçek zarar (giderim ilkesi) geçerlidir.

Ülkemizde, bilindiği gibi özellikle 539 sayılı KHK ile 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 7. maddesi değiştirilerek sigortalının, hayat sigortaları ve hayat dışı sigortalar olarak iki ana gruba ayrılması sağlanmıştır.

Yasal düzenlemeler göz önüne alındığında can sigortası türleri aşağıdaki gibidir :

- 1.1 Yaşam sigortası (TTY madde 1321-1333)
- 1.2 Kaza sigortası (TTY madde 1334-1338)
- 1.3 Hastalık Sigortası (TTY madde 1337)
- 1.4 Kaza nedeniyle sorumluluk sigortası (TTY madde 1335)

## 2. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu seminerde can (kişi) sigortasında ardıllık (halefiyet), mal sigortalardan tümüyle ayrı tutularak incelenmiştir. Dolayısıyla konu gerektirdikçe yapılan atıflar dışında mal sigortalarda ardıllık konusuna hiç değinilmeyecektir. Günümüzde can sigortalının teknolojiye yaşanan gelişmelerle ve ortaya çıkan yeni tehlikelerle



doğru orantılı olarak gelişmeye başladığı ve önem kazandığı bir gerçektir. Bu sigorta türünün uygulamasının hızla yaygınlaşması beraberinde doğal olarak uyumsuzlukların artmasına da yol açmaktadır. Konunun sigorta şirketlerini karşılıklı olarak ilgilendiren boyutu ise sigorta ettirene ve/veya yararlanana ödenen sigorta bedelinin üçüncü kişilerden geri alınıp alınmayacağı, bu geri almada üçüncü kişinin veya sigorta şirketinin yasal durumunun ne olacağıdır? Ardılık nedeniyle geri alma (rücu) davaları, mal sigortalarında gerek bilimsel gerekse yargısal alanda oldukça karşılaşılan ve incelenen bir konu olmasına karşın, can sigortalarında henüz bilimsel alanda yeterince inceleme konusu olmamış, yargı alanında ise çok fazla tartışılıp yerleşik bir uygulama kazanmamıştır.

Bu seminerle amaçlanan; konuya ilgi çekmek, bilimsel ve yargısal alanda kısa dönemde karşılaşılabilecek sorunlara bir ölçüde ışık tutmaktır. Ancak seminerin daha da öncelikli ve önemli bir amacı vardır ki o da sigorta sektöründe eşgüdüm sağlanması ve böylece konunun yargıya taşınmadan sonuçlanmasıdır. Bu yolla can sigortaları konusunda çalışan sigorta şirketleri ile mal sigortası konusunda çalışanlar arasında bir anlayış birliği gerçekleşecektir. Öte yandan ardıl olma olanağına kavuşan sigortacı da, sigorta primini daha az isteyeceğinden can sigortalarındaki gelişmenin daha da hızlanacağı umulmaktadır.

### 3. ARDILLIĞIN KAYNAĞI

Tazminat sigortalarının önemli ilkelerinden birisi de sigortacının, sigorta ettiren yerine geçerek oluşan zarardan dolayı sorumlu üçüncü kişilere karşı dava açmasıdır. Bu hak, yasadan doğar. Türk Ticaret Yasasından mal sigortaları (madde 1301) ve denizcilik rizikolarına karşı sigorta (madde 1361) için yasada düzenleme vardır. **Buna karşılık can sigortalarında ardılık ilkesi benimsen-**



**memiştir. Diğer bir deyişle can sigortalarında ardıllık ilkesi kural olarak uygulanmaz.** Bilimsel ve yargısal alanda yerleşik olan görüş bu doğrultudadır (TD 18.05.1972 E. 1972/1582, K. 1972/2511, 11. HD. 29.03.1979 E. 1979/1051, K. 1979/1629). Bunun yanında sorumluluk sigortalarında da ardıllık ilkesi uygulanır. Sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesine aykırı davranması ya da sigorta ettiren dışında üçüncü kişilerin zarar vermesi durumunda sigortacının ardıl olarak istemde bulunma hakkı doğmaktadır (TD. 27.02.1971 E. 1970/2685 K. 1971/1551).

Yabancı Hukuk sistemlerinde de ardıllık ilkesi yönünden can ve mal sigortası ayırımı yapılmaktadır. Yabancı hukuk sistemlerinde de genelde can sigortalarında, ardıllık ilkesi uygulanmamaktadır.

Ardıllık ilkesi, hastalık sigortasında, hastalık ve kaza giderleri açısından özellik gösterir. Hastalık ve kaza sigortası, can sigortasının bir türüdür. Bu yüzden kural olarak, ardıllık ilkesinin uygulanmaması gerekir. Ancak genel eğilim hastalık ve kaza giderleri için zarar giderim ilkesi temel olduğundan ardıllık uygulanabileceği yönündedir (BOZER, A., Sigorta Hukuku s. 109, ULAŞ, I., age., s. 12).

Ardıllık konusunda sözleşme yapılıp yapılmayacağı konusunda ise değişik yaklaşımlar vardır. Can ve kaza sigortalarında Amerikan, İngiliz, İskandinav ülkeleri sözleşme yapılabileceğini yasayla düzenlemişken, Fransa ve İsviçre'de tam tersine yasa ile yasaklama getirilmiştir. Ülkemizde kaza poliçelerine sigortacının, sigortalının haklarını temellük edeceğine ve üçüncü kişiye karşı geri dönme hakkına sahip olacağına dair konulacak klozlar TTY madde 1338/c. 1 ve TTY madde 1264/f.4 karşısında geçersiz olacaktır (OMAĞ, M.K., Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyet İstanbul 1983 s. 99-104). Bununla birlikte tehlike gerçekleşikten ve



istem hakkı bir kere doğduktan sonra sigortalının giderim hakkını kısmen veya tamamen sigortacıya devredebileceği savunulmaktadır (KARAYALÇIN, Y. Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara, 1960 s. 48). İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda görülen bir davada aynı sonucu benimsemiştir.

## 4. MEBLAĞ/CAN SİGORTALARINDA ARDILLIĞIN UYGULAMA ALANI

### 4.1 YAŞAM SİGORTALARI

Yaşam sigortasında, tehlikenin gerçekleşmesi durumunda sigortacı tarafından ödenen sigorta bedeli bir giderim değil, bir meblağ ödemesidir. Bunun doğal sonucu olarak bu tür sigortalarda yasal ardılığın düzenlendiği TTY 1301. maddesi uygulanmaz. Aynı zamanda TTY madde 1338'de sigortalının ölümü durumunda sigorta bedelini alan hak sahiplerinin ayrıca gerçek zararlar bakımından zarar sorumlusundan giderim isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre üstü kapalı olarak bu ilke yinelenmiştir. Gerçekten de, ilke olarak zarar sorumlusunun aynı olay yüzünden iki kez giderim ödemesi diğer bir deyişle gerçek zararın üstünde bir giderimle yükümlü tutulması olanaklı değildir.

Bilimsel alanda ve yargısal alanda can sigortalarında ardıllık olmayacağı çoğunlukla benimsenmektedir. YİBK 18.01.1972 gün ve 1970/2 - 1972/1 sayılı kararıyla benimsenen bu ilke Y. 11. HD. 29.03.1979 T. 1979/1051-1629 sayılı kararında da vurgulanmıştır. Ancak bilimsel alanda bir kısım aykırı görüşte savunulmaktadır (TEKİNAY, S.S. Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İstanbul 1963 s. 179, 180).



## 4.2 KAZA SİGORTASI

Kaza sigortasında ise gerçekleşen tehlike sonucu sigorta bedelini sigortalıya ödeyen sigortacının, olaya neden olan sorumlu üçüncü kişiye TTY 1301. maddesi uyarınca ardılık yoluyla geri dönme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda açık bir yasal düzenleme yoktur. TTY 1338. maddesi karşısında kaza sigortasında da zarar sorumlusuna karşı ardılık yoluyla geri dönme olanağı olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak kaza sigortası nedeniyle sigortalıya tedavi giderleri ödenmiş ise bu nitelikteki ödemeler açısından mal sigortası hükümlerinin uygulanması gerektiği bilimsel alanda kabul görmektedir (BOZER, age s. 265, KENDER, R., Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuk I, İstanbul 1995 s. 256, OMAĞ, age, s. 99-104, ULAŞ, s. 142).

## 4.3 HASTALIK SİGORTASI

Aynı kaza sigortasında olduğu gibi hastalık sigortası bakımından da tedavi giderleri olarak yapılan ödemeler, gerçek zararı karşılamak amacını gütmektedir. Bunun doğal sonucu mal sigortası ilkelerinin geçerli olması ve ardılıktan kaynaklanan geri alma hakkının tanınması gerektiği tartışmasızdır (ULAŞ, age, s. 178). Nitekim Hastalık Sigortası Genel Şartları bu yolda hüküm de koymuştur (madde 10). Bu hükme göre sigortacı, ödediği tedavi giderleri dolayısıyla sorumlu üçüncü kişilere karşı ödediği tutarla sınırlı olmak üzere sigortalının yerine geçer.

Bilimsel alanda da gerek tedavi gerekse bakım giderleri açısından sigortacının ardılık hakkı kabul edilmektedir (OMAĞ, age, s. 102, ATABEK, R., Zarar Görenin Doğrudan doğruya Sigortacıya Müracaat Hakkı, Batıder, 1971, C. VI S. 1 s. 111).

Yargıtay 11. HD. 16.02.1995 gün 1994/7663 - 1995/1254 sayılı kararıyla yargısal alanda da sigortacının hastalık sigortası nede-



niyle ardılığı kabul edilmiştir. Olayda sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki ilişkiye göre çözüm getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

#### 4.4 OTOBÜS ZORUNLU KOLTUK SİGORTASI

Otobüs zorunlu koltuk sigortası tedavi giderleri olarak yapılan ödemeler, gerçek zararı karşılamak amacını gütmektedir. Bunun doğal sonucu mal sigortası ilkelerinin geçerli olması ve ardılıktan kaynaklanan geri alma hakkının tanınması gerektiği tartışmasızdır (ULAŞ, age S. 198). Nitekim Otobüs Zorunlu Koltuk Sigortası Genel Şartları (OZKSGŞ) bu yolda hüküm de koymuştur (madde 6/C). Bu hükme göre sigortacı, ödediği tedavi giderleri dolayısıyla sorumlu üçüncü kişilere karşı ödediği tutarla sınırlı olmak üzere sigortalının yerine geçer.

OZKSGŞ'de sigortalı aslında sözleşmenin tarafı değildir. Bu nedenle sigortacının her durumda sigortalıya ödeme yaptıktan sonra ancak belirli durumlarda sigorta ettirene geri dönebileceği kabul edilmiştir. Bunlar; işletenin veya adamlarının kasıt veya ağır kusuru, sürücünün yetersizliği, sürücünün uyuşturucu veya alkollü içki almış olması, kurallara aykırı yolcu taşınması, otobüsün çalınması veya gasp edilmesi, sigorta ettirenin riziko ihbar yükümlülüğüne uymaması, sigorta ettirenin sözleşme kurulması sırasındaki ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi, sigorta ettirenin sözleşme sırasındaki ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.

#### 4.5 BİRLEŞİK SİGORTA

Tek bir sigorta sözleşmesinde çeşitli sigorta biçimlerini ve türlerini bir arada karmaşık durumda görmek yasal olarak olanaklıdır. İlkeleri ve amaçları bakımından birbirine tümüyle karşıt veya aykırı olan iki sigorta türünün (örneğin kaza ve sorumluluk) uygu-





lamada zarar görenin zararını azaltmak veya en aza indirmek için birleşik poliçe olarak yapılmasına sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda sigortacının geri dönmesi açısından getirilen güvencelerin birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı göz önüne alınması ve her birinin niteliklerine ve bünyelerine uyan ardılık kuralının bulunup uygulanması gerekir. Ayrıca bunlardan bir kısmının tek tek örneklenerek değerlendirilmesinde yarar vardır.

#### **4.5.1 KAZA VE HASTALIK SİGORTASI**

Yukarıdaki açıklamalar ışığında birleşik sigorta ile karşılaşıldığında diğer bir deyişle kaza ve hastalık sigortasının bir arada yapıldığı durumlarda yevmiyeler açısından sigortacının geri dönme hakkı olmayacak (TTY madde 1338) buna karşılık ilaç ve doktor gibi zarar görenin sağlığını kazanması için yapılan tüm harcamalara ise geri dönme olanağı tanınacaktır (TTY madde 1301).

#### **4.5.2 KAZA VE OTOMOBİL SORUMLULUK SİGORTASI**

Otomobil sorumluluk sigortası bakımından zarar sigortasındaki ilkeler geçerli olacağı için TTY 1301 maddesi uyarınca sorumluluk sigortacısı yasal ardılıktan yararlanacaktır. Buna karşılık bireysel kaza sigortası kaza sigortası bakımından sigortacı için meblağ sigortalarını yöneten ardılık yasağı geçerli olacaktır.

### **5. YASAL ARDILLIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİ**

Sigortacı, sigorta giderimini ödemekle ardılığa konu olan alacak bakımından sigortalının yerine geçer. Diğer bir deyişle zarar sorumlusu üçüncü kişi ile sigortalının arasındaki borç ilişkisinden doğan “giderim alacağı”, sigortalının malvarlığından sigortacının mal varlığına geçer. Giderim alacağının iki malvarlığı arasında yer değiştirmesi, yasanın gerek gördüğü koşullar tamam olur olmaz ve



başkaca hiç bir işleme gerek kalmaksızın yanlar hakkında olduğu kadar, üçüncü kişiler için de sonuçlarını doğurur.

Eğer sigortacı zararı tümüyle gidermiş ise, alacaklı sıfatını kazanır. Bu durumda artık giderim alacağı sigortacının alacakları için bir güvence oluşturur. Eğer giderim kısmen gerçekleşmişse ancak sigortalıyla birlikte olmak üzere zarardan sorumlu üçüncü kişilere karşı “giderim alacaklısı” sıfatını kazanır.

Kural olarak ardıl olunan haklar dava yoluyla ileri sürülmektedir. Bu ise uygulamada “rücu (geri dönme)” davası olarak anılmaktadır. Konunun dava yoluyla ileri sürülmesi ayrı bir başlık altında incelenecektir. Ancak daha önce seminerin özelliği bakımından sigorta şirketleri arasındaki ardıllık ilişkisi incelenecektir.

## 5.1 SİGORTA ŞİRKETLERİ ARASINDA ÖDEME

Uygulamada daha önce de belirtildiği gibi mal sigortalarında ardıllık ve buna bağlı olarak geri dönme davaları çok iyi bilinmekle birlikte; can (meblağ) sigortalarında ardıllık ve geri dönme istemleri ve davalarıyla çok karşılaşılmamaktadır. Bu nedenle sigortacı tarafından yapılan kimi ödemelerin zarardan sorumlu olanın sigortacısından (hukuki sorumluluk sigortacısı istenmesi durumunda kabul edilmemesi sonucuyla karşılaşılabilir. Aşağıda zararın gerçek sorumlusu ve sigortacısı arasında ayırım yapılmaksızın konunun dava yoluyla çözümü incelenmiştir. Bu yüzden bu bölümde ise konunun dostça çözümüne ağırlık verilmiştir.

Dostane çözüm için hiç tartışmasız olan ilk olasılık, zararı giderip ardıl olan sigortacıya, zarar sorumlusunun sigortacısı tarafından ödeme yapılmasıdır.

Bundan başka iki olasılık daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “*Knock for Knock Agreement*” veya “*Accord de Partage*” (za-



rarın paylaşılması) anlaşması, ikincisi ise ABD'de uygulanan "No Fault" sistemidir.

Knock for Knock Agreement veya Accord de Partage, sigortacı ile zarar sorumlusunun sorumluluk sigortacısı arasında yapılan bir anlaşmadır. Bu anlaşma ile ardıllık kısmen veya tümüyle işlerliğini yitirir. Gerçekten de ardılığa ilişkin TTY hükümleri zararı gideren sigortacıya, zarar sorumlusuna veya onun sorumluluk sigortacısına karşı kısmen veya tümüyle istemde bulunmamayı yükümlenmesine engel değildir (pactum de non petendo) (OMAĞ, age, s. 106).

Aslında istemde bulunmama yüklenimiyle alacak sona ermektedir. Alacaklı bu alacağını bir borcu ile takas edebileceği gibi, temlik edebilir, yüklenimde bulunduğu kişiler dışında kalan sorumlulardan isteyebilir. Ancak yüklenimde bulunduğu kimseden istemde bulunamaz. Bu çözüm, hiç kimsenin kendi rızasının tersine sahip olduğu veya olacağı bir hak konusunda dava açmaya zorlanamayacağı (nemo invitus agere cogitur) ilkesine de uygundur.

Knock for Knock Agreement ile sigortacılar belirli sınırlar içerisinde diğerine karşı geri dönüp ardılı olduğu giderim hakkını istemekten vazgeçmektedir. Bu anlaşmaya katılacak sigorta şirketlerinin portföyleri birbirine yakın bir durum oluşturuyor ise anlamlı bir ilişki doğabilir. Örneğin yalnız sorumluluk sigortası yapan bir şirket ile yalnız kasko yapan bir şirketin arasında böyle bir anlaşmanın yapılması yerinde olmayacaktır.

No fault sisteminde ise kusur tümüyle göz ardı edilerek sorumluluk yerine belirli sınırlar içerisinde zararın tümüyle giderilmesi temeli getirilmektedir. Bu durum özel kaza sigortası niteliği oluşturmaktadır. Böylece zarar görenin tüm giderleri (ilaç ve tedavi, cenaze, diğer tüm bedensel zararlar) karşılandığı gibi araçta bulunan şoför ve diğer kişiler hatta yayalar da sigortalı sayılmaktadır.



Bu sistemi kabul eden ABD'deki bir kısım Federal Devlette No Fault sigortası yapan sigortacıya, kazadan sorumlu olana veya onun sigortacısına geri dönme hakkı tanınmamaktadır.

Bu iki yolla özellikle ABD ve İngiltere'de zarar görenin kusuru durumunda bile zararın hızla ödenmesi, mahkemelerin işlerinin azalması, bunun doğal sonucu dava ve avukatlık ücretlerinin de azalmasıyla sigorta primlerinin indirimine gidilmesi gibi yararlarına rastlanmıştır.

## 5.2 DAVA YOLUYLA ÖDEME

Can sigortalarında ardıllık ve geri dönme olanağının olduğu durumlarda mal sigortasındaki ilkeler geçerli olacaktır. Konu can sigortası türleri açısından yukarıda tek tek incelenmiştir. Bu yüzden bu bölümde bir bütün olarak bu ilkelerin hatırlatılması ile yetinilecektir.

Ardıllık nedeniyle geri dönme davasının açılabilmesi için (1) sigortacı ile sigortalı arasında sözleşme olması, (2) sigortacının, sigortalısına ödeme yapması ve (3) sigortalının dava hakkı bulunması gereklidir.

Geri ödeme davasında sigortacı ancak ödediği ile sınırlı olmak üzere istemde bulunabilir. Ayrıca bunun gerçek zarar olduğunu da kanıtlamak zorundadır. Buna karşılık zarar sorumlusu sigorta et-tirene karşı ileri sürebileceği tüm savunma araçlarından sigortacıya karşı da yararlanabilir.

## 6. SONUÇ VE ÖNERİLER

Can sigortalarının hızla yaygınlaşması sigorta uygulamasının çağdaş kurumlarından olduğu ileri sürülen "sigortacının yasal ar-



dılığ" konusunun yeniden gözden geçirilmesine neden olacaktır. Ardıllık konusundaki yandaş ve karşıt görüşler belki bir kez daha tartışılacaktır. Böylece ardılığın varlığının sigorta sözleşmesinin bahti (aléatorie) niteliğine aykırı düştüğü, sigortacıyı haksız yere zenginleştireceği, geri dönme davasının mahkemelerin yükünü ve yargılama giderlerini artıracakı eleştirisi karşısında sigortacıya geri dönme hakkının tanınmasının sigortalının aynı zarar için çifte giderim almasını ve aynı zamanda giderim borçlusunun da sigorta sözleşmesinin varlığı nedeniyle sorumluluktan kurtulmasını engelleyeceği, sigorta primlerinin hesaplanmasında değerlendirmeye alınarak primlerin düşmesine neden olacağı birer yarar olarak savunulmaktadır.

İncelememizde vardığımız sonuçlar özetle aşağıdaki gibidir :

### **6.1 Gerçekte can sigortalarında ardıllık yasağı ayrıksı bir durumdur.**

Ardıllık konusunda TTY 1301 ve 1338 maddelerinin açık düzenlemesine karşın ardıllık nedeniyle geri dönme davaları hem mal hem de meblâğ sigortalarında geniş uygulama alanı bulmaktadır. Ardıllık yasağı bir tek yaşam sigortasın da vardır.

### **6.2 Ardılığın ileri sürülmesinde mal ve can sigortaları arasında temelde fark yoktur.**

Genel Poliçe Koşullarında getirilen kimi sınırlamalar dışında mal ve can sigortalarında ardıllık ve geri dönme davası aynı ilkelere bağlıdır. Bu uygulamada gerçek zararın saptanmasındaki teknik farklılıklar dışında konuya daha önce bilimsel ve yargısal alanda mal sigortaları açısından getirilen çözümler çerçevesinde kararlar oluşturulması kolaylığını sağlayacaktır.

### **6.3 Sözleşme özgürlüğü nedeniyle ardılığa sigorta şirketlerinin sınırlama getirmesi olanaklıdır.**



Knock for Knock Agreement veya Accord de Partage benzeri sigortacı ile zarar sorumlusunun sorumluluk sigortacısı arasında yapılan anlaşmalara TTY 1301 maddesinin engel olmadığı göz önünde tutularak bu yönde anlaşmalar yapılmasına destek verilmelidir.

#### **6.4 Sorumluluk sigortası açısından ardıllık sınırlanmalıdır.**

Kimi sorumluluk sigortaları açısından yasal düzenleme ile sınırlama getirilmesi ve diğer yandan da kusura bakılmaksızın zarar görenlerin tüm zararın giderimi ardıllık ilkesinin olumsuz yanlarına getirilen eleştirilerin azalmasını sağlayacaktır.

#### **6.5 Bazı kişiler yararına ardılığa yasal sınırlama getirilmelidir.**

Ayrıksı olarak sigortacı, özellikle sigortalının aile ve mesleki bağlarla bağlı bulunduğu kişilere (örneğin eş, çocuklar, ana, baba, tam gün çalışanlar gibi) karşı ağır kusur ve katli bulunmadıkça geri dönememelidir. Bunun için Genel Poliçe Koşullarıyla veya doğrudan yasayla yasak konulması yerinde olacaktır.

**Bu kısa öneri ve açıklamalarımız ışığında sigorta şirketlerinin ardılıktan ortaya çıkan uyuşmazlıkları -en azından kendi aralarındaki- azaltmak için ardıllık yasağı anlaşması yapmaları, TTY 1301, 1338 maddelerinin ve Can Sigortası Genel Poliçe Koşullarının yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.**



**KAYNAKÇA**

ATABERK, R. Zarar Görenin Doğrudan Doğruya Sigortacıya Müracaat Hakkı, Batıder, 1971, C. VI S.1

BOZER, A., Sigorta Hukuku, Ankara, 1981

KARAYALÇIN, Y. Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara, 1960

KENDER, R., Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuk I, İstanbul 1995

OMAĞ, M.K., Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyet İstanbul 1983

TEKİNAY, S. S. Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı İstanbul 1963

ULAŞ, I., Uygulamalı Can Sigortası Hukuku, Ankara 1977



# PARANIN BAŞKASININ PARASI İLE KARIŞMASI ÜSTÜNE BİR DENEME

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (\*)

## I- GİRİŞ

Uzun yıllardır sürdürdüğüm öğretim üyeliği görevimde, çok kez eşya hukuku dersi verme olanağını buldum. Bu derslerimde para hakkında açıklama yaparken, çoğunlukla, öğrencilerimden birinden örneğin bir adet 100.000 TL ister ve bu parayı alıp cebime koyardım. Bir kaç saniye sonra cebimdeki 100.000 liklerle birlikte bu parayı da ortaya çıkarır ve öğrencilerime şu soruyu yöneltirdim : ***“Bunlardan hangisi bana arkadaşınız tarafından verilen 100.000’lidir?”*** Doğal olarak öğrenciler bu soruya yanıt veremezlerdi. Bunun üzerine de ben kendilerine : ***“Yanıt veremezsiniz, çünkü, sizin paranız benimkilerle karıştı ve ben artık karışan paranın da maliki oldum; arkadaşınız, bana karşı olsa olsa bir nedensiz zenginleşme kaynaklı istemde bulunabilir”*** şeklinde bir açıklama getirirdim.

---

(\*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi





Bir yılı aşkın bir süre önce, somut bir olay vesilesiyle, para hakkındaki bu düşüncemi yeniden gözden geçirmem ya da en azından bu konunun yeniden tartışmaya açılması gerektiğini düşünmeye başladım.

Olay şöyleydi : Bir kişi bir bankaya, yurt dışında belli birine gönderilmesi amacıyla bir miktar para yatırmış ve banka da bu paranın havale edilmek üzere kendisine yatırıldığına ilişkin o kişiye bir makbuz vermişti. Paranın belirlenen kişiye gönderilmesinden önce banka iflâs etmiş ve bankanın tüm işlemleri bir yasal düzenleme ile (daha büyük) bir başka bankanın yönetimine bırakılmıştı. Parayı göndermek üzere bankaya yatıran, bankadan parasını istemiş, kendisine, bankaya karşı ancak bir alacağa sahip olabileceği ve bu alacağını iflâs masasına kaydettirmesi gerektiği bildirilmişti. Kişinin para üzerinde hala aynı hakka sahip olduğu gerekçesiyle açtığı dava mahkemece reddolunmuş ve red kararı da Yargıtay'ca onanarak kesinleşmişti.

Somut olayın yol açtığı bu davanın son aşamasında olaydan haberdar oldum ve dosyayı inceleme fırsatını elde ettim. Bu inceleme sırasında gördüm ki, para *hangi amaçla bir kişiye verilmiş olursa olsun, o kişinininkilerle karıştığından onun mülkiyetine geçmiştir* şeklindeki bir görüş gerek Medeni Yasa'nın eşya hukuku ile ilgili bazı temel kurallarıyla, gerekse Borçlar Yasası'ndaki bazı düzenlemelerle pek de kolay bağdaşmamaktadır.

O tarihlerde, fakültemde değerli hocalarım ve arkadaşlarım ile konu hakkında görüşmeler yaptım. Ancak, bu görüşmelerden somut ve kolayca kabul edilebilir bir sonuca varmam mümkün olmadı. Bu nedenle bu çalışmayı hazırlamayı düşündüm.

Amacım, hukukçularımızı bu konuda yeniden düşünmeye yöneltmektir. Hukukçularımızın bu konuya ilgisini çekebilirim çalışmamın amacına ulaştığını söyleyebileceğim. Özellikle belirtmek



isterim ki, bu çalışmada varılacak sonuçlar her türlü eleştiriyeye açıktır ve ben haklı ve yerinde eleştiriler yapılırsa görüşümü değiştirmeye de hazırım.

## II- PROBLEMİN KONUMU :

Bir kimsenin parasını kendi parası ile karıştıran kişinin başkasının parası üzerinde karışma nedeniyle tek başına mülkiyeti elde ettiği kabul olunduğunda, parasını yitirenin ileri sürebileceği hak ancak bir alacak hakkı olacaktır. Buna karşılık, paranın başkasının parası ile karışması halinde, karışan para üzerinde karışma olgusundan önceki malikin mülkiyet hakkının bireysel mülkiyet ya da müşterek mülkiyet şeklinde devam ettiği görüşü benimsendiğinde, parası karışanın aynî hakka dayanarak dava açabileceği sonucuna varılacaktır.

Bu çalışmada irdelenecek asıl konu hakkındaki görüşlerin dökümü **Prof. Dr. Rona SEROZAN (HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 336-337)** tarafından şöyle yapılmıştır : *“Paranın karışmasında durum daha da karışıktır. Klasik anlayışa bağlı kalan çoğunluğa göre, başkasının parasını açıkça ayırt edilemez biçimde kendi parasına katan kişi, bu parayı tek başına mülkiyetine geçirmiş olur. Bu paranın aynî güçte bir istemle geri istenmesi söz konusu olamaz. İade istemi olsa olsa, kişisel güçte bir haksız zenginleşme istemi olabilir. Bu görüş, aynî haklara egemen olan belirlilik (özellik) ilkesiyle desteklenir. (Para bireyselleştirilemez ki). Başkalarına göreyse, paranın da başkasının parasına karışsa bile aynî istemle geri istenmesi ve bu arada cebri icra sürecinde ayrıcalıklı biçimde çekilip alınması olanaklıdır. Bu aynî istemin dayanağı da ya MK 700 I kuralı çerçevesinde varsayılan bir müşterek mülkiyet ilişkisidir ya da “para değeri (nicelik istihkakı” diye nitelendirilebilecek olan kendine başlı bir aynî istemdir”.*



### III- PARANIN EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN NİTELİĞİ :

Hukukumuzda ve İsviçre Hukuku'nda paranın **misli eşya** ve **tüketilebilir eşya** kategorilerine yer aldığını görmekteyiz. Tartışmasız olan bu konu ile ilgili olarak öğretilen şu örnekler verilebilir :

- **M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ**, Eşya Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997, s. 9 : *“Alış verişte prensip itibarile sayma veya tartma veya ölçme ile muayyen hale gelen eşya misli eşyadır... Para, buğday, pirinç, portakal, zeytinyağı misli şeylerdir”*.

Aynı eser, s. 10 : *“Kendilerinden gayeye uygun istifade tüketim (istihlâk) yolu ile olan eşya tüketime tabi eşyadır. Para bu tarz eşyanın klâsik örneğidir”*.

- **Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atillâ ALTOP**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 26 : *“Miktarları sayı, ölçü veya tartı ile tayin olunabilen ve yerlerine nitelik itibariyle denk (muadil), başka mal konması mümkün olan eşya misli eşyadır. Para, süt, buğday, sigara ... gibi”*.

Aynı eser, s. 28 : *“İktisadî değerinden faydalanılması, tüketilmek veya elden çıkarılmak suretiyle mümkün olan eşya, meselâ ekmek, kömür, sigara tüketim eşyasıdır. ‘Tüketim’ veya ‘harcama’ terimi, mutlaka bir şeyin maddî ve fizikî mânâda mevcudiyetini ortadan kaldırmayı ifade etmez; tüketim için o şeyin -bir yarar sağlayarak- elden çıkması söz konusudur. Bundan dolaydır ki, parayı tüketim eşyasından saymamız mümkün olabilmektedir”*.

- **Kemal T. GÜRSOY/Fikret EREN/Erol CANSEL**, Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik, Tapu Sicili -Mülkiyet- Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, Ankara 1984, 28 : *“Bazı şeyler gerek görünüşleri ve gerekse iç*



*yapıları yönünden birbirlerinin aynı veya birbirlerine çok yakındır. Bunlar, aynı türe (nev'e) dahil şeylerdir. Bu nedenle bu gibi bir şey diğerinin yerine geçebilir; onun gördüğü iktisadî işi yapabilir... Özellikle para, misli bir şeydir. Benim elimdeki 100 lira ile sizin elinizdeki 100 lira aynı iktisadî görevi ifa ederler”.*

- **Paul-Henri STEINAUER**, Les droits réels, T. I, 2 e Ed., Berne 1990, s. 32 : *“Misli şeyler, iş hayatında miktar, ağırlık ya da ölçüleri ile belirlenen eşyadır; belli tipteki bir misli şeyin yeri aynı tip-ten bir başka şey ile doldurulabilir. Ayırımın ölçütü objektiftir : Belirleyici olan iş yaşamındaki uygulamadır, tarafların iradeleri değil. Örneğin para, tabii semereler, şarap, aynı seriden mallar misli şeylerdir”.*

Aynı eser, s. 33 : *“Bir şey, tüketilmeye veya harcanmaya (elden çıkarılmaya) özgülenmiş ise tüketilebilir şeydir. Öyle ki, onun normal kullanımı, hukuki açıdan yok oluşuna yol açar. Böylece, gıda maddeleri, yakıtlar, para tüketilebilir eşyadır”.*

- **Arthur MEIER-HAYOZ**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, Bern 1966, s. 54, no. 100 ad systematischer Teil : *“Genel anlayışa göre, özel nitelikleriyle belirlenmeyen, bu nedenle de aynı türden başka şeylerle yeri doldurulabilen şeyler, misli şeylerdir. Bunlar (Alman Medeni Yasası'nın 91. paragrafının söyleminde tanımlandığı gibi) iş hayatında adet, ölçü veya ağırlıklarıyla belirlenen taşınır şeylerdir. Para, belli kıymetli evrak, tahıllar, meyvalar, patates gibi toprağın doğal ürünleri... misli şeylerdir”.*

Aynı eser, no. 102 ad systematischer Teil : *“Normal kullanımları tüketme veya eldan çıkarma suretiyle gerçekleşen taşınır eşya tüketilebilir eşyadır... Yalnızca fiilen tüketilmeye yönelmiş (gıda maddeleri ve yakıtlar gibi) şeyler değil, mahiyetleri itibariyle elden*



*çıkarılmak suretiyle kullanılan (para, para yerine geçen şeyler... şeyler de tüketilebilir eşyadır”.*

**Eşya hukukunda, para misli eşya ve tüketilebilir eşya niteliğinde bir taşınır olduğuna göre, hiç kuşkusuz taşınır mülkiyetine konu olacaktır. Bu nedenledir ki, para üzerinde mülkiyet iktisabı hakkında taşınır mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanacaktır.**

Çalışmanın konusu bakımından, özellikle iki yasa hükmü ön plâna çıkmaktadır. İlki, Medeni Yasa'nın doğrudan karışma ve sonuçlarını düzenleyen 700. maddesi, ikincisi ise yine doğrudan paranın iyiniyetle iktisabı hakkındaki Medeni Yasa'nın 903. maddesidir. Bu maddelerin içeriğini anımsatmakta yarar görmekteyim.

Medeni Yasa'nın 700. maddesi aynen şöyledir : *“Muhtelif kim-selerin malları ehemmiyetli bir surette tahrip edilmeksizin yahut fâhiş bir sây ve masraf yapılmaksızın ayırdedilmeyecek derecede karışmış veya birleşmiş olursa alâkadarlar, halitayı terkip eden malların karışma veya birleşme zamanındaki kıymetleri nisbetinde hissedar olurlar. Karışan veya birleşen mallardan biri diğerinin teferruatı kabilinden olursa halitanın mülkiyeti aslın malikine ait olur.*

*Tazminat ve sebepsiz mal edinmeden mütevellit dâva hakları mahfuzdur”.*

903. maddenin içeriği ise şöyledir : *“Zilyedin rızası olmaksızın elinden alınan parayı ve hâmile muharrer senetleri, hüsnüniyetle iktisap etmiş olan kimse aleyhinde istihkak dâvası ikame olunamaz”.*

Medeni Yasa'nın 700. maddesinin söyleminden, maddede öngörülen karışma olgusunun gerçekleşmesi halinde, ilke, malları karışanların müşterek mülkiyetidir. Ancak, karışan mal, karıştığı ma-



la göre ikincil nitelikte ise, artık, asıl şeyin maliki, tek başına karışan şeyin de maliki konumuna girecek, böylece ikincil nitelikteki karışan şeyin karışmadan önceki malikinin mülkiyeti sona erecektir.

903. madde içeriğine göre, rıza dışı elden çıkan para, iyiniyetli bir kimsenin zilyetliğine geçtiğinde, artık o kimseye karşı istihkak davası açılmayacaktır. Zilyedin artık iadeye yönelik bir davaya muhatap olmamasının nedeni de hiç kuşkusuz, onun para üzerinde mülkiyet hakkını elde etmesidir. Bir diğer söyleyişle, bu madde kapsamında kalan olaylarda, iyiniyetli zilyet mülkiyeti elde ederken, önceki hak sahibi, yani rızası olmaksızın parası elinden çıkan kimse ise mülkiyet hakkını yitirmektedir. Bu yorum, Medeni Yasa'nın taşınır mülkiyetinin iktisabını düzenleyen 687. maddesinde temelini bulmaktadır. Bu maddenin son cümlesi "*Zilyetlik hükümlerinin cereyanından itibaren mülkiyet sabit olur*" şeklindedir. Medeni Yasa'nın 903. maddesinin ise, Zilyetlik başlıklı 24. Bab'da yer aldığı ortadadır. O halde, 903. maddenin olgusu gerçekleştiğinde, iyiniyetli zilyedin başkasının rızası dışında elinden çıkmış parası üzerinde mülkiyeti sabit, yani kazanılmış olacaktır. Bu yorum genel kabul görmektedir. Örnek olarak şu hukukçuların açıklamalarına yer verilebilir. :

**OĞUZMAN/SELİÇİ**, age, s. 97 vd. : "**1) Hüsnüniyetle iktisabın tam olarak korunduğu haller** : a) *Emin sıfatıyla zilyeden aynı hak iktisabı...* b) *Para ve hamile muharrer senetlerin iktisabında ise hüsnüniyet daha geniş ölçüde korunmuştur. Menkul mallarda iyiniyetle iktisabın en geniş şekilde korunduğu hal budur. Para veya hamile muharrer senet çalınmış, kaybedilmiş, rızası hilâfına malikin elinden çıkmış da olsa, bunları herhangi bir zilyeden hüsnüniyetle iktisap eden kimsenin iktisabı mutlak olarak korunur (MK. m. 903) Elimize geçen paranın çalınmış olup olmaması iktisabımıza tesir etse idi, İktisadî hayatın ne hale gireceği düşünülrse, hükmün kanunda yer alışı sebebi kolayca anlaşılır*".



- **Emil W. STARK**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 3. Abteilung Besitz und Grundbuch, 1. Teilband Der Besitz, Bern 1966, no. 2 ad Art. 935 : *"Parayı ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle iktisap edenler, bunlar rıza dışı elden çıkmış olsalar bile, maddi hukuk anlamında hakkı iktisap ederler. Bu nedendir ki, hakka dayanan dava devre dışı bırakılmıştır"* (Bkz. ayrıca **STEINA**, age, s. 118-119).

903. maddenin tersine yorumundan ise, paranın zilyedliğini eline geçiren kimsenin kötünietli olması halinde, hak iktisabının söz konusu olmayacağı, bir diğer söyleyişle, rızası dışında para üzerindeki zilyedliğini yitirenin mülkiyet hakkını korumaya devam edeceği sonucuna varılmaktadır.

Paranın başkasınıkiyle karışması konusunda çözüm önerilirken, öncelikle Medeni Yasa'nın yukarıda değinilen 700 ve 903. maddeleri gözönünde tutulmalıdır kanısındayım. Medeni Yasa'nın 904. maddesi de zaten aynı şeyi söylemektedir. Bu hükme göre, zilyedinin elinden rızası ile veya rızası dışında çıkmış olan taşınırların kötü niyetle iktisabı hiç bir şekilde korunmaz.

#### IV- PARANIN KARIŞMASININ HUKUKİ SONUÇLARINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER :

Baskın ya da klasik görüşe göre, bir kimsenin parasını kendi parası ile karıştıran, her hal ve kârda karıştırdığı paranın mülkiyetini iktisap eder. Bu görüşü savunan hukukçulara örnek olarak şu isimler verilebilir :

- **Dieter ZOBL (HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL)**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 1. Abteilung Das Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 1977, no. 84 ad Art. 727) : *"1. Paranın karışması, Baskın öğretisi, başkasının parasını kendi parası ile karıştıranın karışan paranın da maliki olduğu şeklindeki ortak hukuk ilkesinden hareket etmektedir. Bu görüş Federal Mahkemece benimsendiği gibi, çeşitli kanton mahkemeleri ka-*



rarlarında da yer almıştır. Bugün artık bu görüş bir örf ve adet hukuku ilkesi olarak dikkate alınabilir. Bu bağlamda paradan anlaşılması gereken, yalnızca ödeme aracı kabul edilen ve bir kur değeri olan madeni paralar ve banknotlardır”.

**ZOBL**, bu görüşün gerekçelerini ve İsviçre Medeni Yasası'nın, Türk Medeni Yasası'nın 700. maddesini karşılayan 727. maddesindeki karışma halinde malları karışanların müşterek mülkiyeti düzenlemesinin, paranın karışmasında uygulanamayacağını şöyle açıklamaktadır (age, no. 85-86 ad Art. 727) : “*Karışan paranın malikinin, kendisinden çıkan paraların hangileri olduğu değil de miktarını ispatladığında bile, karışan parası için istihkak iddiasında bulunabileceğine ilişkin nadiren rastlanan görüşe katılmak mümkün değildir. Bölümsel ya da değersel bir istihkak istemi hukuku-muza yabancıdır; belirlilik ilkesi, mülkiyetten kaynaklanan istihkak istemi için geri istenen şeylerin bireyselleştirilmesini ve böylece somutlaştırılmasını şart koşmaktadır. Bu da, paranın karışması halinde kural olarak mümkün değildir. Nihayet, karışan meblağ üzerinde, 727. maddenin 1. fıkrasına kıyasen malları karışanların müşterek mülkiyetinin doğduğu kabul eden görüş de paylaşılamaz. Bu görüş benimsenseydi, belirsiz hukuki ilişkiler ortaya çıkardı; özellikle (karışan) meblağlar tutarları itibariyle unsur değişikliğine uğrarlardı. Federal Mahkeme, 727. maddenin 1. fıkrasına kıyas yoluyla uygulanmasına, ayrıca, karışma sonucunda, ayrılması olanaksız ya da, ancak, önemli zararların doğmasına yol açacak şekilde mümkün olan yeni bir şey oluşmadığından karşı çıkmaktadır”.*

- **Paul-Henri STEINAUER** (Les droits réels, T. II, Berne 1990, s. 259-260) : “**4. Para veya aynı cinsten misli eşyanın biraraya gelmesi.** Yukarıda tanımlanan birleşme ve karışma hallerinden çok daha yaygın olan bu haller 727. maddeye tabi değildir-





ler... a. Kendi parası ile başkasının parasını karıştıran kimse, karışan madeni ya da kağıt paraların bireyselleştirilmesi mümkün olmadığı takdirde, karışımın maliki olur... Önceki malik iktisap edene karşı yalnızca haksız zenginleşmeden kaynaklanan bir dava hakkına sahip olur”.

- **Emil W. STARK** (age, no. 7 ad Art. 935) : “935. maddenin - Türk Medeni Yasası’nın 903. maddesi- para bakımından pratik anlamı önemsizdir, çünkü, madeni paraları ve banknotları iktisap eden hemen daima karışma suretiyle malik olur... Burada 727. maddenin olgusu da yoktur, zira, madeni paralar ve banknotlar zarar verilmeksizin ve aşırı çaba gösterilmeksizin birbirinden ayrılabilirler, ama bunların bireyselleştirilmesi çoğunlukla mümkün olmaz. Buna bağlı olarak da, çeşitli madeni para ve banknotların önceki malikleri ortaya çıkan tümün maliki olmaz, iktisap eden tek başına malik olur. Bu nedenle, paranın bir kısmının önceki malikinden rıza dışı çıkmış olmasının herhangi bir rolü yoktur”.

- **Arthur HOMBERGER** (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 3. Abteilung, Zürich 1938, no. 2 ad Art. 935) : “Para söz konusu olduğunda da, iktisap edenin kötüniyeti halinde iade istemi söz konusu olur, fakat işte burada, rıza dışı elden çıkan birimler artık bireyselleştirilemiyorsa, istihkak istemi gündem dışı kalır ve rıza dışı elden çıkanlar karışma nedeniyle iktisap edenin mülkiyetine geçer”.

Hukukumuzda karışma ve özellikle paranın başkasınıkiyle karışması hali, üzerinde yeterince durulmuş konulardan değildir. Bazı hukukçularımız yukarıda baskın görüş yandaşı olarak yer verilen yazarların görüşüne yaklaşmakta iken, bazıları karışmaya verdikleri örneklerle baskın görüşün oldukça uzağında oldukları izlenimini uyandırmaktadırlar. İşte baskın görüşe yakın olan hukukçulara örnekler :



**SEROZAN** (age, s. 336) : *“Eş nitelikte eşyanın, bu arada hamile yazılı senedin veya paranın karışması. MK md. 700 kuralınca açık olarak düzenlenmiş değildir. Gerçekten de MK md. 700 kuralı, aslında nicelik değişimiyle kalmayıp, aynı zamanda nitelik değişimine de yol açan, yani başka ve yeni bir eşyayı oluşturan karışmaları düzenlemeyi amaçlamaktadır. Durum böyle olunca, yeni bir eşya oluşturmaman özdeş eşyanın karışması konusunda yasa boşluğu varsayılır ve bu konuda hararetle tartışmalar yürütülür”*

**Selâhattin Sulhi TEKİNAY** (Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, İstanbul 1994, s. 22-23) : *“İsviçre Medeni Kanununun, bizim 700. maddemizi karşılayan 727. maddesinde bir ‘karışım meydana getirme’ anlamına gelen ‘vermischen = mélanger’ başka kimselere ait olan aynı mahiyetteki şeylerin değil, farklı mahiyetteki eşyanın karıştırılması ve bu suretle yeni bir şeyin meydana getirilmesi olduğu ileri sürülmektedir... Buna göre aynı mahiyetteki misli şeylerin meselâ nitelikleri farklı olmayan benzinlerin, zeytinyağların veya unların karıştırılması, 700. maddenin kapsamı dışında sayılmakta ve bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğu savunulmaktadır. Böyle hallerde karışan şeylerin, herhangi bir tahribe veya aşırı emek ya da para sarfına yol açmadan, miktarları esas tutularak ayırt edilmesinde çok defa aşırı bir güçlüğü de rastlanamaz. Bununla beraber güçlük varsa 700. maddenin bu gibi durumlarda da kıyasen uygulanması kabul edilebilir. Federal Mahkeme başka başka kimselere ait olan hamiline yazılı ve aynı türdeki hisse senetleri bir müessese elinde karışmış olsa, Medeni Kanunun 700. maddesinin kıyasen uygulanmasına karar vermiştir. Bu karara göre, eski malikler, iradelerine veya iyi ya da kötü niyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın karışan hisse senetlerinin paydaşı olurlar. Ne var ki Federal Mahkeme böyle haller için doktrin 700. madde çerçevesinde geliştirdiği ‘yumuşatılmış paydaşlık’ görüşünü de benimemekte, senetler kendisine tevdi edilmiş olan*



*Banka'nın, ilgililerinden biri talep ettiği takdirde ona, diğerinin muvafakatına veya katılmasına gerek kalmadan, tevdi ettiği senetlerin sayısı kadar bir miktarı karışımından ayırıp vermekle yükümlü olduğunu kabul etmektedir... Başkasının parasını kendi parası ile karıştıran kimsenin hukuki durumuna gelince, bu konu tartışmalı olmakla beraber, Federal Mahkemenin halen baskın görüşü temsil eden eski bir kararına göre, başkasının parasını bireysel (ferdi) olarak teşhis edilmesine imkân vermeden kendi parasına katan kimse tümüne tek başına malik olur. Böylece parasının mülkiyetini kaybeden kişi yeni malike karşı aynı değil, sadece kişisel nitelikte bir iade davası açabilir”.*

Azınlık görüşünü savunan hukukçulara örnek olarak da İsviçreli ünlü hukukçu **Peter LIVER** (Schweizerisches Privatrecht V/I. Sachenrecht, Eigentum, Basel und Stuttgart 1977, s. 384-385) gösterilebilir : **“IV. Paranın ve hamiline kıymetli evrakın karışması. 1. Para. Paranın karışması, roma hukukunda ve ortak hukukta özel bir hal sayılmaktaydı. Başkasının parasını kendi parası ile karıştıran kimse, karışanlar arasındaki miktar ilişkisi dikkate alınmaksızın malik oluyordu. Modern kodifikasyonlar bu özel düzenlemeye yer vermediler... Yeni ya da başka bir şeyin doğumuna yol açılmaksızın aynı cinsten şeylerin karışması, karışmanın özel bir hali olduğundan, en azından doğrudan doğruya 727. madde kapsamına girmemektedir, bu nedenle bu karışma genel hukuk ilkelerine göre çözümlenmelidir. Federal Mahkeme, bu doğrultuda, yasada bir boşluk olduğunu kabul etmiştir. Bu boşluğu doldurmak için ise, 1. maddeden yola çıkmamış, doğrudan ortak hukuka sarılmıştır. Buna bağlı olarak, Federal Mahkeme, hukuka aykırı olarak elde ettiği parayı kendisinininkiyle karıştıranın onun maliki olacağına karar vermiştir. Bu karar metodik açıdan da fiili durum bakımından da doğrulanamaz. Şu soru ışığında değerlendirme yapmak daha doğru olurdu : bu durum da, 727. maddenin kıyas yoluyla uy-**



*gulanmasını gerektirmez miydi? Böyle bir uygulama Borçlar Yasası'nın 484. maddesinde (ardıye ilé ilgili olarak) zaten bulunmaktadır. Bu soruya ancak olumlu yanıt verilebilir”.*

Hukukumuzda, paranın karışması konusunda, azınlık olarak nitelendirilen görüŖe net biçimde katılan hukukçuya rastlayamadım. Bununla birlikte, özellikle, karışma konusunda verdikleri örneklerde, aynı türden misli şeylerin karışması hallerini de zikreden hukukçuların azınlık görüŖüne daha yakın olduğu söylenebilir. İşte bu hukukçulara örnekler :

**Jale G. AKİPEK**'in (Türk Eşya Hukuku, Aynî Haklar, İkinci Kitap : Mülkiyet, 2. Bası, Ankara 1973, s. 275-276) net bir tavrı olmamasına karşın, karışma konusunda verdiği örneklerden hareketle, azınlık görüŖünü benimseyenler arasında yer aldığı söylenebilir : **“V- BİRLEŖME VE KARIŖMA (MK 700) : A- Kavram :** *Başka başka maliklere ait eşyaların önemli surette tahrip edilmeksizin ya da aşırı surette emek ve masraf harcanmaksızın birbirinden ayrılması kabil olmayacak şekilde tek bir eşya halinde birleşmesi ya da karışmasıdır. Birleşme veya karışma sonunda meydana gelen eşyaya **halita** denir : Örneğin ayrı ayrı maliklere ait sirke ile yağın, ayrı ayrı maliklere ait unun aynı şiŖe veya çuvala konması sonucu karışması...”*

**OĞUZMAN/SELİÇİ** (age, s. 561) : **“3) Malların birleşmesi veya karışması neticesi iktisap :** *Muhtelif kimselerin malları, ehemmiyetli surette tahrip edilmeksizin veya aşırı emek veya masraf yapılmadan ayırdedilemeyecek şekilde karışmış (meselâ iki şahsa ait unların aynı çuvala konması gibi)... olursa MK.m. 700 ortaya çıkan durumu şöyle nizamlanmaktadır... Şayet mallardan hangisinin asıl şey, hangisinin bu asla tâbi şey olduğu anlaşılamıyorsa, halita, karışan veya birleşen şeylerin maliklerinin müşterek mülkiyetine tâbi olur (karışan un misalinde böyledir). Her birinin*



*hissesi halitayı terkip eden malların karışması veya birleşme zamanındaki kıymetli ile orantılı olacaktır”.*

**GÜRSOY/EREN/CANSEL** (age, S. 685-686) : “Ayrı ayrı maliklere ait olan iki veya daha fazla bağımsız mal, bazan bağımsızlıklarını kaybedecek ve bir bütün teşkil edecek şekilde birbiriyle karışmış veya birleşmiş olabilirler. Bu karışma veya birleşme sonunda meydana gelen bütünden, münferit mal veya malların, ya hiç bir şekilde, ya da önemli bir şekilde tahrip edilmeksizin (parçalanmaksızın) veya aşırı bir emek veya para harcamaksızın ayrılması mümkün olmayabilir. Meselâ başka başka maliklere ait olan buğdayın ya da un veya suyun birbiriyle karışması... halinde durum böyledir... Şu halde, birleşen veya karışan şeyler (mallar), özü tahrip edilmeksizin veya ekonomik değerinde önemli bir azalma meydana gelmeksizin ya da aşırı bir emek veya masraf harcanmasını gerektirmeksizin birbirinden ayrılabilirlerse, mallar ayrılır ve sahiplerine verilir. Buna karşılık... ayrılma mümkün olmazsa, karışma veya birleşme sonunda meydana gelen malda, müşterek mülkiyet ilişkisi cârî olur. Gerçekten, MK 700/Pe göre, karışma... olduğu anda karışan... malların arz ettiği değer oranında mal, eski maliklerinin müşterek malı olur”.

Bu bölümde aktarılan görüşlerin baskın olanını şöyle özetlemek mümkündür : Medeni Yasa'nın karışma suretiyle taşınır mülkiyetinin iktisabını düzenleyen 700. maddesi hükmü, paranın başkasının parası ile karışması halini düzenlememektedir; çünkü, bu maddede sözü edilen karışım yeni bir şeyin oluşması anlamındadır; bu nedenle, paranın başkasının parası ile karışması hali bakımından yasada bir boşluğun varlığı kabul edilmelidir ve bu boşluğun ortak hukuktan kalma, artık bir örf ve adet kuralı haline gelmiş, karışan paranın, karıştıranın tek başına mülkiyetine geçeceği ve önceki zilyedin artık mülkiyetini yitireceği ilkesiyle doldurulması gerekmektedir. Kaldı ki, karışan paranın bireyselleştirilmesi



artık mümkün olmayacaktır ve aynı haklarda belirlilik (özellik) ilkesi yürürlüktedir.

Azınlık görüşüne göre ise, paranın karışmasında 700. madde hükmü hiç olmazsa kıyasen uygulanmalıdır. Bu nedenle parası başkasınınla karışanın, karışan parasına yönelik olarak bir tür müşterek mülkiyet payı olacağı kabul edilmelidir.

## V- BASKIN GÖRÜŞÜN ELEŞTİRİSİ

Baskın görüşteki gibi, başkasının parasını kendi parası ile karıştıranın her hal ve kârda, o paranın da tek başına maliki olacağının kabul edilmesi, her şeyden önce, Medeni Yasa'nın 903. maddesindeki düzenlemeyi anlamsız bırakmaktadır. 903. maddenin iyiniyetli iktisap edenin en geniş biçimde himayesini sağlayan hüküm olduğu tartışmasızdır. Yasa koyucu, genelde, iyiniyetle mülkiyet (ya da diğer bir aynı hak) iktisabını emin sıfatıyla zilyedden zilyedliğin mülkiyeti (ya da diğer bir aynı hakkı) edinme amacıyla kazanıldığı hallere inhisar ettirmişken, para (ve hamiline yazılı senetler) bakımından, zilyedliğin kendisinden devralındığı kişinin emin sıfatıyla zilyed olmasını bile gereksiz addetmiştir. Unutulmamalıdır ki, *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet* (hiç kimse sahip olduğundan fazlasını başkasına devredemez) ilkesi geçerliliğini korumaktadır. Yasa koyucu bu ilkeye emin sıfatıyla zilyedden iyiniyetle aynı hak iktisap etmek amacıyla zilyedliği kazanan kişiler açısından bir ayrık kural getirmiştir. Para bakımından bu ayrık kural daha da genişletilmiştir. Eğer, genişletilmiş ayrık kuralın koşulları olayda mevcut değilse, artık temel ilkenin uygulanması gerekli sayılmalı, yani, parasının zilyedliğini rızası dışında yitiren kişi, parası üzerinde halâ mülkiyeti koruyor kabul edilmelidir.

Yasa koyucunun Medeni Yasa'da getirdiği düzenleme de böyledir. Yukarıda III. bölümde açıklandığı üzere, rıza dışı elden çıkmış



paranın zilyetliğini iktisap eden kötüniyetli ise, artık 903. madde uygulanmayacaktır, çünkü, aynı yasanın 687. maddesinin son cümlesi hükmünün tersine yorumundan hareketle *zilyedlik hükümleri cereyan etmediğinden mülkiyet sabit olmamıştır*.

Baskın görüş yandaşları da Medeni Yasa'nın 903. maddesinin anlamını yitirdiğinin farkındadır (Bkz. özellikle **STARK**, age. no. 7 Art. 935). Bu nedendir ki, kötüniyetle iktisap edilmiş olan paranın (ve hamiline yazılı senetlerin) halen bireyselleştirilmesinin mümkün olması halinde, zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanan iadeye yönelik davanın (istihkak davasının) açılabileceğini belirtmektedirler (Bkz. **ZOBL**, age, no. 88 ad Art 727; **STEINAUER**, age, T II, s. 269; **HOMBERGER**, age, no 2 ad Art. 935; **STARK**, age, no 7 ad Art. 935). Bu görüş benimsendiği takdirde, hukuku bir yana bırakalım, temel mantık kurallarını zorlayan bir durum ile karşı karşıya kalınmaktadır : Ben kötüniyetle başkasının parası üzerinde zilyetliği elde edeceğim; kötüniyetli olmama rağmen, bu parayı kendi paramla karıştırmadan örneğin bir zarf, çekmece ya da kavanoz içinde muhafaza edeceğim ki, parasının zilyetliğini yitiren bana karşı mülkiyet hakkına dayanarak dava açabilsin. Yok şayet ben bu parayı kendi paramla karıştırırsam, artık, kötüniyetli olmama rağmen, bu paranın mülkiyetini kazanacağım. Bu örnekteki gibi bir kötüniyetli zilyedin mevcut olabileceğini kabul etmek, bu kötüniyetli zilyedin aklından zoru olduğunun da kabulünü gerektirir. Öyle ya, kötüniyetli zilyedin, hem de, **özellikle mülkiyeti kazanmamak için**, başkasının parasını kendisinininki ile karıştırmamasını beklemek olsa olsa mucize beklemek olur.

Öte yandan, mülkiyet hakkının zilyet tarafından iktisap edilip edilmemesinin, paranın karışmış olup olmaması gibi bir rastlantıya bağlandığını söylemek de, salt mantıksal açıdan dahi, pek kolay olmasa gerektir.



Baskın görüşün Medeni Yasa'nın 700. maddesindeki düzenlemenin paranın karışması halinde uygulanamayacağını benimsediği de anımsandığında (Bkz. **ZOBL**, age, no. 85-86 ad. Art. 727; **STEINAUER**, age, T. II, s. 259-260; **STARK**, age, no. 7 ad Art. 935; **SEROZAN**, age, s. 336; **TEKİNAY**, age, s. 22-23) durum bütünü açıklanamaz hale gelmektedir. Kötüniyetli zilyedin başkasının parasını kendisinininkiyle karıştırmaması halinde, 700. maddenin hiç olmazsa kıyas yoluyla uygulanması kabul edilseydi, 903. madde ile 700. madde arasında mantıksal bir bağ daha kolay kurulabilirdi. 700. maddeye göre, paranın önceki zilyedi, müşterek mülkiyet payı şeklinde de olsa, aynı hakkını muhafaza ediyor olacaktı.

Baskın görüşün dört elle sarıldığı aynı haklarda belirlilik (özellik) ilkesi de yukarıda değinilen, temel mantık kurallarıyla dahi bağdaştırılması çok güç olan durumu kurtarmaya yetmeyecektir. Medeni Yasa'daki 903 ve 700. maddeler, yasakoyucunun bu ilkedeki belli ölçüde bilinçli olarak ayrıldığını göstermektedir kanısındayım.

Baskın görüşe göre, paranın karışması halinde 700. madde ve 903. madde uygulama olanağı bulamayacağından, ortada bir yasa boşluğunun varlığı kabul edilmeli (Bkz. **SEROZAN**, age, s. 336; **TEKİNAY**, age s. 22-23; **ZOBL**, age, no. 83 vd ad Art. 727) ve bu boşluk ortak hukuk devrinden kalma, başkasının parasını kendisinininkiyle karıştıranın karışan paranın da tek başına mülkiyetini elde edeceği ilkesiyle doldurulmalıdır. Baskın görüş yandaşlarından bazılarının göre, ortak hukuk devrinden kalma bu ilke öylesine benimsenmiş ve uygulanmıştır ki, artık bir örf ve adet hukuku kurallı düzeyine gelmiştir. (Bkz. özellikle **ZOBL**, age, no. 84 ad Art. 727).

Bu sava katılmaya da olanak bulunmadığı kanısındayım. İlkin böyle bir savın, yasal düzenlemeyle çeliştiği açıktır. Yasal düzenle-





me ile çelişen bir örf ve adet kuralının varlığı kabul edilemez. İkinci olarak ve belki de daha önemlisi, bu savı ileri süren baskın görüş yandaşları, gerek Medeni Yasa'nın, gerekse Borçlar Yasası'nın bazı özel hükümlerini de gözardı etmektedirler. Oysa, sözü edilen ve aşağıda ele alınacak olan bu hükümler, misli şeyler ve tüketilebilir şeyler kategorisinde yer alan paranın mülkiyetinin yeni zilyedine geçtiği halleri düzenlemektedirler. Bir diğer söyleyişle, **yasa koyucu ne zaman, mülkiyetin devrine yönelik bir sözleşme olmasa dahi, paranın mülkiyetinin yeni zilyedine geçmesini istemişse, buna dair özel bir hüküm getirmiştir.** Bu durumda, bu özel hükümlerin aksine bir örf ve adet kuralının varlığından söz edilebilir mi? Şayet, bir örf ve adet kuralı varsa, bu özel hükümlerin mevcudiyeti nasıl açıklanabilecektir?

Şimdi sözü edilen bu özel hükümlerin başlıcaları ele alınacaktır :

- **Ödünç (karz) sözleşmesi, Borçlar Yasası'nın 306. maddesi :** *"Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavî aynı neviden şeyleri geri vermeye mükellef olur".* Bir miktar parayı ödünç alanın, o paranın mülkiyetine de sahip olacağı özel olarak düzenlendiği ortadadır. Halbuki, paranın karışma suretiyle, karıştırmanın mülkiyetine geçeceğine ilişkin genel bir örf ve adet kuralı olsaydı 306. maddede mülkiyetin ödünç alana geçeceğinden söz edilmesine gerek kalmazdı; çünkü, nasıl olsa ödünç alan bu parayı ayrı bir yerde saklamayacak, mutlaka kendisinininkiyle karıştıracaktı.

- **Vedia Sözleşmesi, Borçlar Yasası'nın 472. maddesi (usulsüz tevdi) :** *"Müstevdiin tevdi olunan meblağı aynen iadeye mecbur olmaksızın mislen iade etmesi sarahaten veya zımnen mukarrer ise, o meblağın nefi ve hasarı kendisine ait olur.*



*Meblağ, mühürsüz ve açık olarak bırakılmış ise, bu mânada zımnî bir mukavele mevcut sayılır...”*

Vedia sözleşmesinin usulsüz tevdi türüne ilişkin bu hükme göre, emanete bırakılan paranın mülkiyetinin emanetçiye geçtiği tartışmasızdır (Bkz. **Aydın ZEVKLİLER** , Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1984, s. 131; **Necip BİLGE**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1971, s. 353; **Cevdet YAVUZ**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. bası, İstanbul 1996, s. 767; **Pierre TERCIER**, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, s. 462; **Heinrich HONSELL**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991, s. 260). Bu sözleşme çerçevesinde de, parayı teslim alan emanetçi, teslim aldığı her emanet para için ayrı bir çekmece veya kasa temin edebilir, bunu kendi parası ile aynı yerde muhafaza edebilir. Bir diğer söyleyişle kendi parası ile karıştırabilir. Bu şekilde karışan paranın mülkiyetinin emanetçiye geçmesi, karışmadan veya bu yöndeki bir örf ve adet kuralından değil, Borçlar Yasası'nın 472. maddesinden kaynaklanmaktadır.

- **Tüketilebilir şeyler üzerinde intifa hakkı, Medeni Yasa'nın 744. maddesi, fıkra 1** : *“Hilâfına hüküm bulunmadıkça, kullanılması istihlâk suretiyle vukubulan şeylerin mülkiyeti, intifa edene ait olur. İntifa eden bunların intifain başladığı gündeki kıymetleri ile borçlu olur”*. Paranın eşya hukuku bakımından bir misli şey olduğu kadar tüketilebilir şey de olduğu tartışmasızdır (Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, age, s. 9, 10; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, age, s. 26, 28). Bu mahiyeti ile paranın, Medeni Yasa'nın 744. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen intifa hakkına konu teşkil edebileceği de kuşkusuzdur (Bkz. **Bülent KÖPRÜLÜ/Selim KANETİ**, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 103). İntifa hakkının konusunu oluşturacak paranın intifa hakkı sahibinin kendi parası ile karışabileceği açıktır. Karışma olgusunun açıklığına rağmen yasakoyucu, bu tür intifa hakkında, hakkın



konusu paranın mülkiyetinin intifa hakkında, hakkın konusu paranın mülkiyetinin intifa hakkı sahibine geçeceğini özel şekilde düzenlemiştir (Bkz. **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, age, S. 103; **TEKİNAY**, age, s. 41; **Jale G. AKİPEK**, Türk Eşya Hukuku, 3. Kitap Mahdut Aynî Haklar, Ankara 1974, s. 98; **Suad BERTAN**, Aynî Haklar, Cilt 2, Mk 703-764, Ankara 21976, s. 1484-1487; **Paul PIOTET**, Schweizerisches Privatrecht, Band VI, Sachenrecht, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Basel und Stuttgart 1977, s. 610-611; **Hans Michael RIEMER**, Die beschränkte dinglichen Rechte, Bern 1986, s. 66-67). Şayet, paranın karışması halinde her hal ve kârda mülkiyetin karıştırana geçeceğine ilişkin bir örf ve adet kuralı olsaydı, bu özel hükme de gerek olmazdı. Böyle bir özel hüküm varken, bu yönde bir örf ve adet kuralının varlığından söz edilemeyeceği açıktır.

Paranın karışması halinde bir yasa boşluğunun söz konusu olduğunu ve bu boşluğun doldurulmasında Medeni Yasa'nı karışma kurumunu düzenleyen 700. maddesinin kıyasen dahi uygulanamayacağını kabul ederek, ortak hukuk devrinden kalma bir ilkeyi uygulamaya çalışan baskın görüş, bir başka açıdan daha eleştiriye açıktır. Baskın görüşe göre, Medeni Yasa'nın 700. maddesi paranın karışmasına kıyasen dahi uygulanamaz, çünkü, bu hükümde benimsenen sonuç, belirlilik ilkesine ters düşer ve öte yandan, bu hüküm yalnızca önemli surette tahrip edilmeksizin yahut aşırı bir emek ve harcama olmaksızın ayırt edilememe hallerinde uygulanabilir; halbuki, paranın miktar olarak ayırdedilmesi herhangi bir tahribe ya da aşırı bir çaba ya da harcamaya yol açmaz (Bkz. **ZOBL**, age, no. 85, 87 ad Art 727). Böylece, Borçlar Yasası'nın 475. maddesindeki düzenleme de baskın görüş tarafından gözden kaçırılmış olmaktadır.

Borçlar Yasası'nın ardiye sözleşmesiyle ilgili 475. maddesinde *"Ardiye sahibi sarahaten mezun olmadıkça aynı nevi ve vasıftan bulunan misli şeyleri birbirine karıştıramaz. Mezuniyete binaen*



*karıştırılan eşya üzerinde her mûdi, hakkıyla mütenasip bir hisse talep edebilir. Bu takdirde ardiye sahibi diğerlerinin huzuruna hacet kalmaksızın her mûdiin hissesini tefrik edebilir”* hükmü yer almaktadır. Madde söyleminden kolayca anlaşılacağı gibi, kendisine verilen izin uyarınca aynı türden şeyleri karıştıran ardiye sahibi, bu şeylerin malikleri arasında bir tür paylı mülkiyetin doğmasını sağlayabilmektedir. Bu düzenleme Medeni Yasa'nın 700. maddesinin bir tür uygulaması sayılmaktadır (Bkz. **LIVER**, age, s. 385). Ardiyeye bırakılan aynı türden şeylerin karışması halinde oluşabileceği kabul edilen paylı mülkiyetin, niçin parası başkasınıninkiyle karışan bakımından **asla** söz konusu olamayacağını anlamak kolay değildir.

## SONUÇ

Bu açıklamalar ışığında, paranın karışması halinde, Medeni Yasa'nın 700. maddesinin hiç olmazsa kıyasen uygulanması kabul edilirse, bir yandan, Medeni Yasa'nın 700. maddesi ile 903. maddesinin yasada mevcudiyetleri, öte yandan, gerek Medeni Yasa'da, gerekse Borçlar Yasası'nda mülkiyetin devrine yönelik sözleşme söz konusu olmasa da paranın yeni zilyedin mülkiyetine geçeceğini öngören özel hükümler daha kolay açıklanabilecektir.

Bunun sonucunda, Medeni Yasa'nın 903. maddesindeki iyiniyetle iktisap hali dışında, parası başkasınıninkiyle karışana, Medeni Yasa'nın 700. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, hiç olmazsa müşterek mülkiyet payına dayanarak talepte bulunma hakkı sağlanmış olacaktır. Giriş bölümünde değindiğim somut olayda, bankaya havale edilmek üzere yatırılmış ve bankaca bu şekilde yatırıldığı makbuz verilerek kabul edilmiş olan para, bankanın iflâsı halinde parayı yatıranın bir tür aynı talebine konu olabilmeli ve iflâs masasından ayrılması istenebilmeliydi. Burada, bankaya yatırılan para mevduat da sayılmayacağından, banka ile parayı yatı-



ran arasında bir usulsüz tevdi ilişkisi de doğmamıştı. Dolayısıyla, Borçlar Yasası'nın 472. maddesi kapsamında, paranın mülkiyetinin bankaya geçisinden de söz edilemezdi.

Medeni Yasa ve Borçlar Yasası'ndaki düzenlemelere daha uygun düştüğüne inandığım bu çözüm alış veriş ilişkilerini ve özellikle ticari ilişkileri daha sorunlu hale getirir deniliyorsa, Yasa'da değişiklik yapma yoluna gidilmesinde ve Medeni Yasa'ya "*Başkasının parası ile karışan para, o kişinin mülkiyetine geçer*" şeklinde bir hüküm konulmasında yarar vardır.

Bugünlerde gündemde olan Medeni Kanun Tasarısı incelendiğinde, mevcut yasal düzenlemenin Tasarı'ya da aynen aktarıldığı görülmektedir. Tasarı'nın 763. maddesi, bugünkü 687. maddeye benzer hükümler içermekte; 776. maddesinin 1. fıkrası, mevcut 700. maddenin 1. fıkrasını sadeleştirerek yinelemekte ve nihayet 990. maddesi de halen yürürlükte olan 903. maddeyi aynen karşılamaktadır.

Hukukçularımızın bu çalışmanın konusunu oluşturan ve pratik sonuçları da önem taşıyan paranın karışmasına yeniden eğilmelerinde ve gerekli addedilirse, Medeni Kanun Tasarısı'nda yeni bir düzenleme yapmalarında yarar görmekteyim.



# ÜÇÜNCÜ BİN YILIN EŞİĞİNDE İKİ YENİ ANAYASA ÇEK CUMHURİYETİ VE RUSYA FEDERASYONU ANAYASALARI

Av. V. Ahsen COŞAR (\*)

*Sanki yeniymiş gibi dünyayı hep büyüleyerek ve  
şaşırtarak ve insanoglunun doğurganlığına  
değil de insanların unutkanlığına tanıklık ederek,  
bu kadar çok ahlak ve politika sisteminin birbiri  
ardına bulunması, unutulması,  
yeniden keşfedilmesi, kısa bir süre sonra  
yeniden ortaya çıkmak üzere, tekrar unutulması  
inanılır gibi değil.*

*Alexis de Tocqueville*

Rahmetli Faruk Erem'in; kitapları, makaleleri, çevirileri, konferansları ve öğrencileri ile Türk Hukuku'na olan katkıları kadar, kuruluşuna emek verdiği ve başkanlığını yaptığı Türkiye Barolar Birliği ile barolara ve avukatlık mesleğine olan hizmetleri de unutulmaz değerdedir.

---

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından.  
Hazırlayan ve çeviren.



Bütün bunlardan dolayı, bir yurttaş ve avukat olarak kendimi rahmetli Erem'e karşı borçlu hissettiğimi öncelikle vurgulamak isterim.

Diğer taraftan kendisine hizmet etmiş insanlara karşı genelde vefasız ve duyarsız pek çok kuruluşun olduğu ülkemizde; hukuka, barolara ve avukatlık mesleğine hizmet ve kendisine başkanlık etmiş bir ustanın anısına, bu özel sayıyı yayımlamak ve onun değerli anısına armağan etmek inceliğini gösteren, Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Yönetim ve Yayım Kurulu'nu da, bu vefasından dolayı kutladığımı özellikle belirtirim.

Cumhuriyetten demokrasiye, laiklikten tahkime, aftan sekiz yıllık eğitime, depremden emeklilik yaşına kadar, hemen her konuda kıyametler koparmayı marifet sanan ve bundan toplumsal yarar sağlamayı uman garip bir toplum olduk.

Çatışma kültürümüzün olmamasından olacak; hemen herşeye ideolojilerimizin penceresinden bakıyor, pek çok konuda zıtlıyor, saflıyor, kamplıyor ve birbirimizi suçluyoruz. Daha da acısı, böyle davranmaktan, çok fazla da zevk alıyoruz.

Düşünmek, dinlemek, öteki düşünceye açılmak, farklılığa - farklılığı kurucu bir unsur olarak kabul etmekten vazgeçtik - tahammül göstermek ise, bizi gerçekten rahatsız ediyor.

Son günlerde yeniden ve biraz daha ısınarak önümüze gelen anayasa konusu da; kendimizi öldürmeden, araştırmadan, sorgulamadan üzerinde tartıştığımız ve ideolojik olarak yaklaştığımız için, Tanzimat'tan bu yana üzerinde uzlaşamadığımız konulardan bir tanesi ve belki de en önemlisi.

Dilimize ve tarihimize Osmanlı ile birlikte ve "Kanun-u Esasi" adı ile giren, Cumhuriyet Dönemi'nde önceleri "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu", daha sonra ve şimdilerde ise "Anayasa" olarak ifade edilen kavramın Batı dillerindeki karşılığı "constitution" sözcüğüdür.



Türkçe anlamı "bünye, huy, yaradılış, tıynet, yapı, bileşim, oluşum, temel yasa, anayasa" olan "constitution" sözcüğünün kökü Latince'dir.

Ne var ki, Latince'deki "constitution" sözcüğünün, bugün bizim anayasa dediğimiz şeyle ilgisi olmadığına, Onyedinci yüzyılın ortalarında ve Cromwell döneminde İngilizler'in, bugün bizim anayasa diye nitelendirdiğimiz kavramla uğraştıklarına ve fakat o dönemde, daha henüz anayasa kavramının ortaya çıkmadığına, dönemin belgelerine "misak, araç, sözleşme, temel yasa" gibi isimler verildiğine, ama anayasa denilmediğine işaret eden Giovanni Sartori'ye göre; anayasa deyimi ile ondan türeyen anayasacılık kavramı, Onsekizinci yüzyılın ürünüdür ve bu sözcüğün, bugün bizim anladığımız biçimi ile kabul görmesi, Amerikan Anayasası'nın yapımı sonrasında (1).

Başka bir anlatımla, anayasa ve anayasacılık kavramları ; Rönesans'tan Fransız Devrimi'ne ve İngiltere'deki kitlesel sanayileşmenin başlarına kadar uzanan modernleşme sürecinin ve modernlik düşüncesinin bir ürünüdür.

Esasen anayasa kavramının asıl amacı ve işlevi; örgütlü sivil/siyasal toplumu, yani devleti sınırlayan ilkeler koymak, bu bağlamda devlet iktidarını birey özgürlükleri lehine sınırlandırmak, yanısıra devlet iktidarını ilke ve kurallarla çerçevelemek sureti ile siyasal alanda keyfiliği önlemek düşüncesidir ki (2); siyasal toplumun tanınması ile hem devletin ve hem de sivil toplumun karşısında özerkleştirilmesini içeren, yüzyılımızda demokrasinin başlıca

- 
- (1) Giovanni Sartori – Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği / Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçları Üzerine Bir İnceleme
  - (2) Prof.Dr.Mustafa Erdoğan – Anayasal Demokrasi





muhalfi konumundaki totaliterizme karşı mücadelenin en etkili aracı olan, sivil toplum düşüncesinin doğal hak düşüncesi ile birleşmesinden doğan ve özgürlük ile eşitlik anlayışının bileşimini oluşturan demokratik düşüncenin merkezinde yer alan bu düşüncenin, yani siyasi iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin, kendisi moderndir.

Harekete geçirmekten daha çok, çeki düzen vermeyi amaçlayan, aklın zaferi ile özgürleşme ve devrim olarak tanımlanan modernlik ile onun ruhu; insanların, aklın keşfettiği ve bizzat o aklın da tabii olduğu doğal yasalarca yönetilen bir dünyaya ait olduğuna vurgu yapar. (3)

Bu dünyanın vahy edilmiş bir dünya olmadığı, insanların kendilerini vahy yoluyla meşrulaştırmaya çalışan akıl dışı örgütlenme, egemenlik ve yönetim biçimlerinden kurtarmaları gerektiği noktalarından hareket eden ve insanı dünya içinde konumlandırılan modern düşünce ile birlikte; siyasal iktidarın kalıtım ya da ilahi irade ile meşrulaştırılmasını reddeden demokratik düşüncenin de temelleri atılmıştır.

Hristiyan teolojisinin dünyevileştirilmiş/laikleştirilmiş bir çeşitlemesi olan halk egemenliğini, tanrı iradesinin yerine koyan; felsefenin en önemli argümanlarından olan özgürlük, eşitlik, akıl, yaşam gibi kavramları, siyasetin çatışma ve çalışma alanlarına taşıyan; çağımızın en önemli/etkili dönüştürücü düşüncesi olan demokrasinin önünü açan, ama temelde, tanımlanmış egemenlik sınırlarına ve kurallarına göre örgütlenmiş olan devlet iktidarının denetimi üzerinde odaklanan modernizm ile modern düşüncenin gücü ve argümanları; bir yandan insanların, sermayenin, tüketim mallarının, enformasyonun çok hızlı biçimde dünyayı dolaşmaya

---

(3) Alain Touraine – Modernliğin Eleştirisi



başlaması., diğer yandan rekabet ile mübadelenin çoğalmasıyla birlikte tükenmeye başladı.

Öyle ki, önce modernizmin en etkili dönüştürücülerinden olan, bu bağlamda sivil toplumun ve haklar dizisinin yaratılmasında lokomotif işlevi gören burjuvazi ile gücünü demokrasinin yayılmasının arkasına koyan işçi sınıfı, yani sanayi devrimi sonrasında ortak değerler adına birbirleri ile kıyasıya kavga eden her iki sınıf birden; yeni mesleki ve toplumsal yapılanmalar ile geçmişte sınıf hareketlerini birarada tutan kültürel homojenliğin azalmasına bağlı olarak etkinliklerini yitirdiler. (4) Onun için, bir sınıfın seferberliğine yönelik çağrılar, artık günümüzde bir anlam taşımıyor ve muhatap bulmuyor.

Aynı şekilde ve günümüzde, modernizmin politikalarının merkezi kurumu olan, tanımlanmış sınırları içinde egemen ve bu sınırlar içindeki yurttaşlar topluluğuna hizmet veren, kısmen dönüştürücü ideolojilerin ürünü olan ulus devletlerin; küreselleşen ekonomi, yenilik, derin toplumsal-kültürel değişiklikler, etnik, dinsel ve hatta cinsel kimliklerin talepleri ile sarsılmasına ve yanısıra içindeki merkezi planlama, çeşitliliği bastırma, otoriteriyenizm gibi unsurları ayıklayamayan devletçi ve katı yönetimler ile toplumsal ve ekonomik yapıların yıkılmasına tanık oluyoruz. (5)

Yine, modernist politikaların ürettiği aşırı ideolojik uçlar tarafından hırpalanan Yirminci yüzyıl biterken ve yeni bir binyıla girerken; ekonomide olduğu kadar, kültürde de değişimin artarak küreselleşmesi ile birlikte, yeni özneler, yeni toplumsal hareketler, yeni kolektif kimlikler ortaya çıkmakta, ulusal sınırların önemi

---

(4) Geoff Mulgan – Antipolitik Çağda Politika

(5) David Held – Political Theory and The Modern State



azalmakta, "ulusal kader cemaati" düşüncesi üzerine kurulu modern devlet teorisi çökmektedir.

Öyle ki; Jean Bodin'in icat ettiği ve o günden bugüne kadar geçen 400 yıl içinde, içte ve dışta tek güç haline gelen ve son 200 yıl içinde, laik dinin, yani toplum yoluyla selamete inanmanın da taşıyıcısı olan "ulus devlet" ler, tek güç olma konumunu giderek yitirmekte, "transnasyonal" bir yapıya dönüşmekte, buna bağlı olarak gelişmiş ülkeler hızla çoğulcu toplumlar ve örgütlerin oluşturduğu bütünler haline gelmektedirler. (6)

Aynı şekilde modernizmin, bireyden çok toplumun ve devletin yararlarını, rekabetten çok sıkı işbirliğini gözetmesi gerektiğini öngören politikalarının; Onsekizinci ve Ondokuzuncu yüzyılların, Yirminci yüzyıla taşıdıkları cumhuriyetçi geleneklerin; aydınlanmanın, akıl ve gerçeklik üzerine kurulu büyük anlatılarının; Jean-Jacques Rousseau ile ardılarının, devrime, genel iradeye, yurttaşlık düşüncesine, halk egemenliğine, toplum için iyi olanın yurttaş için de iyi olduğuna yönelik çağrılarının uzaklarda kaldığına (7); buna karşın bireyin öne çıktığına, Onyedinci ve Onsekizinci yüzyılların felsefi ve siyasi düşüncesine, "doğal haklar" ve "insanın hakları" adı ile ve siyasal meşruluğun egemen ilkelerine bir meydan okuma şeklinde giren "insan hakları" nın (8), haklar ile ödevleri birbirinden ayıran ve birisini diğersinin şartı saymayan demokrasinin, çağcıl ve evrensel kabuller haline geldiğine tanıklık ediyoruz.

---

(6) Peter F.Drucker – Kapitalist Ötesi Toplum

(7) Alain Touraine – Demokrasi Nedir ?

(8) Jack Donnelly – Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları



Yirminci yüzyılın deneyimleri, en yüksek engellerin bile geçici olduğunu ve aşıldığını göstermiştir. Bu deneyimlerin, "demokrasi" ile "insan hakları"nın bu meydan okuması karşısında; egemenliğin, şiddet kullanmanın, hukukun tekilci iktidarının, aciz ve hatı aptalca olduğunu, yumuşak kültür alanlarının, birey haklarına saygılı yasaların ve uygulamaların, daha fazla işe yaradığını kabul etmek durumundayız.

Nitekim, özünde insan hakları ile bağdaşmayan bir sosyal fayda anlayışına dayanan, devlet-parti tarafından belirlendiği şekli ile toplumun iyiliğinin, her zaman başka amaçların önüne geçtiği, bireysel hakların her koşulda, devletin gösterdiği sosyal amaçlara teslim olması gerektiği için, bu hakların değerinin olmadığı, devletin ne yaparsa yapsın, hakları ihlal etmekle suçlanmadığı ve insan haklarının toptan inkar edildiği (9) komünist rejimler, kullandıkları bütün şiddete rağmen ayakta kalamadılar.

Kurucu unsurlarını, devlet tarafından tanınan veya yaratılan ya da izin verilen sınırlı sayıda tek, zorunlu, rakipsiz, hiyerarşik olarak düzenlenmiş ve işlevsel olarak farklılaşmış kategorilerin oluşturduğu ve her bir kategoriye kendi içinde liderlerini seçmek ve talep ve desteklerini oluşturmak üzere belli denetimleri yapmak karşılığında, temsil tekeli veren bir çıkar temsili sistemi olarak otoriteryenist (10) devletler ile, onun, özel hayata düşmanca davranan, devletin önceliğini her zaman ve her koşulda öne çıkartan, günahkeçisi/ortak düşman ile toplum dışı gruplar icat eden ve bunları izleyen, faşist türlerinin, (11) günümüzde ve uluslararası zeminde yerleri ve saygınlıkları yok.

---

(9) Jack Donnelly – Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları

(10) Jack Donnelly – Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları

(11) Jack Donnelly – Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları



Karmaşık bir gerçekliğe basit yapılar dayatan kapitalizm, sosyalizm, komünal ve dinci ideolojiler, daha bu yüzyıl sona ermeden tükendiler. Hemen arkasından; kollektivizmin yerini birey, devrimin yerini hukuk, planın yerini de piyasa aldı. (12)

Yirminci yüzyıla damgasını vuran solun, nerede ise tüm argümanları çöktü. Şimdi sol, insanlara yeni bir dünya vaad etmek yerine, onları, bu dünyanın tehlikelerinden, güven duyulmayan çok uluslu şirketler ile hükümetlerden ve bürokrasiden korumaya çalışmakta, (13) tarihindeki eşitlik, özgürlük ve dayanışmanın izlerini sürerek, kara ve güce karşı, bireyleri ve azınlıkları savunmakta; sağ ise, biraz da liberalizmin etkisi ile, piyasanın kişisel olmayan mantığına daha fazla sarılmakta ve daha "az devlet" demektedir. Ne var ki, işlevlerini başka türlü sürdüremeyeceklerinin ayırında olan her iki kutup da, demokratlaşmaya çalışmaktadır.

Zira günümüzde, yarışmacı bir seçim sisteminden çok daha fazla şey ifade eden, çeşitliliği ve çoğulculuğu savunan demokrasi kültürü ile birlikte; bireysel özgürlüklerin alanını genişleten, hukuk üzerine kurulu bir aidiyet bilincini geliştiren, azınlık haklarını savunan anlayışlar ve demokrat yaklaşımlar giderek yerleşip yaygınlaşmakta, dünya giderek " insan hakları evrensel hukuku" na doğru evrilmektedir.

Bu gelişme ve göstergelerin ışığında görünen o ki; kendisini kimliği ve benzersizliği ile tanımlayan, özgürlüğü yurttaşlıkla özdeşleştiren, insan hakları ile yurttaş ödevlerini aynı sepete koyan, toplumun çıkarını bireyin iyiliği sayan anlayışlara ve toplumlara, gelecek binyılda pek yer yok.

---

(12) Alain Touraine - Demokrasi Nedir?

(13) Anthony Giddens – Beyond Left and Right / The Future of Radical Politics



İşte, işaret edegeldiğimiz bütün bu yönler ile büyük ölçüde örtüşmeleri nedeni ile ilginç, yanısıra hem dünyanın en son anayasalarından oldukları için güncel, hem de yaşadıkları totaliter süreçlerden sonra yeniden yapılanırlarken, kendi yaşadıklarından ne gibi sonuçlar çıkardıklarını ve hangi bileşkelere ulaştıkların görmek yönünden yararlı bulduğum için; İngilizce metinlerinden tercüme ettiğim Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Anayasaları'nın, Türkçe metinlerini ekte sunuyorum.

1688 Büyük Devrimi sonrasında, İngiliz Parlamentosu tarafından yürürlüğe konulan ve adil yargılanma ile olağan dışı cezalara çarptırılmamayı doğal haklar arasına katmakla insan haklarına; ifade, toplanma, basın, din, konut dokunulmazlığı gibi hakları güvence altına almakla da, demokratik gelişmeye katkı yapan "Haklar Bildirgesi" nden (Bill of Rights) ve Locke'un doğal haklar teorisinden bugüne 300 yıl, dünyanın ilk yazılı anayasası olan 1787 tarihli Amerikan Anayasası'ndan bu yana ise 200 yıl geride kaldı.

Ama görünen o ki, hem Çek Cumhuriyeti ve hem de Rusya Federasyonu Anayasaları'nı hazırlayanlar, makelemizin başında sözlerine yer verdiğimiz Alexis de Toqueville'i doğrularcasına; Haklar Bildirgesi'nden, Locke'un doğal haklar öğretisinden ve Amerikan Anayasası'ndan fazlaca etkilenmişler ve bunu hazırladıkları anayasalara yansıtmışlar.

Peki ! Biz ne yapalım ?

Karmaşıklığı karşılayacak kadar yalın ve açık, dirikliği ve zamansallığı yakalayacak kadar dönüşüme hazır ve esnek, çokluğu zenginliğe dönüştürecek kadar yaratıcı ve paylaşımcı, belirsizliklerin belirleyicisi olacak kadar öncü örgütlenmeleri ve liderleri (14)

---

(14) Doç.Dr. Ş.Şule Erçetin – Lider Sarmalında Vizyon



mi bekleyelim ? Hayır, birey olarak hepimiz, kendi iş ve özel hayatımızın lideri olalım ve toplumumuza öncülük edecek örgütleri kendimiz kuralım.

Toplumsallaşmanın önkoşulu olan birey olma sürecini tamamlar ve denersek, mutlaka başarırız.



## ÇEK CUMHURİYETİ ANAYASASI

### Önsöz –

Bohemya, Moravya ve Silezya'daki Çek Cumhuriyeti'nin vatandaşları olan biz,

Bağımsız bir Çek Devleti'nin yeniden kurulması sürecinde,

Tarihi Çek Krallığı ile Çekoslovak Devleti birlikteliğinin kurulduğu topraklardaki, bütün iyi geleneklere bağlı olarak,

İnsan özgürlüğünün ve onurunun inkar edilmez değerlerinin ruhuna bağlı Çek Cumhuriyeti'ni kurmak, korumak ve geliştirmek kararı ile,

Başkalarına karşı görevlerinin ve herkese karşı sorumluluklarının bilincinde olan, kendi yurdunda eşit ve özgür vatandaşlar olarak,

Sivil toplum ilkeleri ile insan haklarına saygılı özgür ve demokratik bir devlet olarak,

Dünya demokrasisinin ve Avrupa ailesinin bir parçası olarak,

Maddi ve manevi, doğal ve kültürel refahın mirasında, birlikte korunmak ve gelişmek kararı ile,

Her koşulda, hukuka saygılı bir devletin ilkelerine bağlı kalmak kararlılığı içinde,

İçimizden serbestce seçilmiş temsilcilerimiz, bu Anayasayı uyguladılar.





## **Birinci Bölüm - Temel Hükümler**

### **Madde 1**

Çek Cumhuriyeti, bireyin ve vatandaşın haklarına ve özgürlüklerine saygılı bağımsız, birleşik ve demokratik bir hukuk devletidir.

### **Madde 2**

(1) Devlet erkinin kaynağı halktır; halk bu erkini yasama, yürütme ve yargı organları eliyle kullanır.

(2) Anayasa hukuku, halkın devlet erkini doğrudan kullanabileceği koşulları belirler.

(3) Devlet erki, halkın tamamına hizmet eder, sadece hukukun düzenlediği koşullarda ve alanda ve hukuki çerçevede kullanılabilir.

4) Yasa ile yasaklanmadığı sürece, her vatandaş dilediğini yapmakta serbesttir. Yasal bir zorunluluk olmadıkça, hiç kimse, hiçbir şeyi yapmaya zorlanamaz.

### **Madde 3**

Temel Hak ve Özgürlükler Bildirgesi, Çek Cumhuriyeti anayasal düzeninin bir parçasıdır.

### **Madde 4**

Temel hak ve özgürlükler, yargının koruması altındadır.

### **Madde 5**

Siyasal sistem; temel demokratik ilkelere saygılı, çıkarları için güç kullanmayı reddeden siyasi partilerin, serbest ve gönüllü biçimde kurulmaları ile serbest rekabetlerine dayanır.



## **Madde 6**

Siyasal kararlar, serbest oylama sonucu ortaya çıkan çoğunluğun iradesine dayanır.

Kararların alınmasında, azınlıklar çoğunluk tarafından korunur.

## **Madde 7**

Devlet, doğal kaynakların ekonomik kullanılmasını ve doğal zenginliklerin korunmasını gözetir.

## **Madde 8**

Bölgesel yerinden yönetim birimlerinin özerklikleri güvence altındadır.

## **Madde 9**

(1) Anayasa, ancak anayasa ile değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.

(2) Demokratik hukuk devletinin temel niteliklerini değiştirmeye yönelik hiçbir değişiklik kabul edilemez.

(3) Yasa normları, demokratik devletin esaslarını tehlikeye atacak veya değiştirecek biçimde yorumlanamaz.

## **Madde 10**

Çek Cumhuriyeti'nin kendisini hasrettiği, insan hakları ve temel özgürlükler ile ilgili olarak onaylanmış ve yayımlanmış uluslararası düzenlemeler, yasaların üstündedir ve Çek Cumhuriyeti'ni hemen bağlar.



### **Madde 11**

Çek Cumhuriyeti ülkesinin sınırları, sadece anayasal yasama organı tarafından değiştirilebilen, bölünmez bir bütündür.

### **Madde 12**

(1) Çek vatandaşlığının kazanılmasına ve yitirilmesine ilişkin usuller yasa ile düzenlenir.

(2) Hiç kimse, kendi isteği dışında vatandaşlıktan çıkarılamaz.

### **Madde 13**

Çek Cumhuriyeti'nin başkenti, Prag'dır.

### **Madde 14**

(1) Büyük ve küçük devlet amblemleri, devletin renkleri, devletin bayrağı, Cumhurbaşkanlığı sancağı, devletin marşı, devletin mührü; Çek Cumhuriyeti'nin sembolleridir.

(2) Devletin sembolleri ile bunların kullanılmaları yasa ile düzenlenir.

## **İkinci Bölüm – Yasama Erki**

### **Madde 15**

(1) Çek Cumhuriyeti'nde yasama yetkisi, Parlamento tarafından kullanılır.

(2) Parlamento, Millet Meclisi ve Senato olmak üzere, iki meclisten oluşur.

### **Madde 16**

(1) Millet Meclisi, dört yıllık dönem için seçilmiş 200 vekilden oluşur.



(2) Senato, altı yıllık dönem için seçilmiş 81 senatörden oluşur. Senatörlerin üçte biri, her iki yılda bir yenilenir.

### **Madde 17**

(1) Her iki meclisin seçimleri, seçim döneminin sona ermesinden önceki otuzuncu gün ile, seçimlerin sona erdiği gün arasındaki süreyi kapsar.

(2) Millet Meclisi'nin fesholunması durumunda, seçimler fesih tarihinden itibaren altmış gün içinde yapılır.

### **Madde 18**

(1) Millet Meclisi seçimleri; nisbi temsil ilkelerine göre ve genel, eşit, doğrudan, gizli oy verme esaslarına uygun olarak yapılır.

(2) Senato seçimleri; çoğunluk sistemine göre ve genel, eşit, doğrudan, gizli oy verme esaslarına uygun olarak yapılır.

(3) 18 yaşına ulaşan her Çek Cumhuriyeti vatandaşı, oy kullanma hakkına sahiptir.

### **Madde 19**

(1) Seçilme yeterliliğine sahip ve 21 yaşına ulaşmış olan her Çek Cumhuriyeti vatandaşı, Millet Meclisi vekilliğine seçilebilir.

(2) Seçilme yeterliliğine sahip ve 40 yaşına ulaşmış olan her vatandaş, senatör seçilebilir.

(3) Milletvekili ve senatörün görev ve yetkisi, kendi seçilme alanı üzerinde etkilidir.

### **Madde 20**

Oy verme, seçimlerin yürütülmesi ve yargının denetim alanı ile ilgili ek koşullar, yasa ile düzenlenir.



## **Madde 21**

Hiç kimse, aynı zamanda, Parlamento'nun her iki meclisinde birden üye olamaz.

## **Madde 22**

(1) Cumhurbaşkanlığı ve yargıçlık görevleri ile yasada belirtilen diğer görevler, senatörlük ve milletvekilliği görevleri ile bağdaşmaz.

(2) Senatörlük veya milletvekilliği görevleri, bu kişilerin Cumhurbaşkanı veya yargıç seçildikleri ya da milletvekilliği veya senatörlük ile bağdaşmayan bir başka göreve atandıkları tarihte sona erer.

## **Madde 23**

(1) Milletvekili, Millet Meclisi'nde hazır bulunduğu ilk oturumda andiçer.

(2) Senatör, Senato'da hazır bulunduğu ilk oturumda andiçer.

(3) Milletvekili ve senatörlük andı aşağıdaki gibidir; "Çek Cumhuriyeti'ne sadık kalmaya söz veriyorum. Onun Anayasasını ve yasalarını herşeyin üstünde tutmaya söz veriyorum. Vekillik görevimi, halkın yararına, inançla ve vicdanıma uygun olarak yapmaya şerefim üzerine söz veriyorum."

## **Madde 24**

Milletvekili veya senatör, görevinden feragat ettiğini, üyesi olduğu meclisin oturumunda bizzat açıklar. Önemli bir mazereti nedeni ile bunu yapamadığı takdirde, yasada düzenlenen şekilde görevinden feragat edebilir.



## **Madde 25**

Milletvekili ve senatörlük görevleri;

- a) Andıçmektan kaçınılması veya ihtiraz-i kayıtle andıçılması,
- b) Görev süresinin sona ermesi,
- c) Vekillikten feragat edilmesi,
- d) Seçilme yeterliliğinin yitirilmesi,
- e) Millet Meclisi'nin fesholunması,
- f) Milletvekilliği ve senatörlük ile bağdaşmayan, 22.maddede belirtilen görevlerin üstlenilmesi durumlarında sona erer.

## **Madde 26**

Milletvekilleri ve senatörler, görevlerini andlarına uygun biçimde ve tarafsız olarak yaparlar.

## **Madde 27**

(1) Milletvekili veya senatörler hakkında, gruplarında ya da Millet Meclisi'nde veya Senato'da kullandıkları oylardan dolayı kovuşturma yapılamaz.

(2) Milletvekili veya senatörler hakkında, gruplarında ya da Millet Meclisi veya Senato'da yaptıkları açıklamalardan dolayı kovuşturma yapılamaz. Milletvekili veya senatörler, sadece üyesi oldukları meclisin disiplin otoritesine karşı sorumludurlar.

(3) Yasada aksine bir düzenleme yok ise, milletvekili veya senatörler, kabahatlerinden dolayı, yalnızca üyesi oldukları meclisin disiplin otoritesine karşı sorumludurlar.



(4) Bir milletvekili veya senatör aleyhinde, üyesi olduğu meclisin onayı olmadan ceza kovuşturması yapılamaz. Üyesi olduğu meclis onay vermediği takdirde, milletvekili veya senatör hakkında sonsuza kadar ceza kovuşturması yapılamaz.

(5) Bir milletvekili veya senatör, ancak suçüstü veya suçtan hemen sonra yakalandığı takdirde, gözaltına alınabilir. Sorumlu organ, gözaltına alınan vekilin/senatörün bağlı olduğu meclisin başkanına, durumu derhal bildirmek zorundadır. İlgili meclisin başkanı 24 saat içinde gözaltına alınan vekilin/senatörün, mahkemeye sevkine onayı olduğunu bildirmediği takdirde, sorumlu organ vekili/senatörü serbest bırakmak zorundadır. Bunu izleyen ilk oturumunda meclis, kovuşturmanın yürütülüp yürütülmeyeceğini kesin olarak karara bağlar.

### **Madde 28**

Milletvekili veya senatör, görevi nedeni ile öğrendiği konular hakkında, milletvekili veya senatörlük görevi sona erdikten sonra dahi tanıklık yapamaz.

### **Madde 29**

(1) Millet Meclisi, kendi başkanını ve vekilini seçer ve azleder.

(2) Senato, kendi başkanını ve vekilini seçer ve azleder.

### **Madde 30**

(1) Millet Meclisi, milletvekillerinin en az 1/5'inin teklifi ile, araştırılmasında kamu yararı olan konular hakkında, araştırma komisyonu kurabilir.

(2) Komisyonun çalışma usulleri yasa ile düzenlenir.



### **Madde 31**

(1) Meclisler, kendi organları olarak, kurullar ve komisyonlar kurabilirler.

(2) Kurulların ve komisyonların faaliyetleri yasa ile düzenlenir.

### **Madde 32**

Hükümet üyesi olan milletvekili veya senatör, Millet Meclisi'ne veya Senato'ya, başkan veya başkan vekili olamayacağı gibi, Parlamento kurullarında, araştırma komisyonu veya komisyonlarında üye olamaz.

### **Madde 33**

(1) Millet Meclisi fesh olduğunda; Senato, ertelenemez nitelikteki konular ile ihtiyaç duyulan bir yasanın kabulü konusunda, gerekli yasama tedbirlerini almakla yükümlüdür.

(2) Bununla birlikte Senato; Anayasal konular, devlet bütçesi, devletin yıllık hesapları, seçim yasası, ve 10.maddeye göre kabul edilmiş olan uluslararası anlaşmalar hakkında, yasama tedbirleri alamaz.

(3) Sadece Hükümet, Senato'ya yasama tedbirleri ile ilgili olarak teklif sunabilir.

(4) Senato'nun yasama tedbirleri; Senato Başkanı, Cumhurbaşkanını ve Başbakan tarafından imzalanır ve yasalar gibi yayımlanır.

(5) Senato'nun aldığı yasama tedbirlerinin, ilk oturumunda Millet Meclisi'nin onayına sunulması zorunludur. Millet Meclisi tarafından onaylanmayan yasama tedbirleri, geleceğe etkili olarak hükümsüzdür.





### **Madde 34**

(1) Meclisler, sürekli olarak oturum halindedir. Millet Meclisi, seçim gününü izleyen otuzuncu günü geçmeyecek şekilde toplanmak üzere, Cumhurbaşkanı tarafından toplantıya çağrılır. Cumhurbaşkanı çağrıda bulunmasa dahi, Millet Meclisi seçim gününü izleyen otuzuncu günde toplanır.

(2) Meclislerin oturumu, karar alınarak ertelenebilir. Oturumlar, bir yıl içinde toplam 120 günden fazla ertelenemez.

(3) Erteleme döneminde, Millet Meclisi veya Senato Başkanı, meclislerini toplantı için belirlenen günden önce toplantıya çağırabilir. Toplantı isteği, Cumhurbaşkanı, Hükümet veya ilgili meclis üyelerinin 1/5'inden geldiği takdirde, başkanlar toplantı için çağrıda bulunmak zorundadırlar.

(4) Millet Meclisi oturumları, seçilme döneminin sona ermesi veya Millet Meclisi'nin feshi ile sona erer.

### **Madde 35**

(1) Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi'ni aşağıdaki hallerde fesheder;

a) Millet Meclisi Başkanı'nın önerisi üzerine, Cumhurbaşkanı'nca atanmış bir Başbakan tarafından kurulmuş olan yeni Hükümetin, güvenoyu alamaması durumunda,

b) Hükümet bütçesinin, üç ay içinde Millet Meclisi tarafından incelenip kararlaştırılamamış olmasının, Hükümet tarafından güven sorununa bağlanması durumunda,

c) Millet Meclisi oturumlarının, kabul edilebilir süreden daha fazla süre ile ertelenmesi durumunda,



d) Millet Meclisi'nin; oturumlarının ertelenmemiş veya yeneden çağrıda bulunulmuş olunmasına rağmen, üç aydan daha fazla bir süre ile toplanamaması durumlarında,

(2) Seçim döneminin sona ermesine üç aylık bir süre olması durumunda, Millet Meclisi fesholunamaz.

### **Madde 36**

Her iki meclisin oturumları halka açıktır. Halkın, oturumları izlemesi ancak yasa ile yasaklanabilir.

### **Madde 37**

(1) Her iki meclis, Millet Meclisi Başkanı'nın çağrısı üzerine, birlikte toplanır.

(2) Birleşik oturumda, Millet Meclisi oturumlarına ait usul hükümleri uygulanır.

### **Madde 38**

(1) Hükümet üyesi, her iki meclisin oturumları ile kurul ve komisyon toplantılarında, istediği zaman hazır bulunma hakkına sahiptir.

(2) Hükümet üyesi, kendisi ile ilgili bir önerge olması durumunda, Millet Meclisi oturumunda bizzat hazır bulunmak zorundadır. Bu kural, kurul, komisyon veya araştırma komisyonu toplantılarında da uygulanır. Şu kadar ki; bizzat hazır olmasının istenilmemesi durumunda, Hükümet üyesinin kendisini bir milletvekili veya kabinenin diğer bir üyesi ile temsil ettirmesi mümkündür.

### **Madde 39**

(1) Meclis oturumları, üye tam sayılarının en az üçte birinin hazır bulunmaları halinde açılır.



(2) Anayasada aksine bir hüküm olmadığı takdirde kararlar, ilgili meclisin hazır bulunan üyelerinin salt çoğunluğunun kabul oyu ile alınır.

(3) Savaş ilanı ve başka bir ülkenin askerlerinin Çek topraklarında bulunmasına izin verilmesi ile ilgili kararların alınması, milletvekili ve senatörlerin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kabul oyunu gerektirir.

(4) Anayasa değişikliği ile 10.maddede öngörülen uluslararası anlaşmaların onaylanması, hazır bulunan milletvekili ve senatörlerin tamamının, beşte üçünün kabul oyunu gerektirir.

#### **Madde 40**

Seçim yasası, müzakere esasları, her iki meclisin birbirleri ile olan ilişkileri ve dış ilişkileri hakkındaki yasal düzenlemeler ve Senato' nun çalışma usulleri ile ilgili yasaların kabulü, her iki meclisin de onayını gerektirir.

#### **Madde 41**

(1) Yasa taslakları, Millet Meclisi'ne sunulur.

(2) Yasa taslakları; milletvekilleri, milletvekilleri grubu, Senato, Hükümet ile daha yüksek bölge yerinden yönetim varlıklarının temsilcileri tarafından sunulabilir.

#### **Madde 42**

(1) Devlet bütçesi ve devletin yıllık hesapları ile ilgili yasa taslakları, Hükümet tarafından sunulur.

(2) Bu taslak teklifler, yalnızca Millet Meclisi'nin halka açık oturumlarında tartışılır ve karara bağlanır.



### **Madde 43**

(1) Parlamento, Çek Cumhuriyeti saldırıya uğradığında veya uluslararası anlaşmaların saldırıya karşı birlikte savunma yapılmasını zorunlu kıldığı durumlarda savaş ilan eder.

(2) Silahlı kuvvetler, ancak her iki meclisin onayı ile Çek Cumhuriyeti sınırları dışına gönderilebilir.

### **Madde 44**

(1) Hükümet, tüm yasa taslakları ile ilgili olarak görüş bildirmek yetkisine sahiptir.

(2) Hükümetin, yasa taslağı ile ilgili olarak otuz gün içinde görüşünü bildirmemesi, taslağı kabul ettiği anlamındadır.

(3) Hükümetin, kendi hazırladığı bir yasa taslağının, sunulduğu tarihten itibaren üç ay içinde incelenmesinin tamamlanmasını Millet Meclisi'nden istemeye ve bunu güvenoyu isteğine bağlamaya hakkı vardır.

### **Madde 45**

Millet Meclisi, kabul ettiği yasa taslağının, gecikmeksizin onayı için Senato'ya süre verebilir.

### **Madde 46**

(1) Senato, kendisine tanınan otuz günlük süre içinde yasa taslağını inceler ve karara bağlar.

(2) Senato, yasa taslağını onaylayabilir, geri çevirebilir veya değişiklik teklifi ile birlikte Millet Meclisi'ne geri gönderebilir veya taslakla ilgilenmediğini bildirebilir.

(3) Senato (1) nolu paragrafta belirtilen süre içinde bir karar vermez ise, yasa taslağını kabul etmiş sayılır.



## **Madde 47**

(1) Senato'nun reddettiği yasa taslağı, Millet Meclisi'nde yeniden oylanır. Üye tam sayısının salt çoğunluğunun kabul oyu ile taslak yasalaşır.

(2) Senato'nun, yasa taslağını değişiklik önergesi ile birlikte Millet Meclisi'ne göndermesi durumunda, Millet Meclisi taslağı Senato'da kabul gören şekli ile oylar, kabul edildiğı takdirde taslak yasalaşır.

(3) Millet Meclisi, Senato'nun değişiklik teklifini kabul etmediğı takdirde, taslak, Senato'nun değiştirdiğı şekli ile bir kez daha oylanır. Üye tam sayısının salt çoğunluğunun kabul oyu ile taslak yasalaşır.

(4) Reddedilmiş veya geri çevrilmiş yasa taslağının, Millet Meclisi'nde incelenmesi aşamasında, taslakta değişiklik yapılmasına ilişkin önergeler kabul edilmez.

## **Madde 48**

Senato, yasa taslağının kendi ilgi alanına girmediğini açıkladığı takdirde, taslak bu kararlar yasalaşmış sayılır.

## **Madde 49**

(1) Parlamento'nun onayını gerektiren uluslararası düzenlemeler, yasa taslaklarının Parlamento'dan geçmesine ilişkin usullere tabidir.

(2) İnsan hakları ve temel özgürlükler ile ilgili düzenlemeler, genel nitelikteki siyasi anlaşmalar ile ekonomik anlaşmalar, anlaşmaların uygulanmasına ilişkin yasalar gibi, Parlamento'nun onayını gerektirir.



## **Madde 50**

(1) Anayasa hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanı, kendisine tanınan onbeş günlük süre içinde, gerekçe göstererek, Parlamento'nun kabul ettiği bir yasayı veto edebilir.

(2) Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen yasa, Millet Meclisi'nde bir kez daha oylanır. Bu aşamada değişiklik yapılmasına ilişkin önergeler kabul edilmez. Veto edilen yasa, üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu ile yeniden kabul edilirse yasalaşır ve yayımlanır. Aksi halde yasa kabul edilmemiş sayılır.

## **Madde 51**

Kabul edilen yasalar, Millet Meclisi Başkanı, Cumhurbaşkanı ve Başbakan tarafından imzalanır.

## **Madde 52**

Yasa, yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer. Yayımlanma usulü yasa ile düzenlenir. Bu kural, Parlamento'nun onayladığı uluslararası anlaşmalar için de aynı biçimde uygulanır.

## **Madde 53**

(1) Her milletvekilinin, Hükümet veya herhangi bir üyesi hakkında gensoru vermek hakkı vardır.

(2) Gensoruya muhatap olan Hükümet üyesi, gensorunun kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde, gensoruya cevap vermek zorundadır.



## Üçüncü Bölüm - Yürütme Erki

### Cumhurbaşkanı

#### Madde 54

(1) Cumhurbaşkanı, devletin başıdır.

(2) Cumhurbaşkanı, Parlamento'nun her iki meclisinin birleşik toplantısında seçilir.

(3) Cumhurbaşkanı, görevinden dolayı sorumsuzdur.

#### Madde 55

Cumhurbaşkanı, andiçtikten sonra görevine başlar. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi andiçtiği tarihten itibaren beş senedir.

#### Madde 56

Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin sona ermesine otuz gün kala, yeni Cumhurbaşkanlığı seçimi yapılır. Cumhurbaşkanlığı makamının, herhangi bir nedenle boşalması durumunda, otuz gün içinde seçim yapılır.

#### Madde 57

(1) Senatör seçilme yeterliliğine sahip olan herhangi bir vatandaş, Cumhurbaşkanı seçilmeye de yeterlidir.

(2) Bir kişi, arka arkaya iki dönemden daha fazla, Cumhurbaşkanı seçilemez.

#### Madde 58

(1) On veya daha fazla senatör, Cumhurbaşkanlığı için aday önerebilir.



(2) Milletvekili ve senatörlerin, üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir.

(3) Adaylardan hiçbirisi tüm milletvekili ve senatörlerin salt çoğunluğunun oyunu alamaz ise, ondört gün içinde ikinci tur seçim yapılır.

(4) İlk turda, Millet Meclisi'nin ve Senato'nun ayrı ayrı en fazla oyunu alan iki aday, ikinci tura katılır.

(5) Millet Meclisi'nde ve Senato'da, birden fazla aday aynı oranda oy alırsa, bunlardan her iki meclisin toplam oyunun en fazlasını alan aday ikinci tura katılır.

(6) İkinci turda, hazır bulunan milletvekili ve senatörlerin her ikisinin de en fazla oyunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir.

(7) Cumhurbaşkanı, ikinci turda da seçilemez ise, ondört gün içinde, ikinci turda yarışan adaylar arasında, üçüncü tur seçimler yapılır.

(8) Cumhurbaşkanı, üçüncü turda da seçilemez ise, yeni seçimlere gidilir.

## **Madde 59**

(1) Cumhurbaşkanı, her iki meclisin birleşik oturumunda, Millet Meclis Başkanı'nın önünde andiçer.

(2) Cumhurbaşkanı'nın andı aşağıdaki gibidir;

" Çek Cumhuriyetine sadık kalacağıma söz veriyorum. O'nun Anayasasını ve yasalarını, her şeyin üstünde tutacağıma söz veriyorum. Görevimi halkın yararı için vicdanıma ve inançlarıma göre yapacağıma şerefim üzerine söz veriyorum."





## **Madde 60**

Cumhurbaşkanı, andiçmekten kaçınır veya ihtiraz-i kayıtla andiçer ise, seçilmemiş sayılır.

## **Madde 61**

Cumhurbaşkanı'na, Millet Meclisi Başkanı vekalet eder.

## **Madde 62**

Cumhurbaşkanı;

a) Başbakan ve Hükümet üyelerini atar, azleder, istifalarını kabul eder; Hükümeti görevden alır, Hükümetin istifasını kabul eder,

b) Millet Meclisi'ni toplantıya çağırır,

c) Millet Meclisi'ni fesheder,

d) İstifasını kabul ettiği veya görevden aldığı Hükümetten, yeni Hükümet kuruluncaya kadar görevine devam etmesini ister,

e) Anayasa Mahkemesi'nin, başkanı ile başkan vekilini ve üyelerini atar,

f) Yargıçlar arasından, Yüksek Mahkeme'nin başkanı ile vekilini atar,

g) Ceza mahkemeleri tarafından verilen cezaları affeder, hafifletir, ceza kovuşturmasına başlanılmamasını, başlanılmış ise devam edilmemesini ve önceden verilen hükümlerin ortadan kaldırılmasını emreder,

h) Anayasa hariç olmak üzere, Parlamento'nun kabul ettiği yasaları veto eder,



i) Yasaları imzalar,

j) Yüksek Denetleme Kurulu'nun başkan ve üyelerini atar,

k) Çek Milli Bankası Banka Konseyi üyelerini atar,

### **Madde 63**

(1) Cumhurbaşkanı ayrıca;

a) Devleti dış işlerde temsil eder,

b) Uluslararası anlaşmaları görüşür ve onaylar; uluslararası anlaşmaların görüşülmesi yetkisini, Hükümete veya Hükümetin onayı ile onun üyelerine intikal ettirebilir.

c) Silahlı Kuvvetlere Başkomutanlık eder,

d) Diplomatik misyon şeflerini kabul eder,

e) Diplomatik misyon şeflerini onaylar veya geri çağırır,

f) Millet Meclisi ve Senato seçimlerine çağrıda bulunur,

g) Genarellerin atama ve terfilerini yapar,

h) Başka bir organa yetki vermediği takdirde, devlet nişanlarını verir,

i) Yargıçları atar,

j) Genel af çıkarır,

(2) Cumhurbaşkanı'nın; Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş, ancak yasalarda düzenlenmiş olan diğer yetkileri saklıdır.



(3) Yukarıda (1) ve (2) nolu paragraflarda düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanı'nın kararları, Başbakan'ın veya onun yetki verdiği bir Hükümet üyesinin imzalamasından sonra yürürlüğe girer.

(4) Başbakan veya onun yetki verdiği Hükümet üyesi tarafından imza edilen Cumhurbaşkanı'nın kararlarından dolayı, Hükümet sorumludur.

### **Madde 64**

(1) Cumhurbaşkanı, Parlamento'nun her iki meclisinin veya bunların komisyon ve kurullarının toplantılarına dilediği zaman katılma hakkına sahiptir.

(2) Cumhurbaşkanı'nın, Hükümetin toplantılarına katılmak, Hükümetten veya üyelerinden rapor istemek, Hükümetin veya üyelerinin yetkisindeki işlerin sonuçlarını incelemek hakkı vardır.

### **Madde 65**

(1) Cumhurbaşkanı; gözaltına alınamaz, hakkında ceza kovuşturması yapılamaz, kabahatinden veya idari bir suçtan dolayı kovuşturulamaz.

(2) Cumhurbaşkanı, Senato tarafından hazırlanan iddianameye dayalı olarak ve sadece vatana ihanetten dolayı Anayasa Mahkemesi'nce yargılanır. Mahkum olması durumunda, seçilebilme niteliğini yitirir ve görevi sona erer.

(3) Cumhurbaşkanı hakkında, görevi nedeni ile işlediği suçlardan dolayı, sonsuza kadar ceza kovuşturması yapılamaz.

### **Madde 66**

Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması ve yeni bir Cumhurbaşkanı'nın seçilmemiş olması veya seçilenin henüz andiçmemiş



bulunması ya da ciddi nedenler ile görevini yapamayacağına Millet Meclisi ve Senato'nun kararı vermesi durumlarında; 63.maddenin (1) nolu paragrafının (a,b,c,d,e,h,i,j) fıkraları ile 63.maddenin (2) nolu paragrafındaki yetkiler, Başbakan tarafından kullanılır.Başbakan'ın, Cumhurbaşkanı'na ait olan özel yetkileri kullanamaması durumunda, Cumhurbaşkanı'na ait olan 62. maddenin (a,b,c,d ve k) fıkralarındaki yetkiler Millet Meclis Başkanı, Millet Meclisi de feshedilmiş durumda ise, Senato Başkanı tarafından kullanılır.

## **Hükümet**

### **Madde 67**

(1) Hükümet, yürütmenin en üst organıdır.

(2) Hükümet, Başbakan, Başbakan Vekili ile Bakanlardan oluşur.

### **Madde 68**

(1) Hükümet, Millet Meclisi'ne karşı sorumludur.

(2) Cumhurbaşkanı, Başbakanı, onun teklifi üzerine, Hükümetin diğer üyelerini atar, Bakanlıklar ile diğer organların yönetimini onlara emanet eder.

(3) Hükümet, atanma tarihinden itibaren otuz gün içinde, Millet Meclisi'nden güvenoyu ister.

(4) Yeni atanmış olan Hükümet, Millet Meclisi'nden güvenoyu alamaz ise, (2) ve (3) nolu paragraflarda yer alan prosedür yeniden işler. Bu suretle atanan yeni Hükümet de güvenoyu alamaz ise, Cumhurbaşkanı; Başbakanı, Millet Meclisi Başkanı'nın teklifi üzerine atar.



(5) Diğer durumlarda, Cumhurbaşkanı Başbakanın teklifi üzerine, diğer kabine üyelerini atar veya azleder ve Bakanlıklar ile diğer organların yönetimini onlara emanet eder.

### **Madde 69**

(1) Hükümet üyesi, Cumhurbaşkanı'nın huzurunda andiçer.

(2) Hükümet üyesinin andı aşağıdaki gibidir; " Çek Cumhuriyetine sadık kalacağıma söz veriyorum. Onun Anayasasını ve yasalarını herşeyin üstünde tutacağıma ve onları yaşama geçireceğime söz veriyorum. Görevimi vicdanıma uygun olarak yapacağıma ve konumumu kötüye kullanmayacağıma şerefim üzerine söz veriyorum."

### **Madde 70**

Hükümet üyesi, görevi ile bağdaşmayan işleri takip edemez. Diğer hususlar yasa ile düzenlenir.

### **Madde 71**

Hükümetin, Millet Meclisi'nden güvenoyu istemeye yetkisi vardır.

### **Madde 72**

(1) Millet Meclisi, Hükümet hakkında güvensizlik oyu verebilir.

(2) Elliden daha az olmayan sayıdaki milletvekilinin yazılı teklifi üzerine Millet Meclisi, Hükümet hakkındaki güvensizlik oyu istemini karara bağlar. Teklifin kabulü, tüm milletvekillerinin salt çoğunluğunun kabul oyunu gerektirir.



### **Madde 73**

(1) Başbakan istifasını, Cumhurbaşkanı'na sunar. Diğer üyeler istifalarını, Başbakan aracılığı ile Cumhurbaşkanı'na sunarlar.

(2) Hükümet, güvenoyu isteğinin Millet Meclisi tarafından reddedilmesi veya kendisine güvensizlik oyu verilmesi durumlarında istifa eder. Hükümet daima, yeni seçilen Millet Meclisi' ne, Meclis'in ilk oturumunda istifasını verir.

(3) Hükümetin, (2) nolu paragrafa göre sunduğu istifası, Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilir.

### **Madde 74**

Cumhurbaşkanı, Başbakanın teklifi üzerine, bir Hükümet üyesini görevinden azleder.

### **Madde 75**

Cumhurbaşkanı, istifası gerektiği halde istifa etmeyen Hükümeti görevinden alır.

### **Madde 76**

(1) Hükümet, kararlarını kurul olarak verir.

(2) Hükümetin kararları, tüm üyelerinin salt çoğunluğunun kabul oyunu gerektirir.

### **Madde 77**

(1) Başbakan; Hükümetin faaliyetlerini düzenler, toplantılarına başkanlık ve onun adına hareket eder, Anayasa ve diğer yasalar ile kendisine verilen başkaca görevleri yapar.

(2) Başbakanı, Başbakan Vekili veya yetkili kılınan bir başka Hükümet üyesi temsil eder.



## **Madde 78**

Hükümetin, yasanın yürütülmesini sağlamak amacıyla ve belirlenen sınırlar içinde kalmak koşulu ile kararname çıkartmak yetkisi vardır. Kararnameler, Başbakan ve ilgili Hükümet üyesi tarafından imza edilir.

## **Madde 79**

(1) Bakanlıklar ile diğer idari organlar, sadece yasa ile kurulur ve yetkileri yasa ile belirlenir.

(2) Bakanlıklar ile diğer idari kurumlarda, devletce istihdam edileceklerin hukuki durumları yasa ile düzenlenir.

(3) Bakanlıklar, diğer idari kuruluşlar ve bölgesel yerinden yönetim organları, yasa ile yetki verilmiş olması durumunda, yasaya dayanarak ve yasanın sınırları içinde kalarak, hukuki düzenlemelerde bulunabilirler.

## **Madde 80**

(1) Savcılık makamı, ceza kovuşturmasında kamuyu temsil eder ve yanısıra yasa ile düzenlenmiş olan diğer görevleri yapar.

(2) Savcılık makamının, statüsü ile yetki alanı yasa ile düzenlenir.

## **Dördüncü Bölüm - Yargı Erki**

### **Madde 81**

Yargı yetkisi, bağımsız mahkemeler tarafından, Cumhuriyet'in yararları doğrultusunda kullanılır.



## **Madde 82**

(1) Yargıçlar, görevlerini yerine getirmede bağımsızdırlar.Yargıçların tarafsızlığı, hiçbir kişi tarafından tehdit edilemez.

(2) Yargıç, kendi isteği dışında görevinden alınamaz ve bir başka mahkemeye atanamaz.Disiplin ile ilgili istisnai durumlar yasa ile düzenlenir.

(3) Yargıcın görevinden azli, Cumhurbaşkanı, parlamento üyesi ya da diğer kamu yöneticilerininkine benzemez .Yargıcın görevinden azli ile bağdaşmayan hususlar yasa ile düzenlenir.

## **Anayasa Mahkemesi**

### **Madde 83**

Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluğu korumakla görevli, bir yargı organıdır.

### **Madde 84**

(1) Anayasa Mahkemesi, on yıl süre ile görev yapmak üzere seçilmiş onbeş yargıçtan oluşur.

(2) Anayasa Mahkemesi yargıçları, Senatonun onayı ile Cumhurbaşkanı tarafından atanır.

(3) Senatör seçilebilme niteliğine sahip olan, Hukuk Fakültesinden mezun ve en az on yıl süreli mesleki deneyimi bulunan her vatandaş, Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanabilir.

### **Madde 85**

(1) Anayasa Mahkemesi yargıcı, Cumhurbaşkanı'nın huzurunda andiçtikten sonra görevine başlar.





(2) Anayasa Mahkemesi yargıcının andı aşağıdaki gibidir; " Bi-reylerin doğal haklarını ve vatandaşların haklarını koruyacağıma, Anayasaya bağlı kalacağıma, vicdanıma göre, tarafsız ve bağımsız olarak karar vereceğime, şerefim ve vicdanım üzerine söz veririm."

(3) Andiçmekten kaçınan veya ihtiraz-i kayıtle andiçen yargıç, atanmamış kabul edilir.

## **Madde 86**

(1) Senato'nun onayı olmadan, Anayasa Mahkemesi yargıcı hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz. Senato'nun onay vermesi durumunda, ceza kovuşturması sonsuza kadar yapılamaz.

(2) Anayasa Mahkemesi yargıcı, ancak suçüstü veya suç işledikten hemen sonra yakalanmış ise gözaltına alınabilir. İlgili makam, tutuklamayı derhal Senato Başkanına bildirmek zorundadır. 24 saat içinde Senato Başkanı, gözaltındaki yargıcın mahkemeye sevkine onay vermez ise, ilgili makam yargıcı serbest bırakmak zorundadır. Senato ilk oturumunda, ceza kovuşturmasına onay verilip verilmeyeceğine kesin olarak karar verir.

(3) Anayasa Mahkemesi yargıcının, görevi nedeni ile öğrendiği hususlar hakkında, Anayasa Mahkemesi yargıçlığı sona erdikten sonra dahi tanıklık etmeyi reddetmek hakkı vardır.

## **Madde 87**

(1) Anayasa Mahkemesi;

a) Anayasaya veya 10.maddede öngörülen uluslararası anlaşmalara aykırı olan yasaların veya ilgili hükümlerinin geçersizliğini,

b) Anayasaya, yasamaya veya 10.maddede öngörülen uluslararası anlaşmalara aykırı olan diğer hukuki düzenlemelerin veya bunların ilgili maddesinin geçersizliğini,



c) Bölgesel yerinden yönetim organlarının, devletin hukuk dışı müdahalesine yönelik anayasal şikayetlerini,

d) Kamu gücü kullanan organların, Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri ile otoriter kararlarına karşı yapılan anayasal şikayetleri,

e) Senatör ve milletvekili seçimlerini onaylayan kararlara yönelik itirazların hukuki çözümünü,

f) Senatör ve milletvekili seçilebilme niteliğinin yitirilmesi ile ilgili ihtilafları ve 25.maddeye göre milletvekili veya senatörlük görevlerinin sona ermesinin uygunluğu ile ilgili ihtilafları,

g) Cumhurbaşkanı hakkında, 65.maddenin 2.paragrafına göre, Senato tarafından hazırlanan anayasal iddianameyi,

h) 66.maddeye göre Millet Meclisi ve Senato tarafından alınan kararın iptali isteğine ilişkin Cumhurbaşkanı'nın başvurusunu,

i) Başka türlü uygulanması olanaksız ve Çek Cumhuriyetini bağlayacak olan bir uluslararası mahkeme kararının uygulanması ile ilgili tedbirleri,

j) Bir siyasi partinin kapatılmasını veya bir siyasi partinin eylemlerinin anayasa ile diğer yasalara uygun olup olmadığını,

k) Yasaya göre yargılama yetkisi bir diğer organa ait değil ise, Devlet organları ile bölgesel yerinden yönetim organları arasındaki, yetki alanı ile ilgili olarak doğan ihtilafları,

karara bağlar.

(2) Yasa, Anayasa Mahkemesi'nin yerine Yüksek İdare Mahkemesi'ni yetkili kıldığı takdirde, bu mahkeme ;

a) Yasaya aykırı olan hukuki düzenlemelerin veya bunların özel hükümlerinin iptalini,



b) Yasaya göre yargılama yetkisi bir başka organa ait değil ise, Devlet organları ile bölgesel yerinden yönetim organları arasındaki yetki alanı ile ilgili olarak doğan ihtilafları,

karara bağlar.

### **Madde 88**

(1) Anayasa Mahkemesi'nde, kimlerin, hangi koşullarda dava açabileceklerine ve yargılama usullerine ilişkin kurallar yasa ile düzenlenir.

(2) Anayasa Mahkemesi yargıçları karar verirken, sadece Anayasa, 10.maddede belirtilen uluslararası anlaşmalar ve (1) nolu paragrafta sözü edilen yasalarla bağlıdır.

### **Madde 89**

(1) Anayasa Mahkemesi kararı, yürürlüğe girmesi konusunda mahkemenin aksine bir kararı olmadığı takdirde, yasada öngörülen biçimde yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.

(2) Yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi kararları, bütün kişi ve kuruluşları bağlar.

### **Mahkemeler**

#### **Madde 90**

Mahkemelerin, yasada belirlenen şekilde hakların korunmasının sağlanmasına ilişkin görevi herşeyin üzerindedir. Suçluluğa ve cezaya, sadece mahkeme karar verebilir.

#### **Madde 91**

(1) Yargı; Yüksek Mahkeme'den, Yüksek İdare Mahkemesi'nden, yüksek, bölge, ilçe mahkemelerinden oluşur. Diğer hususlar yasa ile düzenlenir.



(2) Mahkemelerin, yargılama yetkileri ve örgütlenmeleri yasa ile düzenlenir.

### **Madde 92**

Anayasa Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanına giren konular dışında kalan ve genel mahkemelerin yetkisi içinde olan konularda, Yüksek Mahkeme en yüksek yargı organıdır.

### **Madde 93**

(1) Yargıçlar, sınırsız süre ile görev yapmak üzere, Cumhurbaşkanlığı tarafından atanırlar. Yargıçlar, görevlerine andıçtıktan sonra başlarlar.

(2) Hukuk Fakültesi mezunu olan her dürüst vatandaş, yargıç olarak atanabilir. Diğer usül ve gereklilikler yasa ile düzenlenir.

### **Madde 94**

(1) Yargıçların, heyet olarak bakacakları davalar ile mahkeme heyetinin oluşumu yasayla düzenlenir. Yasada belirtilenlerin dışında kalan davalar, tek yargıç tarafından karara bağlanır.

(2) Vatandaşların; hangi davalarda ve ne şekilde, yargıçlarla birlikte mahkeme kararlarının verilmesine katılacakları hususu yasa ile düzenlenir.

### **Madde 95**

(1) Yargıçlar, karar verirken yasa ile bağıdırlar. Yargıçlar, yasa yer alan hukuki düzenlemelere uygun şekilde yargılama yapmakla yükümlüdürler.



(2) Mahkeme, kararın verilmesinde uygulayacağı yasa maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna vardığı takdirde, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirir.

### **Madde 96**

(1) Taraflar, mahkeme önünde eşit hukuki haklara sahiptirler.

(2) Yasada belirlenen istisnalar dışında, yargılama sözlü ve halka açıktır. Mahkeme kararları, halka daima açıklanır.

## **Beşinci Bölüm – Yüksek Denetleme Dairesi**

### **Madde 97**

(1) Yüksek Denetleme Dairesi, bağımsız bir organdır. Bu organ, devlet mallarının yönetimi ve devlet bütcesinin uygulanması ile ilgili olarak denetleme görevini yapar.

(2) Yüksek Denetleme Dairesi'nin başkan ve yardımcısı, Millet Meclisi'nin önerisi üzerine, Cumhurbaşkanı tarafından atanır.

(3) Yüksek Denetleme Dairesinin statüsü, yetki alanı, örgütlenme yapısı ile diğer hususlar yasa ile düzenlenir.

## **Altıncı Bölüm - Çek Milli Bankası**

### **Madde 98**

(1) Çek Milli Bankası, devletin merkez bankasıdır. Bankanın temel işlevi, nakit istikrarını sağlamaktır; bankanın, hukuka uygun biçimde müdahalede bulunma hakkı vardır.



(2) Bankanın; statüsü, yetkileri ve diğer hususlar yasa ile düzenlenir.

## **Yedinci Bölüm - Bölgesel Yerinden Yönetim**

### **Madde 99**

Çek Cumhuriyeti, bölgesel yerinden yönetimin temel birimleri olan yerel belediyelere bölünmüştür. Yöre veya bölgeler, daha yüksek bölge yerinden yönetimleridir.

### **Madde 100**

(1) Bölgesel yerinden yönetim birimleri, yerinden yönetim hakkına sahip olan bölge vatandaşlar topluluğudur.

Bunların, ne zaman idari ilçeler olacağı yasa ile düzenlenir.

(2) Belediye, daima yüksek bölgesel yerinden yönetim biriminin bir parçasıdır.

(3) Daha yüksek bölge yerinden yönetim birimi, ancak Anayasa ile kurulabilir veya fesholunabilir.

### **Madde 101**

(1) Belediye, temsilciler kurulu tarafından bağımsız olarak yönetilir.

(2) Daha yüksek bölge yerinden yönetim birimi, temsilciler kurulu tarafından bağımsız olarak yönetilir.

(3) Bölgesel yerinden yönetim birimleri, kendi malvarlıkları olan ve kendilerine ait bütçe ile yönetilen kamu tüzel kişilikleridir.



(4) Devlet, sadece hukuku korumak gerektiğinde ve ancak yasa da belirlenen şekilde bölgesel yerinden yönetim organına müdahale edebilir.

### **Madde 102**

(1) Temsilciler kurulu üyeleri, genel, eşit, doğrudan oy verme esasına göre ve gizli oy ile seçilirler.

(2) Temsilciler kurulunun, görev süresi 4 yıldır. Görev sürelerinin sona ermesinden önce, yeni temsilciler kurulu seçiminin, hangi koşullarda yapılacağı hususu yasa ile düzenlenir.

### **Madde 103**

Daha yüksek bölge yerinden yönetim organının ismi, kendi temsilciler kurulunca kararlaştırılır.

### **Madde 104**

(1) Temsilciler kurulunun yetkileri, ancak yasa ile düzenlenir.

(2) Yasa ile daha yüksek bölge yerinden yönetim temsilciler kuruluna yetki verilmediği takdirde, yerinden yönetimin sorunları kendi temsilciler kurulu tarafından çözümlenir.

(3) Temsilciler kurulu, kendi yetki sınırları içinde olmak koşulu ile genel olarak bağlayıcı nitelikte kararname çıkartabilir.

### **Madde 105**

Devlet işlerinin yürütülmesi, ancak yasa da düzenlendiği takdirde yerinden yönetim organına bırakılabilir.



## **Sekizinci Bölüm - Geçici ve Son Hükümler**

### **Madde 106**

(1) Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği gün, seçilme süresi 6.Haziran. 1996 tarihinde sona erecek olan Çek Milli Konseyi, Millet Meclisi statüsünü kazanır.

(2) Bu Anayasa'ya göre Senato oluşuncaya kadar, Senato'nun işlevleri Geçici Senato tarafından yerine getirilir. Geçici Senato, Anayasal kurallara uygun şekilde yapılır. Anayasa yürürlüğe girinceye kadar Millet Meclisi, Senato'nun işlevlerini yerine getirir.

(3) Millet Meclisi, 2.paragrafa göre Senato'nun işlevlerini yerine getirdiği sürece fesholunamaz.

(4) Meclislerin çalışma usüllerine ilişkin yasalar yürürlüğe girinceye kadar, Çek Milli Konseyi'nin çalışmasına ilişkin usüllerin uygulanmasına devam edilir.

### **Madde 107**

(1) Seçim dönemleri iki yıl olan senatörlerin 1/3'ünün, dört yıl olanların 1/3'ünün seçilmesine ilişkin usül, ilk senato seçimlerinde uygulanmak üzere seçim yasasında düzenlenir.

(2) Cumhurbaşkanı, Senato seçimlerinden itibaren 13 gün içinde Senato'yu toplantıya çağırır. Cumhurbaşkanının çağrıda bulunmaması durumunda Senato, seçim gününden sonraki otuzuncu günde kendiliğinden toplanır.

### **Madde 108**

1992 seçimlerinden sonra göreve atanan Hükümet, bu Anayasa'nın yürürlüğe gireceği tarihe kadar görevini, bu Anayasa'ya göre atanmış Hükümet gibi sürdürür.





### **Madde 109**

Devlet Savcılar Dairesi kuruluncaya kadar, ona ait yetkiler Çek Cumhuriyeti Savcılar Dairesi tarafından kullanılır.

### **Madde 110**

31.Aralık.1993'e kadar yargı, askeri mahkemeleri de kapsar.

### **Madde 111**

Çek Cumhuriyeti mahkemelerinin bütün yargıçları, bu Anayasa'nın yürürlüğe gireceği güne kadar görevlerini, Çek Cumhuriyeti'nin bu Anayasasına göre atanmış yargıçları gibi yaparlar.

### **Madde 112**

(1) Çek Cumhuriyeti'nin anayasal düzeni; bu Anayasayı, Temel Hak ve Özgürlükler Bildirgesini, bu Anayasa'ya uygun duruma getirilen temel yapılanma yasalarını, 6.Haziran.1992'den itibaren uygulanan Çekoslovak Cumhuriyeti Milli Meclisi, Çekoslovak Sosyalist Cumhuriyeti Federal Meclisi, Çek Cumhuriyeti'nin devlet sınırlarını tanımlayan Çek Milli Konseyi'nin temel yapılanma yasalarını kapsar.

(2) Mevcut Anayasa, Çekoslovak Federasyonu'nun Temel Yapılanma Yasası ile bunları değiştiren yasalar, Çek Cumhuriyeti sembolleri ile ilgili Çek Milli Konseyi'nin 67/1990 sayılı Yasalar Külliyesi yürürlükten kaldırılmıştır.

(3) Bu Anayasa'nın yürürlüğe gireceği güne kadar, diğer yasalar Çek Cumhuriyeti sınırları içinde yürürlüktedir.

### **Madde 113**

Bu Anayasa, 1.Ocak.1993 tarihinde yürürlüğe girer.



## **RUSYA FEDERASYONU ANAYASASI**

Rusya Federasyonu'nun çok uluslu halkı olan biz,

Topraklarının üzerinde ortak bir kaderde birleşerek,

İnsan hak ve özgürlükleri, barış ve uyumda ısrar ederek,

Devletin tarihi birliğini koruyarak,

Genel kabul gören, halkların kendini yönetme ve eşitlik ilkele-  
rinden yola çıkarak,

Bizlere; adalet, iyi bir kader, yurdumuza bağlılık ve sevgi aşşı-  
layan atalarımızın anılarını onurlandırarak,

Rusya'nın, egemen devlet sınırlarını yaşatarak ve onun doku-  
nulmaz demokratik temellerinde ısrar ederek,

Rusya'nın, refahını ve mutluluğunu sağlamak üzere,

Mevcut ve gelecekteki kuşaklara karşı, yurtları için sorumlu-  
luk duygusundan yola çıkarak,

Dünya topluluğunun bir parçası olduğumuzun bilinci ile,

Rusya Federasyonu Anayasa'sını onaylıyoruz.



## **Birinci Kısım**

### **Birinci Bölüm - Anayasal Sistemin Temelleri**

#### **Madde 1**

Rusya Federasyonu-Rusya, hükümet şekli cumhuriyet olan demokratik, federal bir hukuk devletidir.

Rusya Federasyonu ile Rusya isimleri eş değerdedir.

#### **Madde 2**

İnsan, onun hakları ve özgürlükleri yüksek değerdedir. İnsanların ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini tanımak, korumak ve bunlara saygılı olmak devletin temel görevidir.

#### **Madde 3**

1) Rusya Federasyonu'nun çok uluslu halkı, Rusya Federasyonu'nun yegane güç kaynağı ve egemenliğinin aracıdır.

2) Rusya Federasyonu halkı iktidarını, doğrudan ve yanısıra devlet iktidar organları ve yerel özerk yönetimler eli ile kullanır.

3) Referandum ve serbest seçimler, halk iktidarının en üstün ve doğrudan bildirimleridir.

4) Rusya Federasyonu'nda hiç kimse, bir başkasının iktidarını kullanamaz.İktidarı elde tutmak veya iktidar yetkisinin uygunluğu federal hukuk ile düzenlenir.

#### **Madde 4**

1) Rusya Federasyonu'nun egemenliği, ülkesinin tamamını kapsar.



2) Rusya Federasyonu'nu Anayasası ile federal yasaları, Rusya Federasyonu topraklarının tamamında egemendir.

3) Rusya Federasyonu, ülkesinin bütünlüğünü ve dokunulmazlığını korur.

## **Madde 5**

1) Rusya Federasyonu,; Rusya Federasyonu'nun eşit unsurları olan cumhuriyetlerden, topraklardan, bölgelerlerden, federal kentlerden, özerk bölgelerden ve özerk alanlardan oluşur.

2) Her cumhuriyetin (devletin), kendi anayasası ve yasama organı vardır. Toprak, bölge, federal kent, özerk bölge ve özerk alan, kendisine ait yasama organına ve berata sahiptir.

3) Rusya Federasyonu'nun federal yapısı; onun devlet bütünlüğüne, devlet erkinin birliğine, Rusya Federasyonu'nun devlet iktidar organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet organları arasındaki yetki alanlarının ve iktidarlarının sınırlandırılmasına, Rusya Federasyonu' ndaki halkların eşitliğine ve kendi kaderlerini kendilerinin tayin etmeleri esasına dayanır.

4) Rus Federasyonu'nun bütün unsurları, devlet erkinin federal organları ile olan ilişkilerinde ve kendi aralarında eşittirler.

## **Madde 6**

1) Rusya Federasyonu vatandaşlığı, federal yasalara göre kazanılır, yitirilir ve ne şekilde kazanıldığına bakılmaksızın eşit ve birdir.

2) Her Rusya Federasyonu vatandaşı, Rusya Federasyonu Anayasası'nda düzenlenen bütün hak ve özgürlüklere, kendi topraklarında sahiptir ve yüklendiği görevlerde eşittir.



3) Rusya Federasyonu vatandaşı, vatandaşlıktan ve bunu değiştirme hakkından yoksun bırakılamaz.

### **Madde 7**

1) Rusya Federasyonu; insanın özgürce gelişebileceği ve saygın bir yaşam sürebileceği koşulları sağlayacak politikaları amaç edinen bir sosyal devlettir.

2) Rusya Federasyonu; halkının sağlığını ve işini korur, asgari bir ücretin verilmesini garanti eder, aileye, anneliğe, babalığa, çocuklara, sakat ve yaşlı vatandaşlara devlet desteği sağlar, bir sosyal hizmetler sistemi geliştirir, emeklilik hakkı tanır, yardımlarda bulunur ve başkaca sosyal güvenlik güvenceleri sağlar.

### **Madde 8**

1) Rusya Federasyonu'nda; ekonomik alanda birlik, malların, hizmetlerin ve finans kaynaklarının serbest dolaşımı, rekabete ve her türlü ekonomik özgürlüğe dayalı girişimler güvence altındadır.

2) Rusya Federasyonu'nda; özel, devlet, belediye ve diğer mülkiyet biçimleri tanınır ve eşit olarak korunur.

### **Madde 9**

1) Rusya Federasyonu'nda topraklar ve doğal kaynaklar, yaşamın ve insanların yaşadıkları toprakların özelliklerine uygun olarak kullanılır ve korunur.

2) Topraklar ve doğal kaynaklar; özel, devlet, belediye veya başkaca mülkiyet biçimlerine konu olabilir.

### **Madde 10**

Rusya Federasyonu'nunda devlet yetkisi; yasama, yürütme ve yargının ayrılığı ilkesine göre kullanılır. Yasama, yürütme ve yargı ekleri bağımsızdır.



## **Madde 11**

1) Rusya Federasyonu'nda devlet yetkisi; Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Federal Meclis (Federasyon Konseyi ve Devlet Duması), Rusya Federasyonu Hükümeti ve Rusya Federasyonu Mahkemeleri tarafından kullanılır.

2) Rusya Federasyonu'nun unsurlarında devlet yetkisi; bu unsurlarca oluşturulan devlet otoritesinin organları tarafından kullanılır.

3) Rusya Federasyonu ile unsurlarındaki devlet organlarının, iktidar ve yetki alanları; bu Anayasa ile federal ve diğer anlaşmalardaki yetki ve iktidar sınırlandırmalarına göre belirlenir.

## **Madde 12**

Rusya Federasyonu'nda; yerel özerk yönetimler tanınır ve güvence altındadır. Yerel özerk yönetimler, kendi yetki sınırları içinde bağımsız olarak hareket ederler. Yerel özerk yönetim organları, devlet iktidar organlarının parçası değildirler.

## **Madde 13**

1) Rusya Federasyonu'nda, ideolojik çoğulculuk tanınır.

2) Devletin himayesinde veya vesayetinde hiçbir ideoloji kurulamaz.

3) Rusya Federasyonu'nda, siyasal çoğulculuk ve çok partili sistem tanınır.

4) Kamu kuruluşları yasa önünde eşittirler.

5) Amaçları ve faaliyetleri; anayasal yönetimin esaslarını zorla değiştirmeye ve Rusya Federasyonu'nun bütünlüğünü bozmaya,



devlet güvenliğinin temelini ortadan kaldırmaya, silahlı birimler oluşturmaya, sosyal, ırkçı, milliyetçi ve dini tahriklerde bulunmaya yönelik kamusal kuruluşların kurulmaları ve faaliyette bulunmaları yasaktır.

### **Madde 14**

1) Rusya Federasyonu laik bir devlettir. Devlet himayesinde veya vesayetinde hiç bir din kurumsallaştırılmaz.

2) Dini kuruluşlar, devletten ayırılırlar ve yasa önünde eşittirler.

### **Madde 15**

1) Rusya Federasyonu Anayasası en üst hukuk normu olup doğrudan etkilidir ve Rusya Federasyonu topraklarında uygulanır. Rusya Federasyonu tarafından kabul edilen yasalar ve diğer hukuki işlemler, Rusya Federasyonu Anayasası'na aykırı olamaz.

2) Devlet erkinin organları, yerel özerk yönetimler, resmi görevliler, vatandaşlar ve bunların kuruluşları; Rusya Federasyonu'nun yasalarına ve Anayasası'na uymak zorundadır.

3) Yasalar resmi olarak yayımlanır. Yayımlanmamış yasalar uygulanamaz. Resmi olarak yayımlanmak sureti ile kamunun bilgisine sunulmayan hiçbir hukuki düzenleme, bireylerin ve vatandaşların haklarına, özgürlüklerine ve işlerine etki edecek şekilde uygulanamaz.

4) Genel kabul gören uluslararası yasalar ve uluslararası anlaşmalara ilişkin ilke ve normlar, Rusya Federasyonu hukuk sisteminin parçasıdır. Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri, Rusya Federasyonu yasalarında yer alan hükümlere aykırı olduğu takdirde, uluslararası sözleşme hükümleri uygulanır



## **Madde 16**

1) Anayasa'nın bu bölüme kadar olan hükümleri, Rusya Federasyonu'nu anayasal sisteminin temelleridir. Bu hükümler, bu Anayasa'da öngörülen usül ve esaslara aykırı olarak değiştirilemezler.

2) Bu Anayasa'nın hiçbir hükmü, Rusya Federasyonu anayasal sisteminin temellerine aykırı olamaz.

## **İkinci Bölüm - Kişinin ve Vatandaşın Hakları ve Özgürlükleri**

### **Madde 17**

1) Uluslararası hukuk normlarının, genel kabul gören ilkelerine uygun olan temel hak ve özgürlükler, Rusya Federasyonu tarafından, bu Anayasa çerçevesinde tanınır ve garanti edilir.

2) İnsanların temel hak ve özgürlükleri vazgeçilmezdir ve doğumdan itibaren herkes bunlara sahiptir.

3) İnsanlar ve vatandaşlar, haklarını ve özgürlüklerini kullanırlarken, başkalarının hak ve özgürlüklerini çiğneyemezler.

### **Madde 18**

Kişi ve vatandaş hak ve özgürlükleri doğrudan etkilidir. Yasaların anlamını, içeriğini, uygulanmasını, yasama ve yürütme organları ile yerel özerk yönetimlerin faaliyetlerini, yargının koruması altında olan bu hak ve özgürlükler belirler.

### **Madde 19**

1) Yasa ve yargı önünde, herkes eşittir.





2) Devlet; cinsiyet, ırk, milliyet, dil, köken, mülkiyet veya işverenlik konumu ile makam, din, inanç, kamu kuruluşlarına üyelik veya başkaca durumları gözönüne almaksızın, hak ve özgürlüklerde eşitliği garanti eder. Vatandaşların haklarının, toplumsal konumları ile milliyetlerine, ırklarına, dillerine veya dinlerine bağlı olarak sınırlandırılması yasaktır.

3) Kadın ve erkek; eşit hak ve özgürlüklere ve işe girişte fırsat eşitliğine sahiptirler.

## **Madde 20**

1) Herkes, yaşama hakkına sahiptir.

2) Ölüm cezası; özellikle insan yaşamına karşı işlenen ağır suçlarda, sanığın kendisini jurili bir mahkeme önünde savunma hakkı olmak koşulu ile ve federal hukukta istisnai bir ceza olarak öngörüldüğü takdirde, yürürlükten kaldırılıncaya kadar uygulanır.

## **Madde 21**

1) Kişinin saygınlığı devlet tarafından korunur. Hiçbir olgu, kişinin saygınlığını küçültmek için kullanılamaz.

2) Hiç kimse; işkenceye, şiddete, kötü ve küçük düşürücü muamele ile cezaya ve kendi serbest iradesi dışında tıbbi, bilimsel veya başkaca bir deneysel uygulamaya tabi tutulamaz.

## **Madde 22**

1) Herkes, özgürlük ve kişisel dokunulmazlık hakkına sahiptir.

2) Tutuklama, gözaltına alma, nezarete tutulma, ancak yetkili mahkeme kararı ile mümkündür. Mahkeme kararı almaksızın, bir kişi 48 saatten daha fazla süre ile gözaltında tutulamaz.



### **Madde 23**

1) Herkesin; mahremiyetini, kişisel ve ailevi sırlarını saklamak, onuru ile itibarını korumak hakkı vardır.

2) Herkes, gizlilik içinde haberleşmek, telefonla, posta ve kablo ile veya başkaca şekillerde iletişim kurmak hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak mahkeme kararı ile kısıtlanabilir.

### **Madde 24**

1) Kişinin onayı alınmadan, özel yaşamı ile ilgili olarak bilgi toplanması, saklanması ve bunların kullanılması yasaktır.

2) Yasada aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, devletin yetkili organları, yerel özerk yönetim organları ile bunların resmi görevlileri, vatandaşların hak ve özgürlüklerine doğrudan etkili olan hiçbir faaliyetlerini belgelendiremezler ve kayda geçiremezler.

### **Madde 25**

Konuta dokunulamaz. Federal hukukta düzenlenen istisnalar dışında ve mahkeme kararı olmaksızın; hiç kimsenin, başkasının konutuna onayını almadan girmek hakkı yoktur.

### **Madde 26**

1) Herkesin, kendi milli kimliğini belirleme ve ifade etme hakkı vardır. Hiç kimse, milli kimliğini belirlemeye ve beyan etmeye zorlanamaz.

2) Herkes ana dilini kullanmak, iletişimde, öğrenimde, eğitimde ve güzel sanatlarda dilediği dili seçmek hakkına sahiptir.



## **Madde 27**

1) Rusya Federasyonu topraklarında, yasal olarak ikamet eden herkes; özgürce yer değiştirmek, ikametini ve yerleşeceği yeri serbestce seçmek hakkına sahiptir.

2) Rusya Federasyonu topraklarını terketmekte herkes serbesttir. Rusya Federasyonu vatandaşlarının, Rusya Federasyonu'na serbestce geri dönmek hakları vardır.

## **Madde 28**

Herkesin, dini ibadet ve vicdan özgürlüğü, tek başına veya başkaları ile birlikte olmak sureti ile herhangi bir dini veya dinsizliği serbestce seçmek, dine veya başkaca inançlara sahip olmak, bunları yaymak ve bunlara uygun biçimde yaşamak hakkı güvence altındadır.

## **Madde 29**

1) Herkes, düşünce ve ifade özgürlüğüne sahiptir.

2) Milliyetçi, sosyal, ırksal, dinsel kin ve çekişmeye yönelik kışkırtıcı propaganda ve kampanyaya izin verilmez. Sosyal, milliyetçi, ırksal, dinsel ve dilsel üstünlüğe dayalı propaganda yasaktır.

3) Hiç kimse, bir başkasını; inançlarını ve görüşlerini açıklamaya veya bunlardan vazgeçmeye zorlayamaz.

4) Herkes, yasal yollarla bilgi toplamak, araştırmak, aktarmak, üretmek ve yaymak hakkına sahiptir. Devletin temel yapısı ile ilgili gizli bilgilerin nelerden oluştuğu federal hukuk ile belirlenir.

5) Kitle yayın özgürlüğü güvence altındadır. Sansür yasaktır.



### **Madde 30**

1) Herkes, kendi yararını korumak amacı ile sendikaya girmek dahil, örgütlenmek hakkına sahiptir. Kamusal kuruluşların eylem özgürlüğü güvence altındadır.

2) Hiç kimse, herhangi bir örgüte katılmaya veya üyeliğinden çıkmaya zorlanamaz.

### **Madde 31**

Rusya Federasyonu vatandaşları, barış içinde toplantı, silahsız olarak miting, nümayiş, yürüyüş, ve grev yapmak haklarına sahiptirler.

### **Madde 32**

1) Rusya Federasyonu vatandaşları, doğrudan veya temsilcileri aracılığı ile devletin yönetimi ile ilgili faaliyetlerde yer almak hakkına sahiptirler.

2) Rusya Federasyonu vatandaşları, devlet yönetim organları ile yerel özerk yönetim organlarını seçmek, bu görevlere seçilmek ve referandumlara katılmak hakkına sahiptirler.

3) Mahkeme kararı ile kısıtlananların ve mahkum olanların, seçme ve seçilme hakları yoktur.

4) Rusya Federasyonu vatandaşları, devlet hizmetine girişte eşittirler.

5) Rusya Federasyonu vatandaşları, adalet yönetimine katılmak hakkına sahiptirler.

### **Madde 33**

Rusya Federasyonu vatandaşlarının; bizzat vermek veya göndermek sureti ile ya da tek başlarına veya toplu olarak devlet ve yerel özerk yönetim organlarını şikayet etmek hakları vardır.



### **Madde 34**

1) Yasa ile yasaklanmadığı sürece herkes, kendi yeteneklerini ile mülkünü; girişimlerinde veya başkaca ekonomik faaliyetlerinde kullanmak hakkına sahiptir.

2) Tekelleşmeyi ve haksız rekabeti amaçlayan hiçbir ekonomik faaliyete izin verilmez.

### **Madde 35**

1) Özel mülkiyet hakkı, yasa ile korunur.

2) Herkes, tek başına mülkiyet sahibi olmak, sahip olduğu malları tek başına veya başka kişilerle birlikte kullanmak ve yönetmek hakkına sahiptir.

3) Mahkeme kararı olmaksızın, hiç kimse mülkünden zorla yoksun bırakılamaz. Mülkiyete, sadece ihtiyacı olduğunda, bedeli peşin olarak ödenmek koşulu ile, devlet tarafından el konulabilir.

4) Miras hakkı, güvence altındadır.

### **Madde 36**

1) Vatandaşların ve onların kurdukları ortaklıkların, özel mülk edinme hakları vardır.

2) Toprağın ve doğal kaynakların sahipleri; çevreye, başkalarının hak ve yararlarına zarar vermemek koşulu ile, mallarını ve mülkiyetten doğan haklarını serbestce kullanır ve yönetirler.

3) Toprakların kullanılma koşulları ve usulleri, federal yasalar ile belirlenir.



### **Madde 37**

1) Çalışmak serbesttir. Herkes yeteneğine uygun bir işte çalışmak, faaliyet şeklini ve iştigal alanını serbestce seçmek hakkına sahiptir.

2) Zorla çalıştırılmak yasaktır.

3) Herkes, sağlıklı ve emniyetli koşullar altında çalışmak, herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan ve asgari ücretin altına düşmeden çalışmasının karşılığını almak hakkına ve işsiz kalmamak güvencesine sahiptir.

4) Grev hakkı dahil, federal hukukca düzenlenen iş uyuşmazlıklarından doğan hakların, kişisel veya toplu olarak kullanılması tanınır.

5) Herkes, dinlenmek ve tatil yapmak hakkına sahiptir.. Sözleşmeye bağlı olarak çalışan kişinin, çalışma süresi içinde, ücretli izin kullanmak ve tatil günlerinde dinlenmek hakları güvence altındadır.

### **Madde 38**

1) Annelik, çocukluk ve aile, devletin koruması altındadır.

2) Çocukların korunması ve yetiştirilmesi, anne ve babaların eşit hakkı ve görevidir.

3) Onsekiz yaşına ulaşan çalışabilir durumdaki çocuklar, çalışamaz durumdaki anne ve babalarına bakmakla yükümlüdürler.

### **Madde 39**

1) Yaşlı olan herkesin, sosyal güvenliği güvence altındadır. Hastalık, maluliyet, bakma ve besleme yükümlülüğü olanların yitiril-



mesi, çocukların yetiştirilmesi ile ilgili hususlar ve diğer durumlar yasayla düzenlenir.

2) Emeklilik koşulları ve sosyal yardımlar yasa ile düzenlenir.

3) İhtiyari sosyal sigorta, sosyal güvenlik ve bağış ile ilgili ek kurumların geliştirilmesi desteklenir.

#### **Madde 40**

1) Herkes, konut sahibi olmak hakkına sahiptir. Hiç kimse konutundan zorla çıkartılamaz.

2) Devlet kuruluşları ile yerel özerk yönetim organları, konut yapımını destekler ve herkesin konut sahibi olabilme hakkının gerçekleşmesi için gerekli koşulları yaratır.

3) Düşük gelirli vatandaşlar ile yasada bedel ödmeden veya hükümet, belediye ve başkaca konut edindirme fonları desteği ile konuta ihtiyaç duyan kişiler olarak tanımlanan vatandaşların, konut sahibi olabilmelerine ilişkin koşullar yasa ile düzenlenir.

#### **Madde 41**

1) Herkesin sağlığını korumak ve tıbbi destek almak hakkı vardır. Tıbbi yardımlar; devletce, belediye sağlık koruma kurumlarınınca ilgili bütçeden, sigortadan ve diğer gelirlerden sağlanacak katkılarla ücretsiz olarak yapılır.

2) Rusya Federasyonu; federal sağlık koruma ve sağlık evleri yapma programlarını finanse eder; devlet, belediye ve özel sağlık koruma sistemlerinin gelişmesi için tedbir alır, insanların sağlığını korumaya yönelik faaliyetleri destekler, sosyo-kültürel, sportif, ekolojik, sıhhi, epidemolojik refahı geliştirir.



3) İnsan yaşamı ve sağlığı için tehlikeli olan durumların ve olguların resmi görevlilerce gizlenmesi, federal hukukun öngördüğü çerçevede sorumluluğu gerektirir.

### **Madde 42**

Herkes, sağlıklı bir çevreye sahip olmak, içinde bulunduğu koşullar hakkında güvenilir şekilde bilgi edinmek ve ekolojik ihlaller nedeni ile sağlığının bozulması veya mallarının zarara uğraması durumunda tazminat istemek hakkına sahiptir.

### **Madde 43**

1) Herkes, öğrenim görmek hakkına sahiptir.

2) Ücretsiz olarak ilkokula girebilme, kamuya ve belediyelere ait kurumlar ile teşebbüslerde, genel lise ve meslek lisesi öğrenimi görmek hakkı güvence altındadır.

3) Herkesin, devlete veya belediyelere ait kurumlarda veya teşebbüslerde, yarışma esasına göre ve ücretsiz olarak yüksek öğrenim yapmak hakkı vardır.

4) Temel eğitim himaye altındadır. Anne ve babalar veya onların yerinde olanlar, çocuklarının temel eğitimleri ile ilgili gerekli tedbirleri alırlar.

5) Rusya Federasyonu; federal eğitim ve öğretim standartlarını tesbit eder, eğitim ve öğrenime, kendi kendine eğitim ile öğrenimin değişik biçimlerine destek olur.

### **Madde 44**

1) Herkes edebi, sanatsal, bilimsel, teknik, ve diğer yaratıcı faaliyetlerde bulunmak ve bunları öğretmek özgürlüğüne sahiptir. Fikri haklar, hukuk tarafından korunur.





2) Herkes, kültürel yaşamda yer almak, kültürel kurumları kullanmak ve kültürel değerlere katılmak hakkına sahiptir.

3) Herkes, kültürel ve tarihi mirasın korunmasına, tarihi ve kültürel eserlere sahip çıkmaya özen gösterir.

### **Madde 45**

1) Rusya Federasyonu'nda, insan haklarının ve özgürlüklerinin devlet tarafından korunması güvence altındadır.

2) Yasa ile yasaklanmadığı takdirde, herkes hak ve özgürlüklerini bizzat savunmak hakkına sahiptir.

### **Madde 46**

1) Herkesin, hak ve özgürlüklerinin yargı tarafından korunması güvence altındadır.

2) Devlet ile yerel özerk yönetim organlarının, kamu kuruluşlarının ve resmi görevlilerin; karar ve eylemleri ile eylemsizliklerine karşı yargı yoluna başvurulabilir.

3) Herkesin, devletin iç organlarının hak ve özgürlüklerini korumasını beklemeye, iç hukukun düzenlediği koruma yolları tükendiğinde, Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olarak şikayette bulunmaya hakkı vardır.

### **Madde 47**

1) Hiç kimse, davasının mahkemede ve yasanın belirlediği çerçevede yargılama yetkisi olan yargıcın önünde görülmesine ilişkin hakından vazgeçemez.

2) Suçlanan her kişi, federal hukukun düzenlediği davalarda, jürinin yer aldığı mahkeme önünde yargılanma hakkına sahiptir.



### **Madde 48**

1) Herkesin, hukuki danışmana başvurmak hakkı güvence altındadır. Hukuk danışmanı, yasanın belirlediği davalarda ticretsiz olarak hizmet verir.

2) Herkes, suçlandığı, gözaltına alındığı veya tutuklandığı andan itibaren, hukuk danışmanına (savunma avukatına) başvurmak hakkına sahiptir.

### **Madde 49**

1) Suçlanan herkes, Federal hukukun öngördüğü biçimde, suçluluğu kanıtlanana ve bir mahkeme kararı ile suçlu bulunana kadar suçsuzdur.

2) Sanık, suçsuz olduğunu kanıtlamak zorunda değildir.

3) Şüphe, sanık lehine yorumlanır.

### **Madde 50**

1) Hiç kimse, aynı suçtan dolayı ikinci kez suçlanamaz.

2) Yargılama sürecinde, federal hukukun izin vermediği hiçbir kanıt toplanamaz.

3) Herhangi bir suçtan dolayı mahkum olan herkes, federal hukukun düzenlediği çerçevede bir yüksek mahkemeye başvurmak ve cezasının hafifletilmesini istemek hakkına sahiptir.

### **Madde 51**

1) Hiç kimse, kendisi veya suçlanan eşi, yakın akrabaları ile federal hukukun belirlediği sırada yer alan diğer kişiler aleyhinde, tanıklık etmeye zorlanamaz.



2) Federal hukuk, tanıklıkla ilgili diğer istisnaları düzenler.

### **Madde 52**

Suçtan ve yetkinin kötüye kullanılmasından zarar gören kişiler, hukukun koruması altındadır. Adaletin mağdur ettiği kişilerin zararları devletce karşılanır.

### **Madde 53**

Herkes, devlet organlarının veya devletin resmi görevlilerinin, eylem veya eylemsizliklerinden doğan zararlarının tazminini istemek hakkına sahiptir.

### **Madde 54**

1) Kişinin sorumluluğunu artıran ve ağırlaştıran yasa, geçmişe etkili değildir.

2) Suçun işlendiği tarih itibarı ile yasanın suç saymadığı bir fiilden dolayı hiç kimse sorumlu tutulamaz. Suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren yasa ile sanık lehine getirilen hükümler uygulanır.

### **Madde 55**

1) Rusya Federasyonu Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlükler, genel kabul gören insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinden daha dar biçimde yorumlanamaz.

2) Rusya Federasyonu'nda, insan hakları ile vatandaş hak ve özgürlüklerini inkar eden ve küçümseyen hiçbir yasa yürürlüğe konulamaz.

3) İnsan ve vatandaş hakları ile özgürlükler; sadece yürürlükteki anayasal sistemi, ahlaki, sağlığı, üçüncü kişilerin haklarını ve



hukuki yararlarını, devletin güvenliğini korumak ve ülkeyi savunmak gerektiğinde, federal hukuk ile kısıtlanabilir.

### **Madde 56**

1) Bireysel hak ve özgürlükler; olağanüstü hal koşullarında ve anayasal sistemin korunması ile vatandaşların güvenliğinin sağlanması amacıyla, süresi ve derecesi belirlenmek sureti ile federal anayasa düzenine uygun olarak sınırlanabilir.

2) Rusya Federasyonu topraklarında ve bireysel alanlarda, olağanüstü hal'in; hangi durumlarda ve hangi usullere uyularak uygulanacağı, federal anayasa düzeni ile tanımlanır.

3) Rusya Federasyonu Anayasası'nın 20,21,23 (Birinci Bölüm), 24,28,34 (Birinci Bölüm), 40 (Birinci Bölüm), 46 ve 54. maddelerindeki hak ve özgürlükler kısıtlanamaz.

### **Madde 57**

Herkes, yasal vergi ve harçları ödemek zorundadır. Yeni vergiler ile mükelleflerin sorumluluklarını ağırlaştırıran yasalar geçmişe etkili kılınmaz.

### **Madde 58**

Herkes, doğayı ve çevreyi korumak, doğal zenginliklere özen göstermek zorundadır.

### **Madde 59**

1) Yurdunu korumak, her Rusya Federasyonu vatandaşının görevi ve mecburiyetidir.

2) Rusya Federasyonu vatandaşı, federal hukukun öngördüğü biçimde askerlik hizmetini yapar.



3) İnancı ve anlayışı, askerlik hizmeti yapmaya uygun düşmeyen vatandaşlar için ve yine federal hukukun düzenlediği diğer durumlarda, askerlik hizmetinin alternatif bir sivil hizmetle yerine getirilmesi mümkündür.

### **Madde 60**

Rusya Federasyonu vatandaşı, ergenlik yaşına geldiğinde tanınır ve 18 yaşına ulaştığı zaman hak ve yükümlülüklerini bağımsız olarak kullanır ve yerine getirir.

### **Madde 61**

1) Rusya Federasyonu vatandaşı, sınır dışı edilemez ve bir başka ülkeye iade edilemez.

2) Rusya Federasyonu, sınırları dışındaki vatandaşlarını savunmayı ve himaye etmeyi garanti eder.

### **Madde 62**

1) Rusya Federasyonu vatandaşı, federal hukuka ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak bir başka ülkenin vatandaşı (çifte vatandaş) olabilir.

2) Rusya Federasyonu vatandaşlığının yanısıra bir yabancı ülkenin vatandaşı olmak, kişinin değerinin, özgürlüklerinin azalmasını ve federal hukuk ile Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmalarında aksine bir düzenleme yok ise, Rusya vatandaşı olmaktan doğan görevlerinden ayrık tutulmasını gerektirmez.

3) Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda ve federal hukukta düzenlenen istinalar dışında, yabancılar ile vatansızlar, Rusya Federasyonu vatandaşlarının haklarına sahiptirler ve sorumluluklarını taşırlar.



### **Madde 63**

1) Rus Federasyonu, genel kabul gören uluslararası hukuk normlarına uygun olarak, yabancı ülke vatandaşları ile vatansızlara siyasal sığınma hakkı tanır.

2) Rusya Federasyonu yasalarında suç olarak kabul edilmeyen siyasal görüşleri, eylemleri veya eylemsizlikleri nedeni ile kovuşturulan kişilerin, ilgili ülke tarafından iadesinin istenilmesi kabul edilmez. Suçluların ve mahkumların iadesi ile ilgili olarak diğer ülkelerle yardımlaşma, federal hukuk ile uluslararası anlaşmalar da öngörülen esaslara göre yürütülür.

### **Madde 64**

Bu maddelerdeki düzenlemeler, Rusya Federasyonu'ndaki kişisel hakların temelini oluşturur ve bu Anayasanın düzenlendiği anlama aykırı olarak değiştirilemez.

## **Üçüncü Bölüm – Rusya Federasyonu**

### **Madde 65**

1) Rusya Federasyonu, aşağıdaki federasyon unsurlarından oluşur; Adygeya Cumhuriyeti, Altay Cumhuriyeti, Bashkortostan Cumhuriyeti, Buryatia Cumhuriyeti, Dağıstan Cumhuriyeti, İnguş Cumhuriyeti, Kabardin-Balkar Cumhuriyeti, Kalmykia-Khalmg Tangch Cumhuriyeti, Karaçay-Çerkez Cumhuriyeti, Karelia Cumhuriyeti, Komi Cumhuriyeti, Mari El Cumhuriyeti, Mordovya Cumhuriyeti, Yakutistan Cumhuriyeti, Kuzey Ossetia Cumhuriyeti, Tataristan Cumhuriyeti, Tuva Cumhuriyeti, Udmurt Cumhuriyeti, Kafkasya Cumhuriyeti, Çeçen Cumhuriyeti, Chuvash-Chavash Cumhuriyeti;



Altay Toprakları, Krannador Toprakları, Krannoyarsk Toprakları, Maritime Toprakları, Stavropol Toprakları, Khabarovsk Toprakları;

Amur Bölgesi, Arkhangelsk Bölgesi, Astakhan Bölgesi, Belgrad Bölgesi, Bryansk Bölgesi, Vladimir Bölgesi, Volgograd Bölgesi, Vologda Bölgesi, Voronezh Bölgesi, Ivanova Bölgesi, Irkutsk Bölgesi, Kaliningrad Bölgesi, Kalu Bölgesi, Kamchatka Bölgesi, Kemerova Bölgesi, Kiron Bölgesi, Kostroma Bölgesi, Kurgan Bölgesi, Kursk Bölgesi, Leningrad Bölgesi, Lipetsk Bölgesi, Magadan Bölgesi, Moskova Bölgesi, Murmansk Bölgesi, Nizhny Novgorod Bölgesi, Novgorod Bölgesi, Novosibirsk Bölgesi, Omsk Bölgesi, Orenburg Bölgesi, Oryol Bölgesi, Penza Bölgesi, Perm Bölgesi, Pskov Bölgesi, Rostov Bölgesi, Ryazan Bölgesi, Samara Bölgesi, Saratov Bölgesi, Sakhlain Bölgesi, Sverdlovsk Bölgesi, Smolens Bölgesi, Tambov Bölgesi, Tver Bölgesi, Tomsk Bölgesi, Tula Bölgesi, Tyumen Bölgesi, Ulyanovsk Bölgesi, Chelyabinsk Bölgesi, Chita Bölgesi, Yaroslavl Bölgesi;

Moskova, St.Petersburg Federal Kentleri;

Yahudi Özerk Bölgesi;

Aginsky Buryat Özerk Alanı, Komi-Permyak Özerk Alanı, Koryak Özerk Alanı, Nenents Özerk Alanı, Taimyr (Dolgan-Nenents) Özerk Alanı, Ust Ordinsky Buryat Özerk Alanı, Khanty-Mansi Özerk Alanı, Chukchi Özerk Alanı, Evenk Özerk Alanı, Yamal-Nenents Özerk Alanı,

2) Rusya Federasyonu'na katılmak ve Rusya Federasyonu'nun yeni unsurunu oluşturmak, federal anayasal düzenin öngördüğü usul ve esaslara göre olur.



## Madde 66

1) Bir Cumhuriyetin statüsü, Rusya Federasyonu'nun ve ilgili Cumhuriyetin Anayasası'nda tanımlanır.

2) Toprak,bölge, federal kent, özerk bölge, özerk toprak statüleri, Rusya Federasyonu Anayasası'nda ve toprak, bölge, federal düzeyde kent, özerk bölge, özerk toprak beratlarında tanımlanır ve Rusya Federasyonu'nun ilgili unsurunun, yasama (temsilciler) organı tarafından kabul edilir.

3) Özerk bölge, özerk toprak ile ilgili federal hukuk, özerk bölge ve özerk toprak yasama ve yürütme organlarınca kabul edilir.

4) Toprak veya bölgenin parçası olan özerk toprakların, birbirleri olan ilişkileri, federal hukuk ile özerk toprak devlet erki organları ve ilgili toprak veya bölgenin devlet erki organları arasındaki anlaşmalar ile düzenlenir.

5) Rusya Federasyonu'nu unsurlarının statüleri, ancak Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu unsurları arasındaki karşılıklı kabul ve federal anayasal düzene göre değiştirilebilir.

## Madde 67

1) Rusya Federasyonu ile unsurları; topraklarında, iç ve kara suları ile hava sahalarında işbirliği içindedirler.

2) Rusya Federasyonu'nun, egemenlik hakları ve kıta sahanlığı ile serbest ekonomik bölgedeki yetkileri, federal hukuka ve uluslararası hukuk normlarındaki usullere göre düzenlenir.

3) Rusya Federasyonu unsurlarının sınırları, karşılıklı anlaşma ile değiştirilebilir.





## **Madde 68**

1) Rusya Federasyonu topraklarında resmi dil, Rusca'dır.

2) Cumhuriyetlerin, kendi resmi dillerini kurumlaştırmak hakları vardır. Ancak cumhuriyetler, devlet erkinin organlarında, özerk yerel yönetim organlarında ve cumhuriyetlerin devlet organlarında Rusya Federasyonu'nun resmi dilini kullanırlar.

3) Rusya Federasyonu, tüm halkının kendi ana dilini korumak, dilinin gelişmesi ve öğrenilmesi için gerekli koşulları yaratmak haklarını garanti eder.

## **Madde 69**

Rusya Federasyonu, genel kabul gören uluslararası hukukun ve Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu anlaşmaların ilke ve standartlarına göre, küçük yerli halkların haklarını garanti eder.

## **Madde 70**

1) Milli bayrak ile devlet amblemi ve ulusal marşın tanımı ve resmi kullanım usulleri, federal anayasal hukuk ile düzenlenir.

2) Rusya Federasyonu'nun başkenti, Moskova'dır. Başkent in statüsü, federal hukuk tarafından düzenlenir.

## **Madde 71**

Rusya Federasyonu'nun yetkisi aşağıdakileri kapsar ;

a) Rusya Federasyonu Anayasası'nın ve federal yasalarının kabul edilmesi, değiştirilmesi ile bunlara uyulmasının denetlenmesi,

b) Rusya Federasyonu'nun federal yapısı ve toprakları,



c) İnsanların ve vatandaşların haklarının ve özgürlüklerinin düzenlenmesi ve korunması; Rusya Federasyonu vatandaşlığı; ulusal azınlığın haklarının düzenlenmesi ve korunması,

d) Federal organların yasama, yürütme ve yargı erkleri sistemlerinin, bunların örgütlenme usulleri ile faaliyetlerinin kurulması; devlet erkinin federal organlarının oluşturulması,

e) Federal ve devlet malları ile bunların yönetilmesi,

f) Rusya Federasyonu'nun, devlet yapısı, ekonomisi, çevresel, toplumsal, kültürel ve ulusal gelişmesi ile ilgili federal politikaların ve federal programların temel ilkelerinin belirlenmesi,

g) Tek pazarın; finans, para, kredi, gümrük düzenlemeleri, paranın emisyonu, fiat politikasına yönelik ilkeler; federal bankalar dahil olmak üzere, ekonomik hizmetler ile ilgili olarak bir yasal çerçeve oluşturulması,

h) Federal bütçe; federal vergiler ile harçlar; bölgesel kalkınma için fonlar,

i) Federal enerji şebekeleri, nükleer enerji, füzyonlanabilir maddeler, federal taşıma, tren yolları, iletişim ve enformasyon, uzay faaliyetleri,

j) Rusya Federasyonu'nun uluslararası ilişkileri ve dış politikası, Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmaları, savaş ve barış sorunları,

k) Rusya Federasyonu'nun dış ticaret ilişkileri,

l) Savunma ve güvenlik; savunma üretimi; silahların, mühimmatın, askeri madeni eşyaların ve diğer ekipmanların alım ve satım usulleri; füzyonlanabilir maddelerin üretimi, toksik maddelerin üretimi, uyuşturucuların üretimi ile kullanılma usulleri,



m) Rusya Federasyonu'nun; devlet sınırlarının statülerinin, kara sularının, hava sahasının, özel ekonomik bölgenin ve kıta sahanlığının tanımlanması ve korunması,

n) Mahkemeler; Savcılık Dairesi; ceza, ceza yargılamaları usulü, ceza infaz, medeni, hukuk yargılamaları usulü, hakem yargılamaları usulü yasalarının yürürlüğe konulması; genel af ve bağış; fikri haklar ile ilgili yasal düzenlemeler,

o) Federal uyumsuzluk yasaları,

p) Meteoroloji hizmetleri; standartlar, numuneler, metrik sistem, zaman ölçüleri, jeodozi ve harita; coğrafi yerlerin isimleri; resmi istatistik ve hesaplamalar,

q) Rusya Federasyonu'nun resmi donanımı ile onursal ünvanları,

r) Federal devlet hizmeti,

## **Madde 72**

1) Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu'nu unsurlarının ortak yetkileri aşağıdakileri kapsar;

a) Cumhuriyetlerin anayasalarının ve yasalarının; toprakların, bölgelerin, federal kentlerin, özerk bölge ve özerk alanların yasaları ile beratlarının ve diğer yasal düzenlemelerinin, Rusya Federasyonu Anayasası ile federal yasalara uygunluğunun sağlanması,

b) Kişinin ve vatandaşın hak ve özgürlüklerinin korunması, etnik azınlıkların haklarının korunması, hukukun, yasallığın ve düzenin sağlanması; sınır bölgesi rejimi,



c) Mülkiyetin dağıtılması, toprakların kullanılması ve yönetilmesi, madeni kaynaklar, sular ve diğer doğal kaynaklar,

d) Devlet mülkiyetinin sınırlandırılması,

e) Doğal kaynakların yönetilmesi; çevrenin ve ekolojik denge- nin korunması; özel korumalı doğal rezervler; tarihi ve kültürel anıtların korunması,

f) Eğitim, öğrenim, bilim, kültür, kültür fizik ve spor ile ilgili genel sorunlar,

g) Sağlık yayınları, ailenin korunması, annelik, babalık, çocuk- luk konularında koordinasyon ; sosyal güvenlik dahil sosyal koru- ma,

h) Savaşlar, doğal felaketler, salgınlar ile bunların sonuçları- nın ortadan kaldırılmasıyla ilgili olarak alınacak donanımsal ted- birler,

i) Rusya Federasyonu'ndaki vergilendirme ve tarh işlemleri ile ilgili genel ilkelerin belirlenmesi,

j) Yönetim, yönetim usulleri, iş, aile, konut, imar, toprak, su, or- man ile ilgili yasama, yeraltı ve çevresel korunma,

k) Yargı kadroları, icra daireleri, baro, noterlik,

l) Küçük etnik toplulukların geleneksel yaşam biçimlerinin ve doğal çevrelerinin korunması,

m) Yerel özerk yönetim ve devlet erki organlarının örgütlenme sistemi ile ilgili genel ilkelerin tesbiti,

n) Rusya Federasyonu unsurlarının, yurt dışı ve uluslararası ilişkilerinin ve bunların Rusya Federasyonu'nun uluslararası an- laşmalarına uygunluğunun koordinasyonu,



2) Bu madde hükümleri, cumhuriyetlere, topraklara, bölgelere, federal kentlere, özerk bölgelere ve özerk topraklara eşit olarak uygulanır.

### **Madde 73**

Rusya Federasyonu'nun yetkisi ile, Rusya Federasyonu'nun ve unsurlarının birlikte yetkili oldukları hususlar dışında kalan konularda, Rusya Federasyonu unsurları devlet yetkisini eksiksiz kullanırlar.

### **Madde 74**

1) Rusya Federasyonu sınırları içinde; sınır gümrüğü, gümrük resmi ve harç yoktur. Malların, hizmetlerin ve finansın serbest dolaşımı için herhangi bir engel konulamaz.

2) Malların ve hizmetlerin dolaşımı ile ilgili sınırlamalar; ancak halkın güvenliğini, yaşamını, sağlığını, çevreyi ve kültürel varlıkları korumak gerektiği zaman ve federal hukuk ile yapılabilir.

### **Madde 75**

1) Rusya Federasyonu'nun para birimi Ruble'dir. Para emisyonu ile ilgili özel sorumluluk, Rusya Federasyonu Merkez Bankası'na aittir. Rusya Federasyonu'nda başkaca nakitler kullanılmaz.

2) Devlet erkinin diğer organlarından bağımsız olarak görev yapan Rusya Federasyonu Merkez Bankası'nın en önemli işlevi, Ruble'nin değerini korumak ve istikrarını sağlamaktır.

3) Rusya Federasyonu'nda, federal bütçe için vergilerin tarhı sistemi, vergi ve tarh ile ilgili genel ilkeler, federal hukuk ile düzenlenir.



4) Devlet borçlanması, federal hukukta öngörülen usullere uygun biçimde ve ihtiyari esaslara sıkıca bağlı kalınarak yapılır.

## **Madde 76**

1) Rusya Federasyonu'nun; federal anayasal hukukda ve federal yasalarda düzenlenen yetkileri, Rusya Federasyonu topraklarının tamamında doğrudan etkili şekilde uygulanır.

2) Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu'nu unsurlarının ortaklaşa yetkisinde olan konular ile ilgili düzenlemeler, bunların yasalarına ve Rusya Federasyonu unsurlarının düzenleyici nitelikteki diğer hukuki işlemlerine uygun olarak yapılır.

3) Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu unsurlarının ortaklaşa yetkisi dışında kalan hususlarda, Rusya Federasyonu'nun unsurları olan cumhuriyetler; topraklar, bölgeler, federal kentler, özerk bölgeler ve özerk alanlar, yasaların ve düzenleyici diğer hukuki işlemlerin uygulanması dahil olmak üzere, kendi hukuki düzenlemelerini kendileri yaparlar.

4) Federal yasalar, federal anayasal düzene aykırı olamaz.

5) Rusya Federasyonu unsurlarının yasaları ve diğer düzenleyici nitelikteki hukuki işlemleri, bu maddenin 1 ve 2 nolu fıkraları ile kabul edilen federal yasalara aykırı olamaz. Federal yasalar ile Rusya Federasyonu tarafından yürürlüğe konulan diğer yasalara aykırılık halinde, federal yasa hükümleri uygulanır.

6) Federal hukuk ile Rusya Federasyonu unsurlarının bu maddenin 4.fikrasına göre yayımladıkları düzenleyici nitelikteki hukuki işlemleri arasında çelişki olduğu takdirde, Rusya Federasyonu unsurlarının düzenleyici nitelikteki hukuki işlemleri uygulanır.



## Madde 77

1) Cumhuriyetlerin, toprakların, bölgelerin, federal kentlerin, özerk bölgelerin, özerk alanların, devlet iktidar organları sistemi; Rusya Federasyonu'nun unsurları tarafından, Rusya Federasyonu'nun anayasal sisteminin temel ilkeleri ile federal hukukca öngürülen yasama ve yürütme erklerinin genel örgütlenme ilkelerine göre bağımsız olarak kurulur.

2) Rusya Federasyonu'nun ve Rusya Federasyonu ile unsurlarının ortaklaşa yetkisi içindeki hususlarda; Rusya Federasyonu unsurlarının yürütme erklerinin federal organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının yürütme erki organları, Rusya Federasyonu yürütme erki tekil sistemini oluştururlar.

## Madde 78

1) Federal yürütme erki organları iktidarlarını kullanmak için, bölgesel örgütlenmelerini kendileri oluştururlar ve memurlarını kendileri atarlar.

2) Rusya Federasyonu Anayasası ile federal yasalara aykırı olmamak koşulu ile ve anlaşmaları halinde; Rusya Federasyonu unsurlarının yürütme erki organlarını, bir kısım konularda yürütme erkinin federal organları temsil edebilirler.

3) Anlaşmaları halinde, yürütme erkinin federal organları ile Rusya Federasyonu unsurları, bazı alanlarda birbirlerini temsil edebilirler.

4) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı ile Rusya Federasyonu Hükümeti, federal devletin iktidar yetkisini; Rusya Federasyonu Anayasası çerçevesinde ve Rusya Federasyonu sınırlarının tamamında kullanırlar.



## **Madde 79**

Rusya Federasyonu; insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına ilişkin olmadıkça ve Rusya Federasyonu anayasal sisteminin temellerine aykırı düşmedikçe, devletlerarası işbirliğine ve uluslararası anlaşmaların temsiline katılır.

## **Dördüncü Bölüm - Rusya Federasyonu Devlet Başkanı**

### **Madde 80**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, devletin başıdır.

2) Devlet Başkanı; Rusya Federasyonu Anayasası'nın, insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin garantödür. Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu Anayasası'nın kurduğu usüllere uygun olarak, Rusya Federasyonu'nun egemenliğinin, bağımsızlığının ve devlet bütünlüğünün korunması, devletin iç ve dış politikasının temel ilkelerinin belirlenmesi ve devlet erkinin tüm organları arasındaki işlevsel uyum ve etkileşimin sağlanması için gerekli tedbirleri alır.

3) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, devletin iç ve dış politikası ile ilgili temel ilkelerini, Rusya Federasyonu Anayasası ile federal yasalarına uygun olarak tesbit eder.

4) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu'nu, devletin başı olarak ülke içinde ve uluslararası ilişkilerde temsil eder.

### **Madde 81**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu vatandaşları tarafından, dört yıl süre ile ve genel, eşit, doğrudan ve gizli oy ile seçilir.





2) En az 35 yaşında olan ve Rusya Federasyonu'nda on yıldan daha fazla süre ikamet eden, her Rusya Federasyonu vatandaşı, Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı'na seçilebilir.

3) Hiç kimse, Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı görevini, ard arda iki dönemden daha fazla süre ile yapamaz.

## **Madde 82**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, görevine başlamazdan önce, halka karşı aşağıdaki andı yapar;

" Rusya Federasyonu Devlet Başkanı olarak yetkilerimi kullanırken, birey ve vatandaşın hak ve özgürlüklerini korumaya ve bunlara saygılı olmaya, Rusya Federasyonu Anayasası'nı korumaya ve gözetmeye, egemenliği ve bağımsızlığı, devletin güvenliğini ve bütünlüğünü korumaya ve halka iyiniyetle hizmet etmeye andiçerim."

2) Andıçme töreni, Federasyon Konseyi üyelerinin, Devlet Duması vekillerinin ve Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi yargıçlarının önünde yapılır.

## **Madde 83**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı;

a) Devlet Duması'nın onayı ile Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı'nı atar,

b) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin toplantılarına başkanlık eder,

c) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin istifasını karara bağlar,

d) Rusya Federasyonu Merkez Bankası Başkanlığı'na atanmak üzere Devlet Duması'na aday sunar;



Rusya Federasyonu Merkez Bankası Başkanı'nın görevlerine yardımcı olmak için Devlet Duması'na öneriler sunar,

e) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı vekilini, Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı'nın önerisi ile federal bakanları atar ve görevlerinden alır,

f) Federasyon Konseyi'ne; Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi yargıçlıklarına ve Rusya Federasyonu Başsavcılığı'na atanmak üzere aday bildirir; diğer federal mahkemelerin yargıçlarını atar; Federasyon Konseyi'ne görevlerini yerine getirmede yardımcı olmak için önerilerde bulunur,

g) Federal hukuk ile statüsü belirlenen Rusya Federasyonu Güvenlik Kurulu'nu oluşturur ve başkanlık eder,

g) Rusya Federasyonu'nun askeri doktrinini onaylar,

h) Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı kadrosunu/personelini oluşturur,

i) Rusya Federasyonu Başkanlığı'nın tam yetkili temsilcilerini atar ve görevlerinden alır,

j) Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetleri Yüksek Komutanı'nı atar ve görevinden alır,

k) Danışmalarda bulunduktan sonra Federal Meclis'in ilgili kurul ve komisyonlarını, dış ülkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki Rusya Federasyonu'nun diplomatik temsilcilerini atar ve geri çağırır,

## **Madde 84**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı ;



a) Rusya Federasyonu Anayasası ile Federal hukuka göre, Devlet Duması seçimleri için çağrıda bulunur,

b) Rusya Federasyonu Anayasası'nda öngörülen usullere uygun biçimde ve durumlarda Devlet Duması'nı fesheder,

c) Federal anayasa düzeni ile öngörülen usullere uygun olarak referandum çağrısında bulunur,

d) Devlet Duması'na yasa taslakları sunar,

e) Federal yasaları imzalar ve yayımlar,

f) Devletin iç ve dış temel ilkelerine ve ülkenin durumuna bağlı olarak Federal Meclis'e yıllık hesap durumu ile ilgili bilgiler sunar,

## **Madde 85**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu devlet erki organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet erki organları arasında doğan uyuşmazlıkların giderilmesi için etkili olan tüm usulleri kullanır. Uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda anlaşma sağlanamaması durumunda, uyuşmazlığı ilgili yargı organına götürür.

2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı; Rusya Federasyonu unsurlarının yürütme organının, Rusya Federasyonu Anayasa'sına, federal yasalara, Rusya Federasyonu'nun uluslararası yükümlülüklerine, insan hakları ile vatandaş hak ve özgürlüklerine aykırı işlemlerini, görevli mahkemede dava konusu yapmak suretiyle çözer.

## **Madde 86**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı;



a) Rusya Federasyonu'nun dış politikasının yönetimine nezaret eder,

b) Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmalarını müzakere ve imza eder,

c) Onaylanan belgeleri imzalar,

d) Diplomatik temsilcililiğe atananların, itimatname ve belgelerini kabul eder ve onaylar,

### **Madde 87**

1- Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetleri'nin Başkomutanı'dır.

2- Rusya Federasyonu Devlet Başkanı; Rusya Federasyonu saldırıya uğradığında veya doğrudan tehdit altında olduğunda, Rusya Federasyonu sınırları içinde veya Federasyon Konseyi ve Devlet Duması'nın doğrudan bildirdiği alanlarda sıkıyönetim ilan eder.

### **Madde 88**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı; Federal anayasal hukukun öngördüğü durumlarda ve usullerle, Rusya Federasyonu sınırları içinde veya Federasyon Konseyi ile Devlet Duması'nın doğrudan bildirdiği alanlarda olağanüstü hal ilan eder.

### **Madde 89**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı;

A) Rusya Federasyonu vatandaşlık konularını çözer ve siyasal sığınma hakkı tanır.



B) Rusya Federasyonu'na hizmet edenleri ödüllendirir, Rusya Federasyonu'nun onur ünvanları ile yüksek askeri rütbelerini ve özel yüksek ünvanlarını verir.

C) Suçluları bağışlar.

## **Madde 90**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, kararnameler ve idari emirler yayımlar.

2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın kararname ve emirleri, Rusya Federasyonu sınırlarının tamamını bağlar.

3) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın emir ve kararnameleri, Rusya Federasyonu Anayasası ile federal yasalara aykırı olmaz.

## **Madde 91**

Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, dokunulmazlığı vardır.

## **Madde 92**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı andiçtikten sonra yetkilerini kullanmaya başlar, görev süresinin sona ermesine ve yeni seçilen Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın andiçmesine kadar yetkilerini kullanır.

2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın görevi, istifa etmesi veya sağlık nedenleri ile görevine devam edememesi ya da görevinde düşürülmesi durumlarında sona erer. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, Devlet Başkanı'nın görevinin sona erdiği tarihten itibaren, en geç üç ay içinde yeni Rusya Federasyonu Devlet Başkanı seçimi yapılır.



3) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın görevini geçici olarak yapamaması durumlarında, Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı geçici olarak onun görevlerini yapar. Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı'na bu şekilde vekalet eden Hükümet Başkanı, Devlet Duması'nı fesh edemez, referandum çağrısı yapamaz ve Rusya Federasyonu Anayasası hükümlerinin değişmesi veya düzeltilmesi için öneride bulunamaz.

### **Madde 93**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Federasyon Konseyi tarafından; itham usullerine uyulduğunun Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nce ve Başkan'ın eylemleri ile ilgili mevcut kanıtların suçlama için yeterli olduğunun Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nce onaylanması durumunda ve sadece vatana ihanet ile diğer bazı ağır suçlardan dolayı yargılanabilir.

2) Devlet Duması'nın öne sürdüğü suçlamaların ve Federasyon Konseyi'nin Devlet Başkanı'nı suçlu bulan kararının, her bir meclisin üye tam sayısının üçte ikisinin oyu ile alınması ve suçlamaların Devlet Duması tarafından oluşturulan özel komisyonun görüşüne uygun olması ile Devlet Duması'nın üçte birinin oyuna dayanması gerekir.

3) Federasyon Konseyi'nin, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın görevinden alınması ile ilgili kararını, Devlet Duması'nın Başkan'a yönelik suçlamalarda bulunduğu tarihten itibaren üç ay içinde alması gerekir. Federasyon Konseyi'nce kabul edilmemesi durumunda, Başkan'a yönelik suçlamalar reddedilmiş sayılır.



## **Beşinci Bölüm - Federal Meclis**

### **Madde 94**

Federal Meclis-Rusya Federasyonu Parlamentosu, Rusya Federasyonu'nun en yüksek temsil ve yasama organıdır.

### **Madde 95**

1) Federal Meclis, Federasyon Konseyi ve Devlet Duması olmak üzere, iki meclisten oluşur.

2) Federasyonun her unsurunun iki milletvekili, Federasyon Konseyi'nin üyesidir; bunlardan birisi devlet otoritesinin yürütme organında, diğeri ise temsil organında yer alır.

3) Devlet Duması, 450 milletvekilinden oluşur.

### **Madde 96**

1) Devlet Duması vekilleri, dört yıllık süre için seçilirler.

2) Federasyon Konseyi'nin oluşma usulü ile, Devlet Duması vekillerinin seçilme usulleri, federal yasa ile düzenlenir.

### **Madde 97**

1) 21 yaşında ve daha üzerinde olan her Rusya Federasyonu vatandaşı, Devlet Duması vekilliğine seçilmek üzere aday olabilir.

2) Bir kimse aynı zamanda, hem Federasyon Konseyi'nde ve hem de Devlet Duması'nda üye olamaz. Devlet Duması vekili, devlet erkinin veya yerel özerk yönetim organlarının bir başka organında görev yapamaz.

3) Devlet Duması vekilleri, profesyonel olarak sürekli biçimde çalışabilirler. Ancak, Devlet Duması vekilleri, özel işverenler tara-



findan istihdam edilemezler ve öğretmenlik, gözlemcilik ya da başkaca yaratıcı işler dışında, herhangi bir faaliyette bulunamazlar.

### **Madde 98**

1) Federasyon Konseyi ile Devlet Duması vekilleri, görev süreleri boyunca dokunulmazlık hakkına sahiptirler. Suç işlerken yakalanmaları dışında gözaltına alınamazlar, tutuklanamazlar, kovuşturulamazlar, başkalarının güvenliğini sağlamak amacı ile de olsa, yasalarda öngörülmediği sürece kişisel olarak takip edilemezler.

2) Vekilin dokunulmazlığı, Rusya Federasyonu Başsavcısı'nın tavsiyesi üzerine, vekilin üyesi olduğu meclis tarafından kaldırılır.

### **Madde 99**

1) Federal Meclis, sürekli bir organdır.

2) Devlet Duması ilk oturumunu, seçiminden sonraki otuzuncu günde yapar. Rusya Federasyonu Başkanı, Devlet Duması'nı daha önce de toplantıya çağırabilir.

3) Devlet Duması'nın ilk oturumu, en yaşlı vekil tarafından açılır.

4) Yeni seçilmiş Devlet Duması'nın göreve başlaması ile birlikte, önceki Devlet Duması'nın görevi sona erer.

### **Madde 100**

1- Federasyon Konseyi ile Devlet Duması'nın oturumları ayrı olarak yapılır.

2- Federasyon Konseyi ile Devlet Duması'nın oturumları açıktır. Belirlenen kurallara uyulmak sureti ile, her iki meclisin oturumlarını kapalı olarak yapmaları mümkündür.





3) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nı, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'ni ve yabancı liderlerin konuşmalarını dinlemek üzere, her iki meclis birleşik olarak toplanabilir.

### **Madde 101**

1) Federasyon Konseyi, kendi üyeleri arasından, Federasyon Konseyi Başkanı'nı ve vekillerini seçer. Devlet Duması kendi üyeleri arasından, Devlet Duması Başkanı'nı ve vekillerini seçer.

2) Federasyon Konseyi Başkanı ve vekilleri ile Devlet Duması Başkanı ve vekilleri, oturumlara başkanlık ederler ve meclisin iç işlerini yönetirler.

3) Federasyon Konseyi ve Devlet Duması, kendi içlerinde kurullar ve komisyonlar oluştururlar, yetkileri içinde olan konularda, parlamento denetimini ve parlamentonun resmi kabullerini yaparlar.

4) Her meclis, kendi kurallarını uygular, içişleri ile iç örgütlenmelerindeki sorunları kendisi çözer.

5) Federal bütçe üzerindeki denetim işlevini yapabilmek için, Federasyon Konseyi ile Devlet Duması vekilleri tarafından, işleyiş biçimi federal yasada belirlenen bir Hesap Dairesi oluşturulur.

### **Madde 102**

1) Federasyon Konseyi;

a) Rusya Federasyonu unsurlarının sınır değişikliklerini onaylar,

b) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, sıkıyönetim ilanına ilişkin kararnamesini onaylar,



c) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, olağanüstü hal ilanına ilişkin kararnamesini onaylar,

d) Rusya Federasyonu Silahlı Kuvvetleri'nin, Rusya Federasyonu dışına gönderilmesine karar verir,

e) Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığı seçimi için çağrıda bulunur,

f) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nı yargılar,

g) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi yargıçlarını atar,

h) Rusya Federasyonu Başsavcısını atar ve görevinden alır,

i) Hesap Dairesi Başkanı ile personelinin yarısını atar ve görevinden alır,

2) Federasyon Konseyi, Rusya Federasyonu Anayasası ile yetkili kılındığı diğer konular ile ilgili kararları alır.

3) Rusya Federasyonu Anayasasında aksi öngörülmediği takdirde, Federasyon Konseyi üye tam sayısının çoğunluğu ile karar verir.

### **Madde 103**

1) Devlet Duması;

a) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı'nı atamasına onay verir,

b) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin, güven oylamasını karara bağlar,



c) Rusya Federasyonu Merkez Bankası Başkanı'nı atar ve görevinden alır,

d) Hesap Dairesi Başkanı ile personelinin yarısını atar ve görevlerinden alır,

e) Federal anayasal düzene göre hareket eden İnsan Hakları Tam Yetkili Elçisi'ni atar ve görevinden alır,

f) Genel af çıkarır,

g) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı hakkında, yargılanması isteği ile ithamlarda bulunur,

2) Devlet Duması, Rusya Federasyonu Anayasası'nda öngörülen ve kendi yetkisi içinde olan diğer konular ile ilgili kararları alır.

3) Rusya Federasyonu Anayasası'nda aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, Devlet Duması üye tam sayısının çoğunluğu ile karar alır.

## **Madde 104**

1) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Federasyon Konseyi, Federasyon Konseyi ile Devlet Duması üyeleri, Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu unsurlarının yasama organları (temsilcileri) yasa teklifinde bulunma yetkisine sahiptirler. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin ve Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi'nin, kendi yetki alanları içinde olan konularda yasa teklifinde bulunmaya hakları vardır.

2) Yasa tasarıları, Devlet Duması'na sunulur.



3) Devlet Duması'na; tanıtımla veya ödenmeleri hariç vergilerin kaldırılması, devlet borçlanması, devletin finansal yükümlülüklerindeki değişiklikler ile ilgili yasa taslakları ve federal bütçeyi kapsayan harcamaların sağlanması ile ilgili diğer yasa taslakları, sadece Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından sunulur.

### **Madde 105**

1) Federal Yasalar, Devlet Duması tarafından kabul edilir.

2) Rusya Federasyonu Anayasası'nda aksi öngörülmediği takdirde; Federal yasalar,Devlet Duması'nın üye tam sayısının çoğunluğunun oyu ile kabul edilir.

3) Devlet Duması tarafından kabul edilen yasalar, incelenmek üzere beş gün içinde Federasyon Konseyi'ne gönderilir.

4) Federal yasa, Federasyon Konseyi üyelerinin yarısından daha fazlasının oyu ile kabul edilir veya 15 gün içinde Federasyon Konseyi'nde incelenmez ise kabul edilmiş sayılır. Federasyon Konseyi'nin, federal yasayı reddetmesi durumunda, meclislerce anlaşmazlıkları gidermek için bir uzlaşma komisyonu oluşturulur. Federal yasa, daha sonra Devlet Duması tarafından yeniden incelenir.

5) Devlet Duması'nın, Federasyon Konseyi ile aynı kararda olmadığı durumlarda, Devlet Duması' da yapılan ikinci oylamada, üye tam sayısının üçte ikisinin kabul oyu ile yasa teklifi kabul edilmiş olur.

### **Madde 106**

Devlet Duması tarafından kabul edilen aşağıdaki konular ile ilgili yasaların, Federasyon Konseyi tarafından incelenmesi zorunludur.

a) Federal bütçe,



b) Federal vergi ve harçlar,

c) Mali, parasal, borç ve gümrük düzenlemeleri ile para basılması,

d) Rusya Federasyonu'nun uluslararası anlaşmalarının onaylanması ya da yenilenmeyeceğinin bildirilmesi,

e) Rusya Federasyonu devlet sınırlarının korunması ve statüleri,

f) Savaş ve barış,

### **Madde 107**

1) Kabul edilen federal yasa, imzalanmak ve yayımlanmak üzere beş gün içinde Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'na gönderilir.

2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, ondört gün içinde federal yasayı imzalar ve yayımlar.

3) Devlet Başkanı kendisine gönderilen federal yasayı ondört gün içinde reddettiği takdirde, Devlet Duması ve Federasyon Konseyi, yasayı Rusya Federasyonu Anayasası'nın öngördüğü usullere göre yeniden inceler. İkinci incelemede Federasyon Konseyi ve Devlet Duması, üye tam sayısının üçte ikisinden daha fazlasının oyu ile Devlet Başkanı tarafından reddedilen taslağı kabul ettiği takdirde, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı yasayı yedi gün içinde imzalar ve yayımlar.

### **Madde 108**

1) Rusya Federasyonu Anayasası'nda belirlenen konular ile ilgili federal anayasal yasalar kabul edilir



2) Devlet Duması'nın üye tam sayısının en az üçte ikisinin ve Federasyon Konseyi'nin üye tam sayısının dörtte üçünün kabul oyu ile federal anayasal yasalar kabul edilmiş olur ve ondört gün içinde Rusya Devlet Başkanı tarafından imzalanarak yayımlanır.

### **Madde 109**

1) Rusya Federasyonu Anayasası'nın 111 ve 117.maddelerinde düzenlenen durumlarda, Devlet Duması, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından fesholunur.

2) Devlet Duması'nın feshi durumunda, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, fesih tarihinden itibaren dört ayı geçmeyecek şekilde yeni seçim gününü ilan eder.

3) Seçiminden bir yıl sonra Devlet Duması, Rusya Devlet Federasyonu Anayasası'nın 117. maddesinde öngörülen nedenler ile feshedilemez.

4) Devlet Duması, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'na yönelik olarak ithamda bulunduğu aşamada ve Federasyon Konseyi tarafından Rusya Federasyonu Devlet Başkanı hakkında karar verilinceye kadar fesholunamaz.

5) Devlet Duması,Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın görev süresinin sona ermesine altı ay kalması, Rusya Federasyonu sınırlarının tamamında olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilmesi durumlarında feshedilemez.



## **Altıncı Bölüm - Rusya Federasyonu Hükümeti**

### **Madde 110**

1) Rusya Federasyonu'nda yürütme yetkisi, Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından kullanılır.

2) Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, Hükümet Başkanı vekili ile federal bakanlardan oluşur.

### **Madde 111**

1) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, Devlet Duması'nın onayı ile Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından atanır.

2) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı aday teklifi, yeni seçilmiş Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın andiçme töreninden itibaren en geç iki hafta içinde veya Rusya Federasyonu Hükümeti'nin istifasından ya da gösterilen adayın Devlet Duması'nca reddedilmesinden itibaren bir hafta içinde yapılır.

3) Devlet Duması, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından Hükümet Başkanı aday olarak önerilen ismi, önerildiği günden itibaren bir hafta süre ile inceler.

4) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı olarak önerilen ismin, Devlet Duması'nca üç kez reddedilmesi durumunda, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Hükümet Başkanı'nı atar, Devlet Duması'nı fesheder ve yeni seçimlerin yapılması için çağrıda bulunur.

### **Madde 112**

1) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, atandığı tarihten itibaren en geç bir hafta içinde, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı



nı'na, yürütme erkinin federal organlarının yapısı hakkında teklifte bulunur.

2) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'na, Hükümetin Başkan Vekili ile federal bakan adaylarını teklif eder.

### **Madde 113**

Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, Rusya Federasyonu Anayasası'na, federal yasalar ile Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın kararnamelerine göre, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin programını belirler ve çalışmalarını buna göre yürütür.

### **Madde 114**

1) Rusya Federasyonu Hükümeti;

a) Federal bütceyi hazırlayarak Devlet Duması'na sunar ve ona uyulmasını sağlar; Devlet Duması'na federal bütçenin yürütülmesi için rapor sunar,

b) Rusya Federasyonu'nun tekdüze mali, kredi ve para politikalarının uygulanmasını sağlar,

c) Rusya Federasyonu'nun kültür, bilim, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik ve ekolojik alanlardaki devlet politikasının uyum içinde uygulanmasını sağlar,

d) Federal malvarlığını yönetir,

e) Ülkenin savunulması, devlet güvenliğinin sağlanması ve Rusya Federasyonu'nun dış politikasının uygulanması ile ilgili tedbirleri alır,





f) Hukukun, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin sağlanması, kamu hukukunun ve düzeninin, mülkiyetin korunması ve suçların önlenmesi ile ilgili tedbirleri alır,

g) Rusya Federasyonu Anayasası, federal yasaları ve Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın kararnamelemleri ile verilen diğer görevleri yapar.

2) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin çalışmaları, federal anayasal hukuk ile düzenlenir.

### **Madde 115**

1) Rusya Federasyonu Hükümeti; Rusya Federasyonu Anayasası'nda, federal yasalarında, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın düzenleyici nitelikteki kararnamelemlerinde öngörülen ilke ve esaslara uygun olarak, kararnamelemler ve emirler yayımlar ve bunların uygulanmasını sağlar.

2) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin emir ve kararları, Rusya Federasyonu'nun tamamında bağlayıcıdır.

3) Rusya Federasyonu Hükümeti'nin, Rusya Federasyonu Anayasası'na, federal yasalara ve Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın kararnamelemlerine aykırı olan kararları ile idari emirleri, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından fesholunur.

### **Madde 116**

Rusya Federasyonu Hükümeti'nin yürütme yetkisi, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın seçimle yenilenmesi ile birlikte sona erer.

### **Madde 117**

1) Rusya Federasyonu Hükümeti, istifasını, kabul veya reddilmek üzere Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'na verir.



2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin istifası hakkında karar verir.

3) Devlet Duması, Rusya Federasyonu Hükümeti'ne güvensizliğini bildirebilir. Güvensizlik kararı, Devlet Duması'nın basit çoğunluğunun kararı ile alınır. Devlet Duması'nın, Rusya Federasyonu Hükümeti'ne karşı güvensizlik oyu vermesi üzerine; Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, hükümetin düştüğünü ilan edebilir veya Devlet Duması ile aynı kararda olmadığını bildirebilir. Devlet Duması'nın, üç ay içinde Rusya Federasyonu Hükümeti'ne karşı yeniden güvensizlik oyu vermesi durumunda, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, hükümetin düştüğünü ilan eder veya Devlet Duması'nı fesheder.

4) Rusya Federasyonu Hükümet Başkanı, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin güvenoyu isteğini, Devlet Duması 'na sunabilir. Bu koşulda, Devlet Duması güvensizlik oyu verdiği takdirde, Devlet Başkanı yedi gün içinde Rusya Federasyonu Hükümeti'nin düşmesi veya Devlet Duması'nın feshi ile yeni seçimlere gidilmesi hakkında bir karar verir.

5) İstifa ettiği veya görevini bıraktığı takdirde, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından yürütülecek işlemler sona erene ve yeni hükümet oluşuncaya kadar, Rusya Federasyonu Hükümeti görevine devam eder.

## **Yedinci Bölüm - Yargı**

### **Madde 118**

1) Rusya Federasyonu'nda adalet, sadece yasal mahkemelerce yürütülür.



2) Yargı erki; anayasa, hukuk, idare ve ceza yargı birimlerinden oluşur.

3) Rusya Federasyonu yargı sistemi, Rusya Federasyonu Anayasası ve federal anayasal düzene göre kurulur. Olağanüstü mahkemelerin kurulması yasaktır.

### **Madde 119**

En az 25 yaşında bulunan, hukuk öğrenimi görmüş, beş yıl ve daha fazla süre ile hukuk mesleğinde profesyonel olarak çalışmış olan Rusya Federasyonu vatandaşları yargıç olabilir. Federal hukuk, Rusya Federasyonu mahkemelerinde, yargıç olabilmek için ek koşullar öngörebilir.

### **Madde 120**

1) Yargıçlar bağımsızdırlar ve sadece Rusya Federasyonu Anayasası ile federal hukuka bağlıdırlar.

2) Hükümetin veya diğer bir organın, yasal olmayan işlemi ile kurulmuş bir mahkeme, hukuka uygun biçimde karar verir.

### **Madde 121**

1) Yargıçların görev yerleri değiştirilemez.

2) Federal hukukun öngördüğü esas ve usullere uygun olmadıkça, yargıcın yetkisi geçici olarak bile olsa kaldırılamaz.

### **Madde 122**

1) Yargıçların dokunulmazlığı vardır.

2) Federal hukukca düzenlenen koşullar dışında, yargıçlar hakkında ceza kovuşturması yapılamaz.



### **Madde 123**

1) Bütün mahkemelerde ve tüm yargılamalar açıktır. Federal yasa ile izin verilmesi durumunda, davanın kamera ile izlenmesi mümkündür.

2) Federal yasada düzenlenen istisnalar hariç olmak üzere, ceza yargılaması sanığın yokluğunda sürdürülemez.

3) Yargılama, eşit koşullarda ve iddia savunma bağlamında yapılır.

4) Federal hukukta belirlenen davaların yargılaması, juri tarafından yapılır.

### **Madde 124**

Yalnızca federal bütceden karşılanan mali destek ile, adaletin, federal hukuka uygun biçimde tam ve bağımsız şekilde yürütülmesi sağlanır.

### **Madde 125**

1) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19 yargıçtan oluşur.

2) Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, Devlet Duması'nın, Devlet Duması veya Federasyon Konseyi üyelerinin beşte birinin, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu unsurlarının yasama ve yürütme erklerinin başvuruları üzerine; Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Rusya Federasyonu Anayasası'na aykırılık iddialarına konu aşağıdaki ihtilafları karara bağlar.



a) Federal yasalar, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, Federasyon Konseyi'nin, Devlet Duması'nın ve Rusya Federasyonu Hükümeti'nin düzenleyici nitelikteki işlemleri,

b) Cumhuriyet Anayasaları, beratları, Rusya Federasyonu unsurlarının, Rusya Federasyonu devlet erki organlarının yetkisinde olan veya Rusya Federasyonu devlet erki organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet erki organlarının ortak yetkisinde bulunan konularla ilgili olarak yayımladıkları yasalar ile düzenleyici işlemleri,

c) Rusya Federasyonu devlet erki organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet erki organları arasındaki anlaşmaları; Rusya Federasyonu unsurlarının devlet organları arasındaki anlaşmaları,

d) Rusya Federasyonu'nun henüz yürürlüğe girmemiş olan uluslararası anlaşmalarını,

3) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin;

a) Federal devlet organları arasındaki,

b) Rusya Federasyonu devlet organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet organları arasındaki,

c) Rusya Federasyonu unsurlarının yüksek organları arasındaki,

ihtilafları karara bağlamak yetkisi vardır.

4) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, vatandaşların anayasal hakları ile özgürlüklerinin ihlal edilmesine ilişkin şikayetleri ve federal yasada öngörülen usullere göre ve bazı özel durumlarda, yürürlükteki bir yasanın anayasaya uygunluğu ile ilgili mahkeme başvurularını inceler.



5) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi; Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın, Federasyon Konseyi'nin, Devlet Duması'nın, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin, Rusya Federasyonu unsurlarının yasama organlarının başvurusu üzerine, Rusya Federasyonu Anayasası'nı yorumlar.

6) Anayasaya aykırı olan yasalar ve yasa hükümleri geçerliliklerini yitirir; Rusya Federasyonu Anayasası'na aykırı olan, Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu uluslararası anlaşmalar uygulanmaz ve yürürlüğe girmez.

7) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi; Devlet Başkanı'nın vatana ihanet ve diğer ağır suçlarla suçlanması durumunda ve Federasyon Konseyi'nin isteği üzerine, öngörülen usullere uygun şekilde karar verir.

### **Madde 126**

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, genel yetkili mahkemeler tarafından karara bağlanan medeni, ceza-i, idari ve diğer konular hakkında yargılama yetkisi olan, bu mahkemelerin kararları üzerinde federal usül yasalarındaki sıraya göre yargısal denetim yetkisi bulunan ve anılan mahkemelerin yargısal uygulamaları ile ilgili olarak yorumlar yapan en yüksek yargı organıdır.

### **Madde 127**

Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi; hakem mahkemelerince, ekonomik uyuşmazlıklar ve diğer davalar ile ilgili olarak verilen kararları inceleyen, anılan mahkemelerin kararları üzerinde federal usül hükümlerindeki sıraya göre yargısal denetim yetkisi olan ve mahkemelerin yargısal uygulamalarından doğan sorunlar üzerinde yorumlar yapan en yüksek yargı organıdır.



## Madde 128

1) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi yargıçları, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın aday göstermesinden sonra Federasyon Konseyi tarafından atanır.

2) Federal mahkeme yargıçları, federal hukukta öngörülen usullere bağlı olarak Rusya Federasyonu Devlet Başkanı tarafından atanır.

3) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi'nin ve diğer federal mahkemelerin görev ve yetkileri ile oluşum biçimleri federal anayasal esaslara göre belirlenir.

## Madde 129

1) Rusya Federasyonu Savcılık Dairesi; Rusya Federasyonu Başsavcısı ve ondan sonra gelen üst ve alt savcılar ile birlikte, merkezi ve tek bir sistemden oluşur.

2) Rusya Federasyonu Başsavcısı, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı'nın aday göstermesi üzerine, Federasyon Konseyi tarafından atanır ve görevinden alınır.

3) Rusya Federasyonu unsurlarının savcıları, bu unsurlara danışılmak sureti ile Rusya Federasyonu Başsavcısı tarafından atanır.

4) Diğer savcılar, Rusya Federasyonu Başsavcısı tarafından atanır.

5) Rusya Federasyonu Savcılık Dairesi'nin yetkileri, örgütlenmesi ve çalışma usülleri federal hukuk ile düzenlenir.



## **Sekizinci Bölüm - Yerel Özerk Yönetimler**

### **Madde 130**

1) Rusya Federasyonu'nda yerel özerk yönetimler, halkın yerel sorunlarını bağımsız olarak çözerler, belediyenin mülkünü malik sıfatı ile kullanır ve yönetirler.

2) Yerel özerk yönetimler; gerek seçilmiş, gerekse diğer yerel özerk yönetim organları eliyle ve referandumlar, seçimler ve irade belirten diğer usuller yoluyla halk tarafından yönetilir.

### **Madde 131**

1) Yerel özerk yönetimler; kentlerde, kırsal alanlarda, tarihi ve yerel özellikleri gözönüne alınan diğer yerlerde uygulanır. Yerel özerk yönetim organlarının yapıları halk tarafından bağımsız olarak belirlenir

2) Yerel özerk yönetim varlıklarının sınırları, ancak halkın onayı ile değiştirilebilir.

### **Madde 132**

1) Yerel özerk yönetim organları, belediyenin malvarlığını bağımsız olarak yönetir, yerel bütceyi biçimlendirir, onaylar ve uygular, yerel vergi ve harç tesis eder, düzeni ve hukuku sağlar, diğer yerel konuları çözer.

2) Yerel özerk yönetim organları; yasaya bağlı olarak ve yetkilerini kullanmak amacı ile, ihtiyaç duydukları mal ve finans kaynaklarının transferi için bazı devlet yetkilerini kullanabilirler. Devir alınan devlet yetkisi, devletin gözetiminde kullanılır.





### **Madde 133**

Rusya Federasyonu'nda yerel özerk yönetimler, yargısal korunma güvencesine sahiptirler. Devlet erki organlarının verdikleri kararlardan doğan ek harcamaların tazmini, yerel özerk yönetim haklarının sınırlandırılması yasağı, Rusya Federasyonu Anayasası ve federal yasalar ile düzenlenir.

## **Dokuzuncu Bölüm - Anayasal Değişiklikler ve Düzeltmeler**

### **Madde 134**

Anayasa hükümlerinin düzeltilmesi ve değiştirilmesi teklifleri; Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, Federasyon Konseyi, Devlet Duması, Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu unsurlarının yasama (temsilciler) organları ile Devlet Duması'nın veya Federasyon Konseyi'nin, üye tam sayısının beşte birinden daha az olmayan gruplar tarafından yapılabilir.

### **Madde 135**

1) Rusya Federasyonu Anayasası'nın 1,2 ve 9.bölümlerindeki hükümler, Federal Meclis tarafından değiştirilemez.

2) Rusya Federasyonu Anayasası'nın 1,2 ve 9.Bölümlerindeki hükümlerin değiştirilmesinin, Federasyon Konseyi ile Devlet Duması'nın üye tam sayısının beşte üçü tarafından teklif edilmesi durumunda, federal anayasal kurallara göre Anayasa Meclisi'nin toplantıya çağırılması gerekir.

3) Anayasa Meclisi, Rusya Federasyonu Anayasası'na dokunulmayacağını onaylayabileceği gibi, üye tam sayısının üçte ikisinin kabul oyu yeni bir taslak hazırlayabilir veya halk oylamasına gi-



debilir. Tüm seçmenlerin yarısından fazlasının katıldığı oylama sonunda, yarından fazla kabul oyu çıkması durumunda, Rusya Federasyonu Anayasası kabul edilmiş sayılır.

### **Madde 136**

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 3 ve 8.Bölümlerinin değiştirilmesi, federal anayasal hukukun kabulü ile ilgili olarak öngörülen usullere göre olur ve bu değişiklikler Rusya Federasyonu unsurlarının en az üçte ikisinin kabulünden sonra yürürlüğe girer.

### **Madde 137**

1) Rusya Federasyonu'nun kompozisyonunu belirleyen Rusya Federasyonu Anayasası'nın 65. maddesinin değiştirilmesi, Rusya Federasyonu içinde yeni bir unsurun oluşması ve Rusya Federasyonu unsurunun anayasal statüsünde değişiklik yapılması, ancak Rusya Federasyonu'nun izni ile federal anayasal düzenin öngördüğü esaslara göre mümkündür.

2) Cumhuriyetin, toprakların, bölgelerin, federal kentlerin, özerk bölgelerin ve özerk alanların isimlerinin değiştirilmesi durumunda, Rusya Federasyonu unsurunun yeni ismi, Rusya Federasyonu Anayasası'nın 65.maddesine dahil edilir.

## **İkinci Kısım - Sonuçlandırma ve Geçici Hükümler**

1) Rusya Federasyonu Anayasası, ülke düzeyindeki oylama sonuçlarına bağlı olarak, resmi biçimde yayımlandığı günden itibaren yürürlüğe girer. Seçim günü olan 12 Aralık.1993 tarihi, Rusya Federasyonu Anayasası'nın onaylandığı tarih olarak kabul edilir.



12.Nisan.1978 tarihinde kabul edilen Rusya Federasyonu – Rusya Anayasası (Temel Yasa), sonraki tüm değişiklikleri ile birlikte ve kendiliğinden geçerliliğini yitirir. Rusya Federasyonu Anayasası ile Federal Anlaşma-Rusya Federasyonu oluşturan Rusya Federasyonu Egemen Cumhuriyetlerin devlet erki organları ile Rusya Federasyonu devlet erkinin federal organları arasındaki yetki ve erki düzenleyen anlaşma, Rusya Federasyonu devlet erkinin Federal organları ile toprakların, bölgelerin, Rusya Federasyonu'nun Moskova ve St.Petersburg Kentlerinin devlet erki organları arasındaki yetki ve erki düzenleyen anlaşma, Rusya Federasyonu devlet erkinin federal organları ile Rusya Federasyonu'nu oluşturan özerk bölge,özerk toprakların devlet erki organları arasındaki yetki ve erki düzenleyen anlaşma, Rusya Federasyonu devlet erkinin federal organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının devlet erki organları arasındaki benzeri diğer anlaşmalar ile Rusya Federasyonu'nun unsurları arasındaki anlaşmalar arasında çelişki olması durumunda, Rusya Federasyonu Anayasası hükümleri uygulanır.

2) Rusya Federasyonu toprakları üzerinde yürürlükte olan yasalar ve diğer hukuki düzenlemeler, Anayasada öngörülen yasalar yürürlüğe konuluncaya kadar ve bu Anayasa ile çelişmediği sürece yürürlüktedir.

3) Rusya Federasyonu/Rusya Anayasası'na (Temel Yasa) göre seçilmiş olan Rusya Federasyonu Devlet Başkanı, bu Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yetkilerini bu Anayasa'ya göre ve seçilme süresi sona erinceye kadar kullanır.

4) Bakanlar Kurulu/Rusya Federasyonu Hükümeti, bu Anayasanın yürürlüğe girmesinden itibaren Rusya Federasyonu Anayasası'nda Rusya Federasyonu Hükümeti için düzenlenmiş olan yetkileri kullanır, görevleri ve sorumlulukları taşır ve gelecekte Rusya Federasyonu Hükümeti olarak isimlendirilir.



5) Rusya Federasyonu'ndaki mahkemeler, adaleti yerine getirme görevlerini bu Anayasa'ya göre yürütürler. Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra, Rusya Federasyonu mahkemelerindeki bütün yargıçlar, seçildikleri görevin süresi sona erinceye kadar yerlerini korurlar. Boş olan yerler, bu Anayasa ile düzenlenen usullere göre doldurulur.

6) Jurili yargılama ile ilgili federal yasa yürürlüğe girinceye kadar, önceki yargılama usullerine devam olunur.

Bu Anayasa hükümlerine göre, Rusya Federasyonu Ceza Yargılamaları Usulü Yasası yürürlüğe girinceye kadar, gözaltına alma, tutuklama ve bireyleri suç işlemekten alıkoyma ile ilgili önceki usuller korunur.

7) Federasyon Konseyi'nin ve Devlet Duması'nın ilk meclisleri, iki yıllık bir süre için seçilmişlerdir.

8) Federasyon Konseyi ilk toplantısını, seçiminden 30 gün sonra yapar. Federasyon Konseyi'nin ilk oturumunu, Rusya Federasyonu Devlet Başkanı açar.

9) Devlet Duması'nın birinci meclis vekili, kendiliğinden Rusya Federasyonu Hükümeti'nin de üyesidir. Rusya Federasyonu Hükümeti'nin üyesi olan Devlet Duması vekilleri, bu görevlerini yürütmeye yönelik eylemlerinden veya eylemsizliklerinden dolayı, bu Anayasa'nın vekillerin dokunulmazlığına ilişkin hükümlerinden yararlanamazlar.

Federasyon Konseyi'nin birinci meclis vekilleri, yetkilerini geçici olarak kullanırlar.





# 1997 TÜRK CEZA KANUNU TASARISININ İŞKENCE SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ (\*)

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (\*\*)

## GİRİŞ

Bir insanlık suçu olan işkence, uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve kanunlarımız tarafından yasaklanmasına rağmen, Türkiye'nin başını ağrıtan konuların başında gelmektedir. Nitekim, Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını kabul ettiği 1987 yılından itibaren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde açılan dava sayısının 2800'e ulaşmış olması da bunun bir kanıtıdır (1). Bu bakımdan işkence suçunun TCK bakımından önemi büyüktür.

TCK.m.243'de düzenlenen işkence suçu, TCK'nın 2'inci kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler" başlıklı 3'üncü babının "Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılacak Suum-ameleler" başlıklı 6'ncı faslında yer almaktadır. Mevzuat Kanununda bulunmayan ve 1858(1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayununun 103'üncü maddesinden kanunumuza alınan bu hüküm, "Mah-

(\*) Mayıs 1999'da yayın için gönderilmiştir.

(\*\*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Genellikle Güneydoğu bölgesinden yapılan şikayetlerin yer aldığı davalarda, köy boşaltma ve yakma şikayetinden dolayı 358, işkence ve faili meçhul cinayet şikayetinden 114, işkence ve gözaltı süresinin uzunluğundan 136 başvuru yapılmıştır (bkz. Milliyet, 25.1.1998).



kemeler ve meclisler reis ve âzalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa beş seneye kadar ağır hapis ve müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile mahkûm olur. - Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır" şeklindedir (2).

İşkence suçu, **1958 TCK Lâyihası** m.243'de; "Suçlarını söyletmek için maznunlara işkence yapan memur bir seneden beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten cezası ile cezalandırılır. - Fiil, kanunun diğer maddelerine göre daha ağır bir cezayı istilzam ediyorsa o maddelerde muayyen cezalar üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur" ve **1989 TCK Öntasarısı** m. 430'da ise; "Kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip bulunan memurlardan birisi, sanık olan kimselere suçlarını söyletmek için işkence eder veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir.- Fiil, ölümle sonuçlanırsa fail hakkında sekiz yıldan onaltı yıla kadar hapis cezası verilir. - Suçun işlenmesi ile meydana gelen etkili eylem daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, fail hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Diğer hallerde 137 inci maddeye göre verilecek ceza üçte biri oranında artırılarak hükmolunur. -Suçun, âmirin etkileyici

- (2) TCK.m.243, 5.1.1961 tarih ve 235 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra bu şekli almıştır. Maddenin ilk şeklinde sadece işkenceden söz edilirken, değişiklikle buna "zalimane", gayri insani" ve "haysiyet kırıcı" muameleler ibareleri de eklenmek suretiyle, maddi unsur hiç gereği yok iken genişletilmek istenmiştir. Bunun yanında, maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarında ki "Bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan âmirlerinin emir ve teşvikiyle yapılmış olsa dahi cezadan kurtulamaz. - Amirler cürümden feran zimethal sayılır" hükümleri, yerinde olarak yürürlükten kaldırılmıştır.



müdahalesi ile işlendiği sabit olan hallerde verilecek cezanın üçte biri indirilir" şeklinde düzenlenmişti.

İşkence suçu, **1997 TCK Tasarısında** ise, "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "kişilere karşı suçlar" başlıklı birinci kısmının "işkence" başlıklı ikinci bölümünün 139, 140 ve 141'inci maddelerinde düzenlemiştir. İşkencenin basit şeklini düzenleyen **m.139**, "Bir kişiye işkence edene üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde iken, 140 ve 141'inci maddelerde ise işkencenin nitelikli şekilleri düzenlenmiştir.

### ***I. İşkence suçu kavramı ve tanımı***

TCK. anlamında işkence suçu kavramı, "işkence"nin acı, eziyet ve ızdırap gibi kelimelerle ifade edilen genel dil anlamından çok dardır ve adalet ya da diğer bir ifadeyle adliye ile ilgilidir. Dolayısıyla bu anlamdaki işkence, cezanın infazının hükümlüde yarattığı ızdırap ile kişilere karşı adli amaçlar dışında yapılan kötü davranışlardan ayrılır.

İşkence suçu kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda işkence, sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili görevlilerin, sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düştüğü çelişkileri düzelttirmek, şeriklerini ele verdirmek ya da işlemesi mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedeni veya ruhi zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü muameledir. Bu anlamda kötü muamele kavramı içerisine zalimane, gayriinsani ve haysiyet kırıcı davranışlar da gireceğinden, sadece işkence ibaresinin kullanılmasının yeterli ve amacı kapsar nitelikte olduğu kanısındayız.

Geniş anlamdaki işkence suçu kavramı ise, ceza muhakemesi dışındaki idari ve disiplin gibi herhangi bir muhakemedeki soruş-





turmalar ile tanık, bilirkişi ve müdafî gibi sanık dışındaki kişileri de mağdur olarak kapsamına alması bakımından, dar anlamdaki işkence suçu kavramından ayrılmaktadır. Bilindiği gibi, TCK.m.243 dar anlamda işkence suçunu düzenlemektedir (3). Buna karşılık, *İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin* 1'inci maddesinde işkence şöyle tanımlanmıştır: "1. Sözleşme amaçlarına göre, "İşkence" terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez. -- 2. Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya mali mevzuata hâlel getirmez". Burada işkence kavramı, suçu itiraf ettirme veya delil elde etme amacı dışında kalan kötü davranışları da kapsamak suretiyle geniş anlamda kabul edilmiştir.

1997 TCK Tasarısı, işkence suçu kavramını, BM. Sözleşmesini de aşar şekilde, daha geniş kabul etmiştir. Gerçekten de, BM Sözleşmesinde "bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla" yapılan kötü muameleler işkence olarak kabul edilirken, Tasarıda, suçun failinin herkes olabileceği benimsenmek suretiyle, suçun kapsamı ge-

---

(3) *Demirbaş* Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 1992, s. 5 vd.



nişletilmiştir. Bunun nedeni, 139'uncu maddenin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: "...Tasarı yürürlükteki yasalar açısından mevcut boşluğu doldurmak ve yetersizliği gidermek ereği ile işkence eylemlerini herhangi bir kimsenin işleyebileceği bağımsız bir suç haline getirmiş, basit ve nitelikli şekillerini ağır cezalarla karşılamıştır. Böylece şimdiye kadar bazı suçlarda ağırlatıcı bir sebep oluşturan işkence eylemlerinin kendisi suç haline getirilmiş olmaktadır. ... -- Tasarıda işkence eylemleri ayrıca tanımlanmamıştır. Halen mahkeme içtihatlarında ağırlatıcı sebep olarak ifade edilen işkence tanımları yer almaktadır.....-- Tasarıyla, işkencenin kendisinin cezalandırılması sağlanmıştır.-- Tasarı işkenceyi, kim tarafından icra olunursa olunsun insanın bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı işlenen bir insanlık suçu olarak tespit ederken, geniş ölçüde olmak üzere, 1994 yeni Fransız Ceza Kanununun 221-1 ve izleyen maddelerinden esinlenmiştir. İşkence, Fransız Kanununda da ayrıca tarif edilmemiş, yerleşmiş içtihatlarla atıf yapılmıştır. Aslında Ülkemizin de 24.1.1988 gün ve 3441 sayılı Kanunla onayladığı, Birleşmiş Milletlerce 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilen "İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 1'inci maddesi iç hukukumuz bakımından uygulanması zorunlu tarifi vermektedir. Buna nazaran "Bir kişide şiddetli fizik veya ruhi ızdırap husule getirmek için kasten uygulanan her türlü eylem" işkencedir. Sözleşme bu hareketin failini kamu görevlisi olarak belirlemek suretiyle mahsus bir suç ihdas ettiği halde, 139 uncu madde işkenceyi genel bir suç haline getirmiştir".

Tasarı işkenceyi çok geniş olarak kabul ettiği gibi, mahkeme içtihatlarında ağırlatıcı sebep olarak ifade edilen işkence tanımları yer aldığını gerekçesinde belirtmek suretiyle ayrıca tanımlamamıştır. Yargıtay'a göre, TCK.m.450/3 anlamında "işkence", sırf mağdura eza verme ve kendisini bu suretle tatmin etme yönünde-



ki davranışlar (4) iken; TCK.m.243 anlamında işkence ise, maddi ve manevi nitelikteki acı verici hareketlerdir (5).

## **II. İşkencenin uluslararası belgelerdeki yeri**

Adaleti herkesin güven duyabileceği bir şekilde tutmak için, insan onuruna değer vermek ve işkenceye hiçbir şekilde başvurmamak gerekir. Çünkü, ceza adaletinin temellerinden birisi de, maddelerin işkence sonucu cezalandırılmasından ise, suçluların cezasız kalmasıdır. Bu 20'nci yüzyılın en önemli konularından birisi olan "insan hakları" sorunuyla da ilgilidir. Gerçekten de, insan hakları çağımızda yeni boyutlar kazanmış ve "insan hakları" diye bir öğreti oluşmuştur. Bu öğreti, iç hukuku ve uluslararası hukuku belirlemesi bakımından önemli bir fonksiyona sahiptir. Bir başka ifadeyle, artık çağımızda demokrasinin ulusal egemenlik ve in-

- 
- (4) Y.CGK. 11.5.1987, 99/276: "İşkence ve tazip ile öldürmek ise, öldürme eyleminden önce öldürülecek olana karşı azap ve işkence yapmayı hedef tutan ölümü meydana getirmek bakımından zorunlu olmayan vahşice davranışlarda bulunmak, olarak tanımlanır .... sanıkların öldürme sonucunu almaktan öteye giden ve işkence tazip sayılacak; sırf öldürülene eza verme ve kendilerini bu suretle tatmin etme yönünde davranışları saptanamadığından, hunharca dahi olsa bu tür icranın işkence ve tazip olarak kabulünde isabet yoktur"(Savaş-Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.III, Ankara 1995, s. 4090 vd.).
- (5) Y. CGK. 5.10.1987, 8-186/423: "Doktrin ve mahkeme içtihatlarında: a) İşkence: bir kimseye, maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketleri, b) İnsani olmayan muameleler: İnsanlık kişiliğini ve duygusunu, önemli derecede incitici fiilleri, c) Zalimane muameleler: mağdura yapılan maddi ve manevi ızdırap verici her türlü muameleleri, d) Haysiyet kırıcı hareketler ise: bir kimsenin namus, şöhret ve haysiyetine saldırı niteliğinde olan fiilleri, ifade eylediği, bu kötü muamelelerin neler olduğunu Kanunun tek tek saymayıp hakimnin takdirine bırakıldığı belirtmektedir" (YKD. 1988, S.1, s.105).



san hakları olmak üzere iki boyutu olup; insan hakları egemenliği sınırlamakta ve bütün hukuk sistemi buna göre kurulmaktadır (6).

İnsan hakları, insanların ayırım gözetilmeksizin, insanlık onurunun gereği sahip oldukları hakların bütününe kapsar; yani, insanın hangi şartlar altında olursa olsun, sırf insan oluşu nedeniyle kazandığı değeri tanımak ve saymak demektir (7).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, insan haklarının temel kaynaklarından birisidir. Bildirinin 5'inci maddesine göre, "Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlıkdışı ya da onur kırıcı davranış ya da ceza uygulanamaz".

4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3'üncü maddesine göre, "Hiç kimseye işkence ya da insanlıkdışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da ceza uygulanamaz". Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden bir sözleşme olması dışında en önemli farkı, tanıdığı hakların gerçekleşmesini sağlamak için uluslararası bir denetim mekanizması kurmuş olmasıdır.

10 Aralık 1984 tarihli işkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi; İşkencenin tanımını vererek uluslararası bir denetim öngören ve 33 maddeden oluşan bu Sözleşmeyi, Türkiye onaylamış ve 10.8.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

(6) *Savcı* Bahri, İnsan Hakları Üzerine Uluslararası Alanda "Norm-İlke"ler ve Türk İç Hukuku, SBFĐ. 1980, C.35, S.1-4, s. 7.

(7) Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7.bası, Ankara 1987, s.190; *Savcı* Bahri, Yaşam Hakkı ve Boyutları, Ankara 1980, s. 56.



27.2.1988 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak Türkiye açısından da yürürlüğe giren İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, işkenceyi yasaklayıp, önleyici bir denetime bağlamaktadır. Bu denetim, gerekli gördüğü hallerde dilediği yerlere ziyaretler düzenleyip aykırılıkları yerinde denetlemek ve kötü muameleyle muhatap olan kişilerin işkence ve insanlıkdışı davranış veya cezalardan korunması hususunda tedbirler öneren, "İşkenceye Karşı Komite" isimli bir organ tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin aksine, işkence ve diğer kötü muamele ile cezalar konusunda tanımlar içermemektedir.

### **III. Korunan hukuki yarar**

TCK.m.243 ile korunan hukuki yarar, esasında "adliye ve kişi dokunulmazlığı" olmakla beraber, bu hüküm TCK.nın 2.kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler" başlıklı, 3.babının "Hükümet Memurları Tarafından Efrada Karşı Yapılan Suimuameleler" başlıklı 6. fashında yer alması, korunan hukuki yararın "Devlet İdaresi" olduğu kanısının uyanmasına neden olmaktadır.

Alman CK. § 343'de de, TCK.m.243'dekine benzer bir hüküm, "zorla ifade alma suçu" adında, "memuriyette suçlar" başlıklı 29. bölümde düzenlenmekle birlikte, söz konusu suçla korunan hukuki yararın esas olarak "adliye" olduğu hususunda, Alman doktrininde ittifak vardır. Ancak, bazı yazarlar adliyeye ilave olarak, burada "kişiliğin ve ifade özgürlüğünün" de korunduğunu savunmaktadır. Bize göre de, bu suçla korunan hukuki yarar, adliye ve kişi dokunulmazlığıdır. Çünkü, işkence sonucunda işlemediği bir suç itiraf etmek zorunda kalan kişinin bu durumu, adaletin yanlış gerçekleşmesini sonuçlayabilecektir. Bunun yanında, bu tür mu-



ameleye maruz kalan kişinin vücut bütünlüğü ve ifade hürriyeti de ihâl edilmektedir (8).

1997 TCK Tasarısındaki düzenleme ile genel bir suç haline getirilen işkence suçu ile korunan hukuki yarar, aynen müessir fiilde olduğu gibi, "vücut bütünlüğü"dür. Ancak, polisin ifade alma sırasında sanığa tokat atması örneğinde olduğu gibi, yeni düzenleme karşısında işkence ile kasden müessir fiil suçlarını birbirinden ayırt etmenin bazı durumlarda zor olacağını söylemek durumundayız. Tasarının gerekçesinde, "Bu suç ile neticesinden müstakil olarak, neticesi ne olursa olsun, şiddet ifade eden hareket cezalandırılmaktadır. Etkili eylemle olan farkı da bu özellik oluşturmaktadır."-- Suçun maddi unsuru; bir kimsenin bir başka kimseye maddi veya manevi ağır acı veya ızdırap veren hareketlerde bulunması, manevi unsuru genel kasttır. Fiilin eziyet etme, eza verme bilinç ve isteği ile kâsten işlenmesi şarttır" şeklinde, bu açıklanmaya çalışılmış ise de, bu açıklama her iki suçu birbirinden ayırt etmek bakımından yetersiz kalmaktadır.

#### ***IV. Fail ve mağdur***

##### ***1) Fail***

Tasarı ile işkence suçu genel bir suç haline getirildiğinden, herkes bu suçun faili olabilecektir. Failde ki belirli sıfatlar, ağırlatıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bu durum, mevcut düzenlemeye göre tamamen farklı bir durumdur. Bilindiği gibi, TCK.m.243'de, "Mahkemeler ve meclisler reis ve ,zalarından ve sair hükümet memurlarından biri maznun bulunan kimselerin cürümlerini söylet-

---

(8) Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, 28 vd.



mek için ..." şeklinde, failin kimler olabileceği gösterilmiştir. Buradaki memuru, TCK.m.279'da belirtildiği şekilde anlamak gerekceğinden, memurun niteliği bakımından yapılan açıklama gereksizdir. Ancak, her memur bu suçun faili olamaz. Çünkü, bir memurun bu suçun faili olabilmesi için, onun ifade alma veya sorguya çekme yetkisinin, bulunması gerekir.

Buna karşılık, BM. Sözleşmesi m.1 'e göre fail, "bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla" fiili işleyen kimse şeklinde, TCK.m.243'e göre daha geniş belirtilmiştir. BM. Sözleşmesi bir iç hukuk kuralı haline geldiğinden faili, sözleşme hükümlerine göre anlamak gerekir. O halde bir kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket edenler ile bu kişilerin teşviki, rızası ya da onayıyla fiili işleyenler suçun faili olabileceklerdir.

Failin soruşturma yapmaya genel yetkili bir memur olması gerektiğinden söz ettik. TCK.m.243'de bu konuda bir açıklık yoktur; çünkü burada "maznun bulunan kimselerin cürümlerini söyletmek için" ibaresi yer almaktadır. Bu ifadenin geniş yorumlanması ve her hangi bir soruşturmada şüpheli veya sanık durumunda bulunan kimseye suçunu söyletmek için, bu soruşturmayı yapmak bakımından yetkili bulunan bir kamu görevlisi tarafından işkence yapılması halinde, söz konusu suçun oluşabileceği kanısındayız. Özellikle BM. Sözleşmesi m. 1'de ki "işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle" ibaresinden sonra, soruşturmayı "ceza soruşturması" yanında, "idari", "disiplin" ve "emniyet tedbiri" soruşturmalarını da kapsar şekilde anlamak gerekir (9).

---

(9) Demirbaş, 31.



## 2) Mağdur

1997 Tasarısına göre, suçun mağdurunun bir özelliği yoktur; yani herkes bu suçun mağduru olabilir. Ancak, mağdurun belirli bir sıfat taşıması ağırlatıcı neden olmaktadır.

TCK.m.243'de ise, işkence suçunun mağduru olarak "maznun", yani "sanık" ifadesi kullanılmıştır. Ancak, BM Sözleşmesi karşısında, bu ifadeyi sanık dışındaki kişileri de kapsar şekilde anlamak gerekir. Çünkü, BM. Sözleşmesi m.1'de "işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle" ibaresi kullanılmıştır. Görüldüğü gibi, burada "suç" yerine "fiil" ve "sanık" yerine de "şahıs" ifadesi kullanılmak suretiyle, ceza soruşturması dışındaki soruşturma hallerinde dahi(ör. disiplin soruşturması) işkencenin varlığı kabul edilmiştir.

TCK.m.243'de mağdur ile ilgili olarak "maznun bulunan kimşelerin cürümlerini söyletmek için" ibaresinin yer alması nedeniyle, bir kimseye başka birisinin suçunu söyletmek amacıyla kötü muamele yapılması halinde, söz konusu suç oluşmayacak ve dolayısıyla diğer hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak, böyle bir durumda verilen cezanın yetersiz kalacağı açıktır. BM. Sözleşmesi, m.1'de bu durumu, "bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle" şeklinde belirtmek suretiyle, işkence kapsamına almıştır. Suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında, burada asıl olarak "adliye"nin himaye edilmesi suretiyle, adaletin yanlış gerçekleşmesinin önlenmesi amaç edildiğinden, BM. Sözleşmesindeki düzenlemenin yerindeliği şüphesizdir.





## V. Suçun unsurları

### 1) Maddi unsur

Tasarı m.139'da işkence suçunun maddi unsuru olarak "işkence" etmekten söz etmektedir. TCK.m.243'de ise, maddi unsur, "işkence eder yahut zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa" şeklinde, saymak suretiyle belirtilmiştir. İşkence kavramını açıklarken de belirttiğimiz gibi, diğer hareketlerin de işkence kavramına gireceği hususunda şüphe yoktur.

BM. Sözleşmesi m.1'de işkenceyi, "fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil" şeklinde tanımlamış; buna karşılık, "zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya cezayı" ise, m.16'da düzenlemiştir. Maddenin ifade tarzına göre, Sözleşme, işkence ile zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza arasında bir nitelik değil, derece farkı görmektedir. Yani, işkence dışında kalan diğer davranışlar ağır derecede iseler, artık işkence söz konusu olacaktır.

Alm. CK. § 343'de maddi unsuru oluşturan hareketler, bedeni kötü davranma, diğer bir şiddet kullanma, şiddet kullanılacağına dair tehdit etme veya ruhen işkence yapma şeklinde belirtilmiştir. Bunlar dışında kalmakla beraber, iradeye etki yapan ve Alm. CMUK. § 136a'da belirtilen yasak sorgu yöntemlerinin, yani öngörülmemiş vaadlerde bulunulması veya kandırma hareketlerinin yapılması durumunda işkence suçu gerçekleşmez. TCK.m.243 yönünden de aynı şekilde düşünmek gerekir (10).

---

(10) Demirbaş, 36.



Maddi unsuru oluşturan işkence, maddi veya manevi nitelikte olup, acı ve ızdırap veren hareketlerdir. Bu nedendir ki, işkence sadece müessir fiil niteliğindeki hareketler olarak anlaşılamaz. Dolayısıyla, Y.CGK.nun "sanığın müdahili cürmünü söyletmek için raporunda açıklandığı gibi bir hafta iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde dövmesi, "işkence" olarak mütala, edilmese bile..." şeklinde, işkenceyi adeta müessir fiilin ağırlaşmış şekillerinin gerçekleşmesi olarak nitelendirmesi kabul edilemez (11).

## 2) *Hukuka aykırılık unsuru*

TCK.m.243 bakımından mağdurun rızası, hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Çünkü, burada asıl korunan hukuki yarar "adliye" olduğundan, mağdurun rızasının kötü muamele veya insanlık dışı davranış gibi işkence fiillerini hukuka uygun hale getireceği düşünülemez. Eğer, suçla korunan hukuki yarar, sadece vücut bütünlüğü, yani geniş anlamda kişi dokunulmazlığı olsaydı; belki basit müessir fiil derecesindeki işkence hareketlerinin, mağdurun rızasının bulunması halinde hukuka uygun olduğunu söyleyebilmek mümkün olurdu (12). Nitekim bu durum, Tasarı ile ortaya çıkmıştır. Gerçekten de, "işkence suçu", Tasarının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı birinci kısmında yer aldığından, artık suçla korunan hukuki yarar "adliye" değil, "vücut bütünlüğü" olmaktadır. Bunun en önemli sonucu ise, mağdurun rızasının en azından m. 139'da düzenlenen suçun basit şeklinde fiili hukuka uygun hale getirmesi ihtimalidir.

(11) Y. CGK. 5.10.1987, 8-186/423(YKD. 1988, S.1, s.105).

(12) Demirbaş, 40.



### 3) Manevi unsur

TCK.m.243'de failin mağdura "cürmünü söyletmek" saikiyle, maddede belirtilen fiilleri yapmış olması arandığından, suçun manevi unsuru özel kasttır. Bu durum, TCK. m.243'ü benzer suçlardan ayırt eden en önemli unsurdur. O halde, failin mağduru ifade vermeye, itirafta bulunmaya ve bunları yapmamaya zorlama saiki ile hareket etmiş olması gereklidir.

TCK.m.243'de ki "cürüm" kelimesinin kabahatleri de kapsar şekilde "suç" olarak anlaşılması gerekir. Kaldı ki, BM. Sözleşmesi m.1'de ki "fiil" ibaresi karşısında, TCK.m.243'de ki "cürüm" kavramını, ceza hukuku anlamında "suçu" da aşar şekilde anlamak gerekir.

Failin, itiraf elde etme dışında, bilgi sağlamak saikiyle mağdura işkence yapması halinde de söz konusu suç gerçekleşecektir. Aslında, TCK.m.243'de sadece "cürmünü söyletmek" saikine yer verilmeyle birlikte, BM. Sözleşmesi m.1'de "bilgi veya itiraf elde etmek" ibaresinden bahsedildiğinden, bu sonuca varmak gerekir.

Tasarıdaki yeni düzenleme ile "işkence suçu", artık, genel bir suç haline getirildiğinden, manevi unsuru da genel kasttır. Ancak bu durum, çoğu kez müessir fiille, işkence suçunun karıştırılması sonucunu doğuracaktır.

## VI. Yaptırım ve suça tesir eden nedenler

### 1) Yaptırım

TCK.m.243/1'e göre, işkence suçunun cezası beş yıla kadar ağır hapis ve müebbet veya muvakkat kamu hizmetlerinden mahrumiyettir. Bu ceza, 1989 TCK Öntasarısında(m.430) bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü. Yağmanın cezasının 10



yıldan 20 yıla kadar ağır hapis cezası olduğu dikkate alındığında, cezanın gerek TCK. da, gerekse 1989 Öntasarısında çok düşük olduğu daha iyi anlaşılır (13).

1997 Tasarısında suçun basit şekli için üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülme suretiyle ceza miktarının artırılması ve 243/1 de ki basit şekil için öngörülen cezanın ise m.140/6'da, "Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle," şeklinde, beş yıldan on yıla kadar hapis şeklinde öngörülmesi yerinde olmuştur

## 2) Suça tesir eden nedenler

TCK.m.243/2'de "Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 ncı maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır" şeklinde iki ağırlatıcı sebebe yer verilmiştir. Buna göre, TCK.m.456'da ki ağırlaşmış sonuçların gerçekleşmesi durumunda, işkencenin mağdur üzerinde meydana getirdiği neticenin derecesine göre, TCK.m. 456/2 veya 3 gereğince verilecek ceza, üçte birden yarıya kadar; işkence fiili sonucu mağdurun ölmesi halinde ise, faile TCK.m.452 gereğince verilecek ceza, üçte birden yarıya kadar artırılabacaktır.

1997 TCK. Tasarısı işkence suçunun ağırlaşmış şekillerini, nitelikli işkence başlıklı m.140 ve 141'de şu şekilde düzenlemiştir:

Bunlardan **m.140**, "Yukarıdaki maddede belirtilen suç

A. 1) Onbeş yaşını doldurmamış bir çocuğa karşı,

(13) Alm.CK.§ 343'de ceza bir yıldan on yıla kadar hapis olarak öngörülmüş ve hafif hallerde hürriyeti bağlatıcı cezanın altı aydan beş yıla kadar hapis olacağı belirtilmiştir.



2) Yaş, hastalık, malüllük, fizik veya ruhi zayıflık veya hamilelik sebebiyle, failin bildiği veya açıkça görülebilen özel bir güçsüzlük veya çaresizlik içinde bulunan kimseye karşı,

3) Mağdurun eşi tarafından,

4) Silah vasıtası veya tehdidi ile,

işlenirse, fail hakkında dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

B. 1) Usule yahut babalık veya analığa karşı,

2) Failin, niteliğini bildiği veya bu hususun açıkça anlaşılabilirdiği memur veya kamu hizmetlisine yahut sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle görevlendirilmiş kişilere veya bir avukata karşı görevinin icrasında veya sıfatları kalkmış olsa bile görevleri nedeniyle,

3) Bir tanığa, mağdura, davaya katılan kimseye veya şahsi davacıya karşı, olayları bildirmesini engellemek, şikayette veya ihbarda bulunmasını önlemek yahut tanıklıkta veya şikayet veya ihbarda bulunmuş olması sebebiyle,

4) Suçun asli veya fer'i faili sıfatını taşıyan birden çok kimselerce,

5) Tammüden,

6) Memur veya bir kamu hizmetiyle yükümlü bulunan kimselerce görevlerinin icrasında veya icrası vesilesiyle,

7) Bir cinsel saldırı ile birlikte,

işlenirse failin cezası beş yıldan on yıla kadar hapistir.



C. Suç, nesebi sahih veya gayrisahi bir çocuğa veya küçüğe karşı usul veya babalık yahut analık sıfatını taşıyanlarca işlendiğinde faile altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir" ve

**m.141** ise, "Suç, daimi malüllüğü veya uzuv kaybını sonuçladığında fail hakkında oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. - Suç, mağdurun ölümüne neden olduğunda ceza ağırlaştırılmış müebbet hapistir" şeklindedir.

### **Sonuç**

1) 1997 TCK Tasarısında düzenlenen işkence suçu, TCK.m.243'de ki teknik anlamda işkence suçu niteliğini kaybetmiş ve kim tarafından işlenirse işlensin insanın bedeni ve ruhsal bütünlüğüne yönelik her türlü saldırıyı kapsayan bir suç niteliğine sokulmuştur. Bu şekilde genel bir suç haline getirilmekle, BM. Sözleşmesindeki işkence tanımının da dışına çıkmıştır.

2) Bunun yaratacağı en büyük sıkıntı, Tasarıdaki şekliyle işkence ve müessir fiil suçlarının çoğu kez iç içe girmesi nedeniyle, bunları birbirinden ayırt etmedeki zorluk olacaktır.

3) İşkence suçu, Tasarının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı birinci kısmında yer aldığından, artık suçla korunan hukuki yarar "adliye" değil, "vücut bütünlüğü" olmaktadır. Bunun en önemli sonucu ise, mağdurun rızasının en azından m. 139'da düzenlenen suçun basit şeklinde, fiili hukuka uygun hale getirmesi tartışmasını doğurmasıdır.

4) Tasarının m. 139'da ki suçun basit şekli için 3 yıldan 6 yıla, m.140'da ki nitelikli şekiller için, 4 yıldan 12 yıla ve m.141'de ki nitelikli şekil için 12 yıldan 18 yıla kadar hapis ile müebbet ağır hapis cezasına öngörmesi, TCK.m.243'e göre daha yerinde olmuştur. Çünkü, TCKm.243/1'de ki ceza 5 yıl ve m.243/2'de ki ağırlaştırılmış du-



rumlar için öngörülen ceza ise, belirtilen durumlardaki cezaların üçte birden yarıya kadar artırılması idi.

5) BM. Sözleşmesi m.2/1'de, "Sözleşmeye taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari, adli veya başka tedbirleri alacaktır" hükmünün uygulanması bakımından, 3842 sayılı Kanunla CMUK. da yapılan değişiklikleri ve özellikle m.135a olarak eklenen "yasak sorgu yöntemleri" başlıklı hükmü burada belirtmek gerekir.

6) İşkenceyi önleyebilmek bakımından kanundaki düzenlemelerin önemi olmakla beraber, asıl önemlisi eğitimidir. Nitekim BM. Sözleşmesi m.10'da tüm ilgililerin işkenceye karşı eğitilmesi ve bilgilendirilmesinden söz etmektedir. Bu kişiler arasına, kanunu uygulayan personel, sivil veya asker, tıbbi personel, kamu görevlileri ve yakalama, tutuklama, hapsedilme veya sorgulamada görev alacak diğer personel girmektedir. Burada özellikle kolluğun eğitimi önem taşımaktadır.

7) Yargısal önlemlerin başında ise, hâkim bağımsızlığı ilkesinden taviz vermeden, yargının olayların üzerine süratle gitmesi ve davaların hızla sonuçlandırılması sağlanmalıdır.

8) Toplumda yaygınlaşan "adalete" güvensizliği gidermek bakımından, acil önlemlerin ve bu arada kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına dönüştürülmesinde komik rakamların çıkmasına neden olan İ.n.K.m.4/b.1 hemen değiştirilmelidir.

9) Kamuoyunun ve özellikle medyanın işkence iddialarının üzerine ciddi olarak eğilmesinin de, işkenceyi önleme bakımından çok önemli ve caydırıcı bir etki yapacağı kuşkusuzdur.



# TÜRK SPOR HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Av. Kazım Yücel DÖNMEZ (\*)

## GİRİŞ

Cumhuriyet döneminde büyük bir gelişme gösteren spor faaliyetleri, adına "Spor Hukuku" denen bir takım kurallar çerçevesinde cereyan etmektedir. Karma bir hukuk dalı özelliğini (1) taşımakta olan spor hukuku çeşitli kaynaklara sahip bulunmaktadır. Büyük ölçüde yazılı kaynaklara dayanan bu hukuk dalının az sayıda olmakla birlikte örf ve adete dayalı yazılı olmayan kaynakları da bulunmaktadır. Çalışmamızda Türk Spor Hukuku kaynaklarının belirlenmesi amaçlanmıştır.

## A- KAYNAKLAR;

Spor Hukukunun kaynaklarını resmi ve özel kaynaklar olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür.

## I. RESMİ KAYNAKLAR

Resmi kaynaklar, doğrudan Devletin koyduğu kurallar ile Devletin başka Devletlerle veya Uluslararası kuruluşlarla yaptığı an-

---

(\*) Ankara Barosu avukatlarından

(1) Karş. GENÇ Durmuş Ali. Spor Hukuku. İstanbul 1998 s : 61.





laşmalardan oluşmaktadır. Resmi kaynaklar ulusal ve uluslararası kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır.

## 1- Ulusal Kaynaklar;

Bu tür kaynaklar, Devlet makamları tarafından yapılan, uyulmaları zorunlu, uyulmadığı takdirde yaptırımı olan kurallardır. Bunlar kendilerini yapan Devlet Makamının adına göre yasama, yürütme ve yargı kaynakları olarak üç başlık altında toplanırlar.

### a. Yasama Kaynakları;

Yasama kaynakları, yasama organı tarafından çıkartılan ve Spor Hukukunun temelini oluşturan kanunlardır. Bu tür kanunların en başında Anayasa yer alır. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının 59 ncu maddesinde "Devlet, her yaştaki Türk Vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporucuyu korur" demek suretiyle spor Anayasal güvence altına alınmıştır.

Yasama kaynakları da özel kanunlar ve genel kanunlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

### aa. Özel Kanunlar :

Özel kanunlar, doğrudan doğruya, spora yön vermek amacıyla, sporla ilgili çeşitli konularda çıkartılmış kanunlardır. Bunlara örnek olarak;

- 3289 Sayılı "Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun"

- 3813 Sayılı "Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"



-2913 Sayılı “Dünya, Avrupa ve Olimpiyat Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun”

- 3796 Sayılı “İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanunu”

- 7258 Sayılı “Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Ter-tibi Hakkında Kanun” gösterilebilir.

### **bb. Genel Kanunlar ;**

Bu tür kanunlar doğrudan sporla ilgili olmamakla birlikte en az onlar kadar, spora ilişkin konularda başvurulan kanunlardır. Bunlara ;

- 818 Sayılı “Borçlar Kanunu”
- 743 Sayılı “Medeni Kanun”
- 2908 Sayılı “Dernekler Kanunu”
- 6762 Sayılı “Türk Ticaret Kanunu”
- 2762 Sayılı “Vakıflar Kanunu”
- 193 Sayılı “Gelir Vergisi Kanunu”
- 5422 Sayılı “Kurumlar Vergisi Kanunu”

örnek olarak gösterilebilir.

### **b. Yürütme Kaynakları,**

Kanunların diğer konularda olduğu gibi sporla ilgili konularda da en ince ayrıntılara kadar her hususu düzenlemesi mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle sporla ilgili kanunlardaki ayrıntıların



tesbiti, uygulama biçimleri ve teknik yönler yürütme organı tarafından çıkarılan Tüzükler, Bakanlar Kurulu Kararları, Yönetmelikler, Genelgeler, Genel Emir ve Resmi Tebliğler ile düzenlenmektedir. Bunlarda Spor Hukukunun önemli kaynakları arasında yer almaktadır.

### **aa. Tüzükler ;**

Anayasanın 115. maddesine göre Tüzükler, Bakanlar Kurulu tarafından kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek koşuluyla çıkarılan kurallardır. Tüzükler Cumhurbaşkanınca imzalanır ve Resmi Gazetede yayınlanırlar. Sporla ilgili başlıca tüzükler şunlardır ;

- Beden Terbiyesi Tüzüğü (RG. 23.8.1945/6091)
- Futbolda Müşterek Bahisler Tüzüğü (RG. 26.2.1965/11939)

### **bb. Yönetmelikler ;**

Anayasanın “Yönetmelikler” Başlıklı 124. Maddesinde “Başbakanlık ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir” denmektedir.

Bu maddeye uygun olarak çıkarılmış olan sporla ilgili yönetmelikler de Spor Hukukunun önemli kaynakları arasında yer alır. Sayıları çok olan sporla ilgili yönetmeliklere aşağıda adları verilen yönetmelikler örnek olarak gösterilebilir.

- Spor Tesisleri İşletme Yönetmeliği (RG : 17.6.1969/13225)
- Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü Yüksek Sağlık Kurulu Kuruluş ve Görev Yönetmeliği (RG. 6.5.1969/13191)



- Sportif Müsabakalardan Önce Yapılacak Saygı Duruşları Hakkında Yönetmelik (RG. 17.5.1971/13839)
- Antrenör Yardımcısı Yetiştirme Yönetmeliği (RG. 11.9.1977/16054)
- Faal Sporculuğu Bırakma Törenleri Hakkında Yönetmelik (RG : 5.4.1980/16591)
- Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü Spor Faaliyetlerinde Sporcuların Forma ve Eşofmanlarına Reklam Konulmasına Dair Yönetmelik (RG. 1.10.1981/17475)
- Gençlik ve Spor Tesislerine Ad Verme Yönetmeliği (RG. 25.11.1982/17879)
- Sporun Gelişmesinde Uygulanacak Temel ilkeler Yönetmeliği (RG. 1.11.1983/18208)
- Gençlik ve Spor Bakanlığı Üniversiteler Spor Koordinasyon Kurulu Yönetmeliği (RG. 16.2.1983/17961)
- Türk Sporunun Teşvik Fonu Yönetmeliği (RG. 16.10.1984/18547)
- Derneklerin İzinle Kurabileceği Tesisler Hakkında Yönetmelik (RG. 31.7.1984/18475)
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü İhale ve Satınalma Yönetmeliği (RG. 20.7.1985/18817)
- Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği (RG. 28.7.1985/18825)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sportif Müsabaka ve Gösteri Hasılatının Dağıtımına Dair Yönetmelik (RG. 26.11.1986/19293)



- Yabancı ülkelerle Yapılan Spor Yarışmalarında Türkiye'yi Temsil Görevini Alan Sporculara Dair Yönetmelik (RG. 19.11.1987/19639)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Federasyonlar Fonu Yönetmeliği (RG. 14.5.1987/19460)
- Memur ve İşçi Sayısı 500'den Fazla Olan Kamu ve Özel Sektör Kuruluşları ile Fabrikaların Yapmakla Mükellif Oldukları Spor Tesisleri Hakkında Yönetmelik (RG. 10.5.1987/19456)
- Spor Kulüpleri Yardım Yönetmeliği (RG. 8.12.1987/19658)
- Spor Şurası Yönetmeliği (RG. 11.7.1989/20222)
- Spor Toto-Spor Loto Bayilik Yönetmeliği (RG. 5.7.1989/20216)
- Spor Kulüpleri Tescil Yönetmeliği (RG. 14.11.1989/20342)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü İl Spor Dalı Temsilci Yönetmeliği (RG. 6.12.1990/20717)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Spor Kontrolörlüğü Yönetmeliği (RG. 12.7.1990/20572)
- Milli Takım Mensuplarının Sigortalanmaları Hakkında Yönetmelik (RG. 13.8.1991/20959)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Spor Uzmanı ve Antrenör Çalıştırılması Hakkında Yönetmelik (RG. 22.2.1991/20794)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği (RG. 15.1.1991/20756)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Ayniyat Yönetmeliği (RG. 4.5.1992/21218)



- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Müsabaka Yerlerine Serbest Giriş Yönetmeliği (RG. 22.12.1992/21443)
- Başarılı Sporcular ile Bu Sporcuların Teknik Direktör ve Antrenörlerine Ayni ve Nakdi Yardım Yapılmasına ve Ödül Verilmesine Dair Yönetmelik (RG. 4.1.1993/21455)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik Şurası Yönetmeliği (RG. 6.1.1993/21457)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliği (RG. 7.1.1993/21458)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Dopingle Mücadele Yönetmeliği (RG. 26.8.1993/20680)
- Bedminton Hakem Yönetmeliği (RG. 20.12.1993/21794)
- İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu Alım-Satım ve İhale Yönetmeliği (RG. 1.7.1993/21624)
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Kontrollük Yönetmeliği (RG. 31.12.1993/21805)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Spor Federasyonlarının Teşkilatı, Çalışma, Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği (RG. 22.11.1993/21766)
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Personel Yönetmeliği (RG. 26.1.1994/21830)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Personel Atama ve Sınav Yönetmeliği (RG. 4.9.1995/22394)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği (RG. 27.7.1995/22356)



- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği (RG. 27.7.1995/22356)
- Akdeniz Üniversitesi Spor Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği (RG 26.10.1997/23152)
- Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü Değerlendirme ve İkramiye Dağıtım Yönetmeliği (RG. 6.8.1997/23072)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Merkez İhale Yönetmeliği (RG. 5.8.1997/23071)
- Basketbol Yarışma, Sporcu Tescil ve Lisans, Disiplin, Hakem ve Antrenör Yönetmeliği (RG. 29.6.1997/23034)
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Spor Birliği Yönetmeliği (RG. 12.10.1998/23491)
- Bocce Yarışma Yönetmeliği (RG. 3.10.1998/23482)
- Geleneksel Spor Dalları Federasyonu Altı Cirit Müsabaka Yönetmeliği (RG. 16.2.1998/23555)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliği, (RG. 7.8.1998/23426)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Voleybol Yarışma, Sporcu Tescil ve Lisans, Hakem ve Antrenör Yönetmeliği (RG. 22.5.1998/23349)
- Yağlı Güreş Müsabaka Yönetmeliği (RG. 1.6.1998/23359)
- Yağlı Güreş Hakem Yönetmeliği (RG. 1.6.1998/23359)
- Tarihi Kırkpınar Yağlı Güreş Yönetmeliği (RG. 1.6.1998/23359)



- Elektronik Dart Yarışma Yönetmeliği (RG. 5.6.1998/23363)
- Rahvan Binicilik Müsabaka Yönetmeliği (RG. 6.6.1998/23364)
- Amatör Boks Müsabaka Yönetmeliği (RG. 11.6.1998/23369)
- Güreş Federasyon Karakucak Güreş Yönetmeliği (RG. 17.1.1998/23233)
- Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Hasılatının Oluşumu ve Dağıtım Şekli Hakkında Yönetmelik (RG. 6.1.1999/23575)
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Voleybol Yarışma, Sporcu Tescil ve Lisans, Hakem ve Antrenör Yönetmeliği (RG. 22.5.1998/23349)
- Futbolda Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği (RG. 26.2.1998/23270)
- Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliği (RG. 15.10.1999/23847)

### **cc. Bakanlar Kurulu Kararları ;**

Kanunların verdiği yetkiye dayanılarak sporla ilgili konularda Bakanlar Kurulunca verilen kararlardır. Bu tür kararların bazı örnekleri şunlardır.

- Gençlik ve Spor Hizmetleri Uygulamasında Görevlendirileceklere Ödenecek Ücretlerle İlgili Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar (98/10802 R.G 4.4.1998/23307)
- Şanlıurfa, Elazığ, Samsun ve Gaziantep İllerinde At Yarışları Yapmak ve Bu Yarışlar Üzerinde Müşterek Bahisler Düzenlemek Hak ve Yetkisinin "At Yarışları Yapma ve Bu Yarış-





lar Üzerinde Müşterek Bahisler Tertip Etmek Yetkisinin Türkiye Jokey Kulübüne devrine Ait Esaslar” Çerçevesinde, Adı Geçen Kulübe Devredilmesi Hakkında Karar (98/10873. RG. 17.4.1998/23316)

- At Yarışları Yapmak ve Bu Yarışlar Üzerinde Müşterek Bahisler Tertip Etme Yetkisinin Türkiye Jokey Kulübüne Devrine Dair Karar (93/5043. RG. 9.12.1993/21783)
- Futbol Müsabaka ve Çalışmalarında Kulüpler ve Kişilerce Disiplin ve Sportmenliğe Aykırı Fiillere Uygulanacak Para Cezasının Artırılması Hakkında Karar (98/10734 RG. 14.3.1998/23286)
- Futbol müsabakalarının 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 5. Maddesi ile 21.6.1927 tarih ve 1111 sayılı Askerlik Kanununun 35. Maddesinde belirtilenler dışında herhangi bir ad ile yürütülemeyeceği, Kanunda belirlenmiş olan adların idari bir tasarrufla değiştirelemeyeceği ve buna aykırı sözleşme düzenlenemeyeceği, Milli futbol müsabakalarının televizyonlardan yayının şifresiz olarak gerçekleştirileceği hakkında karar (99/13416. RG. 21.10.1999/23853)

#### **dd. Genelgeler ve Tebliğler ;**

Bunlar Başbakanlığın yada Bakanlığın bazı dairelerini ilgilendiren belirli konularda teşkilata yayınladıkları emirlerdir. Bunların amacı uygulamada yeknesaklığı sağlamaktadır. Bu tür örnekler şöyledir.

- Efes Pilsen, Ülkerspor, Beşiktaş Basketbol Takımları ile Kültürspor ve Çankaya Belediye Hentbol Takımlarını izlemek Amacıyla Yurtdışına Gideceklerden Toplu Konut Fonu Harcı Alınmaması Hakkında Tebliğ (RG. 2.10.1993/21716)



- Galatasaray, Beşiktaş ve Trabzonspor Futbol Takımlarının Maçlarını İzlemek Amacıyla Yurtdışına Gideceklerden Toplu Konut Fonu Harcı Alınmaması Hakkında Tebliğ (RG. 12.10.1993/21726)

**ee. Bunlar dışında sporla ilgili bazı iç düzenlemeler de mevcuttur. Bunlara verilebilecek örnekler şunlardır.**

- Türk Silahlı Kuvvetleri Beden Eğitimi ve Spor Yönergesi (22.3.1995, MY-170-I A)
- Türkiye Futbol Federasyonunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü (RG. 22.6.1993/21615)
- Futbol Müsabaka Talimatı (RG. 16.8.1989/20254)
- Profesyonel Futbol Talimatı (RG. 22.6.1989/20203)
- Tahkim Kurulu Talimatı (Futbol) (RG. 16.8.1989/20254)
- Profesyonel Futbolcuların Jübile Töreni Talimatı (RG. 18.4.1990/20496)
- Türkiye Futbol Federasyonu Denetleme Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Talimatı (RG. 7.4.1991/20838)
- Profesyonel Futbol Takımı Bulunan Kulüplerin Forma ve Eşofmanlarında Reklam Yapılması Hakkında Talimat (RG. 31.1.1991/20772)
- Hakem, Gözlemci, Temsilci Yolluk ve Tazminatlarının Ödenmesi Hakkında Talimat (RG. 29.9.1991/21006)



- Başarılı Profesyonel Futbolculara, Kulüplere ve Çalıştıncılarına Ayni ve Nakdi Yardım Yapılmasına ve Ödül Verilmesine Dair Talimat (RG. 24.2.1991/20796)
- Profesyonel Futbol Müsabakaları ve Temsili ve Milli Müsabakalar Hasılatının Dağıtımına Dair Talimat (RG. 24.9.1991/21001)
- Futbol Disiplin Talimatı (RG. 1.11.1992/21392)
- Amatör Futbolcu Tescil, Vize ve Transfer Talimatı (RG. 31.7.1993/21654)
- Türkiye Futbol Federasyonu Yayın Talimatı (RG. 7.8.1993/21661)
- Fair Play Talimatı (RG. 24.8.1993/21678)
- Masör Talimatı (RG. 24.8.1993/21679)
- Teknik Yönetici ve Öğretici Talimatı (Futbol) (RG. 29.1.1994/21833)
- Şike Araştırma Kurulu İç Talimatı (Futbol) (RG. 5.9.1994/22042)
- Türkiye Futbol Federasyona Teftiş Kurulu Talimatı (RG. 7.3.1994/21870)
- Türkiye Futbol Federasyonu Merkez Hakem Kurulu, Teşkilatlanma, Çalışma Prensipleri ve Görevleri ile İlgili Talimatı (RG. 24.1.1995/22181)
- Profesyonel Futbol Yönetici Talimatı (RG. 25.2.1995/22213)
- Futbol Saha Komiserleri Talimatı (RG. 28.8.1996/22741)



### c. Yargı Kararları ;

Spor Hukukunun kaynaklarından biri de yargıya intikal eden çeşitli ihtilaflar nedeniyle mahkemeler tarafından verilen kararlardır. Mahkeme kararları ile kanunlardaki boşluklar doldurulur, çelişkiler giderilir ve yorumlar yapılır. Mahkeme kararları kaynak olmakla birlikte içtihadı birleştirme kararları dışında uygulanma mecburiyetleri yoktur. İçtihadı birleştirme kararları aynen kanunlar gibi bağlayıcı nitelik taşırlar. Spor hukukuna kaynak teşkil eden Yüksek Mahkeme Kararlarının bazıları şunlardır.

#### aa. Anayasa Mahkemesi Kararları ;

- 17.6.1992 Günlü, 3813 Sayılı "Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"un 29, maddesinin ikinci tümcesi hakkındaki itiraz başvurusunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi hakkında karar (AYM, 10.6.1997, 47/55 : RG. 2.8.1997/23068)
- 11.10.1983 Tarih ve 2913 Sayılı Kanunun Anayasaya aykırı olmadığı hakkında karar (AYM, 17.10.1996, 4/39 : RG 8.2.1997/22871)

#### bb. Yargıtay Kararları ;

- Spor Kulüplerinin maddi değer taşıyan kupaları haciz edilebilir. (HGK 9.6.1993 12-113/431) (2)
- Beden Terbiyesi (Gençlik ve Spor) Genel Müdürlüğüne, Spor Toto'dan ayrılan paralar haczedilemez (İİD. 23.12.1969. 11677/12552) (3)

(2) İKİD. Şubat 1994 s 10103-10104

(3) UYAR T. Gerekeçeli-Notlu-İçtihatlı İcra İflas Kanunu Cilt II İzmir 1996. s. 2200-2201



- Spor kulübünde profesyonel antrenör olarak çalışanlar. İş Kanunu kapsamındadır. (9 HD 21.1.1991.9492/306) (4)
- İş Kanunu m. 5.f.1/IX gereğince sporcular Hakkında iş Kanunu Uygulanamayacağı için Profesyonel Futbolcularla kulüpleri arasındaki parasal uyuşmazlıkların çözüm yeri, İş Mahkemeleri olmayıp Asliye Hukuk Mahkemeleridir. (HGK 3.5.1974.27/477) (5)

### cc. Danıştay Kararları ;

- Belediyelerin Spor tesisi yapmak amacıyla kamulaştırma yetkilerinin bulunmadığı, bu konuda kamulaştırmanın ancak, 3289 sayılı Yasa gereğince Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğünce yapılabileceği (Danıştay 6 D. 21.5.1990.480/1017) (6)
- Basketbol dalındaki amatör sporcuların transfer bedellerini, ilgili kulüplerin görüşlerini alan Basketbol Federasyonu tarafından yapılan öneri doğrultusunda belirleyen davalı idarece tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık görülmediği (Danıştay 10 D 25.4.1991.1573/1431) (7)
- Futbol hakemi olan ilgilinin klasmanın belirlenmesine ilişkin merkez hakem kurulu işleminin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün İdari Yargının görev alanına girdiği (Danıştay 10.D.17.6.1991 1149/2286) (8)

(4) İş Hukuku Dergisi Ocak-Mart 1991 s. 133

(5) ÇENBERCİ M. İş Kanunu Şerhi Ankara 1984 s. 191

(6) Danıştay Dergisi 1991/81 s. 219-221

(7) Danıştay Dergisi 1992/82-83 s. 927-929

(8) Danıştay Dergisi 1992/84-85 s.695-697



- Sporda kullanılan silah için sporculuk lisans belgesi bulunması koşuluyla ruhsat verilebileceği (Danıştay 10.D.29.4.1991.2458/1490) (9)

#### **dd. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları ;**

- Kolordu Basketbol Şampiyonasında müsabaka esnasında karşı takım oyuncusunun yaptığı faüllü hareket nedeniyle gözünden sakatlanan davacının uğradığı zararın, kusursuz sorumluluk esasına göre idarece tazmini gerekli olup, davacının uğradığı zarar kalemleri ile kendisine devletçe sağlanan yararların mahsubu sonucu net maddi hakedişi tesbit edilir. (AYİM 2.D.6.5.1988.96/120) (10)
- Bölüklerarası koşu yarışması sırasında düşerek sakatlanan erin uğradığı bu zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmini gerekli olup; olay sonrası idarece hiçbir kayıt ve tutanağın tutulmamış olması karşısında, davacının gösterdiği olay tanıklarının istinabe yoluyla tespit olunan ifadelerinin esas alınması yeterlidir. (AYİM 2.D. 2.11.1988 75/246) (11)
- Ertesi gün yapılacak bir spor müsabakasına hazırlık maksadıyla, birlik dışında koşu antremanı yaparken bir sivil aracın çarpması sonucu ölüm olayında, doğan zararın hizmet kusuru esasına göre idarece üstlenilmesi gerekli ise de; cenaze defin ve nakil masraflarının idareden talep edilmeden doğrudan dava konusu yapılması uygun değildir. (AYİM 2.D 22.2.1989-120/53) (12)

(9) Danıştay Dergisi 1992/82-83 s.890-891

(10) AYİM Dergisi 1993/2 s. 1027-1030

(11) AYİM Dergisi 1993/2 s. 1030-1035

(12) AYİM Dergisi 1993/2 s. 1035-1038



- Sabah sporu esnasında fenalaşarak ölen erin, birliğine katılışında sağlık muayenesinden geçirilmemesi nefes darlığı ve kalp çarpıntısı şikayetlerini açıkladığında bir hastaneye sevk edilmemesi ya da bir hekim muayenesine tabi tutulmaması, sabah sporlarına iştirak ettirilmemesi konusunda yada sabah sporunda kendisi için tehlikeli olmayacak bir spor tarzının önerilmemesi ve sabah koşusuna iştirak ettirilmesinin hizmet kusuruna sebebiyet vermesi nedeniyle doğan zararın idarece üstlenilmesi gerekir (AYİM 2. D.20.11.1991-318/384) (13)

### **ee. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları ;**

TRT Kurumunun, Futbol Federasyonundan yayın yetki belgesi almadan, maç yayınlaması nedeniyle, meydana gelen zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü (23.12.1996, 65/110 ve 12.2.1996-87/34) (14)

### **2- Uluslararası Kaynaklar ;**

Son zamanlarda bir çok konuda olduğu gibi spor konularında da uluslararası ilişkilerin artması devletler arasında bir takım anlaşma ve sözleşmelerin imzalanmasına yol açmıştır. Türkiye'nin de imzaladığı bu tür anlaşmalar ve katıldığı sözleşmeler spor hukukumuzun uluslararası kaynaklarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyetinin yabancı bir ülke ile imzaladığı spor anlaşması kendiliğinden Türk Spor Hukukunun kaynaklarından biri haline gelemez. Bunun için Anayasanın Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma başlıklı 90. maddesine göre

---

(13) AYİM Dergisi 1993/2 s. 1038-1042

(14) RG. 21.1.1997/23884, 17.3.1996/22583



T.B.M.M.'nin andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulmasına bağıdır. Anayasanın 90. madde metni şöyledir.

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağıdır. Ekonomik, ticari ve ya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik, veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğı yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değışiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”.

Bu madde doğrultusunda T.B.M.M. tarafından kabul edilen onaylama kanunlarına örnek olarak ;

- 3923 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Moğolistan Cumhuriyet Hükümet Arasında Eğitim, Bilim, Kültür ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının uygun Bulunduğuna Dair Kanun (RG 10.12.1993)





- 3924 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkmenistan Hükümeti Arasında Eğitim, Bilim, Kültür ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının uygun Bulduğuna Dair Kanun. (RG 10/12/1993 21784)

- 3925 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Eğitim, Bilim, Kültür ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının uygun Bulduğuna Dair Kanun. (RG 10.12.1993 21784)

gösterebilir. Yine Bu anlamda Bakanlar Kurulu Onaylama Kararlarına örnek olarak;

- 90/676 Sayılı Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Karar (RG. 26.8.1990/20617)

- 98/11011 sayılı Gürcistan ile Türkiye Arasında akdolunan "Spor Alanında İşbirliği anlaşması'nın" Onaylanması Hakkında Karar. (RG 20.5.1998 23343)

- 99/12759 sayılı Litvanya ile Türkiye Arasında İmzalanan Eğitim, Bilim, Kültür ve Spor Alanlarında İşbirliği Anlaşması'nın Onaylanması Hakkında Karar. (RG 21.5.1999 23701) gösterilebilir.

Öte yandan Milletlerarası Spor Kuruluşları ile yapılan anlaşmalar da Türk Spor Hukukunun uluslararası kaynakları arasında yer almaktadır. Bununla birlikte;

"Milletlerarası spor kuruluşlarının, Milletlerarası Hukuk anlamında bir "milletlerarası örgüt" olmadığını ifade etmek gerekir. Milletlerarası spor teşkilatları birer özel hukuk tüzel kişisidirler. Milletlerarası spor teşkilatlarının kuruluşunu ve bu teşkilatlara



katılmayı sağlayan andlaşmalar da, devletler arasında yapılan andlaşmalar değildir ve sadece milletlerarası nitelik taşıyan özel hukuk kişileri tarafından yapılmaktadır. Örneğin, dünyada futbol konusunda en üst düzeyde karar alma yetkisine sahip olan FIFA (Federation Internationale de Football Association)'nın ana tüzüğünde FIFA, İsviçre Medeni Kanunu'nun 60'ıncı maddesi gereğince kurulan bir dernek olarak nitelendirilmektedir. Ancak benzer bir statüde olan Avrupa Futbol Birliği (UEFA)'nın, Avrupa Birliği Anlaşmalarının revizyonu çerçevesinde üye devletler arasında bir "Spor Protokolü"nü yapılamaması hususunda çalışmalar yaptığını ifade etmek gerekir". (15)

## II- ÖZEL KAYNAKLAR ;

Spor hukukunda doğrudan Devlet tarafından konulan kurallar yanında resmi sıfat ve niteliği bulunmayan kişiler tarafından konulan kurallarda bulunmaktadır. Bunlar sözleşmeler, iç yönetmelikler ve örf ve adet kurallarından oluşmaktadır.

### 1- Sözleşmeler ;

Sporcuların, spor çalışanlarının (Antrenör, Monitör, Spor İşçileri gibi) ve spor kulüplerinin özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle imzaladıkları çok sayıda ve değişik konulardaki (reklam, sponsorluk, isim ve logo kullandırma, kira, satınalma) sözleşmeler spor hukukunun özel kaynakları arasında önemli bir yer almaktadır.

---

(15) A. Nadi GÜNAL/Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR. Türk Spor Hukukunun Teşkilat Yapısı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi Mart 1998 s. 1037



## 2- İç Yönetmelikler ;

Sporla ilgili tüzel kişiler tarafından kendi iç yapılarında uygulanmak üzere çıkarılan iç yönetmelikler de (Lokal Yönetmeliği, İdman Yönetmeliği, Harcırah Yönetmeliği, Malzeme Yönetmeliği gibi) Spor Hukukunun özel kaynakları arasında bulunmaktadır.

## 3- Örf ve Adet ;

Bu tür kurallar sporla ilgili konularda yıllardan beri uygulanmış ve uyulmasının zorunluluğu genel kabul görmüş yazılı olmayan kurallardır. Geçmişte büyük önem taşımış olan bu kuralların, sporla ilgili her çeşit konunun geniş ölçüde yazılı kurallara bağlandığı günümüzde artık eskisi kadar önemi kalmamıştır.

## 4- Öğreti ;

Genel olarak, öğreti (doktrin) de spor hukukunun kaynakları arasındadır. Ancak ülkemizde spor hukuku ile ilgilenenlerin ve yazılanların sayısı oldukça sınırlıdır (16). Zaman içerisinde spor hukuku öğretisinin yaygınlaşacağını ümit ve temenni etmekteyim.

## B- Kaynakları Arasında Öncelik ;

Türk Spor Hukukunda kaynaklar arasındaki öncelik durumu genel esaslar (normlar hiyerarşisi) çerçevesinde çözülür. Buna göre resmi kaynaklar arasındaki öncelik sırası Anayasa, Kanun, Tüzük, Yönetmelik ve Kararname seyrini izler. Bu sıralamanın anlamı kanunların Anayasaya, tüzüklerin kanunlara, yönetmeliklerin kanunlar ve tüzüklere aykırı olamayacaklarıdır.

(16) Örneğin bkz. A. Nadi GÜNAL/Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR. Türk Spor Hukukunun Genel Esasları ve İlgili Mevzuat. Ankara 1998 DORUKKAYA ŞKIRATLI A/EBİÇLİOĞLU F.K. Türkiye'de Futbol Kulüplerinin Şirketeleşmesi, Halka Açılması, Finansmanı ve Vergileme İstanbul 1998. KADIRBEYOĞLU İ. Futbol Hukuku Tahkim Usulü ve Tahkim Kurulu Kararları. İstanbul 1996.



Öte yandan resmi kaynaklar arasında yer alan uluslararası andlaşmalar Anayasanın 90. maddesinde yer alan “Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” şeklindeki hükme göre öncelik sıralamasında, Anayasanın 90. Maddesinin 4. Fıkrasında da “Türk Kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmanın yapılmasında 1 nci fıkra hükmü uygulanır” dendiğinden bir kanun ile onaylanmış bulunan uluslararası andlaşmalar diğerk kanunlardan üstün duruma geçmekte ve öncelikle uygulanmaktadırlar.

Özel kaynaklardan sözleşmeler ile resmi kaynakların karşılaşması halinde sözleşmelerin kanunların amir hükümlerine aykırı olmayan hükümleri öncelikle uygulanır. Amir hükümlere aykırı olan hükümler sözleşmeyi ortadan kaldırmıyorsa kanunlardaki amir hükümler sözleşmenin aykırı hükümleri yerine geçer.

Özel kaynaklar arasındaki sıralanma ise sözleşmeler, iç yönetmelikler, örf/adet kuralları ve öğreti şeklindedir.

## **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME :**

Yukarıda anlatılanlar dışında direkt olarak sporla ilgili olmayan daha pek çok kanun, tüzük ve yönetmeliklerde sporla ilgili dolaylı hükümler yer almaktadır. Bütün bunlar hep birlikte Türk Spor Hukukunun kaynaklarını oluşturmaktadır. Oldukça karmaşık ve dağınık halde bulunan bu mevzuat takip ve izlenme sorunları yarattığı gibi Türk Sporunun ihtiyaçlarını karşılamakta zaman zaman da yetersiz kalmaktadır. Bu sakıncaların giderilmesi için spor mevzuatının toplanarak sistematik olarak tedvin edilip yayımlanması ve ayrıca spor ile ilgili ana konuların içinde yer aldığı İş Kanunu, Dernekler Kanunu, Borçlar Kanunu gibi genel bir Spor Kanununun hazırlanmasının isabetli olacağı kanaatindeyim.





# ÖZGÜRLÜKÇÜ ANAYASA ÜZERİNE

Doç. Dr. Hasan T. FENDOĞLU (\*)

## 1. GİRİŞ

Türk Anayasalarına değinmeden önce, bir temel olabilmesi için demokrasiden söz etmek istiyoruz.

**A. Batı tipi Anayasacılığın iki temel ilkesi vardır; ilki devletin çatısını belirlemek diğeri bireyin özgürlüğünü ve temel haklarını korumaktır.** Günümüz anayasa hukukunun en üç konusu olduğu söylenebilir; (i) “Kurumsal anayasa hukuku” (kurumlardan bahseder, droit constitutionnel institutionnel); (ii) Normatif anayasa hukuku (normlar sistemini inceler, droit constitutionnel normatif); (iii) “Maddi anayasa hukuku veya hak ve özgürlüklerin anayasa hukuku” (temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasını konu alır, droit constitutionnel substantiel) (1). Bireyin özgürlüğü, Batı tipi Anayasacılığın önemli ve temel kollarından başlıcasıdır.

Ulusal anayasaların yanında sözleşmelere bağlı olan anayasalar da oluşmaktadır. AİHS ile oluşan katı anayasalar yanında, yu-

(\*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Çağlar, “**Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler**”, s. 13, dn. 1.



muşak AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilat) (2) anlaşmalarından doğan, Helsinki ile başlayıp devam eden ve Paris anlaşmasıyla sonuçlanan ancak yaptırımlarını fazla içermediği için yumuşak anayasa niteliğini getiren kuralları vardır (3). Uluslararası sözleşmelerle oluşan Anayasa hukukunun da başlıca endişesi, birey özgürlüğünü korumak, ona daha çok önem vermektir.

Anayasa sorunları Türkiye'nin gündeminden eksilmemektedir. Toplumun daha temel sorunları varken, hukuktan sözedilmesi kısmen yabancılaşma olarak kabul edilebilir. Ama Anayasadan yakınmalar giderek artmakta, sendikalar, düşünce ve siyaset dünyası, anayasal sorunlarla ilgilenmektedir. Kimi insanlar sırf düşüncükleri için cezalandırılmaktadır.

**B. Dünyada kimi ülkelerde demokrasi (halkın gücü) veya halkın iradesi denen şey, daha çok, halkın onaması (rızası, consensüs'ü) gibi görünmektedir. Uygulamada, halkın egemenliği değil de sanki halk üzerinde egemenlik varmış gibi görünmektedir.** Halka devredilen sözde bir hak gibi durmaktadır. Demokraside, halkın bütün katmanlarının ittifakı olmalıdır. Halkı dışlayan, sınırlı bir ittifak yeterli sayılmamalıdır (4). Oy ve vergiyi denetleme olanağı var olmalıdır. **Vergisini denetleyebilen insan vatandaş sayılır. Kimse konuşurken etrafına bakmamalı,**

- 
- (2) AGİK süreci için bk. Alpkaya, **AGİK Sürecinden AGİT'e İnsan Hakları**, Kavram Yayınları, İst. 1996. AGİK olarak devam eden süreç, Budapeşte Belgesinin kabul edildiği tarih olan 1994 yılında AGİT olarak benimsendi; İbid, s. 12 ve 19.
- (3) Bk. Çağlar, **"Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler"**, s. 67.
- (4) ALTAN : "Türkiyenin Bütün Sorunu Politik Devletten Liberal Devlete Geçmemesidir", s. 36 vd.



**herkes, gerçekten birinci sınıf insan işlemleri görmelidir ki; işte, demokrasi budur (5).**

24 asır önce türetilen demokratia yani "Halk tarafından yönetim" ne demektir? "Demos", halk, "kratos" idare veya otorite; yani halk tarafından yönetim nedir? "Halk", yani kimler, hangi insanlar? ABD'liler bir halk da Kanadalılar neden ayrı bir halk? Norveç ile İsveç neden ayrı? Kimler demosun üyesidir? Demokrasinin Avrupada en üst savunucuları olan **Lock ve Ruso**'da bu soruları aydınlatamamıştır (6). Eski Yunandan 2500 yıl önceden başlayarak yeni zamanlara kadar kimi insanlar mesela kadınlar) dışlanmışlardır. Bazen de dışlanmışların sayısı, içerdekilerden fazla olabilmıştır. ABD'de ve Güney Afrika Cumhuriyeti'nde, yakın zamanlara kadar, Siyahlar ve Kızıldereliler dışlanmışlar sadece beyazlar, yönetmeye ehil sayılmışlardı. Bu nedenle tutarlı bir demokrasi teorisi oluşturulmalıdır (7). Demokrasi bir idealdir; ama bugün bu ideali kısmen yaşayan mevcut rejimler vardır.

İktidarın kaynağı konusunda Ortazamanlarda tartışılan iki görüş vardı : "İktidar, Tanrı'dan çıkar" (=Omnis potestas a Deo); (ii) "İktidar, halktan çıkar" (=Omnis potestas a populo). Ortazamanlara egemen olan bu tartışma, günümüzde devlet-din ilişkilerinde yine karşımıza çıkmaktadır.

---

(5) Sartori, **The Theory of Democracy Revisited**, s. 30.

(6) Dahl, **Demokrasi ve Eleştirileri**, s. 4.

(7) Demokrasinin etimolojisinde geniş bilgi için bk. Sartori : **The Theory of Democracy Revisited**, New Jersey, 1987, by Chatham House Publishers, inc., p. 21-23.





Demokrasinin bilimdeki anlamı üzerinde uzlaşmış bir tanım yoktur. Batı gibi, Türkiye’de de demokrasinin, *objektif* kriterleri ve tanımı yapılamamıştır. Demokrasi gibi bir sözcüğün hem üzerinde anlaşmış bir tanım yoktur, hem de bir tanıma kalkışıldığında buna her taraftan itiraz gelmekte, demokrasi spekülasyonlarına ve anlam hokkabazlığına götürmektedir. **Demokrasinin “kültür” kelimesi gibi, üçyüzden fazla tanımı vardır ama bunlar içinde “halk egemenliği” temel öge sayılabilir.** Özgürlük, laiklik, sosyalizm, adalet, hukuk gibi kavramların tanımında da consensus yoktur. Bu kavramlardan her birinin birbiriyle uzlaşması olanaksız birkaç farklı anlamı vardır.

En büyük karmaşa demokrasi ve *demokratik hükümet* sözcüklerinin tanımında anlaşmaya varamamaktan doğmaktadır. Bu karmaşa, birtakım güç odaklarının, zorbaların ve halk avcılarının işine yaramaktadır. Demokrasi, sadece Batı uygarlığının bugüne kadar meydana getirdiği siyasal eserin adı olmadığı gibi, tek bir yazarı da yoktur. **Demokrasinin bazı esaslarının, Haçlı savaşları esnasında Ortadoğudan alındığı konusunda bazı görüşler bulunmaktadır. Çünkü Antik Yunan’daki demokrasi, günümüz demokrasisiyle çelişkili olup, azınlık demokrasisidir.**

Demokrasiyi anlatanlar, genelde ABD, İngiltere ve Fransa gibi gelişmiş ülkelerin yönetimlerini anlatıp, universal prestij kazanmaktadırlar. **Dünyadaki gerçek demokrasiler poliarşilerdir. Poliarşi, emir-kumanda merkezi çokluğu, iktidar dağılımı sistemleri demektir. Bir anlamıyla demokrasi, devletin millete zulmedememesi demektir (8).** Demokrasinin başta ge-

---

(8) Bk. A. Selçuk Özçelik, “Demokrasi Konusunda”, İlim ve Sanat, 1989, ss. 14-17.



len ilkesi, elbette kurallara veya kanunlara saygıdır (9). Joseph A. Schumpeter gibi yazarlara göre ise, demokrasiye halk egemenliği veya halkın kendi kendini yönetimi denilemez, doğrusu, “halkın tasvip ettiği rejimler” dir. Demokratik iktidar, keyfi iktidar yerine sınırlı bir iktidardır.

Gerçek anlamda demokrasi, bir toplum içindeki bütün çıkarların ve arzuların sadece ifade edilmesi değil aynı zamanda iradelerin oluşumunda politik sürece dahil edilmesiyle işlemeye başlar. Düşünce çeşitliliği veya düşünceler arasındaki rekabet sadece bu anlamda destekleyici bir rol oynar ve hatta demokrasinin kalıcılığını (istikrarını) sağlar. Böylece yukarıda da anlatıldığı üzere demokrasinin kalıcılığı için mevcut muhalefet, hükümet üzerine bir bakıma kontrol fonksiyonu yürütmüş olur. **Bir devlet içindeki bütün politik güçler aynı düşünceyi temsil ederlerse demokrasi zaten kendisini feshetmiş durumda demektir (10).**

Esasen demokrasi uzlaşma ve çelişme arasındaki ilişki sayesinde hayat bulur; o, birbirleriyle çatışan çıkarların temsili olanağının ve buna ilişkin problemlerin halledilmesi için en uygun devlet şeklidir. “Monarşi, mutlakiyet veya dikta rejimlerine karşın demokrasilerde devlet erkinin asıl yetkili sahibi halk olup monark, diktatör veya askeri rejim değildir”.; “Demokrasilerde devlet erkinin elde edilmesi ve bu erkin uygulanması somut bir şekilde halk tarafından tayin edilmeli ve devlet erki halka karşı sorumluluk taşımalıdır (11)”. Kimseye, hiçbir gruba veya sınıfa üstünlük tanınmaması, eşitlik ve özgürlük kavramları, demokrasinin temel di-

(9) Aron, **Demokrasi ve Totalitarizm**, s. 71.

(10) Institut Für Politikwissenschaften, **parteienverbot und modernes Demokratieverständnis**, p. 1-7.

(11) Institut Für Politikwissenschaften, **parteienverbot und modernes Demokratieverständnis**, p. 1-7.



rekleridir; ama Antik Yunan demokrasisi, bu iki kavrama yabancıdır (12).

Demokrasi bir metottur ama sonuçları ülkesine göre değişen bir usuldur. Demokrasi yaygın inanışa göre en iyi rejimdir. Meşruyetini ilahi bir güce dayandırmak iddiasında bulunan monarşiler seçkin bir zümrenin yönetimini esas alan oligarşiler, veya aristokrasilerle mukayese edildiğinde demokrasi gerçekten cazip bir yönetim şeklidir. Şayet demokrasinin karşısına monarşi (kişi veya hanedan yönetimi), aristokrasi (seçkinlerin yönetimi) ve teokrasi (yanılmaz ruhban sınıfının yönetimi) koyulduğunda bunun doğru olduğu görülmektedir. Bugün dünyada otuz kadar ülke, işleyen demokrasiye sahiptir ki bunların yirmi bir (21) kadarı parlamenter sisteme sahipken, yedisi yürütmenin başını doğrudan seçmektedir (13).

**C. Demokrasinin dört asıl (olmazsa olmaz) prensibi vardır :** (i) **Bireycilik**, Birey özgürlüğünün korunması ve bunun yasalarla güvence altına alınmasıdır. (ii) **Vekalet ve temsil**. Halkın yönetime iştirak etmesi için Meclis sisteminin işlemesi gerekir. (iii) **Çoğunluk**, Herkese, oy hakkının tanınması ve yönetimin çoğunluğa dayanması şarttır. (iv) **Muhalefet özgürlüğü**. (14) Bunun için de siyasal partilerin varlığı gereklidir; muhalefetin özgürlüğü şarttır, aksi halde “çoğunluk diktatörlüğü” ile karşı karşıya kalabiliriz.

- 
- (12) Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta, 7. Bası, İst. 1995, s. 5.
- (13) G. Bingham Powell, Jr., **Çağdaş Demokrasiler, Katılma, İstikrar ve Şiddet**, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Çev. Mehmet Turhan, Ank. 1990, s. 1 ve 208.
- (14) Muhalefet özgürlüğü konusunda mukayeseli bir çalışma için bk. “Osmanlı’da “Muhalefet Hakkı” başlıklı bildirimiz. **İnsan Hakları Sempozyumu**, İstanbul, 16 Aralık 1995, 2. B., İst. 1998.



Bu kavramlar üzerinde kısaca durmak istiyoruz; **(i), Bireycilik**; Fransız devrimi arefesinde gelişen “ne Tanrı ne Efendi” yani “ne Kilise ne de Kral” söylemi, insanın değerini ön plana çıkardı. Bireycilik, bir açıdan, bireyin (insanın) dışında ve üstünde olan bütün ilahi ve manevi otoriteleri red eden bir felsefi görüştür. Bireycilik, Stao, Hristiyanlık ve doğal hukuk anlayışlarının bir sonucudur. Ama bireyciliği asıl yükselten Liberal Kapitalizmdir. Çünkü **Max Weber’e** göre, kapitalizmin gelişmesi için bireyciliğin yaşama felsefesi olarak kabulü gerekmektedir. **Darwin biyolojide, Max Weber sosyolojide, Tocqueville siyasette, Adam Smith iktisatta bunu yani çıkarı için çalışan ve mücadele eden adamı (homo-ekonomicus=ekonomik insan) savundu.**

Gerek 1789 tarihli Fransız İhtilali gerekse 10 Aralık 1948 tarihli İHEB ne göre, birey “**özgür ortamda başkalarıyla yarışarak kendini gerçekleştirme hakkını**” teminat altına alabilen bir varlıktır.

**Demokrasi, serbest piyasa ekonomisini savunur. Serbest Piyasa Ekonomisinin diğerlerinden daha yetenekli ve güçlü olana üstünlük sağlayan bir eleştirisel yönü de vardır.** Bütün denizler serbest ama timsahlarda denizde serbest bırakılmış ise, denizler serbest bırakılmış sayılamaz. Fransız İhtilali sonrasında, giderek birey atomize olmuş adeta sosyal kukla durumuna düşmüştür. Resmi toplum (devlet) ve kurumlar bireyin gelişimini engelleyebilmiş, birey resmi toplum karşısında yalnız kalmıştır. Grup ve mesleki cemaatlar dağıtılmış, devlet ceberrutlaşmıştır. İşte bazı ülkelerde, Demokrasiye, devletin bu ceberrutluğunu gizleme görevi yüklenmiştir. Bu ülkelerde, Devlet, bireyi yutan azman bir yapıda olup, sağlıktan eğitime her şeye müdahale etmektedir.



**D. Yasama Meclisi, Yürütmenin emri altında olmamalıdır.** Yasama, Yürütmeden ayrı olmalı, ikisi arasındaki ilişki kurallarla düzenlenmelidir. Yasama devletin elinde olmayınca yürütmenin manipülasyonları boşa çıkar. Günümüzde üst hukuk ilkelerini Anayasa belirler ama Anayasayı, siyasi toplumla sıkı ilişkisi olan “İhtilal Yapan Seçkinler” yapmaktadır. Meclisin, halk iradesinin ürünü olan bir yasayı çıkarması birçok koşula bağlıdır.

Yönetim çoğunluk esasına göre olmalıdır. Kurullarda kararlar gerçekten oy birliği veya oy çokluğuyla alınmalıdır (15). Demokrasi halkın çoğunluğunun istekleri önem taşır. Ama bu çoğunluğun diktatörlüğüne yol açmamalıdır. Çoğunluk tek meşruiyet kaynağı ise, II. Dünya Savaşında, elli yedi milyon insan öldükten sonra devrilen Hitler ve Mussoloni'nin rejimlerini de meşru kabul etmek gerekir. Çoğunluk yaptığı hatayı kabul etmeyebilir. Sezar ve Neron da çoğunluğu memnun etmenin yollarını bulmuşlardı. Çoğunluğun da azınlığın da despotluğuna karşı çıkılmalıdır.

Hamilton'un dediği gibi, “tüm iktidarı azınlığa verirseniz, azınlık çoğunluğu ezer.” Muhalefet engellenir, kösteklenir veya ezilirse, o zaman deyim anayasal anlamında bir “çoğunluk zorbalığı”ndan söz edebiliriz. Seçimli zorbalık da söz konusu olabilir. **Çoğunluğun zorbalığı, azınlık haklarını olumsuz etkilemek ve özellikle muhalefet hakkına saygı göstermemektir.** Yöneticinin zorbalığına karşı koruma yetmez; egemen olan **fikir ve kanat zorbalığına, kişilerin hepsini kendi örneğine uymaya zorlama eğilimine de karşı korumak gerekir.** Çoğunluk ilkesi, toplumsal zorbalığı meşrulaştırarak daha şiddetli bir hale getirebilir. Çoğunluk ilkesi, azınlıkların korunması sorununu ortaya çıkarır. O halde **sınırlı çoğunluk ilkesi** gerekir. Çoğunluk kuralı ve ço-

---

(15) Bk. Fendoğlu, **Hukuk Bilimine Giriş**, Filiz Kitapevi, İst. 1997, s. 101-102.



ğunluk ölçütü fikri, Locke'den önceye pek gitmez. Aristo, bu ölçütü değil, bir durumu anlatmıştır. Bu ilke, Antik Yunanistan'da önemsiz bir ölçüttü. **Çoğunluğun hakkı, çoğunluğun haklılığı demek değildir.** Liberal demokrasiyi kuran yazarlar, (=Madison, Jefferson, Tocqueville, ve Mill), azınlığın değil de çoğunluğun zorbalığı ile ilgilenmişlerdir.

Aristokratlar, zeka ve bilgi üstün gücünün kendilerinde olduğunu, avama fark attıklarını, yüz tane akılsız insanın bir tane akıllı insan edemeyeceğini belirtir. Rene Guenon ve Pareto gibiler keskin eleştiriler getirir : Seçkin (elit) teorisine göre, seçkin insan farklı yaratılmıştır. Büyük küçükten doğmaz. Bilimde uzmanlık gerekir; seçkin bilgi seçkin insan aranır. Oysa, seçkin olmak soylu olmak değildir. Tarihimizde, havass (seçkin) - avam (halk) ayrımı olmakla birlikte, havasslığın etnik veya sınıfsal temeli yoktur. Avam çaba ile havass olabilir.

Kısaca, **çağdaş demokrasilerin üç dayanağının olduğu** belirtilebilir, (i) Sınırlanmış çoğunluk yönetiminin egemenliği; (ii) Oyların eşitliği ve dürüst seçim yöntemi; (iii) İktidarın temsil yoluyla devredilmesi (16).

Liberalizm, özgürlük demektir. Bu ilke, insanların doğuştan özgür olduklarını benimser. Avrupa'nın son 400 yıllık doktrini liberalizmdir. Liberalizm, var olduktan 300 yıl sonra ismi konmuştur. Liberalizm, son 30-40 yıldır bugünkü anlamında kullanılmaktadır. Liberal doktrinin kurucusu Benjamin Constant (1767-1830) tır (17). **Liberal demokrasinin üç önemli özelliği, (i) Siyasal sözleşme özgürlüğü, (ii) İstedığı partiye oy verme özgürlüğü,**

(16) Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, s. 32.

(17) Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, s. 235.



(iii) **Çoğunluğun hükmetmesidir. Liberal demokrasi** de bir usuldür.

Eşitlik, insanların doğuştan birbirine eşit olduklarını, asalet, sınıf veya soy gibi nedenlerle insanlar arasında ayırım yapılamıyacağına belirten düşüncedir. Aydınlanma çağında yönetimi elinde tutan aristokratlara (soylulara) karşı, öncelikle aydınlar tarafından insanların birbirine eşit oldukları belirtilmiştir. Demokrasi, eşitliği özgürlük içinde ister; oysa despot rejimler, eşitliği fakirlik ve kölelik içinde istemektedir. Eşitlik ve özgürlük, demokrasinin temel esaslarıdır. Demokrasilerde “bütün vatandaşlar özgür ve eşit olup hiç bir kısıtlamaya tabi olmadan politik irade oluşum sürecine katılma hakkına sahiptir “ (18).

Liberalizm, demokrasinin bir aracı iken, demokrasinin kendisi liberalizmin bir aracı değildir. Demokrasi kavramı, liberalizmden daha geniş bir anlam içerir. Liberal demokrasinin formülü özgürlük yoluyla eşitliktir, yani özgürlükler kullanılarak eşitlik sağlanır. Marksizme göre, liberal demokrasi, sadece yapmacık bir burjuva ve kapitalizm demokrasisidir. Liberal demokraside devletin gücü, birbirine müdahale edemeyen yasama, yürütme ve yargı şeklinde üç erktir. Ülkedeki diğer güçler, bu üç erkin üzerinde değildir. Liberalizm halkı özgürleştirme, demokrasi ise halkın kendi kendisini yönetmesidir.

Abraham Lincoln (1809-1865) 1863 tarihli Gettysburg Söylevi'nde, demokrasinin anılmaya en layık olan sistem olduğu belirterek, şöyle tanımlamıştır : **“Demokrasi, halkın, halk eliyle halk için hükümetidir” (Government of the people, by the people, for the people)**. Bunun anlamı şudur; (i). Hükümet **halkın**

---

(18) Institut Für Politikwissenschaften, **Parteienverbot und modernes Demokratieverständnis**, p. 1-7.



**hükümeti** olmalıdır. Hükümet halka hükmeder ama baskı yapamaz; hükümeti halk seçer, hükümet meşruiyetini halktan alır. (ii) **Halk eliyle hükümet.** Bunun, belirsiz bir kavram olduğu söylenebilir. (iii). **Halk için hükümet.** Bu, halkın çıkarı, yararı ve kazancı için kurulmuş hükümet demektir. Oysa bazı Ortadoğu ülkelerinde yönetim, “halka rağmen halk için”dir. Buna göre, demokrasinin kaynağı halk, amacı ise kamu yararadır.

**Churchill** (1874-1965) ise, demokrasinin zaaflarını gözönüne alarak, onu şöyle tanımlamıştı; **“Demokrasi kötü bir ölçüttür ama diğerleri ondan da kötüdür”**. Karl Popper, Joseph Schumpeter, Huntingon gibi yazarlara göre, demokrasi, toplumsal münasebetleri tayin etmede bir usuldür. Demokrasi, özgürlük ve eşitlik tir. Platon’a göre demokrasi, “alabildiğine zengin olmak isteğinin, doymak bilmez bir mal açlığının” sonucudur (19).

**E.** Demokrasinin temel düşüncesinin ne olduğu konusunda net bir fikir yoktur. Demokrasinin temel felsefesi nedir? Tek bir demokrasi ana teorisi olmalıdır diye düşünülebilir ama gerçekte birden çok demokrasi teorisi vardır. **Bu teorilerin bazıları şunlardır** : Radikal demokratik teori, yeni radikal demokratik teori, çoğulcu demokratik teori, elitci demokratik teori ve liberal-demokratik teori. **Liberal-demokratik teorinin** diğerlerinden daha tam olduğu açıktır (20). Demokrasi teorisinde üç kavram tartışılmaktadır; (i) **Halk egemenliği** ne demektir? Halk kelimesinin kapsamı-

(19) Bu ve benzeri tanımlar için bk. İsmail Kılhoğlu, **“Demokrasi Üstüne”**, İlim ve Sanat, S. 23, 1989, s. 30, (ss. 28-30).

(20) Geniş bilgi için bk. Fuat Keyman, **“Nasıl bir Liberal Demokrasi”**, Diyalog Dergisi, Türk Demokrasi Vakfı Yayını, Sayı, 1, 1996/1, ss. 93-109; Levent Köker, **“Radikal Demokrasi”**, aynı dergi, ss. 10-118. Ayrıca bk. Karl R. Popper, **“Demokrasi Teorisine Dair”**, Çev. Ümit Özdağ, İlim ve Sanat, 1989, ss. 25-27.





na kimler girer? (ii) **Eşitlik** nedir? İstisnaları ve bu istisnaların ölçüsü nedir? (iii) **Kendini kendini yönetme** (self government) ne anlama gelmektedir? Halk, yöneten mi, yoksa yönetilen midir? Bu üç kavram (halk egemenliği, eşitlik ve kendi kendini yönetme) birbirleriyle ilişkilidir. Kendi kendini yönetme, gerçek anlamda, belki de sadece mikro-demokrasilere (site-demokrasisine) özgüdür.

**F. Samuel Huntington'a göre, demokratikleşmenin birinci dalgası (1820-1920)**, 1820 lerde başlayıp yaklaşık yüz yıl sürmüştür. Bu birinci dalganın kökleri Amerikan ve Fransız devrimleridir. Bu dalga sonucunda **genel oy hakkı** elde edilmiş, üst yöneticilerin parlamentoya karşı **sorumluluğu** kabul edilmiştir. Bu olumlu gelişmeden sonra, Demokratikleşmenin **birinci ters dalgası gelmiş**; 1920 lere hakim olan Mussolini ve Hitler gibilerin (İtalya, Almanya, Çekoslovakya, Brezilya, Arjantin, Uruguay, Yunanistan, İspanya ve Japonya'da hüküm süren) otoriter rejimleri hüküm sürmüştür.

**Demokratikleşmenin ikinci dalgası (1950-1960)**, 2. Dünya Savaşından sonra başlamış, 1950 lerin başlarında Türkiye, Yunanistan ve Uruguay demokrasiye dönmüştür. İkinci demokratikleşme dalgası 1960 ların başında sona ermiş; Peru, Brezilya, Bolivya, Arjantin ve Ekvator'da askeri darbeler idareyi ele almış; Pakistan ordusu (1958), Endonezya odusu (1965), Filipinler'de Marcos (1972), Hindistan'da Gandhi (1975) demokrasiyi askıya almış; Yunan demokrasisi 1967 de askeri darbeye yıkılmış; Türkiyede ordu, 1960-1961, 1971-1973, 1980-1983 yıllarında yönetimde bulunmuştur.

**Demokratikleşmenin üçüncü dalgası**, 1974'de Portekiz devrimiyle başlamış; yaklaşık 30 kadar ülkede (Avrupa, Asya ve Latin Amerika'da) otoriter yönetimlerin yerini demokratik rejimler almıştır. Bu dönemde güçlü bir küreselleşme eğilimi başlamış,



1989 da yapılan Yüksek Sovyet Seçimlerinde Rusya Komünist Partisi'nin ileri gelenleri yenilgiye uğramış, 1990 başlarında Baltık ülkeleri çok partili sisteme geçmiştir. Polonya, Doğu Almanya, Çekoslovakya ve Romanya'da kominizm çökmüştür. **Demokratikleşmenin üçüncü dalgası, hala devam etmekte ise de bazı küçük ters dalgalardan olduğu da görülmektedir.**

G. Otoriter rejimleri kuranların daha sonra demokrasiye geçtikleri görülmektedir. Fakat bu geçiş süreci sonunda otoriter izler bırakılmaktadır ki buna Batı'da çıkış garantileri (exit guaranties) denilmektedir.

**Demokratik düzene geçişin üç yolu vardır. (i) Birincisi** reform yolu (path of redemocratization) olup, geçiş sürecini bizzat otoriter rejim yöneticileri yürütürler. Huntington buna **transformation** demektir. **(ii) Kopma (ruptura) yolu**, devrim, dış yenilgi, halk ayaklanması sonucu eski yöneticilerin yeni düzende rol almadıkları durumlardır. İran, Küba gibi. **(iii) Sözleşme (pakt) yolu** ise, eski rejimin yöneticileriyle muhalefetin aralarında anlaşmaları durumudur. Huntington, sözleşme yolu yerine transplacement deyişini kullanır (21).

Ancak demokratik düzene geçiş için, otoriter liderler **çıkış garantileri (exit guaranties)** isterler, ve bu çıkış garantileri de değiştirilmesi çok zor olduğu için Anayasa ile elde edilir. Huntington'a göre, iktidardan çekilen bürokrat-askeri-otoriter kişiler, yeni yönetimde de, iktidarlarını sürdürmek istemekte, özerk yapılarını güvence altına almakta ve sivillerin etkinliğini önemli ölçüde sınır-

---

(21) Yazıcı, **Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 18. Ordu-sivil iktidar ilişkisi konusunda yerli ve yabancı literatür için bk. ibid, s. 43-44.



lamaktadırlar (22). **Çıkış garantileri de değişik olabilir;** (i) Bürokrat-askeri-otoriter yetkinin, vesayet yetkisine (tutelary power) dönüşmesi olabilir. (ii) Seçilmiş makamlara ait olması gereken önemli yetkilerin atanmışlara verilmesi demek olan **saklı alanlar** (reserved domains) oluşturulabilir. Türkiye’de 1971-1973 de elde edilen anayasal ayrıcalıklar korunmakla birlikte, 1982 anayasası ile yenileri eklenmiştir. (iii) Seçim sürecinin yönlendirilmesi (manipulation of the electoral process) çıkış garantisi olabilir. (iv) Bürokrat-Askeri rejime ait işlemlerin geri alınamaması, iptal edilememesi (irreversibility of the actions of the military regime), veya yargı yolu kapalı tutulabilir. (v) İktidardan ayrılan bürokrat-askeri rejimler, kendileri için af kanunları (amnesty laws), veya kendilerine karşı soruşturma yasağı getirebilirler (23).

## II. ÖNCEKİ TÜRK ANAYASALARI VE ÖZGÜRLÜK :

**A. Türkiye’de, 1876 Kanuni Esasisi, Senedi İttifak ve Tanzimat Fermanına göre daha ileri bir aşama olup, anayasal-siyasal hayata çok önemli katkılar getirmişti.** İktidar hukukla bağlanmış, temsili rejime geçiş benimsenmiş, kişi hakları tanınmış, ciddi adımlar atılmıştır. Ama Halife-Sultana ayrıcalıklar tanınması, parlamentoyu yeterince korumayı, özgürlüklerde noksanlığı eleştirilmektedir (24).

---

(22) Yazıcı, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 25.

(23) Geniş bilgi için bk. Yazıcı, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 39.

(24) Detay için bk. Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiyede Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci) (1989-1939)**, TTKY, Ank. 1996.



**1909 Anayasa Değişikliği (veya genişliği ve önemli nede- niyle 1909 Anayasası) :** Bununla yeni bazı haklar tanınmış, hükümdarın yetkileri kısılmış, parlamento güçlendirilmiş, yasama- yürütme arasında denge kuran parlamenter sistem kurulmuştur.

**B. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu :** Kurtuluş Savaşının ana- yasası olan bu metin, geçiş dönemi koşullarına göre hazırlanmıştı. Temel haklar konusunda bir şey içermemektedir. Daha önceki ana- yasal metinlere göre daha liberaldir.

**C. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu :** Bireycilik ve doğal hu- kukun izlerini taşır. Milli egemenlik, klasik hak ve özgürlükler dü- zenlenmişti, ama hakların güvencesi yoktu. Bu anayasa liberalleş- me, özgürlük ve demokrasinin önüne engel olmamıştır.

**D. 1961 Anayasası :** Cumhuriyet döneminde ilk askeri müda- hale 27 Mayıs 1960'da yapılmıştır. 1960 darbesi, TSK'nın hiyerar- şisine rağmen yapılmıştı, hiyerarşik değildi. 1961 (ve 1982 Anaya- saları) orduya garantörlük görevi vermemişti ama İç Hizmet Yasa- sınının 35. maddesi Orduya, Türk yurdunun ve Türkiye Cumhuriye- tinin korunması ve kollanması görevini vermiştir. Askeri liderler, eylemlerini meşrulaştırmak için bu maddeye başvurmuşlardır.

**1971 Anayasa değişikliği ile,** askeri yargı sivil yargı aleyhi- ne genişlemiş, asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin dene- timi Danıştaydan alınarak AYİM adıyla yeni oluşturulan mahke- meye verilmiştir (140/son). KHK yetkisi ile yasamanın gücü ve üni- versite, TRT gibi özerk kuruluşların özerkliği azaltılmıştır. 1961 Anayasası ile özgürlük asıl, sınırlama istisna iken, 1971 değişikli- ği ile bu durum tersine çevrilmeye çalışılmıştır (25). Anayasanın 11. maddesinden bu durum açıkça anlaşılmaktadır.

---

(25) Tanör, Bülent, **İki Anayasa**, s. 57.



**Sonuç olarak, bütün anayasalarımız daha fazla özgürlük, bireyin daha liberalleşmesi için bir ileri adım olarak gelmişti. Ama önce 1971-1973 değişiklikleri, sonra 1982 Anayasası bu olumlu gelişmeyi geriye götürmüştür.**

### **III. 1982 ANAYASASI VE ÖZGÜRLÜK :**

**A. 1982 Anayasası, liberal batı demokrasisi anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı olarak siyasal iktidarın sınırlanmasına dayanmaz. Batı liberal anayasacılığın özü, siyasal iktidarın sınırlanmasıdır.** Feodal monarşilerin ve payandaları olan sınıfların keyfi ve dizginsiz yönetimlerine karşı anayasalarla karşı çıkmıştır. Bizde 1876 ve 1909 tarihli Meşrutiyet anayasacılığı monarşinin sınırlanması işlevini görmüşken, 1909 ve 1961 anayasaları özgürlük ve demokrasinin kurumsallaşmasını hedeflemişlerdir.

1980 darbesi öncesinde, toplumun dokusu yırtılmış, artan terör olayları karşısında özgürlüklerin fazla geldiği propagandası yapılmış, özgürlük kavramının cazibesi yitirilmiş, halk terör olaylarıyla canından bezmiştir.

Anayasa tarihimizde ilk kez, 1982 anayasasının esas dürtüsü, özgürlük ve demokrasinin korunması ve güçlendirilmesi değil, otoritenin güçlendirilmesi olmuştur. 1982 Anayasasında verilen özgürlükler, daha sonra “ancak” denilerek geri alındığı için buna “**Ancak Anayasası**” diyenler de olmuştur (26). 1982 Anayasası olağanüstühal teknikleri ile yazılmış ve yargı bağıışıklığından yararlanan ikinci bir anayasa oluşturduğu için, bu ikinci anayasaya “**İstisna Anayasa**” da denilmiştir (27).

(26) Tanör, **İki Anayasa**, s. 109 dn. 17.

(27) Çağlar, “**Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler**”, s. 26.



Türkiye’de yapılan dört darbe arasında aynılık ve aynılıklar vardır. Dördünde de, sivil parlamenter rejime müdahale edilmiş, parlamento feshedilmiş (1960 ve 1980), parlamento dışı hükümetler kurulmuş (1971-1973) yeni anayasalar yapılmış (1961 ve 1982), veya önemli değişiklikler yapılmıştır (1971) tır.

**Bir liberal-demokratik anayasada olması gereken dört koşul şunlardır; (i) Özgür ve çoğulcu bir ortam; (ii) Siyasal partilerin özgürce faaliyette bulunması; (iii) Temsililik; (iv) Referandum (28).**

Bu ilkeler karşısında 1982 anayasasına bakıldığında liberal-demokratik anayasalara da, genç Akdeniz demokratik anayasalarına da (İspanya, Yunanistan) benzemediği, aksine bazı Latin Amerika anayasalarına uyduğu görülebilir. Çünkü; **1.** 1982 Anayasası hukuken temsil niteliğine sahip bir meclis tarafından yapılmamıştır. Çünkü Danışma Meclisi, seçimle gelen bir meclis niteliğinde değildi. Fiili iktidar MGK idi. Anayasanın kuruculuk hakkı MGK ya aittir. Bunu 1961 deki gibi az-çok temsil niteliği bulunan Temsilciler Meclisi ile de paylaşmamıştır. Anayasa için son söz söyleme hakkını tekelinde bulundurmıştır. Seçimsiz temsil ve vekalet, demokratik kamu hukukunda kabul edilmemektedir (29). Kamu hukukumuzun uzak tarihinde de Meclis kelimesi (Meclisi Ahkamı Adliye gibi) bu anlamda kullanılmakta idi (30). **2.** Danışma Meclisi hukuken olduğu gibi sosyolojik açıdan da toplumu temsil etmekten, toplumun gerçek durumunu yansıtmaktan uzaktır. **3.** Kurucu Meclis (MGK ve DM), 1961 Anayasasının aksayan yönlerini düzeltmek istememiş ve yeni bir anayasa yapma yolunu seçmiş-

---

(28) Tanör, **İki Anayasa**, s. 100.

(29) Tanör, **İki Anayasa**, s. 101.

(30) Tanör, **Türk-Osmanlı Anayasal Gelişmeleri**, İst. 1992, Der Yayınları, s. 39.



tir. **4.** Yapılan anayasanın tartışılması da baskıcı bir zamanda olmuştur. Tartışmaların sadece basında ve az bir süre içinde yapılmasına izin verilmiştir. **5.** Yapılan anayasaya meşruluk verecek olan halk oylamasının da halk oyalamasına dönüştüğünü gösteren örneklerin olduğu iddiası vardır (31). Anayasa kabul edilmeyince durumun ne olacağı da belirtilmemiştir; bunun anlamı, askeri yönetimin devam edeceği miydi? Verilen oyların Sayın Evren'in Cumhurbaşkanı olması için mi, yoksa Anayasa için mi olduğu da açık değildi. MGK. nın 71 sayılı kararıyla, Sn. Evren'in anayasayı tanıtm konuşmalarının eleştirisi yasaklanıyordu (32). Bu nedenle bir anayasa referandumundan değil, plebisitten söz edilebilirdi.

**B. 1982 Anayasasının** kaynakları, (i) 1961 Anayasasının 1971 değişikliği; (ii) AİHS ki bundan biçimsel olarak faydalanılmıştır; (iii) MGK nun daha önce çıkardığı yasa ve emirler ki bu "Anayasa, yasaları belirler ve doğurur" anayasal anlayışına uygun sayılmamaktadır. 1982 Anayasasının kurucu iktidarı olan MGK, başta Anayasal ve siyasal alana ait asayiş ve güvenlikle ilgili olanları olmak üzere, devletin temel yasalarını TBMM ye bırakmamış, bizzat kendisi yasalaştırmıştır. Bu temel yasalar için, Anayasanın geçici 15. maddesi gereği, anayasa yargısı yolu kapalıdır (33). 1980-1983 arası tek kurucu iktidar, 5 kişiden oluşan MGK'dır.

**C. 1982 Anayasasında AİHS'ne aykırılıklar vardır; 1.** AİHS nin 17. maddesinden kısmen yararlanılmış, sadece bireylerin, özgürlüğü kötüye kullanmaları yasaklanmış olup, burada ge-

---

(31) Tanör, **İki Anayasa**, s. 104-105.

(32) RG. 17845-21.10.1982.

(33) **RG.** 22.12.1985-18966, E. 1985-19, K. 1985-21, KT. 28.11.1985. s. 291.



çen “devlet” sözcüğü anayasa metninde yer almamaktadır. **2.** Yine 17. maddede geçen sadece eylemler iken, 1982 Anayasası, düşünceyi de yasaklamıştır (34). AİHM nin bazı kararlarında kullandığı, “Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen meşru amaçla orantılı olması gerekir” (35) ilkesine uyulduğu pek söylenemez. Devlet siyaseti, hukukun üstünlüğüne üstün tutulmuştur. **Bununla birlikte uygulamada, Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmeleri (36), hukukun genel prensiplerini (37), İHEB ni ve AİHS ni (38) referans norm olarak ya da dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici ilke olarak kullanmıştır.**

**D. 1982 Anayasasınının 1961 Anayasasından farkları şunlardır; 1.** Önceki Anayasa yürütmeyi “görev” olarak nitelemiş iken, 1982 Anayasası, yürütmeyi “görev ve yetki” olarak belirlemiştir. Üstelik bu yetki 1982 anayasasına göre, bizzat Anayasadan alınır. **2.** Düzenleme ve kural koyma yetkisi, olağan ve olağanüstü

---

(34) Düşünce özgürlüğü konusunda Anayasa Mahkemesi kararı şöyledir; Düşünce özgürlüğü, her türlü sorumsuz davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız anlamda olamaz; toplumsal yaşayışla dengeli olmalıdır; AYM, 8.4.1963, E. 1963/16, K. 63/83, AMKD, S. 1, s. 199.

(35) **Handyside kararı**, 7.12.1976 tarihli, Serie A, No. 24, **Sunday Times Kararı**, 26.4.1979 tarihli, Serie A, No. 30.

(36) **AYM** nin 29.1.1980 günlü, E. 1979/38, K. 1980/11, RG 15.5.1980, S. 16989,

(37) **AYM** nin 22.12.1964 günlü, E. 1963/166, K. 1964/76 sayılı kararı, AMKD. S. 2,

(38) **AYM** nin 29.1.1980 günlü, E. 1979/36, K. 1980/11, RG 15.5.1980, S. 16989. Başka kararlar da vardır; bir değerlendirme için bk. Özbudun, Ergun-Ali-efendioğlu, Yılmaz, “**Türkiye Raporu**”, Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 27 Nisan 1987, Lizbon, Ankara 1988, s. AYM Yayını 181-206.





hallerde KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. **3.** Cumhurbaşkanının yetkileri oldukça artırılmıştır. Olağanüstü bunalımlı durumlarda verilebilecek bu yetkiler bunalım çözücü olamayabilir. Cumhurbaşkanı, yetkili ama sorumsuz bir kişidir. Bu, anayasal-siyasal geleneklerimize, tarafsız cumhurbaşkanı ilkesine uymaz. Çift başlı yürütme ile, Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında adeta bir kolisyon kurulmuştur. İki başlı sistemin yürütmeyi güçlendirici mi, yoksa zaafa mı uğratacağı zamanla belli olacaktır. **4.** Yargının Bağımsızlığı, 1961 Anayasasına göre oldukça zedelenmiştir. 1980 e kadar yargının “bunalım emici” işlevi sürmüştü. Bu işlevin yararları 1980 sonrasında zaafa uğramıştır. Bir çok devlet işlemleri, yargı denetimi dışına çıkarılmıştır (1982/125-2, 159-4, 125-6 gibi) (39). **5.** Anayasa olası her tartışmayı düzenlemeye çalışan ayrıntılı bir görünüm içerisindedir. 1961 anayasasından farklı olarak bu ayrıntı özgürlük yanlısı olarak değil, otoriteyi güçlendirmek için kullanılmıştır. Yasa konularının Anayasa ile düzenlenmesi, hatalı olmuş, çok zor değiştiği içinde Anayasa toplumun gerisinde kalmıştır. Oysa, “Yasaklayıcı hükümler anayasa konusu olmaktan çıkarılmalı, yasa koyucunun takdirine bırakılmalıdır” (40) **6.** 1982 Anayasası 12 Eylül Anayasasıdır; milletin seçmediği DM hazırlamış, MGK son şeklini vermiştir; oylamada **evet** demek serbest iken **hayıra** hayır denilmiştir. Anayasanın çoğu yanı yasaklı ve pıtıraklıdır (41). 1971 değişikliğiyle “idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” hükmü getirilmişti; 1982/125-4 ile de, takdir yet-

---

(39) Tan, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, s. 46.

(40) Uygun, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 194.

(41) İnal, Turgut, “1982 Anayasasının Getirdiği Sıkıntılar İle Anayasa Yargısına Genel Bakış”, Anayasa Yargısı, Ankara 1996, AYM Yayını, no 32, 176-177.



kisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez” denilmiştir. YAŞ, HSYK kararları ve Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı kararnamele yargı dışında bırakılmıştır. 1982 den en çok yara alan yargı olmuştur. KHK lerin denetlenmesi daha da daraltılmış, koşullara bağlanmıştır. “Anayasa Mahkemesi, ...kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” denilmiş (153/2); Anayasa Mahkemesine dava açma yetkisi kısıtlı tutulmuştur. 1971 ile TRT nin özerkliği son bulmuş, Üniversite gibi bazı kurumların özerkliği azaltılmıştır. **1981 de üniversitelerin idari özerkliği kaldırılmıştır.** 1982 Anayasasının temel özelliği, özgürlük değil yasaklama ve sınırlamalar olduğundan, bu Anayasa, demokrasi önünde bir engel olarak nitelenebilir.

1982 Anayasasında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin birtakım eleştirileri kısmen de olsa karşılamak üzere Anayasada, 3361 sayılı **17.5.1987** günlü kanun, 3913 sayılı **8.7.1993** günlü kanun ve 4121 sayılı **23.7.1995** günlü kanun **çıkarılmıştır** (42). Bu değişikliklerle özgürlüğün alanı yetersiz de olsa, genişletilmiştir.

**E. 1982 Anayasasının geçici 15. maddesi 12 Eylül rejimi yöneticilerine ve bu yönetime ait işlemlere yargı bağımsızlığı sağlamıştır.** Geçici 15. maddenin 3 fıkrasına göre, “**Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, KHK ler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez**”. Anayasasının geçici 15. maddesiyle oluşturulan istisna ile bir istisna anayasası oluşturulmuştur. Böylece bazılarında bazı kurallar uy-

---

(42) 3361 sayılı 17.5.1987 günlü kanun (Resmi Gazete 18.5.1987-19464), 3913 sayılı 8.7.1993 günlü kanun (Resmi Gazete 10.7.1993-21633), 4121 sayılı 23.7.1995 günlü kanun (Resmi Gazete 26.7.1995-22355).



**gulanamamaktadır (43).** 12 Eylül 1980 ile 6.12.1983 arasında 883 yasama işlemi çıkarılmıştır ve bunların büyük bölümü Sendikalar, Siyasi Partiler ve Seçim Yasaları ve Olağanüstü hal yasaları... gibi yasalardır. Askeri müdahaleden sonra askeri yöneticilerin kendilerini güvence altına almak ve kurulacak demokratik yönetimde etkilerini sürdürebilmek için sivil siyasal kadrolara önerdikleri **“çıkış garantileri”** (exit guarantees) vardır. Türkiye bu açıdan Şili, Portekiz ve Brezilya ile benzerlik gösterebilir. Bu demokrasilerin pekişme (consolidation) şansları zor gibi görünmektedir (44).

**Kısaca 12 Eylül Hukuku yargı kısıntısı veya bağışıklığından yararlanmaktadır ki; buna olağanüstü hal anayasacılığı denir. Olağanüstühal anayasacılığında kullanılan bir başka teknik, kriz düzenleme ve uygulamalarına yargı kısıntısı getirme tekniğidir. Anayasanın 148. maddesine göre, kriz kararnamelelerine karşı şekil ve esas bakımından, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz (45). Bu haliyle “Türkiye’de olağanüstü rejim, bireysel ve kurumsal düzlemde, içselleştirilmiş ve benimsenmiştir” (46).**

---

(43) Bk. Çağlar, **“Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”**, s. 65. ANYM, geçici 15. maddeyi hukukun genel prensiplerine getirilen bir istisna olarak kabul etmekte ama Danıştay, bu istisnayı aşmak istemektedir.

(44) Yazıcı, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 13.

(45) Çağlar, **“Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”**, s. 25.

(46) Gemalmaz, M. Semih, **Anayasada Olağanüstü Rejim Demokratikleşmede Sivil Toplum**, İst. 1995, Kavram Yayınları, s. 5. Türkiyedeki NGO da olduğu gibi genelde de olağanüstü rejimini demokratikleştirme eğitim ve istenci yoktur; ibid s. 110 ve 128.



Geçici 15. maddenin 3. fıkrasının kaldırılması ve bir fıkra eklenmesi konusunda TBMM Anayasa komisyonu tarafından bütün partilerin oybirliğiyle karar alınmış ve Genel Kurula sevk edilmişse de, yapılan oylamada kabul oyları 200 de kalmıştır (47). Ara rejimde çıkarılan 12 Eylül yasaları, anayasadan da ileri ölçüde demokrasi ve özgürlüklere dar bir alan ayırmıştır. Bu yasaların anayasaya aykırı sayılmıyacağı şeklindeki hükmün artık yürürlükte olmadığı ve Milli Güvenlik Konseyi yasalarına karşı anayasa yargısı yolunun açıldığı yorumunu isabetli karşılamak gerekir (48). 27 Mayıs öncesinde Genelkurmay Başkanlığı Milli Savunma Bakanına bağlıydı. MGK ilk kez, 1961 Anayasasının 111. maddesiyle düzenlenmiştir. Milli güvenlik Kurulu aracılığıyla askerler, hükümetlerin izleyeceği milli güvenlik üzerinde etkili olma olanağını bulmuştur. MGK kararları istisari nitelikte iken 1488 sayılı kanunla MGK “tavsiye eder” deyimini kullanılmış, aynı yasanın 127. maddesiyle, Sayıştay’ın TSK üzerindeki yetkisi sona ermiştir. 12 Marttan sonra askeri yargı, sivil yargı aleyhine önemli ölçüde güçlenmiştir. 1970 den sonra AYİM kurularak, İdari yargı alanında asker lehine mahfuz alan yaratılmıştır.

1982 Anayasası ile, askeri güç, Anayasa ve yasalardan aldığı yetkilerle adeta özerkleşmiş, MGK nun statüsü değiştirilmiş, sivil üye sayısı asker üye sayısını geçmeyecek miktarda tutulmuştur. Cumhurbaşkanı dışında 4 sivil, 5 asker üye vardır (1982/118). MGK nın kararları daha önceden “tavsiye” niteliğinde iken, 1982 Anayasası ile, “Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır” denilmiştir. 1982 Anayasasının kabulünden sonra, sıkıyönetim komutanları başbakana değil, Genel Kurmay Başkanlığına bağlanmış-

---

(47) Bk. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, C. 88, 14 Haziran 1995, s. 861.

(48) “Profesör Aldıkaçtı’dan bilirkişi raporu”, Yeni Gündem, Sayı 30, “Demokrasilerde” Eki, Sayı 9, s. 4 den nakleden Tanör, s. 196.



lardır. Bazı Sıkıyönetim karar ve işlemleri yargı dışına çıkarılmıştır (49). MGK nun yetkileri artırılmıştır. Ulusal Güvenlik yeniden tanımlanmış olup, “Milli Güvenlik”, sadece iç ve dış savunma değil, “toplumun huzur ve güvelliğinin korunması” (1982/118) dir. 1982 Anayasası ile, 1961 Anayasasına göre, askerlerin sivil yönetim üzerinde vesayet yetkisinin daha da güçlendiğini ileri sürmek olanaklı olabilir (50).

1961 Anayasası, TBMM nin yetkilerinin bir kısmını yeni kurduğu kurumlara devreden, insan haklarına saygılı, demokrasiye inanan, bireye önem ve değer veren bir anayasaydı. 1982 Anayasası ise demokrasiyi, **bu anayasada gösterilen kadarı ile tanıtmaktadır** (1982/Başlangıç). Üstünlük, evrensel ilkelerde veya genel olarak hukukta değil, ancak Anayasa ve kanunlardadır (1982/Başl. pr. 6). Evrensel demokrasi ilkeleri yerine, millileştirilmiş bir demokrasi anlayışı anayasaya hakimdir. “1982 Anayasasının bakış açısı, getirdiği **pozitif metin ile sınırlı** bir demokrasi ve özgürlük anlayışdır” (51).

---

(49) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa 2342 sayılı kanunla eklenen ek üçüncü madde ile “**sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz**” hükmü getirilmiştir; idari yargı yolu kapalıdır. Bk. Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ank. 1989, 2. B., s. 338-339. Bu haliyle, Avrupa Mahkemesinin 21.2.1975 tarihli Golder kararında kullandığı “**Adil yargılama hakkı**” ile herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye ulaşma hakkı tartışılabilir, Bk. Çağlar, s. 35.

(50) Yazıcı, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 188.

(51) Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 91.



Avrupa Konseyi parlamenterler meclisinin 1983 yılında 800 sayılı kararına göre, milli değil standart demokrasi anlayışına geçilmiş ve demokrasinin hukuksal standartları olarak şunlar belirtilmiştir; **1. Demokrasi**, halkın halk tarafından yönetimidir. **2. Demokrasinin temel ilkeleri**, hukuk devleti (rule of law) ve kuvvetler ayrılığıdır. **3. Demokratik bir sistemde hükümetin ve yönetimin işleyişinin hukuk devleti ilkesine uygun olması gerekir.** **4. Demokrasi yargıçlara, yönetimin hukuk devletine uygun davranıp davranmadığını saptama yetkisi verir.** **5. Hükümet ve yönetimin etkin olarak hareket edebilmesiyle vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunması arasında, uygun bir denge sağlanması, demokratik sistemin sorumluluğundadır.** **6. Demokratik bir sistem, yine topluluğun genel yararının gerekleriyle AİHS nde yer alan bireylerin temel haklarının korunması arasında böyle bir dengeyi koruyabilmelidir.** Bu, çoğunluğun azınlık haklarına saygı göstermesini gerektirir. (...) Hiçbir biçimde bu önlemlerden sert çekirdek hakların etkilenmemesi gerekir, yani AİHS nin 15. maddesindeki hakların etkin olarak gerçekleşmesi gerekir. Avrupa Konseyine üye olmanın temel koşulu bu ilkelerin gerçekleşmesidir” (52).

1982 Anayasasında **sınırlılık esastır.** Yeni Anayasa, özgürlükçü demokrasiyi kendisiyle özdeşleştirip bunun dışındaki yorumları yasaklarken kendi düşüncesini en dar kalıplar içerisinde ifade etmektedir (53). Devleti birey ve toplumun üstünde tutmakta “kutsal devlet” kavramını benimsemektedir; bu Anayasa, Devleti kutsayan ilk ve tek batı demokrasisi Anayasasıdır. 1982 Anaya-

---

(52) Turhan, “**Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**”, s. 422-423. Turhan’ın dediği gibi, AY Mahkemesi, demokrasinin kesin tanımını vermekten kaçınmalıdır ve Atatürkçülük asla totaliter bir düşünce değil, “çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır”; s. 424-425.

(53) Tanör, **İki Anayasa**, s. 133.



sası, özgürlük-otorite dengesini gerçekleştirememiştir (54). “Temel hakların sınırlanması konusunda söylenecek ilk söz, 1982 anayasasının yasa koyucuya çok geniş ölçüde sınırlama yetkisi tanıdığı ve bu konuda hiç bir batılı ülke anayasasında görülme-yen bir sistem kurduğudur” (55) 1982 Anayasası, konjonktür gereği olarak daha az katılımcı bir demokrasi anlayışı getirmiştir (56).

Temel yenilik, **katmerli sınırlama sistemidir**. Sınırlama 3 halka (kilit) ile yapılmıştır; **ilk halka** genel sınırlama hükmüdür (m. 13). Genel sınırlama dokuz ayrı nedenle yapılabilmektedir. İstisnasız tüm temel haklar, bu nedenlerden biriyle sınırlanabilir. Bu dokuz neden, soyut ve kapsamları belirsiz kavramlardır. Hiçbir batı ülkesinde böyle bir genel sınırlama olmadığı gibi, bu yasaklamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine de aykırıdır (57). **İkinci** halka özel sınırlama hükümleridir. **Üçüncü** sınırlama halkası, m. 14 de geçen genel yasaklama ve yaptırım maddesidir. Kaldı ki bu “Somut anayasal yasak ve buyruklar, yasadaki hüküm yokken bile kendiliklerinden ve doğrudan uygulanabilirler” (58). 1961 Anayasasındaki **kanunla sınırlama ve öze dokunma yasağı** da yoktur. Öze dokunma yasağı, her temel hak için mutlak nitelikte asgari bir alan güvencesi sağlar. Bu öz alanda artık sınırlama yapılamaz. Buna karşılık “demokratik toplum düzeni” ilkesi nisbi ni-

---

(54) Soysal, “**Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırma)**”, s. 19.

(55) Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 192.

(56) Kocaoğlu, Mehmet A., **Anayasa Hukuku**, Ank. 1998, s. 330.

(57) Uygun, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, s. 192.

(58) Tanör, **İki Anayasa**, s. 194.



teliktedir ve temel haklar için mutlak bir alan güvencesi sağlamaz (59).

Bu Anayasanın demokrasi anlayışı, **bu anayasadaki** demokrasi anlayışıdır. Bu nedenle 1982/13-2 yi Anayasa mahkemesi geniş yorumlamalıdır. Çünkü Batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız olamaz ve olmamalıdır, zaten kendimizi Batı toplumunda bulmakta ve aynı hukuka sahip olmaktayız; inancımız budur (60).

- 
- (59) **“Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün belirginliği”** konusunda bk. Turhan, s. 403 vd; Uygun s. 192-193. Burhan Kuzu’ya göre, **öze dokunma** kavramı, 1982 Anayasasında bilinçli olarak kaldırılmıştır; Bk. Kuzu, **Anayasa Yargısı**, Ank. 1991, C. 8; s. 427. Turhan’a göre, AYM, demokratik toplum düzeninin gereklerini öz kavramı ile bütünleştirmiştir; yani, *“demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin özüne de dokunarsınız”* diyor; Turhan, s. 429, 431. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstası, Lütfü Duran ve Mümtaz Soysal’a göre de yeterli değildir. Duran, **Anayasa Yargısı**, Ank. 1984, s. 87; Soysal (Müzakereci), **Anayasa Yargısı**, Ank. 1984, s. 94.
- (60) Feyyaz Gölcüklü, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, s. 154, nakleden Turhan, s. 408. Anayasa Mahkemesi de içtihatlarında **“demokrasi” kavramından “Batı demokrasisi” ni anladığını** açıkça belirtmektedir; AMKD, S. 10, s. 128, E. 1970/48, K. 1927/3, KT. 8-9. 2. 1972. Ayrıca bk. AMKD, S. 14, s. 365; E. 1976/27, K. 1976/51, KT. 18-22. 11. 1976. **Bk. AMKD. S. 16, s. 62, E. 1977/123, K. 1978/16, KT. 16.2.1978. Atatürk’e göre de, demokrasinin çağdaş bir demokrasi olması gerekir. Atatürk’ün cumhuriyetçilik anlayışı, demokrasiye dayanır. AY nın 15. maddesine göre de, “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla” sınırlama olanaklıdır. 1982 Anayasası döneminde AYM yukarıdaki içtihatlar kadar tutarlı değildir;** Turhan, s. 409. AYM bazı kararlarında çağdaş özgürlükçü Batı demokrasilerini referans vererek, standart bir demokrasi anlayışını hedeflemiş ve Avrupa Anayasa Hukukuna kapılarını açmıştır; Turhan, s. 417.





Batıdaki anayasacılığın temelinde, insan onurundan kaynaklanan **eşitlik ve özgürlük** yatmaktadır. Anayasacılık, **Locke ve Montesquieu'dan** başlayarak siyasal düzenin temel amacının bireylerin temel özgürlüğünü koruma temeline dayanmaktadır. Temel hak ve özgürlükler, demokratik sürecin ayrılmaz parçalarıdır (61). Cumhuriyetin temel nitelikleri ve laiklik de demokratik toplum düzeninin gereklerindedir (62). **Demokratik toplum düzeninin gerekleri özgürlük ve eşitliktir.**

1961 anayasasında bireyin özgürlüğü ancak hakim kararı ile sınırlanabiliyordu. Bu durum, 1971 ile esnetildi; 1982 Anayasası ile idarenin **“gecikmesinde sakınca bulunan hallerde”** idareye (kolluğa) yetki vermesiyle, idarenin hakkı istisna olmaktan çıkıp, asıl olmuş, idari ve adli yargı ikinci plana düşmüştür. Olağanüstü hal esas olarak kabul edilmiş, olağan halle özdeş gibi benimsenmiştir. Bu, özgürlükler rejimi açısından yürütmenin diğer iki güce (yargı ve yasama) karşı büyümesidir (63).

Anayasa münferit özgürlüklere olduğu gibi kolektif özgürlüklere karşı da aynı hassasiyeti göstermektedir (Any. 33-34). Kolektif sosyal haklar (grev, sendika vs) ve siyasal faaliyetler kısıtlanmıştır. Kısaca bireye, topluma, çalışan kitlelere ve siyasal gruplara karşı sınırlamalar getirilmiştir.

## F. SONUÇ

*Demokratik bir devlette, yönetenlerle yönetilenler arasındaki ilişkide, yurttaşlar devletin hizmetinde değil, devlet yurttaşların*

---

(61) Turhan, **“Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”**, s. 411-412.

(62) RG. 20216/5.7.1989, E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989.

(63) Tanör, **İki Anayasa**, s. 137.



**hizmetindedir.** Demokrasiler, bu ilkeye bağlı kalındığı takdirde yaşar. Demokrasi, hiç kimsenin kendi kendini seçemeyeceği, hiç kimsenin kendini yönetme yetkisi ile donatamayacağı ve dolayısıyla hiç kimsenin bağımsız ve koşulsuz bir iktidar savında bulunamayacağı bir sistemdir. Demokrasi, yarışmacı bir yöntemle liderlik elde etmenin ürünüdür. Demokrasiyi tam olarak şöyle açıklayabiliriz; seçim pazarındaki yarışmacı niteliği açık bir poliarsi oluşturan, iktidarı herhangi bir sınıf veya zümreye değil, halka veren ve özellikle yönetenlerin yönetilenlere karşı sorumluluk ve duyarlılığını güçlendiren, bir usuldür (64).

Çıkış garantileri, demokrasinin gelişme ve pekişme (consolidation) sürecine engel olabilmekte, demokratikleşmenin ters dalgalarına yardımcı olabilecek faktörleri içerebilmektedir. Demokrasi, devletin sınırlanması, ulusal adaletle davranılması, insanların kendi kendini yönetmesi olduğuna göre ülkedeki çoğunluk da azınlık da zorbalık yapmamalıdır.

Bu bağlamda 1982 tarihli tepki Anayasası, daha önceki tepki Anayasalarından da farklı olarak, özgürlük ve demokrasiden çok, devlet ve otorite yanlısıdır. Yapıldığı ortamın koşulları üstün tutularak birey değil, devlet üstün tutulmuştur (65). Anayasa bir anlamda hukuki pozitivizme, devlet hukukuna oturtulmuştur. Bu nedenle 1982 Anayasasının demokratik-liberal Anayasa teorisini tersine çevirdiği ve anti-anayasa olduğu söylenebilir (66). Türkiyede sağlam bir demokrasinin kurulabilmesi için kamuya hesap verebilmeyi güçleştiren dokunulmazlık ve çıkış yetkilerinin azaltılması veya kaldırılması ama daha önce devlet organlarındaki bozulmanın

(64) Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, s. 170.

(65) Kili, "Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları", s. 28.

(66) Tanör, *İki Anayasa*, s. 154-155.



*(corruption) da giderilmesi, hesap veren (accountable) yönetimlerin kurulabilmesi gerekir (67).*

**KAYNAKÇA :**

- Ansary, Tuğrul, and Don Wallace Jr., **Introduction to Turkish Law**, 3rd Edition, USA, 1987.
- Alpkaya, Gökçen, **AGİK Sürecinden AGIT'e İnsan Hakları**, Kavram Yayınları, İst. 1996.
- Altan, Mehmet, "Türkiyenin Bütün Sorunu Politik Devletten Liberal Devlete Geçememesidir", **İkinci Cumhuriyet Tartışmaları**, Başak Yayınları, Ankara, 1993.
- Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiyede Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci) (1839-1939)**, TTKY, Ank. 1996.
- Çağlar, Bakır, "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıçı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, C. 8, Ank. 1991, ss. 13-62.
- Duran, Lütfi, "Türkiyede Anayasa Yargısını İşlevi ve Konumu", **Anayasa Yargısı**, Ank. 1984, ss. 57-87.
- İnal, Turgut, "1982 Anayasasının Getirdiği Sıkıntılar İle Anayasa Yargısına Genel Bakış", **Anayasa Yargısı**, Ankara 1996, AYM Yayını, no. 32.
- Institut Für Politikwissenschaften, Parteienverbot und modernes Demokratieverständnis**, p. 1-7.
- Gemalmaz, M. Semih, **Anayasada Olağanüstü Rejim, Demokratikleşmede Sivil Toplum**, İst. 1995, Kavram Yayınları.
- Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta, 7. Bası, İst. 1995.
- Giovanni Sartori : **The Theory of Democracy Revisited**, New Jersey, 1987, by Chatham House Publishers inc.
- G. Bingham Powell, Jr., **Çağdaş Demokrasiler, Katılma, İstikrar ve Şiddet**, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Çev. Mehmet Turhan, Ank. 1990.
- Özbudun, Ergun, "**Constitutional Law**", in Ansary, Tuğrul, and Don Wallace Jr., **Introduction to Turkish Law**, 3rd Edition, USA, 1987.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ank. 1995, 4. B.
- Özbudun, Ergun-Aliefendioğlu, Yılmaz, "**Türkiye Raporu**", **Anayasa Yargısı**, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 27 Nisan 1987, Lizbon, Ankara 1988, s. AYM Yayını.

---

(67) Yazıcı, **Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, s. 219-220.



- Özçelik, Selçuk, **“Demokrasi Konusunda”**, İlim ve Sanat, 1989, s. 14-17.
- Kocaoğlu, Mehmet A., **Anayasa Hukuku**, Ank. 1998.
- Kili, Suna, **“Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları”**, Anayasa Yargısı, Ank. 1984, AYM yayını no. 4, ss. 23-28.
- Kuzu, Burhan, **Anayasa Yargısı**, Ank. 1991, C. 8.
- Robert A. Dahl, **Demokrasi ve Eleştiriler** (orjinal adı : Democracy and its Critics), Çeviren Levent Köker, Türk Siyasi İlimler Derneği-Türk Demokrasi Vakfı Ortak Yayını, Ank. 1993.
- Sosyal, Mümtaz, **“Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)”**, Anayasa Yargısı, Ank. 1984, AYM yayını no. 4, ss. 11-20.
- Tan, Turgut **“1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”**, Anayasa Yargısı, Ank. 1984, AYM yayını no. 4, ss. 31-47.
- Tanör, Bülent, **İki Anayasa, 1961-1982**, 3. Baskı, Beta, İst. 1994.
- Tanör Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Der Yayınları, İst. 1992.
- Turhan, Mehmet, **“Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”**, Anayasa Yargısı, Ank. 1991, ss. 401-420.
- Turhan, Mehmet, **The Constitutional Court of Turkey**, Ank. 1991, Anayasa Mahkemesi Yayını.
- Uygun, Oktay, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayını, İstanbul 1992.
- Yazıcı, Serap, **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

#### **KISALTMALAR:**

AIHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AY : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

AGİT : Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü

AYİM : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYMY: Anayasa Mahkemesi Yayını

RG : Resmi Gazete

TTKY : Türk Tarih Kurumu Yayını.





# TÜRK ASKERİ YARGI SİSTEMİ (\*) (CEZA YARGISI)

Dz. Hakim Albay Dr. Ferhat FERHANOĞLU (\*\*)

## A- ANAYASAL DURUM

Ülkemizde askeri mahkemeler, yasal dayanaklarını Anayasa-da bulmaktadırlar. Bu mahkemelerin kuruluş esasları ve işleyişlerine egemen olacak kuralların neler olacağı Anayasa'da gösterilmiştir.

1982 tarihli Anayasamızın 145. maddesinde “Askeri Yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür... askeri mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerinde kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir. Askeri Yargı Organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir” kuralı yer almaktadır. Bu kuraldan çıkarılması gere-

---

(\*) 6 Nisan 1999'da Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla “Uluslararası Askeri Yargıtay Sempozyumun”nda sunulan tebliğ.

(\*\*) Askeri Yargıtay Gen. Sek. ve 1. D. Üyesi



ken sonuç; a) Mahkemelerin kuruluş, işleyiş ve hakimlerin özlük işlerinin kanunla düzenleneceği, askeri hakimlerin komutanlıkları ile ilişkilerinin hakimlik teminatı, mahkemelerin bağımsızlığı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre düzenlenecek olmasıdır.

Anayasanın bu maddesine göre askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri şeklinde oluşturulacağından bu mahkemeler üzerinde kısaca durmamız gerekmektedir.

### **a) Askeri Mahkemeler**

Askeri Yargılama Kanunumuza göre, askeri mahkemeler, barış halinde, 2 askeri hakim ve 1 subay üyeden kurulur. Subay üyenin en az yüzbaşı rütbesinde ve muharip sınıftan olup, taksirli bir suçtan başka bir cürümlerle mahkum edilmemiş ve sanıktan kıdemsiz olmaması ve yargılama süresi içinde onun en yakın amiri olmaması gerekir. Subay üye, her yılın aralık ayında nezdinde askeri mahkeme kurulmuş olan komutan veya askeri kurum amiri tarafından o mahkemesinin yargı çevresindeki birlik mensupları arasından 1 yıl süre ile ve değiştirilmemek kaydıyla seçilir Bunların görevlerini yapmalarına sürekli engel çıktığı takdirde, yerlerine başkalarının seçilmesi mümkündür.

Ülkemizde görev yapan 32 askeri mahkemesinin kuruluşu hep bu tarzdadır. Ancak bunlardan Genelkurmay Mahkemesinin generalleri yargılamak gibi bir görevi de bulunmaktadır. İşte bu halde Genelkurmay mahkemesi 3 kişiden değil, 5 kişiden oluşur ve bu durumda üyelerinden üçü askeri hakim, ikisi general veya amiral rütbesinde muharip subay olur.

Askeri mahkemelerde başkanlık görevini en kıdemli üye yapar bu en kıdemli üye, subay üye de, askeri hakim üye de olabilir.

21.01.1981 tarihinde 2376 Sayılı Kanunla Askeri Yargılama Kanunumuza eklenen bir madde ile, belirli ölçülerin altındaki suçlara askeri mahkemelerin hakim sınıfından bir tek hakiminin bakabilmesine olanak tanınmıştır.



Askeri mahkemelerde iddia makamında bir askeri savcı ile gerektiğinde yeteri kadar yardımcısı yer alır.

Hem askeri mahkemelerde hem askeri savcılıklarda birer yazı işleri kuruluşu bulunur.

Askeri hakim ve savcılar a) Hukuk Fakültelerini bitiren muvazzaf subaylardan b) Hukuk Fakültesinde askeri öğrenci olarak okutulanlardan, c) Hukuk Fakültesi Mezunu yedek subaylar arasından seçilir.

Bu üç kaynak dışından askeri hakim veya askeri savcı olmak mümkün değildir. Askeri hakimlik mesleğine, Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzasını taşıyan ve Resmi Gazetede yayınlanan müşterek kararname ile girilir. Staj dönemi ve 3 yıllık adaylık dönemini başarı ile geçirenler askeri hakimlik sınıfına asaleten geçirilirler.

Askeri hakimlerin atanmaları da, göreve alınmalarındaki yöntemle, yani Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzalarını taşıyan ve Resmi Gazetede yayınlanan bir kararname ile olmaktadır.

Askeri Hakim ve Savcılar Milli Savunma Bakanlığı teşkilatı içindedirler ve yüksek mahkeme üyeleri hariç, yükselmeleri kural olarak diğer subaylar gibidir. Diğer subaylardan farklı olarak Askeri Yargıtaydan ve askeri adalet müfettişlerinden aldıkları mesleki siciller de yükselmelerinde değerlendirmeye alınmaktadır. Askeri Hakimlerin, atanmaları, yükselmeleri ve diğer özlük hakları ile ilgili işlemler için yargı yolu açıktır.

Askeri hakim ve savcılar, yer teminatı adı verilen bir teminata sahiptirler. Coğrafi bölgesine göre 3 veya 4 yıl olabilen bu süreden önce, bir askeri hakim veya savcının kural olarak başka bir yere atanması mümkün değildir.





Askeri hakimler özlük hakları bakımından eşidi adli hakimlerle aynı haklara sahiptirler.

Askeri hakimler, izin, istifa ve emeklilik yönünden diğer subayların tabi oldukları kurallara tabidirler.

Oy kullanma; Askeri mahkemelerde her üyenin bir oy hakkı bulunmaktadır. Ve oylama en kıdemsiz üyeden başlanır.

### **aa) Askeri Savcı**

Askeri Savcılarının, iddia, savunma ve yargı üçlüsünden oluşan yargılama faaliyetindeki işlevi, iddia makamı olarak öncelikle hazırlık soruşturmasını yapıp, ortada iddiaya konu oluşturabilecek bir eylem bulunup bulunmadığını belirlemektir.

Kural olarak hazırlık soruşturması yapma istemi, yanında Askeri Mahkeme kurulmuş olan Komutana tanınmış bir yetkidir.

Komutanın soruşturma açtırmadığı halde, askeri savcının kendiliğinden soruşturmaya başlayabileceği haller de bulunmaktadır. Bunlar; işin ağır cezalı olması, gecikmede sakınca bulunması ve nihayet başlamış bir hazırlık soruşturmasının, bir başka sanığı veya sanığın bir başka suçunu kapsamamasını askeri savcının gerekli gördüğü ivedi hallerdir. Bu hallerde, askeri savcı, komutanı derhal durumdan haberdar eder.

Askeri savcı, hazırlık soruşturması sırasında gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmakla yetkili kılınmıştır.

Ancak şurasını belirtmek gerekir ki; yapmak istediği işlemler, bir hakim tarafından yapılabilecek arama, zapt, tutuklama gibi işlemlerden ise, bu konudaki kararları hakimden isteyecektir.

Hazırlık soruşturmasını bitirdiğinde askeri savcının verebileceği kararlar bellidir. Bunlar; kamu davası açılması için yeterli se-



bep bulunmazsa kovuşturmayaya yer olmadığı, bir başka askeri savcıcıyı görevli görmesi halinde yetkisizlik kararı, adli yargıcıyı görevli görevli görmesi halinde görevsizlik kararıdır. Bu kararlara karşı, suçtan zarar görenle, birlik komutanı, en yakın askeri mahkemeye itiraz edebilirler.

Askeri Savcı kamu davası açılmasını haklı göstermeye yetecek sebep görürse, iddianame ile kamu davasını açar.

Yeni haller ve sebepler ortaya çıkmışsa Askeri Savcı duruşma başlamadan önce sanık lehine olarak iddianamesini değiştirebilir, yahut tamamen geriye alabilir.

Duruşma başladığında, askeri savcı, mahkemede iddia makamını işgal eder, bir delilin ikamesinden vazgeçilmesi hususunda sanık müdafii ile anlaşabilir. Bu uzlaşma üzerine mahkeme bu delilin ikamesinden vazgeçebilir. Delillerin sunulması bittiğinde esas hakkında görüşünü bildirir.

Askeri savcı hükmü beğenmezse kanun yollarına başvurabilir. Ancak Usul Kanunumuzun 208. maddesine göre sanık lehine kanun yoluna başvurursa, sanığın rızası olmadan başvurusunu geri alamaz. Gece sanık lehine olan hukuki kurallara mahkemece uyulmamışsa, bu durum Askeri savcıya sanığın aleyhine olarak kanun yoluna başvurma hakkı vermez. Nitekim Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 22.6.1989 tarihli bir kararında sanık lehine bir kurala aykırılığın, hükmün bozulması yolunda Askeri Savcıya bir hak vermeyeceğine karar vermiştir.

Askeri Savcılar hüküm kesinleştikten sonra, infaz (yerine getirme) aşamasında da önemli görevler ifa ederler.

## **bb) Askeri Hakim**

Askeri Hakim; Askeri Savcının sevk ve idare ettiği hazırlık soruşturmasında tutuklama, arama, zapt gibi konularda yetkili iken,



davanın açılmasıyla birlikte başlayan son soruşturmanın yöneticisidir. Duruşma hazırlığı evresinde duruşma gününü tayin etmek, mahkeme heyetine katılacak subay üyeyi belirlemek, kıdemli hakime aittir. Re'sen delil toplanmasına girişmek sanığın gösterdiği savunma delillerinin toplanıp toplanmamasına karar vermek te, kıdemli hakime aittir.

Bu aşamada, duruşmayı yönetmek kıdemli hakime aittir.

### **cc) Savunucu**

Sanıklar, askeri yargıda, savuşturmanın her safhasında kendilerine müdafî tutabilirler... Müdafinin avukatlık yahut dava vekilliği yapmaya yetkili olan kimselerden seçilmesi gerekir (353 sayılı kanun Md. 85, 86).

Askeri Mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık yahut dava vekilliği yapmaya yetkili kılınan kimse yoksa Hakim ve Savcılık görevi yapmayan Hukuk Fakültesini bitirmiş subaylar, bu nitelikteki subay yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler.

Askeri Mahkemenin sanığın 15 yaşını bitirmemiş olması yahut kendisini savunamayacak halde bulunması nedeniyle doğrudan doğruya tutacağı müdafiler baro aracılığı ile görevlendirilirler (353 Sayılı Kanun Md. 86-, 87).

### **b) Disiplin Mahkemeleri :**

Disiplin Mahkemelerinin, yargılama usulü, görev ve yetkileri, 477 Sayılı Kanunda gösterilmektedir.

Halen, sayısı 237 olan disiplin mahkemeleri genellikle 3 Subaydan, Astsubay ve Eratı yargıladığında 2 Subay 1 Astsubaydan oluşan mahkemelerdir.

Kanuna göre Disiplin Mahkemeleri; alay, tümen, kolordu, ordu, Jandarma Genel Komutanlığı ve Kuvvet Komutanlıkları ile



Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulur. Genelkurmay Başkanlığının gerekli gördüğü diğer birlik ve kurumlarda da kurulabilir.

Disiplin mahkemesinde görev alabilmek için kıtada veya bir askeri kurumda enaz 1 yıl hizmet etmiş olmak, taksirli suç dışında hüküm giymemiş olmak, sanığın astı bulunmamak, yargılama süresince gerek heyette yer alanlar gerek bunlarla sanık arasında en yakın amirlik ilişkisi bulunmamak gerekir.

Mahkeme başkanının enaz yüzbaşı rütbesinde olması gerekir.

Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri her yılın aralık ayında nezdinde disiplin mahkemesi kurulmuş olan komutan tarafından bir yıl için ve değiştirilmemek üzere belirlenir. Zorunluluk olmadıkça bu üyeler değiştirilmez.

Disiplin Mahkemelerinde iddia makamında disiplin subayı adı verilen bir subay yer alır. O kıtada askeri hakim sınıfından bir adli müşavir varsa disiplin subaylığını da o yapar. Bu yoksa diğer bir sınıf subayı görevlendirilir. Disiplin subayının da enaz 1 yıl kıta hizmeti görmüş olması, taksirli suçlar hariç hüküm giymemiş olması ve teğmen ile binbaşı rütbelerinde bulunması gerekir.

Disiplin mahkemesinde hazırlık soruşturması Komutanın emriyle başlar. Hazırlık soruşturması sonunda dava açılıp açılmamasına komutan karar verir, mahkemeyi komutan toplar. Bu mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yolu bulunmayıp bir üst disiplin mahkemesine itiraz hakkı bulunmaktadır. Duruşmaları başkan yönetir. Oylama rütbe ve kıdem sırasına göre, kıdemsiz başlayarak yapılır.

### c) Sıkıyönetim Mahkemeleri :

Anayasanın 122. maddesine göre Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldır-



maya yönelen ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğinin içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi 6 ayı aşmamak üzere Yurdun bir veya daha fazla bölgesinde veya tümünde sıkıyönetim ilan edebilir. Bu karar derhal Resmi Gazetede yayınlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Sıkıyönetimin ilan ve faaliyetine ilişkin suçlara bakmakla sıkıyönetim mahkemeleri görevlendirilir. Devlet Güvenlik Mahkemeleri Sıkıyönetim Mahkemesine dönüşür. Adli Yargı hakimlerinin de sıkıyönetimde istihdamı kanunla mümkün hale getirilmiştir. Burada görev yapacak hakimleri; Genelkurmay Adli Müşaviri, Personel Başkanı, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Kuvvetlerin Adli Müşavirleri ile Personel Başkanlarının oluşturduğu bir kurul atar. Bu kurulun kararı, Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzalayıp Resmi Gazetede yayınlanan müşterek kararname ile yürürlüğe girer.

#### **d) Askeri Yargıtay :**

Askeri yargılama tek dereceli olup, istinaf derecesi kabul edilmiş değildir. Bu nedenle ilk derece askeri mahkemelerden verilen kararların incelenme yeri Askeri Yargıtay'dır.

Halen 5 Daireden oluşan Askeri Yargıtayın her Dairesinde 1 Başkan ve 6 üye bulunur. Daireler karar verirken 5 kişi ile toplanır. Üyeler, en az yarbay rütesinde birinci sınıfa ayrılmış askeri hakimlerden Askeri Yargıtay Genel Kurulunun seçeceği 3 misli aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilirler.



Askeri Yargıtay'da Dairelerden ayrı olarak Daireler Kurulu, Genel Kurul ve Başkanlar Kurulu bulunur.

Daireler Kurulu Yerel Mahkemelerin direnmelerini veya Başsavcılığın Daire kararlarına itirazlarını inceler.

Genel Kurul, Askeri Yargıtay Üyelerinden oluşur. Genel Kurul, Askeri Yargıtay ile, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesindeki kontenjanları için üye adaylarını seçer. Genel Kurul İçtihad birliğini sağlamak ve içtihadından dönmek üzere İçtihadı Birleştirme Kurulu adıyla toplanır. Bu şekilde verdiği kararlar herkesi bağlar.

Başkanlar Kurulu; idari bir takım kararlar yanında seçilen üyelerin dairelerini belirler, üyelerinin askeri yargıya tabi suçlarından ötürü hangi dairede yargılanacaklarını belli eder.

Askeri Yargıtay 32 Askeri mahkemenin ve sıkıyönetim halinde Sıkıyönetim Mahkemelerinin verdiği kararları temyiz mercii olarak inceler.

## **B-ASKERİ YARGININ KAPSADIĞI KİŞİLER**

Askeri Yargının görev alanına kural olarak subaylar, astsubaylar, askerlik görevlerini yapmak üzere silah altına alınmış olanlar, askeri öğrenciler, uzman çavuş ve onbaşılar ile Silahlı Kuvvetlerde görev yapan sivil memur ve işçiler girmektedirler.

Ancak bazen askeri yargının kapsamına sivillerin de girdiği olmaktadır. Nitekim Anayasanın 145/2. maddesinde "Asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler" şeklinde bir kurala yer verilerek sivillerin istisnaen askeri yargıda yargılanmalarına olanak verilmiştir.



Sivillerin askeri yargıya tabi olacağı birinci durum, sivil şahsın bir askeri şahısla birlikte iştirak halinde askeri bir suç işlemesidir. Böyle bir durumda her ikisinin davasına birleştirilerek askeri yargıda bakılır.

Gene sivillerin yoklama kaçağı, babaya, kendilerini nüfus kütüğüne kaydettirmeyerek saklı durumuna düşmeleri halinde henüz asker olmamalarına rağmen, sözkonusu davalarına askeri yargıda bakılır.

Bunun gibi, askerlikten kurtulmak için hile yapan, yahut, kendisini askerliğe yaramayacak hale getiren sivillerin, bu suçlardan ötürü yargılanacakları yer de askeri yargıdır.

Bir diğer hal, Askeri Ceza Kanununda yer alan ve Milli Savunmaya ve Ülke menfaatlerine karşı siviller tarafından işlenen suçlardır. Bu tür suçları işleyen siviller de askeri yargıda yargılanır. Nihayet, birinci askeri yasak bölgeler içinde nöbet yerlerinde, karakollarda, kışlalarda askerlere fiilen taarruzda bulunan, söven, hakaret eden, askerliğe ilişkin görevleri yaptırmamağa zorlamak için şiddet kullananlar ile, bu eylemleri nöbetçi, devriye, karakol, inzibat, kolluk gibi görevleri yapan askerlere karşı yapan siviller de askeri yargıda yargılanırlar.

## **C- YARGILAMA SÜRECİ**

### **a) Hazırlık Soruşturması :**

Yukarıda askeri savcı tarafından yapılacağını belirttiğimiz hazırlık soruşturmasının Amaçlarını; delilleri toplamak isnadı açıkça belirtmek ve koruma olarak sıralayabiliriz.

a. Delilleri Toplamak; Son soruşturmada olayın yeniden yaşanması için, gerekli tüm delillerin sağlıklı olarak toplanması ilk amaçtır.



b. İsnadı Açıkça Belirtmek : Sanığı esassız suçlamalardan korumak ve gerçekten isnat edilenlerden bir bölümü doğru ise, doğru olanları açığa çıkarmak bu soruşturmanın önemli amaçlarındandır.

c. Koruma; Yargılama sonunda doğru karar verilmesi, hemen işin başında önleyici ve tutucu koruma önlemlerinin alınmış olmasına bağlıdır. Bu nedenle, tutuklama, elkoyma gibi önlemlerle zorunlu olan tüm koruma tedbirlerinin alınması gerekir.

Hazırlık Soruşturmasının Özellikleri ise;

a. Yazıllık

b. Gizlilik

c. Gecikemezliktir.

Hazırlık soruşturmasında askeri savcı, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurur (353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, Md. 62/1).

Askeri Savcı hazırlık soruşturmasında gerekli gördüğü keşifleri yapıp bunu bir tutanakla tesbit edebilir (353 S.K. Md. 63).

Hazırlık soruşturmasında askeri savcı otopsi yaptırabilir. Askeri savcı yoksa o yerdeki cumhuriyet savcısı ya da adliye hakimlerinin huzurunda otopsi yaptırılır.

Aramaya ve zapta karar verme yetkisi kural olarak askeri mahkemeye aittir. Ancak milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, askeri savcılar ve nezdinde askeri mahkeme bulunan kıta komutanları da arama yapabilirler.





Hazırlık soruşturması sırasında tutuklamayı gerektiren hallerde, tutuklama askeri mahkemeden istenir. Tutuklama müzakeresinde sanığın açık kimliği, suçlamanın niteliği ve tutuklama nedeni yazılır ve bunlar derhal, bu mümkün olmazsa en geç ertesi gün sanığa tebliğ olunur.

Tutuklamayı Gerektiren Haler; (353 S.K. Md. 71)

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler;

1. Kaçma şüphesi uyandıracak kuvvetli belirtiler varsa,
2. Delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla,
3. Askeri Disiplinin korunmasını sağlamak amacıyla,
4. Suçun devlet ve hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin emniyet ve asayişini bozan eylemlerden bulunması veya genel ahlak aleyhine işlenmiş olması halinde, tutuklanabilirler.

Tutuklanan sanık, yol hariç 48 saat içinde hakim önüne çıkarılmalıdır. İki kiden fazla kişinin iştirak halinde işlediği suçlarda, sanık sayısı ve delil durumu itibarıyla, 48 saat içinde çıkarılamamışsa en geç 7 gün içinde hakim önüne çıkarılmalıdır (353 S.K. Md. 72).

Sanık 15 yaşını bitirmemiş olur, yahut sağır veya dilsiz, veya kendisini savunamayacak halde bulunursa kendisine askeri mahkemece bedava müdafî tutulur (353 S.K. Md. 87).

Tutuklu savunucu ile her zaman görüşebilir ve haberleşebilir (353 S.K. Md. 91).

Kamu davası açılmadan önce de, soruşturmanın amacını bozmayacağı anlaşılan soruşturmaya ait her çeşit belgeyi incelemek ve benzerini almak savunucunun hakkıdır (353 S.K. Md. 85).



Sanığın sorgusuna ilişkin tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere (keşif, muayene) ait tutanakların da savunucu tarafından incelenmesine karşı konulamaz (353 S.K. Md. 90, 100).

### **b) Son Soruşturma :**

Askeri savcının kamu davasını açması ile birlikte başlayan son soruşturmanın 4 görevi bulunmaktadır.

a. Delil Toplama : Hazırlık soruşturmasından sonra da, delil toplama gereği çıkabilir. Bu takdirde bu deliller son soruşturmada toplanacaktır.

b. Delilleri Ortaya Koyma : Son soruşturmanın en önemli işlevi, elde edilen tüm delilleri duruşmada ortaya koymaktır.

### **c. İsnat Konusunda Hüküm Vermek :**

Delillerin ortaya konup, tarafların diyecekleri de belirlendikten sonra değerlendirme yaparak hüküm vermek son soruşturmanın nihai görevidir.

### **Son Soruşturmanın Özellikleri İse;**

**a. Sözlülük :** Bu özellik son soruşturmadaki tüm işlemlerin sözlü olmasını ifade eder. Söylenecekler daha önce yazılmış olsa bile son soruşturmada okunacak, gerekiyorsa anlatılacaktır. Usul Kanunumuzun 138 ve izleyen maddelerinde “sözlülük” ilkesinin yerine gelmesi için bir çok düzenlemeye yer verilmiştir.

**b. Açıklık :** Son soruşturmadaki işlemler kural olarak açık (aleni) yapılır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrasında da ifadesini bulan suçlamanın aleni surette dinlenmesi, yani davanın tarafların huzurunda yapılacak açık duruşma ile görülmesi kuralı Usul Kanunumuzun 138. Maddesinde aynen



“Askeri Mahkemelerde duruşma her zaman açıktır” demek suretiyle, ifade edilmiştir.

**c. Bağlılık :** Son soruşturmanın aynı yerde, aynı kurul tarafından mümkün oldukça tek bir süreçte yapılmasını ifade eder. Bunun nedeni, delillerin sıcağı sıcağına görülüp, değerlendirilip, sıcağı sıcağına savunmanın alınması ve aynı heyet tarafından sonuçlandırılmasını sağlamaktır. 128. maddede de duruşmaya ara vermeksizin bitirilmesi kuralına yer verilerek, duruşmanın aynı kurulca, aynı yerde, bir süreçte bitirilmesi amaçlanarak “bağlılık” ilkesinin gereği yerine getirilmiştir.

**d. Yüzekarşılık :** Son soruşturmadaki işlemlerin, tarafların yüzüne karşı yapılması gerekir. 133. maddede kural olarak gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamıyacağı gösterilerek yüze karşılık ilkesi vurgulanmıştır.

## D- KOMUTANIN YETKİLERİ

Taraf sıfatıyla bir çok yetkiye sahip olan Komutanın;

a) En önemli yetkilerinde biri soruşturma açtırmaktır. 353 S.K. 95/3 Md.ne göre; Komutan suç belgelerini inceledikten sonra suç işlediği kanısına varırsa buna ilişkin dosyayı soruşturma açılması için Askeri Savcıya gönderir.

b. Sanığın tutuklanmasını istemek; Gene 353 S.K. nun 3. Maddesine göre Komutanın tutuklama isteme yetkisi de bulunmaktadır. Askeri Savcı bu isteme katılıp katılmamakla özgür olmakla birlikte bu istemi askeri mahkemeye iletmekle yükümlüdür.

c. Tutuklama kararına ve tutuklamanın reddi kararına itiraz etmek (353 S.K. Md 74).



d. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz etmek. Komutanın soruşturma istemi üzerine yaptığı hazırlık soruşturması sonunda Askeri Savcı keyfiyeti kovuşturmaya değer görmeyebilir, yahut kamu davası açılmasını haklı göstermeye yetecek sebep görmeyebilir ve bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Bu karara karşı Komutanın da 15 gün içinde Askeri Savcının nezdindeki askeri mahkemeye itiraz yetkisi bulunmaktadır (353 S.K. Md. 107).

e. Son soruşturma sonunda verilen hükme karşı kanun yollarına gitmek (353 S.K. Md. 196).

Bütün bu yetkilere rağmen Komutanın adli müşaviri aracılığıyla bilgi alma dışında, askeri mahkemeye müdahale yetkisi yoktur. Aksine As. C.K.nun 112. Maddesinde nüfuzunu kullanarak Askeri mahkemeler üzerinde etki edenlerin 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı gösterilmiştir.

## E- SAVUNMAYA VERİLEN ÖNEM

Şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki, Askeri Yargılama Usul Kanunumuz çağdaş yargılama usüllerinin içerdiği tüm kuralları bünyesinde barındırmakta ve savunma hakkına çok özel bir önem vermektedir.

Bu cümleden olarak;

**a. Suçsuzluk Karinesi :** Kanunumuz, 115. Maddede askeri savcıya, sanığa yüklenen suçlamalarla birlikte, bu suçların kanuni unsurları ile delillerini de göstermekle yükümlü kılmakta böylelikle sanığın masum olduğunu kabul etmektedir. Gene Usul Kanunumuzun 173. Maddesinde de yargılama sonunda bu kez mahkumiyete karar veren mahkemeyi, suçun kanuni unsurları olarak sabit ve gerçekleşmiş sayılan vakaları göstermekle yükümlü kılmaktadır.



**b. Silahların Eşitliği :** Kanunumuzda Avrupa İnsan Hakları Divanının birçok kararında yer verdiği silahların eşitliği ilkesine yer verilmiştir. Bu cümleden olarak;

145. maddede Askeri Savcı ve sanık tarafından tanık ve bilirkişi dinletilebileceği, bunlara tarafların soru yöneltebileceği gösterilmiştir. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 18.12.1986 tarihli bir kararında tanığı çağırarak için depo şartını (gereken parayı yatırma) yerine getiren sanığın gösterdiği tanığın dinlenmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir.

151. maddede bir tanık veya bilirkişinin veya suç ortağının dinlenmesinden sonra mutlaka sanığa ne diyeceğinin sorulması gerektiği gösterilmiştir. Askeri Yargıtay 2. Dairesi 2.2.1956 tarihli bir kararında tek tek tanık ifadelerine ne diyeceği sorulacağına sanığa toptan ne diyeceğinin sorulmasını bu kurala aykırı ve savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikte bulmuştur.

160. maddede, Askeri Savcı, davaya katılan ve sanığın iddia ve savunmalarının sıra ile alınacağı, son sözün sanığa verileceği gösterilmiştir. Askeri Yargıtay bir çok kararında bu kurala gösterdiği duyarlılığı ortaya koymuştur. Nitekim 1. Daire, 15.2.1965 tarihli ve 3. Daire 29.6.1971 tarihli kararlarında esas hakkında mütalaya karşı sanığın savunmasının alınmamasını ve sanığa son sözün verilmemesini kanuna mutlak aykırılık olarak görmüşlerdir.

**c. Avukat İle Savunma Hakkı :** Her sanık izin almaksızın bir sivil avukat ile kendisini savunma hakkına sahiptir.

**d. Dosya ve Belge İnceleme Hakkı :** Sanık davanın açılması ile birlikte savunucu aracılığı ile tüm delilleri inceleme hakkını elde eder. 353 S.K. 90. Maddesine göre savunucu, davaya ilişkin her türlü belgeyi incelemek ve dilediğinin benzerini almak hakkına sahiptir.



### **e. Tercüman Bulundurma Hakkı :**

Dil bilmeyen kendisini savunması, meramını anlatacak bir tercümanın yardımının gerçekleşmesine bağlıdır. Adil yargılama hakkının bir göstergesi sayılan bu hususta Usul Kanunumuz (353 S.K. Md. 161) Türkçe bilmeyen sanığa bedava tercüman sağlanması kuralını düzenlemektedir.

### **f. Hükümün Gerekçeli Olması :**

Kanunumuzun 96. maddesinde “sanık suçunu itiraf etse bile, öz vak’anın soruşturulması gerekir” kuralına yer verilerek özellikle mahkumiyet kararlarının doyurucu, her şüpheden uzak delillere dayanması gerektiği gösterilmiş. Anayasanın 141. maddesinde ve Usul Kanunumuzun 50. maddesinde de Askeri Mahkemelerden verilen her türlü kararın gerekçeli olması gerektiği ortaya konmuştur.

Adil yargılama hakkının göstergelerinden biri olan hükümün gerekçeli olması, Usul Kanunumuzun 207. maddesinde, bir hüküm için olmazsa olmaz unsurlarından sayılmış, bir hükümün gerekçesiz olması başka hiçbir incelemeye gerek kalmaksızın Yargıtayın hükmü bozmasını gerektiren mutlak aykırılık nedenleri arasında gösterilmiştir. Nitekim Askeri Yargıtay 2. Dairesi 28.4.1953 tarihli bir kararında; gerekçeli hükümde, olayın cereyan tarzı, suçun işleniş şekli, delillerin neden ibaret olduğu ve ne yolda münakaşa edildiğinin gösterilmemesinin kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir.

1. Daire'nin 14.7.1959 tarihli bir kararında sübut delillerinin ne olduğu gösterilmeden sadece sanığın ikrarına dayanılarak hüküm kurulmayacağı belirtilmiştir.

3. Daire 11.3.1986 tarihli bir kararında, mahkumiyete dayanak olarak gösterilen delillerin gerekçeli hükümde birer birer sayıldığını ancak, dava dosyasında bu delillere rastlanmadığı gibi, yi-



ne hükme dayanak yapılan ve dosyada yer almayan bir başka hükmün ne olduğunun tutanakla belirlenmesi yoluna da gidilmesinin hükmü dayanıksız bıraktığını belirtmiştir.

5. Daire 28.3.1990 tarihli bir kararında, Anayasanın ve Usul Kanunumuzun buyurucu kurallarına rağmen sanıkların leh ve aleyhlerindeki delillerin nelerden ibaret olduğu belirtilip tartışılmadan, suçun maddi unsurlarının nasıl olduğu ortaya konmadan, sanıkların savunmalarına itibar edilmemiş nedenleri açıklanmadan, sadece tanık anlatımı ve bilirkişi görüşü yazılarak sanıkların mahkumiyetine karar verilmesini, gerekçesizlikten hükmün bozulması nedeni yapmıştır.

Daireler Kurulu 5.4.1984 tarihli kararında, sanığın yasa dışı örgüt üyeliğini ortaya koyan güvenlik görevlilerince alınmış ifadesi dışında dosyada, iddiayı teyit eden başka bir delil bulunmadığından hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Daireler Kurulu 13.5.1993 tarihli bir kararında, daha önce Askeri Yargıtay tarafından bozulmakla hukuki değeri kalmayan eski hükme atıfta bulunulmakla yetinilmesinin yanlış olduğunu, yeni hükme yeniden gerekçe yazmak gerektiğini belirtmiştir.

Daireler Kurulu 3.7.1997 tarihli bir kararında, bozmadan sonra verilen direnme hükmü mahkumiyet olduğuna göre, yüklenen suçun kanuni unsurları olarak sabit ve gerçekleşmiş sayılan vak'aların gösterilip tartışılmamasını bozma sebebi yapmıştır.

Yine Daireler Kurulu 7.7.1994 tarihli bir kararında, Usul Kanununun 207. maddesinde sayılan nedenlerin tümünün mutlak kanuna aykırılık oluşturduğunu, hükmün gerekçeden yoksun olmasının da bu hallerden biri olduğunu, bu nedenle gerekçe gösterilmemesinin bozma nedeni yapılması gerektiğine karar vermiştir.



### **g. Makul Süre :**

Askeri Yargı'da çok yoğun bir iş hacmi söz konusu olmadığından, askeri mahkemelerde görülen bir dava kural olarak aynı yıl içinde sonuçlandırılmaktadır. 1997 rakamlarına göre dosya sonuçlandırma oranı, tüm askeri savcılıklarda %96, askeri mahkemelerde %60, Askeri Yargıtay'da %98.4'tür. Bundan son soruşturma aşamasının biraz ağır işlemekle birlikte, hazırlık soruşturması ve temyiz aşamalarının çok hızlı cereyan ettiği sonucu çıkmaktadır.

### **h. Temyiz Hakkı :**

Kural olarak her sanığın 7 gün içinde hiçbir izne, gerek kalmaksızın hakkında verilen hükmü temyiz etme hakkı bulunmaktadır.

**i. Hakimi Red Hakkı :** Usul Kanunumuzun 37. ve izleyen maddelerinde hakimin görevini yapmaktan yasaklı olduğu haller ile tarafsızlığı şüpheye düşen hallerde reddine olanak tanınmış ve çok ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır.

### **j. Tabii Hakim :**

Askeri Mahkemeler önceden kanunla kurulmuş, hakimleri önceden atanmış, görev alanı önceden belirlenmiş, mahkemeler olduklarına göre tabii hakim ilkesi ile çelişir yönleri bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

### **k. Alenilik :**

Yukarıda son soruşturma aşamasını açıklarken belirttiğimiz üzere, askeri yargıda duruşmalar alenidir, herkese açıktır, kapalı yapılması istisnadır. usul Kanunumuzun 138. maddesine göre "Askeri Mahkemelerde duruşma her zaman açıktır. Ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde..." duruşmanın kapalı yapılması mümkündür.





## **I. Savunma Hakkı ve Son Sözün Sanığa Ait Olması :**

Usul Kanunumuzun 160. maddesinde savunma hakkının kullanılmasına verilen önem gösterilmiş ve son sözün sanığa ait olacağı vurgulanmıştır. Uygulamamız da bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmıştır.

Nitekim 3. Daire 1.12.1987 tarihli bir kararında, savcının esas hakkındaki mütalaasından sonra sanığın savunmasının ve son sözünün sorulması gerektiğini belirterek buna uyulmamasının bozma nedeni olacağını belirtmiştir.

1. Daire 8.5.1985 tarihli bir kararında, askeri savcı suç vasfının değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı istemiş olmasına rağmen, yerel mahkemenin görev konusundaki bu istemi reddedip askeri savcıdan esas hakkında görüşünü sorup daha sonra sanığın savunmasını alması gerekirken, sadece görev konusunda ne diyeceğini sorup iddianamedeki suç vasfı ile mahkumiyete gitmesini kanuna aykırı bulmuştur.

1. Daire 13.4.1983 tarihli bir kararında, son sözün sanığa verilmemesini kanuna mutlak aykırılık nedeni olarak görmüş ve bu nedenle hükmü bozmuştur.

1. Daire 6.7.1988 tarihli bir kararında, sanık hakkındaki suç evrakı tefrik edilirken vekaletnamesi ana dosyada kalmış olan savunucu avukata, sırf bu yüzden duruşma günü tebliğ edilmemiş ve dolayısı ile avukatın duruşmaya katılıp savunma hakkını kullanması kısıtlanmış olduğundan, bu durumun kanuna mutlak aykırılık oluşturduğu görüşü ile hükmün bozulmasına karar vermiştir.

1. Daire 11.1.1989 tarihli bir kararında, “askeri savcılıkça esas hakkındaki mütalaa verildikten sonra savunmamı yapmak istiyorum” diyen sanığın bu mütaladan haberdar edilip savunma yap-



masına olanak verilmeden hüküm verilmesini kanuna mutlak aykırılık nedeni olarak görmüştür.

3. Daire 25.2.1986 tarihli bir kararında, hükmün Askeri Yargıtay tarafından bozulmasından sonra duruşma gününün sanık avukatlarına bildirilmeksizin sadece sanığın yüzüne karşı duruşma yapılarak hüküm verilmesini, kanuna mutlak aykırılık nedeni oluşturan savunma hakkının kısıtlanması olarak görmüştür.

## **F- KANUN YOLLARI**

Kanun Yolları, kesinleşmemiş kararlara karşı kabul edilen itiraz ve temyiz gibi olağan kanun yolları ile karar düzeltme, yargılamanın yenilenmesi ve yazılı emir adli kesinleşmiş kararlara karşı kabul edilen olağanüstü kanun yollarından oluşmaktadır.

### **a. Olağan Kanun Yolları :**

İtiraz, kural olarak askeri savcının, istisnaen askeri mahkemenin kararlarına karşı tanınmış bir kanun yoludur. Nitekim Usul Kanunumuzda ancak kanunda gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebileceği gösterilmiştir (Md. 202).

Sivil Yargılama usulünde ise, durum tamamen tersinedir. Orada duruşmaya ilişkin olmayan her karara itiraz edilebilmesi asıldır (CMUK 297).

Temyiz bakımından Usul Kanunumuz; askeri mahkemelerden verilen hükümlerin temyiz edilebileceğini kabul etmiştir. 15 yıl ve daha ağır hapis cezasını içeren hükümler re'sen temyize tabidir. Sınırı 2 milyon liraya kadar para cezası içeren hükümler, sınırı 10 milyon lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraet hükümleri ile, kanunda kesin olduğu gösterilen hükümler temyiz olunamaz (Md. 205).



## **b. Olağanüstü Kanun Yolları :**

Kesinleşmiş kararlara karşı kabul edilen karar düzeltme isteminde, hükmün özünü etkileyecek bir hususun gözönüne alınmamış olması haliyle sınırlı olarak Askeri Yargıtay Başsavcısı bulunabilmektedir (353 S.K. Md. 25).

Hükümlünün durumunu değiştirecek önemde yeni delil elde edilmişse bu takdirde yargılamanın yenilenmesi istenebilmektedir.

Yazılı Emir ise, hükümde hukuka aykırılık söz konusu olduğunda, hem hakimlerce bu hatanın tekrarını önlemek hem de hükümlünün yararlanması sözkonusu ise bunu da sağlamak üzere Milli Savunma Bakanının başvurusu üzerine dosyanın Askeri Yargıtay tarafından incelenmesi sonucunu doğuran olağanüstü kanun yoludur.

### **KAYNAKÇA :**

- 1) ERMAN, Askeri Ceza Hukuk, Umumi Kısım ve Usul, İstanbul, 7. Bası
- 2) ÇOKER, Askeri Mevzuatımız, Ankara, 1961
- 3) DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I, İstanbul, 1981
- 4) GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994
- 5) ÖZBAKAN, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, 1989, Ankara C.I.II,
- 6) KERSE, Askeri Yargı Mevzuatı, I, İstanbul, 1964
- 7) KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 8. Bası
- 8) TAŞKIN, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941
- 9) EREM, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1978
- 10) Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararları



- a. DEWILDE, DOMS ET VERSYP/BELÇİKA Kararı, 18.6.1976, 12.S.41&78
  - b. RINGEISEN/AVUSTURYA Kararı, 16.7.1971, A 13. S. 39&95
  - c. BELİLOS/İSVİÇRE, 29.4.1988, A 132. S. 29&64
  - d. LITHGOWETAUTRES/İNGİLTERE, 8.7.1986, A 102, S. 73&202
  - e. PIERACK/BELÇİKA, 1.10.1982, A 53 S.13&27
  - f. INCAL/TÜRKİYE , 9.6.1988
  - g. PAULWELS/BELÇİKA, 26.5.1988 Kararları
- 11) Askeri Yargıtay İçtihatları;
- a. Depo şartını yerine getiren sanığın tanığı dinlemek zorunluluğu DRL.KRL. 18.12.1986 Esas 130, Karar 130
  - b. Tek tek tanık ifadelerine ne diyeceği sorulacağına sanığa toptan ne diyeceğinin sorulması savunma hakkını kısıtlar. 2.D. 2.2.1956, Esas 55/3438, Karar 56/303
  - c. Sanığa son sözün verilmemesi esas hakkında mütalaya karşı savunmasının alınmaması kanuna mutlak muhalefet oluşturur. 1.D. 15.02.1965 Esas 65/100, Karar 65/97, 3. D. 29.06.1971 Esas 71/296, Karar 71/292
  - d. Mahkemede hazır bulunan tanıkların, alenilik ilkesini ihlal edecek tarzda nâip hakime dinletilmesi kanuna aykırıdır. 1.D. 2.3.1983, Esas 83/209, Karar 83/199
  - e. Gerekçeli Hükümde; olayın cereyan tarzı, suçun işleniş şekli, delillerin neden ibaret olduğu ve ne yolda münakaşa edildiğinin gösterilmemesi yolsuzdur 2.D. 28.4.1953 Esas 53/1038, Karar 53/1008
  - f. Sübut delillerin ne olduğu gösterilmeden sadece sanığın ikrarına dayanılarak hüküm kurulamaz. 1.D. 14.7.1959, Esas 59/2539, Karar 59/3268
  - g. Sanık lehine bir kurala aykırılık, hükmün bozulması yolunda askeri savcıya bir hak vermez. Drl. Krl. 22.6.1989, Esas 89/183, Karar 89/171
  - h. Depo şartı ile ilgili Drl. Krl.nun 18.12.1986 tarih ve 1986/130-130 sayılı kararı
  - i. Gerekçeli hükme dayanak yapılan delillerin dosyada yer almaması ile ilgili Drl. Krl.nun 7.7.1994 gün ve 1994/80-80 sayılı kararı.
  - j. Hükmün gerekçeli olması gerektiğine ilişkin 5. Dairenin 28.3.1990 gün ve 1990/202-189 sayılı kararı.



- k. Güvenlik görevlilerince alınan ifade dışında iddiayı teyid eden delillerin bulunmaması ile ilgili Drl. Krl.nun 5.4.1984 gün ve 1984/83-81 sayılı kararı.
- l. Direnme kararının gerekçeli olması gerektiğine dair Drl. Krl.nun 13.5.1993 gün ve 1993/52-50 sayılı kararı.
- m. Eski hükme atıfta bulunmakla yetinilemeyeceğine dair Drl. Krl.nun 3.7.1997 gün ve 1997/109-99 sayılı kararı.
- n. Hükümün gerekçesiz olmasının kanuna mutlak muhalefet oluşturacağına dair Drl.Krl.nun 7.7.1994 gün ve 1994/80-80 sayılı kararı.
- o. Esas hakkında savunma ve son sözle ilgili 3. Dairenin 1.12.1987 gün ve 1987/624-636 sayılı kararı.
- p. Savcının görevsizlik kararı verilmesini istemiş olması halinde de sanığın esas hakkında savunmasının alınması gerektiğine ilişkin 1. Dairenin 8.5.1985 gün ve 1985/100-116 sayılı kararı.
- r. Son sözün sanığa verilmesi gerektiğine dair 1. Dairenin 13.4.1983 gün ve 1983/255-333 sayılı kararı.
- s. Avukata duruşma gününün tebliğ edilmemesinin savunma hakkını kısıtladığına dair 1. Dairenin 6.7.1988 gün ve 1988/545-541 sayılı kararı.
- t. Esas hakkında mütalaadan sonra savunma yapmak isteyen sanığa bu imkanın verilmemesinin savunma hakkını kısıtladığına dair 1. Dairenin 11.1.1989 gün ve 1989/9-3 sayılı kararı.
- u. Sanık avukatlarına duruşma gününün bildirilmeyerek davanın sanığın yüzüne karşı bitirilmesinin savunma hakkını kısıtladığına dair 1. Dairenin 25.2.1986 gün ve 1986/27-47 sayılı kararı.



# AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

Av. Semih GÜNER (\*)

## I- GENEL OLARAK

Avukat; hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve genelde hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesinde hukuki bilgi ve deneyimlerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına yönelten, kamu hizmeti yapan, bağımsız çalışan bir meslek mensubudur. Bu tanımdan hareketle avukatın bir yandan kamusal nitelikli bir görev yerine getirdiğini, diğer yandan da iş sahibi olarak adlandırdığımız bir kişinin hukuksal sorununun çözümlenmesinde veya bir işinin görülmesinde kişi adına görev yaptığını görmekteyiz. Avukatın iş sahibi adına bu ikinci işlevi “bir işin görülmesine veya yapılmasına yönelik” bir faaliyettir.

Avukatın bu faaliyetinin değerlendirilmesi için öncelikle bunun iş sahibi tarafından verilen tek yanlı bir temsil yetkisi olup olmadığı konusu üzerinde durulması gerekmektedir. Taraflar arasındaki hukuksal ilişki temsil yetkisini aşan bir ilişki ise ve özellikle karşılıklı iradelerin birleşmesiyle oluşan bir sözleşme ise;

---

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından



Borçlar Hukukunda yer alan özel borç sözleşmelerinden birine mi girdiği, kendine özgü kuralları olan yeni bir sözleşme türü mü olduğu araştırılması gereken ikinci konu olmaktadır. Bu aşamada, hukukumuzda bir işin görülmesine yönelik sözleşmelerin yani hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinin gözden geçirilmesi ve avukatın iş sahibi ile olan ilişkisinin bunlardan hangisine girdiğini yahut hiçbirine girmeyip, ayrı kuralları olan, kendine özgü bir sözleşme türü mü olduğunu saptamak gerekmektedir.

## 1- Temsil Yetkisi

Bir kimsenin temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapması (1) olarak düşünülen ve Borçlar Yasasınının 32 ve takip eden maddelerinde yer alan temsili "bir hukuki işlemi bir şahsın başka bir şahıs nam ve hesabına yapması ve işlemin sonuçlarının bu şahıs üzerinde doğmasını sağlaması" (2) olarak tanımlamak mümkündür. Söz konusu hukuki işlemi başkası adına yapana "temsilci" veya "mümessil", nam ve hesabına işlem yapılan "temsil olunan" veya "müvekkil" ve aradaki hukuki ilişkiye ise "temsil ilişkisi" denilmektedir. Üç kişi arasında gerçekleşen bu işlemde temsilci ve temsil olunanın yanı sıra bir de "üçüncü şahıs" yer almaktadır.

Temsil yetkisi, tek taraflı irade beyanı ile verilen bir yetki olup temsilciye yöneltilmiş bir yetki görünümündedir. Temsilcinin kabulü şart olmayan yetkinin temsilcinin eline ulaşması da yetkinin verilmesi açısından zorunlu değildir.

---

(1) Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Onbirinci Baskı, İstanbul 1997, sh. 113

(2) M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1995, sh. 150



Temsil olunanın iradesi ile bu yetkiyi vermesi halinde oluşan temsile “iradi-rızai-temsıl” denir. Temsil yetkisinin iradenin dışın- da oluştuğu durumlarda karşımıza çıkan temsile ise “yasal-kanu- ni-temsıl” adı verilir. Velinin (MY. madde 268), vasinin (MY. mad- de 353) kayyımın (MY. madde 353) temsil yetkisi, yasal temsil yet- kisine örnek oluşturur.

Temsilin, sonuçlarının gerçekleşmesine göre de ikiye ayrıldığı- nı görüyoruz. Temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan için yaptı- ğından bahsetmeksizin, üçüncü kişi ile hukuki işlemi kendi adına yapmasından sonra bu işlemde doğan hak ve borçları ikinci bir iş- lemle temsil olunana aktarması biçiminde karşımıza çıkan temsile “dolaylı temsil” veya “vasıtalı temsil” adı verilmektedir. Burada hukuki ilişki “kendi adına başkası hesabına” olarak değerlendiril- lir. Bu tür temsil, komisyonda (3) ve yatırım fonlarında (4) görül- mektedir.

“Doğrudan temsil” olarak adlandırılan ikinci temsil biçiminde ise temsilci üçüncü şahıs ile işlem yaparken bu işlemi temsil olu- nan nam ve hesabına yaptığını belirtmekte ve hukuki işlemde doğ- an hak ve sonuçlar doğrudan doğruya temsil olunan şahsa ait ol- maktadır. Hukuki bilgi ve deneyimlerini kişilerin yararlanmasına yönelten avukatın müvekkilini temsil etmesi bu tür temsile örnektir.

- 
- (3) BY. madde 416 “Alım satım işlerinde komisyoncu, ücret mukabilinde kendi namına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım ve satı- mını deruhte eden kimsedir”
  - (4) Sermaye Piyasası Yasasının 35. maddesine göre halktan katılma belgeleri karşılığı toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin dağıtılması il- keşi ve inançlı mülkiyet esaslarına göre menkul kıymet portföyü işletmek için kurulan ve tüzel kişiliği olmayan “Menkul Kıymetler Yatırım Fonu”nu yöneten bankanın hukuksal durumu dolaylı temsile örnektir.





Bu bilgilerin ışığı altında avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi ele aldığımızda; avukatın üstlendiği görevin tek taraflı olarak verilen temsil yetkisi ile açıklanmasının olanaksız olduğunu ve yapılan işin karşılıklı iradelerin birleşmesiyle oluşan bir sözleşme olduğunu duraksamadan belirtmemiz gerekmektedir. Tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin bulunması ilişkinin tek yanlı bir temsil yetkisiyle açıklanmasını olanaksız kılmaktadır.

## 2- Vekalet Sözleşmesi

Avukatla iş sahibi arasındaki ilişkinin temsil yetkisi olmadığını saptadıktan ve işlemin bir sözleşme olduğuna karar verdikten sonra hukuksal dayanağını belirleyebilmek için öncelikle bir işin yapılmasına veya görülmesine yönelik sözleşmelerden hangisi olduğunu araştırmak gerekmektedir. Bu aşamada var olan düzenlemelerden en yakın görüneni durumunda olan vekalet sözleşmesi ele alınacak, sözleşmenin öğeleri ve diğer iş görme sözleşmeleriyle karşılaştırması yapılacaktır.

### 2.1- Vekalet Sözleşmesinin Tanımı

Borçlar Yasasının 386. maddesinde tanımlanan vekalet, “Bir sözleşmedir ki onunla vekil, sözleşme dairesinde kendisine yüklenen işin idaresini veya kabul ettiği hizmetin yerine getirilmesini borçlanır”.

Yasada yer alan tanımın vekalet ilişkisini diğer işgörme sözleşmelerinden ayırt etmede yetersiz kalması nedeniyle bilimsel yapıtlarda ayrıca tanımlanmaktadır. Tandoğan (5), “vekalet öyle bir

---

(5) Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, İstanbul 1989, sh. 356



akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi riskosu ona ait olmamak üzere yükler”.

Gerek yasal ve gerekse bilimsel tanımlardan anlaşıldığı gibi vekalet, vekil eden ile vekilin bir araya gelip, karşılıklı iradelerinin uyuşması sonucu ortaya çıkan, bir işin görülmesi veya bir hizmetin yapılmasını amaçlayan, taraflara karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme türüdür.

## **2.2- Vekalet Sözleşmesinin Ögeleri**

### **2.2.1- Bir İşin Görülmesi veya Bir Hizmetin Yerine Getirilmesi**

Vekalet sözleşmesinin konusunu bir hukuki işlemin (örneğin satış veya kira sözleşmesi) veya hukuki işlem benzerinin (örneğin temerrüt ihtarı veya ayıp ihbarı) yahut maddi bir eylemin yapılması (örneğin cerrahın bir hastayı ameliyat etmesi) oluşturur. Bu iş, işlem veya eylemin yapılmasında vekil doğrudan veya dolaylı temsilci olarak görev yapar.

Ancak temsilcinin vekalet sözleşmesi olmadan da temsil yetkisini kullandığı durumlar bulunmaktadır. Örneğin ortalık sözleşmesinde veya hizmet sözleşmesinde yahut tüzel kişilerin organlarında olduğu gibi. Bu nedenle temsil ilişkisiyle, temel ilişki vekalet sözleşmesinin birbirinden ayrılması gerekmektedir (6). İki kavramın karşılaştırılması yanlıştır. Zira temsil bir sözleşme değil tek

---

(6) Tandoğan, a.g.e., sh. 358



tarafı verilen bir yetkidir. Vekalet ilişkisi ise iki yanlı bir sözleşmedir. Ayrıca vekalet iç ilişkiyi, temsil ise dış ilişkiyi ilgilendirir. Bunun dışında yukarıda da değindiğimiz gibi temsil yetkisi vekaletin dışında da verilebilmektedir.

### **2.2.2- İşin Müvekkilin Çıkarına ve İradesine Uygun Yapılması**

Genel kuralımız vekilin gördüğü işin başkasına ait olması ve onun çıkarı için yapılmasıdır. Bir kişinin kendi işini görmesi vekalet sözleşmesi ile bağdaşmaz. Bu işin yapılması veya görülmesi sırasında ücret alınması zorunlu bir koşul değildir. Yasada yapılan tanımda ücret yer almamaktadır. Ancak yaygın uygulama ücret alınması yolundadır.

### **2.2.3- İşin Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın ve Sonucun Elde Edilmemesi Rizikosu Taşımaksızın Belli Bir Yönde Yapılması**

İşin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi rizikosu taşımaksızın belli bir yönde yapılması üçüncü ögedir. Bu ögede yer alan işin zaman kaydına tabi olmadan yapılmasının vekalet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden, sonucun rizikosunun vekile ait olmamasının ise eser sözleşmesinden ayırmada ölçüt olduğu görülmektedir.

### **2.2.4- Başkalarına Ait İşin Görülmesi İçin, Şekle Bağlı Olması Gerekmeyen Bir Sözleşme İle Borç Altına Girilmesi**

Dördüncü öge “başkalarına ait işin görülmesi için şekle bağlı olması gerekmeyen bir sözleşme ile borç altına girilmesi”dir.



Vekaletin şekle bağlı olmadığını BY. madde 387’de yer alan vekilin kabul etmiş sayılması sözcüklerinden çıkartmaktayız. Buna göre dolaylı olarak da vekalet sözleşmesinin oluşması olanaklı olmaktadır.

Sözleşmeyle borç altına girilmesi ise temsil yetkisi ile vekaleti ayıran bir niteliktir. Başkası adına iş görme veya yapma borcu altına girilmesi gerektiğini daha önce ele almıştık. Bu nedenle sadece hukuki işlem yapma yetkisinin verilmesi yeterli olmayıp vekilin borç altına girmesi de gerekmektedir. Kendisine yetki verilenin borç altına girmemesi halinde ortada sadece tek taraflı bir işlemle verilmiş temsil yetkisi söz konusudur.

## **2.3- Vekalet Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayrılması**

### **2.3.1- Vekalet Sözleşmesi İle Hizmet Sözleşmesinin Karşılaştırılması**

Hizmet sözleşmesi BY. madde 313 ile “Hizmet sözleşmesi bir sözleşmedir ki onunla işçi, belirli ve belirli olmayan bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi de ona bir ücret vermeyi üstlenir”.

Tanımdan açıkça anlaşıldığı gibi ivaz yani ücret hizmet sözleşmesinin zorunlu ögesidir. Buna karşılık vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu öğelerden değildir. Hatta vekaletin ücretsiz olması asıldır (BY. madde 386/II). Ancak BY. madde 353’de yer alan “ilmi ve bedii malumatı mahsusayı haiz olanlar tarafından ücretle yapılagelen” serbest hizmetler hem vekalet ve hem de hizmet sözleşmesinde karşımıza çıktığından ücret ölçütü özellikle avukatlık hizmetini göz önüne aldığımızda kesin bir ölçüt olmamaktadır.



Bilimsel yapıtlarda ve yargı kararlarında iki sözleşmeyi ayırmak için “süre” ölçütüne baş vurulmaktadır. Buna göre belli olan veya olmayan bir süre için işgücünün başkasına tahsisi söz konusuysa hizmet sözleşmesi, bir süre kaydı olmaksızın belli bir sonuca yönelen, belli iş ve işlerin, sonucun kusur olmaksızın meydana gelmemesi rizikosu üstlenilmeksizin görülmesi söz konusuysa vekalet sözleşmesi ile karşılaşılmış bulunmaktadır (7). Yargıtay 4. H.D.’nin 30.3.1971 gün ve E. 971/3817, K. 971/2991 sayılı kararında da süre ölçütüne yer verdiğini görmekteyiz. “Taraflar arasındaki ilişki hizmet sözleşmesinden meydana gelmiş olmayıp, vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Çünkü hizmet sözleşmesinin ayrımcı ölçüsü, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet edimlerinin yüklenilmesidir. Vekalet sözleşmesinde ise; vekilin yüklendiği borcun yerine getirilmesi söz konusu olup, zamanın geçmesiyle sınırlı değildir. Taraflar arasındaki sözleşmede süre söz konusu olmadığına göre, uyuşmazlığın Borçlar Yasasının vekalet sözleşmesine ilişkin kuralları ile çözümlenmesi gerekir” (8).

Ancak süre ölçütü ile iki sözleşmenin ayrılmasında her zaman sağlıklı çözüme ulaşmak mümkün olamamaktadır. Vekalet sözleşmelerinin uzun bir zaman dilimi için yapılmış olduğu durumlarda ve vekile ödenecek ücretin zamana göre belirlenmesi halinde iş sahibi ile işi yapan arasında bir bağımlılık ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda ilişkinin vekalet olmasına karar verebilmek için, iş görenin ve iş sahibinin durumlarını ayrı ayrı dikkate almak gerekmektedir (9). Y.H.G.K. nun 13.4.1977, E. 97/13-3520, K. 997/89 sa-

(7) Tandoğan, a.g.e., sh. 376

(8) Ferudun Müderrisoğlu, **Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi**, Ankara 1974, sh. 534

(9) Nejat Aday, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 1994, sh. 105



yılı kararında (10) değinildiği gibi eğer iş gören kendi belirlediği süre içinde, kendi iş yerinde, belli olmayan kimseler için, onlara karşı ekonomik bakımdan nisbeten bağımsız olarak iş yapıyorsa ve bu işe taraflarca her zaman bir önel verilmesine gerek bulunmaksızın son verilebiliyorsa, aradaki ilişkinin vekalet olduğuna karar verilmelidir (11). Ancak Yargıtay bir başka kararında bir kişinin işçi sayılabilmesi için, ilişkinin hizmet sözleşmesine dayanması ve söz konusu işin, işverenin denetimi ve gözetimi altında, işverenin iş yerinde görülmesi gerektiğine, avukatın bağımsız bürosu olması halinde hizmet sözleşmesinin olamayacağına karar vermiştir (12).

### **2.3.2.- Vekalet Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinin Karşılaştırılması**

Eser sözleşmesi, yüklenicinin (müteahhidin), iş sahibinin vereceği semen karşılığında bir şey imal etmesini konu alan sözleşmedir (BY. madde 355). Burada semen sözleşmenin en belirgin ögesi dir. Eser sözleşmesi daima bedellidir. Bu yönüyle vekalet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Ancak avukatlık söz konusu olduğunda bedel ölçütünün yeterli olmadığı ortaya çıkmaktadır.

---

(10) "Bir kimsenin İş Kanununa göre işçi sayılabilmesi önce bir hizmet aktinin varlığını, sonrada bu akte konu olan işin işverenin denetim ve gözetimi altında yapılmasını zorunlu kılar. Olayda davalı avukat davacıya ait işyerinde çalışmayıp kendi bağımsız yazıhanesinde çalışmasını sürdürmektedir. Bu durum karşısında az önce açıklanan hukuki esaslar uyarınca taraflar arasındaki ilişki ve bunun sonucu olarak davanın vekalet sözleşmesine dayandığının kabulü gereklidir" (ABD. Y. 1977, S. 2, sh. 345)

(11) Tandoğan, a.g.e., sh. 377

(12) Y.H.G.K. 13.4.1977 günlü ve E. 977/9-1635, K. 977/355 sayılı kararı (YKD. Y. 1978, S. 5, sh. 676)



Eser sözleşmesinin vekaletten diğer bir farkı da rizikonun üstlenilmesindedir. Vekalet sözleşmesinde riziko müvekkile ait iken eser sözleşmesinde riziko yüklenicinin üzerindedir (13).

Sözleşmelerin farklılık gösteren bir boyutu tarafların neden göstermeden sözleşmeden her an için cayıp cayamamalarında görülmektedir. Vekalet sözleşmesinden her zaman neden göstermeden cayabildikleri halde eser sözleşmesini taraflar ancak belli nedenlerin varlığı halinde ve tazminat ödeyerek sona erdirebilmektedirler (14).

## II- AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ

### 1- Genel Olarak

Avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki; çoğu kez “vekaletname” adı verilen, tek yanlı bir irade bildirim niteliği taşıyan temsil belgesi ile başlasa bile, bir sözleşme olduğu kuşkusuzdur.

Avukatlık Yasasında avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olduğu, serbestçe yapılan bir mesleki faaliyet olduğu ve avukatın bu hizmeti yaparken bağımsız olduğu vurgulanmış, ancak avukat tarafından kişilerin yararlanmasına tahsis edilen bu hizmetin tanımı yapılmamış, nitelikleri açıkça ortaya konulmamıştır.

Buna karşılık Yasanın çeşitli maddelerinde avukatın ve iş sahibinin karşılıklı hak ve yükümlülükleri olduğuna değinilmiş ve 164. maddede avukat ile iş sahibi arasında yapılacak vekalet ücreti sözleşmesi ele alınmıştır.

---

(13) Tandoğan, a.g.e., sh. 377

(14) Aday, a.g.e., sh. 106



Esasen avukatla iş sahibi arasındaki ilişki, taraflara “hukuki yardım ile vekalet ücreti karşılıklı borçlarını yükleyen sinalagmatik ilişkidir (15). Bu ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekirken uygulama ve öğretilerde sadece “avukatlık ücret sözleşmesi” olarak ele alınması (16) yasadan gelen bir yanlışın sonucu olmaktadır.

Avukatlık Yasası Değişiklik Tasarısında açıkça değinildiği gibi avukatla iş sahibi arasındaki ilişkinin adı “Avukatlık Sözleşmesi”dir. Bu terim hem iş sahibinin hak ve yükümlülüklerini ve hem de avukatın hak ve yükümlülüklerini kapsadığı için yerinde bir terimdir. Bugün için Avukatlık Yasasının 164. maddesinde yer verdiği “avukatlık ücret sözleşmesi”ne ilişkin kural ilişkinin sadece ücret boyutu ile ilgili olduğu için yetersiz, tarafların hak ve yükümlülüklerini açıklamaktan uzak bir yasal düzenlemedir.

Uygulamada karşımıza çıkan “vekalet ücreti sözleşmeleri” adlı düzenlemeler, bir zorunluluk sonucu sadece ücret konusunu düzenleme yerine, her iki yanın hak ve yükümlülüklerine yer veren sözleşmeler olarak barolarca basılı olarak hazırlanmakta ve avukatla işsahibi arasında bağitlanmaktadır.

Savunma ve avukatlık hizmeti, genel olarak Avukatlık Yasasında ele alınmış, bunun yanı sıra diğer özel ve genel yasalarda da belli bir boyutu düzenlenmiştir. Bunların tümü birlikte ele alındığında tamamen “hizmete özgü” hukuk alanı (kurallar topluluğu) yaratıldığı görülmektedir. Bu kuralların ortak karakteri, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkileri “doğrudan düzenleyici hükümler”

---

(15) Ahmet İyimaya, “Temsil Yoluyla Bağitlanan Avukatlık Sözleşmesi İçin Özel Yetkinin Varlığı Zorunlu Mudur?”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları (Temsil yoluyla), Ankara 1995, sh. 338

(16) Salter Uçar, Avukatın Hak ve Ödevleri, İstanbul 1998, sh. 63





içermesi ve çoğunlukla emredici nitelikte olmasıdır. Bir bakıma yasalarda kendiliğinden oluşan “bir avukatlık ilişkisi” yaratılmıştır. Böylelikle “avukatlık sözleşmesi” var olan durumun özenle gözlenmesinden kaynaklanan “zorunlu bir düşünce ürünü” olmaktadır (17).

## 2- Avukatlık Sözleşmesinin Tanımı

Avukatlık sözleşmesi terimi güncel bir kavramdır. 1924 yılında yürürlüğe konulan 460 sayılı Muhammat Yasasında, 1938 yılında yürürlüğe konulan 3499 sayılı Avukatlık Yasasında ve 1969 yılında yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Yasasında bu konuda bir tanım ve düzenleme yoktur. 1136 sayılı Yasanın 164. maddesinde sadece “ücret sözleşmesi” terimi geçmekte olup bunun da avukatlık sözleşmesini tanımlayan, sözleşmenin niteliklerini ortaya koyan bir yanı bulunmamaktadır.

Uygulamada karşılaşılan aksaklıklar nedeniyle konu bilimsel yapıtlarda ele alınmakta (18) ve tartışılmaktadır. Tartışmaların da etkisiyle Avukatlık Yasasında yapılacak değişiklikler arasına bu konu da alınmıştır.

Avukatlık sözleşmesi, Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın Genel Gereğesinde “Bir başka düzenleme de avukatın sunduğu hukuki yardımın yapılması ve işlevi konusundadır. Bu hizmet artık Borçlar Kanunundaki klasik vekalet aktinin sınırlarını aşmıştır. Mimarlık sözleşmesi ve benzeri sözleşmelerde olduğu gibi tamamen sui generis (kendine özgü) karakterde ve bütünüyle yeni olan bir avukatlık sözleşmesi türü

---

(17) Ahmet İyimaya, “Avukatlık Yasası Tasarısında Öngörülen Avukatlık İlişkisi Modeli yada Avukatlık Sözleşmesi”, a.g.e., sh. 409

(18) Terim için bkz. İyimaya, a.g.e. Temsil yoluyla, sh. 339



ihdas edilmiştir” açıklamalarıyla yer almaktadır. Buradan da anlaşıldığı gibi 1136 sayılı Avukatlık Yasasının bu konuya yer vermesi buna karşılık sözleşmenin içeriğini oluşturacak pek çok konuyu emredici biçimde düzenlemiş olması büyük bir eksiklik ve yetersizliktir. Ancak tasarıda da bu konuda bir tanım yapılmamış olması ve “Avukatlık Sözleşmesinin Kapsamı” başlığı altında “Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır” kuralı ile yetinilmesi, tasarıdan beklenileni vermekten çok uzaktır. Öncelikle sözleşmenin niteliklerini de içeren bir tanım yapılması gereklidir.

Bilimsel yapıtlarda az da olsa tanımlara rastlanmaktadır. Bir tanıma göre avukatlık sözleşmesi; avukat vasfını kazanmış bir meslek mensubunun hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, her tür hukuki uyuşmazlıkların çözümü konularında kendilerine başvuranlara kamusal nitelikli hizmet sunmasına olanak sağlayan, her iki tarafa borç yükleyen “tam iki taraflı” sözleşme (19) türüdür.

Bir başka yapıtta net bir tanımlama yapılmamakla beraber “avukatla müvekkil arasında akdolan, avuktan beklenen hukuki yardımın içeriğini ve üstlendiği vekalet işi için onun alacağı ücreti gösteren bir sözleşme” olarak belirtilmektedir (20).

Kişileri ve işin niteliğini öne çıkararak şöyle bir tanım denemesi yapılabileceğini düşünüyoruz; “Avukatlık sözleşmesi; baro levhasına yazılı olup mesleğini serbest olarak yapan avukat ile iş sahibi arasında bağtlanan, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, huku-

---

(19) Oğuzman-Öz, a.g.e. Temsil Yoluyla, sh. 44

(20) Meral Sungurtekin Özkan, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, İzmir 1999, sh. 148



ki sorun ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini konu edinen, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir”.

### **3- Avukatlık Sözleşmesinin Nitelikleri**

#### **3.1- Her İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir.**

Avukatlık sözleşmesinin tanımından da anlaşıldığı gibi avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkide bir meslek mensubu olan avukat, hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, her tür hukuki uyuşmazlıkların çözümü konularında kendilerine başvuranlara kamusal nitelikli hizmet sunmakta, buna karşılık iş sahibi de başka yükümlülüklerinin yanı sıra avukata ücret ödemekle yükümlü olmaktadır. İlişkinin bu boyutu sözleşmenin her iki tarafa borç yükleyen “tam iki taraflı” sözleşme (21) türü olduğunu göstermektedir. Avukatın yükümlülükleri başta “özenle hizmetin yerine getirilmesi” olmak üzere yasa, meslek kuralları, meslek örgütü kararları, mesleki düzen ve geleneklerle ortaya çıkmakta, iş sahibinin de başta ücret ödeme olmak üzere çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır.

#### **3.2- Ücret Karşılığı Yapılan İvazlı Sözleşmedir.**

Avukatlık sözleşmesine konu olan hizmet, ücret karşılığı yapılan bir hizmettir. Bu bağlamda “serbest hizmetler” için düzenlenen BY. madde 353 ile benzerlik göstermektedir. Ancak avukatlık ücreti Yasada kapsamlı olarak ele alınmıştır. Yasa ücret alınarak işin yapılmasını zorunlu görmektedir. Ücret alınmaması veya yasa gereği belirlenen ücretten az ücret alınması halinde avukat hakkında disiplin soruşturması yapılmakta ve yaptırım uygulanmaktadır. Yasanın bir başka yerinde, avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yük-

(21) Oğuzman-Öz, a.g.e., sh. 44



lenecek avukatlık ücretinin de avukata ait olduğu açıkça vurgulanmaktadır (AY. madde 164 son).

Bu düzenlemelerden açıkça anlaşıldığı üzere avukatlık sözleşmesi ücret karşılığı yapılan bir işi konu edinen sözleşmedir.

### **3.3- Belli Bir İşin Görülmesini veya Bir Hizmetin Yapılmasını Konu Edinen Sözleşmedir.**

AY. madde 35'te yer aldığı üzere avukatlık sözleşmesinin konusu avukat tarafından verilen hizmet; yasa işlerinde ve hukuki konularda görüş bildirmek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini kullanan diğer organlar önünde gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri ve resmi dairelerdeki işleri takip etmek, bütün bu işlere ait evrakları düzenlemektir. Geniş bir alana yayılan bu hizmetlerin genel karakteri diğer bir kimse yararına çalışma olarak belirlenebilir. Borçlar Yasası sistematiki içinde "iş görme" sözleşmeleri kapsamına giren sözleşmelerden dir.

Hukukumuzdaki iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi yasa ile düzenlenmiş olarak, factoring, franchising, bankacılık işlemleri, seyahat sözleşmesi, mimarlık sözleşmesi gibi türleri ise hukuki nitelikleri önceden ortaya konmamış olarak uygulama alanı bulmaktadır (22). Avukatlık sözleşmesi de Avukatlık Yasasında ve diğer yasalarda ismen belirlenmemiş, tanımı yapılmamış ancak içeriği özel ve genel yasalardaki kurallarla doldurulmuş, düzenlenmiş, iş görmeyi konu edinen bir sözleşmedir.

---

(22) Meral Sungurtekin Özkan, a.g.e., sh. 148



### **3.4-Kendine Özgü Kuralları Olan -Sui Generis- Türde Sözleşmedir.**

Avukatın iş sahibi ile ilişkisi, Borçlar Yasasındaki hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi kalıpları içinde ele alınması mümkün olmayan özellikler göstermektedir. Avukatlık Yasası ve Meslek Kuralları gibi yazılı düzenlemelerin yanı sıra meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, mesleki düzen ve geleneklerle oluşan avukatla iş sahibi arasındaki “avukatlık ilişkisi” kendine özgü karakteri olan bir ilişkidir. Avukatlık Yasasında açıkça tanımlanmamış olması nedeniyle başvurduğumuz Borçlar Yasasının hizmet ve vekalet sözleşmelerini biçimlendiren kuralları bu ilişkiyi sarıcı nitelikte değildir. “Devlet garantili hizmetler” den olan avukatlık için hizmet ve vekalet sözleşmelerindeki yükümlülükler yetersiz kalmaktadır (23).

Bu nedenle, avukatlık sözleşmesi kendine özgü kurallardan oluşan “sui generis” türde bir sözleşmedir.

### **3.5- Tekel Hakkına Sahip Kişilerce Yapılabilecek Sözleşmedir.**

Avukatlık sözleşmesinin bir tarafının baro levhasına kayıtlı avukat olması Avukatlık Yasasının 35. ve 63. maddelerinin öngördüğü bir zorunluluktur. Ayrık durumlar haricinde emredici nitelikteki bu düzenlemeye aykırı davrananlar, baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış avukatlar levhaya kayıtlı avukatlara ait yetkileri kullanmaya kalktıkları yani avukatlık sözleşmesi yapmaya yöneldiklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına ve ağır para cezasına çarptırılmaktadır.

---

(23) Sungurtekin, a.g.e., sh. 148



Bu nedenle, avukatlık sözleşmesi ancak baro levhasına kayıtlı bir avukatla yapılabilen türde bir sözleşmedir. Böylelikle avukatlık sözleşmesi yapma hakkı sözleşmenin meslek mensubu tarafı için teknelci bir hak görünümündedir.

#### **4- Avukatlık Sözleşmesi İle Vekalet Sözleşmesinin Karşılaştırılması**

Avukatlık sözleşmesi vekalet sözleşmesine çok benzeyen, ortak pek çok yönü olan, Avukatlık Yasasında ve Meslek Kurallarında boşluk olduğunda vekalet sözleşmesine ilişkin kuralların uygulandığı ancak vekalet sözleşmesinden temel farklılıkları olan bir sözleşmedir. Avukatlık sözleşmesini daha net bir biçimde ortaya koyabilmek için iki sözleşmenin karşılaştırması yapılmalıdır.

##### **4.1- Ücret Yönünden Farklılık**

Borçlar Yasasının 386. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince vekil, yükümlendiği veya yönettiği iş için arada sözleşme veya bu konuda gelenek varsa ücrete hak kazanabilmektedir. Vekalet sözleşmesinin ücrete ilişkin bu düzenlemesinde asıl olan ücret alınmaması, ayrıık olan (sözleşme veya gelenek olması halinde) ücret alınmasıdır. Bu yönüyle vekalet sözleşmesi “eksik iki taraflı sözleşme” grubuna giren bir sözleşmedir.

Oysa Avukatlık Yasasının 163. maddesi gereği avukat ile iş sahibi arasında ücret kararlaştırılması asıldır. Ücretin belirlenmediği veya belirlenemediği durumlarda tarifede yazılı asgari ücretin ödeneceği bu temel kuralın devamıdır. Yani avukatla iş sahibi arasında ücret serbestçe kararlaştırılıp yazılı hale getirilmemişse veya kararlaştırılan ücret emredici kurallara aykırılığı nedeniyle geçersiz sayılıyorsa yine ücret ödenecektir. Ancak bu durumda asgari ücret tarifesi esas alınarak miktarı saptanacaktır. Bu özelliği ne-



deniyle avukatlık sözleşmesi “tam iki taraflı sözleşme” sayılmaktadır.

Bu yaklaşım vazgeçilmez Anayasal haklardan olan savunma hakkının yerine getirilmesinde üstlenilen kamusal nitelikli görevin onursal boyutunun yanı sıra mesleğin serbest meslek olarak yapılmasının günün ekonomik koşullarına uyarlanmasının bir sonucudur. “Avukatlık ücreti herhangi bir malın değeri gibi ölçülemez. Bu ücreti tüm avukatlık mesleğine ilişkin vekardan ve avukatın kişiliğinden ayırmak da mümkün değildir” (24).

#### 4.2- Biçimsel Farklılık

Borçlar Yasası vekalet sözleşmesinin kurulması için hiçbir biçim öngörmemiştir. Oysa avukatlık sözleşmesinin oluşabilmesi için bugün yürürlükte olan kurallara göre en azından yazılı bir temsil belgesinin (vekaletnamenin) varlığının yanı sıra bunun örneğinin “aslı gibidir” veya benzeri sözcüklerle onaylanıp işlem yapılacak dosyaya konulması gerekmektedir. HUMY madde 65, 66 ve 67’de yer alan bu kurallardan avukatın iş sahibi ile yazılı bir sözleşme yapma zorunluluğu çıkarılamasa bile, ilişkinin oluşumu için yazılı bir biçimsel koşulun varlığını saptamak mümkün olmaktadır (25). Bu görüşün aksi görüşler de bulunmaktadır. Bu konunun biçimsel koşulla ilgisi olmadığı, avukatlara ilişkin bir sorun olmadığı, avukat olmayan birinin tapuda müvekkili adına işlem yapmak istediği zaman da vekaletname aslını veya örneğini ibraz etmek zorunda olduğu ileri sürülmektedir (26).

(24) Faruk Erem, “Sosyal Ekonomi Açısından Avukatlık Ücreti”, İBD, Yıl 1972 sh. 1079

(25) Müderrisoğlu, a.g.e., sh. 20

(26) Aday, a.g.e., sh. 108



Eleştirilerin haklılığı göz önüne alınarak yazılı olması gereken vekaletname adlı temsil belgesinin avukatlık sözleşmesinin biçimsel koşulu olarak kabul edilmesi ve iki sözleşme arasında fark gibi gösterilmesi doğru değildir. Vekaletnamenin biçimsel koşul olmayıp, avukatlık sözleşmesinin varlığının kanıtı olabilecek bir belge olarak kabulü daha doğru olmaktadır. Nitekim, Avukatlık Yasası Değişiklik Tasarısı'nda da yazılı biçim koşulu kurucu nitelikte düşünülmektedir (27).

### 4.3- Kişi Yönünden Farklılık

Borçlar Yasası vekalet sözleşmesinde vekil olabilecek kişiler yönünden özel bir kural getirmemektedir. Medeni Yasanın eylem ehliyetine yönelik kuralları vekil olacak kişide aranan genel kurallardır. Herkes Medeni Yasanın 9. maddesine göre yeterli niteliklere sahip bir kişiyi vekil olarak görevlendirebilir ve onunla vekalet sözleşmesi yapabilir.

Buna karşılık avukatlık sözleşmesinin vekil olacak tarafının baro levhasına kayıtlı avukat olması Avukatlık Yasasının emredici nitelikteki kuralı gereğidir. İş sahibi avukatlık tekel hakkı kapsamına giren bir konuda ancak baro levhasına yazılı bir avukatla sözleşme yapabilir. Baro levhasına yazılı olmayanlar ve işten yasaklanan avukatlar şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez. İcra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. AY. madde 63'te yer alan bu kurala aykırı davranmanın yaptırımı hapis ve para cezasıdır.

---

(27) Tasarının 163. maddesine göre "Avukatlık sözleşmesinin belli bir yardım ve meblağı yahut değeri kapsamaması gerekir. Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır"





Bu nedenle, her iki sözleşme arasında sözleşmeyi yapacak kişi farkı net bir biçimde karşımıza çıkmaktadır.

#### 4.4- Tarafların Yükümlülükleri Bakımından Farklılık

Vekalet sözleşmesinde vekilin ve müvekkilin yükümlülükleri çok genel bir anlatımla BY. madde 388/I'de yer almaktadır. Buna göre sözleşmede vekilliğinin kapsamı açıkça gösterilmemiş ise bunun kapsam ve sınırı işin niteliğine göre belirlenmektedir. Yine bu maddede özel ve açık yetkiyi gerektiren konular örnek olarak sayılmaktadır. Daha sonraki maddelerde vekil edenin açık arzusuna aykırı iş yapılamayacağı, talimat alınamayacak durumlarda müvekkilin olur vereceği önceden anlaşılabilen biçimde davranılacağı ve üstlenilenin müvekkile karşı en iyi biçimde yapılacağı vekile borç olarak yüklenilmektedir.

Borçlar Yasasının yer verdiği bu genel düzenlemeler avukatla iş sahibi arasındaki ilişkide de geçerli olmakla beraber avukatın hak ve yükümlülükleri bunlardan ibaret değildir. Avukatın, sözleşmede yer almasa bile yapmakla ve yerine getirmekle yükümlü olduğu Yasadan ve Meslek Kurallarından kaynaklanan görevleri bulunmaktadır. Bu normlar genelde emredici nitelikli normlardır. Bir bakıma avukatlık sözleşmesi yasa, meslek kuralları ve etik kurallarla çerçevesi belirlenmiş bir sözleşme türüdür. Taraflar bu normların pek çoğunu özgür iradeleriyle değiştiremezler. Taraflara tanınan serbesti işin başında; işi verme, işi alıp almama, ücretini belli sınırlar içinde saptama, sözleşmenin devamında ise; işi bırakma yahut azil gibi konularda olduğu söylenebilir. Çok genel bir yaklaşımla iş sahibi tarafından dava ve işlerin takibi için çıkartılan bir temsil belgesinin (vekaletnamenin) avukatın bürosuna bırakılması avukata yapılmış icap sayılmakta (28), avukatın da bu icabı doğrudan veya dolaylı olarak kabul edip, belgeyi bir hukuksal uyumsuzluk kapsamında kullanmış olması yanlar arasında vekalet söz-

(28) Aday, a.g.e., sh. 112



leşmesinin oluşması için yeterli görülmektedir. Bu örnekte olduğu gibi yanların yapılacak işin detayı, ödenecek ücret gibi temel konularda iradelerini bir araya getirmemeleri sözleşmenin oluşmasına engel sayılmamaktadır.

Hatır ilişkileri olarak adlandırılan bir ortamda bir yakına, çoğu kez ücret almadan verilen bilgilerin, yahut telefon veya bir başka elektronik iletişim aracılığı ile iş sahibi ile avukat arasında yapılan görüşmenin, sorulan soruya verilen yanıtın dahi sözleşme oluşması açısından yeterli görüldüğü ve avukatın hukuksal sorumluluğunun doğduğu (29) günümüz koşullarında sözleşmeyi yönlendiren, yanların kararlaştırmamalarına rağmen kendiliğinden etkili olan ve çoklukla emredici nitelikte olan kurallar, vekalet sözleşmesi ile avukatlık sözleşmesinin önemli bir farkının oluşturmaktadır.

Avukatın yükümlülüklerindeki farklılığın temelinde yatan düşünce, mesleğin kamu hizmeti sayılmasıyla yakından ilgili olup, vekalet sözleşmesinde böyle bir düşünce yer almamaktadır.

#### **4.5- İşe Son Verme ve İşten Çekilme Yönünden Farklılık**

Borçlar Yasasının 396. maddesi işten çekilme ve işe son vermede taraflara tam ve geniş bir yetki tanımaktadır. “Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir” kuralı ile bu konudaki irade bildiriminin diğer tarafa ulaştırılmasıyla bozucu yenilik doğuran durumun meydana geleceği kabul edilmektedir (30). Vekalet sözleşmesinin uygun olmayan bir zamanda bozulması halinde ve bu davranışın bir zarar doğurması koşuluyla genel kurallar doğrultusunda tazminat isteme hakkı tanınmaktadır.

Buna karşılık avukatlık sözleşmesinde, azil ve çekilme hakkının var olduğu kabul edilmekle beraber bu hakkın haklı bir neden

(29) Aday, a.g.e., sh. 158-159

(30) Müderrisoğlu, a.g.e., sh. 22



bulunmadan kullanılması halinde salt ve geniş kapsamlı bir ceza koşulunun ödenmesi öngörülmektedir. Bu ceza koşulu azleden için avukatlık ücretinin aynen ödenmesi şeklindedir. Avukat da özgür biçimde davadan çekilebilmekte ise de çekilme iradesinin iş sahibine ulaşması koşulunun yanı sıra HUMY. madde 68 ve AY. madde 41 de yer alan başka koşullara ve sınırlamalara da uymakla yükümlüdür.

#### 4.6- Zamanaşımı Süreleri Yönünden Farklılık

Vekalet sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklarda Borçlar Yasasının 126. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı kuralları uygulanır.

Buna karşılık avukatlık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanarak avukata karşı ileri sürülen tazminat istekleri, bu hakkın doğumundan sonra beş yıl ve her halde o işin sona ermesinden başlayarak bir yıl sonra zamanaşımına uğramaktadır (AY. madde 40). Yasa, tazminat istemlerinde iki farklı zamanaşımı süresi öngörmektedir (31). İş henüz sona ermemişse beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir, işin sona ermesi halinde sona erme tarihinden başlayan bir yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmaktadır.

Avukatlık Yasası avukata karşı ileri sürülebilen tazminata ilişkin isteklerde Borçlar Yasasının genel kuralını yani beş yıllık süreyi aynen benimsemiş ise de bu hakkın işin sona ermesi halinde beş yıl yerine bir yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanılması gerektiğini hükme bağlayarak genel kurallara ayrı bir durum yaratmıştır.

---

(31) Y. 13. H.D., 6.3.1992 günlü kararı ve E. 992/3948, K. 992/4826 sayılı kararı (YKD, C. 18, S. 8, sh. 1230)



# **TÜRK HUKUKUNDA ve TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU, YABANCI SERMAYE YATIRIMLARINDAN DOĞAN SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM (ICSID) PROSEDÜRÜ**

*Prof. Dr. Halûk GÜNUĞUR (\*)*

## **I- Türk Hukukunda Tahkim**

Türk hukuk sistemi tahkim konusuna yabancı değildir. Gerçekten gerek Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), gerekse Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanunu tahkim ile ilgili hükümlere yer vermiştir. Bu yasal düzenlemelerin yanı sıra Yargıtay da, yerleşmiş içtihatları çerçevesinde tahkime yer vermiş ve hatta ulusal tahkim kavramına bir tanım getirmiştir. Yargıtay'a göre tahkim; "Türkiye'de, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kurulu kararları milli hakem kararlarıdır" (1).

---

(\*) Uluslararası Tahkim Divanı (ICSID) Türk Üyesi ve G.Ü. Uluslararası İlişkiler Bölüm Başkanı

(1) YHGK'nun 7.11.1952 tarih ve 126/109 sayılı kararı, YTD'nin 23.12.1955 tarih ve 7745/840 sayılı kararı, 15 HD'nin 20.6.1996 tarih ve 2781/3533 sayılı kararı



Tahkim müessesesinin hukuksal niteliği Türk hukuk öğretisinde tartışmalıdır. Ticaret hukukçularına göre tahkim bir özel hukuk, daha çok “ticaret hukuku”nun konusudur. Buna karşılık usul hukukçuları tahkimi bir “usul hukuku” kurumu olarak görme eğilimindedirler. Yargıtay içtihatları da ulusal tahkimi, “iki tarafın arzularına tabi olmayan meselede tahkim cereyan etmez” hükmünün yer aldığı HUMK’nun 518 maddesinden hareketle, mahkemelerdeki yargının yerine geçen tali bir “usul hukuku müessesesi” olarak kabul etmektedir.

Türk hukukunda tahkimin tabi olduğu genel ilkeleri, HUMK hükümlerinden buraya alıntılar yaparak incelemekte yarar vardır.

### A- HUMK ve Tahkim

HUMK’da tahkim bu yasanın 516-536. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi yasa (madde 518) tahkimi, “ tarafların rızalarına bağlı bir müessese” olarak öngörmektedir. Bu açıdan ele alındığında bir uyuşmazlıkta tarafların tahkime gidilmesi konusunda, tahkimname yapmamışlarsa veya aralarındaki sözleşmeye “tahkim koşulu” koymamışlarsa, bu durumda “ortak rızaları”ndan söz edebilmek olanaksızdır. Bu durumda tahkim prosedürü işlemeyecek ve mahkemeler devreye girecektir.

Buna karşılık, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşmede “tahkim koşulu” varsa, mahkemelerin bu davaya bakma yetkisi yoktur. Ancak yine de mahkemelerde dava açılmışsa, diğer tarafın “tahkim itirazı”nda bulunması gerekir. Her ne kadar bu itiraz “ilk itiraz” (iptidai itiraz) sayılmasa da, karşı tarafın esas cevap süresi içinde yapılmasında yarar vardır (2). Bir başka deyişle mahkeme re’sen görevsizlik kararı veremez.

(2) Bkz. Birsel M., “Milli ve Milletlerarası Tahkimin Bugünkü Durumu”, TOBB Tahkim Şartnamesi, Ankara, 1998, sayfa 15



Öte yandan, tahkim belli bir süre içinde tamamlanması gereken bir prosedürdür. Gerçekten söz konusu yasanın 529. maddesine göre;

“Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeye mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup selâhiyettar mahkemece halledilir. Bu süre ancak iki tarafın sarih ve tahriri muvafakatlarıyla veya mahkeme reisinin veya hakimin kararıyla temdit olunabilir”.

Maddeden de anlaşılacağı gibi, altı aylık süre kesin olmayıp, iki durumda uzatılabilir. Bunlar 1. iki tarafın süre uzatımı konusunda açık ve yazılı rızası, 2. mahkeme başkanı ya da hakimin kararıdır. Yargıtay kararına göre altı aylık süre içinde kasıt, ihmâl ve dikkatsizlik nedeniyle uyuşmazlığı çözemeyen tahkim kurulu bu gecikmeden Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumlu tutulur (3).

Hakem ya da hakem kurulu kararında, uyuşmazlığın niteliği, maddi ve hukuksal gerekçeler ve hüküm ile masrafların aidiyeti konuları bulunmak zorundadır. Kararın altına tarih yazılır ve hakemler tarafından imzalanır. Zor yaptırımını gerektirdiği için hakemler ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları veremezler. Öte yandan, taraflar arasında yapılmış olan tahkimname de hakem kararına eklenir (madde 530). Yasanın 531. maddesinde, “hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir” cümlesi yer almaktadır. Bu cümlenin karşıt anlamından “ittifakla alınmış kararların muteber olmayacağı” anlamı çıkartılmamalıdır. Güzel Türkçe anlatımdan yoksun olan yasanın bu maddesinden “ekseriyetle alınan kararların da (ittifakla alınan kararlar yanında) geçerli ola-

(3) Bkz. Yargıtay HGKK 6 Aralık 1969 tarih ve 1110/866 sayılı karar



çağı anlamını çıkartmak gerekir. Hakem kurulu kararını yetkili mahkemeye verir ve mahkeme kararı taraflara yazılı olarak tebliğ eder. Karar bu tebliğ tarihinde kesinlik kazanır (madde 532).

Hakem ya da tahkim kurulu kararlarının “temyizi” konusu da, HUMK’nda düzenlenmiştir. Buna göre aşağıdaki durumlarda hakem kurulu kararları temyiz olunabilirler :

1. Tahkim süresinin dolmasından sonra karar verilmiş olması,
2. Taraflarca istenmemiş bir konuda karar verilmiş olması,
3. Hakemlerin yetkili olmadığı konularda karar vermeleri,
4. Hakemlerin, tarafların iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları.

Son üç nedenden birine göre hakem kararı temyizde bozulursa, uyuşmazlığın çözümü için “yeni hakemler atanır ve yeni bir süre verilir” (madde 533). Buna karşılık hakem kararı birinci nedenle bozulmuşsa, verilmiş olan karar batıl olur ve uyuşmazlık yetkili ve görevli mahkemede görülür (4).

Temyiz başvurusunun yanı sıra HUMK hakem kararlarına karşı ayrıca “yargılamanın iadesi” yolunu da açık tutmaktadır. Bu yola başvurulduğunda, yine HUMK’nun hükümlerine göre (yasanın 3. babının 3. fıslı) yargılamanın iadesi yapılabilecektir (madde 534).

HUMK’na göre, tarafların temyiz ve yargılamanın iadesi hakları “mutlak haklar” niteliğindedir. Bu haklardan feragati öngören her türlü sözleşme ve tahkimname “yapılmamış sayılır” (madde

---

(4) Birsal M., a.g.e., sayfa 17



535). Bu madde hükmü çerçevesinde TOBB Tahkim Şartnamesi'nin 48. maddesinin hukuksal niteliği son derece tartışmalıdır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Hakem kararlarının “tenfizi”yle ilgili olarak da HUMK'nda hüküm bulunmaktadır. Buna göre, hakem kurulu kararları mahkeme başkanı veya hakim tarafından onaylanır. Onay (kesinleşme şerhi) kararın altına yazılır ve imzalanır. Hakem kararları bu işlemlerden sonra tenfiz edilebilir (madde 536). Bu madde hükmü çerçevesinde TOBB Tahkim Şartnamesi'nin 51. maddesinin hukuksal niteliği son derece tartışmalıdır. Bu konuya yine aşağıda değinilecektir.

“Kamu düzeni” kavramının içinde kalan uyuşmazlıklarda, Türk hukukunda tahkime başvurulması söz konusu olamaz. Bu tür davaların normal mahkemelerde görülmesi gerekir. Bunun yanı sıra, uygulanacak “maddi hukuk kuralları” açısından bakıldığında, “yabancı unsur”u içermeyen uyuşmazlıklarda sorun “Türk maddi hukuku” çerçevesinde çözümlenecektir. Buna karşılık, hakemlerin “hak ve nesafet ilkelerine göre karar vermeleri” hususunda taraflar tahkimnamede ortak rıza belirtmişlerse, hakemler maddi hukuka bağlı olmaksızın karar verebilirler. Yargıtay'ın da bu konudaki görüşü aynı paraleldedir. Gerçekten Yargıtay'ın 28.1.1994 tarihli nisbeten yeni bir içtihadı birleştirme kararına göre :

Hakem Sözleşmelerinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretildeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da gözönüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu





maddi hukuk kurallarına uymadıkları hususu, tarafların herhangisi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir ve bu temyiz isteminin de Yargıtay'ca, mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir (5).

O halde tahkim sözleşmesi veya şartında, taraflar ihtilafın "hak ve nesafet ilkeleri" dairesinde karara bağlanacağı hususunu açıkça ifade etmemişlerse, temyizde, hakem kurulu kararlarının Türk maddi hukuk kurallarına aykırı olduğu ileri sürülebilecek ve Yargıtay incelemesi sonucunda maddi hukuk kurallarına (kamu düzenine ilişkin olanlar da dahil ve fakat bunlarla sınırlı olmaksızın) aykırılık sebebiyle bozulabilecektir (6).

Buna karşılık, Yargıtay 15. HD bir kararında "..... taraflar, ister tahkimnamede, ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gereken hukuk kurallarını ve yargılama usulünü tespit ve tayin yetkisine sahiptir..... Tarafların iradelerine bağlı tutulan tahkim sözleşmesinde veya hakem şartında böyle bir kayıt yer almamışsa, hakemler maddi hukuk kurallarından ayrılarak, adalet ve nesafet esaslarına göre karar verirler" (7) yargısına varmıştır.

Bu farklı görüşler karşısında içtihadı birleştirme kararı almak zorunda kalan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da değinildiği gibi, "hakem söz-

- 
- (5) Bkz. RG. 13.4.1994 tarih ve 21904 sayı, 5-20 sayfa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 1993/4, K. 1994/1, ve 28.1.1994 tarihli kararı ve kararın yorumu için Bkz. Dayınlarlı K., İç Tahkim, Ankara 1997, sayfa 170-203
- (6) Birsal M., a.g.e. sayfa 16; aynı görüş için Bkz. Bilge N., "Hakem Yargılama-sında Hukuk Kaideleri", Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1966, sayfa 105; Üstündağ S.; Kanan Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1973, sayfa 122
- (7) 15 HD., E. 1989/1023, K. 1989/2841 sayı ve 15.6.1989 tarihli karar için Bkz. YKD., C. 15, S. 9, Eylül 1989, sayfa 1298-1301



leşmesi veya şartında hakemlerin maddi hukuk kurallarını gözönüne alarak karar vermeleri kararlaştırılmış ve fakat bu kurala uyulmamışsa, bu durumun bir temyiz nedeni olup olmadığı da HUMK'nun 533. maddesinde öngörülmemiştir. Üstelik bu madde, maddi hukuk kurallarına aykırılık hali, bir temyiz nedeni olarak belirtilmemiştir". Kimi hukukçulara göre, "maddi hukuk kurallarına uyulmamasının temyiz edilebilmesi için yasa değişikliğine gerek vardır" (8).

Kimi Kıta Avrupa'sı ülkelerinin ulusal mevzuatlarında da "hak ve nisfet" ölçütü tahkim şartında ya da tahkimnamede öngörülmemişse hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vermeleri gerektiği, aksi halde hakem kurulu kararlarının temyizen bozulacağı hükme bağlanmıştır (9).

Fransız Usul Kanunu (CPC) na göre, "hakemler kural olarak maddi hukuk kuralları çerçevesinde karar verirler. Ancak taraflar, hakemlerin "arabulucu" olarak da karar vereceklerini kararlaştırdıklarında hakemler bu genel kurala uymayarak "hak ve nesafet" ölçütüne göre de karar verebilirler (10).

Bu değerlendirmeler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ışığında şu sonuca varmak olasıdır; tahkimname veya tahkim şartında açıklık bulunduğu durumlarda hakemler maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözerler. Bu kurallara aykırı karar vermeleri temyiz nedeni olur. Dikkat edilecek olursa HGK bu kararı ile HUMK'nun 533. maddesine uygulamada "yeni ve genişletilmiş" bir temyiz nedeni eklemiştir. Bazı hukukçulara göre; "Türk mevzu-

---

(8) Postacıoğlu I., Medeni Usul Hukuku, Dersleri, İstanbul, 1975, sayfa 807

(9) İsviçre Kantonları, Alman Usul Hukuku, Avusturya Usul Hukuku ile ilgili değerlendirmeler için Bkz. Dayınlarlı Kemal, a.g.e. sayfa 172-173

(10) CPC madde 1019



atında yanlış hakem kararlarının düzeltilmesi için başka yolların öngörülmemesi de, hakem kararlarının temyiz nedenlerinin genişletici yoruma tabi tutulmasını haklı kılar (11).

Buna karşılık, tahkim şartı ya da tahkimnamede öngörülmüşse, hakem kurulu “hak ve nesafet”e göre karar verecektir.

## **B- TOBB Tahkim Prosedürü**

Uluslararası tahkim konusuna ayrıntılı biçimde girmeden, TOBB bünyesinde öngörülen tahkim müessesesinin işleyişi üzerinde durmakta yarar vardır.

Tacir ve sanayicinin gerek kendi aralarında, gerekse yabancılarla olan sorunlarında daha ivedi biçimde çözümlere ulaşabilme gereği, Türk Özel Sektörünün üst düzeydeki kuruluşu olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) bünyesinde bir tahkim divanı oluşturulmasını ve bu yöntemle hukuksal sorunların çözüme kavuşturulmasını gerekli kılmıştır. Yine bu amaçla TOBB bünyesinde bir “tahkim şartnamesi” (tahkimname) hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Soruna taraf olan tacir ve sanayiciler yaptıkları iş bağışlarına (sözleşmelerine) “TOBB tahkim koşulu”nu koymak zorundadırlar. Tahkim şartının konulmaması halinde sorunun bu yoldan çözümü olanaksızdır. Sözleşmelere konulacak tahkim şartı şu cümleden ibarettir: “İşbu sözleşmeden doğacak sorunlar, TOBB Tahkim şartnamesi hükümlerine göre tahkim yoluyla çözümlenir”.

Tahkimnamede ayrıca aşağıdaki hususların da bulunması gereklidir:

- Sorunun tek hakemle mi yoksa üç hakemle mi çözüleceği,

---

(11) Ozanoğlu T., IBK karşı oy yazısındaki gerekçelerden, Dayınlı K., ‘den naklen, a.g.e., sayfa 184



- Tahkimin yeri,

- Tahkimin dili (bu kayıt özellikle sorunun bir tarafının yabancı olması halinde önem kazanmaktadır).

- Uygulanacak hukuk

Taraflar TOBB tahkimini bir kere kabul etmişlerse, bu kurumun tahkim şartnamesinde öngörülen hükümleri aynen kabul etmiş sayılırlar. Bu kuralın doğal sonucu olarak, taraflardan biri daha sonra tahkimi reddederse, buna rağmen tahkim prosedürü işlemeye devam eder.

### **a- Tahkim Başvurusu**

TOBB Tahkimine başvurmak isteyen taraf, sorunun tüm taraflarına ait ticari ünvan, uyukluk, sıfat ve adreslerini iddia ve delillerini, hakem seçimi ve sayılarını, ilgili tüm belgelerle birlikte bir dilekçe ekinde TOBB Tahkim Divanı başkanlığına ya da Divanın sekreteryasını yürüten TOBB Hukuk Müşavirliğine sunar.

### **b- Tahkim Giderleri**

Başvurunun işleme konulabilmesi için tahkim giderlerinin daha önceden yatırılması gerekir. Genel olarak giderler taraflarca eşit olarak karşılanır. Ancak bir taraf ödeme yapmazsa, diğer taraf tüm tahkim giderlerini karşılamak zorundadır. Yatırılan miktarlar TOBB'de muhafaza edilir ya da bir bankaya yatırılmak üzere "TOBB Tahkim Fonu"na aktarılır. Bu Fon'un yönetimi TOBB'ne aittir. Tahkim Divanı giderlerin taraflar arasında nasıl paylaşılacağına daha sonra karar verir.

### **c- Hakemlerin Belirlenmesi**

Taraflar uyuşmazlığı tek ya da üç hakemle çözebilirler. Tahkim Sözleşmesinde tek hakem koşulu öngörülmüş ve taraflar bu tek



hakemde anlaşmışlarsa ortada sorun kalmaz. Taraflar anlaşamıyorlarsa bu durumda Tahkim Divanı uyuşmazlığı çözecek tek hakemi belirler. Tahkimnamede üç hakem koşulu öngörülmüşse, bu durumda taraflardan her biri kendi hakemlerini belirler. Bu hakemleri Divan onaylar. Taraflar belli bir süre içinde hakemlerini belirlemezlerse Divan bu hakemleri belirler. Uyuşmazlığa taraf olanların belirlediği hakemler, “tarafsız üçüncü hakem” konusunda anlaşılırlarsa seçilen hakem divanda yer alır, taraflar anlaşamazlarsa üçüncü hakem Divan tarafından seçilir. Belirlenecek üçüncü hakem tahkim kurulu başkanı olur. Taraflar hakemlerini TOBB Tahkim Kurulundan seçebilecekleri gibi güvendikleri bir başka hakemi de seçebilirler. Seçilen hakemler Divanın onayına tabidir. Bu onay sırasında Divan hakemlerin taraflar ile ilişkisiz ve bağımsız olmalarına dikkat eder (12). Oysa, TOBB Tahkim yönteminde yer alan bu hükmün uygulamada pek bir anlamı yoktur. Çünkü hakem ile kendini atayan taraf arasında belli bir “güven ve yanlık ilişkisi” olması doğaldır. Bu nedenle atanan hakemin kendini atayan tarafla ilişkisiz olması düşünülemez. Bir Türk firması ile bir yabancı firma arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim kurulu başkanı olacak tarafsız üçüncü hakem, tarafların uyruğu olduğu ülkeler dışından seçilir.

#### **d- Uyuşmazlığın Çözülmesinde Süre**

Yukarıda gösterilen şekilde belirlenen tahkim kurulu kendisine sunulan sorunu en çok altı aylık bir süre içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Altı aylık süre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 529. maddesi hükmünün bir gereğidir. Hakem 6 ay içinde kararını verir, bu süre Görev Belgesinin imzalandığı tarihte başlar (md. 45). 6 aylık süre ancak tarafların rızaları veya hakim kararı ile uzatılabilir (md. 46).

(12) Bkz. TOBB Tahkim Şartnamesi, Ankara, 1998, sayfa 9



Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 6 aylık sürenin aşılarak hakemlerin karar vermesi durumunda “kamu düzeni” kavramına ters düştüğü için, hakem kurulu kararlarının tümünü “batıl” saymıştır. Bu kuralın tek istisnası, tarafların veya hakimin süre uzatımıdır (13).

### **e- TOBB Tahkiminde Yetkili Organ (Tahkim Divanı)**

TOBB Tahkim prosedüründe “TOBB Tahkim Divanı” yetkili kurul olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim Divanı TOBB Yönetim Kurulu tarafından belirlenen 2’si danışman olmak üzere toplam 7 üyeden oluşur. Tahkim Divanı’nın görevleri, TOBB Tahkim Şartnamesi’nin 5. maddesinde sayılmıştır. Bu görevler;

1. Tahkim prosedürünü başlatmak ve sona erdirmek,
2. Hakemleri tesbit ve tayin etmek,
3. Çekilen veya reddedilen hakemlerin yerlerine yenilerini atamak,
4. Hakemlerin tayin, reddedilme ve çekilmeleriyle ilgili diğer karar ve önlemleri almak,
5. Taraflarca belirlenmemesi halinde tahkim yerini belirlemek,
6. MTO kurallarına göre düzenlenmiş “görev belgesi”ni tayin ettiği hakemlere vermek,
7. Tahkim prosedürünün başlangıç zamanını belirlemek,

---

(13) Yargıtay 15 H.D.’nin E. 1994/2876, K. 1994/164 sayılı ve 19.1.1995 tarihli kararı için bkz. YKD., c. 21, S. 9, Eylül 1995, sayfa 1433-1435



8. Uyuşmazlığın süresi içinde hakemler tarafından sonuçlandırılmasını sağlamak,

9. Hakem kararlarını inceleyip onaylamak,

10. Tahkim masraflarını, hakem ücretleri ve avans miktarlarını belirlemek,

11. Tahkim Komitesinin görevine girmeyen veya bu komite tarafından sunulan sorunları karara bağlamak,

12. Şartname ile verilen diğer görevleri yapmak.

Oldukça geniş bir görev alanı bulunan Tahkim Divanı'na yardımcı olmak üzere bir de "Tahkim Komitesi" kurulmuştur. Bu komite Divanın danışman başkanvekili üyesi başkanlığında, Divan katibi ve Divan'ın seçeceği bir başka üyeden (toplam üç kişi) oluşur (14). Komitenin görevleri de TOBB Tahkim Divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirlenmiştir.

#### **f- TOBB Tahkim Prosedürünün İşleyişi**

TOBB Tahkim Prosedürü, tek hakemli uyuşmazlıklarda bu hakemin, üç hakemli uyuşmazlıklarda ise Hakem Kurulunun "görev belgesi"ni hazırlamasıyla başlar. Bu belgede aşağıdaki hususlar yer alır:

- Tarafların adları, soyadları, uyruklugu, ünvanları,
- Tarafların Adresleri,

---

(14) Bkz. TOBB Tahkim Divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliği madde 11/2, TOBB Tahkim Şartnamesi, Ankara 1998, sayfa 49



- Tarafların iddialarının özeti,
- Uyuşmazlık konuları,
- Hakemin (ya da hakemlerin) adı, soyadı, uyruğu, adresleri
- Tahkimin yeri,
- Usul kurallarıyla ilgili bilgiler,
- Hakem ya da hakemler tarafından yararlı bulunacak diğer hususlar. (TOBB Tahkim Şartnamesi md. : 33).

Hakem ve taraflarca hazırlanan ve imzalanan Görev Belgesi, uyuşmazlık dosyasının hakeme verilmesinden itibaren en geç 2 ay içinde Tahkim Divanı'na verilir.

Hakem en kısa süre içinde soruşturmaya başlar, tarafları dinler, gerekirse tarafların huzurunda üçüncü kişileri de dinler (md. 37). Hakem uygun görürse bilirkişi tayin edebilir, görevlerini belirler, raporlarını kabul eder (md. 38). Tarafların istemi üzerine hakem dosya üzerinden de karar verir (md. 39). Hakem tarafların istemi üzerine veya re'sen tarafları belli gün ve yerde dinler. Taraflardan biri usulüne uygun yapılan tebligata rağmen gelmezse, hakem yine görevini yürütür ve duruşma yapılmış sayılır (md. 40). Hakem tahkimde kullanılacak dili de belirler. Bu durum özellikle yabancı unsuru içeren tahkimde önem taşır (md. 41/1). Tahkim duruşmaları 3. kişilere kapalıdır (md. 41/2). Taraflar duruşmalarda bizzat bulunurlar ya da vekilleri aracılığı ile temsil edilirler, ayrıca taraflar Divana bildirmek koşuluyla yanlarında danışmanlar da bulundurabilirler (md. 42). Taraflar, "görev belgesi"nde belirlenen sınırlar içinde kalmak kaydıyla yeni istem ve karşı istemde bulunabilirler (md. 43).

Dosyanın hakeme verilmesinden sonra taraflar sulh yoluyla anlaşılırsa, bu durum hakem kararı ile hüküm altına alınır (md. 44). Üç hakemli kurullarda kararlar çoğunlukla, çoğunluk sağla-





namazsa kurul başkanı tarafından verilir (md. 47) (15). Taraflar TOBB Tahkim Divanı'na başvurmakla verilecek hakem kararlarını icra etmeyi ve HUMK'nun 533 maddesinde öngörülen şartlar dışında temyiz yoluna başvurmamayı kabul etmiş olurlar (md. 48) (16). Öte yandan, Yargıtay'ın 28 Ocak 1994 tarih ve 4/1 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre (17); "maddi hukuk kurallarına uyulmadığı hususu temyiz nedenidir ve bu temyiz istemi mahkeme kararları gibi Yargıtay tarafından temyizen incelenir. Kaldı ki, yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 20 Haziran 1996 tarih ve 2781/3533 sayılı kararına göre; "MTO Tahkim Tüzüğü hakem kararlarının kesin olduğunu öngörse bile, Türk hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. **Temyizden peşin feragat geçersizdir.**" Oysa TOBB Tahkim Şartnamesi'nin 48. maddesi HUMK'nun 533. maddesi dışında temyiz yolunu kapatmakta ve "**peşin feragat**"i öngörmektedir. **Bu nedenle ilgili madde yasalara ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına aykırıdır.**

### **g- Hakem Kurulu Kararlarının Onayı**

TOBB Tahkim Divanı uyuşmazlıkta karar ya da temyiz organı değildir. Divan sadece hakemin verdiği kararı onaylar. Ancak Di-

- 
- (15) TOBB Tahkim Şartnamesindeki bu hüküm tarafımızdan pek anlaşılama-  
mıştır. Gerçekten 3 kişilik tahkim kurulunda çoğunluğun sağlanamaması  
matematiksel olarak olanaksızdır. Kaldı ki HUMK'nun 531. maddesi "ha-  
kemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir" hükmü ile hakem  
kurulu kararlarının ekseriyetle alınacağını hükme bağlamıştır.
- (16) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 43-45.  
maddelerinde yer alan hükümlere göre; "yabancı tahkim kurulu kararları-  
nın tenfizi için Türk mahkemelerinden karar alınması zorunludur. Ulusla-  
rarası tahkim için geçerli olan bu hükmün, ulusal tahkim için geçersiz oldu-  
ğunu söyleyebilmek olanaksızdır. Bu hukuksal durum karşısında TOBB  
Tahkim Şartnamesi'nin ilgili hükmü yasa ile çelişkilidir.
- (17) Bkz. RG. 14 Nisan 1994 tarih ve 21904 sayı



van, hakemin verdiği yazılı kararı ve dosyayı inceler, “usul yönünden” eksiklikler bulunduğu takdirde tamamlanması için hakeme geri verir. Eksiklik yoksa veya tamamlanmışsa Divanın hakem kararını onaylamaktan başka yapacağı işlem yoktur. Divan kararı onaylanmadan hukuksal sonuçlar doğurmaz (md. 51). TOBB Tahkim Şartnamesi’nin bu hükmü mahkemelerin ve Yargıtay’ın “onay yetkisi”ni kaldırmaktadır. Oysa yerleşmiş içtihatlarla göre “hakem mahkemelerinin verdiği kararlar Yargıtay’ca onanır veya temyiz süresi kaçırılırsa kesinleşir”. Kaldı ki, HUMK’nun 536 maddesine göre; **tahkim kurulu kararlarının icraya konulabilmesi (tenfiz) için, mahkemenin bu kararın altına “kesinleşme şerhi”ni koyması gerekir.** Yargıtay’ca onanmayan, hakim tarafından tasdik şerhi konulmayan veya temyiz edilen hakem kurulu kararları kendiliğinden icra gücüne sahip değildir. Dolayısıyla TOBB Tahkim Şartnamesinin bu hükmü de yasaya aykırıdır. Tahkim Divanı onaylanmış metni taraflara tebliğ eder.

### **Türkiye’nin Taraf Olduğu ICSID Sözleşmesi ve Tahkim**

Uluslararası tahkim yolunda atılan en önemli adım 1965 yılında Dünya Bankası bünyesinde yapılan Sözleşmeyle kurulan ICSID (18) dir. Türkiye, günümüzde âkit devlet sayısı 150’yi aşan bu Sözleşmeyi 6 Aralık 1988 tarihinde çıkartılan bir yasa ile uygun bulmuş, onay belgesini 3 Mart 1989 tarihinde ICSID’ye bildirmiş ve 2 Nisan 1989 tarihinde Sözleşmeye taraf olarak (19), yabancı sermaye yatırımlarından doğan hukuksal uyuşmazlıkları uluslararası tahkime götürmeyi kabul etmiştir. Bir başka deyişle, Türkiye’nin uluslararası tahkim konusundaki yükümlülüğü, onay sonucunda

---

(18) International Center For Settlement Of Investment Disputes

(19) Bu sözleşmeler için bkz. Bilateral Investment Treaties, ICSID yay. No: 17, Washington D.C., 1997, sayfa 88-89



Sözleşmenin bir iç hukuk belgesi haline gelmesiyle birlikte bundan yıllarca önce zaten doğmuştur.

Günümüzde Türkiye’de yapılan düzenlemeler, aslında siyasal olmaktan çok “hukuksal içerikli”dir. Bir başka deyişle, bu düzenlemelerle yapılmak istenen, **devletin uluslararası sorumluluğunun doğmaması** bakımından, Türkiye’nin bir uluslararası taahhüdüne iç hukukta uygulama güvencesi vermektir. Kaldı ki Türkiye, çok taraflı 1965 Sözleşmesi’nin onayı sonrasında, bugün sayıları 40’ı aşan ülke ile iki taraflı tahkim sözleşmeleri de imzalamış ve bunların büyük bir bölümünü de yürürlüğe koymuştur (20).

Türkiye’de kimi çevrelerin son derece duyarlı olduğu “yabancı sermaye yatırımlarından doğan sorunları çözmekle görevli tahkim divanı”nın yapısı ve işleyişi ile ilgili ilkeleri bilmeden bu konuda bir değerlendirme yapma olanağı yoktur.

Merkezi Washington D.C.’de bulunan ICSID (Merkez), Dünya Bankası bünyesinde oluşturulmuştur. Merkez, Sözleşmeye taraf olan her ülke hükümetince önerilen adaylar arasından 3-4 hakemi Tahkim Kurulu üyesi olarak 6 yıllık bir süre için atar. **Yargısal çözüme** yönelik bu hakemlerin yanı sıra, **dostane çözüm** için de “arabulucular” atanmaktadır. Türkiye’nin Kurulda, bu satırların yazarı da dahil, 4 hakemi ve 3 arabulucusu görev yapmaktadır. Türkiye’de oturan bu kişiler, ancak soruna taraf olan ülke ya da kuruluşlar tarafından hakem ya da arabulucu olarak belirlenirler görev yapabilirler.

ICSID bünyesinde uluslararası tahkim, soruna taraf olan devlet ve kuruluşlar arasında yapılacak “tahkim sözleşmesi” ile baş-

---

(20) Bkz ICSID 1999 Annual Report, Washington DC., 1999, sayfa 23



lar. Bir başka deyişle, ancak uyuşmazlığın taraflarının “rızası” tahkim prosedürünü başlatır. Rıza yoksa uyuşmazlık başka hukuk yollarından çözüldür. Bu rıza uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce verilebileceği gibi (*clause compromissoire*), uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da, o uyuşmazlık için verilebilir (*compromis*). Uygulanacak hukuk, hakemlerin yetki alanı, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranıp aranmayacağı, yargılama giderleri ve yeri vb. gibi hususlar tahkim sözleşmesinde gösterilir. Tahkim divanının oluşması için taraflar kendi hakemlerini atarlar. Atanan hakemler bir araya gelerek, tarafsızlığından kuşku duyulmayan üçüncü bir hakemi atarlar. Bu hakem aynı zamanda tahkim divanının başkanıdır. Üçüncü hakemin atanması konusunda görüş ayrılıkları ortaya çıkarsa, ICSID başkanı en geç 90 gün içinde bu hakemi atar.

Tahkim divanı, tahkim sözleşmesinde öngörülen ilkeler doğrultusunda öngörülen hukuka göre karar verir. Bu konuda 2 çözüm öngörülmüştür. 1. Hukuksal çözüm, 2. Dostane çözüm. **Hukuksal çözüme** göre Divan aşağıdaki hukuk kurallarına göre karar verir:

- Ulusal hukuk,
- Uluslararası hukuk,
- Ulusal ve uluslararası hukuk,
- Geçmişte yürürlükte olan veya değiştirilen mevzuat

Buna karşılık uyuşmazlığa taraf olanlar **dostane çözümü** istemişlerse Divan, “hak ve nısfet ölçüsüne göre” (yani hakkaniyet ve adalet kuralına göre) karar verir.

Tahkim divanının bir uyuşmazlığı çözmeye konusundaki yetkisi, başka bir idari ve adli organa başvuru hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak ICSID tahkim sistemine gidilmişse, başkaca bir tahkime başvurulamaz. Uyuşmazlığa taraf olanların rızası ile tahkime git-



meden önce, “iç hukuk yollarının tüketilmiş olması” koşulu tahkim sözleşmesine konulabilir. Bu durumda taraflar uyuşmazlığı ulusal yargı organlarına götürmek durumundadırlar. Bir başka deyişle uluslararası tahkim, ulusal yargı yollarına gitme olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Aynı şekilde taraflar, hak ve çıkarlarını korumak amacıyla, başkaca yargı organlarından “koruyucu önlemler” alınmasını isteme hakkına da sahiptirler.

Divan, ICSID'nin kabul ettiği “tahkim tüzüğü”nde öngörülen yöntemlere göre uyuşmazlığı çözer. Ancak, tahkim sözleşmesine taraflarca bu konuda ek hükümler de konulabilir. Uluslararası tahkime gidilmişse, taraflar tahkim divanının verdiği kararlara uymak durumundadırlar. Kısacası divan kararları bağlayıcıdır. Yargılama giderleri genelde taraflarca eşit olarak paylaşılır. Ancak, bu giderlerin taraflar arasında farklı oranlarda paylaşılacağı yolunda özel hükümler de yine tahkim sözleşmesinde yer alabilir. Tahkim divanı genellikle toplantılarını ICSID'nin merkezinde, bir başka deyişle Washington D.C.'de yapar. Ancak yine taraflar, divanın toplantı yerini tahkim sözleşmesinde belirleme hakkına sahiptirler.

## SONUÇ

ICSID bünyesinde işleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu tahkim prosedürünün temel ilkeleri bunlardır. Siyasal tercihlerden arınmış olarak bu tahkim sistemine bakıldığında, sistemin hiç de korkulacak bir “umacı” olmadığı görülecektir. Bir kere bu sistem ulusal hukuku dışlamamaktadır. Hatta iç hukuk yollarının tüketilmesi kapısını dahi açık tutmaktadır. Sistem, uygulanacak hukuku belirleme yetkisini uyuşmazlığın taraflarının iradesine bırakmaktadır. Öte yandan, tahkim zorunlu değil “rızaî”dir. Kaldı ki, kimi çevrelerin söylediğinin aksine, uluslararası yargı organları gibi bir yapıya da kesinlikle sahip değildir. Gerçekten Lahey Uluslararası



Adelet Divanı ya da AB Lüksemburg Adalet Divanı gibi, içinde Türk yargıcı bulunmayan bir sistem söz konusu değildir. Tam tersine, **Türk Devleti'nin veya bir Türk firmasının taraf olduğu uyuşmazlıkta tahkim divanında mutlaka bir Türk hakem bulunacaktır.** Türk Devleti veya firması tarafından atanan bu hakeme ve onun divanda sergileyeceği tutuma güvenmemek, yine “paranoya kokan özgüven yoksunluğu” anlamına gelir. Divan başkanı olan üçüncü hakem ise, bağımsızlığı ve tarafsızlığı uluslararası düzeyde tanınan bir kişi olacaktır. Kaldı ki, uluslararası tahkime her nedense sadece Türkiye’de yatırım yapan yabancı firmalar açısından bakılmakta ve onların çıkarlarının bu sistemle güvence altında olacağı söylenmektedir. Kimse madalyonun öteki yüzünü görmek istememektedir. Gerçekten, **yabancı ülkelerde yatırım yapan ya da yapacak olan Türk firmalarının bu ülkelerdeki haklarının güvenceye alınması sorunu** ne olacak?... Uluslararası tahkim bu firmalarımız açısından da çok önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Dünya hızlı bir değişim süreci yaşıyor. Küreselleşme ülkeler arasındaki ekonomik sınırları hızla kaldırıyor. Sadece Türkiye’nin değil, günümüzde hiç bir devletin bu oluşumun dışında kalma “lüksü” yoktur. Ekonomimin dinamiklerine ayak uyduramayan statik hukuk sistemlerinin çağımızda yaşama şansları da yoktur. Bu değer yargısı ulusal değil, “evrensel” dir...





# İZMİR - İKTİSAT KONGRESİ GÖRÜŞLER VE DEĞERLENDİRMELER

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI (\*)

## Giriş

İzmir İktisat Kongresi, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin "köklerini " bilmede, dünü anlamada, bugünü kavramamda ve yarına bakmakta çok önemli ekonomik, toplumsal, siyasi ve hukuki bir belge olma sıfatını taşımaktadır.

Ancak, İzmir İktisat Kongresi, en azından "hukuki bakımdan" yeterince değerlendirilmemiştir (1).

- (\*) A.Ü. Hukuk Fakültesi'nde Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Profesörü Binlerce öğrencisinden biri olmakla öğündüğüm Hocamın, halkının bağımsızlığı ve özgürlüğü karakteri olduğu içindir ki, anısına çıkarılan bu Armağanda, inceleme konusu olarak, İzmir-İktisat Kongresi seçilmiştir.
- (1) İzmir İktisat Kongresi hakkında bkz., Afetinan, İzmir İktisat Kongresi, 17 Şubat - 4 Mart 1923, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989; Ökçün, Türkiye İktisat Kongresi, SBFY., 1968; Aydemir, Tek Adam Mustafa Kemal, 3.Cilt, 1922-1938, Remzi Kitabevi, Beşinci Baskı, İstanbul,1975, 368 vd.; Mumcu, Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, Ankara,1973,s. 169 vd.; Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara, 1973, s.69; Alibeyov, Türkiye Cumhuriyeti'nin İktisadi Tarihinin Atatürk Dönemi, Atatürk Araştırma Merkezi, Üçüncü Uluslararası Atatürk Sempozyumu, 3-6 Ekim,1995- Gazi Magusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, cilt.1, Ankara 1998, s.527 vd.





Gerçekten, Erzurum Kongresi, Sivas Kongresi her yıl şenliklerle anılırken, üzerlerine bilimsel toplantılar yapılırken, her nedeşe eş değerde olan İzmir İktisat Kongresine hakkettiği önem verilmemiş (2), hatta kongrenin yapıldığı ev yıkılmış ve yerine düşünülmeden otopark yapılmıştır. Bu, İzmir İktisat Kongresine hiç veya yeterince değeri verilmediğinin bir kanıtıdır. Fazla söze gerek yoktur. İşin vahametini anlamak için, Atatürk hakkındaki araştırmalarda İzmir İktisat Kongresine ne kadar yer verildiğine bakmanın yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Oysa, Atatürk, ..." Efendiler, Hey'et-i aliyenizin bugün akdedmiş olduğu İktisat Kongresi çok mühimdir. Çok tarihidir. Nasıl ki Erzurum Kongresi felaket noktasına gelmiş olan bu milleti kurtarmak hususunda Misak-ı Millinin ve Teşkilat-ı Esasiye Kanununun ilk temel taşlarını tedarik hususunda amil olmuş, müessir olmuş müteşebbis olmuş ve bundan dolayı tarihimizde, tarih-i millimizde en kıymetli ve yüksek hatırayı ihraz etmiş ise, kongreniz dahi milletin ve memleketin hayat ve halas-ı hakikisini temine medar olacak düsturun temel taşlarını ve esaslarını ihraz edip ortaya koymak suretiyle tarihte büyük namı ve çok kıymetli bir hatırayı ihraz edecektir....Bu kadar kıymetli ve tarihi kongrenizi küşad etmek şerefini bana bahşettiğinizden dolayı hassaten arz-ı teşekkür ederim....Ve böyle bir kongreyi akdeden sizlersiniz. Bundan dolayı sizi şayan-ı tebrik görür ve tebrik ederim....Kongre küşad edilmiş-

- 
- (2) TRTK., Şubat 1999 yılında, İzmir İktisat Kongresinin, ilk kez yaptığı bir televizyon programında önemini belirtmiş, İzmir İktisat Kongresinin yapılmış olduğu binanın yıkılmış ve yerine otopark yapılmış olduğu haberini vermiştir. İzmir İktisat Kongresinin yapıldığı binayı yıkmış, yerine otopark yapma başarısını göstermiş bulunuyoruz. Bugün, hiç olmasa, otoparka bir tabela koyarak, o yerde İzmir İktisat Kongresinin yapıldığına işaret edelim ve böylece bu güzel eseri bizlere bırakan atalarımıza olabildiği kadar minnet duygularımızı ifade etmiş olalım.



tir efendim." Değerlendirmesini yaparak, İzmir İktisat Kongresi- nin " memleketin hayat ve halas-ı hakikisinde " ne kadar çok önemli olduğunu açıkça ortaya koymuştur (3-4) .

"İzmir İktisat Kongresi tarihte ilk defa ihraz-ı mevki-i büledecek bir kongredir" (5)

İzmir İktisat Kongresi, burada, bir iktisat sistemi veya doktrini, bir mevzuat taslağı, bir tarih tezi, vs., olarak değil, ama sadece "memleketin hayat ve halas-ı hakikisini temine medar olacak düsturlar" bütünü olarak ele alınacak (6) ve dolayısıyla zorlu bir Kurtuluş Savaşı içinde ve sonrasında biçim alan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel düzenlerinin niteliklerinin neden ibaret bulunduğu tespitte çalışılacaktır.

- 
- (3) Gazi Mustafa Kemal Paşa Hazretlerinin İlk Türkiye İktisat Kongresindeki İftitahi Nutukları, Afetinan, İzmir İktisat Kongresi, Ankara, 1989 s. 69.
  - (4) Aydemir, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Tarihinde en az Misak-ı Milli kadar önemli olan Misak-ı İktisadi Esasları'nı " ..bir iş ve inşa siyasetinin ana hatları olmaktan ziyade, devrin havasına uyan bazı saf heyecan belirtilerinden temennilerden ibaret kaldı " biçiminde değerlendirmiştir (Age., s. 369 ). Yazarın bu düşüncesine katılmamız mümkün değildir. Biz işin "kühünün" kavranmadığı kanaatindeyiz. İzmir İktisat Kongresi, kongre metinleri ve konuşmacıların değerlendirmeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, aşağıda görüleceği üzere, onun mükemmel bir biçimde bir "iş ve inşa siyasetinin" ana hatlarını oluşturduğu görülür.
  - (5) Gazi Mustafa Kemal, s.65.
  - (6) Aydemir, öyle sanıyoruz ki, İzmir İktisat Kongresini, sadece bir iktisat tezi olarak algılamaktadır ( Age., s.371 ). İncelememizden de ortaya çıkacağı üzere, İzmir İktisat Kongresi, salt bir iktisat görüşü değildir, tersine yeni Türkiye'nin temellerini oluşturan, bizce bugün de geçerli olan ve kendisinden vazgeçilemeyen, halkın gayri resmi sesinin ifadesi tarihi bir belgedir.



## İzmir İktisat Kongresinin Yapıldığı Tarihi Dönem

İzmir İktisat Kongresi, 17 Şubat-4 Mart 1923 tarihinde toplanmıştır (7). Bu tarihte Lozan Konferansı kesintiye uğramış, tabii "Cumhuriyet" henüz ilan edilmemiştir.

Amasya Tamimi nasıl kurtuluş Savaşını başlatan ve bu "savaş boyunca güdülen amaç ve esasların" (8) hukuki temel metnini oluşturmuşsa (9), İzmir İktisat Kongresi de, 29 Ekim 1923 tarihinde

- 
- (7) İzmir İktisat Kongresinden sonra Ülkemizde 2. İktisat Kongresi 2-7 Kasım 1981 tarihinde yapılmıştır. Ancak, değerli bilim ve siyaset adamımız Hocamız, Prof. Dr. Orhan Oğuz, bir özel sözlü açıklamasında, 1948 yılında, İstanbul Ticaret Odasının önderliğinde, Eminönü Halkevinde, kendisinin de Eskişehir delegesi olarak katıldığını, dolayısıyla asıl ikinci iktisat kongresinin o kongre olduğuna işaret etmiştir. Tabii, bu tespiti araştırmak tarihçilere düşmektedir.
- (8) Gerçekten, Amasya Tamimi, 1. maddede, "Vatanın bütünlüğü, milletin istiklali tehlikededir" derken uluslararası hukukun tanıdığı bir zaruret hali veya meşru müdafaa halinin varlığını tespit etmekte, 2. maddede İstanbul Hükümetinin üzerinde bulunan mesuliyetin icabını yapmadığına işaret etmekte," dolayısıyla 3. maddede "Milletin istiklalini yine milletin azım ve kararı kurtaracaktır" diyerek, Anadolu'da yaşayan halkın bir "millet olarak" meşru müdafaa hakkının doğduğunu söylemekte, böylece uluslararası hukukun koyduğu meşrutiyet temellerine bihakkin oturduğunda kuşku bulunmayan Türk Kurtuluş Savaşını başlatmış olmaktadır. Bu hukuk temeli üzerine "Erzurum Kongresi", "Sivas Kongresi" yapılmış, 23 Nisan 1920 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanmış, bu yüce meclisin Hükümeti, uluslararası hukukun kurallarına uygun olarak, Kurtuluş Savaşının idaresini üstlenmiştir.
- "Türkiye" adı da ilk kez "Türkiye Büyük Millet Meclisinde" resmen yer almış ( Afetinan, Age., s. 8 ), böylece Anadolu topraklarında oturan halkın egemen iradesini ifade eden, yeni bir Devlet ortaya çıkmış olmaktadır.
- (9) Atatürk'ün 24. Nisan.1920 tarihide T.B.B.M'sine sunduğu önerge : ".....Meclisin temsil ettiği milli iradeyi, vatanın mukadderatına hakim tanımak esastır. T.B.M.Meclisi'nin üstünde bir kuvvet mevcut değildir" . Zikreden, Afetinan, Age., s.8



ilan edilen "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" nin ve bu cumhuriyetin niteliğini oluşturan Devrimlerin temel metnini oluşturmuştur.

Gerçekten, Lozan Konferansında, tarihi eskiye giden bir ulusun siyasi-hukuki biçimi olarak doğan yeni bir Devletin bir kurtuluş savaşı ortamında oluşmakta olduğu görülmüş, bu devletin toplumsal, ekonomik, siyasi yapısının ne/nasıl olacağı sorusu zihinleri işgal etmeye başlamış, savaşı kaybeden devletler bu belirsizlikten yararlanarak üstüne üstlük bir de "baskın çıkmaya" çalışmışlardır (10).

İşte, İzmir İktisat Kongresi, Lozan Konferansının dağıldığı, Türk Heyetinin konferansı terk edip yurda döndüğü, ulusal sıkıntılarının "had safhada" olduğu bir sırada, Kurtuluş Savaşının noktalandığı İzmir'de, ülkenin biç çok yerinden gelen, toplumu oluşturan sınıfları ve/veya "grupları" temsil eden 1135 delege ile toplanmıştır (11).

(10) Afetinan, Age., s. 10 vd.

(11) Afetinan, Age., s.12,19.

Ancak, burada, Kongar'ın Kongreye çağrılan ve katılan delegelerin niteliklerine ilişkin "Kongre, o günkü toplumsal ve ekonomik yapı içinde işlev ve güç sahibi kişileri bir araya getirmiştir. Böylece "eşraf", "ayan", tüccar ve özellikle İstanbul ticaret çevreleri güçlerini bir kez daha kanıtladılar. Kongre hükümete, bu grupların çıkarlarına uygun öneriler yaptı" (İmparatorluktan Günümüze Türkiyenin Toplumsal Yapısı, 3. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1979, s. 259) şeklindeki değerlendirmesine katılmıyoruz. Bir kere Kongreye "işçi" sınıfının kadınlı erkekli temsilcileri de katılmış ve Kongrede "İşçi Grubunun İktisadi Esasları" (Afetinan, Age., s. 51) o günün şartlarında bir "başyapıt" olarak tespit edilmiştir. Öte yandan, işçiler dışında çağrılan "çiftçi", "tüccar" ve "sanayi" grubunun temsilcilerinin sadece ve özellikle "eşraf" ve "ayan" arasından seçildiğine dair herhangi bir kayda ve iddiaya rastlanmamıştır. Üstelik, Yazar, muteber bir kaynağa giderek düşüncesinin kanıtını da göstermemiştir. Oysa, Atatürk, "Sizler doğrudan doğruya milletimizi temsil eden halk sınıflarının içinden ve onlar tarafından müntehab olarak geliyorsunuz" (Gazi Mustafa Kemal Paşa, s. 57) değerlendirmesini yapmıştır.



İzmir İktisat Kongresinin, dünya kamuoyuna, bugün de geçerli, tek bir duyurusu olmuştur.

Uygar başka uluslar kadar uygarız.

" Milletimiz mazisinden değil, artık istikbalinden mesuldür" (12).

## **Evreni Farklı Bir Algılama Biçimi**

### **Laik toplumsal düzen**

Toplumlar, egemenliklerinin veya kendileri ile biçimlendikleri hukuk düzenlerinin maddi kaynağının, ya "beşeri irade" olduğu varsayımına ya da "ilahi irade" olduğu varsayımına dayandırmaktadırlar (13).

Zaten bir üçüncü olasılık da mevcut bulunmamaktadır.

Bir toplum kendisinin veya kendisinin biçimi olan hukukunun maddi kaynağını ilahi iradede buluyorsa, tüm görünümleri ile birlikte o toplumun düzeni teokratik toplum düzenidir, o hukuk düzeni teokratik bir hukuk düzenidir. Buna karşılık, eğer bir toplum kendisinin veya kendisinin biçimi olan hukukunun maddi kaynağını beşeri iradede buluyorsa, tüm görünümleri ile birlikte o toplum düzeni laik toplum düzenidir, o hukuk düzeni laik bir hukuk

(12) Afetinan, Age., s. 17, 89

(13) Hırş, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Ankara,1949, s.400 vd. Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, Bursa, 1998, s.34 vd., 188 vd. Ayrıntılar için ayrıca bkz. Hafizoğulları, Laiklik İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, Us-A, Ankara,1997; İD. Laiklik, Atatürk Kültür Merkezi Başkanlığı Yayınları, Üçüncü baskı, Ankara, 1999.



düzenidir. Bir toplumun hukukunun maddi kaynağı esas olarak ilahi irade olmasına rağmen, o toplumda ilahi irade yanında egemenin onunla çatışmayan kurallara veya örfi kurallara da geçerlilik sağlanmışsa, toplumun düzeni, kiminin ileri sürdüğünün tersine (14), laik toplum düzeni değildir, tersine tüm tezahürleriyle "teosantrik ", yani buyurma erki tanrı merkezli toplumsal düzenidir.

Genelde kabul edildiği üzere, Osmanlı İmparatorluğunun Düzeni, teokratik [veya teosantrik] toplum düzenidir (15). Gerçekten, Osmanlı Devleti " saltanat-ı şahsiye ve en son beş on sene zarfında saltanatı meşrûta esasına müsteniden idare-i hükümet " etmiştir. " Saltanat-şahsiyede her hususta yalnız tacidarların arzusu, emel ve iradeleri hakimdir ". " Milletlerin arzu, emel irade ve ihtiyaçları mevzubahis olmaktan uzaktır. Millet amal ve iradesinden tecerrüt etmiştir. Tacidarlar kendilerini Allah tarafından gönderilmiş bir şahsiyat-ı ilahiye farzederler. Etrafını alan menfaatperestan padişahın zihniyet ve arzusunu bir lazime-i semaiye, bir lazime-i Kur'aniye gibi herkese telkin ederler. Bu telkinat karşısında birgün bütün halk, bu arzu ve iradelerin – bila muhakeme iradat-ı semaviye olduğuna kanı olur " (16).

---

(14) Çağatay, Laiklik ve Din İlişkileri, Atatürk Araştırma Dergisi,1998,sayı12,s. 357 vd.

(15) Arsel, Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Ankara,1975, s. XVIII : "Atatürk Türkiye'si ile birlikte, ilk kez, bir islam ülkesinde, egemenliğin kökeninin Tanrı değil toplum ( halk-milletbeşeri iradesi) olduğu" düşüncesi ortaya çıkmıştır. Kapani, Politika Bilimine Giriş, Ankara, 1983, s. 54; Arsal, Teokratik Devlet ve Laik Devlet, Tanzimat I, Yüztüncü Yıldönümü Münasebetiyle, İstanbul, 1940, s.80; Okandan, Umumi Amme Hukuku, İstanbul, 1976, s.194 vd.; Mumcu, Tarih Açısından Türk Devrimlerinin Temelleri ve Gelişimi, İstanbul, 1981, s.7; Mosca, Storia della dottrine politiche, Bari, 1966, s.22.

(16) Gazi Mustafa Kemal, s. 61.



Amasya Tamimi, tarihimizde ilk kez, "Vatanın bütünlüğü, milletin istiklali tehlikededir... Milletin istiklalini gene milletin azim ve kararı kurtaracaktır" emriyle, buyurma erkinin, yani egemenliğin kaynağının millet olmas, yani beşeri irade olması esasını kabul etmiş olmaktadır. Erzurum ve Sivas kongrelerinde daha da çok kökleşen bu düşünce, kaynağı beşeri irade olan bir kurucu iktidar (17) olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve onun Hükümetini ortaya çıkarmıştır. Böylece, TBMM, " kurucu iktidar " olarak, Anayasasını yapıp hükümetini kurmakla, uluslararası hukukun bir süjesi olmuş, dolayısıyla "Devlet" olma kimliğini kazanmıştır. İşte, İzmir İktisat Kongresinde, "ziraat, Sanayi, Ticaret ve İşçi zümreleri" temsilcileri ve konuşmacı veya yönetici olarak katılan TBMM Hükümeti temsilcileri, tek vücut olarak, henüz oluşmamış bulunan ve ileride oluşacak olan "kurulmuş iktidarın" [ ki daha sonra ismi Türkiye Cumhuriyeti Devleti olacaktır] esasları kurucu iktidarca belirlenmiş olan temel niteliğinden vazgeçilemeyeceğine işaret etmektedirler (18).

Gerçekten, "Misak-ı İktisadi Esasları", 1. maddesinde "Türkiye, Milli hudutları dahilinde, lekesiz bir istiklal ile dünyanın sulh ve terakki unsurlarından biridir. " ilkesini ilan ederken, 2. Madde-

- 
- (17) Konu hakkında bkz., Gözler, Pouvoir Constituant, Ekin Kitabevi, Bursa, 1999.
- (18) " Hakimiyet bila kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir" (m.1) "İcra kudreti ve teşri salahiyeti milletin yegane ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder" ( 2 ) " Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti "Büyük Millet Meclisi Hükümeti" ünvanını taşır " ( m.3 ) 20.1.1337 (1921) tarih ve Kanun no:85 kanun numaralı Teşkilatı Esasiye Kanunu ( Kili – Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.91.



sinde, "Türkiye halkı milli hakimiyetini, kanı ve canı pahasına elde ettiğinden, hiç bir şeye feda edemez, ve milli hakimiyete müstenit olan meclis ve hükümetine daima zahirdir. " ilkesini ilan etmiştir. Böylece, "egemenliğin kaynağının beşeri irade olması" ilkesi, sadece kurucu iktidarın ve onu temsil eden kişilerin değil, aynı zamanda o kurucu iktidarı doğuran halkın temsilcilerinin sesi olmuştur (19).

Bu demektir ki, İzmir İktisat Kongresi, kararında, oluşacak kurulmuş iktidarın, yani barış antlaşmasından sonra kurulacak Devletin temel biçimini kesin olarak belirlemiş olmaktadır. Kurulacak bu devlette, üç unsurundan, egemenlik unsurunun kaynağının "beşeri irade" olduğu , insan unsurunun "millet" olduğu, toprak unsurunun uğruna savaş verilen ancak henüz uluslararası bir antlaşma ile sınırları çizilmemiş olan "Anadolu toprakları" olduğu kabul edilmiştir. Esasen Lozan Konferansına katılan devletlere de bir mesaj veren İzmir İktisat Kongresi, kurulacak devletin düzeninin, en başta, "laik devlet", "milli devlet " ve bu iki ilkenin zorunlu sonucu olarak "cumhuri devlet düzeni (20) olmasına işaret et-

- 
- (19) Gerçekten, Atatürk , "Sizler doğrudan doğruya milletimizi temsil eden halk sınıflarının içinden ve onlar tarafından müntehab olarak geliyorsunuz. Bu itibarla memleketimizin halini, ihtiyacını, milletimizin elemelerini ve emellerini yakından ve herkesten daha iyi biliyorsunuz. Sizin söylediğiniz sözler, alınması lüzumunu beyan edeceğiniz tedbirler, halkın lisanından söylenmiş telakki olunur ve bunun için en büyük isabetlere malik olur.Çünkü halkın sesi, hakkın sesidir" demektedir. Gazi Mustafa Kemal, s. 57.
- (20) Gözler, Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu, AÜSBFD.,Cilt.54, Ocak-Mart 1999, No.1, s. 51 vd.





miştir (21). Gerçekten, daha sonra, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasasının, , yani Teşkilatı Esasiye Kanununun, "Türkiye devleti bir cumhuriyettir" ( m.1 ) , " Hakimiyet bilakaydüşart millettindir" (m.2 ) temel ilkelerine yer vermiş olduğunu görüyoruz.

Hukukun kaynağının beşeri irade olması esasını ayrıca Atatürk'ün İzmir İktisat Kongresini açarken yapmış olduğu konuşmada buluyoruz. Gerçekten, Atatürk, Teşkilat-ı Esasiye Kanunundan söz ederken, "...Bu devletin hayatında bila kayd-u şart hakimiyyetin milletin uhdesinde kalacağını ifade eden kanundur " , "...Bu ka-

(21) Burada, Kongar'ın, "Bir açıdan İzmir'de toplanan Türkiye İktisat Kongresi, Osmanlılardan devralınan toplumsal ve ekonomik yapının onaylanması anlamını taşıyordu" (Age., s. 59) biçimindeki değerlendirmesine katılmak mümkün değildir.

Bir kere, Osmanlı toplumunda, toplumun siyasallaşmış biçimi olarak devletin bir unsuru olan egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu söyleyen bir düşünceye, bir mevzuata, resmi veya özel bir belgeye veya uygulamaya asla rastlanmamaktadır. Oysa, İzmir-İktisat Kongresinde, altıyüz yıllık Osmanlı tarihinde hiç bilinmeyen ve Kurtuluş Savaşının, yani savaşı çinde biçimlenen bir hukuk düzeninin "meşruiyet" temeli, açıkçası "temel normu" olan toplumsal, ekonomik, siyasi, hukuki bir ilke, yani "milli Egemenlik" ilkesi inatla tekrar edilmekte (Mustafa Kemal Paşa, 63 vd.), dolayısıyla toplumun ve onun siyasal örgütü olan Devletin tüm kurum ve kuruluşları bu ilkeye göre biçimlendirilmeye çalışılmaktadır.

Milli hakimiyet ilkesi, her halde ayrıca "sosyolojik" bir değerdir.

Böyle olunca, Osmanlı toplumu ile milli egemenlik esas olmak üzere biçimlenmekte olan "yeni Türkiye" toplumunu, "Türkiye halkını" eş veya benzer görmek her halde mümkün olmamak gerekmektedir.

Öte yandan, İzmir-İktisat Kongresinde alınan hiçbir kararda, Osmanlı teokratik-feodal toplum / hukuk / devlet düzenini yeniden yapılandırmayı öngören tek bir hükme bile rastlanmamaktadır. Tersine, İzmir-İktisat Kongresinde, millet / ulus egemenliğine dayalı yeni bir toplumsal düzen arayışına gidilmiştir. Gerçekten, Atatürk, "... Milletimiz... o dakikadan itibaren milli bir devre girdi; bir halk devresinin mebdaini kurdu.." (Mustafa Kemal Paşa..., s. 62) şeklindeki tespitiyle bizi doğrulamaktadır. Aynı sonuç için ayrıca bkz., Afetinan, Age., s. 4 vd., 9 vd., 12 vd.



nun hakimiyetin milletin uhdesinde kalabilmesi için halkın bizzat kendi iradesini şart kılan bir kanundur " diyerek inatla Devletin temel düzeninin " laiklik devlet düzeni " olduğuna ve olması gerektiğini işaret etmiştir. Atatürk, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin millettten aldığı veçhile istiklal-i tam, hakimiyet-i Milliye umdelerine istinaden milleti zengin, memleketi mamur etmekten ibarettir ", "...Bu umde icabı bütün cihan bilmelidir ki, artık Türkiye halkı; hakimiyetini hiçbir şahıs ve makama veremez. Hakimiyet demek şeref demek, namus demek, haysiyet demektir. Bir millettten bu evsaf-ı medeniye ve insanîyetin terkini talep etmek onu insanlıktan çıkarmak demektir" düşüncesiyle, mevcut kurucu iktidarın ve bu iktidar eliyle ileride kurulacak kurulmuş iktidarın temelini laik devlet düzeni olduğunu söylemektedir.

Görüldüğü üzere, devletin unsurundan biri olan egemenliğin kaynağının beşeri irade olması, yani millete ait bulunması, açıkçası laik devlet düzeni, bu düşüncede, sadece barış antlaşmasından sonra kurulacak "kurulmuş iktidarın" zorunlu bir şartı değildir, aynı zamanda Türk Toplumunun ulaşılması gereken bir "uygarlık düzeyi", edinmesi zorunlu bir "insanlık" göstergesidir.

### **Misak-ı İktisadi Esasları**

Özünü milli iradenin / millet iradesinin, yani beşeri iradenin oluşturduğu bir toplum/ hukuk/ devlet düzeninin kurulması çabaları, doğaldır ki siyasallaşarak uluslararası alemin bir üyesi, dolaşısıyla uluslararası hukukun bir süjesi olmak sıfatını kazanan toplumun, bu öze oturan yeni bir içerik/muhteva kazanmasını zorunlu kılmıştır. Bu husus, İzmir İktisat Kongresinde, " Misak-ı İktisadi Esasları " kavramıyla ifade edilmiştir (22).

---

(22) Afetinan, Age., s.19.



İzmir İktisat Kongresinde alınan kararlara ve yapılan konuşmalara bakıldığında, "Misak-ı İktisadi Esasları" kavramıyla kastedilen şey, siyasallaşarak "Devlet" kimliği kazanmış Türk toplumu sadece basit bir "ekonomik model" kazandırmak değildir, tersine tarihi tahlil ederek, laiklik baz olmak üzere, "Türkiye halkının" veya "yeni Türkiye Devletinin" toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki temel yapılarını belirlemektir (23).

Gerçekten, "Bütün Türkiyenin Ziraat, Sanayi, Ticaret ve İşçi zümrelerinden müntehab bin yüz otuz beş murahhasın iştirakiyle İzmirde in'ikat eden ilk (Türkiye İktisat Kongresi) nin müttefikan kabul ettiği (Misak-ı İktisadi) esasları "nın 2. Maddesinde, "Türkiye halkı milli hakimiyetini, kanı ve canı pahasına elde ettiğinden, hiç bir şeye feda edemez, ve milli hakimiyete müstenit olan meclis ve hükümetine daima zahirdir" (24) esasına yer verilerek, her çeşit toplumsal, iktisadi, siyasi ve hukuki "toplumsal oluşumun" temelini beşeri irade olmasını zorunlu kılmıştır.

Atatürk, "Milletimizin halas-ı kat'ı ve hakikiye mazhar olabilmek için iki umdeye istinadın şart olduğunu anladı. Onlardan birincisi Misak-ı Millinin ifade ettiği ruh ve mana", "İkincisi: Teşkilat-ı Esasiye Kanunumuzun tesbit ettiği gayr-ı kabil tebeddül hakayık". "Misak-ı Milli, milletin istiklali tammını temin eden ve bunun için iktisadiyatında inkişafına mani olan bütün sebepleri bir daha avdet etmemek üzere lağveden bir düsturdur". "Teşkilat-ı

---

(23) Gerçekten, kongre başkanı Kazım Karabekir Paşa, (4-3 Pazar Günü Öğleden Evvel Saat Onbir Buçukta Manisa Sanayi Murahhası ve Kongre Reisi Kazım Karabekir Paşa Hazretlerinin İrad Ettikleri Hitam Nutku, İzmir İktisat Kongresi, s. 90) "...Kongre Hey'et-i Umumiyesinin müttefik kararıyle tesbit ve kabul olunan misak-ı iktisadi ise siyasi, ahlaki, içtimai lekesizliği temin eden iktisadiyatımızın temeli olup iktisat aleminde milletimizin kendini mücehhez bulundurması için müttefikan verilmiş bir ahittir" açıklamasıyla varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

(24) İzmir İktisat Kongresi, s.19.



Esasiye Kanunu...bu devletin hayatında bila kayd ü şarta hakimi-yetin milletin uhdesinde kalacağını ifade eden kanundur ." tesbiti-ni yapmakta (25), tam bağımsızlık temeline dayalı olarak, " Milli egemenlik " ile "iktisadi egemenlik " arasında mutlak bir " korelas-yon " kurmakta ve " Hakimiyeti-ı Milliye, Hakimiyet-ı iktisadiye ile tersin edilmelidir (26)" demektedir.

Gerçekten, Atatürk, " Dahil olduğumuz halk devrinin, milli devrin milli tarihini de yazabilmek için kalemler, sapanlar olacaktır. ", " Bence halk devri, iktisat devri mefhumıyla ifade olunur. Öy-le bir iktisat devri ki memleketimiz mamur, milletimiz müreffeh ve zengin olsun. (27) " .." Öyle bir iktisat devri ki, artık milletimiz in-sanca yaşamasını bilsin... (28) " , "...iktisadiyat demek her şey de-mektir. Yaşamak için, mesut olmak için ne lazımsa bunların kaffe-si demektir, ziraat demektir, ticaret demektir, say demektir, herşey demektir", " ...yeni hükümetimizin bütün esasları, bütün program-ları iktisat programından çıkmalıdır. Çünkü...her şey bunun için-de mündemiçtir.. (29) " diyerek, " iktisat devri " terimini sadece toplumun " ekonomik düzenini " ifade etmek için değil, aynı za-manda toplumun toplumsal, siyasi, hukuki, vs. temel düzenlerini ifade etmek için kullanmıştır.

O halde, İzmir İktisat Kongresinde, milleti temsil eden halk sı-nıflarının içinden ve onlar tarafından seçilmiş olan temsilcileri (30), "Misak-ı İktisadi Esasları" adı altında, bir "kurtuluş savaşı " sonunda siyasi kimlik kazanan ve hasımları karşısında barış ma-sasına oturan bir toplumun, "beşeri irade" esas olmak üzere olu-

(25) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s. 63.

(26) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s.64

(27) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s. 64

(28) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s. 65

(29) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s. 68.

(30) Gazi Mustafa Kemal Paşa.., s. 57



şacak ekonomik, toplumsal, siyasi ve hukuki temel düzenlerini tespit etmişlerdir.

## Devletin Siyasi Düzeni

### Milli Devlet

1921 Anayasası Kurtuluş Savaşına meşruiyet sağlayan milli irade ilkesini benimsemiş olmakla birlikte, savaş sonrasında oluşacak devletin niteliklerini açıkça belirlememiştir. İzmir İktisat Kongresinde, milli iradeye dayalı olarak oluşturulması tasarlanan devletin, "ulus devleti" veya "milli devlet" olması esası doğrulanmakla kalınmamış, bu konunun artık bir zorunluluk olduğu kabul edilmiştir ( Misak-ı İktisadi Esasları, m.2 ).

Gerçekten, Atatürk, "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Osmanlı İmparatorluğunun, devletinin tarihe münkalib olduğunu idrak eden, onun yerine yeni Türkiye Devletinin kaim olduğunu ilan eden bir kanundur" "Bu devletin hayatında bila kayd-ü şarta hakimiyetin milletin uhdesinde kalacağını ifade eden bir kanundur", "Türkiye halkı hakimiyetini hiçbir şahıs ve makama veremez" diyerek (31), bir yandan ulus devletinin, milli devletin atılan temelini koruması zorunluluğuna işaret ederken, öte yandan devletin şeklinin "cumhuriyet" olması gerektiğine işaret etmektedir. Zaten, daha sonra, 1924 Anayasası, "Türkiye Devleti bir cumhuriyettir" hükmüne yer verecektir.

Ancak, bazılarının iddiasının tersine, "ulus ( = millet ) devleti" veya "milli devlet" ile "Faşizm" ve "Nazizm" birbirine karıştırılarak İzmir İktisat Kongresi değerlendirilmemelidir. İzmir İktisat Kongresinde, ne Faşizmi, ne de Nazizmi çağrıştıran bir karara

---

(31) Gazi Mustafa Kemal Paşa, s.63.



veya beyana rastlanmaktadır. Gerçekten, Kongre metinlerinde, hem "korporativizm" veya "kollektivizm (32) düşüncesine, hem de ari veya üstün ırk düşüncesine dayalı bir toplum/millet/devlet anlayışına yer verilmemiştir . "Devletçiliğin", ileride de belirtilecek, korporativizm veya kollektivizm ile her hangi bir ilişkisi bulunmamaktadır (33). Üstelik, ne o günkü hukuk metinlerinden ne de daha sonraki hukuk metinlerinde "milletin nesnel anlayışına", yani milleti belli tek bir ırka veya belli birkaç ırka dayandırma anlayışına işaret eden bir hükme rastlanmaktadır. Türk hukuk düzeni, dün olduğu kadar bugün de, hangi ırktan veya inançtan olursa olsun, Türkiye Cumhuriyeti Devletine "vatandaşlık bağı" ile bağlı olan herkesi "Türk" saymakta ve kanun önünde eşit haklarla donatmaktadır (34).

Öte yandan İzmir İktisat Kongresinde "imtiyazcı" ve "sınıfçı" (35) bir toplum/hukuk/devlet düzeni özlemine de rastlanmamaktadır. Misak-ı İktisadi Esasları, 11. maddede, "Türkler, hangi sınıf ve

---

(32) Enciclopedia Garzatnti, Milano 1962, s. 375.

(33) Özer, Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri, Ankara, 1939, s.492 : "Devletçilik- Devlet menafiini her şeyin fevkinde tutmak ve iktisadi hayata devletin müdahalesini kabul ve verdiği direktifleri tatbik etmek manasındadır ."

(34) 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, m. 88: "Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) itlak olunur ". " Her Türk hür doğar, hür yaşar... "(m.68 ) "Türkler kanun nazarında müsavi" dir.."..Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur ( m.69 ), Kili-Gözübüyük, Age. s. 128, 124.

(35) İmtiyazcı ve sınıfçı toplum/hukuk/devlet düzeni kavramı, ünlü ceza hukukçusu Mantovani' den uyarılanarak kullanılmıştır. Bkz., „Mantovani, Diritto penale, Padova, CEDAM- Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979, s.15 vd. Burada imtiyazcı toplum/hukuk/devlet düzeni terimiyle burjuvazinin çıkarları esas olmak üzere oluşmuş olan toplum/hukuk/devlet düzenlerine, sınıfçı toplum/hukuk/ devlet düzeni terimiyle proletarya ve çıkarları esas olmak üzere oluşmuş olan toplum/hukuk/devlet düzenlerine işaret edilmek istenmiştir.



meslekte olurlarsa olsunlar, candan sevişirler" (36) demektir. Atatürk, Kongreyi açış konuşmasında, hem sınıf kavramını ideolojik anlamlarından farklı anlamakta, hem de bir tarih tezi olarak toplumda "sınıf çatışması" (=sınıf kavgası) kavramını reddetmektedir. Gerçekten, Atatürk, "Bizim halkımızın menfaatleri yekdiğerinden ayrılır sunuf halinde değil bilakis mevcudiyetleri, muhassala-i mesaisi yekdiğerine lazım olan sınıflardan ibarettir. Bu dakikada sami'lerinin çiftçilerdir, sanatkarlardır, tüccarlardır ve ameledir. Bunların hangisi yekdiğerinin muarızı olabilir. Çiftçinin sanatkara, sanatkarın çiftçiye ve çiftçinin tüccara ve bunların hepsine, yekdiğerine ve ameleye muhtaç olduğunu kim inkar edebilir" demektir. Mahmut Esat Bozkurt, Kongredeki konuşmasında, devletin oluşturulacak yapısının asla ideolojik bir devlet yapısı olmayacağına işaret etmiştir (37).

Görüldüğü üzere, İzmir İktisat Kongresine hakim olan düşünce, demokrasi "minimum" olarak halkın kendinin koyduğu kurallarla kendini yönetmesiyse (38), ülkenin o günkü koşullarına uygun demokratik bir devlet düzeni (39) özlemidir. Öyle bir toplumsal-siyasi düzen olmalıdır ki, "Bugün mevcut olan fabrikalarımızda ve daha çok olmasını temenni ettiğimiz fabrikalarımızda kendi amelemiz çalışmalıdır, müreffeh ve memnun olarak çalışmalıdır.

(36) Misak-ı İktisadi Esasları, İzmir İktisat Kongresi, s.20.

(37) Başkumandan Gazi Paşa Hazretlerinin Nutk-ı İftitahillerini Müteakib İktisat Vekili Mahmut Esat Efendinin İrad Ettikleri Nutuklar, İzmir İktisat Kongresi, Afetinan, s. 76.

(38) Duverger, çoğulcu demokrasinin ileri/yüksek bir endüstürileşme düzeyine karşılık geldiğini ifade etmektedir (Introduzione alla politica, Laterza, Bari, 1966, s. 125 ). Bu doğruysa, henüz endüstiri topumu aşamasına ulaşmamış bir toplumda bugünkü gelişmişliği ile demokratik bir toplumsal düzeni düşünmek her halde yanlış olur. Unutmamak gerekir ki "demokrasi" salt bir "durum" değil ama, bir süreçtir, bir devinimdir.

(39) Afetinan, Age., s. 4.



Ve bütün bu saydığımız sınıflar aynı zamanda zengin olmalıdır. Ve hayatın lezzet-ı hakikisini tadabilmelidir ki çalışmak için kudret ve kuvvet bulabilsin (40).

## Milli İktisat

Osmanlı Devleti esas olarak " Saltanat-ı şahsiye " ve bunun zorunlu sonucu olarak her hususta yalnız buyuranların arzu, emel ve iradelerinin hakim olduğu toplumsal-siyasi bir düzendir (41).

Kuşkusuz, böyle bir toplumsal-siyasi düzende, bir milli iktisat-tan söz edilemez (42).

Milli iktisat, ancak esaslarını millet egemenliği veya milli ege-menlik esasında bulan toplumsal-siyasi düzenlerde söz konusu olabilir.

İzmir İktisat Kongresini açış konuşmasında, Atatürk, bilinçli bir biçimde "halk devri", "milli devir", "milli tarih", "iktisat devri", "milli iktisat ", vs. kavramlarına yer verilmiş, bir kurtuluş sa-vaşı içinde doğan ve biçimlenmekte olan "Devletin" ekonomik dü-zeninin "milli iktisat düzeni" olacağına işaret edilmiştir (43). Mah-mut Esat Bozkurt, "Ben hakimiyeti milliyeyi, milli hakimiyeti-ı ik-tisadiye olarak anlarım. Böyle olmazsa hakimiyet-i milliye bir ( se-rab ) olur" (44) demektedir. İzmir İktisat Kongresi tutanaklarında, inatla "milli istihsalı temin", "madenleri kendi milli istihsalı için işletmek", "çocukları iktisadi misaka göre yetiştirmek" (45), "dahi-

(40) Gazi Mustafa Kemal Paşa., s. 68

(41) Gazi Mustafa Kemal Paşa., s. 61

(42) Mahmut Esat., s. 72,73.

(43) Mustafa Kemal Paşa., s. 61, 62, 64

(44) Mahmut Esat, s.73.

(45) Misak-ı İktisadi Esasları, m.4,5,12.





li ve milli sanayi'in inkişafı" (46) , " kabotajda hakk-ı istiklalimizin tamamen istimal edilmesi" (47), "aşarın lağvı" (48) ve "Türkiyede yaşayan bütün efrada şamil olmak üzere...bir vergi ihdas edilmiş", "inhisar sisteminin ref'i" (49) , "...tütün reji inhisarının ilgası.. (50)" vs. kavramlarına yer verildiği görülmektedir. O halde, bu demektir ki, Lozan Barışının akdine tekaüdüm eden İzmir İktisat Kongresinde, Devletin ekonomik temel düzeninin, mutlak surette "milli iktisat düzeni" olmasına karar verilmiştir.

İzmir İktisat Kongresi, milli iktisadı dizaynda, o gün cari olan belli bir ideolojiye veya belli bir ekonomi doktrinine itibar etmemiştir. Bu, kongrede alınan kararlardan çıkarılabildiği kadar, kongrede yapılan konuşmalardan da açıkça çıkarılabilmektedir. Gerçekten, Mahmut Esat Bey, konuşmasında, " Biz iktisat meslekleri tarihinde mevcut mekteplerden hiç birine mensub değiliz. Ne (Bırakınız, geçsinler, bırakınız yapsınlar) mektebine, ne de sosyalist komünist, etatist veya himaye mekteplerinden değiliz" ...."zikrettiğim mekteplerden hiç birine mensub olmamakla beraber memleketimizin ihtiyacına göre bunlardan istifade etmeyi de ihmal etmeyeceğiz (51)" demektedir.

" Yeni Türkiye muhtelit bir iktisat sistemi tatbik etmelidir. İktisadi teşebbüs kısmen devlet ve kısmen teşebbüs-i şahsi tarafından deruhte edilmelidir" (52).

(46) Tüccar Grubunun Esasları, Gümrük siyaseti, İzmir İktisat Kongresi, m.I.

(47) Tüccar Grubunun Esasları, Ticaret-i Bahriye Meselesi, İzmir İktisat Kongresi, m.1.

(48) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Aşar Melesi, m.1,2.

(49) İzmir İktisat Kongresi, 40

(50) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Reji Meselesi, İzmir İktisat Kongresi, m. 1,2.

(51) Mahmut Esat., s.76

(52) Mahmut Esat.,s.76



Ancak, "iktisadi teşebbüsün" kısmen devlet tarafından üstlenilmiş olması, bir faşizm kurumu olan ne kollektivizmin ne de korporativizmin kabul edildiği anlamına gelmektedir. Daha sonra bu düşüncenin esini olarak 1924 Anayasasına giren Devletçiliğin (53), Mahmut Esat Beyin de belirttiği üzere, bu müesseselerle uzaktan yakından her hangi bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Bu durumda, Yeni Türkiye Devletinin iktisadi temel düzeni, devletin "işletme bazında" ekonomik hayata girmesinin istenmesine rağmen (54), o günün koşullarında oluşmuş, özünde kendine özgü bir "Pazar Ekonomisi" düzenidir (55).

Gerçekten, bu iktisadi yeni düzende başta tekelin ve tekel sistemlerinin yeri yoktur (56). Kimse yabancı sermayeye karşı değildir (57). "..bizim memleketimiz vasidir. Çok say ve sermayeye ihtiyacımız var. Kanunlarımıza riayet şartıyla ecnebi sermayelerine lazım gelen teminatı vermeğe her zaman hazırız. Ecnebi sermayesi bizim say'imize inzimam etsin ve bizim ile onlar arasında faide-i neticeler versin" (58). Ülke dahilinde ticaret tamamen serbest kılınmış, imtiyaz verilmesi şeklindeki tüm tekeller kaldırılmıştır (59). Aşar lağvedilmiş, "Türkiyede yaşayan bütün efrada şamil"

---

(53) 1924 Anayasası, 5.2.1937 -3115 s Kanun ile değişik m. 2, Kili- Gözübüyük, Age.,s.111.

(54) Mahmut Esat., s. 76 " Hulasa bazı hussatta iktisadiyatımız devletleştirme usulünü takip edecek, bazı hususatta iktisadi teşebbüslerini şahsi teşebbüse terkedecektir".

(55) Aydemir, Age., s.369, 371 : "..yeni Türkiye genel olarak, Batı manasında liberal bir ekonomi düzenine yönelecekti" . "Görülüyor ki İzmir İktisat Kongresinde liberal bir iktisadi gelişmenin esasları savunuldu".

(56) Tüccar Grubunun Esasları, İnhisar Sisteminin Refi, 40.

(57) Mustafa Kemal Paşa.65

(58) Mustafa Kemal Paşa.65

(59) İşçi Grubunun İktisadi Esasları, m. 27



modern bir vergi sisteminin getirilmesi kabul edilmiştir (60). Faiz sistemi o günün koşullarında ekonomisinin ihtiyaçlarına uygun hale getirilmiştir (61).

Kısacası, İzmir İktisat Kongresi, kurtuluş savaşı vermiş bir ulusun, bünyesine uygun bir "Pazar Ekonomisi düzeni" temel olmak üzere, uygar dünya ile bütünleşme iradesini ifade etmektedir.

## Milli Toplum

İzmir İktisat Kongresi, toplumu, "milli toplum" veya aynı şey "ulus toplumu" olarak algılamaktadır. Gerçekten, Misak-ı İktisadi Esasları'nın 2. Maddesinde "Türkiye halkının milli hakimiyetini canı ve malı pahasına elde etmiş olduğundan" söz edilmektedir. Atatürk, kongredeki konuşmasının birçok yerinde, "milletimizi temsil eden halk sınıfları", "halkın sesi", "milletimizin", "Millet", "Türk milleti", "milli devir", "halk devresi", "Türkiye halkı", "Millet meclisi", "milli devrin milli tarihi", vs. kavramlarına yer vermiştir (62). Aynı ve benzer kavramlara sıkça diğer konuşmalarda ve kongre metinlerinde de rastlanmaktadır. Bu demektir ki, İzmir İktisat Kongresi, "milli hakimiyet" kavramı ile "Türkiye halkı" veya "Türk milleti" kavramı arasında zorunlu bir bağıntı kurmuş, dolayısıyla halen savaş içinde bulunan ve bir barış antlaşması sonunda kimliği belirlenecek olan Devletin insan unsurunun niteliğinin "millet", "ulus" "halk" olması esasını benimsemiştir.

(60) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Aşar Meselesi, İzmir İktisat Kongresi, s. 24

(61) İtibari Teşkilat ve Teshilatı, m.2, "4-Murabaha Nizamnamesinin fahiş faizlerle ve türlü türlü namlarla halktan gayri meşru menafi teminine mahal bırakmayacak kuyud ile tadil ve tatbiki", İzmir İktisat Kongresi, s.41-2.

(62) Mustafa Kemal Paşa, passim.



Böylece, İzmir İktisat Kongresinde, bir yandan her çeşit "ümmetçi toplum" modeli reddedilirken, öte yandan "iparatorluk toplumu" modeli ve "halklar" veya "halkların kardeşliği" esasına dayanan Marksçı -Leninci düşüncenin "proletarya toplumu" modeli de reddedilmiştir. Gerçekten, Atatürk, bir yandan "Tacidarlar kendilerini Allah tarafından gönderilmiş bir şahsiyet-i ilahiye farzederler" vs. (63) ifadesiyle Osmanlı İmparatorluğu ümmetçi toplum düzenine karşı çıkarken, dolayısıyla her çeşit ümmetçi toplum modelini açıkça reddederken, öte yandan "Bizim halkımızın menfaatleri yekdiğerinden ayrılır sunuf halinde değil bilakis mevcudiyetleri muhassala-i mesaisi yekdiğerine lazım olan sınıflardan ibaretir" (64) diyerek, halklar kavramına dayanan proleter toplum modelini reddetmektedir. Benzer düşünceler, farklı ifadelerle, diğer konuşmacıların konuşmalarında da yer almaktadır (65).

Devletin insan insan unsurunun "millet" veya "ulus" veya "halk" olmasının başta gelen sonuçları, bir yandan "milli değerler" ve " laik ahlak, (66), (67) " esasının benimsenmesi olurken, öte

(63) Mustafa Kemal Paşa.,s.61

(64) Mustafa Kemal Paşa., s.68

(65) Mahmut Esat.,s.76.

(66) Bkz., Acar, Laik adalet kavramı, ABD., 1996/2.

(67) Misak-ı İktisadi Esaslarının 6. Maddesinin koyduğu milli değerler ve ahlaki değerler konusunda Aydemir ( Age., s. 369 ) gibi düşünmüyoruz. Aydemir, 6.maddede yer verilen ahlak anlayışının – ki "dini inanca dayanan bir ahlak sağlamlığı" nitelemesine yer vermiştir- dini bir ahlak anlayışı değil "laik bir ahlak anlayışı" olduğu kanaatindeyiz. Bu maddede yer alan "Taasuptan uzan dindarana bir salebet her şeyde esasımızdır" sözü, Aydemirin söylediğinin aksine, "her şeyde bağnazlıktan uzak "dinin bütün buyruklarına uyan adama yakışır" bir sağlamlıkta" davranmak anlamına gelmektedir, çünkü "dindarana" sözcüğü burada "benzetme" ve "zarf" değerindedir.



yandan "Tevhid-i Tedrisat" yani "eğitimde birlik" esasının, açıkçası "milli eğitim" (68) esasının benimsenmesi olmuştur .

Gerçekten, "Misak-ı İktisadi Esasları", 12. Maddesinde, Türk kadını ve kocası çocukları iktisadi misaka göre yetiştirir" derken, yaygın ve örgün eğitim dahil, toplumsal her tezahürde temel ilkenin milli hakimiyet esası ( m. 3) olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, Misak-ı İktisadi Esasları, "Milli hudutlar dahilinde" bağımsızlığı, barışçılığı ve ilerlemeyi ( m.1 ) milli değer saymıştır. Türkiye halkının "milli hakimiyete müstenit olan meclis ve hükümetine daima zahir olması" (m. 2 ) , "ormanlarını evladı gibi sevmesi"( m.5 ) (69) vs., Misak-ı İktisadi Esaslarında milli değerler olarak ifadesini bulmuştur. Öte yandan, Misak-ı İktisadi Esaslarında, m. 3,4,5, 6,7,9,10 ve 11., Türkiye halkının, milli hakimiyet esasına dayalı, laik/ evrensel ahlaki değerleri belirlenmiş, böylece daha barış görüşmeleri aşamasında Türkiye halkının, temsilcileri barış görüşmesine katılan halklar kadar uygar olduğuna ve etik değerlere sahip bulunduğuna işaret edilmiştir.

(68) Ülkemizde (Milli eğitim" ile "Milliyetçi eğitim" birbirine karıştırılmış, bunun sonucu olarak milli eğitim, özü itibarıyla hep çoğulcu eğitim düzeni olmasına rağmen, Faşizm ve Nazizm'de olduğu üzere esasını "milliyetçilik ideolojisi"nde bulan "tekçi" bir eğitim düzenine indirgenmiştir. Gerçekten, ulus devletinin, kendi insan unsurunu oluşturan "vatandaş kişiye" milli duygular (yurtseverlik duygusu) vermesi ödevi başka şeydir; vatandaş kişiye milliyetçilik ideolojisini aşılması başka bir şeydir. Kurtuluş savaşını yapanlar, kuşkusuz, katıksız milliyetçilerdir. Ancak, bu katıksız milliyetçiler, ırk esasına dayalı bir devlet değil, "milli devlet" / "ulus devleti" kurmuşlardır. Milli devlette, ulus devletinde, milli eğitim, en azından bugün "çoğulcu eğitim" düzenidir.

(69) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Orman Meselesi, İzmir İktisat Kongresi, s. 27



İzmir İktisat Kongresinde, o güne kadar Türk toplumunda cari "ümmeççi eğitim" düzeni yerine "milletçi eğitim" düzeni konulmuştur (70). Gerçekten, İzmir İktisat Kongresinde, "Ziraat ve Maarif Meseleleri" başlığı altında, milli toplumun ihtiyacı olan eğitimin temel esaslarına işaret edilmiştir: Tüm okullarda "sanayi ve ziraatın ameli olarak gösterilmesi" emredilmiştir. Böylece, herhalde ilk kez, salt ezberci (=nazari) bir eğitim sisteminden, uygulamalı (=ameli) bir eğitime geçilmiştir (71). "Her Livada birbirine yakın olan köyler için kafi arazisi olan leyli birer iptidai mektebi açılması ve bu mekteplerde iptidai derslerle beraber ameli ve nazari basit ziraat dersleri gösterilmesi (72)" emredilerek "Yatılı Bölge Okullarının" temeli atılmıştır. Öte yandan "Köylerdeki iptidai mekteplerin mutlaka beş dönümlük bir bahçesi ve iki ineklik fenni bir ahır ve kümesi yeni usul bir arılığı ve muallimler için iki odalı bir evi olması ve arazinin bir kısmı sebze ve bir kısmı çiçek bir kısmı da fidanlığa tahsis edilerek muallimlerin nezareti altında bizzat talebe tarafından idare edilerek masraf ve hasılatının köy muallimlerine ait olması ve bu suretle çocuklara ameli olarak çiftçiliğin öğretilmesi ve münevver zevatın da köylerde yerleşmesinin teşvik teşviki (73)" emredilerek, "köyün kentleştirilmesi" düşüncesinin ve daha sonra "Köy Okulu" ve "Köy Enstitüsü" eğitim düzeni (74) adıyla ortaya çıkacak olan yeni bir milli eğitim düzeni-

(70) Misak-ı İktisadi Esasları, m. 5-12.

(71) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat ve Maarif Meselesi, m.2,4.

(72) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat ve Maarif Meselesi, m.3.

(73) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat ve Maarif Meselesi, m.6.

(74) Köy Okulları ve Köy Enstitüleri kuruldukları dönemde ülkede büyük hizmet görmüş, ancak daha sonra "yoz siyasi tartışmaların" konusu olmuş, dolayısıyla Demokrat Parti iktidarı döneminde kapatılmışlardır. 27 Ocak 1954 tarih ve 6234 sayılı Köy enstitüleri ile ilköğretim okullarının birleştirilmesi hakkında Kanun, Tasarının verilme tarihi, 12 Haziran 1952, Görüşme tarihi, 27 Ocak 1954, Düstur, Üçüncü tertip, cilt, 35/1954, Başvekalet Matbaası, Ankara 1954.



nin temelleri atılmıştır. Seyyar Ziraat Mektebi açılması, ahlaka aykırı olmamak kaydıyla yeni bir iletişim aracı olan sinemadan yararlanılması emredilmiştir (75).

Öte yandan, "Asayişin temini için maarifin neşri ve cehaletin izalesi" emredilmiştir (76). Bu bağlamda olmak üzere, "Köylerin toplu bulundurulması, gerek inzibatı temini ve gerek maarifin in-  
tişarı için pek ziyade faydalı bulunmuş (77)" tur. Bu düşünce, biz-  
ce, her halde, daha sonra sıkça savunulan köyleri birleştirme,  
kentleştirme, vs. düşüncelerinin ve bunlardan biri olan "köykent"  
düşüncesinin esin kaynağı olmuştur.

Toplumun ve devletin kurucu unsuru, Kelsenci bir ifadeyle "te-  
mel normu" olan "milli hakimiyet" esasının (78) zorunlu bir sonu-  
cu olarak, İzmir İktisat Kongresinde din, Türk halkının kimliğini  
oluşturan milli bir değer olarak değil ama, sadece toplumsal yü-  
ce bir değer olarak algılanmıştır. Gerçekten, Türkiye halkının "mu-  
kaddesatını" saldırılara karşı korumayı vazife bilmesi, emredil-  
miştir (79) ve "Türk dinine ...düşman olmayan milletlere daima  
dosttur" (80) denmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, "Milletimiz  
mazisinden değil artık istikbalinden mesuldür" (81) diyen Kongre  
Başkanı Kazım Karabekir, "...düşmanlarımız Türk milletini taas-  
sub ile ittiham etmekte...Türk müteassıb değildir. Fakat din-  
dar ve salabetlidir. Faydalı olan her yeniliği severek alır. Fakat bu-  
gün maarifin en son programlarını çizen en müterakki milletler bi-

(75) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat ve Maarif Meselesi, m.9

(76) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Asayiş Meselesi, m.1.

(77) Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Asayiş Meselesi, m.2.

(78) Misak-ı İktisadi, m.2 : "Türkiye halkı milli hakimiyetini canı ve kanı paha-  
sına elde ettiğinden, hiç bir şeye feda edemez ".

(79) Misak-ı İktisadi, m.6.

(80) Misak-ı İktisadi, m.9

(81) İzmir İktisat Kongresi, s. 89.



le mektep talebelerine yövmiye en az onbeş dakika incil-i şerif okuturken ve dini günlerde mabetlerini çoluk çocukla doldururken, bizim dinimize olan sadakatimizi taassubla,cehl ile ittiham etmek isteyenleri Türkün dinine, ahlakına, hatta yazısına kadar dil uzatanları da Türk oğlu insaniyete ve medeniyete davet eder " diyerek, Kurtuluş savaşı içinde oluşan milli toplumun toplumsal yüce bir değeri olan kutsal dini yüceltmiş ve vazgeçilmezliğine işaret etmiştir.

## Milli Hukuk

Milli hakimiyet kavramı ve hukuk arasında zorunlu bir bağıntı bulunmaktadır.

Beşeri irade tarafından konulmayan bir şey hukuk kuralı olmaz (82). Zira, " deney verisi" tek hukuk, kaynağı beşeri irade olan hukuktur (83).

Madem İzmir İktisat Kongresi tek egemenin "millet" olduğunu kabul etmiştir, milletin/ ulusun / halkın hukuku, ister yazılı isterse örfi olsun, o milletin / ulusun / halkın iradesinin bir tezahürüdür (84).

---

(82) Gözler, Hukuka Giriş, s.34 vd. İD. Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Kitabevi, Bursa, 1999, s. 39 vd.: "Norm insan iradesi tarafından konulan bir şeydir.Dolayısıyla beşeri irade tarafından konulmayan bir şey norm olamaz".

(83) Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, İkinci baskı, Us-A Yayıncılık., Ankara 1996, s.3-4.

(84) Thon, Norrma giuridica e diritto soggetivo, Trad. Dell' A. Levi, padova, 1951, s.11 vd.





Madem "Türkiye halkı milli hakimiyetini...hiç bir şeye feda edemez..." ve madem Türkiye halkı hakimiyetini meclisi ve hükümeti eliyle kullanmaktadır, "Türk hukuk düzeni" Türk halkının iradesinin "kanun" biçiminde tezahüründen başka bir şey değildir (85).

Tabiidir ki, milletin kendi serbest, hür iradesiyle yarattığı hukuk, milli hukuktur.

İzmir İktisat Kongresi, milli toplum, milli iktisat, milli siyaset ,vs. olgularının içinde devindiği ortam olarak bir Kurtuluş savaşı içerisinde oluşmuş bulunan milli Devletin hukuk düzeninin, yani milli hukuk düzeninin oluşturulması projesidir. Gerçekten " Bu yeni Türkiye'nin adına çalışkanlar diyarı denir" (86) diyen Atatürk, "Türkiye İktisat Kongresi tarihte ilk defa ihraz-ı mevki-i bü-lend edecek bir kongredir. Ve sizler bu memleketin ihtiyacını, milletin ihtiyacını ve milletin kabiliyetini ve bunun karşısında dünyada mevcut olan çok kuvvetli iktisat teşkilatını nazar-ı dikkate alarak, alınası lazımgelen tedbirleri kemal-i vuzuh ile teati ve tesbit etmelisiniz.O tedbirler tatbik oldukça memleketimizin nurlara, feyizlere müstagrak olsun" (87) demekte ve "Türkiye Büyük Millet Meclisi ve hükümetiniz tabii milletin amali dairesinde terakki ve teceddüde tamamen taraftardır. Bunun için mülk ve millete nafi itihaz edeceğiniz tedbirleri memnuniyetle nazar-ı dikkate alacaktır" (88) uyarısında bulunmaktadır.

---

(85) 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu, m.7; 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, İkinci Fasl, Vazifei Teşriye, m.9 vd.

(86) Mustafa Kemal Paşa.,s.65

(87) Mustafa Kemal Paşa.,s.65

(88) Mustafa Kemal Paşa., s.65



Bu durumda, İzmir İktisat Kongresi, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ve daha sonra gerçekleştirilen devrimlerin ve özellikle hukuk devriminin gayri resmi olarak "meşruiyet" temelini oluşturmuştur (89).

Varılan bu yargı kesinlikle abartılı değildir. Gerçekten, İzmir İktisat Kongresi, bir yandan tarım (90), orman (91), asayiş (92), ulaştırma (93), maliye ve vergi (94) bankacılık, sigortacılık ve borsa (95), ticaret, sanayi ve gümrük (96), madenlerin işletilmesi (97), tarım, ticaret ve sanayi odalarının kurulması (98), işçi, işçilik ve

- 
- (89) Gerçekten, Atatürk, " Sizler doğrudan doğruya milletimizi temsil edin halk sınıflarının içinden ve onlar tarafından müntehab olarak geleyorsunuz...Sizin söyleyeceğiniz sözler edeceğiniz tedbirler, halkın lisanından söylenmiş telakki olunur. Çünkü halkın sesi , hakkın sesidir "demektedir (Mustafa Kemal Paşa.,s.57 ).
- (90) İzmir İktisat Kongresi, Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat ve Maarif Meselesi, m.1-9, Ziraatta Hayvanat Meselesi, m.1-18, Çiftçiliğe Ait Bazı Meseleler, m.1-18, Ziraatte Makine Meselesi, m.1-8.
- (91) İzmir İktisat Kongresi, Misak-ı İktisadi Esasları, m.5, Orman Meselesi, m.1-9.; Tüccar Grubunun Esasları, Ormanlar Meselesi, m. 1-15.
- (92) İzmir İktisat Kongresi, Asayiş Meselesi, m.1-14.
- (93) İzmir İktisat Kongresi, Yollar Meselesi, m.1-9; Vesait-i Muhabere Meselesi, 1-7
- (94) İzmir İktisat Kongresi, Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Reji Meselesi, m.1-2, Aşar Meselesi, m.1-2; Tüccacar Grubunun Esasları, İnhisar Rejiminin Refi; Temettü Vergisi, m.1; İtibari Teşkilat ve Teshilatı, m.1-4.
- (95) İzmir İktisat Kongresi, Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, Ziraat Bankası ve İtibar-ı Zirai Mes'eleleri, m.1-6.; Tüccar Grubunun Esasları, Bankalar, m.1-5, Kambio ve Borsa İşleri, m.1-6, Ticaret-ı Bahriye Meselesi, m.1-24, Gümrük siyaseti, m. I, A, B,C, Gümrük Muamelatı, m.1-5; Sanayi Grubunun İktisadi Esasları, Gümrüklerde Himaye Usulü,m. 1, A,B,C,D.
- (96) İzmir İktisat Kongresi, Sanayi Gurubunun İktisadi Esasları, Teşvik-i Sanayi Kanunu Hakkında, m.2.A,B,C,D,E,F,G,H; İşçi Grubunun İktisadi Esasları, m.27.
- (97) Tüccar Grubunun Esasları, Madenlerin İşletilmesi, m.1-9.
- (98) İzmir İktisat Kongresi, Çiftçi Grubunun İktisadi Meseleleri, Çiftçiliğe Ait Bazı Maddeler, m.5; Tüccar Grubunun Esasları, Ticaret Odaları, A,B,C,D,E; Sanayi Grubunun İktisadi Esasları, Sanayi Odaları,A,B,C,D,E,F.



işçi sendikaları (99), ekonomi, tarım, ticaret ve sanayi eğitimi ve öğretiminin (100) şartlarına ve imkanlarına göre temel esaslarını ve yönlerini belirlerken, öte yandan tüm bu faaliyetlerin içinde ce-reyan edeceği hukuk düzeninin temel esaslarını ve yönlerini belirlemeye çalışmış, dolayısıyla, en başta, "Ticaret kanunlarımıza nazaran hukuk-i medeniye ve ticariyemizin vikayesini amir mesail ve mevadin nazar-ı ihtimama alınmasını" (101) emretmiştir (102).

(99) İzmir İktisat Kongresi, İşçi Grubunun İktisadi Esasları, m.1-34.

(100) İzmir İktisat Kongresi, Tüccar Grubunun Esasları, Tedrisat-ı İktisadiye, m.1-4; Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları, m.9; Sanayi Grubunun İktisadi Esasları, 5-Tedrisat-ı Sinaie, A,B,C,D.

(101) İzmir İktisat Kongresi, Tüccar Grubunun Esasları, Kavanin Ahkam-ı Ticariyenin Islah ve Tadili, m. 1ve ayrıca 2, A,B,C,D,E; Şirketler, m.1-5.

(102) Osmanlı İmparatorluğu, Tanzimat döneminde, Paris Anlaşmasını imzaldıktan sonra ( 1856 ) yurda dönen Ali Paşa, hemen işe başladı ve gerekli kanunları vücuda getirmeye çalıştı. Bu bağlamda olmak üzere, Fransız Ceza Kanununu çevirterek 1856 yılında, bir padişah fermanıyla, Osmanlı Devletinin Ceza Kanunu olarak yürürlüğe koydurdu. Fransız Kara Ticaret Kanununu aynı şekilde çevirterek Türk Ticaret Kanunu olmak üzere yürürlüğe koydurdu. Bir Deniz Ticaret Kanunu düzenleyerek yürürlüğe koydurdu. Ali Paşa Fransız Medeni Kanununu da çevirtip aynı usullerle Türk Medeni Kanunu olarak yürürlüğe koymak isterken Cevdet Paşa gibi bazı ricalin etkisiyle bundan vazgeçti. Ve "Mecellei Ahkamı Adliye adıyla Fıkıhtan alınma yarı bir kanunu medeni vücuda getirmeye başladı" (Özer, Age.,s.386 ).Bilindiği üzere, Mecelle, "kanun" sıfatı kazanmamış ve yani bir kanun olarak hiç yürürlüğe girmemiştir. Öte yandan, belirtilen bu kanunların tatbiki için bazı önemli kuruluşlar oluşturuldu. Örneğin, "Divanı Ahkamı Adliye" adıyla bir tür Adalet Bakanlığı oluşturuldu. Nizami mahkemeler üç derece üzerine kuruldu. Fransız hukuk ve ceza muhakemesi usullerinden önemli hükümler tedvin olundu. O vakte kadar cari olan eyalet sisteminden vilayet idari taksimatına geçildi. Şurayi Devlet oluşturuldu. Ancak, Ali Paşa Şurayi Devletten amaçladığını elde edemedi ( Özer., Age., 387 ). Görüldüğü üzere, Osmanlı İmparatorlu döneminde derme-çatma bir "iktibas" olgusu gerçekleştirilmiş, böylece Devletin hukuk düzeni yeniden oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak , bu başarılammış, İmparatorluk, Birinci Dünya Harbi sonunda hukuki yıkılmıştır. Yeni Türkiye yıkılan İmparatorluğun mevzuatını "tevarüs " etmiş, ancak böylesine çarpık bir mevzuatla her halde fazla bir yol alamayacağını görüldüğü içindir ki, İzmir İktisat Kongresinde, en başta yukarıdaki hükmün konulması ihtiyacı duyulmuştur.



Her halde, bu emir, Devletin hukuk düzeninin, baştan sona yenilenmesi zorunluluğuna işaret etmektedir.

Kendilerine "Amele namıyla hitap edilmekte olan kadın ve erkek erbab-ı say, yani "Emekçiler" , "işçi" sıfatını, ilk kez İzmir İktisat Kongresinde kazanmışlardır (103). Kongrede, emek değerli kılınmış, işçilere, sendika kurma hakkı tanınmış, asgari ücret esası, sekiz saatten fazla çalıştırılmama yasağı getirilmiş, kadın içiler ve çocuklar esirgenmiş, fazla mesai ve ücretli tatil hakkı kabul edilmiş ve 1 Mayısın "Türkiye İşçileri bayramı" ilan edilmiştir (104). Böylece, Türkiye İşçileri, emeğin temsilcisi olarak ilk kez İzmir İk-

(103) Bu konuda, Kongar'ın "Mustafa Kemal ve arkadaşları Türkiye'deki işçi sınıfının kolektivist bir ekonomiyi destekleyecek ölçüde gelişmediği gerekçesi ile, bilinçli olarak sosyalist olmayan bir kalkınma yöntemi seçmişlerdi" (Age., s. 260) değerlendirmesine katılmıyoruz. Bir kere, bizzat Atatürk, yukarıda da belirtildiği üzere, sermaye yokluğundan değil, tersine özünden ötürü "sınıf kavgası" anlayışına, yani korporativizme dayalı toplumsal bir düzenin "yene Türkiye'de mümkün olabileceğine inanmadığını açıkça ifade etmiştir (Mustafa Kemal Paşa., s. 68). Aynı düşünce, inatla ve daha açık bir biçimde, İktisat Vekili Mahmut Esat Bey tarafından da vurgulanmıştır. (Mahmut Esat..., s. 76)

Öte yandan, İzmir-İktisat Kongresinde, çiftçiye ve işçiye verilen değer ve bunun sonucu olarak alınan kararlar karşısında (İzmir-İktisat Kongresi, İktisat Esaslarımız, Çiftçi Grubunun İktisadi Esasları; İşçi sınıfının İktisadi Esasları), Kongar'ın "Toplantıda toprak reformu ve grev hakkı gibi konular tartışılmazken, özel girişimci çabalarıyla sermaye biriktirmesini sağlayıcı önlemler örgütlendi" değerlendirmesine katılmamız mümkün değildir. Elbette, doğrudur. İzmir-İktisat Kongresinde, konuşulan "esaslı" konularla karşılaştırıldığında sadece "tali" olan grev hakkı ve toprak reformu konuları konuşulmamıştır. Burada, her halde insafı olmak gerekir, çünkü "yeni Türkiye"nin düzenine ilişkin "aslı" konular karşısında, daha savaştan kurtulamamış bir ulusun tek düşüncesi, o günler sadece "tali" olmaktan öteye geçmeyen grev hakkını ve toprak reformunu tartışmak olamazdı.

(104) İzmir İktisat Kongresi, İşçi Grubunun İktisadi Esasları, m.1,4, 6, 7,8, 11, 14



şariat Kongresinde ciddiye alınmış ve Türk toplum hayatında şerefli yerini almıştır (105).

Kısacası, İzmir İktisat Kongresi, örtülü olarak, içinde o günün şartlarını karşılayan kendine özgü milli bir pazar ekonomisinin devindiği, egemenliğin veya hukukun kaynağını beşeri irade sayan bir hukuk düzenini oluşturma ihtiyacına, dolayısıyla cumhuriyetin ve bir hukuk devriminin zorunluluğuna işaret etmiştir.

## Sonuç

İzmir İktisat Kongresi, Lozan barış görüşmelerinin kesintiye uğradığı bir sırada, Ziraat, Sanayi, Ticaret ve İş hayatının temsilcilerinin, yani halkın gerçekleştirdiği "mesaj" içerikli, "resmi" olmayan "siyasi" bir faaliyettir.

---

(105) Gerçekten, Kongreye davet edilen "işçi kadınlar murahhası Rukiye Hanım" ( İzmir İktisat Kongresi, s. 85 ) aynen şunları söylemiştir: "Milli inkılabımız memleketimizde memleketimizde mevcut bütün müstahsillerin murahhaslarından mürekkep bu muazzam kongrenin toplanmasını mümkün kılmıştır. Bugünlere erişirken biz kadın işçilerini de fevkalade bir sahada görüyoruz. Bizleri bu kongreye davet eden Büyük Millet Meclisi Hükümeti erkanına ve bilhassa Gazi Mustafa Kemal Paşa hazretlerine biz kadınlar samimi teşekkürlerimizi takdim ederiz""Türkiye'de "memleket işlerine kadınların da iştirak etmesi ilk defa vukubuluyor. Bu şerefin bize müyesser olması kalplerimizi ferah ve gurur hissiyle doldurdu. Kongre, iktisadiyatımızın temelini teşkil eden işçi sınıfının meşru haklarını tanıdı. Bu netice kadın işçileri namına şayab-ı şükrandır"...."Yaşasın Türk işçi ve köylüleri, yaşasın Türk işçi kadınlığı" Görüldüğü üzere, İzmir İktisat Kongresinin ne kadar muhteşem bir eser olduğun anlamak için sadece Rukiye Hanımın bu sözlerini anlamak becerisini göstermek yeter. İzmir İktisat Kongresi, "yeni Türkiye'de, sadece Türk işçisine verilen değeri yansıtmamakta, aynı zamanda kadının erkeğe eşitliğinin ve kadının ilk kez "kamu hayatına" gerçek anlamda katılmasının tarihi bir belgesi olmaktadır.



Bu büyük Kongrede, "içtesine yapılan" zalimane bir savaştan şerefle çıkan bir halkın, yani "yeni Türkiye'nin" savaşta oluşmuş bulunan ve barıştan sonra oluşacak olan "şekline" ve "içeriğine" işaret edilmiştir. Kısacası, tüm Dünyaya, yeni Türkiye'nin, temsilcileri vasıtasıyla halkının yaptığı, uygarlıkta yeri olan bir "resmi" sunulmak istenmiştir. İzmir İktisat Kongresi, Türk toplumunun ekonomik, toplumsal, siyasi ve hukuki tüm temel düzenlerinin kaynağını "milli hakimiyet" esastından, yani "beşeri iradeden" aldığına ve bu temel esasın mutlaklığına, vazgeçilmezliğine işaret etmiştir.

İzmir İktisat Kongresinde, ilk kez Milli devlet, Milli iktisat, Milli toplum, Milli hukuk düzenlerinin o günün şartlarına uyularak oluşturulması gereğine işaret edilmiştir. Ancak, Kongrede, "millilik" ile "milliyetçilik" asla birbirine karıştırılmamış, dolayısıyla "Türkiye Devletine" iddiaların tersine asla milliyetçilik değil ama, sadece millilik yakıştırılmıştır.

Gerçekten bu bağlamda olmak üzere, İzmir İktisat Kongresi, kendine özgü bir pazar ekonomisi düzeninin oluşturulması zorunluluğunu ortaya koymuş ve bunun o günün ortamındaki şartlarına işaret etmiştir. İzmir İktisat Kongresinde, şartlar gereği olarak devletin de ekonomik hayatta yer almasına işaret edilmiş olmakla birlikte, faşizm ve nazizme, salt liberalizme, sosyalizm veya komünizme itibar edilmemiştir.

İzmir İktisat Kongresinde, kimi zaman açık kimi zaman örtülü olarak, "yeni düzeni" kuracak, koruyacak ve geliştirecek ve bu düzenin cereyanına imkan verecek, teokrasiden arındırılmış, kaynağını beşeri iradede bulan ve milli toplum, milli devlet, milli iktisat gereklerini sağlayan yeni bir hukuk düzeninin oluşturulması zorunluluğuna işaret edilmiştir.



Böylece, İzmir İktisat Kongresinde, bir yandan temsilcileriyle barış masasına oturduğumuz uluslara muhteşem bir kurtuluş savaşı içinde doğan, gelişen, kökleşen ve tüm kurum ve kuruluşlarıyla biçimlenen bir bir ulusun ve onun egemen ifadesi olan Devletin "kimliği" hakkında uyarılarda bulunulurken (106), öte yandan ileride kurulacak olan "Cumhuriyetin" ve yapılacak olan devrimlerin, özellikle Türk Hukuk Devriminin "meşriyet" temeli oluşturulmuştur.

---

(106) Mustafa Kemal Paşa...s. 66-8 : " Mazide, Tanzimat devrinden sonra ecnebi sermayesi müstesna bir mevkie malikti, devlet ve hükümet ecnebi sermayenin jandarmalığından başka birşey yapmamıştır. Her yeni millet gibi Türkiye buna muvafakat edemez. Burasını esir ülkesi yaptırmayız...son söz olarak demiştim ki memleketimizi artık esir ülkesi yaptırmayız. Nazar-ı dikkatinizi celbetmiş olan konferansın son müzakeratı bu nokta ile alakadardır. Lozan konferansının talike uğraması aynı mesele ve noktadan münbaistir. Ordularımız en büyük bir zaferi ihraz etmişler ve meşyi-ı muzafferanesini tevkif edecek hiçbir mania mevcut değildir. Böyle bir zamanda İtilaf devletleri Hukuk-i tabiiye meşruamızı müzakerat ile tastik edeceklerini, müzakerat ile halledeceklerini söylediler ve bizi konferansa davet ettiler...Muhatablarımız hukukumuzu tastik etmiş olmadı...Konferanstaki muhataplarımız bizimle üç dört senelik değil, üçyüz ve dört yüz senelik hesabı ru'yet ediyorlar ve hala muhatablarımız Osmanlı Devletinin tarihe karıştığını ve bugün bunun yerine yeni Türkiye'nin mevcudiyetini, bunu kuran milletin çok azimkar, imanlı ve celadetli olduğunu, istiklali tamm ve hakimiyet-i milliyesinden zerre kadar fedakarlık yapmayacağını hala anlayamamışlardır...bu millet istiklal-ı tammının temin edildiğini görmedikçe yürümeye başladığı yoldan bir an tevaffuk etmeyecektir...bizi sulha kavuşturmaktan men eden esbap doğrudan doğruya esbabı iktisadiyedir, mülahazat-ı iktisadiyedir....iktisat demek her şey demektir..."



Kısacası, İzmir İktisat Kongresi, sözünde saklı ilkeler bakımından, Türk ulusunun dünü, bugünü, aynı zamanda yarınıdır (107).

---

(107) Gerçekten, varılan bu sonucun doğruluğu, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nca, TBMM açılışında, açıkça doğrulanmış bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı Sayın Süleyman Demirel' in 'Türkiye Büyük Millet Meclisi' nin 21' inci Dönem İkinci Yasama Yılı'nın Açılışında Yaptıkları Konuşma, Ankara, 1999 : " Türkiye, teokratik bir devlet değildir ! laik bir devlettir ! " Laiklik demokrasinin de inanç ve ibadet hürriyetinin de temeli ve teminatıdır". "Türk vatandaşı, laik cumhuriyetle Müslümanlığı bağdaştırmıştır " (s.19 ) . "Mirasçısı olduğumuz imparatorluğun tarih sahnesinden çekilmesi ve onun küllerinden Türkiye Cumhuriyetinin doğuşu da ulus-devletin dünyaya yayılmaya başladığı tarihi dönemde gerçekleşmiştir"... Eğitimde ve hukukta modernleşme arayışına girilmiştir " ( s. 15 ) .... "Demokrasi, kendini savunmaktan mahrum bir rejimin adı olamaz " ( s.16 )..."Bulduğumuz bölgede, devraldığımız tarihi şartlar ve coğrafyanın dikte ettirdiği bazı olumsuzluklar, bizim ayakta durabilmemiz için, demokratik, üniter ve laik devleti, mutlaka korumamızı gerektiriyor " ( s. 17 )







# İNŞAATIN TESLİM SÜRESİNDE GECİKMELER VE MÜTEAHHİDE SÜRE UZATIMI VERİLMESİNİ GEREKTİREN DURUMLAR

Prof. Dr. İbrahim KAPLAN (\*)

## I. Giriş

İnşaatın icrası için "süre" çok önemli bir unsurdur. "Vakit nakittir" deyimini inşaat sektöründe de aynen geçerlidir. Anglo-amerikan hukukunda akdedilen inşaat sözleşmelerinin çoğunluğunda "Time is of the essence of the contract" (süre sözleşmenin özüdür) cümlesi yer almaktadır. İnşaat branşında çalışanlar için, bu cümlenin içeriği hiçbir şüpheye yer vermeyecek derecede gayet açıktır. İnşaat sözleşmesinin en önemli noktaları nelerdir, şeklinde sorulduğunda, hemen aynı anda "inşaat bedeli", "inşaat ayıpları", "inşaat süresi" cevabı alınır. Bu cevap sadece, inşaatın icrası için çalışan proje mimar-mühendislerinin, müteahhit ve malzeme tedarik edenlerin, belirli sürelerle riayet ederek edimlerini ifa etmek mecburiyetinde olmalarından değil, süre faktörünün aynı zamanda

---

(\*) A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi.



hem inşaat hem de inşaatın ekonomik rantabilitesine etkili olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, inşaatın teslim süresi ve buna inşaat sözleşmesinin taraflarınca riayet edilmesi, hayati öneme haizdir.

## II. İnşaat Süresinin Yapı Sahibi Açısından Önemi

Belirli bir yapı veya yapı kompleksini gerçekleştirmeyi niyetlenen yapı sahibi, genellikle bunun inşaaı için geçecek süre hakkında somut düşüncelere sahiptir. Özellikle belirli bir süre sonra bitirilmesi gereken, olimpiyat tesisleri veya fuar yapılarında veya belirli bir sürenin sonunda hizmete açılması gereken değişik santral inşaatlarında, inşaatın hangi süre sonunda tamamlanıp teslim edileceğini bilmesi, yapı sahibinin menfaatinedir. Sadece yapının ne zaman bitirilmesi gerektiğinin bilinmesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca inşaat işlerine ne zaman başlanacağını da bilinmesi gerekir. Zira inşaat zamanında başlanması, onun zamanında bitirilmesi ile doğrudan bağlantılıdır.

Ayrıca eklemek gerekir ki, bir yapının inşaaı için sözleşme yapan yapı sahibinin de, bir takım yan yükümlülükleri mevcuttur. İnşaatın başlama ve bitirilme süresi, yapı sahibinin bu yükümlerinin zamanında ifasıyla da yakından ilişkilidir. İnşaatın devamı aşamasında da, müteahhidin planlanan ve bir programa bağlanan çalışmalarının, inşaatı öngörülen zamanda bitirip, teslim edip edemeyeceğini tahmin etme imkanı verecektir.

Bütün bu nedenlerle, genellikle üst ve altyapı inşaat sözleşmelerinde, yapının tamamlanıp teslimi için bir "bitirilme süresi" öngörülür. Ayrıca inşaatın başlama süresi ve ara süreler hükme bağlanır. Bu süreler "riayetin" teminatını teşkil etmek üzere BK. 158 vd. hükümleri uyarınca cezai şart (ceza tazminatı) kararlaştırılır. Bu suretle yapı sahibinin, ortaya çıkan zarar kalemlerini ispatlamasına gerek olmadan cezai şarta başvurarak, bu zararını ilk elden tazmin etme imkanına kavuşması sağlanmak istenir.



### III. İnşaat Süresinin Müteahhit Açısından Önemi

Sözleşmede öngörülen inşaatın başlama ve tamamlanma süreleri ile, kısmi süreler müteahhit açısından da hayati öneme haizdir. İlk olarak, üstlenilen inşaat çalışmaları ile ilgili malzeme siparişlerinin verilmesi, işçilerin temini, makine parkının, inşaat şantiyesinin kurulması gibi durumlar, inşaatın süresiyle yakın ilgilidir. İkinci olarak inşaat süresi, inşaat bedelinin belirlenmesi bakımından da önemlidir. Zira inşaat masraf ve harcamalarının büyük bir kısmı, doğrudan süreyle bağlantılıdır. İnşaat için yapılan ve kurulan tesisler, alet ve makineler ve çalıştırılan teknik eleman ve işçiler, ne kadar uzun süre inşaatla ihtiyaç duyulursa, müteahhidin masraf ve harcamaları o derecede yükselir ve artar. Bu sonucu, özellikle götürü (sabit) bedelli veya birim fiyatlı sabit bedelli inşaat sözleşmelerinde, müteahhit fiyat teklifini, belirli inşaat süresi için verdiğinden, bu süreye kesin surette riayet etmesi gerekir. Aksi halde teklif bedelinin tesbitinde, göz önüne alınmayan masraflar artabilir ve bunlara katlanmak durumunda kalabilir.

İNşaat süresine riayet etme, sadece müteahhidin inşaat çalışmalarına değil, ayrıca yapı sahibinin işbirliği yapma yükümlülüklerini zamanında yerine getirmesine bağlıdır. Bu nedenle, uygulamada inşaat sözleşmelerinin, yapı sahibinin inşaatın plan ve projelerini ne zaman müteahhide teslim etmesi gerektiği, yer tesliminin ne zaman gerçekleşeceği, öngörülür. Yapı sahibini üstlendiği işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, müteahhidin süre uzatımı talep hakkı doğar (KOLLER, Alfred, Konventionstraft für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in Bau-und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen, St. Gallen, 1996).

### IV. İnşaat Sözleşmelerinde Öngörülen Süre Türleri

İNşaat sözleşmelerinde öngörülen sürelerin en önemlisi, inşaatın "başlama" süresi ile "tamamlanma" süresidir. Sözleşmelerde, ayrıca "ara" süreler ile "kısmi" teslim süreleri öngörülebilmektedir.



İnşaatın başlama süresi, genellikle işyeri tesliminden 14 gün veya sözleşmenin imzalanmasından 28 gün veya inşaat kontrol mühendisliğinin yazılı talimat tarihinden belli bir süre sonra, şekilde kararlaştırılır.

İnşaatın başlama süresi, inşaatın tamamlanma ve teslimi için öngörülen sürenin de başlangıcını teşkil eder.

İnşaatın tamamlanma süresi, sözleşme ile müteahhit tarafından yapımı üstlenilen inşaatın, tamamının bitirilmesi için öngörülen süredir.

İnşaatın teslim süresi ise, bir bütün olarak tamamlanmış ve bitirilmiş olan yapının, kabul için yapı sahibine teslimi ile ilgili olarak öngörülen süredir. Çoğu zaman, BK. md . 75 anlamında inşaatın tamamlanma ve teslim süreleri birbiriyle çakışır. Teslim için, inşaatın tamamlanmış olması düşünülürse, tamamlanma süresi, teslim süresinden önce gelir.

Müteahhit genellikle üstlendiği inşaat işine başlarken, yapı sahibine bir "iş programı" sunmakla ve onun onayı olmakla yükümlüdür. Onaylanan bu iş programında; müteahhit, işin belirli aşamalarının hangi süre içinde tamamlanacağını beyan ve taahhüt eder. Yapı sahibince onaylandıktan sonra yürürlüğe giren iş programındaki bu "ara süreler", inşaatın ilerlemesinin yapı sahibi tarafından denetlenmesini ve ayrıca alt müteahhitlerin üstlendikleri inşaat kısımlarının sürelerinde bitirilmesini, aralarında koordinasyon teminini sağlar.

Kısmi teslim süresi ise, inşaatın belli aşamalarında yapılan ve tamamlanmış olan kısımlarının teslimi için öngörülen sürelerdir (BK. md. 364 fık 2.).



## **V. Genel Olarak İnşaat İşlerinde İnşaatın Gecikmesini Haklı Gösteren ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar ve Sonuçları**

İlke olarak, müteahhidin üstlendiği inşaatın teslim tarihindeki veya BK. md. 358 hükme bağlanan teslim tarihinden önceki gecikmeler nedeniyle, borçlunun temerrüdüne düşmüş sayılması için, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmamışsa, KUSURLU olması şart değildir. Ancak bu gecikmelerin objektif nitelikteki yükümlülüklerine aykırı davranıştan kaynaklanmış olması yeterlidir.

Hemen vurgulamak gerekir ki, müteahhidin üstlendiği inşaat edimi BK. 96 ve 117. maddeleri anlamında objektif kusursuz imkânsızlık veya aşağıda belirteceğim gecikmeyi haklı gösteren sebeplerden dolayı, gecikmişse, ortada müteahhidin temerrüdünün şartları mevcut bulunmadığından, bu gecikmelerden müteahhit sorumlu olmayacaktır.

Müteahhidin temerrüde düşmesi söz konusu olmadan, objektif imkânsızlık halleri dışında inşaatın gecikmesine yol açan ve gecikmesini haklı gösteren ve sonuçta müteahhide SÜRE UZATIMI verilmesini HAKLI KILAN hukuki durumları şöylece sıralamak mümkündür : (Bkz. Prof. Peter GAUCH, Der Wervertrag (İstisna Akdi), Zürich, 1996, sh. 194-196; Edip ŞİMŞEK, Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, BATENS Yayını, Ankara, 1996, sh. 207-208; Turgut UYGUR, Borçlar Kanunu Şerhi, Beşinci Cilt, sh. 804, Ankara, 1993.) :

### **1. Müteahhidin Sözleşmenin İfa Edilmediği Def'i (Ödemezlik Def'i) Hakkının Doğduğu Haller**

Müteahhit, BK. md. 81 veya 82'ye göre, yapı sahibi sözleşme ile üstlendiği borçlarını ifada gecikmişse, örneğin işyerinin kısmî ve-



ya tümünün tesliminde gecikmişse veya hakediş ödemelerini zamanında yapmamışsa veya projelerin tesliminde gecikmişse borçlunun temerrüdüne düşmeden, inşaat işini geçici olarak durdurabilir ve bu sebeplerle süre uzatımı verilmesini talep edebilir. (Bkz. Yargıtay 15. HD.sinin 12.3.1992 t: E. 4239, K. 1246 Sayılı Kararı, UYGUR, Cilt 5 sh. 825.)

## **2. Yapı Sahibinin Alacaklının Temerrüdüne İlişkin Düştüğü Durumlardan Kaynaklanan Gecikmelerden Müteahhit Sorumlu Değildir.**

Yapı sahibi BK. md. 91 göre, işyerinin teslimi için gerekli hazırlık çalışmalarında veya inşaat ruhsatının alınmasında veya uygulama projelerinin hazırlanması ve onayında, mühendis emirlerinin verilmesinde veya yapı malzemesinin tesliminde gecikmişse, bu durumlara müteahhit sebebiyet vermediği ve müteahhidin bu gecikmelerde dahli olmadığı için temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde yapı sahibinin alt müteahhitlerinin veya proje mühendislerinin inşaatla yönelik ön borçlarını zamanında yerine getirmemeleri, müteahhidin de gecikmesine sebebiyet vermişse, bunlardan dolayı da müteahhide süre uzatımı verilmesi gerekir.

İnşaat sözleşmelerinde (istisna akitlerinde), yapı sahibinin başlıca borcu, inşaat bedelini ödemek olmakla beraber, onun sözleşmeden doğan yan borçları (örneğin yapı sahibinin müteahhidi her türlü zarar ve tehlikeden koruma borcu gibi) ile kendisinin uhdesine düşen vecibeleri de mevcuttur. Bu vecibeler, inşaatın yapımı veya yapımına başlanabilmesi için, gerekli olan işbirliği yapma vecibeleridir. (Prof. İbrahim KAPLAN, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, Ankara, 1996, sh. 125). Bunlar işin başlangıcında veya devamı sırasında ortaya çıkabilir. Bunlar topluca inşaatın yapımı ve icrası için gerekli olan yapı sa-



hibinin yapması gereken ön - hazırlık işlemleri ile inşaatın devamı sırasındaki işlemlerdir. Değişik biçimlerde ortaya çıkan bu vecibeleri şöylece sıralamak mümkündür:

- Sözleşme ile yapı sahibine, işe başlaması için müteahhide çağrıda bulunma veya işyeri şantiyesinin kurulmasını talep etme külfeti yüklenmişse,
- Yapılacak inşaat işinin detaylandırılması, yapılacak denemelerde (provalarda) şahsen bulunma veya mühendis vasıtasıyla temsil külfeti,
- İnşaat izninin alınması, inşaat yapılacak yerin teslimi, inşaatın yapımıyla yakından ilgili geçit ve yolların, yer altı kablo ve hatlarının geçirilmesi, ölçümleme ve işaretlemeye müsaade etme gibi sınırlı aynı haklarla ilgili kullanma haklarını müteahhit lehine sağlaması külfeti,
- Plan ve projeleri teslim, malzeme teslimi, inşaat için gerekli elektrik enerjisi ve suyun bağlanması vecibeleri,
- Talimatların zamanında verilmesi, alt müteahhitlerin yaptığı inşaat işlerinin koordinasyonun sağlanması, gerekli ise inşaatın çıkan kazı malzemesi için depo yeri gösterilmesi vecibeleri,

gibi külfetleri saymak mümkündür. (Prof. Peter GAUGH, Der Werkvertrag, Zürich, 1996, sh. 371.)

Yapı sahibinin sözleşmeden veya dürüstlük kuralından veya kanundan doğan (Bkz. Prof. İbrahim KAPLAN; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Ankara, 1997, sh. 17) bu vecibe veya külfetlerini yerine getirmemesi, inşaatın müteahhit tarafından icrasını engelliyorsa, prensip olarak müteahhidin inşaatın tamamlanması süresinin uzatılmasını yani SÜRE UZATIMI talep etme hakkı mevcut-





tur. Nitekim bu husus, İnşaat İşleri Standart Sözleşmesinin 33.1 ve 35/C maddelerinde açıkça hükme bağlanmıştır.

Yapı sahibinin bu vecibelerini zamanında yerine getirmemesinin hukuki sonucu, sadece müteahhide SÜRE UZATIMI vermekle çözümlenmiş sayılamaz. Bu gecikme ve engellerin, müteahhit açısından maddi mal varlığının eksilmesine yani parasal kayıplara uğraması (finansman zararları) gibi sonuçları da mevcuttur.

İşte bu sorun ekonomik açıdan göz ardı edilmesi mümkün olmayan hayati bir öneme haizdir. Zira inşaat işinin süre açısından olağan akışını engelleyen veya geciktiren bu olgular, inşaatın zamanında bitirilip tamamlanmasında müteahhit açısından maliyet unsurunu arttıran, çok önemli birer kaynaktır. Almanya'da yapılan bir araştırmada, inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan fazla ödemelerin; planlanan ödemenin % 30 - % 50'sine kadar ulaştığı, hatta bazen üstüne çıktığı tespit edilmiştir. (Bkz. Prof. Peter GAUCH, Werkvertrag, Zürich, 1996 , sh. 370-377 arası; Othausen, Planung und Steuerung als Grundlage für den zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Baubau, in FS Korbion, Düsseldorf, 1986, sh. 323 (İnşaatın Olağan Seyrinin Engellenmesi Halinde İlave (Fazla) Ücret Talebinin Planlaması ve Denetimi).

Sözü edilen bu fazla ödemelere kim katlanacaktır sorusunun hukuki açıdan cevabı ise özetle şöyledir:

İnşaat sözleşmesinde bedel kararlaştırılmamışsa, bu masraflar BK. md. 366'ya göre ücret belirlenirken, göz önünde tutulacaktır. İnşaat için götürü sabit ücret belirlenmişse, bu durumda yapı sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünden, ilave masraflara da katlanmak durumunda kalabilecektir (Prof. Peter Gauch, age, sh. 372, N. 1336).



### **3. BK. md. 358/I'e Göre Yapı Sahibinin Rizikosuna Katlanması Gereken Hallerden Doğan Gecikmelerden Müteahhit Sorumlu Değildir.**

İnşaat alanında veya sahasındaki, altyapıların kaldırılması, trafik düzeni, elektrik kesintileri, gösteri yürüyüşleri inşaatın gecikmesine yol açmışsa, bunların rizikosuna yapı sahibi katlanmakla yükümlüdür. Bu gecikmelerden dolayı müteahhide süre uzatımının verilmesi gerekmektedir. (Bkz. Yargıtay 15. HD.sininin 19.11.1987 T.; E. 603, K. 4002 Sayılı Kararı, UYGUR, Cilt 5, sh. 833.)

Yukarıda sözü edilen, müteahhide süre uzatımı verilmesini ve bununla ilgili kayıplarının karşılanmasını gerektiren hukuki durumlar; aşağıda da yeri geldikçe açıklanacağı üzere standart sözleşmenin 6.3, 32/II, 33.1; 35/a-d maddeleri ile sözleşmelerin eki olan BİGŞ.nin 4/6-7; 10/7, 11/7, 12/1-2, 16, 19, 27/a-son fıkra hükümlerinde öngörülmüş bulunmaktadır. (Bkz. Yargıtay 15. HD.sininin 24.9.1985 T. E, 4686, K. 2850 sayılı Kararı, UYGUR, cilt 5, sh. 849-851.)

## **VI. Yer Teslimindeki Gecikmeler ve Hukuki Sonuçları**

### **1. İşyeri (Yer) Teslimi Kavramı, Yer Tesliminin Ortaya Çıkış biçimleri ve Yer Tesliminde Gecikmenin Hukuki Sonuçları**

Sözleşme konusu inşaat işinin veya işlerinin ifa edileceği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılacak bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerler; işyeri veya inşaat alanı olarak tanımlanmaktadır (BİGŞ. Md. 3).

Kural olarak müteahhidin sözleşme ve eklerinde yazılı sürelerde işe başlayabilmesi için, kontrol teşkilat tarafından işyeri veya yerlerinin usulüne uygun olarak kendisine teslim edilmesi gerekir.



İnşaat işlerinde, yapılacak inşaatın kapsam ve hacmi ve özellikleri gereği, uygulamada "Genel İş Yerinin Teslimi" ve "kısmi işyerleri teslimi" şeklinde iki tür "işyeri teslimi" ile karşılaşılmaktadır.

Sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmede yazılı süreler içinde, işin başlangıcında kontrol teşkilatınca, kısmi yer teslimi yapılacak sahalarda da dahil, işyerinin tamamını kapsayan "teslim tutanağı" düzenlenir. Bu teslim, bir tür "genel işyeri yer teslimi"dir. Sözleşmenin konusu işin özelliği gereği kısmi işyeri (yer) teslimleri gerekmiyorsa, inşaatın teslim süresinin belirlenmesinde, bu "Genel İşyeri (Yer) Tesliminin" tarihi esas alınır. Avans ödemesinde de bu tarih göz önünde tutulur.

Ancak inşaatın yapılacağı yer veya güzergah; kapsam ve özelliği, alt yapı aktarmaları, trafik düzeni vb. sebeplerle kısmi işyeri teslimini gerektiriyorsa, kısmi işyeri teslimlerindeki gecikmeler de, işin tabiatı gereği sözleşmede belirlenmiş olan işin tamamının teslim süresini etkileyecek ve sonuçta bu süre uzatılacaktır.

İster genel ister kısmi işyeri teslimlerinde olsun, işyeri teslimindeki her türlü gecikme, yapı sahibi idarenin uhdesinde ve risko alanı içinde bulunduğundan, bu gecikmeler için müteahhide süre uzatımının verilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu husus standart sözleşmelerin 33.1 ve 35. maddeleri ile sözleşmelerinin ekini oluşturan BİGŞ.sinin 4. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında ve 27. maddesinde açıkça öngörülmüştür.

## **2. Yer Teslimi İle İlgili Standart Sözleşme ve BİGŞ.si Hükümleri**

Standart sözleşmenin 33.1 maddesinde yükleniciye teslim edilecek işyeri kısımlarının miktarları ile bu kısımların hangi sıra ile kullanılacağına verileceği ve buna göre KISMÎ YER TESLİMLERİNİN yapılacağı, ayrıca işlerin yapılış sırasıyla ilgili mühendisin



yazılı işe başlama emri üzerine, idarenin yükleniciden işe başlamasını isteyeceği ve 14. maddede belirtilen iş programına veya başvurusu varsa mühendise yapacağı makul tekliflere uygun olarak işyeri kısımlarının yükleniciye teslim edileceği, işbu madde hükümleri gereğince İdare'nin işyerini geç teslim etmesi yüzünden yüklenicinin de gecikmesi halinde, iş süresinin mühendisin uygun göreceği süre kadar uzatılacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşmelerin "SÜRE UZATIMI" kenar başlığını taşıyan 35. maddesinin (c) bendinde; "İdare'nin veya Mühendisin bu sözleşme tahtındaki vecibeleri ifa etmemesi"nin bitim süresinin temdidi sebeplerinden biri olduğu öngörülmüştür.

Kısmi yer teslimi yükümlülüğü, idareye ait sözleşmeden doğan bir yükümlülük olduğuna göre, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinden kaynaklanan gecikmeler, yükleniciye süre uzatımı verilmesini ve buna bağlı ödenek aktarmalarının yapılmasını gerektirecektir. Sözleşmenin ekini oluşturan BİĞŞ.sinin 9. maddesinin 6. fıkrasında da; işin yapılacağı yerlerin müteahhide tesliminde gecikme olması halinde, bu gecikme işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini etkilerse, sözleşmede belirlenmiş olan iş süresinin, işin bir kısmı veya hepsi için gereği kadar uzatılacağı, hükme bağlanmıştır. Aynı hususlar BİĞŞ.sinin 27. maddesinde de özel olarak düzenlenmiştir.

## **VII. Projelerin Hazırlanması, Onaylanması, Değiştirilmesi ve Tesliminde Gecikmeler ve Hukuki Sonuçları**

### **1. Projelerin Hazırlanması, Onaylanması ve Teslimi Yükümlülüğü**

İnşaat işi, yapının özelliğine göre, mühendislik ve mimarlık avan, uygulama ve detay projelerine uygun olarak yapılmalıdır.



Standart sözleşmelerin 6. ve 7. maddeleri ile sözleşmenin ekini oluşturan BİGŞ.sinin 9, ve 7. madde 10, 11 ve 22. maddelerinde inşaatlarla ilgili projelerin hangi tarafça hazırlanacağı ve teslim edileceği hususları da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmelerin 6.1. maddesindeki düzenlemeden; projelerin idare veya mühendis tarafından temin edileceği, yüklenicinin sözleşme gereğince kendisine verilen bütün projeleri, şartname ve diğer belgeleri mühendise iade edeceği açıkça anlaşılmaktadır.

Sözleşmelerin 6.4 maddesinde de mühendisin projeleri belli bir program dahilinde yükleniciye vereceği, 7. maddesinde ise mühendistik projelerinin mühendis tarafından bir program dahilinde hazırlanarak idareye onaylatılarak yükleniciye teslim edileceği,

hükme bağlanmıştır.

BİGŞ.sinin 10. maddesinin 7. fıkrasında; projelerin onaylanması ve değişiklikler yapılması sırasındaki gecikmelerden dolayı, müteahhidin, iş süresinin bu gecikme süresi kadar uzatılması hususunda hak kazanmış olduğu, 11. maddesinin 6. fıkrasında ise, proje değişiklikleri iş süresini etkileyecek nitelikte ise, müteahhidin bu husustaki süre isteğinin de idare tarafından ayrıca dikkate alınacağı, 12. maddesinde ise, projelerin tesliminde gecikmesi halleri ile zamana ihtiyaç gösterecek proje değişikliklerinin yapılması hallerinde sözleşmelerdeki iş süresinin, işin bir kısmı veya hepsi için gereği kadar uzatılacağı öngörülmüştür.

## **2. Projelerle İlgili Gecikmelerde Süre Uzatımı**

Söz konusu yukarıdaki hükümler dikkate alındığında, projelerin hazırlanması, onaylanması ve değişiklik yapılmasından kaynaklanan gecikmelerden dolayı yapı sahibi idare, yükleniciye sözleşmede öngörülen inşaat süresine ek olarak süre uzatımı vermesi ve bunun malî sonuçlarına da karşılaması gerekmektedir.



## VIII. Hakediş Ödemelerinin Geç Yapılması ve Hukuki Sonuçları

### 1. Hakediş Ödemelerinin Niteliği ve Geç Ödenmesi Sorunu

Hakediş ödemeleri, yüklenicinin sözleşmeye göre, belirli dönemlerde (genellikle her ay) yaptığı imalat ve ihzarat bedelleri için yapılan ve kesin hakedişte mahsubu gereken ödemelerdir. Bu bakımdan da geçici ödeme niteliğindedir. (Prof. İbrahim Kaplan, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, Ankara, 1996, sh. 158.)

Standart sözleşmelerin 45.1. maddesinde hakedişlerin BİGŞ.sinin 39 ve 40. maddelerine göre düzenleneceği ve İdare'ce tahakkuka bağlandıktan sonra ödeneceği, hükme bağlanmıştır.

BİGŞ.sinin 39. maddesinin (a) bendinin 11. fıkrasında; müteahhit veya vekiline, hakediş raporunun kendilerince imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa otuz gün içinde tahakkuka bağlanacağı, bu tarihten başlamak üzere otuz gün içinde de ödemenin yapılacağı öngörülmüştür.

Hakediş ödemelerinin, hakedişin düzenlenmesinden itibaren en geç (30+30) toplam 60 gün içinde ödenmesi gerekmektedir. Bu süre geçtikten sonra yapılan hakediş ödemeleri, geç ödeme sayılmaktadır.

### 2. Hakedişlerin Geç Ödenmesinin Hukuki Sonuçları

Geç ödemenin ilk sonucu ise, müteahhide süre uzatımı verilmesidir. Bu husus hem yüklenicinin BK.nun 81. maddesindeki "ifa edilmez def'i" hakkını kullanmasının hem de hakkaniyet ve objek-



tif iyiniyet kurallarının bir gereğidir (Şimşek Edip, İnşaat Sözleşmeleri Semineri, Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 1996, sh. 207.)

Sayıştay Genel Kurulunun 23.10.1962 tarih ve 279/1 sayılı ve 21.12.1972 tarih ve 2624/2 sayılı kararlarında "ödenek yokluğu" ve "idarenin işlemi düzeltilmesi" gibi nedenlerle geçen süreler için, yükleniciye süre uzatımı verilmesi uygun görülmüştür. (Muhittin ABACIOĞLU, İhale Kanunu ve Mevzuatı ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara 1999, sh. 788.)

Ödenek yokluğu, hakedişlerin zamanında ödenmemesine yol açtığına göre, hakediş ödemelerinin geç yapılması, yükleniciye ek süre tanınmasını gerektirir (Muhittin ABACIOĞLU, a.g.e., sayfa 744).

Hakediş bedellerinin zamanında ödenmesi idarenin sözleşmesinden doğan borcu olduğuna göre, bu borcun ifasında gecikmeden dolayı, yüklenicinin uğrayacağı maddi kayıplar karşılanmalı ve kendisine gecikmenin yol açtığı süre uzatımı tanınmalıdır. Süre uzatımı verilmesinin diğer bir sonucu da, inşaat süresi yıllara sarktığı takdirde, o yıl yapılacak işlere fiyat farkı uygulanmasıdır. Bunun için ise, iş programının revize edilmesine ve ödenek dilimlerinin de aktarılmasına gereksinim vardır. (Bkz. Edip Şimşek, a.g.m. sayfa, 207).

## **IX. Keşif Artışları ve Hukuki Sonuçları**

### **1. Keşif Artışı Kavramı ve Sebepleri**

Taraflarca imzalanan standart sözleşmelerde öngörülmüş ve inşaatın yüklenicilerce yapılması karşılığı ödenecek olan tutarlar ilk keşif bedelidir.



Bu durumda 1. Keşif bedeli, keşif özetlerinin toplamından oluşur. 1. Keşif bedeli, idare tarafından ihale dosyasına konulan tahmini keşfe, yani keşif toplamına denir. 2. Keşif veya revize keşif bedeli ise, inşaatın icrası sırasında değişen iş miktarlarına göre düzenlenen ve gerçeğe en yakın keşif ve keşif bedeline denmektedir.

Keşif artışının ana kaynağını idare veya mühendis tarafından yapılması emredilen ilave ve değişik işler teşkil etmektedir (İlave iş ve iş değişiklikleri kavramı için bkz. Prof. KAPLAN, a.g.m., sh. 143-148). Olağanüstü durumlardan kaynaklanan maliyet artışları da keşif bedelinin artmasına yol açabilir.

## 2. Süre Uzatımı

Keşif artışı, ilave ve değişik işlerden ve iş artışından kaynaklandığından, BİĞŞ.sinin 19. maddesinde de "süre hariç" kavramıyla açıkça öngörüldüğü üzere, sözleşme süresinin, uzatılmasını gerektirir.

## X. Avans Ödemelerinin Hukuki Niteliği

İnşaat sözleşmelerinde, yükleniciye işe başladığında veya başlamadan önce sözleşmenin imzalanmasından sonra, avans teminat mektubu karşılığında, iş veya ihale bedelinin % 20 ile % 30'u arasında veya ihale bedelinin üçte birini geçmemek üzere avans verilebilir (1050 Sayılı K.nun md. 83.).

Yükleniciye avans ödenmesinin amacı, devlet ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının açtığı ihalelere rağbeti arttırmak yanında, yüklenicinin işe başlayabilmesi için, ekip ve ekipmanını hazırlamak, alt yüklenicilerle sözleşmeler kurup, gerektiğinde peşin ödemede bulunmak, makine parkını ve şantiyesini kurdurmaktadır. Kısaca sözleşmenin sağlıklı yürütülmesine idarenin yardımcı olmasıdır. Bu özellikleri nedeniyle avans ödemesi hakediş ödemeleri ile yükleniciye açılan kredilerden farklıdır. Sözleşmede aksine





hüküm yoksa, avans ödemesi her hakedişten düşük oranlarda mahsup yapılmak suretiyle yükleniciden geri alınır; faize tabi tutulmaz.

Görüldüğü üzere avans ödenmesinin tabi olduğu kurallar ile hakediş ödemelerinin tabi olduğu rejim ve kurallar birbirinden tamamen farklıdır. Avans ödenmesi hususunun, sözleşme süresinin uzatılması ve buna bağlı olarak ödenek aktarımlarının yapılması ile hukuki açıdan herhangi bir ilişkisi mevcut değildir.

Avans ödemelerinin diğer bir amacı da, yüklenicinin inşaat için yapacağı imalat ve ihzarat bedelinden kaynaklanan kredi rizikosunu hafifletmektir. (Bütün bu hususlar için Bkz. Prof. KAPLAN, a.g.m., sh. 126-127 ve 162-163; Edip Şimşek, a.g.m., sayfa 200-201).

## SONUÇ

Genellikle üstlenilen inşaatın icrasında ortaya çıkan durumlar, inşaatın sözleşmede öngörülen süresinde bitirilmesine engel teşkil eder ve gecikmelere yol açar.

İnşaatın sözleşmede öngörülen sürelerde tamamlanmasını imkansız kılan ve inşaatın gecikmesine sebebiyet veren bu engelleri, yapı sahibinden, müteahhitten ve dışarıdan kaynaklanan ifa engelleri şeklinde üç gruba ayırmak mümkündür.

Yapı sahibi veya onun temsilcisi sıfatını taşıyan kontrol mühendisliğinden veya dışarıdan kaynaklanan (mücbir sebeplerden) ifa engellerinin rizikosuna yapı sahibinin bizzat katlanması gerekir. Bunun en yakın hukuki sonucu ise müteahhide cezasız süre uzatımı verilmesi ve bu durumdan kaynaklanan zararın tazmin edilmesidir.



Müteahhitlik firmasından kaynaklanan engellerde, genellikle ortada müteahhidin temerrüdü söz konusu olduğundan veya kusurlu davranışı bulunduğundan, bunların rizikolarına onun bizzat kendisinin katlanması gerekir. Bunların en yakın hukuki sonucu ise, cezalı süre uzatımı, sözleşmenin feshi ve yapı sahibinin ortaya çıkan zararlarının tazminidir (Bkz. Kaplan, İbrahim, Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri BATTIDER, Cilt XIX, Sayı 4, s. 30-33, Ankara, 1998).

Özet olarak söylemek gerekirse, müteahhidin temerrüdü ve kusurlu davranışından kaynaklanan süre gecikmeleri dışında kalan, özellikle, yapı sahibinin üstlendiği işbirliği borçlarını zamanında yerine getirmemesi ve işyeri teslimindeki gecikmeler ile iş proje değişikliğinden, keşif artışı, hakedişlerin geç ödenmesinden kaynaklanan gecikmelerde, müteahhide cezasız süre uzatımı verilmesi ve bu süre içinde ortaya finansman zararlarının yapı sahibi tarafından karşılanması gerekir.

İnşaat sözleşmesi taraflar arasında inşaatta meydana gelen gecikmelerden dolayı ortaya çıkan veya çıkacak ihtilafları önlemek için, bu tür sözleşmelerde, "süre uzatımını gerektirecek durumları" sözleşmede açıkça belirlemek ve düzenlemek yerinde olur. Böylece taraflar arasında bu yüzden çıkabilecek ihtilaflar önceden bertaraf edilmiş bulunur.





# ŞANLIURFA YÖRESİNDEN ÖRNEKLERLE KAN DAVALARI

Eray KARINCA (\*)

## GİRİŞ

Roman, öykü, piyes gibi çeşitli yazın çalışmalarına çokça konu olan kan davaları, son birkaç yıldır durulmuş görülmesine ve gazete manşetlerine eskisi kadar çıkmamasına karşın, toplumsal yapı-

(\*) Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi

(x) Henüz mesleğin başında genç bir yargıç iken, İdil'in tozlu sıcağından bunaldığım bir gün arkadaşlarım, "Faruk Erem'den sana bir paket var" dediklerinde şaşırılmış ve heyecanlanmışım. Paketi açtığımda hocamın, adıma imzaladığı kitaplarını görünce bir anlam verememiş, o zamana değin kendisiyle hiç karşılaşmamış olmam ve paket içinde herhangi bir açıklamanın bulunmayışı karşısında bana kitap göndermesindeki inceliğe ilişkin bağlantıyı ilk elde kuramamıştım. Daha sonra Kan Davaları'nı, Yargıtay kararları ışığında tartışan küçük bir yazımın **Adalet Dergisi**'nde yayınlanması nedeniyle bu paketin gönderildiğini kavradım.

"Şanlıurfa Yöresinden Örneklerle Kan Davaları" adlı bu çalışmam, içeriğinden de anlaşılacağı üzere, **Şanlıurfa Ağır Ceza Mahkemeleri**'nde üye olarak görev yaptığım sıralarda hazırlanmıştır. **Türk Sosyal Bilimciler Derneği**'nin, yirminci yıl etkinlikleri çerçevesinde 1987 yılında düzenlediği yarışmada, "**Genç Sosyal Bilimciler Özendirme Ödülü**"ne değer bulunan beş yapıttan birisidir.



da köklü dönüşümler olmadığından püskürme de, sızıntılar olan bir yanardağ görünümündedir. Bu konuda yapılan bilimsel çalışmaların sayısı konunun popülerliğine karşın çok sınırlıdır. Hâttâ, olayı sosyal antropolojik yaklaşımla ele alan Prof. Dr. Mahmut Tezcan'ın çalışması alanında tek örnektir. Bunun yanında kan gütmenin hukuksal boyutları uygulamanın, sosyal pratiğin zorlaması ile çeşitli yazarlarca ele alınmış, Yargıtay kararlarında da irdelenmiştir.

Türkiye Barolar Birliği ise, 1974 yılında düzenlediği bir seminer de (1) konunun uzmanlarını bir araya getirmiş ve bu toplantıda ileri sürülen görüşleri bir kitapçıkta toplayarak önemli bir katkıda bulunmuştur.

Kan gütme ne yazık ki hâlâ yaygın ve yaşandığı yerlerde toplumsal olarak meşruiyeti bulunan bir olaydır. Toplumsal olarak meşru olanın mutlaka doğru olmayabileceği ise çok açıktır. Bu nedenle önce olayın sorgulanması gerekir.

İşte bu çalışma kan gütme olayının oluşumunu, nedenlerini, etkilerini ve alınabilecek önlemleri saptayabilme çabasının bir ürünüdür. Bunun için doğrudan öznelere gidilmesi gerektiği dü-

---

On üç yıldır çekmecelerde bekleyen dosya, **Ankara Barosu**'nun bu yıl düzenlediği yarışma sonucu yayınlanan bir anım nedeniyle gün yüzüne çıktı. Çalışmanın 1987 yılındaki haliyle kalmasının yarattığı tedirginliği ise, avukat **Tacar Çağlar**'ın yüreklendirmesi, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi üyesi **Saniye Tarhan**'ın sağladığı yeni içtihatlar ve çalışmamın, "**Örnek Olaylar**" bölümünün özgünlüğünün verdiği güvenle aşabildim. Gerçekte yayınlama kararımın en büyük etken, Hocamız **Faruk Erem**'in duyarlılığına küçük bir karşılık verebilmek düşüncesi olmuştur. 11.10.1999 Ankara.

(1) Trabzon'da 25 Mayıs 1974'de gerçekleştirildi.



şüncesiyle, Şanlıurfa Kapalı Cezaevindeki hükümlülerle görüşülmüştür (2).

Örnek olaylarda genellikle 1980 yılı öncesinin sözü edilmesinin nedeni, yargıçlık görevim gereği henüz tutuklu bulunan sanıklarla görüşmem sakıncalı olacağından, yalnızca yargılamaları bitmiş, kararları kesinleşmiş hükümlülerle görüşme yapılması zorunluluğundan kaynaklanmıştır.

### **Kan Davasını Tanımlamanın Önemi**

Sorgulamanın başlangıç aşamasında konuyu ya da aslında bir yara alan bu toplumsal olguyu tanımlamak zorunludur. Tanım ile birlikte kan gütmenin kökenleri, nedenleri, bu konudaki yasal düzenlemelerle, alınabilecek önlemler ve ilgili Yargıtay Kararları da irdelenmiştir.

Halk arasında kan davası olarak adlandırılan bu toplumsal yara hasım taraflar arasında salt kana karşı kan almak amacıyla karşılıklı öldürmeler zinciri şeklinde gerçekleşmektedir. Türk Hukuk Lügatında Kan Davası: “Bir kimsenin hısımlarından birini öldürülenin kanına bedel olmak üzere öldürmesi ve öldürtmesi adeti” (3), Etnoloji Sözlüğünde ise, “Akrabalardan ve cemaat üyelerinden birini öldüren kimseyi ya da onun ailesinden, akrabalarından, cemaatından birini öldürmek suretiyle oç alma” (4) olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımlara yerli ve yabancı literatürde başkaları da eklenebilir. Ancak hepsinin ortak noktaları :

- (2) Hükümlülerle örnekleme yöntemi kullanılarak, genellikle de açık uçlu sorular yöneltilerek görüşmeler yapılmıştır.
- (3) **Türk Hukuk Lügatı**: Türk Hukuk Kurumunca hazırlanmış, Fasikül 1, Ankara 1944.
- (4) **Etnoloji Sözlüğü**: Sedat Veyis Örnek; Ankara, 1971, s. 130.



1. Öç almanın, kana karşı kan gütmenin bir görev sayılması.
2. Öç almanın ölenin en yakınlarıncaya yapılması.
3. Öcün öldüren kimsenin yanında onun yakınlarından da alınabilmesi.
4. Olayın kollektif nitelikte algılanıp aile ya da aşiretler arasında toplu olarak düşmanca ilişkiye yol açması olarak sıralanabilir.

Kan gütme yi idamla cezalandıran Türk Ceza Yasası'nda bu suçun tanımı ve unsurları yer almamakta, sadece "Adam Öldürme fiili kan gütme saiki ile işlenirse fail, idam cezasına mahkum edilir" denmektedir (TCY. Md. 450/10).

**Suç**, insan eylemlerinin yasada önceden ve soyut olarak gösterilen biçimi olup bu biçimde ve hukuka uygunluk nedenleri olmaksızın gerçekleşen eylemlere, toplumsal otoritenin gösterdiği tepki de **cezadır**. Öyleyse kan gütme saiki ile adam öldürme suçu gibi, cezası bunca ağır olan bir suçun, nitelik ve özelliklerinin yasada doyurucu bir biçimde yer alması gerekirdi. Çünkü "yaptırımın fonksiyonu, kurala uygun davranışın sağlanması, başka deyimle etkili yani önleyici olmasıdır" (5). Ancak bir suçta, kesin, nesnel nitelik ve özellikleri saptanmadan, ağır yaptırımlar yüklemek, uygulamada farklı sonuçlar doğurarak içinden çıkılması güç sorunların doğmasına da yol açabilmektedir. Ceza Yasamızda kan gütme suçu için yalnızca saik ve yaptırımın belirtilmiş olması uygulamadaki birlik ve bütünlüğün sağlanmasını zorlaştırmıştır. Örneğin kan gütmenin kabulü için başlangıçta akrabalık bağının nüfus kayıtları

(5) **Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod**: Yaşar Karayalçın, Ankara, 1981, s. 56.



ryla kanıtlanması koşulunu arayan Yargıtay sonraki kararlarında bundan kesin olarak caymıştır. Yine kan gütme ve taammüt ilişkisi, kan gütmenin yanında suça etkili başka nedenlerin de bulunması halinde hangisinin uygulanacağı tartışmalı ve içinden çıkılması güç sorunlardır. Ancak sorunun çözümünün yasalara ağır yaptırımlar koymaktan, bir zamanların yaygın deyişle “üç, beş kişiyi sallandırmak”tan geçmediğinin anlaşılması bir zorunluluktur.

## KAN GÜTMENİN KÖKENLERİ

Araştırmacılar arasında kan gütmenin ilk örneklerinin ilkel klân gruplarında görüldüğü konusunda görüş birliği vardır 3256 sayılı, Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Failleri Hısmımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun’un gerekçesinde de, “...İnsanlığın henüz muntazam Devlet teşkilatına malik bulunmadığı devirlerde cari şahsi intikam esasına dayalı bu kötü an’anenin teessüsünden ...” denilerek aynı görüş paylaşılmıştır.

“Gerçekten de devletin henüz oluşmadığı ya da ilkel ve kudretsiz olduğu bu devirlerde aynı kandan gelenlerden oluşan grupların en önemli özelliklerinden biri, üyelerini dışardan gelen saldırı ve zararlara karşı koruma konusunda sahip oldukları kuvvetli dayanışma duygusudur” (6).

Bu açıklamalar ışığında kan gütmenin bütün toplumların geçirdiği bir evre olduğu, bu nedenle de sosyolojik bir temeli olduğunun kabulü bir zorunluluktur.

---

(6) Selahattin Keyman: **Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme** Türkiye Kalınma Vakfı Yayınları No: 1 Editörler: Adnan Güriz ve Peter Benedict, **Türk Hukuku ve Toplumunu Üzerine İncelemeler**, Ankara 1974.





İlkel toplumda adam öldürenle, öldürülenin aynı klândan olması halinde öldürene cezası aile ya da klân başkanı tarafından verilir. Ancak öldüren ile öldürülen'in klânları değişik ise her iki grubun üstünde bu sorunu çözecek bir otorite olmadığından işe bütün aile, klân karışır. Zaten kişilerin sahip oldukları kuvvetli dayanışma duygusu nedeni ile kişisel sorumluluk da zorunlu değildir. Suça karşı tepki başka deyişle yaptırım kollektif olarak yani tüm aile bireylerince, suçlunun aile bireylerine karşı uygulanacaktır.

İlkel insanın yaşama koşulları gözönüne alındığında, bireyin tek başına çetin doğa koşulları ve diğer insan toplulukları karşısındaki güçsüzlüğünün kan gütmeyle doğurduğu saptaması yapılabilir. Bu koşullarda yaşayan bireyin kendisine göre çok güçlü olan doğa koşulları, vahşi hayvanlar ve diğer tehlikeler karşısında yaşamını sürdürmek, güvenliğini sağlamak için klâna, aileye gereksinimi vardır. Öte yandan insan davranışlarını belirleyen temel öğelerden birisinin güven duygusu olduğu açıktır. İlkel insanın kendi güvenliğini sağlamak ve yaşamını sürdürebilmek için klâna duyduğu gereksinime yukarıda sözünü ettiğimiz klân üyeleri arasındaki kuvvetli dayanışma duygusunu doğurmakta ve üyelerinden birine karşı yapılan bir saldırı, klâna karşı yapılmış sayılıp hep birlikte tepki gösterilmektedir.

Ancak feodal üretim sürecine girilmesiyle birlikte kana karşı kan alma ya da kisasın, özel mülkiyetin gelişmesinin de etkisiyle yerini giderek kana karşı mal ya da para almaya bıraktığını görüyoruz (7).

---

(7) Kan bedeli olarak ödenen paraya **diyet** denir. Diyetin miktarı öldürülen kişinin özelliklerine çevre ve aile içindeki konumuna göre saptanmaktadır.



Örneğin Germen ve Franklarda para vererek uzlaşma yoluna gidilmesi merkezi iktidar tarafından önce kolaylaştırılmış, sonra da zorunlu kılınmıştır (8).

## KAN GÜTMENİN NEDENLERİ

Kökene ailenin evrimine dek inen kan gütmenin, günümüzde hâlâ varlığını sürdürebilmesinin nedenlerini saptamak kuşkusuz çok boyutlu ve kapsamlı bir yaklaşımı gerektirir. İlkel yaşama biçiminin ürünü olan bu hastalığın, insanlığın kaydettiği bunca ilerlemeye karşın varlığını günümüzde de sürdürebilmesinin nedenlerini saptayabilmek için öncelikle kan gütmeye yolaçan etkenlerin saptanması gerekir. Buna göre ilk öldürme olayını doğuran nedenlerle, karşılıklı öldürmeler zincirini başlatan nedenleri ayrı ayrı ele almak daha yararlı olacaktır. Çünkü karşılıklı öldürmeler zincirini başlatan temel nedeni saptamanın yanında, tek tek somut kan gütmeye olaylarının başlangıçtaki nedenlerini bularak sorunu çözmek için çaba göstermek toplumun düzen ve dirliğini sağlamak açısından da yararlıdır.

### A. ÖLDÜRMELER ZİNCİRİNİN İLK HALKASI

Adam öldürme eylemi insanların topluluk olarak yaşamaya başlamalarından itibaren, hukuka uygunluk nedenleri ve savaş hali gibi ayrıksı durumlar dışında suç olarak kabul edilmiştir. Kuşkusuz suç toplumsal yapıdaki bir hastalığın, aksaklığın göstergesidir. Dolayısıyla olayın daha kan gütmeye dönüşmesinden önce toplumsal yapıda bir rahatsızlık olduğu düşünülmelidir.

---

(8) Mahmut Tezcan: **Kan Davaları**, Sosyal Antropolojik Yaklaşım, Ankara, 1981, s. 9.



İlk öldürmenin nedenleri herhangi bir adam öldürme suçunun nedenlerinden farklı değilse de, yaptığımız incelemeler sonucu olayların belli başlı bazı öbeklerde toplandığı görülmektedir. Buna göre kan gütmenin yoğun olarak rastlandığı bölgelerde adam öldürme suçlarının çoğunun temelinde ekonomik ve toplumsal nedenler bulunmaktadır.

## 1. Ekonomik Nedenler

### a. Sınır Çekişmeleri ve Toprak Anlaşmazlıkları

Şanlıurfa'da, köylerden gelen adam öldürme suçlarının büyük çoğunluğu toprak anlaşmazlıklarından kaynaklanmaktadır. Anlaşmazlık konusu topraklar genellikle zilyet olarak kullanılan topraklardır. Mera gibi köyün ortak topraklarının bazı kişilerce tek başlarına kullanılmak istenmesi de adam öldürmeye yol açabilmektedir (9).

Nüfusun hızla artmasına karşın köylünün geçim kaynağı olan dolayısıyla da ekonomik değeri görece olarak çok yüksek olan toprağın kıt olması anlaşmazlıkların zeminini oluşturmaktadır. Örneğin Güneydoğu Anadolu'da yıllık nüfus artışı Türkiye ortalamasının üstünde olup yüzde üç oranındadır (10).

Bir de toprak rejiminin henüz düzenlenmemiş olması, bir türlü gerçekleştirilemeyen toprak reformu tasarısı, kadastro işlemlerinin oldukça küçük adımlarla yürütülmesi, toprak hukukunu düzenleyen kuralların yetersizliği ve Kadastro mahkemelerinde süren davaların bir türlü sonuçlandırılmaması da toprak anlaşmazlıkları

(9) Bkz. Örnek Olay 1.

(10) **Güneydoğu Anadolu Projesi Tarımsal Kalkınma Sempozyumu**, Ankara, 1986, s. 66.



rını körüklemektedir. Örnek olayların çoğunda kavgaların temel nedeni olan toprak anlaşmazlıklarının görülmesinin yanı sıra su, kaynak ve otlakların kullanımı yüzünden çıkan kavgalarda adam öldürmelere yol açabilmektedir (11)

**b. Kız Kaçırımlar :** Kırsal kesimde evlenme çağına gelmiş kızlar, ev işlerinin yanı sıra ot toplamaktan hayvan bakmaya, bağda ve tarlada çalışmaya kadar türlü işleri yerine getirdikleri için kendilerinden işgücü olarak da yararlanılmaktadır.

Başlık parası geleneği nedeniyle kızların sevdikleri ile değil de, başlık parasını verenle evlendirilmek istenmeleri kızın kaçmasına, kaçırılmasına, sonuçta da tarafların silâha sarılmalarına yol açabilmektedir.

## 2. Toplumsal Nedenler

**a. Kız-Kadın Kaçırma ve Zorla Irza geçme :** Anadolu insanı, cinsellik duygularıyla oluşturduğu namus ve onur kavramlarına çok önem verir. Ekonomik değerini yukarıda vurguladığımız kadın ise aynı zamanda bu duygunun odak noktasıdır.

Örneğin Şanlıurfa Cumhuriyet Savcılığının 1987/348-45 sayılı iddianamesinde, “Yakın akrabaları olan mağdurenin olay tarihinden bir hafta kadar önce tanınmayan kişilerce kaçırılması üzerine, sanıkların aralarında toplantı yaptıkları, bu toplantılara mağdurenin erkek kardeşi olan Ahmet Yavuz’u da çağırdıkları, geleneklerine göre kaçırılan mağdurenin öldürülmesine aile meclisi olarak karar verdikleri, bu kararı da infaz etmek üzere olay günü tüm sanıkların müştekinin konutuna zorla girdikleri, Bali Yavuz, Hasan Yavuz ve Şefik Yavuz’un, hamili buldukları bıçakları ile mağdu-

(11) Bkz. Örnek Olay 6.



re Müdrike'nin karın bölgesine sekiz kere vurarak Şanlıurfa Devlet Hastahanesinin 3642 sayılı geçici raporunda belirtildiği gibi hayati tehlike doğuracak biçimde öldürmeye kalkıştıkları..." belirtilecek cezalandırılmaları için kamu davası açılmıştır.

İddianame içeriğinde de görüldüğü üzere yoldan çıkan, kocası dışında başkaları ile rızası olsun veya olmaksızın cinsel ilişki kuran ya da hakkında böyle bir söylenti çıkan kadın, babası veya yakınları tarafından öldürülebilmektedir. Kadının ilişki kurduğu erkek de genellikle aynı sonu paylaşmaktadır.

**b. Silâh Taşıma Geleneği :** At, avrat, silah değişiminin de vurguladığı gibi kırsal kesim insanımız için silah taşımak bir gurur ve caka satma aracıdır. Kimi yörelerde namusla eşdeğerde tutulur.

Bunun yanında silâh taşımak, temelinde bu insanlar için güvenliklerini bireysel olarak sağlama amacına dayanmaktadır (12).

Doğal olarak kişilerin yanında her an hazır bir silâhının bulunması, en küçük olaylarda ani kızgınlıklarla adam öldürmelere yol açabilmektedir.

## **B. ÖLDÜRMELEERDE SÜREKLİLİĞİ SAĞLAYAN NEDENLER**

İlk öldürmenin nedenlerinin herhangi bir adam öldürme suçunun nedenlerinden farklı olmadığını söylemiştik. Ancak ilk öldür-

(12) Örneğin, "Diğer Baykul, Kaymakam vekili olarak bulunduğu Ardeşen'de bir yıl içinde yapılan genel silah aramasında ruhsatsız silah taşıyan 11 kişiden 9'unun hasım sahibi oldukları, bir aile ile kan davasından ötürü araları bozuk olduğu için taşıdıklarını savunduklarını söylüyor (Bkz: Mahmut Tezcan, *age.*, s. 33).



menin yarattığı kıvılcım uygun koşulların olması halinde karşılıklı, zincirleme öldürmelere yol açmakta ve bu yangın taraflar güçsüz kalıncaya dek sürmektedir.

İlk öldürmeyi kan gütmeye dönüştüren, yani kişiyi ölç almaya iten ve sürekliliği sağlayan çeşitli nedenler vardır ve bunlar aslında bir bütünün parçalarıdır. Konunun anlaşılabilmesi parçaların ayrı ayrı ele alınmasıyla olanaklıdır.

Aristo'nun "toplumsal bir hayvan" olarak tanımladığı insan, içinde yaşadığı toplumun kural ve değerleri ile bağlıdır. Toplum ne kadar kapalı ve tutucu ise birey için bu değerlere uyma esnekliği o kadar az olacaktır. Birey, kişisel güvenlik ve gereksinimlerinin sağlandığı topluma, kendine ait özellikleri olan farklı bir kişi olarak değil, herhangi bir insan olarak bağımlıdır. Bu noktada toplumun değerleri bir ideoloji haline gelmiş ve totaliter bir yapıya bürünmüştür. Artık birey bu değer yargılarını eleştiremeyecek ve yargılamayacaktır. Böylece toplum içinde tek başına bir değeri, özelliği olduğu bilincinde olmayan ve yaşamından kendisinin sorumlu olduğunu algılamayan kişi, başkalarının yaşama hakkına da saygı göstermeyecektir.

Bu genel açıklamanın ardından, derlediğimiz örnek olaylardan da yararlanarak öldürmelerde sürekliliği sağlayan başlıca nedenler ele alınacaktır.

**1. Ekonomik Boyut :** Kan gütmenin yoğun olarak rastlandığı bölgelerde feodal üretim biçimi ve toplum yapısı henüz çözülmemiş, endüstrileşme süreci henüz başlamamıştır. Ataerkil aile düzeni içinde toprak tüm ailece işletilmektedir. Örnek olaylarda görüştüğümüz hükümlüler de evli veya bekâr olsunlar, kardeşleriyle birlikte baba evinde kaldıklarını ve kararların aile büyüklerince verildiğini söylemişlerdir.



Yukarıda kan gütmenin kökenleri başlığı altında değinildiği üzere, klândan feodal topluma geçişle birlikte, ileri bir aşama olarak kan gütmede kişisel sorumluluk ve diyet ortaya çıkmıştır. Öte yandan, toprağın ailece işletilmesi ise nimet ve külfetin tüm üyeler tarafından paylaşılması sonucunu, dolayısıyla da kuvvetli dayanışma duygusunu doğurmuştur.

**2. Psikolojik Boyut :** İnsanların kaderinin ekonomik yönden birbirlerine bağılılığı psikolojik olarak da, ben yerine biz duygusu- nu egemen kılmakta, böylece aile bireylerinden birine yönelik bir tehlike tüm aileye, aşirete yönelik olarak değerlendirilmektedir.

Ben duygusununa ulaşamamış, yani kişi olamamış bu insanların tepkisi de yine kollektif olmakta, saldırı ile bağlantısı olup olmadığına bakılmaksızın hasım aileden olmak, tepki göstermek için yeterli sayılmaktadır. Örnek olaylarda da görüldüğü üzere karşı tarafa en çok acıyı vermek için en sevilen ve becerikli olan kişiler hedef seçilmektedir.

Ayrıca ilk öldürme karşılıklı olarak zincirleme öldürmelere yol açtıktan sonra, sürekli öldürülme korkusu içinde yaşayan bireyler, kendilerini öldürmelerinden endişe ettikleri kişileri onlardan önce davranıp öldürme yoluna da gitmektedirler.

**3. Sosyolojik Boyut :** Olayın biz ve onlar şeklinde algılanıp, kollektif olarak değerlendirilmesinin yanısıra çevrenin bireyi kan gütmesi için özendirilmesi, daha ötesinde öcünü almayan kişiyi hor görmesi, onursuz sayıp aşağılaması kan gütmeyle alevlendiren nedenlerin başında gelir (13).

---

(13) Bkz. Örnek Olay 3 ve Örnek Olay 4.



Örnek olay 4'te Selami'nin söylediği gibi herhangi bir tartışma sırasında veya haksız bir harekete direnen gence, öncelikle, öldürülen yakınının öcünü alması söylenir. Zaten babası ya da yakını öldürülen birey, çocukluğundan itibaren aile üyelerince, özellikle de kadınlarca öç alması için baskı altında tutulmaktadır. Bu amaçla öldürülmüş olan kişinin kanlı elbiseleri saklanmakta (14), çocuğa zaman zaman gösterilmekte ve babasının intikamını alabilecek -o, önemli kişi- olduğu duyusunu verilmektedir.

Bireyin çevresi yalnızca ailesi ile sınırlı kalmamakta bölgede etnik, dinsel, siyasi etkinlik gösterme ya da var olan etkinliklerini sürdürmek için kan gütme geleneğini canlı tutmaya çalışan şih, ağa, muhtar ve aşiret reislerinin oluşturduğu "büyükler" de bu çevreyi genişletmektedir. Çünkü bu kişiler halkın birbirine düşmesinden egemenliklerini pekiştirebilmek, sürdürebilmek, bundan ekonomik yarar ve toplumsal, siyasal itibar sağlamak için yararlanmaktadırlar (15).

Bu olgu, 1986 yılında Şanlıurfa da düzenlenmiş olan GAP Sempozyumunda, Harran yöresinin sosyal yapısının tartışıldığı bölümde de şöyle dile getirilmiştir :

"Böylece özellikle Şanlıurfa-Harran Ovasında halkın yaşama tarzı ayrı bir özellik göstermektedir. Bölge toplumlarında göze çarpan en önemli sosyal davranış, halkın gruplar halinde liderlerin sorumluluğu altında toplanması ve pederşahi aile sisteminin devam etmekte olmasıdır. Bu yaşama biçimi yerleşme desenine de yansımış ve kom-mezra gibi köy-altı yerleşme biçimlerini doğurmuştur" (16).

(14) Bkz. Örnek Olay 2.

(15) Bkz. Örnek Olay 5 ve 6.

(16) Güneydoğu Anadolu Projesi Tarımsal Kalkınma Sempozyumu, Ankara, 1986, s. 7.





Doğaldır ki bu toplumsal yapı kan gütmünün filizlenmesi, gide-rek serpilmesi için gerekli koşulları taşımaktadır.

**4. Siyasi Otoritenin Yetersizliği :** İlkel toplumda kan gütmeyi doğuran ve gelenekleştiren ana neden, farklı klânlardakilerin birbirini öldürmesi halinde sorunu çözecek yani adaleti sağlayacak bir üstün otoritenin olmayışıdır. Merkezi yönetimin doğması ve güçlenmesi de, bu geleneğin kökleşmiş olması halinde kökünü kazımaya yetmemiş ve otorite boşluğu ya da bu otoritenin güçsüz ve adil olamaması durumlarında ayrıca kan gütmeyi körükleyen bir neden olmuştur.

Yapılan Araştırmalar toplumda siyasal otoriteyi kontrol eden güç ne derece zayıf olursa, kan gütmelerin de o oranda sürüp gittiği ve bitirilmesinin aynı oranda güç olduğunu göstermektedir (17). Böyle durumlarda zarar gören kişi devletin yerine geçmekte ve sorumlu tuttuğu kişiye karşı kendisi yaptırım uygulamaktadır (18).

**5. Adaletin Yerine Getirilmediği İnancı :** Siyasal otoritenin yetersizliği ile adaletin kötürüm işlemesi ya da yerine getirilmemesi birbirleriyle sıkça bağlantılıdır. “Geç gelen adalet, adalet değildir.” deyişi kan gütmeler için özellikle geçerlidir. Çünkü bireyin bir yakını öldüren kişinin yakalanmadığını, cezalandırılmadığını ve elini kolunu sallaya gezdiğini görmesi öç duygularını kabartacaktır.

Busouet'nin de değindiği gibi, “Kötü idarenin sonucu olan zayıf adalet; ve nihayet buna bağlı olarak devletin tamamen veya kısmen fonksiyonlarını icra edememesi dolayısıyla üyelerinin koruy-

(17) Sulhi Dönmezer : **Kan Davaları Seminer Çalışması**, Ankara, 1974 s. 7.

(18) Bkz. Örnek Olay 7. (Bucaklar Olayı).



cusu sıfatıyla varlığını devam ettiren klân teşkilatı, kan gütmenin temel sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır“ (19).

Sıkça çıkarılan af yasaları da toplumda adaletin yerini bulmadığı inancını doğurmakta, ölenin yakınlarının öç duygularını kabartmaktadır (20).

**6. Çevre ve Kişilik Yapısı İlişkisi :** Çevre, genetik özelliklerle birlikte insan karakterini belirleyen iki temel öğeden biridir. Gözlemler sert doğa ve çevre koşullarıyla, kıt kaynaklara sahip yörelerde yaşayan insanların, görece daha katı, sert ve acımasız olduğunu göstermektedir. Kuşkusuz bu sav tam bir genelleme değildir. Coğrafi konumdan, doğa koşullarından etkilenme derecesi kişinin eğitim ve kültür yapısına göre farklılıklar göstermektedir. Ancak Şanlıurfa Ağır Ceza Mahkemelerindeki adam öldürme ve yaralama davaları nedeniyle edindiğim izlenim, yöre insanının en küçük anlaşmazlıklarda bile sorununu silâha sarılarak çözme yolunu seçtiği, silâhı yoksa yakınındaki en etkili araçla, taş, sopa kullanarak karşısındakinin başı gibi öldürücü bölgelerini hedef alarak öldürmeye kalkıştığı yolundadır.

Nitekim, örnek olaylar sonunda yer alan tabloda görüldüğü üzere Şanlıurfa cezaevinde adam öldürme ve yaralama suçlarından hapisteler olanların sayıca çokluğu da bu görüşü desteklemektedir.

(19) Busouet'ten aktaran S. Keyman, *age.*, s. 381.

(20) Bkz. Örnek Olay 3.



## GÜNEYDOĞU ANADOLU BÖLGESİ VE ÖZELDE ŞANLIURFA'NIN SOSYO-EKONOMİK YAPISINA BİR BAKIŞ

### A. GENEL OLARAK

Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nin 1985 yılı sayımına göre nüfusu dörtbuçukmilyondur. Bu nüfusun yüzde elli ikisi kentlerde, yüzde kırk sezikizi ise kırsal kesimde yaşamaktadır. Yıllık nüfus artış oranı yüzde üçtür. Bu artış hızı Türkiye ortalamasından yüksektir. Bunda sağlık sorununun kısmen çözülmesi, aile plânlamasının uygulanamayışı ve benzeri etkenlerin yanında tarlada çalışacak işgücülle ve "Vurulmayılan bitmeyecen!" deyişinde de vurgulandığı üzere, gerektiğinde kan güdebilecek kişilere olan gereksinimin payı büyüktür. Ayrıca sayıca çok olmak, aşireti güçlü kılmanın ve yöresel etkinliği sağlamanın da baş koşuludur.

Bölgede okuryazar oranı erkeklerde yüzde altmış, kadınlarda yüzde otuz olup kırsal kesimde bu oranlar çok aşağılara düşmektedir. Örneğin Harran'da okuma yazma bilmek bir yana, doğru dürüst Türkçe dahi konuşulamamaktadır.

Bölgede aile, aşiret ilişkisi çok güçlüdür. Topraklar aşiret reislerine aittir. Ekonomi tarıma dayalıdır. Ancak Arap ülkelerinden ve kısmen de Kıbrıs üzerinden yapılan kaçak eşya ticareti ekonomiyi canlı tutmaktadır. Harran'da halen makinalı, ancak susuz tarım yapılmakta ve çoklukla buğday, mercimek ekilmektedir. Genellikle küçük baş hayvan (koyun, keçi) yetiştirilmekte, bu da mera besiciliği şeklinde yapılmaktadır.

Ceylanpınar'daki devlete ait tarım işletmesine karşın, ahır, ağıl besiciliği ve modern tarımdan köylünün hemen hiç haberi yoktur.



Kooperaritif ve birlik şeklindeki örgütlenmenin de hemen hemen hiç bir örneği görülmemektedir.

Bölgede köy-altı yerleşme birimi olan kom ve mezraların sayısının kabarıklığı hizmetlerin yetiştirilmesine engel olduğu gibi, toplumsal yapıdaki parçalanmışlığın ve düzensizliğin de göstergesidir.

Evlerde yapı malzemesi olarak kerpiç kullanılır. Hasımlarının ev içerisini görmelerini önlemek amacıyla köylerde evlerin pencerelelerinin küçük yapıldığı ev sahipleri tarafından söylenmektedir.

Yörenin o ünlü sarı sığağı, eklenen susuzlukla yazları çekilmez boyuttadır. Harran'ın çatlamış toprakları büyük bir özlemle Fırat'ın serin sularını beklemektedir (21).

## B. AĞALIK KURUMU VE AŞİRET İLİŞKİLERİ

Bölgenin kendine özgü feodal yapısı ağalık kurumu ve aşiret ilişkilerinde adete simgelenmiştir. “Urfa ve dolaylarında köylerin çoğu ağa mülkiyetindedir. Köyde oturanlar ise, ağanın ya ortakçısı veya işçisi durumundadırlar. Ağa, maiyetindekileri salt tarım işlerinde çalıştırmaz. Onlardan, diğer sahalara yönelmiş arzularında da yararlanır. Ağanın sadık adamları, onun en kuvvetli yanı sayılır. Bunlar Ağaya her bakımdan hizmeti gaye edinmişlerdir.

Aşiretler arası bir mücadelede, faraza kan gütmede, bunlar adeta ağanın eli, kolu durumundadırlar” (22).

---

(21) Bu değerlendirmeler GAP'ın uygulanmasından önce 1986 yılında yapılmıştır.

(22) İ. Halil Nimetoğlu: **Kan Davaları**, Urfa, Haziran 1969, Basılmamış Materyal, **Urfa Maiyet Memurluğu Kaymakamlık Tezi**, s. 10.



Kuşkusuz, köylülerin ekonomik ve toplumsal açıdan ağaya duydukları gereksinim bu bağımlılığın ana nedenidir.

“Aşiretler şeklinde gruplaşma çok zaman akrabalığa dayanır. Bir aşiretin mensupları birbirleriyle akrabadırlar. Ağalıkta ise böyle bir akrabalık bağı şart değildir. Aşiret bağının temelinde mistik nedenler yatar. Çok zaman aşiret reisi olan şahıs şeyh durumundadır. (Bugün başka bir şeyh yoksa bile, eskiden var idi.) Şeyh olan, mükemmel bir hayat yaşar. (Şeyhin ağadan ayrılan yönü, dini cephesinin oluşudur.) Her yıl kendisine akın akın ziyaretçiler gelir, gider. Bunlar tabii şeyhin yanına boş gelmezler. Gelenlerin çoğu, dertlerine deva bulmak için gelmişlerdir. Ya çocukları saradır ya deli olmuştur yahut da aileden birine felç inmiştir. Şeyh bunları tedavi (!) etmeye çalışır. Ya bir bardak suya bir şeyler okur, bu sudan bir yudum alır yutmadan tükürüğü ile bardağa akıtır ve sonra hastaya içirir veya felçli ise, o kısma bir şeyler yazıp ovalar. Hasta sahipleri şeyhi donatırlar ve hastalarının iyileşeceği günü beklerler.

Ağanın bu şekilde bir mistik yönü yoktur. Büyük toprak sahibi ne olursa olsun ağa sayılır. Ağa, çok zaman, çarşıda-pazarda arkasında fedaileri olduğu halde dolaşır. Bunların hepsi silâhli kişilerdir. Cadde ortasında karşılıklı kavgalar (silâhli, silâhsız) olağan şeylerdendir” (23).

Görüldüğü gibi bugünkü ağalık kurumu ve aşiret ilişkileri ortaçağın derebeylik kurumunun bir uzantısıdır.

---

(23) İ. Halil Nimetoğlu, *age.*, s. 11.



## ÖRNEK OLAYLAR

1. Anlatan, **Mehmet ASLAN** : 1962 doğumlu, Suruç ilçesi Karataş köyünden, çiftçilik yapar, ilkokulu bitirmiş, bekâr, dört kız ve altı erkek kardeşiyle birlikte oturur, halen Şanlıurfa Cezaevi'nde hükümlü.

1975 yılında Mehmet'in amcasının oğlu olan Müslüm Aslan'ın tarla sürmesine, bu yerin köy merası olduğu gerekçesiyle muhtar Müslüm Şahin engel olunca, yanlar arasında çıkan kavgada muhtar Müslüm ölür. Bu olaydan ötürü Mehmet Güli Aslan, Cuma Yüksel ve Reşat Aslan yargılanıp ceza alırlar.

İlk olaydan sonra barıştırmak için köyün ve çevrenin ileri gelenleri olan İbrahim Aslan, Şeyh Salih, Şih Abdi v.s. araya girerler. Ancak barışma olmaz. Bunun üzerine Mehmet Aslan'ın ailesi köyü terk edip Osmaniye'ye göç eder. İki yıl sonra barış için tekrar köye geldiklerinde muhtarın ailesi barışa yine yanışmaz. Kan parası ödeme önerilerini de reddederler.

1979 yılında Mahkemece ilk olayın keşfi yapılırken Mehmetin babası Süleyman ile amca oğlu Müslüm Keskin keşif heyetinin gözü önünde öldürülürler. Aslan ailesi tarlalarını ve fıstıklıklarını satarak tümü ile Osmaniye'ye dönerler. Orada Lokantacılık yaparak geçimlerini sürdürürler.

Keşif sırasında işlenen öldürmelerin duruşmaları sürerken 1980 yılında Şanlıurfa Adliyesinin arkasında Mehmet'in kardeşi Ramazan, Abdullah Şahin'i öldürür. Abdullah ilk olayda öldürülen muhtarın kardeşi ve Mehmet'in söylediğine göre Şahin ailesinin önde gelen kişisidir. Yine Mehmet'in iddiasına göre Abdullah ölmeden önce, Aslan ailesinin büyüğü ve sözü geçeni olduğu için Ramazan'ın yerine Mehmet'in adını verir. Bunun üzerine Ramazan bir gün tutuklu kaldıktan sonra salıverilir ve Mehmet ceza alır.



Mehmet, babasının ölümünden sonra annesinin kan gütmeye karşı olduğunu söylüyor. Fakat amcaları, “Bu işi yapacaksın, babanın kanını temizleyeceksin, yapmazsan biz yaparız.” diyerek Mehmet’i teşvik ederler. Mehmet’in dokuz tane amcası vardır. “Amcalarım teşvik etmeselerdi, belki Osmaniye’den gelmez ve kan gütmezdik” diyor. Ve muhtarın öldürülmesinden sonra karşı ailenin gözüne görünmemek için yeniden Osmaniye’ye taşındıklarını, 1978 yılında kan parası olarak 500.000 TL. vermek istediklerini, hasımlarının kabul etmediğini söylüyor.

Mehmet ilk olaydan sonra ölen muhtar Müslüm’ün kanlı elbiselerinin kadınlarca saklandığını duymuş. Keşif sırasında da Mehmetin babasını kadınlar Kürtçe küfürlerle sanıklara hedef göstermişler.

Şimdi cezaevinde babasını öldürenlerle zaman zaman karşılaşıyorlar. Aralarında bir tartışma çıkmamış ama hiç konuşmamışlar da. Mehmet’e göre olay küllenmiş, “kan davasının sonu yok” diyor.

2. Anlatan, **Mahmut ÇELİK (KIRMIZI)** : 1957 doğumlu, Bozova İlçesinden, çiftçilik yapar, ilkokulu bitirmiş, babaevinde dokuz kardeşi ile birlikte oturur, evli, çocuksuz, halen Şanlıurfa Cezaevi’nde hükümlü.

İlk olay 1975 yılında arazi anlaşmazlığı nedeniyle çıkıyor. Arazi keşfi yapılırken Mahmut’un babasını, akrabaları olan Mehmet Çelik ve Halil Çelik vuruyorlar.

Mahmut Çelik’in ailesi bu olaydan sonra soyadlarını değiştirip Kırmızı soyadını alıyor. Bu sırada Mahmut’un ailesi, babalarının öcünü almadıkları için köyde hor görülüyorlar. Mahmut, “dügüne gitsek, bak keyif yapıyorlar diye bizi kınıyorlardı” diyor.



Mahmut'un babası ailenin ileri gelen kişisi imiş. Bu olaydan sonra Mahmut'un ailesinden herkes karşı aileden herhangi birini ama öncelikle o ailede sözü geçen Hasan Çelik'i vurmak istiyorlar. Ancak Mahmut'un amca oğullarından Eyyüp Demir, Mahmut'un babasını vuranlardan Halil Çelik'in küçüğü Mehmet Çelik'i tabanca ile Urfa'nın Haşimiye meydanında yaralıyor.

Aile de Mahmut büyük çocuk. Ailenin geçiminden o sorumlu. Ancak o sırada sağ olan dedesi, Mahmut'u babasının intikamını alması için kışkırtıyor. Ona "sen gavatsın, babanın kanını almıyorsun" diyor ve küçük amcasını, dedesi, intikam için Urfa'ya gönderiyor. 1977 yılında köylülerin uğrak yeri ve kalabalık bir yer olan Haşimiye Meydanında Mahmut'un küçük amcası olan Halil, karşı taraftan Reşit Çelik'i vuruyor. Ve Mahmut'un anlatımına göre dedesinin öğrettiği biçimde ateş ederken, "Ben Mahmut'um. Babamın kanını yerde komam" diye haykırıyor. Bunun üzerine Mahmut yakalanıyor. Amcası Halil firar ediyor. Yargılama sonunda Halil, Mahmut'a yardımdan hapis cezası alıyor. Mahmut ise asıl fail olarak müebbet hapis cezası alıyor. Bu olaydan sonra ailenin tümü Mersin'e göçmüş. Olayda kadınların teşviki olmamış.

3. Anlatan, **Mehmet AÇIKGÖZ** : 1956 doğumlu, Bozova İlçesi Cingali köyünden, manifaturacılık yapar, ilkokul mezunu, kardeşleri ile birlikte oturur, evli, bir çocuklu, halen Şanlıurfa Cezaevi'nde hükümlü.

Mehmet ilk olayın ne zaman ve nasıl olduğunu bilmiyor. "Dedelerimden beri olay sürüyor." diyor. Kavgalar ve karşılıklı yaralamalar sürerken 1972 yılında Mehmet'in Ağabeyi Müslüm Açıkgöz av tüfeğiyle vurularak öldürüyor. Üç kişi ceza alıyorsa da 1974 yılında çıkan aflla hapisten salıveriliyorlar. Bu sırada iki taraf da köyden ayrılıyor. Mehmet'in tarafı Bozova'ya, karşı taraf ise Suruç'a taşınıyor. Babası ve diğer aile büyükleri Mehmet'i intikam al-





ması için teşvik ediyorlar. Bu sırada iki tarafta köydeki araziye sahip çıkmak istiyor.

Bir gün Şanlıurfa Haşimiye Meydanında Mehmet, karşı taraftan Ramazan Coşkun'la karşılaşır. Ramazan bıçak çekip küfür ederek Mehmet'in üzerine gelirken, Mehmet, dört beş kurşunla Ramazan'ı vuruyor. Olaydan sonra karşı taraf Mehmetlerden beş kişiyi suçluyor. Ancak yargılama sonunda yalnız Mehmet ceza alıyor. Mehmet, çevrenin sürekli olarak, ağabeyinin öldürüldüğünü yüzüne vurduğunu söylüyor. İki tarafta köyden ayrıldığı için birbirlerini görmüyorlar. Olay şimdilik kapanmış. Toprak reformu sırasında da arazi sorunu çözümlenmiş. Mehmet, "bizden taraf olay yapmayacak" diyor.

4. Anlatan, **Selami SEZGİN** : 1965 doğumlu, Diyarbakır Çüngüş ilçesinden, çiftçilik yapar, ilkokul mezunu, üç kardeşiyle birlikte babaevinde oturur, bekâr, halen Şanlıurfa Cezaevi'nde hükümlü.

İlk olay çocukların okulda kavga etmelerinden dolayı 1985 yılında çıkar. Selami'nin küçük kardeşi Özalp'lerin küçük çocuklarıyla kavga eder. Olayın ardından geceleyin İlçedeki hastaneye yetişmek için yola çıkan Selami'nin babası, Muharrem Özalp tarafından öldürülür. Özalp'ler ve Zengin'ler komşudurlar. Muharrem tutuklu iken, oğlu Burhan tabancayı beline takarak dam üzerlerinde gezinir. Selami'nin deyimiyle, "fiyaka yapar" Selami bunu içine sindiremez. Zaten çevresi de Selami'yi babasının öcünü alması için kışkırtmaktadır.

Selami av tüfeğini alarak dağa çıkar. Dağda, Muharrem'in oğlu Burhan'la karşılaşır. Burhan'da tabanca olmasına karşın ateş edemeden Selami üç atışla onu vurup öldürür. Ardından Çüngüş'e gidip Savcılığa teslim olur. Yaş küçüklüğünden yararlanarak sonuçta 16 yıl sekiz ay hapisle cezalandırılır.



Çevrenin teşviki ile ilgili sorumuza yanıt olarak, Selami; “Bir komşumuzla tartışmıştım, küfürleştik, bana, “git babanın intikamını al, ondan sonra karşıma çık, dedi” diyor.

5. Anlatan, **İzzettin TAŞ** : 1951 doğumlu, Şanlıurfa Akziyaret nahiyesi, Büyüksalkım köyünden evli ve beş çocuklu, çiftilik yapar, ilkokulu cezaevinde bitirmiş, sekiz kardeşi ile birlikte oturur, halen Şanlıurfa Cezaevinde hükümlü.

Köylerinde Taşlar ve Doğanlar olmak üzere iki kabile, 1976 yılındaki toprak reformu çalışmaları sırasında yapılan kadastro işlemlerinde arazinin pay edilmesi yüzünden çatışır. Her iki tarafta verimli olan belli bir toprak parçasını elde etmek istemektedirler. Çıkan kavgada Doğanlar’ın kabilesinden yaralananlar olur. Bunun üzerine İzzettin’in babası köyü terk ederek Anzılha köyüne taşınır. Daha sonra iki taraf barışır. Doğanlar, Taşlar’ın köye gelmelerini isterler. Ancak bu sırada araziye Taşlar’dan İzzettin’in amcası Sinan’a kiraya veren ve yörede büyük etkinlikleri olan Badıllılar bu araziye geri almak için fırsattan yararlanıp tazyikte bulunurlar. Tartışmalar, araya girmeler sonuç vermez. İlyas ve Mehmet Badıllı bir benzinlikte kıstırdıkları Sinan Taş’ın kafasına kurşunları boşaltırlar. Hemen ardından Badıllılar barış isterlerse de, Taşlar artık kabul etmezler.

Şanlıurfa Merkezindeki Haşimiye Meydanında İlyas’ın amcası ve Badıllı’ların önde gelenlerinden olan Hacı Tahir Gin tabancayla vurularak öldürülür. İzzettin Taş bu olaydan müebbet hapis cezası, babası ve Emmisi ile oğulları olmak üzere toplam dört kişi daha İzzettin’e yardımdan sekiz yıl dörder ay hapis cezası alırlar.

Hacı Tahir’in öldürülmesinden hemen bir kaç saat sonra ise, bu kez Badıllı’lardan Bedih Gin ve İzzet Gin motosikletle Taş’ların köyüne baskın yaparlar. Olayda Mehmet Taş ile baskın yapanlar-



dan İzzet Gin ölür. İzzettin'in söylediğine göre olay sırasında köyde Taş'ların tarafından, ölen Mehmet'ten başka yetişkin erkek bulunmamaktadır.

Şimdi taraflar barışmamışlar. Ancak olay küllenmiş durumda. Barıştırmak için araya yörenin etkili ailelerinden Şihanlılar ve Necmettin Cevheri girmişse de Badıllılar, "Taşlar ne ki? Biz onlarla barış yapacağız! Sonra bize gülerler." demekteler. Çünkü Badıllılar 25 köye sahip geniş ve güçlü bir aşirettir.

6. Anlatan, **Halil ÇİFTÇİ** : 1954 doğumlu, Şanlıurfa Kabahaydar nahiyesine bağlı Dodaş köyünden, çiftçilik yapar, ilkokulu bitirmiş, evli, bir çocuklu, beş kardeş birlikte oturmaktalar, babası o küçükken ölmüş, halen Şanlıurfa Cezaevi'nde hükümlü.

Tarla sulama sırasında, suyu öncelikle kullanma yüzünden, 1973 yılında Halil'in ağabeyi Mehmet ile Kadir Polat kavga ederler. Bu kavgada Kadir'in burnu kırılır. Halil'in büyük ağabeyi olan İbrahim ikisini barıştırsa da, Kadir bunu içine sindiremez.

Kadir ve kardeşi Mehmet Polat plân kurup, Halil ve Mehmet Çiftçi kardeşleri pusuya düşürürler. Mehmet, av tüfeğiyle vurularak öldürülür. Halil ise Mehmet Polat tarafından başından yaralanır. Çevre barıştırmak için araya girer, ancak Halil'in ağabeyi İbrahim "Urfa toprağını üzerime tapu etseler dahi ben bağışlamam, kan'a kan isterim" der. Halil'in ağabeyi ve dayısı, bütün gençleri çağırıp, kanlarını almaya kimin gönüllü olduğunu sorarlar. Halil, "Bu iş yapılacaksa bana düşer, ben yaparım." der. Zaten annesi de "Oğlumun, Mehmet'imın kanını almazsan sütüm sana haram olsun" demiştir.

Mehmet Çiftçi'nin öldürülmesinden dolayı Kadir hapse girer. Öldürüleceğinden korkan Mehmet Polat da gizlice Adana'ya kaçar.



Bu sırada duruşmaları sürmektedir. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, davanın sonuçlanması için Mehmet'in duruşmaya gelmesini ister. Adanadan birisi, Mehmet Polat'ın Urfaya geleceği günü ve otobüsten ineceği yeri Halil'e bildirir. Gerçekten belirtilen günde Urfaya girişindeki Haleplibağçede otobüsten inen Mehmet Polat, Halil'i karşısında görünce kaçıp bir eve sığınır. Halil pencereden ateş edip kurşunları onun vücuduna boşaltır. Ardından kaçıp Mehmet'i vurduğunu ağabeyine bildirir. Muhtar olan ve Halil'i teşvik eden dayısı Hüseyin Yıldırım, Halil'in yaşı küçük olan yeğeni Şahin'i suçu üzerine alması için ikna eder. Ancak Jandarma tarafından sıkıştırılan Şahin, olayda "Emmim Halil de vardı." deyince yargılama sonunda Şahin beraat eder, Halil müebbet hapis cezası alır.

Halil Yıldırım ve Abdülrezzak Kaya adındaki ağalar, tarafları barıştırmak için 1978 yılında girişimde bulunurlar. Halil'in ağabeyi İbrahim'in, "Ben bilmem, Halil bilir, hapse giren o" demesi üzerine, cezaevi müdürünün katkısıyla Halil barışı kabul eder. Karşı taraf güçsüz olduğu için barışma teklifi gelmiş, hatta para vermek de istemişler. Halil, parayı kabul etmediğini söylüyor ve "Şimdiki aklım olsa yapmazdım. Evet, ilkokulu okudum ama ismimi yazmasını bilmezdim. Her şeyi burada öğrendim" diyor.

## 7. BUCAKLAR OLAYI (\*): Anlatan, Avukat **Mehmet TÜY-SÜZ**:

1970'li yıllarda kan davası denince akla ilk olarak Bucaklar gelmektedir. Bu büyük ve güçlü aşiret içindeki kan davası, çeşitli basın organlarında yer almış, Sayın Tezcan (24) ve sayın Nimetoğ-

(\*) *Güneydoğu Anadolu'nun en çok ilgi çeken ve en çok ölüme yolaçan bu büyük kan davası, yazar Osman Şahin tarafından "Fırafın Sirtındaki Kan, BUCAKLAR" adıyla 1995 yılında romanlaştırılmıştır.*

(24) Mahmut Tezcan, *age.*, s. 65-70.



lu da (25) Bucak ailesi içindeki kan davasına ayrıntılı olarak yer vermişlerdir.

Bucaklarla uzaktan akraba olması nedeniyle olayı ayrıntılarıyla bilen, kendisi de 1988 yılında aile içi anlaşmazlık sonucu öldürülen Şanhurfa Barosu Avukatlarından Mehmet Tüysüz bu konuda aşağıdaki bilgileri vermiştir :

“Diyarbakır’ın Hazro ilçesinden Siverek’in kuzey-batısında yer alan Bucak bölgesinde göç eden Hazro Beyleri, giderek bu bölgenin adı olan Bucaklar adıyla anılmaya başlanmışlardır.

Önceleri dağlık alanda geçimlerini hayvancılıkla sağlayan Bucaklar, giderek ekonomik açıdan güçlenince ovaya doğru inmeye başlamışlar ve ilk köyleri olan Hadro’nun ardında Söğütlü, Karaburç, Kalemli, Daralık, Anazo ve Kazo köylerinde yayılmışlardır. Kazo Bucaklarıyla diğer Hazro beylerinden olan Ramazan Ağa Bucakları arasında 1960’lı yıllara kadar ufak tefek bazı olaylar çıkmışsa da; 27 Mayıs 1960 tan sonra 55’ler diye adlandırılan grupla birlikte Mehmet Bucak ve yandaşlarının zorunlu iskâna tabi tutulmaları kanlı olaylara başlangıç olmuştur. Çünkü Mehmet Bucak ve yandaşları olan Abik Bucakları kendilerinin, Kazo Bucaklar-İhsan Bucak ve yandaşları tarafından bir komplo ile sürgüne gönderildikleri kanısındadırlar. Oysa İhsan Bucak bu sürgünde kendilerinin payı olmadığını ısrarla söylemektedir.

Ashında temel neden, Bucaklar arasındaki liderlik ve aşirete egemen olma arzusudur. Yoksa aralarında herhangi bir namus veya toprak sorunu yoktur. Çünkü yörenin en güçlü aşireti olan Bucakların lideri olmak o kişiye yörede çok büyük bir güç ve etkinlik sağlayacaktır.

---

(25) İ. Halil Nimetoğlu, *age.*, s. 16-20.



Ancak Abik Bucaklar, diğer araştırmalarda ileri sürüldüğü gibi Hazro kökenli değildirler. Aslında Abikler, Hazro beyleri gelmeden önce Siverek'in Bucak yöresinde yaşayan insanlardır. Fakat arada kız alışverişi yapıldığı için zamanla Ramazan Ağa-Mehmet Bucak tarafıyla akraba olup yakın ilişki kurmuşlardır. Ardından 1960 yılında sürgüne de birlikte gönderilince olaylarda hep Mehmet Bucak'ın yanında yer almışlardır.

İlk öldürme Kazolar'ın lideri İhsan Bucak ile Hacı Ali Bucak arasında çıkan kavgayla başlamış, bu olayda İhsan Bucak yaralanmış, Hacı Ali Bucak da ölmüştür. İhsan Bucak yasal savunmada bulunduğu gerekçesiyle yargılama sonunda beraat etmiştir. Ancak bundan sonra olaylar çorap söküşü gibi gelişmiş, İhsan Bucak'ın kardeşleri Halil Bucak, Tahsin Bucak, oğlu Mehmet Bucak, yeğenleri Mustafa ve Ramazan Bucak ile amcazadeleri Mehmet ve Bozan Bucak öldürülmüş; karşı taraftan ise, başta Abik Bucaklarından Avukat Faik Bucak, kardeşi İbrahim Bucak, babası Hasan Bucak başta olmak üzere toplam 23 kişi öldürülmüştür.

1970 yılına doğru yerel ve kamusal yöneticilerin çabalarıyla bir kaç kez yapıp bozulan barışın sağlandığı görülmektedir. Gerçekte iki tarafta olayda büyük yıkımlara uğramış olmasına karşın, barıştan sonra ekonomik yönde büyük aşamalar katetmişlerdir. Barışın 15 yılı aşkın bir süredir devam etmesinde kuşkusuz en büyük etken, bir olay başladığı zaman sürdürüleceği, çocukların basızsız kalacağı 5-10 yıl devam edeceği düşüncesidir.

Hacı Ali Bucak'ların-Hakkı Bucak- 1979 yılında PKK örgütüyle giriştikleri çatışma, yöredeki etkinliklerini çok daha fazla arttırmalarına yol açmıştır.

Şu sıralarda Hacı Ali Bucak'ların reisi olan Hakkı Bucak'ın liderliği altındaki Bucaklar, etkinliklerini Siverek'ten sonra Hilvan ve Viranşehir ilçelerine de taşımışlardır”.



8. Anlatan, **Mustafa İPEK** : 1959 doğumlu, Suruç, Tekçalı köyünden, çiftçilik yapar, bekâr, beş kardeş, evliler de dahil olmak üzere hep birlikte baba evinde kalırlar, halen Şanlıurfa Cezaevi'nde hükümlü.

Mustafa'nın ağabeysinin, bacanağının emmi oğulları birbirleriyle kavga ederken, Mustafa'nın ağabeyi Kadir İpek ayırmak için araya girer. Ayırırken Celal Aslan tarafından vurulur. Yaralı bir iki saat kadar yerde kalır. Sonra bacanağı tarafından hastahaneye kaldırılırsa da, kurtarılamayarak ölür. Mustafa, ağabeyinin ölümüne hastanede tanık olur. Bu olay 1977 yılında gerçekleşmiştir.

Olayın görgü tanığı olan ağabeyinin bacanağı Mahmut Aslan mahkemeye gelmez. Çünkü Mahmut'un emmisi Şiho, onun oğlu aleyhinde tanıklık yapmaması için baskı yapar. Mustafa'ların yakın izlemesi sonucu mahkemeye getirilen Mahmut; duruşmada, olayı görmediğini söyler. Mustafa, "buna çok kızdık o an, onu vurmak istedik, o, can güvenliğinin sağlanmasını mahkemeden istedi ve evine jandarma ile gitti" diyor. Mustafa, ağabeyinin Kuveyt'e gideceği için üzerinde çok miktarda mark bulunduğunu, ancak cesedinden 375 kuruşun çıktığının bildirildiğini söylüyor. Yargılama sonunda Celal Aslan 20 yıl hapis cezası almış.

Bir gün Suruç'un Hatmana köyüne Mahmut ve Celal'in emmi oğulları olan Nebi gelmiş. Köylülerden birisi Mustafa'nın dayısına, Nebi'nin geldiği haberini vermiş. Mustafanın amcası Ali ve Mustafa birlikte Hatmana'ya gitmişler. Gitmeseler, köylülerin onları kınayacağını söylüyor. At arabasıyla gelmekte olan Nebi ile Mustafa'nın amcası Ali'nin karşılıklı ateşleri sırasında Mustafa yaralanır, amcası Ali ile Nebi olay yerinde ölürlər. Bu olay 1978 yılında gerçekleşir ve Mustafa yargılama sonunda müebbet hapis cezası alır.



Olaylar devam eder mi sorusuna “belli etmez, bizden iki ölü var. Ben de ağır yara aldım” diye yanıt vermekte Mustafa. Olayın üzerinden 9 yıl geçmesine karşın, hâlâ sinirli ve stresli.

9. Anlatan, **Celal OYMAK**: 1947 doğumlu, Bozova ilçesinden, çiftçilikle geçinir, ilkokulu cezaevinde bitirmiş, yedi kardeşi ile birlikte oturur, evli (cezaevinden kaçtıktan sonra imam nikahlı olarak evlenmiş), beş çocuklu, halen Şanlıurfa Cezaevi’nde hükümlü.

İlk olayda, 1962 yılında çıkan köy kavgasında Celal’in amcası ve Annaanesi öldürülmüş. Kavga arazi anlaşmazlığı yüzünden çıkmış.

1966 yılında Celâl, tabanca ile karşı taraftan köyün ileri geleni olan Murat Şahin’i intikam almak için öldürmüştü. “Vurmazsam, köyde yaşayamazdım” diyor. Olaydan sonra Celâl’in ailesi köyü terk edip Adana’ya yerleşmişler. Bu olaydan sonra başkaca öldürme olayı olmamış. Celâl bu olaydan sonra bizim taraf çok ezildiği için, köyü, malı mülkü terk ettiği için, onlar vurmadılar” diyor. Fakat taraflar arasında barış da yapılmamış.

Celâl, Murat Şahin’i öldürdüğü için müebbet hapis cezasına çarptırılmış, cezası ayla 24 seneye inmiş. Bu arada firar ettiği için şimdi cezaevinde.

**Tablo 1 (\*):**

<u>Kişi</u>	<u>K.G.S. ile adam öldürme</u>	<u>Adam öldürme</u>	<u>Adam Öldürmeye Teşebbüs</u>	<u>Toplam</u>
Tutuklu	1	63	8	72
Hükümlü	13	188	32	233

(\*) 1987 yılı Ağustos ayı itibariyle, Şanlıurfa Cezaevi’nde kan gütmeye saikiyle ve diğer adam öldürme suçlarından tutuklu ve hükümlü olanları göstermektedir.





## KAN GÜTME EYLEMLERİ HAKKINDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

Kan gütme saiki ile adam öldürme eyleminin temelinde ilkel bir adalet anlayışı yatmaktadır. Ölenin yakınları, öçlerini kana karşı kan dökerek almakla, adaletin yerine getirdikleri sanısındadırlar.

İslam ceza hukukunda yerini bulan ve öldürmede ödeşme anlamına gelen **kıyas ilkesi**, kan gütmeyi bir sona bağlayarak düzenler. Bu anlamda kıyas, hukukça düzenlenmemiş kan gütmeden ileri bir aşamadır. Çünkü kıyasın uygulandığı tarafın yakınları için, bir karşı öldürme hakkı artık tanımamakta, böylece öldürmeler zinciri bir yerde kırılmış olmaktadır. Kıyasda alınan canın karşılığı can olmakla birlikte, ölenin en yakın akrabası, kıyas ya da diyet istemekte serbesttir. Bir ölüm ya da yaralama ile sonuçlanan suç işlendiğinde kıyas istenmediği ya da kıyasın mümkün olmadığı durumlarda mal olarak verilmesi gereken bedele **diyet** denir. Diyet, Osmanlı Kararnamelerinde çoğu kez "**kanlık**" olarak geçer (26).

Gerek şeriat hukukunun yürürlükte bulunduğu Osmanlı İmparatorluğu'nda, gerekse çağdaş hukuk anlayışının egemen olduğu Cumhuriyet döneminde kan gütmenin önlenmesi amacıyla hukuksal ve yönetsel önlemler alınmıştır.

---

(26) Coşkun Üçok: **Türk Hukuk Tarihi**, Ankara, 1976, s. 68.



Osmanlı döneminde alınan önlemlerin en ilginçlerinden birisi, Sultan Mehmet Reşat zamanında, özellikle Arnavutlukta aralarında kan davası bulunan aileleri barıştırmak amacıyla kurulan ve “**Musalâha-i dem**” adı verilen komisyonlardır. Bu komisyonlar gerekirse zor kullanarak tarafları bir araya getirmek ve başka illere de gönderebilmek gibi yetkilerle donatılmışlardır.

Musalâha-i dem komisyonları ile, yönetsel önlem amacını güden 3236 sayılı yasa arasında işlevsel açıdan bir yakınlık vardır. Tam adı “**Kan Gütme Sebebiyle İşlenen Adam Öldürme ve Buna Teşebbüs Cürümleri Faileri Hısımları Hakkında Tatbik Olunacak Muameleye Dair Kanun**” olan bu yasa, kan gütme eylemine karışan taraflar için serbest ve zorunlu olmak üzere iki çeşit nakil öngörmüştür.

Yasanın birinci maddesinde, “kan gütme sebebiyle adam öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden veya başkasını bu cürmü işlemeye azmettiren veya tahrik eyleyen kimsenin cürüm işlendiği zaman bir dam altında yaşayan usûl ve fûruları, kardeşleri ve karı veya kocasının ikâmetgâhlarının bulunduğu yerden başka bir yere nakil” edilecekleri düzenlenmiştir.

Yasanın ikinci maddesine göre ise, “faille bir dam altında yaşamasalar bile cürüm işlendiği zaman failin ikametgâhının bulunduğu köy veya kasaba veya şehir içinde ikamet eden birinci maddede yazılı hısımlardan ve amca, dayı, hala, teyze, yeğen, kaynana ve kaynatasından herhangi birinin de takdir edilecek lüzuma göre nakillerine karar verilebilecektir”.

Yasanın beşinci maddesi nakil kararını yargıya bırakmaktadır. Kararı, cumhuriyet savcılığı'nın istemi üzerine davayı gören ağır ceza Mahkemesi verecektir.



Yasa koyucunun bu yasayı çıkarırken, mağdur yanın, karşı tarafla sık sık karşılaşmasının yaratacağı derin üzüntü ve kızgınlığın kan gütmeyle alevlendireceği düşüncesinden yola çıktığı anlaşılmaktadır.

Saptadığımız örnek olayların bir çoğunda da bu düşüncenin doğrulandığı ve öldüren tarafın, karşı taraf güçlü ise mutlaka yöreyi terk ettiği görülmektedir (27).

3236 sayılı yasa doktrinde eleştirilere uğramıştır. Örneğin Gözübüyük, “Kan gütme konusundaki nakil tedbiri işlenen suçla veya müstakbel suç tehlikesi ile alâkalı olmayan kimseler hakkında tadbik edilmek suretiyle, emniyet tedbirlerinin istihdaf ettiği gaye ve maksattan tamamen uzaklaşmış hatta ters bir istikamete yönelmiş bulunmaktadır” demektedir (28).

Anayasa Mahkemesince 1. ve 2. maddeleri iptal edilen bu yasa, kişi hak ve özgürlüklerine ters düşmesi yanında, nakledilenlerin; kalan mal varlıkları ve gittikleri yerin koşullarına uyum sağlamalarının önemini dikkate almadığı için de eksiktir.

3236 sayılı yasanın, Anayasaya aykırılığını ileri süren Urfa 1. Ağır Ceza Mahkemesi, özet olarak; yasanın, Anayasanın cezaların şahsiliği prensibini düzenleyen 33 maddesine; bir ailenin bireylerinin ileride suç işleyeceklerini kabul etmek suretiyle cezalandırmakla, suçsuz ceza olamaz prensibine ve de yerleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur.

(27) Bkz. Örnek Olay 9, Örnek Olay 3.

(28) Abdullah Pulat Gözübüyük: **Kan Gütme Cürümleri**, Ankara, 1952, Sayfa 11.



Anayasa Mahkemesi 11. Ekim 1964 gün ve 330/15 sayılı kararı ile, 3236 sayılı yasanın birinci ve ikinci maddelerini; “3236 sayılı kanunla emniyet tedbirleri konulmasında hukuk kurallarına ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırılık yoksa da, kanunun birinci ve ikinci maddeleri, yer değiştirme tedbirinin suçlu veya ortakları hakkında değil, suçla bir ilgisi bulunmayan hısımları hakkında uygulanmasını öngörmekle ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibini zedelediğinden Anayasa’nın 33. Maddesine aykırı bulunmaktadır” gerekçesiyle ve ayrıca salgın hastalıkları önleme, kamu mallarını koruma, iktisadi ve tarımsal gelişmeyi gerçekleştirme amaçlarının ve milli güvenliği sağlama amacının da bulunmadığı düşünceleriyle de, Anayasa’nın 18 maddesinin ikinci fıkrasına da aykırı bulularak iptal etmiştir.

1982 Anayasası’nın yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, Anayasa yapıcı yerleşme ve seyahat özgürlüğünün suç işlenmesini önlemek amacıyla sınırlanabileceğini, dördüncü fıkrasında ise, bu sınırlamanın kanunla yapılabileceğini düzenleyerek yasa yapıcıya geniş hareket olanağı tanımıştır. Ancak 3236 sayılı yasanın iptalinden bu yana kan gütme konusunda yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

Son olarak yasa koyucunun kan gütme yasasının uygulanacağı yerleri belirlediği kararname, bu toplumsal yaranın süre geldiği yerleri göstermesi açısından aşağıda gösterilmiştir.



*11 Haziran 1937 tarihli kan gütme kanununun tatbik edileceği yerler hakkında kararname (29)*

- 1) Tunceli'nin Çemişkezek, Mazgirt, Pertek, Nazimiye, Ovacık ve Pülümur kazaları,
- 2) Elazığ merkeziyle, Maden ve Palu kazaları,
- 3) Siirt merkeziyle mülhakatı,
- 4) Artvin'in Hopa kazası,
- 5) Bingöl'ün Kiğı kazası,
- 6) Muş merkeziyle mülhakatı,
- 7) Bitlis merkezi ve mülhakatı,
- 8) Trabzon merkeziyle, Akçaabat ve Vakfikebir kazaları,
- 9) Diyarbakır merkez ve mülhakatı,
- 10) Mardin merkez ve mülhakatı,
- 11) Urfa merkez ve mülhakatı,
- 12) Osmaniye kazasıyla, İslahiye kazası,
- 13) Gaziantep merkez ve mülhakatı,
- 14) Malatya'nın Pötürge ve Akçadağ kazaları,
- 15) Rize merkeziyle Pazar kazası,
- 16) Bolu'nun Düzce kazası.

---

(29) Kararname No: 2/7719, Kabul Tarihi: 23 Kasım 1937.



## TÜRK CEZA YASASI AÇISINDAN KAN GÜTME SAİKİYLE ADAM ÖLDÜRME EYLEMLERİ

Türk Ceza Yasası'nın 450/10 maddesine göre "öldürmek fiili; Kan gütmeye saikiyle işlenirse; Fail, idam cezasına mahkûm edilir".

Türk Ceza Yasası'nın 1 Mart 1926 da kabulünden, 6123 sayılı yasanın kabulüne kadar ki sürede, kan gütmeye ile adam öldürülmesi halinde adiyen adam öldürme suçundan dolayı ceza verilmekte, eğer koşulları varsa taamüden adam öldürme (TCY 450/4 md.) uygulanmaktaydı.

1953 yılında kan gütmeye karşı daha etkin bir savaşım amacıyla 6123 sayılı yasayla 450. maddeye 10. bent eklenerek, "kan gütmeye saiki" adam öldürme suçunun bağımsız şiddet sebebi sayıldı. Bu yasanın gerekçesinde "memleketimizde vukuu fazlaşan katil suçlarının bu suretle ağır müeyyideler altına alınması suretiyle önlenmesi" amacı belirtilmiştir.

Bu bentte yalnızca failin saikine dayanan sübjektif bir şiddet sebebi düzenlenmiş, bunun yanında tanımlamanın önemi bölümünde de açıklandığı üzere, bir çok önemli soruna hiç değinilmemiştir. Bütün bu sorunlar mahkeme ve yargıtay kararlarıyla çözümlenmeye çalışıldığından, bundan sonraki açıklamalarda Yargıtay kararlarından yola çıkılacaktır. Ancak TCY. 450/10 maddesinde yalnızca kan gütmeye saikinin, yani faildeki kişisel ve psikolojik halin düzenlendiği unutulmamalıdır.

### A. KAN GÜTME VE TAAMMÜT İLİŞKİSİ

6123 Sayılı yasanın gerekçesinde, "Bu gibi fiillerin TCK. madde 450/4 nolu bendinin (taammüt) şumulüne dahil olduğuna şüphe yoksa da, tatbikatta taammüt keyfiyeti tesbit edilemediğinden bu bendin ilavesine zaruret hasıl olmuştur" denilmektedir. Prof. Faruk Erem de, "Kan davası içinde taammüt bulunmak gerekir. Fakat böyle anlaşılınca ayrıca kan davasının kanunda yer alması ne-



deni anlayılamamaktadır” (30) diyerek aynı gr paylamamaktadır.

Bu anlatımlardan kan gütme saikinın kabul için, taammdn varlığı zorunlu bir koulmu gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa geçerliliği olmakla birlikte bu gr her zaman doğru sonuç vermemektedir. nk kan gütme saiki, failde öncelikle bir görev bilinci oluturmakta ve yalnızca bir saik olarak kalabilmektedir. Taammdde ise, kastın yoğunluğu ve tasarlama söz konusudur. S. Keyman’a göre de, “taammdn artları bulunmasa dahi, kan gütme saikinın mevcudiyeti yeterlidir”. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.10.1981 gn, 1/282-155 sayılı kararında “kan gütme saikiyle, adam ldrme olaylarında taammdn olması art değildir. Maktuln arkadan yetiip sanığa sataması, kan gütme saikini ortadan kaldırmaz. Ayrıca olayımızda taammdn artları gereklememitir. Bu durum ancak taammd ortadan kaldırır” (31) denilerek konu tartıılıp açıklığa kavuturulmutur.

## B. YALNIZCA KAN GÜTME SAİKİYLE ADAM LDRLMESİ

Failin adam ldrmesinde kan gütme saiki en etkili neden olmalıdır. Bu temel zellik Yargıtay kararlarıyla istikrar kazanmıtır. Eylemin gerekletirilmesinde, kan gütmenin yanında ve ondan daha baskın bakaca bir iddet sebebi veya veya hafifletici sebep varsa, artık TCY. 450/10 maddesi uygulanamayacaktır. Burada yargıca den görev, failin psikolojisinde kan gütmenin gerçek-

(30) Faruk Erem - Nevzat Toroslu: **Trk Ceza Hukuku (zel Hkmler)** nc Bası, Ankara, 1978, s. 431.

(31) M. Muhtar ağlayan: **Trk Ceza Kanunu**, Yetkin Yayınları, Cilt 3, s. 886.



ten etkili olan saik olup olmadığını değerlendirmektir. Yoksa örnek olay 4 de Selami'nin anlattığı gibi, hasım tarafın “dama çıkıp fiyaka yapması” gibi nedenler faildeki kan gütme saikinin varlığını yadsımaya yeterli olmamalıdır.

Ceza Genel Kurulunun, kan gütme taammüt ilişkisi konusunda yukarıda değindiğimiz kararında “...adam öldürme başka bir sebeple işlenmiş ise; kan gütme bahis konusu olamaz. Gerçekte, kan gütme saikiyle öldürmek demek, filin yalnız ve sadece kan gütme, intikam alma, görevini yerine getirme maksadıyla işlenmesi demektir. Sanığın yalnızca böyle bir saikin etkisiyle suç işlediği belirlenemediği gibi, haksız ve ağır bir tahrikin etkisiyle suç işlediği anlaşılan sanığın, meşru müdafaa şartları altında bu suçu işlediği yolundaki savunmalarının yerinde olup olmadığının tesbitine esas olmak üzere...” denilerek aynı görüş paylaşılmıştır.

Bu görüşün süreç içinde Yargıtay 1. Ceza Dairesince kararlılıkla uygulandığı, dairenin çok yeni bir kararındaki “...Öldürme fiilinin münhasıran öç ve intikam almak maksadı ile kan gütme saiki ile işlendiğinin delili bulunmadığı anlaşıldığından...” biçimindeki anlatımdan anlaşılmaktadır (32).

### C. KAN GÜTMEDE AKRABALIK BAĞI İLİŞKİSİ

TCY. 450/10 maddesinde yalnızca failin psikolojisine ilişkin sübjektif bir hal olan kan gütme saiki yer aldığına göre, objektif bir hal olan kan hısımlığı veya akrabalık bağı mutlaka aranmalı mı?

---

(32) Yargıtay 1. Ceza Dairesinin, 17.2.1999 günlü, 1998/4007-1999/328 sayılı kararı.





Kan davasının çeşitli tanımlarında kan hısımlığı, kan gütmenin asli bir unsuru gibi gözükmektedir. Ve ilk bakışta failin, hasım taraflardan birinin akrabası, kan hısmı olması gereği akla da uygun gelmektedir. Hatta, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27.10.1960 gün ve 60/364-2122 sayılı bozma kararında görüldüğü gibi, ilk dönemlerdeki bazı kararlarda kan hısımlığının nüfus kayıtlarıyla kanıtlanması aranmışsa da; Ceza Genel Kurulunun 20.2.1961 gün ve 1/4-4 sayılı kararıyla, bu suçun tamamlanabilmesi için kasten adam öldürmenin, kan gütme saikine istinat etmesinin lazım ve kâfi olduğu, akrabalığın nüfus kaydı ile tevsiki keyfiyetinin kanuni bir unsur olmadığı, eğer akrabalık bir unsur olmuş olsaydı, kanun koyucu tarafından bunun şekil ve derecesinin madde metnine konulması lâzım geleceği belirtilerek bu tartışma açıklığa kavuşturulmuştur (33).

Gerçekten de resmi bir akrabalık bağı olmamasına karşın kendisini hasım taraflardan birisi ile akraba sayıp, kan güden kişi, toplum için, tarafların gerçek akrabası olarak kan güden kişi kadar tehlikelidir.

#### **D. KAN GÜTMEDE KOLLEKTİF SORUMLULUĞUN GEÇERLİ OLMASI**

İlkel üretim ilişkilerinin sürdüğü devirlerde grup içindeki dayanışma duygusunun, üyelerden birinin bir zarar görmesi halinde, tüm grubun bundan etkilenerek zarar veren kişinin yanında, o kişinin ait olduğu grubun bütününe sorumlu tutulmasına yol açtığı “Kan Gütmenin Kökenleri” bölümündeki açıklanmıştı.

(33) M. Muhtar Çağlayan, *age.*, s. 899.



Yapılan araştırmalara bakıldığında, örnek olay 2 de Mahmut'un açık yüreklilikle belirttiği gibi, kan gütme saikiyle harekete geçen kişi, hedef olarak hasım tarafta sevilen ve etkin olan kişileri seçmektedir. Yargıya ulaşmış olan yakınmalarda aynı olgu, olaya karışmamış olsa bile karşı tarafın etkili ve sevilen kişilerinin sanık olarak gösterilmesi biçiminde de yaşanmaktadır. Burada güdülen amaç kolektif sorumluluğun doğal sonucu olarak karşı tarafta en fazla zararı verdirmektir.

YCGK'nın 19.2.1973 gün ve 1/356-160 sayılı kararında "adam öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmiş olması için, mutlaka öldüren'in öldürülmesi gerekmez. Yakınlarından birisinin öldürülmesi de yeterlidir" denilerek kolektif sorumluluğa değinilmiştir (34).

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin yakın tarihli ve az önce değinilen bir kararında da, "19.5.1996 tarihli ağaç kesme yüzünden çıkan kavgada maktül Ahmet'in ağabeyi Mithat ve babası Osman tarafından sanık Ergun'un kardeşi Resul Kaya'nın öldürülmesi olayında Maktül Ahmet Karayörük'ün bulunmadığı ve bu maktülden gelen hiç bir haksız eylem bulunmadığı, 4 yıldır Almanya'da bulunduğu ve olay günü yanında 12 yaşlarındaki çocuğu ile giderken arkasından gelerek ateş edip öldüren sanık Ergun'un bu maktüle karşı... eylemi münhasıran kan gütme saiki ve öç almak maksadı ile olduğundan TCK. nun 450/10. maddesi uygulanarak ceza verilmesi gerekirken..." denilerek aynı görüş paylaşılmıştır (35).

(34) M. Muhtar Çağlayan, *age.*, s. 912.

(35) Bkz. dipnot 31.



## E. KAN GÜTMENİN KABULÜ İÇİN İLK ÖLDÜRMEYİN KASITLI OLMASI ARANMALI MI?

İlk öldürmenin taksirle işlenmiş olması halinde, karşı öldürmeye TCY 450/10 maddesinin uygulanmaması yolunda bir yargıtay kararı bulunmaktadır (36). Gerekçesi, kan gütme saikiyle adam öldürmeye ölüm cezasını öngören TCY 450/10 maddesinin, karşılıklı kasıtlı adam öldürmeleri önlemek için konulmuş olması esasına dayanmaktadır.

Öncelikle yasanın sözüne bağlı bir yorum izlendiğinde bu görüşe katılamaz. Çünkü yasanın anılan bendinde, “karşılıklı kasıtlı adam öldürmeler” denilmemektedir. Kaldığı yasanın özü ve amacı açısından da olaya bakıldığında, taksirli ilk ölüm olayı nedeniyle kan güden kişi, toplum için daha tehlikeli sayılmalıdır. Bu nedenle ilk öldürme ister kasıtlı, ister taksirle işlenmiş olsun karşı öldürmede etkin olan kan gütme saiki ise, sanık TCY 450/10 maddesinden cezalandırılmalıdır. Yukarıdaki tek örnek dışında Yargıtay uygulamaları bu yoldadır.

## F. KAN GÜTMEDE EYLEMİN KÜÇÜKLERE İŞLETİLMESİ

Kan gütme eylemi genellikle küçük yaştakilere işletilmekte ya da gerçekte yetişkinlerce işlendiği halde örnek olay 6 da görüldüğü gibi küçüklerce üstlenilmektedir. Böylece ceza indiriminden yararlanılarak, failin ölüm cezasından kurtulması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Kan gütmeyi kanıtlanması halinde, öldürene idam cezasının verilmesi, bu cezadan kurtulmak amacıyla büyükler tarafından

(36) Yargıtay 1. CD., 1.7.1971 gün, E. 1970/2563, K. 1971/2474.



küçüklerin suç işlemeye teşvik edilmelerine yol açmakta, bu nedenle çocuk suçluluğuna olumsuz katkıda bulunmaktadır.

## G. KAN GÜTME VE İŞTİRAK HÜKÜMLERİ

Girişte de açıklandığı gibi kan gütmeye eylemi kolektif bir nitelik taşımaktadır. Buna karşılık yaptırımın da kolektif olması gerektiği düşünülse bile, pozitif düzenlememiz bir yana, günümüz hukuk anlayışı ve değerler sistemi açısından da buna olanak yoktur.

Kanıtlanması güç olmakla birlikte somut olaylarda asli maddi failin yanı sıra, onu suç işlemeye azmettiren, tahrik, teşvik eden ve çeşitli biçimlerde yardımcı olanlar bulunmaktadır. Hatta asli maddi failin, diğerlerinin aracı, maşası olduğu durumlar da söz konusudur. Örneğin, oğlu öldürülen kadının kiralık katil tutarak, oğlunu öldürenin kardeşini öldürttüğü bir olayda, Yargıtay kararı şöyledir : “9.2.1997 tarihinde sanık Döndü’nün oğlu, olayımızın maktülü olan Mehmet’in kardeşi tarafından öldürülmüştür. Bu öldürme olayında maktül Mehmet’in herhangi bir eylemi olmadığı, sadece ilk öldürme olayının faili olan Hakan’ın kardeşi olması nedeniyle, kan gütmeye saikiyle Döndü tarafından öldürülmesi için para karşılığında sanık Halil Yıldırım’ın azmettirildiği ve Halilin de diğer sanık Mehmet Uğur’la birlikte maktülü taammüden öldürdüğü anlaşılmıştır” (37). Bu olayda görüldüğü üzere kan gütmeye ister para karşılığı ister başka etkilerle katılan diğer failerin de aynen asli maddi fail gibi cezalandırılmaları, yahut da salt burları kapsayacak ayrı bir yaptırım uygulanması yolunda görüşler vardır.

---

(37) Yargıtay 1. CD., 24.9.1997 günlü 1997/1846-2992 günlü kararı.



Yürürlükteki kurallar açısından soruna bakıldığında, yapılan düzenlemenin doyurucu olmadığı görülmektedir. Suçun kollektif niteliğinin doğal sonucu olarak sanık sayısının olay başına daha fazla olması beklenirken, olay başına ortalama iki sanığın bulunması (38), asli maddi failin dışındakilerin bir çoğunun gizli kaldığını göstermektedir.

Türk Ceza Yasası açısından azmettirenler, doğrudan doğruya suçu beraber işleyenler gibi, o eyleme mahsus ceza ile cezalandırılacaklardır. (TCY 64 md) Ancak eylemi gerçekleştirenin bunda kişisel bir çıkarı olduğu saptanırsa azmettiren'in cezasından indirim öngörülmektedir. TCY 65 maddesine göre suç işlemeye teşvik, telkin, araç temini gibi maddi ve manevi olarak yardımla suçun işlenmesini kolaylaştıran kişi de, o eylem için öngörülen cezanın yarısı oranında cezalandırılacaktır. Fakat suça bu şekilde katılan kişinin yardımı olmaksızın eylemin gerçekleşmesi olanaklı değilse, bu kişi yukarıdaki indirimden yararlanmayacaktır.

İştirak açısından değinilmesi gereken bir başka nokta da, gerek eylemden, gerekse eylemi gerçekleştirenlerden doğan bir şiddet sebebinin iştirak edenlerce bilinmesi halinde, ceza artırımının bu sanıklara da uygulanacak olmasıdır (TCY. 66 ve 67 md.).

## **F. KAN GÜTMEDE EYLEMİN KALKIŞMA AŞAMASINDA KALMASI**

Kan gütme saikiyle adam öldürmede eylem, kalkışma (teşebbüs) aşamasında kalmışsa, faile adiyen adam öldürmeye teşebbüsten mi, yoksa şiddet sebebiyle adam öldürmeye teşebbüsten mi ceza verilecektir?

(38) Selahattin Keyman, **age.**, s. 377'deki sanık sayısını gösterir tablo.



Eylemin teşebbüs aşamasında kalmış olması, yani hazırlık hareketlerinin tamamlanmış olmasına karşın, suçun şu veya bu nedenle gerçekleşmemiş olması durumunda faile kan gütme saikiyle adam öldürmeye teşebbüsten, yani TCY 61veya ile 62 ile 450/10 maddeleri uygulanarak ceza verilmelidir. Çünkü kan gütme suçun subjektif unsurlarına ilişkin bir kavram olduğu halde, teşebbüs objektif unsura ilişkin bir kavram olduğu gibi bu ikisi arasında birbirini engelleyecek bir ilişki sözkonusu değildir. Kaldı ki, kan gütme saikiyle eyleme geçen faili, sırf amaçladığı sonuç gerçekleşmedi diye, saiki dikkate alınmaksızın adiyen adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırmak ve dolayısıyla daha az ceza vermek TCY. 450/10 maddesinin yasaya konuluş amacı açısından da doğru olmayacaktır.

## I. KAN GÜTMEDE HEDEFLENENDEN BAŞKA KİŞİNİN ÖLDÜRÜLMESİ

Kan gütme saikiyle eyleme geçen fail, hata veya hedefte sapma sonucu istediğinden başka bir kişiyi öldürürse, TCY 450/10 maddesinden cezalandırılacak mıdır?

Yargıtayın yerleşmiş uygulaması, bu durumun TCY 52 maddesinin özüne uygun olarak çözümlenmesi yolundadır. Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 25.12.1975 gün ve 3006/4139 sayılı kararında "...Bekir'e karşı mevcut bulunduğu anlaşılan kan gütme saikinin hedefte inhırafla Derviş'in yaralanmasına sirayet etmeyeceği düşünülmeden..." (39) denilmekle aynı görüş benimsenmiştir. Yani bu durumda eylemden zarar gören kişinin sıfatından doğan şiddetlendirici nedenden fail sorumlu tutulmayacak, ancak koşulları varsa suç, kastolunan kişiye karşı işlenmiş gibi düşünülerek fail lehine hafifletici neden uygulanabilecektir.

(39) Y. Güngör Erdurak: **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Savaş Yayınları, Ankara, 1984, s. 933.



## İ. KAN GÜTME VE HAKSIZ TAHİRİK İLİŞKİSİ

Adam öldürme suçunda kan gütme, yasaca şiddet sebebi sayıldığından, kan gütme saiki ile adam öldüren kişinin, bir yakınının öldürülmesinden duyduğu acı ve üzüntü yargıç tarafından haksız tahrik sayılmayacaktır. Mantıksal olarak da aynı neden, hem ağırlatıcı hem de hafifletici neden olarak kabul edilemez. Ancak olayda kan gütmenin yanında, ondan daha etkili bir neden olarak haksız tahrik yer almışsa, bu durumda kan gütme değil haksız tahrik düşünülebilecektir.

Ceza Genel Kurulunun 4.6.1973, 1/332-458 sayılı kararında, “Kan gütme sebebiyle adam öldürme eylemini adiyen adam öldürme suçundan ayıran özellik; birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlâka aykırı düşünce ve tutkunun etken olduğundandır. Bu tür suçlar için ayrı bir bend ile daha ağır bir ceza müeyyidesi konmasındaki sosyal amaç ise, toplumda kökleşmiş olan kötü bir geleneğin ortadan kaldırılmasından ibarettir.

Böyle olunca TCK. 51 maddesinde öngörülen haksız tahrik’in bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir. Nitekim kan gütme saikiyle adam öldürme suçlarında bu maddenin uygulanması gerektiği genellikle benimsenen yargı görüşleri arasında yer almıştır” (40) denilerek konu aydınlatılmıştır.

İlk bakışta kan gütme gibi görünmesine karşın haksız tahrikin uygulanmasını gerektiren bir olaya ilişkin, oldukça yeni tarihli bir Yargıtay kararı şöyledir : “Sanığın babasını 1968 yılında öldüren maktül Ali Bıyık’ın 18 yıl ağır hapis cezasına mahkûm olduğu, bu

(40) M. Muhtar Çağlayan: **age.** sayfa 909.



cezasını 1974 yılındaki af yasasından istifade ile tamamen infaz edilmeden çıktığı, sanıkla aynı köyde ikamet ettiği, bu süre içinde özen göstermeksizin sanığın bulunduğu yerlerde konuşmalar yaptığı, olay günü tanık Mustafa ile konuşurken, hasta ziyaretine gittiği esnada sanığın kapıldığı tehevvürle ve babasının öldürülmesinin üzüntüsünü unutmamasının doğurduğu tahrik altında öldürdüğü, öldürme fiilini münhasıran öç ve intikam almak maksadı ile kan gütme saiki ile işlediğinin delili bulunmadığı anlaşıldığından sanık TCK 448, 51. maddeleri uygulanarak cezalandırılmalıdır” (41),

**KAN GÜTME SUÇU İÇİN CEZA YASAMIZDA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIM :** Türk Ceza Yasası'nın 450. maddesinin her bir bendinde olayda hangi şiddet sebeplerinin bulunması halinde faile ölüm cezasının verileceği gösterilmiştir. Buna göre, öldürmek fiili : Kan gütme saikiyle işlenirse; Fail, idam cezasına mahkûm edilir.

Burada ölüm cezasının konulması, yasa koyucunun kan gütme saikiyle işlenen adam öldürmelerin önüne geçme konusundaki kararlılığını göstermektedir. Ancak ölüm cezası uygulamada çok az verildiği gibi, suçun önlenmesindeki etkisi ve yararlılığı kuşkuludur.

Gerçekte çok çeşitli ve derin kökenleri olan ve failde bir görev bilinci oluşturan kan gütmenin, salt ölüm cezasının caydırıcılığına dayanarak sona ermeyeceği kabul edilmelidir.

## **KAN GÜTMEMEYE KARŞI ALINABİLECEK ÖNLEMLER**

**A. GENEL OLARAK :** Herhangi bir toplumsal sorunun çözümü için öncelikle buna yol açan nedenlerin, koşulların ve izlediği gelişim yolunun iyi saptanması gerekir.

(41) Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 17.2.199 günlü ve 1998/4007, 1999/328 sayılı kararı.





Toplumsal bir yara olarak nitelendirilen kan gütmenin de nedenleri ve gelişimi sağlıklı olarak saptandıktan sonra sağaltım yoluna gidilmelidir. Yoksa, “ortada suç vardır, ceza verilir, yetmezse daha ağır ceza verilir” anlayışı çözüm olmaktan uzaktır. Ayrıca bu anlayışın toplumsal bünyede yeni ve derin yaralar açması kaçınılmazdır.

Öyleyse kan gütmenin devletin henüz oluşmadığı ya da güçsüz olduğu ilkel dönemlerde, ilkel insan'ın güvenlik gereksinmesinin yarattığı kuvvetli dayanışma duygusundan doğduğu, feodalite ile birlikte evrim geçirdiği ve endüstrileşme süreci içerisinde büyük ailenin parçalanıp çekirdek aile tipinin egemen olması ile giderek yok olduğu saptamasını temel alarak, alınacak önlemleri belirleyebiliriz. Bu görüş Türkiye Barolar Birliğinin Trabzonda düzenlediği kan davası konulu seminer çalışmasında da dile getirilmiştir. “O halde endüstrileşme süreci içerisinde, endüstri merkezlerine doğru yapılan yatay-sosyal mobilite, sosyal hareketlilik sonucunda bu büyük aileler kendiliğinden nisbeten küçülmekte, aile karı-koca, evlenmemiş çocuklardan ibaret küçük bir ünite halini almaktadır. Bu durum karşısında da kan gütme ile ilgili problemler azalmaktadır” (42).

Endüstrileşme sürecinin hızlandırılması kuşkusuz Cumhuriyet'imizin temel hedefidir. Ama bu hedefi yakalamak, toplum yaşamında belli süreçlerin geçmesini gerektirir. Bu aşamaların kendiliğinden gerçekleşmesi beklenemeyeceği gibi, bölgenin insan ve ekonomik zenginliğini tahrip eden ve çok boyutlu nedenleri olan bu yaraya karşı hemen ve zaman içerisinde alınabilecek önlemleri belirleyip harekete geçmekte yarar vardır.

(42) Prof. Nihat Nirun'un görüşleri için bkz; **Kan Davası - Seminer Çalışması** - Ankara, 1975, s. 30.



Öncelikle sağlıklı ve demokratik bir toplum için ilk öldürmeye yol açan ekonomik ve toplumsal etkenlerin ortadan kaldırılması ya da panzehrinin bulunması gereklidir. Ama bu, ülkenin tüm suç politikasını ve kapsamsal boyutta toplumsal seçeneklerini ilgilendiren bir konudur. Bu nedenle özellikle ilk öldürmeyi karşılıklı öldürmeler zincirine dönüştüren etkenlere karşı alınabilecek önlemler üzerinde durmakta yarar vardır.

Ancak kan gütmenin toplumsal ve ekonomik yapının bir ürünü olduğu gerçeği ve köktenci çözümün de bu ekonomik toplumsal yapının gelişimi ile gerçekleşebileceği unutulmamalıdır. Bu gerçeğe karşın hemen alınabilecek ekonomik-hukuki-eğitsel v.b. gerek köklü, gerekse geçici önlemler vardır.

**B. MERKEZİ OTORİTENİN GÜÇLENDİRİLMESİ :** Merkezi otorite yöre insanına suçluları derhal ve mutlaka yakalayıp adalet önüne çıkarabileceği inancını yerleştirecek bir çap ve kuvvette olduğunu hissettirmeli, yöneticiler ve kolluk gücü bu bilinç ve yetenekte olmalıdır. Ancak bunu yaparken gereksiz katılık ve aşırılık, kurunun yanında yaşın da yanabileceği anlayışı, durduk yerde yeni yaralara yol açabileceğinden özenli olunmalıdır. Kolluk güçleri caydırıcı, önleyici işlevlerinin yanı sıra, suçun işlenmesi halinde de zanlıları hemen yakalayıp yargı önüne çıkarmak için gerek sayıca, gerekse nitelik açısından etkin ve sayıca yeterli olmalıdır. Suç zanlılarının yakalanmadan serbestçe dolaşmaları, kamu vicdanını rahatsız edeceği gibi, yakınan tarafın da üzüntü ve hidetle harekete geçmelerine neden olabilecektir.

**C. ADALETİN MUTLAKA YERİNE GETİRİLECEĞİ İNANCININ PEKİŞTİRİLMESİ :** Geç gelen adaletin sakıncalarına nedenler bölümünde değinilmişti. Bugün adli sistemimiz de en çok yakınılan konu, yargılamaların çok uzun sürmesidir. Oysa ilk öldürme faillerinin hemen yakalanıp hızla ve hata yapılmaksız-



zın yargılanarak cezalandırılmaları ve kamu gücünün etkin ve yansız kullanımı, kuşkusuz kan gütmenin önemli nedenlerinden birini safdışı edecektir.

Vatandaş, bir haksızlığa uğradığında -bir yakını öldürüldüğünde- yapanın cezasını öbür dünyaya bırakmak ya da bizzat kendisi tarafından yaptırım uygulamaya kalkışmak yerine, somut olarak devletin gerekeni hızla yapıp yaptırımını uyguladığını görmelidir. Ayrıca kişi bir hukuk devletinde yaşadığını hissetmeli ve bir İngiliz vatandaşına "Londrada da yargıçlar var!" dedirten güvenceye ulaşmalıdır.

Uygulamada zaman zaman görülen dava nakli yani davanın uzak başka kentlerde görülmesi, bir anlamda kamu gücünün güvenliği sağlayamadığının, acizliğinin göstergesi olduğu gibi, amacına da ulaşamamaktadır (43). Örneğin, Şanlıurfa Ağır Ceza Mahkemesinde kadın kaçırma suçundan yargılanan bir sanık; kadının yakınları tarafından kardeşinin ve amca çocuklarının öldürülmesi üzerine, Şanlıurfa'dan Balıkesir'e naklettiğimiz bu davanın duruşmasından dönen kadının yakınlarından üç kişiyi Bursa'da otobüs içerisinde tabancayla vurarak öldürmüştür.

Öyleyse; enerjik yargıç, savcı ve diğer adalet görevlileri yeterli sayıda ve elverişli çalışma ortamları sağlanarak bu yörelere gönderilmeli, adli zabıta kurulmalı, ceza yargılama yasasında davaların uzamasına neden olan maddeler elden geçirilmeli, diğer kamu kuruluşlarının adliye'ye yardımcı olmaları sağlanmalı ve sonuçta çağdaş hukuk devletinin tüm olanaklarından insanımız yararlandırılarak, basit olayların çıkarttığı kıvılcımların kan gütme yangınına başlatmasına olanak tanınmamalıdır.

(43) Prof. Uğur Alacakaptan'ın görüşleri için bkz; s. 23.



Ayrıca yargılama sırasında kan gütmenin kollektif niteliği dik-kate alınarak azmettiren ve diğer ortakların da adaletin pençesin-den kurtulmalarına olanak tanınmamalıdır.

**C. TOPRAK ANLAŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMLENME-Sİ:** İşlenebilecek toprağın az, beslenecek insanın ise çok sayıda ol-ması, görelî olarak toprağı değerli, insanı ise değersiz kılmaktadır. İncelediğimiz örnek olaylar da da görüldüğü üzere ilk olay, çokluk-la toprak anlaşmazlıklarından çıkmaktadır. Görüştüğümüz kan gütme davalarından hükümlü 11 kişinin 9 tanesinin çiftçilikle ge-ciniyor olması da bu savı güçlendirmektedir.

Bu nedenle, toprak rejiminin yeniden ve toplumsal gerçeklere göre çağdaş bir yaklaşımla ele alınıp düzenlenmesi, reform çalış-malarının hızlandırılıp, tamamlanması, tapu-kadastro işlemleriy-le yargılamaları süren toprak davalarının biran önce sonuçlandır-ılması, kan gütmeyle daha olaylar başlamadan önleyebilecek ön-lemlerdir.

**Ç. İŞ OLANAKLARININ ARTTIRILMASI :** İşsiz, geçim sı-kıntısı içindeki insanın dünyası karanlıktır. İşsizlik hemen bütün toplumlarda potansiyel suçluluk için en verimli ortamdır. İşsiz, umutsuz dolayısıyla da yaşamdan fazla beklentisi olmayan kişiye adam öldürmek çok kolay gelecektir.

Bu nedenle, kan davasının etkili olduğu yörelerde iş alanları artırılmalı, herkese ortalama çağdaş geçim düzeyine ulaşması için gerekli olanaklar sağlanmalıdır.

Güneydoğu Anadolu bölgemiz ve özellikle Şanlıurfa için, Gü-neydoğu Anadolu Projesinin tamamlanma aşamasında olması, kuşkusuz yeni iş sahaları açılması yanında yeni sorunlar doğura-caksa da, başta da vurguladığımız gibi endüstrileşme sürecine kat-



kısı ve yeni iş alanları doğurabilmesi nedeniyle kan gütmenin önlenmesi için büyük bir şanstır.

Ancak GAP'ın daha çok sulama, ziraat ve enerji ağırlıklı olarak anlaşılması, olayın toplumsal -ekonomik boyutuyla, insansal yönüne gerekli özenin gösterilmemesi ilerde önemli sorunlar doğurmayaya adaydır.

**D. EĞİTİM VE ÖĞRETİM SEVİYESİNİN YÜKSELTİLMESİ :** Bölgede okur yazar oranının erkeklerde %60, kadınlarda %30 olduğu kırsal kesimde bu oranın çok aşağılara düştüğü daha önce belirtilmişti.

**Öğretim;** belli bir dönemde belli bilgilerin alınmasını içerdiği halde **eğitim;** daha geniş olarak davranışlara yön vermekte ve bireyin tüm yaşamını kapsamaktadır. Öyleyse bireyin kalabalık içinde herhangi birisi olduğu duygusu yerine, niteliği, değeri ve farklılıkları olan bir birey olduğu inancına ulaşabilmesi için insan olmaya değer veren bir bilinç düzeyini yakalamayı sağlayacak eğitim ve öğretim olanakları sağlanmalıdır. Kişi kendisini sevmeyi öğrendiği oranda diğer insanların yaşama hakkına da saygı gösterecektir. Görüştüğümüz hükümlülerin hemen tamamı sonuçta pişman olduklarını "şimdiki akılları olsa yapmayacaklarını" söylemektedirler. 11 hükümlüden 4 tanesi ilkokul diplomasını cezaevinde almıştır. 7 hükümlü de ancak ilkokul diplomasına sahiptir.

Görülüyor ki eğitim seviyesi yüksek kişiler kan gütme olaylarında fail olarak görülmemektedirler. Öyleyse salt okuma yazma oranını arttırmaktan öte, yani okur-yazar, ama cahil kişiler yerine, insan olmanın değer ve güzelliğini kavramış insanlar yetiştirmek gereklidir. Olaylarda küçük çocukların maşa olarak kullanılma eğilimi de dikkate alınarak, ilkokullarda, camilerde kan gütmenin sakıncaları sıkça vurgulanmalı, kan gütmeveni onursuzlukla suç-



layan anlayışın yanlışlığı her türlü olanaklarla, kitle iletişim araçları da kullanılarak anlatılmalıdır.

### **E. SİLAH TAŞIMANIN DENETİM ALTINA ALINMASI :**

Silah taşıma ile ilgili yasalar etkinlikle uygulanarak silah taşıma denetim altına alınmalı, yasak silah taşımak önlenmeli, yurda kaçak olarak silah sokulmasının önüne geçilmelidir. Ayrıca toplumda, silaha duyulan sevginin gereksiz ve tehlikeli olduğu bilinci yaygınlaştırılmalıdır. Asayişin sağlanması ile zaten bireyin silaha duyduğu gereksinme de azalacaktır.

### **F. AF YASALARI SIK ÇIKARILMAMALI :**

Görüştüğümüz hükümlülerin çoğu, önceki olay faillerinin 1974 genel affıyla hapis-ten çıkıp ellerini kollarını sallaya sallaya gezmelerinin kendilerinde uyandırdığı kızgınlık ve üzüntüyü doğrudan yada dolaylı olarak dile getirmişlerdir. Gerçekten af yasalarının sık sık çıkarılması af mekanizmasının anlamını yitirmesine yol açmakta, kişilerde, “Nasıl olsa, af çıkar, biraz yatar, kurtulurum” düşüncesiyle suç işleme isteğini kamçulamakta, olaydan zarar gören tarafta ise adaletin yerini bulmadığı düşüncesiyle kızgınlığa ve tepkiye yol açmaktadır.

Öyleyse af yasaları çıkarılırken, olayın bu boyutu gözetilmeli, salt oy kaybıyla hareket edilmemelidir.

### **G. YÖNETSEL ÖNLEMLER :**

Aralarında kan davası bulunan ailelerin gerekli koşullar bulunduğu, başka yörelere nakledilebilmelerini sağlayan 3236 sayılı yasa ve iptal gerekçeleri önceki sayfalarda açıklanmıştı.

Yinelemek gerekirse iki güçlü aşiret ya da aile arasında kan davası bulunması halinde, tarafların birbirinden uzaklaştırılmaları, olayların durulmasında bazen etkili olabilmektedir. Bu amaçla Osmanlılar'da kurulan “Musalâha-i Dem komisyonları” uzlaştır-



ma amacına yönelik olmakta birlikte gerekirse zor kullanılarak tarafları bir araya getirme ve nakletme yetkisine de sahiptirler (44).

Aynı biçimde Anayasanın 23. maddesinin, ‘Yerleşme Özgürlüğü’nün suç işlenmesini önlemek amacıyla, yasayla sınırlanabileceğini öngörmesi karşısında, 3236 sayılı yasanın yukarıda belirtilen eksik ve yanlışları gözetilerek yapılacak yeni bir yasal düzenlemeyle, ilgili yöneticiler ve yörede sözü geçen kişilerden oluşturulacak bir komisyon aracılığıyla taraflar arasında uzlaşma sağlanarak kan gütmeler sona erdirilebilir.

**H. HALK TARAFINDAN UYGULANAN ÇÖZÜMLER :** Örnek olaylarda da görüldüğü gibi halk arasında yörenin etkin ve sevilen kişilerinin araya girmesiyle taraflar barıştırılmaya çalışılmaktadır. Örnek olay 10’da hükümlü Mahmut Aslan’ın söylediği gibi taraflardan eşit sayıda kayıp verilmesi halinde bu çeşit barıştırma girişimleri daha kolay başarıya ulaşmaktadır. Yörede buna “aşiret usulü barış” adı verilmektedir.

Öldüren tarafın para, toprak v.b. vermesiyle, “diyet” ya da “kanlık” verilerek barış yapılması yaygın olarak görülmekteyse de, kan gütmeyi sona erdirmede her zaman başarılı olamamaktadır. Kan bedeli olarak ölene karşılık bir tabancayla birlikte kız verilmesi de, yörede duyulan çözümlerdendir. Nimetoğlu’nun da belirttiği gibi bu çözümler kesin sonuç almaktan uzaktır (45).

Bir diğer etkili ve zorunlu çözüm, öldüren ailenin, karşı taraf güçlü ise bölgeyi terketmesidir. Saptadığımız örnek olayların çoğunda bu olguya rastlanmaktadır. Taraflardan birinin çok zayıf, diğerinin ise güçlü olması halinde zayıf tarafla bu yöntemlerin herhangi birisiyle barış yapmak kolay olmaktadır.

(44) Mahmut Tezcan, *age.*, s. 110.

(45) İ. Halil Nimetoğlu, *age.*, s. 22.



## KAYNAKÇA

ÇAĞLAYAN M. MUHTAR : **Türk Ceza Kanunu**, Yetkin Yayınları Cilt 3.

EREM, Faruk-TOROSLU, Nevzat : **Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler)** 3. Bası Ankara,1978.

ERDURAK, Y. Güngör : **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Savaş yayınları Ankara, 1984.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat : **Kan gütme cürümleri**, Ankara, 1952.

GÜNEYDOĞU ANADOLU PROJESİ TARIMSAL KALKINMA SEMPOZYUMU, Ankara, 1986.

KARAYALÇIN, Yaşar : **Hukukta Öğretim -Kaynaklar- Metod**, Ankara, 1981.

KEYMAN, Selahattin : Kan gütme saikiyle adam öldürme, Eser : **Türk Hukuku ve Toplumunu üzerine incelemeler**, Editörler : Güriz, Adnan-Peter, Türkiye Kalkınma vakfı Yayınları, Ankara 1974.

NİMETOĞLU, İ. Halil : **Kan Davaları** Urfa Maiyet Memurluğu Kaymakamlık Tezi, Basılmamış Materyal, Urfa, 1969.

ÖRNEK, S. Veyis : **Etnoloji Sözlüğü**, Ankara, 1971.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ : **Kan davası-Seminer Çalışması**, Ankara, 1975

TÜRK HUKUK LÛGATI : Türk Hukuk Kurumunca hazırlanmış, Fasikül 1, Ankara, 1944.







# EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLARIN MİRASÇILIĞI

*Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU (\*)*

Medeni Kanunumuzun Eski 443. maddesinin II. fıkrası kabul edilifinden, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği 11.9.1987 tarihine kadar altmifibir yıl süreyle baba yönünden mirasçılıkta sahih nesepli olmayan çocuklara, sahih nesepli çocuklara nazaran üvey evlat nazarıyla bakılmıştır. Madde şu hükmü içermekteydi.

“Baba tarafından nesebi sahih olmıyan çocuk yahut fúruu babasının nesebi sahih fúruularıyla içtima ederse nesebi sahih bir çocuğa veya fer’ilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar”

1) Bu maddenin ne hukukla ne de mantıkla bağdaşır yönü olmadığı savunulmakta ve değiştirilmesi istenmekteydi. Sahih nesepli olmayan bir çocuğun, baba yönünden mirasçılığında, sahih nesepli çocuklara nazaran yarı oranında miras hissesi almasının, yasalara uygun olmadan yaşayan ana ve babanın suçlarının cezasını masum olan evlilik diŐi çocuklara çektirmek olacağı, bunun ise

---

(\*) A.Ü. Hukuk Fakóltesi Öğretim Üyesi



hakkaniyet ve adalet duygularını rencide eden bir sonuç yaratacağı kabul edilmekteydi.

Bu maddenin karşılığını oluşturan kaynak İMK.md. 461'deki aynı hüküm, 25.6.1976 tarihinde yapılan bir değişiklikle İsviçre'de kaldırılmış böylece baba yönünden mirasçılıkta sahih ve sahih olmayan nesep ayrımı isabetli olarak kaldırılmıştır.

Bizde yasa koyucu bu konudaki bütün öneri ve eleştirilere rağmen bu yönde bir değişikliğe gitmemiştir. Yasa koyucunun bu ihmalkarlığı, ülkemizde her zamanki çağdaş ve ilerici yorumlarıyla Türk Hukuku'na büyük hizmetler yapan, Anayasa Mahkememiz tarafından giderilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bir dava dolayısıyla önüne gelen olayda, Anayasaya aykırılık iddiasını inceleyerek, çok isabetli gerekçelerle MK. md. 443 f. II hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak 11.9.1987 tarihli kararıyla iptal etmiş, iptal kararı 29.3.1988 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile Türk Hukukunda baba yönünden evlilik dışı çocukların, mirasçı olabilmeleri baba ile gayrisahih nesep bağının kurulmasına bağlı olmaktan çıkmıştır. Zira mirasçılık açısından, 443. maddede yer alan sahih, gayrisahih nesep ayırımına ilişkin hüküm kaldırılmış olduğundan, baba yönünden mirasçılık için, çocuğun bu babadan olduğuna yönelik herhangi bir tesbit kararı yeterli olmuştur.

2) Medeni Kanunumuz'da önemli değişiklikler yapan 23.11.1990 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3678 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla meydana gelen boşluğu doldurmak üzere, 443. maddeye aşağıdaki şekli vermiştir :



“Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir”

Bu hükmün konulma gerekçesi Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yönünde düzenleme getirme amacını içermektedir. Bununla Anayasa Mahkemesi'nin bu maddede gördüğü, nesebi sahih olmayan çocukların baba yönünden mirasçılığındaki adaletsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle madde baba yönünden sadece sahih ve sahih olmayan nesepli çocuklarla sınırlı tutulmuştur. Bunun sonucu olarak babaya bu iki nesep yoluyla bağlı olmayan fakat çocukla tabii babalık ilişkisi içinde bulunan çocukların mirasçılık durumu ele alınmamıştır. Bunun ele alınmaması da doğal idi. Zira bu madde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce de çocukla tabii baba arasında ki mirasçılık ilişkisiyle ilgili bir madde değildi. Çocukla tabii baba arasında hukuksal bağın kurulmasının yeri olsa olsa MK. md. 310 vd. hükümleri olabilir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen olayda, “sahih nesepli çocuklarla sahih nesepli olmayan çocuklar arasında MİRASÇILIK BAKIMINDAN yaratılmış olan eşitsizlikle” sınırlı inceleme yapmıştır. 3678 sayılı Kanun da, Anayasa Mahkemesince iptal edilen 443 maddedeki boşluğu doldurma dışında başka bir amaç gütmemiştir.

3) 3678 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu, maddenin açık ifadesi karşısında, yasa koyucu baba yönünden mirasçılıkta, çocukla baba arasında sahih ya da sahih olmayan nesep bağı kurulması koşulunu korumuştur. Bunun sonucu olarak, baba yönünden mirasçılıkta, çocuk babaya ya sahih nesep bağıyla ya da sahih olmayan nesep bağıyla bağlanmış bir çocuk olacaktır. Yasa koyucu babaya bu iki yoldan biriyle nesep bağıyla bağlanmış çocuklar dışında bir çocuk düşünmemiştir.

Bir çocuğun babaya sahih ya da sahih olmayan nesep bağıyla nasıl bağlanacağı konusu MK. md. 443'ün işi olmayıp, bu konu, Mi-



ras Hukuku dışında, bundan önce yer alan, Aile Hukuku'nde nesep ile ilgili alana giren bir konudur.

Çocukla baba arasında sahih nesep bağı MK. md. 241, 247, 249 ve 253 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Çocukla baba arasında sahih olmayan nesep bağı ise ya tanıma yoluyla (MK. md. 291 vd.) ya da kişisel (şahsi) sonuçlu babalık davası yoluyla (MK. md. 310) kurulabilir. Nesep ile ilgili hükümler arasında, baba ile evlilik dışı çocuk arasında nesep bağının kurulmasını sağlayan bir başka yol ve hüküm öngörülmemiştir.

4) Evlilik dışı doğan çocuklarla, tabii babaları arasında sahih ya da sahih olmayan nesep bağı kurulmadan, sadece babalığın tesbitini sağlayan bir mahkeme ilamıyla hukuksal bir bağ kurulmasını, bu çocukların tabii babalarından mirasçı olabilmelerini sağlayan MUTLU DÖNEMLERİ, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihle 3678 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihler arasındaki çok kısa bir dönem olmuştur. Bu dönem 29.3.1988-23.11.1990 arasındaki dönemdir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğünü devam ettirseydi, yani "baba yönünden mirasçılık açısından, sahih nesep, sahih olmayan nesep ayırımına yer veren 443. maddenin iptali nedeniyle meydana gelen boşluk" devam etmiş olsaydı, babalarına nesep bağıyla değil, tabii babalığa ilişkin herhangi bir kesinleşmiş tesbit kararıyla bağlanmış evlilik dışı çocukların bu mutlulukları daha uzun yıllar sürecekti. Ne kadar sürecekti. Ta ki yasa koyucu nesep ile ilgili hükümlerde, sahih sahih olmayan nesep ayırımını kaldırmaya kadar. Nitekim İsviçre yasa koyucusu artık çağımıza uymayan, Çocuk Hakları Sözleşmesiyle bağdaşmayan bu ayırımı İMK. md. 255-263 hükümlerinden isabetli olarak çıkarmıştır. Aynı anlayış şu anda Medeni Kanun Değişikliği'ne ilişkin Adalet Ba-



kanlığında oluşturulan komisyonda da hakim olmuş, hazırlanan taslakta “Kocanın babalığı” başlığı altında ikinci ayırimda 244-252 maddelerinde bu ayırımı kaldırmış bulunmaktadır.

O halde olması gereken hukuk bakımından evlilik dışı doğan çocukların baba yönünden mirasçılığında, babaya nesep bağıyla bağlı olması ve sahih sahih olmayan nesep ayırımı esasından vazgeçilmesi, çocukla tabii baba arasında herhangi bir tesbit kararının dahi yeterli olması çözümü ideal olan çözümdür. İsviçre yasa koyucusunun benimsediği ve Medeni Kanun Komisyonunda kabul gören bu görüşün biran önce Türk Yasa Koyucusu tarafından da kabul edilip gerekli yasal değişikliğin yapılması zorunludur.

Biz Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlükte olduğu dönemde MK. md. 443 açısından evlilik dışı çocukların baba yönünden mirasçılığında, artık nesep bağı şartı aranmadan çocuğun babaya ait olduğunu belirleyen, herhangi bir tespit hükmünün, yeterli olduğu görüşünü savunmuş idik (1). Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, bu iptal kararının yürürlük dönemi kısa sürmüş, 3678 sayılı yasayla, iptal nedeniyle doğan boşluk MK. md. 443'ün yeni hükmüyle doldurulmuştur. Bu yeni hüküm de baba yönünden mirasçılıkta evlilik dışı doğan çocukla baba arasında ya sahih ya da sahih olmayan nesep bağı kurulmuş olması şartı aranmıştır. Yeni hükmün getirdiği tek yenilik. Anayasa Mahkemesi'nin görüşü yönünde, sahih nesepli çocuklarla sahih olmayan nesepli çocukları baba yönünden mirasçılıkta eşit hak sahibi çocuklar olarak kabul etmesidir.

---

(1) Kılıçoğlu, Ahmet - Ayider, Nuşin Miras Hukuku, 3. Basım, sh. 53



Neseple ilgili hükümler arasında yukarıda belirtmiş olduğumuz sahih ve sahih olmayan nesep ayrımı korunduğu sürece sorunun MK. md. 443 yoluyla aşılması olanaksızdır. Olması gereken hukuk bakımından İsviçre’de olduğu ve çalışmaları sırasında aynı görüşü savunduğum Medeni Kanun komisyonu’nun kabul ettiği gibi, neseple ilgili hükümlerde baba yönünden nesep bağının kurulmasında artık çağdaş olmayan sahih ve sahih olmayan nesep ayrımının tarihe gömülmesi zorunludur. Bu yapılmadığı sürece, yorumlarla ya da Yargıtay İçtihadı Birleştirme teşebbüsleriyle sorunun aşılması olanaksızdır. Zira Yargıtay, yasaların açık hükümlerini yok farzederek, bunları adaletsiz ve mantıksız bulduğu için gözardı ederek yasa koyucunun ihmalkarlığını yorumlarla ya da içtihatlarla aşamaz.

Bu açık yasal durum karşısında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, evlilik dışı çocukla baba arasında nesep bağı yaratmayan herhangi bir “mahkeme tesbit hükmüyle”, tabii babalık ilişkisinin, çocuğun yasal olarak babaya bağlanmasına yol açamayacağını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak evlilik dışı çocukla, tabii baba arasında “bir tesbit hükmü” bulunsa bile bunun nesep ilişkisi yaratmayacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, çocukla baba arasında yasanın aradığı anlamda gayri sahih nesep bağı dahi kurulmadığından, babanın ölümü halinde, evlilik dışı olup, tabii babası belli olan çocuk babadan miras alamayacaktır.

Aynı konudaki içtihat farklılığı nedeniyle bu konu Yargıtay’da bir içtihadı birleştirme çalışması nedeniyle uzun tartışmalara yol açmış, oyçokluğuyla verilen kararlar, **EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLA BABA ARASINDA NESEP BAĞI YARATMAYAN BİR TESBİT HÜKMÜNÜN DAHİ BABA YÖNÜNDEN MİRASÇILIK İÇİN YETERLİ OLDUĞU** kabul edilmiştir. 21 Şubat 1997 tarihli bu kararlar, “çocukla tabii baba arasında sadece malî sonuçlu babalık davası sonucu babalığın tesbitine yönelik bir mahkeme kararını evlilik



dışı çocuğun tabii babasına mirasçı olması için yeterli bulan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile, bunun tam aksine görüşe sahip olan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin içtihatları arasındaki aykırılık 70'e karşı 90 oyla Hukuk Genel Kurulu'nun görüşü yönünde giderilmiştir.

Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararı, yukarıda açıkladığımız çağdaş gelişmelere, çocuğu koruma yönündeki anlayışlar, İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik gerekçelerine uygundur. Ancak Medeni Kanunumuzda halen varlığını koruyan "sahip nesep gayrı sahih nesep ayırımını" koruyan yasa hükümlerine aykırıdır. Medeni Kanunumuzun 443. maddesi evlilik dışı çocuklar yönünden mirasçılıkta ya sahih ya da sahih olmayan nesep bağının kurulmuş olmasını şart koşturmuştur. Yasa bu hükmüyle her iki grup çocuğun da eşit miras hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Türk Hukukunda baba ile evlilik dışı çocuk arasında sahih ya da gayrisahih nesep bağının nasıl kurulacağını ise Medeni Kanunumuzun (Sahih nesep için : MK 541; 247; Garısahih nesep için : MK. md. 290; 291; 295) ilgili maddeleri belirlemiştir. Malî sonuçlu babalık davası tabii baba ile evlilik dışı çocuk arasında ne sahih ne de gayrisahih nesep ilişkisi yaratmayan bir davadır. Bu nedenle böyle bir karar, MK. md. 443 kapsamına girmez ve evlilik dışı çocuğun tabii babaya mirasçı olmasını temin edemez.

Bu açıklamalarımız karşısında, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı adalete uygun fakat kanuna aykırı bir içtihat niteliğindedir.







# MUHAKEME MASRAFLARINA DAİR YABANCI MAHKEME KARARLARININ İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KÖKSAL (\*)

## I. GİRİŞ

Bilindiği gibi yabancı mahkemelerden alınan kararların Türkiye’de icra edilebilmeleri için Türk mahkemelerinden bir tenfiz kararı almak gerekmektedir. Türk Hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile tenfizi arasında bir ayırım yapılmıştır. Tanınan bir yabancı mahkeme kararı kendiliğinden icra edilebilir hale gelmez. Bir başka söyleyişle, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin Türk Hukuku bakımından da bahşedilmesi, ki biz buna tanıma diyoruz, başka, o kararın Türk icra organları vasıtasıyla yerine getirilebileceğine hükmedilmesi, ki buna tenfiz adını veriyoruz, başka şeydir (1).

İç Hukukumuzda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun’un 34 ve devamı maddeleri yabancı mahkeme

---

(\*) Kıbrıs Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, S. 430 vd.



kararlarının tanınması ve tenfizi hususlarını düzenlemektedir. Bu hükümlerden başka iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş bulunan La Haye Hukuk Usulüne Dair Sözleşme'yi burada anmak gerekecektir. La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı bünyesinde akdedilen Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeyi Türkiye 1972 tarihinde 1574 Nolu Kanun ile onaylayarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir (2). Anılan sözleşmenin 33. maddesi, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren fesih ihbarı vaki olmadığı takdirde her beş senede bir zımnen yenileneceğini söylemektedir. Buna göre ihbar, müddetin bitmesinden en az altı ay evvel Hollanda Dış İşleri Bakanlığı'na gönderilecektir. Türkiye tarafından bu güne kadar bir feshi ihbar vaki olmamıştır. Dolayısıyla sözleşme aynen yürürlüktedir ve akit devletler tarafından uygulanmaktadır (3).

Bugün La Haye Hukuk Usulüne Dair Sözleşme şu ülkeler için geçerlidir: *Federal Almanya, Danimarka, Belçika, Finlandiya, Fransa, İtalya, Luxemburg, Hollanda, Norveç, Avusturya, İsveç, İsviçre, İspanya, Eski Yugoslavya, Polonya, Macaristan, Vatikan, Portekiz, İsrail, Japonya, Romanya, Fas, Türkiye, Ürdün, Surinam, Mısır, Arjantin, Slovakya, Belarus, Hırvatistan, Rus Federasyonu, Bosna Hersek, Letland ve Moldavya.*

Anılan sözleşmenin 19. maddesi mahkeme masraflarına dair yabancı mahkeme kararlarına ilişkin bir hüküm getirmektedir. Buna göre; kanunda belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde, mahkeme masraflarına dair kararlar, mahkum olan tarafın icranın ya-

---

(2) Sözleşme metni için bak. Resmi Gazete 3.5.1972, sa. 14194 ve Özden, Bülent, Türkiye'nin taraf olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri, İstanbul, 1991 s. 1.

(3) La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansının kendi bünyesinde yaptığı bütün sözleşmelerin yürürlüğe girmesi de dahil olmak üzere bu sözleşmeler hakkında bir çok bilgiyi içeren belge anılan sözleşmenin yürürlüğe girdiğini ve halen de yürürlükte olduğunu göstermektedir.



pılacağı memleketin kanunlarına uygun olarak, taraflar dinlenmeden kabili icra olarak ilan edileceklerdir. Bu hükme dair ilk uygulama Eyüp 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23.1.1997 tarih ve 1996/766 Es. ve 1997/6 Karar sayılı kararıyla oluşmuştur. Bu karar daha sonra davalılar tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay 15. Hukuk dairesi 9.7.1997 tarih ve 1997/3265E. ve 1997/5630 sayılı kararıyla Eyüp 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kararını onaylamıştır.

Bu incelememiz sözleşmenin ilgili maddesine ve anılan kararlar üzerine olacaktır.

## II. SORUNUN TANIMLANMASI

### 1. Somut Sorunun Ortaya Çıkış Şekilleri

Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 19. maddesi çeşitli durumlarda karşımıza çıkabilir. Bu konuda akla gelebilen iki durum olabilir :

1. Akid devletler vatandaşları bir davadan dolayı yapmış oldukları mahkeme masrafları kararını karşı tarafın ikametgahının bulunduğu devlet toprakları içerisinde icra ettirmek isteyebilirler.
2. Mahkeme masrafları kararı karşı tarafın diğer bir akid devlet sınırları içerisinde bulunan menkul ve gayrimenkullerinin üzerinde haciz uygulanmak suretiyle icra edilmek istenebilir.

Her iki halde de sözleşmenin 19uncu maddesinin uygulanması gerekir. Yukarıda sözü geçen kararlara konu olay da şöyle gelişmiştir:

Bir ticari alış veriştten dolayı Alman Şirketi bir Türk şirketi aleyhine Almanya'nın Lüneburg şehri mahkemesinde dava açmıştır. Lüneburg mahkemesinin uluslar arası yetkisi ve Alman Hukukunun uygulanacağı belirlendikten sonra yargılamaya geçilmiş ve



Türk firması da Alman avukatları tarafından mahkemede temsil edilmiştir. Olay istinaf mahkemesine kadar gitmiş ve dava davacı Alman şirketi lehine sonuçlanmıştır. Bu davalardan dolayı Alman şirketi davacı sıfatıyla toplam 15.000,- Alman Markı masraf yapmış ve bu masraflarına ilişkin olarak da Lüneburg Asliye Hukuk Mahkemesinden Mahkeme Masrafları Kararı (Kostenfestsetzungsbeschluss) alarak bu kararı kesinleştirmiştir. Bu mahkeme masrafları kararı daha sonra Türkiye'de icra edilmek üzere borçlunun ikametgahı asliye hukuk mahkemesinde kabili icra edilebilirlik talebiyle dava edilmiştir.

## 2. Yerel Mahkeme Kararı

Eyüp 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, davacı yanın dilekçesinden sonra Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün görüşünü de aldıktan sonra şu kararı vermiştir (4) :

*Yüksek Adalet Bakanlığı'nın 18.12.1996 tarih ve 63067 sayılı yazılarından da anlaşılacağı üzere Hukuk Usulüne Dair La Haye sözleşmesi Anayasamızın 90. maddesi uyarınca onaylanarak yürürlüğe girmiş ve Türkiye devleti açısından bağlayıcı olduğu 1.3.1954 tarihli bu sözleşme ve 14.3.1972 gün ve 1574 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 3.5.1972 tarih ve 14194 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Davacı dilekçesinde belirtmiş olduğu Lüneburg Mahkemesince verilen mahkeme masraflarına ilişkin kararın La Haye Hukuk Sözleşmesinin 19. maddesi uyarınca kabili icra olarak ilanı talebini istemektedir. Geçerli olduğu tespit edilen sözleşmenin 19. maddesinde "Mahkeme masraflarına dair kararlar, mahkum olan tarafın icranın yapılacağı memleketin kanunlarına uygun olarak temyizi müstesna taraflar dinlenmeden kabili icra olarak ilan edileceklerdir. Tenfiz talebi üzerine karar vermeye selahiyetli ma-*

(4) Eyüp 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 23.1.1997 tarih ve 1996/766 Es., 1997/6K. Kararı aynen yazıldığı gibi aktarıyorum. İmla hataları ve cümle düşüklükleri mahkemeye aittir.



*kam şunları tatbikle iktifa edecektir. İlam mahkumiyet kararı verildiği memleketin kanunlarına göre hakikiliği kabul için lüzumlu şartları bir araya getiriyor mu, diğer bir şart, karar aynı kanuna göre katiyet kesbetmiş midir. Diğer bir şart ise, kararın hüküm fıkrası müracaat olan makamın dilinde veya alakalı iki devlet arasında tespit edilen dilde yazılmış mıdır. Veya bu dillerden birisine yapılmış bir anlaşma mevcut değil ise müracaat eden devletin diploması veya memuru veya konsolosluk veya müracaat eden devletin yeminli tercümanı tarafından tasdik edilmiş tercümesi ekli olup olmadığı tespit edilecektir denilmek suretiyle halen Federal Almanya Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında geçerli olan Lahey Hukuk Sözleşmesinin 19. maddesine göre temyizi müstesna olmak üzere taraflar dinlenmeden karar verilebileceği belirtilmiş olduğundan mahkememizce davalı tarafa tebligat icra olunmaksızın yargılama yapılarak mevcut belgelere göre ..... kararın kabili icra olarak ilan edilmesine karar vermek gerekmiştir."*

### **3. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararı**

Her ne kadar yerel mahkeme kararı dilbilgisi kuralları bakımından Türkçe'ye uymamakla birlikte içerik olarak doğrudur. Nitekim davalı taraf icra aşamasında kararı temyiz etmiş ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi aşağıdaki gerekçeyle yerel mahkeme kararını onaylamıştır (5) :

*"... Mahkemece toplanan kanıtlar ve Adalet Bakanlığı yazısına göre; Lahey Hukuk Sözleşmesinin 19. maddesinde temyiz müstesna olmak üzere evrak üzerinden karar verilebileceği, bu nedenle davalıya tebligat yapılmaksızın davanın riayet olunduğu, Lahey sözleşmesinin 19. maddesinde belirtilen koşulların (a-kararın hakikiliği, kesinleşmiş olması ve bu hüküm fıkrasının onaylı tercümesinin yapıldığı) oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne, Lüneburg Asliye*

(5) 15. HD 9.7.1997 T., 3265/5630.



*Hukuk Mahkemesinin 28.4.1995 tarih 70220/90 sayılı mahkeme masraflarına ilişkin kararın kabili icra olarak ilanına karar verilmiştir.*

*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve Lahey sözleşmesinin 19/3üncü maddesinde "müracaat eden devletin" ibaresi geçmekle beraber, bu sözcüklerin tercüme hatası sonucu yazıldığı, doğrusunun "müracaat edilen" olması gerekmesine göre, davalı tarafın temyiz itirazının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir."*

### **III. Düşüncelerimiz ve Sonuç**

#### **1. Uygulanacak Hükmün Tespiti**

Federal Almanya ile Türkiye arasında 28 Mayıs 1928 tarihinde imzalanan "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Müteallik Münesabatı Mütakabiliye Dair Mukavelename" 15 Mayıs 1930 gün ve 1672 sayılı Kanunla onaylanarak 4 Haziran 1930 gün ve 1511 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır (6). Halen yürürlükte bulunan sözleşmenin 3. ve müteakip maddelerinde, davacı veya müdahilin davayı kaybetmesi halinde mahkum olacağı mahkeme masraflarının tahsili hakkında, bu kararların tenfizine ilişkin hükümler yer almıştır.

Anılan bu sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri bu konuyu düzenlemektedir. Şöyle ki; Sözleşmenin 3. maddesi akid devletlerden birinin vermiş olduğu mahkeme kararlarının diğer devlet tarafından tenfiz olunacağını, bu talebin diplomasi yoluyla veya ilgililer tarafından yapılacağını hükme bağladıktan sonra üçüncü bendinde aynı kuralın mahkeme masraflarına dair kararlar hakkında da ge-

(6) Bak. Düstur No III – Tertip II. Cilt 470.



çerli olacağını düzenlemiştir. Dördüncü maddede mahkeme harçlarına ve masraflarına ilişkin kararların tenfizinin nasıl yapılacağı öngörülmektedir. Tarafların dinlenmesine gerek kalmaksızın aşağıdaki şartlar gerçekleştiğinde harç ve masraflara ilişkin kararların icra edilebilir olduğunun ilanına karar verilecektir:

1. mahkeme masraflarına dair kararın kesinleşmiş olması ve
2. kararın bir yeminli tercüman tarafından tercümesinin yapılmış olması.

Bu anlaşmadan ayrı olarak Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesinin 18. ve 19. maddelerinde mahkeme masraflarına dair kararların tenfizi ile usul ve şartlarına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye Türkiye ile birlikte Almanya da taraf bulunmaktadır. Sözleşme 14 Mart 1972 Tarih ve 1574 sayılı Kanunla onaylanarak iç hukukumuzda dahil edilmiştir. Anayasa'mızın 90/son maddesi gereği usulüne uygun olarak onaylanarak yürürlüğe girmiş olan sözleşme Türkiye yönünden bağlayıcı bulunmaktadır. Milletlerarası Hukuk bakımından da anılan sözleşme Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir sözleşmedir. Bu nedenlerle La Haye Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 18 ve 19. maddeleri mahkeme masrafları kararlarının tenfizinde uygulanacaktır; yoksa Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 34 vd. maddeleri uygulanmayacaktır. Bu bakımdan yerel mahkemenin ve Yargıtay 15. HD'nin uygulanacak Kanuna ilişkin tespitleri yerindedir.

## **2. La Haye Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 18 ve 19. Maddeleri**

### **A. Genel Olarak**

Sözleşmenin 18. maddesinde "teminat veya depozito ödemekten muaf tutulmuş davacı veya müdahilinin mahkeme masraflarını ödemeye mahkum edilmesi halinde bu kararların diplomatik yollardan yapılan talep üzerine diğer akid devletlerin her birinde





yetkili makam tarafından meccanen kabili icra hale getirilecektir" hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası, aynı kuralın sonradan ayrı bir karar ile hükme bağlanan mahkeme masraflarına dair kararlar için de geçerli olacağını düzenlemektedir. Bu şekilde mahkeme masraflarının icrasının kolaylaştırılmış olmasının altında, bu masrafların tahsilinde kamu menfaatinin bulunması yatmaktadır.

Sözleşmenin 19. maddesinde de aynı felsefeden hareketle mahkeme masrafları kararlarının icra edilebilir olmalarına dair ilamların kolaylaştırılmış şekilde alınmasını mümkün kılacak şartlar öngörülmüştür. Buna göre; mahkeme masraflarına dair kararlar, icranın yapılacağı memleketin kanunlarına uygun olarak, mahkum olan tarafın temyizi müstesna, taraflar dinlenmeden kabili icra ilan edileceklerdir (7).

## B. 19. Maddenin Anlamı

Söz konusu maddenin ilk fıkrasında mahkeme masraflarına ilişkin kararların, bu masrafları ödemeye mahkum edilen kişi tarafından hangi ülkede ödenecek ise, o ülkenin kanunlarına uygun olarak taraflar dinlenmeksizin tenfiz edileceği emredici bir şekilde belirtilmektedir (8). Dolayısıyla mahkemeler sadece evrak üzerinde inceleme yaparak karar vermek zorundadırlar. Tenfize karar verilirken de MÖHUK 38. maddesinde sayılan tenfiz şartlarının gerçekleşmesi aranmayacaktır. Çünkü, MÖHUK madde 1 uyarınca Türkiye tarafından onaylanmış sözleşme hükümleri öncelikle uygulanacaktır.

- 
- (7) Sözleşmenin 19. maddesi anlaşılmasız şekilde tercüme edilmiştir. Sanki bu kararların temyizinin istisna olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa maddenin asıl amacı, aleyhine kabili icra kararı verilen tarafın temyiz hakkı saklı kalmak üzere icra kabiliyetinin tanınmasıdır.
- (8) Tiryakioğlu, Bilgin, Yerel Mahkemeye sunulan bilirkişi raporu (yayınlanmamış).



## C. Lahey Sözleşmesinin 19uncu Maddesindeki Tenfiz Şartları

Mahkeme masraflarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizine taraflar dinlenmeksizin karar verilebilmesi için Türk Mahkemesi sadece aşağıdaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle yetinecektir:

1. Mahkeme masraflarına ilişkin yabancı ilam, ilamı veren devletin kanunlarına göre gerçek bir mahkeme kararı için gerekli olan şartları taşıyor mu?
2. Karar ilamı veren devlet kanunlarına göre kesinleşmiş midir? Burada kesinleşmeden anlaşılması gereken şekli anlamda kesinleşmedir. Yani, verilen karara karşı ya olağan kanun yollarının tüketilmesi veya kanun yollarına başvurmak için gerekli sürelerin gerekli başvuru yapılmaksızın geçmiş olması gerekmektedir.
3. Kararın hüküm fıkrasının, tenfiz için başvuru devlet dilinde veya ilgili iki devlet arasında tespit edilen dilde yazılmış olması gerekir. Eğer bu dillerden birisi ile yazılmıyorsa, kararın verildiği devletin diplomasi memuru, konsolosu veya o ülkedeki yeminli tercümanı tarafından çevirisi tenfiz talebine eklenecektir.

Diğer bir ifade ile, yabancı ilamın verildiği ülke hukukuna göre gerçek bir mahkeme kararında olması gereken şartları taşıyıp taşımadığı ve kesinleşip kesinleşmediği hususları da kararın verildiği devletin diplomasi memuru, konsolosu veya o ülkedeki yeminli tercümanı tarafından yapılan çeviri ile belirlenecektir.

## D. Mahkeme Masraflarına Neler Dahildir?

Mahkeme masraflarına nelerin dahil olacağı da sözleşmenin 19uncu maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilmiştir. Yabancı mahkeme kararında hükmedilen miktardan başka, ilgili tarafın da



istememesi halinde, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen onay, tercüme ve imza onayı için yapılan masrafları da talep edebilecektir. Bütün bu masraflar da mahkeme masrafı olarak kabul edilecektir.

### **E. İcra Edilebilirlik Kararının Temyizi**

Sözleşmenin 19uncu maddesinin birinci fıkrası yanlış anlaşılmalara meydan verecek şekilde tercüme edilmiştir. Madde aynen şöyle demektedir: Mahkeme masraflarına dair kararlar, mahkum olan tarafın icranın yapılacağı memleketin kanunlarına uygun olarak, temyizi müstesna, taraflar dinlenmeden kabili icra olarak icra edileceklerdir. Bu maddede yer alan "temyizi müstesna" tabiri, "tarafların temyiz hakkı saklı kalmak üzere" diye anlaşılmalıdır. Zaten sözleşmenin aslı da bu şekildedir.

### **3. Sonuç**

Mahkeme masraflarına dair yabancı ilamların tenfizinde MÖHUK kuralları değil Lahey Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 18 ve 19uncu maddeleri uygulanacaktır. Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 19 uncu maddesindeki şartlar yerine gelmiş ise yabancı mahkeme ilamı kabili icra ilan edilecektir. Türk mahkemelerinin böyle bir yabancı mahkeme kararını kabili icra olarak ilan etmeleri sırasında sadece dosya üzerinden inceleme yapılacak, taraflar dinlenmeyecektir. Bu nedenle de gerek Eyüp 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin kararları yerinde ve örnek teşkil edici kararlardır. Bu kararın bir diğer önemi ise, bu konuda ilk defa kazai içtihat yaratılmış olmasıdır. Bu içtihat uygulamada bu tür kararların tenfizinde kolaylık ve çabukluk getirecektir.



# HÜKÛMETİN MANEVÎ ŞAHSIYETİNİ ALENEN TAHKİR VE TEZYİF SUÇU

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (\*)

## İÇİNDEKİLER

### I- GİRİŞ

- A) Suçun Türk hukukundaki tarihçesi
- B) Türk Ceza Kanununun suç ile ilgili hükümleri ve karşılaştırmalı yabancı mevzuat
  - 1- Türk Ceza Kanununun hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu ile ilgili hükümleri
  - 2- Yabancı mevzuatta hükûmeti tahkir suçu ile ilgili hükümler

### II- SUÇUN HUKUKÎ KONUSU

### III- SUÇUN MADDÎ UNSURLARI

- A) Fiil hükûmetin manevî şahsiyetine karşı işlenilmelidir
  - 1- Hükûmet
    - a) Anlam ve kavram bakımından “hükûmet”
    - b) Suç mağduru olarak “hükûmet”
  - 2- Manevî şahsiyet
  - 3- Mâtufiyet
- B) Hükûmetin manevî şahsiyeti “tahkir” ve “tezyif” edilmiş olmalıdır.

---

(\*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.



- 1- Anlam bakımından “tahkir” ve “tezyif”
  - a) “Tahkir” kelimesinin anlamı
  - b) “Tezyif” kelimesinin anlamı
  - c) Kanunda “tahkir ve tezyif” deyiminin kullanılmasının amacı
- 2- Uygulama bakımından “tahkir ve tezyif”
- 3- Tahkir ve tezyifin varlığı belli şartlara bağlı değildir
  - a) Tahkir ve tezyifin “huzurda” veya “giyapta” yapılmış olması şartı aranmaz
  - b) Tahkir ve tezyifin “söz”le yapılmış olması şart değildir

C) Tahkir ve tezyif “alenen” yapılmalıdır

#### IV- SUÇUN MANEVÎ UNSURU

- A) Kast ve özel kast
- B) Özel kastın bulunmadığı haller
  - 1- Tenkit niyeti
  - 2- Şaka niyeti
  - 3- Anlatmak, hikâye etmek niyeti
  - 4- Sonuç

C) Kastın kapsamı

#### V- SUÇUN TAMAMLANMASI

- A) Suçun tamamlanma ânı
- B) Teşebbüs durumu

#### VI- SUÇUN KOVUŞTURULMASI USULÜ

#### VII- SUÇA HÜKMOLUNACAK CEZA

- A) Ceza
- B) Ceza miktarı bakımından düşünceler

#### VIII- SONUÇ

#### IX- KAYNAKÇA

#### KISALTMALAR

age .....	: adı geçen eser	md .....	: madde
agm .....	: adı geçen makale	RG .....	: Resmî Gazete
bkz .....	: bakınız	s .....	: sayfa
C .....	: Cilt	S .....	: Sayı
CD .....	: Ceza Dairesi	TCK .....	: Türk Ceza Kanunu



## I- GİRİŞ :

Hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçü; 13/03/1926 gün ve 820 sayılı Resmî Ceride'de yayımlanan ve 01/03/1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilmiş bulunan 765 numaralı "Türk Ceza Kanunu" (1) nun "Cürümler" e ait İkinci Kitabı'nın "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" i düzenleyen Birinci Bab'ının "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" e ait İkinci Faslı'nın 159 uncu maddesinde yer almıştır.

Şu hale göre kanun koyucu "hükûmet" i, bir "devlet kuvveti" ve ona karşı ika olunan tahkir ve tezyif fiilini de "Devletin Şahsiyetine Karşı" işlenmiş bir cürüm saymıştır.

Türk Ceza Kanununun ilk metninde Birinci Bab, kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununa uygun olarak "Devletin Emniyeti Aleyhine Cürümler" başlığı altında düzenlenmiş ve suçlar "Vatan Aleyhine Cürümler", "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" biçiminde ikiye ayrılmıştır. Sonra 3038 sayılı Kanunla, hiçbir gerekçe gösterilmeden 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununa uygun olarak Bab'ın ismi "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" ve suçlar da "Devletin Arsiulusal Şahsiyetine Karşı Cürümler" ve "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" olarak adlandırılmıştır.

---

(1) 3.Tertip Düstur, C.7, s.519.



1930 İtalyan Ceza Kanunu'na ait Bakanlık Raporunda, kanunda "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler" başlığı kullanılarak yapılan değişikliğin sadece bir isim değişikliği olmadığı belirtilmiştir. Rapora göre, 1889 Kanunu bireyci bir görüşten hareket ettiği için, cürümlerde yapılan sınıflandırma bu görüşe uygundur. Devletin güvenliğinin korunması, az ve dar bir korumayı ifade etmektedir. Halbuki devletin, güvenliğinin dışında, daha bir çok korunması gereken çıkarları vardır. 1889 Kanunu bireyi her bakımdan serbest bırakmış, ancak etkinliklerinin devletin güvenliğine aykırı bulunmamasını istemiştir. Oysa 1930 Kanunu, yarı liberal bir nitelik göstermekte ve bu bakımdan devletin yalnız güvenliği değil ve fakat devletin siyasal çıkarlarının bütünü korunmaktadır. Bu çıkarların bütünü ise, devletin kişiliğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan devlet otoritesine en geniş ve kuvvetli bir nitelik verilmektedir. "Devletin Emniyeti Aleyhine Cürümler" deyimini kabul edilemeyeceği gibi, "Devlet Aleyhine Cürümler" deyimini de kullanılamaz. Çünkü, bu deyim de, devletin idarî ve adlî menfaatlerini de kapsamaktadır. Bu sebeple, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler" deyimini en uygun başlık olmaktadır (2).

Doktrinde ve kanunlarda, değişik sistematik önerisi ve sistemlerin hepsinde devlete karşı işlenen suçlar yer almaktadır (3).

Bir anlayışa göre devlet, kamu tüzel kişilerinin en önemli olanıdır ve bu önemine ve özelliklerine uygun bir hukukî korunmadan yararlanmak zorundadır. Hukukî korumanın konusu olan çıkar ise devletin kişiliğidir. İşte bu tüzel kişiliğin korunmasını düzenleyen

(2) ÖZEK, Çetin: "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXII, İstanbul 1967, s.668. Makalede, bu başlık için yapılan tartışmalar hakkında fazla bilgi vardır.

(3) ÖZEK, Çetin: Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonu Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, s.7.



kurallar "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" kavramını vareder.

Diğer bir anlayışa göre ise suçun konusunu; ülke, Anayasa, halk gibi devletin öğeleri oluşturur. Bu bakımdan "Devletin kişiliği" konu edilmeden, bu öğelere göre hangi eylemlerin suç olabileceğini saptayabiliriz (4).

Demek oluyor ki, bu suçlarda devlet doğrudan doğruya suçun mağduru olmakta ve bireysel çıkarlar dışında, kolektif çıkarlarını bozan eylemler, doğrudan doğruya devlete karşı işlenmektedirler (5). Yani devletin doğrudan kendi menfaatlarını, iradesini ve faaliyetini ihlâl etmektedir (6).

Cezalandırılan eylemler, bu organizasyonun, ideolojik, ekonomik ve politik birliğini ve varlığını ihlâl etmektedir. Devlet sadece politik ve hukukî bir varlık değildir. Etik gayeleri ve niteliği vardır, bu bakımdan da devlet, hukukî bir varlık olmanın dışında, doğal bir topluluktur. Bu doğal topluluğun yaşamını sürdürebilmesi ise, kişiliğinin korunmasına bağlıdır (7).

Bu bakımdan "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" deyimini ile sadece politik suçları değil, devletin varlığından, sürekliliğinden ve etkinliklerinden doğan bütün çıkarlara karşı işlenen suçları anlamak gerekir (8). Çünkü bu suçların hep politik güdü (saik) ile işlendiği ileri sürülemez (9).

---

(4) EREM, Faruk: Ceza Hukuku-Hususî Hükümler, C.I, Ankara 1968, s.14.

(5) ÖZEK, Çetin : age., s.4, Santoro'dan naklen.

(6) ÖZEK, Çetin : age., s.9.

(7) ÖZEK, Çetin : agm., s.669, Maura'dan naklen.

(8) ÖZEK, Çetin : age., s.9.

(9) EREM, Faruk : age., C.I, s.14.





Kanunun "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" olarak isimlendirdiği eylemler, aslında en üst politik menfaatları ilgilendirmektedir. Bütün bu menfaatların toplamı devletin şahsiyeti olarak görülmüştür (10). Devlet çıkarlarının korunmasında bir yandan yalnız devletin varlığını ilgilendiren doğrudan menfaatlar gözetilirken, diğer yandan devletin hukukî varlığı yönünden taşıdığı önem dolayısıyla bireysel bir takım çıkarlar da -Cumhurbaşkanı'na suikast gibi- "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" başlığı altında korunmaktadır (11).

Devletin şahsiyetine karşı suçlar kavramı, tarih boyunca pek değişen suçlarla ilgili olmakla beraber (12) aslında devletin varlığını, sürekliliğini, otoritesini koruyucu bir nitelik taşımıştır.

Bu bakımdan devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar da bölümlere ayrılmıştır. Meselâ 1889 İtalyan Ceza Kanununun "Ülke" ve "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" ayırımına karşılık, Fransız Ceza Kanunu "iç emniyet", "dış emniyet" ayırımını yapmaktaydı (13).

Türk Ceza Kanunu ise devlete karşı suçları "Devletin Arşulusal Şahsiyetine Karşı Cürümler" ve "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" olarak ayırmıştır. Hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu, "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" faslında yer almaktadır.

---

(10) ÖZEK, Çetin : age., s.10.

(11) ÖZEK,Çetin : age., s.25,26.

(12) EREM,Faruk : age., C.1, s.14.

(13) ÖZEK,Çetin : age., s.31.



Devleti oluşturan dinamik öge siyasî iktidar olduğuna göre, bir devletin varlığı ve sürekliliği bu siyasî iktidarın korunmasına bağlıdır. Bunun içindir ki öteden beri siyasî kuvvetler korunmuştur. Devlet otoritesinin varlığı da ancak siyasî iktidarın korunması ile mümkündür. Ülke ve millet kavramlarını bir birlik ve siyasî organizasyon halinde ortaya koyan öge, siyasî iktidardır (14).

Siyasî iktidar, egemen güç tarafından hükûmete belli bir zaman ve koşullar altında emanet edilmiş olan yetkidir. Burada egemen güç; egemenliğin sahibini ve hükûmet de, toplum hayatını ortak çıkarlara uygun olarak yöneten düzeni ifade etmektedir (15).

Kavramı bu kadar geniş alınca, siyasî iktidarın korunacak etkinlikleri, yasama, yürütme ve hükmetme biçiminde ortaya çıkmakta (16) ve siyasî iktidara karşı işlenen suçlar, kendi içinde, korunan konulara göre, belirli guruplara ayrılmaktadır: "Siyasî iktidarın ideolojik kurallarının" (17), "siyasî iktidar düzeninin" (18), "siyasî iktidarın hukuka uygun bir şekilde teşekkülünün" (19), "siyasî iktidar fonksiyonlarının" (20) yani sıra "siyasî iktidarın moral değeri" (21) de korunmaktadır (22).

(14) ÖZEK,Çetin : age., s.50, Santoro'dan naklen.

(15) ÖZEK,Çetin : age., s.40. Aynı görüş için bkz. BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1934, s.156.

(16) ÖZEK,Çetin : age., s.257.

(17) bkz. Türk Ceza Kanunu'nun 141, 142,163. maddeleri ile 24 Temmuz 1953 gün ve 6187 no'lu Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun ve 5/3/1962 gün ve 38 Sayılı Anayasa Nizamını, Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun.

(18) bkz. TCK. md. 146.

(19) bkz. TCK. md.174 ve seçim suçları.

(20) bkz. TCK. md. 146,147,148,149,152.

(21) bkz. TCK. md. 153-160.

(22) ÖZEK, Çetin: Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul 1970, s.110.



Siyasî iktidarın emirlerine itaati sağlayan yalnız kuvvet değildir. İktidarın topluluk içinde inanılır oluşu da önemlidir. Demokratik olmayan ülkelerde, örneğin eski monarşilerde önceleri monarhın dinî kuvvetleri elinde bulundurması, daha sonraları belirli bir aileden oluşu; totaliter ülkelerde şefe olan inanç ve onun yarattığı efsane itaati sağlayan prestiji ve psikolojik havayı yaratmıştır. Demokrasilerde ise iktidar halka, millet egemenliğine dayandığına, kaynağını bu değerlerde bulduğuna göre iktidarın prestiji, halk tarafından beğenilmek, itimat edilmek ve şerefli görülmele mümkündür (23). İşte siyasî iktidarın bu prestijini yok etmek için işlenecek eylemleri ise "siyasî iktidara olan itimad" (24), "siyasî iktidarın şeref ve haysiyeti" (25), "siyasî iktidarı kullananların fizik varlıkları" (26)na karşı eylemler olarak sıralayabiliriz (27) ki hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu, itimad edilmesi gerekli bir devlet kuvveti olan hükûmetin prestijine , dolayısıyla siyasî iktidarın şeref ve haysiyetine yöneltilen fiillerdir. Ancak burada hemen söyleyelim ki yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere siyasî iktidarla hükûmet ayrı kavramlardır ve siyasî iktidar deyimi hükûmeti de kapsayan geniş bir anlam taşır. Siyasî iktidar ile, hükûmeti kurmakla görevlendirilen siyasî parti veya partiler yani siyasî güçler de birbirine karıştırılmamalıdır.

---

(23) ÖZEK, Çetin : age. (I), s.57,58.

(24) bkz. TCK. md. 153-155.

(25) bkz. TCK. md. 158-160.

(26) bkz. TCK. md. 156,157.

(27) ÖZEK, Çetin : age. (II), s.111.



"Devlet Kuvvetleri" deyimini devletin elinde bulunan zorlayıcı kuvvetler anlamına almamak lâzımdır. Bu deyim, hukuk tekniğindeki anlamında kullanılmıştır ve üç kuvveti "yasama, yürütme ve yargılama" kuvvetlerini içerir. Çünkü devletin arsulusal şahsiyetiyle ilgili cürümleri düzenleyen faslında toplanan suçlarda daha çok devletin varlığını koruma gayesi esas tutulduğu halde, devlet kuvvetlerine karşı cürümler hükme bağlanırken kanunun izlediği gaye, daha çok, devletin kuruluş ve teşkilâtını korumaktır. Kaynak Kanununun 1883 Zanardelli Projesinde "Devletin Kuruluşuna Karşı Cürümler" deyimine yer verilmişken "Devlet Kuvvetlerine Karşı Cürümler" deyimi tercih edilmiştir (28).

Kanunumuzda bu bölümde düzenlenen hükümlerin hedefi, devletin temel kuruluşlarına, temel nizamlarına ve siyasî, askerî ve emniyet kuvvetlerine yapılacak her türlü saldırıları cezalandırarak, devletin yüce itibarını korumaktır. Devletin temel kuruluşlarına, temel manevî şahsiyetlerine saygının sağlanması, devletin varlığı ve itibarı ile doğrudan doğruya ilgili ve önemlidir (29).

Ancak, Kanunumuz incelendiği zaman, "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" arasında, "yargılama kuvveti" nin, "yasama ve yürütme kuvvetleri" ile birlikte korunmamış olduğu görülür.

Bu konuda yani "Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler" Faslına; 1950 İtalyan Ceza Kanunu projesi ile 1960 tarihli Gonella De-

(28) EREM, Faruk: age., C.I, s.15.

(29) Bu suçlarla korunan menfaat ile hangi hallerin korunan menfaat içinde nitelendirileceği konusunda fazla bilgi için bkz. SAVAŞ,Vural-Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.II, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Mayıs 1998, s.2015 vd.

Yargıtay 1.CD.'nin 22/5/1968 gün ve 1042/1542 sayılı kararı. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: En Son Tâdilleriyle Birlikte Gerekeçeli, Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, C.II, (Madde 125-413) , Ankara 1970, s.272.



ğişiklik Projesinde olduğu gibi (30), kuvvetler ayrılığı prensibine göre ayrı bir kuvvet olan yargılama kuvvetinin korunmasına ait hükümlerin konulmasını uygun bulanlar bulunduğu gibi (31) varolan hükümlerle siyasî iktidar fonksiyonlarının korunduğu, halbuki adlî fonksiyonun, bu fonksiyonların dışında ve bağımsız nitelikte bulunması nedeniyle yargılama kuvvetinin korunmasının bu farsıda yer almaması gerektiği kanısında olanlar da vardır (32).

Türk Ceza Kanunundaki yerini ve bu yeri alıştırki nedenleri bütün yönleriyle belirttiğimiz 159 uncu madde; kanunun yürürlüğe girdiği 01 Temmuz 1926 tarihinden bugüne kadar 3038 (33), 3531 (34), 4956 (35) ve 5/1/1961 gün ve 235 (36) sayılı Kanunlarla olmak üzere dört kez değiştirilmiştir.

Bu değişikliklerden yalnız 3038 sayılı Kanun konumuzla ilgilidir. 765 sayılı Kanunla kabul edilen ilk 159 uncu madde metninde suç "hükümetin şahsı manevîsini tahkir ve tezyif" iken, 3038 sayılı Kanunla "şahsı manevî" deyimini "manevî şahsiyet" olarak değiştirilmiş, ayrıca suçun oluşması için tahkir ve tezyifin "alenen" yapılmış olması koşulu konarak suç sayılan eylem "hükümetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif" olmuştur.

Hükümet tarafından Meclise sunulan değişiklik tasarısında bulunmayan bu değiştirme Adalet Komisyonu tarafından yapılmıştır.

(30) ÖZEK,Çetin : age. (I) , s.200.

(31) Sayın EREM bu görüştedir. bkz. EREM,Faruk: age., C.1, s.16.

(32) Sayın ÖZEK bu görüştedir. bkz. ÖZEK,Çetin: age. (I) , s.200, 201.

(33) 3.Tertip Düstur, C.17, s.1309.

(34) 3.Tertip Düstur, C.19, s.1661.

(35) 3.Tertip Düstur, C.27, s.1458.

(36) 4.Tertip Düstur, C.I, s.1525.



mış, ancak komisyon raporunda gerekçesi açıklanmadığı gibi (37) meclis görüşmelerinde de bu konuda hiçbir açıklama ve görüşme yapılmamıştır (38).

### A) Suçun Türk Hukukundaki Tarihçesi :

765 sayılı Türk Ceza Kanunundan evvel yürürlükte bulunan 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu'nda böyle bir suç yoktur. Hatta Cumhuriyetin ilânından sonra, Türk Ceza Kanununun kabulünden önce Ceza Kanunnamei Hümayununda 22 Nisan 1341(1925) tarihinde 635 sayılı Kanunla (39) yapılan değişiklikle de bu suça yer verilmemiştir.

1274 tarihli Kanunun 55 inci maddesinde yalnız "Zât-ı Hazret-i Padişahiye italei lisana cür'eti sabit olanlar" yani devlet başkanına karşı tahkir suçunu işleyenler cezalandırılmaktadır (40).

Ancak Ceza Kanunnamei Hümayunundaki bu eksiklik, 1852 tarihli Fransız Basın Kanunundan alınan 19 Kânunuevvel 1280 , 2 Şaban 1281(1864) tarihli "Dersaadette ve Memalik-i Şâhânedde tab ve neşrolunan her nevi gazete ve evrak-ı havadis-i mülkiye ve politikiye tab ve neşri hakkında Nizamname" nin, kısaca "Matbuat -Basın- Nizamnamesi" nin 15 inci maddesiyle bir ölçüde giderilmiştir (41).

(37) TBMM. Zabıt Ceridesi, 1936, C.XII, s. 250.

(38) TBMM. Zabıt Ceridesi, 1936, C.XII, s.216.

(39) 3.Tertip Düstur, C.6, s.573.

(40) Bu hüküm sonra 6 Cemaziyülâhır 1329,22 Mayıs 1327 tarihli Kanunla "alenen italei lisan" olarak değiştirilmiştir. bkz. Ahmet ZİYA, Mufassal Kanun-u Ceza ve Teferruatı Şerhi, Tab'ı Sani, İstanbul 1339-41, s.220 vd.

(41) Matbuat Nizamnamesi'nin metni için bkz.

1- 1.Tertip Düstur, C.2, s.220.

2- İSKİT, Server R. : Türkiye'de Matbuat Rejimleri, İstanbul 1939, s.691.



15 inci maddede : "Bir gazeteci Saltanat-ı Seniye ve Hânedan-ı Şevketmeab Hazret-i Padişahî haklarında elfaz ve tâbirat-ı gayr-ı lâyika istimal eder veya hükûmet-i seniyei hazret-i Padişahî aleyhine taarruz eyler ise .... hapsolunur." denilmektedir. Bu maddedeki "hükûmet-i seniyei hazret-i Padişahî " deyimi ile ifade edilen kurum "hükûmet" tir (42) ve padişah hakkında suçlu oluşturan eylem "elfaz ve tâbirat-ı gayr-ı lâyika istimali" olduğuna göre, hükûmet "aleyhine taarruz" dan maksat da hakareti içeren söz ve deyimlerdir.

2 Şaban 1281 tarihli Matbuat Nizamnamesi, 11 Recep 1327 ve 16 Temmuz 1325 (1909) tarihli "Matbuat Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmıştır. (43), (44) 1909 tarihli Matbuat Kanununun kaynağı 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Matbuat Kanunudur.

- 
- (42) Sayın Ord.Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER, "Hükûmet-i Seniyei Hazret-i Padişahî aleyhine taarruz" deyimini "Hükümdarın hakkı hükümdarisine taarruz" olarak mânalandırmaktadır. Kanımızca lûgat mânası ile "Padişah Hazretlerinin Yüce Hükûmeti" olan bu deyimden maksad, "hükûmet"tir. bkz. DÖNMEZER, Sulhi: Basın Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1968, s.128.
- (43) Matbuat Kanunu'nun metni için bkz.  
1- 2. Tertip Düstur, C.I, s.395.  
2- İSKİT, Server R : age., s.707.
- (44) Burada, Meclis-i Meb'usan tarafından görüşülerek kabul edilmiş olmakla beraber padişah tarafından yürürlüğe konulmayan 1293-1294 (1877) tarihli Matbuat Kanunu hükümleri incelenmemiştir. bkz. DÖNMEZER, Sulhi: "Matbuat Suçlarından Dolayı Mes'uliyet Meselesi", Ebülûla Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.1057.



Bu Kanununun 26 ıncı maddesinde "Zat-ı Hazret-i Padişahî" hakkında kadih ve zemmi (45) mutazammın makalât ve elfaz ve tâbirat neşri, (Padişah hakkında kadih ve zemmi içeren makaleler ve sözler ve deyimler yayınlanması), 28 inci maddesinde "Hânedan-ı Saltanat ve Meclis-i yan ve Meb'usan ve mehakim vesair devair ve hey'at-ı resmiye ve ordu ve donanmayı Osmanî ve Memalik-i Osmaniyede mukim düvel-i mütehabbe memurin-i siyasiyesi (Saltanat Hânedanı, Senato ve Millet Meclisi ve mahkemeler vesair resmî daireler ve heyetler ve ordu ve Osmanlı Donanması ve Osmanlı memleketlerinde oturan dost devletlerin siyasî memurları) ve konsoloslukları aleyhinde zem ve kadih vukuu", 30 uncu maddesinde "Vükelayı devlet ve âyan ve memurin-i hükûmet hakkında şahsiyata müteallik zem veyahut kadih vukuu" (Devlet vekilleri-Bakanlar, milletvekilleri-ve senatörler ve hükûmet memurları

(45) 1909 tarihli Matbuat Kanununun 25 inci maddesine göre "Zem" , bir zat veyahut bir heyetin maddei mahsusa beyanile ihlâl-i namusunu veya kesri-i itibarını mucib azviyyata ve "Kadih" ise maddei mahsusa beyan olunmaksızın vukubulan bu kabil azviyyata denir. İhlâl-i namus: Namusunu lekelemek, bozmak, sakatlamak. Kerr-i itibar: İtibarını kurmak. Azviyyat: yalanlar, iftiralar.

1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun 15 Cemaziyülâhır 1332, 28 Nisan 1330 tarihli Kanunla değiştirilen 214 üncü maddesine göre "Zem", bir kimsenin diğer kimse aleyhinde bir cürm-ü mahsus tayini ile veyahut cürüm teşkil etmeyecek bir maddei mahsus beyanı ile halkın hakaret ve husumetine maruz kılacak veya namus ve itibarını kesrecek isnadatta bulunması ve "Kadih" ise, bir kimsenin bir maddei mahsusa tayin etmesizin her ne suretle olursa olsun bir kimsenin namus veya şöhret ve haysiyetine taarruz eylesidir.

214 üncü maddeyi değiştiren bu kanun, 16 Temmuz 1325 tarihli Matbuat Kanununun bu madde hükmüne aykırı hükümlerini de kaldırmıştır. Bkz. Ahmet ZİYA: age., s.651 vd.

Aynı kaldırma hükmü sonradan yayınlanan 22 Nisan 1341 (1925) tarihli ve 635 sayılı Kanuna da aynen ve tekrar alınmıştır.





hakkında şahsiyetleriyle ilgili zem veyahut kadihde bulunmak) suç sayılmıştır.

Matbuat Kanununda, 1281 tarihli Matbuat Nizamnamesinde olduğu gibi "hükûmet" ten açıkça söz edilmemiştir. Ancak 28 inci maddedeki "Hey'at-ı resmiye-Resmî heyetler" deyimini içinde "hükûmet" de vardır. Kanunun kaynağı olan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Matbuat Kanununun 30 uncu maddesinde geçen "heyet" deyimine "Bakanlar Kurulu"nun dahil bulunduğunu, daha biz bu kanunu almadan önce, Fransız Yargıtayı 27 Şubat 1885 tarihli kararı ile kabul etmiştir (46).

16 Temmuz 1325 tarihli Matbuat Kanunu, 25 Temmuz 1931 tarih ve 1881 Kanun numaralı "Matbuat Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmıştır (47), (48).

1931 tarihli Matbuat Kanununun 30 uncu maddesiyle, İcra Vekilleri Heyetinden (Bakanlar Kurulundan) biri veya bir kaç hakkında isim ve madde gösterilmeyerek müphem(belirsiz) ve suizan-ı(kötü sanı) dâvet edecek mahiyette mütecevazane yazı ve resimlerle "İcra Vekilleri Heyeti"nin şeref ve haysiyetinin ihlâli cezalandırılmaktadır. Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesindeki suçun yayın suretiyle işlenmesi şartı veya yayın suretiyle işlenmesi halinde failin farklı cezalandırılması öngörülmediğine göre bu hüküm bir bakıma "İcra Vekilleri Heyeti" ne yani "hükûmet" e neşren hakaret suçunu düzenlemiş oluyordu.

(46) ERMAN, Sahir: "Hükûmetin Manevî Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu", İstanbul Barosu Dergisi, Yıl : 25, 1951, s.277.

(47) Sayın Prof. Dr. Çetin ÖZEK; Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İstanbul 1970 adlı eserinin Türkiye ile ilgili tarihçe kısmında padişah'a yani devlet başkanına karşı işlenen suçları da kapsayan 1281 tarihli Matbuat Nizamnamesi ile 1325 tarihli Matbuat Kanunu hükümlerini incelememiştir.

(48) 3.Tertip Düstur, C.12, s.1069.



Bu kanun da 15/7/1950 tarihli 5680 numaralı "Basın Kanunu" ile yürürlükten kalktı (49).

Yeni Basın Kanunu, hakaret suçlarından hiç birine hükümlerinde yer vermemiştir. Sonradan yayınlanan ve tahkir suçları yönünden özel hükümler getiren 6334 (50) ve 6732 (51) sayılı Kanunların ise konumuzla ilgisi yoktur.

**B) Türk Ceza Kanununun suç ile ilgili hükümleri ve karşılaştırmalı yabancı mevzuat :**

**1- Türk Ceza Kanununun hükümetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu ile ilgili hükümleri :**

Madde 159- Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara mâtuflukta tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır (52).

(49) 3.Tertip Düstur, C.31, s.2234.

(50) 3.Tertip Düstur, C.35, s.1444.

(51) 3.Tertip Düstur, C.37, s.1284.

(52) Para cezası 30 misline çıkarılmıştır.



Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır.

Madde 160 - 157 inci maddede yazılı suç işleyenlerle Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına ve Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler hakkında takibat yapmak salâhiyeti doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılığına aittir.

158 inci maddede yazılı hal ile 159 uncu maddenin birinci fıkrasında beyan olunan hususlar hakkında takibat yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Madde 173 Son Fıkra - Birinci Babda yazılı cürümler için hükümlenilecek ağır hapis cezalarında tertip edilen ceza müddetinin üçte birinden aşağı ve o müddeti geçmemek üzere tayin olunacak bir mıntakada ikametle emniyeti umumiyeti nezareti altına alınmak cezası da ilâve olunur (53).

## **2- Yabancı mevzuatta hükûmeti tahkir suçu ile ilgili hükümler :**

Kanunumuzun kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda 159 uncu maddemizi karşılayan iki hüküm vardı : (54)

- Senato ve Millet Meclislerini alenen tahkir ve tezyif suçu (md.123),

---

(53) "Emniyeti umumiye nezareti altına alınmak" cezası 15/4/1987 gün ve 3352 sayılı Kanunun 1. maddesiyle kaldırılmıştır.

(54) ÇAĞLAYAN, Muhtar: age., s.256.



- Senato ve Millet Meclisi dışında devletin konstitüsyonel (meşrutî) müesseselerini alenen tahkir ve tezyif suç u (md.126) (55)

Görüldüğü gibi hükûmet deyimi maddelerde açıkça yer almamıştır. Çünkü hükûmetin, teşriî ve temsilî meclis (Millet Meclisi ve Senato) gibi ceza yönünden korunmaması, parlâmenter rejimlerde meclisin altında bir organ sayılması zihniyetine ve devlet işlerinden bütün sorumluluğun onun sırtına yükletilmesi eğilimine dayanıyordu. Ancak "konstitüsyonel müesseseler" deyiminden ne anlaşılacağı uygulamada hayli tereddütler uyandırmış ise de bu deyi me "hükûmet" in dahil bulunduğu kabul edilmiş ve hükûmete karşı işlenen tahkir fiilleri bu hükme göre cezalandırılmıştır (56).

İtalya'da faşizmin hâkim bulunduğu dönemde 1 Temmuz 1931 tarihinde yürürlüğe giren 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 290 ıncı maddesi metninde "hükûmet" deyimini, parlâmentodan da evvel yazılmak suretiyle yer almıştır.

Madde aynen şöyledir : "Krallık makamını, kralın hükûmetini, faşizmin yüksek meclisini, parlâmentoyu yahut iki meclisten yalnız birisini alenen tahkir eden kimse bir seneden altı seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Aynı ceza silâhlı kuvvetleri veya adlî kuvveti tahkir eden kimse hakkında da tatbik olunur."

---

(55) Sayın Sahir ERMAN bu maddeyi 123 üncü madde olarak gösteriyor. Bkz. ERMAN, Sahir: agm., s.276.

(56) AKGÜÇ, Atıf: "Hükûmetin Manevî Şahsiyeti", İleri Hukuk Dergisi, Temmuz 1951, S.73, s.1219-1221,1230.



Bu maddede eski kanuna göre yapılan yenilik, devletin bütün konstitüsyonel organlarını, denk tutulan kuvvetlerle birlikte ele alarak maddeye daha bağdaşık ve toplu bir biçim vermek olmuştur (57).

Faşizmin yıkılmasından sonra 1930 İtalyan Ceza Kanununda 11 Kasım 1947 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle hükûmeti tahkir suçu aynen bırakılmıştır (58).

16 Temmuz 1325 (1909) tarihli Matbuat Kanunumuzun kaynağı olan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Basın Kanununun "şahıslar aleyhine işlenen suçlar"ı düzenleyen 3.Bölümünün 30 uncu maddesi "manevî şahsiyet" ten söz etmeyerek : " 23 ve 28 inci maddede beyan olunan vasıtalarından birisiyle divanlara, mahkemelere, resmî heyetlere, kara ve deniz ordularına ve amme idarelerine karşı yapılan mevsuf(nitelenmiş) hakareti" cezalandırmış (59) ve Fransız Yargıtayı da 27 Şubat 1885 tarihli kararı ile Bakanlar Kurulunun bu kabil heyetlerden sayıldığına karar vermiştir (60). 6 Mayıs 1944 tarihli emirname ile 31.maddede yapılan değişiklikle de "hükûmet âza veya âzalarına" yapılan mevsuf hakaret suçları cezalandırılmıştır (61) (62).

Belçika Ceza Kanununun 277 inci maddesi, 27 Temmuz 1934 tarihli Kanunla değiştirilen 275 inci maddesi, hükûmeti bir heyet olarak korumaktadır. Bunun gibi Alman İmparatorluk Ceza Kanu-

(57) AKGÜÇ, Atıf : agm.

(58) ERMAN, Sahir : agm., s.276.

(59) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.256.

(60) ERMAN,Sahir : agm., s.277.

(61) SAVAŞ, Vural – Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU : age., s.2011.

(62) ERMAN, Sahir : agm., s.277.



nunun 197 nci paragrafında "siyasî bir heyete" vaki hakaretler cezalandırılmaktadır. Nihayet 1944 tarihli İspanyol Ceza Kanunu da 161 inci maddesinin ilk fıkrasında "Heyet halinde teşekkül etmiş" bakanları tahkir etmeyi suç saymaktadır. Yani hakaretin Bakanlar Kurulu için yapılmış olması gerekmektedir (63).

## II- SUÇUN HUKUKİ KONUSU :

Hemen her devletin ceza kanunlarına, yüksek siyasi müesseselerin şeref ve itibarlarını koruyucu hükümler konmuştur (64). Türk Ceza Kanununun 159. maddesinin hedefi de anayasa kuruluşlarını ve hükûmeti her türlü saldırılara karşı korumaktır. Devletin temel manevî şahsiyetlerine saygının sağlanması, devletin şahsiyeti ve itibarı ile doğrudan doğruya ilgilidir (65).

İnsan şeref ve haysiyetini ihlâl eden hakaret ve sövme suçlarından ibaret genel tahkir suçlarının yanında, hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçu özel bir tahkir suçudur. Özel tahkir suçları; şereften gayri bazı diğer manevî kıymetlere de tecavüzü içermekte ve mağdurun şerefini ihlâlden ayrı, başka bir hukukî çıkarını da korumaktadır (66). Bu hukukî çıkar -dar anlamda- hükûmeti oluşturan kişilerin kişisel şeref ve haysiyetleri olmayıp, bir anayasa organı olan hükûmetin prestijidir (67). Başka bir deyişle

---

(63) Bu suçun geniş ve mukayeseli tarihçesi için bkz. YARSUVAT, Duygun : "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof.Dr. Naci ŞENSOY Hatıra Sayısı, C.XXX, S.3-4, s.671-679.

(64) AKGÜÇ, Atıf : agm.,ÖZEK, Çetin : age.(I), s.58.

(65) Yargıtay 1.CD.'nin, 9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararı. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.282.

(66) ERMAN, Sahir: Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950, s.3 ve 4.

(67) ERMAN, Sahir : agm., s.278.



burada korunmak istenilen çıkar sadece kabinenin, bir siyasî heyetin, Bakanlar Kurulunun nüfuz ve itibarına ait menfaattir (68). Bu itibarla organı oluşturan gerçek kişiler gözönüne alınmış değildir (69). Yargıtay bir kararında kanun koyucunun, onu meydana getiren kişilerden tamamen ayrı ve bağımsız olarak hükümetin manevî varlığını korumak amacını güttüğünü söylemektedir (70).

Roma İstinaf Mahkemesinin 17/10/1950 tarihli bir kararında aynen "Korunan hukukî çıkar kişilik dışı sayılan bir kurum, anayasaya ilişkin bir fonksiyon yapan bir bütün olarak hükümet olup, bunu meydana getiren tek tek kişiler değildir. Bu bakımdan hükümet başkanı olmasına karşın başbakanın bu sıfatla tahkir ve tezyifi dahi maddenin kapsamına girmez. Başbakan hükümetin başkanı olmakla beraber hükümetin kendisi değildir (71).

Eğer bu gibi eylemler suç sayılmamış olsalar, en büyük siyasî ve idarî bir organ olan hükümet, kamuoyunda pek küçülecek, hükümet karar ve icraatı vatandaşlar üzerindeki etkisini ve nüfuzunu yitirecek, sonuç olarak, demokratik bir rejimde dahi varlığı çok lüzumlu olan otorite fikri ortadan kalkacaktır (72). Diğer yandan bu müesseseleri temsil ve teşkil edenlerde görevlerinin yüksekliği hakkındaki bilincin zayıflaması ve etkinliklerinin daha güç ve daha az etkili olması mümkündür (73).

---

(68) AKGÜÇ, Atf : agm.

(69) ERMAN, Sahir : agm., s.278, 1930 İtalyan Ceza Kanunu Bakanlık gerekçesinden naklen.

(70) Yargıtay 1.CD.'nin 15/4/1969 gün ve 723/1090 sayılı kararı. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.264,265.

(71) ERMAN, Sahir : agm., s.278.

(72) ERMAN, Sahir : agm., s.277, Yeni İtalyan Ceza Kanununda Krala sunulan rapordan naklen.

(73) EREM, Faruk : age., C.I, s.113, Manzini'den naklen.



Sonuç olarak suçun konusu kişilerin maddî veya manevî varlıklarıyla ilgili olmayıp doğrudan doğruya hükûmetin manevî şahsiyetidir.

### III- SUÇUN MADDÎ UNSURLARI :

Hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etmek suçunun maddî unsurlarını(öğelerini) şöyle sıralayabiliriz :

- Fiil, "hükûmetin manevî şahsiyetine karşı" işlenilmelidir.
- Hükûmetin manevî şahsiyeti, "tahkir" ve "tezyif" edilmiş olmalıdır.
- Tahkir ve tezyif "alenen" yapılmalıdır (74).

#### A) Fiil hükûmetin manevî şahsiyetine karşı işlenilmelidir :

"Hükûmet" deyimini ile "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyimini ayrı ayrı incelemek zorundayız. Çünkü "hükûmet" kelimesinin ifade ettiği anlam veya bu kelime ile belirtilmek istenilen kavramla, "manevî şahsiyet" kavramı ve özellikle hükûmetin, manevî şahsiyeti bulunup bulunmadığı veya "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyiminden ne anlaşılacak lâzım geldiği konuları; ceza hukuku açısından; gerçekten açıklanması ve hatta çözümlenmesi gereken problemlerdir.

- (74) Yargıtay 1.CD.'nin, 24/5/1967 gün ve E.9671291, K.967/1353 sayılı kararında hükûmetin manevî şahsiyetine saldırının kabulü için;
- 1- Bu saldırının yürütme gücünün tümü niteliğinde bulunan hükûmete karşı yapılmış olması,
  - 2- Saldırının açıkça oluşmuş bulunması,
  - 3- Saldırının aynı zamanda ve birlikte tahkir ve tezyif niteliği taşıması maddî unsurlarının varlığını aramaktadır. Bkz. ODYAKMAZ, A. Nevzad: Uygulamalı Türk Ceza Yasası, İstanbul Ocak 1980, Yasa Yayınları:39 , Bilim/ Bilgi Dizisi:4, , s.193.





## 1- Hükûmet :

### a) Anlam ve kavram bakımından "hükûmet" :

"Hükûmet" kelimesi, Türk mevzuatında, uygulama alanında ve doktrinde belirli bir şekilde tanımlanmış yahut tam bir açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bu yüzden "hükûmet" kelimesi, dilimizde ve mevzuatımızda öteden beri çeşitli anlam ve kavramları belirtmek amacıyla kullanılmıştır ve kullanılmaktadır.

"Hükûmet" , bazen "devlet" anlamına gelir : "Hükûmeti müstakile -müstakil hükûmet = bağımsız devlet" , "hükûmeti gayrimüstakile-müstakil olmayan hükûmet = bağımsız olmayan, başka bir devletin himayesi altında olan devlet" , "hükûmeti müstebide = istibdatla yönetilen devlet" , "hükûmet memuru veya memuriyeti" (75) deyimlerinde olduğu gibi.

(75) 1924 Anayasasının 92.maddesine göre siyasi hakları bulunan her Türk yeteneğine ve hak kazandığı duruma uygun olarak "devlet memuriyetlerinde" çalışmak hakkına sahiptir. Anayasanın 23.maddesi ise milletvekilliği ile "hükûmet memuriyeti" nin bağdaşamayacağı hükmünü getirmiştir. Burada "hükûmet" deymi, "devlet" anlamına gelmektedir.

Türk Ceza Kanununda da aynı terim karışıklığı vardır. Kanunun yirmi maddesinde (187,194,206,209,210,235,236,247,248,255,258,266,271,272,303,339,340,341,352,355, 528) , "memur" , beş maddesi (208,228,273,278) ile bir fasıl başlığında (3.Bab'ın 11.Faslı) "devlet memuru" ve dört maddesi (17, 243,254,476) ile bir fasıl başlığında (3.Bab'ın 6.Faslı) , "hükûmet memuru" deyimlerine rastlanmaktadır. Bu hüküm ve başlıklar incelendiğinde bunların belli bir amaçla değil, gelişigüzel kullanıldıkları anlaşılmaktadır. Esasen Kanunun 279. maddesinde Ceza Kanununun uygulanmasında kimlerin memur sayılacağı gösterilmiş, devlet veya hükûmet yahut sair memur ayırımı yapılmamıştır. 236. maddede "devlet memuru" deymi 2370 Sayılı Kanunla " memur " olmuştur.



"Hükümet" , bazen devlet otoritesi anlamına gelir (76).

"Hükümet"; bir devletin siyasî yapısı, düzeni anlamına gelmek üzere bir siyasî rejimi veya siyasî sistemi belirtmek için kullanılır (77):

Başkanlık hükümeti (78), monarşik hükümet (79), parlâmenter hükümet (80), demokratik hükümet (81), dikta hükümeti (82),

---

(76) BAŞGİL, Ali Fuat : age., s.43.

(77) Aslında hükümet şekli ile devlet şeklini karıştırmamak lâzımdır. Hükümet şekli, devletteki egemenliğin icrası ve kullanılması tarzıdır. Devlet şekli ise egemenliğin kurulma ve ilişkinlik (aidiyeti) biçimidir. bkz. BAŞGİL, Ali Fuat : age., s.155.

(78) Meydan - Larousse, Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, C.VI, İstanbul 1971, "Hükümet" maddesi, s.75.

"Bakanların parlâmentoya karşı sorumlu olmadıkları ve genellikle devlet ve hükümet başkanlığı görevlerinin aynı şahıs tarafından yerine getirildiği rejim". Ayrıca bkz. Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 1945, s.135.

(79) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Devlet başkanının seçim veya veraset yoluyla işbaşına gelen bir hükümdar niteliği taşıdığı siyasî rejim."

(80) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yasama ve yürütme organları arasında ılımlı bir ayrılığa, eşit sayılan bu iki organın işbirliğine dayanan, bir yandan yasama organına yürütme organının kuruluşuna katılmak ve onu denetlemek , diğer yandan da yürütme organına yasama organının müzakerelerine katılmak, hatta bazı ülkelerde olduğu gibi gereğinde meclisi feshederek seçimleri yenilemek imkânını sağlayan siyasî rejim."

Ayrıca bkz. Türk Hukuk Lûgatı, age., s.135.

(81) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yönetenlerin halkın denetimine tâbi oldukları siyasî sistem."

(82) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Gerek yasama, gerek yürütme kuvvetlerinin bir tek kişi, bir direktuar veya tek bir parti tarafından herhangi bir denetime tâbi olmaksızın gerçekleştirildiği siyasî sistem."



doğrudan doğruya demokratik hükûmet (83), kanunî hükûmet (84), keyfi hükûmet (85), meclis hükûmeti (86), mutlakiyetçi hükûmet (87), otarşik hükûmet (88), temsilî hükûmet (89), yarı doğrudan demokratik hükûmet (90) deyimlerinde olduğu gibi.

"Hükûmet" deyimini, bazen "hükûmet konağı" anlamına gelir (91).

"Hükûmet"; siyasî bir topluluğun haiz olduğu kudret ve ege-menliğin faaliyet halidir (92).

- 
- (83) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Bütün devlet görevlerinin halkın tamamı tarafından bizzat yürütüldüğü siyasî sistem."
- (84) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yönetenlerin önceden konmuş kural-lara uyarak ve yargı mercilerini dış tesirlerin olumsuz baskısından uzak tutarak siyasî iktidarı kullandıkları sistem."
- (85) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yönetenlerin siyasî iktidarı kullanır-ken, günlük olayların akışına, kendi düşünce yararlarına göre davrandık-ları siyasî sistem."
- (86) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yasama ve yürütme kuvvetlerinin ya-sama organında toplandığı ve hükûmetin 'yürütme organının', meclisin 'ya-sama organının' emir ve iradesine tâbi olduğu hükûmet sistemi."  
Ayrıca bkz. Türk Hukuk Lûgatı, age., s.135.
- (87) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Egemenliği elinde tutuyor sayıldığı için halkın denetimine tâbi olmayan tek bir yöneticinin bulunduğu siyasî sistem."
- (88) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Siyasî iktidarı kullananların kendili-ğinden 'halk tarafından seçilmeksizin' işbaşına geldikleri hükûmet şekli."
- (89) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Halkın oyu ile işbaşına gelen hükû-met".  
Ayrıca bkz. Türk Hukuk Lûgatı, age., s.135.
- (90) Meydan - Larousse, age. ve madde. "Yurttaşların, referandum, halkın ka-nun teklifi ve halkın vetosu yollarıyla yasama kuvvetinin kullanılmasına katılmaya yetkili bulunduğu demokratik siyasî rejim."  
Ayrıca bkz. Türk Hukuk Lûgatı, age., s.135.
- (91) Meydan - Larousse, age. ve madde.
- (92) BAŞGİL, Ali Fuat: age., s.154.



"Hükûmet", yürütme yetkisini temsil eden kuvvetin "bütünü" dür (93).

"Hükûmet" deyimi; siyasî iktidarı elinde bulunduran kuvvet, devletin idare organlarının bütünü anlamını ifade eder (94).

"Hükûmet" ; "idare", "resmî makam" anlamlarına gelir.

"Hükûmet"; bir faaliyeti belirttiği gibi, bu faaliyeti yürüten kişi ve kurullar anlamına da gelir (95).

Nihayet "hükûmet" ; yaygın anlamı ile "yürütme kuvveti-icra kuvveti" ni, idare mekanizmasının en yüksek derecesini (Bakanlar Kurulu-İcra Vekilleri Heyetini) ifade eder (96).

O halde hukuk dilinde hükûmet, önce özel ve dar bir anlamda kullanılmakta ve bundan sırf yürütme kuvveti ve organları kastedilmektedir. Buna göre hükûmet "bir sosyal toplumda, belli olan kanunlara göre, emir ve nehiy (yasaklama) hakkına sahip olan yürütme kuvveti ve iradesi" dir (97).

Halkın ve kanun koyucuların kastettiği anlam, hemen daima budur. Bu anlam anayasa hukukunda da kullanılmakta ve anayasa-

---

(93) GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Polat: "Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi", Adalet Dergisi, Yıl 58, S.6, Haziran 1967, s.429-435.

(94) Meydan - Larousse, age. ve madde.

(95) Meydan - Larousse, age. ve madde.

(96) 1- Türk Hukuk Lûgatı, s.135.

2- YURTCAN, Erdener: "Yargıtayın Bir Kararı Üzerine: İktidarı Tahkir ve Tezyifin TCK.159. Maddeye Aykırılığı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLII, S.1-4, s.725-738.

(97) BAŞGİL, Ali Fuat: age., s.155, 2 No.lu dipnotta Hüseyin Kâzım, Büyük Türk Lûgatı'ndan naklen.



salar çok defa hükûmet deyimini yürütme organları için kullanmaktadırlar (98).

Bu kullanımın nedeni açıklanmaya elverişlidir. Halk yürütme kudretini, yürütme organı aracılığıyla duymaktadır. Halk ile ilişki kuran yürütme organıdır. Kanun koyucularına gelince, bunlar da haklı olarak pratik düşünmüşler, halk dilinden ayrılmamak istemişlerdir. Kanun halk içindir; halka hitap eder.

Yine hukuk dilinde hükûmet, ikinci ve geniş bir anlamda, faaliyet halindeki egemenliktir. Şu halde, bu anlamda hükûmet, yalnız yürütme kuvveti değil, devlet namına hareket eden ve devlet egemenliğini kullanan bütün organlardır (99). Bu organlardan bazıları karar verir, kanun yapar (yasama organı); bazıları karar ve kanunu uygular (yargı organı); icra ve infaz eder (yürütme organı). İşte bu organların bütünü hükûmeti oluşturur, egemenliği faaliyete geçirir, kuvveden fiile çıkarır (tasarlanan, düşünülen şeyi, işi gerçekleştirir).

Devlet ise ülke, halk ve siyasî birliğin prensibi olan kudret ve egemenliği toptan ifade eden hukukî, manevî, sentetik bir kişidir. Şu halde hükûmet bu kişinin devamını, gayesini gerçekleştiren bir araçtır (100).

---

(98) Kavramın Anayasa Hukuku bakımından (iktidar-egemenlik ayrımı, yürütme-hükûmet ayrımı) incelenmesi için bkz. SENKERİ, Tarık: Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, s.86-88.

(99) Aynı görüş için bkz. ÖZEK, Çetin : age. (I), s.40.

(100) BAŞGİL, Ali Fuat: age., s.156.



1924 tarihli Anayasanın (101) sekiz maddesinde (102) "İcra Vekilleri Heyeti" deyimi, yedi maddesinde (103) "hükûmet" deyimi kullanılmıştır. Beş maddede geçen "hükûmet" kelimesi, "İcra Vekilleri Heyeti" deyimi ile aynı anlamda, 23.maddedeki ise "devlet" anlamındadır (104). İcra Vekilleri Heyetinin hükûmetin genel siyasetinden müştereken sorumluluklarına dair 46.maddede geçen "hükûmet" deyimi, aşağıda açıklayacağımız gibi yürütme fonksiyonu ile ilgili ve İcra Vekilleri Heyetini de kapsayan daha geniş ve başka bir anlam taşımaktadır.

1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (105) "Bakanlar Kurulu" deyimi kullanılmıştır. Yalnız 105. maddede başbakanın, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak bakanlıklararası işbirliğini sağlayacağı ve "hükûmet" in genel siyasetinin yürütülmesini gözeteceği, Bakanlar Kurulunun bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumlu olacakları belirtilmiş ve bu suretle 1924 Anayasasında kullanılan anlamda "hükûmet" deyimi geçmiştir (106). Bu anayasada

(101) 16 Ramazan 1342 ve 20 Nisan 1340(1924) gün ve 491 no'lu Teşkilâtı Esasiye Kanunu, bkz.

1-İlk metin için : 3.Tertip Düstur, C.5, s.1019.

2-104 üncü maddesine göre ilk metin yerine "mâna ve kavramda değişiklik yapılmaksızın Türkçeleştirilmiş olarak 10 Ocak 1945 gün ve 4695 sayılı Kanunla yürürlüğe konan metin için: 3.Tertip Düstur, C.26, s.170.

3-4695 sayılı Kanunla yürürlüğe konan Türkçeleştirilmiş metnin 24 Aralık 1952 gün ve 5997 no'lu Kanunla yürürlükten kaldırılarak 1893,2599,3115,3272 sayılı kanunlarla değiştirilmiş bulunan 491 no'lu Kanunun yeniden yürürlüğe konulan metni için : 3.Tertip Düstur, C.34, s.131.

(102) bkz. 7,15,32,40,45,46,52 ve 86. maddeler.

(103) bkz. 7,23,36,42,46,51 ve 80. maddeler.

(104) bkz. 75 no'lu dipnot.

(105) 9 Temmuz 1961 tarih ve 334 no'lu Kanun.

(106) 1961 Anayasası gerekçesinde ise maddelerin aksine "hükûmet" deyimi geçmektedir. Örneğin "hükûmet programı", "hükûmetin güvenoyu istemesi", "hükûmetin düşmesi", "hükûmet ekseriyeti", "hükûmet istikrarı" gibi .



göze çarpan bir özellik de "devlet" deyiminin çok sık ve anlam bakımından karışıklığa yol açacak şekilde yer almış olmasıdır. Meselâ 2.maddede hükûmet şekli ile ilgili "demokratik ve hukukî" olmak nitelikleri "devlet" deyimini ile ifadelendirilmiştir (107). O halde hükûmet deyiminin mevzuatta genellikle "İcra Vekilleri Heyeti - Bakanlar Kurulu", "İcra-yürütme kuvveti-idare", "resmî makam" ve "devlet" anlamlarına kullanılması suretiyle devam edegelen karışıklığa 1961 Anayasası ile "devlet" deyiminin "hükûmet" veya "Bakanlar Kurulu" yerine kullanılmasıyla bir yenisi eklenmiştir.

1982 Anayasası (108) hükûmet deyimini yerine "Bakanlar Kurulu" deyimini tercih etmiş, ancak 112.maddenin ilk fıkrasında başbakanın "hükûmetin genel siyasetinin yürütülmesini" gözeticeği belirtilirken "Bakanlar Kurulu" değil "hükûmet" deyimini kullanmıştır.

Türk Ceza Kanununda ise iki defa "İcra Vekilleri Heyeti" deyimini geçmesine (109) karşılık , 42 defa "hükûmet" kelimesi ve Bakanlar Kurulunu da kapsamak üzere dört defa "siyasî heyet" (110) deyimini geçmektedir.

---

(107) Meydan - Larousse, age. ve madde.

(108) 7/11/1982 gün ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için bkz. 9/11/1982 gün ve 17863 Mükerrer sayılı RG.

(109) bkz. TCK. 147 ve 258. maddeler.

(110) bkz.TCK.md.255 (258. maddenin son fıkrası ile karşılaştırınız). TCK. md. 268 (Bu maddedeki anlam şüphelidir. EREM aksi kanıda görünmektedir. bkz. EREM, Faruk: age., C.I, s.377). TCK.'nun 483 ve 488 (ERMAN,Sahir: age., s.45) inci maddeleri. Sayın DÖNMEZER "siyasî heyet deyimiiyle devlet teşkilâtına dahil ve devletin siyasî fonksiyonlarını ifa eden teşekkülleri anlamak lâzım gelir. Meselâ B.M.M. , seçim kurulları bu anlamda birer siyasî heyettirler" demekte olduğuna göre "hükûmet" in "siyasî heyet" deyimine dahil bulunduğunu öncelikle kabul etmektedir (bkz. DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku, Hususî Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, 2.Baskı, İstanbul 1953, s.132).



42 hükûmet deyiminden sadece dördü "Bakanlar Kurulu" anlamında kullanılmıştır (111). On dokuzu "devlet" (112), on altısı "resmî makam" (113) ve biri de "Belediye" (114) anlamına gelmektedir. Birinin anlamı ise tartışmalıdır (115).

Nihayet Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesinde geçen hükûmet terimi ise 1924 Anayasasının 46 ve 1961 Anayasasının

(111) bkz. TCK. md. 128,143 (EREM, Faruk: age., C.I, s.95). TCK.148,241 (Hükûmet icraatı ibaresindeki hükûmet-EREM, Faruk: age., C.I, s.331) inci maddeler.

(112) bkz. TCK.md.128/3, 149 (EREM, Faruk: age., C.I, s.78). TCK. md.170 (hükûmet memuru deyimindeki hükûmet, bkz.75 no'lu dipnot.), md. 211 (iki defa) , maddenin dahil bulunduğu faslın başlığı "Devlet İdaresi Aleyhine Cürümler", md.241 (Hükûmet idaresi deyimindeki hükûmet- EREM, Faruk: age., C.I, s.331), md.242 (Hükûmet idaresi deyimindeki hükûmet – EREM, Faruk: age., C.I, s.331), md.243,246, 254, 275, 366 (T.C.K. 205. maddesi ile karşılaştırınız), md.378 (bkz. EREM, Faruk: Ceza Hukuku Hususî Hükümler, C.II, Ankara 1968, s.75-" devlete ait yapılar"), 476 ncı maddeleri ile İkinci Kitab'ın 3.Bab'ının 6.,7.,8. ve 10. Fasıllarının başlıkları.

(113) bkz. TCK. 151,170 (hükûmet tarafından ibaresindeki hükûmet), md.228,242 (hükûmet emirleri ibaresindeki hükûmet) , md.274,296 (iki defa) bkz. EREM, Faruk: age., C.I, s.455, 308 (bkz.EREM, Faruk: age., C.I, s.471), md.326 (bkz. EREM, Faruk: age., C.II, s.17-18), 357,492,498,500 (bkz. EREM, Faruk: age., C.II, s.571) , 531,543 ve 551 inci maddeleri.

(114) 26/4/1926 gün ve 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanun'un 22/6/1979 gün ve 2248 sayılı Kanunla değiştirilen 29.maddesine göre TCK. 538. maddesinde cezaları vermeye yetkili makam yani "hükûmet", "belediye" dir.

Seçimlerle ilgili propaganda duvar ilânlarının asılacağı yerlerin tayini ile asılmaya engel olanların veya bunları tahrip edenlerin cezalandırılmasına dair hükümler ise, 26/4/1961 gün ve 298 numaralı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun'un 28/12/1993 gün ve 3959 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 60 ve 10/6/1993 gün ve 2839 sayılı Kanunun 52. maddesi ile değişik 157 nci maddelerinde yer almıştır.

(115) bkz. TCK.332 ( bkz. EREM, Faruk: age., C.II, s.24) nci maddesi.





105 inci maddesindeki hükümet terimleriyle ve 1982 Anayasasının 8 ve 109 uncu maddelerinde geçen Bakanlar Kurulu ile eş anlam taşımaktadır ve konumuz bakımından asıl incelememiz gereken de "hükümet" in bu anlamıdır.

1982 tarihli Anayasamıza göre Türk milleti, kendisine ait olan egemenliği yetkili organları eliyle kullanır (md.6/2). Bu organlar yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. Yasama ve yargı organları, Türk milleti adına yasama ve yargı yetkisini kullanırlar (md.7 ve 9) Yürütme organı ise, kanunlar çerçevesinde yürütme görevini yerine getirir (md.8). Yani Türk milleti adına egemenlik yetkisini kullanmaz. O halde yürütme, yasamadan gelen bir iktidardır. Yürütmenin içeriğini yasama organı belirler. Yürütme görevinin "kanunlara uygun olarak" kullanılacağı belirtilmesi bu anlama gelir (116).

Yürütme organı, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşur (md. 8 ve 109). Cumhurbaşkanı gerekli gördükçe Bakanlar Kuruluna başkanlık eder (md. 104/b). Başbakan ve bakanlardan kurulu Bakanlar Kurulunun asıl başkanı başbakandır ve bu sıfatıyla bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir (md.112) (117).

---

(116) ÖZEK,Çetin: age. (II), s.197,198.

(117) Bakanlar Kurulu hakkında geniş bilgi için bkz.

1- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 3.Baskı, Ankara 1993, s.293-298.

2- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Anayasa Hukuku, 5.Baskı, Ankara1995,s.210-219.



Burada "Bakanlar Kurulu" ile "hükûmet" aynı anlamdadır (118), (119). Çünkü Anayasanın 6.maddesi egemenlik ile siyasî iktidarı ayırmıştır. Siyasî iktidarın işleyebilmesi belirli bir organizasyonu gerektirmektedir (120). Devlet faaliyetleri, devletteki siyasî iktidarın biçimlenişine ve biçimlenişte rol oynayan ideolojik esaslara göre değişmektedir (121). Devlet faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, iktidarın aktif bir şekle gelmesinden, iktidarın icrasından başka bir şey değildir (122). Devletin faaliyetleri belirli fonksiyonları ifa eden organlar elinde toplanmıştır.

Yürütme organı tarafından ifa edilen yürütme fonksiyonu birbirinden ayrı nitelikte bazı tasarrufları kapsamaktadır. Bu yüzden "idare" ve "yürütme" ayırımı ortaya atılmıştır. Çünkü yürütme fonksiyonu, bazan prensip kararları ile, bazan da tamamen sübjektif tasarruflarla gerçekleştirilmektedir. Genel prensip kararlarıyla, devletin millî menfaat ve varlığını ilgilendiren tasarruflar, hükûmet etmek kavramı içine girmektedir ve gerçek yürütme fonksiyonunu ortaya çıkarmaktadır. Buna karşılık, idare etmek, kanunların günlük uygulamasını sağlamak gibi bir fonksiyonu ifade etmektedir (123). Bu ayırımı göre meselâ Bakanlar Kurulu tek tek, bir bakanlık departmanı şeklinde biçimlenen kamu hizmetinin şeffi durumundadırlar ve bu bakımdan idarî fonksiyon görmektedir-

---

(118) MUMCU, Uğur: "Hükûmetin Manevî Şahsiyeti", Cumhuriyet Gazetesi, 5 Mart 1971.

(119) Yargıtay 1.Ceza Dairesi ise 25/10/1967 gün ve 2585/2504 sayılı kararında "sanığın sözlerinin, devletin yürütme organı olan Bakanlar Kurulunu kastederek değil" demek suretiyle "hükûmet" deyimi ile "Bakanlar Kurulu"nu aynı anlamda kullanmıştır. bkz. ÇAĞLAYAN, Muhtar: age., s.282.

(120) ÖZEK, Çetin: agm., s.676.

(121) ÖZEK, Çetin: age.(I), s.191.

(122) ÖZEK, Çetin: age.(I), s.192, Wigny ve Kubalı'dan naklen.

(123) ÖZEK, Çetin: age. (I), s.193, Phillips-Ellenbogen'den naklen.



ler. Buna karşılık, kabine halinde ortaya çıkan kolektif organ; iktidarı, siyasî icra fonksiyonunu kullanmaktadır (124). İşte kişiler veya kurullar tarafından siyasî iktidarın kullanılmasına, fonksiyonel bir tanımlama ile "hükûmet" adı verilmektedir. "Hükûmette olmak", "hükûmet etmek" derken kastedilen bu fonksiyonel anlamdır. Gerçekten de hükûmet etmek veya hükûmette olmak, devlet işlerini yapmak veya yaptırmakla görevlendirilmek ve bu suretle siyasî iktidarı kullanır hale gelmektir.

Demek ki "hükûmet"; bir faaliyeti belirttiği gibi, bu faaliyeti yürüten kişi veya kurulları da ifade edebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu yönü ile de "hükûmet" biri geniş, biri dar olmak üzere iki anlam taşır: Geniş olarak siyasî iktidarı kullanan bütün devlet

---

(124) ÖZEK,Çetin: age.(I), s.254, Duverger'den naklen.

Bazılarına göre devletin üç büyük fonksiyonu vardır :

1- Yasama Fonksiyonu,

2- Yönetme Fonksiyonu,

3- Yargı Fonksiyonu. Yasama fonksiyonu yoluyla devlet objektif hukuku formüle eder yahut uygulanmasını sağlar. Yönetme fonksiyonu ile devlet, bir subjektif hukukî durumu ihdas eder yahut kanunî bir durumun uygulanmasını ferdî bir fiilin ifasıyla şartlı kılar. Yargı fonksiyonuyla devlet, hukuka aykırı bir fiil veya anlaşmazlık takdirinde, bir hukuk kuralının veya hukukî bir durumun varlığı veya kapsamını görerek bu kurala veya duruma uymayı sağlamayı gerektiren tedbirleri emreder. Yargı fonksiyonu ile adalet fonksiyonu birbirinden ayrıdır.

Bazıları ise devletin yasama ve yönetme olmak üzere iki asıl fonksiyonu olduğunu ileri sürmektedirler. Yürütme ve yargı fonksiyonu, yönetme fonksiyonuna dahildir. bkz. DUGUÏT,Leon : Cemiyet , Hukuk ve Devlet Nazariyeleri (Çev. Dr. Etem MENEMENCIOĞLU), İstanbul 1939, s.69-70.



organlarını, dar olarak da yalnız yürütme organı içinde yer alan Bakanlar Kurulunu belirler (125).

Diğer taraftan Anayasalarımızdaki "hükûmetin genel siyaseti" ibaresindeki "hükûmet" deyimini ile ilk bakışta Bakanlar Kurulunun kastedildiği kanısı uyanmakta ise de "hükûmetin genel siyaseti" denilirken Bakanlar Kurulundan farklı bir kavram düşünülmesi gerektiği görüşünde olanlar vardır (126). Çünkü genel siyasetin saptanmasında asıl yetkili organ Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Bu nedenle hükûmet programı meclislerde okunur ve Millet Meclisinin güvenoyuna başvurularak onamaları alınır. Bu bakımdan genel siyasetin yürütülmesini gözetmekle yükümlü başbakan mecliste beliren genel siyaset sınırları içinde hareket etmek durumunda kalacaktır (127). Yürütmenin "kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği" yolundaki 1982 Anayasasının hükmü (md.8), bu görüşün temelidir.

---

(125) Meydan - Larousse, age. ve madde. Sayın Ali Fuat BAŞGİL yukarıda belirtildiği gibi hükûmet deyimini çok geniş anlamda alıyordu (age., s.156.). Diğer bir eserinde İcra Vekilleri Heyeti-Bakanlar Kurulu için bakanların hükûmet ve idare işlerine dair müşterek kararlar almak üzere toplanmalarından hasıl olan heyettir ve başbakan için de; Bakanlar Kurulu ile hükûmet ve idarenin bilfiil ve hukuken sorumlu başkanıdır demektedir. ( bkz. BAŞGİL, Ali Fuat: Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul 1946, s.62). Bu ifadeleriyle sayın BAŞGİL, yürütme kuvvetini, hükûmet ve idare olarak ayırmakta; Bakanlar Kurulunu da bunlara ait işlere dair ortak kararlar alan ve fakat hükûmet ve idareden ayrı ve onlarla birlikte başbakana bağlı bir kurul saymaktadır.

(126) EREM, Faruk: age., C.I, s.115.

(127) Meydan - Larousse, age. ve madde.



17/2/1965 tarihinde kabul edilerek yayımı tarihinde yürürlüğe giren (128) ve halen yürürlükte bulunmayan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Birleşik Toplantısı İçtüzüğü" , 12 ve 13 üncü maddelerinde 1961 Anayasasının 105 inci maddesine aykırı olarak "hükûmetin genel siyaseti" deyimini "Bakanlar Kurulunun genel siyaseti" şeklinde ifade ile "hükûmet" ve "Bakanlar Kurulunu" deyimlerini aynı anlamda saymıştır (129). Böyle olunca Birleşik Toplantı İçtüzüğünde artık hükûmet deyiminin hiç geçmemesi gerektiği halde 17.maddesinde Soruşturma Komisyonunun "hükûmet" ten gerekli bilgileri isteyebileceği ve "hükûmet" in bütün araçlarından yararlanacağı yazılmıştır. Aslında bu kullanım doğrudur. Çünkü başbakan, Bakanlar Kurulu veya üyeleri hakkındaki soruşturmada, özellikle genel siyasetle ilgili soruşturmada istenilecek bilgi, sadece Bakanlar Kurulunda değil, Cumhurbaşkanı da dahil tümü ile yürütme fonksiyonunu icra eden organda bulunabilir. Bu geniş anlamı da "Bakanlar Kurulu" deyimini değil, "hükûmet" kavramı ifade eder.

2/Mayıs/1927 tarihinde 1924 Anayasası döneminde kabul edilmiş olup, 1961 Anayasasının Geçici 3.maddesi gereğince 27 Ekim 1957 tarihinden önceki şekli ile tekrar yürürlüğe konulan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Dahilî Nizamnamesi" ise Birleşik Toplantı İçtüzüğünün aksine hemen hemen yalnız hükûmet terimini kullanmış, âdetâ İcra Vekilleri Heyeti – Bakanlar Kurulu terimini kullanmamak için özel itina göstermiştir. Meselâ 188.maddesinde "İcra Vekilleri Heyeti" yerine "Heyeti hükûmet" deyimini kullanmıştır. Keza 1924 Anayasasının, kanun teklifi hakkının İcra Vekil-

---

(128) 1/3/1965 gün ve 11941 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

(129) Yargıtay 1.Ceza Dairesi 6/3/1968 tarih ve 449/11 sayılı kararı ile 22/5/1968 gün ve 1042/1542 sayılı kararında aynı şekilde "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyimini yerine "Bakanlar Kurulunun manevî şahsiyeti" deyimini kullanmıştır. bkz. ÇAĞLAYAN, Muhtar: age., s.273, 272.



leri Heyetine ait olduğunu belirten 15.maddesine rağmen Dahilî Nizamname-İçtüzük 66.maddesinde "hükûmet" demiştir.

1961 Anayasasından sonra 27 Aralık 1963 tarihinde kabul edilen ve yürürlüğe geren "Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü" de , yalnız Anayasanın 91. maddesinin karşılığı olan 21.maddesinde kanun teklifi yetkisinden bahsederken "Bakanlar Kurulu" terimini kullanmaktadır. Diğer bütün maddelerinde, madde matlaplarında, bölüm ve kısım başlıklarında sadece "hükûmet" tâbiri geçmektedir. Bu tarzda kullanışta belli bir amaç güdülmüş değildir. Hükûmet terimi yerine göre Bakanlar Kurulunu, idareyi veya geniş anlamda hükûmeti ifade etmektedir.

5 Mart 1973 gün ve 584 sayılı (130) ve halen yürürlükte bulunan Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde ise hem "Bakanlar Kurulu", hem "hükûmet" tâbirleri kullanılmış ve hatta bazen aynı maddenin başlığında ve içeriğinde her ikisi birden yer almıştır (131).

Görüldüğü gibi halen yürürlükte bulunmayan ve fakat bir süre yasama organının çalışma şekillerini düzenleyen bu tüzüklerde "hükûmet" terimi maalesef yine yerli yersiz kullanılmış ve hatta Anayasanın 105.maddesine muhalefet dahi edilmiştir. Bu nedenle "hükûmet" deyiminin anlamını saptamaya çalışırken bu eski mevzuattan da yararlanma imkânına sahip değiliz.

Böyle olunca yukarıdan beri devam edegelen açıklamalardan varacağımız sonuç; "hükûmet" in yürütme organına düşen idarî ve

---

(130) 13/4/1973 gün ve 14506 sayılı RG.

(131) 5/3/1973 gün ve 584 sayılı TBMM. İçtüzüğünde "Bakanlar Kurulu" tâbiri geçen maddeler: 21,31,78,107,111,127,129,130. "Hükûmet " tâbiri geçen maddeler: 30, 37 , 62, 73, 75, 78, 96, 98, 100, 102, 123, 124.



siyasî iktidarı bütünü ile ifade etmekte olduğudur (132). Bakanlar Kurulu ise yalnız siyasî icra fonksiyonunu kullanan bir heyettir (133). Daha açık bir deyişle "hükûmet" deyimi, Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulunu kapsayan tüm yürütme anlamına gelmektedir (134). Ceza Kanununun 159.maddesindeki "hükûmet" de bu anlamda kullanılmış olup sadece Bakanlar Kurulunu ifade etmez. Esasen "hükûmetin manevî şahsiyeti"ni Bakanlar Kurulundan ayırarak düşünmek gereklidir (135).

### **b) Suç mağduru olarak "hükûmet" :**

Gerek mahkemeler (136) ve gerek konuyu şimdikiye kadar ince-

---

(132) Yargıtay 1.CD.'nin 24/5/1967 gün ve 1291/1353 sayılı ve 9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararlarında "hükûmet" , Anayasaya göre, yürütme yetkisini -Bu tâbir yerine görev deyiminin kullanılması gerekir- temsil eden ve kullanan kuvvetin "bütünü"dür. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.283, 282.

(133) ÖZEK, Çetin: age.(II) , s.254.

(134) MUMCU,Uğur: agm.

(135) EREM, Faruk: age., C.I, s.115.

(136) Yargıtay 1.Ceza Dairesinin :

1-25/10/1967 gün ve 2585/2504 sayılı,

2-6/3/1968 gün ve 449/11 sayılı,

3-22/5/1968 gün ve 1042/1542 sayılı kararları.

Yine Yargıtay 1.Ceza Dairesi , bazı kararlarında " hükûmet" deyimini açıklarken geniş anlamı ile belirtmiştir :

1-24/5/1967 gün ve 1291 / 1353 sayılı,

2-9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararları.

Bu kararlar için bkz. :

ÇAĞLAYAN, M.Muhtar: age., s.282,273,272,283,282.



lemiş bulunan müellifler (137), Ceza Kanununun uygulanışı bakımından "hükümet" deyimini genellikle geniş anlamından çok dar anlamı ile "Bakanlar Kurulu" olarak kabul etmek eğiliminde görünmektedirler. Bu anlayışın uygulamada kolaylık sağladığı bir gerçektir. Ancak ne şekilde mânalandırılmış olursa olsun suçun mağduru "hükümet", yahut kanunun ifadesiyle "hükümetin manevî şahsiyeti"dir.

(137) bkz. İnceleme tarihi sırası ile :

1-ERMAN,Sahir: agm., (1951 yılı):

"..... Bu itibarla Bakanlar Kurulu dışında kalan biltümle icraî heyet ve teşekküllerin tahkir ve tezyifi 159 uncu maddedeki suçı vücuda getirmez." s.278.

2-AKGÜÇ,Atıf: agm., (1951 yılı):

"Bu maddede himaye edilmek istenilen umumî menfaat, sadece kabine-nin, bir siyasî heyetin, Bakanlar Kurulunun nüfuz ve itibarına ait menfaattir." , "Hükümet mefhumunu bakanların şahsından müstakil ve Bakanlar Kurulu mânasında almak icabeder."

3-ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: "Türk Ceza Kanununun 159 uncu maddesi Üzerinde Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Yıl:54, Ankara 1963, s.1164-1181 ile ÇAĞLAYAN, M.Muhtar: age.,s.256-261.

"Hükümet tâbiri, hukukî mânada mücerret(soyut) olarak devletin bir icra organını, müşahhas (somut) mânada da başbakanın etrafında toplanmış bulunan 'Bakanlar Kurulu' nu ifade eder."age., s.258.

4-EREM, Faruk: age., C.I, (1968 yılı) mütereddittir : "Hükümet" teriminin Bakanlar Kurulu ile eş anlamda olduğu söylenebilir." , "Hükümetin manevî şahsiyeti" ni Bakanlar Kurulundan ayrı düşünmek gereklidir." s.115.

5-MUMCU, Uğur: agm., (1971 Yılı):

"Türk Ceza Yasasının koruduğu kişilik, sadece Bakanlar Kurulundur. Yürütmenin bir parçası olan Bakanlar Kuruluna hükümet adı vermek hiçbir anayasal temele dayanmamaktadır."

6-GÜNDEL, Ahmet: Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e , Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları, Ankara 1997, Seçkin Yayınevi.

"Hükümet : Devletin yürütme organı olarak başbakan ve bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulu" nun tümünü ifade eder.

İktidar ve hükümet kavramları farklı olarak nitelendirilmektedir. İktidar hükümet kavramından daha geniş olarak devlet gücünü elinde bulunduran müesseselerin tümünü ifade eder. Oysa hükümet, bu gücün belirli bir parçasıdır." s.89.





Bu bakımdan, hükûmetin başkanı olmakla beraber hükûmetin kendisi olmadığı için başbakana (138) veya Bakanlar Kurulu üyesi olan bakanlara (139) karşı yapılan saldırılar bu suçu teşkil etmez. Saldırının, yürütme kuvvetinin bütünü niteliğinde bulunan hükûmete karşı yapılmış olması lâzımdır (140). Çünkü politik icra fonksiyonu, şahısların dışında kabine tarafından yürütülmektedir. Bu bakımdan fiilin bütün halinde kabine aleyhine işlenmesi gerekir (141). Tek tek başbakana ya da bakanlara hakaret ve sövme, ya da tezyif Türk Ceza Kanununun 159.maddesi kapsamına girmez (142).

Hükûmete, yani yürütme organına bağlı ve onun emirlerini ifa eden diğer organ veya müesseseler, Türk Ceza Kanununun 159.maddesinin kapsamına girmemektedirler. Bu bakımdan Bakanlar Kurulu dışında kalan bütün icraî heyet ve teşekküller (143)

---

(138) Roma İstinaf Mahkemesinin 17/10/1957 günlü kararı. bkz. ERMAN, Sahir: agm., s.278.

(139) bkz:

1- AKGÜÇ, Atıf: agm.

2-Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 15/4/1969 gün ve 723-1090 sayılı kararı:

".....Bir kısım bakanların şahıslarının hedef tutulduğu kabul edilse bile olayda TCK. 159.maddesinin uygulama yeri görülememiştir. Çünkü bu maddede ancak 'hükûmetin manevî şahsiyeti'ni tahkir fiili suç sayılmıştır." bkz. ÇAĞLAYAN, M.Muhtar: age., s.264.

3- Ayrıca 69 ve 71 no'lu dipnotlar.

(140) Yargıtay 1.CD.'nin 24/5/1967 gün ve 1291/1353 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.283.

(141) ÖZEK, Çetin: age. (II), s.261.

(142) GÜNDEL, Ahmet: age., s.89.

(143) ERMAN, Sahir: agm., s.278.



ile mahallî idare makamlarının (144) tahkir ve tezyifi 159.madde-  
deki suç u vücuda getirmez.

Suç mağduru olarak hükûmet; soyut ve ideal bir varlığı "enti-  
ta ideale" ifade ettiği kadar, maddî ve somut mânasına da alınmış-  
tır. Meselâ Adnan Menderes, Recep Peker Kabinesi ve hükûmeti  
gibi (145). Yani hükûmetin soyut olarak, ideal bir kavram sıfatıyla  
tahkir ve tezyif edilmesi, hükûmet fikrine hücum edilmesi şart  
değildir. Somut olarak, yani belli bir tarihî andaki hükûmete teca-  
vüz edilmesi de suç u oluşturur. Fail soyut olarak hükûmet fikri-  
ne, bir hükûmet organının yarar ve lüzumuna kani olabilir de, bel-  
li bir hükûmeti beğenmeyebilir, onu tahkir ve tezyif edebilir. İşte  
bu fiil de, yine yalnız kurum olarak hükûmetle ilgili bulunmak ve  
kişilere ilişkin olmamak şartıyla suç teşkil eder. Çünkü 159.mad-  
dedeki "hükûmet" tâbiri hem soyut olarak organı, hem de somut  
olarak bir heyeti ifade etmektedir (146).

---

(144) Yargıtay 1.Ceza Dairesinin :

21/1/1953 gün ve 563/244 sayılı kararı ile özellikle 25/10/1967 gün ve  
2585/2504 sayılı kararı : " ..... tanıklar sanığın kavga sırasında "ba-  
na ceza verecek kanununun da, bana ceza verecek adamın da, hükûmetin de"  
diyerek sövdüğünü bildirmişlerdir. Hâdise sebebine, oluşa göre sanığın  
sözlerinin, devletin yürütme organı olan Bakanlar Kurulunu kast ederek  
değil, kendisini ceza takibatına uğratacak mahallî idarî makamlara ve ka-  
nuna mâtuf olduğu ortaya çıkmaktadır." ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age.,  
s.282.

(145) AKGÜÇ, Atıf: agm.

(146) ERMAN, Sahir: age., s.278,279 ve 9 no'lu not : "İtalyan Yargıtayı 27 Kasım  
1950 ... Yargıtay 5.Ceza Dairesi 4/11/1948 tarih ve E.47/2368, K.48/2635  
sayılı kararında "Saraçoğlu hükûmetinin süflî olduğu" hakkında söylenmiş  
sözleri -bu sözler muayyen bir hükûmete râci oldukları halde- hükûmetin  
manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif mahiyetinde kabul etmiştir." Bu Yargı-  
tay kararı için bkz. PERİNÇEK Sadık-Cahit ÖZDEN: Türk Ceza Kanunu  
ve Buna Ait Seçilmiş Yargıtay Kararları, İstanbul 1950, s.152.



Sayın Erem bu konuda, maddedeki manevî şahsiyet deyimini gözönüne alarak aksi görüşü savunmakta ve "muayyen (belli) bir hükûmet hakkında 'manevî şahsiyet' e tecavüz her zaman mevcut (var) sayılamaz. Bakanlar ve hükûmetin değişebilir olmasına mu-kabil (karşılık) 'manevî şahsiyet' daima devam eder" demektedir (147).

Hükûmet ile iktidar partisini de birbirine karıştırmamak lâ-zımdır. Bu bakımdan tahkiri içeren deyimlerin gerçekten hükûme-te mi, yoksa hükûmeti elinde tutan siyasî parti veya partilere mi ilişkin olduğunu saptamak gerekir. Fail hükûmeti oluşturan parti veya koalisyon kabinesi kurulması halinde karma hükûmete katı-lan partilere tecavüz etmiş ise Türk Ceza Kanununun 159.madde-sindeki suç olmaz(148). Yargıtay da aynı görüştedir (149).

"Devlet" i tahkir ve tezyif eden kimse hükûmetin manevî şah-siyetini tahkir ve tezyif suçunu işlemiş olur mu?

Başka bir deyişle "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyimine "devlet" kavramı da dahil midir?

---

(147) EREM, Faruk: age., C.I, s.113.

(148) ERMAN,Sahir: agm., s.279.

(149) Yargıtay 1.CD.'nin 8/2/1951 gün ve 108/309 sayılı kararı : "İktidar partisi ile hükûmetin manevî şahsiyeti bir tutularak .... karar verilmesi ..... yol-suzdur. bkz. ERMAN, Sahir: agm., s.280, 13 no'lu dipnot.



Yargıtay "devlet"e yapılan saldırının "hükûmetin manevî şahsiyeti" ne hakaret suçunu oluşturmayacağı sonucuna varmıştır (150).

Çünkü devlet, hukukî mânada 159. maddede sayılan müesseselerden tamamen ayrıdır. Kendilerine hakaret edilmesi düşünülenler, devletin şekli ve organlarıdır. Bu bakımdan "devlet" deyiimi ile "hükûmet" in kastedildiği kabul olunamaz. Aksi halde devlete karşı vuku bulan hakaret fiili ile cumhuriyete,devletin silâhlı kuvvetlerine, devletin fonksiyonu olan hükûmetle yargı kuvvetine karşı hakaret suçunun işlenmiş olduğunu kabul etmek ve bunlardan dolayı ayrı ayrı ceza vermek gerekecektir. Kanun koyucu, hukukî bir varlık olan devlete karşı hakaretin vaki olacağını farz ve kabul etmeyerek devletin şekli ve fonksiyonlarının hakarete hedef olabileceklerini kabul eylemiştir (151).

Sayın Erem, bu görüşte değildir : "Devlet" maddede bağımsız olarak zikredilmemiş olmakla beraber devletin manevî şahsiyetine tecavüzün madde hükmüne dahil olacağını tabii bulunduğu kanısındadır (152).

(150) Yargıtay 1.CD.'nin 16/2/1949 tarih ve 905/204 sayılı kararı :

" ..... 2-Ancak tahsildarın bu parayı devlete ödeyeceksin demesine mukabeleten sanığın fevren devlete sövdüğü carî tahkikattan anlaşılmakta ise de hukukî bir varlığı ifade eden devlet tâbirinin TCK.159.maddesinde tâdat edilip teşrii, idarî ve adlî vazife gören organlara şâmil olup olmadığı ve sanığın mezkûr lâfzı hükûmetin manevî şahsiyetini kastetmek suretiyle söyleyip söylemediği etraflı olarak mütalâa ve münakaşa edilmemiştir."

Bu karar için bkz. : 1- İleri Hukuk Dergisi, S.45, Mart 1949, s.701.

2- PERİNÇEK,Sadık – Cahit ÖZDEN: age., s.153.

(151) İleri Hukuk Dergisi, S.45, Mart 1949, s.700' de 138 no'lu dipnotta sözü edilen Yargıtay kararı üzerine konulan mütalâa'dan naklen.

(152) EREM,Faruk: age., C.I, s.113.



## 2- Manevî Şahsiyet :

"Manevî şahsiyet" deyiimi doktrinimizde ayrıca incelenmemiş; tüzel kişilerden veya hükümetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçundan söz edilirken çok yüzeyde kalınarak ele alınmıştır.

Genellikle "manevî şahıs" tâbiri, "hükmî şahıs-tüzelkişi" deyiimi ile eşanlamda kullanılmıştır (153). Mevzuatımızda ise 1924 Anayasasının 40.maddesinde "Türkiye Büyük Millet Meclisinin şahsiyeti maneviyesi", Türk Ceza Kanununun 159.maddesinin ilk metninde "hükümetin şahsı manevîsi" ve 3038 sayılı Kanunla değişen metinle halen yürürlükteki metinde "hükümetin manevî

(153) Bu konuda bkz.:

1- ARSEBÜK, Esat: Medenî Hukuk , I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938.

" Maddî şahısların yanında manevî şahıslar, hakikî şahısların yanında manevî şahıslar vardır. Hükmî ve manevî şahıslar, aynı kavramı anlatan tâbirlerdir. " s.182.

2- BAŞGİL, Ali Fuat: Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, II.Bası, Başlangıç, İstanbul 1941.

"Türk hukuku klâsik hukuku takiben, fizik ve manevî, iki nevi şahıs kabul etmektedir. Fizik şahıslar, sen ben gibi, maddî varlığı olan insanî mevcuttur... Manevî şahıslara gelince, bunlar devlet, velâyet ve amme menfaatlarına hâdim amme müesseseleriyle cemiyetler ve şirketler gibi muayyen bir fikir ve gayenin tahakkuku yolunda kurulmuş birliklerdir,... maddî varlıkları yoktur... İşte hukuk tekniği şu manevî yahut sosyolojik varlığı da , fizik varlıklarla kıyaslayarak şahıs itibar etmekte ve ...bu varlıklara hukukta 'hükmî şahıs' denilmektedir." s.133.

3- OKANDAN, Recai Galip: Devletin Şahsiyeti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XV, İstanbul 1949.

"Manevî şahıs tâbirini personnalité morale'in mukabili olarak kullanıyoruz. Bizde bu hususta umumiyetle hükmî şahıs terimi kullanılmaktadır.", s.485, 5 No.lu dipnot.

4- AKGÜÇ, Atıf: agm. "Hukuk âleminde manevî şahıs ve hükmî şahıs aynı mânaya gelmektedir."



şahsiyeti" ve "adliyenin manevî şahsiyeti" şeklinde geçmektedir. 1961 Anayasasının 110.maddesinde ise -Gerekçede maddenin eski 40.madde yerine düzenlendiği belirtildiği halde hiçbir gerekçe gösterilmeden "şahsiyeti maneviye" tabiri yerine - "manevî varlık" deyimini kullanılmıştır. 1982 Anayasası da 117/1 maddesinde aynı şekilde "manevî varlık" deyimini tekrarlamıştır.

Demek oluyor ki, halen "manevî şahsiyet" tâbiri yalnız Ceza Kanunumuzda vardır. O halde bu tâbirin, Ceza Kanununda da "hükmî şahsiyet-tüzelkişilik" deyimini yerine, yani onun eşanlamlısı olarak yer alıp almadığını araştırmamız gerekmektedir (154).

Bilindiği gibi tüzelkişiliğe "devlet" sahiptir (155). Devleti oluşturan organlardan biri olan hükûmetin tüzelkişiliği yoktur (156). Egemenlik ancak milletin hukukî bir şahıs halinde görünüşü olan devlet hukukî şahsiyetinde hukukî dayanağa kavuşur ve hukukî sonuçlar doğurur. Devlet organlarının kullandığı yetkiler devletin

---

(154) Kanunun fiilen görev yapan hükûmetin prestijini korumakta oluşu bakımından benzer kavramlar için bkz:

- Hükûmeti teşkil eden kişilerin tahkir ve tezyifi için bkz. SENKERİ, Tarık: age., s.93.

- Hükûmetin tali organlarının tahkir ve tezyifi için bkz. SENKERİ, Tarık: age., s.94-95.

- Bakanlar Kurulunu tahkir ve tezyif için bkz.SENKERİ,Tarık: age.,s.95-96.

- İktidar ve iktidar partisini tahkir ve tezyif için bkz. SENKERİ, Tarık: age., s.96-97.

- Devleti tahkir ve tezyif için bkz. SENKERİ, Tarık: age., s.97-98.

(155) BAŞGİL, Ali Fuat: age. (1941), s.131; ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.257; AKGÜÇ,Atıf: agm.

Devletin bile tüzelkişiliği bulunmadığını ileri sürenler vardır. Devletin şahsiyeti ile bu husustaki çeşitli görüşler hakkında bkz. OKANDAN,Recai Galip: agm., s.483-526.

(156) MUMCU,Uğur: agm. ; ERMAN, Sahir: agm., s.278.



şahsına "ilişkin olarak" kendilerine Anayasa tarafından verilmiş ve yine Anayasa tarafından muhtevaları (içerikleri) ve sınırları belirtilmiş yetkilerden ibarettir (157). Bu bakımdan manevî şahsiyet tâbiri, tüzelkişiliğin müteradifi (anlamdaşı) olarak kullanılmış olamaz. Kaldı ki, bu görüş, artık terk edilmiştir (158). Georges Burdeau gibi sosyolojik eğilimli yeni hukukçular manevî şahsiyet ile tüzelkişiliği birbirinden ayırmaktadır : Sadece bir patrimuvanın bir gayeye tahsisi maksadıyla kurulan bir tesis'in tüzelkişiliği varsa da manevî şahsiyeti yoktur. Halbuki belirli kimselerin meşrû bir gaye veya hukuken himayeye lâyık bir menfaat etrafında toplanmasından meydana gelen topluluk halindeki belediye, köy, siyasî parti ,sendika, üniversite, baro gibi teşekküllerle dernek ve şirketlerin hem manevî ve hem de hukukî kişiliği vardır. Tüzelkişilik manevî kişiliği gerektirmeyeceği gibi her manevî şahsiyet de tüzelkişiliği zarurî kılmaz (159). Hatta bazılarına göre tüzelkişiliğe sa-

---

(157) KUBALI,Hüseyin Nail: "Büyük Millet Meclisinin Hukukî Şahsiyeti", 9 Şubat 1964 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

(158) Bu konuda bkz. :

1- AKİPEK, Jale G.: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri - Şahsın Hukuku,

İkinci Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara [basım yılı yok]:

"Hükmî şahıslar , bazen pek doğru olmayarak manevî şahıs olarak adlandırılırlar." s.215.

2- EREM, Faruk: age., C.I:

"Manevî şahsiyet, 'hükmî şahsiyet' ten tamamıyla başka bir kavramdır." s.112.

(159) KUBALI, Hüseyin Nail: "Büyük Millet Meclisinin Manevî Şahsiyeti", 12 Şubat 1964 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.



hip olmayan hükûmetin manevî şahsiyeti de yoktur (160). Çünkü "tüzelkişilikten mahrum devlet organları, ilmî ve sosyolojik mânada, manevî kişilikten de mahrumdur. Varlıkları mücerret (soyut) değil, müşahhasdır (somuttur) (161)".

O halde Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde "manevî şahsiyet" tâbiri hangi amaçla kullanılmıştır?

Erman'a göre hükûmeti bütünleştiren kişilerin şahsî şereflerinin değil, bir anayasa organı olan hükûmetin prestijinin korunması maksadıyla ve sırf bu yönü belirtmek ve böylece hükûmeti vücuda getiren kimselerin maddî şahsiyetini madde kapsamı dışında bırakmak için, kanun, hükûmetin manevî şahsiyetinden söz etmiştir (162).

Bir bakıma Erem'e göre suçun belli bir hükûmete özgü olmadığını göstermek amacıyla manevî şahsiyet deyiimi kullanılmıştır. Çünkü bakanlar ve hükûmetin değişir olmasına karşılık "manevî şahsiyet" daima devam eder (163).

---

(160) 1- MUMCU, Uğur: agm.: "Bugünkü uygulamaya göre, Türk Ceza Yasası, yürütmenin bir parçasını almakta ve bu parçaya manevî kişilik vermektedir... Hükûmetin manevî şahsiyeti anayasal anlamdan yoksundur. Demokratik ülkelerde hükûmetlerin manevî şahsiyetlerinden söz edilemez... 159.maddede yer alan 'hükûmetin manevî şahsiyeti' kavramı Anayasaya aykırıdır."

2- DÖNMEZER Sulhi-Feridun YENİSEY : Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, 1998 Alkım Yayınları, s.688. "Hükûmet devletin bir organıdır. Bu nedenle manevî şahsiyeti olmayacağından..."

(161) KUBALI, Hüseyin Nail: agm., 12 Şubat 1964.

(162) ERMAN, Sahir : agm., s.278.

(163) EREM , Faruk: age., C.I, s.113.





Çağlayan'a göre; gerçekte hukukî mânada hükûmî şahsiyete sahip olan kurum ancak "devlet" tir. Bu nedenle 'hükûmetin manevî şahsiyetinin sözkonusu edilmemesi gerekir. Ancak kanun koyucu, kendi hizmetinde bulunmak üzere iktidara getirilmiş, memleketi idare görev ve sorumluluğu omuzlarına yüklenmiş olan, bu itibarla devletin en yüksek idarî ve siyasî organı durumunda bulunan "hükûmet" in bütün halinde prestijini, otoritesini, onu teşkil eden hakikî şahıslarinkinden tamamen ayrı ve bağımsız olarak, yapılacak tecavüz ve hakaretlere karşı korumayı lâzım ve zorunlu görmüştür.

Böylece kanun koyucu gerçekte hükûmetin hukuken hükûmî şahsiyete sahip bulunmadığını bilerek bu deyimini kullanmış ve koyduğu ceza yaptırımını ile hükûmetin şeref ve haysiyetini, kötüniyetle ve özel kastla yapılacak olan tahkir ve tezyif fiillerine karşı korumak gayesini gütmüştür. İşte Kanunumuzun 159.maddede "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyimini kullanmasının nedeni ve bununla korunmak istenen hukukî menfaat budur (164).

1997 yılında hazırlanan "Türk Ceza Kanunu Tasarısı" nın Türk Ceza Kanununun 159.maddesi karşılığı olarak 'Manevî Varlığa Hakaret' matlabı altında yeniden düzenlenen 427.maddesinin gerekçesine göre "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyimini, devletin organı olan hükûmetin şahsiyeti olmayacağından maddeye konulmamış ve hükûmet deyimini yerine de Anayasada yürütme gücünün bir parçası olarak kullanılan "Bakanlar Kurulu" deyimini alınmıştır. Böylece anayasa ve hukukî esaslarda uyumluluk sağlanmıştır. Ta-

---

(164) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.257.



sarıya göre suç, "Bakanlar Kurulunu alenen tahkir ve tezyif" (165) dir.

Türk Ceza Kanununun 159.maddesinde gösterilenleri belli bir kavramda ortak saymak suretiyle bir sonuca varmak mümkündür. Bu maddede sayılanlara hakaret , milletçe ortak bir duyguyu rencide eder, maddede gösterilenlerde bu duyguyu temsil vasfı (andırma niteliği) vardır. Millî bir duygunun bu biçimde somut hale gelmiş şekline "manevî şahsiyet" demek lâzımdır (166).

Yargıtay da kavramı bu yönü,yani millî duygu yönü ile almış ve maddede "hükûmetin manevî şahsiyeti" deyiminin, yürütme yetkisini -görevi olacak- kullanan anayasa organının mücerret (soyut) millî varlığı anlamına kullanıldığını ve mücerret anlamda korunan hükûmete manevî şahsiyet izafe edildiği (tanındığı) sonucuna varmış (167) ve hükûmet için "kamu manevî şahsiyeti" deyimini

---

(165) 1- Tasarı md.427 için bkz. DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY : age., s.146-147. Madde altı fıkradan oluşmaktadır. Suçla ilgili ilk fıkra şöyledir:

**Manevî Varlığa Hakaret**

Tasarı madde 427 - Türklüğü, Türk Milletini, Türkiye Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Bakanlar Kurulunu, bakanlıkları, Devletin askerî veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevî varlığını alenen tahkir ve tezyif eden kimseye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

2- Tasarı md.427 gerekçesi için bkz.DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY: age., s.688.

(166) EREM,Faruk : age., C.I, s.112.

(167) Yargıtay 1.CD.'nin 9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararı. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.282.



ni kullanmıştır (168). "Bu bakımdan onlarda -ve tabîi hükûmette- bulunduğ u varsayılan manevî şahsiyet, devlet şahsiyetini, saygıyı ifade eylemek ve bunu kanunla müeyyidelendirebilmek maksadını karşılayan tamamen sembolik bir manevî şahsiyettir." Yani bir manevî şahsiyet var gibi telâkki olunması "devlet egemenliğini ve iradesini kullanan... devlet organı olarak kendisine gösterilmesi gereken saygının duyurduğu sembolleştirme ihtiyacındandır" ve "ceza kanunları tarafından korunması, var olmayan kişiliğinin değil, bir devlet organı sıfatıyla ifa ettiği fonksiyonun saldırıdan korunmasına mâtuftur (yöneliktir) (169)."

A. Polat Gözübüyük'e göre ; "Hükûmetin manevî şahsiyeti deyimini, yürütme yetkisini kullanan anayasa organının, mücerret millî varlığı anlamına kullanılmıştır (170)."

Öztekin Tosun'a göre; "Hükûmetin bir tüzelkişiliği olmadığına göre, manevî şahsiyet terimi ile hakaretin hükûmettekilerin kişiliğine değil, fakat organın bütünlüğüne yönelmesi gerektiği anlatılmak istenmiştir (171)."

Kaynak İtalyan Ceza Kanunlarında ve Ceza Kanunumuzun diğer hükümlerinde bulunmayan "manevî şahsiyet" deyimini, yukarıda açıkladığımız gibi bir çok bakımlardan anlam ve kavram karışıklıkları ve uyumsuzlukları doğuracak niteliktedir ve doğurmuş-

---

(168) Yargıtayın somut anlamda hükûmetin korunduğunu gösterir kararı da vardır. bkz. 138 no'lu dipnot.

Yargıtayın bu deyim ile ne kastettiği anlaşılammaktadır. Eğer burada "kamu manevî şahsiyeti" deyimini, "kamu tüzelkişisi" anlamına kullanılmış ise, hükûmetin tüzelkişiliği bulunmadığına göre bu deyimde bir yanlışlık vardır.

(169) KUBALI, Hüseyin Nail : agm., 12 Şubat 1964.

(170) GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Polat: age., s.429.

(171) TOSUN, Öztekin: "Türk Ceza Kanununun 159.maddesi ve Basın Hürriyeti ile İlişkisi (I)", Yargıtay Dergisi, C.7, S.3, Temmuz 1981, s.463.



tur. Akgüç'ün dediği gibi "manevî şahsiyet tâbiri hâdiseyi zihinlerde büyütmekten ve suçun mahiyet ve şumûlü hakkında zihni karıştırmaktan başka bir işe yaramamaktadır (172)."

### 3- Mâtufiyet (Yöneltirme) :

Türk Ceza Kanununun 159.maddesinin ikinci fıkrasında "Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında (işlenmesinde) muhatap sarahaten zikredilmemiş (açıkça söylenmemiş) olsa bile onlara mâtufiyetinde (yöneltirmesinde) tereddüt edilemeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukuu bulmuş addolunur (açıkça yapılmış sayılır)." denilmektedir.

Bu hüküm, kaynak 1889 ve 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunlarında olmadığı gibi 159.maddenin ilk metninde de yoktu. Maddeye 20/9/1946 tarih ve 4956 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle konuldu ve 5/1/1961 tarih ve 265 sayılı Kanunla bugünkü şeklini aldı.

Gerçekte bu hükmün benzeri Ceza Kanununun 484.maddesinde şahıslar aleyhine işlenecek hakaret ve sövme suçları için vardır ve buraya 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun 214.maddesinde 15 Cemaziyülâhır 1332 ve 28 Nisan 1330 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle konulmuş olan altıncı fıkrasından intikal etmiştir (173).

(172) AKGÜÇ, Atıf : agm.

(173) 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu'nun 214.maddesinin altıncı fıkrası :

"Zem ve kadih cürümlerinin icrası müteceviz-i aleyhin ismi sarahaten zikredilmemiş veya isnâdat-ı vâkıa ihâm edilmiş olsa dahi suret-i ika cürme nazaran isnadatın mahiyetinde ve müddeinin şahsına mâtufiyetinde tereddüt edilemeyecek derecede karain görüldüğü takdirde hem isim zikredilmiş ve hem azviyyat tasrih kalınmış gibi muamele olunur."



O halde hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçunun var olabilmesi için saldırıda "hükûmet" in açıkça belirtilmiş olması şart değildir. Gerçek mağdurun anlaşılabilmesi için failin kullandığı deyimlere, sözlere veya yazdığı yazının bütününden çıkan anlama ve özellikle failin izlediği amaca bakmak gerekir. Bu bakımdan açıkça "hükûmet" deyimini kullanmak zorunlu değil ise de, söylenen sözün, karışıklığa ve tereddüde yer vermeyecek surette, sadece hükûmete ilişkin olduğuna dair inandırıcı karineler bulunması lâzımdır (174).

Telmih (175), ima (176), kinaye (177), ihâm (178) veya işaret gibi söylenen bir sözün veya yapılan bir hareketin suç olması için bunların hükûmete yöneltmiş bulunduğu hiçbir şüphe olmamalıdır (179). Bu yüzden kanun mâtufiyetin tesbitini kesin olarak hâkimin takdirine bırakmayıp "tereddüt edilemeyecek derecede karineler" in varlığı şartına bağlamış görünmektedir. Görünmek-

---

(174) ERMAN, Sahir : agm., s.279.

(175) Telmih : Anıştırma, dokundurmaca, açıkça söylememe, dolaylı anlatma.

(176) İma : İmleme, sezdirme, üstü kapalı belirtme.

(177) Kinaye : Değınmece, üstü örtülü.

(178) İhâm : Vehme düşürme, iki anlamlı kelimelerden en az kullanılan anlamı bilerek kullanma; -ihâm-ı kabih : Edep ve terbiye dışı olan anlamı bilerek kullanma. bkz. DEVELİOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1962.

(179) Yargıtay 1.Ceza Dairesi 15/4/1969 günlü kararında :

"Memleketimizde 'yöneticiler' tâbiriyle kimlerin hedef tutulduğu anlaşılammıştır." denilerek mahkemenin beraat kararı onanmıştır.

Bu karara ait muhalefet şerhinde ise " 'İdare' tâbiri içinde bizzat 'hükûmet' in de mevcudiyeti aşikâr" dır kaydı vardır. bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.264-265.



tedir diyoruz, çünkü burada sözkonusu olan karine, kanunun şüpheli bir durumu aksi sabit oluncaya kadar sabit sayması anlamına gelen kanunî karine olmayıp maddî karinedir. Yani hayat tecrübelerinden çıkarılan sonuçlardır. Bu ise hâkimin veya mahkemenin serbest takdirine bağlıdır. Öyle olunca maddedeki "karine" deyiminin hâkimin serbest takdirini sınırlayıcı bir şart olma niteliği yoktur.

Esasen maddî meselelerin takdirinde serbestiye sahip olan hâkimin bu serbestisine karine konulması suretiyle müdahale edilmesi, kanun tekniği bakımından doğru değildir (180).

Başka bir deyişle, mağdurun tayin ve teşhis edilmiş olup olmadığı, esas hâkimin takdirine bağlı ve Yargıtay'ın kontrolüne tâbi olmayan maddî bir meseledir (181).

Diğer taraftan fail açıkça "hükûmet" i anmak suretiyle saldırıda bulunduğu halde dahi; kastı bakımından ; 159.maddedeki suçun işlenmemiş olduğu haller de vardır. Bu gibi durumlarda Yargıtay, failin sözlerinden çok kastını nazara almış ve aşağıda açıklayacağımız şekilde hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif

---

(180) EREM, Faruk : age., C.II, s.369. Esasen Sayın EREM, " mâsumluk karinesi" nden başka her türlü karinenin, özellikle bu karinenin karşısında olan bir karinenin Anayasayı zedeleyeceği kanısındadır. bkz. EREM, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara 1978, s.383-384.

(181) ERMAN, Sahir : age., s.35, 19 no'lu dipnota göre Florian, Fabreguettes ve de Poittevin' den naklen.



özel kastı bulunmadığı takdirde suç var kabul etmemiştir (182), (183).

### **B) Hükûmetin manevî şahsiyeti "tahkir" ve "tezyif" edilmiş olmalıdır :**

Yukarıda açıklandığı gibi suçun konusunu oluşturan hukukî menfaat; hükûmetin manevî şahsiyetinin şeref ve haysiyetini, tesir ve nüfuzunu, itibar ve otoritesini saldırılara karşı korumaktır. O halde bir suçun varolabilmesi için her şeyden önce bir saldırının, yani tecavüzün bulunması lâzımdır. Saldırı yok da; tenkit, şaka, herhangi bir hususun anlatılması, hikâye edilmesi sözkonusu ise o takdirde bir suçun varlığından söz edilemez. Çünkü, tenkit, şaka, anlatma, hikâye etme saldırı değildir. Ancak bunlar yapılırken ayrıca saldırıda da bulunulursa bu onların varlığından ayrı, bağımsız bir eylem olmak bakımından cezayı gerektiren bir sonuç doğurabilir. Bu konuyu "suçun manevî unsuru" nda inceleyeceğiz.

(182) Şu kararlara bkz. :

1- Yargıtay 1.CD.'nin 22/5/1968 gün ve 1042/1542 sayılı kararı: " Sarhoş bulunan sanığın jandarma karakol komutanı tarafından gece geç vakit düğüne son verdirilerek davulun susturulması üzerine 'ben böyle hükûmetin anasını avradını .....biz hükûmetin esiri miyiz? Fransız hükûmetine can kurban' dediği ...anlaşılmış ve ... bu sözlerin davul çaldırmayan J. Karakol Komutanına matuf olduğu aşikâr iken, ne suretle Bakanlar Kurulunun manevî şahsiyetine müteveccih bulunduğu kabule değer gerekçelerle izah edilmeden yazılı madde ile (TCK.159/1,173 son) mahkûmiyet kararı verilmesi ..yolsuzdur" . ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.272.

2- Yargıtay 1.CD.'nin 25/10/1967 gün ve 2585/2504 sayılı kararında : " ... tanıklar sanığın kavga sırasında 'bana ceza verecek kanunun da, bana ceza verecek adamların da, hükûmetin de' diyerek sövdüğünü bildirmişlerdir. Hâdise sebebine, oluşa göre sanığın sözlerinin, devletin yürütme organı olan Bakanlar Kurulunu kastederek değil, kendisini ceza takibatına uğratacak mahallî idare makamları ve kanuna mâtuf olduğu ortaya çıkmaktadır." . ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.282.

(183) Bu konuda ayrıca bkz. SENKERİ, Tarık: age., s.98-100.



İncelediğimiz suçta saldırı ; "tahkir ve tezyif etmek" tir. "Tahkir" ve "tezyif" i çeşitli yönleri ile ele almak gerekir :

### 1- Anlam bakımından "tahkir" ve "tezyif" :

1274 tarihli Ceza Kanununun "zem" ve "kadih" i tarif ettiği gibi (184) Türk Ceza Kanunu da "hakaret" ve "sövme" yi tarif etmiş (185) ve fakat "tahkir" ve "tezyif" için aynı yolu tutmamıştır (186). Bu bakımdan saldırının varlığını tespitite "tahkir" ve "tezyif" in kelime olarak taşıdıkları anlam önem kazanmıştır. Sözlüklerde (187) "tahkir" ve "tezyif" kelimeleri için çeşitli anlamlar gösterilmiştir.

#### a) Tahkir kelimesinin anlamı :

Tahkir : Hakaret etme, hor ve hakir görme, aşağı görme, horlamak, horlanılmak, alçaltma, aşağılama demektir.

Tahkir'in anlamı açıklanırken geçen kelimelerden:

(184) bkz. 45 no'lu dipnot.

(185) bkz. TCK.nun 480 ve 482. maddeleri.

(186) Sayın EREM eserinde "tahkir ve tezyif"i "hakaret ve tezyif" olarak kullanmış ve bu deyim in "hakaret ve sövme" ile aynı kavramlar olduğunu kabul edenler bulunduğu gibi aralarında derece veya mahiyet farkı görenlerin de olduğunu kaydetmekle beraber bu görüşleri etraflıca açıklamamıştır. bkz. EREM, Faruk: age., C.I, s.116.

(187) Şu sözcüklere bkz. :

1- Kamus-u Türkî, Şemseddin Sami.

2- Lûgat-ı Naci, Muallim Naci (Büyük ve Küçük Lûgat-ı Naci'ler).

3- Resimli Yeni Türk Lûgatı, Mithat SADULLAH, İstanbul 1930.

4- Osmanlıcadan Türkçeye Cep Kılavuzu, TDAK., İstanbul 1935.

5- Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ferit DEVELLİOĞLU, Ankara 1962.

6- Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları, İstanbul 1969.





**Hakaret;** alçaklama, aşağılama, hakirlik, bayağılık, hor görme, incitme, küçük düşürme, **hakir;** itibarsız, bayağı, aşağı, zelil, **hor;** önemsiz, değersiz, bayağı saymak anlamlarına gelmektedir.

**b) Tezyif kelimesinin anlamı :**

Arapça mağşuş - saf olmayan, karışık-, silik, kalp, sahte anlamında "zeyf" kökünden gelen "tezyif" : Gülünç hale getirme, mas-kara etme, maskaraya çevirme, maskaraya alma, eğlenme, alay etme, alaya alma, sahte ve kalp gözü ile bakma; kalpa çıkarma, çıkarılma; kalp olarak gösterilme, gösterme; züyûfa çıkarma, değersiz olarak gösterme, çürütme, küçümseme, aşağısamak, alçaklamak anlamlarını taşımaktadır.

**c) Kanunda " tahkir ve tezyif" deyiminin kullanılmasının amacı :**

Yargıtay "tahkir" i aşağı görmek, aşağılamak ; "tezyif" i de küçültmek, bir şahsa karşı saygı eksikliği göstermek mânasına almakta ve 159.maddedeki "tahkir ve tezyif" ten amacın; bu maddede gösterilen kuruluş ve manevî şahıslara karşı saygı eksikliği, gösterilmesi gereken saygı vazifesinin ihlâli, ortak saygı duygusunun inciltilmesi olduğunu belirtmektedir (188).

Sayın Erem de, maddede nazara alınan hususun "saygı görevi" nin ihlâli olduğunu ve muayyen bir şahsın "manevî mameleki" nin rencide edilmesi değil, müsterek bir duygunun inciltilmesi olduğunu söylemektedir (189).

---

(188) bkz. Yargıtay 1.CD.'nin 9/11/1967 tarih ve 2581/2718 sayılı kararı ile 15/4/1966 tarih ve 2405/898 sayılı kararına ve ayrıca 9/1/1968 tarih ve 1654/15 sayılı kararına. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.282,284,281.

(189) EREM, Faruk : age., C.I, s.116.



"Tezyif" kelimesi, "tahkir" den kemiyet ve vehamet itibariyle çok daha ağırdır (190). Çok fazla haysiyet kırıcı bir vasıf ve mahiyet taşımaktadır (191). Nitekim 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun görüşülmesi sırasında, hükûmete yöneltilen bu gibi saldırıları tavsif amacıyla, ayrı ve daha ağır bir deyim aranmış ve böylece 159.maddemizdeki "tezyif" deyiminin karşılığı olan "vilipendio" kelimesi kanuna alınmıştır (192).

## 2- Uygulama bakımından " tahkir ve tezyif " :

Konuyu inceleyenlerden sayın Akgüç, "hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir" veya "hükûmetin manevî şahsiyetine hakaret" ten söz etmiş, ama "tezyif" deyimini kullanmamıştır (193). Bu suretle "tahkir ve tezyif" deyimine özel bir anlam vermeyerek genellikle hükûmetin manevî şahsiyetine karşı yapılan saldırıyı "tahkir" ve "hakaret" deyimini ile ifade etmiştir.

Sayın Erman (194) ile Çağlayan (195) ise "tahkir" den çok "tezyif" üzerinde durmuşlar ve kanun koyucunun, hükûmetin manevî şahsiyetine sadece "tahkir" i suç saymadığını, hakaretin aynı zamanda "tezyif" edici olması veya tahkir ve tezyifin birlikte yapılması hallerinde suçun var olacağı kanısını ileri sürmüşlerdir. Yargıtay da bir kararında aynı görüşü benimsemiş " saldırının aynı zamanda ve birlikte tahkir ve tezyif edici nitelik taşıması" gerektiğini belirtmiştir (196).

(190) ERMAN, Sahir: agm., s.281, Manzini'den naklen.

(191) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.258.

(192) ERMAN, Sahir : agm., s.281, Roma İstinaf Mahkemesinin 17/10/1950 günlü kararından naklen.

(193) AKGÜÇ,Atif : agm.

(194) ERMAN, Sahir : agm, s.281.

(195) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.258.

(196) Yargıtay 1.CD.'nin, 24/5/1967 gün ve 1291/1353 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN,M. Muhtar : age., s.283.



Diğer taraftan Yargıtay; başka bir kararında (197), kahvede oturduğu sırada caddeden geçen askerî birliğin flâmasının neye delâlet ettiğini soran şahsa "orak-çekiç" diye cevap veren sanığın "askerî birliğin flâmasının 'orak-çekiç' olduğunu söylemek suretiyle, devletin silâhlı kuvvetlerini tahkir yani aşağıladığı ve ayrıca tezyif yani küçülttüğü" nü belirtmektedir. Şu halde yalnız bir sözün, hem tahkir ve hem de tezyif olduğu sonucuna varılmıştır. Başka bir deyişle Yargıtay, tahkir ve tezyif kelimelerine ayrı anlam vermekle beraber ikisini birlikte tek deyim olarak kabul etmiştir. Çünkü aksi halde bir sözün; aynı anda, hem saldırının hafif hali olarak nitelendirilen "tahkir" ve hem de saldırının ağır hali olarak nitelendirilen "tezyif" olması düşünülemez. Yani saldırı hafif ise "tahkir", ağır ise "tezyif" tir, ikisi birden olmaz. Kaldı ki Yargıtay, bunun gibi, çoğu kararlarında genellikle bir tek kelimeyi veya alelâde küfürleri "tahkir" ve "tezyif" saymıştır (198). Kişilere karşı işlendiği takdirde sövme suçunun konusu olacak alelâde küfürler, 159.maddedeki müesseselere karşı söylendikleri zaman gerçekte sadece "tahkir" i oluşturdukları halde, "tahkir ve tezyif" in ikisini birden ve aynı zamanda oluşturmuş kabul edilmektedirler.

Halbuki eğer "tezyif" deyimi, "tahkir" den daha ağır bir saldırıyı ifade ediyorsa "tahkir" i de kapsadığından ayrıca maddeye "tahkir" kelimesini koymaya lüzum yoktu, çünkü o takdirde kanun koyucunun gerçekte yalnız tezyifi suç saymış olması anlamını çıkarmak gerekir. Böyle değil de Yargıtay'ın 15/4/1966 tarihli kara-

---

(197) Yargıtay 1. CD.'nin 15/4/1966 gün ve 2405/898 sayılı kararı. ÇAĞLAYAN, Muhtar: age., s.284.

(198) Yargıtay 1.CD. 9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararında "komisyoncu hükümet" ve 5.CD. 4/11/1958 gün ve E.47/2368, K.48/2635 sayılı kararında "süflî hükümet" sözlerini "tahkir" ve "tezyif" kabul etmiştir. Alelâde küfürlere ait örnek ise pek çoktur. Sözü edilen kararlar için bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.282; PERİNÇEK, Sadık-Cahit ÖZDEN: age., s.152.



rında belirtildiği şekilde tek bir söz ile iki deyimın aynı anda birlikte ihlâli bahis konusu ise o zaman "tahkir" ve "tezyif" diye ayrı ayrı iki kelime değil, "tahkir ve tezyif" diye tek bir terim var demektir. Başka bir deyişle "tezyif" ; "tahkir" i açıklayan, yorumlayan (199) veya tahkir ile eş anlamda, birbirine bağlı (200) yahut "tahkir" i tekid eden, sağlamlaştıran (201) bir kelime olarak kullanılmıştır denebilir. O takdirde saldırının hem tahkir ve hem de tezyif olup olmadığını araştırmaya lüzum kalmayacaktır.

Biz "tezyif" kelimesinin maddeye "tahkir" kelimesinin müfessiri, müteradifi veya müekkidi olarak konulduğu veya "tahkir" in daha ağır hali olduğu yahut "tahkir ve tezyif" in tek bir deyimden ibaret bulunduğu görüşünde değiliz. Çünkü Türk Ceza Kanununun "Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler" Faslında 175.maddenin son fıkrasında düzenlenen "Din ve mezheplerden birini tezyif ve tahkir yolunda neşriyatta bulunmak" suçunda deyim, görüldüğü gibi "tahkir ve tezyif" olarak değil, "tezyif ve tahkir" olarak geçmiştir. Bu bakımdan "tahkir ve tezyif" , özel anlamı olan bir deyim veya terim olmadığı gibi; "tezyif" , "tahkir" i kuvvetlendirici ve ondan daha ağır bir hali ifade niyet ve kastıyla da "tahkir" den sonra kullanılmış değildir. Böyle olsaydı 175.maddedeki suçta da "tezyif" , "tahkir" den önce değil, "tahkir" den sonra yer alırdı. Bundan başka " İmam, hatip, vâiz, rahip, haham gibi dinî reislerden birinin vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresi ve devlet kanunlarını ve hükümet icraatını "takbih ve tezyif" suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 241.maddesi de bu tarzda bir anlayışa imkân vermemektedir. Bilindiği gibi "takbih"; çirkin görme, beğenmeme, ayıplama anlamlarını taşır. "Takbih" bu maddede bir husu-

(199) Eski deyimi ile "müfessir".

(200) Eski deyimi ile "müteradif".

(201) Eski deyimi ile "müekkid".



sun manen mahkûm edilmesi anlamına kullanılmıştır. Hakareten daha hafif olan halleri kapsayan takbih, aynı zamanda bir hususun ahlâken mahkûm edilmesidir. Bu maddedeki "tezyif" te ise hakaret şartları aranmaz, kanun "tecavüz" deyimini değil, "tezyif" deyimini kullanmıştır. İdareyi, kanunları halk nazarında küçük düşürücü telkinler "tezyif" tir (202) Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi "tezyif" kelimesi, "tahkir" kelimesi bakımından olduğu gibi "takbih" kelimesi bakımından da yorumlayıcı, eş anlamlı veya anlamı kuvvetlendirici bir kelime niteliğinde değildir. Buna rağmen kanun bu maddede de "takbih" ve "tezyif" i, "takbih ve tezyif" olarak bir arada kullanmıştır. Yargıtay'ın 159.maddedeki anlayışına uygun bir uygulamaya gittiğimiz takdirde suçu oluşturan saldırı; hem beğenmeyici, ayıplayıcı ve hem de maskaraya alıcı, küçültücü, alaya alıcı olmalıdır. Yani yalnız takbih veya yalnız tezyif suç olmayacaktır. Halbuki bir sözün hem takbih ve hem de tezyif anlamını birlikte ve aynı anda taşımasına imkân yoktur. O zaman kanunu zorlamak lâzımdır.

Böyle bir zorlama yersizdir. Çünkü Türk Ceza Kanununda "tahkir ve tezyif", "tezyif ve tahkir", " takbih ve tezyif" deyimlerinde olduğu gibi, böyle deyimler eskiden de kullanılmış ve suçun var olabilmesi için her deyimden birlikte bulunması şartı aranmamıştır. Meselâ 1274 tarihli Ceza Kanununun devlet memurlarına, hâkimlere karşı; görevlerini yaparken veya görevlerinden dolayı "namuslarına nakise verecek suretle muamelei hakarete ve italei lisana ve ihafeye cür'et eyleyenler" i cezalandıran 112.maddesinde (203) saldırıyı oluşturan fiiller "muamelei hakaret ve italei lisan ve ihafe" dir. "Muamelei hakaret" = sözü de kapsayan her türlü hakaret;

(202) EREM, Faruk: age., C.I, s.332,333.

(203) Bu madde Türk Ceza Kanununun 266 ve 268 inci maddelerinin karşılığıdır.



"italei lisan" = dil uzatma, haksız söyleme; "ihafe" = korkutma, tehdit anlamlarına gelir.

Yukarıdan beri açıklamakta olduğumuz görüşe göre, öyle bir saldırı olacak ki, bu saldırının muhatabı, meselâ bir hâkim; hem tahkir edilmiş, hem kendisine dil uzatılmış, yani haksız isnadda bulunulmuş ve hem de tehdit edilmiş olacak. Bu mümkün değildir. Onun için Trabzon İstinaf Mahkemesi reisi Ahmet Ziya; "Mufassal Kanun-u Ceza ve Teferruatı Şerhi" adlı eserinde 'İtalei lisan' ve 'muamelei hakaret' ve 'ihafe' fiilleri her biri başlı başına bir cürümdür", bu "tâbirat arasında -ya- ve -yahut- gibi bir edat-ı terdit mevcut olmaması bunların yekdiğerine mâtuf olduğuna zehab hasıl ettirir ise de, böyle bir zehab mâkul... değildir" demekte ve "bunlardan yalnız birine cür'et maddei mezkûrede muharrer cezayı dâvet eder" diye ilâve etmektedir (204). Bu görüş, yazarın tamamen kişisel görüşü olarak nitelendirilmez, çünkü o zamanki Yargıtay'ın görüşü de böyledir : 18 Ağustos 1327 tarihli kararında, bir makama verilmiş olan dilekçede memurlardan biri hakkında "hodserâne = dikbaşlılıkla, serkeşlikle", "zâlimâne", "müstebidâne" gibi deyimler kullanılmasını; bu deyimler yalnız "tahkir" olup "dil uzatma" veya "korkutma" olmadıkları halde; 112.maddeye giren bir suç saymıştır (205).

1274 tarihli Kanundaki bu durumu biraz önce sözünü ettiğimiz Türk Ceza Kanununun 175.maddesinde de görüyoruz. Maddenin ikinci fıkrasında "Eğer bir fiilin işlenmesi zamanında cebir ve şiddet ve tehdit veya tahkir vaki olmuş ise" denilerek ceza ağırlaştırılmaktadır. Burada aralarında "ve" var, "veya" yok diye "cebir", "şiddet" ve "tehdit" in üçü bir arada değil, her biri ayrı ayrı göz önünde bulundurulacaktır. Çünkü bir fiil, aynı zamanda ve birlik-

(204) bkz. Ahmet ZİYA : age., s.341.

(205) bkz. Ahmet ZİYA : age., s.344.



te üç hali birden her zaman kapsayamaz. Kaldı ki "cebiri ve şiddet" deyimleri "maddî cebir" i, "tehdit" deyimini ise "manevî cebir" i ifade etmektedir (206). Maddî ve manevî cebirin bir arada bulunduğu haller olabilir ama şiddet sebebi sayılmaları için üçünün bir arada bulunmaları şart değildir.

Bu bakımlardan hükümetin manevî şahsiyetine karşı yapılan saldırıda hem "tahkir" i ve hem de "tezyif" i birlikte ve aynı zamanda aramamalıdır. Tezyif derecesine varmayan "tahkir" de 159.maddenin kapsamı içindedir.

Bu anlayış, aslında bugünkü uygulamada bir değişiklik yapmayacaktır. Daha hafif saldırıların da suç sayılacağı yolundaki bir endişenin de yeri yoktur. Gerçi sayın Erman, bir çok defa sözünü ettiğimiz "Hükümetin Manevî Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu" adlı makalesinde "kanun tahkir ve tezyif tâbirini bir manayı mahsusta (özel anlamda) ve hele basit hakareten başka bir manada kullanmıştır", saldırının "sadece tahkiri mutazammın olması kfiyet etmez (içermesi yetmez), ayrıca bu tahkirin tezyif edici bir mahiyet arz etmesi (nitelik göstermesi) de lâzım gelir" demektedir (207) Türk Ceza Kanununun 483.maddesinin ikinci fıkrasını inceleyen başka bir görüşü benimsemektedir. Gerçekten 483.madde-deki "siyasî heyet" deyimine Büyük Millet Meclisi ile Bakanlar Kurulunun da dahil bulunduğunu söylemekte ve "yalnız şurasını kaydedelim ki, tahkire mâruz kalan siyasî heyet Büyük Millet Meclisi (208) olursa, fail hem 483.maddenin ikinci fıkrasını, hem de 159.maddeyi ihlâl edecek ve 'hususî hüküm umumî hükmü takyid eder' kaidesi gereğince bu son maddeye göre cezalandırılacaktır"

(206) bkz. EREM, Faruk : age., C.I, s.167.

(207) bkz. ERMAN, Sahir : agm., s.281.

(208) "Siyasî heyet" deyimine dahil olduğuna göre Büyük Millet Meclisi yerine buraya "hükümet" deyimini de koyabiliriz.



sonucuna varmaktadır (209). Tabii aynı görüşün "hükümet" için de var sayılması gerekir (210).

Sonuç olarak ; hükümetin manevî şahsiyetini "tahkir" ve "tezyif" ayrı ayrı suçtur. Bugünkü uygulamada olduğu şekilde saldırı niteliğindeki bir sözün veya bir küfürün tahkir ve aynı zamanda ve birlikte tezyif sayılması gibi bir zorlamaya gitmeye lüzum yoktur.

Tezyif, nasıl takbih'in müteradifi, müekkidi veya müfessiri değilse tahkir'in de değildir ve bir tek saldırıda her iki kavramı karşılayacak nitelik her zaman ve hatta belki de hiç bulunmaz. O hallerde de şimdiye kadar yapılan uygulamanın aksine bir çok aşikâr saldırıyı suç saymamak gerekir ki, bu anlayış kanun koyucunun 159.maddede korumak istediği menfaatla bağdaşmaz (211), (212).

(209) ERMAN, Sahir : age., s.45.

(210) Yalnız burada bir noktayı özellikle belirtmek isteriz :

Türk Ceza Kanununun 159,268 inci maddeleri ve 483.maddesinin ikinci fıkrası delâletiyle 480 ve 482 inci maddeleri arasında uygulamada tereddütler yaratacak karışıklık ve çelişkiler vardır. Çünkü Kanunumuzda tahkir suçlarında bir taraftan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununun "maddei mahsusa isnadı" na itibarla yaptığı hakaret ve sövme ayırımı, diğer taraftan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun "huzurda" veya "gıyapta" vuku bulan saldırıya göre yaptığı ayırım yer almaktadır.

(211) bkz. GÜNDEL, Ahmet : age., s.91'de :

"..... (159.maddede sayılan) kuruluşları tümü ile incitici, saygısızlık derecesine varan, alaycı, aşağılayıcı, halkın gözünde küçük düşürücü söz ve davranışları tahkir-tezyif olarak kabul etmek gerekir." diyerek suçun oluşması bakımından tahkir ve tezyifin ne ayrı ayrı, ne de ikisinin birlikte varılması gibi bir değerlendirme yapmadan "tahkir-tezyif" diye sanki ikisi bir arada tek bir deyimmiş gibi ele almayı tercih etmiştir. Bu suretle farklı yollardan uygulamada aynı sonuca varmış oluyoruz.

(212) Aksi görüşler için bkz.

1- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Polat : "Fiilin hem tahkir, hem de tezyif edici nitelikte olması gerekli sayılmıştır.", agm., s.431.





### 3- Tahkir ve tezyifin varlığı belli şartlara bağlı değildir:

#### a) Tahkir ve tezyifin "huzurda" veya "gıyapta" yapılmış olması şartı aranmaz:

Tahkir ve tezyifin var olabilmesi için "huzurda" veya "gıyapta" yapılmış olması gibi bir şart aranmaz. Uygulamada olduğu gibi "hükümet" i "Bakanlar Kurulu" olarak kabul ettiğimiz takdirde Bakanlar Kurulu toplu halde iken "huzurda" yapılacak hakaret; hükümet "siyasî heyet" deyimini içinde bulunduğu; Türk Ceza Kanununun 268.maddesine giren bir suç olmaktadır. Ancak bu suç ile 159.maddedeki suç arasında ceza miktarı bakımından fark bulunması yüzünden "gıyapta" yapılan hakaretin, "huzurda" yapılan hakarete oranla daha ağır cezayı gerektirmesi gibi ters bir sonuç doğmaktadır. Bu gibi hallerde 159.maddenin; 268.maddeye göre özel bir hüküm olduğunun kabulü ile uygulanması olanağı vardır (213).

#### b) Tahkir ve tezyifin söz'le yapılmış olması şart değildir:

Tahkir ve tezyifin "söz" le yapılmış olması şart değildir. Tahkir ve tezyif kasdını taşıyan "hareket", "işaret", "davranış" veya takınılan "tavır", "eda", yazılan "yazı", çizilen "işaret", "karikatür", "resim" gibi her türlü sair araçla da tahkir ve tezyif olabilir.

---

2- TOSUN, Öztekin : " Sadece tahkir veya sadece tezyif suçu meydana getirmez, her ikisinin birlikte bulunması lazımdır. Böylece hakarettten daha ağır bir kavram söz konusudur." , agm., s.459.

3- Yargıtay 1.CD.'nin 24/5/1967 gün ve E.967/1291, K.967/1353 sayılı kararı :  
" ..... 3-Saldırının aynı zamanda ve birlikte hakaret ve tezyif niteliği taşıması."

(213) ERMAN, Sahir : age., s.45.



Meselâ "28 Temmuz 1914'de sosyalist bir milletvekilinin İtalyan Millet Meclisinde söz alacağını bilen muhalif bir milletvekili, Meclis salonuna içinde pek fazla kokulu gaz bulunan ufak tüpler dağıtmış, bunların çığnenmesi üzerine salonu pis koku kaplamıştır". Yine " 14 Kasım 1920'de bir uçaktan İtalyan parlâmento binası üzerine bombaya benzeyen bir şey atılmış, fakat bunun , içi havuç doldurulmuş demirden bir silindir olduğu, Millet Meclisini temsil amacıyla atıldığı anlaşılmıştır". Bu davranış ve hareket İtalyan Mahkemeleri tarafından tahkir ve tezyif sayılmıştır (214).

### C) Tahkir ve tezyif "alenen" yapılmalıdır :

İlk metinde bulunmayan bu öge, 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte 159.maddeye konulmuştur. Ancak kanun gerekçesinde herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Kanunumuzun bazı maddelerinde "umumî-genel" veya "umuma mahsus-kamuya özgü" yahut "umumun-kamunun, herkesin-girebileceği yerlerde" deyimleri geçtiği halde bu maddede "alenen-açıkça" deyimini kullanılmıştır. Bu bakımdan "alenen" deyimini daha geniş anlamlıdır. Yalnız "umumî" , "umuma mahsus" veya "umumun-girebileceği yerleri" değil, aynı zamanda saldırının umumî olmayan veya umuma açık bulunmayan bir yerde başkaları tarafından duyulabilecek veya görülebilecek şekilde yapılmış olması halini de kapsamaktadır. Ancak, suç umumî ya da umuma açık yerlerde işlenmişse aleniyet unsuru (açıklık ögesi) öncelikle gerçekleşmiş olur (215).

---

(214) ERMAN, Sahir : agm., s.281-282.

(215) GÜNDEL, Ahmet : age., s.91.



Türk Ceza Kanunu, askerleri kanuna karşı itaatsizliğe veya yeminlerini bozmaya vb... teşvik eden kimseleri cezalandıran 153.maddesinde, Türk Ceza Kanununun uygulanmasında suç oluşturan eylemlerin hangi hallerde ve yerlerde işlenirse alenen işlenmiş sayılacağı gösterilmiştir. Bu maddeye göre fiil :

1- Basın vasıtasıyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla,

2- Umumî veya umuma açık bir yerde ve birden çok kimseler önünde,

3- Toplanılan yer veya toplantıya katılanların sayısı veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel niteliğe sahip olmayan bir toplantıda,

işlenmiş olursa alenî olarak işlenmiş sayılır.

Yollar, meydanlar, gezinti yerleri, parklar, hastahane ve hapis-hanelerle umuma açık olduğu vakitlerde tiyatro,sinema, okul, ibadethane, otel, han, hamam, lokanta, kahvehane, gazino, meyhaneler ve mağaza, dükkân gibi yerlerde saldırının yapılmasında aleniyet vardır (216). Yargıtay aleniyet' in oluşması bakımından avukat yazıhanesini özel bir yer değil, genel bir yer kabul etmiştir (217).

---

(216) Konumuzla ilgisi oranında fazla bilgi için bkz. DÖNMEZER, Sulhi: Umumî dab ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler, İkinci Tabı, İstanbul 1950, s.102-110.

(217) Yargıtay 5.CD.'nin 4/11/1948 gün ve E.47/2368, K.48/2635 sayılı kararı için bkz. PERİNÇEK, Sadık-Cahit ÖZDEN: age., s.152.

Aynı karar için bkz. YALKUT, Necdet: "Hükûmetin Manevî Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu ile İlgili Bir İnceleme" , Adalet Dergisi, Yıl 64, Kasım 1973, S.11, s.933 vd.



Yine sokağa bakan bir pencereden bağırıp, çağırmak (218), radyo ve televizyon ile yayın yapmak (219), bir evin parmaklıkla çevrilmiş bahçesinde (220) sokaktan geçenlerce duyulacak veya görülecek şekilde yapılan tahkir ve tezyiflerde de aleniyet vardır.

O halde "aleniyet"; kalabalık sayıda kişilerin tahkir ve tezyifi duymalarını veya görmelerini sağlayan herhangi elverişli bir aracın kullanılması halinde var demektir. Ancak böyle bir araç kullanıldığı halde, kimse tahkir ve tezyifi duymamış ve görmemiş olsa bile, yine aleniyet var sayılmalıdır (221). Çünkü kalabalık sayıda kimselerin saldırıyı görebilmeleri veya duyabilmeleri olanağının bulunması yeter (222).

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 5/12/1966 gün, 276-456 ve 27/4/1981 gün, 91-159 sayılı kararlarında açıklandığı gibi aleniyet, kısaca, suçun herkesin görebileceği bir yerde işlenmesi anlamındadır, suçun göz önünde işlenmesi demek değildir, görülebilmek ihtimalinin bulunması yeterlidir. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 31/1/1983 gün ve 9-482/18 sayılı kararına göre aleniyette esas olan unsur, suçun başkaları tarafından görülüp işitilebilecek surette işlenmesidir (223).

---

(218) ERMAN, Sahir : age., s.170, İtalyan Yargıtayının 15/1/1890 günlü kararından naklen.

(219) ERMAN, Sahir: age., s.170, Bourges Bidayet Mahkemesinin 19 Temmuz 1934 günlü kararından naklen: "Aleniyet hertz dalgalarının havaya dağılmalarından ve uygun bir alıcıya sahip olan herhangi bir şahıs tarafından bu yayının alınmasının mümkün olmasından doğmaktadır."

(220) Yargıtay 2.CD.'nin 3/12/1940 gün ve 9821/8864 sayılı kararı.

(221) ERMAN, Sahir: agm., s.283.

(222) ERMAN, Sahir: age., s.170.

(223) Bu kararlar için bkz. SAVAŞ, Vural – Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU: age., s.2026-2027, 2032-2033.



Başka bir deyişle aleniyet; saldırının daha kolaylıkla yaygınlaşması (224) olasılığının bulunması yönünden değerlendirilmeli ve böyle bir halde varlığı kabul edilmelidir. Bu itibarla 159.madde-deki aleniyeti,tahkir ve tezyif eylemine bir çok kimselerin kolayca bilgi sahibi olmalarını sağlayabilecek her türlü aracın kullanılma-sı mânasına anlamak gerekir (225). Bu yüzden de "aleniyet" ile "ihtilât" arasında fark vardır. İhtilâtın varlığı için hakaretin işiti-lebilmesi veya görülebilmesi olanağının bulunması yetmeyip, gör-me ve işitmenin fiilen vukuu lâzımdır (226). O halde "ihtilât", "ale-niyet" sayılamaz. Meselâ bir bakanlığa verilen dilekçede hakaretin bulunması halinde 159.madde değil, 268.madde uygulanır (227). Yine failin evinin balkonunda hükûmetin manevî şahsiyetine kar-şı saldırıda bulunması, aleniyet unsurunun yokluğu yüzünden 159.maddedeki suçu oluşturmaz (228).

Aleniyet, failin iradesi dışında vaki olsa dahi fiilin cezalandırıl-ması gerektiği kanısında olanlar vardır. Bunlara göre aleniyet, su-çun objektif bir cezalandırma şartıdır (229). Halbuki aleniyet fa-ilin cezalandırılabilmesinin "objektif şartı" olmayıp "ön şartı" dır. Bu bakımdan suçun maddî unsurudur (230).

---

(224) Yargıtay 2.CD.'nin 2/3/1940 gün ve 1739/1779 sayılı kararı; ERMAN, Sahir : age., s.170.

(225) ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.259. Yargıtay 1.CD.'nin 11/9/1940 gün ve 2882/2075 ve 8/9/1949 gün ve 2105/1580 sayılı kararlarına dayanarak.

(226) ERMAN,Sahir : age., s.101 ile İtalyan Yargıtayının 28 Kasım 1894 günlü kararı.

(227) EREM, Faruk: age., C.I, s.117. Yargıtay 1.CD.'nin 11/6/1949 gün ve 2593/1657 sayılı kararı.

(228) Yargıtay 1.CD.'nin 8/9/1949 gün ve 2105/1580 sayılı kararı; PERİNÇEK, Sadık-Cahit ÖZDEN: age., s.154.

(229) EREM,Faruk : age., C.I, s.117, Ramajoli'den naklen.

(230) bkz. TOSUN, Öztekin: agm., s.458-459.



Hakaret ve tezyif fiilinin "alenen" işlenmesi istenmiş olmalıdır (231). Bu yüzden Yargıtay başkasına gelen mektubun, o mektubu açmağa yetkili olduğunu sanan kimse tarafından açılması suretiyle aleniyet unsurunun oluşamayacağını kabul etmiştir (232).

Türk Ceza Kanununun 159.maddesindeki "aleniyet" ile, sövme suçunu düzenleyen 482.maddedeki "aleniyet" unsuru arasında fark vardır: Sövme suçunda "aleniyet", mağdurun "huzurunda" yapılacak saldırılarda aranır. Hükûmetin manevî şahsiyetini tahkirde, suçun yüze karşı işlenmesi şart değildir, hükûmetin gıyabında da işlenebilir.

Sövme suçunda "aleniyet", yayın yoluyla yapılan saldırıların kapsamı dışındadır. Yani aleniyet, yayından başka bir kavramdır. Halbuki hükûmetin manevî şahsiyetini yayın yoluyla tahkir, ayrıca düzenlenmemiş olduğu için bu yolla yapılacak tahkir ve tezyif de "aleniyet" unsurunun kapsamı içine girer (233).

#### IV- SUÇUN MANEVÎ UNSURU :

##### A) Kast ve Özel Kast :

Hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçu, kastî suçlardandır. Failde kast bulunmazsa, ana kurala göre (TCK.45.md.)

(231) EREM, Faruk : age., C.I, s.117.

(232) Yargıtay 1.CD.'nin 12/6/1964 gün ve 380/1225 sayılı kararı :

"Sanığın, Mersin Seferi Gereç Deposunda asker bulunan teyzesi oğlu İsmail Yılmaz'a yazdığı mektupta sarf ettiği kelimeler, Silâhlı Kuvvetler Dahili Hizmet Kanun ve Talimatnamesinde erlere ait mektupların âmirleri tarafından açılıp, kontrol edileceğine dair hükümün 211 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış olmasına ve yeni kanunda erlere gönderilen mektupların açılmak suretiyle kontrol edileceğine dair bir hüküm bulunmamasına göre, astsubay tarafından mektubun açılması suretiyle aleniyet unsurunun tekevvün edemeyeceğinin düşünülmemesi.... yolsuzdur."

(233) ERMAN, Sahir : agm., s.283; ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.259.



kendisine ceza verilemez. Taksir de failin cezalandırılabilmesi için yetmez.

Bilindiği gibi "kast", kanunun suç saydığı bir fiili, sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir (234). Taksir ise fiilden doğan sonucu ve zararı hiç istememiş olduğu ve fakat bunu kestirmek olanağı bulunduğu halde, failin böyle bir sonucu doğuran dikkatsizlik, ihmal, nizamlara uymama gibi bir kusurunun bulunmasıdır. Kastı taksirden ayıran nokta, kastta iradenin hem eyleme, hem de sonuca, taksirde ise iradenin yalnız eyleme ilişkin olmasıdır (235).

Taksir üzerinde durmamızın sebebi bazılarınca, özellikle basın yoluyla işlenen tahkir suçlarında ayrıca kast aranılmayıp taksirin yeteceği yolunda bir eğilimin varlığıdır (236).

Suçun işlenebilmesi için genel kasttan başka özel bir kast aranması gerekir gerekmediği tartışmalıdır.

Bilindiği gibi "özel kast" ; sorumluluk için daha fazla bir şeyin, belli bir "saik-güdü" veya "gaye-erek" nin yahut kasta ait özel bir niteliğin bulunmasını gerektirir (237). Başka bir deyimle kanun bazı hallerde "saik" i suç unsuru sayar. Bu gibi hallerde genel kastın bulunması failin cezalandırılması için yetmez. Ayrıca failin bel-

---

(234) EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 8.Baskı., Ankara 1968, s.462;TANER, Tahir : Ceza Hukuku - Umumî Kısım, 3.Basım, İstanbul 1953, s.316.

(235) TANER, Tahir : age., s.323.

(236) ERMAN, Sahir : age., s.134-135.

(237) TANER, Tahir : age., s.322.



li bazı amaçlarla işlenmiş olması lâzımdır. Yani bu gibi hallerde "saik" , "özel kast" adını alır (238).

Özel kast aranmaması gerektiği kanısında olanlara göre, kanunumuz "özel kast"ı aradığı hallerde bunu açıklamıştır (239). 159.maddede ise böyle bir açıklama yoktur. Ayrıca bu maddenin, failin saiki dışında, rencide edilen ortak bir duyguyu, esas aldığı düşünülecek olursa "özel kast" aramamanın daha isabetli olacağı sonucuna varmak mümkün olacaktır (240).

"Özel Kast" aranması kanısında olanlar ise, genel kasttan başka "tahkir ve tezyif maksadı"nın da bulunması gerektiğini, yani fail fiilinin hakaret olduğunu bildiği gibi, fiili ile hükûmetin manevî şahsiyetini de tahkir ve tezyif etmeyi istemiş olmalıdır. Aksi takdirde tenkit, mizah, şaka da cezalandırılmış olur (241).

---

(238) EREM, Faruk : Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, Ankara 1960, s.351.

(239) Meselâ TCK.'nun 145,285,429,430,491 ve 512. maddelerinde olduğu gibi.

(240) 1- EREM, Faruk : age., C.I, s.117. Ancak kitap metninde "hususî kast aramanın" şeklinde yazılmıştır. Önceki cümlelerle bu cümlenin gelişinden "aramanın" kelimesinin "aramamanın" olması lâzım geleceği ve bir imlâ yanlışlığı bulunduğu, bu bakımdan sayın EREM'in 159.maddede "özel kast" aranmaması gerektiği kanısında olduğu sonucuna vardık. Sayın EREM, hakaret ve sövme suçlarında da "özel kast" arayanlarla aramayanların düşüncelerini belirtmekle beraber kendi görüşlerini açıklamamaktadırlar. Ancak bir İtalyan Yargıtay kararından naklettikleri "hususî bir durumun hakaret niyetini bertaraf ettiği her hâdisede hakaret kastı yok kabul edilebilir" görüşü ile 159.maddedeki suçun aksine, genel hakaret suçlarında "özel kast" aranması gerektiği kanısında olduğu söylenebilir. bkz. EREM, Faruk: age., C.II, s.374.

2- YALKUT, Necdet: agm., s.932, " Bu suç için umumî kast kâfidir."

(241) ERMAN, Sahir : agm., s.284 vd. ; ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.259.





Yargıtay da 159.maddenin uygulanmasında "özel kast" ara-  
makta ve hatta bir kararında (242) "failin bilerek ve isteyerek hü-  
kûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif kast ve saiki ile hare-  
ket etmiş olması lâzımdır", "sanıkların..... söz konusu karikatürü  
hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve aynı zamanda tezyif özel  
kastı ile yapıp yayınladıkları anlaşılamamıştır" demek suretiyle  
bu görüşü çok açık olarak ortaya koymaktadır.

Faili suç işlemeye götüren duygu veya menfaat demek olan  
"saik" (243), suçun oluşmasında prensip itibariyle nazara alınmaz,  
kast kâfidir (244). Böyle olmasına ve 159.maddede kanun koyucu  
bir unsur olarak göstermemiş bulunmasına rağmen Yargıtay "sa-  
ik" e önem vermiş ve saik yönünden bir "özel kast" aramıştır.

Halbuki genellikle tahkir suçlarında "özel kast" ın aranması  
kanısında olanlar bu kastı; "saik" bakımından değil, failin fiili işle-  
mek suretiyle ulaşmak istediği hedef olan gaye ile ilgili (245) "mak-  
sat-niyet" bakımından aramaktadırlar (246). Başka bir deyişle failin  
saldırısı "tahkir maksadıyla - tahkir niyetiyle - animus (247)  
iniuriandi " yapılmış olmalıdır. Saikin önemi yoktur. Çünkü "mak-  
sat" , "saik" demek değildir (248). Fail kinle, kıskançlıkla, intikam  
duygusuyla saldırıda bulunmuş olabileceği gibi beğenmeyerek, tu-  
tumu uygun görmeyerek, kırgınlık duyarak, muhalefet psikolojisi

---

(242) Yargıtay 1.CD.'nin, 24/5/1967 gün ve 1291/1353 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN,  
M. Muhtar : age., s.283 ve ODYAKMAZ , A. Nevzad : age., s.193.

(243) EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age.

(244) TANER,Tahir : age., s.316.

(245) EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age.

(246) Fazla bilgi için bkz. EREM,Faruk : age., C.II, s.375-380 ; ERMAN,Sahir :  
age., s.138-160.

(247) "Animus" deyimini Faruk EREM "niyet", Sahir ERMAN "maksat" olarak  
adlandırmıştır.

(248) ERMAN, Sahir : age., s.284.



altında küçümsemek veya bir olayı anlatmak, açıklamak, bir olay hakkında bilgi vermek saiki ile hareket etmiş olabilir veya fail söylediği söz ve yaptığı hareketin tahkir sonucunu doğurduğunu bilmez. Bu söz veya harekete örf ve âdetçe verilen tahkir edici anlam hakkında bilgisi yoktur.

İşte bütün bu ve bu gibi hallerde fiilin suç olabilmesi için failin "tahkir maksadı, niyeti" ile hareket etmiş olması lâzımdır. Eğer fiil, başka bir maksatla yani mağdurun şeref ve haysiyetine, konumuz bakımından hükûmetin manevî şahsiyetine karşı onun şeref ve haysiyetine, tesir ve nüfuzuna, itibar ve otoritesine tecavüz niyetiyle yapılmamış ise herhangi bir suç yoktur. Böyle olunca da suçun oluşmasını önleyen konumuzla ilgili "niyet" leri incelememiz gerekir.

## **B) Özel kastın bulunmadığı haller :**

### **1- Tenkit Niyeti :**

Burada sözünü edeceğimiz "tenkit" ; elbette edebiyat, bilim, güzel sanatlarla yahut bir kamu görevi veya hizmeti yapanlarla; böyle bir görev veya hizmet isteğinde bulunanlarla ilgili değil, hükûmetle, hükûmetin manevî şahsiyeti ile ilgilidir.

159. maddede sayılan ve kamu denetimi içinde buldukları kabul edilen müesseselerin faaliyetlerini "tenkit hakkı" Anayasa'dan gelmektedir (249). Özellikle demokratik çok partili rejimlerde hükûmet; halkın, devlet organlarının, basın, muhalefetteki siyasî partilerin denetimi altındadır. Bu nedenle hükûmetin faaliyeti eleştirilebilir. Bu eleştiriler çok defa, sert ve acı olabilir. Unutulmamalıdır ki, iktidar isteğinde bulunanlar, kendilerini kamuoyunun değerlendirmesine bırakıyorlar demektir. Bu bakımdan

---

(249) EREM, Faruk : age., C.I, s.116.



bazı faaliyetleri benimsenip beğenilirken, bazı faaliyetlerinin de beğenilmemesini, eleştirilmesini ve yerilmesini hoşgörü ile doğal karşılamak gerekir.

Hukuk düzenince tanınmış olan ve geniş anlamda "tenkit yetkisi" içine giren "siyasî tenkit hakkı" demokrasi rejimine sıkı sıkıya bağlı, anayasanın vatandaşlara tanıdığı, yararlı ve zorunlu bir haktır (250). Ancak tenkit bahanesiyle tahkir etmemek lâzımdır (251). "Tenkit" ile "tahkir" aynı kavramlar değildir. Tenkit, her şeyden önce başka fikirde olmak demektir. Tenkit için hakaret zorunlu değildir. En sert tenkitten dahi hakaret etme zorunluluğu yoktur. Bu bakımdan tenkidin sınırı, tahkir veya tezyiftir denemez (252). Çünkü tenkit bir saldırı değildir, tahkir ve tezyif ise saldırıdır. Saldırı hak olmaz. Bu yüzden İtalyan Yargıtayı 6 Temmuz 1911 tarihli kararında "basının tenkit hakkı, küfürün başladığı yerde biter" demiştir (253). Bu bir sınırlama değildir, ortada tenkitten ayrı, tamamen başka ve bağımsız bir eylem bulunduğu için tenkit değil, o eylem cezalandırılmaktadır (254). Tenkidin; tahkir aracı veya tahkire örtü yapılmak istendiği hallerde de yine tenkit yerine tahkir ve tezyiften söz etmek lâzımdır.

---

(250) EREM, Faruk : age., C.II, s.377, Antolisei'den naklen.

(251) ERMAN, Sahir : age., s.145.

(252) EREM, Faruk : age., C.I, s.116.

(253) ERMAN, Sahir : age., s.146, 62 no.lu dipnot.

(254) Aksi görüş için bkz. ERMAN, Sahir : agm., s.284,285. "Filhakika çok partili rejimlerde tenkit ve bilhassa siyasî tenkit, çok defa sert ve acı olur, bu itibarla tenkitle tezyifin hududunu tesbit etmek belli başlı bir ehemmiyet arz eder. Bu suçta tenkidin hududu tahkir değil, tezyifte biter", " demek oluyor ki bir suçta tenkit maksadının tezyif maksadını ortadan kaldıracılığı için sadece tahkirâmiz olması kifayet etmez. İşbu tahkir, tezyif şekline inkılâb etmedikçe tenkit maksadı bâkidir."



Genellikle uygulamada mahkemeler, aksi düşünceyi belirten "tenkit" ile bir saldırı olan "tahkir" ayırımına gitmeyerek "tenkit" in bütününde bir "tahkir kastı" bulunup bulunmadığını araştırmaktadırlar.

Yargıtay bir çok kararlarında "alelâde tenkit hudutlarını aşan bir kast" tan söz etmiştir (255). Bu suretle "tenkit" ile "saldırı"yı bir arada ele alarak duruma göre alelâde tenkit hudutlarını aşan bir kastın varlığı veya yokluğu bakımından değerlendirmesini yapmıştır.

Bazan da Yargıtay mütereddit görünmektedir. Meselâ bir kararında (256) "... hükûmete 'güçsüzdür ... bilgisizdir... hükûmet etmenin mânasını idrakten yoksundur ...'" biçiminde sarf olunan cümleler hakkında, tenkit hudutlarını aşarak, hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif kast ve unsurunu taşımadığı" kanısı ileri sürülmüştür, bu kanı suçsuzluk bakımından yeterli iken, Yargıtay bununla yetinmeyerek diğer taraftan " ve bu cümlelerin biza-tihi aşığulatacı ve küçültücü bir niteliği kapsamadığı sonucuna varılmıştır" demek suretiyle tenkit saydığı kelime ve cümlelerde ayrıca saldırı niteliği bulunup bulunmadığını da araştırmıştır (257).

- 
- (255) Yargıtay 1.CD.'nin 22/2/1969 gün ve 274/563 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.267;  
Yargıtay 1.CD.'nin 23/1/1969 gün ve 47/215 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.269;  
Yargıtay 1.CD.'nin 9/1/1968 gün ve 1654/15 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.281.
- (256) Yargıtay 1.CD.'nin 9/1/1968 gün ve 1654/15 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.281.
- (257) ERMAN, Sahir : agm., s.285, 17/10/1950 günlü karar.



Roma İstinaf Mahkemesi de bir kararında "suç konusu olan yazı... haşin olsa bile, bir tenkit olarak kabul edilince fiilin suç teşkil etmemesi" gerektiği, çünkü suç unsurunun "tezyif etmek mahsus maksadından ibaret" bulunduğu, bu suç unsurunun ise " yazı muhtevassından istidlâl edilmesi" lâzım geldiği kanısını açıklamıştır.

Yazı içeriğinden sonuca varmada , yazının dışında kalan hususlardan da yararlanılarak failin maksadının araştırıldığı da olmuştur. Meselâ Milâno Bidayet Mahkemesi 4 Aralık 1950 tarihli bir kararında yazarın ve yayın organının siyasî geçmişini soruşturarak failin tahkir maksadının bulunmayacağına karar vermiştir (258), (259).

## 2- Şaka Niyeti :

Mizah şeklindeki şakayı içine alan yazı, resim ve sahne eserlerinde hakaret niyeti yoktur. Yeter ki, şaka şekli hakarete araç yapılmamış olsun (260).

Burada kişiler arasındaki şakadan çok, hükûmetin manevî şahsiyetini ilgilendiren "mizahî yazı ve çizi'ler" söz konusudur.

Genellikle siyasî mizahî yazı ve karikatürlerde (261), şaka hükûmeti hedef olarak alır. Şaka ayrıca tahkir maksadını taşıyan bir saldırı şeklini almadıkça bir suçun varlığı ileri sürülemez.

---

(258) ERMAN, Sahir : agm., s.285.

(259) Örnekler için bkz. ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-A.Caner YENİDÜNYA: Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), Ankara 1999, s.241-244; s.248-251.

(260) EREM, Faruk : age., C.II, s.377.

(261) Örnek için bkz. ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-A.Caner YENİDÜNYA: age., s.245-247.



Şaka ve mizah kötü bir şey değildir. Fakat başkalarının haklarını ihlâl eden araçları kullanmamaya dikkat etmelidir (262). "Gazetenin mizahî mahiyeti dolayısıyla bir kimseyi hususî bir şahıs sıfatıyla iğnelemesi meşrû (yasal) sayılsa bile bunun da hudutları vardır. Zira iğnelemek, tahkir etmenin müteradifi (eşanlamlısı) değildir (263)."

"Mizah ve hiciv, esasında günlük olayların alaylı bir şekilde açıklanması ve yorumlanmasıdır. Hiciv insanlık düşüncesinde eski bir geçmişe sahiptir. Bir çok hicivci şairler mizaha bir san'at eseri şeklini vermesini bilmişlerdir. Bazen hiciv, prensler, diktatörler ve mizahın yapısında bulunan kuvvetten korkarak hükümet adamları tarafından açıkça yasaklanmış ve bu durum müesseselerin temellerinden çürümüş olup sadece korkuya ve zecrî tedbirlere (zorlayıcı önlemlere) dayandırıldığı, bunun da müessesenin kuvvetine değil, zayıflığına kanıt olduğunu göstermiştir. Buna karşılık hicivin serbestçe görüldüğü yerlerde müesseseler gerçekten kuvvetli olduklarını ispat etmişlerdir.

Şu halde hiciv ve mizah ortadan kaldırılamaz. Bunlar düşünce özgürlüğünün çeşitli görünülerinden biridir ve bu görünüler, basın özgürlüğü haline gelince, ciddî bir düşünce ve basın özgürlüğünün de yer aldığını görürüz (264)."

### 3- Anlatmak, hikâye etmek niyeti :

Genellikle anlatmak, hikâye etmek niyetinin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı kanısı hâkimdir. Ancak anlatmanın, hikâye

---

(262) EREM, Faruk : age., C.II, s.378, Florian'dan naklen.

(263) ERMAN, Sahir : agm., s.149, Milâno İstinaf Mahkemesinin 20/8/1899 günlü kararı.

(264) ERMAN,Sahir : agm., s.285-286 , İtalyan Mahkeme Kararından naklen.



etmenin zorunlu olduğu hallerde ve yalnız bu niyetle hareket edilirse ve anlatmada tahkir maksadı güdülmemişse, suç oluşmaz.

Bu zorunluk gazetecilikte kendisini gösterir. Haber ulaştırma, gazetecinin başta gelen görevidir. Bu görevi çabuklukla yapmak, okuyucuya biran önce haberi ulaştırmak zorunluğu, çoğu zaman, gazetecinin haberi soruşturmasına engel olur (265).

Bu gibi durumlarda iki kriterin yardımı ile sonuca varılabilir. Sübjektif bakımdan gazeteci hükümetin manevî şahsiyetini incitmek için, yani tahkir maksadıyla hareket etmişse suç vardır. Böyle bir maksat yoksa objektif kritere başvurmak gerekir. Eğer gazeteci havadisi "şişirmeden", hükümeti aşağılayıcı ve küçük düşürücü deyimler kullanmadan, kendiliğinden hiçbir görüş eklemeyen haberi vermekle yetinmişse haber verme görevi çerçevesi içinde kalır ve bir suç işlemiş olmaz. Bu sınırı aşarsa, artık meslek zorunluğunu, anlatmak veya haber vermek maksadını ileri süremez (266). Yargıtay da aynı kanıdadır (267).

(265) EREM, Faruk : age., C.II, s.380.

(266) ERMAN, Sahir : age., s.152.

(267) Yargıtay 1.Ceza Dairesinin 9/11/1967 gün ve 2581/2718 sayılı kararı : "Hürriyet Gazetesinin 'Serbest Kürsü' sütunu yazı işleri mes'ul müdürü bulunan sanığın, bu sütundan başlamak üzere 'bitmeyen dava' başlıklı olarak ve askerî tesisler için arazileri düşük fiyatla istimlâk edilmiş olmasından dolayı yetkili makamların dikkatini çekmek maksadıyla yazılıp gönderilen Öztürk ve Akdoğan aileleri imzalı mektubun başlığını büyük punto harflerle 'komisyoncu hükümet' diye değiştirip ve sonunda '.....?' işareti koyarak hükümetin, Kuzey Atlantik Antlaşması çerçevesinde askerî hizmetler için istimlâk edilen yerden komisyon almak suretiyle meşrû olmayan bir menfaat temin ettiğini anlatacak ve bu yoldan zihinlerde şüpheler yaratacak ve böylece hükümeti küçültme ve aşağılama niteliğinde bulunan deyim ve sözleri seçip yayınlamış olduğu göz önünde tutulmayarak, bilim ve yargı ilke ve temel görüşlerine uymayan bazı düşüncelerle, ..... sanığın..... beraatına karar verilmesi yolsuzdur.....". ÇAĞLAYAN, M. Muh-tar: age., s.282.



#### 4- Sonuç :

Bize göre söylenen sözde, yapılan harekette, yazılan yazıda, çizilen çizide; şişirmeler ve eklemelerle görev sınırını aşan bir haber vermede; tahkir niyetini ortaya koyan bir saldırı fiili var olmadıkça; ne kadar ağır, acı ve haşın olursa olsun; soyut olarak tenkit, şaka ve mizah, anlatma veya hikâye etme suç olmaz.

Failin hükûmeti tahkir ve tezyif suçundaki "kast unsurunun, olayın akışının kül halinde değerlendirilmesi ile takdir ve tesbiti gerekir (268), "âni, fevrî davranışlar ve sözlerde genellikle özel kastın bulunmadığını kabul etmek yerinde olur (269)".

#### C) Kastın kapsamı :

Suçun oluşması için yalnız söylenen sözlerin, yazılan yazıların, çizilen çizilerin, yapılan hareketlerin tahkir edici olduğunu bilmek "genel kasdı" ile hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif etmek maksadına yönelik "özel kast"ın varlığı yetmez.

Failin kastı ayrıca "aleniyet" unsurunu da kapsamalıdır. Başka bir deyişle hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif fiilinin "alenen" işlenmesi de istenmiş olmalıdır (270).

---

(268) Yargıtay 9.CD.'nin 18/3/1983 gün ve E.1983/688 , K.1983/826 sayılı kararı, bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, C.IX, S.6, Haziran 1983, s.925.

(269) GÜNDEL, Ahmet : age., s.91.

(270) Bu yönden bkz. Yargıtay 1.CD.'nin 12/6/1964 gün ve 380/1225 sayılı kararı. Karar için 232 no'lu dipnota bkz.





## V- SUÇUN TAMAMLANMASI :

### A) Suçun tamamlanma ânı :

Bir suçun ne vakit tamam olmuş sayılacağını saptamak için önce suçun hukukî tarifine göre, "maddî suç" mu, yoksa "şeklî suç" mu olduğunu belirlemek gerekir. Bilindiği gibi "maddî suç" larda "sonuç elde edilmiş" bulunduğu takdirde; "şeklî suç" larda ise, "sonuç elde edilmiş olmasa bile" belli hareketlerin yapılması ile beraber suç tamam olmuş sayılır (271).

Hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçu, şeklî bir suçtur. Tahkir veya tezyifi gören veya işitenlerin yanında veya kamuca görülebilecek veya işitilebilecek yerlerde hükûmetin şeref ve haysiyetinin, itibar ve nüfuzunun, tesir ve otoritesinin ihlâl edilmiş olup olmadığı, yani failin varmak istediği sonucu elde edip etmediği araştırılmaz. Genellikle tahkir suçlarında, failin yapılmasıyla suç tamamlanır.

159.maddedeki suçun oluşması için "aleniyyet" unsurunun varlığı şart olduğuna göre, suçun tamamlanması ânı, bu unsurun gerçekleştiği yer ve zamandır. Başka bir deyişle suç, hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif eden failin alenen işlenmesi ile tamam olur.

### B) Teşebbüs durumu :

Teşebbüs; suçu oluşturan failin, icra hareketleri safhasında söz konusu olur. Bu yüzden maddî suç, şeklî suç ayırımı "teşebbüs" yö-

---

(271) TANER, Tahir : age., s.260, 2 no'lu dipnot. "Maddî suç" , "Şeklî suç" için bkz. TANER, Tahir: age., s.96; EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age., s.369-370.



nünden yararlıdır (272). Çünkü icra hareketlerinin yapılmasıyla suç oluşuyorsa teşebbüsten söz edilemez. Bu bakımdan sonucun elde edilmesi şart olmayan şekli suçlarda teşebbüs yoktur (273).

Suçları, teşebbüs bakımından; birden fazla icra hareketlerine ihtiyaç gösteren suçlar, tek fiil ile oluşan suçlar olarak da ayrırabiliriz. İcra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüs varolabilir. Tek fiil ile oluşan suçlar ise teşebbüse elverişli değildir. Çünkü icraî fiil ile birlikte suç oluşmuştur (274).

159.maddedeki suçta; suç şekli bir suç olduğundan veya tek bir fiil ile oluştuğundan; teşebbüs durumu yoktur (275).

Bununla beraber söz veya hareketle yapılan tahkir ve tezyif ile yazıyla yapılan tahkir ve tezyif arasında bir ayırım yapmak gerektiği; söz veya hareketle yapılanlarda, tek bir icraî fiil bulunduğu, yani birden fazla icra hareketlerinin bulunması imkânı olmadığı için bu gibi hallerde, teşebbüs (276) yoktur. Buna karşılık yazı ile işlenen tahkir ve tezyif suçlarında "nakıs teşebbüs" hali bulunabilir. Meselâ içinde tahkir ve tezyif bulunan yazıların veya basılı eserlerin "dağıtılacağı sırada" yakalanması gibi durumlarda nakıs teşebbüs vardır (277).

---

(272) TANER, Tahir : age., s.96.

(273) TANER, Tahir : age., s.96; EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age., s.369-370.

(274) EREM, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age.

(275) ERMAN, Sahir : agm., s.284.

(276) Burada "teşebbüs" deyimiyile hem failin elinde olmayan sebepler yüzünden icra hareketlerini bitirememiş olması demek olan " nakıs teşebbüs" ü, hem de fail bütün icra hareketlerini bitirmiş olduğu halde, elinde olmayan sebepler yüzünden sonucun elde edilememiş olması anlamına gelen "tam teşebbüs" ü birlikte söylemek istiyoruz.

(277) ERMAN, Sahir : agm., s.248 ; ÇAĞLAYAN, M. Muhtar : age., s.259.



Ancak yazı yazılmış veya basılmış da dağıtılmasına geçilmemiş ise yine teşebbüs olmaz. Çünkü "aleniyet" unsurunun gerçekleşmesini sağlayacak "dağıtma" filidir, bu fiilin icrasına teşebbüs edilmemişse, yazılan veya basılan yazı başkalarının göremeyeceği bir yerde duruyor veya saklanıyor demektir. Önceden bir içerik denetimi yani sansür Anayasaya göre yasak olduğundan (278) dağıtılmaya teşebbüs olunmadıkça, duran veya saklanan yazı, meselâ bir arama sebebiyle bulunmuş olsa dahi, nakıs teşebbüs hali söz konusu olamaz.

## VI- SUÇUN KOVUŞTURULMASI USÛLÜ:

Hükûmetin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif suçunun kovuşturulabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır (279). Bu izin verilmedikçe fail hakkında kovuşturma yapılamaz.

Kanun, kovuşturma izni verme yetkisini "bakan" a değil, "bakanlık" a vermiş olduğu için, kovuşturma izninin "Adalet Bakanı" veya "Bakanlığı temsil yetkisi" bulunan bir kimse tarafından imzalanmış olması lâzımdır (280).

Kovuşturmanın izine bağlanmasının sebebi politiktir. Kanun koyucu ; siyasî iktidara, politik durum ve eylemin niteliğine göre bir yönden bir takdir hakkı tanımıştır (281).

(278) bkz. 1982 Anayasası:

md.28- Basın hürdür, sansür edilemez.

md.29-Sürelî veya süresiz yayın önceden izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

(279) bkz. TCK.md.160.

(280) Yargıtay 1.CD.'nin 17/6/1969 gün ve 1818/1854 sayılı kararı, ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.263.

(281) ÖZEK,Çetin : age. (II), s.194. Sayın EREM ise "Bakanlık izin yetkisini 'siyasî hassasiyet'e göre değil, izin müessesesinin vaz'ı sebebine göre kullanmalıdır" demekle beraber bu sebebi açıklamamıştır. bkz. EREM,Faruk: age., C.I, s.116.



## VII- SUÇA HÜKMOLUNACAK CEZA :

### A) Ceza :

159.maddeye göre bu suçtan dolayı fail hakkında bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

15/4/1987 gün ve 3352 sayılı Kanunun (md.1) yürürlüğe girmesinden önce, faile, ayrıca Türk Ceza Kanununun 173.maddesinin son fıkrasına göre; tertib edilen ceza süresinin üçte birinden aşığı olmamak ve o süreyi geçmemek üzere belirtilecek bir bölgede oturarak "emniyeti umumiye nezareti altında bulunmak cezası" da bir " ek ceza" olarak hükmedilirdi (282). Bu cezanın kaldırılması, çetli tartışmalara son vermesi ve Türk Ceza Kanunundaki cezalar

---

(282) Sayın EREM, "Emniyeti umumiye nezareti altına alma" yı, TCK.nun 11.maddesinde cezalar arasında sayılmadığından bir ceza olarak kabul etmemektedir. bkz. EREM,Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, age., s.741. Sayın TANER ise "bu bir emniyet tedbirinden başka bir şey değilse de kanunumuz ceza mahiyetinde addeylemiş olduğu için cezalara müteallik hükümlerin cereyan etmesi lâzım gelir" demektedir. bkz. TANER,Tahir: age., s.629. Yargıtay ise 14/3/1966 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "hürriyeti bağlayıcı asli bir ceza" olmayıp "emniyet tedbiri" olduğunu belirtmiştir. Türk Ceza Kanunu ise; 28,42 ve konumuzla ilgili 173. maddelerinde "ceza" deyimini kullanmıştır. "Ek Ceza" deyimini için bkz. TANER, Tahir: age., s.586.



sistematikliğine olan aykırılığın giderilmesi bakımından iyi olmuştur (283).

Suçun basın yolu ile işlenmesi halinde failin yani yazı, çizi vd. sahibinin yanında süreli yayınlarda sorumlu müdür, süresiz yayında ise yayıncı da 5680 sayılı Basın Kanununun 16/1,4. maddeleri gereğince cezalandırılmaktadırlar.

## **B) Ceza miktarı bakımından düşünceler :**

Burada değinmek istediğimiz bir nokta da ceza miktarının fazlalığıdır. Özellikle demokratik rejimle yönetilen ülkelerde her şeyden sorumlu görülen hükûmetlere karşı; yalnız ağır ve acı bir dille yapılan eleştiri ve uyarıların tahkir ve tezyif sayılabildiği haller için değil; tahkir ve tezyifin yapıldığı hallerde dahi fiil ile ceza arasında adaletli bir oran yoktur. Monarşik rejimlerle yönetilen mem-

---

(283) TCK.nun 28.maddesinin son fıkrasına göre ağır hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın hükmedilip edilememesi hâkimin takdirine bağlı iken, 173.madde bu takdiri kaldırarak cezaya hükmetmeyi mecburî duruma getirmiştir.

Bu bakımdan 28.maddedeki cezadan farklı bir mahiyet taşıyan 173.maddedeki hâkim tarafından hükümlenmesi mecburî belli bir yerde oturma zorunluluğunun; Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunla kaldırılmış olan "sürgün cezası" niteliğinde olup olmadığı ve dolayısıyla uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay 14/3/1966 tarih ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında (bkz. ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: age., s.400-402) 173.maddedeki cezayı; sürgün cezası gibi hürriyeti bağlayıcı aslı bir ceza olmayıp bir "emniyet tedbiri"nden ibaret asıl cezaya bağlı ve onun zorunlu bir sonucu bulunması ve 647 sayılı Kanunun "sürgün" den başka Kanunda yazılı diğer cezaları kaldırması bakımlarından; sürgün cezası niteliğinde görmemiştir.

Diğer taraftan TCK. nun 42.maddesinin uygulanmasına bir engel yoktur. Hal ve durum ve hükümlünün tavır ve hareketleri elverişli olduğu takdirde bulunduğu yer mahkemesi tarafından bu ceza kaldırılabilir, kısaltılabilir veya çekme yeri değiştirilebilir.



leketlerin ceza kanunlarında bile bu suçlar için bu kadar ağır cezalar konulmamıştır. Meselâ hükûmete karşı hakareti suç saymayan 1274 tarihli Ceza Kanununda "padişah" a hakaretin cezası üç aydan üç seneye kadar hapisti. Eski Avusturya İmparatorluk Ceza Kanunundaki ceza, bir haftadan bir seneye kadar hapis veya hafif hapis ve 50 kurondan 4000 kurona kadar para cezası idi (284). Kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanununun 126 ncı maddesi altı ay hapis ve 100 liretten 2000 lirete kadar para cezası öngörmüştü. Faşizmin gelişinden sonra kabul edilen ve 159.maddenin karşılığı olan 1930 İtalyan Ceza Kanununun 290.maddesindeki ceza, miktar itibariyle aynı olmakla beraber yine Türk Ceza Kanununa göre daha hafiftir. Çünkü cezanın çeşidi "ağır hapis" değil, "hapis" tir.

Kanunun ilk metninde hakaret huzurda ise üç seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, gıyapta ise bir seneden üç seneye kadar hapisti. 1938 yılında 3038 sayılı Kanunla bugünkü şeklini aldı.

1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda "ağır hapis" cezası "hapis" cezasına çevrilmiş ve fakat süre aynen muhafaza olunmuştur ki çok fazladır (285).

## VIII - SONUÇ :

İncelemekte olduğumuz "hükûmetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif suçu" bir çok bakımlardan yeniden ele alınması ve düzenlenmesi gereken suçlardan biridir.

---

(284) bkz. 1-Ahmet ZİYA: age., s.221,1274 günlü Ceza Kanunnamei Hümayunu'nun 55 inci maddesi.

2-AKGÜÇ, Atıf : agm., Manzini'den naklen.

(285) bkz. DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY: age., md.427, s.146.



Özellikle "hükûmet" deyiminin veya kavramının anlam ve kapsamı, Anayasaya göre hükûmet ile Ceza Kanununa göre hükûmet kavramları arasındaki fark olduğu hakkındaki şüphe, "hükûmetin manevî şahsiyeti" bulunup bulunmadığı bakımından yapılan tartışmalar; bazılarını böyle bir suçun varolamayacağı, bu itibarla yapılacak uygulamanın Anayasaya aykırı düşeceği kanısına kadar götürmüştür (286).

Şu halde sırasıyla :

A) "Hükûmet" deyiminin anlam ve kavram olarak sınır ve kapsamının belirtilmesi, başka bir deyişle korunmak istenen müessesenin geniş anlamı ile hükûmet mi, yoksa dar anlamı ile bakanlar kurulu mu olduğunun açıklığa kavuşturulması,

B) Mevzuat ve doktrinimizde bulunmayan, karışıklıklara yol açan "manevî şahsiyet" deyiminin, hükûmetin manevî şahsiyeti bulunmadığından maddeden çıkarılması,

C) "Tahkir ve tezyif" deyiminin anlam, kavram, birlikte ve aynı zamanda olmalarının aranması gerekip gerekmediği yönlerinden araştırılarak gerçek durumun aydınlatılması,

D) Suçun işlenebilmesi için "özel kast" arandığına göre, özel kastı oluşturacağı kabul edilen "saik" veya "gaye" veya "araç" veya "maksat" veya "niyet" in saptanması ve kanuna konulması,

E) Ceza miktar ve çeşidinin, demokratik çok partili hayatın gelenek ve gereklerine, Anayasanın ruhuna uygun hale getirilmesi, gerektiği kanısındayız.

---

(286) bkz. 160 no'lu dipnot.



**IX - KAYNAKÇA :**

**A- Eser ve Makaleler :**

**AHMET ZİYA :** Mufassal Kanun-u Ceza ve Teferruatı Şerhi, Tab'ı Sani, İstanbul 1339-41.

**AKGÜÇ, Atıf :** "Hükümetin Manevî Şahsiyeti", İleri Hukuk Dergisi, Temmuz 1951,S.73, s.1219-1221 ve 1230.

**AKİPEK, Jale G. :** Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku, İkinci Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara [basım yılı yok], XXIX+363 sayfa, Başnur Matbaası.

**ARSEBÜK, Esat :** Medenî Hukuk I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938.

**ARTUK, Mehmet Emin - Ahmet GÖKCEN - A. Caner YENİDÜNYA :** Uygulamalı Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler), Sınavlarda Sorulan Olaylar ve Çözümleri, Sınavlarda Sorulan Yargıtay Kararları ve Tahlilleri, Pratik Kurlar İçin Örnek Yargıtay Kararları, Bilirkişi Raporları, Hukukî Mütalâalar, Birinci Baskı, Ankara Temmuz 1999, 542 sayfa, Seçkin Yayınevi.

**BAŞGİL, Ali Fuat :** Esat Teşkilât Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul 1934.

**BAŞGİL, Ali Fuat :** Esat Teşkilât Hukuku Dersleri, II. Bası, Başlangıç İstanbul 1941.

**BAŞGİL, Ali Fuat :** Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul 1946.

**ÇAĞLAYAN, M.Muhtar :** "Türk Ceza Kanununun 159.maddesi Üzerinde Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Yıl 54, Sayı 11-12, Ankara 1963, s.1164-1181.

**ÇAĞLAYAN, M.Muhtar :** En son Tâdilleriyle Birlikte Gerekçeli, Notlu ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt II (Madde 125-413), Ankara 1970.

**DÖNMEZER, Sulhi :** "Matbuat Suçlarından Dolayı Mes'uliyet Meselesi", Ebul'ûla Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, s.1041-1078.

**DÖNMEZER, Sulhi :** Umumî dab ve Aile Nizamı Aleyhine Cürümler, İkinci Tabı, İstanbul 1950.





- DÖNMEZER, Sulhi** : Ceza Hukuku, Hususî Kısım, Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler, İkinci Baskı, İstanbul 1953.
- DÖNMEZER, Sulhi** : Basın Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1968.
- DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY** : Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gereğçeler, İstanbul 1998, X+906 sayfa, Alkım Yayınları.
- DUGUIT, Leon** : Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri, (Çev. Dr. Etem Menemencioglu), İstanbul 1939.
- EREM, Faruk** : Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, Ankara 1960, [6]+784 sayfa, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: No.143.
- EREM, Faruk** : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Sekizinci Baskı, Ankara 1968, [4]+1176 sayfa, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- EREM, Faruk** : Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, Cilt I, Ankara 1968, 535 sayfa, Ajans Türk Bilim Yayınları Serisi No:1.
- EREM, Faruk** : Ceza Hukuku, Hususî Hükümler, Cilt II, Ankara 1968, 655 sayfa, Ajans Türk Bilim Yayınları Serisi No:1.
- EREM, Faruk** : Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş Beşinci Bası, Ankara 1978, VIII+799 sayfa, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:427.
- ERMAN, Sahir** : Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950.
- ERMAN, Sahir** : "Hükümetin Manevî Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt XXV, Sayı 5, Mayıs 1951, s.276-286.
- GÖKCEN, Ahmet** : bkz. ARTUK, Mehmet Emin - Ahmet GÖKCEN - A.Caner YENİDÜNYA :
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Polat** : "Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi", Adalet Dergisi, Yıl 58, Haziran 1967, Sayı 6, s.427-434.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref** : Anayasa Hukuku, Anayasa Metni, 5.Bası, Son Değişiklikler işlenmiştir, Ankara 1995, XXIV+288+91 sayfa, Turhan Kitabevi Hukuk Yayınları.



**GÜNDEL, Ahmet** : Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk'e, Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükûmete Hakaret Suçları, Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları, Birinci Baskı, Ankara Şubat 1997, 374 sayfa, Seçkin Yayınevi.

**İLERİ HUKUK DERGİSİ** : Sayı 45, Mart 1949, s.700-701.

**İSKİT, Server R.** : Türkiye'de Matbuat Rejimleri, İstanbul 1939.

**KUBALI, Hüseyin Nail** : "Büyük Millet Meclisinin Hukukî Şahsiyeti", 9 Şubat 1964 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

**KUBALI, Hüseyin Nail** : "Büyük Millet Meclisinin Manevî Şahsiyeti", 12 Şubat 1964 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

**MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık** : bkz. SAVAŞ, Vural-Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU :

**MUMCU, Uğur** : "Hükûmetin Manevî Şahsiyeti", 5 Mart 1971 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

**ODYAKMAZ, A. Nevzad** : Uygulamalı Türk Ceza Yargısı, İstanbul Ocak 1980, Yasa Yayınları:39, Bilim/Bilgi Dizisi:4.

**OKANDAN, Recai Galip** : "Devletin Şahsiyeti", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XV, İstanbul 1949.

**ÖZBUDUN, Ergun** : Türk Anayasa Hukuku, Gözden geçirilmiş 3.Baskı, Ankara 1993, XVI+408 sayfa, Yetkin Yayınları.

**ÖZDEN, Cahit** : bkz. PERİNÇEK, Sadık - Cahit Özden :

**ÖZEK, Çetin** : "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXXII, İstanbul 1967, Sayı 2-4, s.597-683.

**ÖZEK, Çetin** : Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967.

**ÖZEK, Çetin** : Devlet Başkanına Karşı Şuçlar (TCK.156-158), İstanbul 1970.

**PERİNÇEK, Sadık-Cahit ÖZDEN** : Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Yargıtay Kararları, İstanbul 1950.



**SAVAŞ, Vural - Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU** : Türk Ceza Kanununun Yorumu, Maddelerin Açıklamaları, İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Genel Kurul Kararları, Özel Daire Kararları, II.Cilt Madde 96-324, İkinci Baskı, Ankara Mayıs 1998, 3184-1603 sayfa, Seçkin Yayınevi.

**SENKERİ, Tarık** : Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, XXXVI+296 sayfa, Kazancı Hukuk Yayınları, No.149.

**TANER, Tahir** : Ceza Hukuku, Umumî Kısım, 3.basım, İstanbul 1953.

**TOSUN, Öztekin** : "Türk Ceza Kanununun 159.maddesi ve Basın Hürriyeti ile İlişkisi(I)", Yargıtay Dergisi, Cilt 6, Ekim 1980, Sayı 4, s.454-466.

**YALKUT, Necdet** : " Hükümetin Manevî Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu ile İlgili Bir İnceleme", Adalet Dergisi, Yıl 64, Kasım 1973, Sayı 11, s.929-936.

**YARSUVAT, Duygun** : "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri ", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof.Dr. Naci ŞENSOY Hatıra Sayısı, Cilt XXX, Sayı 3-4, s.665-691.

**YENİDÜNYA, A.Caner** : bkz. ARTUK, Mehmet Emin - Ahmet GÖKÇEN - A. Caner YENİDÜNYA :

**YENİSEY, Feridun** : bkz. DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY:

**YURTCAN, Erdener** : "Yargıtayın Bir Kararı Üzerine 'İktidarı' Tahkir ve Tezyifin TCK. 159. maddeye Aykırılığı Sorunu", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XLII, Sayı 1-4, s.725-738.

## B) Ansiklopedi ve Lûgatlar

**BÜYÜK TÜRK SÖZLÜĞÜ** : Hayat Yayınları, İstanbul 1969.

**GÜZEL TÜRKÇEMİZ** : Hazırlayan Nijat ÖZÖN, İstanbul 1986, Milliyet Yayını.

**KAMUS-U TÜRKİ** : Şemsettin Samî.

**LÛGAT-I NACİ** : Muallim Naci (Büyük ve Küçük Lûgat-ı Naci'ler).

**MEYDAN-LAROUSSE** : Büyük Lûgat ve Ansiklopedi, Cilt 6, İstanbul 1971.



**OSMANLICA - TÜRKÇE ANSİKLOPEDİK BÜYÜK LÛGAT (Eski ve Yeni Harflerle) :** Hazırlayan heyet Abdullah YEĞİN, Abdülkadir BADILLI, Hekimoğlu İsmail, İlham ÇALIM, İki Cilt, İstanbul 1981, TÜRDAV Basın Yayın Limited Şirketi.

**OSMANLICA-TÜRKÇE ANSİKLOPEDİK LÛGAT :** Ferit Devellioglu, Ankara 1962.

**OSMANLICADAN TÜRKÇEYE CEP KILAVUZU :** TDAK., İstanbul 1935.

**RESİMLİ YENİ TÜRK LÛGATI :** Mithat Sadullah, İstanbul 1930.

**TÜRK HUKUK LÛGATI :** Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1945.





# 1982 ANAYASASINDA MİLLETVEKİLLİĞİ VATANDAŞLIK İLİŞKİSİ (Merve Safa Kavakçı Olayı)

Doç. Dr. Erdal ONAR (\*)

Doç. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU (\*\*)

## A- GİRİŞ

Bilindiği gibi, 18 Nisan 1999 seçimlerinde milletvekili seçilen Merve Safa Kavakçı'nın daha sonra Türk vatandaşlığını kaybetmesi, Anayasamıza göre milletvekilliği-vatandaşlık ilişkisinin sorgulanmasına yol açmıştır. Biz, bu ilişkiyi incelemeye başlamadan önce "Merve Safa Kavakçı Olayı" olarak adlandırdığımız bu olaydaki gelişmeleri hatırlatmanın yararlı olacağını düşünüyoruz (1).

---

(\*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(\*\*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Sözü edilecek gelişmeler bu makalenin basıma verildiği 30 Kasım 1999 tarihine kadar meydana gelen olayları içermektedir.



Merve Safa Kavakçı, 18 Nisan 1999 Pazar günü yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Seçimleri sonucunda İstanbul'dan milletvekili seçilmiştir (2).

Anayasanın 81. maddesi uyarınca and içmek için TBMM.'nin 2 Mayıs 1999 tarihli 1. Birleşimine katılan Merve Safa Kavakçı, TBMM Genel Kuruluna başı örtülü geldiği için çıkan tartışmalar üzerine and içmeden Genel Kurulu terketmiştir (3).

Daha sonra, izin almadan yabancı bir devlet vatandaşlığını edinmiş olduğu gerekçesiyle, Bakanlar Kurulu, 13 Mayıs 1999 tarih ve 99/12827 sayılı Karar ile, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (a) bendine göre Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine karar vermiş ve bu Karar 16 Mayıs 1999 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır (4).

---

(2) RG., 27 Nisan 1999, Sayı 23678 Mükerrer.

(3) Bkz. TBMM Genel Kurulu'nun 2 Mayıs 1999 tarihli 1. Birleşim tutanağı, TBMMTD., C. I, s. 10-12. Bilindiği gibi Anayasanın 81. maddesi uyarınca, milletvekillerinin göreve başlarken bu maddede öngörülen and içmeleri gerekir. Ancak, belirtmemiz gerekir ki, and içme, milletvekilliği sıfatının kazanılması için değil, milletvekilinin göreve başlayabilmesi için Anayasanın aradığı bir koşuldur. Milletvekilliği sıfatı, seçim tamamlanıp, adayın milletvekili seçildiğinin il seçim kurulunca bir tutanakla saptandığı an kazanılmış olur. Nitekim, Anayasanın değinilen 81. maddesinde de, milletvekili olmak için değil, milletvekilinin göreve başlaması için and içmesinden söz edilmektedir. And içmeyen bir milletvekili göreve başlayamayacağından, bir mazereti olmadığı halde bu yükümlülüğü yerine getirmeyen ve göreve başlamayanın, Anayasanın 84. maddesi uyarınca devamsızlıktan ötürü milletvekilliğinin düşürülebilmesi mümkün olur. Bkz. ONAR, Erdal: "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi", Anayasa Yargısı, 14, Ankara 1997, s.454.

(4) RG., 16 Mayıs 1999, Sayı: 23697.



Merve Safa Kavakçı, bu Karara karşı Danıştay'da iptal dâvası açmış ve yürütmenin durdurulmasını talep etmiştir. Danıştay 10. Daire, 20.9.1999 tarih ve Esas 1999/2196 sayılı Kararı ile yürütmenin durdurulması talebini reddetmiş; ilgilinin bu ret kararına karşı Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kuruluna yaptığı itiraz da, Genel Kurulun 15.10.1999 tarih ve Y.D. İtiraz 1999/589 numaralı Kararı ile reddedilmiştir. Sözü edilen iptal dâvası halen Danıştay 10. Dairede derdesttir.

Bu arada konuyu kendi açısından inceleyen Yüksek Seçim Kurulu, 17.05.1999 tarihinde 1585 numaralı Karar ile, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığını kaybettiğine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı, aday listeleri kesinleştikten ve seçimler yapıldıktan sonra 13.05.1999 tarihinde verilip, 16.05.1999 tarihinde Resmî Gazetede yayımlandığından, seçilme yeterliğinin kaybının seçimlerden sonra oluştuğuna, bu nedenle de adı geçenin milletvekilliğinin düşürülmesine karar verme yetki ve görevinin TBMM.'ne ait olduğunu kararlaştırmıştır.

Daha sonra, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Merve Safa Kavakçı hakkında yürütülen bir soruşturma nedeniyle dokunulmazlığının kaldırılması talep edilmiş ve bu talebi TBMM Başkanlığına ileten Başbakanlık'ın 13 Eylül 1999 tarihli yazısına, TBMM Başkanlığınca verilen 15 Eylül 1999 tarihli cevapta,

*"...Türk Vatandaşlığının kaybı ile birlikte Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliği sıfatı ortadan kalkmıştır.*

*Bu nedenle, halihazırda milletvekili olmayan Merve Safa Kavakçı'nın yasama dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki istemin işleme konulması mümkün görülmediğinden, dosya ilişikte geri gönderilmiştir" denilmiştir (5).*

---

(5) Sabah Gazetesi, 20 Ekim 1999, s.19.





18 Ekim 1999 tarihinde hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığınca Merve Safa Kavakçı'nın ifadesi alınmak istenmiş (6), bu arada TBMM Başkanlığınca Başbakanlığa yazılmış olan yukarıdaki yazı ile ilgili açıklama talep eden Merve Safa Kavakçı'nın avukatı Salim Özdemir'e hitaben yazılan TBMM Başkanlığının 19 Ekim 1999 tarihli yazısında,

*"Merve Safa Kavakçı bilindiği gibi Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk Vatandaşlığından çıkarılmıştır (7). Adı geçen, kararın iptali için dava açmıştır. Dava derdesttir. Merve Safa Kavakçı dâvayı kazandığı takdirde Vatandaşlığı avdet edecek ve dolayısıyla Milletvekilliği herhangi bir şekilde tartışma konusu olmayacaktır.*

*Başkanlığımız, şayet dava Merve Safa Kavakçı'nın aleyhine sonuçlanırsa Milletvekilliğinin düşürülmesi konusunda bir karar vermek üzere konuyu tekrar Yüksek Seçim Kurulu'na götürecektir, Yüksek Seçim Kurulunun vereceği karara göre hareket ederek karar evvelce verdiği '13.5.1999 gün ve 12827 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ışığında seçimden sonra oluşan seçilme yeterliğinin kaybı nedeniyle Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliğinin düşürülmesine karar verme yetkisi ve görevinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğuna', ilişkin karara benzer nitelikte olduğu takdirde, konuyu belli prosedürden geçirmek suretiyle Genel Kurula götürecektir"*

denilmiştir (8).

Nihayet, Merve Safa Kavakçı, bir Türk vatandaşı Bekir Yıldırım ile evlenerek evlenme sırasında Türk vatandaşlığına geçme yö-

(6) Sabah Gazetesi, 19 Ekim 1999, s.22 ve aynı tarihli diğer gazeteler.

(7) Merve Safa Kavakçı, Bakanlar Kurulunca vatandaşlıktan çıkarılmayıp, vatandaşlığı kaybettirildiğinden (RG., 16 Mayıs 1999, Sayı: 23697), buradaki çıkarılmıştır teriminin, kaybettirilmiştir şeklinde anlaşılması gerekir.

(8) Sabah Gazetesi, 20 Ekim 1999, s.19.



nündeki iradesini TVK. md. 42 uyarınca bildirmiştir (9). Daha sonra Merve Safa Yıldırım adına düzenlenmiş yeni nüfus cüzdanını almış (10) ve Avukatı kanalıyla TBMM Başkanlığına yaptığı ve ekinde evlenme ve nüfus cüzdanı suretlerinin de yer aldığı bir başvuru ile özlük haklarının ve birikmiş maaşının verilmesini talep etmiştir (11).

Aşağıda, bütün bu gelişmeler ışığında 1982 Anayasasına göre milletvekilliği vatandaşlık ilişkisi incelenecektir.

### **I- 1982 Anayasasında Milletvekili Olma Şartlarından Biri Olarak Vatandaşlık**

Yasama meclisi üyesi olabilmek, hemen tüm devletlerde sadece vatandaşlara tanınan bir haktır (12). Yasama organlarının çok geniş yetkilere sahip olduklarını, bir bakıma ülkelerinin kaderini ellerinde bulundurduklarını dikkate aldığımızda, onların üyeleri için bu tür bir koşul aranmasını sanırız yadırgamamak gerekir. Hattâ bazı devletlerde, vatandaşların bu haktan yararlandırılabilmesi için daha da ileri gidilmekte ve kişinin vatandaş olmasıyla yetinilmeyerek, vatandaşlığın doğumla kazanılması (13) veya hiç olmazsa belirli bir süreden beri vatandaş olunması gibi daha özel koşullar aranmaktadır (14). 1982 Anayasasında bu tür özel nitelikler istenmemekle birlikte, milletvekili seçilebilmek için Türk vatanda-

(9) Hürriyet Gazetesi, 30 Ekim 1999, s.26.

(10) Milliyet Gazetesi, 11 Kasım 1999, s.14.

(11) Cumhuriyet Gazetesi, 10 Kasım 1999, s.7; Sabah Gazetesi, 27 Kasım 1999, s.22.

(12) Parliaments of the World, Volume I, Inter-Parliamentary Union, 1986, s. 66.

(13) Örneğin, Filipinler'de yasama meclisi üyeliği, vatandaşlığı sadece doğumla kazanmış olanlara tanınmış bir haktır. Bkz. Parliaments of the World, s. 66, 90.

(14) Örneğin ABD'de, Temsilciler Meclisi üyesi olabilmek için 7 yıldan, Senato üyesi olabilmek için de 9 yıldan beri ABD. vatandaşı olmak gerekir. Bkz. ABD. Anayasası, md. 1, Bölüm 2 ve 3.



şısı olmak şart koşulmuştur. Gerçekten, 1982 Anayasasının milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesinde, "*Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir*" denilmektedir (15). Bu maddeyi, Anayasanın Türk vatandaşlığını hükme bağlayan 66. maddesi ile birlikte ele aldığımızda, "*her Türk*" ifadesini, "*her Türk vatandaşı*" olarak anlamamız gerekir. Çünkü, bilindiği gibi 66. maddede Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu öngörülmektedir. Nitekim, bu husus, 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 10. maddesinde, "*Otuz yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir*" denerek, tartışmaya yer bırakmayacak bir açıklıkla düzenlenmiş bulunmaktadır (16). Anayasada, milletvekili seçilebilmek için vatandaşlığın doğumla kazanılması veya belirli bir süreden beri vatandaş olunması gibi özel nitelikler aranmadığına göre, ister doğumla, ister sonradan kazansın, milletvekili adaylığına başvurduğu zaman Türk vatandaşı olan herkesin, seçilebilmek için gereken diğer koşullara sahip olması durumunda, bu haktan yararlanabileceğinde kuşku yoktur.

## II- Çifte veya Çok Vatandaşlık Taşıyanların Durumu

Üzerinde hiç bir tartışma olmayan uluslararası hukuk anlayışına göre her devlet, kimlerin kendi vatandaşı olduğunu kanunlarında tayin etmek serbestisine sahiptir (17). Dolayısıyla devletler,

---

(15) Aynı düzenleme 1924 ve 1961 Anayasalarında da yer almaktaydı. Bkz. 1924 Anayasası, md. 11; 1961 Anayasası, md. 68 ve md. 71.

(16) Nitekim, 26.4.1961 tarih ve 298 sayılı "Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun"un 130. maddesinde değişiklik yapan 17.5.1979 tarih ve 2234 sayılı Kanunun Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında da bu konuya değinilmiş ve Türk olmak tâbiriyle, Türk vatandaşı olmanın kastedildiğine işaret edilmiştir (MMTD., Dönem 5, 1979, C. 12. s.192-193).

(17) ULUOCAK, Nihal: Türk Vatandaşlık Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1989, s. 6; NOMER, Ergin: Vatandaşlık Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 1997, s. 5; AY-BAY, Rona: Yurttaşlık Hukuku (Yurttaşlık), 2. Baskı, İstanbul 1991, s.9.



kimlerin kendi vatandaşı olacağını belirlemek konusunda serbest bırakılmıştır. Başka bir devletin ya da uluslararası hukukun bu konuda devletlere müdahale etmesi onların egemenlik haklarının ihlali anlamına gelir. Devletlerin bu konuda serbestçe düzenleme yapabilme yetkisinin ve vatandaşlığın kazanılması konusunda istediği kısıtları (kan esaslı veya toprak esaslı) kabul etme serbestisinin varlığı, doğal olarak çifte veya çok vatandaşlık hallerinin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Devletlere müdahale ederek bu şekilde ortaya çıkan çok vatandaşlık hallerinin engellenmesi de mümkün görünmemektedir.

Örneğin, Türk vatandaşlık hukukunda kan esaslı uyarınca, çocuk doğumla ana ve/veya babasının vatandaşlığını kazanmakta ve Türk vatandaşı olmaktadır. Öte yandan ABD.'nin de dahil olduğu bazı ülkeler, vatandaşlığın kazanılmasında toprak esasını kabul etmekte ve ana-babanın vatandaşlığını dikkate almaksızın kendi ülkesinde doğan çocuklara vatandaşlık vermektedir. Böyle bir durumda kişi, doğumuyla birlikte birden çok ülkenin vatandaşlığını kazanmaktadır. ABD.'de Türk ana ve/veya babadan doğan çocuk, kan esaslı uyarınca Türk vatandaşlığını kazanırken, ABD.'nin toprak esasını kabul etmesi nedeniyle ABD. vatandaşlığını da kazanmaktadır (18). Uluslararası hukukta çifte vatandaşlığın bu şekilde ortaya çıkmasına engel olacak bir kural yoktur. Eğer olsaydı, bu, egemen devletlerin, vatandaşlarını kendi kanunları ile belirlemek yetkilerine müdahale olurdu.

Çifte ya da çok vatandaşlık doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması hallerinde ortaya çıkabileceği gibi, yukarıda belirtilen nedenlerle vatandaşlığın sonradan kazanılması hallerinde de ortaya çıkabilir. Zira devletler, kimlerin kendi vatandaşlığını sonradan kazanacağını belirleme hususunda da münhasır yetkiye sahiptir. Örneğin, doğumla Türk vatandaşlığını kazanan bir kadının yaban-

(18) NOMER, s. 28.



cı bir erkekle evlenerek kocasının vatandaşlığını da kazanması halinde yine çifte vatandaşlık durumu ortaya çıkmaktadır. 11.12.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda (TVK.), bu durumda bulunan kadının çifte vatandaşlık taşımasına engel olmak için, Türk vatandaşlığını terketmesi yönünde bir kural da yoktur. Kadın Türk vatandaşlığından ayrılmak istemediği sürece çifte tâbiyetli olacaktır (bkz. TVK. md. 19).

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, Türk vatandaşlık hukukunda çifte vatandaşlığı yasaklayan pozitif bir kural yoktur. Aksine Türk Vatandaşlık Kanunu çifte vatandaşlığa açıkça izin vermekte, hatta teşvik etmektedir (19). Kişi, Türk vatandaşlığını koruyarak, başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak için yetkili makamlardan izin alabilmektedir. TVK. md. 22/III uyarınca "*başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye de Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilebilir*". O halde, Türk vatandaşlığını koruyarak başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilere, yani çifte vatandaşlığa bu madde açıkça imkân tanımaktadır (20).

Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde şu sonuca varılmaktadır. Türk vatandaşlık hukukunda, bir Türk vatandaşının, Türk vatandaşlığını koruyarak başka bir devletin vatandaşlığını kazanması mümkündür. Bu konuda asıl dikkat edilmesi gereken husus şudur: Bir Türk vatandaşı, başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak istiyorsa, bu durumu Türk makamlarına bildirecektir. İzin alınmaksızın yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılması yaptırıma bağlanmıştır. TVK. md. 25/(a) uyarınca izin almaksızın kendi is-

(19) NOMER, s. 29.

(20) Ayrıca bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişikin Yönetmeliğin 32. maddesi. Bu maddenin 7. bendine göre, yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek isteyen kişi, başvuru dilekçesinde Türk vatandaşlığını korumak isteyip istemediğini belirtecektir.



tekleriyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar hakkında Bakanlar Kurulu "kaybettirme" kararı verebilir. Bu nedenle kendi istekleriyle başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerin, böyle bir yaptırımla karşılaşmamak için izin almaları gerekir.

Bir kişi, birden çok ülke vatandaşlığını taşıyorsa ve bunlardan biri Türk vatandaşlığı ise, Türk yetkili makamları kişinin sadece Türk vatandaşlığını esas alacaklardır (21). Örneğin kişi, Türk vatandaşlığının yanısıra ABD. vatandaşlığını da taşıyorsa Türk hukuku bakımından ABD. vatandaşlığını reddetmek mümkün değilse de, kişi Türkiye Cumhuriyeti bakımından Türk vatandaşdır; onun Türkiye'de yabancı bir devlet vatandaşı gibi muamele görmesi mümkün değildir. Söz konusu kişi, ABD.'de ise ABD. vatandaşı olarak muamele görecektir. Bu kişi, Türkiye'de diğer vatandaşlığını ileri sürerek yabancı muamelesi görmek için talepte bulunamayacağı gibi, Türk makamları da bu kişinin yabancı vatandaşlığına dayanarak onu, Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan mahrum bırakamaz (22). Bu ilke, kanunlar ihtilâfi alanında, "*birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku uygulanır*" hükmü ile pozitif bir kural olarak hukukumuzda yerini almıştır (23).

Söz konusu kişi vatandaşlığını taşıdığı ülkelerin birinde bulunurken diğerinin diplomatik himayesinden yararlanamaz. Örneğin, Türkiye'de bulunurken, ABD.'den diplomatik himaye talebin-

---

(21) BERKİ, Osman Fazıl: Devletler Hususî Hukuku, Cilt I, Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku, 7.Baskı, Ankara 1970, s.147; ULUOCAK, s. 86; ONAR, E.: s.459.

(22) NOMER, s. 32.

(23) 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, md. 4.



de bulanamayacağı gibi, ABD.'de bulunurken de Türkiye'den diplomatik himaye talebinde bulunamaz (24).

Türk vatandaşının başka devlet vatandaşlığını taşıması halinde onun sadece Türk vatandaşlığının dikkate alınması gerekeceğinden, Anayasanın 76. ve 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 10. maddelerinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. 1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasasının aksine, çifte vatandaşlık durumunu milletvekilliğine engel olarak görmemiştir. Gerçekten, 1924 Anayasasının 11. maddesinde 30 yaşını bitiren kadın, erkek her Türk'ün milletvekili seçilebileceği öngörüldükten sonra, 12. maddesinde "... yabancı Devlet uyruklüğünü ileri sürenler... milletvekili seçilemezler" denmekteydi. Böylece çifte vatandaşlığa sahip olanların milletvekili seçilebilmesi engellenmiş bulunmaktaydı (25). Oysa 1961 ve 1982 Anayasalarında "30 yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir" dendiğinden sonra yabancı devlet vatandaşlığını ileri sürenlere ilişkin bir kısıtlama yer almadığından, çifte vatandaşlığın milletvekili seçilmeye engel bir durumunun olmaması gerekir. Nitekim 1961 Anayasasında milletvekili seçilme yeterliğini düzenleyen 68. maddenin gerekçesinde, "*tâbiyeti ecnebiye iddiası da tarihe intikal ettiğinden ve çifte tâbiyet de ferdin arzusu hilafına tecelli edebileceğinden, bu mefhum da çıkarılmıştır*" denilmekteydi (26).

(24) ULUOCAK, s. 86; NOMER, s. 105.

(25) Aynı husus 1924 Anayasası döneminde çeşitli seçim kanunlarında da tekrarlanmaktaydı. Örneğin, 14 Kânunuevvel 1942 tarih ve 4320 sayılı Mebus Seçimi Kanununun 10. maddesinde; 5 Haziran 1946 tarihli 4918 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanununun 10. maddesinde ve 16 Şubat 1950 tarihli 5545 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 34. maddesinde, yabancı devlet vatandaşlığını ileri sürenlerin milletvekili seçilemeyecekleri hükme bağlanmaktaydı. 1924 Anayasası döneminde, çifte vatandaşlığın milletvekili seçilmeye engel olması hususunda bkz. AYBAY, Rona: "Yurt dışındaki Türklerin 'çifte uyruklu' ve askerlik sorunları", Milliyet Gazetesi, 7 Kasım 1991, s. 13.

(26) ÖZTÜRK, Kâzım: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt II, Ankara 1966, s. 2361.



### III- Türk Vatandaşlığını Kaybeden Milletvekillerinin Durumu

#### A) Türk Vatandaşlığının Kaybı Halleri

"Vatandaşlığın kaybı", bir kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu devletle olan hukukî ve siyasî bağı kesmesi ve o ana kadar sahip olduğu vatandaşlığından ayrılması olarak tanımlanmaktadır (27).

403 sayılı TVK., Türk vatandaşlığının kaybını düzenlerken üçlü bir ayırım yapmıştır: Kanun yolu ile kayıp (TVK. md. 19), yetkili makam kararıyla kayıp (TVK. md. 20-26) ve seçme hakkı ile kayıp (TVK. md. 27-28) (28). Burada konumuz bakımından önemli olan, yetkili makam kararıyla kayıp halidir. Yetkili makam kararıyla kayıp halleri, Kanunda, vatandaşlıktan çıkma (TVK. md. 20-23), vatandaşlığa alınmanın iptali (TVK. md. 24) ve vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler (TVK. md. 25-26) olarak üç başlıkta düzenlenmiştir. Vatandaşlıktan çıkma yolu ile vatandaşlığın kaybı, hem ilgilinin, hem de yetkili makamın iradesiyle olmaktadır (29). Vatandaşlığa alınmanın iptali (30) ve vatana bağlılıkla bağ-

- 
- (27) BERKİ, Osman Fazıl: Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı, AÜHFĐ., Cilt 32, Sayı 1-4, Yıl 1976, s. 117.
- (28) Kanunun, vatandaşlığın kaybı konusundaki sisteminin eleştirisi ve kayıp halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, s. 90 vd; ULUOCAK, s. 67 vd; AYBAY, Yurttaşlık, s. 81-82; GÖĞER, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1979, s. 121-122.
- (29) Türk vatandaşı bir kimsenin istemi üzerine (çıkma dileği) yetkili makamın (Bakanlar Kurulunun) kararıyla verilen izne dayanarak Türk vatandaşlığını kaybetmesi 403 sayılı TVK.'na göre vatandaşlıktan çıkma adını almaktadır.
- (30) Bir kişinin bu yol ile vatandaşlığı kaybedebilmesi için vatandaşlığa alınma (telsik) nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmış olması gerekir. Burada kelimenin teknik anlamıyla bir kayıp değil, Bakanlar Kurulunun, kendi vatandaşlığa alınma kararını kanunda gösterilen belirli sebeplere dayanarak iptal etmesi durumu söz konusudur. Bkz. ULUOCAK, s. 88.





daşmayan eylemler söz konusu olduğunda ise ilgilinin iradesi dikkate alınmamaktadır (31). Vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler (32) başlığı altında ise, kaybettirme (TVK. md. 25) ve çıkarma (TVK. md. 26) halleri düzenlenmiştir.

Vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem, Türk vatandaşı sıfatıyla bağdaşmayacak biçim ve derecede devletin temel menfaatlerini ciddi surette ihlâl edici bir fiil veya sözle devlet aleyhinde faaliyette bulunma olarak tanımlanabilir. Türk Vatandaşlığı Kanunu, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemleri, ağırlık derecelerini dikkate alarak kaybettirme ve çıkarma olarak iki kategoriye ayırmıştır. Bu iki kurumun nitelikleri aynı, fakat sonuçları farklıdır. Sonuçları bakımından daha ağır olan "çıkarma" yaptırımını, ilke olarak ancak Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış kişilere uygulanır (33).

(31) NOMER, s. 90.

(32) Anayasanın 66. maddesinin IV. fıkrası, vatandaşlığın yetkili makam kararıyla irade dışı kaybı hallerinin düzenlenmesinde *vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem* ölçütüne riayet edilmesini emretmektedir. Türk Vatandaşlığı Kanunu, 25. ve 26. maddelerinin başlığını vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler olarak koymakla, Anayasada kullanılan ölçütü vatandaşlığın irade dışı yetkili makam kararıyla kaybı hallerinin belirlenmesinde esas aldığı açıkça ortaya koymuştur.

(33) 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, kendisinden önce yürürlükte olan 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun "iskat" (çıkarma) sebepleri olarak belirlediği hallerin biri dışında hepsini kaybettirme sebebi olarak düzenlemiş, en ciddi vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylem tipi olarak belirlediği "*Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği aleyhine faaliyette bulunma*" halini çıkarma yaptırımına tâbi tutmuştur. Örneğin 1312 sayılı Kanunun 9. maddesine göre izin almadan başka bir devlet vatandaşlığının kazanılması iskat sebebidir. Bu hükme dayanılarak verilen iskat kararlarının iptali istemiyle açılan dâvalarda verilen kararlar için bkz. BERKİ/ANSAY/ARAT, Devletler Hususî Hukuku ile ilgili Danıştay ve Yargıtay Kararları, Cilt I Tabiiyet Hukuku (1963-1975), Ankara 1975, s. 66, 69, 82, 92, 94.



TVK. md. 25'de kaybettirme sebebi olan haller sekiz tanedir. Konumuz bakımından önemli olanı, söz konusu maddenin (a) bendinde düzenlenmiş olan izin almaksızın *kendi isteğiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanma* halidir (34).

İzin almaksızın kendi istekleriyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananların Türk vatandaşlığını kaybettiklerine Bakanlar Kurulu karar verebilir (35).

Bir Türkün bu hükme göre Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gereklidir:

i- Yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmış olmalı.

ii- Kendi isteğiyle kazanmış olmalı (36).

iii- İzin almamış olmalı.

---

(34) Kanun, kişinin "izin"le Türk vatandaşlığını kaybedebileceğini (TVK. md. 20) veya ikinci bir vatandaşlık kazanabileceğini mümkün kıldığına göre, "izin almadan" bu yollara gidilmesini, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylem olarak kabul etmiştir. Bkz. ULUOCAK, s. 89-90.

(35) Bakanlar Kurulunun Resmî Gazetede yayımlanan "kaybettirme" ile ilgili kararlarını genellikle TVK.'nun 25. maddesinin (a) bendine dayandırdığı görülmektedir: ULUOCAK, s. 91 dn.169. Ayrıca örnek kararlar için bkz. BERKİ/ANSAY/ARAT, s. 42, 49.

(36) Kendi istekleri dışında yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar bakımından bu hükmün uygulanma imkânı yoktur. Danıştay DDK., 25.10.1974 tarih, E. 1974/25, K. 1974/679 sayılı kararında, Suriye vatandaşı erkekle evlendiği için otomatikman Suriye vatandaşlığını kazanan kadının kendi isteği ile yabancı bir devlet vatandaşlığını aldığını kabul etmenin mümkün olmayacağını belirterek verilen kaybettirme kararını iptal etmiştir (BERKİ/ANSAY/ARAT, s. 54). Danıştay daha sonraki bir tarihte verdiği kararda da aynı gerekçelerle kaybettirme kararını iptal etmiştir. Bkz. Danıştay 10. Dairesinin 24.12.1987 tarih ve E. 1986/916, K. 1987/2189 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, Yıl 18, Sayı 70-71, 1988, s. 560-562).



iv- Bakanlar Kurulu kaybettirmeye karar vermiş olmalı.

Bakanlar Kurulu, burada sebebin gerçekleşmesine rağmen, kaybettirme kararını verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bakanlar Kurulunun kaybettirme konusunda konu bakımından sahip olduğu bu genel takdir yetkisi bütün kaybettirme hallerini kapsar.

## **B) Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı**

### **1. Bakanlar Kurulu Kararının Niteliği**

İdarî makamlarca verilen Türk vatandaşlığı ile ilgili kararlar iki biçimde ortaya çıkar.

İdarî karar, kişinin Türk vatandaşlığını kazanması veya kaybetmesine ilişkin olabilir. Bir kişiyi vatandaşlık açısından yeni bir hukukî duruma sokan bu tür kararlar *kurucu* kararlardır. TVK., bu kararları alma yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir (37).

Buna karşılık, idarî karar, var olan bir durumu göstermeye de yönelmiş olabilir. Belirli bir kişinin Türk vatandaşı olduğunu veya o kişinin Türk vatandaşlığını kazanmamış olduğunu gösteren kararlar *bildirici* kararlardır (38).

---

(37) Bu konuda bkz. NOMER, s. 145; ULUOCAK, s. 132.

(38) Bildirici kararlar ise nihai olarak İçişleri Bakanlığınca verilir. TVK. md. 39 uyarınca bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı hakkında tereddüte düşüldüğü takdirde bu husus İçişleri Bakanlığına sorulur. Bu yönde bir talep idarî makamlardan da gelebilir; Danıştay dışındaki bir yargı organından da gelebilir. İlgili kişi İçişleri Bakanlığının vereceği karara karşı Danıştay'a başvurabilir. Böylece vatandaşlık ihtilâfı ile karşılaşan her idarî makamın kendiliğinden bir karara varması önlenerek Türk vatandaşlığı ile ilgili işlerin tek elden ve ihtisas sahibi yetkili bir makam tarafından yürütülmesi sağlanmıştır. Bkz. ULUOCAK, s. 132; NOMER, s. 146.



İster bildirici, ister kurucu karar olsun, idarî makamlarca vatandaşlığa yönelik alınan kararların idarî yargı denetimine tâbi olduğu açıktır (AY. md. 125 ve TVK. md. 40).

## 2. Kayıp Anı

Türk vatandaşlığı hangi yolla kaybedilirse kaybedilsin, kişi kayıp anından itibaren yabancı statüsüne girer (TVK. md. 29).

Kaybettirmenin genel sonucu, vatandaşlığı kaybettirilen kişinin, Türkiye'de bundan böyle (kayıp tarihinden başlayarak) yabancılar gibi işlem görmesidir. Gerçekten, TVK. md. 29'a göre:

*"Bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulur. .... 33 ve 35. maddeler hükümleri saklıdır (39)."*

Kaybettirme kararı ile Türk vatandaşlığının kaybı anı, Kanunda açık olarak belirtilmemiştir (40). Bakanlar Kurulu kararının hangi anda hüküm ifade edeceğinin tesbiti, TVK.'nun 29. maddesindeki Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulacaklarına dair hükmün uygulanma anını belirlemek bakımından önem taşır. Bu hususta bir karara ulaşırken, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 45. maddesi ile 35. maddesinin III. fıkrasından yararlanılabilir. Anılan 45. maddede *"Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına*

---

(39) 33. madde "vatandaşlığa alınmanın iptali"ne, 35. madde "çıkarma"ya ilişkin olarak öngörülen özel sonuçları düzenlemektedir. Kanunda, "kaybettirme" ile ilgili bir saklı tutma hükmü yer almadığından, haklarında kaybettirme kararı verilen eski Türk vatandaşları, Türkiye'de artık genel olarak yabancı statüsüne girmiş olurlar.

(40) Vatandaşlığın yetkili makam kararıyla kaybedilmesi hallerinden sadece "vatandaşlıktan çıkma"da kaybın hangi tarihte gerçekleşmiş olacağı konusu, Kanunda açıkça belirtilmiştir. Bu durumda, vatandaşlığın kaybı, çıkma belgesinin verilmesi anında gerçekleşir (TVK. md. 23/I).



*alınanlardan gerekli görülenler ile Türk vatandaşlığını kaybedenlerin tam hüviyetleri Resmî Gazetede yayınlanır"; 35. maddenin III. fıkrasında ise, "vatandaşlıktan çıkarma kararının ilgiliye tebliğinden veya resmî gazete ile yayınlanmasından önce Türkiye'ye dönenler hakkında vatandaşlıktan çıkarma işlemi durdurulur" denilmektedir.*

Doktrinde, bu iki hükümden hareketle, Bakanlar Kurulunca verilen vatandaşlığın kaybettirilmesi ve vatandaşlıktan çıkarma kararlarının tebliğ tarihinde hüküm ifade etmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir (41).

Ancak, kanımızca, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine, vatandaşlıktan çıkarmaya veya vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin Bakanlar Kurulu kararları, Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmelidir. Her ne kadar, Bakanlar Kurulu kararı imzalanınca tamamlanmış olsa da, özellikle üçüncü kişilere hüküm ifade edebilmesi için Resmî Gazetede yayımlanması gerekir. Vatandaşlığın kaybettirilmesinin, vatandaşlıktan çıkarmanın veya vatandaşlığa alınmanın iptalinin önemli hukukî sonuçları olacağından, hem ilgili kişinin, hem bu kişiyle ilişkiye girecek üçüncü kişilerin ve bu kişiye yönelik işlem yapması gereken kamu otoritelerinin böyle bir Bakanlar Kurulu kararından haberdar olmalarının sağlanması, demokratik bir yönetimde bulunması gereken hukukî güvenilirlik ve açıklık ilkelerinin de bir gereğidir. TVK.'nun yukarıda değinilen 45. maddesinde Türk vatandaşlığına alınanlardan gerekli görülenlerin tam hüviyetlerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına belirtilmesinin de bir anlamının olması gerekir. Bu nedenle bizce, kayıp anı olarak vatandaşlığın kaybettirilmesine, vatandaşlıktan çıkarmaya veya vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin Bakanlar Kurulu kararının alındığı tarihi değil, bu kararın

(41) NOMER, s. 153; GÖĞER, s. 151; ULUOCAK, s. 148; DOĞAN, Vahit: "Merve Kavakçı Olayı İle İlgili Hukukî Durum", Türk Hukuk, Temmuz 1999, Yıl 4, Sayı 4, s. 23.



Resmî Gazetede yayımlandığı tarihi dikkate almak gerekir. Kararın ilgili kişiye tebliği ise, bizce kararın yürürlüğe girmesi açısından değil, bu karara karşı yargı yoluna başvurmak açısından önem taşır. Bilindiği gibi, söz konusu Bakanlar Kurulu kararı kişisel bir idarî işlem olduğu için Anayasanın 125. maddesinin III. fıkrası ve 2527 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun madde 7/2(a) hükümleri uyarınca ilgilinin bu işleme karşı idarî yargıda iptal dâvası açabilme süresi, sözü edilen işlemin kendisine yazılı bildirim tarihinden başlar. Bakanlar Kurulu Kararının yürürlüğe girişini de, bu kararın ilgili kişiye yazılı bildirim tarihinden başlatmak yönündeki bir düşünce, vatandaşlığın kaybettirilmesine, vatandaşlıktan çıkarmaya veya vatandaşlığa alınmanın iptaline ilişkin Bakanlar Kurulu kararının uzun bir süre etkisiz kalmasına yol açabilir ki, bunun söz konusu düzenlemenin amacına uygun düşmeyeceğini sanırsız (42). Bu maddede sözü geçen Bakanlar Kurulu kararı, Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe girecek, ancak karar ilgiliye daha ileri bir tarihte tebliğ edilirse, karara karşı iptal dâvası açma süresi, tebliğ ile başlayacaktır.

### 3. Vatandaşlığın Kaybı Kararlarına Karşı Dâva Açılması

TVK. md. 40'a göre Türk vatandaşlığı hakkında idarî makamlarca her ne şekilde olursa olsun verilen kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilir. Verilen kararın iptali için Danıştay'a başvuru

---

(42) Genel olarak idarî işlemlerin yürürlüğe gireceği an, doktrinde tartışmalı bir konudur. Kimi düşünürler işlemin imzalandığı anda; kimi düşünürler ise işlemin yayımlandığı veya ilgiliye bildirildiği anda yürürlüğe gireceğini savunmaktadırlar. İdarî işlemlerin yürürlüğe giriş anı ile ilgili olarak, bkz. AKILLIOĞLU, Tekin: "Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, 1979, s. 33-44; BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş I, Ankara 1970, s. 156-157; DURAN, Lûtfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 411-413; ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri (Teksir): Ankara 1972-1973, s. 214 vd.; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1998, s. 125-126.



rulması, kaybettirme kararının sonuçlarının ertelenmesine yol açmaz. Bilindiği gibi, idare hukukumuzda, idare, "önceden uygulama yetkisi"ne sahiptir. Bir başka deyişle, yetkili makamlarca yapılıp, tamamlanmış ve yürürlüğe girmiş idarî işlemlerin sonuçlarını doğurabilmesi için bir mahkeme kararına gerek yoktur. Bu tür işlemlere, icraî, lâzum-ül icra, kesin veya yürütülmesi gereken bir işlem denir. Bu tür bir işlemin, varsa hukuka aykırılığını idarî yargı organlarında ileri sürüp, kanıtlamak ve işlemin iptalini istemek ilgili kişiye düşer. İşleme karşı idarî yargıda iptal dâvası açan kişi yürütmenin durdurulmasını talep edip de, bu talep idarî yargı organınca kabul edilmedikçe, aleyhine idarî yargıda iptal dâvası açılmış olması, bir idarî işlemin yürütülmesini engellemez. Bir başka deyişle, işlem, idarî yargı organınca iptal edilene veya hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar, sonuçlarını sürdürmeye devam eder. Bu söylediklerimiz vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararları için de geçerlidir. Bakanlar Kurulunca vatandaşlığı kaybettirilmiş bir kişinin, bu karar aleyhine Danıştay'da iptal dâvası açmış olması, yürütmenin durdurulması talep edilip de, bu talep doğrultusunda Danıştay'ca yürütmenin durdurulması kararı verilmediği sürece, Bakanlar Kurulunun vatandaşlığın kaybettirilmesi kararı, hukukî sonuçlarını sürdürecektir (43). Örneğin, somut olayda da, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine yönelik Bakanlar Kurulu kararına karşı Merve Safa Kavakçı'nın açtığı iptal dâvasında istediği yürütmenin durdurulması talebi Danıştay 10. Dairenin 1999/2196 sayılı Kararı ile reddedildiği, bu Karara karşı yaptığı itiraz da Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulunun 1999/589 sayılı Kararı ile reddedildiğine göre, kaybettirme kararının sonuçları etkisini sürdürmektedir.

(43) İdarî işlemlerin icraî niteliği için bkz. ERKUT, Celâl: İptal Davasının Konusu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No. 51, Ankara 1990, s. 117 vd; GÜNDAY, s. 97-98; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt I, İstanbul 1966, s.50-51, 55; ÖZYÖRÜK, s. 215-216.



Buna karşılık, Türk Vatandaşlığı Kanunu "kaybettirme"nin aksine, "vatandaşlığa alınmanın iptali" ve "çıkarma"da, ilgilinin yabancı statüsüne girmesi ile yetinmemiş, bazı ek sonuçlar da öngörmüştür. Çıkarmada, malvarlığı üzerinde olumsuz etkiler meydana getiren *malların tasfiyesi, iptalde ise malların tasfiyesi ile birlikte ilgilinin sınır dışı edilmesi* bu tür sonuçlardandır. İşte, çıkarmada veya vatandaşlığa alınmanın iptalinde, Bakanlar Kurulunun kararına karşı Danıştay'da iptal dâvası açılmışsa, telâfisi imkânsız sonuçlar doğurabileceğinden, Kanun, çıkarma veya vatandaşlığa alınmanın iptali kararlarının sadece bu sonuçlarının yürütülmesinin dâva sonuna bırakılacağını öngörmüş bulunmaktadır (TVK. md. 35/I ve TVK. md. 33/III). Bir başka deyişle, çıkarma veya vatandaşlığa alınmanın iptali kararlarında da, açılan bir iptal dâvası, Danıştay'ca yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe, çıkarma veya vatandaşlığa alınmanın iptali kararlarının diğer sonuçlarını etkilemez.

Vatandaşlığın kaybına ilişkin Bakanlar Kurulu kararına karşı açılan iptal dâvası üzerine Danıştay, sözü edilen Bakanlar Kurulu kararını hukuka aykırı bulur da iptal ederse, idarî yargıda iptal kararları geçmişe de etkili olacağından (44), Bakanlar Kurulu kararı hiç alınmamış gibi ortadan kalkacaktır. Başka bir deyişle, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukukî durum geçerlik kazancak ve vatandaşlığın kaybına bağlı sonuçlar da, aynı şekilde iptal kararı ile birlikte başından itibaren etkilerini yitireceklerdir.

---

(44) Bilindiği gibi, idarî yargıda iptal kararlarının geçmişe etkililiği ilkesi, idare hukukunun genel ilkelerindedir. Bu konuda bkz. ULER, Yıldırım: İdarî Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s.16 vd.; BİLGİN, Per-tev: İdare Hukuku Dersleri, İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996, s. 214.





## C) Vatandaşlığın Kaybının Milletvekilliği Üzerine Etkisi

1982 Anayasasında milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddede vatandaşlığın kaybı, bir düşme nedeni olarak yer almamıştır. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi, Anayasanın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesinde "... her Türk milletvekili seçilebilir" denilerek, milletvekili olabilmek için Türk vatandaşlığı şart koşulduğundan, seçilebilmek için aranan bu niteliğin, milletvekilliği süresince de korunması gerekir. Bir başka deyişle, seçildiği zaman Türk vatandaşı olan bir milletvekili, milletvekilliği sırasında herhangi bir nedenle Türk vatandaşlığını kaybederse, milletvekilliğini sürdüremez. Bu kişinin milletvekilliğinin de sona ermesi gerekir (45). Bu konuda hiç bir kuşku olmamakla birlikte, milletvekilliğinin nasıl sona ereceği, akla bazı soruları getirebilir. Gerçekten, böyle bir durumda milletvekilliğinin sona erdiğini belirleme yetkisi, Yüksek Seçim Kurulunda mı, TBMM Genel Kurulunda mı, yoksa TBMM Başkanlığında mı olmalıdır? Aşağıda bu sorulara yanıt aranacaktır.

### 1. Yüksek Seçim Kurulu

Bilindiği gibi, 1982 Anayasasının 79. maddesi, seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağını öngörmekte ve ikinci fıkrasında, "*seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur*" denmektedir. Bu denetimin milletvekili adayları için nasıl sürdürüleceği, 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile 26.4.1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda düzenlenmiş bu-

(45) DOĞAN, s. 23; ONAR, E.: s. 459.



lanmaktadır. Sözü edilen 298 sayılı Kanunun 17.5.1979 tarih ve 2234 sayılı Kanunla değiştirilmiş 130. maddesinde il seçim kurullarının kararlarına karşı Yüksek Seçim Kuruluna ne şekilde itiraz edileceği belirtilmekte ve "*...adaylığın kesinleşmesinden sonra, adayın Türk olmadığına, yaşının kanunda gösterilenden küçük olduğuna, okur-yazar olmadığı veya seçilme yeterliğini kaybettiiren bir mahkûmiyeti bulunduğuna ilişkin iddialar dışındaki nedenlerle adaylara itiraz olunamaz. Bu hüküm olağanüstü itirazlar için de geçerlidir*" denilmektedir.

Yüksek Seçim Kurulu, maddede yer alan bu seçilme engellerini "tam kanunsuzluk" olarak görmekte ve yerleşmiş içtihatlarında, bu engelleri bir süreye bağlı olmadan her zaman inceleyebileceğini ve gerekiyorsa, tutanağın iptaline gidebileceğini söylemektedir (46). Ancak, Yüksek Seçim Kurulu bu yetkisinin, *seçimden önce var olan* seçilme yeterliğine engel bir tam kanunsuzluk halinin, seçimden sonra ortaya çıkması durumunda söz konusu olabileceğinin altını çizmektedir. Bir başka deyişle, seçimden önce var olma-

(46) Seçimden önce var olan, ancak seçimden sonra ortaya çıkan bir seçilme engelinden ötürü milletvekilliği tutanağının iptalinin gerektiği ve bu yetkinin Yüksek Seçim Kurulunda bulunduğuna ilişkin olarak Yüksek Seçim Kurulunun şu kararlarına bakılabilir:

i- 11 Kasım 1961 tarih ve 390 sayılı Karar, RG., 18 Kasım 1961, Sayı 10961, s. 5839-5840.

ii- 19 Kasım 1983 tarih ve 555 sayılı Karar, RG., 30 Kasım 1983, Sayı 18237, s. 24-25.

iii- 11 Şubat 1996 tarih ve 71 sayılı Karar, RG., 19 Mart 1996, Sayı 22585, s. 19-24.

iv- 16 Mart 1999 tarih ve 371 sayılı Karar (Resmî Gazetede yayımlanmamıştır).

Ancak, Yüksek Seçim Kurulunun belirtilen kararları ile oluşan yerleşik içtihatına uymayan ve seçimden önce var olduğu halde sonradan ortaya çıkan bir seçilme engelinden ötürü milletvekilliğinin düşmesine TBMM.'nin karar vermesi gerektiğine ilişkin bir kararı da mevcuttur. Bu karar için bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 26 Aralık 1988 tarih ve 311 sayılı Kararı, RG., 11 Ocak 1989, Sayı 20046, s. 31-38.



yan bir tam kanunsuzluk halinin, seçimden sonra doğması durumunda, sorunu incelemeye Yüksek Seçim Kurulu kendisini yetkili görmemektedir. Kuşku yok ki, sonradan böyle bir tam kanunsuzluk halinin doğması durumu, sadece Türk vatandaşı olmama ve milletvekili seçilmeye engel bir mahkûmiyet için düşünülebilir. Gerçekten, seçim sırasında bir adayın yaşı tuttuğu halde, sonradan küçülmesi veya yine seçim sırasında okur-yazar olduğu halde sonradan bu yeteneğini yitirmesi düşünülemez. Ama, seçim sırasında Türk vatandaşı olan bir adayın seçimi kazandıktan sonra Türk vatandaşlığını kaybetmesi veya seçim sırasında seçilmeye engel bir mahkûmiyeti bulunmayan bir adayın, seçimden sonra bu tür bir hüküm giymesi pekâla mümkün olabilir. İşte, Yüksek Seçim Kuruluna göre böyle bir durumda sorunu incelemek ve karara bağlamak, kendisinin yetkisinde değildir. Bize göre, Yüksek Kurulun bu görüşü tümüyle yerindedir. Aksi halde, Anayasanın 84. maddesindeki "*milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlama halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur*" hükmünün hiç bir anlamı kalmazdı. Bu nedenle, seçim sırasında Türk vatandaşı olan bir adayın, seçildikten sonra Türk vatandaşlığını kaybetmesi durumunda da Yüksek Seçim Kurulunun bir yetkisinin olmaması gerekir. Çünkü Yüksek Seçim Kurulu, seçim sırasında mevcut olan ve bir tam kanunsuzluk hali oluşturan engelin, seçimden sonra ortaya çıkması durumunda kendisini yetkili görmektedir. Somut olayda, Merve Safa Kavakçı, 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçimlerine İstanbul Milletvekili adayı olarak katıldığında, aday listeleri kesinleştiğinde ve 18 Nisan 1999 tarihinde seçim yapıldığında, daha Türk vatandaşıdır. Çünkü, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığını kaybetmesine neden olan Bakanlar Kurulunun 99/12827 sayılı "kaybettirme" kararı 13 Mayıs 1999 tarihinde verilmiş ve 16 Mayıs 1999 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Her ne kadar, ileri sürüldüğü gibi, Kavakçı'nın izin almaksızın kendi isteğiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması seçimden önceki bir tarihe rastlarsa da, önemli olan, bu nedenden ötürü Bakanlar Kurulunca ilgili hakkında kaybettirme kararının verilip,



bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihtir. Çünkü, Türk Vatandaşlığı Kanununun olayda uygulanan 25. maddesinde "*Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir*" dendiğine göre, Bakanlar Kurulunun bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Bu nedenle, Bakanlar Kurulunun işlemi yukarıda da değinildiği gibi kurucu bir işlemdir ve hukuk dünyasındaki sonuçlarını, yani kişinin Türk vatandaşlığını kaybetmesi sonucunu, bu kararın verilmesine neden olan yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanıldığı tarihten itibaren değil, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine karar verilip, bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren doğurur.

Şayet, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığı, Bakanlar Kurulunca seçimlerden önceki bir tarihte kaybettirilip Resmî Gazetede yayımlanmış olsaydı, ancak o zaman, önceden var olup da sonradan ortaya çıkan bu seçilme engelinden ötürü milletvekilliği tutanağını iptal etme yetkisi Yüksek Seçim Kuruluna ait olurdu.

Bu nedenlerle, Yüksek Seçim Kurulunun kararında da belirtildiği gibi, "*Olayda, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığını kaybettiğine ilişkin 99/12827 sayılı Bakanlar Kurulu kararı aday listeleri kesinleştikten ve 18 Nisan 1999 tarihinde Milletvekili Genel Seçimleri yapıldıktan sonra 16.05.1999 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış bulunduğundan, seçilme yeterliğinin kaybının seçimlerden sonra oluştuğunun kabulü gerekir*" (47). Bu durumda, Yük-

---

(47) Yüksek Seçim Kurulunun 17.05.1999 tarih ve 1585 sayılı Kararı(Resmî Gazetede yayımlanmamıştır).



sek Seçim Kurulunun, adı geçenin milletvekilliği tutanağını iptal yetkisi bulunmamaktadır (48).

## 2. TBMM Genel Kurulu

1982 Anayasasında milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddenin 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan yeni şeklinde, bazı düşme nedenlerinden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülüp düşürülmeyeceğine TBMM Genel Kurulunun karar vereceği; buna karşılık bazı düşme nedenlerinden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesinin ise TBMM Genel Kurulunun karar vermesine gerek kalmadan,

- (48) Bu konuda SOYSAL farklı düşünmekte ve milletvekili seçilme koşulları arasında yer alan askerlik hizmetini yapmış olmayı, 1111 sayılı Askerlik Kanununun Ek 1. maddesi uyarınca dövizle kısa dönem olarak yerine getiren Bilecik Milletvekili Bahattin Şeker'in gereken koşulları taşımadığı anlaşıldığından, daha sonra Milli Savunma Bakanlığınca sözü edilen dövizle askerlik hizmeti kapsamında çıkarılması üzerine, Yüksek Seçim Kurulunun adı geçenin milletvekilliği tutanağının iptaline yönelik verdiği karar ile, Türk vatandaşlığını kaybeden İstanbul Milletvekili Merve Safa Kavakçı hakkında karar verme yetkisinin kendisinde bulunmadığına yönelik kararının birbirleriyle çeliştiğini savunmaktadır (Bkz. SOYSAL, Mümtaz: "Bahattin ve Merve", Hürriyet Gazetesi, 31 Ekim 1999, s. 13). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, iki olay birbirinden farklıdır. Bahattin Şeker olayında, ilgilinin yaptığı dövizle askerlik hizmeti daha sonra geçersiz sayıldığından, Anayasanın 76. ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddelerinin seçilme koşulları arasında saydığı yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmış olmak koşulu gerçekleşmemiş demektir. Bu nedenle, bu seçilme engeli sonradan ortaya çıkan; ancak, baştan beri, yani seçim anında da var olan bir seçilme engelidir. Oysa, Merve Safa Kavakçı olayında seçilme engeli, adı geçen kişi izin almadan bir başka devletin vatandaşlığını edindiği tarihte değil, bu sebepten ötürü Bakanlar Kurulunca Türk vatandaşlığı kaybettirilip, bu kaybettirme kararının Resmî Gazetede yayımlandığı 16 Mayıs 1999 tarihinde, yani milletvekili seçildikten sonra doğmuştur. Bir başka deyişle, seçim anında henüz Bakanlar Kurulunca alınmış bir vatandaşlığın kaybettirilmesi kararı yoktur. Bahattin Şeker olayı ile ilgili olarak bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 16 Mart 1999 tarih ve 371 sayılı Kararı (Resmî Gazetede yayımlanmamıştır).



düşme nedeninin TBMM Genel Kuruluna bildirilmesiyle gerçekleşeceği öngörülmüştür. Gerçekten "istifa eden", "milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden" veya "meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan" bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine TBMM Genel Kurulunun karar vermesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, bu nedenlerden birisi gerçekleşse bile, TBMM Genel Kurulu karar vermedikçe, milletvekilinin milletvekilliği düşmeyecektir. Bu yüzden, sözü edilen nedenlerden birinden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesine yol açan TBMM Genel Kurulu kararı kurucu nitelikte bir işlemdir. Bu nedenlerden birinden ötürü, bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesi için Genel Kurulda yapılan oylamada bazı milletvekillerinin ilgilinin milletvekilliğinin düşmesi yönünde oy kullanmalarına karşın, bazı milletvekillerinin ret oyu kullanacakları, bazılarının da çekimser kalacakları doğaldır. Milletvekilliğinin düşmesi için yapılacak bu oylamada Anayasada aranan karar yeter sayısı sağlanamazsa ilgilinin milletvekilliğinin düşmeyeceğini dikkate aldığımızda, bu nedenlerden birinden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğini düşürüp düşürmeme konusunda TBMM Genel Kurulunun bir takdir yetkisinin olduğu açıktır.

Bir başka deyişle, oylarına sunulup, kabul edip etmediklerinin sorulduğu her konuda, milletvekillerinin bir takdir yetkisi kullanacaklarında kuşku yoktur. Bu nedenle, milletvekillerinin takdirine bırakılmayan bir konuda, oylamaya da gidilmemesi gerekir. Örneğin, Anayasanın 84. maddesinin II. fıkrasında böyle bir durum öngörülmüştür. Sözü edilen fıkrada yer alan düzenleme uyarınca, milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi için, TBMM Genel Kurulunda bir karar alınması gerekmediğinden, bir oylamaya da gidilmemekte ve bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle milletvekilliği düşmektedir. Anayasanın değinilen 84. maddesinde veya bir başka hükmünde milletvekilliğinin düşme nedenlerinden birisi olarak öngörülme de, Türk vatandaşlığını kaybetmiş bir milletvekilinin milletvekilliğini sürdürmesi söz konusu olamayacağına göre, böyle



bir durumda TBMM Genel Kurulunun bir takdir yetkisinin de bulunamaması gerekir. Bir başka deyişle, TBMM Genel Kurulu, Türk vatandaşlığını kaybettiği halde bir milletvekilinin milletvekilliğini sürdürmesine karar veremez. Bu yüzden, böyle bir nedenden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesi gerektiğinde, konunun Genel Kurulun oyuna sunulması ve milletvekilliğinin düşürülüp düşürülmeyeceğine Genel Kurulun karar vermesinin istenebilmesi mümkün değildir (49). Bu nedenle, Türk vatandaşlığı kaybettirilmiş olan Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliğinin düşürülmesine karar verme konusunda TBMM Genel Kurulunun bir yetkisinin olmaması gerekir (50).

(49) ONAR, E.: s. 459.

(50) Yüksek Seçim Kurulunun bir önceki başlıkta değinilen 17.05.1999 tarih ve 1585 numaralı kararında, "*Bu durumda, Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliğinin düşürülme yetki ve görevinin Anayasanın 84. maddesi ışığında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğuna karar verilmelidir*" denilmekte ve Kararın sonuç kısmında, "*13.05.1999 gün ve 12827 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ışığında seçimden sonra oluşan seçilme yeterliğinin kaybı nedeniyle Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliğinin düşürülmesine karar verme yetki ve görevinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu*" görüşüne ulaşılmaktadır. Biz, bu Karardan Yüksek Seçim Kurulunun, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığının kaybettirilmesiyle birlikte milletvekilliğinin de sona erdiğini tespit etme yetkisinin kendisinde değil, TBMM.'nde bulunduğu görüşünde olduğu anlamını çıkarıyoruz. Yoksa, Yüksek Seçim Kurulunun, adı geçen milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülüp düşürülmeyeceğine TBMM Genel Kurulunun karar vermesi gerektiği düşüncesinde olduğunu sanmıyoruz. Yüksek Seçim Kurulunun böyle bir düşüncede olduğu varsayılrsa bile, bunun TBMM.'ni bağlayan kesin bir yargı kararı olduğu söylenemez. Çünkü, bilindiği gibi, Anayasanın 79. maddesi uyarınca Yüksek Seçim Kurulunun yargısal nitelikteki yetkisi "*seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama...*" dır. Bu nedenle Yüksek Kurulun, bu konu dışındaki bir husus olan Türk vatandaşlığı kaybettirilmiş bir milletvekilinin milletvekilliğinin düştüğüne ilişkin tesbitin TBMM.'nce nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir görüşü, Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan ve yasama ve yürütme organları ile idarenin uymak zorunda olduğu bir mahkeme kararı değildir. TBMM, Anayasa çerçevesinde görev ve yetkilerini kuşku yok ki kendisi belirler.



### 3. TBMM Başkanlığı

Milletvekiliyken Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan bir kişinin milletvekilliğini sürdürmesi söz konusu olamayacağına ve bu konuda yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü TBMM Genel Kurulunun da, Yüksek Seçim Kurulunun da karar verme yetkisi bulunmadığına göre, Türk vatandaşlığını kaybetmiş bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşüğünü belirleme yetkisinin TBMM Başkanlığına ait olması gerekir. Ancak, Anayasanın 76. maddesi milletvekili seçilebilmek için Türk vatandaşı olmayı şart koştuğundan, seçildiği sırada bu koşulu taşıyan bir kişinin, milletvekiliyken vatandaşlığı kaybetmesi durumunda, milletvekilliğinin düşüp düşmediğini belirleme hususunda TBMM Başkanının da bir takdir yetkisinin olamayacağı açıktır. Bir başka deyişle, TBMM Başkanlığının yapması gereken şey, Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan bir kişinin o anki yasama dönemi milletvekillerinden biri olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Bu tespitin sonucu olumlu ise, yeni Türk vatandaşlığını kaybeden kişinin bir milletvekili olduğu anlaşılmış ise, TBMM Başkanlığının, o milletvekilinin milletvekilliğinin düşüğünden TBMM.'ni haberdar etmesi gerekir. Bize göre, bunun için en uygun yol, milletvekilinin milletvekilliğinin düşüğünün TBMM Başkanlığınca Genel Kurulun bilgisine sunulmasıdır (51). Ancak, Türk vatandaşlığının kaybına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı, Resmî Gazetede yayımlanacağından, bir milletvekilinin Türk vatandaşlığını kaybettiğinden diğer milletvekillerinin bu yolla da bilgilenebilecekleri savunulabilir. Gerçekten, milletvekilliğinin TBMM.'nin bir kararına gerek olmadan düşeceği diğer halleri oluşturan, milletvekilliğine engel bir suçtan hüküm giyme veya kısıtlanmada, buna ilişkin mahkeme kararının bulunup bulunmadığından, bulunuyorsa bu kararın kesinleşmiş olup olmadığından, diğer milletvekillerinin TBMM Başkanlığınca Genel Kurula bu konuda bilgi verilmeden haberdar olabilmeleri pek

(51) Onar, E.: s. 459. Basında yer alan haberlerden, TEZİÇ'in de bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Hürriyet Gazetesi, 22 Ekim 1999, s. 24.





mümkün değildir. Bu yüzden, anılan nedenlerden ötürü, milletvekilliğinin düşmesinde, konu hakkında TBMM Başkanlığının Genel Kurula bilgi vermesi, daha belirleyici bir işleve sahiptir. Oysa, vatandaşlığın kaybına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı, Resmî Gazetede yayımlanınca aleniyet kazanacak ve herkes gibi milletvekilleri de bundan haberdar olacaklardır. Bu nedenle, bir milletvekilinin Türk vatandaşlığını kaybettiğine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı Resmî Gazetede yayımlandıktan sonra, bir de TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmasının gerekmeyeceğine ilişkin bir düşünce de bize makul görülmektedir. Nitekim, somut olayda, TBMM Başkanı Akbulut, Merve Safa Kavakçı'nın Türk vatandaşlığının kaybettirildiğine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının Resmî Gazetede yayımlanmasıyla birlikte, bu Bakanlar Kurulu kararını TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunma yoluna gitmeyerek adı geçen milletvekilliğinin düşmüş olduğuna karar vermiş (52) ve bu milletvekilini, yayımlanan TBMM Albümüne dahil etmemiştir (53).

Ancak, TBMM Başkanı Akbulut, daha sonra Merve Safa Kavakçı'nın durumu ile ilgili olarak yeni bir açıklama yapmış ve adı geçen, hakkında Bakanlar Kurulunca verilen Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi kararına karşı Danıştay'da açtığı dâva lehine sonuçlanırsa vatandaşlığının geri geleceğini ve dolayısıyla milletvekilliğinin tartışma konusu olmayacağını; buna karşılık dâva

---

(52) Merve Safa Kavakçı'nın dokunulmazlığının kaldırılması talebini TBMM Başkanlığına ileten Başbakanlık'ın 13 Eylül 1999 tarihli yazısına verilen, TBMM Başkanı Yıldırım Akbulut imzalı TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığının 15 Eylül 1999 tarih ve 1793/4834 sayılı yazısında, "*Türk Vatandaşlığının kaybı ile birlikte Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliği sıfatı ortadan kalkmıştır*" denilmiştir (Sabah Gazetesi, 20 Ekim 1999, s. 19). Akbulut'un aynı doğrultudaki açıklamaları değişik tarihlerde basında yer almıştır (Milliyet Gazetesi, 24 Eylül 1999, s. 14; Cumhuriyet Gazetesi, 26 Ekim 1999, s. 8; Milliyet Gazetesi, 21 Ekim 1999, s. 12).

(53) Hürriyet Gazetesi, 29 Temmuz 1999, s. 29. Ayrıca bkz. TBMM Albümü, 21. Dönem, 1999, s. 93-94.



Merve Safa Kavakçı'nın aleyhine sonuçlanırsa konuyu tekrar Yüksek Seçim Kuruluna götüreceğini, Yüksek Seçim Kurulu kendisini yine yetkisiz görür ve karar verme yetkisi ve görevinin TBMM.'ne ait olduğunu bildirirse, o zaman konuyu belli süreçten geçirmek suretiyle Genel Kurula götüreceğini belirtmiştir (54). Biz, TBMM Sayın Başkanının özetleyerek sunduğumuz bu görüşlerinin bir kısmına katılıyor, bir kısmına ise katılmıyoruz. Gerçekten, Merve Safa Kavakçı'nın, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı Danıştay tarafından iptal edilirse, idarî yarıda iptal kararları geçmişe yürüyeceğinden (ex tunc), vatandaşlığın kaybettirilmesinden önceki duruma dönülecek ve ilgilinin vatandaşlığı sanki hiç kaybettirilmemiş gibi, kaybettirmenin tüm sonuçları, bu arada milletvekilliğinin düşmüş olması da ortadan kalkacaktır. Bir başka deyişle, Merve Safa Kavakçı en baştan geçerli olmak üzere milletvekilliğini yeniden kazanacaktır. Ancak, Danıştay sözü edilen vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali istemini reddederse, şu anki durumda bir değişiklik olmayacak ve vatandaşlığın kaybettirilmesi kararının hukukî sonuçları etkisini sürdürmeye devam edecektir. Bu sonuçlardan biri, ilgilinin milletvekilliğinin düşmüş olmasıdır. Danıştay, vatandaşlığın kaybettirilmesi kararının iptali istemini reddederse, bu sonuçta da bir değişiklik olmayacağından, yeniden Yüksek Seçim Kuruluna başvurmaya veya konuyu TBMM Genel Kuruluna götürmeye gerek kalmayacaktır. Aksi bir uygulama, vatandaşlığın kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının ve bu kararın sonuçlarının, ona karşı Danıştay'da açılan iptal dâvası reddedildiği zaman kesinleştiği, o ana kadar bir bakıma askıda olacağı anla-

---

(54) Merve Safa Kavakçı vekili Avukat Salim Özdemir'e hitaben yazılan ve TBMM Başkanı Yıldırım Akbulut tarafından imzalanan TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Dairesi Başkanlığının 19 Ekim 1999 tarih ve 2226 sayılı yazısının tam metni için, bkz. yukarıda Giriş.



mına gelir ki, böyle bir düşünceyi, idarî işlemlerin tamamlanıp yürürlüğe girdikleri andan itibaren etkilerini gösterecekleri, başka bir deyişle lâzum-ül icra olacakları yönündeki idare hukukunun temel ilkesiyle bağdaştırabilmemiz mümkün görünmemektedir (55). Şayet Bakanlar Kurulunun sözü edilen kararı, Danıştay'da aleyhine açılan iptal dâvası reddedilince kesinleşecek olsaydı, bu karara karşı açılan iptal dâvasında dâvacının yürütmenin durdurulması isteminde bulunmasının ve Danıştay'ın bu istemi reddetmesinin hiç bir anlamı kalmazdı (56).

#### **IV- Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişinin Yeniden Türk Vatandaşlığını Kazanması Durumu**

Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla veya başka bir yolla kaybeden kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür. Eskiden Türk vatandaşı olan bu gibi kişilerin, Türk vatandaşlığını kazanmaları, bir "sonradan kazanma" türü olup, Türk vatandaşlığının kazanıldığı andan itibaren geçerlidir; dolayısıyla geriye etkili olarak sonuç doğurmaz (57).

Türk vatandaşlığı hangi yolla kaybedilirse kaybedilsin, bu gibi kişilerin gerek evlenme (TVK. md. 5), gerek yetkili makam kararıyla (TVK. md. 8) yeniden Türk vatandaşı olabilmelerinin tek is-

---

(55) Aynı doğrultuda olmak üzere, Danıştay Başkanı Çırakman'ın basında yer alan açıklamaları için, bkz. Cumhuriyet Gazetesi, 25 Ekim 1999, s.8; Milliyet Gazetesi, 25 Ekim 1999, s. 16.

(56) Yukarıda da değindiğimiz gibi, Danıştay Onuncu Daire 20.9.1999 tarih ve E. 1999/2196 sayılı Kararı ile, Bakanlar Kurulu kararına karşı açılan dâvada yürütmenin durdurulması talebini reddetmiş; Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu da 15.10.1999 tarih ve Y.D.İtiraz 1999/589 sayılı Kararı ile 10. Dairenin bu ret kararına karşı yapılan itirazı reddetmiştir.

(57) ULUOCAK, s. 20.



tisnası Türk vatandaşlığından çıkarılma halidir (58). Türk vatandaşlığından "çıkarılanlar"ın yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkün değildir. Nitekim, "çıkarma"nın sonuçlarını düzenleyen TVK.'nun 35. maddesinin IV. fıkrası, "*Türk vatandaşlığından çıkarılanlar, hiç bir şekilde yeniden Türk vatandaşlığını kazanamazlar*" hükmünü getirmekle bu istisnâ durumu açıkça ortaya koymuştur. Çıkarmanın en ağır sonucu olan, hiç bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanamama yaptırımını, TVK.'nun 8. maddesinde yetkili makam kararıyla "*yeniden vatandaşlığa alınma*" bakımından da teyit edilmiştir. Sözü edilen 8. maddede, "*Bu kanuna göre Türk Vatandaşlığını kaybetmiş olanları Bakanlar Kurulu, ikamet şartı aramaksızın yeniden vatandaşlığa alabilir. 35. madde hükmü saklıdır*" denilmektedir. Görülüyor ki, vatandaşlıktan çık-

- (58) Türk vatandaşlığını Bakanlar Kurulunun "kaybettirme" kararı ile kaybedenlerin, yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilmelerinin sadece TVK. md. 8 uyarınca mümkün olduğunu, dolayısıyla bu gibi kişilerin evlenme yoluyla yeniden Türk vatandaşlığını kazanmalarının mümkün olmadığını söylemek imkânı da yoktur. Her şeyden önce, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 5. maddesinin hükmü böyle bir yoruma elvermemektedir. Yabancı kadın, bir Türk vatandaşı ile evlenmekle, bu yönde iradesini de açıklamış ise Türk vatandaşlığını kendiliğinden, kanun hükmü gereği kazanır. Söz konusu 5. madde, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kaybederek yabancı statüsüne giren kadınların evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmalarını istemeseydi, bunu açıkça belirtirdi. Yine, Kanunun yetkili makam kararıyla yeniden Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen 8. maddesinde de, haklarında kaybettirme kararı verilen kişilerin, sadece yetkili makam kararıyla yeniden Türk vatandaşı olabilecekleri yönünde bir sınırlama yoktur. Kanun, kaybettirmeye, bu şekilde özel bir sonuç bağlamak isteseydi, bunu açıkça öngörürdü. Üstelik, Anayasanın 66. maddesinin III. fıkrasında "*vatanşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*" demek suretiyle "kanunîlik" ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasanın ve TVK.'nun bu kuralları karşısında, Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla (kaybettirme yoluyla) kaybederek yabancı statüsüne giren bir kadının, Türk vatandaşı bir erkekle evlenerek Türk vatandaşlığını kazanamayacağını söylemek hukuken mümkün görünmemektedir.



rılanlar, yalnız vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmak suretiyle değil, örneğin evlenme nedeniyle TVK.'nun 5. maddesindeki hükümden yararlanmak suretiyle de, kısaca, iradî olsun, irade dışı olsun hiç bir suretle Türk vatandaşlığına dönemeyecektir (59).

Türk Vatandaşlığı Kanununun yukarıda belirtilen hükümlerinin açıkça ortaya koyduğu gibi, Bakanlar Kurulu tarafından haklarında Türk vatandaşlığının "kaybettirilmesine" karar verilen kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanmaları mümkündür. Sonuçta olayda Türk vatandaşlığı kaybettirilerek yabancı statüsüne giren Merve Safa Kavakçı, bir Türk vatandaşı ile evlenmiştir. O halde şimdi yanıtlanması gereken soru, bu evliliğin ona Türk vatandaşlığını kazandırıp, kazandırmadığıdır.

Türk hukukunda, evlenmenin vatandaşlığa etkisi, kadının vatandaşlığının, evlenmekle kocasının vatandaşlığı lehine değişmesiyle kendini gösterir. Buna karşılık, erkeğin vatandaşlığının, yabancı bir kadınla evlenmesi halinde doğrudan doğruya bu evlenmeye bağlı olarak değişmesi ihtimali bile söz konusu değildir (60).

---

(59) Bu gibi kişilerin Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilmeleri bu konuda çıkarılan özel af kanunları ile mümkündür. Türk hukukunda, vatandaşlıktan çıkarılan kişilerin Türk vatandaşlığına dönmeleri, ancak yasama organının takdirdine bağlı olarak söz konusu olabilir ve kanunla açıkça düzenlenmesi gereken bir konu olarak kabul edilmiştir. Nitekim, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Tâbiyeti Osmaniye Kanunnamesi ile 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine göre iskat edilmiş doğuştan Türk vatandaşı olan kişilere 403 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden başlayarak bir yıl içinde yeniden Türk vatandaşlığına girmek için talepte bulunma imkânı tanımıştır (TVK., Geçici Madde 2). Daha sonra, vatandaşlıktan çıkarılan kişilerin yeniden vatandaşlığa alınmaları yolu, zaman zaman çıkarılan özel kanunlarla açılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NÖMER, s. 131, 132.

(60) ULUOCAK, s. 32.



403 sayılı TVK., evlenmenin vatandaşlığa etkisini Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından 5. maddesinde düzenlemiştir. Kanunun konuyu düzenleme tarzı incelenince elde edilen sonuç şudur:

Evlenme kural olarak, kadının vatandaşlığını etkilemez. Evlenmenin vatandaşlığı etkilemesi için bazı şartlar aranmaktadır.

TVK.'nun 5. maddesi, Türkle evlenen yabancı kadının hangi istisnâ şartlar altında Türk vatandaşlığını kazanabileceğini I. fıkrasında öngörmüştür: "*Bir Türkle evlenen yabancı kadın, Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42 nci maddede gösterilen şekilde bildirdiği veya vatansız bulunduğu veyahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.*"

Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini ancak belli bir usule uygun olarak ve belirli bir süre içinde bildirebilir.

Beşinci maddenin yollama yaptığı 42. maddenin I. fıkrasına göre;

*"5 ve 19 uncu maddelerdeki beyanlar,*

*a) Evlenme, evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde yapıldığı takdirde evlenme sırasında o makama,*

*b) Evlenme, evlendirmeye yetkili yabancı makamlar önünde yapıldığı takdirde, evlenmeyi tescil ile görevli Türk makamlarına evlenme akdinden başlayarak 1 aylık süre içinde, yazılı olarak yapılır" (61).*

---

(61) 11.2.1964 tarih ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 55. maddesi uyarınca, "*Beyanı alan makam, evlenmenin tesciline ait işlemli evrak ile birlikte bunu ilgili nüfus memurluğuna bildirir. Nüfus memurluğu da başka bir emir ve karar beklemeden nüfus siciline kaydederek, Türk vatandaşı olan kadına nüfus hüviyet cüzdanı verir ve İçişleri Bakanlığına bildirir.*"



Somut olayda Merve Safa Kavakçı, evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde bir Türk vatandaşı ile evlenmiş ve evlenme sırasında Türk vatandaşlığına geçme yönündeki iradesini TVK. md. 42 çerçevesinde bildirmiştir; bunun sonucu olarak da evlenme anında Türk vatandaşlığını kazanmıştır (62).

Bu arada, sırf Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılan evliliklerin de Türk hukukunda geçerli olduğunu ve kadına Türk vatandaşlığını kazandırdığını belirtmek gerekir (63). Doktrinde Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılan evlenmelerin vatandaşlığa etkilerinin giderilmesi gerektiği savunulmakla beraber (64), Türk hukukunda calî (göstermelik, muvazaalı, yalancı) evlenmeleri yasaklayan veya bunları batıl sayan bir kanun hükmü yoktur (65). ULUOCAK'ın da belirttiği gibi, "...*yabancı kadın, Türk vatandaşlığını kazanırken, evlilik statüsüne ve eşine olan bağlılığını kanıtlamaktan ziyade, vatandaşlığı kazanmanın sağlayacağı maddî çıkarları elde etmek amacını gütmüş olsa dahi, bu evlenme ona gine Türk vatandaşlığını sağlayacaktır*" (66).

Bu evlilik Medeni Kanundaki butlan sebeplerinden biri ile batıl olsaydı, diğer bir deyişle, geçersiz bir evlilik olsaydı bile sonuç değişmezdi. Çünkü, TVK.'nun 5. maddesinin II. fıkrasına göre, "*evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli olan kadın Türk vatandaşlığını muhafaza eder*". Şu halde, evlen-

---

(62) Nitekim kendisine R06, 089465 numaralı TC. Nüfus Cüzdanı verilmiştir (Sabah Gazetesi, 27 Kasım 1999, s. 22).

(63) Muvazaalı (göstermelik-cali-yalancı) evlenmeler vatandaşlık kazanma amacıyla yapılabilir. Bkz. AYBAY, Rona: "Kadının Uyrukluluğu Üzerinde Evlenmenin Etkisi" (Evlenme), Ankara 1980, s. 109; NOMER, s. 67.

(64) NOMER, s. 67; ULUOCAK, s. 36; karşı. AYBAY, Evlenme, s. 111-112.

(65) Nitekim, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11.4.1974 tarihili kararında muvazaalı evlenmelerin bu sebeple iptal edilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. İBD., Cilt 49, Sayı 1-2 (1975), s. 79 vd.

(66) ULUOCAK, s. 35.



me mutlak butlan ile sakat bir evlilik olsa bile, kadın TVK.'nun 5. maddesinde öngörülen şartlar altında Türk vatandaşlığını evlenme akdinin yapılması anından itibaren kazanmış olacaktır. Aksi takdirde, butlan kararının verilmesinden sonra iyi niyetli kadının Türk vatandaşlığını koruması mümkün olmazdı. Kaldı ki, Medenî Kanununun 124. maddesine göre, evlenmenin butlanı ancak hâkimin kararıyla hüküm ifade eder ve evlenme mutlak butlanla batıl olsa bile hâkimin kararına kadar geçerli bir evlenmenin bütün sonuçlarını doğurur. Öte yandan, TVK. md. 5/II'de yer alan hükmün karşıt kavramından elde edilen sonuç şu olmaktadır: Mutlak butlanla sakat olan bir evlenme nedeniyle, kötü niyetli kadın da Türk vatandaşlığını kazanacaktır; ancak evlenmenin butlanı kararı ile birlikte kazandığı Türk vatandaşlığını kaybedecektir. Kadının kötü niyetli olması, evlenmenin yapıldığı sırada butlan sebebinin varlığını bilmesi veya bilmesinin gerekmesidir.

Evlenme yoluyla kazanılan vatandaşlık, sonradan kazanılan vatandaşlıktır (67). Bu tür vatandaşlığın özellikleri göz önünde tutularak, kazanılan vatandaşlığın sonuçları şöylece özetlenebilir:

Kazanılan Türk vatandaşlığı mutlaktır. Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan kadınlar, evlenme töreninin tamamlanması anından itibaren Türk vatandaşı sıfatını alırlar ve Türk vatandaşlığını doğumla kazananlar gibi (68) vatandaş olmanın sağladığı tüm hukukî ve siyasî haklardan yararlanırlar (69).

---

(67) GÖĞER, s. 60; ULUOCAK, s. 41; NOMER, s. 68.

(68) Ancak evlenme yoluyla vatandaşlık kazananlar Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış olmaları nedeniyle, doğumla Türk vatandaşı olanlardan farklı olarak "çıkarma" yaptırımına muhatap olabilirler (TVK. md. 26/I). Doğumla Türk vatandaşı olanlar ise sadece savaş halinde Türk vatandaşlığından çıkarılabilirler (TVK. md. 26/II).

(69) ULUOCAK, s. 41; NOMER, s. 68.





Evlenmekle kazanılan Türk vatandaşlığı devamlıdır (70). Bu yoldan Türk vatandaşlığını kazanan kadının bu vatandaşlığı kaybetmesi ancak kanunda öngörülen Türk vatandaşlığının kaybı yollarından biri ile mümkündür. Kadına Türk vatandaşlığını kazandıran evlenme sona erse veya koca daha sonra Türk vatandaşlığını kaybetse bile, kadın Türk vatandaşlığını korur (71).

Kanun, vatandaşlığı kazanmayı evlenme olgusuna bağladığı için, kadın, Türk vatandaşlığını hemen yukarıda da değindiğimiz gibi, evlenme töreninin tamamlandığı andan başlayarak kazanmış olur (72). Bir başka deyişle, vatandaşlığın kazanıldığı tarihi, evlenme töreninin tamamlandığı tarihten daha önceki bir tarihe çekebilmek mümkün değildir. Yani, geriye yürüme söz konusu olamaz. Bu nedenle somut olaya dönersek, Merve Safa (Kavakçı) Yıldırım, evlenmekle Türk vatandaşlığını hiç kaybetmemiş bir hukukî duruma sahip olamaz. Adı geçen, Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığı kaybettirildiği için, bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı 16 Mayıs 1999 tarihinde yabancı statüsüne girmiş; daha sonra Ekim ayı sonunda Bekir Yıldırım ile evlenip, evlenme sırasında Türk vatandaşlığına geçme yönündeki iradesini açıklamakla, o andan başlayıp, ileriye yönelik olarak yeniden Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Bir başka anlatımla, evlenmekle kazanılan Türk vatandaşlığını kazanma anını 16 Mayıs 1999 tarihine çekebilmek mümkün olmadığından, Merve Safa (Kavakçı) Yıldırım, vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararı-

(70) NOMER, s. 68; ULUOCAK, s. 41.

(71) Yukarıda belirtildiği üzere, evliliğin butlanı halinde, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanmış olan kadın, kötü niyetli ise Türk vatandaşlığını butlan kararı ile birlikte kaybetmektedir.

(72) Evlenme Türk makamları önünde yapıldığı takdirde kadın, bildirim evlenme sırasında yapacağına göre (TVK. md. 42/a), evlenme anı ile bildirim anı çakışır; dolayısıyla kadının hangi andan başlayarak Türk vatandaşlığını kazandığı konusu sorun yaratmaz. Bkz. AYBAY, Evlenme, s. 114.



nın yürürlüğe girdiği 16 Mayıs 1999 tarihi ile Ekim ayı sonunda (73) evlenmiş olduğu tarih arasında kalan sürede yabancı statüsündedir. Milletvekilliğinin düşmesi de, Türk vatandaşlığının 16 Mayıs 1999 tarihi itibarıyla kaybettirilmesinin bir sonucu olduğu için, adı geçenin daha sonraki bir tarihte evlenmekle yeniden Türk vatandaşlığını kazanmış olması, milletvekilliğini de yeniden kazanmasına imkân vermez.

Merve Safa Kavakçı'nın milletvekilliğinin düşmesi sonucunu doğuran neden, bu kişinin Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığının kaybettirilmiş olmasıdır. Bu işlem hukuken geçerli olduğu için, onun doğurduğu diğer sonuçlar da hukukî geçerliklerini sürdürürler. Daha sonra, bu kişinin, bir başka işlemin sonucu olarak yeniden Türk vatandaşlığını elde etmesi, o kişi ile ilgili olarak, Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin ilk işlemin doğurduğu hukukî sonuçların ortadan kalkmasına yol açamaz. Tıpkı, Cumhurbaşkanı seçildiği için Anayasa uyarınca milletvekilliği so- na eren bir kişinin, aynı yasama döneminde Cumhurbaşkanlığından istifa etmesi durumunda, milletvekilliğini yeniden kazanamayacağı gibi. Ancak, kuşku yok ki, yeniden Türk vatandaşlığını kazanan kişi, ileride yapılacak seçimlere katılabilir ve seçilirse milletvekili olabilir. Buna karşılık, ilgilinin milletvekilliğinin düşmesine yol açan Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine yönelik Bakanlar Kurulu kararı Danıştay'ca iptal edilirse, iptal kararı geriye yürüyeceğinden, bu kişinin vatandaşlığı hiç kaybettirilmemiş olacak ve milletvekilliği de en baştan geçerli olmak üzere geri gelecektir. Bu nedenle Merve Safa (Kavakçı) Yıldırım'ın düşmüş milletvekilliğini yeniden kazanabilmesinin tek yolu, milletvekilliğinin düş-

---

(73) Merve Safa Kavakçı'nın Bekir Yıldırım ile evlendiğine ilişkin haberler 30 Ekim 1999 tarihli gazetelerde yer almıştır. Ancak, bu haberlerden, evlilik töreninin hangi tarihte yapıldığı bilgisine ulaşılamamıştır. Bkz. Hürriyet Gazetesi, 30.10.1999, s. 26.



mesine neden olan Bakanlar Kurulunun sözü geçen kararının Danıştay tarafından iptal edilmesidir (74). Bu yüzden, Merve Safa Kavakçı'nın bir Türk vatandaşı ile evlenerek yeniden Türk vatandaşlığını kazanmış olması, adı geçenin Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine yönelik Bakanlar Kurulu kararına karşı Danıştay'da açtığı iptal dâvasının konusunun kalmadığının ileri sürülebilmesine de imkân vermez.

---

(74) Nitekim, evlenip yeniden Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra avukatı aracılığıyla TBMM Başkanlığına başvurarak özlük haklarının iadesini ve biriken maaşını talep eden Merve Safa Kavakçı'nın (Sabah Gazetesi, 27 Kasım 1999, s.22) bu talebine karşı, bir gazeteye açıklama yapan TBMM Başkanı Akbulut da, "*Kavakçı'nın durumunda değişen bir şey yok. Milletvekilliğine dönmesi için Danıştay'daki davayı kazanması gerekir. Evlenmesi yetmez*" demiştir (Sabah Gazetesi, 28 Kasım 1999, s. 25).



# SAYIŞTAY VE YARGI

Celal OYMAK (\*)

## GİRİŞ

### I- GENEL BİLGİLER

Batıda kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul görmesi üzerine; hükümdarların uhdelerinde bulunan devletin gelirlerinin toplanmasına ve giderlerinin yapılmasına izin verme yetkisi de parlamentolara geçmiş oldu. Parlamentoların bütçeyi bütün evrelerinde ve ayrıntılarıyla denetleme imkânına sahip bulunmamaları, parlamento adına görev yapan Sayıştayların kurulması düşüncesine yol açtı.

Önceleri Sayıştaylar, klasik bütçenin uygulanmasını denetlemek ve bunun sonuçlarını, adına denetim yaptıkları parlamentoya bildirmekle görevli iken; sonraları Devletin ekonomik ve sosyal hayata girmesi nedeniyle, Sayıştayların denetim alanları da genişlemiştir.

Sayıştaylar, genellikle kuruluş, görev ve yetkileri bakımından bağımsız olup yürütmenin dışındadırlar.

---

(\*) Sayıştay 5. Daire Üyesi.



Dünya Sayıştayları genel olarak iki ana başlık altında sınıflandırılmaktadır. Kıta Avrupası modeli olarak adlandırılan Sayıştaylar kurullar eliyle çalışmakta olup, bunlar yargı yetkisi olan ve olmayan Sayıştaylar olarak iki grupta toplanmaktadır. Anglo-Sakson modeli olarak bilinen büro tipi Sayıştaylar ise, faaliyetlerini denetçi sıfatını taşıyan uzmanlar eliyle yürütmektedirler. Türk Sayıştay'ı da Fransa, Belçika ve İtalya Sayıştayları gibi yargı yetkiyle donatılmış, kurullar eliyle çalışan Sayıştaylar arasında yer almaktadır.

## II- TÜRK SAYIŞTAYININ TARİHİ GELİŞİMİ

### A- 1992 ANAYASASINA KADARKİ TARİHİ GELİŞİM:

Sayıştay, Türk Devlet İdaresi tarihinde, 1862 yılında ilk defa, devlet gelir ve giderlerinin Devlet adına denetimi maksadıyla teşkilatlanırken, aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğunun batılılaşma ve yenileşme hareketinin de öncülüğünü yapmış tarihi devlet organlarımızdan birisi olmuş ve 1876 Kanun-i Esasiden itibaren Anayasal bir kuruluş niteliğini korumuştur.

Osmanlı İmparatorluğunda, mali işlemlerin yürütülmesinde Selçuklulardan gelen bir takım esas ve usullerin uygulandığı, bunların zamanla yavaş yavaş değiştirilerek imparatorluk bünyesinde kurumlaştığı bilinmektedir.

1609 yılında Ayni Ali Paşa tarafından merkezi idarenin yıllık giderlerine ilişkin cetveller düzenlenmesi, paraların sayılması ve ayarlarının kontrolü için Defterdarlık dairesinde katip, veznedar ve sarraf görevlendirilmiştir.

1638 yılında Tarhuncu Ahmet Paşa ve Kemankeş Kara Mustafa Paşa'nın mali işlemlerin düzeltilmesi çabaları ve bu meyanda padişah huzurunda kurulan bir divanda "TARHONCU LAYİMASI" diye anılan ve bütçe niteliğinde bazı esaslar kabul edilmiştir.



İkinci Mahmut tarafından Devlet maliyesinin düzeltilmesi ve kontrolü için bir takım girişimlerde bulunulmuştur.

5 Kasım 1839 tarihinde yayımlanan Gülhane Hattı Hümayunu ile mali konularda bir takım yenilikler yapılması için teşebbüslerde bulunulmuştur.

1859 yılında mali muamelelerin yeniden düzenlenmesi ve hazine işlemlerinin kontrolü amacıyla HAZİNE MECLİSİ ALİSİ (MESLİSİ HAZAİN) Kurulmuştur.

Bu girişimlerin hepsinde de mali işlemlerin düzenlenmesi maksadının güdüldüğü görülmekle beraber, Sayıştayın görevlerine benzeyen Devlet gelir ve giderlerinin denetim altına alınmasında amaçlandığı bir gerçektir.

Ancak, kâmil manada Sayıştay'ın kuruluşu 29 Mayıs 1862 tarihinde zamanın idarecileri tarafından padişaha sunulan "ARZ TEZKERESİ" ile gerçekleşmiştir.

29 Mayıs 1862 tarihinde padişaha sunulurken 30 Mayıs'ta kabul edilen arz tezkeresinde; devletin, gelirlerinden fazla harcama yapmaması, kamu harcamalarında görev alanların yıl sonlarında hesap vermeleri ve sorumluların hesaplarının "Mahkeme-i Kübra" tarafından incelenmesi gereğinden söz edilmiş; bu teskereye dayanılarak, 29 Nisan 1865 tarihinde yayınlanan Nizamname ile de kuruluşunun, "Maliye" ve "Muhakeme" olmak üzere iki dairenden ve bir başkanla 12 Üyeden oluşması; padişah iradesiyle atanan bu kişilerin belli güvenceler taşımaları; kararlarının kesin hüküm niteliğinde bulunması öngörülmüştür.

İlk Osmanlı Sayıştayının yargılama dairesinin yetkileri oldukça geniştir.



Yargılama Dairesi, bir paranın alınmasına, geri verilmesine, gerektiğinde ilgililerin hapis cezasına çarptırılmasına karar verebilmektedir.

Kuruluş statüsü bir tüzükle saptanmış olan ilk Sayıştay 1876 Kanun-i Esaside bir Anayasal organ niteliğini kazanmıştır. 1876 Anayasasının 105, 106 ve 107 inci maddelerinde Sayıştayla ilgili kanunlar düzenlenmiştir. Kuruluşun başkanlığına ilk olarak, o tarihte Evkaf Nazırı olan ünlü devlet ve fikir adamı Ahmet Refik Paşa getirilmiştir.

Cumhuriyet döneminde 24 Kasım 1923 tarihli ve 374 sayılı yasa ile Sayıştay yeniden kurulmuştur. Bu dönemin ilk Sayıştay Başkanı ise, devlet adamlarımızdan Fuat Ağralı olmuştur.

1924 Anayasasında Sayıştay bir Anayasal kuruluş olarak yeniden yerini almıştır. 1924 Anayasasının 100 üncü maddesinde; Sayıştayın Büyük Millet Meclisine bağlı olduğunun ve devlet gelir ve giderlerini özel kanuna göre denetlemekle görevli olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir.

1934 tarihinde yürürlüğe giren 2514 sayılı yasa ile Sayıştay'ın kuruluş ve işleyişi geniş kapsamlı olarak yeniden düzenlenmiş, imparatorluk döneminden gelen kararname hükümlerini içeren dağınık mevzuat yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan yasa ile Sayıştay'a Büyük Millet Meclisi adına yapılmak üzere; devletin bütün gelir, gider ve mallarını denetlemek ve devlet mallarını idare edenlerin hesaplarını incelemek ve yargılamak, biçiminde iki temel görev verilmiştir.

2514 sayılı yasaya göre, Sayıştay dairelerince verilen yargı kararları, Sayıştay Genel Kurulunca temyizen incelenmektedir. Hiçbir yasada Sayıştay Kararlarına karşı Danıştaya gidilemeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Danıştay Da-



va Daireleri Kurulunun 28.4.1939 gün ve E. 39/82, K-39/98 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "...Divan Umumi Heyetinin Zatü Zamana ait Kararlarının Devlet Şurasınca tetkik mevzuu olamayacağı" yolunda karar verilerek, Sayıştay'ın "Yargısal Kararları"nın kesin olduğu belirtilmiştir.

1924 Anayasasında, Sayıştay'a yargı yetisi verilmediği halde; Sayıştay, 2514 sayılı Divanı Muhasebat Kanununun verdiği yetkiye dayanarak yargı yetkisini kullanmıştır. Sayıştay Kararlarına karşı dava açılmayacağı ise Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararıyla belirlenmiştir.

1961 Anayasası, Sayıştay'ın görev ve yetkilerini yeniden düzenlemiştir. 1961 Anayasasının 127 inci maddesiyle Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleriyle mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve yasalarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli kılınmış olup; kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri ile Başkan ve Üyelerinin görevlerinin de bir yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür.

Sayıştayla ilgili bu anayasal düzenleme 1961 yılında yapıldığı halde; bu Anayasa hükmü doğrultusunda, Sayıştay'ın görev ve işleyişini düzenleyen 832 sayılı Teşkilat Yasası, 21 Şubat 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1961 ile 1967 tarihleri arasında 1934 tarihli 2514 sayılı yasa yürürlükte kalmıştır.

1961 Anayasasının söz konusu hükmü ile, Sayıştay ilamlarının başka bir yargı merciince denetlenmemesini amaçlayan bir düzenleme getirmiştir. Bu husus, Anayasasının 127 inci maddesine konulan "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" hükmünde ifadesini bulmuş; 832 sayılı Sayıştay yasasında Temyiz





Kurulu oluşturulmasına ilişkin hükümler yer almak suretiyle de konu kesin olarak açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim 832 sayılı Sayıştay Yasasının 45 inci maddesinde "...Sayıştayca verilen ilamlar aleyhine Danıştaya başvurulamaz" şeklinde bir düzenleme yapılarak durum açıkça belirtilmiştir.

Ancak, 832 sayılı Yasanın 45 inci maddesinin söz konusu hükmü Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, Danıştayca beş defa Anayasa mahkemesine götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermişse de, beşinci başvuru üzerine anılan hükmü Anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir.

## B- 1982 ANAYASASI VE SAYIŞTAY

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi Sayıştay da yeni Anayasamızın yargı bölümü içerisinde yerini almıştır. Sayıştayla ilgili hükümleri düzenleyen 1982 Anayasasının 160 ıncı maddesi şöyledir :

"Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlemlerini yapmakla görevlidir. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler.

Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay Kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay Kararları esas alınır.



Sayıştay'ın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ile diğer özlük işleri, Başkan ve Üyelerinin teminatı Kanunla düzenlenir.

Silahlı Kuvvetler elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri Milli Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak Kanunla düzenlenir.”

Anayasa ile Sayıştay'a verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama görevlerinin ayrıntıları, başta 832 sayılı Sayıştay Kanunu ve 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu olmak üzere diğer bazı Kanunlarda belirtilmiştir.

Görülüyor ki Sayıştay, Anayasanın 160 ve 164 üncü maddeleri ile 21.2.1967 gün 832 no'lu Teşkilat Kanunu çerçevesinde Devletin gelir gider ve mallarını T.B.M.M. adına denetleyen, tesbitlerini Sayıştay Raporları ve Uygunluk Bildirimleri yoluyla T.B.M.M.'na sunan, mali işlemlerden sorumlu kamu görevlilerinin hesap ve işlemlerini yargı yoluyla kesin hükme bağlayan yüksek yargı yetkisiyle mücehhez bir Yüksek Denetim Organıdır.

Sayıştay'ın bugünkü fiili kadrosu, Başkan ve Üyeler 57, Kurul Baş Raportörü 3, Daire Raportörleri 8, Denetçiler 488, Baş Savcı, Savcı Baş Yardımcısı ve Savcı Yardımcıları 9 olmak üzere 564 meslek mensubu ile 696 yönetim ve destek kesimi personelinden oluşmaktadır.

### **III- SAYIŞTAY'IN GÖREV, YETKİ VE ÖRGÜT YAPISI**

#### **A- SAYIŞTAY'IN GÖREVLERİ :**

832 sayılı Yasa ve diğer Yasalarda yer alan görevler şöylece özetlenebilir.



1- Sayıştay denetimine tabi daire ve kurumların bütün gelir, gider ve malları ile nakit, tahvil, senet gibi kıymetlerinin alınıp ve-rilmesini, saklama ve kullanılmasını denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayarak kesin hükme bağlamak;

2- Genel ve Katma Bütçelere ilişkin genel uygunluk bildirimle-rini Türkiye Büyük Millet Meclisine sunmak;

3- Sayıştay Yasasında öngörülen hususlarda Türkiye Büyük Millet Meclesine raporlar sunmak;

4- Devlete ait her türlü ödünç alma, verme ve taahhüt işlemler-iyle Devlete yapılan bağış ve yardımları kaydedip denetlemek;

5- Sayıştay denetimine tabi daire ve kurumların harcamaya ilişkin olarak yaptıkları sözleşme ve bağışların belirli bir miktarın üzerinde olanlarını mevzuata uygunluk açısından inceleyerek tes-cil etmek, bu miktarın altında olanlarını ise kaydetmek;

6- Genel ve Katma Bütçeli dairelerin kadro dağıtım işlemler-i ni önceden inceleyerek vize etmek;

7- Genel ve Katma Bütçeli dairelerin ödenek dağılım işlemler-i ni önceden inceleyerek vize etmek;

8- Başkanlıkların ve denetimine giren diğer idare ve kurumla-rın mali konularda düzenledikleri yönetmelikler hakkında, yürür-lüğe konulmadan önce görüş bildirmek;

9- Belediyelerin ve il özel idarelerinin sayman hesapları ile ke-sin hesaplarını denetlemek ve idarenin mali denetimi sonucunda bu yönetimlerle genel idare arasında çıkan uyuşmazlıkları kesin hükme bağlamak.



## **B- SAYIŞTAY'IN YETKİLERİ**

Sayıştay kendisine yasalarla verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında gerekli gördüğü takdirde;

- Bakanlık, kurum ve kuruluşlarla, ita amiri, sayman, tahakkuk memuru ve diğer sorumlularla doğrudan yazışmaya,

- Gereken belge, defter ve kayıtları göndereceği mensupları vasıtası ile görmeye veya dilediği yere getirtmeye,

- Sözlü bilgi almak üzere her derece ve sınıftan memurları çağırma,

- Bakanlık, daire ve kurumlardan temsilci istemeye,

- Denetimine giren daire ve kurumların hesap ve işlemleri ile ilgili kayıt, belge, eşya ve malları, işleri ve hizmetleri görevlendireceği meslek mensupları veya bilirkişiler aracılığıyla yerinde incelemeye yetkilidir.

## **C- SAYIŞTAY'IN ÖRGÜT YAPISI**

Sayıştayın Anayasadan ve yasalardan kaynaklanan yargılama ve denetleme görevi bulunmaktadır.

Bu iki aşamalı görev meslek mensupları, yönetim mensupları, savcı ve savcı yardımcılarını olarak üçe ayrılan Sayıştay personeli tarafından yürütülür. Daireler, Daireler Kurulu, Temyiz Kurulu, Genel Kurul adını alan Kurullarda da karara bağlanır.

### **1- SAYIŞTAY MESLEK MENSUPLARI**

- Meslek mensupları, Birinci Başkan, Daire Başkanları, Üyeler ile Denetçi ve Raportörlerdir.



- Birinci Başkan Sayıştay'ın en büyük amiridir. Sayıştayın genel işleyişinden sorumlu olup, Genel Kurulunda başkanıdır. Birinci başkan gerekli gördüğü taktirde Temyiz ve Daireler Kuruluna da başkanlık eder.

- Sayıştay Birinci Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunca kanunda belirtilen nitelikleri haiz adaylar arasından gizli oyla seçilen iki aday arasından Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilir.

- Daire Başkanları, dairelerin gönderilen hesapların yargılanmasını ve bunlara ilişkin tutanak ve ilamların düzenlenmesini ve sonuçlandırılmasını sağlarlar. Görevli buldukları kurulların toplantılarına katılırlar. Daire Başkanları, Sayıştay Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından dört yıl için gizli oyla seçilirler.

Üyeler, Daire ve Kurulları oluşturan Meslek Mensuplarıdır. Denetçi raporlarını inceler, düşüncelerini yazılı olarak belirtirler. Üyeler, Sayıştay yasasında belirtilen nitelikleri taşıyan istekliler içinden Sayıştay Genel Kurulunca (boş üye kadrosunun 4 katı) üye adayı olarak belirlenenler arasından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunca seçilen iki kat aday içinden Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilirler.

## 2- DENETÇİ VE RAPORTÖRLER

Denetçiler, birinci başkanlıkca kendilerine verilen idare hesapları ile kesin hesapları ve işlemleri inceleyerek sonucunu birer raporla Birinci Başkanlığa bildirirler. Denetçiler ayrıca Sayıştay yasası ile verilen diğer işleri de yapmakla görevlidirler.

Denetçiler, Denetçi Yardımcılığından yetişirler. Sayıştay yasasında yazılı nitelikleri taşıyanlar arasından açılacak yarışma sınavını kazananlar, Birinci Başkan tarafından Denetçi Yardımcısı adayı olarak atanırlar. Denetçi yardımcılığından 2 yıllık eğitim dö-



nemi sonunda yapılan yeterlilik sınavında başarılı olanlar Denetçiliğe atanırlar.

### **3- SAVCI VE YARDIMCILARI**

Sayıştayda bir Baş Savcı, iki Başsavcı Yardımcısı ve yeteri kadar Savcı Yardımcısının kadrosu bulunmaktadır.

Hazine temsilcisi sıfatıyla, Savcı ve Yardımcılarının görevleri, sayman hesaplarının izlenmesi, incelenmesi ve yargılanması aşamalarında düşüncelerini bildirmek ve uygunluk bildirimleri ile Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacak raporlara ilişkin görüşlerini açıklamaktır.

Savcı ve yardımcıları Sayıştay Birinci Başkanının görüşü alındıktan sonra Maliye Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine ortak kararname ile atanırlar.

### **4- SAYIŞTAY MESLEK MENSUPLARININ TEMİNATI**

Anayasamız ve 832 sayılı Sayıştay yasası, Sayıştayı, kurumsal bağımsızlıkla, meslek mensuplarını da kişisel güvence ile donatmıştır.

Sayıştay Başkan ve Üyeleri görevlerinden uzaklaştırılmazlar, kendileri istemedikçe emekliye sevk edilemezler. Denetçilerin ise, görevlerine Sayıştay yasasında yazılı haller ile devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren haller dışında son verilemez. Aylık ve hakları ellerinden alınamaz, meslek mensupları için tespit edilmiş sınıflardan başka bir sınıftaki görevde çalıştırılmazlar.

### **IV-SAYIŞTAY'IN İNCELEME VE DENETLEME GÖREVİ**

Bu görev Anayasamızın 160 ıncı maddesi ile 832 sayılı yasanın 1, 28 ve 29 uncu maddelerinde gösterilmiştir.



28 madde uyarınca, genel ve katma bütçeli dairelerle, sermayesinin yarısı veya daha fazlası bu dairelerce verilerek kurulan sabit veya döner sermayeli yada fon şeklindeki idarelerin ve yasalarla Sayıştay denetimine tabi tutulan diğer kurumların bütün gelir, gider ve mallarıyla nakit, tahvil, senet gibi kıymetlerinin alınıp verilmesi, saklanma ve kullanılması Sayıştayın denetim yetkisi altına girmektedir.

Ne acıdır ki, denetimden kaçınan icra organları zaman içinde özel yasalarla oluşturulan bir çok fonun harcamalarını, bu yasalara konulan özel hükümlerle, 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu hükümlerine tabi tutmamaktadırlar.

Bu fonlarda toplanan paralar bütçe kanunları ile belirlenen gelirleri kat kat aşmaktadır.

Sayıştayın denetimi dışında tutulan belli başlı fonlar aşağıda sıralanmıştır.

- 1- Toplu Konut Fonu
- 2- Kamu Ortaklığı Fonu
- 3- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu
- 4- Tarım Reformu Formu
- 5- Özel Çevre Koruma Fonu
- 6- Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu
- 7- Savunma Sanayini Destekleme Fonu
- 8- Tasarruf Mevzuatı Sigorta Fonu
- 9- Sermaye Piyasası Kurulu Fonu



- 10- Turizm Geliştirme Fonu
- 11- İhracatı Geliştirme Fonu
- 12- Akaryakıt Fiyat İstikrar Fonu
- 13- Gecekondu Fonu
- 14- Geliştirme ve Destekleme Fonu
- 15- Tanıtma Fonu

Sekiz yıllık kesintisiz temel eğitimle ilgili 18.08.1997 tarih ve 4306 sayılı yasada ve bu yasa uyarınca Maliye Bakanlığınca yürürlüğe konulan tebliğlerde görüleceği üzere, trilyonlarca kaynak sağlanmış; geçici bir madde ile “bu maddeye göre tahsil edilecek gelirlerden yapılacak harcamalarda, 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu, 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanununun 30-37 inci maddelerinde yer alan vize ve tescil hükümleri ...uygulanamaz.” denilerek, sekiz yıllık kesintisiz eğitimle ilgili olarak tahsil edilecek gelirlerin harcanması aşamasında yapılacak sözleşmelerin tescili ve harcamaların kısa dönemde incelenmesi Sayıştay denetimi dışında bırakılmıştır.

Bu acı tablonun son örneği de 17 Ağustos depreminden sonra yaşanmıştır.

23.5.1995 tarih ve 4123 sayılı “Tabi Afetler Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun”un 3 üncü maddesine göre, tabi afet nedeniyle özel ve kamu kuruluşları ile kişiler tarafından toplam nakdi bağış ve yardımlar Afetler Fonuna aktarılır.

Afetler fonunun harcama usullerine ilişkin yönetmeliğin 27,73,74 ve 76 inci maddeleri uyarınca, afetler fonundan yapılan harcamaların belgeleri Sayıştay’a gönderilecek, bu belgeler Sayıştayın denetimine tabi tutulacaktır.





Ancak, 17 Ağustos 1999 tarihinden sonra Başbakanlık tarafından yayınlanan bir genelge ile, toplanan paralar T.C. Ziraat Bankasında açılan özel bir hesapta toplanmış : denetiminin de Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Hesap Uzmanları Kurulu ve Bankalar Yeminli Murakıplarından oluşturulacak üç kişilik bir kurul eliyle yapılacağı belirtilmiştir.

Böylece, yürütme, yürürlükte bulunan yasa ve yönetmelik hükümlerine uymayarak, toplanan nakdi yardımlardan yapılacak harcamaları, bağımsız bir anayasal denetim ve yargı yeri olan Sayıştay'ın denetimi dışında bırakmıştır.

Ancak, yürütme orgnu tarafından 27.8.1999 tarih ve 23801 sayılı Resmi Gazetede yayınlanana 4452 sayılı "Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi için Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu"na dayanılarak çıkarılan ve 23 Eylül 1999 tarih 23825 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 576 sayılı K.H.K.'nin 1 inci Maddesi ile, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem için toplanan iç ve dış yardımların T.C. Ziraat Bankasında açılacak merkezi bir hesaba kaydedileceği; Kriz Koordinasyon Kurulu Kararı ile depremde zarar görenlerin iâşe, giyinme, barınma, çadır ve diğer her türlü gereksinmelerinin karşılanması için bu işlerle görevli bulunan veya görevlendirilecek kuruluşlara geçici ve daimi iskân amacıyla konut yapımında kullanılmak üzere Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Afetler Fonuna aktarılacağı belirtilmiştir. Yapılacak harcamaların 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu hükümlerine tabi olmayacağı ifade edilmiş; tahsis edilen paraların amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı hususunun Başbakanlık ve Maliye Müfettişleri ile Yeminli Murakıplardan Başbakan onayı ile oluşturulacak bir komisyon tarafından üçer aylık dönemler itibariyle denetleneceği belirtilmiştir.



Görüleceği üzere, yürütmeye bağlı müfettişlerin, bağımsız bir denetim ve yargılama kurumu olan Sayıştaya nazaran etki altında kalmadan şeffaf bir denetim yapıp yapamayacakları, raporlarının yürütme tarafından işleme nasıl konulacağı, her zaman tartışma götürülecektir.

Yolsuzlukların ve hukuk dışı işlemleri bu denli yaygın olduğu ve büyük boyutlara ulaştığı günümüzde ihalelerin şeffaf ve dürüst bir ortamda Sayıştay denetimi altında yapılması zorunlu hale gelmiştir.

## **V- YARGI VE KARAR ORGANLARI**

### **A- DAİRELER VE YARGILAMA :**

Sayıştay'da halen herbiri bir başkan ve altı üyeden oluşan sekiz daire bulunmaktadır.

İncelemek üzere denetçilere havale edilen saymanlık hesaplarının tüm belgeleri yasa, tüzük, yönetmelik, yönerge ve genelgelerdeki usul ve esaslar çerçevesinde düzenlilik ve mevzuata uygunluk açısından incelenir. İnceleme sonucunda, denetçiler uygun bulmadıkları hususları sorgu konusu yaparak sayman, tahakkuk memurları ve diğer sorumluların yazılı savunmalarını alırlar. Daha sonra sorgu konusu yapılan hususlar ile sorumluların savunmalarını ve denetçilerin konu hakkındaki görüş ve istemlerini içeren bir rapor denetçi tarafından düzenlenerek yargılanması için ilgili Sayıştay dairesine iletilmek üzere Birinci Başkanlığa sunulur.

Denetçilere düzenlenen, inceleme sonucunu gösterir rapor, buna ilişkin savcılık görüşü ile birlikte bir Sayıştay Üyesi tarafından incelenir. Üyenin yazılı görüşü de alındıktan sonra hesabın yargılanmasına, bir hesap mahkemesi olan Sayıştay dairesinde başlanır.



Bu yargılama sonucunda daireler beraat veya tazmin hükmü verirler.

Daireler Daire Başkanı ve dört üye ile toplanır. Hüküm ve kararlar oy çokluğu ile verilir. Verilen hüküm ve kararların özeti, Daire Başkanı tarafından rapora yazılıp imza edilir.

Sayıştay ilamlarının birer nüshası sorumlulara, birer nüshası sorumluların bağlı olduğu Bakanlık veya daireye, iki nüshasında, bir nüshası ilgili saymanlığa gönderilmek üzere, Maliye Bakanlığına ve bir nüshası da Savcılığa usulüne göre tebliğ olunur.

Sayıştay ilamları kesinleştikten sonra 45 inci madde gereğince yerine getirilir. İlamların yerine getirilmesini izlemekten, ilamların gönderildiği Dairelerin en büyük amiri sorumludur.

## **B- DAİRELER KURULU**

Daireler Kurulu, Bakanlıklar ve Sayıştay denetimine giren idare ve kurumlarca mali konularda düzenlenen yönetmelikler hakkında Sayıştay görüşünü tespit eder. (832 S.K.M. 105) Sayıştay yasası ile kendisine verilmiş görevleri yerine getirir. Birinci Başkan tarafından incelenmesi istenilen konularla işlemleri görüşerek karara bağlamak da bu kurulun görevidir. Daireler Kurulu, Temyiz Kuruluna seçilen Daire Başkanı ve Üyelerin dışında kalan Başkan ve Üyelerden kurulur.

## **C- TEMYİZ KURULU**

Temyiz Kurulu Sayıştay Dairelerince verilen kararlara karşı son itiraz merciidir. Bu kurul dört yıl için Sayıştay Genel Kurulunca Daire Başkanları arasından seçilecek dört Daire Başkanı ile her daireden seçilecek ikişer üyeden oluşur. Kurula en kıdemli Daire Başkanı başkanlık eder.



Temyiz Kurulu üye tam sayısının üçte ikisi ile toplanır. Mevcudun çoğunluğu ile karar verir. Bu kurulca verilen kararlar kesin-dir.

Temyiz süresi ilamın ilgiliye tebliğinden itibaren doksan gündür.

Temyiz Kurulu temyiz olunan hükmü olduğu gibi veya düzelterek tastik eder, kaldırır yada bozar. Bozma halinde evrak yeniden karara bağlanmak üzere o kararı veren daireye gönderilir. Daire ilk Kararında direktir ve bu direktme üzerine temyiz olunarak tekrar Temyiz Kurulunca bozma kararı verilirse daire bu karara uymak zorundadır.

#### **D- GENEL KURUL**

Sayıştay Genel Kurulu, Birinci Başkanın başkanlığı altında Daire Başkanları ile Üyelerden oluşur. Bu kurul Sayıştay Kanunu ile verilmiş görevleri yerine getirir; Birinci Başkan tarafından incelenilmesi istenilen konu ve işlemleri karara bağlar. Genel Kurul üye tam sayısının üçte ikisi ile toplanır; mevcudun salt çoğunluğu ile karar verir.

Sayıştay'ın gerek Anayasa, gerekse Sayıştay Kanunundan kaynaklanan bazı bilgi verme ve danışma görevleride Sayıştay Genel Kurul Kararları aracılığı ile gerçekleşir.

Sayıştay'a ilişkin olarak yapılan kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüşlerini tespit etmek, vize ve denetleme işleri için yönetmelikler yapmak Genel Kurulun görevleri arasındadır.

İşin gereği ve ibraz edilen belgenin mahiyetleri bir olduğu halde aynı konu hakkında Dairelerce veya Temyiz kurulunca verilen ilamlar birbirine aykırı ise, Birinci Başkan bu ilamları İçtihadın Birleştirilmesi için Genel Kurula verir.



İçtihadın Birleştirilmesi ile ilgili Genel Kurul Kararları Resmi Gazetede yayınlanır.

Sayıştay Genel Kurulu, Temyiz Kurulu ve Daireleri her yıl Temmuz ayının 20 sinden Eylül ayının 5 ine kadar çalışmaya ara verir. Bu müddet içinde Sayıştaya gelecek ivedili işlere bakmak ve gereken kararları vermek üzere sıra ile bir daire çalışmaya devam eder.

## VI-SAYIŞTAY YARGISINDA AKSAYAN YÖNLER

Adli ve idari yargıda usul yasaları bulunduğu halde, mali yargı yeri olan Sayıştay'da bir yargılama usulü yasası bulunmamaktadır. Hernekadar, 832 sayılı Sayıştay kuruluş yasasında yargılamaya ilişkin bir bölüm var isede, bu hükümler süratli, adil ve verimli karar almak için yeterli değildir.

Oysa, Sayıştayda yargılama usulü ve bunun uzantısı olan denetim yöntemlerinin daha çok bir yönetmelikle düzenlendiğini görmekteyiz. Bu durum Anayasaya aykırı olup, acilen bir Sayıştay Yargılama Yasasının düzenlenerek yürürlüğe konulması gerekmektedir.

Aksayan diğer bir husus da; mahalli idareler ve fonların denetimi ile ilgilidir. Anayasamızın 127 inci maddesinde; mahalli idareler, il, belediye ve köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen kamu tüzel kişileri olarak tanımlandıktan sonra, kuruluş, görev ve yetkileri ile mali işlemlerin yerinde yönetim ilkelerine uygun olarak kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıda da açıklandığı üzere; Anayasamızın sözü edilen 160 ıncı maddesinde yer alan "... ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işleri..." nin de Sayıştay'a verilebileceği



yolundaki amir hükmü, Sayıştay'a başkaca görevler verilmesi imkanını açık tuttuğundan; herhangi bir kanunla mahalli idarelerin denetiminin Sayıştay'a verilmesinde bir anayasal engel bulunmamaktadır. Nitekim, aynı hükmü muhtevi 1961 Anayasası döneminde çıkarılan 832 sayılı Sayıştay Kanununun geçici 8 inci maddesiyle belediye ve il özel idarelerinin denetimi Sayıştay'a verilmiştir. Ancak, gerek dünyadaki yaygın uygulama, gerekse son yıllarda mahalli idarelerin ülkemizde giderek artan önemleri nedeniyle, bu defa, belediye ve il özel idarelerinin Sayıştay denetimine tabi olduğu hususunun geçici madde yerine asli maddede belirtilmesi suretiyle, çeşitli yolsuzluk ve usulsüzlük iddialarına adları karışan mahalli idareler ile bunlara bağlı işletme, müessese ve teşebbüslerin de Sayıştayca denetlenmesi mümkün olacaktır.

Ayrıca, bilindiği üzere; fonlar devletin temel amaçlarının daha etkili şekilde gerçekleştirilmesi için kaynakların belli hizmetlere tahsisi amacıyla kurulmaktadır. Bu tür fonlarda hizmetlerin daha hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak için fonda toplanan paralar bütçe dışında aktarılmakta ve bu işler özel kurallarıyla yürütülmek istenmektedir. Bu durum, hazine birliği ve ademi tahsis prensibini bozduğu gibi hizmetler konusundaki öncelikleri etkilemekte ve hazinenin nakit denetimini de zorlaştırmaktadır.

Nitekim, fonlardan sadece genel ve katma bütçeli idareler tarafından sermayesinin yarısı veya yarısından fazlasına katılmak suretiyle kurulan fonlar Sayıştay denetimine tabidir.

Ancak bu fonlar dahi, kuruluş kanunlarına hüküm koymak veya kaynaklarını yönetilmek üzere Sayıştay denetimine tabi olmayan aracı kuruluşlara devretmek suretiyle denetim dışına çıkabilmektedirler. Kuruluş kanunlarında 832 sayılı kanuna tabi olmadıklarını belirten fonlardan önemsiz bir kısmı Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunca denetlenmekte, büyük bir çoğunluğu idari denetimle yetinmekte veya denetimsiz kalmaktadır.



Bu durum karşısında; gerek denetimsiz kalan, gerekse çok yetersiz olan yürütme denetimine tabi tutulan fonların yargı denetimi kapsamına alınabilmesi için Sayıştay Kanununun 28 inci maddesinin B bendinden fonlarla ilgili kısmın çıkartılarak; ayrı bir bent halinde (Kamu kaynağı aktarılmak suretiyle kurulan fonların tamamının) Sayıştay denetimine tabi olduğunun hükme bağlanması; bir yürürlükten kaldırma maddesiyle, fonların kuruluş kanunlarındaki bu kanuna aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması ve TBMM İç Tüzüğü hükümleri işletilmek suretiyle, bundan böyle çıkarılacak olan kanunlarla yargı denetimi dışına çıkılmasının önlenmesi, uygun olacaktır.

#### KAYNAKLAR

- 1- Cumhuriyetin 50. Yılında Sayıştay, Başkanlık Basımevi, Ankara 1973
- 2- Kuruluşunun 117 nci yılında Sayıştay, Başkanlık Basımevi, Ankara 1979
- 3- 120, Yılında Sayıştay, Başkanlık Basımevi 1982
- 4- Yeni Anayasa ve Sayıştay, Başkanlık Basımevi, Ankara 1982
- 5- Sayıştay 130, Yıl 1862-1992, Başkanlık Basımevi, Ankara 1992
- 6- Enver Ziya Karal, Osmanlı Tarihi Cilt 8, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1961
- 7- Atilla İnan, Sayıştay Yargılaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri, Damıştay Dergisi, Yıl 15 Sayı 56-57 Ankara 1985



# KURUMSAL ANLAMDA BAĞIMSIZ AVUKATLIĞIN ANLAM VE ÖNEMİ

Yrd. Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN(\*)

## § 1. KURUMSAL ANLAMDA BAĞIMSIZ AVUKATLIKTAN NE ANLAŞILACAĞI

Avukat bağımsızlığının muhtelif yönlerinin birbirinden kesin sınırlarla ayrılması olanağı bulunmamakla birlikte; burada incelenecek mesele bakımından avukatın ve avukatlık meslek kuruluşlarının Devletle ilişkilerindeki bağımsızlık önemlidir. Bu yüzden sadece avukatın devletle ilişkilerindeki bağımsızlığı ile baroların bağımsızlığı ele alınacaktır.

### A) AVUKATIN DEVLETLE İLİŞKİLERİNDE BAĞIMSIZLIĞI

#### I- AVUKATLIĞIN SERBEST MESLEK OLUŞU

Avukatlık Kanununun 1. maddesinde, avukatlığın serbest meslek olduğu ifade edilmiştir (1). Bu tarz bir ifadeyle avukatın

(\*) D.E.U. Hukuk Fakültesi (Medeni Usul H.-İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı)

(1) Alman Avukatlık Kanunu § 2(1) no'lu bendinde de avukatın serbest meslek icra ettiği belirtilmiştir (JESSNITZER, K., Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 6. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1992. S 2, Anm. 1).





devlet yapılanması içinde bir memurluk konumu bulunmadığı, devletle kamu hukukuna özgü bir istihdam ilişkisi içinde yer almadığı belirtilmek istenmiştir. Zaten serbest meslekler devlet yapılanması içinde yer almama düşüncesine dayanır.

Bir taraftan tarihsel gelişmeler (2), diğer taraftan mesleğin serbest ve bilimsel esaslara göre yürütülen bir meslek olduğu gerçeği ve sosyolojik gerekçeler, memura özgü tipik bağımlı statü içinde avukatlığın icra edilmeye kalkışılmasının onun gelişimini ve gerekli etkinlik ve işleve ulaşmasını önleyeceğini göstermektedir (3). Zira avukatın memuriyette veya hizmet akdi çerçevesindeki bir iş ilişkisi içinde mesleğini icra etmesi halinde kendini düşünsel bazda geliştirme olanağı pek bulunmayacaktır. Öte taraftan, kendi faaliyet alanını, faaliyetinin biçimini, yer ve zamanını belirleyebilmesi, ekonomik başarıdan pay sahibi olması da mümkün olamayacaktır. Memuriyet, işin yürütümü bakımından bir işi yapmada tutukluk yaratabilmekte, ayrıca işleri görülenler bakımından işin kimin tarafından yapıldığı önemli olmadığından işin iyi yapılması isteğinin de zayıflatabilmektedir. Söz konusu bağımlı statü, düşünüş tarzını da negatif anlamda etkileyebilmektedir (4).

Serbest mesleğe özgü kişisel sorumluluk altında faaliyette bulunma, müvekkille olan özel nitelikteki güven ilişkisi bakımından da tatminkârdır. Girişimcilik, karar vermede çabukluk, beceriklilik, somut olaya özgü koşullarla değişen gereksinmelere hızla

- 
- (2) Prusya'daki tarihsel gelişmeler için bkz. **MÜLLER, L.**, "Die Freiheit der Advokatur (Ihre geschichtliche Entwicklung in Deutschland während der Neuzeit und ihre rechtliche Bedeutung in der BRD). Diss, Würzburg 1972, s. 118. vd.
  - (3) **FUHRMANN, M.**, Rechtstellung des angestellten Rechtsanwalts, 1. Aufl. Baden-Baden 1989, s. 118-119.
  - (4) **MÜLLER**, s. 119.



uyum sağlanması gibi özellikler, avukatlık mesleği bakımından son derece önemlidir. Tüm bu özellikler ise, ancak serbest meslek ortamında engelsiz gerçekleşebilmekte ve gelişebilmektedir. Bu sebeple avukatlık serbest meslek grubuna dahil edilmiştir (5).

## II- AVUKATLIK MESLEĞİNE GİRİŞ SERBESTLİĞİ

Mesleğe girişte, devletin takdir hakkı bulunmayışı, bağımsız avukatlığın bir gereğidir. Fakat salt mesleğe girişte devletin takdir hakkının bertaraf olunması, devlet güdümünü önleyici tedbirlerin alınması ile avukat bağımsızlığının sağlanamayacağı da bir gerçektir (6). Mesleğe kabul koşullarının ana hatlarıyla belirlenmesi, koşullardan herhangi birinin eksikliğinin mesleğe kabul edilmeme sonucunu ortaya çıkarması ya da koşullarda sonradan ortaya çıkan noksanlığın meslekten çıkarılma sebebi oluşu, bu konuda takdir hakkının bulunmayışı, avukat bağımsızlığının bir yönünü teşkil eder.

Liste yöntemiyle adayların sıralanması ve ilânı yöntemi, keyfîlik ve sübjektifliğin önünün alınması halinde benimsenebilir. Kuşkusuz adaylar arasından seçimin ne şekilde yapılacağı, bunun kriterleri belirlenmiş olmalıdır ve bunlara sıkı sıkıya uyulmalıdır (7). Sorun herkesin dilediği alanda çalışabileceği ve çalışmanını herkesin hakkı olduğu şeklindeki anayasal ilkelerle yani Anayasanın 48 ve 49. maddeleriyle yakından ilgilidir.

---

(5) MÜLLER, s. 119.

(6) MÜLLER, s. 120; BRANDI. E., "Von der Freiheit der Advokatur", Gedenschrift für Josef Cüppers, Essen 1955, s. 34.

(7) Bu halde bile bir ölçüde de olsa karar toleransının söz konusu olacağı, bunun da avukat bağımsızlığına darbe indireceği ileri sürülmüştür (MÜLLER, s. 121).



Almanya'da gereksinme duyulan avukat sayısı saptanarak liste yöntemiyle mesleğe giriş esasının benimsenmesi tartışılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi (8), "çok önemli bir toplumsal fayda"yı gerektirdiği için bu yola yönelinmişse, Anayasa aykırılığın bulunmadığını belirtmiştir. İyi işleyen yargı mekanizmasına dair toplumsal faydayı temine yönelik olduğu oranda liste yöntemi, sınavla mesleğe giriş gibi konulara olumlu bakılması söz konusu olabilecektir.

### III- YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Meslekî bakımdan gerekli yeterliğe sahip olan herkesin dilediği herhangi bir yerde mesleğe kabul edilmesi için talepte bulunabileceği anlamına gelen yerleşme özgürlüğü, avukatın devletle ilişkisindeki bağımsızlığının önemli yönlerinden biridir (9).

Avukatlık Kanununun mesleğe kabul için aradığı şartlara sahip olan, staj bitim belgesini almış kişi, bölgesi içinde faaliyette bulunmak isteği baroya başvurarak kaydolur. Böylelikle avukat ünvanını taşımak ve avukatlara ait yetkileri kullanmak, mahkemelelere vekil sıfatıyla kabul olunmak olanağına kavuşur. Bir baronun levhasına yazılmış olan avukatın, sürekli olmamak kaydıyla, Türkiye'nin heryerinde avukatlık yapmaya yetkisi vardır (Av. K. m. 66/III). Ancak bir avukatın sürekli levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında avukatlık yapması, avukatın yazılı olduğu baronun yönetim kurulunca levhadan silinmesine karar verilmesi sonucunu yaratabilmektedir (Av. K. m. 72/c).

(8) BVerfGE 22, 114; 63, 266=NJW 1983, s. 1535.

(9) MÜLLER, s. 122.



#### IV- MESLEKİ FAALİYET ALANININ SERBESTLİĞİ

Avukatlık mesleğinde, faaliyet alanı, hiçbir hukukî sorunda hukuken yardıma gereksinme duyan hak arayan bireyin temsil ve bilgilendirilme ihtiyacının görmezlikten gelinemeyeceği bir alandır. Devlet de dahil olmak üzere herkese karşı ve herkes yararına avukatlığa özgü faaliyet icra olunmalıdır.

Avukatlık mesleğine özgü temsil ve danışma faaliyetleri konusundaki tekel hakkı, hukuk devletinde tüm bireylerin sahip olması gereken “hertürlü hukuksal sorunun çözümünde kendisine yardımcı olacak avukatı serbestçe seçme hakkı”na dayanmaktadır (10). Bu anlamdaki meslekî faaliyet alanının serbestliğine getirilen sınırlandırmalar, vatandaşın her hususta hukuken himaye edilmesi konusundaki gerekliliğin gözardı edilmesi anlamına gelir.

#### V- MESLEK İCRASINDA BAĞIMSIZLIK

##### a) Avukatın Yargılama Organına Karşı Bağımsızlığı

Avukat, müvekkilinin yararına olan hususları ileri sürme hakkına sahiptir. Müvekkilinin verdiği bilgilere dayanarak hazırladığı dilekçelerde, karşı taraf aleyhine sert ifadeler de kullanabilmektedir. Bu konuda herhangi bir tekzipte bulunma yükümlülüğü bulunmadığı gibi ceza takibatına uğrayacağı korkusu da taşımamalıdır. Ona müvekkilinin menfaatlerini koruduğu oranda mutlak bir

---

(10) **KALSBACH, W.** Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung und den Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufesi, Köln 1960, S 3, Anm. 1.).



dokunulmazlık tanınmıştır. Bu dokunulmazlık, avukat bağımsızlığının en önemli yönlerinden biridir (11).

Sadece hukuka tâbi olan, onun hizmetindeki müdafî, hukuksal güvenliğin, hukuksal barışın güvencesidir. O, ne devletten ne 3. kişilerden gelecek etkilere maruz kalacaktır. Hiçbir etki altında kalmadan sanığın menfaatlerini koruyabilecektir. O, gerçeğin bulunması ve adil karara ulaşılması faaliyetine sanığın yararıyla sınırlı olmak üzere katkıda bulunacaktır (12).

Avukat, müdafa görevinden alıkonamaz (13). Müdafinin görevden alıkonulması müessesesi, hukuk sistemimizde bilinmemektedir. Alman Ceza Yargılanmasında yargı kararlarıyla ortaya konmuş bulunan müdafinin görevden alıkonulması halleri, avukat ba-

- 
- (11) Savunma dokunulmazlığı hakkında bkz. **DÖNMEZER, S.**, Ceza Hukuku özel Kısım, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1990, 13.Bs., n. 261; **CENTEL, N.**, Ceza Mahkemesi Hukukunda Müdafi, İstanbul 1984, s. 63; **ERİŞ, U.**, “Savunma Dokunulmazlığı Zorunluluğu, Hukuksal Niteliği”, ABD 1978, s. 944; öğretilde, müdafa başışıklığı (**KUNTER, N.**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, İstanbul 1989, s. 245, N. 125, s. 469, N. 254), müdafaa masuniyeti (**EREM, F.**, Müdafa Masuniyeti, Ankara 1956, s.1; **ALABAY, R.**, “Müdafaa Masuniyeti” Adliye Ceridesi XXIX/II, s. 1722), savunma sorumsuzluğu (**YÜCE, T.T.**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, s. 150) gibi terimler kullanılmaktadır.
- (12) **GÜDE, M.**, “Die Verteidigung aus der Sicht der Angeklagten”, AnwBl 1961, s. 4; **STACKELBERG, C. F.**, “Der Anwalt im Strafprozess”, AnwBl 1959, s. 196.
- (13) Bu kuralın istisnaları Almanya’da yargı kararlarıyla oluşturulmuştur. Örneğin bir avukat belirli bir hususa ilişkin yargılamanın dışına, o yargılama konusu olaya katıldığı veya onu teşvik etmek suretiyle katıldığı takdirde, müdafa görevinden alıkonulmaktadır. (**MÜLLER, s. 127; SUNGURTEKİN ÖZKAN, M.**, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. B., İzmir 199, s. 53-54, dn. 167 civarı)



ğimsizliğine getirilen bir sınırlandırma olduğundan dar bir çerçevede söz konusu olmalıdır (14). Onun mahkemenin bir kararıyla görevinden alıkonulması, avukatın diğer yargılama süreleriyle eşit konumda olduğu ve yargının bir unsuru olduğu gerçeğiyle çelişir (15).

Avukat, sadece hukuka tâbi olup; mahkemenin hizmetinde değildir. Mahkemenin duruşma disiplinini sağlama konusunda alabileceği önlemler de avukata karşı olduğunda sınırlıdır (16).

### b) Avukatın Yürütme Organına Karşı Bağımsızlığı

Avukatın gördüğü işin kamu hizmeti oluşu, savcı gibi onun da devlet yapılanması içinde makam işgal ettiği anlamına gelmez. Avukatın yargılama faaliyetine katılarak gördüğü işi, devlet kendi bünyesinde toplayamaz. Avukatın sadece yargılama organına karşı bağımsız olması yeterli değildir. Onun yürütme organına karşı da bağımsız olması, hiçbir makam ve merciden talimat ve etkinin söz konusu olmaması gerekir (17).

Bu bağlamda avukatların görevlerinden doğan ve görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında dava açılabilmesinin Adalet Bakanlığından alınacak izne bağlı olduğu ve bunun yürütme organı karşısında bağımsız olmakla çeliştiği belirtilmelidir.

(14) MÜLLER, s. 128, dn. 39.

(15) Mahkeme avukatın kendisine ait bir meselede karar vererek onun bağımsızlığını zedeler (MÜLLER, s. 128) krş. ARNDT. J. "Umwelt und Recht : Die Freiheit des Verteidigers (BRAO § 1.GG Art. 12 ve 103). NJW 1964, s. 2146 vd.; SCHORN, H. "Die Ausschliessung eines Rechtsanwalts als Strafverteidiger", DRiZ 1964, s. 157.

(16) Ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 55.

(17) KUNTER, s. 468-470, Nr. 254.



Avukatın meslek kuruluş olan baroyla ilişkisinin de, yürütme organına karşı avukat bağımsızlığı başlığı altında incelenebileceği düşüncesindeyim. Zira, meslek kuruluşları, Anayasanın “Cumhuriyetin temel organları” başlığını taşıyan üçüncü kısmının “yürütme” başlıklı ikinci bölümünde “İDARE” kısmında 135. maddede düzenlenmiştir. Barolar, mesleğin yürütülmesi bakımından avukatları denetim ve gözetim altında bulundurur. Kısacası her avukatın bağımsızlığı, meslek kuruluşu tarafından sınırlanır. Özel bir hukuksal statüye sahip olan avukatların bu özel statü menfaatine özgürlük alanlarının sınırlanması söz konusudur (18). Meslekî statü lehine avukat bağımsızlığının ne oranda sınırlandırılabilceği, bunun avukat bağımsızlığı ile bağdaşır olup olmadığı tartışmalıdır (19). Avukatın meslek hukukuna tâbi oluşu, baroya zorunlu üyelik, meslek kuruluşunun disiplin kurulu denetimine tâbi olmak gibi sonuçlar doğurur.

## ba) Avukatın meslek kuruluşu olan Baro karşısındaki durumu

### 1- Baroya zorunlu üyelik

Avukatın hukukun gerçekleştirilmesi çabasına ortak oluşu, yargılama faaliyetine katılıyor olması, özel bir meslek hukukuna tâbi olmasını gerektirir (20). Baro denilen kamu kurumu niteliğinin

(18) HUMMEL, F. “Richtlinien-Dämmerung”, AnwBl 1962, s. 105; EGH 20, 120.

(19) BRANDI, s. 69; KALSBACH, § 2, Anm. 2. s. 8. Bu gibi sınırlamalara dikkat çeken yazarlar HUSMANN, J. H., Ehrengerichte oder verfassungsmäßiger Richter, Würzburg 1970, s. 20; HUSMANN J. H. Das Recht des Anwalts auf freie Meinungsäusserung, Würzburg 1970, s. 20; HUSMANN, J. H. Freie Advokatur im Zwangsverband?, Würzburg 1970, s. 2 vd., ROSEHORN, “Buchsrpechung”, NJW 1971, s. 1028.

(20) BVerfG NJW 1969, s. 2192; EGH 20, s. 120.



deki meslek kuruluşları, meslekî faaliyeti, bir kurallar disiplini niteliği gösteren meslek hukuku yararına sınırlar. Meslek icrası konusunda zorunlu olan denetim, ancak tüm avukatların üyesi buldukları bağımsız meslek kuruluşunca yerine getirilir. Bu, son derece doğaldır (21). Avukatların, baroya zorunlu üyeliklerinin gerekçesi de bu olmaktadır. Kendi mesleklerinden olan, meslekî sorunları bilen avukatlardan seçilmiş temsilciler eliyle meslek icrasının denetiminin gerçekleştirilmesi, meslekî faaliyet bakımından bağımsız olmanın bir sonucudur (22).

Her avukat üyesi olduğu baroyla bir ilişki içindedir. Ama bu bir ast-üst ilişkisi değildir. Barolar mesleklerini icrada avukatlara emir de veremez.

Avukatın, Avukatlık Kanununun 42 ve 178. maddeleri çerçevesinde baroca görevlendirilmesinin baroya karşı da bağımsız olması gerektiği hususuna ne ölçüde uygun olduğu tartışma götürür. Avukatlık kanununun 42. maddesine göre görevlendirilen avukat haklı sebepler göstererek görevlendirmeyi reddedebilmekteyken 178. maddede avukata o işin tarifede gösterilen ücretini baro kasasına yatırarak işi görmekten kaçınma olanağını sunulmuştur. Esasen bu halde de haklı sebep göstererek işi red olanağı sunulmalıdır. Zira seçilmiş avukat olarak kabul etmeyeceği bir vekâlet işini avukat kabul zorunda bırakılmamalıdır.

---

(21) MÜLLER, s. 142; PFENNINGER, H. F., "Grundsätzliches zum anwaltsrecht", SJZ 1937/38, s. 132; ayrıca bkz. HUSMANN, "Freie Advokatur im Zwangsverband", s. 2 vd.

(22) Anayasa hukukuna ilişkin gerekçeler de baroya zorunlu üyelik aleyhinde değildir. MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Grundgesetz Kommentar, Bd. I. München 1970, Art. 9 GG, Anm. 50; HAMANN/LENZ, Das Grundgesetz für die BRD vom 23 Mai 1949, Kommentar, Berlin 1970, Art. 9 GG, Anm. 4b, s. 227-228; EGH 10. s. 109; Göttingen MDR 1958, s. 526.





## 2- Meslekî Yükümlülükler

Avukatlık mesleği bakımından meslek hukuku denilen bir kurallar disiplininin bulunması gerekliliği karşısında, bunun kapsamının ve bu alandaki yükümlülüklerin neler olduğunun belirlenmesi, avukat bağımsızlığı bakımından incelenmesi gereken bir konudur.

Kanunun tek tek hükme bağlamış olduğu, sır saklama yükümlülüğü (Av. K. m. 36), birbirleriyle çelişen çatışan menfaatleri temsil etmekten kaçınma yükümlülüğü (Av. K. m. 38/b, yolsuz haksız gördüğü işleri kabulden kaçınma yükümlülüğü Av. K. m. 38/a) gibi yükümlülükler yanında; mesleği özenle ifa ve gerek meslekî gerek meslekî olmayan alanda mesleğin gerektirdiği güvene ve saygıya lâyık davranma direktifi veren 34. maddenin temelini oluşturduğu meslek anlayışına dayanan yükümlülükler söz konusudur.

34. maddeye dayanan yükümlülükler iki grupta ele alınır. İlk gruptakiler mesleği özenle ifa ve buna bağlı olarak ortaya çıkanlardır (23). Esasen avukatın yargının menfaatine tâbi bulunmasından ve meslek anlayışından ortaya çıkan yükümlülüklerin varolması, onun meslekî bağımsızlığına hâlel getirmez. Reklâm yasağı (Av. K. m. 55), düşük ücret uygulama yasağı (Av. K. m. 163/III) gibi yükümlülükler bunlar arasında sayılabilir.

İkinci gruptakiler ise, avukatın güven durumuna lâyık davranışta bulunma yükümlülüğü şeklinde ifade edilebilir. Bunlar, mesleğin saygınlık ve prestijinin korunmasına hizmet eder (24).

Meslekî olmayan konularda bir hata söz konusu olduğunda, bu meslek anlayışının korunması gerekliliğini zedelemekteyse, disiplin cezası haklı olacaktır.

---

(23) Ayrıntılı bilgi için bkz. **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 60.

(24) Bkz. **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 61.



Meslekî nitelikte olmayan hatalı davranışın disiplin hukuku bakımından cezalandırılması, Avukatlık Kanununun 34 ve 134. maddeleri çerçevesinde, meslekten olanların meslek saygınlık ve onurunu korumak zorunda olduğuyula gerekçelendirilebilir. Almanya'da 13.1.1969'da Avukatlık Kanununda yapılan değişiklikle avukatın bireysel yaşam alanının korunması gerekliliği karşısında, meslekî olmayan hatalarla ilgili disiplin hukukuna özgü cezalandırmanın sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Ülkemizde de avukatlık meslek anlayışı ve saygınlığını zedeleyecek durumlarda disiplin hukukuna özgü önlemlere başvurulabilmektedir (Av. K. m. 158/II) (25).

### **3- Meslek hukukuna Bağlılıktan Kaynaklanan Tehlikeler**

Üzerinde görüş birliğine varılmış sabit bir meslek anlayışının tespiti güçtür. Meslek anlayışı zaman içinde değişikliğe uğramıştır ve uğrayacaktır.

Disiplin hukuku alanında tecrübeli avukatların yanısıra genç avukatların da söz sahibi olması gerekir. Bu suretle meslek hukukunun değişen toplumsal şartlara uydurulabilmesi de kolaylaşacaktır.

### **4- Disiplin Soruşturmasına Yönelik Eleştiriler**

Disiplin hukukuna özgü bir tedbire başvurulması, avukatlık mesleği bakımından varlığı gerekli "güvenilir olma" niteliği ile meslek saygınlığını zarara uğratmama yükümlülüklerini ihlâl halinde söz konusu olur (26).

---

(25) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, S. 64.

(26) **MÜLLER**, s. 146.



Disiplin yargılamasını gerçekleştirecek olanların meslekten avukatlar arasından seçimle tesbitinin birtakım sakıncaları olabileceği, bunların meslekî saygınlık gibi kendileri bakımından da önemli olan bazı hususlardan ötürü tarafsız karar veremeyebilecekleri, en azından böyle bir şüphenin söz konusu olabileceği iddia edilmiştir. Meslekten yargıçların da disiplin kararlarının alınması sürecine dahil edilmesi, bu kararlar üzerine düşebilecek şüpheleri ortadan kaldıracak ayrıca “meslekî konumdan bağımsızlık da bu suretle sağlanmış olacaktır” şeklindeki görüşe de burada yer verilmesi uygun olur. İleri sürülmüştür (27). Ancak böylesi bir çözüme yönelmek, baroların özerkliğiyle bağdaşmayabilir.

### **bb) Avukatların Sosyal Güvenlik Amaçlı Yapılanmalara Zorunlu Üyeliği**

Avukatların bu tür sosyal güvenlik kuruluşlarına zorunlu üyeliği, onların ekonomik bağımsızlığı ile çelişir. Aslında birçok avukat için yaşlılık, maluliyet ve ölüm sigortasına zorunlu üyelik (Av. K. m. 186), geçiminin güvence altına alınması yollarından biridir (28). İşte bu güvence gereksinmesini makul şekilde dikkate alan kanunların, bir özgürlük sınırlaması olarak görülmesi, yerinde olmaz. Öte taraftan bu sosyal güvenlik kuruluşlarına üyelik, geliştirici bir etkiye de sahiptir. Ancak ülkemizde topluluk sigortasına girmeleri zorunlu olanlar (Av.K. m. 186), Avukatlık Kanununun 72. madde f bendi gereğince, topluluk sigortası primlerini topluluk sözleşmesinde belirtilen zamanlarda ödemedikleri takdirde baro levhasından silinmektedir. Bunun Anayasa hukuku alanındaki meslek seçme ve çalışma hak ve özgürlüğünü ihlâl edeceği ve avukat bağımsızlığını daralttığı ileri sürülebilir (29).

(27) **RUPP/ZEZCHWITZ**. “Ehrengerichtsbarkeit und Grundgesetz”, JZ 1965. s. 402.

(28) **BLANKE**, “Der Beruf des Anwalts in Unserer Zeit”, AnvBl. 1954, s. 148.

(29) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **ZUCK, R.**, “Der Entwurf des Rechtsanwaltsversicherungsgesetzes und Grundgesetz”, BB 1965, s. 593 vd.;krş. **BRANDI**, s. 68.



### c) Avukatın Yasama Organına Karşı Bağımsızlığı

Avukat, hiçbir makam ve merciden talimat alamaz. Zira, o bağımsızdır. Bu bağlamda yasama organı da üstlendiği vekâlet görevlerini ne şekilde yürüteceğine dair avukata etkide bulunamaz. Ancak her türlü merci karşısında bağımsız olan avukat, işlevini tam ve sağlıklı biçimde yerine getirir. Bu bağımsızlık hukuk devletin de temellerinden biridir (30).

## B) AVUKATLIK MESLEK KURULUŞLARI OLAN BAROLARIN DEVLETE KARŞI BAĞIMSIZLIĞI

### I- MESLEK KURULUŞU OLAN BAROLARIN ÖZERKLİĞİ VE İDARİ DENETİMİ

Özerk olmak, bir kurumu dış etki ve baskılardan korumayı ve bu suretle onun kendi kendini yönetmesini, bağımsız olmasını sağlamayı ifade eder. Bu anlamda baroların özerk olması, her bir avukatın bağımsızlığının teminatı olduğu gibi gereğidir de...

Baro organlarının işlemleri hakkında Adalet Bakanlığının onay merci sayılmış olmasının (Av. K. 77), baroların kamu tüzel kişisi oldukları, hak ve fiil ehliyetlerinin tam olduğu, baroların özerk oldukları gerçeğiyle uyumlu bulunmadığı belirtilmelidir.

Avukatlık meslek kuruluşlarının özerkliği, her bir avukatın devlete karşı bağımsızlığını ve her tür etkiden korunmasını garantilemelidir.

Kendilerine kanunla verilmiş görevleri yerine getirirken baroların her tür dış etki ve müdahaleden uzak olması gerekir. Zira ör-

---

(30) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 70.



neğin yürütmenin güdümünde olan savunma düzeninden hukuk devleti zarar görecektir. Baroların varlık sebebi, salt mensuplarına güvence sağlamak değildir. Bunun ötesinde etkin ve bağımsız savunmayı temindir. Bu ise, hukuk devletinin gereklerindedir.

Baroların hertür dış etkiden arındırılmış faaliyeti, baro organlarının demokratik hukuk devleti prensipleri dairesinde baro üyeleri tarafından seçimi suretiyle mümkün olur.

Barolar Anayasanın 135. madde V. fıkrası gereği, devletin idarî ve malî denetimine tâbidir. Avukatlık Kanununun gösterdiği şekilde idarî denetim gerçekleştirilecektir.

## II- BAROLARA DÜŞEN GÖREVLER

Barolar, avukatların müşterek gereksinimlerini gidermek, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini temin etmek, avukatların gerek birbirleriyle gerek halkla ilişkilerinde dürüstlük ve güveni egemen kılmak ve buna benzer bazı görevler yerine getirecektir. Barolar, üyesi avukatların mesleği yürütme biçimleri vs. üzerinde etkili olur.

Baro Yönetim kurulunun meslekî ödevler konusunda baro mensuplarına yol gösterme onlara bilgi verme ve meslekî görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek gibi (Av. K. m. 95/4) görevleri, her avukatı önemli ölçüde etkiler (31).

## III- DİSİPLİN KOVUŞTURMASINDA BAĞIMSIZ OLMA

Disiplin yargılamasının avukatlarca gerçekleştirilmesi, onların meslektaşlarının davranışlarını değerlendirir ve bu konuda bir karar verirken meslekî deneyimlerinden yararlanmalarını sağlar.

---

(31) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 79.



Ancak bunun genel yargının dışına çıkmak için yeterli olmadığı itirazında bulunulabilir. Öte taraftan bağımsız statü yargılamasının düşünsel bakımdan özgür olup olamayacağı şüphelidir (32).

## 2. KURUMSAL ANLAMDA BAĞIMSIZ AVUKATLIĞIN ÖNEMİ

### A) VATANDAŞ BAKIMINDAN

Avukat, birey hak ve menfaatlerini korumak ve özellikle usul yasalarıyla kendisine tarafı temsil konusunda verilmiş görevleri yerine getirmek durumunda olduğundan, onun usul hukuku bakımından yargılamadaki konumunu zayıflatmak, doğrudan vatandaşa zarar verir (33).

Vatandaşın devlet karşısındaki konumu, avukata tanınan özgülükle doğrudan bağlantılıdır.

Her vatandaş, devlet de dahil olmak üzere herkes karşısında, burada incelenmekte olan konu bakımından mahkemede, yargılama esnasında, haklarını hukukî tarzda yürürlüğe koyabilecek olan serbest, bağımsız bir kurum olarak avukatlığa gereksinme duyar (34). Avukat mesleğini icrada ne denli özgür olursa, müvekkilinin haklarını elde etme konusunda o kadar yoğun ve verimli çalışacaktır. Bir başka deyişle avukatlık mesleğine özgü faaliyet, birey haklarını korumaya hizmet etmesi sebebiyle, vatandaş yararına bir güvencedir (35).

---

(32) Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, s. 80.

(33) **BIRK. H.-J.** "Wer führt den Zivilprozeß der Anwalt oder der Richter", NJW 1985, s. 1985, s. 1489 vd.; **KROITZCSH, H.**, "Die Aushöhlung des Rechtsstaates durch das ZPO-Entlastungsgesetz 1983", AnwBl 1985, s. 1 vd.

(34) **FRIESE, F.J.**, Die Freiheit der Advokatur in Deutschland, Frankfurt am Main 1989, s. 19.

(35) **ARNOT, A.** "Urteilsanmerkung", NJW 1967, s. 1331.



Devletle vatandaş arasındaki ilişkide, avukat bağımsızlığı önemlidir. Zira Anayasa'da her bir şahsın özgürlük alanını garanti altına alarak kendi otoritesini sınırlayan devletin (36) özgürlükler konusundaki hakların koruyucusu olan avukatların görevlerini himaye etmesi lâzımdır. Yani avukatlık faaliyeti bakımından bağımsız olup olmama, vatandaşın özgürlük garantileri ile bağlantılıdır (37).

Bağımsız kurumsal avukatlığa vâki müdahaleler, esasen avukatlarca savunulan vatandaş hak ve özgürlüklerine yönelir. Hukuk devletinde vatandaş, kolluktaki sorgulama işlemleri de dahil müdafii yanındayken sorgulanır. Bu suretle vatandaşın temel hak ve özgürlükleri avukat yardımıyla korunur (38).

Yargı yolunu ve davaları kısaltmaya yönelik değişiklik düşünceleri maddi gerçek ve hakkaniyetin aleyhinedir. Magna Charta'dan bu yana vatandaş kendisiyle denk konumdakilerin karşısında bulunması gerektiğinin, yargılamanın yönlendiricisi ve katılımcısı, süjesi olması gerektiğinin, yargılama objesi olmaktan çıkması lâzım geldiğinin bilincindedir. Bu ise, iyi teşkilatlanmış işlevini iyi yerine getiren bir yargı sayesinde mümkündür. Avukat tıpkı yargıç

---

(36) **DAHS, H.** "Der Anwalt im StrafprozeB", AnwBl 1959, s. 171 vd.; ayrıca krş. **REUSS, H.** "Vom Beruf und von der Berufung des Anwalts", JR 1961, s. 163; **REUSS, H.** "Da Bild des Anwalts", JR 1967, s. 121; **STRATER, A.**, "Der Anwalt in der Politik", AnwBl 1957, s. 141.

(37) **HUSMANN, J.H.** "Das Recht des Anwalts auf freie MeinungsäuBerung", Würzburg 1970, s. 2 vd. Tarihsel tecrübeler, avukatın hukuki statüsünün sınırlanmasının daima birey haklarını sınırlanması ile paralel gittiğini göstermektedir (**MÜLLER**, s. 167; **BILINSKY, A.**, "Die Stellung des Anwalts in der Sowyetunion", Der Rechtsanwalt im Ostblock, Studien des Instituts für Ostrecht München Bd. 6 1958, s.5).

(38) **OSTLER, F.**, "Der Anwalt im Rechtsstaat". (Der Rechtsanwalt im Ostblock Studien des Instituts für Ostrecht/München Bd. 6, s. 22 vd.



gibi yargılamada eşit hak ve yetkilere sahip olan yargının bir parçası olmalıdır (39).

Hukukun, hukuk devletinin tehlikeye düştüğü anda avukat devreye girecektir. Bunu başka kim yapabilir ya da yapmalıdır? Demokratik hukuk devletinde vatandaşa yargının diğer unsurlarına oranla daha yakın olan avukattır.

## B) MAHKEME BAKIMINDAN

Avukat, yargılama faaliyetine katılan kişi olmak sıfatıyla, yargının bir unsuru olması çerçevesinde, yargıçlar gibi hukukun hizmetinde olmalıdır (Av. K. m. 2).

Yargılamada kararı veren yargıç olmakla birlikte; kararın alt yapısının oluşturulması, gerekçesinin hazırlanması, vakıa ve delillerin yargıcın bilgisine sunulması şeklindeki avukat görevleri de küçük görülebilecek türden değildir. Yargılama faaliyetinin her iki kısmı, hazırlık ve karar aşamaları birbirini tamamladığından, gerek yargıç gerekse avukat için bağımsızlık aynı oranda gereklidir (40).

Mahkemeler bağımsızlığı ile avukat bağımsızlığı sıkı bağlantı içindedir (41). Her ikisi birlikte yargı bağımsızlığını garantilemektedir (42). Bu bağlantı yargıçların avukatları salt taraf temsilcisi

---

(39) **FRIESE**, s. 19-21.

(40) Yargıç bağımsızlığı Anayasa ile güvence altına alınmış olduğu halde, avukat bağımsızlığının anayasal güvenceye bağlanmamış olmasının eleştirilebileceği Alman öğretilerinde **HABSCHEID** tarafından belirtilmiştir ("Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts", s. 1986) Bu eleştiri hukuk sistemimiz bakımından da geçerlidir.

(41) **ROESEN**, "Die Auseinandersetzung des Anwalts mit dem Staat", AnwBl 1957, s. 178.

(42) **HABSCHEID**, s. 1986.





olarak görmemeleri, aynı zamanda yargının bir unsuru olarak kabul etmeleri açısından da etkilidir. Avukatlar gerçeğin bir başka açıdan görünümünü ortaya koyarak, karar verme görevini yerine getirecek yargıcın her iki açılan-iddia ve savunma açılarından-olayı değerlendirebilmesine olanak hazırlar (43). Bir başka deyişle avukatın müvekkili lehine değerlendirmeler yapması, yargılama faaliyetinin varlık temellerinden biri olup, haksız eleştirilere uğratılmamalıdır. Avukat yargılama faaliyetini gerçekleştiren diğer unsurlar ile denk muamele ve itibara tâbi tutulma hakkına sahiptir.

### C) HUKUK DEVLETİ BAKIMINDAN

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan demokratik hukuk devletinde, vatandaşın yargıya güven duyması gerekir. Vatandaşın yargıdan uzaklaşması, ondan vazgeçmesi, demokratik hukuk devleti için yıkıcıdır.

Devlette üçüncü güç olarak Yargı kan kaybederse, etkisini önemini yitirirse, sadece şeklen mevcut kalır.

Karşılıklı bir kontrol ve engelleme anlamında kuvvetlerin dengede tutulmasına dayanan kuvvetler ayrılığı prensibi, her kuvvetin hukuk devletine özgü gerekliliği sağlama bakımından yeterliliğini ortaya koymak mümkün olmazsa zedelenir.

Yargı, yasama ve yürütmenin kontrolünü ve denetimini ancak halkın güvenine sahipse yerine getirebilir. Bu güven ancak gerçeğin bulunması ve maddi hakikate ulaşmada başarılı olan yargı ile söz konusu olur ve gelişir. Davalarda insanî hataları en aza indirme ve usulî gücü değişik işlevlere sahip olanlara dağıtmak sure-

---

(43) CALAMANDREI, P., Lob der Richter gesungen von einem Advokaten, München 1956, s. 74; MÜLLER, s. 166.



tiyle üst düzeyde gerçeğe ulaşma sağlanabilir. Bu ise, usul hukukunda, sadece ve sadece bağımsız olarak meslek icra eden avukatla güvence altındadır.

Devlet, savunmaya güçlü, bağımsız bir konum sunarak otoritesini sınırlar. Hukuk devletinin özü, devlet otoritesinin adalet esasına göre sınırlandırılmasında temelini bulur. Avukatlığın hukukî konumu ile devlet ve toplum düzeni arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Avukata tanınan bağımsızlık, devletin her bir vatandaşının özgürlük alanını koruma isteğiyle doğru orantılıdır (44).

Kurumsal anlamda bağımsız avukatlık, hukuk devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan hukuk devletinin vazgeçemeyeceği temel unsurlardan biridir (45).

---

(44) Aynı yönde görüş için bkz. **HAMANN**, Bundesrechtsanwaltsordnung und Grundgesetz", NJW 1958, s. 82-12 vd.

(45) **HABSCHEID**, s. 1991; **HUBER, H.** "Aufgabe und Bedeutung des freien Anwaltsstandes im Rechtsstaat", SJZ 1957, s. 266 vd.; ayrıca bkz. **MÜLLER**, s. 189.





# MEDENİ USUL HUKUKUNDA ALENİYET İLKESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (\*)

## Giriş

Son yirmi yıl içinde, özellikle yabancı hukuk sistemlerinde, aleniyet ilkesinin medeni usul hukukunda amacına ulaştığı ve aleniyetin zamana uygunluğu konusunda tereddütler olmuştur. Bu çalışmada bu tartışmalar aktarılarak hukukumuz için bu tartışmalar değerlendirilecek ve cevap aranacaktır. Bu soruya cevap ararken ilk önce, aleniyetten ne beklendiğinin tespiti gerekir.

## I. Aleniyetin İlkesinin Esasları

Aleniyet tüm yargılama hukukları için temel bir ilkedir (1). Aleniyet ilkesi, mahkemenin yargısal işlemlerinin ilgili olmayan kişilerce dış görünümüdür. Bu ilke sayesinde davayla ilgili olan kişiler ve davanın tarafları dışında kalan üçüncü kişilerin duruşmalara katılmasına olanak tanınır. Bu ilke sözlü muhakeme için geçerlidir, yazılı muhakemede, yani duruşma yapılmayan yargılama

---

(\*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

(1) **Scherer, J.**, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, Athaenaum 1979, s.1.



usulünde aleniyet geçerli değildir. Duruşmaların aleni olması, taraf aleniyetinden (Partei Öffentlichkeit) farklıdır (2). Çünkü taraf aleniyeti, davanın taraflarına tanınmış bir hak olup, mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesidir. Bu nedenle taraf aleniyeti taraflarla ve hukuki dinlenilme hakkı (rechtliches Gehör) ile ilgilidir. Örneğin mahkemedeki tutanakların görülmesi, bilirkişinin inceleme yerinin bildirilmesi gibi. Aleniyet ise, mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerinin üçüncü kişiler tarafından izlenebilmesidir.

Yargının en önemli teminatı olan aleniyet ilkesi, yargılamanın kapalı kapılar arkasında değil, egemenliğin gerçek sahibi olan halkın göz önünde yapılması amacıyla kabul edilmiş bir ilkedir. Bu ilke hukukun modernleşmesinden günümüze kadar devam etmiştir. Engizisyon mahkemelerindeki insanlık dışı uygulamalardan ve özellikle Fransız devriminden sonra bu ilke daha çok tartışılmış ve önem kazanmıştır. Günümüzde de aleniyet ilkesi tartışılan güncel ve önemli bir ilkedir (3).

Aleniyet herkes için geçerlidir. Sadece mahkeme çevresinde oturanlar gibi bir grup veya bölge için geçerli değildir.

Aleniyet ilkesi, yargılama sonunda verilen hükmün de aleni olarak tefhim edilmesini gerektirir. Bu açıdan aleniyet doktrinde statik ve dinamik aleniyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Statik aleniyet, hükmün taraflara bildirilmesi, dinamik aleniyet ise, duruşmaların aleni oluşudur (4).

- 
- (2) **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, 14. neubearbeitete Auflage, München 1986, § 25 IV 5; **Schilken**, E., Gerichtsverfassungsrecht, 2.neubearbeitete und engänzte Auflage, § 12 Rdnr.154, **Habscheid**, W. Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationensrecht, 2. Auflage, Basel 1990, s. 321.
- (3) **Franzki**, H., Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung, DRiZ 1979, s.82.
- (4) **Novak/Schwaighofer**, Das Recht auf öffentliche Urteilverkündung in Österreich, EuGRZ 1985, s.728; **Franzki**, s.82



## II. Aleniyetin Amacı

Aleniyetin medeni usul hukukunda getireceği yararlardan söz edebilmek için öncelikle medeni usul hukukunda aleniyetin hangi amaca hizmet etmesi gerektiğini belirlemek gerekir.

Aleniyet taraflar ve tanıkların yargılamaya güvenini sağlamak ve duruşmaların ciddiyetini göstermek içindir. Aynı zamanda bu ilke taraflar arasındaki mücadelede hileye ve ahlaksızlığa karşı bir sınır, duruşmanın kanuna uygunluğu ve halkın bilincinin yükselmesidir (5).

*Horten*, asıl amaç olarak kontrolü görmektedir. Bu ilke yargılama esnasındaki keyfi davranışları önleyecektir. Duruşma salonunda kimse bulunmasa bile, her an için bir kişinin duruşmaya katılabilir olması, bu amacın sağlanabilmesi için yeterlidir (6).

Aleniyetin diğer amacı, katılanların genel hukuk bilinci ve düşüncesinin uyandırılması ve güçlendirilmesidir. Tanıklar kimsenin bulunmadığı yerde daha kolay yalan söyleyebilecektir.

*Neumann* ise, aleniyeti, maddi gerçeğin araştırılması için bir araç olarak görmektedir. Taraflar ve tanıklar eğer korkar ve utarırsa yalan söyleyemeyecektir. Çünkü aleniyet sayesinde duruşma salonunda bulunan bir kimse yalan söylediğini duyarsa, bu kişi kamu önünde yalancı durumuna düşecektir. Aleniyet duruşmaların ciddi ve onurlu yapılmasını da sağlayacaktır (7).

*Klein-Engel*, aleniyeti, yargının bağımsızlığı ve hukuki güvenlik açısından politik zaruret olarak görmektedir.

- 
- (5) **Simotta, D-A**, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s.450  
(6) **Horten**, Österreichische Zivilprozessordnung 1908, s.651.  
(7) **Neumann**, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, I 1927, s.764.



*Speil*, aleniyetin amacının halka hukukun gücünün, doğruluğunun gösterilmesi ve genel olarak topluma hukukun doğruluğunun inandırılması ve kanunların nasıl doğru ve tarafsız olarak uygulandığının gösterilmesidir.

*Lollak*'a göre, aleniyetten, toplumun terbiye edilmesi, hakimin bağımsızlığının güçlendirilmesi ve yargının iyileştirilmesi beklenir.

*Neuner*'e göre, aleniyet yargıya toplumun güveninin arttırılmasıdır. Herkes bu yolla davanın usulüne uygun ve tarafsız olarak yürüdüğünü gözüyle görüp kulağıyla işitecektir.

Aleniyet hakim kontrolüdür. Bu aynı zamanda yargıya güveni de sağlamaktır. Aleniyet yargıya güveni arttırıcı, yargıya genel kontrol sağlayıcı ve tarafları keyfilik ve kapalı kapılar arkasında yapılan yargısından korumayı amaçlamaktadır (8).

*Rechberger-Simotto*'ya göre, aleniyet ilkesi gerçekte halkın güvenini ve yargının bağımsızlığını sağlamaktır. Yine kamunun kontrolünü sağlamakta ve böylelikle keyfiliğe karşı çıkmaktadır. Aleniyet yargının demokratik karakteridir (9).

*Fasching*, aleniyeti yargının demokratikleşmesinin garantisi olarak görmektedir. Aleniyet sadece halkın yargıya güveninin arttırmamakta, aynı zamanda davanın daha anlaşılır olmasını sağlamakta ve keyfiliği önlemektedir (10).

- 
- (8) **Wolff**, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 1947, s.270; **Pekschek-Stagel**, Der österreichische Zivilprozess, 1963, s.184; **Holzhammer**, Österreichische Zivilprozessrecht, 1976, s.132.
- (9) **Rechberger-Simotto**, Zivilprozessrecht(Erkenttnissverfahren), 1986, Rz.272.
- (10) Lehrbuch Rz.682.



Aleniyet ilkesinin amacı, mahkemelerin ve burada yapılan yargılamanın kamu tarafından kontrolüdür. Bu sayede mahkemeye özel kişilerin, devletin veya diğer organlarının müdahalesi ve bu sayede bu hakim in etki altında karar vermesi önlenmek istenmiş ve mahkemelerin bağımsızlığının dış görünümünü kuvvetlendirilmek istenmiştir (11).

Bu kontrolün tarihsel sebepleri yanında gizli yargılamanın önlenmesi ve hakim in bağımsızlığının sağlanması gelmektedir (12). Aslında her iki sebep de bugünkü modern devlet anlayışı içinde önemini kaybetmiştir. Bugün için artık hakim in bağımsızlığı çeşitli hükümlerle teminat altına alınmıştır (13). Bu hükümlerle birlikte aleniyet sayesinde devletin veya üçüncü kişilerin davaya etkisi daha zordur. Bu açıdan aleniyet günümüzde mahkeme kararları açısından meşruiyettir ve bununla yargı kararlarına halkın güvenini arttırmaktadır. Ancak meşruiyet ve kontrol oldukça soyut kavramlardır. Aleniyet sayesinde kamunun duruşmalara katılabilmesi ve bununla yapılan yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmesi, bu konuda teminat fonksiyonunu üstlenir. Bu açıdan meşruiyetin gerçekleşmesi ikinci derecededir. Daha çok bazı kişilerce veya basın tarafından kollektif olarak kontrol imkanı kullanılmaktadır.

Uygulamada medeni yargı alanında duruşmalara katılma ve dolayısıyla aleniyetin sağlanması, bazı sansasyonel davalar dışın-

- 
- (11) **Leipold(Stein/Jonas)**, vor § 128 Rdnr.114; **Schilken**, § 12, Rdnr.155; Kisel, § 169 Rdnr.1
- (12) **Gaul**, Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Festschrift für Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s.119; Schilken, § 12, Rdnr.155.
- (13) Örneğin bkz. Anayasa m.138, 139, 140, HSYKK m. 1, , 4, 4445, HUMK.m.28-29





da, oldukça az bir öneme sahiptir. Ancak bu sonuç aleniyetin me-  
deni yargıda daha az bir öneminin olduğu anlamına gelmez.

Aleniyet hakkında başka amaçlar da gösterilmiştir. Aleniyet  
yan etki olarak kişilerin yargıya güvenini artırır. Ancak aleniye-  
tin bu amacı uygulamada son derece sınırlı olarak gerçekleşmekte-  
dir. Çünkü halkın bu amaçla duruşmaları izlemesi son derece az  
olduğundan, bu çok ender kullanılmaktadır. Aksine, duruşma sa-  
lonlarındaki bazı davalarda görülen gösteriler veya halkın etkisi  
hakimi de etkilemektedir. Sonuç olarak bu amaca çoğu kez ulaşıla-  
mamaktadır (14).

Halkın tümünün duruşmalara katılması, ya da en azından du-  
ruşma salonlarına mutlaka halkın katılımı aleniyetin amacı değil-  
dir.

Aleniyet hukuk devleti prensibinin önemli bir unsurudur (15).  
Bu ilke özgür demokratik düzenlerde çok önemli görülmesi de, po-  
litik istikrarsızlık dönemlerinde hukuk devletinin ayakta kalabil-  
mesi açısından, korunması çok önemli bir fonksiyon ifa eder. Bu se-  
beple aleniyet ilkesinin tüm amaçlarını, her muhakemede göster-  
mesini beklemek doğru olmaz. Bu amaçlardan bir veya birkaçının  
muhakemede gerçekleşmesi aleniyet ilkesinin vazgeçilmez, önemli  
bir ilke olmasından kuşku duyulmaması için yeterli olmalıdır.

Aleniyet yargılamanın demokratik karakteridir (16). Bu saye-  
de halkın yargılamaya katılması, izlemesi ve bu yargılamayı kont-  
rolü sağlanmaktadır. Aleniyet, öncelikle halkın yargının bağımsız-

---

(14) **Schilken**, § 12, Rdnr.156.

(15) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr.114; Jauernig, Zivilprozessrecht, 22  
Auflage, München 1988, s.88

(16) **Marcic, R.**, Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, Festschrift für  
Arndt 1969, s.288 vd.



lığına güvenini arttırmakta, mahkemelerin kamu tarafından denetimini sağlamakta, keyfilik ve kapalı kapılar ardında yapılan yargılamayı ve kuşkuları önlemektedir. Bunun yanında aleniyet, halkın yargıya ilgisini arttırmakta, duruşmaların ciddiyetini sağlamak ve tanıkların doğruyu söylemesini belli ölçüde temin etmektedir.

Sonuç olarak aleniyet öncelikle halkın yargının bağımsızlığına güvenini sağlamakta, davanın ve mahkemelerin kamu tarafından denetlenmesini mümkün kılmakta ve keyfilik ve kapalı kapılar ardından yapılan yargılamayı önlemektedir. Bunun yanında aleniyet halkın yargıya ilgisini arttırmakta, duruşmaların ciddiyetini sağlamak ve tanıkların doğruyu söylemesini belli ölçüde temin etmektedir.

Kapalı kapılar arkasında yapılan muhakeme, hakim ne kadar dürüst bağımsız ve objektif olursa olsun, halk adaletten şüpheye düşer. Gizliliğin karanlığında saklanılmak istenen bazı müdahalelerin yapıldığı düşüncesine kapılabilirler. Bu tür gelişmeler toplumun adaletten şüphe etmesini, güveninin azalmasını en azından şüpheyi gerektirir.

### III. Aleniyet İlkesinin Uygulamadaki Görünümü

Aleniyet ilkesi aslında sözlülük ilkesinin kardeş ilkesidir (17). Günümüzde özellikle medeni yargıda yargılama usulünün yazılı yargılama usulü oluşu ve diğer yargılama usullerinde de birçok işlemin yazılı yapılışı, aleniyet ilkesini uygulamada daha az öneme sokmuştur. Bunun yanında mahkeme salonlarının oldukça küçük oluşu hatta taraflar ve vekilleri dışında başka kimselerin girişinin fiziken mümkün olmayışı bu konuda düşündürücüdür.

---

(17) **Gaul**, s.120; **Scherer**, s.2; **Wolf**, s.156 vd.



Aleniyet ilkesi diğer ülkelerden farklı olarak Anayasamızda teminat altına alınmıştır (Anayasa m.141). Bu sebeple, bu ilkenin Anayasada düzenlenmiş oluşu, bu ilkeyi düzenleme açısından üst sıralarda yer veren ülkemiz için, bunun uygulamasını sağlayamamış oluşu düşündürücüdür. Çoğu mahkeme salonu halkın katılımını önleyecek derecede sıkışık ve küçüktür. Kiralık salonlarda yapılan yargılama bu ilkenin amaçlarını gerçekleştirebilecek nitelikte değildir.

Aleniyet ilkesi uygulamada aslında yalancı tanıklığı ve yalan yere yemini de önleyememiştir. Nitekim aleniyet ilkesine rağmen yalan yere tanıklık veya yalan yere yemin konusunda günümüzde şikayetler azalmamıştır.

Aleniyet sebebiyle duruşmalara katılanlar, aslında ya bir sansasyon sebebiyle ya davanın taraflarıyla yakınlığı sebebiyle ya da bazı meraklılardır. Bunların dışında vatandaş olarak bir denetleme amacıyla katılanlar hemen hemen hiç yoktur. Yargılamaya gelenlerin amacı halk adına bir denetim değil, sansanyonel olayı işitmek veya kişileri görmek amaçlıdır. Bazan dürüst fakat konuşma güçlüğü olan tanık salonda büyük bir kalabalığı görünce komik ve kötü duruma düşebilmektedir. Bu tür bir kişi kalabalığın kendisine gülmesine veya bağırması üzerine daha önce söylediklerini unutabilir ve şaşırabilir. Bu ise aleniyetin amacı olarak gösterilen gerçeğin tespitinde olumsuz rol oynayabilir (18).

Haksız yere davalar açılması ve haksız iddiaların sürülmesi ve bunların çoğu kez aleni yargılamada tartışılması birçok kişinin bu durumdan zarar görmesine neden olmaktadır. Sırf bir kimsenin ekonomik, ahlaki veya siyasi duruma zarar verebilmek amacıyla açılan davalar, aleni muhakeme nedeniyle herkesin önünde tartışılır.

---

(18) **Simotta**, s.454



şılmakta ve sırf bu şekilde kötü niyetli kişiler bu şekilde amacına ulaşmaktadır. Muhakemenin sonunda daha sonra bu iddialar haksız çıksa da, tam olarak yarattığı sonuçları silmemektedir (19).

Duruşmaya katılanlar ve dinleyiciler duruşma salonunu tiyatro salonuna çevirebilirler. Özellikle basının görüntü alması veya fotoğraf çekmesini fırsat bilen bazı kişi veya guruplar bundan yararlanarak gösteri yapabilirler. Bu ise özellikle basın aracılığıyla durumu öğrenen kişiler için yargının ciddiyeti konusunda ciddi şüpheler uyandırır (20).

Aleniyet ilkesi tarafların ve tanıkların kişilik alanları ve yaşamlarının gizli alanlarının aleniyet yüzünden tehlikeye girebilir ve hatta ihlal edilebilir. Özellikle basının duruşmaları izlemesi, bu konudaki yasal düzenlemelere rağmen, keyfi ve yanlı haber vermesi yargıyı objektiflikten uzaklaştırabilir. Bu özellikle eksik ve yanlı bilgi verme sebebiyle kamuyu olumsuz etkileyebilmekte ve verilen kararın adil olmadığı yönünde bir düşüncenin doğmasına da neden olabilmektedir (21).

#### IV. Aleniyet İlkesinin Temelleri

Hukukumuzda aleniyet ilkesi verilen önem nedeniyle Anayasa da açıkça düzenlenmiştir. Anayasamızın 141 maddesine göre **"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir"**. Aleniyet birçok ülkenin ana-

---

(19) Köbl, Die Öffentlichkeit des Zivilprozess- eine unzeitgemaese Form? Festschrift für Carolsfeld, 1973, s.236.

(20) Franzki, s.82-83.

(21) Simotta, s.455.



yasalarında düzenlenmemiş bu ilkenin anayasada mevcut olan hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmiştir (22).

Anayasamızda düzenlenmiş bulunan aleniyet ilkesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 149 maddesinde tekrarlanmıştır. Bu hükme göre göre **"Muhakeme alenen yapılır. Alenen icrası adap ve ahlaki umumiyeye mugayir olduğu muhakak olan hallerde mahkeme, esbabı mucibe beyaniyle muhakemeyi hafiyen icra edebilir."**

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 maddesinin ikinci fıkrasına göre **"Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ah-lâkın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahtid edilebilir"**. İnsan hakları Sözleşmesine göre aleniyet, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur. Yani aleni olarak yapılmayan yargılama adil bir yargılama değildir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinin 11 maddesine göre **"Hiç bir şahıs, müdafaası için lüzumlu bütün teminatın bahşedilmiş bulunduğu aleni bir muhakeme sonunda mahkum edilmedikçe cezalandırılmaz"**.

---

(22) **Schilken**, § 12, Rdnr.159. 1839 tarihli "Gülhane Hattı Hümayununda" ve 1856 tarihli "Islahat Fermanında"da muhakemenin aleni olacağı açıklanmıştır. Yine 1908 tarihli Kanunun Esasının 82 maddesinde aleniyet ilkesi ve istisnalarına yer verilmiştir.



## V. Aleniyet İlkesinin Geçerlilik Alanı

Aleniyet ilkesi medeni yargı yanında, ceza yargısı(CMUK m.373), idari yargıda da (İYUK m.18) geçerlidir. İHAS m.6'da sözü edilen aleniyet ilkesi sadece kamu hukukunda değil, medeni yargıda da geçerli bir ilke olarak kabul edilmiştir. Medeni yargıda geçerli olan tüm yargılama usullerinde de geçerlidir. Ancak bazı yargılama usullerinde aleniyet ilkesi geçerli değildir. Bunun başında çekişmesiz yargı gelmektedir. Alman Çekişmesiz Yargılama Usulü Kanununda aleniyet ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilmiştir (FGG § 8) (23).

Bizim hukukumuzda ayrı bir çekişmesiz yargılama usulü bulunmayışı bu konuya cevap vermemizi zorlaştırmaktadır. Hukukumuzda *Kuru*, aleniyet ilkesinin çekismesiz yargıda uygulanmasını, çekişmeli yargıya nazaran daha dar olduğunu ve bunun sebebi olarak da çekismesiz yargıda duruşma yapma zorunluluğunun olmadığını göstermektedir (24). Gerçekten çekişmesiz yargıda duruşma yapma zorunluluğunun olmayışı aleniyetin bu yargıda geçerli olmasını güçleştirmektedir. Ancak açık bir hüküm bulunmadığına göre, duruşma yapılan hallerde aleniyet ilkesinin çekişmesiz yargıda da geçerli olmasını gerekir.

Memurların disiplin soruşturmasında, askerlerin veya hakimlerin, avukatların ve noterlerin muhakemesinde aleniyet ilkesi geçerli değildir.

(23) **Kissel**, § 169 Rdnr.5; **Brehm**, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1988 § 14 V; **Gaul**, s.113 vd. ; Baur, F., Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1 Buch, Allgemeines Verfahren, 1955, § 5 I; **Bärmann**, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht 1968, § 14 II 1 b; **Weirich**, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1981, § 7 V; **Jansen**, FGG 1969, § 8 Rz.60; **Lindacher**, JuS 1978, s.584; **Jauernig**, s.88; **Köbl**, s.239. Federal Mahkemede bir kararında(BGHZ 55, 242, 244) İHAS. m.6/II'nin çekişmesiz yargıda uygulanmayacağını açıkladı.

(24) **Kuru**. Nizasız kaza, Ankara 1961, s.164.



Aleniyet ilkesini sadece ilk derece mahkemesi için zorunlu bir ilke olarak kabul etmektedir (25). Kanımca bu konuda başvuru kanun yolunda duruşma yapıp yapılmamasına göre ayırım yapılmalıdır. Eğer duruşma yapılıyorsa aleniyet ilkesi kanun yollarında da geçerli olmalıdır. Buna karşılık dosya üzerinden inceleme yapılıyorsa, örneğin hukukumuzdaki karar düzeltme talebinin incelenmesi gibi, bu durumda aleniyet ilkesi söz konusu olamaz.

## VI. Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması

Aleniyet ilkesi sadece oturumlar için geçerlidir. Bununla duruşmalar kastedilmiştir. Yasada duruşmanın zorunlu olarak yapılmasının öngörülmesi ile, hakimin duruşma yapılmasını takdir etmesi bakımından aleniyet ilkesinin uygulanmasının bir farkı yoktur (26). Hükmün bildirilmesi de alenidir. Ancak duruşmalar gizli yapılmışsa, hükmün taraflara bildirilmesi de gizli yapılmalıdır. Bununla beraber, aile ve çocukla ilgili duruşmalar gizli, fakat hükmün bildirilmesi aleni olmalıdır.

Hukuk eğitimi gören kişilerin gizli duruşmada kalmasına hakim izin verebilir. Bunlar genellikle staj yapan kişilerdir. Ancak lisans öğrencilerinin de buna dahil edilmesi uygun olur.

Aleniyet ilkesi sadece hükmü veren mahkemedeki duruşmalar ve sözlü muhakeme için geçerlidir. Yazılı yargılama usulünde aleniyet söz konusu değildir.

İcra hukukunda aleniyet söz konusu değildir. Ancak icra takibi sırasında mahkemeye başvuru hallerinde ve tetkik merciince duruşma yapılan hallerde aleniyet ilkesi geçerlidir. Hakem yargı-

---

(25) **Frowein/Peuckert**, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl Strassburg Arlington, Art.6 Rdnr.79

(26) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr.115



sında kural olarak aleniyet yoktur. Hakemler duruşmaların aleni olup olmayacağını kendileri belirler. Ancak taraflar hakemlerin uygulayacakları yargılama usulünü belirlerken duruşma yapılacağını ve duruşmaların aleni olacağını kararlaştırmış iseler hakemlerin yaptığı duruşmalarda aleni olmalıdır. Yine taraflar hakemlerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre karar vereceklerini kararlaştırmış iseler, hakem duruşmaları aleni yapmak zorundadır.

### VIII. Aleniyet İlkesi ve Diğer İlkelerle Değerlendirilmesi

Öncelikle aleniyet ilkesi halkın yargıya güvenini arttırmaktadır. Aleniyet ilkesi amacının önemi ve çok yönlü olması sebebiyle diğer ilkelerle oldukça ilgilidir. Bu ilkelerin başında hukuki dinlenilme hakkı(HUMK.m.73) gelmektedir. Duruşmalara taraflar ve tanık dışındaki davayla ilgili olmayan kişilerin katılması, doğruların mahkemeye açıklanması ve gerçeğin bulunması açısından son derece önemlidir. Tanık, ifade verirken etkilenmeden ve korkmadan açıklama yapabilmelidir. Özellikle tanık ve taraflar, duruşmada bulunan kişiler sebebiyle doğru vakıaları açıklayarak, uyumsuzluğun aydınlanmasını sağlayabilirler. Duruşmaların aleni olması taraflara eşit davranılmasını, eşit hak verilmesini sağlar. Bu da silahların eşitliği ile ilgilidir. Bu ilkenin tehlikeye düşmesi özellikle basın duruşma salonlarında bulunması sebebiyle olabilir. Bununla birlikte yanlış haber veren basının mahkemede hazır bulunmasından korkularak duruşmanın kamu düzenini tehlikeye düşmesi sebebiyle gizli yapılmasını doğru değildir (27).

(27) **Schilken**, § 12, Rdnr.164; **Kissel**, § 169 Rdnr. 13.





Aleniyet ilkesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Yine aleniyet ilkesi adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Aleni yapılmayan yargılama adil değildir.

Genel olarak görüntü ve film alınması, doğrunun bulunmasını etkilediği veya tehlikeye düşürdüğü ve açıklama ve ifadelerin doğru olması amacıyla birçok yabancı ülkede yasaklanmıştır (28). Aleniyet yerine duruşmaların gizli yapılması bazı uyuşmazlıklar bakımından tanıkların görevlerini tam yapılabilmeleri, etkilenmemesi amaçlıdır. Bazı uyuşmazlıklarda tanıklar duruşmaya katılan kişiler önünde bildiklerini tam olarak aktarmaktan kaçınabilirler. Bu tanığın korku, utanma nedeniyle bildiklerini tam olarak aktaramamasından kaynaklanabilir.

Aleniyet ilkesi taraflar dışındaki kişilerin doğrudan duruşmalara katılımını sağlayan bir ilkedir. İnsan hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de doğrudan aleniyet teminat altına alınmış ve adil yargılamanın unsuru sayılmıştır. Duruşmadan görüntü alınması fotoğraf çekilmesi veya ses alınması İHAS.m.6 anlamında aleniye-  
tin unsuru değildir (29).

Aleniyet ilkesi ile hakimlin bağımsızlığı ilkesi arasında da ilişki vardır. Aleniyet ilkesi sebebiyle duruşmaların aleni yapılması, hakimlin çeşitli şekillerde etkilenmesine neden olabilir. Bu etkilenme özellikle bazı davalarda küçümsenmeyecek etkiler gösterir. Örneğin, tehdit ve protestolar bu etkilenmelere örnek olarak verilebilir. Yine toplumun önemli kesimini ilgilendiren, çevre sorunları,

---

(28) Örneğin Almanya'da duruşma sırasında ses kaydı, görüntü alınması veya fotoğraf çekilmesi yasaktır(GVG m.169). Aynı yasak Avusturya hukukunda da vardır Bkz. B-VG Art.90.

(29) **Lienbacher**, G., Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 45 Jg, H.16 s.52



kürtaj gibi konuların tartışıldığı davalar buna örnek olarak verilebilir. Ancak bu yolla hakimın etkilenmesi fazla abartılmamalıdır. Hakimın etkilenmesi bugün basın aracılığıyla da olabilmektedir. Çünkü duruşmalar aleni yapılmaya bile, yargılama konusu hakkında basında yazılanlar ya da televizyonlardaki tartışmalar hakimın kararını ve bu şekilde bağımsızlığını etkileyebilir (30).

Bağımsız ve tarafsız bir hakimın kanunlara ve hukuka uygun ve doğru karar verebilmesi temin edilmelidir ki, aleniyet bu açıdan adil yargılanma hakkında bir engeli olarak karşımıza çıkmasın (31). Çünkü adil bir yargılamadan söz edebilmek için, hakimın öncelikle bağımsız olması gerekir.

Son olarak aleniyet ilkesi duruşmaların herkese açık olarak yapılması sebebiyle bazı kişilerin kişilik haklarını da etkileyebilmektedir. Kişilik hakları etkilenen kişiler davanın tarafları olabileceği gibi, tanık, bilirkişi de olabilir. Bazı bilgilerin basın yoluyla ya da duruşmalara katılan kişilerce duyulması, kişilik haklarını önemli ölçüde etkileyebilmektedir. Bu bağlamda sadece mevcut değil, gelecekteki tehlikelerin de düşünülmesini gerektirmektedir (32).

Bütün bu tehlikelere rağmen tüm muhakeme çeşitlerinde genel olarak aleniyet ilkesi geçerlidir. Ancak bazı ülkelerde duruşma sırasında film, ses ve görüntü alınması istisnasız olarak yasaklanmıştır. Bu duruşmanın disiplini ve hakimın bağımsızlığı açısındandır. Bu konuda genel bir düzenleme ile hukuki dinlenilme hakkının korunması ve yargılama katılanların kişilik haklarının korunması olanaklı değildir. Bu konuda en doğru kararı ve en etkin ön-

(30) **Schilken**, § 12, Rdnr.166

(31) **Schilken**, § 12, Rdnr.167; **Kissel**, § 169 Rdnr. 16

(32) **Schilken**, § 12, Rdnr.168; **Kissel**, § 169 Rdnr. 14



lemleri yargılamayı yürüten hakim alacaktır. Ancak hukuk politikası açısından medeni usul hukukunda aleniyet ilkesi sınırlandırılmaktadır. Denilebilir ki aleniyet ilkesi değişen önemine, bazı hallerde sınırlandırılma gereğine rağmen, korunması gereken önemli bir ilkedir ve korunmalıdır.

### VIII. Aleniyet İlkesinin İçeriği ve Sınırları

Aleniyet ilkesi, herkese duruşmaya dinleyici olarak katılma imkanını vermektedir. Burada kişiler yönünden bir sınırlama, belli bir çevre ve halk ayırımı yoktur. Genel olarak gerçek kişiler ifade edilmiştir ve duruşmayı izleyebilmeleri davayla ilgili olmalarına bağlı değildir.

Aleniyet ilkesi, asıl olarak doğrudan aracısız katılmayı, yani bizzat katılmayı amaçlamıştır. Ancak dolayısıyla katılma da aleniyet ilkesinin bir sonucudur.

Aleniyet ilkesi yargılamanın yapıldığı yer neresi olursa olsun değişmez. Örneğin, duruşma daha geniş olması sebebiyle bir başka yerde yapılıyorsa, aleniyet ilkesi burada da geçerli olacaktır. Yine, keşif için mahkeme binasında dışında bir yerde yapılan incelemede de aleniyet geçerlidir (33).

Acaba hukuki yardım talep edilen mahkeme önünde yapılacak duruşmalar da aleni olacak mıdır? Alman hukukunda Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 169 paragrafında "erkennenden" mahkeme denildiği için hukuki yardım talep edilen mahkemede duruşmaların aleni olması gerekmez görüşü hakimdir (34). Hukukumuz için bu görüş kabul edilemez Çünkü gerek Anayasamızın 141. maddesinde gerekse HUMK da aleniyetle ilgili hükümlerde bu tür bir sı-

(33) Üstündağ, s.249.

(34) Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 23 IV 2; Kissel § 169 Rdnr.11.



nırlama getirilmemiştir. Bu sebeple hukuki yardım talep edilen mahkeme duruşma yapmış ise bu duruşmanın ayrıca karar verilmediği takdirde aleni olması gerekir.

### A. Doğrudan katılma

Doğrudan katılma, duruşmaya kişilerin bizzat katılmasıdır. Engelsiz olarak katılabilmek için duruşma yapılan mahkeme salonunun yeterli olması gerekir. Ancak duruşmaya katılacak dinleyicilerin katılabilmesi için yeterli bir duruşma salonunun seçilmesi veya araştırılması zorunlu değildir. Örneğin sadece yirmi kişinin duruşmaları izleyebileceği salona sahip olan bir mahkemenin, görmekte olduğu bir davaya katılacak kişilerin sayısının yüzlerce kişi olması halinde, bu kişilerin izleyebilmesine olanak veren daha geniş bir duruşma salonu temin etmesi, aleniyet ilkesi ile ilgili değildir ve mahkemenin böyle bir yükümlülüğü yoktur (35). Bazı hallerde büyük bir duruşma salonunun seçimi, duruşmanın disiplini sağlama açısından güçlükler ortaya çıkarabilir.

Aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi için duruşma salonunda dinleyiciler için yeteri kadar oturma yerinin ayrılmış olması gerekir. Duruşmanın yapıldığı salonda dinleyiciler için bir tek oturma yeri var ve diğer kişiler ayakta ve çok sıkışık şekilde oturma imkanına sahip ise, böyle bir örnekte aleniyet ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir (36). Eğer oturulabilir yerler, dinleyicilerin sayısından daha az ise, bir kısmının duruşma salonuna alınmaması, aleniyet ilkesi açısından bir sakınca sayılmaz (37). Bu tür bir durumda dışarıda bekleyen topluluk arasından mahkemenin takdirine göre seçim yapılması genel olarak aleniyet ilkesini etkiler. Ancak önce

(35) **Schilken**, § 12, Rdnr.172, **Kissel**, § 169 Rdnr.25

(36) BayObLG, NJW 1982, s.395. **Schilken**, § 12, Rdnr.172

(37) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr. 125



gelen kişilerin duruşma salonuna alınması doğal bir davranış olur. Yine yeteri kadar yer bulunamıyorsa, bazı gurupların öncelikle içeri alınması mümkündür. Örneğin, öğrenci gurubunun, yabancı misafirlerin, basın mensuplarının öncelikle alınması gibi.

Yargılamaya katılan kişilerin yardımcılarının da duruşmaya katılması ve hiçbir şekilde engellenmemesi gerekir. Örneğin taraflardan birisinin avukatının yardımcısı olan kişinin duruşmaya alınması engellenmemelidir.

Dinleyici sayısının çok olması halinde, salona girişte bir izdihamın yaşanmaması için, sırayla ve önceden verilen kartlarla salonu girilmesini temin amacıyla yapılan düzenleme de aleniyet ilkesine aykırı değildir (38).

Aleniyet ilkesinin korunması için, duruşma salonuna girişlerin açık olması gerekir. Bununla beraber duruşma yapılan salonlarda, gürültü ve sükunet açısından tedbir alınabilir. Ancak her halde kapının açık olduğunun belli olması ya da açık bırakılması gerekir. Normal bir kişinin girişini engelleyecek şekilde bir engel bulunmamalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısına, duruşma salonuna girişin yasak olduğu düşüncesini oluşturacak tabela konulması yasaktır. Böyle bir tabelada "Lütfen" kelimesinin kullanılmış olması, durumu değiştirmez. Girilmez anlamına gelecek ifade ne kadar kibar olursa olsun, sonuçta bir değişiklik olmaz ve aleniyet ilkesi ihlal edilmiş sayılır (39).

Duruşmanın mahkeme binasının bulunduğu salonda veya bu salon dışında başka bir yerde yapılmasının, aleniyet ilkesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yeter ki duruşma yapılan yer dinleyicile-

(38) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr. 126.

(39) **Schilken**, § 12, Rdnr. 173; **Kissel**, § 169, Rdnr.22



re açık olsun ve dinleyicilerin duruşmanın yapılacağı yeri kolaylıkla bulabilmeleri için bu yer önceden duyurulmuş veya ilan edilmiş olsun (40). Bu sebeple dinleyicilere açık olması şartıyla duruşma hakim odasında dahi yapılabilir.

Aleniyet ilkesine uymak, duruşmanın yeri ve saati konusunda doğru ve zamanında bilgi verilmesini gerektirir. Özellikle mahkeme binası dışında yapılacak duruşmalar için bu duyuruların önemi büyüktür. Aksi halde aleniyet ilkesi ihlal edilmiş olur.

Aleniyet ilkesi sadece mahkeme salonuna girilmesini sağlamakta, aynı zamanda duruşma salonundaki duruşmaya tüm olarak izleyebilmeyi de gerektirmektedir. Buna karşılık duruşma sırasında mahkemeye sunulan belge ve tutanakların da görülmesi aleniyetle ilgili değildir (41). Ayrıca dinleyici olmaları dışında kendi yorumlarını yapmaları, açıklamaları veya tarafları sesli olarak desteklemeleri ve buna izin verilmiş olup olmaması, aleniyet ilkesi ile ilgili değildir.

Doğrudan katılmanın bazı hallerde sınırlandırılması düşünülebilir. Çünkü duruşmaların ve genel olarak yargılamanın kontrolü gerekir. Duruşmaların düzgün ve sakin yapılabilmesi son derece önemlidir. Bu amaçla dinleyicilerin kimlikleri alınıp isimleri yazılarak girişleri kontrol edilebilir, günlük kimlik ya da giriş kimliği verilebilir ki bu tür sınırlamalar doğrudur.

## B. Dolayısıyla Aleniyet

Dolayısıyla aleniyet, çeşitli basın araçlarıyla, örneğin, televizyon, gazete, radyo gibi araçlarla geniş kitlelere duyurulmasıdır. Basının temsilcileri de diğer kişiler gibi duruşmaya katılma hakkı-

(40) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr.125

(41) **Kissel**, § 169, Rdnr.52; **Schilken**, § 12 Rdnr. 176, **Köbl**, s.244, **Stober**, s.3



na sahiptir. Bu kişiler, diğer katılanlara nazaran ne daha az ne de daha çok korunmakta, herhangi bir ayrıcalığa sahip olmaktadır (42). Basın ilk olarak kamu yararına değil, aleniyet çerçevesinde haber vermek üzere duruşma salonunda bulunmaktadır.

Duruşmalar yanında hükmün bildirilmesi sırasında da basın görüntü alması fotoğraf çekmesi ve ses kaydetmesi birçok ülkede, örneğin Almanya (43) ve Avusturya'da (44) yasaklanmıştır. Almanya'da 1964 yılında Mahkemeler Teşkilatı Kanunu ile mahkeme salonunda basının fotoğraf çekmesi, görüntü alması ve ses kaydetmesi istisnasız yasaklanmıştır. Çünkü aleniyet ilkesinin amacı, duruşma sırasında insanların tavır ve davranışları ve söylediklerinin bir kısmının aynen duyurulması değildir. Tam aksine, aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi için basına bu anlamda hiçbir ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle getirilmiş sınırlamalar hakkında tereddüt de etmemek gerekir .

Basının duruşma sırasında görüntü almasının fotoğraf çekmesinin ve ses kaydetmesinin yasaklanması tarafların, tanığın insan onurunun zedelenmesi aracı olmaması, gerçeğin tespitinin tehlikeye düşmemesi ve mahkeme salonlarının şov yapılan yerler olmaktan çıkarılması amaçlıdır. Bu yasak sadece duruşma sırasında değil, hükmün açıklanması sırasında da geçerlidir (45). Ancak basının duruşmadan önce ya da duruşmadan sonra görüntü alması fotoğraf çekmesi veya ses kaydetmesi mümkündür. Bu konuda bir yasak bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile yasak sadece duruşma sırasında ve hükmün tarafa bildirilmesinde geçerlidir (46). Ancak

---

(42) **Schilken**, § 12 Rdnr.178; **Kissel**, § 169, Rdnr.33. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında bu yönde görüş açıklamıştır( BVerfGE 50, s.234, 240).

(43) Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu(GVG) m.169.

(44) **Simotta**, s.456 vd.

(45) **Kissel**, § 169, Rdnr.62; **Franzki**, DRIZ 1979/Mart, s.82.

(46) **Kissel**, § 169, Rdnr.63; **Schilken**, § 12 Rdnr. 179.



yasak sınırlı olup, bu sayılan görüntü alma, fotoğraf çekme ve ses kaydetme dışında bir yasak getirilmemiştir. Bu sebeple basın resamları vasıtasıyla duruşmada tarafların veya tanıkların ya da genel olarak mahkemenin resmini yapabilir, söylenenleri not edebilir (47).

Ancak mahkeme basına vermeden sadece kendisi kullanabilmek, muhakemenin aydınlanabilmesi, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bazı hususların hatırlanabilmesi için özellikle uzun süren davalarda görüntü alınmasına karar verebilir (48).

Bu yasağın kontrolü mahkeme başkanına aittir. Mahkeme başkanı bu konuda içeri giren basın mensuplarına bu yasağı hatırlatabilir ve hatta duruşma sonuna kadar ses alma cihazlarını ellerinden alabilir veya başka tedbirler alınabilir (49).

Burada şu soru sorulabilir. Basın yasama ve yürütmenin eylem ve işlemleri hakkında nasıl kamuya bilgi veriyorsa, yargının, mahkemelerin işlemleri hakkında da bilgi verecektir. Haber toplama ile basın kamusal bir görev yapmaktadır. Bu ise basın özgürlüğü ile söz konusu olabilir. Acaba, basının duruşma salonlarında görüntü alamaması, fotoğraf çekememesi veya ses kaydedememesi, bu özgürlük ile çelişmeyecek midir?

Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira basın duruşmaları gizli yapılması dışında diğer kişiler gibi rahatlıkla izleyebil-

---

(47) **Kissel**, § 169, Rdnr.70 vd.; **Schilken**, § 12 Rdnr. 179.

(48) **Kissel**, § 169, Rdnr.68.

(49) **Kissel**, § 169, Rdnr.68. Yasağa rağmen sesin kaydedilmiş olması, bozma sebebi sayılmaz (**Kissel**, § 169, Rdnr.70). Sesi yasağa rağmen banda alınan kişi, bu bantın yayımının yasaklanması için veya bantın iadesi için genel hükümlere göre talepte bulunmalıdır. Bu konuda bir düzenleme getirilmemiştir.





mektedir. Fotoğraf çekilmesi veya görüntü almasına ise duruşmadan önce ya da genellikle duruşmadan sonra izin verilmektedir. Bunun dışında mutlaka basın duruşmaları izlemesi dışında fotoğraf çekmesi veya ses kaydetmesi gerekmemektedir. Basınla ilgili yasak sadece görüntü alma, ses kaydetme ve fotoğraf çekmekle sınırlıdır. Stenografik yazılar, duruşmada kara kalem resim yapılması duruşmanın disiplinini bozmadıkça yasak değildir. Yasaya aykırı şekilde görüntü alınır veya fotoğraf çekilirse, hakim duruşma sonuna kadar bunlara el koyabilir veya önleyici başka tedbirler alabilir (50).

Kamusal bir görev olmasına karşılık basının haber toplaması yargıda bazı hallerde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma yine kamu adına, hakim bağımsızlığı sebebiyle yapılmaktadır. Nitekim basın gizli yapılan duruşmalar hakkında açıklama yapamaz. Bu husus hukukumuzda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 377. maddesinde yasaklanmıştır. Bu hükme göre, "*Gizli yapılan duruşmalarda icra kılınan muhakemenin yayımı yasaktır. Açık duruşmalarda cereyan eden muhakeme milli güvenliğe ve genel ahlaka ve kişilerin, haysiyet, şeref ve haklarına dokunacak ve suç işlemeye kışkırtacak mahiyette ise mahkeme bunları önlemek amacı ile ve bu amacın gerektirdiği ölçüde muhakemenin kısmen veya tamamen yayınlanmasını yasaklar ve kararını açık olarak tefhim eder. Açık ve gizli muhakemeleri yasağa aykırı olarak yayınlayanlar beşyüzbin liradan ikimilyon liraya kadar (21.5.1985 gün ve 3206 sayılı Kanunun 72. maddesi ile değişik) ağır para cezası ile cezalandırılır*". Bu yasak hukuk muhakeme usullerinde de geçerlidir (CMUK.m.377/V). Ancak yasağa rağmen basın duruşmalara diğer kişiler gibi katılabilir duruşmalarda not alabilir resim yapabilir. Ancak bu konuda basının normal kişilerden daha fazla korunan bir yararı olmadığı kabul edilmektedir.

---

(50) Kissel, § 169, Rdnr.67.



Yasağa aykırı hareket edilmesi ağır para cezasını gerektirmektedir. Eğer yayınlanmışsa, bu yayından zarar gören kişi veya kişiler genel hükümlere göre maddi veya manevi tazminat talep edebilirler. Yine özel hukuk hükümlerine göre bant kaydının yayınının yasaklanmasını veya bantın iadesini isteyebilirler (51).

Hukukumuzda basının duruşmalara alınmasıyla ilgili bir yasa bulunmamaktadır. Basın zaman zaman televizyon ve gazetelerden de izlendiği gibi, duruşma salonlarına girebilmekte ve duruşma sırasında istediği yerden görüntü alabilmekte, fotoğraf çekilmekte, hatta kameralar nedeniyle taraflar hakimi, hakim da tarafları göremeden duruşma yapılmaktadır. Bu tanıkların dinlenmesinde ve hatta tarafın isticvabında da görülebilmektedir. Tarafın yüzünü, davranışlarını istivap sırasında tam olarak görmesi gereken hakim, fotoğraf ve film çekilmesi nedeniyle tarafla yüz yüze gelememektedir. Bu ortam ve karmaşa izleyenlerin yargıya güvenini arttırmaya değil, azalmasına neden olmaktadır. Bu görüntüleri izleyen kişiler zaman zaman basını gördükten sonra yapılan şovları, gösterileri de izlemektedirler. Bütün bunlar duruşmaların disiplinini ve düzenini bozduğu gibi, aleniyet ilkesinin amaçlarının gerçekleşmesini değil mahkemelere güvensizliği doğurmaktadır. Bütün bunlar hukukumuzda da basının duruşmaları izlemesi bakımından genel bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Gerçi bu konuda hakimin gerekli önlemleri alabilmesi mümkündür. Zira HUMK.m.150'ye göre muhakemenin idare ve zabıta işleri mahkeme başkanına tek hakim varsa o hakime aittir. Hakim bu yetkisine dayanarak duruşmada basının izlemesiyle ilgili tedbirler alabilir. Örneğin belli bir yerden görüntü alınması veya belli bir zamanda görüntü alınması gibi. Ancak hakim basının görüntü almasını veya fotoğraf çekmesini yasaklayabilir de. Bu aleniyet ilkesi-

(51) Kissel, § 169, Rdnr.68.



nin ihlali anlamına gelmez. Çünkü aleniyet ilkesi fotoğraf çekilmesini görüntü alınmasını ve bu şekilde dolayısıyla kamunun aydınlanmasını ve duruşmanın izlemesini değil, halkın bizzat, doğrudan duruşmaya katılmasını amaçlamaktadır. Bu konuda genel bir düzenleme yapılması hakimlerin farklı kararlarının tartışılmasını zaman zaman basını protestosunu önleyecektir.

### IX. Aleniyetin Kaldırılması(Gizli Oturum)

Duruşmaların gizli yapılabilmesi, bazen kanun tarafından bazen de hakimin kararıyla olmaktadır. Günümüzde aleniyetin daha geniş bir uygulama içinde kaldırılması tartışılmaktadır. Aleniyetin bazı olumsuz yönleri sebebiyle özellikle medeni yargıda kaldırılmasını savunanlardan, Avusturya hukukunda *Fasching* bir teklif yapmıştır. Yazara göre, eğer davanın her iki tarafı anlaşır ve talep ederse, duruşmalar gizli yapılabilmelidir (52). Ancak bu teklifte gerçekte sadece tarafların menfaatlerin ve özel yaşamları esas alınmakta buna karşılık tanıkların özel yaşamı dikkate alınmamaktadır. Yine taraflar genellikle davada uyuşmazlık içinde birbirlerinin hasmı durumundadır. Bu sebeple taraflardan birisinin kişilik haklarının ihlali halinde, diğer taraf duruşmanın gizli yapılmasına yanaşmayabilecektir (53). Bu konuda kişilik alanının korunması amacıyla duruşmanın gizli yapılabilme yetkisinin hakimde kalması yerinde olacaktır.

---

(52) **Fasching**, Lehrbuch, Rz.682. Benzer bir teklif, 1955 yılında Adalet Bakanlığınca oluşturulan Alman medeni yargı reformu komisyonunun raporunda yer almıştır. Ancak bu teklifte mahkeme kamu yararının yargılamanın aleni yapılmasını gerektirdiği halde, yargılamanın gizli yapılmasını reddetme hakkı vardır (**Simotta**, s.461dn. 83; **Köbl**.s.239-240).

(53) **Simotta**, s.463.



Aleniyetin kaldırılmasıyla ilgili düzenlemeler, dinamik aleniyetle ilgilidir. Buna karşılık statik aleniyetin, yani hükmün açıklanmasının istisnaları yoktur. Her halde hükmün açıklanması aleni olmalıdır (54).

Aleniyet çekişmesiz yargı işlerinde de kaldırılabilir. Özellikle şahsın hukuku veya aile hukuku alanında aleniyetin kaldırılması gündeme gelebilir. Bu konuda takdir yetkisi hakime aittir (55).

### A. Kanun Tarafından Aleniyetin Kaldırılması

1982 Anayasasının birinci fıkrasına göre, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. HUMK m.149'a göre de, ahlak ve adaba aykırı olduğu kesin olan hallerde mahkeme duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir. Her iki düzenlemede de ahlaka aykırılıktan söz edilmiştir. Bunun yanında adaba aykırılık ve kamu güvenliği duruşmaların gizli yapılması için neden olarak gösterilmiştir. Ancak mahkeme her iki halde de duruşmanın gizli yapılmasına karar vermişse, bunun gerekçesini belirtmek zorundadır. Bu hem aleniyet ilkesinin denetimi hem de keyfiliği önlemek ve bu ilkenin doğru uygulanmasını sağlamak bakımından önemlidir. Yalnız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzdaki duruşmaların gizli yapılmasıyla ilgili düzenleme eksiktir. Özellikle kişilerin şeref ve onur-

---

(54) Hukukumuzda hüküm çoğu kez, hüküm fıkrası bildirilmek suretiyle tefhim edilmekte, gerekçeli karar ise daha sonra taraflara yazılı olarak bildirilmektedir. Bu anlamda hükmün aleni olarak sadece hüküm fıkrasının aleni duruşmada bildirilmesi aleniyet ilkesinin ihlali sayılmaz. İnsan Hakları Mahkemesi de bu tür kararın bildirilmesini aleniyet ilkesine aykırı saymamıştır. **Nowak/Schwaighofer**, EuGRZ, s.276; **Frowein/Peuckert**, Art.6 Rdnr.81).

(55) **Kuru**, Nizasız Kaza, s.164.



larını zedeleyecek kişilik haklarını etkileyecek hallerde de duruşmaların gizli yapılabilmesi gerekir. Bu konuda bir iç hukuk kuralı haline gelen ve medeni yargı alanında da geçerli olan İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde gösterilen ve duruşmaların gizli yapılması nedeni sayılan haller de duruşmalar gizli yapılabilmelidir. Özellikle çocukların korunması, tarafların korunması ve adaletin selameti için de hakim duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir.

Alman Hukukunda duruşmaların gizli yapılabilmesi Mahkemeler Teşkilatı Kanununda gösterilmiştir. Öncelikle aile ve çocukla ilgili konularda Mahkemeler Teşkilatı Kanununda (GVG § 170'te) duruşmaların yapılması tamamen gizlidir. Bununla çocuklar korunmak istenmiştir. Duruşmaların gizli yapılması, mahkemeyi oluşturan kişiler dışında kimsenin duruşmaya katılmamasıdır. Tanık ve bilirkişiler de dinlenilmeden önce dışarıda bekletilmelidir. Dinlendikten sonra da gerekli değilse hemen salonu terk etmelidirler. Mutlaka gizli yapılması gereken duruşmaya bazı kişilerin katılmasına mahkeme izin verebilir. Bu kişiler bilim adamları, basın temsilcileri ve o kişilerin yakınları olabilir (56).

İnsan Hakları Mahkemesine göre, ahlaka aykırılık, kamu düzeni, milli güvenlik amacıyla aleniyet yerine duruşmalar gizli yapılabilir. Yine çocukların ve davayla ilgili olan kişilerin özel yaşamlarının korunması ve son olarak aleni yargılama yargıya zarar verecek ise yine gizli duruşma yapılabilir. Son duruma örnek olarak eğer aleni duruşmada bir tanık tam olarak ifade veremeyecek ise, doğruyu söyleyebilmesi için sadece tanığın dinleneceği duruşma gizli yapılabilir (57).

---

(56) **Ansay**, s.57, **Önen**, s.61 dn.16

(57) **Frowein /Peuckert**, Art.6, Rdnr.82-86.



## B. Aleniyetin Mahkeme Tarafından Kaldırılması

Belli koşullar altında mahkeme tüm duruşma boyunca veya yargılamanın bir kısmı için aleniyeti kaldırabilir. Duruşmaların gizli yapılabilmesi Anayasa ve HUMK'da ve yine İHAS.m.6'da düzenlenmiştir. Genel olarak, kamu düzeni, genel ahlak ve devlet güvenliğinin tehlikeye düşmesi sebebiyle duruşmaların aleni yapılması kaldırılabilir. Buradaki tehlike gerçekte mevcut olmalı ve mahkemenin değerlendirmesine göre muhtemel olmalıdır. Devletin güvenliği iç ve dış güvenliktir. Örneğin, devlet sırrının açıklanması, devlet güçlerinin somut çalışma şekil ve şartlarının açıklanması ve burada çalışan kişilerin kimliklerinin açıklanması olabilir.

Kamu düzeni, öncelikle muhakemenin hem iç hem de dış etki-den rahatsız edilmeden yürütülmesidir. Bu da doğru ve gerçeğin sınırsız araştırılabilmesi için tanıkların korunması, hukuki dinlenme hakkının temini ve hakimin bağımsızlığıdır. Bu konuda tek başına basının yanlış bilgi vermesinden korkulması duruşmaların gizli yapılmasını gerektirmez. Ahlak ise, değişken ve hatta bölgelere göre değişik olabilir. Ancak burada ortalama bir yurttaşın utanma duygusunu uyandıracak nitelikte olması gerekir. Bir çocuğun cinsel yönden tacize uğramasına ilişkin duruşmanın ahlaka aykırılık sebebiyle gizli yapılması doğru kabul edilmektedir.

Bunun yanında Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 172 paragrafında, önemli ticari, vergi ve buluşlarla ilgili sırların açıklanmasını, duruşmanın gizli yapılması için mümkün görmüştür. Bilançolar, organizasyon, satış kaynakları, müşteri kartları, üretim metodu gibi hususlar işletme ve ticari sır kapsamındadır. Buluş sırrı olarak sadece buluşlar değil, model ve tasarımlarda buna dahil olmalıdır. Bunların yanında özel sırlar sebebiyle aleniyetin kaldırılması düzenlenmiştir(GVG § 172 Nr 3). Örneğin, avukat, doktor psikolog, noter ve vergi danışmanının tanık veya bilirkişi olarak sahip oldukları bazı sırları açıklamaları yasaktır.



Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 172 paragrafının dördüncü bendinde aleniyetin, bir kişinin 16 yaşından küçük olması halinde dinlenmesinde kaldırılması düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin amacı, kişiliğin korunmasıdır. Eğer davadaki taraf çocuk ise buradaki aleniyetin kaldırılması kanun sebebiyledir.

Almanya' da 18.2.1986 tarihli Mağdurun Korunması Kanunu kişiliğin korunması sınırını oldukça genişletmiştir. Aleniyet ile kişiliğin korunması hakkındaki tercihini kanun özel hayat lehine kullanmıştır. Bu düzenleme asıl olarak ceza usul hukuku için getirilmiş ise, bu düzenleme medeni usul hukukunda da geçerlidir. Davaya katılanların aile, sağlık veya cinsel yaşam gibi üçüncü kişilerin bilmesini gerektirmeyen, onların özel yaşamlarını ilgilendiren hallerde de aleniyet kaldırılabilir. Örneğin, mağdurun bir cinsel suç hakkındaki açıklaması sırasında doktorun sağlık durumu hakkındaki bilirkişiliği, cinsel yaşamının açıklanması veya ailenin iç yaşamıyla ilgili konularda gizli duruşma yapılabilir. Buna karşılık bir trafik kazasında normalin üzerinde alkol alınması veya kötü ödeme alışkanlığı gizlilik için yeterli değildir.

Aleniyet, belli hallerde kişilik alanını ve kişilik haklarını tehdit edebilir. Kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren ve başkalarıyla paylaşmak istemedikleri kişilik alanlarıyla ilgili bilgileri aleniyet ilkesi sebebiyle duruşma salonunu dolduran kişilerle paylaşmak zorunda bırakılmamalıdır (58). Aksine kişilik haklarının korunması mahkeme önünde yargılama sırasında daha fazla korunmalıdır. Eğer yargılama sırasında aleniyet ilkesi gerçekleşiyor düşüncesiyle bu ihlaller yapılırsa, bu yargılama suretiyle bir ihlal sayılır ki bu tür bir yargılama aleniyet ilkesinin amacı olamaz.

---

(58) **Scherer**, s.182, 185.



Mahkeme duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar verirse, bunu duruşma tutanağına geçirmek ve duruşmanın gizli yapılmasının gerekçesini tutanakta belirtmek zorundadır (m.149).

### C. Duruşmaların Belli Kişilere Kapalı Olması

Aleniyet mahkeme veya kanun tarafından herkes için kaldırılır. Bunun yanında belli kişiler için aleniyet kaldırılabilir. Mahkeme huzurunda uygun olmayan davranışlarda bulunan kimseyi hakim duruşma salonundan çıkarır ve tevkifhaneye gönderilmesine karar verir(m.150/II). Bu durumda duruşmaya bu kişinin yokluğunda devam edilir. Burada aleniyet sadece mahkemenin huzurunu bozan kişi bakımından kaldırılmıştır.

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 175. paragrafında mahkemenin onuruyla bağdaşmayan veya reşit olmayan kişilerin duruşmaya alınmayacağı düzenlenmiştir. Ancak bunlar davanın tarafları değil, dinleyicilerdir. Kimlerin reşit olduğu Medeni Kanunda belirtilmiştir. Bu küçüklerin dışında, reşit olan kişiler için ayrıca olgunluk, ticari ehliyet gibi başka kriterler konulamaz.

Yaş dışında getirilen ikinci kısıtlama kişilerin dış görünüşleriyle ilgili olup, bu konuda ölçütler koymak oldukça güçtür. Ancak yine de şu örnekler verilebilir. Sarhoş veya üstü başı yırtık veya yağ içinde bir kişinin duruşmaya girişi engellenebilir. Dansöz kıyafetiyle veya hamam peştemalıyla da duruşmaya girilemez (59)

Eğer bilinçli bir provokasyon amacıyla yapılmamışsa, uzun saç veya sakal bugünkü anlayışa göre bir sakınca yaratmaz.

Duruşma izlenirken giyilecek kıyafet konusunda uygulama ve doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Erkeklerin ceket ve kravat-sız, kadınların ise mini etekle duruşmaya girişi herhangi bir kısıt-

(59) Bilge/Önen, s.290





lamayı mümkün kılmaz. Ancak mayo ile duruşmaya katılmak mümkün olmamalıdır. Buradaki yasak duruşmaya girme açısındandır. Duruşma sırasında bir kimsenin elbiselerini çıkarması, duruşmanın disipliniyle ilgili bir sorundur.

## XI. Aleniyet İlkesinin İhlalinin Sonuçları

Gerek aleniyet ilkesinin geçersiz şekilde sınırlanmış olması ve gerekse duruşmanın gerekmediği halde gizli yapılmamış olması usul hatası olarak kabul edilir. Buna karşı olağan kanun yollarına başvurulabilir. Bu ilkenin ihlalinin önemli sonuçları vardır. Aksi takdirde bu önemli ilkenin korunması düşünülemez. Ancak aleniyet ilkesine aykırı davranılmış olması hükmü iptal edilebilir kılmaktadır. Yoksa aleniyet ilkesine verilen hüküm batıl değildir ve yine bu ilkeye aykırı verilmiş kesin hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez

Ancak aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen karara iç kanun yollarının tüketilmesinden sonra karşı İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilir. Çünkü aleniyet ilkesine aykırılık adil yargılama ilkesinin ihlali sayılır (60).

Aleniyet ilkesi, yargılama sırasında mahkemenin önemle koruması gereken bir ilkedir. Bununla birlikte mahkemenin bu yükümlülüğü abartılmamalıdır. Örneğin oldukça uzun süren bir duruşma sırasında duruşma salonunun kapısının sürekli açık kalması için mahkemenin sürekli bir kontrolü ve girişlerin sağlanması mahkemenin görevi olmamalıdır (61).

---

(60) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr. 129-131; **Frowein/Peuckert**, Art.6 Rdnr. 79-87; **Miehseler/Vogler**, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Lieferung, Köln Bonn München Berlin 1995, Art 6 Rdnr. 342

(61) **Kissel**, § 169 Rdnr. 57.



Acaba aleniyet ilkesine aykırılık nispi bozma sebebi mi yoksa mutlak bozma sebebimidir? Tüm muhakeme çeşitleri için, eğer aleniyet belli koşullarda mahkeme tarafından kaldırılmışsa, bunun mutlak temyiz sebebi olup olmadığı tartışmalıdır. Eğer aleniyet ilkesi haksız olarak kısmen veya tamamen kaldırılmışsa, mutlak bozma sebebidir. Bazı kişiler aleniyet ilkesine aykırılığı nispi bozma sebebi olarak görmekte ve aleniyet ilkesine aykırılığın eğer hükme etkisi olmuşsa bozma sebebi sayılacağı kabul edilmektedir. Eğer aleniyetin kaldırılması mahkemenin takdirine bırakılmışsa, bu kısmen takdirin doğru kullanılmaması olarak kabul edilir.

Bu konuda ihlalin mutlak bozma sebebi sayılabilmesi için mahkeme ihlali olaya göre yeteri kadar ihtimam, dikkat gösterse idi tespit edilecek ve sorumluluk alanını kaldırabilecek olmalıdır. Aleniyet ilkesinin koruma amacına göre objektif bir ihlal olmalıdır. Aynı zamanda mahkemenin dış etkilerini ve bununla hukuki korumanın etkilenip etkilenmediğini karar esas alınmaksızın incelemelidir. Şüphe halinde ise mutlak bozma sebebi sayılmalıdır (62). Sorumluluğun kimde olduğunun açıklanamaması halinde aleniyet ilkesi lehine yorum yapılmalı ve bu hata bir bozma nedeni sayılmalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısı kendiliğinden kapanarak salonu girişin engellenmesi, memurun salonda tüm yerlerin dolu olduğunu belirterek duruşmanın gizli yapılmasına neden olması, salona farkedilmeden "aleni" yerine "gizli duruşma" yazısının asılması gibi. Bütün bu örnekler mutlak bozma sebebi sayılmalıdır (63).

Eğer aleniyetin kaldırılması gerekli iken, mahkeme de bu yönde bir karar verir, fakat bu gerçekleşmemişse, bu da mutlak bozma

---

(62) **Schilken**, § 12 Rdnr. 199, Kissel, § 169 Rdnr. 57.

(63) BGHSt 21, s.21, 72, BGHSt 22 97



sebepleri arasında sayılır. Örneğin, mahkeme, tanığın özel yaşamının korunması için duruşmanın gizli yapılmasına karar vermiş ve fakat duruşma salonuna farkedilmeden bir dinleyici girmiş yada salonda kalmışsa, bu durum gerçekleşir (64).

Aleniyet ilkenin ihlal edildiğini sadece davanın tarafları isteyebilir. Davanın tarafları dışında duruşmaya alınmamış kişilerin aleniyet ilkesinin ihlali nedeniyle verilen hükme karşı kanun yoluna başvurması mümkün değildir. Aleniyet ilkesine aykırılık için ihlalin bir veya birden fazla kişi tarafından yapılmış olması önemsizdir. Yine kanuna aykırı olarak yapılan gizli duruşmaya bir kimşenin katılmak, girmek istemiş olması önemsizdir.

Davanın taraflarının ihlale icazet vermesi veya hemen itiraz etmemeleri, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu konuda tarafların aleniyet ilkesinin ihlaline karşı itiraz etmekten vazgeçmek gibi bir hakları bulunmamaktadır (65). Zira aleniyet ilkesi kamu düzenini ilgilendirmekte sadece davanın taraflarını ilgilendirmektedir. Bu sebeple tarafların bu ilkedden vazgeçme veya bu ilkenin aksine anlaşma yapmaları mümkün değildir (66).

Yargıtay aleni yapılması gereken bir duruşmanın gizli yapılması hükmün sonucuna etki etmediğinden yerel mahkemenin kararını bozmamıştır (67). Bu karara bakarak Yargıtay'ın aleniyet ilkesinin ihlalinin nisbi bozma sebebi saydığını söyleyebiliriz. Ancak genelleme yapılmasının yanlış olduğu kanısındayım.

(64) **Schilken**, § 12 Rdnr. 196

(65) **Leipold/Stein/Jonas**, vor § 128 Rdnr.130.

(66) **Kissel**, § 169 Rdnr. 58.

(67) "Taraflardan birinin sakat olması duruşmanın gizli yapılması için sebep değildir. Buna rağmen gizli duruşma yapılması Usulün 149. maddesine aykırıdır. Ancak bu yanlışlık hükmün sonucuna etkiyi bulunmadığından keyfiyet bozma sebebi sayılmamıştır" 2. HD. 12.11.1974 ( ABD 1975/5, s.755-756).



# İSVİÇRE HUKUKUNDA ÖRGÜTLÜ SUÇLARA KARŞI ALINAN HUKUKSAL ÖNLEMLER

*Dr. Jur. Hüseyin PEKİN (\*)*

## I. KONU

Örgütlü suçlar denildiğinde, gizli hiyerarşik yapıli profesyonel örgütlerce planlanan ve polislin, bilgisayar teknikleri yardımıyla meydana çıkarttığı suç türleri anlaşılmaktadır. Üçüncü kişilere ve/veya kendi üyelerine karşı şiddet yöntemleri kullanılarak işlenen bu suçların kapsamına, uyuşturucu-silâh ve insan ticareti, yasal olmayan talih oyunları ve fuhuş girmektedir.

Son on yıldan beri Avrupa ülkeleri **Ceza Hukuku**'nda kayda değer gelişmeler olmuştur. Bu alanda İsviçre Ceza Hukuku, başka ülkelere de örnek olacak derecede etkin hukuksal araçlarla donatılmıştır. Bu çerçevede örgütlü suçlara karşı oluşturulan **I. Önlemler Paketi**, Ceza Yasası'nın 1 Ağustos 1990 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan "**Kara Para Aklama**" maddelerinde (Md. 305 bis ve 305 ter) düzenlenmiştir. Buna ilâveten, 1 Ağustos 1994 tari-

---

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından



hinde yürürlüğe giren **II. Önlemler Paketi**'nde de, **örgütlü suç öğeleri** (Md. 260 ter), bankacıların "**bildirim**" yükümlülükleri (Md. 305 ter bend 2) pekiştirilmiş ve "**bilgi alma**" (soruşturma) hükümleri gözden geçirilmiştir (1).

İsviçre'nin dünya ölçüsünde önem sahip uluslararası bir finans merkezi olmasından hareket eden yasa koyucu, suç örgütleri yoluyla İsviçre'de yatırımlara yönelinilmesi olasılığı üzerinde büyük bir duyarlılık göstermiştir. Gerçekten İsviçre "**para istikrarı**" özelliği nedeni ile her zaman dış yatırımcıların ziyadesiyle ilgisini çekmektedir. Ayrıca, İsviçre'de yapılan yatırımlar belli ölçüde bir gizlilik şemsiyesinin koruyuculuğu altındadır ve bu özelliğinden dolayı da dış ülkeler yetkililerinin baskılarına karşı oldukça korunmuş durumdadır. Bu nedenle, suç örgütleri dahi, yasa dışı görünüşleri maskeleyerek için İsviçre'den bir yatırım ülkesi olarak yararlanabilmektedirler. Bunun gibi, sözkonusu örgütler, İsviçre'yi, yasaklı veya denetime tâbi malların (uyuşturucular, silâhlar, kitlesel öldürücü silâhlarının üretimi gibi) platformu olarak kullanma temayülünde olabilirler. Şu hâlde, iyi niyetli yatırımcılar için sadece "**çekicilik**" varlığı değil, fakat aynı zamanda "**ciddiyet**" in de güvence altına alınması gerekmektedir. Öte yandan, "**kirli**" narkodoların "**temiz**" paraya dönüştürülmesi olgusu da, suç örgütleri yönünden giderek artan bir önem taşımakta. Uyuşturucu ve silâh kaçakçılığı ticaretinden astronomik boyutta kazançlar sağlanmakta ve böylece çok hızlı birikimler oluşmakta, bunlar da yeniden yatırımlara dönüştürmek istenilmektedir. Halbuki, yasa dışı alanlarda yatırımlar yapılması olanakları sınırlı olduğundan, suç örgütleri, kazançlarını yasal ekonomi alanlarına yatırma durumunda kalkmaktadır. Bu da, onların ticari faaliyetlerine saygınlık

---

(1) Karl-Ludwing Kunz, Bern Üniversitesi Ceza Hukuku Profesörü, Plaedoyer 1/96.



örtüsü örtebilmelerine olanak sağlamaktadır. Suç örgütlerinin etkinlik alanına giren konularda sayısal örnek vermek istersek şunu söyleyebiliriz : Her yıl, **12 milyar dolarlık** kuşkulu kaçak sermaye Batı'ya transfer olunmaktadır. 1993'ten 1994'e kadar İsviçre Bankalarındaki Doğu ülkeleri alacakları **yüzde 58** oranında artmıştır. Halbuki aynı süre içinde, toplam yabancı yatırımları **yüzde 1.74** azalmıştır (2).

Suç örgütleri etkisinin bu sinsice yaklaşımı sonucu ortaya çıkan **“bozulma”** ve **“kirlenme”** olgusu İsviçre'nin yatırımcılara açık piyasası yönünden ciddi riskleri de beraberinde getirmektedir. Ve bu da, İsviçre'nin neden, **para aklanması'na** karşı ceza hukuku düzenlemelerini yapan ilk ülke olduğunu yeterince açıklamakta. Bundan dolayı İsviçre, uluslararası düzeyde, örgütlü suçlara karşı yeni ve kapsamlı yasal düzenlemeler yapmanın öncüsü (**Trendsetter**) olarak tanınmaktadır (3).

Bir kez daha yineliyelim. Örgütlü suçlara karşı Ceza Hukuku araçlarının oluşturulması ve bunların yasal yatırımların işletme sermayesi üzerine uygulanma denemesi yeni bir olgudur ve kısmen geleneksel ceza yasaları kurallarına uymayan yasa teknikleri kullanılmasına ihtiyaç gösterir. Öyle ki, **“örgütlü suç”** ve **“para aklama”** kavramları, bir bakıma, ceza hukukundaki geleneksel araçların iş görmemesinden (**aus der Not des Versagens**) doğmuştur. **“Örgütlü Suçlar”** kavramı, ceza hukukunun zayıflıklarının telâfisi yollarını araştırır, soruşturma tekniklerinin inceliklerini kavrar, perde arkasındakileri ve elebaşları yakalamayı amaçlar. **“Para Aklama”** kavramı ise, yasa dışı yollardan gerçekleştirilen çok yüksek kazançlı işlerle mücadeleyi konu alır. Ancak hemen ek-

(2) 25.10.1995 tarihli NZZ Gazetesi Nr. 248.

(3) Krauskopf, **Örgütlü Suçlar ve Para Aklanması**, Ceza Hukuku Dergisi (Almanya) 108 (1991), s. 385 ve diğerleri.



liyelim ki, bu mücadelede, “**hukuk devleti**” normları çerçevesinde yapılacaktır (4).

## II. Birinci Paket : Para Aklama :

“**Para Aklama Yasası**” nın I. Paketi'nin (Md. 305 bis ve 305 ter) iki hedefi var : İşletme sermayesi birikiminin ve bunun yasal servete dönüşümünün engellenmesi için örgütün finans gücünün önüne set çekilmesi ve aynı zamanda kuşkulu finans hareketlerinin denetim altına alınması. Her iki hedefin birlikte izlenilmesi, aynı zamanda önceliklerin belirlenmesini de zorunlu kılar (5).

## III. İkinci Paket : Örgütlü Suçların Meydana Çıkartılması :

Örgütlü suçlara karşı oluşturulan II. Paket'in hedefi ise, **para aklama** olgusunun örtülü (saklı) kalan zayıf yerlerini meydana çıkartmak, ele geçirilen ipuçlarını kararlılıkla izlemektir (6).

### 1. Suç Örgütü :

Suç örgütü olgusuna yeni yaklaşım yönteminin (Md. 260 ter) hedefi, bilfiil suçun işlenmesinin değil, tersine, sadece, suç örgütüne destek verilmiş olmasının kanıtlanmasıdır. Bu sayede, örgüt üyelerinin suçlarının kanıtlanması kolaylaşmış olmaktadır. Bu da, kural olarak, polisin “**V- Adamlar**” (örgüt içine yerleştirilen gizli elemanlar) ve cephe değiştiren şahıslar kullanmasıyla mümkün olur. Bundan dolayıdır ki, suç örgütünün kolaylıkla çökertilmesi ve de kısıvrak yakalanması yönünden “**V- Adamlar**” kullanılmasının ve cephe değiştirenlerden yararlanılmasının, bunların asli ta-

---

(4) Becker, Kölbach, “**Para Aklama**” , Kriminalistik Dergisi,

(5) Karl-Ludwing Kunz, adı geçen makale.

(6) Karl-Ludwing Kunz, adı geçen makale.



nık örneğine göre ödüllendirilmelerinin önemi büyüktür (7). Ödüllendirilme işi, genelde, ceza indirimleri yapılarak (Md. 260 ter bed 2) yapılır.

Cürüm eylemleri ya “iç katılma” ya da “dışardan destekleme” biçiminde gerçekleşiyor. **Dışarıdan destekleme** - yardımcılıktan (Md. 25) farklı olarak - somut suç fiili ile doğrudan bağıntı kurulmasını gerektirmez. Sadece, hedefe varılmasının desteklendiğinin kanıtlanması yeterlidir. Bu çerçevede, “**koruma parası**” ödeyenler (aslında suçun kurbanları durumundakiler) dahi, destekleyici işlemi göreceklerdir. Buna karşılık, suç örgütünden oy satınalma ve para kabul etme yoluyla yolsuzluk yapan politikacı, bunu yapmış olduğu usulünce kanıtlanmadıkça, ne suça **katılımcı** ve ne de **destekleyici** olmakla suçlanamayacaktır. Yasa koyucunun izlediği amaç gereği, işletme sermayesinin kaynağı bir yana, suç örgütüne ait olan bu sermayeyi **bilerek ve isteyerek** bankasına kabul eden banka yöneticileri **destekleyici sıfatıyla** cezalandırılacaktır (7).

## 2. Soruşturma :

Soruşturma hukukunun yeni düzenlemesinin (Md. 58-60) ağırlık merkezini, yasal olmayan yollardan biriktirilen servetlerin kaynağının araştırılması oluşturmaktadır (Md. 59). Soruşturma, esas itibariyle, henüz daha suç örgütüne isnat olunamamış bulunan suç ögesinin kanıtlanmasını öngörmektedir (Md. 59-1 ve 2 bend'ler). Suçlu oldukları varsayılan servetlerin kaynağı ile ilgili, örneğin Alman hukukunda varolan kanıtlama kolaylıkları (Parag. 73 d bend 1) İsviçre hukukunda daha farklı biçimde düzenlenmiştir. İsviç-

---

(7) Karşılaştırmamız : 9.6.1989 tarihli Alman “**terörle mücadelede asli tanık dinlenilmesi yasası**” (DGBl 1059, III 312).





re'de, suç örgütünün elinde tuttuğu tüm servetlerin kaynağının soruşturulması yoluna gidilmektedir (8).

### 3. Banka Yöneticilerinin Bildirim Yükümlülüğü :

Yeni hukuksal düzenleme ile banka yöneticilerine “**bildirim**” yükümlülüğü getirilmiştir (Mr. 305 ter bend 2). Bununla birlikte bu yükümlülüğün, banka yöneticilerine aynı zamanda yüklenilen “**susma yükümlülüğü**” ile ne derecede bağdaştırılabileceği hukuk tartışmalarına yol açmaktadır. Ayrıca, soruşturma elemanlarının, ellerinde bir yargı kararı olmadan, banka -müşteri ilişkilerine nüfuz etmeye hakları olup olmadığı konusuna da tam bir açıklık getirilememektedir (9).

### IV. Etkinlik Arayışı ve Hukuk Devleti Gereği :

Örgütlü suçlarla ceza hukuku kuralları çerçevesinde mücadelede etkinlik sağlanması çabaları ile hukuk devleti gereklerinin karşılanması olgusu çok dar bir şerit üzerinde yürümeye benziyor. Bir yana doğru atılacak yanlış bir adım, her iki yana birden zarar verebiliyor. Örneğin, “**para aklama**” kurallarının belirlenmesinde, servetlerin suçlu geçmişlerinin, geriye doğru etki gösterecek biçimde gözönüne alınması, ceza hukukunun genel kurallarına uygun ise de, örgütlü suçlarla mücadelede etkinliği çok düşüreceği de meydandır. Bunun gibi, **II. önlemler paketinin** uygulamaları da, hukuk devleti kavramına gölge düşürücü sonuçlar verebilmektedir. Bununla birlikte, genelde, etkinlik adına “**hukuk devleti**” ilkelerinden ödün verilmesinden kaçınılmaktadır ve elbette ki doğru olan da budur (10).

(8) Pieth, II. Paket (Anm. 6), s. 235.

(9) Karl-Ludwing Kunz, adı geçen makale.

(10) Stratenwert, İsviçre Ceza Hukuku BT II (Anm. 13), Par. 54 N 60.



## V. Örgütlü Suçlarla Mücadelede Uluslararası Hukuksal Yardımın Önemi :

Örgütlü suçlarla mücadelede uluslararası düzeyde sağlanan hukuksal yardımın önemi büyüktür. Bu gereksinimi çok iyi takdir eden bir ülke olarak İsviçre'nin bu konuda 25 Mayıs 1973 tarihinde ABD ile imzalamış olduğu protokolden kısaca sözetmek isteriz (11). Bu protokolün önemi, anglosakson hukuku ile bağıntılı ilk belge olması ile kalmaması, aynı zamanda hukuksal yardımın içeriği yönünden de öğretici yenilikler getirmesidir. Organize suç örgütünün elebaşları hakkında yapılan bir ceza kovuşturmasında, örneğin vergi kaçakçılığı suçlarında -bu suçlar tanık dinlenilmesi yoluyla kanıtlanamadığından- belge sağlanması büyük önem taşıyor. Öte yandan suçlunun doğal ülkesine iadesi konusu da protokolda düzenlenmekte. Bundan dolayı protokol hükümleri, İsviçre'nin örgütlü suçlarla mücadelede meydana getirdiği hukuksal düzenlemede önemli ölçüde gözönünde tutulmuştur.

---

(11) Hans Schultz, emekli Ceza Hukuku Profesörü, eski Federal Bakan Dr. Kurt Furgler'in 60 ıncı doğum yılı anı kitabı, 1988.





# YASALAR VE YARGIÇLAR

Doç. Dr. Sami SELÇUK (\*)

Önce “yargıç kimdir” ve “neden bağımsız olmalıdır?” sorularını yanıtlayalım.

Yargıç, insanlık tarihinin başından bu yana, hemen her dönemde, adalet dağıtırken sürgit bir güç (otorite) olmuştur. Doğa ötesi (metafizik) dönemde mistik; dinsel (teolojik) dönemde tanrısal; bilimsel (pozitif) dönemde laik bir güçtür yargıç. O yüzden bütün siyasal iktidarlar bu gücü ya elde tutmuşlar ya da ele geçirmek istemişlerdir. Unutmayalım ki, yakın çağlara dek, toplumun başındakiler aynı zamanda yargıçtılar. Bu karanlık dönemler, erkler ayrılığı ilkesinin benimsenmesiyle birlikte, artık geride kalmıştır. Çünkü ne zaman yargıya politika girmişse, adalet orada kirlenmiştir, kirlenmiştir (1).

Öyleyse yapılacak ilk iş, bütün öznelere/güçlere karşı yargıyı, yargıcı bağımsız kılmaktır. Yargıç yalnızca yasama, yürütme karşısında değil, toplumdaki ve düzendeki bütün öznelere ve güçlere

---

(\*) Yargıtay Başkanı

(1) SELÇUK, Yargı Bağımsızlığı, Cumhuriyet, 5.9.1991.



karşısında da bağımsız; her türlü doğrudan/dolaylı etkiden, baskıdan uzak olmalıdır. Olmalıdır ki, yansız olarak karar verebilsin (2).

Prof. Eichenberger'e göre, yargıç bağımsızlığının beş görünüşü vardır : Yargıcın yansızlığı, yargıcın devlet karşısında bağımsızlığı, yargıcın özerkliği (düşünsel bağımsızlığı), toplum karşısında yargıcın özgürlüğü, kendine karşı yargıcın bağımsızlığı (3).

Görülüyor ki, yargıç bağımsızlığı, yargıcın yürüttüğü etkinliğin/işin niteliğinden kaynaklanmaktadır (4). Bir "kast" ayrıcalığı değildir. Temel amaç da, yargıcın karar verirken yansızlığını ve beyin özgürlüğünü sağlamaktır. Ancak, bu yansızlık, yargıçlık yeterliliğinin yalnızca bir yüzüdür. Doğru deyiş, nesnelliktir (objektifliktir); nesnel mantıkla davranabilme yeteneğidir/yeterliliğidir (5).

Burada anahtar kavramının nesnellik bağlamında yargıçlık ve yargılama yeterliliği olduğunda kuşku yoktur. Eğer yargı görevini yürüten biri bu yeterliliğe sahip değilse, yargılama ve adalet tehlikede demektir. Kurulan yargı (hüküm) kuşkulu olacak, saygınlığını yitirecektir. O nedenle bu yazıda, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığı sağlayan düzenlemelere değil, yalnızca nesnellik ve sonuçlarına değinilecektir.

Nedir yargıcın "*nesnel mantıkla davranma ilkesi* (il principio di ragione obbiettiva)"? Şimdi de bundan söz edelim.

(2) L'Indépendance, l'efficacité et rôle des juges, Recommandation, n. R. (94) 12 et exposé des motifs, Référence juridique, Strasbourg, 1995, s. 7.

(3) İleten : HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, Genève, 1981, s. 41

(4) MUSSO, (E.S.), Giudice (nozione), Enciclopedia del diritto, Milano, 1969, XVIII, s. 938.

(5) FOSCHINI, Sistema del dritto processuale penale, Milano, 1965, I, n. 143; KUNTER, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 179, 181. Ayrıca bakınız : İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 6.



Yargıç, her türlü etkiden arınmış olmalı, herkes için geçerli bir mantıkla konuya yaklaşabilmelidir. Yasamanın nesnel istenci somut olayda ancak böylelikle gerçekleşebilir. Zira yargıç, somut olay karşısında hukukun ne dediğini söyleme yetkisini (*potere di jus dicere : jurisdictio*) kullanırken (6), başkalarına ve kendisine karşı yabancı kalabilmelidir. Her yargılamada, bir hukuksal ihlal, dolayısıyla uyuşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlığı ise, o uyuşmazlıkla doğrudan ya da dolaylı ilgili olanlar çözemeler; sadece başkaları çözebilir. Buna öğretide “yabancı/uzak ya da üçüncü olma-lık” denilmekte (7), yargıcın yanlar üstü (super partes) olması istenmektedir (8). Bu doğru bir saptamadır. Çünkü nesnellik, felsefe sözlüklerinde de bireyüstü, bireydışı, öznenen bağımsız, herkes için genelgeçerlik kazanmış gerçeklik, yargı olarak tanımlanır (9).

Görülüyor ki, nesnel mantıkla davranmanın iki yüzü vardır : Birincisi, yanlara göre yargıcın durumu : Yansızlık. İkincisi, kendine karşı/göre yargıcın durumu : Kişisellikten arınmışlık (10).

*Yansızlık ilkesi*, “herkesin yasa önünde eşitliğini” sağlar. Yargılamada işbirliği (kolektiflik) ilkesine karşın, başkaları karşısında yargıç yansız olmalı, yasa karşısında herkesin eşitliği sağlanmalıdır. O nedenle kimse kendi davasının yargıcı olamaz (*nemo iudex in propria causa*). Yargılama yasalarında, yargıcın yasaklılık ve ret nedenlerine bu kaygılarla yer verilir.

(6) CORDERO, Procedura penale, Milano, 1985, s 253; DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1975, I, s. 177.

(7) FOSCHINI, 335, 336; FAZZALARI, Giurisidizione volontario (dir. proc. civ.), Enciclopedia del diritto, Milano, 1970, XIX, s. 354; FAZZALARI, Istituzioni di diritto processuale, Padova, 1986, s. 394.

(8) BELLAVISTA, Lezioni, 1968, s. 153.

(9) AKARSU, Felsefe terimleri sözlüğü, T.D.K.Y. Ankara, 1975, s. 125.

(10) FOSCHINI, s. 336.



*Kişisellikten* arınmışlık ise, “*yasa herkes için eşit uygulanır*” kuralının hem nedeni, hem de sonucudur. Zira adalet terazisindeki tartı aynı kalmalıdır. Yargıç ise bizzat kendine karşı yansız, kayıtsız kalabilmeli, kendini, “ben”ini bütünüyle elemelidir. “Ben”inin elenmesi olayını yargılamada gerçekleştiremeyen bir yargıç, yargılama yeterliliğinden yoksundur.

Ülkemizde yansızlık kuralı ve kavramı üzerinde çok durulmuştur. Ancak, kişisellikten arınmışlık kavramı üzerinde pek durulmamıştır.

Kuşkusuz, nesnelliğin olabildiğince arı duru gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Çünkü yargıç da bir canlıdır, insandır. Her insan gibi değer yargıları, duygu ve tutkuları vardır. Yargıyı (hükmü) hem mantık ve hem de psikolojik bir süreçte hazırlayan yargıcın, duygusuz bir makine olduğu ileri sürülemez. O hem yargılar, hem de duyumsar (11). Ancak, bu gerçeğe karşın, yargıç yargıçlık yeterliliğini kazanabilmek için, yargılama sırasında ortalama hüküm verme yeteneğini aşmalı, bütün duygularını ve kişisel görüşlerini, düşüncelerini, inançlarını kökten kazımalı, silmelidir. Aguesseau'nun sözünü ettiği “duygu kararları”ndan (arrêts de coeur) uzak durmak, dostluk, düşmanlık duygularından arınmak her yargıcın ödevidir. Zekânın doğru sonuçlara ulaşabilmesi, tutkuların düzgünlüğüne bağlıdır (Duclos) (12). Kuşkusuz yargıcın kendini bütünüyle dışlaması, özerk ve kendine karşı bağımsız olması, onun öz-niteliğine/yapısına bağlıdır (13). Mecelle’de, yargıcın bilimsel niteliğinden (md. 1739), ayırdetme gücünden (md. 1794) ve ayrıca niteliklerinden, “nefse” egemen olacak denli akıllı, *bilge* (hakîm), anlayışlı, *kavrayışlı* (fehîm), *doğrudan ayrılmaz* (müstakîm), *güveni-*

(11) GORPHE, Les décisions de justice, Paris, 1952, s. 100-114,

(12) GORPHE, s. 180.

(13) HASBCHEID, s. 42.



*lir* (emîn), *vekarlı ve ağırbaşlı* (mekîn), *sağlam* (metîn) olmasından söz edilmesi, bu açıdan çok anlamlıdır (md. 1792).

Yargısal kararın psikolojik sürecinde önyargılı, inatçı, hasta, yorgun vb. düşünce ve etkenlerin yeri olmamalıdır (14). Nasıl ki, bir sarkacın yeterliliği hızlı gitmesinde değil, düzgün gitmesinde (*Vauvenargues*) (15) ise, yargıcın doğruluğu da nesnel ve hukuka uygun karar vermesinde yatar. Yargıç; sanıktan, kamuoyundan, çevreden, toplumsal katmanlardan, siyasal karar ve kanılardan etkilenmemelidir. Genelleyici, içgüdüsel, çelişmeci, öznel, coşkulu v.b. kararlardan kaçınmalı, bunlara eşit uzaklıkta olmalı; kişisel izlenimlerden ve yorumlardan çok, çağcıl bilim ve mantığa göre karar vermelidir. *İçebakış* yöntemiyle, yani kendisini sanıkların, yakınlarının, yanların yerine koyarak varılan yargılar düşseldir ve yanlıştır. Bu nedenlerle de tehlikelidir (16). Kişisel görüşlerini yargısına yansıtan bir yargıç, yukarıdaki nitelikleri taşıyan bir yargıç değildir. Çünkü o toplum adına değil, kendisi ya da yanlar için karar vermiş ve özgörevinden uzaklaşmış bir yargıçtır (17). Yargıcın uzmanlaşması, toplu yargı, yargılamada derece çokluğu, yargıcın duruşmada tartışılmamış özel bilgilerine dayanarak karar vermesi, yargıcın kararları nedeniyle dokunulmazlığı ve en sonunda da yasallık ilkesi, yargıcın nesnelliğini sağlayan kurumlardır (18).

Özellikle yasallık ilkesi bu konuda temel işleve sahiptir; özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez ögesidir (19). Yargıç, her şeyden önce yazılı hukuka göre karar verir. Eski yargı kararları bile onun

(14) KUNTER, n. 17, 179, 324. Önyargılı olmayı önlemek için, kimi ülkelerde duruşmadan önce yargıcın dosya incelemesi yasaklanmıştır.

(15) GORPHE, s. 177.

(16) EREM, s. 270-272.

(17) FOSCHINI, s. 339.

(18) FOSCHINI, s. 340, 341.

(19) DUVERGER, s. 176.





için yalnızca bir düşüncedir. Yazılı hukuk yargıcı zorlar. Yargıç yazılı hukukun, yasanın üzerinde olamaz (20). “Yargıçlar, Anayasa-ya, yasaya ve hukuka uygun” düşen vicdani kanılarına göre karar verirler (Anayasa md. 138/1), kendilerinden “menkul ve müdevver” kanılara göre değil (21). Çünkü yargılama, kişisel kaygıların ve görüşlerle ideolojilerin doyum yeri değil, halk adına yasanın uygulanmasıdır; hukuk düzeninde halk adına egemenliğin kullanılmasının bir yansımasıdır (22).

Yazılı hukuk, sözgelimi bir yasa, yargıcın hukuk anlayışına uy-  
mayabilir. Ancak, yargıç onu uygulamak zorundadır. Bir yargıç,  
hukukçu bir yurttaş olarak, yazılı hukuku, yani olan hukuku (de  
lege lata) olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından bir bi-  
limsel çalışmada elbette her yönüyle ele alabilir, eleştirebilir. Eleş-  
tirmelidir de. Bu onun hukuka, insanlığa ve topluma karşı yerine  
getirmesi gereken sıradan bir ödevdir. Çünkü, her hukukçu gibi,  
yargıç da 24 saat yargılama yapmaz. Ama, o kendine ve herkese  
karşı sorumlu ve sorunlu bir bireydir. Bu yüzden de, hem bir dü-  
şünce üreticisi (müçtehit), hem de bir toplum önderi ve yol gösteri-  
cisi (mürşit), hem de bir hukuk savaşçısıdır (mücahididir). Bunun  
doğal sonucu da şudur : Söz konusu eleştiri ödevini yerine getir-  
mek ne kahramanlıktır, ne de yüreklilik. Görevi yerine getirmek-  
ten kaçılmaz ki bu bir kahramanlık, yüreklilik olsun. Ancak, yar-  
gılama yaparken, yazılı hukuku, örneğin bir yasayı iyidir/kötüdür  
diye yargı kararında eleştiremez, uygulamaktan kaçınamaz. Çün-  
kü, yargılama yürürlükteki yasalara göre ve yürürlükteki yasaları

---

(20) Fransız Yargıtay Başkanı DRAI'nin 1994 ve 1995 Yargıtayı açış konuşma-  
ları.

(21) HABSCHEID, s. 371.

(22) ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel, Paris, 1927, 1, s. 540; MUS-  
SO, s. 938; SATTA, Giurisdizione (nozioni generali), Enciclopedia del diritto,  
Milano, 1970, XIX, S. 218-220.



uygulamak için yapılır. Olması gereken hukuku uygulamak için değil. Sokrates'ten beri bilinen bu gerçek binlerce kez vurgulanmıştır : “Yargıcın görevi, der Sokrates, adaleti lütfetmek değil, herkesin hakkını vermek; kendi keyfine göre değil, yasalara uyararak hüküm kurmaktır”. Montaigne de aynı kanıdadır : “Yasalara, yasa oldukları için saygı gösterilir, doğru oldukları için değil” (23).

Eğer tersi yapılırsa, ilkin yorum kuralları çiğnenmiş olur. Çünkü yorum bahanesiyle, olandan olması gerekene ulaşamaz, bu mantık dışıdır (24). Yargıç yorum yaparken, bir kişi değil, bir kurumdur. Yazılı bir metni yorum kurallarına göre algılamak ve uygulamak zorundadır. *Zoraki yorum (interprétation forcée) ya da normu örselemek (torcere la norma)*, yorum yetkisinin çarpıtılmasıdır, kötüye kullanılmasıdır. Yargıç metne titreyen ellerle yaklaşmalı, metne bağlı kalmalı, onun nesnel iradesine yalnızca metin içindeki sözcüklere amaca göre anlam vererek ulaşmalıdır. Bu da, sözcükler darlaştırılarak ya da genişletilerek yapılabilir. Ancak, yorum bahanesiyle metin revizyona tabi tutulamaz. Yapılırsa bir ahlak sorunuyla karşı karşıya gelinmiş olur (25).

İkinci olarak, ülkeyi ya da kimi zayıf toplum katmanlarını kurtarma, kollama bahanesiyle ve yasaları âdil kılarak uygulama gibi kişisel kaygılarla, ideolojilerle, inançlarla yazılı hukuku dışlama girişimleri, erkler ayrılığı ilkesinde temellenen özgürlükçü demokrasiye ters düşer. Çünkü yargıçlar, yasalara göre sadece hüküm kurarlar, ama asla hükümet etmezler. Edemezler. Ederlerse; poli-

(23) MONTAIGNE, *Essais*, France Loisirs, Paris, 1967, s. 663; EFLATUN (N. Berkes), *Sokrates'in Müdafaası*, İstanbul, 1946, s. 73. PASCAL, ECO'nun benzer özdeyişleri vardır.

(24) PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, 1989, s. 26.

(25) Geniş bilgi için bakınız : SELÇUK, 30.6.1995 tarihli ve 1/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararına yazılan karşıoy : Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1995, sayfa : 1722-1739.



tik, kişisel kaygılarla, inançlarla hüküm kurarlarsa orada artık parlamenter rejimden, erkler ayrılığından, demokrasiden ve hukuka bağlı devletten değil, *yargıçlar hükümetinden*, yani *dikastokrasiden* söz edilir. Yargıçlar hükümeti deyişi de, yargılama yetkisini bu türden kaygılarla kullanan “parlement”lar nedeniyle 1741’de ilk kez Saint-Germain tarafından Fransa’da ortaya atılmıştır (26). O yüzden yargı yetkisini kullanırken, bağımsızlık bahanesiyle hükümet etmekten, yargıçlar hükümeti noktasına gelmekten özenle kaçınılmalıdır (27).

Üçüncü olarak, buna benzer kaygılarla yazılı hukuku yargı kararında eleştirmek bile, erkler arası saygıya ve erkler aykırılığı ilkesine aykırıdır. Böyle bir gerekçenin yargılaşmasına izin verilemez. Çünkü bu tür bir gerekçe yetki aşımı (*excès de pouvoir*) nedeniyle sakattır. Nitekim, “iğreti tutkulardan esinlenmiş Yasanın korkunç sonuçlarından”, “yazılı hukukun ölçüsüz istisna” getirdiğinden söz eden mahkeme kararlarının kesin yargıya dönüşmesine Fransız Yargıtayı izin vermemiştir (28). Yine Fransız Yargıtayı, ticari kiralarda ilgili yasayı uygulamakla birlikte eleştiren yargı kararını aynı gerekçeyle bozmuştur (29). Bu bozma kararı elbette yerindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, yazılı hukuku uygulamakla yükümlü bir yargıcın yargılama dışındaki düşünsel etkin-

(26) PERROT, s. 26.

(27) MUSSO, s. 940. “Değişmesini sağlamak için kanunlara itaat fikri küçümsenmemelidir. Sokrates kaçabilirdi (...) Davranışı adalet tarihinde ünlü bir “ret”tir. Kaçsaydı Atina’nın düşmanı sayılır, kararın doğru görünmesine sebep olurdu. Sokrates’i ölüme mahkûm eden hakimlerden hiçbirisi bugüne kadar yaşayabilmiş değildir. “Sanık Sokrates” hala kendini savunuyor”. (EREM, Faruk, Sanık Düşünürler, Artı Bilim ve Hukuk Dergisi, Adana 1993, s. 94).

(28) 17.5.1907 ve 9.7.1908 tarihli kararlar için bakınız : MIMIN, *Le style des jugements*, Paris, 1978, n. 106.

(29) 30.5.1967 tarihli kararlar için bakınız : PERROT, s. 25.



liklerde, olan (yürürlükteki) yazılı hukuku (de lege lata) olması gereken hukuka (de lege ferenda) göre değerlendirmesi, gerektiğinde onu eleştirmesi ne denli ödevi ise, bir yargı kararında bunu yapması, yansızlığı ve yargıçlık yeterliliğini gölgeleyici bir tutumdur. Böyle bir davranış, yargılama ve adaleti kirletir. Buna kimsenin hakkı yoktur.

Özetle, nesnel mantıkla davranan bir yargıç, hem yansızdır ve hem de kişisellikten arınmış bir yargıçtır. Her yargıcın da böyle olması zorunludur. Düşünsel ve psikolojik olarak bunu beceremeyenlerin yargıçlık yapmaya hakları yoktur. Çünkü onlar, daha işin başında önyargıyla doldurdukları bir beyne ve vicdana sahiptirler. Böyle bir beyin ve vicdan ise, yargıçlık yapmak için çok yaşlı ve çok hastadır.

Diyesim şudur : Türk hukukçusu ve özellikle yargıcı, yargılamanın ve yargı kararlarının kişisel ideolojilere, kaygılara, görüşlere, inançlara araç kılınmasına engel olmalıdır. Yüzeysel değil, derin hukukun yürek vuruşlarını karar ve içtihatlarının her sözcüğünde duyumsamalıdır. Çağın değerleri ve ruhuyla ancak böylelikle denk düşebilir.

Hukuk ve adalet sevdası her meslektaşın içinde yer alması gereken soylu bir kavgaadır bu. “Ne korkunçtur düşmek kavganın haricine” (N. Hikmet).





# ESER SÖZLEŞMESİ VE KAVRAMLAR

Y. Engin SELİMOĞLU (\*)

## I. SÖZLÜK ANLAM :

B.K.nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesinin yasal adı “istisna akdi” dir.

Nevar ki, “istisna” sözcüğü -genelde- “istisna” sözcüğüyle karıştırılmakta ve istisna akdi -yanlış bir biçimde- istisna akdi şeklinde seslendirilip, yazılmaktadır.

Oysa, bir şey yapmak üzere san’at ehlinde biri ile anlaşma anlamına gelen “istisna” (1) sözcüğü ile ayrı tutma, kural dışı bırakma anlamına gelen “istisna” (2) sözcüğü birbirinden çok farklıdır.

## II- ANİ EDİMLİ - SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMI

Aynı taraflar arasında, aynı nedenden kaynaklanan birden çok dar anlamda borçları içeren geniş anlamdaki borç ilişkilerinde

---

(\*) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi.

(1) Devellioğlu, age, s. 543.

(2) Devellioğlu, age, s. 555.



“ani” ve “sürekli edimli” borç ilişkisi kavramları önem kazanmaktadır.

Bir canlıya benzetecek olursak, sözleşmeler de az veya çok bir yaşam süresine sahiptirler. Ancak, yaşam süresinin kısalığı veya uzunluğu, o sözleşmenin ani veya sürekli edimli olmasını belirleyici bir özellik değildir. Belirleyici özellik, alacaklının (eser sözleşmesinde iş sahibi), ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir (3). Bir anda gerçekleşiyorsa “ani edimli”, belli veya belirsiz zamana yayılarak gerçekleştiği hallerde de “sürekli edimli” bir sözleşme söz konusu olur. Örneğin, satılan şeyin alıcıya teslimiyle alıcının (alacaklı) ifaya olan çıkarı bir anda gerçekleştiğinden, satım sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Kiracının, kiralandan yararlanması (ifaya olan çıkarı) sözleşme süresince her gün devam ettiğinden, kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir. Keza, hizmet sözleşmesi de, işverenin (alacaklı) ifaya olan çıkarı sözleşme süresince devam ettiğinden, sürekli edimlidir.

Eser sözleşmeleri ise, yüklenicinin bir sonucu (eser) meydana getirme faaliyetinde bulunması nedeniyle uzun ömürlü işler de alacaklının (iş sahibi) ifaya olan çıkarı bir anda “teslim”le gerçekleştiğinden -kural olarak- ani edimlidirler. Örneğin, yüklenicinin iki veya üç yıl süreyle inşaatı tamamlamaya çalışması ifa olmayıp, ifaya hazırlıktır. İfa, son bir eylemle, yani teslimle gerçekleşecektir. Ancak, bazı hukukçular, yüklenicinin ifaya hazırlık faaliyetinin zamana yayılmışlığına bakarak, eser sözleşmelerini, sürekli edimli borç ilişkisi olarak kabul etmektedirler. Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri de ani edimli sözleşmeler gözönünde bulundurulacak, düzenlenmiştir.

---

(3) Öz, age, s. 14



Nevar ki, bazı eser sözleşmelerinde iş sahibinin (alacaklı) ifaya olan çıkarı bir zamana yayılmış olabilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran bu tür eser sözleşmeleri ise iki şekilde kendini gösterir (4) :

1- Eser Tedariki Sözleşmeleri : Ardarda ifayı, eser teslimini öngören sözleşmelerdir. Örneğin, bir otomobil fabrikasının, ürettiği araçlara fren balatası temini için bir yan sanayi kuruluşu ile yaptığı sözleşme bu niteliktedir. Burada otomobil fabrikasının fren balatasına olan ihtiyacı, başka bir anlatımla, ifaya olan çıkarı, belirli veya belirsiz bir süre içerisinde devamlı karşılanmakta; üretilip teslim edilen fren balatalarını, üretilen yeni fren balatalarının teslimi izlemekte ve böylece alacaklının ifaya olan çıkarı, sürüp ancak, gitmektedir.

2- Tek Bir Eserin Varlığının Zaman İçerisinde Genişlediği Eser Sözleşmeleri : Belli bir noktaya ulaşması taahhüt edilmeyen; ancak, yapıldığı kadarıyla bedel ödenmesi öngörülen yol yapımına ilişkin eser sözleşmeleri, bu tür sözleşmelere örnek gösterilebilir. İş sahibinin ifaya olan çıkarı, yol yapılıp teslim edildiği sürece devam etmektedir.

Sözleşmenin ani veya sürekli edimli olması, sözleşmeden dönülmesi halinde önem kazanır.

### **III- GERİYE-İLERİYE ETKİLİ FESİH KAVRAMI**

Eser sözleşmeleri, kural olarak, ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili (ex tunc) sonuç doğurur. Geriye etkili feshе “sözleşmeden dönme” denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki durum avdet eder; yani, başa dönülür. Sözleşmeden dönen taraf, va-

---

(4) Öz, age, s. 21





ad olunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi de geri isteyebilir (B.K. m. 108/I). Açıkçası, taraflar, birbirlerine verdikleri veya kazandırdıkları ekonomik değerleri geri alırlar. Sözleşme hükümleri hiç yapılmamış gibi, nazara alınmaz.

Sürekli edimli eser sözleşmelerinin feshi ise, daima ileriye etkilidir (ex nunc). Burada dönme değil, fesih söz konusudur. Başka bir anlatımla, eser sözleşmesi, fesih anına kadar hükümlerini icra eder; yani, fesih anına kadar yapılmış olan kısmın bedeli, sözleşme hükümlerine göre ödenir ve sözleşme, bu tarihten sonrası için son bulur.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden bazıları ile eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinden bazıları "dönme" ve özel hükümlerinden bazıları da "fesih" halleri gözönünde bulundurularak düzenlenmiştir.

### **Genel Dönme Hükümleri**

- 1- Borçlunun aczi veya iflası (B.K. m. 82)
- 2- Alacaklının temerrüdü (B.K. m. 94)
- 3- Borcun ifasına engel diğer nedenler (B.K. m. 95)
- 4- Borçlunun temerrüdü (B.K. m. 106-108)

### **Özel Dönme Hükümleri**

- 1- Akit dairesinde işe başlama ve icra (B.K. m. 358)
- 2- Ayıp nedeniyle kabulden imtina (B.K. m. 360/I)
- 3- Götürü taahhüt (B.K. m. 365/II)
- 4- Keşif bedelinin tecavüzü (B.K. m. 367/I)



## Özel Fesih Hükümleri

1- Keşif bedelinin tecavüzü (B.K. m. 367/II)

2- Baligan mabelag tazmin (B.K. m. 369)

3- İş sahibinin yüzünden hizmetin ifasının mümkün olmaması (B.K. m. 370)

4- Müteahhidin vefatı yahut aczi (B.K. m. 371)

Eser sözleşmesini düzenleyen kurallar (özel hükümler) arasında sürekli sözleşme ilişkilerine özgü bazı hükümlerin (B.K. m. 367/II, 369, 370, 371) bulunması, ilişkiye son verilmesi durumunda, yüklenicinin bu hallerle sınırlı olmak üzere korunmasının amaçlandığını göstermektedir. Başka bir deyişle, yasa koyucu, eser sözleşmesini ani edimli kabul ettiği içindir ki, yükleniciyi bu sınırlı hallerde korumak için sürekli borç ilişkilerine özgü istisnai hükümler getirmiştir (5). Ayrıca, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu da, 25.1.1984 gün 3-1 sayılı İçtihadı ile, ani edimli olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, bazı hallerde, ileriye etkili feshedilebileceğini; yani, yapılan iş oranında bağımsız bölüm tapusuna hak kazanılabileceğini kabul etmiştir. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararına göre; uyuşmazlığın -kural olarak- Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi (yani, geriye etkili) gerekeceği; ancak, olayın niteliği (yani, yapının büyük oranda tamamlanmış olması) ve özelliğinin (yani, geriye etkili B.K. nın 106-108. maddelerinin uygulanmasının adalete aykırı sonuç doğurması) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı (yani, yapılan iş oranında yük-

---

(5) Öz, age, s. 21



lenicinin bağımsız bölüm hakkedeceği) kabul edilmiştir. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, bedel olarak 10 bağımsız bölüm alması gereken yüklenici, inşaatı %90 seviyesine getirmişse, fesih halinde, bu içtihadı göre 9 bağımsız bölüm tapusunu talep edebilecektir.

İleriye etkili fesih için (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde) bu oranın yüzde kaç olması gerektiği, haklı olarak, sorulabilir. Bu konuda, ölçü kabul edilecek sabit bir oran yoktur. Bu, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği bir oran olmalıdır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, son yıllarda %90 ve daha yukarı oranı, ileriye etkili fesih için yeterli görmekte ise de, az daha aşağı bir oran, eğer durum haklı gösteriyorsa, ileriye etkili fesih için yeterli görülebilir. Bu, her olayın özelliğine göre takdir edilen bir husustur.

Durumun haklı göstermediği hallerde ise, fesih, daima geriye etkilidir (dönme). Bu hallerde yüklenici, sözleşmedeki bedeli (arsa payı) alamaz. Sadece, yaptığı kısmın bedelini, geri verme hükümlerine göre, para olarak isteyebilir. Kanımca, bu bedelin, yapılan kısmın (eğer işe yarıyorsa) maliyet bedeli (malzeme, işçilik vs.) olması gerekir. Ancak, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, içerisinde kâr da olan piyasa rayicine göre hesaplanmış bedele dokunmamaktadır.

#### IV-İFA-NAMA İFA KAVRAMI

Eser sözleşmesinde ifa, yüklenicinin üstlendiği edimini, sözleşme hükümlerine uygun biçimde yerine getirmesidir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin, sözleşmeyle taahhüt ettiği sonucu (eser) gerçekleştirip, alacaklıya (iş sahibi) teslim etmesidir.

Eser sözleşmesinde, taraflar -genelde- ifa tarihini (vade) açıkça kararlaştırırlar. Bu tarihin geçirilmesine rağmen ifa gerçekleşmemişse, yüklenici, kendiliğinden temerrüde düşer (B.K. m. 101/II). Alacaklının (iş sahibi), münasip bir mehil (B.K. m. 106/I)



vermeden beklemesi, B.K.nın 106/II. maddesindeki birinci seçimlik hakkını kullandığına karinedir; yani, geciken ifayı istiyor demektir (6). Geciken ifayı bekleyen iş sahibinin, bu nedenle müsbet zarar kapsamında kalan zararını (ifaya ekli ceza, kira kaybı vs.) ayrıca talep etmek hakkı vardır.

Nama ifa ise, yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi halinde, alacaklının (iş sahibi), onun namına ifayı gerçekleştirmesidir. Bu da, iki şekilde olur :

1- İfaya İzin : İş sahibinin, B.K.nın 97. maddesi uyarınca dava açarak, eseri bir başka yükleniciye kendisinin tamamlattırmasına izin verilmesini istemesidir. İfaya izin davasının açıldığı mahkeme, keşif yoluyla eksik ve ayıplı işler ile bunların tahmini bedellerini tesbit ettirerek, bunların yüklenici namına iş sahibince tamamlattırılmasına izin verir ve yapılacak işler ile tahmini bedellerini de hüküm fıkrasında gösterir. İş sahibi de, kararın kesinleştiği tarihten itibaren makul sürede, ilamda gösterilen bu işleri tamamlattırarak, eksik ve ayıplı işler giderini, yükleniciden ayrıca dava yoluyla isteyebilir.

İş sahibi, geciken ifaya bağlı zararını (ifaya ekli ceza, kira kaybı vs.) temerrüt tarihi ile nama ifayı makul sürede tamamladığı tarih arasındaki zaman dilimi için talep edebilir; kendi kusuruna bağlı gecikme süresi hesaba katılmaz.

2- Doğrudan Dava : İş sahibinin, ifaya izin (B.K. m. 97) isteminde bulunmaksızın, delil tesbiti yaptırmak suretiyle eksik ve ayıplı işler bedelini doğrudan dava etmesidir.

Burada da kural; gecikme zararının, iş sahibinin sebebiyet verdiği gecikme hariç, temerrüt tarihi ile eksik ve ayıplı işler davası-

---

(6) Hukuk Genel Kurulunun 9.10.1991 gün 15/340-467 sayılı kararı.



nın açıldığı tarihe ilave edilecek olan “iş tamamlamak için gereken makul süre”nin sonundaki tarih arasında kalan zaman dilimi için istenmesidir. Başka bir anlatımla, eksik ve ayıplı işler bedeli davası açan iş sahibi, davanın sonunu beklemeden, bu işleri tamamlamalıdır. Aksi takdirde, beklediği süre nazara alınmaz.

## V- MÜSBET-MENFİ ZARAR KAVRAMI

Müsbet zarar (positive interesse), alacaklının, hali hazır mamelek durumu ile borç zamanında ifa edilmiş olsaydı mamelekinin alacağı durum arasındaki farktır. Başka bir deyişle, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarardır (7). Kısaca, cebe girmesi gereken paradır (B.K.m. 96).

Eser sözleşmesinde kira kaybı, kâr mahrumiyeti, cezaî şart ve alacaklının adem-i ifadan dolayı zarar-zıyanı (B.K.nın 106/II. maddesindeki ikinci seçimlik hakkın konusu) olumlu zarara örnek gösterilebilir. Olumlu zararı talep eden tarafın, sözleşmeden dönmemiş olması veya karşı taraf kusurlu dönmüş ise kendisinin kusurunun bulunmaması gerekir.

Menfi zarar (negative interesse), alacaklının hali hazır mamelek durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı mamelekinin bulunması gereken durumu arasındaki farktır. Başka bir deyişle, dönülen sözleşmeye güvenmekten doğan zarardır (8). Kısaca, cepten çıkan paradır.

Sözleşmeden haklı olarak dönen tarafın, kusurlu olan taraftan talep edebileceği zarardır (B.K.m. 108/II). Sözleşme nedeniyle yapılan giderler ve uygun koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından dolayı gerçekleşen eylemli zarar, olumsuz zarara örnek gösterilebilir.

(7) Saymen-Elbir, age, s. 462.

(8) Saymen-Elbir, age, s. 462.



## KAYNAKÇA

- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara
- DEVELLİOĞLU, Ferit : Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1962
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul 1994
- KARTAL, Bilal : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993
- KOSTAKOĞLU, Cengiz : İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 1993
- ÖZ, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989
- SAYMEN, Ferit H. - ELBİR, Halid K. : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1982
- UYGUR, Turgut : İnşaat Hukuku Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Ankara 1998
- Von TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Cevat Edege çevirisi), Ankara 1983





# YABANCILARIN MİRASÇILIK SIFATI

Yrd. Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR (\*)

## I. GENEL OLARAK

A. Yabancıların miras hakları konusu oldukça karmaşık meselelerin doğumuna neden olmaktadır. Konuyu açık bir şekilde ortaya koyabilmek ve karmaşık meseleleri tesbit edebilmek için miras meselesinin doğduğu andan itibaren adım adım ilerlememiz yararlı olacaktır.

1. Miras meselesi, ölüm olayı ile birlikte başlar. Ölenin malvarlığının akıbetinin düzenlenmesi gerekir. Bu husus, her hukuk düzeninde miras hukuku içinde ele alınır (1). Mirasçılar, miras payları, terekenin kapsamı, ölüme bağlı tasarruflar, mirasın açılması, iktisabı ve taksimi gibi hususlar iç maddi hukuk kurallarıyla düzenlenir. Türk Medeni Kanununun (TMK) üçüncü kitabı da mirası düzenlemektedir.

---

(\*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Öğretim üyesi.

(1) Bkz. İnan, A.N.: Miras Hukuku, Ankara 1969, s. 3; İmre, Z.: Miras Hukuku, B. 4., İstanbul 1978, s. 1.





2. a) Ölen Türk vatandaşı ise, sorun tamamıyla bir iç hukuk meselesidir ve TMK'un miras ile ilgili hükümlerine göre halledilir. Örneğin, mirasçılar kimlerdir? Çocuklar, eş, ana baba, kardeşler vs.

b) Mirasçılar arasında yabancı tâbiyetliler varsa, özellikle Türkiye'de bulunan taşınmaz miras bakımından, onlar, Türk mirasçılar gibi, tamamıyla TMK hükümlerine mi tabidirler? Yoksa onlarla ilgili özel düzenlemeler var mıdır? Örneğin, yabancı mirasçı adına tapuda tescil işlemi, aynı Türk mirasçı gibi, hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın yapılabilir mi? Sorun bu noktaya geldiği andan itibaren artık Yabancılar Hukukunu ilgilendirmektedir.

3. a) Ölen yabancı ise, sorun Milletlerarası Özel Hukukun alanına girmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'na MÖHUK göre öncelikle yabancı'nın mirasına uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir (m. 22/I).

b) Mirasa uygulanacak hukukun (veya hukukların) belirlenmesi ile iş bitmez, bundan sonra bu hukukun uygulama alanına giren ve girmeyen hususlar tesbit edilmelidir.

c) Belirlenen hukuka göre kimlerin mirasçı olduğu tesbit edildikten sonra sorun yine Yabancılar Hukukunun konusuna dahil olmaktadır. Yabancı mirasçı, Türkiye'de bulunan terekeyi nasıl iktisap edecektir?

B. Her hâlukarda asıl mesele, önce yabancı'nın mirasçılık sıfatının tesbiti, sonra da yabancı'nın kendisine intikal eden malları (özellikle taşınmaz malları) iktisap edip etmeyeceğidir.

## II. YABANCILARIN MİRASÇILIK SIFATI

Türkiye'de taşınır ve taşınmaz mallardan oluşan tereke bırakan Türk vatandaşı miras bırakanın mirasçılarının kimler olduğu,



mirasçılık ehliyeti vb. hususlar TMK'a göre belirlenecektir. Mirasçılar arasında yabancı tâbiyetlilerin de bulunması halinde, onların mirasçılık ehliyetleri de TMK'a göre belirlenir.

Miras bırakanın yabancı olması halinde öncelikle mirasın tabi olacağı hukuk tesbit edilmelidir. Uygulanacak hukuka göre mirasçılar ve mirasçılık ehliyetleri belirlenmelidir. Bu nedenle konuyu milletlerarası özel hukuk ve iç maddi hukuk yönlerinden ayrı ayrı ele alacağız.

## **A. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İntikal Kanunu (2)**

### **1. Genel Olarak**

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, mirasa uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 22 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir :

“Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan gayrimenkuller hakkında Türk hukuku uygulanır”.

Maddenin birinci cümlesi tek başına ele alındığında, Türk milletlerarası özel hukukunda mirasda birlik sisteminin (3) benimsendiği sonucuna varılabilir. Ancak 22 inci maddenin birinci cümlesi ile ikinci cümlesi birlikte yorumlandığında, MÖHUK’un EHVK (Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve

---

(2) “İntikal kanunu”, yabancı unsurlu mirasla ilgili milletlerarası özel hukuk meselelerinin çözümünde uygulanacak hukuk anlamındadır. İntikal kanunu yerine “mirasa uygulanacak hukuk” veya “miras statüsü” ifadeleri de kullanılmaktadır.

(3) Bkz. Nomer. E.: Devletler Hususi Hukuku, (DHH), B. 9, İstanbul 1998, s. 293; Tekinalp, G. : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, (MÖH), B. 6, İstanbul 1998, s. 212.



Vezaifi Hakkında Kanununu Muvakkat)'nın sistemini devam ettirdiği görünmektedir (4). Buna göre yabancı unsurlu (5) miras meselelerinde taşınır miras ölenin milli hukukuna, taşınmaz miras taşınmaz malın bulunduğu yer hukukuna tabidir. Örneğin (X) devleti vatandaşı miras bırakanın taşınır mirasına (X) hukuku, Türkiye'de bulunan taşınmaz mirasına Türk hukuku uygulanacaktır.

## 2. İntikal Kanununun Uygulama Alanı

MÖHUK'un 22 inci maddesine göre, intikal kanunu tesbit edildikten sonra, bu kanunun kapsamına giren meselelerin belirlenmesi gerekmektedir. Genel hatlarıyla intikal kanununun miras hakları ve intikal hükümlerine uygulandığı söylenebilir. Türk miras hukukunun kavramlarından hareketle intikal kanununun uygulama alanına giren hususlar şunlardır :

### a) Mirasçılardan ve miras paylarının belirlenmesi

Miras hukukunun başlıca fonksiyonu, miras bırakanın terekesinin kendisinin veya kanunun belirlediği kişilere intikalini sağlamaktır. Dolayısıyla kimlerin mirasçı olacağı intikal kanunu ile yakından ilgilidir ve intikal kanunun uygulama alanına girmektedir (6).

- 
- (4) Bkz. Tanrıbilir, F.B.: Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfi, (Yayınlanmamış doktora tezi), Ankara 1992, s. 93 vd.; Doğan, V.: Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi, SHFD, C: 3 (1990), S. 3, s. 185.
  - (5) Herhangi bir miras meselesinde yabancı unsur çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir : Ölenin vatandaşlığı, mirasçılardan vatandaşlığı, malların bulunma yeri gibi. MÖHUK'un 22. maddesinin uygulanması bakımından ölenin vatandaşlığı ve malların bulunma yeri önem taşımaktadır.
  - (6) Berki, O.F. : Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilâfları, (miras), Ankara 1960; Tekinalp, MÖH, s. 205; Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları-Sözleşmeler, (MÖH), B. 2, İstanbul 1989, s. 127.



### **b) Mirasçılık ehliyeti**

Mirasçı olma ehliyeti, hak ehliyetinin özel bir şeklidir (MK. m. 8 ve 519). Miras statüsü, kimlerin mirasa ehil olduğunu da belirler.

### **c) Terekenin kapsamı**

Türk hukukunda terekenin tesbiti MK.nun 454 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Miras bırakanın ölümü anında terekede fiilen mevcut olan değerlerden, borçlar ve bazı masraflar indirildikten sonra, kanunda belirtilen bazı değerler de terekeye ilave edilir. Terekeye hangi değerlerin dahil olduğu, intikal kanununa göre belirlenir (7).

### **d) Mirasın intikalinin hükümleri**

Mirasın kabul veya reddi, defter tutma ve resmi tasfiye gibi hususlar mirasın intikalinin hükümlerinden olup, intikal kanununun uygulama alanına girer (8).

### **e) Ölüme bağlı tasarrufların hükümleri**

MÖHUK'un 22 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyeti, tasarruflarda bulunanın tasarrufu yaptığı andaki milli hukukuna tabidir. Ölüme bağlı tasarruflar, yapıldığı yer hukukuna veya intikal kanununa yahut ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılmalıdır (MÖHUK m. 22/IV).

---

(7) Bkz. İmre, s. 365 vd.; Tekinalp, MÖH, s. 207. Bir malın miras bırakana aidiyeti konusunda çıkan ihtilâf, aynı haklara ilişkin bağlama kuralına göre halledilmelidir (MÖHUK m. 23).

(8) Tekinalp, MÖH, s. 207-208; Tanrıbilir, s. 164 vd.



Ölüme bağlı tasarruflarda, ehliyet ve şekil dışında kalan hususlar, tenkis davası, tasarrufların iptali, şart ve mükellefiyetler, ikameler, mirastan ıskat gibi, intikal kanununa tabidir (9).

## **B. Mirasçılık Ehliyeti**

### **1. Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılık Ehliyeti**

Mirasçılık ehliyeti ile, kişinin mirasçı veya musaleh olabilme iktidarı kastedilmektedir (10). Türk Medeni kanununa göre, mirasçılık ehliyetinin belli başlı şartları şunlardır :

#### **a) Hayatta olma**

Bir kişinin kanunî veya mansup mirasçı veya musaleh sıfatını kazanabilmesi için, mirasbırakanın ölümü anında sağ olması gerekir (m. 522-523) (11).

#### **b) Mirasa ehil olma**

Mirasçılık ehliyetinin bir diğer şartı da, hak ehliyetinin özel bir şekli olan, mirasa ehil olma şartıdır. Kural olarak, hak ehliyetine, yani medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip bütün gerçek ve tüzel kişilerin mirasçı veya musaleh olma ehliyetleri bulunmaktadır (MK. m. 519).

---

(9) Bkz. Berki, O.F. : Devletler Hususi Hukuku, C. II, Kanun İhtilâfları, (DHH), B. 6, Ankara 1966, s. 263 vd.; Tekinalp, MÖH, s. 208; Uluocak, MÖH, 145 vd.; Göger, E. : Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, (DHH), B.4, Ankara 1977, s. 277; Seviğ, V.R : Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kayıtları, (Deneme), İstanbul 1963, s. 126.

(10) İnan, s. 286.

(11) Bu şartın bazı istisnaları vardır : Cenin (m. 524), fevkalâde ikame (m. 473-474), taliki şarta veya belirli bir vadeye bağlı olarak yapılan mirasın nasbı veya muayyen mal vasiyeti (m. 482) gibi.



### c) Mirastan mahrumiyet sebeplerinin bulunmaması

Mirastan mahrumiyet halinde, miras bırakana veya onun ölüme bağlı tasarrufuna karşı kanunda tahdidî olarak sayılan fiillerden birini işleyen mirasçının, kanun icabı, mirastan veya lehine yapılan ölüme bağlı tasarruftan yararlanamaması söz konusudur (m. 520).

## 2. Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Ehliyeti

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda ehliyet, MÖHUK'da genel olarak düzenlenmiştir. Anılan kanunun "ehliyet" başlığını 8 inci maddesinin birinci fıkrasına göre,

"Hak ve fiil ehliyetini ilgilinin milli hukukuna tabidir (12).

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda gerçek kişilerin mirasçılık ehliyetinin hangi hukuka tabi olacağı hususunda özel bir hüküm (13) bulunmamaktadır. Bu durumda mirasçılık ehliyeti hangi hukuka tabi olacaktır? Bir başka ifade ile mirasçılık ehliyeti genel ehliyet statüsüne mi (m. 8) yoksa miras stütüsüne mi (m. 22/I) tabi olmalıdır?

---

(12) Bir Yargıtay kararında (HGK 28.12.1994 gün ve E. 1994/2-265, K. 905 sayılı kararı; YKD, C. 21 (1995), S. 3, s. 371 vd.) MÖHUK'un 8. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, "...Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkelerdeki taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır". Hükmüne, sanki konu miras hukuku ile ilgili gibi yer verilmiştir. Oysa ki, bu hüküm milletlerarası hukukta işlem güvenliğini düzenleyen aynı fıkranın birinci cümlesinin istisnasını belirtmek, yani işlem güvenliğinin belirtilen hallerde söz konusu olamayacağını ifade etmek üzere vazedilmiştir. Bkz. Tekinalp. MÖH. s. 56 vd.: Nomer, DHH, s. 195 vd.

(13) MÖHUK nişanlanma (m. 11), evlenme (m. 12), evlât edinme (m. 18) ve ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyetini (m. 22/V) özel olarak düzenlemiştir.



Bir görüşe göre, gerçek kişilerin mirasçılık ehliyeti hak ehliyeti ile yakından ilgili olduğundan şahsî kanuna tabi olmalıdır. Bir başka ifade ile, konu ehliyet statüsünün uygulama alanına girmektedir (14).

Diğer bir görüşe göre ise, mirasçılık ehliyeti, intikal kanununun uygulama alanına giren bir husustur. Aksi halde mirasın intikali, mirasçılarının ehliyet statüsünde intikal olanağının bulunup bulunmadığına göre değişecektir (15). Oysa kimlerin mirasçı olduğu ve miras payları intikal kanununa göre belirlenmektedir. Bu itibarla miras statüsüne göre mirasçı olarak belirlenen kişinin, mirasa ehil olup olmadığı da aynı hukuka göre tespit edilmelidir. Bu durumda, örneğin, ceninin mirasçılığı konusunda intikal kanunu, sağ doğum dışında, ek bazı şartlar arıyorsa, bu şartların varlığı da somut olayda aranacaktır (16).

### 3. Yabancılık Mirasçılık Ehliyetini Sınırlar mı?

#### a) Genel olarak

Türkiye’de taşınır ve taşınmaz miras bırakarak ölen yabancı mirasbırakanın mirası hakkında uygulanacak hukuk MÖHUK’un 22 inci maddesine göre belirlenecektir : Taşınır miras hakkında ölenin milli hukuku, taşınmaz mirası hakkında Türk hukuku. Ölenin milli hukuku ve Türk hukukuna göre kimlerin mirasçı olduğu ve bu kişilerin mirasçılık ehliyetine sahip olup olmadıkları tespit

---

(14) Bkz. Berki, DHH, s. 267; Göger, DHH, s. 275.

(15) Bkz. Uluocak, MÖH, s. 127; Tekinalp, MÖH, s. 206; Çelikel, MÖH, s. 221; Tanrıbilir, s. 143.

(16) Uluocak, MÖH, s. 127.



edilecektir. Bu arada anılan kanunlarda yer alan ve mirasçılık ehliyetini sınırlandıran haller de dikkate alınacaktır. Türk hukukunda, Medeni Kanunda belirtilenler (mirastan mahrumiyet sebepleri gibi) dışında mirasçılık ehliyetine herhangi bir sınırlama getirilmiş midir? Mahkemelerin ve idarenin, yabancılar hukukuna ilişkin mevzuatı dikkate alan, uygulamalarıyla bazı hallerde mirasçılık ehliyetinin kısıtlandığı gibi bir sonuç çıkabilmektedir.

## **b) Bazı vatandaşlığı kayıp hallerinde mirasçılık hakkı**

### **aa- Vatandaşlıktan ıskat edilenlerin mirasçılık hakları sınırlandırılmış mıdır?**

Yargı kararlarında, Türk vatandaşlığından ıskat edilenlerin mirasçılık ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bunun nedeni de eski iki kanundur : Tebaayı Ecnebiyenin Emlaka Mutasarruf Olmaları Hakkında Kanun (1284) ve Ecanibin Hakkı İstimlaki Kanununun Birinci Maddesinde İstisna Olunan Eşhasın Emlak ve Arazisine Mahsus Kanun (1298).

Anıları Kanunlarla, izin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığına geçtikleri için vatandaşlıktan ıskat edilenlerin mülkiyet ve miras hakkından mahrum oldukları belirtilmekteydi. Halen yürürlükte olan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda (17) yer almayan “Türk vatandaşlığından ıskat” müessesesi, 1044 sayılı Tabiiyeti Osmaniye Kanunnamesi (18) ile 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda (19) düzenlenmişti. Her iki kanunda da vatandaşlıktan ıskat edilenlerin mülkiyet ve miras haklarına ilişkin ne ted-

(17) Düstur, Beşinci Tertip, Birinci Kitap, C. III, s. 470 vd.

(18) Çelikel, A/Şanlı, C. : Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, Yenilenmiş B. 7 İstanbul 1997, s. 134 vd.

(19) Düstur, Üçüncü Tertip, C. IX, s. 994 vd.





bir niteliğinde ne de kısıtlayıcı mahiyette bir hüküm yer almaktaydı (20). İzin almaksızın başka bir devlet vatandaşlığına geçmeyi 403 sayılı TVK, kaybettirme sebebi olarak 25/a maddesinde düzenlenmiştir. Yine bu kanunda vatandaşlığı kaybedenlerin yabancı gibi muamele görecekları ayrıca hükme bağlanmıştır (m. 29).

Çok uzun bir süre pek çok Yargıtay kararında, ıskat edilenlerin bir Türke mirasçı olamayacakları görüşü hakim olmuştur (21). Bu kararlarda 1298'de kabul edilen Kanunun halen yürürlükte olduğu gerekçesiyle bu sonuca varılmaktadır. Bu gerekçe doktrinde bir çok yönden eleştiriye uğramıştır (22). Buna karşılık Yargıtay'ın değişik dairelerinden verilen kararlarda vatandaşlıktan ıskat edilenlerin mülkiyet ve miras hakları kabul edilmiştir (23). Bu kararlarda, 1298'de kabul edilen Kanunun 403 sayılı TVK ve Tapu kanununda açık bir ilga hükmü olmadığı halde, bu kanunun düzenlediği hususların sonraki kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmesiyle zımnen ortadan kaldırıldığı vurgulanmaktadır. Ayrıca bu kararlarda, vatandaşlıktan ıskatın mirastan mahrumiyete yol açacağı, zira MK'un 520 inci maddesinde vatandaşlıktan ıskat, mi-

---

(20) Böyle bir düzenlemenin tarihi nedenleri hakkında bkz, Arat, T : Türk Vatandaşlığından İskat Edilen Kişilerin Mülkiyet ve Miras Hakları, AHFD, C. XXXI (1974), S. 1-2, s. 283-287.

(21) Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Arat, s. 322 vd.

(22) Bu eleştiriler öncelikle 1928'de kabul edilen kanunun konuluş amacı, konuyu düzenleyiş tarzı bakımından Cumhuriyet mevzuatı, özellikle de 403 sayılı TVK, Tapu Kanunu ve TMK karşısında yürürlükten kalktığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bkz. Unat, İ : Türk Vatandaşlığından "Kovulanlar" Miras Hakkından Yoksun Mudur?, SBF, C. XX (1965), S. 3, s. 214 vd.

(23) Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Arat, s. 337 vd.; Nomer, E : Yabancıların "Ahkâmı Şahsiyesi" (Statut Personnel) ve Terekesi ile İlgili İhtilâflarda Türk Kanunlar İhtilâfi Sisteminin Gelişmesi, (ahkâmı şahsiye), İÜHF 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 520-521.



rastan mahrumiyet sebebi olarak sayılmadığı da belirtilmektedir (24).

## **bb- Vatandaşlığa alınmanın iptali ve çıkarma hallerinde mirasçılık hakkı sınırlandırılmış mıdır?**

403 Sayılı TVK vatandaşlığın kaybının sonuçlarını düzenleyen 29 uncu maddesi hükmüne göre,

“Bu kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur... 33 ve 35 inci maddeler hükümleri saklıdır”.

Bu hüküm uyarınca, TVK’nda düzenlenen hallerde vatandaşlığını kaybedenler, yabancı statüsüne tabi olurlar. Ancak 29 uncu madde vatandaşlığa alınmanın iptalinin sonuçlarını düzenleyen 33 üncü madde ile çıkarmanın sonuçlarını düzenleyen 35 inci madde hükümlerini saklı tutmuştur. Vatandaşlığı kayıp tarihinden sonra, belirtilen hallerde ilgilerin miras haklarının bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür (25): Edinilen taşınmazların tasfiyesi görüşü (26) ile bu kişilerin genel hükümler çerçevesinde miras hakkından yararlanmaları görüşü (27) gibi.

(24) Bkz. Unat, s. 226 ; Arat. s. 356.

(25) Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın, F : Yabancı Gerçek Kişilere Ait Taşınmaz Malların Tasfiyesi, (tasfiye), TBBB, Yıl 1992, S.1, s. 38-40.

(26) Bkz. Uluocak, N : Türk Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), gözden geçirilmiş yeni bası, İstanbul 1989, s. 105; Nomer, E : Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), B. 11, İstanbul 1997, s. 129; Tekinalp, G. : Türk Yabancılar Hukuku, (yabancılar), B. 6, İstanbul 1998, s. 199-200.

(27) Bkz. Fişek, H : Türk Vatandaşlığı Kanunu Açısından Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler, (TVK), Fadıl Hakkı Sur’un Anısına Armağan, Ankara 1983, s. 396 vd.; Arat, s. 314 vd.; Göğer, E : Türk Tabiiyet Hukuku, (Tabiiyet), B. 4, Ankara 1979, s. 165; Özkan, I.: Türk Vatandaşlığından Çıkarılanların Mallarının Tasfiyesi, (tasfiye), Cumhuriyetin 70 nci yılında Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü 50 Yaşında, Ankara 1993, s. 96; Sargın, tasfiye, s. 40 vd.



TVK'nun 29 uncu maddesi ile 33 ve 35 inci maddeleri birlikte ele alındığında, vatandaşlığı iptal edilenler ile çıkarılanların miras hakkı ile ilgili herhangi bir kısıtlamanın bulunmadığı görülmektedir. Zira, TVK'nun 33 ve 35 inci maddeleri bu kayıp hallerinin özel sonuçlarını düzenlemektedir : İptal (lüzum görüldüğü takdirde) veya çıkarma kararı verilmesi anında ilgilinin sahip olduğu malların tasfiyesi öngörülmektedir. Söz konusu hükümler, kayıp tarihinden sonra edinilecek mallarla ilgili herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla vatandaşlığa alınmanın iptali ve çıkarma, mirasçılık ehliyetini sınırlayan hallerden değildir. Mirasçılık ehliyeti bulunan bu kişilerin kendilerine intikal eden malları iktisapları, yabancılar hukukunun genel hükümlerine tabidir (28).

### **c) Türk hukukunda yabancıların mirasçılık ehliyeti sınırlandırılmış mıdır?**

TMK'un kabulünden önce, yürürlükte olan İslâm hukukuna göre, ayrı dinden olma ve ayrı devlet vatandaşlığı mirasçılığa engel bir durum olarak kabul edilmekteydi (29). TMK'unda mirasçılık ehliyetinin şartları arasında, daha önce de belirtildiği üzere, mirasbırakanla mirasçının aynı dinden veya aynı devlet vatandaşlığında olmasını şart koşan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mirasçının yabancı olması, onun mirasçılık sıfatını veya miras hakkının ortadan kaldırmamaktadır.

Eski bir Yargıtay kararında da aynı husus belirtilmiştir. Bu kararda "...muris (A)'nın bir kısım mirasçılarının Yunan tebaasından bulunmuş olmaları vefat tarihinde (1945) mer'i kanun hükümlerine göre mirasçı olmalarına engel teşkil etmeyeceği..." nin gözetilmemesi mahalli mahkeme kararının bozulmasına neden olmuştur (30). Bir başka kararda da "...Türk vatandaşı olmamak bir Tür-

(28) Bkz. dñn. 27.

(29) Bkz. Altuğ, Y.: Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi, İstanbul 1976, s. 55.

(30) Karar için bkz. Berki, O.F./Ergüney, H.: Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963, s. 15.



kün mirasçısı olmaya engel değildir. Bu bakımdan Hazine hasım olamaz...” ifadesi yer almıştır (31).

Kaldı ki, Tapu Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında yapılan din ve tâbiyet farklılığının miras hakkını ortadan kaldırılması yolundaki teklif, TMK'nun ve Lozan Anlaşmasının tevarüs hakkını mutlak olarak tanınması nedeniyle reddedilmiştir (32).

d) Sonuç olarak, yabancılık, Türk vatandaşlığının kaybı ile ilgili olsun olmasın, mirasçılık ehliyetini ortadan kaldıran hallerden birisi değildir. Aksinin kabulü, TMK'nun sistemine aykırılık teşkil eder.

### III. YABANCILARIN MİRASI İKTİSAPLARI

#### A. Genel Olarak

MÖHK'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre, terekenin açılması, iktisabı ve taksimi terekenin açıldığı yer hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan tereke bakımından belirtilen hususlarda Türk hukuku uygulanacaktır (33).

Mirasın mirasçılara doğrudan veya dolaylı olarak intikali meselesi, mirasın iktisabı kavramı içinde mütalaa edilmektedir (34). Türk hukukunda mirasın doğrudan doğruya iktisabı kabul edilmiştir. Tereke, miras bırakanın ölümü anında, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, mirasçılar tarafından kendiliğinden iktisap olunur. Ayrıca mirasçılar miras bırakanın ölümü ile mirasın tamamına sahip olurlar (külli intikal) (TMK m 539). Bu durumda mi-

(31) Yg. 2. HD'nin 1.7.1974 gün ve 4514/4284 sayılı kararı; Özmen, I : Tereke Hukuku Davaları, Ankara 1997. s. 147.

(32) Altuğ, 124-125.

(33) Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıbilir, s. 152 vd.

(34) Bkz. Tanrıbilir, s. 161 vd. ve dpn. 137.



rasçı sıfatını haiz yabancı da intikal eden taşınır ve taşınmaz terekeyi (Türkiye’de bulunan) doğrudan doğruya iktisap eder. Ayrıca TMK nda miras, tescilsiz iktisap hallerinden birisi olarak sayılmaktadır (m. 633) (35). Bu nedenle terekede bulunan taşınmaz malların mirasçılara intikal etmesi için tapu siciline tescil şart değildir. Ancak mirasçıların temlik tasarruflarda bulunabilmeleri için, TMK m 633’e göre, tapu siciline tescil gerekmektedir.

O halde yabancı mirasçı hiçbir kayıt olmaksızın adına tapuda tescili talep edebilir, adına tescil yapılabilir mi? Bu noktaya geldikten sonra milletlerarası özel hukuk ve medeni hukuk açıklamalarıyla sonuca varmak mümkün değildir. Artık yabancılar hukuku sahasına geçmenin zamanı.

## B. Genel Esaslar

1982 Anayasasının İkinci Bölümünde “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında yer alan 35 inci madde, mülkiyet ve miras hakkını temel bir hak olarak vatandaş-yabancı ayırımı yapmaksızın herkese tanımıştır. Anılan maddeye göre,

“Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir”

Anayasa bir başka hükmünde bu esası genel olarak hükme bağlamaktadır. Anayasanın 16 ıncı maddesinde yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

---

(35) Akipek, J.: Türk Eşya Hukuku, C. II, B. 2 Ankara 1973, s. 120; Gürsoy, K.T./Eren, F./Cansel, E.: Türk Eşya Hukuku (Zilyetlik, Tapu Sicili-Mülkiyet-Sınırlı Aynı Haklar). B. 2 Ankara 1984. s. 529.



Dolayısıyla, miras hakkından yararlanma bakımından vatandaş yabancı eşit olup, bu hak yabancılar için de güvence altına alınmıştır. Yabancıların miras hakkı ancak milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir.

Öte yandan TMK'nun 8 inci maddesi her şahsın medeni haklardan yararlanacağını, kanun çerçevesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkesin eşit olduğunu hüküm altına almıştır. Görüldüğü üzere, TMK'nunda da haklardan yararlanma bakımından vatandaş-yabancı ayırımı yapılmamaktadır. Daha öncede belirtildiği üzere, TMK'nun mirası düzenleyen Üçüncü kitabında yer alan maddelerde yabancılara ilişkin özel bir düzenleme, kısıtlama bulunmamaktadır.

Bununla beraber, Türk hukukunda taşınır mirasçılığında vatandaş-yabancı arasında ayırım yapılmazken taşınmaz mirasçılığı bakımından yabancılara bazı sınırlamalar getirilmiştir. 2644 sayılı Tapu Kanununun (36) 35 inci maddesi bu sınırlamaları düzenlemektedir :

“Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilir”.

Bu hükme göre yabancılar karşılıklılık ve kanuni sınırlamalara uymak şartlarıyla Türkiye’deki taşınmaz mirası iktisap edebilirler ve adlarına tapuda tescil işlemi yapılabilir. Anılan hükümle Anayasa’nın 16 maddesinde belirtildiği gibi, yabancıların temel hakları kanunla sınırlandırılmıştır (37).

(36) Düstur, III. Tertip, C. 16, s. 441 vd.

(37) Milletlerarası hukukta, mülkiyet ve miras haklarını düzenleme bakımından, devletleri sınırlandıran herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bkz. Sargın, F.: Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları, (taşınmaz), Ankara 1997. s. 60.



## **C. Yabancılar Hukuku Bakımından Yabancıların Mirasçılığı**

### **1. Genel Olarak**

Çözüm aradığımız sorun, genel esaslarını belirttiğimiz yabancılar hukuku kuralları ile acaba yabancıların mirasçılık ehliyeti şartlarında bir değişiklik olup olmadığıdır. Bir çözüm yoluna göre, terekede taşınmaz mal bulunduğu takdirde yabancı mirasçılardan mirasçılık sıfatlarını tesbit ederken TMK dışında Tapu Kanununda aranan şartların da varlığını araştırmamız gerekir. Diğer bir çözüm yoluna göre ise, Tapu Kanununda belirtilen şartlar TMK'nda mirasçı olduğu kabul edilen yabancıya adına tapuda tescil yapılması bakımından önem taşımaktadır.

Sonuçta farklı iki çözümden birinin kabulüne göre mirasın taksimi farklı şekilde yapılacaktır. Mirasçılık sıfatını Tapu Kanununda belirten şartlara bağladığımız takdirde, şartlardan birinin somut olayda bulunmaması halinde yabancı, mirasçı sıfatını kazanamayacak ve taşınmazın taksiminde (veya mirasın) yok sayılacaktır. Buna karşılık ikinci çözüm yolunda şartlardan birinin bulunmaması halinde dahi yabancı mirasçılık sıfatını muhafaza edecek, ancak taşınmaz malın adına tescilini talep edemeyecektir. Kanımızca, anılan çözüm yollarını Tapu Kanunundaki şartları kısaca gözden geçirdikten sonra ele almak yerinde olacaktır.

### **2. Tapu Kanununa Göre Yabancıların Taşınmaz Malları İktisap Şartları**

Tapu Kanununun 35 inci maddesi kanuni sınırlamalara uyum ve karşılıklı olma şartlarıyla yabancıların Türkiye'deki taşınmaz malları iktisap etmelerini hükme bağlamıştır.



## a) Karşılıklı olma (Karşılıklılık-mütekabiliyet)

### aa- Tanımı ve türleri

Bir devletin ülkesindeki yabancının bir haktan faydalanmasını, kendi vatandaşının yabancının tâbiyetinde bulunduğu devlete aynı haktan faydalanması şartına tabi tutması, karşılıklı işlem-dir (38).

Karşılıklı işlem üç türdür : Anlaşmadan doğan karşılıklı işlem, kanunî karşılıklı işlem ve fiilî karşılıklı işlem. Devletlerin yaptıkları anlaşmalarla, birbirlerinin vatandaşlarına belli haklardan faydalanmalarını öngörmeleri, anlaşmadan doğan karşılıklı işlem-dir (39). Bir devletin mevzuatında belli hakların yabancılara tanınmış olması ise, kanunî karşılıklı işlem-dir (40). İki devlet arasında anlaşma yapılmamakla, belli bir haktan yararlanmayı sağlayan kanun hükmü bulunmamakla birlikte, o devlet ülkesinde fiilen diğer devlet vatandaşlarına belli haklar tanınırsa, fiilî karşılıklı işlem mevcuttur (41).

### bb- Tapu Kanununun 35 inci maddesi bakımından ne “tür” karşılıklı işlem aranmaktadır?

Tapu Kanununun 35 inci maddesinde anılan karşılıklı işlemin ne tür karşılıklı işlemleri kapsadığı hususu tartışmalıdır : Bir görüş, fiilî karşılıklılığın, akdî ve kanunî karşılıklıkla birlikte bulunmasını, diğer bir görüş ise, her üç karşılıklılığın birbirinden bağımsız kabul edilmesini savunmaktadır (42). Tapu Kanununun 35 in-

(38) Göger, E.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar), B.3, Ankara 1979, s. 28.

(39) Göger, yabancılar, s. 28; Çelikel, A.: Yabancılar Hukuku,(yabancılar), B.7 İstanbul 1997, s. 57.

(40) Göger, yabancılar, s. 29; Çelikel, yabancılar, s. 57.

(41) Sargın, taşınmaz, s. 65.

(42) Bu konudaki görüşler için bkz. Altuğ, s. 120 vd.; Çelikel, yabancılar, s. 57, 193, 221; Tekinalp, yabancılar, s. 193; Sargın, taşınmaz, s. 66 vd.





ci maddesinde herhangi bir sınırlama olmadığına göre, her üç tür karşılıklıktan birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Bir başka deyişle, yabancı devlet ile Türkiye arasında mülkiyet ve miras konusunda anlaşma bulunması veya yabancı devlet mevzuatında bu hakların tanınması yahut anlaşma ve kanun hükmü olmamakla beraber o yabancı devlette Türk vatandaşlarına mülkiyet ve miras haklarının tanınması yeterlidir (43).

### aaa- uygulama

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün uygulaması, 20.5.1940 tarihli bir kararnameye dayanmaktadır (44). Kararnameye göre, şimdilik yabancılara taşınmaz mal edinme hakkı tanıyan ve Türk vatandaşlarına karşı özel kayıt ve sınırlama getirmeyen yabancı devlet vatandaşlarına, Türkiye'de tüm yabancılara mahsus kayıt ve sınırlamalara uymak şartıyla taşınmaz mal edinme hakkı tanınmaktadır. Ancak yabancı devlet ülkesinde vatandaşımızın bu konuda getirilen sınırlamalardan ötürü bir başvurusu halinde o devlet vatandaşları hakkında da aynı kayıt ve sınırlamaların konulması kabul edilmiştir (45).

Görüldüğü üzere, Kararnamede kanunî ve fiilî karşılıklıktan ziyade karşı işleme (mukabele bilmisil) dayalı bir düzenleme getirilmektedir. Eğer yabancı devlet Türk vatandaşına herhangi bir

---

(43) Sözleşme ve kanun hükümlerinin uygulanması ile fiilî karşılıklı işlemin karıştırılmaması gerektiği, zira akdi ve kanunî karşılıklılığın gerçekleşmiş sayılmasının anlaşma ve kanun hükümlerine uygun bir fiilî uygulamanın mevcut olması şartına bağlı olduğu da yerinde olarak belirtilmektedir. Sargın, taşınmaz, s. 76.

(44) Altuğ, s. 121, dpn 27.

(45) Kararname ile ilgili doktrindeki görüşler ve eleştiriler için bkz. Sargın, taşınmaz, s. 69 vd.



kayıt veya sınırlama getirmiyorsa, o devlet vatandaşı Türk hukukunda aranan şartlarla taşınmaz sahibi olabilmektedir. Eğer yabancı devlet, Türk vatandaşının hakkına sınırlama getiriyorsa, aynı sınırlama onun vatandaşına da getirilecektir.

Yargıtay kararlarında da üç tür karşılıklılık kabul edilmekle beraber, karşılıklı işlemin, özellikle fiilî karşılıklı işlemin mukabele bilmisil ile karıştırıldığı görülmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir verasetin iptali davasında şu ifadeleri kullanmıştır. "...Yabancıların bir Türke mirasçı olabilmesi için, tâbiyetinde buldukları devletin kanunlarına göre, o devletin vatandaşına Türklerin mirasçı olmasına imkân tanınması gerekir. 1062 sayılı Kanun, iş bu mütekabiliyeti öngörmektedir..." (46).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir başka verasetin iptali davasının temyiz incelemesi sonunda şu kararı vermiştir : "Kanun karşılıklılık esasının ne şekilde belirleneceğini açıklamamıştır. Türk yabancılar hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı işlem (mütekabiliyet) esası, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğlerinin vatandaşına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eder. Bu ilke anlaşma ile tanıma yanında, iç mevzuat bakımından bir engel koymama biçiminde yazılı hukukta yer alabilir. Ancak en önemli nokta 28.5.1927 günlü 1062 sayılı Kanunda ifade edildiği üzere idari karar veya istisnai kanunlarla Türk uyruklular bakımından mülkiyet haklarının kısmen veya tamamen sınırlanıp sınırlandırılmadığının daha açık bir ifade ile fiili durumun belirlenmesidir. Yabancı ülke mevzuatında bir engel

---

(46) Yg. 2. HD. nin 19.12.1985 gün ve 10156/10923 sayılı kararı; YKD, C. 12 (1986), S. 9 1276 vd.



olmamakla beraber Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa, Tapu Kanununun 35 inci maddesinde açıklanan edinme engelinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir...” (47).

### **bbb- mukabele bilmisil (karşı işlem-misilleme) kavramı**

Mukabele bilmisil ile karşılıklılık birbirinden farklı kavramlardır. Bir devletin, diğer bir devletin vatandaşlarının menfaatlerini ihlâl eden hareketlerine karşı, aynı şekilde karşılık vermesi mukabele bilmisildir (48).

Türk hukukunda hangi hallerde mukabele bilmisil tedbire başvurulabileceği çeşitli kanunlarda belirtilmiştir. Yargıtay kararlarında adı geçen 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlâkine Vaz'iyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlâkine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedbiri İttihazı Hakkında Kanun (49) da bunlardan birisidir. Söz konusu Kanuna göre, idari bir işlemle veya kanunla Türk vatandaşlarının mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlayan devletlerin Türkiye'deki vatandaşlarının mülkiyet hakkı Bakanlar Kurulu kararıyla sınırlandırılabilir, el konabilir (m 1/1). El konulan malın geliri ve tasfiyesini takiben elde edilen gelir, zarar gören Türk vatandaşlarına dağıtılır (m 1/II). Bu durumda yabancıların mevcut mülkiyet haklarının mukabele bilmisil olarak sınırlanması ancak Bakanlar Kurulu kararıyla mümkün olabilir (50). Buna karşılık, karşılıklı işlemin mevcut bir hakkı or-

(47) Yg. 2. HD.nin 11.12.1992 gün ve 1217/1514 sayılı kararı; YKD, C. 18 (1992), S. 5, s. 686 vd.; Yargıtay'ın benzer mahiyetteki kararları için bkz. YKD, C. 18 (1992), S. 6, s. 857-858; YKD, C. 19 (1993), S. 2, s. 179-180; YKD, C. 19 (1993), S. 10., s. 1482.

(48) Göğer, yabancılar, s. 31; Çelikel, yabancılar, s. 60.

(49) Düstur, III. Tertip, C. 8, s. 669.

(50) Ayrıca 1062 sayılı Kanun sadece mülkiyet ile ilgili tedbirleri içermekte, miras kanununun kapsamı dışında kalmaktadır; Tekinalp, yabancılar, s. 194.



tadan kaldırma veya sınırlama işlevi bulunmamaktadır. Karşılıklı işlem, yukarıda belirtildiği üzere, sadece bir hakdan yararlanma bakımından varlığı aranan şartlardandır.

### **cc-Tapu Kanununun 35 inci maddesi bakımından karşılıklı işlemin “kapsamı” nedir?**

Sorun, karşılıklılığın, hangi türü olursa olsun, kapsamının ne olduğunun tam olarak tesbit edilememesinden kaynaklanmaktadır. Yabancıymın tâbiyetinde bulunduğu devlet kanunlarına veya uygulamasına göre belirli bir haktan yararlanma için bir Türk vatandaşından yerine getirilmesi istenilen şartlar, yabancından da istenecek midir? (51) Örneğin bir devlette yabancıların belli bir süre ülkede ikamet etmeleri halinde taşınmaz mal satın alabilmeleri veya bir başka devlette yabancıların sınırlı sayıda ve türde taşınmaz mal sahibi olabilmeleri yahut belirli yerlerde taşınmaz sahibi olamamaları gibi. Bu konuda şu ihtimaller söz konusu olabilir :

- Şartlarda bire bir ayniyet aranması

- Şartlarda ayniyet aranmaksızın, karşılıklı işleme taraf devletlerin yabancıların haklardan yararlanması şartları arasında benzerliğin olmasının yeterli olması

- Karşılıklılığın kurum olarak varlığı yeterlidir. Yabancıların haklardan yararlanmasını düzenleyen kanunlardaki ve uygulamadaki kayıt ve şartlarla karşılıklı işlem arasında ilgi kurulmamalıdır. Mukabele bilmisil hali saklıdır.

(I) - 1940 yılında çıkarılan Kararnamede karşılıklılık mukabele bilmisil olarak anlaşılmaktadır. Adeta yabancı hukuka göre, kendi yabancılar hukukumuz ve medeni hukukumuzda yer almayan kayıt ve şartlar karşılıklılık adı altında yabancıardan istenmektedir.

---

(51) Göğer, yabancılar, s. 30.



Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce hazırlanıp tapu sicil teşkilatına gönderilen 3.10.1961 gün ve 119-1-8/823 sayılı genelge ile yabancıların taşınmaz mala ilişkin işlemlerinin Genel Müdürlükten o yabancının mensup olduğu devlet uygulaması hakkında bilgi alınarak yapılması istenilmiştir (52). Anılan Genel Müdürlüğün 23.8.1989 gün ve 982,2/3090 sayılı yazısında ise, ülkemiz vatandaşlarına uygulamada taşınmaz edinme imkânı tanıyan ülkeler sayılarak, bu ülke vatandaşları için karşılıklılığın mevcut olduğu belirtilmiştir (53). Ancak yine de her olayda ilgili devlet uygulamasının araştırılması yoluna gidilmektedir.

Örneğin,

- Yunanistan'ın ülkesinde Türk vatandaşlarının taşınmaz mal edinmelerini fiilen önleyen tutumu tesbit edildiğinden bu ülke vatandaşları için karşılıklılık şartının gerçekleşmediği kabul edilmiştir (54).

- İran'da yabancılar tarım arazisine sahip olamazlar. Karşılıklılık şartıyla ve İran'da beş yıl oturmuş olmak kaydıyla bir ev, bir işyeri veya bir depo maliki olabilirler (55). Ülkemizdeki İran vatandaşları da aynı şartlarla ve aynı nitelikte taşınmaz mala malik olabilmektedirler (56).

---

(52) Özdemir, Ş.: Yargıtay Örnek Kararları ile Gayrimenkul Miras Davaları ve Yabancıların Mülk Edinmeleri, Ankara 1986, s. 638.

(53) Sargın, taşınmaz, s. 66, dpn., 126.

(54) Bkz. Yg. 2. HD., 15.12.1995 gün ve 12454/13742 sayılı kararı; Sargın, taşınmaz, s. 172, dpn., 452; Nomer, E.: Yabancı Devlet Vatandaşlığını Kazanan (Eski) Türk Vatandaşlarının Mirasçılığı, (eski), İHFD, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C. LV (1997), S. 3, s. 175.

(55) Sadroleşrafi, H.A.: İran Miras Hukukuna İlişkin Teşrii Yetki İhtilafları, İstanbul 1978, s. 163 vd.

(56) Özdemir, s. 643.



- Danimarka'da oturan veya daha önce beş yıl oturmuş olan yabancılar bu ülkede taşınmaz mal edinebilirler. Bu ülkede oturma-yanlar Adalet Bakanlığının izni ile taşınmaz mal alabilirler. Ancak miras yoluyla taşınmaz mal sahibi olma izne tabi değildir (57). Danimarka vatandaşlarına da Türkiye'de aynı şartlarla taşınmaz mal edinme imkanı tanınmaktadır.

(II)- Yargıtay kararlarında da ilgilinin mensup olduğu devlette Türk vatandaşlarının hangi şartlarla ne ölçüde taşınmaz mala mirasçı olacağı gözetilerek yabancıya bu şartlar ve ölçüde hak tanı-maktadır.

Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin muhtelif kararlarında bu husus belirtilmiştir : "...Yabancı ülke kendi şekillerinde, taşın-maz mal edinmeyi, sadece kendi vatandaşlarına hasretmişse, bi-zim mevzuatımız bakımından bir engel bulunmasa dahi, sahildeki taşınmaz malın yabancı tarafından edinileceği kabul edilemez..." (58). Bir başka karar da "...yabancı uyruklu kişinin tebaası olduğu (uyrukluğunda bulunduğu) Devletin Türk vatandaşlarına tanıdığı haklar ölçüsünde..." olabileceklerine hükmedilmiştir (59). Mirasla ilgili olmamakla beraber, karşılıklılığın kapsamına ilişkin açıkla-malar bulunan bir başka Yargıtay kararında şöyledir : "karşılıklı işlemin tüm koşulları itibariyle denk olması gerekir..." (60).

(57) Özdemir, s. 646.

(58) Bkz. yuk. dpn. 47'de zikredilen kararlar.

(59) Bkz. Yg. 2. HD. nin 22.11.1983 gün ve 7465/9051 sayılı kararı, Özdemir, s. 616.

(60) Yg. HGK.nun 21.6.1989 gün ve 8-328/428 sayılı kararı; İBD, C. LXIV (1990), S. 1-2-3, s. 220-221. Bu hükümle, Yargıtay Alman vatandaşının zamanaşımı ile Türkiye'de taşınmaz mal edinme şartlarını Alman mevzuatına tabi kılmıştır.



(III)- Gerek idarenin gerek mahkemelerin uygulamasında karşılıklılığın kapsamını tayin bakımından da mukabele bilmisil kavramının etkisi görülmektedir. En basit ifadeyle “bu hakkı (X) devleti vatandaşıma tanıyorsa, ben de onun vatandaşına tanırım” şeklindeki karşılıklılığın, karşılıklılık dışındaki sınırlamaları kapsamadığı açıktır. Her devletin kanun koyucusunun yabancı için bir hakkın elde edilmesini karşılıklılık ve başka sınırlamalara tabi tutması mümkündür. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde iktisabın şekline (miras, satın alma vs.) ilişkin sınırlamalar bulunurken, bazılarında bir süre ikamet, önceden izin alma, iktisap edilen arazinin kullanılma şekli (tarım arazisi, orman), arazi miktarı (20 hektar, 15 dönüm gibi), coğrafi mevki (sınır bölgesi, sahil, askeri yasak bölge) bakımından sınırlamalar getirilebilmektedir (61). Önemli olan bu sınırlamaların miras (ve mülkiyet) hakkını fiilen ortadan kaldırmamasıdır. Yunan vatandaşı ile ilgili kararda da belirtildiği üzere, kanunî sınırlamalar bir hakkın kullanımını imkânsız hale getiriyorsa, artık bu hakkın varlığından söz edilemez. Dolayısıyla karşılıklılığın varlığından da söz edilemez.

Buna mukabil, anlaşmaya dayalı karşılıklılık hali hariç, yabancı mevzuatta bulunan kanunî tahditler veya fiilî uygulama yabancıları (Türk vatandaşları dahil) bir haktan yararlandırma yönünde ise, karşılıklılığın varlığını kabul etmek gerekir (62). İdarenin ve mahkemelerin “karşılıklılık” anlayışı, uygulaması, hakkın kazanımında aranan karşılıklılık değil, “mukabele bilmisil” dir (63). Ancak daha önce de belirtildiği gibi, 1062 sayılı Kanuna göre mukabele bilmisil tedbirlerin uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu kararı gerekmektedir. İdarenin ve mahkemelerin yabancı hu-

(61) Bkz. Altuğ, s. 29 vd.

(62) Özdemir, s. 612.

(63) Bu konuda bkz. Tekinalp, yabancılar, s. 195; Sargın, taşınmaz, s. 70 ve 75 vd.



kuktaki sınırlamaları, fiilî karşılıklı işlem içinde değerlendirdikleri söylenebilir mi? Böyle bir değerlendirmenin, özellikle mahkeme kararlarında açıkça 1062 sayılı Kanunun adının zikredilmesi, hükümlerinin belirtilmesi karşısında, yapıldığını zannetmiyoruz. Ayrıca fiilî karşılıklılığın tesbitinde yabancı mevzuatta yer alan hükümlerin kullanılmasının yeri olmasa gerekir.

### **dd- Karşılıklılık hangi anda mevcut olmalıdır?**

Karşılıklılık, mirasın açıldığı ana, yani miras bırakanın ölümüne göre tesbit edilir. Mirasçılar arasında yabancı bulunması halinde karşılıklı işlem şartı araştırılmaktadır. Mirasçının yabancı devlet vatandaşı ancak Türk asıllı olmasının, bu şartın araştırılması bakımından bir önemi yoktur. Bu hususlar Yargıtay kararlarında ısrarla ve isabetli olarak belirtilmiştir. "...Türk yabancılar hukuku kuralları ırk esasına göre değil, vatandaşlık esasına göre düzenlenmiştir. Davacının Türk soylu olması, kuralın uygulanması bakımından sonuca etkili olmayacağı gibi..." (64)

### **b) Kanunî sınırlamalara uyma**

Türk hukukunda yabancıların taşınmaz mal sahibi olmalarına kanunlarla bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar coğrafi mevki, miktar ve izin şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sınırlamaların bulunduğu kanunlar şunlardır :

---

(64) Yg. 2. HD.nin 25.9.1996 gün ve 8026/9124 sayılı kararı; YKD, C. 23 (1997), S. 1, s. 16-17. Ayrıca bkz. Yg HGK nun 10.2.1993 gün ve 2-717/39 sayılı kararı; YKD, C. 20 (1994), S. 8, s. 1227-1232; Yg HGK nun 28.12.1994 gün ve 2-625-905 sayılı kararı : YKD. C. 21 (1995). S. 3. s. 371-375.





## aa- Köy Kanunu (65) (m. 87)

Köy Kanununun 87 inci maddesinde şu hüküm yer almaktadır :

“Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunmayan gerek şahıslar gerek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin (eshas-ı hususiye ve hükmiye) köylerde arazi ve emlak almaları memnudur”.

Maddede sadece “alma” dan bahsedilmiş olması, köylerde taşınmaz mal alma yasağının, miras yoluyla iktisabı da kapsayıp kapsamadığı hususunda değişik görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur :

(1) Köylerde taşınmaz mal yasağına miras dahildir (66). Yabancılar miras yoluyla köylerde taşınmaz mal sahibi olamazlar.

(2) Yabancılar köylerdeki taşınmaz mallara mirasçı olabilirler, ancak bu malların tasfiyeye tabi tutulması gerekir. Tasfiye bedeli mirasçıya verilir (67).

(3) Köy Kanunu yabancıların köylerde miras hakkına herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Köylerde yabancılara intikal eden taşınmaz malların tasfiyesine de gerek yoktur (68).

(65) Düstur, III. Tertip, C. 5, s. 696.

(66) Özdemir, s. 666 vd.; Obut, S.K...: Türk Hukukunda Yabancı Hakiki ve Hükmi Şahısların Aynı Haklardan İstifadesi, Ankara 1956, s. 77 vd.; Özkan, I.; Yabancıların Türkiye’de arazi iktisabı, (arazi), Osman Fazıl Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 685.

(67) Göger, yabancılar, s. 115; Düzceer, A.R.: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, B.2, Ankara 1994, s. 342; Tekinalp, yabancılar, s. 197; Çelikel, yabancılar, s. 212 vd.

(68) Berki, DHH, C. I, s. 198; Altuğ, s. 97; Fişek, H.: Türkiye’de Yabancıların Aynı Haklardan İstifadesi, (aynî), AHFD, C. VII (1950), S. 3-4, s. 432; Sargın, taşınmaz, s. 83.



Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü çeşitli tarihlerde yayınladığı genelgelede yabancıların köylerdeki taşınmaz mallarda miras haklarının bulunduğunu, mirasın Köy Kanununun 87 inci maddesi hükmü dışında olduğunu belirtmiştir. Yabancıların köylerde miras hakkının varlığı kabul edilmekle beraber, intikal işleminden sonra, yabancı mirasçılar tarafından Türk vatandaşlarına rızaen devir ve temlik edilmeyen taşınmaz malların tasfiyesi yoluna gidilmektedir (69).

### **bb- Tapu Kanunu (m. 36)**

Tapu Kanununun 36 ıncı maddesine göre,

“Yabancı hakiki şahıslar bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan çoğuna ancak Hükümetin izni ile sahip olabilirler. Kanuni miras bu hükmün dışındadır.

“Adı geçen çiftliklere ve arazinin otuz hektardan ziyadesine vasiyet suretiyle veya mansup mirasçı sıfatıyla yabancı hakiki şahısların sahip olabilmesi de Hükümetin iznine tabi olup izin verilmezse, çiftlik ve bu fazla miktar tasfiye suretiyle bedele çevrilir”.

Söz konusu madde ile yabancıların taşınmaz mal edinme hakkına kanunla coğrafi mevki, miktar açısından sınırlama getirilmiş ve belli haller izin şartına bağlanmıştır. Bununla beraber, anılan hükme göre, köy arazisinin dışında bulunan ve otuz hektardan az olan arazinin kanunî miras veya mansup mirasçı yahut musaleh sıfatıyla yabancı gerçek kişilere intikali Bakanlar Kurulunun iznine tabi değildir. Kanun koyucu otuz hektardan fazla arazi için kanunî mirasçı ile musaleh ve mansup mirasçı arasında ayırım yap-

---

(69) Genelgeler için bkz. Altuğ, s. 98; Sargın. taşınmaz. s. 82-83.



mıştır. Köye bağlı olmayan müstakil çiftliklerle, köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan fazlasına kanunî mirasçılar Bakanlar Kurulunun iznine gerek olmaksızın sahip olabilirlerken, diğer mirasçılar Bakanlar Kurulunun izniyle bu taşınmaz mallara sahip olabilirler (70).

## **cc- Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (71)**

### **aaa- askeri yasak bölgeler**

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununa göre, askeri yasak bölgeler kara, deniz ve hava yasak bölgeleridir. Yabancıların taşınmaz mallara mirasçılığı açısından kara askeri yasak bölgeleri düzenleyen hükümler incelendiğinde;

Kara askeri yasak bölgeler birinci ve ikinci derece olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (m. 2).

Birinci derecede kara askeri yasak bölge sınırlarında kalan taşınmaz malların kamulaştırılması gerekmektedir (m. 7, Yön (72). m. 9/II).

İkinci derece kara askeri yasak bölgelerde yabancıların taşınmaz edinmeleri yasaklanmıştır (m. 9/b) Bu bölgede yer alan yabancılara ait taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını tesbite Bakanlar Kurulu yetkilidir (m. 9 ve Yön m. 9).

---

(70) Bkz. Göğer, yabancılar, s. 125; Altuğ, s. 123 vd.; Çelikel, yabancılar, s. 214; Tekinalp, yabancılar, s. 197 vd.; Özkan, iktisap, s. 693; Sargın, taşınmaz, s. 85.

(71) RG. 22.12.1981-17552.

(72) RG. 30.4.1983-18033.



Belirtilen hükümler uyarınca birinci ve ikinci derecede askeri yasak bölgelerdeki taşınmaz mallara yabancıların mirasçı olması halinde bu taşınmaz mallar tasfiye edilecektir (73): Sonradan yasak bölge haline getirilen bir yerde bulunan yabancıya ait taşınmaz mallar mamulaştırılır. Böyle bir taşınmaz mal miras yoluyla yabancı mirasçıya kalmaz, bunun yerine kamulaştırma (veya tasfiye) bedelini alır (74).

### **bbb- güvenlik bölgeleri**

Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununa göre, güvenlik bölgelerindeki taşınmaz mallar kamulaştırılabilir. Kamulaştırılmayan taşınmaz mallardan yararlanma esasları yönetmelikle gösterilecektir (m. 21/d) Yönetmeliğin 24 maddesine göre, kamulaştırılmayan taşınmaz mallar yabancılarla satılamaz, devredilemez, kiralanamaz.

Ayrıca Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine askeri yasak bölgelere yakınlığı veya diğer stratejik nedenlerle tesbit edilecek bölgelerde yabancıların taşınmaz mal edinemeyeceklerine ve izin almadıkça kiralayamayacaklarına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir (m. 28). Bu bölgeler içerisinde bulunan yabancılarla ait taşınmaz malların tasfiyesine karar vermeye, tasfiye şekil ve şartlarını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir (m. 29).

## **D. Değerlendirme**

1. Gerek mahkemelerin gerek idarenin uygulamasından Tapu Kanununun 35 inci maddesinde yer alan karşılıklı işlem ve kanuni sınırlamalara uyma şartlarının, mirasçılık sıfatının kazanılmasının unsurları arasında kabul edildiği anlaşılmaktadır.

---

(73) Tekinalp, yabancılar, s. 198.

(74) Özdemir, s. 669.



“...Tapu Kanununun 35. maddesi ile taşınmaz mallar yönünden...yabancı uyruklu gerçek kişilerin...mirasçı olma hakları sınırlandırılmıştır...” (75).

“...yabancıların bir Türke mirasçı olabilmesi için, tâbiyetinde buldukları devlet kanunlarına göre, o devletin vatandaşlarına Türklerin mirasçı olmasına imkan tanınması gerekir...” (76).

“...Mahkemece bu ana kural ve özellikle Tapu Kanununun 35. maddesi ve 1062 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde araştırma yapılmadan, gerçekten davacı mirasa nail kişi ise, akrabalık münasebetleri bakımından tetkikat yapılarak toplanacak delillere göre bir hüküm tesisi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır...” (77).

“...Bir Türk vatandaşına, Türk uyruklu olmayan yabancıların mirasçı olabilmesi için o kimsenin memleketinde, kendi vatandaşlarına bir Türkün mirasçı olabileceğinin kabul edilmiş olması gerekir (2675 sayılı Kanun m. 22; 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 35)...” (78).

“...MK nun 519. maddesinde yer alan ehliyetin, aynı Kanunun 8. maddesinde genel olarak düzenlenen hak ehliyeti olduğu yönünde görüş birliği oluşmuştur.” Her şahıs medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh Kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir” (MK. m. 8).

(75) Yg. 2. HD.nin 3.12.1981 gün ve 7393/7695 sayılı kararı; Özdemir, s. 651.

(76) Bkz. dpn. 46.

(77) Yg. 2. HD.nin 25.11.1991 gün ve 9435/14680 sayılı kararı; Özmen, age., s. 149.

(78) Yg. 2. HD.nin 25.4.1995 gün ve 4314/5093 sayılı kararı : Özmen, s. 153.



“Genellik ve eşitlik, hak ehliyetinin temel niteliğini oluşturmakla birlikte, bu özellikler mutlak değildir. Anayasanın yukarıda değinilen 35. maddesinin verdiği imkan çerçevesinde mirasa ilişkin hak ehliyetinin kanunla sınırlanması mümkündür. Farklı yapı ve durumlar için değişik düzenleme eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Bu cümleden olarak yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde hak ehliyeti 2675 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. “Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir... Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkelerdeki taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır” (2675 sayılı Kanun m. 8) “Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır. Mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tabidir....” (2675 sayılı Kanun m. 22) demek suretiyle yabancılar bakımından yapılan düzenlemelerin dikkate alınması zaruretine açıklık getirilmiştir. İşte bu açıklamalar çerçevesinde MK nun 519. maddesinde yer alan mirasçılığa hak ehliyetini yabancılar bakımından araştırırken, kanunlarda yer alan kısıtlamaları da dikkate almak gereklidir.

“Tapu Kanununun 35. maddesinde “Tahdidî mutazammın kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye’de gayrimenkul mallara tenellük ve tavarüs edebilirler.” hükmü yer almaktadır. Gerek bu hüküm ve gerek 2675 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan hükümleri sebebiyle yabancı unsurlu veraset davalarında, hak ehliyetini tesbit bakımından kanuni tahditler ve mütekalibiyet (ülkeler arasında karşılıklı işlem) esaslı unsurlarındandır.” (79).

Son verilen karar Yargıtay kararlarında yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda iç hukuk ve millîlerarası özel hukuk kurallarının

---

(79) Bkz. yuk dpn. 12’de zikredilen karar.



öncekilerine göre daha ayrıntılı bir biçimde kullanılması ilginçtir. Artık önceki kararlarda olduğu gibi, yabancıların mirasçılık şartları “Tapu Kanununun 35. maddesi ve 1062 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmelidir” şeklinde bir gerekçe ile yetinilmemektedir. Yargıtay, olayın Yabancılar Hukuku ile Milletlerarası Özel Hukuk boyutlarını, tam olmasa da, ayırmaya başlamıştır. Bu olumlu gelişmeye rağmen, Yargıtay kararlarında hala mukabele bilmisil ile karşılıklı işlem kavramları karıştırılmaktadır.

2. Doktrinde de yabancıların gayrimenkul tereke üzerinde mirasçı sıfatını elde edebilmeleri hususunda, vatandaşlar için söz konusu olmayan bazı şartların aranması esası kabul edilmektedir. (80). Tapu Kanunu m. 35, yabancılar için mirasçı olma sebebini, mirasçılık sıfatını ortadan kaldıran bir hüküm niteliğindedir. Bu durumda eğer yabancı mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklı işlem yoksa veya kanunî sınırlamalar söz konusu ise, yabancı Türkiye’deki taşınmaz mallarda mirasçı sıfatını kazanamayacaktır.

3. Aşağıdaki ihtimâllerde hangi sonuçların ortaya çıkabileceğine bir göz atalım :

Birinci ihtimâlde muris Türk vatandaşı olup biri Yunan vatandaşı, diğeri Belçika vatandaşı olan iki mirasçı ve terekede bir taşınmaz mal (Türkiye’de) bulunmaktadır. Bu ihtimâlde muris Türk vatandaşı olduğu için TMK na göre mirasın açıldığı ana göre mirasçılar ve mirasçı sıfatları belirlenecektir. Ancak Tapu Kanununun 35 inci maddesi hükmü uyarınca Yunanistan açısından karşılıklılık olmadığı için bu kişi, TMK’na göre mirasçı sıfatını haiz olmakla beraber, mirasçı sıfatını kazanamayacaktır. Belçika vatan-

---

(80) Nomer, E.: Yabancı veraset ilâmlarının tanınmasında Yargıtay kararları, (kararlar), İBD., C. 65 (1991), S. 10-11-12, s. 794; Çelikel, yabancılar, s. 211.



daşı, (Türkiye ile Belçika arasında) karşılıklı işlem mevcut olduğu için (81) mirasçı olacaktır.

İkinci ihtimalde, birinci ihtimâldeki tereke taşınır ve taşınmaz mallardan oluşmaktadır. Bu ihtimâlde de, birinci görüşe göre, birinci mirasçı taşınır terekeden pay alırken taşınmaz terekeden mirasçı sıfatı olmadığı için pay alamayacak; buna karşılık ikinci mirasçı her iki terekeden de pay alacaktır.

Üçüncü ihtimâlde muris yabancıdır ve Türkiye’de taşınmaz miras bırakmıştır. MÖHUK unun m. 22 gereği Türkiye’de bulunan taşınmaz miras Türk hukukuna tabidir ve kimlerin mirasçı olacağı TMK una göre tesbit edilir. Mirasçılar birinci ihtimaldeki kişilerdir. Sonuç itibariyle sadece ikinci mirasçı mirasa sahip olacaktır.

Dördüncü ihtimâlde muris yabancıdır ve terekesi taşınır ve taşınmaz mallardan oluşmaktadır. Mirasçılar, taşınır miras bakımından ölenin milli hukukuna, taşınmaz miras bakımından ise, Türk hukukuna göre belirlenecektir (82). Terekedeki malların değerleri arasında aşırı oransızlık sözkonusudur : Taşınır tereke, değerli hisse senetleri, sanat eserleri ve yüklüce bir miktar paradan oluşurken taşınmaz tereke ondan daha az bir değere sahip birkaç emlâktan oluşabilir. Ölenin milli hukukuna göre karşılıklılık şartı

---

(81) Belçika’da yabancıların taşınmaz mülkiyeti ve miras haklarına herhangi bir sınırlama getirilmemiş, öyleki Türk vatandaşlarının köylerde, askeri yasak bölgelerde dahi taşınmaz mal edinebilmeleri mümkündür. Ancak Belçika vatandaşları Türkiye’de aynı serbestiyeye sahip bulunmamaktadır : Özdemir, s. 641.

(82) Bu durumda farklı kişilerin mirasçı tesbit edilmesi ihtimali mevcuttur. Ölenin milli hukukuna göre mirasçı olanlar ile Türk hukukuna göre mirasçı olanlar ve hisseleri farklı olabilir. Ancak bu kabul edilen sistemle ilgili bir husus olup konumuz dışındadır; Tanrıbilir, s. 17 vd.





gerçekleşmeyen bir devletin vatandaşı olan mirasçı (örneğin Yunanlı) taşınır terekeden büyük pay sahibi hatta tek mirasçı olabilir. Bu durumda taşınmaz mirasda mirasçı sayılmamasının ne önemi olabilir?

4. Bu arada hangi hallerde yabancıнын mirasçılık sıfatının araştırılacağını belirtelim. Uygulamadaki ihtilâflar, daha ziyade, veraset ilâmı verilmesi (veraset ilamının iptali), taksim (izaleyi şuyu) davalarında ve vasiyetname hususlarında ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde yabancıнын mirasçılık sıfatı mesele teşkil etmektedir.

Tapu Kanununun 37 inci maddesine göre, “Yabancı hakiki şahısların intikal işleri Türkiye Cumhuriyet mahkemelerinden verilen ..... veraset senetlerine istinaden yapılır”. Veraset belgeleri kimlerin mirasçı olduğunu ve hisselerini (83) tesbit eden belgelerdir (84). Türk hukukunda veraset ilâmlarının kesin hüküm niteliği bulunmamakla birlikte bu belgeye dayanarak mirasçılarının miras bırakanın bankadaki parasını çekmeleri, tapuda tescil işlemlerini yapabilmeleri, miras bırakana ait diğer taşınır mallara zilyet olmaları mümkündür (85). Miras bırakanın ve/veya mirasçılarının yabancı devlet vatandaşı olduğu hallerde veraset belgesinin içeriği bütün unsurlarıyla Türk olan miras meselelerinden farklılık arzeder. Hâkim, miras bırakan yabancı ise taşınır mirasta milli hukukuna, taşınmaz mirasta Türk hukukuna göre mirasçıları ve

---

(83) Veraset belgeleri ve yabancılarla ilgili veraset belgeleri için bkz. Nomer, s. Kararlar s. 789 vd.; Şanlı, C.: Yabancı veraset ilamlarının Türk Mahkemelerinde “tanınması” veya “delil” olarak kullanılması, İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 291 vd.; Kuru, B : Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Bs., C. I, Ankara 1979, s. 25; Özdemir, s. 473 vd.

(84) İmre, s. 504.

(85) İmre, s. 497.



miras paylarını (MÖHUK m. 22) tesbit ederken aynı zamanda tapudaki işlemler bakımından Tapu Kanununun hükümlerini de dikkate almak durumundadır (86). Buna göre, mahkeme veraset ilâmında, öncelikle taşınır mallar bakımından ölenin milli hukukuna göre mirasçı olanları belirttikten sonra Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar bakımından Tapu Kanununun 35 inci maddesini dikkate almak durumundadır.

5. a) Tekrara başa dönecek olursak, Tapu Kanununa göre “karşılıklılık + kanunî sınırlamalara uyma” şartlarıyla yabancılar tevarüs hakkına sahipler. Kanımızca, karşılıklılık ve kanunî sınırlamalara uyma şartları, yabancıların mirasçılık sıfatlarının tesbitinde aslî rol oynayan şartlar değildir. Bu şartlar tapuya tescil açısından önem taşımaktadır. Tapu Kanununun asıl amacı da tapu siciline ilişkin düzenlemeleri yapmaktır. Amacı bu olan Kanunun mirasçılığı sınırlaması Anayasa’nın 35 ve 16 ıncı maddelerine de aykırılık teşkil eder.

b) Yabancıların esas itibariyle mirasçılık sıfatını kabul edersek “karşılıklı işlem + kanuni sınırlamalara uyma” şartlarından birinin bulunmaması halinde ne yapacağız? Bu durumda taşınmaz malın tasfiyesi yoluna gidilerek elde edilen meblağ mirasçıya verilmelidir (87). Tapu Kanununda öngörülen şartlar eşdeğerde şartlardır, yani her iki şart da mülkiyet ve miras sahibi olabilmenin aslî şartlarıdır ve bu şartların birlikte bulunması gerekir. Şartlardan birinin bulunmaması halinde tapu siciline tescil işlemi gerçekleşmez. Karşılıklılık şartı mevcut olmakla beraber kanunî sınırlamalar söz konusuysa veya kanunî sınırlamalar mevcut olmamakla be-

(86) Şanlı, s. 306-307.

(87) Aynı yönde bkz. Tekinalp, yabancılar, s. 194.



raber karşılıklılık şartı gerçekleşmemişse, yabancı adına tescil işlemi yapılamaz (88). Ancak kanunî sınırlamaların söz konusu olduğu hallerde, yukarıda da belirtildiği üzere, taşınmaz mal tasfiye edilerek bedeli ilgiliye verilmektedir. Aynı sonuca, genel hükümlere dayanılarak diğer şart bakımından da varılmalıdır. Bir başka ifade ile, aynı Köy Kanununun uygulamasında olduğu gibi, yabancı mirasçı şartlardan birinin bulunmaması nedeniyle bu sıfatını (ve hakkını) yitirmemeli, ancak mal tasfiye edilmelidir (89).

Bu durumda mahkeme kararına göre işlem yapmak durumunda olan tapu sicil görevlilerine kolaylık sağlamak üzere mahkemelerin yabancıların mirasçılığı ile ilgili kararları daha ayrıntılı (mirasçılık sıfatı + tasfiyeyi de kapsayacak şekilde) yazmaları önerilebilir.

Kanımızca, bu kadar tartışmaya ve bir çok hukuki kavramın yanlış anlaşılıp uygulanmasına yol açan “yabancıların mirasçılığı” konusunun açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesi, en köklü çözüm tarzı olacaktır. Anayasa'nın 35 ve 16 ıncı maddeleri ile TMK çerçevesinde, mirasçılık sıfatına sahip bir yabancıнын, karşılıklılığın bulunmaması veya kanuni sınırlamaların bulunması halinde bu sıfatın sona erip ermeyeceği, sona ermiyorsa ne gibi işlemlerin

---

(88) İşin mahiyeti icabı, öncelikle karşılıklılık araştırılır. Bu şart gerçekleşmişse, intikal eden malla ilgili herhangi bir sınırlayıcı hükmün olup olmadığı araştırılır.

(89) Bkz. Dörtgöz, G.Ö.: Tapu Sicil Hukuku, Tapu Sicil Tüzüğü Şerhi, (İçtihatlar-Genelgeler), Ankara 1997, s. 111-112; “Yabancılar Türkiye’de taşınmaz edinebildikleri yerlerde kendilerine miras kalan taşınmazların mülkiyet hakkına sahip olabilirler, taşınmaz edinemedikleri yerlerde miras kalan taşınmazlar ise, paraya çevrilerek adlarına bloke edilmektedir”.



yapılması gerektiği bu hükümde yer almalıdır (90). Zira, 1934’de çıkarılan Tapu Kanununun, miras hakkını ortadan kaldıran tatbi-kâtı dikkate alındığında yetersizliği ortadadır (91).

Sonuç olarak, Tapu Kanununun 35 inci maddesi mirasçılık sıfatına ilişkin bir hüküm değildir. Mirasçı sıfatına sahip yabancı-nın bu Kanunda belirtilen şartların bulunmaması halinde hakkı-nın tasfiye bedeli üzerinde devam etmesinin kabulü, hukuk siste-mimize en uygun yorum tarzı olacaktır.

---

(90) Tapu Kanununun 35inci maddesi şu şekilde değiştirilebilir:

“Madde 35- Yabancı gerçek kişiler Türkiye’deki taşınmaz malları kanunî sı-nırlamalara uymak ve karşılıklı olmak şartlarıyla iktisap edebilirler.

“Mirasçılık sıfatına sahip yabancı gerçek kişiler de birinci fıkradaki şartlar-la kendilerine intikal eden taşınmaz malları miras yoluyla iktisap edebilir-ler. Şartlardan birinin bulunmaması halinde miras hakkı, tasfiye bedeline geçer.”

“Ülkesinde Türk vatandaşlarının (mülkiyet ve) miras haklarını sınırlandı-ran veya yasaklayan devlet vatandaşlarının (mülkiyet ve) miras hakları hakkında mukabele bilmisil tedbirleri almaya Bakanlar Kurulu yetkilidir”.

(91) Bazı hususlarda, yabancı tüzel kişiler ve yabancıların sınırlı aynı hakları gi-bi, hiç bir hüküm ihtiva etmemesi de Kanunun diğer eksiklikleridir.





# AT YARIŞLARI DİSİPLİN HUKUKU

Av. Mehmet Ruhi TAPAN (\*)

## I- At Yarışlarının Amacı ve Yarış Düzenleme ile Müşterek Bahis Tertip Yetkisi

Ülkemizde At Yetiştiriciliğini geliştirmek ve At Yarışlarını daha iyi bir seviyeye ulaştırmak amacıyla 10.07.1953 tarih ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu Kanunun 1. maddesine göre Türkiye’de at yarışları düzenlemek ve Memleketimizin neresinde olursa olsun at yarışları üzerine Müşterek Bahis düzenlemek hak ve yetki Tarım ve Köyişleri Bakanlığına verilmiştir. Aynı Kanunun 5. maddesine dayanılarak Bakanlar Kurulunca bu hak ve yetki, Kanunun yürürlüğe girdiği 1953 yılından bu yana Türkiye Jokey Kulübü’ne (T.J.K.) devredilmektedir. En son 20 yıllık yetki devri 22.11.1993 tarih ve 93/5043 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yapılmış ve Tarım Bakanlığı ile T.J.K. arasında devir esaslarına ilişkin ayrıca 28 Ocak 1994 tarihli bir sözleşme bağlanmıştır.

---

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından



904 sayılı İslahı Hayvanat Kanunu, hayvan ıslahı görevini Tarım Bakanlığına verdiğinden, amacı at ıslahı olan At Yarışları düzenleyip tertip etmek hak ve yetkisi de bu nedenle 6132 sayılı kanunla Tarım ve Köyişleri Bakanlığına verilmiştir. Zira, ancak yarışlar yoluyla atların performansı ölçülebilir ve bu da ıslah çalışmalarına yön verir. Kısaca ifade etmek gerekirse At Yarışları özellikle “At İslahı” amacına yönelik olarak düzenlenmektedir. At yarışları düzenleme ve bu yarışlar üzerine yurdun neresinde olursa olsun müşterek bahis tertip etme hak ve yetkisi yukarıda değindiğimiz üzere 1953 yılından bu yana Türkiye Jokey Kulübüncü kullanılmaktadır.

Yönetim merkezi ve Genel Müdürlüğü İstanbul’da bulunan Türkiye Jokey Kulübü 23 Ekim 1950 tarihinde kurulmuş ve Bakanlar Kurulu’nun 7.3.1953 tarih ve 4/19 sayılı kararıyla da Kamu Yararına Çalışan Dernekler arasına alınmıştır. Türkiye Jokey Kulübü 1700 çalışanı; Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa, Adana, Şanlıurfa ve Elazığ illerindeki 7 adet Hipodrom Müdürlükleri ve ülke çapındaki 1217 adet Ganyan Bayilikleri ile büyük boyutta istihdam yaratan bir Kuruluş olması yanında, başta önemli kamu fonları olmak üzere kamu hizmetlerine trilyonlarca kaynak sağlayan etkin bir Kurum’dur. Türkiye Jokey Kulübü’nun sadece 1998 yılında Fonlara aktardığı ve vergi olarak yatırdığı parasal tutar 84 trilyondur.

Ülkemizde halen At Sahibi Belgesine sahip 3888 At Sahibi, 2500 adet koşan at bulunmaktadır. T.J.K. tarafından yurt dışından üstün niteliklere sahip aygırlar ithal edilerek ıslah hizmetlerine sunulmakta, başta TİGEM olmak üzere şahıslarca da yarış atı yetiştiriciliği yapıp satışa sunulmaktadır. T.J.K. bir İhtisas Kuruluşu olarak Hipodrom İnşaatlarını da yürütmektedir. Örneğin, Tür-



kiye’de ilk kez çadır çatılı olarak yapılan Ankara Hipodrom inşaatı T.J.K. tarafından inşa ettirilmiştir. Öte yandan, T.J.K. nün müşterek bahis düzenlenmesi, bu oyunların kontrolsuz ve yasa dışı yollarla oynatılmasını da önleyip yarış severleri korurken, bu ekonomik faaliyetin kayıt altına alınmasını sağlamakta ve ekonomimize yukarıda değinilen önemli miktarlardaki kaynakları sağlamaktadır.

At yarışları ve bu yarışlar üzerine müşterek bahis tertip etmeye dair esaslar 6132 sayılı “At Yarışları Kanunu” ile bu Kanuna dayalı “At Yarışları Tüzüğü”, “At Yarışları Müşterek Bahisler Tüzüğü” ve Yönetmeliklerle düzenlenmiştir.

At Yarışlarında “yarış otoritesi” Tarım Bakanlığıdır. Yarışlarla ilgili programlar başta olmak üzere önemli işlemler Tarım Bakanının onayı ile tamamlanır. Ayrıca, yarışlarla ilgili programlar başta olmak üzere Bakan onayına sunulacak işlemlerle ilgili önemli kararları almak, başta “Men” cezaları olmak üzere At Yarışları Tüzüğündeki belli ağırlıktaki cezaları vermek üzere Tarım Bakanlığına Bağlı “Yüksek Komiserler Kurulu” oluşturulmuştur. Bu Kurul’un bir kısım kararları kendiliğinden, bir kısım kararları da Tarım Bakanı’nın onayı ile geçerlilik kazanır.

Bakanlar Kurulu’nun 22.11.1993 tarih ve 93/5043 sayılı Kararı’na göre, at yarışlarında görev alacak; Komiser, Hakem, Handikaper ve doping muayene kurulları ile diğer teknik elemanların atanması Tarım Bakanlığınca yapılır.

## **II- At Yarışlarında Disiplin Suç ve Cezaları ve Ceza Verme Yetkisi :**

At yarışlarının yönetim ve denetiminde yetkili olan organlar aynı zamanda disiplin cezalarını da vermeye yetkilidir. Bu organların oluşum ve işlemlerine kısaca değinmek yararlı olacaktır.





## **A- At Yarışlarının Yönetim ve Denetimi ile Görevli ve Aynı Zamanda Disiplin Cezalarını Vermeye Yetkili Kurullar :**

### **1- Yüksek Komiserler Kurulu :**

Yüksek Komiserler Kurulu Tarım Bakanı tarafından atanan 8 kişi ile Tarım Bakanlığı Veteriner İşleri Genel Müdüründen (Koruma ve Kontrol Genel Müdüründen) oluşur. Kurul'un Başkanlığına tatbikatta Tarım Bakanlığı Müsteşarı atanmaktadır. Veteriner İşleri Genel Müdürü ise Kurul'un Genel Sekreterlik görevini de yürütür. Görüleceği üzere Kurul, Başkanı dahil 9 kişiden oluşmaktadır.

Kurul üye tam sayısının en az üçte ikisi ile toplanır. Kararlar ise mevcudun oybirliği veya çoğunluğu ile verilir. Oyların eşitliği halinde Başkan'ın katıldığı taraf çoğunluğu kazanmış sayılır.

Yüksek Komiserler Kurulu Tarım Bakanlığının sürekli kurullarından olup üyelerinin görev süresi üç yıldır Kurul'un emrinde bir Büro bulunur. At Yarışları Tüzüğü'nün 8. maddesine göre belli başlı görevleri şunlardır :

- Her yarış yılı için komiserlerin, yardımcı komiserler ve teknik müşavirlerin, hakemlerin, handıkaperlerin, doping muayene heyetinden şüpheli madde almakla görevli olanların, saha veterinerleriyle gerektiğinde yardımcılarının atanmasını Bakan onayına sunmak,

- Koşu sahalarını, kantarları, start makinalarını muayene ve kontrol etmek,

- At yarışları ile ilgili Tüzük ve Yönetmelikleri hazırlamak,

- Koşulara katılacak atların gruplandırılmasına ilişkin esasları saptamak,



- At sahiplerinin, antrenörlerin, binici ve seyislerin sicillerinin ve yarış atlarının koşullardaki durumlarına ait kayıtların yarış müessesesine (Türkiye Jokey Kulübünce) tutulmasını sağlamak ve bunların birer nüshasını muhafaza etmek,

- İtirazı kabil kararları inceleyip karara bağlamak,

- Komiserler Kurulunca verilecek cezalara karşı yapılacak itirazları inceleyip karara bağlamak,

- Bin lirayı aşan para cezaları ile altı haftayı aşan muvakkat veya müebbed men cezalarını vermek,

- Yarış programlarını hazırlayacak Yarış Kurulunu oluşturup bu Kurulun hazırladığı yarış programlarını inceleyip karara bağlayarak Bakan'ın onayına sunmak,

- Yarış işlerinde görevli elemanların disiplin suçlarından ötürü cezalandırmak,

- Jokey Kaza Yardım Sandığını Yönetmek,

- Her yıl yarış mevsimini saptamak, herhangi bir yarışı iptal etmek, kısmen veya tamamen ertelemek veya gününü ve yerini değiştirmek

- Yarış Otoritesi (Tarım Bakanı) tarafından gerekli görülen yarışlar ile ilgili konuları incelemek ve karara bağlamak

## **2- Komiserler Kurulu :**

Komiserler Kurulu üç kişiden oluşur. Bu Kurulun üyeleri Yüksek Komiserler Kurulunun kararı ve Tarım Bakanı'nın onayı ile atanırlar. Komiserler Kurulunda ayrıca üç yardımcı Komiser ile iki Teknik Müşavir bulunur. Yarışların yapıldığı her Hipodromda bir Komiserler Kurulu görev yapar. Yarışlar bu kurulların gözetim ve



denetimin de yürütülür. Komiserler Kurullarının başlıca görevleri şunlardır :

- Yarışların yürütülmesi ile ilgili her türlü düzenleme ve önlemleri saptayıp bunların yarış müessesince (Türkiye Jokey Kulübünün Hipodromdaki Müdürlüğü) yerine getirilmesini sağlamak,

- Yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmekten men edilmiş kişilerle, yarış yerlerinin nizamını bozan ya da koşuların dürüstlüğünü bozabilecek hareketlerde bulunanları bu tesislerden çıkarmak,

- İhtar, 1000 liraya kadar para cezası (1000 lira dahil) ve altı haftaya kadar (altı hafta dahil) yarışlara iştiraktan ve yarışlarla ilgili yerlerde sanat icrasından men cezaları vermek ve derhal uygulamak, yetkilerini aşan cezaları gerektiren olayları Yüksek Komiserler Kuruluna bildirmek,

- Yarışlara ilişkin her türlü kararı yarış yerlerinde ilân etmek,

- İcabında yarış atlarını muayene etmek veya ettirmek

- Müsteşerek bahislerin yönetiminde görülecek aksaklık ve düzensizlikleri gidermek ve startlarda sağlıklı giriş ve çıkış yapmayan ya da istikrarsız koşan atları yeterince eğitilinceye kadar, müsteşerek bahis dışı koşturmak,

- Koşuların programda tesbit edilmiş başlama zamanlarını icabında tehir etmek, Tüzükte belirtilen hallerde startların hükümsüzlüğüne karar vermek, koşu neticelerini onaylamak, gerektiğinde yarış sırasını değiştirmek,

Komiserler Kurulunun kendi yetkisi dahilinde verdiği cezalara Yüksek Komiserler Kurulu nezdinde itiraz edilebilir. Yüksek Komiserler Kurulunun itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir.



Yüksek Komiser Kurulunun yetkisi dahilindeki cezalara ilişkin suçların disiplin soruşturmaları ise Yerel Komiserler Kurulunca yapılır ve düzenlenen Fezleke incelenip karara bağlanmak üzere Yüksek Komiserler Kuruluna gönderilir. Yüksek Komiserler Kurulunun kendi yetkisi dahilinde verdiği disiplin cezaları kesin olup itiraz mercii yoktur. Ancak bu cezalar için idari yargı yolu açıktır. Nitekim, Yüksek Komiserler Kurulu'nun özellikle doping olayları üzerine verdiği men cezaları aleyhine Ankara'daki İdare Mahkemelerinde sıklıkla iptal davaları açılmaktadır.

Öte yandan, geçici bir tedbir olarak Komiserler Kurulunun; yetkilerini aşan cezaları gerektiren disiplin suçları ile yetkilerine giren suçlarda, bundan işleyenlerin yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili yerlere girmelerini, sanatlarını icra etmelerini ve yarışlara katılmalarını yasaklamak, yarış ikramiyelerine el koymak yetkileri de bulunmaktadır.

### **B- At Yarışları Kanununda Disiplin Suç ve Cezaları :**

6132 sayılı At Yarışları Hakkındaki Kanun disiplin cezalarını düzenlemekle birlikte bu cezaları gerektiren disiplin suçlarını teker teker belirtmemiş, suç ve cezaların çıkarılacak bir Tüzükle düzenlenmesini öngörmüştür. Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında disiplin suçlarının genel ve ortak bir tanımına yer verilmiş, disiplin cezalarının ise yalnızca tabanı belirtilip tavanı saptanmamıştır.

Bu düzenlemeye göre;

Yarış usul ve nizamlarına ve yarış dürüstlüğüne aykırı hareket eden at sahibi, antrenör, jokey, jokey yamağı, seyisler vesair hizmetliler hakkın da aşağıda yazılı inzibati cezalar tatbik olunur:

- 1) İhtar;
- 2) 100 liradan aşağı olmamak üzere para cezası;



- 3) At sahibi için atlarının muvakkat veya müebbeden yarışa iştirakten men'i;
- 4) Yarışlarla ilgili yerlerde muvakkaten veya müebbeden san'at icrasından men;
- 5) Yarış yerlirenini, hipodromlara, yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmekten muvakkaten veya müebbeden men;

Bu cezalardan ihtar cezası ile 1000 liraya kadar para cezası, altı haftaya kadar yarışlara iştirakten ve yarışlarla ilgili yerlerde san'at icrasından muvakkaten men cezaları yarış Komiserler Kurulu tarafından verilip derhal uygulanır. Bu cezalara karşı öğrenme tarihinden itibaren 15 gün zarfında Yüksek Komiserler Kuruluna itiraz edilebilir. At Yarışları Tüzüğü'nün 2. maddesinin 39. bendine göre; hipodrom veya yarış yerindeki ilân tablolarına asılma veya yarış bültenine yazılmayı müteakip öğrenme gerçekleşmiş sayılır.

1000 lirayı aşan para cezaları ile altı haftayı aşan muvakkat men cezaları ve müebbed men cezaları Yüksek Komiserler Kurulunca verilir. Yüksek Komiserler Kurulunca itiraz üzerine veya doğrudan verilen cezalar kesindir.

Yukarıda görüleceği üzere disiplin cezaları ile ilgili iki sorun hemen göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki para cezaların üst sınırları ile muvakkat men cezalarının alt ve üst sınırlarının yasada belirtilmemesidir. Diğer ise disiplin suçlarının yasada teker teker düzenlenmemiş, hangi suça hangi cezanın uygulanacağını belirtilmemiş olmasıdır. Kanımızca bu haliyle anılan yasa hükmü Anayasa'nın 38. maddesindeki; "...Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulabilir." hükmüne aykırı düşmektedir. Yasada öngörülen disiplin ce-



zalarından bir kısmının Genel Ceza Yasalarındaki cezaların bir kısmıyla verilmiş prosedürü dışında aynı ağırlıkta olduğu yadsınmaz.

6132 sayılı yasanın 8. maddesinde, disipline ilişkin hususlar ile disiplin cezalarının hangi hallerde hangi merciler tarafından verileceği hususlarının tüzükle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu hükme dayalı olarak çıkarılan “At Yarışları Tüzüğü”, 19.7.1955 tarih ve 4/5592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuş ve günümüze kadar 13 kez değişikliğe uğramıştır. Disiplin suç ve cezaları ise bu Tüzüğün 118-151 maddelerinde kapsamlı olarak düzenlenmeye çalışılmış, disiplin suçları ve uygulanacak cezalar ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

### **C- At Yarışları Tüzüğünde Disiplin Suç ve Cezaları**

At Yarışları Tüzüğü'nün 118-151. maddeleri arasındaki 34 maddede düzenlenen at yarışlarındaki disiplin suç ve cezalarının bir kısmı bir fikir vermek amacıyla kısaca şunlardır :

1- Binici kusuru ya da kastından ileri gelen nedenlerle start gecikmişse biniciye 300 Tl. dan 600 liraya kadar para cezası verilir. Gecikme atın huysuzluğu ya da idmansızlığından ileri geliyorsa antrenörüne 500 Tl. dan 1000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca, at startı almış hale gelinceye kadar katılması yasaklanır ve iki haftaya kadar müşterek bahis dışı koşturulur (md. 118).

2- Ringin disiplin ve düzenini bozan, atını ringe geç getiren, ringin içinde yarış dürüstlüğüne uymayan ve koşuların düzenini bozan davranışlarda bulunan at sahiplerine, vekillerine, antrenörlere ya da seyislere 500 Tl. dan 1000 liraya kadar para cezası verilir (md. 119).

3- Atını koşuyu kazanmak gaye ve gayreti ile koşturmayan biniciye bir haftadan altı haftaya kadar sanat icrasından men ceza-



sı verilir. At da aynı süre için yarışa girmekten men edilir (md. 130).

4- Antrenöründen başka kimseler tarafından idman ettirildiği ya da hiç ettirilmediği anlaşılan atların antrenörleri 3 hafta tekrarımda 6 hafta sanat icrasından, at ise aynı süre ile koşulara katılmaktan yasaklanır (md. 134).

5- Müşterek bahse giren jokey ve jokey yamaklarına (apranti) bir yıl süreyle sanat icrasından ve yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmekten men cezası verilir (md. 139).

6- (Doping) Bir atın koşudaki sürat, kuvvet ve cesaretini veya bunlardan birini veya tümünü değiştirmek amacıyla, normal gıdalar dışında herhangi bir maddeyi, herhangi bir şekil ve herhangi bir yolla ata veren, verdiren veya verdirilmesine imkânlarını kolaylaştıran yahut verilmesine mani olmayan veya müsamaha eden at sahipleri, sahiplerin vekilleri, antrenörleri, binicileri, seyisleri vesair hizmetlilerinden;

a) At sahiplerine ve vekillerine ilk defasında bir yıl süreyle yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmekten men cezası verilir. Tekerrürü halinde bu ceza iki yıldan aşağı olamaz.

b) Antrenör, seyisbaşı ve seyislere binicisinde bir yıl süreyle sanat icrasından ve yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili yer ve tesislere girmekten men, antrenörlere ayrıca 50.000 liradan 100.000 liraya kadar para cezası verilir. İkinciside bu cezalar bir katı arttırılır. Üçüncüsude ömür boyu men cezası verilir.

c) Binicilere vesair hizmetlilere ilk defasında bir yıl süreyle sanat icrasından, yarış yerlerine, hipodromlara ve yarışlarla ilgili mahal ve tesislere girmekten men cezası verilir. Tekerrürü halinde bu ceza iki yıldan aşağı olamaz.



Antrenöre ve Fiile iştiraki tesbit edilen at sahibi ve vekiline ayrıca 2.500liradan aşağı olmamak üzere para cezası verilir.

Bu fiile (dopinge) at sahibinin, vekilinin antrenör ya da seyisinin katıldıkları tesbit edilmemiş olsa bile at, ilk defa bir yıl süresince tekrarında süresiz olarak yarışa girmekten yasaklanır (md. 143.).

7- Bir at ya da jockey koşu sırasında rakiplerinden bir ya da birkaçına çarptığı, sıkıştırdığı, önünü kestiği ya da hareketini engellediği takdirde Komiserler, olayın ağırlık derecesine ve sonucuna göre atı, varsa ahırdaşlarını derece dışı bırakırlar ya da rahatsız edilen atlardan sonra derecelendirilirler (md. 144/II).

8- Tüzük hükümlerine göre koşularda görevlendirilen, görevlendirildikleri koşulara ait müşterek bahislere katılamazlar. Aksi-ne hareket edip görevlerini ihmal ya da suistimal edenler fiillerinin ağırlık derecesine göre; ihtar, 100 liradan 1500 liraya kadar para cezası, altı haftadan aşağı olmamak üzere görev yapmaktan men ya da altı haftadan aşağı olmamak üzere yarış yerlerine girmekten men cezasına çarptırılır (md. 149).

Yukarıda değindiğimiz suç ve cezalar At Yarışları Tüzüğünden örnek olarak alınan yalnızca bir kısım suç ve cezalardır.

### III- Disiplin Cezalarının Yetersizliği

At Yarışları Kanununun 4. maddesinde düzenlenen cezalar çok yetersiz kalmış ve büyük ölçüde caydırıcılığını yitirmiştir. Para cezalarının tabanı 100 liradır. Kanunda değinilen en yüksek para cezası limiti 1000 liradır. Üst sınırı Tüzüğe bırakılan para cezalarının en yüksek miktarı Tüzüğün 143/b maddesinde DOPİNG suçu için 100.000 lira olarak öngörülmüştür. Para cezalarının miktarı Tüzükte saptandığından bu cezaları güncelleştirmek de olanaklı olmamaktadır. Zira, para cezalarının güncelleştirilmesi için T. Ce-





za Kanununa 3506 ve 3591 sayılı Kanunlarla getirilen Ek Madde 1 ve 2'ye göre, T.B.M.M kurulduktan sonra ancak kanunlarla getirilen disiplin para cezalarının güncelleştirilmesi mümkündür. Bu durumda ancak 6132 sayılı Kanundaki 100 ve 1000 liralık para cezaları memur maaş katsayısı ile güncelleştirilebilecektir. 1999 yılı ikinci yarısı için memur maaş Katsayısı 12000 olduğuna göre Kanundaki 100 liralık para cezasının karşılığı;  $12000 \cdot 84 = 11916 \cdot 75 = 158 \times 100 \times 60 = 948.000,-$  Tl. dir. Kanundaki 1000 liralık para cezasının karşılığı ise aynı hesap yöntemiyle  $9.480.000,-$  Tl. dir.

Para cezalarının her suç için kanunda saptanmaması nedeniyle günümüzde at yarışlarında işlenen disiplin suçları için uygulanacak en yüksek para cezası 1999 yılı 2. yarısı için  $9.480.000,-$  Tl. olmaktadır. Halbuki bu cezalar kanunla saptanmış olsaydı, en ağır disiplin suçu olan Doping fiili için At Yarışları Tüzüğü'nün öngördüğü asgari 50.000 azami 100.000 liralık para cezasının günümüzdeki karşılığı şöyle olacaktı. 50.000 lira,  $158 \times 60 \times 50.000 = 474.000.000,-$  liraya, 100.000 lira ise  $948.000.000,-$  liraya tekabül edecekti. Bu sorun suçların ve gerektirdiği para cezalarının taban ve tavanlarının teker teker kanunla düzenlenmesi halinde aşılacaktır.

Disiplin cezalarının yetersizliği hususunda yaşanan diğer bir durum da, doping suçuna iştiraki saptanamayan at sahipleri için atının yarışlara girmekten geçici ya da sürekli yasaklanması ancak, bu cezanın idari yargı tarafından sürekli olarak iptal edilmesidir.

At Yarışları Tüzüğü'nün 143. maddesi; Doping suçuna at sahibinin, vekilinin, antrenör ya da seyisinin katıldıkları tesbit edilmiş olsa bile atın, ilk defa bir yıl süreyle, tekrarında ise süresiz olarak yarışa girmekten yasaklanmasını öngörmektedir. Tatbikatta



doping genellikle seyis, seyis yardımcısı veya antrenörler tarafından uygulanmakta, at sahibinin suça iştiraki saptanamamakta ya da gerçekten at sahibinin bilgisi dışında doping yapılmış olmaktadır. Ancak, bu durumlarda at sahibine yarış yerlerine girmekten men cezası verilmemekle beraber anılan Tüzük hükmü gereği at yarışlarından yasaklanmaktadır. Bu cezalara karşı at sahipleri tarafından idari yargıda açılan iptal davaları at sahipleri lehine sonuçlanmakta, at sahibinin dopingli atı için verilen yarışlara girmekten men cezaları sürekli iptal edilmektedir.

Ankara İdare Mahkemeleri tarafından verilip Danıştay 10. Dairesince de onanarak müstakar hale gelen kararlarda; bir at sahibi hakkında 6132 sayılı Kanunun 4. maddesinde yazılı cezalardan birinin uygulanabilmesi için, o at sahibinin yarış usul ve nizamlarına ve yarış dürüstlüğüne aykırı hareket ettiğinin sabit olmasının gerektiği, At Yarışları Tüzüğü'nün 143. maddesinin son dan bir önceki fıkrasındaki hükmün Kanunun 4. maddesine açıkça aykırı olduğundan 2577 sayılı İYUK'nun 7/4 maddesindeki kural uyarınca uygulama kabiliyetinin bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bu konudaki idari yargı kararlarında oybirliği sağlanamamakta, gerek Ankara İdare Mahkemelerinin ve gerekse Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin kararlarında sıklıkla ayrışık oylara rastlanmaktadır. Bu ayrışık oylarda ise; sahibi olduğu ata doping maddesi verilmesinde kendi kasıtlı veya kusurlu eylemi bulunmasa bile ihmali nitelikteki pasif eylemi ile bir şekilde engel olmayan veya olamayan at sahibinin bu sonuçtan sorumlu tutulması ve bu pasif eyleminin yarış dürüstlüğüne aykırı eylem sayılmasını öngören tüzük düzenlemesinin ise üst norma aykırılığından ve dolayısıyla ihmal edilmesi gerektiğinden söz edilmesine olanak bulunmadığı savunulmaktadır. Diğer yandan, pozitif hukukumuzda disiplin suç ve cezalarının kanunda öngörülen genel nitelikli bir hükme dayalı olarak tüzük ve yönetmelikle düzenlendiğine ilişkin çok sayıda örnek bulunduğu, kaldığı, kambiyo suçları ile ilgili Yargıtay uygulamaların-



da bile, yasaya dayalı düzenleyici idari metinlerle suça kaynaklık eden idari eylemlerin belirlenebileceği ve bunun cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olmadığı kabul edildiği vurgulanmaktadır.

Ülkemiz uygulamasında doping tesbiti yarışlardan sonra yapıp müşterek bahislerdeki yarış sırasını değiştirmedeğinden ve ancak atın diskalifiye edilmesi sonucu at sahibini yarış ikramiyesi almaktan mahrum ettiğinden, müşterek bahis oynayan yarışseverler yönünden haksızlığa yol açmaktadır. Yarış öncesi doping tesbiti uygulamasına geçinceye kadar ciddi ağırlıktaki cezalarla dopingin caydırılması gerekmektedir. Bunun için de at yarışlarına ilişkin disiplin suçları ile gerektirdiği cezaların alt ve üst sınırlarının 6132 sayılı yasada düzenlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

#### **IV- Öneriler :**

6132 sayılı At Yarışları Kanununun 4. maddesinde disiplin suçları ayrıntılı olarak düzenlenip, cezaları da alt ve üst sınırlarıyla belirlenmelidir. Bu biçimde bir düzenleme kanımızca Anayasanın 38. maddesinin de bir gereğidir.

Öte yandan, tamamen sembolik hale gelmiş olan ve üst sınırları At Yarışları Tüzüğü ile belirlendiğinden güncelleştirme olanağı bulunmayan ve bu yüzden caydırıcılığını tamamen kaybetmiş bulunan para cezaları günün koşullarına uygun düzeye getirilmelidir. Her suçun para cezası yasayla saptanacağından, yasal düzenlemeyi takip eden yıllarda güncelleştirilebilecektir.

Doping suçu özel bir önem arzettiğinden, bu suçu isteyenlere verilecek meslekten ve yarış yerlerine girmekten men cezaları yanında, yüksek düzeyde para cezası öngörölmeli, 1953 yılında çıkarılmış olan Tüzükteki 50.000-100.000 liralık para cezasının günümüzdeki güncelleştirilmiş karşılığının 474.000000-948.000.000 lira olduğu gözönünde bulundurulmalıdır.



Ayrıca, at sahibinin doping suçuna katıldığı kanıtlanamasa bile dopingli olarak koştuğu laboratuvar muayenesi sonucu tesbit edilen atın yarışlara katılamayacağı yapılacak yasal düzenlemede yer almalıdır. Ancak, ilk kez dopingli koşturulan bir atın, ceza aldığı koşudaki birincilik ikramiyesinin üç katı tutarındaki para cezasının at sahibi tarafından yarış müessesesine yatırılması halinde, koşulara katılmasına da olanak sağlanarak, dış müdahale ile dopinge maruz kalan soylu bir at gözden çıkarılmamalıdır.





# KURUMSAL TAHKİMDE HAKEM BAĞIMSIZLIĞININ KORUNMASI

Dr. Âlim TAŞKIN (\*)

## A- GENEL OLARAK

Ülkemizde 1927 yılından itibaren yürürlükte bulunan ve İsviçre'nin 1925 tarihli Neuchâtel Usul Kanunundan iktibas edilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun diğer hükümlerinde bugüne kadar pek çok kez değişiklik yapılmasına karşın, tahkimi düzenleyen hükümlerde (m. 516-536) bu güne kadar hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Tahkim konusunda çeşitli ülkelerde milli ve milletlerarası tahkim konusunda reform niteliğinde tahkim hükümleri kabul edilmiştir. Özellikle milletlerarası kurumsal tahkimde, gerek reform niteliğinde hükümlerin kabul edilmesi, gerekse tahkim yargılamasına beklentilerin üzerinde başvurulmuş olması, milli ve milletlerarası alanda tahkimin önemini daha da artırmıştır.

Milletlerarası ticari tahkim, niteliği itibariyle bir uyumsuzluğun milletlerarası bir karakter taşıması ve bir milletlerarası ticari uyumsuzluğun tahkime konu olmasıdır. Milletlerarası ticareti ilgi-

---

(\*) G.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflâs Hukuku Öğretim Görevlisi.



lendiren akitlerden doğan ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik tahkim, milletlerarası ticari tahkim olarak kabul görmektedir. Kişi ve kuruluşların bir başka ülke mahkemesinde bir başka ülkenin kanunlarına göre yargılanması, alınan kararların yabancı mahkeme kararı kimliği taşıması, milletlerarası ticari tahkimin tarafsızlık özelliği (1) itibariyle devlet mahkemesi yerine, özel yargı yolu ile uyuşmazlığın sonuçlandırılması tercih edilmektedir.

## **B- ICC TAHKİM KURALLARI VE TOBB TAHKİM HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI VE TAHKİM DİVANININ FONKSİYONU**

### **I- ICC Tahkim Kurallarının Uygulama Alanı ve Tahkim Divanının Fonksiyonu**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (m. 516-536) kurumsal tahkimle, ad hoc tahkim bakımından bir fark gözetilmemiş olduğu esastan hareketle, Türk hukuku bakımından uyuşmazlığın milletlerarası karakter taşıması veya uluslararası bir unsur içermesi halinde, Milletlerarası Ticaret Odasına bağlı bir tahkim kuruluşuna müracaat edebilirler. ICC (International Chamber of Commerce); milletlerarası ticaretin şartlarını geliştirmek ve milletlerarası ticarete ticari işbirliğini sağlamak amacıyla 1919'da kurulan ve merkezi Paris'te bulunan özel nitelikte milletlerarası bir kuruluştur. ICC tahkim kurallarına göre gerçekleşen tahkim, hukuki niteliği bakımından bir kurumsal tahkimdir. ICC tahkim kuralları 1 Ocak 1988 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ancak 1 Ocak 1998 tarihinde yeni ICC Tahkim Kuralları yürürlüğe girmiş; ICC Milletlerarası Tahkim Divanının Statüsü (Ek-I), ICC Milletlerarası Tahkim Divanı İç Kuralları (Ek-II), Tahkim Masraf-

---

(1) Tarafsızlık kavramı hakkında bkz. AKINCI, Ziya : Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 44 dn. 139.



ları ve Ücreti (Ek-III) yeniden düzenlenmiştir. Tahkim Divanı, IC-C'ye bağlı bir tahkim kurumudur. Tahkim Divanı, ICC Sulh Kararlarını ve tahkim kurallarının uygulanmasını sağlar ve bu fonksiyonlarını, ICC'den ve onun organlarından bütünüyle bağımsız olarak icra eder (2).

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC); Uzlaştırma ve tahkim hükümlerine göre; ICC Tahkim Divanı, milletlerarası ticari nitelik taşıyan uyuşmazlıkların kısa sürede ve düzenli biçimde çözülmesini sağlamayı amaçlamakta ve idari nitelikte hizmet vererek, tahkimi organize etmektedir. ICC Tahkim Kurallarına (m.1/2) göre, Tahkim Divanı uyuşmazlığı kendisi çözmekte, teknik anlamda hakemlik görevini üstlenmemektedir.

1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yürürlüğe giren yeni ICC tahkim Kurallarına (m.1) göre, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanının fonksiyonu; kural olarak milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla ve Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Kurallarına uygun bir tarzda çözümünü sağlamaktır. Tahkim sözleşmesiyle yetki verilen hallerde Divan; milletlerarası ka-

- 
- (2) ICC hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RAINER, Andreas : Handbuch der ICC- Schiedsgerichtsbarkeit, Wien 1989; WENGER, Werner : Zur Verfahrensautonomie institutioneller Schiedsgerichte, insbesondere zur Verlängerung der Sechsmontatefrist gem. Art 18 der ICC-Verfahrensordnung (In: IP-Rax., 1989) s. 210 vd; RAESCHKE, Kessler-Hilmar/BÜHLER, Micheal : Aufsicht über den Schiedsrichter durch den ICC-Schiedsgerichtshof (Paris) und rechtliches Gehör der Parteien (ZIP., 1987) s. 1157-1166; JARVIN, Sigvard: Änderungen der Vergleichs- und Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC, Paris) (Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC, Paris) (Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Bd, 1, 1987), s. 140 vd; ŞANLI, Cemal : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, v. 78 dn. 213.





rakterde olmayan ticari uyuşmazlıkların, bu kurallara uygun Şekilde tahkim yoluyla cözümünü de sağlar. Divan, işlevsel bakımdan uyuşmazlıkları kendisi cözmemekle birlikte, kuralların uygulanmasını sağlama (temin) işlevi bulunmaktadır (ICC-TK. m 1/2) ve bu amaç için gerekli tüm yetkiye sahiptir (ICC-Tahkim Divanı Statüsü m.1). Bu yönüyle yeni düzenleme farklı hükümler içermektedir.

Divan, uyuşmazlığı bizzat karara bağlamadığından, taraflarca hakemin tayin edilmediği hallerde hakem kararı, Divanca seçilen hakemler tarafından verilir. Hakemlerin seçimi konusunda irade serbestisi kabul edilmiştir. Tarafların serbest iradeleriyle düzenlemediği veya taraflarca uzlaşma sağlanamayan durumlarda hakem seçimine Tahkim Kuralları uygulanmaktadır.

ICC Tahkim Divanının, Divan ile hakemler arasındaki ilişkiler bakımından hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıracak biçimde yetkisini kullanıp kullanamayacağı özellik arzeden bir durumdur. Divanın görev ve yetkilerinin sınırı, Tahkim Divanı İç Kuralları ile belirlenmiştir. Buna göre Tahkim Divanı, uyuşmazlıkları kendisi cözemez. Tahkim Divanı üyeleri ve başkanı, tahkim davasında hakem olarak hareket edemezler. Tahkim Divanı, hakem olarak Divan üyelerini ve başkan yardımcısını hakem olarak tayin edemez (ICC-İç Kurallar m 2/2). Tahkim Divanının başkan, başkan yardımcısı ve üyeleri hakem mahkemesi (hakem kurulu) önündeki yargılamaya ilişkin görüşmelere, hakem mahkemesi kararlarına katılmaktan kaçınmak zorundadırlar ve bu kişiler, yargılamaya ilişkin herhangi bir bilgi ve belge alamazlar (ICC-İç Kurallar m. 2/4-5).

## **II- TOBB Tahkim Hükümlerinin Uygulama Alanı ve Tahkim Divanının Fonksiyonu**

5590 Sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Ka-



nunun (3) hukuki statüsünü düzenleyen 1. maddesiyle, kanunda düzenlenen hizmetleri görmek amacıyla kurulmuş, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak ifade edilmektedir.

Kanunda Türk Odalar ve Borsalar Birliğinin (TOBB) göreceği hizmetler arasında “Üyelerin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, mensupların birbiriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini, ahlâk ve tesanütü korumak ve kanunda yazılı diğer hizmetleri görmek” bulunmaktadır.

Kanunda yazılı diğer hizmetler arasında 5590 sayılı Kanunun Odaların görevlerini düzenleyen 5. maddesinin O bendine göre “ilgililerin talebi üzerine deniz ticareti ile ilgili ihtilaflarda hakemlik yapmak” ve “ilgililerin talebi halinde ticari ve sınai ihtilaflarda hakem olmak” da (m 5.3) bulunmaktadır. 5590 sayılı Kanunda zorunlu tahkime ilişkin hükümlere yer verilmediğinden, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen (m. 516-536) ihtiyari tahkim hükümlerinin uygulanması esastır. Kanunda (m 5.3) uyumsuzluğun niteliği hakkında bir ayırım yapılmakta, Odaların “ticari ve sınai ihtilaflarda” (4) hakem olabilecekleri düzenlenmektedir. Kanuna (m. 17,f) göre “Tüccarlar arasında doğacak ihtilafları çözmek üzere hakem heyeti seçmek, mahkemeler tarafından istenecek hakem ve bilirkişi listelerini tasdik etmek” Oda meclisinin görevleri arasında sayılmıştır.

(3) Kanunun adı 24/12/1981 tarih ve 2567 sayılı kanunla, ifade edildiği gibi değiştirilmiştir. Tahkim Şartnamesi ve İç Yönetmelik hakkında bkz; Türkiye Ticaret, Sanayi Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tahkim Şartnamesi ve TOBB Tahkim Divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliği, TOBB Yayını, Ankara 1991.

(4) Bkz. KALPSÜZ, Turgut : Ticaret Odalarında Cereyan Eden Tahkim (Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1965), s. 213-215.



Bu hükümler dikkate alındığında, konu olarak ticari ve sınai alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıklardır. Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Tahkim Şartnamesine göre (m.1) bu birliklerce; Türk firmalarının kendi aralarında, gerek Türk firmaları ile yabancı firmalar arasında, gerekse yabancı firmaların kendi aralarında ticari ve sınai alanda meydana gelen ihtilaflara tahkim şartnamesi hükümlerine göre, tahkim yoluyla çözüm bulunması amaçlanmaktadır.

Kanunda (m 5, r/3) Odaların hakem olacağı ticari ve sınai uyuşmazlıklarda tahkim talebinde bulunacak ilgililerden, sadece Odalarca verilen mesleki hizmetlerden yararlanan tacir ve sanayicilerin anlaşılamayacağı, TOBB Tahkim Divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliğinin 3. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre TOBB nezdinde ticari ve sınai faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların hakemlerce çözümünü sağlamak amacıyla kurulan Divan, ortaya çıkacak uyuşmazlıkları kesin olarak çözüme bağlamak üzere, hakemlerin tespiti ve tayini görevini yapmaktadır.

5590 sayılı Kanunda Odaların görevlerini düzenleyen hükümler de (m 5/0 ve m 5/3) ilk bakışta Odaların bizzat hakemlik yapacağı ve hakem olabileceği izlenimi verecek şekilde düzenlenmiştir. Teknik anlamda kullanılmayan bu hükümler yanıltıcı ifadeler içermektedir. Esas itibarıyla TOBB Tahkim Divanı, tahkimi organize etmektedir. Tahkim Şartnamesinin 51. maddesinde düzenlendiği gibi “Divan anlaşmazlıkları çözerek bizzat karara bağlamaz. Divan hakemin karar verme yetkisine riayetle yükümlüdür.” Aynı hükme TOBB İç Yönetmeliğinin 35. maddesinde de yer verilmiştir.

### **C- TAHKİM DİVANININ YETKİSİ VE HAKEM BAĞIMSIZLIĞI**

ICC Tahkim Divanının, Divan ile hakemler arasındaki ilişkiler bakımından hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıracak biçimde yetkisini kullanıp kullanamayacağı özellik arzeden bir durumdur.



Divanın görev ve yetkilerinin sınırı Tahkim Divanı İç Kuralları ile belirlenmiştir. Buna göre Tahkim Divanı uyuşmazlıkları kendisi çözemez. Tahkim Divanı üyeleri ve başkanı tahkim davasında hakem olarak hareket edemezler. Tahkim Divanı, hakem olarak Divan üyelerini ve başkan yardımcısını hakem olarak tayin edemez (ICC-İç Kurallar, m 2/2). Tahkim Divanının başkan, başkan yardımcısı ve üyeleri hakem mahkemesi kararlarına katılmaktan kaçınmak zorundadırlar ve bu kişiler yargılamaya ilişkin herhangi bir bilgi ve belge alamazlar (ICC-İç Kurallar m 2/4-5).

Hakemler, tahkim konusu uyuşmazlık hakkındaki kararı imzalamadan önce karar, hakem mahkemesi tarafından taslak halinde Divana sunulur. Divan hakem kararının biçimi konusunda değişiklik yapabilir ve hakem mahkemesinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmeksizin (5) kararın bazı noktalarına dikkat çekebilir. Karar şekilsel olarak Divanın onayına tâbidir. (ICC-TK m. 27). Tahkim Divanı taslak hakem kararını incelerken, kararın uygulanabilirliği ölçüsünde, tahkim yerinde uygulanması zorunlu hukuken gereklerini dikkate alır. (ICC-Divan Statüsü m. 6). Hakem mahkemesi tarafından hakem kararının tashihi belli hususlar için öngörülmüştür. Hakem mahkemesi kendi insiyatifi ile maddi yazı hatasını, hesap hatasını, baskı hatasını veya bir hakem kararı içinde yer alan benzeri nitelikteki bir hatayı tashih edebilir (ICC-TK m. 29/1). Hakem kararındaki hatanın düzeltilmesi ve hakem kararının yorumu için taraflar da talepte bulunabilir.

5590 sayılı Kanun bakımından da, TOBB Tahkim Divanının denetim ve gözetim işlevi vardır. Buna göre Divan, hakemce kendisi-

- (5) Doktrinde ifade edilen bir görüşe göre “Daimi hakem kuruluşlarının yönetimlerinde yer alanların sahibi oldukları hakem mahkemesi hükmünü onaylama yetkisi, hakemin maddi bağımsızlığı ilkesine o derece aykırı düşer ki, onay talebini ret sebepleri, sadece yargılama usullerine aykırılığın tespiti veya tek (münferit) bir usul işlemine aykırılıkla sınırlandırılrsa dahi kabulüne imkan yoktur”. SCHLOSSER, Peter : (Çev. ÜSTÜNDAĞ, Samim/TANVERDİ, Mücahit : Hakem Mahkemelerinin Maddi Bağımsızlığı (İBD., 1987/1-3) s. 11.



ne sunulan yazılı ve imzalı hakem kararını “şekil ve usul yönünden” inceleyerek, eksiklik görmesi halinde, öngörülen düzeltmenin yapılması veya eksikliklerin tamamlanmasını sağlamak üzere hakeme iade eder. Divan, hakem kararında esasa ilişkin önemli bir hata tespit etmesi halinde, hakemin bağımsız olarak karar verme yetkisini herhangi bir şekilde kısıtlamamak kaydıyla” dosyanın yeniden incelenmesini hakemden istemek yetkisine sahiptir (İç Yönetmelik m. 35/a). Hakemin dosyada eksiklik bulunmadığına karar vermesi veya eksikliğin tespit edilerek tamamlanması halinde, karar Divan tarafından onaylanmaktadır. Divanın hakem kararını onaylamasının önemi, hakem kararının hukuki sonuç doğurması veya doğurmaması bakımından özellik arzeder. Buna göre Divan tarafından onaylanmayan hakem kararı, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz (Tahkim Şartnamesi m. 51, İç Yönetmelik m. 35/a). ICC tahkim kurallarının önemi, TOBB; tahkim hükümlerinin hazırlanmasında esas alınmış ve kaynaklık etmiş olmasıdır.

Tahkim konusu uyuşmazlık hakkındaki bazı hususlarda hakemin dikkatinin çekilebilmesi ve hakemin uyarıyı dikkate alarak kararında değişiklik yapması üzerine hakemin bir başka uyuşmazlık bakımından hakem tayin edilmeme riskine karşı, Divanın uyarılarını dikkate almak zorunda kalacağı ve böylece hakem bağımsızlığının dolaylı olarak olumsuz yönde etkileneceği de doktrinde ifade edilmektedir (6).

- (6) Bkz. KURU, Baki : (II. Tahkim Haftası-Tartışmalar Ankara 1984), s. 242; ÜSTÜNDAĞ, Saim, (II. Tahkim Haftası-Tartışmalar, Ankara 1984), s. 259; AKINCI-Milletlerarası Ticari Hakem, s. 169; Milletlerarası ticari hakem kurallarını bilerek kabul eden hakemlerin kendilerine bu kurallara göre, telkin veya ikazda bulunulması halinde, bunun hakemlerin bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı hakkında bkz. KARAYALÇIN, Yaşar : (II. Tahkim Haftası Tartışmalar, Ankara 1984), s. 233; Tahkim Divanının yetkisinin hakemin “dikkatini çekmek” ten ibaret olduğu, ikaza rağmen hakemin kararını değiştirmedeği hallerde, Divanın hakemin karar verme özgürlüğüne uymak zorunda olduğu, Divanın yalnız şekilde ilgili değişiklikler yapılması önerisinde bulunabileceği hakkında bkz. KALPSÜZ, Turgut : (II. Tahkim Haftası-Tartışmalar, Ankara 1984) s. 237.



Hakem kararlarının Divanın onayına sunulması zorunluluğu, hakemin karar verme serbestisini etkileyip etkilemediği, ICC Tahkim Divanının, hakem kararı üzerindeki sınırlı da olsa inceleme yetkisinin, kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği sorununu da bünyesinde taşımaktadır (7). Doktrinde ICC Tahkim Divanının yetkisinin, uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararı kapsadığı, hakem kararının tenfizinde başarılı sonuç elde etmeye yönelik bir inceleme olduğu ifade edilmekte birlikte (8) Çoğunluk görüşü ICC Tahkim Kurallarının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönündedir (9).

- (7) Bir görüşe göre “Her ne kadar müesseseleşmiş olarak nitelediğimiz talimat verme yetkisi, bir veto unsurunu da içeriyorsa da böyle bir talimat verilmişse hakemin maddi açıdan bağımsızlığını koruduğunu kabullenmek gerekir. Hakemin bu konuda karar verirken, tahkim denetleme makamının görüşlerine önemli ölçüde dikkat ederek bu doğrultuda karar vermeye eğilimli olacağı düşüncesi, tek başına verilen hükmün kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmaz”. SCHLOSSER-Maddi Bağımsızlığı s. 16.
- (8) Bu konudaki görüşler hakkında bkz. NOMER; Ergin : Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı (MHB., 1984/1) s. 30; ŞANLI-Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 81.
- (9) Bkz. NOMER, Ergin : Devletler Hususi Hukuku, 7. B, İstanbul 1993, s. 462 dñ 256; KORAL; Rabi : Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 tarihli Kararının Eleştirisi (Hıfzı Timur’a Armağan, İstanbul 1979, s. 469; OKCUOĞLU, Yavuz : Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 525; BİRSEL; Mahmut T : Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem kararlarının 2675 Sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Türkiye’de Tenfizi, (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 25-26 Kasım 1983, s. 148-149; ŞANLI -Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 82; AKINCI- Milletlerarası Ticari Hakem, s. 171; DAYINLARLI; Kemal : Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 64 vd; ÖKÇÜN, Gündüz, A : Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 128 vd; Yargıtay’a göre “MTO bir kısım ulusların oluşturduğu resmi bir uluslar topluluğu niteliğinde olmayıp, esas itibarıyla çeşitli uluslara ait Tacir ve Sanayicilerin kurduğu özel bir teşekküldür. Tüzüğü belirli bir devletin mevzuatı niteliğinde olmadığı için kamu vasfı yoktur. Bu hükümler bir kanun gücünde olmadığından, kamu düzenini ilgilendiren emredici mahiyette de sayılmazlar. MTO Hakim Divanı ve Sekreteryası bir kamu kurumu sayılmadığı için, hakem kararlarını incelerken veya bunları sekreterliği vasıtasıyla tasdik ederken, devlet mahkemeleri gibi hakem kararlarını kontrol eden onlara kesinlik ve kamu gücüne dayanan cebri icra kabiliyeti izafe eden bir makamda sayılmamaktadır.” 15. HD 20.6.1996, 2781/3533 (Yayımlanmamıştır).



Kanımızca hakem mahkemesince verilen hükümlerin, herhangi bir makamın onayına ve talimatına bağımlı olmaması, hakemin bağımsızlığı ilkesinin bir güvencesidir. Her türlü talimattan bağımsızlık, yargılamanın özüne daha uygundur. Kişisel veya resmi tavsiyeler yargılamanın esasını etkilememelidir. Yargılamanın özüne ilişkin olmayan ve yargılamanın temel prensiplerini zedelemeyen etkiler, hakemin bağımsızlığı kavramı dışında tutularak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda hakemin tarafsızlığında, hukuk devletinin yargılama ilkelerine aykırı olmayan ve milletlerarası kamu düzenini ihlal etmeyen durumlar (10), hakem kararının tarafsızlığını ve dolayısıyla hakem bağımsızlığını etkilemez.

Hakem mahkemesinin verdiği hükme etkisi olmayan ve hakem kararının geçerli olduğu durumlarda, hakem bağımsızlığının konduğunun kabulü gerekir. Hakem kararının verilmesinde bir milletlerarası tahkim kurumunun, uyuşmazlığın taraflarının amacına ve menfaatlerine hizmet eden usule ilişkin esasların belirlenmesi ve ifade edilen ilkelere ve esaslara uygunluk ölçüsünde kullanılması halinde, hakem bağımsızlığına aykırılık oluşturmaz.

---

(10) Yargıtay'a göre "Mahkeme kararının gerekçesinde hakem kararının MTO Divanınca Onaylanmasının kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiş ise de kararın MTO Tahkim Kurallarına göre verilmiş olması, Divanca tasdiki Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile de belirtildiği gibi, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez (V. 15. HD 10.7.1991 gün, E. 2383, K 3667, Y. 15. Hd, 1.10.1992 gün, E. 1736, k. 4425)" 15 HD 25.10.1996, 3249/5584 (Yayımlanmamıştır).



# MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA AMAÇ SORUNU

Sema TAŞPINAR (\*)

## A. GENEL OLARAK

Medeni yargılamada amaç konusunda doktrinde uzun süren bir tartışma yaşanmıştır (1). Amacı araştırmanın bir yararı olma-

- 
- (\*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
- (1) Genel olarak hukukta amaç konusunda da doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Devlet tarafından organize edilen ve bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen, yaptırıma sahip kurallar bütünü olarak tanımlanabilen hukukta, amaç değişik şekillerde tanımlanmış veya kullanılmıştır. Nitekim **Jhering'e** göre, hukuku sadece dış görünüş açısından zorlayıcı kurallar bütünü olarak görmek doğru değildir. Hukuk alanında görülen herşey bir amaçtan doğmuştur; bu amacı gerçekleştirebilmek için de varlığını sürdürmektedir. Hukukun en genel amacı ise Jhering'e göre, toplumsal yaşam gereksinimlerinin devletin zorlayıcı gücü tarafından güvence altına alınmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selahattin Keyman, Hukuka Giriş, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuki ve Sosyal Araştırmalar Dizisi-1, Lefkoşa 1997, s. 227, 232-234; Yine doktrinde hukukun amacı olarak, toplum düzenini sağlamak; toplumsal gereksinimleri karşılamak; toplumda eşitliği gerçekleştirmek; hukuk güvenliğini yerine getirmek ve adaleti gerçekleştirmek gibi ifadelere yer verilmektedir. Haluk Hadi Sümer/Ömer Ulukapı (Editorler), Hukuk Bilimine Giriş, Üçüncü Baskı, Konya 1997, s. 14-18.





dığı da öne sürülmüştür (2). v. Hippel, özellikle Niese'nin yargılamanın amacını adalet ve gerçek olarak nitemelemesi (3) karşısında bunu "yelek cebi formatında usuli hukuk felsefesi" şeklinde şiddetle eleştirmiştir. Yazarın bu yaklaşımı, 19. yy. sonundaki dogmatik hukuki pozitivizme geri dönüş kaygısına dayanmaktaydı. Bu nedenle her türlü kavram veya ilke arayışını tek yanlı, dar, çelişkili, genel ve içi boş olmakla eleştirmiştir (4). Ne var ki, yanlış olan yargılamanın amacının ne olduğu sorusu değildir. Zira bu soru teleolojik (amaçsal) bilime uygundur. Çünkü önce amaç, daha sonra buna uygun araç sorgulanacaktır. Ancak sorun, somut sorunların çözümünde sınırların belirlenmesindedir. Her münferit sorunu yargılamanın amacıyla çözmeye kalkmak, bir tehlikeye işaret edebilir. Ancak önemli birkaç merkezi sorun örneğin, yargılamaya egemen olacak ilkeler, yargılamada taraf iradesi, irade özerkliğinin sınırlarının belirlenmesi, maddi hukuk-yargılama hukuku ayırımının yapılabilmesi, kesin hüküm, derdestlik, yargılamanın yenilenmesi gibi kurumların oluşturulması bu saptamalara bağlı olacaktır. Bu nedenle herşeyden önce hukuk politikası olarak kanun koyucuya, uygulamada mahkemelere yol gösterici olacaktır. Öte yandan bu sorunun bilimsel önemi de vardır (5).

- 
- (2) Fritz v. Hippel, Wahrheitspflicht und Aufklaerungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt 1939, s. 170 vd.
- (3) Werner Niese, Prozesshandlungen und Vertraege über Prozesshandlungen, Jena 1931, s. 60 vd.; Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen Göttingen 1950, s. 80-82.
- (4) Ne var ki, v. Hippel gerçeği söyleme yükümlülüğünün yargılamanın amacından çıktığını söylemek yoluyla kendi tezini de çürütmüştür. Eleştirisi için bkz. Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, [AcP 168 (1968), 27-62] s. 34.
- (5) Gaul s. 35, 62; Wolfram Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1966, s. 47; Angelika Christiane Karwacki, Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozeß, München 1984, s. 59.



Yargılamada amaç araştırmasının haklılığı birbirinden son derece farklı yaklaşım biçimleri nedeniyle adeta içinden çıkılmaz bir görüş yelpazesi oluşturmaktadır (6). Katı yargılama hukuku görüşleri; liberal yargılama hukukundan sosyal usul hukukuna ölçüde çeşitlilik göstermektedir.

## B. SAF YARGILAMA HUKUKU GÖRÜŞÜ (Kesin Hükme Ulaşmak)

Yargılamanın amacının araştırılmasını reddeden görüşler bir yana bırakılırsa, amaç sorununun ortak hukuka kadar uzandığı görülür. **Göner, Heffler** ve **Wetzel** bu konuya değinmişlerdir. Yine Savigny de yargılamanın amacını, “hakkı ihlal edilen bireye, bu ihlale karşı tanınan koruma” olarak nitelemiştir (7). Ortak hukukta yargılama, daha çok davacının subjektif çıkış noktasından hareketle formüle edilmekteydi. Yani davanın amacı, yargılamanın amacını oluşturmaktaydı. Bu ise, daha çok bir medeni (maddi hukuk) hukuk yaklaşımını göstermekteydi. Söz konusu yaklaşım, dönemin liberal eğilimlerine de uygun olarak bireysel menfaati esas almaktaydı. “Laissez faire laissez aller” (8) ilkesi, taraflardan güçlü, akıllı olanına şans tanıyan adeta bir “savaş kuralı” (9) olarak ortaya çıkmıştı. Nitekim Alman doktrininde ilk kez usulün

- 
- (6) Bkz. Karwacki s. 58 vd.; Bruno Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttingen 1970, s. 10 vd.; Hans Martin Pawlowski, Die Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), s. 345-391; Eike Schmidt, Der Zweck des zivilprozesses und seine Ökonomie, Tübingen 1973, s. 9 vd.; Thomas Jung, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, Erlangen-Nürnberg 1990, s. 111; Martin Würtwein, Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess Berlin 1977, s. 45-46; Arwed Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985, s. 1-2.
- (7) Gaul s. 43.
- (8) Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler.
- (9) Kampfregel



amacı ile bilinçli olarak uğraşan **Wach**, devletin konusuna ilgi duymadığını; gerçeğin ortaya çıkarılmasının yargılamanın amacı olmayıp, tesadüfi bir sonucu olduğunu iddia etmiştir (10). Bu nedenle ona göre hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi önemlidir.

Wach'dan sonra ona gelen tepkilerle birlikte farklı görüşler ileri sürülmüştür. İlk defa **Goldschmidt** (11), yargılamanın amacının **kesin hükme ulaşmak** olduğunu iddia etmiştir. Bugün bu görüş, doktrinde **Luhmann** tarafından savunulmaktadır (12). Bu görüşte olanlara göre, yargılama hukuku anlamını, kararın kesin hüküm teşkil etmesinde bulmaktadır. Hukuk düzeni yanında hükümle birlikte hakim, yeni bir düzen oluşturmakta; kesin hükme ulaşan kararın doğruluk veya yanlışlığı tartışılmamaktadır. Yargılama hukuku moral değerleri içermez; kesin hükme ulaşmak yargılamanın tek amacıdır. Yargılama hukuku, doğruluğun değil, her türlü uyumsuzluk hakkında karar verilebilirliğin güvencesini oluşturur. İnsanlar için önemli olan, devlet gücü ve otoritesi ile bağlayıcı bir şekilde sosyal uyumsuzluğu sona erdirmektir (13). Ne var ki, bu görüş çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Öncelikle, davanın kendisi bir amaç değil, araçtır. Dolayısıyla ortaya çıkan sonucu amaç gibi göstermek doğru değildir. Öte yandan kesin hükmün, ayrıkça hallere özgü olsa da ortadan kaldırılabilmesi gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Yine yargılamayı, sadece herhan-

(10) Wach, bu konuda Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararını da görüşünün delili olarak ileri sürmektedir. Buna göre "...Maddi hukukun gerçekleştirilmesi görevi, hukuk barışının ve hukuk güvenliğinin sağlanmasından daha önemlidir ". Yazar tarafından örnek gösterilen diğer yüksek mahkeme kararları için bkz. Jung s. 112; Gaul s. 47.

(11) James Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin 1925, s. 151, 94.

(12) Karwacki s. 61.

(13) Goldshmidt s. 151, 292, 342; Luhmann'ın görüşleri için ise bkz. Karwacki s. 61.



gi bir şekilde kararın üretilmesi, elde edilmesi süreci olarak algılamak onun kendi içinde her türlü değer ve ilkesini yadsımaktır. Nitekim böyle bir görüş, kararın devlet için en az gider ve emekle en kısa zamanda elde edilmesi kaygıları ile birleşip, üzerinde çok düşünülmemiş, amaca uygun olmayan düzenlemeleri haklı gösterebilecektir (14). Alman Anayasa Mahkemesi de biçimsel hukuk anlayışının modern anayasal ölçütlerle bağdaşmadığını, hukuk devleti ilkesinin yargılama hukuku alanında hakların mümkün olduğu ölçüde geniş olarak gerçekleştirilmesi ve bu konuda engeller konulmaması için sınırlamalar yapılması ile sağlanacağını belirtmiştir (15).

### C. DİĞER GÖRÜŞLER

Bu saf biçimsel yaklaşımdan sonra belirtmek gerekir ki, tam bir netlikle savunular görüşlere rastlamak güçtür. Zira yargılamanın amacının zaman zaman tek başına, kimi zaman da diğer amaçlarla birlikte **hukuk barışını sağlamak ve/veya korumak, hukuki güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek, maddi gerçeğe ulaşmak, adaleti yerine getirmek, taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak, hukukun gelişimini sağlamak, ihkaki hakkın ikamesi olmak ve son olarak hukuk düzenini gerçekleştirmek** şeklinde belirlediğini söylemek mümkündür (16).

---

(14) Karwacki s. 61.

(15) Karar için bkz. Karwacki s. 62.

(16) Blomeyer s. 1 vd.; Karwacki s. 60; Karl Thieme, Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß, Bielefeld 1980, s. 8.



## 1. Kendiliğinden Hak Almayı (İhkakı Hakkı) İkame Etmek

Düzenli bir yargı örgütünden önce, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların kaba kuvvete dayalı olarak çözülmesi ve bireylerin haklarını kendiliklerinden elde etmeye çalıştığı dönem, daha sonra kendiliğinden hak almanın (ihkakı hakkın) kural olarak yasaklanması ile devlet tekeline geçmiş ve devletin en önemli işlevlerinden birisini oluşturmuştur (17). Dolayısıyla artık dava, **kendiliğinden hak almanın ikamesi** olmuştur, onun yerine geçmiştir (18). Devlet haklının değil, güçlünün hak elde etmesine, getireceği usul hükümleri ile engel olmalıdır. Bu anlamda yargılamanın amacı, bireysel hakları korumak ve ihlale uğrayan, yerine getirilmeyen istemleri en uygun şekilde yerine getirmeye aracılık etmekten ibarettir.

- (17) Othmar Jauernig, Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971/7, s. 329 vd.; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. neue Auflage, München 1993, s. 2; Wolfgang Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974, s. 1 vd.; Peter Arens/Wolfgang Lücke, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren Zwangsvollstrecung, 5. Auflage München 1992, s. 2; Würthwein s. 48-49. Doktrinde 16. Yüzyıla dek sürdüğü belirtilen kendiliğinden hak almak isteminden hemen devlet yargısına geçilmediği, yaşanan ara dönemde gerek ahlâk kurallarının etkisi, gerekse hak sahibi tarafından yapılan baskı ile uyuşmazlığın karşı tarafın da kabülü ile hakeme götürülerek çözdürüldüğü öne sürülmektedir. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş B. Bası, İstanbul 1997, s. 15-16.
- (18) Nitekim kendiliğinden hak almak, ayrıksı durumlar dışında [meşru müdafaa (BK. m. 52, TCK. m. 49/2), ıztırar hali ve bazı özel durumlara özgü olmak üzere (BK m. 269, m. 482)] suç oluşturur (TCK m. 308). Öte yandan, bireylerin hak elde etmeleri için devlet yargısına başvurmaları zorunluluğu, anayasal hak olarak da ifadesini bulmuştur (Any. m. 36). Hakimlerin böyle bir ödevden kaçınmayacağı da, gerek hukuki, gerekse cezai yaptırımlarla ile güvence altına alınmıştır (HUMK m. 573/b. 6, 574, TCK m. 231).



Bu görüşe ilke olarak katılmak mümkündür. Zira bu görüş, varsayımsal bir tarihi hipotezi ve süreci ortaya koymaktadır. Ancak bu olgu, sadece medeni yargılama için değil, tüm yargılama türleri için geçerli bir ortak tespittir. Bu nedenle de, medeni yargılamanın amacını açıklamak için tek başına yeterli değildir. Kaldı ki, böyle bir gelişim de kanıtlanmış değildir. Ayrıca bu görüş, hakka ulaşmanın en ilkel biçimini gösterir. Örneğin, bir alacağın kendiliğinden hak alma ile edilebilmesine rağmen, fikir ve sanat eserlerinin korunmasında veya manevi zararlara ilişkin yahut günümüzün gittikçe karmaşıklaşan hukuki ilişkilerinin kendiliğinden hak almaya uygun olduğu söylenemez. Bu gibi durumlarda ancak hakkın dava içinde gerçekten elde edildiği düşünülerek sonuca ulaşılabilir (19). O nedenle yargılamanın kendiliğinden hak almanın ikamesi olduğu görüşü sadece olgu olarak, sosyolojik yaklaşımlarla desteklenmek üzere kabule elverişlidir.

## 2. Hukuk Barışını Gerçekleştirmek veya Korumak

Yargılamanın **hukuk barışını sağlamak, gerçekleştirmek veya korumak** şeklinde doğrudan bir amaca sahip olup olmadığı sorununa gelince; bu görüş taraftarları da temel çıkış noktasını, kendiliğinden hak almanın ortadan kaldırılması üzerine kurmaktadır. Bireylerin hiçbir kurala bağlı olmadan hak elde etmeye çalışmaları, bunun için deyim yerindeyse her türlü aracın geçerli olduğu bir savaş ortamı hukuki bir belirsizlik, güvensizlik ve kaos yaratır. O halde hukuk düzeni, yargılama hukuku yardımıyla hukuk barışını sağlar.

Bu görüş de olgu olarak ve son tahlilde doğruluk payı taşır. Ancak medeni yargılamada taraf menfaatinin ön planda olduğu gerçeğini gözden uzak tutup, her ne adına ve pahasına olursa olsun hukuk barışını sağlamanın birincil amacı yansıtması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Bu durumda davanın ve yargı-

(19) Pawlowski s. 389-390.



lamanın kuramsal yapısı dikkate alınmamış olur. Yargılama sonucu, tarafları tatmin etmese (yani aslında karar taraflar arasında bozulan dengeyi her iki tarafı da tatmin edecek ölçüde yeniden kurmasa) bile, yargısal gerçeklik ve bağlayıcılık niteliği gereği taraflar bununla yetinmek zorunda kalacaklardır. Yani verilen kararların her zaman hukuk barışını yeniden kurduğu veya koruduğu iddia edilemez. Ancak buna karşılık, tersini düşünmek mümkündür. Maddi hukukun davada gerçekleşmesi yoluyla kural olarak hukuk barışının kurulduğu söylenebilir ki, bu da bir **hukuki prosedürün (davanın) etki ve sonucu olup**, onun başlıbaşına amacını oluşturmaz (20). Öte yandan, böyle bir amaç da genel olarak hukuki kurumlar için söylenebilen, sosyolojik yaklaşımlarla açıklığa kavuşturulabilecek bir bakış açısı olup, medeni yargılamanın amacını ortaya koyabilen bir görüş olarak kabul edilemez. Yani bu görüşün de ikinciliği (taliliği) kabul edilebilir.

### 3. Maddi Gerçeğe veya Gerçeğe Ulaşmak

Yargılamanın **maddi gerçekliği** (veya gerçekliği) tespit etmek (21) amacına yönelik olduğu görüşü, önemli tartışmaları özellikle diğer yargılama hukuk alanları ile bağlantı ve farklılıkları

(20) Peter Mes, Der Rechtschutzanprunch, München 1970, s. 95-96; Gaul s. 59.

(21) "Yargılamanın amacı, sosyal uyumsuzluğun **maddi gerçek temelinde** tespit edilmesi, somutlaştırılması gereken hukuk yardımıyla hakim tarafından çözümlenmesidir", Schmidt s. 38; Gaul s. 53; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 87; aslında şekli-maddi gerçek ayrımını kabul eden; bunun medeni yargılamanın özelliğinden kaynaklandığını belirten; ancak, bu ayrımın abartılmaması gerektiğini belirten Tercan'a göre de, tüm yargılama hukuku kuralları gerçeğin bulunmasına hizmet eder. Ancak yazarın kendisinin de belirttiği gibi, durum gerçekte böyle olmadığı için, medeni yargılama hukuku bir kısım önlemlere veya güvencelere de gereksinim duymaktadır. Nitekim yazar, dürüstlük kuralı veya davada gerçeği söyleme yükümlülüğünü, bunlardan birisi olarak inceleme konusu yapmıştır. Bkz. Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan (c. 5, 1996, sa. 1-2, 181-212), s. 181-183.



gündeme getirmiştir. **Wach**'ın, yargılamada gerçeğin yargılamanın amacı değil, ancak tesadüfi bir sonucu olabileceği görüşü (22), yargılama hukukunda maddi-şekli gerçek tartışmasıyla **Gaul**'e göre usulün anlaşılış biçimine ve amacına büyük ölçüde zarar vermiştir. Yazara göre, şekli gerçek kavramı skolastik ortaçağdan kalmıştır. Hakimin sıkı ispat kuralları ve taraf yeminiyle bağlı olduğu bu dönemde delil serbestisi bulunmamaktaydı. Oysa artık hakimin delilleri serbestçe değerlendirilebildiği bir hukuki düzenlemede şekli-maddi gerçek ayırımından söz edilemez. Kaldı ki, tek bir gerçek vardır. Davada "tarihsel gerçek" değil, hukuki himaye amacına dönük, önceden belirlenmiş kurullarla gerçeğin bulunması söz konusudur. Gerçeğin mutlaka bulunması değil, gerçeğin nasıl bulunduğu önemlidir. Bu anlamda gerçeğin ne pahasına olursa olsun bulunması, örneğin hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılması onaylanamaz (23).

Herşeyden önce farklı yargılama biçimlerine gereksinim duyulması, elbetteki birden fazla veya farklı gerçeklerin bulunabileceği nedenine dayanmaz. Sorun, uyumsuzluğun niteliği ve uyumsuzluğun çözümünde temel yararın nerede bulunduğu sorusuyla ilgilidir. Bir ceza, idari veya anayasa yargısına temel alınan uyumsuzluğun niteliğinin farklı oluşu, yöntemlerin farklılaştırılmasını doğurmaktadır. Bu ise hukuki himaye kavramıyla yakından ilgilidir. Aslında devletin üç temel gücünden birini oluşturan yargı erki, farklı yargılama hukuku kurallarının ortak paydasını oluşturur. Ne var ki, hukuk yargılamasında kural olarak taraf iradesi ve özerkliğini dikkate alan kanun koyucu, ceza yargılamasında hakimin (ve savcının) katılımını, etkinliğini esas almıştır. Zira kamu düzeninin sarsılmış olması ve bunun giderilmesi, toplumda barış veya huzurun sağlanması, potansiyel mağdurların korunması ve daha pek çok neden, ceza yargılamasındaki farklılıkları açıklar.

(22) Bkz. yuk. s. 1-2.

(23) Gaul s. 49-50.





Buna bağlı olarak da ceza yargılamasında **maddi hakikât**, hukuk yargılamasında ise **şekli hakikat** veya gerçekten sözedildiği görülür (24). Buna karşılık, özel hukuk uyuşmazlığının temelinde eşitlerarası, çoğu kez iradeye dayalı ilişki vardır (25).

Devletin görevi, taraf menfaatleri arasında uygun bir dengeyi kurmaktır. Bu nedenledir ki, devletin medeni yargılama alanındaki görevi, ceza yargılamasındakinden daha azdır. Taraflar, ancak uyuşmadıkları takdirde devlet yargısına başvururlar. Zira devlet haklarını elde etmeleri konusunda onları zorlayamadığı gibi, onların istemleri de bağlıdır (HUMK. m. 72, 74). Çünkü ihlal edilen hak veya korunması gereken menfaat taraflara aittir. Harekete geçen tarafların, uyuşmazlığın kaderini belirleme hak ve yetkileri vardır (HUMK. m. 236/I, 238). Bütün bunlar, maddi hukuktaki tasarruf özgürlüğüyle koşuttur. Hukuk, taraf böyle istediği için onun iradesine saygı duymaktadır. Bu, bir tarafın usuli birtakım olanakları kullanmaması veya ihmali halinde de geçerlidir. Hukukun tanıdığı özgürlük keyfi değil, sorumlu bir bağımsızlıktır. Nasıl ki, maddi hukukta hakkın düşmesi sözkonusu ise yargılamada da böyle olmasından daha doğal birşey yoktur. Kaldı ki, karşı taraf bu durumda bir hak da elde etmiş olmaktadır (26). Bu noktada yargılama hukukunun işlevi kendisini şöyle göstermektedir : Usul hukuku mümkün oldukça kolay, anlaşılır hükümlerle taraflara yardımcı olacaktır. Hakim tarafların sahip olduğu usuli olanaklardan yararlanmalarını, amaca uygun dilekçeler vermelerini, olayları ve olguları ayrıntılı olarak getirebilmelerini, delilleri kullanmalarını, diğer tarafın zararına yol açacak şekilde bilerek yalan söylememelerini yani bir tarafın usuli olanakları kötüye kullanarak hak elde etmesini engellemeye çalışacaktır. Bu durumda artık menfaatler

(24) Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 9. Bası, İstanbul 1989, s. 27-28.

(25) Wolfram Henckel, Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine, çev. Ergun Önen, (AÜHFĐ XXVI/I, 231-246), s. 241-242.

(26) Henckel s. 244-245.



dengesi, hakime sunulan olaylara maddi hukukun uygulanması ile değil, yargılama hukuku olanaklarının da birbirleriyle uyumlaşmasıyla sağlanacaktır (27).

Öte yandan Gerçek'ten ve onun ortaya çıkarılmasından ispat alanında özellikle sözetmek gerekir. Hakim yargısal faaliyeti ile iki aşamalı bir işlem yapar. Önce olayın tespiti, sonra bu tespite uygun hukuk kuralının uygulanması (altlama) mantık kurallarına göre yapılır (28). Hakimın örneğin, tazminat doğuran bir hükme dayalı istemde bulunan davacının istemine uygun karar verebilmesi, onun bu istemi haklı gösterecek olay ve olguları ona sunmasına bağlıdır. İşte ispat veya gerçeğin bulunması süreci, varlığı ile ilgili sürülen olayların varlığı veya yokluğu konusunda ulaşılan tespitin sonucudur (29). Taraflarca hazırlama ilkesi gereği, taraflarca bundan vazgeçilmediği sürece ve ölçüde, olayın **tespiti** aşaması, **maddi gerçeğin** aranmasını ifade ederken; **hukuki sonuca** ulaşmak ise **adaletin** sağlanmasına hizmet eder (30).

(27) Henckel s. 243.

(28) Hakim bunu pek çok yorum yöntemi veya aracıyla yapacaktır. Konumuz kanunların yorumu olmayıp, belirtmek istediğimiz sadece ana hatları ile hakim hukuku uygulamasıdır. Bugünkü mevcut yorum yöntemlerinin eleştirisi ve realist yorum kuramı için bkz. Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa 1998, s. 235-364.

(29) Sabine Kofmel, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern Heidelberg 1992 s. 15; Olgü ve olaylar üzerinde taraf egemenliğinin adil olmayan bir hükme yol açtığı ileri sürülemez. Öte yandan tarafların kendileri bu amacı taşımıyorlarsa, hükmün maddi gerçeğe uygun olmasında onların iradesine rağmen bir kamu yararının varlığından söz edilemez. Zira devlet, taraf memnuniyetinin yerine getirilmesi konusunda gerekli araçları sağlayarak üzerine düşeni yapmıştır. Devlet, hakların korunması veya gerçekleştirilmesini ancak ilgililerce istendiği ölçüde yapabilir. Bunun aksine bir yaklaşımda kamu yararından söz edilemez. Würthwein s. 49-53, 104, 105.

(30) Taraflara verilen gerçek olayı tespit edebilme olanağı, adil bir hüküm için olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldur. Bu da gerçek ve adalet amaçları arasındaki bağlantıya işaret eder. Kofmel s. 17.



İspat işlemi olayın tespitini amaçlar. Burada felsefi anlamda adalet değil, gerçek kavramı önem kazanır. Gerçeğin ortaya çıkması, iddia edilen olay ve olguların varlığı veya yokluğunun ileri sürülmesi ile olur. Örneğin, çocuğun belli bir anda caddeye fırladığına ilişkin tanık ifadesi veya fren izine bakılarak sürücünün belli bir mesafeyi 100 km. hız ile geçmiş olması gerektiğinin deneyim ile belirlenmesi gibi. İspatlama sürecinde bilgi kaynağı, taraflar, tanıklar, bilirkişi veya belgeler olabilir (31).

Bu tespit işleminin önemli bir kaynağı olan insan, duyu organları aracılığıyla nesnelere tanır ve algılar. Dış dünyanın kapıları insan bilincine sadece duyu organları ile açılır. İnsanın hatasız algılaması, bunları belleğinde saklaması ve sonraki bir zamanda tekrar aktarması mümkün olabilseydi, olaylar gerçeğe uygun tespit edilebilirdi. Objektif gerçeğin tespiti, sadece patolojik değil, psikolojik nedenlerden ötürü de mümkün değildir. Davada sadece **algılanmış** olaylardan söz edilebilir. Algılama gücünün zayıflığı bir yandan, konsantrasyon eksikliği veya yetersiz entellektüel beceri öte yandan gerçek bir algılamanın varlığına engel olabilir. Algılanan şeylerin içeriği de kişinin gerek iç gerekse dış dünyasından etkilenir. Örneğin, bir müzik parçası aynı insanda içinde bulunduğu psikolojiye göre farklı fanteziler, fikirler, duygular oluşturur. Bu ansal (momentan) faktörler dışında kişinin algısını yaş, eğitim, dünya görüşü, ilgi alanı, yaşam deneyimi veya içinde bulunduğu toplumsal katman doğrudan etkiler. Öte yandan birtakım algı bozuklukları da (illüzyon, halisülasyon) da mevcuttur. Bütün bunlar söz konusu olmasa dahi, aradan geçen zaman doğru, gerçeğe uygun algıların bile düşmanıdır. Dolayısıyla unutmaya da algıların hakim önüne olduklarından farklı gelmelerinin bir nedenini oluşturabili-

---

(31) Kofnel s. 19.



lır (32). Bu nedenlerle mutlak gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün değildir. İnsan ancak gerçeği **göreceli** olarak tespit edebilir (33).

İşte bu noktada ceza yargılamasında bile aslında doğada meydana gelen ve suç oluşturan olayı tam anlamıyla ve gerçeğe uygun belirleme olanağı bulunmamaktadır. Mümkün olduğu ölçüde bir tespitten söz etmek olasıdır. Bu bağlamda, gerçeğin veya olayın belirlenmesinde taraflara veya hakime tanınan yetkilerin niteliği ve delil elde etme, ispat yükü kuralları belirleme ve delillerin değerlendirilmesi konularındaki yargılama hukuku alanlarında gözlenen farklılıklar dikkate alınmalıdır.

Kural olarak taraf iradesine üstünlük tanındığı, hükmün temelini oluşturan olay ve olguların, delillerin taraflarca sağlandığı, davalının kabul ve davacının feragat yoluyla uyuşmazlığı sona erdirebildiği, maddi hukuktaki haklılığı kanıtlamanın ispat yükü kuralları ile belirlendiği (34), özellikle Türk hukuku açısından hukuki işlemler bakımından kanuni delil sisteminin (HUMK. m. 288) yürürlükte olduğu (35) ve hakimın ikrarla bağlılığı (36) gerekçe-

---

(32) Kofnel s. 18-20; Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 1982, s. 6.

(33) Bu göreceli gerçek doktrinde şekli gerçek, pratik veya yargısal gerçek olarak nitelenmiştir. Yargılama hukuku gerçeğe ilişkin kendi tanımını getirmiştir. Bu nedenle de "hakimi ikna eden şey gerçektir" denilmiştir. Ayrıntı için bkz. Kofnel s. 22.

(34) Taraflardan ispat yükünü taşıyan kişinin, ispat edememenin riskini üstlendiği de unutulmamalıdır.

(35) Bu noktada Gaul'e bir eleştiri daha getirmek mümkündür. Elbetteki her delil veya daha doğru bir deyimle hukuka aykırı elde edilen deliller hükme esas tutulamayacaktır. Ne var ki, ceza yargılamasında da var olan bu kural onu hukuk yargılamasından ayırmaya yeterli bir ölçüt değildir.

(36) Mahkemenin ikrarla bağlı olması, bu kabulün olayla gerçekten örtüşme olasılığından dolayı değildir. Eğer böyle olsaydı kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da böyle bir bağlılığın olması gerekirdi. Hakimın ikrarla bağlılığı daha çok maddi hukuktaki tasarruf özgürlüğü yani taraf iradesine dayanır. Grunsky s. 4.



ri gözönüne alınırsa yargılamanın amacının gerçeği veya maddi gerçeği sağlamak olduğu görüşünün medeni yargılama hukukunun genel ilkelerine ve yapısına uygun düşmediği açıktır.

#### 4. Adalete Ulaşmak veya Adaletli Karar Vermek

Yargılamanın amacı konusunda sıkça kullanılan kavramlardan birisini de **adalet** oluşturmuştur (37). Ne var ki, adalet aydınlatılamayan, içeriği belirlenemeyen ve yüzyıllardan beri tartışılan bir kavram olmaktan da kurtulamamıştır (38). Aristo'dan bu yana yapılan dağıtıcı ve denkleştirici adalet ayrımları, yerini başka ölçütlere bıraksa da, ilk çıkış noktası olarak önemini korumaktadır. Adaletin, güvenlik, rasyonalite, genel iyilik, eşitlik, herkesin payı-

(37) Bkz. yuk. dpn. 18.

(38) Bu konuda bkz. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach, *Gerechtigkeit statt Formalismus*, München 1986; Joachim Goebel, *Zivilprozeßdogmatik und Verfahrenssoziologie*, Berlin 1994; Ewald Kininger, *Theori und Soziologie des zivilgerichtlichen Verfahrens*, Berlin 1980; Norbert Eberle, *Zur Rhetorik des zivilprozessualen Beweises*, Frankfurt am Main 1989; Wilfried Bottke, *Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat*, Berlin 1991; Roland Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit 1992*; Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger, *Verfahrensgerechtigkeit, Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis*, Köln 1995; Vecdi Aral, *Doğru Hukuk*, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, y. 2, sa 10, s. 928-937; Vecdi Aral, *Bir Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi, Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 1994, s. 41-50; Turhan Esener, *Adalet Kavramı ve Adaletin Gerçekleşmesinde Hakkaniyetin Rolü*, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, y. 2, sa 10, s. 938-940; Adnan Güriz, *Adalet Kavramı*, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Yayınları No. 100, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 11, Ayrı Basım, Konya 1991, s. 59-73; Adnan Güriz, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, *Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 1994, s. 5-25; İonna Kucuradi, *Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 1994, s. 27-33; Niyazi Öktem, *Adalet Kavramı ve Sosyal Realite*, *Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 1994, s. 51-56.



na düşeni verme gibi kavramları içerdiği belirtilmiştir (39). Ancak tüm bu kavram arayışlarının boşuna bir çaba olduğu ileri sürülerek, adaletin tartışma ve inceleme dışında bırakılmasını, özellikle pozitivist hukukçular savunmuştur (40). Adaleti belirleme ve somutlaştırma iddiası taşıyanlar ise yöntem tartışması yapmakta; reddetme yoluyla (neyin adaletsizlik olduğunu saptayarak) sonucuna ulaşmaya çalışmaktadırlar (41). Bütün bu tartışmalarda yadsınmayan tek nokta ise, adaletin **ahlaki, etik** yanıdır. Bu nedenle, adaletle ilgili yargılar objektif bir değerlendirmenin ve bilimsel çalışmanın konusu olamaz. Zira bu yargılar, ahlaki ve politik bir içeriğe sahiptir (42). Bütün bu tartışmalar hukuk felsefesinin tartışması olarak kalmamakta, pozitif hukukçuları da yakından ilgilendirmektedir. Ancak adalet kavramını belirlemek bu çalışmanın sınırlarını aşmakla kalmaz; çok iddialı bir yaklaşımı da gösterir. Bu nedenle adaletin işlevinden söz edilecekse, bu ancak içeriği belirlenmiş olmak kaydıyla hukuk kurallarının vazedilmesinde oynayacağı rol ile ilgili olmalıdır (43). Mahkeme kararlarının adalete uygunluğu ise çoğu kez bu kararların belirli bir kurala veya kurallar sistemine uygun olarak verilmesi anlamına gelir (44).

Bu değerlendirmeler ışığında, yargılamanın amacının adaleti sağlamak olduğu şeklindeki görüşlere ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Adalet kavramının bünyesinde barındırdığı belirsizlik, amaç bağlamında soyut birtakım ilkelerin kabulünü zorlaştırır. Hakimın adaletli karar verebilmesi, ancak uygulamakla yükümlü olduğu

(39) Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 9-13.

(40) Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 14.

(41) Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 14; Kuçuradi s. 29.

(42) Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 8; Esener s. 938; Aral (Bir Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi) s. 42

(43) Aksi görüş için bkz. Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 13.

(44) Güriz (Adaletin Belirsizliği) s. 13.



hukuk kurallarına bağlıdır. Bu anlamda belki hukuk politikası açısından sorgulanması gereken yargılama hukukuna ilişkin hükümlerin adalet değeridir. Örneğin, bir yargılama hukukunun iddiaların teksifi ilkesini getirmesi, sıkı şekil koşullarını hak arayan kişinin karşısına çıkarması, usuli hatalardan dönülebilme olanağını açık tutup tutmaması gibi durumlar sorgulanabilir. Yoksa hakim, adaletli karar vermek adına maddi hukukun sınırlarını aşma yetkisine sahip değildir.

## 5. Hukuk Düzenini Gerçekleştirmek

Doktrinde kimi zaman tek başına, kimi zaman diğer amaçlarla birlikte savunulan görüş, yargılamanın **hukuk düzenini gerçekleştirmeye** (hukukun teyidine) yönelik olduğu şeklindedir. Bu görüşün başlıca temsilcisi olan **Pawlowski**'ye göre hukuk, statik değil dinamiktir. Soyut olarak birtakım kuralların belirlenmesi yeterli değildir. Hakkın içeriği dava ve özellikle icra ile belirlenir. "Dün" ün değil, "bugün" ün hakkı önemlidir. Hak, hükümle somutlaşacaktır. Bir hak ancak ispat edilebildiği takdirde mevcuttur. Sadece ilk derece mahkemelerinde değil temyiz merciinde de hakların tespiti sözkonusudur. Her ne kadar temyizde hukukun geliştirilmesi ve içtihat birliğinin sağlanması şeklinde, daha çok kamu yararının ön planda olduğu düşünülse bile, sonuç olarak hakların gerçekleştirilmesi ve kamu yararı ilişkisinde bir çelişki yoktur. Hukukun gerçekleştirilmesi, bireylerin haklarının korunmasının öbür yüzünü gösterir. O halde yargılamanın hukuki himaye işlevi, münferit usuli prosedürü belirlemelidir. Usul, hakkın özel bir varlık şeklidir. Usulün düzenlenmesi her zaman hukuki, anayasal ve politik mülahazalara dayanır (45). Özetle bu görüş yargılamanın amacını, ta-

(45) Pawlowski s. 346-347, 355-358-368-389. Benzer şekilde Gaul s. 46; Henckel (Prozeßrecht) s. 57.



rafların katılımı ve işbirliği ile hukukun yargısal olarak gelişimini sağlamak ve sürekli değişen hak ve yükümlülükleri hakim kararla tespit ettirmek olarak görmektedir.

Öncelikle bu görüş, hakime hukuk yaratma ve hukuku geliştirme konusunda geniş bir serbesti tanımakla, güçler ayrımı ilkesini ihlal etmektedir. Zira hakim kanunla bağlıdır. Hukukun gelişimi veya hukuk yaratma münferit durumlarda ve hukuk düzeni buna izin vermişse mümkündür. Bu görüş, kural-istisna ilişkisini tersine çevirmektedir. Hakim hukuku elbetteki içtihatları ile geliştirecektir. Ancak bu birincil amacı oluşturmaz (46). Hukukun gerçekleştirilmesinde kuşkusuz bir kamu yararı vardır. Ancak bu somut olay uğruna değil, dolaylı olarak iyi ve verimli işleyen hukuk düzeni ve yargı örgütü adına önemlidir. Hukuk düzeni, hakların kaynağı olarak kendisinden vazgeçilemeyen bir kurumdur. Bireylerin haklarına hizmet etmek için vardır. Dolayısıyla bireyler hukuk içindir denilemez. Aksi halde tarafların giderleri ve riskleri kendilerine ait olmak üzere uyuşmazlığı çözmeye çalışmaları anlaşılabilir. Kaldı ki, böyle bir görüş kendi hakkı için mücadele eden kişiyi adeta sadece şekli olarak davayı yürüten birisi olarak (Prozeßstandschafter) görmüş sayılır (47). O nedenle hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi başlıbaşına bir amaç değil bir sonucu ifade eder.

## **6. Hakları Korumak, Tespit Etmek veya Gerçekleştirmek**

Son olarak üzerinde daha ayrıntılı olarak duracağımız görüş, **yargılamanın hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesi**

---

(46) Mes s. 96.

(47) Grunsky s. 5; Mes s. 97; Rosenberg/Schwab/Gottwald s. 2.





**rilmesine (icrasına)** hizmet ettiği şeklindeki yaklaşım olacaktır. Yargılamanın amacının hakları tespit etmek, hukuka aykırı saldırlardan korumak ve nihayet somutlaştırmak olduğu belirtilmiştir (48).

Bu noktada önemli bir tartışma konusunu oluşturan, usuli kodifikasyonların temelinde yer alan politik ve sisteme ilişkin tercihler dikkate alınmalıdır. 1870 yılları ve sonrası genellikle usuli kanunlaştırmaların yapıldığı dönemlerdir. Bu tarihlerde ön planda bireysel özgürlükler, daha doğru bir deyimle birey baz alınmıştır (49). Yargılama hukukuna bunun yansımaları, taraf iradesine öncelik tanımak, hakimin davadaki etkinliğini azaltmak şeklinde olmuştur. İşte bu saf bireyci, liberal yaklaşıma ilk tepki 1895 tarihli Avusturya Usul Kanunu'nun yapıcısı **Klein**'den gelmiştir (50). Ona göre söz konusu olan iki kişi arasındaki bir uyuşmazlık değildir. Uyuşmazlığın aynı zamanda toplumu ilgilendiren, kitlesel bo-

---

(48) Grunsky s. 6-7; Rosenberg/Schwab/Göttwald s. 2-3; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, München 1992, s. 5; Zöllner, Zivilprozessordnung, 57. Auflage, München 1999, s. 8; Mes, s. 98; Gerhard Wagner, Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998, s. 59 vd; Grunsky dışında diğer yazarlar usulün hakların gerçekleştirilmesi dışında diğer amaçlarına (hukukun geliştirilmesi şeklindeki) ikincil olarak bazen de ilk amacın yanında birlikte yer vermektedirler. Hakların gerçekleştirilmesi veya tespiti konusunda da aslında tam bir uzlaşma yoktur. Örneğin Henckel, yargılamanın amacını sadece nitelikli bir şekilde hakların icrasının güvencesi olarak görürken (Henckel s. 63), aslında hakkın icrasının, hakkın varlığına karşı kimi zaman başarısızlığa uğrayacağına dikkat çekilerek (Münchener Kommentar, Band 1, s. 5) karşı konulmuştur. Bu çalışmanın kapsamını aşacağından tartışmaların varlığına dikkat çekilmeyecektir.

(49) Bkz. y. s. 1.

(50) Gaul s. 47; Arens/Lüke s. 4; Thiere s. 5-6.



yutu vardır. Yargılama hukuku, toplumsal sorunların aşılmasına hizmet eden bir refah aygıtıdır ve böylelikle kamu yararına hizmet eder (51). Öte yandan uyuşmazlık istenmeyen bir durumdur; mümkün olduğu ölçüde sulhle çözümlenmelidir. Yargılamanın sosyallikten izole edilerek, taraflardan yola çıkılarak tanımlanması da doğru değildir (52). Davanın sosyal yardımın bir parçası olarak herkesin tasarrufuna hazır tutulması yeterli olmayıp, herkes tarafından talep edilebilecek durumda bulunması gerekir. Öte yandan Klein, taraflarca hazırlama ilkesini, dava malzemesi üzerinde taraf tasarrufunu da sorgulamakta, tüm bunların daha bilgisiz veya zayıf durumda olan tarafın aleyhine olduğunu, bu nedenle de eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ifade etmekteydi (53). Alman doktrininde de birbirinden farklılıklar göstermekle beraber liberal eğilimlere tepki olarak bir sosyal usul hukukundan veya yargılama hukukunun sosyalize edilmesinden söz edilmeye başlandı (54). Yargılama hukukunda kamu yararının vurgulanması Alman Hukuku'nda 2. Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında mevcut devlet ideolojisi ile bağlantılı olarak dikkat çekti (55). Ana hatlarıyla kısaca belirtmeye çalıştığımız bu görüş, özetle hakimın davadaki etkinliğinin artırılmasını, davanın sadece bir özel hukuk uyuşmazlığının çözüldüğü yer olarak görülmemesi, ekonomik anlamda veya bilgi bakımın-

---

(51) 19. yy.ın ikinci yarısından sonra yaşanan sanayileşme ile ortaya çıkan işçi sınıfı, yoksullar ve ayrıcalığı olmayan gruplar örgütlenmeye başlamıştı. Bıçimsel eşitlik değil, gerçek anlamda mahkemeler önünde de fırsat eşitliği (Waffengleichheit) istenmeye başlandı. Dolayısıyla Klein, gittikçe karmaşıklaşan hukuki ilişkilerin eskiye oranla farklı kurallar ve ilkeleri gerektirdiği iddia etmekteydi. Peter Trepte, *Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses*, Frankfurt am Main 1994, s. 38, 40; Thiere s. 5.

(52) Gaul s. 47.

(53) Trepte s. 40-41.

(54) Menger, Klein, Kisch ve daha yeni bir temsilci olarak Wasserman'ın görüşleri için bkz. Trepte s. 35-44.

(55) Thiere s. 8.



dan daha zayıf olana yardım edilmesi gibi istemlerle karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce sosyal bir usul hukukuna, hakların tespit ve icrasına hizmet eden bir usul konseptinden yola çıkılarak varılabilir (56). Ancak bir sosyal hukuk devleti bireylerin haklarını elde edebilmeleri için en uygun araçları ve usulü sağlamakla yükümlüdür. Bu anlamda davanın tarafları arasında zayıf olanı, diğer tarafın onun hakkını elde etmesini engellenmesi veya davanın seyrini olumsuz yönde etkilemesine karşı önlemler alınmalıdır. Sosyal bir yargılama hukuku, görevlerini bu çerçevede yerine getirmelidir. Yoksa sosyal politika oluşturmak veya sosyal içerikli kanunların çıkarılmasını mahkemelerden istemek, beklemek veya hakimi sosyal mühendis olarak görmek doğru değildir. Zira mahkemeler sosyal bir forum ortamı olmadığı gibi, maddi hukuktan kaynaklanan sosyal eşitsizlikleri giderme makamı da değildir. Yargılama hukukunun kaygısı, sosyal olarak daha zayıf olanın sadece biçimsel olarak eşit olmasını yeterli bulmayıp, gerçekte de mahkeme önünde haklarını savunabilmesi, ispat olanaklarının tanınması ve hakkın icrasını gerçekleştirebilmesi noktalarında toplanmalıdır (57). Bu bağlamda aslında ifade etmek gerekir ki, modern sosyal hukuk devleti ilkesini kabul eden anayasalar hakların gerçekleştirilmesi adına önemli kurallar benimsemişlerdir (Any. m. 36). Hatta bugünkü eğilimin uluslararası boyutta yansımalarını görmezden gelmek mümkün değildir

(56) Bu bağlamda, “sosyal usul hukukunun izole edilmiş bireyselliğe değil, sosyal gerçeklikte somut insan nasılsa ona göre belirlenmesi” anlayışına (Wasermann’ın yaklaşımı için bkz. Trepte s. 34 dnp. 22) katılmak mümkün değildir.

(57) Trepte s. 34, 48.



(58). Öte yandan artan ölçüde alternatif uyuşmazlık çözüm aygıtlarını kullanılması veya tahkim yolu da (59), yargılamada hakların tespiti, gerçekleştirilmesi şeklindeki amacın usulün öncelikli amacı olduğunu göstermektedir (60).

(58) Nitekim İnsan Haklarını ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin 1950 tarihli Sözleşmenin 4. Maddesi, ispat hakkına önemli bir koruma getirmektedir. Bu hak, temel bir olarak kabul edilmektedir. Ayrıntı için bkz. Kofmel s. 8. Aynı şekilde doktrinde Rechtliches Gehör, fair (adil, dürüst) dava, Waffengleichheit (silahların eşitliği veya eşitlik ilkesi) ilkelerine dikkat çekilmektedir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, hakimden : “objektif, adil, dürüst bir yargılama yapılması, taraflarca getirilen olay ve olguların önyargısız değerlendirilmesi, hukukun tarafsızca uygulanması ve usuli yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamasını” istemektedir. Karar için bkz. Trepte s. 32; Türk Hukuku açısından da hak arama özgürlüğü bağlamında, temel hak ve insan hakkı olarak adil, dürüst veya doğru yargılamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle Türk Hukuku'nun bir parçası olduğuna kuşku yoktur. Muhakeme sürecinde yargılama makamına ait yetki ve görevler ile taraflar arasındaki iletişime ilişkin kurallar ve bunlara göre taraflara sağlanan haklar olmak üzere iki ayrı yargılama hukuku kuralları kesiti ayırt edilebilir. Hakim tek yanlı yetkileri ile yargılama sürecinin işlenmesini sağlar. Taraflar ise kendilerine verilen usuli olanaklara dayanarak hak arama faaliyetinde bulunurlar. İşte yargılama hukukunun getirdiği güvenceler, hakların daha etkin bir şekilde elde edilmesine yöneliktir. Ayrıntı için bkz. Tekin Akıllıoğlu, Adalet Kavramı ve İnsan Hakları, Adalet Kavramı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, s. 35-40.

(59) Bu yolların davayı, devlet yargısını ikame etmediği hakkında bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald s. 3.

(60) Ne var ki, usul hukukunun geçmişte yaptığı bu sosyal usul hukuku tartışması görünür ki, yerini bir başka tartışmaya bırakmaktadır. **Hukukun ekonomik analizi** adı verilen bu görüş taraftarları, hak elde etmenin ekonomisi ve efektifliği üzerinde durmaktadırlar. Buna göre hukuk (hak) ekonomik rasyonelliğine göre araştırılmalı, açıklanmalı ve kurumlar buna göre düzenlenmelidir. Mevcut yargı örgütünün kullanılmasında da mantıklı bir bölüştürme gidilmelidir. Peter Gottwald, Die Ökonomisch Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozeßrechts, Festschrift für Fasching, Wien 1988, s. 181; Münchener Kommentar, Band 1, s. 6. Bu da hukukun her dönemde içinde bulunulan ekonomik, sosyal koşullarla içinde bulunduğu yakın etkileşime işaret etmektedir.



Yargılamanın, hakların gerçekleştirilmesi olduğu görüşüne temyiz kurumunun amacı ve varlığı ile karşı konulmak istenmiştir. Buna göre temyizın asıl amacı hukuk birliğine ve hukukun gelişimine hizmet etmektir. Ne var ki, birincil amaç olan hakların yerine getirilmesi söz konusu olmadan temyizın amaçlarından söz edilemez. Çünkü bunlar esas amaca bağlı ek amaçlardır. Kanun koyucunun bir tercihi söz konusudur. Nitekim kanun koyucu bir kısım uyuşmazlıklarda temyiz yolunu öngörmemiş de olabilir. Ayrıca ilk derece mahkemesinin hakları tespit amacı ile temyizdeki amaç çelişmez (61).

Amaç münhasıran hakların gerçekleştirilmesi ise, yargılama hukukunun neden birtakım sınırlamalar getirdiği, bazı hallerde neden hak düşümüne izin verdiği de bir eleştiri olarak bu görüşe yöneltilmiştir. Bu eleştiri de şu şekilde yanıtlanabilir : Hak her ne pahasına olursa olsun elde edilecek değildir (62). Uygun bir süre içerisinde uyuşmazlığın bütün bir gelecek için sona erdirilmesi gereksinimi, bir menfaat dengesi kurulmasını gerektirir.

Benimsediğimiz hakların tespiti, korunması ve icrası amacı bakımından, özel hukuk uyuşmazlıkları içinde yer alan ancak genel ilkelere sapma gösteren, daha çok kamu yararının veya bir hukuki kurumun korunmasını amaçlayan bir kısım dava türlerinin varlığına da dikkat çekmek gerekir. Aile hukukuna ilişkin konularda veya çekişmesiz yargının görevine giren durumlarda daha çok bir hukuki ve toplumsal bir kurumun korunduğu; tüketici haklarına ilişkin veya rekabete ilişkin davalarda ise bir topluluğun yahut grubun menfaatlerinin gözetildiği (63) görülmektedir. Doktrinde yargılama hu-

(61) Grunsky s. 5; Pawlowski s. 355, 357-358.

(62) Grunsky s. 6.

(63) Bu durumda aslında çoğu kez subjektif bir haktan değil davayı takip yetkisinden (Prozeßführungsbezugnis) söz edilir. Trepte s. 368-369.



kukunun bu ikili yapısına tüm ayrıntıları ile ilk defa **Jauernig** dikkat çekmiştir (64). Ne var ki, bu durum genel ilkelere bir ayrılma göstermekle birlikte, onu ortadan kaldırmamaktadır. Hatta bu sonuç, yargılama hukukunda genel olarak taraf iradesine üstünlük tanındığı, hakim rolünün sınırlandırıldığı, dolayısıyla kişisel hakların esas alındığını doğrulamaktadır. Kanaatimizce bu görüş anayasal dayanak da bulmaktadır (65). Bireyin esas alındığı, sözleşme özgürlüğünün korunduğu, iddia ve savunma hakkının güvence altına alındığı bir sistemde yargılamanın amacı da hakların en iyi şekilde yerine getirilmesine hizmet etmek olmalıdır.

Türk Hukuku'nda yargılamanın amacına ilişkin görüşlere de kısaca yer vermek gerekirse **Alangoya**'ya göre usulün amacı gerçek'in bulunmasıdır (66). Yılmaz ise usulün amacını adaletli karar vermek olarak nitelendirmektedir (67). **Üstündağ** ise usulün pek çok amacından söz etmekle birlikte (uyuşmazlıkları çözmek, hukuki barışı ve kesinliği sağlamak, hukuku gerçekleştirmek gibi), genel olarak usulü, hakların devlet tarafından korunduğu, tespit edildiği böylece de hukukun gerçekleşmesi olarak görmektedir (68). **Kuru** da, usulü hukukun kişilere tanıdığı ancak başkaları tarafından itiraza uğrayan hakların gerçekleştirilmesini sağlamak yoluyla toplum içinde hukuk barışını yerine getiren bir kurum olarak görmektedir (69). **Arslan** ise, dava konusu yapılan hukuki ilişki veya

---

(64) Othmar Jauernig, Materielles und Prozeßrecht, JuS 1972, s. 331 vd.; Treppe s. 368; Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 25. völlig neubearbeitete Auflage, München 1998, s. 2.

(65) Bkz. any. m. 12, 17, 35, 36, 37.

(66) Alangoya s. 86-93; Aynı doğrultuda Terzan, s. 181-183.

(67) Yılmaz s. 6.

(68) Üstündağ s. 16-17.

(69) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 45.



hukuki fiillerden doğan hakların sahibinin belirlenmesinin devletin en önemli görevi olduğunu vurgularken, bunun sonucunda bir yandan hakların tespit edileceğini öte yandan hukuk kurallarının geçerli kılınacağını ileri sürmektedir. Bunun da sonuç olarak usulün diğer amaçları olan hukuk güvenliğine ve hukuk barışının kurulması ve sürdürülmesine hizmet edeceğini belirtmektedir (70).

#### D. SONUÇ

Hukukta amaç araştırmasının genel olarak son derece öznel ölçüt ve araçlarla yapılması, bunun da hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinin alanına girmesi; yargılama hukukunda bir çok önemli sorunun (yargılamaya egemen olan ilkeler, derdestlik, kesin hüküm, ıslah, yargılamanın yenilenmesi, taraflara tanınacak irade özerkliği vb.) çözümünde amaca başvurulması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. O nedenle gerek kuramsal, gerek uygulama bakımından medeni yargılama hukukunda amaç, tartışılması gereken bir kavramdır.

Saf yargılama hukuku yaklaşımı olarak ele aldığımız, yargılamanın amacının kesin hükme ulaşmak olduğu görüşünün kabulü mümkün değildir. Zira bu görüş, yargılamanın veya davanın etki veya sonucu olan bir olguyu amaç olarak sunmaktadır. Davanın kendisi amaç değil, araçtır. Öte yandan yargılamayı, her ne şekilde olursa olsun, bir kararın veya kesin hükmün üretilmesi süreci olarak görmek, onun kendi içindeki her türlü değeri ve özelliği yadsımak demektir. Sırf biçimsel bir yaklaşım, yargılama hukukuna zarar verecek, üzerinde çok düşünülmemiş reformların yapılmasına neden olabilir. Nitekim, her yargı reformunda dile gelen davaların kısa zamanda sona erdirilmesine yönelik istemler, yargılama

(70) Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 38-39.



hukukunun temel ilkelerini zedeleyecek sonuçlara yol açabileceğinden, bu tür görüşlere ihtiyatla yaklaşmakta yarar vardır.

Diğer görüşler başlığı altında irdelemeye çalıştığımız görüşlerin başında davanın kendiliğinden hak almanın yerine geçtiği şeklindeki yaklaşım gelmektedir. Bu görüş, tarihi ve kanıtlanmamış bir varsayımı kendisine önerme olarak almaktadır. Bir olgu olarak kabule elverişli olmakla birlikte; günümüzün karmaşıklaşan hukuki ilişkileri karşısında yetersiz kalmaktadır. Zira, bir kısım ihlaller halinde hakka ancak dava ile ulaşılabileceği kabul edilmektedir. Fikri ve sınai haklar alanında veya patent veya rekabet hukukunda ya da manevi tazminata hükmedilmesini gerektiren durumlarda, hakkın kendiliğinden elde edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bu görüş, medeni yargılama hukukuna özgü bir amaç açıklaması olmayıp, tüm yargılama türleri için geçerlidir. Bu da medeni yargılamanın diğer yargılama alanlarından farkı veya özelliğini açıklamaya yeterli değildir.

Medeni yargılamanın amacının hukuk barışını kurmak, korumak veya sağlamak olduğu şeklindeki görüş de, ilke olarak yargılamanın, kendiliğinden hak almanın ikamesi olduğu görüşüne yönelttiğimiz eleştirilere hedef olmaktadır. Örgütlü bir devlet yargısına geçişin, hukuki belirsizlik, güvensizlik ve kaosu ortadan kaldıracığı, en azından kuramsal olarak doğrudur. Ancak, taraflar arasında bozulan denge veya ortaya çıkan uyuşmazlığın, her zaman hukuk barışını gerçekleştirecek biçimde yeniden sağlanması veya ortadan kaldırılması mümkün olamamaktadır. Tersine, mahkeme kararlarının kesin hüküm gücü nedeniyle ve bu yolla hukuk barışını veya hukuki istikrarı kurduğu kabul edilmektedir. Hukuk kurallarına veya kesin hükme rağmen, hukuk barışını gerçekleştirme iddiası, hukukun yeknesaklığının ihmal edilmesi anlamına gelir ki, bu da kabul edilemez.





Medeni yargılamanın amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu görüşünü de kabul etmek kanaatimce mümkün değildir. Gerçeğin mutlak olarak tespitindeki zorluklar bir yana bırakılsa dahi (71), özellikle Türk Hukuku açısından, hukuki işlemler hakkında belli bir değerın aşılması durumunda senetle ispat zorunluluğu, daha doğru bir ifade ile kanuni delille ispat gereği (HUMK. m. 288); hükimin tarafların istemleri ile bağılılığı (HUMK. m. 72, m. 74); uyuşmazlığın sınırlarını ve kaderini tarafların belirlemesi (HUMK. m. 73, m. 75/I, m. 236/I, m. 238) gibi ilk bakışta sıralanabilecek bir kaç unsur bile bu görüşü çürütmektedir. Birden fazla veya farklı yargılama hukuku türlerinin bulunması da zaten, yargılamanın kendisine konu olarak aldığı uyuşmazlığın niteliği ve bu uyuşmazlığın gerektirdiği hukuki himayelerin farklılığı ile açıklanabilir. Medeni yargılamada taraf iradesinin kural olarak belirleyici olması, etkilerini yargılama hukuku kurallarında da göstermektedir. Ancak korunmaya değer hukuki yararın bulunduğu, kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda yargılama hukuku bir kısım önlemler de almaktadır. Nitekim, tarafların sahip oldukları usuli olanaklardan yararlanmalarının sağlanması, bilerek yalan söylemelerinin önüne geçilmesi, usuli hatalardan dönebilme yolunun kabul edilmesi veya hakimin aydınlatma ödevi (HUMK. m. 75/2) gibi durumlar, yargılamada maddi gerçeğin bulunması konusunda dayanak olarak ileri sürülmektedir. Ne var ki, bunlar kanaatimizce, yargılama hukukunun kamu hukuku nitelikli olması ve maddi hukuktan ayrılan birtakım özellikler taşıması dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durumlar, genel olarak emredici kuralların dayandığı kamu düzeninin, zayıfların veya üçüncü kişilerin korunması gibi mülahazalarla kabul edilmiş, ayrıksı hükümlerdir. Dolayısıyla te-

(71) Ki bu, ceza yargılamasında dahi mümkün değildir. Ancak, gerçeğin ortaya çıkarılmaması halinde ceza hukukunda bir mahkumiyet olmamasına karşın, hukuk mahkemesi hakimi, eldeki delillere ve ispat yükü kurallarına göre, bir karar vermek zorundadır.



mel aldığı ilişkinin özel hukuk kökenli ve taraf iradesine dayalı olduğu kuralını ortadan kaldırmaya yeterli değildir.

Medeni yargılamanın adaleti yerine getirmek gibi bir amaca sahip olduğu görüşü de, kanaatimizce metafizik, üzerinde uzlaşılabilen, felsefi ve etik bir kavramı yargılamaya taşıdığından dolayı kabule elverişli değildir. Hakimin mevcut kuralları uygulamakla yükümlü olması nedeniyle, somut olay adaletine yol açabilecek şekilde, bu kurallardan ayrılması mümkün değildir. Bu noktada maddi hukuk kuralları ile yargılama hukuku kurallarını birbirinden ayırmak da gerekir. Zira hakim, önüne gelen uyuşmazlığa içerik olarak maddi hukuku, yargılamanın yönetilmesi anlamında da yargılama hukukunu uygulayacaktır. Eğer içeriği üzerinde anlaşma sağlanabiliyorsa, bu takdirde bir hukuk alanındaki kuralların konulmasında onların adilliği üzerinde tartışılabilir. Bu bağlamda bir yargılama hukukunun katı veya sert ispat yöntemini veya ispat yükü kurallarını getirmesi, usuli hatalardan dönebilme yolunu açık tutup tutmaması gibi konular tartışmaya açılabilir. Ancak bunların yeri mahkemeler olmayıp, hakimler de birer sosyal mühendis değildirlere. Bütün bunlar, yargı erkine yön veren politik seçimlerdir. Yoksa mahkemelerin bu anlamda adaleti gerçekleştirmeleri söz konusu değildir. Hakimlerin kanuna uygun kullanmak zorunda oldukları takdir yetkisi dışında, hukuk kurallarını görmezden gelmeleri mümkün değildir.

Medeni yargılamanın hukuk düzenini gerçekleştirmesi de bir amaç olarak savunulmuştur. Ancak, kanaatimizce bu görüş de, hukuk düzenine hakların gerçekleştirilmesinden daha geniş bir yer tanınması, yasama ve yargı erkleri arasındaki görev ve yetki dağılımını gözden kaçırmaması nedeniyle eleştiriye açıktır. Öte yandan bir hukuk düzeni fetişizmi yaratılması da doğru değildir. Bu görüş, sonuçta bireyin hukuk için var olduğu gibi bir çıkarıma dek gitmektedir.



Bütün bu eleştirilerden sonra, kanaatimizce, yargılamanın amacını en iyi açıklayan kuram, yargılamanın hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesine hizmet ettiği görüşüdür. Bu görüş, özellikle medeni yargılamanın diğer yargılama türlerinde farkını ortaya koyması bakımından tercih edilebilir. Zira, uyuşmazlık konusu hukuki ilişki, kural olarak özel hukuk kökenlidir ve tarafların serbest iradesine dayanır. Kural olarak nitelememizin nedeni, bu görüşün kimi durumlarda, uyuşmazlığın niteliği gereği, kamu menfaatinin gözden kaçırılmamasıdır. Aile hukukuna, nesebe veya kişiler hukukuna ilişkin konularda; dernek veya vakıflara ait düzenlemelerde, tüketicinin veya rekabetin korunmasında belli bir grubun veya kamunun menfaatinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu tür davalarda ise, yargılama hukukunun genel ilkelerden ayrılan düzenlemeler dikkati çekmektedir. Böylesi dava türlerinin arttığı gözlenebilen bir olgudur. Ancak bu, kuralı -yargılamada taraf egemenliğini- değiştirecek güç ve ölçüde değildir.

Yargılama hukuku kurallarının, tüm hukuk düzeninde olduğu gibi, mevcut politik ve ekonomik yapıdan uzak kalması düşünülemez. Nitekim, savunduğumuz hakların gerçekleştirilmesi görüşü, bugün gittikçe yaygınlaşan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları veya tahkimde kendisini açıkça göstermektedir.

Öte yandan, yargılama hukuku kurallarının uluslararası boyutta, evrensel hukuk ilkeleri olarak koruma bulması da, hakların gerçekleştirilmesi amacını ortaya koyar. Bireylerin sadece biçimsel olarak değil, yargı önünde gerçek eşitliklerinin sağlanabilmesi (Waffengleichheit), iddia ve savunma haklarının kullanılabilmesi (Rechtliches Gehör), adil (fair) veya doğru yargılamanın yapılabilmesi hep bu amaca yöneliktir. Öte yandan bu ilkeler, Türk Hukuku bakımından da bağlayıcıdır. Kişisel hakların gerçekleştirilmesi veya korunmasını, tarafsız ve bağımsız bir yargı örgütünün yerine getireceği, kanaatimizce her türlü kuşkudan uzaktır. Bu nedenle



dava malzemesinin toplanması veya delillerin getirilmesi gibi konularda veya kısaca yargılamaya yön verilmesinde taraf etkinliğinin kabul edilmiş olması yerindedir. Hakimin yetkilerinin artırılması adı altında taraf ilişkisine müdahalesi doğru olmasa gerekir. Zira o, bu ilişkiye yabancı bir üçüncü kişidir.

Yargılama hukukunun objektif, adil (72) veya doğru bir yargılama yapılabilmesi için gerekli ilkeleri içermesi; getirilen olay ve olguların ön yargısız ve tarafsız bir hakimce incelenmesi ve değerlendirilmesi; hukukun tarafsız ve doğru uygulanması; usuli yükümlülüklerin veya olanakların (73) gereği gibi kullanılmasının sağlanması, kısacası, hukuk devletine uygun bir prosedürün yaratılabilmesi ile, hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesine en iyi biçimde hizmet edilmiş olacaktır. Böylece, tali olarak nitelendiğimiz diğer amaçlara da ulaşmak mümkün olabilecektir.

---

(72) Burada daha önce eleştirmiş olduğumuz adalet sözcüğünü kullanmış olmamız bir çelişki olarak görülmemelidir. Zira, biz burada özellikle uluslararası objektif ölçütlerle (iddia ve savunma hakkının her iki yan için de kullanılması, ispata ilişkin kuralların konulması, taraflar arasında eşitliğin sağlanması gibi) belirlenmiş bir adil veya doğru yargılamadan söz etmekteyiz.

(73) Bir yargılama hukuku düzeninin örneğin, adli yardım gibi bir kuruma yer verip vermeyeceği sorunu ise, o devletin sosyal hukuk devleti veya kabul ettiği politik tercihleriyle yanıtlanabilecek bir konudur.





# SIYASAL VE YÖNETSEL YOZLAŞMA İLE MÜCADELEDE CEZAI YAPTIRIMLAR

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (\*)

## I. Siyasal ve Yönetmel Yozlaşmanın Uluslararası Boyutları :

1. Siyasetle para ilişkisi, siyasal rejimleri ne kadar farklı olursa olsun, tüm ülkeleri yakından ilgilendiren evrensel bir sorundur. Demokrasilerin vazgeçilmez kurumlarından biri olan siyasal partilerin özellikle bütçe giderlerinin karşılanması, genel ve yerel seçimlerin finanse edilmesi parayı gerektirmektedir. Bu para ise, genellikle parti üye aidatları, kişi ve kuruluşlardan sağlanan yardım ve bağışlarla kimi ülkelerdeki devlet yardımından sağlanmaktadır.

Yasal sınırlar içinde işlemesi halinde siyasal partilerin giderlerini karşılamak için bu gelir kaynaklarından yararlanılmasının yadırganacak bir yönü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, son yıllarda siyasal partilerin hızla artan giderlerini karşılamak için yeni arayışlara girmeleri, yandaş kayırmacılığı ve partilere bağış karşılığı kişi ve kuruluşlara yardım

---

(\*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



sağlamaları gibi çeşitli olayların skandal boyutuna ulaşması (1), birçok ülke kamuoyunda siyasi partilerin ve yöneticilerinin yasadışı yollardan partilerine ve kendilerine para sağladığı, rüşvet ve kayırmacılığın yaygınlaştığı, siyasetin kirlendiği inancını güçlendirmektedir. Nitekim Sofres tarafından 1991 yılında Fransa'da yapılan bir kamuoyu araştırmasında, kendileriyle görüşülen kişilerin % 65'i böyle bir görüş belirtmiştir. Hatta aynı kişilerden sadece % 36'sı siyasi partilere devlet yardımına evet derken, % 45'i böyle bir yardıma bile karşı çıkmıştır (2).

Siyasi partilerin tek başlarına ya da koalisyon ortağı olarak iktidara geldiklerinde kendi görüşlerine ve partilerine yakınlığı ile bilinen kimseleri kamu yönetiminde önemli görevlere getirmeleri, siyasi yolsuzluklara bu tür kamu görevlilerinin de doğrudan ortak olmasına neden olmakta, bu ise sorunu daha da derinleştirmektedir.

- 
- (1) Bu konuda örneğin Belçika'da Sosyalist Partide eski bir bakanın öldürülmesiyle patlak veren, bir bakanın cezaevine girmesine, bir başka Belçikalı eski bakanın Nato Genel Sekreterliğinden istifasına neden olan adam öldürtmeye azmettirmek ve rüşvet suçlamalarıyla ilgili olarak, bkz. **La médiamorphose d'Alain Van Der Biest**, coordonné par Frédéric ANTOINE, Ed. Vie Ouvrière, Bruxelles, 1993 (Henüz kovuşturması tamamlanamayan bu olaylar Belçika'da, son zamanlarda ortaya çıkan diğer skandallar ve Fransız askeri uçak üreticisi Assault firmasının partilere dağıttığı söylenen rüşvetler sebebiyle diğer önemli Belçika siyasi partilere de bulaşmıştır.). Fransa'daki skandallar konusunda da bkz. Claude POPIS, **L' argent, le bâtiment, la politique sous la Ve République**, Ed. Albin Michel, Paris, 1992, 241 s.
  - (2) Bkz. Claude LEYRIT, **Les partis politiques et l'argent**, Le Monde Poche, Ed. Marabout, Sarthe, 1995, s. 40.



2. Demokratik ülkelerde önemli bir yere sahip olan siyasi partilerin kamuoyunda bu derece yıpranmaları, şüphesiz en başta çoğulcu demokrasinin saygınlığı açısından büyük bir endişe kaynağı olduğu gibi, ulusal gelirin hakça paylaşımı ve uluslararası ticarete rekabet kurallarının uygulaması yönünden de büyük bir endişe kaynağı oluşturmaktadır. Hatta kimi yazarlar, yozlaşmanın, insan haklarının özüne zarar verdiği ve hukuk devletine duyulan güveni yok ettiği görüşünü savunur olmuşlardır (3).

Özellikle siyasal ve yönetsel yozlaşma ile mücadele için öngörülen klasik yaptırımların, bu tür suçların örgütlü suçlar içindeki konumunu ve uluslararası boyutunu ihmal ettiği, bu yüzden İtalya gibi kimi ülkelerde yeni düzenlemelere de gidildiği görülmektedir. Gerçekten İtalya'da ihalelerde sağlanan rüşvet olayları gibi konularda siyasilerle mafyanın içiçe ilişki içinde olduğunun mafya davalarında ortaya çıkması (4) konunun örgütlü suç boyutunu gözler önüne sererken, uluslararası ticarete çeşitli yollarla gizlenmeye çalışılan rüşvet skandalları 1970 li yıllardan beri çeşitli ülkelerde

---

(3) Bkz. Marco BORGHI, **Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse**, in La Corruption, Editions universitaires de Fribourg-Suisse, 1995, s. 31 vd.

(4) Bkz. Alberto VANUCCI, **Mafia et politique en Italie**, in La corruption dans la vie politique, Dossier constitué par Yves MENY, Problèmes politiques et sociaux, no 779, Ed. de la Documentation française, 24.1.1997, s. 54 vd. Ayrıca bkz. Alberto VANUCCI, **Parrains et politiciens**, Démocratie et corruption en Europe, Paris, Ed. La Découverte, collection Recherches, 1995, s. 54 vd. Öte yandan İtalya'da örgütlü suçlulukla mücadele mevzuatı çerçevesinde kovuşturulan siyasiler arasında eski bakan ve belediye başkanları yanında başbakan düzeyinde siyasiler de olduğunu unutmamak gerekir.





güncelliğini korumakta (5), bu konuda hassas davranan ülkelerin ise, haksız rekabetle karşılaştığı ve bu konuda uluslararası düzeyde alınan önlemlerin şimdilik etkisiz kaldığı vurgulanırken (6), uluslararası bazı önemli satışlarda dağıtılan rüşvetlere göz yuman kimi ülkelerde ulusal çıkar kavramı arkasına sığınarak bu ülkelerin üst düzey yöneticilerince sözkonusu aracı firmalara (broker) yapılan ödemelere, resmi komisyon şeklinde hukuka uygun bir görünüm kazandırılmaya çalışıldığı çeşitli örneklerle gündeme getirilmektedir (7).

3. Her ülkede siyasal ve yönetsel yozlaşmayı etkileyen ekonomik, siyasal, sosyal, kültürel ve dinsel değişik etkenlerin bulunması doğaldır. Yozlaşma ve bu yozlaşmayı yaratan etkenlerin irdelenmesi kadar, yozlaşma ile mücadele yöntemlerinin de tartışılması gerekir.

- 
- (5) Bu konuda Güney Kore'nin eski Cumhurbaşkanı Roh Tae Woo ve Chun Doo Hwan'ın her önemli uluslararası ihalede ne kadar büyük rüşvetler aldıklarına ilişkin iddialar somut bir örnek oluşturmaktadır, bkz. Yves MENY, **L'internationalisation des circuits**, in *La corruption dans la vie politique*, s. 22 vd.
- (6) Örneğin CIA tarafından duyurulan bilgilere göre ABD şirketleri, 1994 yılında, Avrupalı ve Asyalı rakiplerinin rüşvet dağıtımları nedeniyle 45 milyar dolara varan sözleşmeleri kazanamadıkları, bunun nedeninin ise, ABD'de ihalelerde rüşvet dağıtmanın 1974'lerdeki Lockheed olayı sonrasında 1977 yılında yasaklanmasına dayandığı, aynı hassasiyeti diğer ülkelerin göstermediği, oysa yeni bir olayda Lockheed firmasının C 130 tipi üç askeri nakliye uçağı satışı için bir Mısırlı parlamentere bir milyon dolar rüşvet aktardığı için, 1995 yılında 24,8 milyon dolar para cezasına çarptırıldığı ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Laurent MOSSU, **Des règles de concurrence non respectées**, in *La corruption dans la vie politique*, s. 72-73.
- (7) Bkz. Yves MENY, **L'internationalisation des circuits**, in *La corruption dans la vie politique*, s. 23 vd.



Aslında siyasal ve yönetsel yozlaşma, başta azgelişmiş ülkelerde olmak üzere (8), her tür rejimde görülen genel bir sorundur. Bugünkü Çin'de (9), Marksizmin yıkıldığı Rusya'da (10), uzun bir Frankist rejimden sonra siyasal partilerin güçlenemediği İspanya'da (11) skandal boyutunda değişik rüşvet olaylarına rastlanırken, Japonya gibi bir ülkede, siyasilerin rüşvet alması, kamuoyunda bazen, yasaların ve uygulamanın aksine, olumsuz bir tepki yerine, zenginden aldığı fakirlere dağıtma şeklinde algılanarak, ilgi ve sempati uyandıran bir olaya dönüşebilmektedir (12).

Yönetimde veba salgınına dönüşebilen rüşvet olaylarının, toplumlara çok büyük zararlar vermesinin yeni bir olgu olduğunu sanmak ise yanlıştır. Zira, Ramsay MacMullen'in ortaya attığı ve bilimsel kaynaklara dayandırdığı bir çalışmaya göre, Roma İmparatorluğunun çöküşü, son dönemde, iktidarın kokuşup, baştan sona rüşvet içinde yüzmesiyle açıklanabilir (13). Şu halde, her dönemde ve her toplumda gö-

- 
- (8) Bkz. Benno ENGELS, **La lutte contre la corruption**, Développement et Coopération - D+C (Allemagne), 1993, no 2, s. 10 vd.
- (9) Bkz. Jacques ANDRIEU, **Chine : une économie communautarisée, un Etat décomposé**, Revue Tiers Monde, t. 37, no 147, 1996, s. 669 vd.; Francis DERON, **Des souverainetés jalouses**, in La corruption dans la vie politique, s. 73-74.
- (10) Bkz. Marie MENDRA, **Russie : administrations sans foi ni loi**, in La corruption dans la vie politique, s. 41 vd.
- (11) Bkz. Paul HEYWOOD, **Corruption et partis en Espagne**, in La corruption dans la vie politique, s. 48 vd.
- (12) Bkz. Jean Marie BOUISSOU, **Japon: une institution**, in La corruption dans la vie politique, s. 58 vd.
- (13) Bkz. Ramsay MacMullen, **Le déclin de Rome et la corruption** du pouvoir (*Corruption and the decline of Rome*), (Traduit par A. SPIQUEL / A. ROUSSELLE), Ed. Les Belles Lettres, Paris, 1991, s. 9 vd. Osmanlı İmparatorluğundaki benzeri durum hakkında bkz. Ahmet MUMCU, **Osmanlı Devletinde Rüşvet (Adli Rüşvet)**, AÜHF yay., Ankara, 1969 s. 83 vd.



rülen siyasal ve yönetsel yozlaşmanın tamamen ortadan kaldırılması imkansız gözükse de, yaygınlaşmasının önüne geçilmesi, şiddetini azaltarak, rejim açısından ciddi bir tehlike olma özelliğini yitirmesini ve her toplumda görülen olağan adli olaylar düzeyine inmesini sağlayıcı çözümler bulunması, yozlaşmayla mücadelenin temel amacını oluşturmaktadır. Nitekim bu amaçla örneğin Fransa'da, kısaca rüşvetle mücadele kanunu (loi anti-corruption) olarak adlandırılan 29.1.1993 tarihli Rüşvetin Önlenmesi, Ekonominin ve İhale Usullerinin Şeffaflaştırılması Kanunu (14), öncelikle rüşvet ve yolsuzlukla mücadele için, adli teşkilata yardım amacıyla Adalet Bakanlığı bünyesinde bu tür suçlarla ilgili bilgileri toplayıp, tasnif edecek, istemde bulunacak adli makamlara kovuşturulan suç konusunda yardımda bulunacak, idari makamların başvurması halinde de bu tür olayları önlemeye yarayacak yöntemler hakkında rapor sunacak, adli yargıdan bir hakim veya savcının başkanlığında, yeni bir kurum olarak Rüşveti Önleme Merkez Servisi (*service central de prévention de la corruption*)'nin kurulmasını öngörmüştür. Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan bu merkezde hakim-savcı ve memurlar birlikte görev yapmaktadır. Merkez, topladığı bilgilerin bir suç oluşturma düzeyine ulaştığı kanaatine vardığı andan itibaren savcıcıyı durumdan haberdar eder ve elindeki bilgileri savcının kovuşturma yapması amacıyla kendisine iletir. Kanun, seçim ve parti giderlerinin karşılanması ve partiler ve adaylar açısından azamî harcanabilecek

(14) Bkz. Loi no 93-122 du 29 1.1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Journal Officiel du 30.1.1993, s. 1588 vd. Anılan yasanın gerekçesi ve genel bir yorumu için bkz. Christophe GUETTIER, **La loi anti-corruption**, Ed. Dalloz, Paris, 1993, s. 1 vd.



miktarlar konusunu da düzenlemiş, yıllık rapor yayınlanmasını ve partilere devlet yardımının tabi olduğu kuralları yeniden ele almış, partiler yardımda bulunanların ilân edilmesini de öngörmüştür. Ayrıca ekonomik faaliyetlerin şeffaflığını sağlamanın yozlaşmada taşıdığı önemi göz önüne alarak reklamcılıkta çifte faturalamayı ve hayali hizmetleri önlemek, ticaret merkezleri kurulmasında yerel yönetimlerin rüşvete bulaşmasının önüne geçmek, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinin devri (*délégations de service public*) konusuna açıklık getirmek, kamu ihalelerini şeffaflaştırmak (15), kamuya ait taşınmazların devri, satımı, kiralanması konularını şeffaflaştırmak, örgütlü suçların faaliyetinden sağlanan karaların aklanması ile mücadele örgütünün yetkilerini genişletmek, belediye hizmetlerine katılması amacıyla kurulan dernekler yerine yerel yönetimlerin yerel kamu hizmetlerini Belediye İktisadi Teşekkülleri (BIT) aracılığıyla görmesini kolaylaştırarak, bu hizmetlerde şeffaflaşmayı sağlamak, yozlaşma ile mücadele açısından öncelikli konular olarak kabul edilmiştir (16).

Belçika'da da son yıllardaki skandallarla sarsılan siyasi partilerin toplumdaki imajını iyileştirmek amacıyla Millet Meclisi Başkanı Raymond Langendries başkanlığındaki Demokrasi Kurultayı (*les Assises de la démocratie*)'nın, dört ko-

---

(15) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Philippe TERNEYRE, **L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption**, Revue française de droit administratif - RFDA (France), 1993, no 5, s. 952-961. Ayrıca genel olarak kamu ihaleleri konusunda ve ayrıca ihalede rekabet ilkesi konusunda bkz. Meltem KUTLU, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, DEİ Hukuk Fakültesi yayını, İzmir, 1997, s. 192 vd.

(16) Özellikle Fransa'da Belediye İktisadi Teşekkülleri (BIT) ve özendiriliş nedenleri konusunda bkz. Christophe GUETTIER, **La loi anti-corruption**, s. 178-188 vd.



nuda birlik sağladığı, hazırlanan metni iktidar ortağı dört parti ile liberal partinin imzaladığı ve yasal metne dönüştürmeye karar verdikleri ifade edilmiştir (17). Bu konular arasında, partilerin seçim masraflarının karşılanması ve denetimi konusundaki 4.7.1989 tarihli kanunun güncelleştirmesine dönük olarak, partilerin hesaplarının şeffaflaştırılması, sadece gerçek kişilerin yapabileceği bağışların her bir parti ve toplam partiler bazında azamî miktarlarının sınırlandırılması, denetimle görevli parlamento komisyonun güçlendirilmesi ve Sayıştay'dan teknik yardım sağlanması, seçimlerde ticarî reklam afişleri kullanımının yasaklanması, seçimlerde partiler ve adaylar açısından azamî harcanabilecek miktarların aşağıya çekilmesi almaktadır (18). Ayrıca yozlaşmayı önlemede halkın sesine doğrudan kulak vermenin önemi de gözönüne alınarak, bir başka kanun tasarısı hazırlanmış ve parlamentoya vatandaşların gönderdiği dilekçelerin Dilekçe Komisyonu arşivlerinde kalması yerine, tasnif edilip, ilgili makamlara dağıtılması ve yılda bir kere bu dilekçelere verilen cevaplar konusunun meclise anlatılıp, tartışma açılması konusu düzenlenmiştir (19).

4. Kimi ülkelerdeki bu düzenlemeler yanında, konuyla ilgili yayınlara baktığımızda, bugüne kadar değişik mücadele yöntemlerinden söz edildiği görülmektedir. Örneğin Alman-

---

(17) Bkz. Th. E., **Plus de transparence dans le financement des partis et les dépenses électorales** - Le groupe Langendries traduit son accord en lois, *Le Soir*, 20.8.1997, s. 3.

(18) Halen yürürlükte bulunan, partilerin seçim masraflarının karşılanması ve denetimi konusundaki 4.7.1989 tarihli kanunla ilgili olarak, bkz. Laura ILKER-DE MARCHIN, **Le financement et le contrôle des dépenses électorales des partis**, *Courrier hebdomadaire*, Ed. CRISP, Bruxelles, 1991, no 1323-1324.

(19) *ibid*, s. 3.



ya'da yozlaşmanın iki değişik yolla denetim altına alındığı (20), bazı ülkelerde hakim ve savcılarla gazetecilerden bir grubun azimle konunun üzerine gidebilmesi sayesinde bu tür suçlulukla mücadele ortamının doğabildiği (21) ileri sürülmüştür. TODAİE'nin Uluslararası İdarî Bilimler Enstitüsü(IISA) ile ortaklaşa 15-17 Ekim 1997 tarihleri arasında Ankara'da düzenlediği seminer programında ayrıntılı bir şekilde sayıldığı üzere, bu mücadele yöntemleri, siyasette ve yönetimde açıklık ve saydamlıktan, bilgiye ulaşım kolaylığına, yurttaşların karar alma sürecine katılımına, siyasal ve yönetsel görevlerin başka görevlerle bağdaşmazlığına, teftiş ve denetimi güçlendirmeye, basın denetimini kolaylaştırmaya (22), ceza ve disiplin yollarına başvurmaya kadar değişik mücadele türlerini içermektedir.

- 
- (20) Bu yöntemlerden birinin, idari yargı ve hesap mahkemelerinin denetimi yoluyla parlamentonun kesin hesap denetimi, diğerinin ise, kamuoyu denetimi olduğu savunulmuştur. Bu konuda bkz. ELWERT, Georg, **Lorsque l'argent remonte vers le pouvoir : la corruption en Afrique**, Développement et Coopération - D+C (Allemagne), 1994, no 2, s. 24.
- (21) Bkz. Yves MENY, **Avant-propos**, in La corruption dans la vie politique, s. 3 vd.
- (22) Basının haber verme ve eleştiri hakkının korunması, yolsuzlukla mücadelede temel önlemlerden biri olmakla birlikte, bu haber verme ve eleştiri hakkının, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini yok etme düzeyine ulaşmamasına, ayrıca, basının olağan devlet yardımları dışında yardım sağlamak gibi amaçlar için gücünü kötüye kullanmamasına özen gösterilmesi gerekir. Özellikle çeşitli sektörlerde çalışan holdinglerin, basında da söz sahibi olmaları halinde, sahip oldukları basın araçlarıyla yozlaşma konusunda asılsız kampanya başlatmaları ya da aksine bu yöndeki ciddi endişeler varken, bunları kendi şirket politikaları gereği siyasilere şirin görünmek için, gerçek değilmiş gibi göstermeye çalışmaları kamuoyunun basına şüphayle bakmasına neden olur. Bu yüzden basının kendi kendini sıkı bir şekilde denetlemesi ve her olayda alınan kararları halka duyurması gerekir.



5. Yozlaşmanın toplumları kemiren bir hastalık olduğu bilincine ulaşarak, sadece ulusal değil, uluslararası çözüm yollarının da aranması, belli bir bilincin toplumlarda yer etmeye başladığını gösterir. Zira, örneğin Afrikalı yöneticilerin rüşvet batağında yüzdüğünden söz ediliyorsa, halkın vergilerle ödeyeceği kredilere dayalı ihalelerden haksız çıkar sağladıkları, İsviçre bankaları gibi bazı kurumların bu tür operasyonlara aracılık ettiği somut örneklerle dayandırılıyorsa (23), bunda rüşvet veren firmaların da sorumluluğunun bulunduğu, bu tür suçlarla mücadelede ülkelere evrensel yetki tanıyan ve sıkı bir işbirliğine ortam hazırlayan uluslararası düzenlemelere gidilmesi gerektiği unutulmamalıdır (24). İşte bu görümlerden hareket eden Avrupa Konseyi Adalet Bakanları Komitesi 1994 yılında "Yozlaşmaya Karşı Çok disiplinli bir yaklaşım"

---

(23) Örneğin İtalya'daki bir devlet inşaatının müteahhitinin inşaatın kalitesi konusunda sıkı bir denetimden kurtulmak için bir İtalyan memura İsviçre'de ödediği paraya İsviçre mahkemelerince elkoyma kararı verilemeyeceğine İsviçre Federal Mahkemesinin karar vermesi, İsviçre'nin konumunu ve mevzuatın yetersizliğini göstermesi bakımından ilginçtir. Bununla birlikte İsviçre Bankalar Federal Komisyonu'nun, 1993 yılında, İsviçre Bankalar Kanunu'nun 3/2-c. maddesine dayanarak bankaların uluslararası ticaretle ilgili, rüşvet olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği paraları kabul etmemeleri ve siyasilerin açtığı hesaplara bu tür paralar yatırılıp çekilmeye başlanması halinde de hesabı kapatmaları gerektiğini vurgulaması, küçük de olsa olumlu bir gelişmedir. Bu konuda bkz. Marco BORGHI, **Droits de l'homme: fondement universel pour une loi anti-corruption; le cas de la Suisse**, s. 18-19.

(24) Bkz. Georg ELWERT, **Lorsque l'argent remonte vers le pouvoir : la corruption en Afrique**, s. 23. Yazar, 1993 yılında Berlin'de yozlaşma ile mücadele için Uluslararası Şeffaflık Derneği (Association Transparency International- TI) kurulduğunu, çeşitli ülkelerdeki ulusal bürolarının da yardımıyla üçüncü dünya ülkeleriyle yapılan ticareti düzene sokmak istediklerini de vurgulamaktadır, bkz. s. 26.



linli Grup"(Groupe multidisciplinaire contre la corruption<GCM>)'u oluşturarak, yozlaşmayla yeni mücadele yöntemleri öngörecek uluslararası bir çerçeve sözleşme çalışmalarını başlatmış, böylece bir yandan, yozlaşmanın tüm yönleriyle suç haline dönüşmesi için, ulusal mevzuatları yeknesak hale getirmek ve uluslararası işbirliği imkanlarını tanımlamak, diğer yandan, yozlaşmanın mağdurlarının korunması konularını ele almak, diğer bir açıdan da devlet memurlarının davranış kurallarını belirlemek amaçlanmaktadır. Ancak 10 Haziran 1997 de Prag'da toplanan 21. Avrupa Konseyi Adalet Bakanları Komitesinde, yıllar alacak böyle bir sonucunun beklenmesi yerine, ülkelerarası işbirliğini arttıracak anlaşmalar yapılması eğilimi de gözardı edilmemiştir (25).

## **II. Türkiye'de Siyasal ve Yönetmel Yozlaşmaya Karşı Cezai Yaptırımlar :**

6. Türkiye boyutuyla siyasal ve yönetmel yozlaşmaya karşı cezai yaptırımlar, iki açıdan ele alınabilir. Bunlardan ilki, yozlaşmanın siyasal partiler ve siyasetçilerle, ikincisi ise, kamu yönetiminde kamu gücünü kullanma yetkisi olan görevlilerle, diğer bir deyişle, devlet memurları ile ilgili düzenlemeleri oluşturur.

### **II-1 : Siyasal Partiler ve Siyasetçilerle İlgili Denetim ve Cezai Yaptırımlar:**

7. Yozlaşmanın yürütmede siyasal kararları alma yetkisine sahip siyasal partiler ve siyasetçilerle ilgili skandallarla doruk noktasına varması, belli önlemlerin alınmasını gerek-

---

(25) Bu konuda genel bir bilgi için bkz. Oliver VAN VAEREBERGH, **Un spectre hante l'Europe... la corruption**, Le Soir, 11.6.1997, s. 21.





tirmiş ve özellikle 1980 ihtilali sonrasında konu Türkiye'de ayrıntılı yasal düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Parasiyaset ilişkisini gözönüne alan kanun koyucu, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu (26) ile siyasi partilerin gelir ve giderlerinin denetimini sıkı kurallara bağlamış, kurallara riayetsizliği gerek siyasi partiler ve gerekse siyasi parti yöneticileri açısından müeyyidelendirmiştir.

## **A. Siyasi Partilerle İlgili Denetim ve Cezai Yaptırımlar:**

### **a) Siyasi Partinin Tanımı ve Yükümlülükleri :**

8. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na göre, siyasi partiler (27) :

- Anayasa ve kanunlara uygun olarak Türk vatandaşları tarafından kurulabilen (28) tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır,

- Siyasal görüşleri tüzük ve programlarında belirlenir,

- Güdecekleri amaç kanunda belirtilmiş olup, bu amacın demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşmasını arzu etmektir,

---

(26) Bkz. 24.4.1983 tarih ve 18027 sayılı Resmi Gazete.

(27) 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 3.maddesine göre, "*siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmalarını ve açık propagandalarını ile millî iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşmasını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.*"

(28) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 5.



- Yöresel faaliyet göstermek üzere kurulamazlar, sadece ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanabilirler,

- Anayasa'da nitelikleri belirtilen resmi dili Türkçe olan demokratik, laik, hukuk devleti anlayışına aykırı faaliyette bulunamaz ve kararlar alamazlar (29).

### **b) Siyasi Partilerin Gelir ve Giderleri :**

9. Türkiye'de siyasi partilerin gelir ve giderleri, bir yandan ilçeleri içerecek şekilde iller düzeyinde, diğer yandan parti merkezi düzeyinde ayrı ayrı hazırlanacak tahmini yıllık bütçe ile belirlenir ve buna göre harcamalar yapılır (30).

Siyasi partilerin bütün gelirleri parti tüzel kişiliği adına elde edilir (31), bütün giderleri parti tüzel kişiliği adına yapılır (32).

Siyasi partilerin on tür gelire sahip olabilecekleri kabul edilmiştir (33). Bunların bir kısmı aidatlardan (giriş ve üyelik aidatı, milletvekili aidatı, seçimlerde aday adaylarından alınan özel aidat), parti bayrağı, rozeti, flaması vs. satışlarından, parti yayın satışlarından, üyelik kartı, parti defter, makbuz ve kağıtları karşılığı sağlanan paralardan, bağışlardan ve ayrıca devlet yardımından oluşur.

Bu gelirlerin belirlenmesi, üst sınırları ve vergiden muafiyet durumları kanunda açıkça belirtilmiştir (34). Özellikle

---

(29) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 4, 84-89.

(30) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 73.

(31) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 69.

(32) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 70.

(33) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 61.

(34) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 61 vd.



bağışlarla ilgili olarak kanunda çok sıkı kurallar öngörül-  
müştür. Buna göre, tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla bun-  
ların iştirakları, özel kanunla kurulan bankalar, meslek ku-  
ruluşları ve sendikalar siyasi partilere bağışta bulunamazlar.  
Yabancı devletlerle uluslararası kuruluşlardan, yabancı uy-  
ruklu kişiler ile yurt dışında bulunan dernek, grup ve kuru-  
luşlardan da siyasi partiler bağış kabul edemez (35). Bu ya-  
sak kapsamı dışında kalan kişi ve kuruluşlar, siyasi partiler-  
den dilediklerinin her birine yılda en fazla elli milyon lira ba-  
ğışta bulunabilirler (36). Bağışların bu miktarı aşan kısmı  
Anayasa Mahkemesince yapılan mali denetim sırasında dev-  
let hazinesine gelir kaydedilir.

(35) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 66. Bu yasaklara uyulmadığı yönünde zaman zaman basında haberler çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak, örneğin Anayasa Mahkemesinin siyasi parti mali denetimleri çerçevesinde Refah Partisinin 1989 yılı kesin hesaplarının denetimi sırasında Yargıtay C. Başsavcılığına yazı yazarak, bu parti hakkında inceleme ve soruşturma belgelerini istemiş, gelen 15.12.1994 tarih ve Muh. 1994/13 sayılı cevabı yazıda, sözkonusu partinin yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile yabancı ülkelerdeki dernek, grup ve kurumlardan doğrudan doğruya veya bazı kişiler aracılığı ile yardım kabul ettiğine dair yazılı ve görsel basında yer alan haberler üzerine konunun incelemeye alındığı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu cevap üzerine, ileride konunun Yargıtay C. Başsavcılığının araştırmaları sonucuna göre tekrar ele alınacağı düşüncesiyle eldeki belge ve bilgilerle incelemesini sonuçlandırmıştır. Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesinin 11.7.1995 tarih ve 1990/7 Es.-1995/14 K. sayılı siyasi parti mali denetim kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, Ankara, 1996, s. 970-976.

(36) Fransa'da yukarıda da vurguladığımız üzere 29.1.1993 tarihli Rüşvetin Önlenmesi, Ekonominin ve İhale Usullerinin Şeffaflaştırılması Kanunu, özellikle bir takım şirketler aracılığıyla seçimlerin ve partilerin hileli yollarla finanse edilmesini önlemek için bağışta bulunacak tüzel kişinin yapacağı toplam bağışın son mali yıldaki sermayesinin % 25'ini aşamaması ve bağışta bulunan gerçek ve tüzel kişilerin ilân edilmesini öngörmüştür, bu konuda bkz. Christophe GUETTIER, **La loi anti-corruption**, s. 56 vd.



10. Siyasi partilerin gelirleri içinde, önemli bir miktarı ise, devlet yardımı oluşturur (37). Bu yardımdan tüm partiler değil, belli bir oya sahip partiler yararlanabilir. Kanuna göre, devlet yardımı, son milletvekili seçimlerinde öngörülen ülke genelindeki genel barajı aşan partilerin her yıl, o yılki genel bütçe gelirlerinin B cetveli toplamının beş binde ikisi kadar olup, devlet hazinesinden ödenir (38). Ancak, yapılan devlet yardımı sadece parti ihtiyaçlarının karşılanmasında veya parti çalışmalarında kullanılabilir.

Öte yandan, Türkiye'de siyasi partilerin yasada öngörülen gelirlerle giderlerini karşılaması bir zorunluk olup, bu konuda kredi ve borç alması (39) veya vermesi (40) yasaktır.

- (37) Örneğin son yıllarda iktidar ortağı olan partilerden Doğru Yol Partisinin 1993 yılı genel merkez gelirleri toplamı olan 87.574.735.120 TL içinde devlet yardımı 57.656.176.889 TL olup, bu miktar, aynı partinin 76 il örgütünün toplam gelirlerini oluşturan 53.365.674.659 TL'dan daha fazladır. Bu konuda bkz. Anayasa Mahkemesinin 9.11.1995 tarih ve 1994/25 Es.-1995/18 K. sayılı siyasi parti malî denetim kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 1002. Benzeri durum birçok partinin genel merkez gelirleri için geçerli olmaktadır. Örneğin Büyük Birlik Partisinin 1993 yılı genel merkez gelirleri toplamı olan 1.538.134.881 TL içinde devlet yardımı 954.832.000 TL olmaktadır. Ancak bu miktar, DYP'nin aksine, aynı partinin 76 il örgütünün toplam gelirlerini oluşturan 3.787.750.417 TL'dan çok daha düşük kalmakta, bu da bazı partilerin yerel örgütlerinin genel merkezden daha faal olduğunu göstermektedir. Bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 991-992.
- (38) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na 27.6.1984 tarih ve 3032 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 1-5. Ancak, kanun, genel barajın altında kalmakla birlikte, ülke genelinde % 7'yi aşan partilere de devlet yardımı öngördüğü gibi, milletvekili seçimlerinin yapılacağı yıl, bu miktarın üç katı, yerel seçimlerin yapılacağı yıl ise iki katı ödeneceğini, her iki seçimin birlikte yapılması halinde ise, bu miktarın üç katı aşamayacağını belirtmiştir (Ek Madde 1).
- (39) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 67.
- (40) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 72.



Buna karşılık seçimlerde partiler ve adaylar açısından azamî harcanabilecek miktarların hangi meblağları aşamayacağı konusu kanunda düzenlenmiş değildir. Bu konunun da Fransa ve Belçika'da olduğu gibi belirlenmesinde, buna uymayan adaylar açısından aldıkları seçim sonuçlarının iptalinde büyük fayda vardır.

### **c) Siyasi Partilerin Gelir ve Giderlerinin Denetimi :**

11. Siyasi partilerin gelir ve giderleri Türkiye'de yargı organının denetimine tabi tutulmuştur. Bu denetimin Anayasa Mahkemesi gibi ülkenin en yüksek yargı organına verilmesi, siyasi partiler üzerinde tarafsız ve ciddi bir denetimin sağlanması amacını taşımaktadır.

Türkiye'de siyasi partilerin yıllık bütçelerine göre, sağladıkları gelirleri ve yaptıkları giderleri, her bütçe yılını izleyen yıl içinde, iller ve parti genel merkezi düzeyinde hesaplandıktan sonra, merkez karar ve yönetim kurullarınca incelenip, birleştirilerek karara bağlanır. Bu kesin hesapların birer örneği, bütçe yılını izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar, Anayasa Mahkemesi Başkanlığına ve bilgi için Anayasa Mahkemesi nezdinde de görev yapan ve siyasi partileri çeşitli yönlerden sürekli denetleyen Yargıtay C. Başsavcılığına gönderilir (41).

Anayasa Mahkemesi, Sayıştay denetçiliğinden gelen Anayasa Mahkemesi raportörlerinin hazırladığı raporları esas alarak, siyasi partilerin mali denetimini, genelde, evrak üzerinden yapmaktadır. Ancak gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi siyasi partilerden isteyebileceği gibi, üyeleri ara-

---

(41) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 74.



sından görevlendireceği naip üye ile gerek parti genel merkezi ve gerekse partinin yerel örgütleri düzeyinde inceleme ve araştırmalar da yapabilir. Fakat böyle bir inceleme veya araştırmayı, naip üye ile doğrudan doğruya mahkeme olarak yapma yerine, bunları mahallinde görevli en kıdemli adli ve idari yargı hakimi aracılığıyla niyabeten de yaptırabilir (42), ilgililerden yazılı veya sözlü savunma isteyebilir (43).

Siyasi partilerin mali denetimi sonucunda, kanun hükümlerine aykırı olarak sağladıkları bağışlar (44) ile belgelenemeyen gelirleri (45) devlet hazinesine gelir kaydedilir. Aynı şekilde belgelenemeyen veya usulsüz yapıldığı saptanan giderler için de bu miktar kadar parti mal varlığı devlet hazinesine gelir kaydedilir (46).

(42) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 75.

(43) Anayasa Mahkemesinin siyasi parti mali denetimleri çerçevesinde doğrudan parti sorumlularından veya gerek gördüğü durumlarda Yargıtay C. Başsavcılığından bilgi ve belge isteyebilmektedir. Çeşitli örnekler için bkz. Anayasa **Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 949-950; 966-967; 981.

(44) Örneğin Anayasa Mahkemesinin 30.5.1995 tarih ve 1994/24 Es.-1995/11 K. sayılı siyasi parti mali denetim kararında, Milliyetçi Hareket Partisince 1993 yılında yedi kişiden herbiri için yıllık elli milyon lirayı aşan toplam 15.997.000.TL'lık fazla bağışın hazineye gelir kaydedilmesine karar verilmiştir. Bu konuda bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 954 vd.

(45) Örnek olarak Halk Partisinin 1990 yılı kesin hesapları ile ilgili Anayasa Mahkemesinin 11.7.1995 tarih ve 1991/14 Es.-1995/13 K. sayılı siyasi parti mali denetim kararında yer alan bu tür bir karar için bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 967.

(46) Genellikle bu uygulamalar pek çok partide görülmektedir. Örnek olarak bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 948-950; 957-960; 973-976; 985-989; 993-996. Bununla birlikte, partilerin bu yanlışlıkları düzelterip, Anayasa Mahkemesine bildirmeleri halinde, düzeltmelerin dikkate alındığı ve usulüne uygun hale geldiğine karar verildiği görülmektedir, bu konuda bir örnek için bkz. aynı dergi, s. 1003-1006.



Siyasi partilerin mali denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin kendi yerleşimleri, amaç ve faaliyetleri için gerekli olan taşınmazlardan başka taşınmaz sahibi olup olmadıklarını da inceler, böyle bir durumun tespiti halinde, anılan taşınmazın paraya çevrilerek bütçeye dahil edilmesi için ilgili partiye süre verir (47).

Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları da diğer kararları gibi Resmi Gazete'de ve Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi'nde yayımlanır.

Anayasa Mahkemesince yapılan siyasi partilerin mali denetiminin çok ağır işlediği, yaptığımız araştırmada, 1997 Haziran ayı itibariyle, örneğin son yılların pek çok koalisyon hükümetlerinde görev alan DYP'nin en son 1994 yılı kesin hesaplarının (48), ANAP'ın ise, sadece en son 1991 yılına ait kesin hesaplarının (49) denetlenip Resmi Gazete'de yayımlandığı gözlemlenmiştir.

#### **d) Siyasi Partilerin Mali Konuları İle İlgili Cezai Yaptırımlar :**

12.Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mali denetimi sırasında belirlediği usulsüzlüklerden suç düzeyine ulaşan kanuna aykırı bağışlar ile kredi ve borç alınması veya verilmesine ilişkin yasaklara riayetsizlik, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 116. maddesi ile suç haline de dönüştürülmüştür. Buna göre:

(47) Bkz. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, md. 68 ve 77.

(48) DYP'nin 1994 yılı kesin hesapları ile ilgili Anayasa Mahkemesinin 1995/20 Es.-1995/24 K. sayılı siyasi parti mali denetim kararı için bkz. 4.7.1996 tarih ve 22686 sayılı Resmi Gazete.

(49) ANAP'ın 1991 yılı kesin hesapları ile ilgili Anayasa Mahkemesinin 1992/1 Es.-1997/3 K. sayılı siyasi parti mali denetim kararı için bkz. 2.4.1997 tarih ve 22952 sayılı Resmi Gazete.



*aa- Yabancılık unsuru taşımayan kişi ve kuruluşların bağıışı :*

13.Siyasi Partiler Kanunu'nun 66. maddesine aykırı şekilde yabancılık unsuru taşımayan kişi ve kuruluşlar adına bağışta bulunan kimse ile bağışı kabul eden parti sorumlusu altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılır. Bu suçun maddi unsurunu ise, bağış yasağı bulunan kurum ve kuruluşların bağış yapması (50) veya bağışta bulunma yasağı kapsamına girmeyen kişi, kurum ve kuruluşların ise, siyasi partilerden her birine yılda elli milyon liradan fazla bağışta bulunma yasağına riayetsizlikleri oluşturur. Ancak bu suçun kasıtlı bir suç olduğu dikkate alındığında, sözkonusu bağışı yapanlarda ve kabul edenlerde böyle bir kastın bulunmaması halinde suç manevi unsur yönünden oluşmaz. Özellikle yıl içinde değişik zamanlarda yapılan bağışlarda elli milyon liralık üst sınırın aşılması halinde bir kastın bulunmaması, dikkatsizlik ya da hatadan böyle bir durumun kaynaklanması mümkündür. Böyle dikkatsizlik ya da hatadan kaynaklanan durumlarda suç oluşmamakla birlikte, yasa gereği bağışların elli milyon liralık üst sınırı aşan kısmı Anayasa Mahkemesince yapılan mali denetim sırasında devlet hazinesine gelir kaydedilir (51).

(50) 66. maddeye göre, tüm kamu kurum ve kuruluşlarıyla bunların iştirakları, özel kanunla kurulan bankalar, meslek kuruluşları ve sendikalar siyasi partilere bağışta bulunamazlar. Bu konuda bkz. yukarıda no.9

(51) Yukarıda değindiğimiz üzere, örneğin Milliyetçi Hareket Partisince 1993 yılında yedi kişiden alınan herbiri yıllık elli milyon lirayı aşan toplam 15.997.000.TL'lık fazla bağışın hazineye gelir kaydedilmesine karar verilmesi olayında bağışı verenlerin ve alan parti sorumlusunun hata ya da dikkatsizliği sözkonusu olmalı ki, anılan maddeye göre ilgililer hakkında koğuşturma yapılması için herhangi bir suç duyurusunda bulunulmamıştır. Bu konuda bkz. **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 31, 2.c, s. 954 vd.





*bb- Yabancılık unsuru taşıyan kişi ve kuruluşların bağışı (52):*

14.Yabancı devletlerle uluslararası kuruluşlardan, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerden siyasi partilerin aynı veya nakdî yardım ve bağış kabul eden parti görevlileri bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.

*cc- Siyasi partilerin kredi ve borç alma veya verme yasağına aykırı davranışları :*

15.Siyasi Partiler Kanunu'nun 67. maddesiyle siyasi partilerin kredi ve borç alması, 71. maddesiyle de borç vermesi yasaklandığından, bu yasaklara uymayarak siyasi partilere kredi ve borç veren veya siyasi partilerden borç alanlar ile siyasi parti adına kredi ve borç alan veya veren siyasi parti sorumluları altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.

### **e) Varılan sonuç :**

16.Türkiye'de siyasi partilerin rüşvet olaylarına bulaşmamaları için, özellikle 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi sonrasında büyük özen gösterildiği, çok sıkı önlemler alındığı yukarıdaki bilgilerden açıkça anlaşılacaktır. Bu derece sert hükümlerin tüm rüşvet olaylarının önüne geçtiğini söylemek ise, büyük bir iyimserlik olabilir.

---

(52) "Yabancılık unsuru taşıyan kişi ve kuruluşlar" deyimiiyle, bu kanunun andığı anlamda, "yabancı devletlerle uluslararası kuruluşlardan, yabancı uyruklu kişiler ile yurt dışında bulunan dernek, grup ve kuruluşları" ifade etmek istiyoruz.



Özellikle partilere bağışta bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, bunu içtenlikle mi, yoksa devlet dairelerinde görülecek işler için mi yaptığı pek araştırılmamaktadır. Bu güne kadar skandal boyutuna varan bir olayın gündeme gelmemesi, rüşvetin partiler düzeyinde yaygınlaşmadığı izlenimi yaratmaktadır. Ancak bağışta bulunanların ilânı ve ayrıca partilerin ve adayların seçimlerde harcayabilecekleri azamî miktarların belirlenmesi, adaylara yapılan gizli ya da muvazaalı bağışların ortaya çıkmasını ve şeffaflığı sağlayacağından faydalı olacaktır.

Öte yandan, Türkiye'de devlet yardımının parti gelirleri içinde önemli bir miktarı oluşturduğu da bir gerçektir. Bu ise, Türkiye'de, askeri müdahalelerle parti örgütlerinin kapatılması ve siyaset yasağının genişletilmesi sonucu, parti tabanlarının ve örgütlerinin zayıflamasına ve ayrıca seçimlerde parti listelerinin belirlenmesinde sahip oldukları geniş yetkiler nedeniyle son yıllarda parti liderlerinin partiler içinde çok güçlenmesine neden olmuştur. Bu durum partileri adeta lider partisi konumuna sokmakta ve çoğulcu demokrasilerdeki siyasi partilerin varoluş amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu yüzden parti başkanlarını düşürmek hemen hemen imkansız olmakta, parti başkanına karşı olan partililer veya milletvekilleri partiden istifa etmek zorunda kalmakta veya parti disiplin kurullarınca alınan kararlarla partiden ihraç edilmektedir.

Siyasi partiler, özellikle yerel düzeyde, spor klüplerine sağladıkları zorunlu bağışlarla, hem yerel halka şirin görünmeye, hem de parti aracılığıyla yapamadıkları yardımları dolaylı şekilde gerçekleştirme yoluna gitmektedirler. Hizmetten yararlananları zorunlu bağışta bulunmaya zorlayan bu



tür uygulamaların gözden geçirilip, disiplin altına alınması faydalı olacaktır (53).

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz diğer bir husus ise, siyasi partilerin mali denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nin gecikme nedenlerinin de araştırılıp, çözüm yolları aranmasına ilişkindir. Gerçekten bu konuda ciddi bir gecikme olduğu, uygulama hatalarının yolsuzluklardan kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırma konusu yapılmadığı açıktır. Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine göre, denetimdeki gecikmelerin nedeni, Anayasa Mahkemesinin işyükünün fazlalığı, siyasi parti sayısının çokluğu, denetim konusu hesapların yoğunluğu, partilerin standart muhasebe sistemlerinin olmaması, belgelerin standart hale gelmemesi, siyasi partilerin yasaya uygun hesap verememesinin ilk inceleme evresini uzatması, noksanlıkların ek rapor ve Anayasa Mahkemesi kararıyla partilere bildirilmesi, partilerce bu noksanların zamanında giderilmemesi, her partinin önceki yıllara ait hesaplarına ilişkin incelemenin sonuçlandırılmadan, daha sonraki yıllara ait hesapların incelenememesi gibi nedenlerle açıklanabilir (54).

---

(53) Özellikle Fransa'da, belediyelerden büyük mali destek almalarına rağmen, sadece kendi dernek organlarının denetimine tabi olmaları nedeniyle belediyelerin seçilmiş organlarının denetimi dışında kalan ve yolsuzluğa neden olan bu dernekler yerine 29.1.1993 tarihli Rüşvetin Önlenmesi, Ekonominin ve ihale Usullerinin Şeffaflaştırılması Kanunu (kısaca rüşvetle mücadele kanunu, md.73-76) ile Belediye İktisadi Teşekkülleri'nin özendiriliş nedenleri konusunda bkz. Christophe GUETTIER, **La loi anti-corruption**, s. 178-188.

(54) Bu bilgiler kendisi de Sayıştay kökenli bir Anayasa Mahkemesi raportörü olan Anayasa Mahkemesi Genel Sekreteri Sayın H. Bülent SERİM'in 23.6.1997 tarihli yazısında ifade olunmuştur. Kendisine burada teşekkürü bir borç biliyoruz.



## B. Siyasetçilerle İlgili Denetim ve Cezai Yaptırımlar :

17. 1980 sonrasında, özellikle milletvekillerine sağlanan çeşitli mali olanakların, sosyal güvencelerin, diğer memur kesiminden çok farklı şekilde artması, bu konuda milletvekillerinin çıkardığı yasaların Anayasa Mahkemesince iptaline rağmen, kazanılmış hak kavramı ardına sığınarak ve yeni çıkarılan yasalarla sürdürülmesi, yerel yönetimlerden özellikle belediyelere imar planı ve plan üzerinde değişiklik yapabilme yetkileri tanınması, büyükşehir statüsündeki il merkezlerinde ise, vesayet denetiminin çok daraltılması ve büyükşehir belediye başkanlarına geniş yetkiler verilmesi gibi gelişmeler (55), siyasete olan ilgiyi arttırması kadar, kimi siyasilerin ve yakınlarının yolsuzluğa bulaştığı söylentilerinin yazılı ve sözlü basında zaman zaman gündeme getirilmesine neden olmuştur. Bu yüzden siyasette ve yönetimde yozlaşmayı önlemek amacıyla siyasetçiler ve memurlarla ilgili olarak 1990 yılında mal bildiriminde bulunulması, rüşvet ve yolsuzlukla mücadele konusu yeni bir kanunla düzenlenmiştir. 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, etkili bir ko-

---

(55) 3032 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa göre, bütçe valinin denetimine tabidir (md. 20). Büyükşehir belediyesi meclisi ile büyükşehirdeki ilçe belediye meclisleri kararları büyükşehir belediye başkanının denetimine tabidir. Şayet büyükşehir belediye başkanı, bir konunun yeniden karara bağlanmasını isterse, meclisler eski kararlarında ancak 2/3 çoğunlukla ısrar edebilirler. Sadece, büyükşehir içinde yer alan ilçe belediyelerinin kendi aralarında veya büyükşehir belediyesi organlarıyla bir uyumsuzluğa düşmeleri durumunda, büyükşehir belediye meclisi veya encümeninin vereceği karara karşı valiye on gün içinde itiraz hakları bulunmaktadır (md.24).



numda bulunan siyasetçileri de kapsayacak bir biçimde kurallar getirmiştir (56).

### a) Siyasetçilerin Mal Bildirimine Tabi Tutulması :

18. Her ailenin yıllık gelir beyannamesi vermesi yükümlülüğünün henüz geçerli olmadığı Türkiye'de, siyasal ve yönetsel yozlaşma ile mücadele için, öncelikle 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu ile merkezi idare ile yerinden yönetim esasına göre çalışan idarelerde görevli memurlar yanında, muhtarlar ve ihtiyar heyeti üyeleri hariç (57), seçimle işbaşına gelen kamu görevlileri (milletvekilleri, milletvekili olan bakanlar kurulu üyeleri, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri gibi), parlamento dışından atanan bakanlar ve siyasi parti başkanları mal bildiriminde bulunma yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Bu yükümlülük kapsamına, noterler, Türk Hava Kurumu, Kızılay, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, vakıf yöneticileri, kooperatif başkanları, birlik başkanları ve yöneticileri (58), yeminli mali müşavirler, kamu yararına dernek yönetici ve denetçileri, gazete

(56) Bkz. 4.5.1990 tarih ve 20508 sayılı Resmi Gazete.

(57) Türkiye'de herhangi bir siyasi parti adayı olmaksızın seçime giren ve köy yada mahalle düzeyinde görev yapan muhtarlarla ihtiyar heyetleri üyeleri yozlaşmaya konu olamayacak bir konumda görülerek, kanun koyucu tarafından bu yükümlülük dışında tutulmuştur. Bu görevlere duyulan ilginin azlığı kadar, yetkilerinin de sınırlılığı, bu tür görevlere başvurmak isteyenleri ürktümemek gibi bir amaç da gütmüş olabilir.

(58) Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları, kooperatif başkanları, birlik başkanları ve yöneticileri konusunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 1990/53-54 nolu Tebliği için bkz. 26.5.1990 tarih ve 20529 sayılı Resmi Gazete; ayrıca bkz. K. İÇEL-F. YENİSEY, **Ceza Kanunları**, 4. b., Beta yay, İstanbul, 1994, s. 1361-1362.



sahibi gerçek kişilerle tüzel kişilerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarları da dahil edilmiştir (59).

Mal varlığı bildirimini, hazırlanan çizelgeye göre, ilgilinin taşınmaz ve taşınır mal ve parasıyla alacak ve borçlarını da içerir.

### **b) Siyasetçilerin Mal Bildirimi Yükümlülüğünün Başlangıcı :**

19. Tüm mal bildiriminde bulunma yükümlülüğüne tabi tutululardan :

- Bakanlar kurulu üyeleri için atamayı izleyen bir ay içinde,

- Seçimle gelinen kamu görevlerinde, seçimin kesinleşmesini izleyen iki ay içinde,

- Mal varlığında önemli değişiklik olduğunda bir ay içinde,

mal bildiriminde veya mal bildirimini değişikliğinde bulunulması gerekir (60).

---

(59) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 2.

(60) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 6.



**c) Siyasetçilerin Mal Bildirimine Aykırı Davranışları ve Haksız Mal Edinmenin Cezai Yaptırımı :**

20. Tüm mal bildiriminde bulunma yükümlülüğüne tabi tutulanlar gibi, siyasetçilerden mal bildiriminde bulunma yükümlülüğüne tabi tutulanlar da cezai yaptırımlara tabi tutulur. Bu yaptırımlar şunlardır :

**aa- Yetkili makam tarafından ihtarda bulunulmasına rağmen, mazereti olmaksızın, mal bildiriminde bulunmama suçu :** Yetkili makam tarafından usulüne uygun olarak yapılan tebligatla ihtarda bulunulmasına rağmen, mazereti olmaksızın, mal bildiriminde bulunmayan yükümlüye üç aya kadar hapis cezası verilir (61).

**bb- Mal bildiriminin kapsamı hakkında gerçeğe aykırı davranma suçu :** Mal bildiriminin kapsamı hakkında gerçeğe aykırı davranan, örneğin olmayan mal varlığını varmış gibi göstererek daha sonraki artışları normal artışıymış gibi göstermeye çalışan veya malların değerini çok düşük göstermeye çalışarak yolsuzluğu gizlemeye çalışan kimseye, fiili daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir (62).

**cc- Geliriyle mütenasip olmayacak biçimde haksız mal edinme suçu :** Geliriyle mütenasip olmayacak biçimde haksız mal edinen bu yasa kapsamında bulunan kimseye, ka-

(61) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 10.

(62) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 12.



nunda daha ağır bir ceza öngörülmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca haksız edinilen malın mahkeme kararıyla zor alımına karar verilir (63).

**dd- Mal biriminin içeriğini açıklama suçu :** Mal bildirimini ile ilgili bu suçlara karşılık, mal bildiriminde bulunanların verdikleri beyannamelerin gizliliğini de kanun korumuş, kovuşturma ve yargılama makamlarına açıklamak yükümlülüğü dışında (64), mal bildiriminin içeriğini açıklamak suç haline dönüştürülerek, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olup, bu suçun basın yoluyla işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı öngörülmüştür (65).

21.Öte yandan, yetkili makam tarafından ihtarda bulunulmasına rağmen, mazereti olmaksızın, mal bildiriminde bulunmayan yükümlüye verilen üç aya kadar hapis cezası hariç olmak üzere, yukarıda belirtilen diğer suçlardan verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, tecil edilemez, paraya çevrilemez ve ön ödeme kapsamına alınamaz (66).

---

(63) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 14.

(64) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 9 ve 20.

(65) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 11.

(66) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 16.





## **d) Siyasetçilerin Mal Bildirimine Aykırı Davranışları ile Rüşvet ve Benzeri Suçları İşlemeleri Halinde Yapılacak Yargılama Usulü :**

22.3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, bu kanun kapsamına alınan kişilerle ilgili mal bildirimini suçları ile rüşvet ve diğer yolsuzluklar konusunda memurların ön soruşturmasının kendi kurumlarınca yapılması kuralını değiştirmiş, bunlar hakkında doğrudan koğuşturma yapma yetkisini ilgili yer C. Başsavcılıklarına vermiştir (67). Ancak bu kural mutlak olmayıp, bazı yasal istisnaları vardır. Bu istisnalardan biri, görevleri veya sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili olup, bu kuralın siyasilere uygulanışı açısından, örneğin Anayasa gereği görevi sırasında bu tür suç işlediği iddia edilen bakanlar kurulu üyeleri hakkında meclis soruşturması açılması suretiyle Yüce Divan'da yargılanıp yargılanmayacağına TBMM tarafından karar verilmesine ilişkindir (68). Diğer ikisi ise, müsteşarlar, vali ve kaymakamlarla (69) asker kişilere dönük düzenlemelerdir (70).

---

(67) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 18.

(68) Anayasa md. 100. Aynı şekilde milletvekillerinin kovuşturulması da Anayasanın 83. maddesine göre, bir çok suç bakımından TBMM'nin iznine tabi kılınmıştır.

(69) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 17/2.

(70) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 21.



## aa- Bakanlar kurulu üyeleri hakkında yapılacak yargılama usulü :

23.Siyasetçilerden seçimle gelinen görevin başbakan veya bakanlık olması halinde (Türk hukukunda bakanlar, milletvekilleri arasından veya meclis dışından da atanabilirler) Anayasa'nın 100. maddesi özel bir yargılama usulü getirmiştir. Buna göre, başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi en geç bir ay içinde görüşür ve karara bağlar. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona iki aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Meclis, raporu öncelikle görüşür ve gerek gördüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alınır. Meclisteki siyasi parti gruplarında, Meclis soruşturması ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.

Ülkemizde son yıllarda, özellikle ikisi, 1980 öncesi bakanlık görevlerinden bulunup 1980 sonrası Yüce Divan'da yargılanan toplam beş bakan bulunmaktadır. Bunlardan üçü mahkûm olmuş, ikisi beraat etmiştir.

Mahkûm olanlardan 1978-79 döneminde Ecevit hükûmetinde Gümrük Tekel Bakanı olan ve Anayasa Makemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonunda rüşvet alma suçundan (71), ikincisi de aynı hükûmette Sosyal Güvenlik

---

(71) Gümrük Tekel Bakanı Tuncay Mataracı ile ilgili 16.3.1982 tarih ve 1981/2 E.-1982/1 K. sayılı Yüce Divan kararı için bkz. **Yüce Divan Kararları**, c. I, Ankara, 1985, s.355 vd.



Bakanı olarak görev yapan ve Anayasa Makemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonunda görevi kötüye kullanma ve rüşvet suçundan (72), üçüncüsü ise, I. Özal hükümetinde (83-87) Devlet Bakanı olarak görev yaparken, 1985 yılında bir rüşvet olayı nedeniyle bizzat kendi parti mensuplarının da gayretiyle yakalanıp, Anayasa Makemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonunda görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm edilmiştir (73). Buna karşılık, Özal hükümetlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanı olarak ard arda görev yapan iki bakan ile zamanın Kara Yolları Genel Müdürü otoyol ihalelerinde ihaleye fesat sokarak rüşvet aldıkları iddiasıyla Yüce Divan'da yapılan yargılamalarında delil yetersizliğinden 12.4.1995 tarihinde beraat etmişlerdir (74).

- 
- (72) Sosyal Güvenlik Bakanı Hilmi ışgüzar ile ilgili 13.4.1982 tarih ve 1981/1 E.-1982/2 K. sayılı Yüce Divan kararı için bkz. **Yüce Divan Kararları**, c. I, s.1 vd.
- (73) Devlet Bakanı İsmail Özdağlar ile ilgili 14.2.1986 tarih ve 1985/1 E.-1986/1 K. sayılı Yüce Divan kararı için bkz. **Yüce Divan Kararları**, c. II, s.443 vd.
- (74) Özal hükümetlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanı olarak görev yapan Sefa Giray ve Cengiz Altınkaya ile zamanın Kara Yolları Genel Müdürü Atalay Çoşkunoglu hakkında Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılama sonunda delil yetersizliğinden verilen 12.4.1995 tarih ve 1993/1 E.-1995/1 K. sayılı Yüce Divan kararı henüz yayımlanmamıştır. Ancak adı geçen Kara Yolları Genel Müdürünün geliriyle mütenasip olmayacak biçimde haksız mal edindiği gerekçesiyle 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununa muhalefetten mahkûm edildiği 1997 yılında basında çıkan bir haberde yer almıştır. Anılan bu haberle ilgili olarak bkz. Ankara 7.Asliye Ceza Mahkemesinin 28.11.1996 tarih ve no 1993701195 Es.-1996/01012 K. sayılı ilâmı. Bu hüküm Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 13.05.1997 tarih ve no 1997/3604 Es.-1997/4271 K. sayılı düzelterek onama kararıyla onaylanıp kesinleşmiştir (Anılan üç yıl hapis cezasını içeren hüküm ve onama kararı henüz yayınlanmamıştır.).



## **bb- Bakanlar kurulu üyeleri dışında kalan diğer siyasetçiler hakkında yapılacak yargılama usulü :**

24. Görevleri veya sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili istisnalar hariç, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununa tabi olan ve seçimle işbaşına gelen milletvekilleri hariç, diğer kamu görevlileri (belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri gibi) ile siyasi parti başkanlarının işledikleri mal bildirimine muhalefet suçlarıyla irtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması ya da açıklanmasına sebebiyet verme veya bu suçlara iştirak etmekten dolayı diğer kamu görevlileri gibi doğrudan C. Başsavcılıklarınca soruşturulur. Bunlar hakkında ilgili kurumun Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna göre ön soruşturma yapması gerekmez. Bununla birlikte, müsteşarlar, vali ve kaymakamlarla ilgili olarak Memurin Muhakematı Hakkında Kanunun uygulamaya devam etmesine ilişkin hüküm yanında (75), görevleri veya sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kurallar da geçerliliğini sürdürmektedir (76). Bu çerçevede bakanlar kurulu üyeleri gibi, örneğin milletvekilleri de özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olup, Anayasanın 83. maddesine göre, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı

---

(75) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 17/2.

(76) Bkz Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 17/3.



olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Aynı şekilde, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

## II-2 : Devlet Memurlarının Denetimi ve Öngörülen Cezai Yaptırımlar:

25.Siyasal yozlaşma kadar, siyasi kararlardan oluşan yürütmenin kararlarını uygulamaya koyacak olan yönetimin yozlaşması da tehlikelidir. Kanun koyucu yönetimin denetimi ve yozlaşmaya karşı cezai düzenlemeler konusunda öteden beri hassas davranmıştır.

### A) Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Devlet Memurlarının Denetimi :

26.Yönetimin ve kamu görevlilerinin denetimi konusunda, çeşitli kurallar öngörülmüştür. Bunlar arasında, Sayıştay'ın bütçe uygulaması ile ilgili denetimi, yasama organının bakanlar kurulu ve bakanlar üzerindeki siyasi denetimi, TBMM dilekçe komisyonu aracılığıyla denetim (77), Cumhurbaşkanının emri üzerine araştırma ve inceleme yapan Devlet Denetleme Kurulu, Bakanlıkların ve Genel Müdürlüklerin Teftiş Kurulları, illerde valiler ve ilçelerde kaymakamların denetim yetkisi, yerinden yönetimlerin organları ve işlemleri

---

(77) Yukarıda belirttiğimiz üzere Belçika parlamentosuna sunulan bir kanun tasarısı bu konuda oldukça ilginç öneriler getirmektedir, bkz. Th. E., **Plus de transparence dans le financement des partis et les dépenses électorales** - Le groupe Langendries traduit son accord en lois, Le Soir, 20.8.1997, s. 3. Mevcut bugünkü yasal durum hakkında ayrıca bkz. Laura İLKER-DE MARCHIN, **Le financement et le contrôle des dépenses électorales des partis**, Corrier hebdomadaire, Ed. CRISP, Bruxelles, 1991, no 1323-1324.



üzerinde idari vesayet denetimi, kişilerin başvuru ve üst makama itiraz yoluyla başlattıkları denetim, hiyerarşik denetim sayılabilir. Başta Devlet Memurları Kanununda olmak üzere, ilgili mevzuatta düzenlenen bu kurallar (78), yönetsel yozlaşmayı önlemek için saydığımız değişik denetimleri düzenlemektedir.

## **B) Devlet Memurlarının Rüşvet ve Benzeri Eylemlerine Karşı Öngörülen Cezai Yaptırımlar:**

### **a) Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Yönetsel Yozlaşmaya Karşı Suçlar :**

27.Yönetimde yozlaşma özellikle kamu gücünü kullanan kamu görevlilerinden kaynaklanmakla birlikte, rüşvet ve benzeri suçlar bakımından, Kamu İktisadi Teşekkülleri (KİT) personeli de 399 sayılı KHK'nin 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanunla değişik 11. maddesine göre, devlet memuru kapsamına alınmıştır (79).

Türk Ceza Kanunu'nun 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen rüşvet ve benzeri bir kısım devlet idaresi aleyhine işlenen suçlar ile ilgili düzenlemeleri (md. 202-227), zimmet, irtikap, rüşvet, rüşvete aracılık, görevine girmeyen işte rüşvet gibi suçları ele almış, bu alanda doktrin ve uygulamadaki gelişmelerin ışığında ilgili maddeler gözden geçirilmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere, rüşvetin yasal tanımı basitleştirilmiş (md.211), böylece Türk Ceza Ka-

---

(78) Söz konusu düzenlemeler konusunda bkz. D. TEZCAN-M.KUTLU-M.Ö-İTÇİ-O.SANCAKDAR, **İdare Hukuku Mevzuatı** c. II, DEİ H.F. yayını, İzmir, 1995.

(79) Bkz. D. TEZCAN-M.KUTLU-M.Ö-İTÇİ-O.SANCAKDAR, **İdare Hukuku Mevzuatı** c. II, s. 382.



nunu'nun uygulamasında memur sayılanların, yasal olarak yapmaya mecbur oldukları şeyi yapmak veya yapmamak için aldıkları veya başkalarına aldıkları para, hediye ve diğer menfaatler ile menfaat sağlamak amacıyla alıp sattıkları veya ihale ettikleri taşınır ve taşınmaz malların gerçek değeri ile verilip alınan bedel arasındaki fahiş fark rüşvet sayılmıştır.

Bu gelişmeler de dikkate alındığında, bugün Türk Ceza Kanunu'nda yönetimin yozlaşmasını önlemeye dönük olarak, memuriyet görevinin kasten ihmali ve kötüye kullanılması hallerinin genel ve özel hükümlerle cezalandırılması yoluna gidildiği görülür. Bu konuda belli başlı suçlar şöyle sıralanabilir :

**aa- Basit ve nitelikli zimmet suçu** (md. 202) ;

**bb- Denetim görevini ihmal ile zimmet suçu** (md. 203) ;

**cc- Devlet alımına fesat karıştırma suçu** (md. 205) ;

**dd- Memurun Devlet alım satım işlerinde menfaat temini suçu** (md. 208) ;

**ee- İrtikap suçu** (md. 209) ;

**ff- Rüşvet alma suçu** (md.212) ;

**gg- Rüşvet verme suçu** (md. 213) ;

**hh- Rüşvete aracılık etme suçu** (md. 216) ;

**ii- Görevine girmeyen işte rüşvet suçu** (md. 218) ;

**jj- Görevi ihmal suçu** (md. 230) ;



**kk- Hakimlerin görevlerini ihmal suçu** (md. 231) ;

**ll- Hakimler üzerinde nüfuz kullanma suçu** (md. 232) ;

**mm- Hakimlerin nüfuz ve tesir altında karar vermeleri suçu** (md. 233) ;

**nn-Subaylarla emniyet mensuplarının görevi ihmal suçu** (md. 234) ;

**oo- Hakim veya memurların ticaret yapma suçu** (md. 238) ;

**pp- Görevi kötüye kullanma suçu** (md. 240) ;

**rr- İhaleye (artırma-eksiltmeye) hile karıştırma suçları** (md. 366, 367, 368) ;

Kanunda yer alan bu klasik suçların herbirini tek tek ele alıp değerlendirmek, bu çalışmanın amacını aştığı için sadece isimlerini belirtmekle yeteniyoruz. Bu suçlarla ilgili gerekli açıklamalar, Ceza Özel Hukuku kitapları ile açıklamalı ve içtihatlı mevzuat derlemelerinde bulunmaktadır (80).

---

(80) v. Sulhi DÖNMEZER, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1988; Ayhan ÖNDER, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 2. b, İstanbul, 1987; Faruk EREM-Nevzat TOROSLU, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Ankara, 1973; Sedat BAKICI, **Açıklamalı Zimmet, İrtikap ve Rüşvet Suçları**, Ankara, 1988; Kayıhan İÇEL - Feridun YENİSEY, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4.b, İstanbul, 1994.; Doğan SOYASLAN, **Ceza Hukuku - Özel Hükümler**, Ankara, 1997; M. Emin ARTUK / Ahmet GÖKÇEN / A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 1998; Sahir ERMAN / Çetin ÖZER, **Ceza Hukuku - Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı Suçlar**, İstanbul, 1992.





## **b) Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Yönetimsel Yozlaşmaya Karşı Suçlar :**

28.Ceza kanunundaki hükümlerin siyasetteki ve yönetimdeki yozlaşmayla mücadelede yeterli olmadığını gören kanun koyucu, daha önce yürürlükte bulunan rüşvet ve yolsuzlukla mücadeleye ilişkin 1609 sayılı kanunla, mal bildiriminde bulunulmasına ilişkin 2871 sayılı kanunun yerine geçecek daha ayrıntılı bir düzenleme şeklinde, 19.4.1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nu yürürlüğe koymuştur.

Bu kanunla siyasetçiler yanında, esas itibariyle memurlar ve yozlaşmayla doğrudan ilgili olabilecek diğer kurum ve kuruluş mensubu kişiler mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü altına sokularak, rüşvet ve benzeri suçlardan kovuşturulmaları özel kurallara bağlanmıştır. Devlet memurları açısından da geçerli olmak üzere kanunun dört ayrı suç olarak düzenlediği bu suçlar hakkında (81) yukarıda siyasetçilerle ilgili kısımda gerekli açıklamalar yapıldığı için, tekrardan kaçınmak amacıyla o kısma yollama yapmakla yetineceğiz (82).

---

(81) Bu suçlar : aa- Yetkili makam tarafından ihtarda bulunulmasına rağmen, mazereti olmaksızın, mal bildiriminde bulunmama suçu; bb- Mal bildiriminin kapsamı hakkında gerçeğe aykırı davranma suçu; cc- Geliriyle mütenezip olmayacak biçimde haksız mal edinme suçu; dd- Mal biriminin içeriğini açıklama suçu.

(82) Siyasetçilerin mal bildirimine aykırı davranışları ve haksız mal edinmelerine ilişkin olarak yukarıda II-1-B-c, no 20-21'de yapılan açıklamalara bakınız.



### c) Karaparanın Aklanması Suçu :

29. 1988 tarihli Uyuşturucu Maddelerin Kaçakçılığına Karşı B.M. Sözleşmesini 22.11.1995 tarih ve 4136 sayılı kanunla onaylayan Türkiye (83), 13.11.1996 tarih ve 4208 sayılı kanunla karapara aklamasının önlenmesi için, doğrudan Maliye Bakanına bağlı bir kurum olarak *Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı* kurulmasını ve karaparanın kanuni tanımını tanıyarak (md.2), cezalandırılmasını öngörmüştür (md.7) (84).

Karapara, yasanın 2.maddesinde sayılan çeşitli kanunlarda yer alan belli fiilerin işlenmesi suretiyle elde edilen para, para yerine geçen her türlü evrak, mal ve gelir ile bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri ifade etmektedir.

Kanun, karapara aklama suçu için, temel ceza olarak, iki seneden beş seneye kadar hapis cezası yanında aklanan karaparanın bir katı ağır para cezası şeklinde nisbî para cezası ile bu değerlerin ya da ele geçirilememesi halinde buna teka-bül eden mal varlığının müsaaderesini öngörmüştür (md.7). Ayrıca, bu suçun:

(83) Karapara'ya bileşik isim olarak, tek kelime şeklinde yer veren bu kanun metni için bkz. 19.11.1996 tarih ve 22822 sayılı Resmi Gazete.

(84) Onaylamaya izin veren bu kanun üzerine 16.1.1996 tarih ve 96/7801 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onay kararı alınıp, sözleşmenin Türkçe metni ile bu karar 11.2.1996 tarih ve 22551 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Fransa'da da Adalet Bakanlığı bünyesinde adli yargıdan bir hakimin başkanlığında Rüşveti Önleme Merkez Servisi adıyla bir örgütlenmeye 29.1.1993 tarihli kanunla gidilmiş bulunmaktadır, bu konuda yukarıda 14 nolu dipnota bakınız.



- Karaparanın aklanması maksadıyla teşekkül vücuda getirenler ile idare edenler veya bu teşekküle mensup olanlar tarafından işlenmesi;

- Görevi sebebiyle memur ve kamu görevlileri tarafından veya 3187, 7397, 3226, 1567, 2499 sayılı kanunlara (banka, sigorta murakabesi gibi konularla ilgili kanunlar), veya ödünç para verme işleri ile özel finans kurumlarının kurulması, faaliyetleri ve tavsiyelerine ilişkin esas ve usulleri düzenleyen mevzuata göre faaliyet gösteren kurumlarda çalışanlar tarafından işlenmesi;

- Şiddet veya tehditle veya silah kullanarak işlenmesi;

durumlarında cezanın bir misli arttırılması öngörülmüştür. Ancak bu tür suçlulukla mücadelede bununla da yetinilmeyerek, bu suçla ilgili emarelerin görülmesi halinde tetbir konulması (md.9) ve Başkanlıkça istenecek bilgi ve belge gibi yardımın ve kolaylığın sağlanması (md.5 ve 12/2) ve fakat buna karşılık yardımdan yararlananlarla yardımcı sağlayanların sır saklama yükümlülüğünün bulunması da kabul edilmiştir (md.6 ve 12/1).

Kanun, bundan başka, tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna yer vererek, bunlar için para cezası öngörmüş, yöneticilerin durumunu da açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, teşekkül haline ilişkin ağırlatıcı sebebin oluşmadığı durumlarda, suçun tüzel kişiler bünyesinde işlenmesi halinde, fiili gerçekleştiren yöneticiler, suçun tüzel kişiler bünyesinde işlenmesinden dolayı teşekkül haline ilişkin ağırlatıcı sebep paralelinde cezaya çarptırılırlarken, tüzel kişiler de beşyüz milyon liradan beş milyar liraya kadar para cezasına mahkûm edilir. Kanaatimizce, karapara aklama suçunun tüzel kişiler bünyesinde işlenmesi halinde, fiili bu yolla gerçekleştiren yö-



neticiler bakımından, teşekkül hali oluşmasa bile bu ağırlatıcı sebeple eş tutularak cezalandırılacağına ilişkin hükmün kanunda daha açık ifade edilmesi gerekirdi. Zira, mevcut metin ancak yorumla anlaşılabilir kadar karmaşık bir biçimde kaleme alınmıştır.

Öte yandan, TCK.nun 296 maddesinde düzenlenen ve suçun işlenmesinden sonra faile yardım ve yataklık suçu kapsamına giren hallerde anılan maddeye göre koğuşturma yapılacağı 4208 sayılı Kanununun 2/b maddesinde açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, anılan yasada düzenlenen karapara aklama suçu, kanaatimizce karaparanın kaynaklandığı suçları işleyenler dışında başkaları tarafından bu suçları gizlemek için işlendiği takdirde, suçun işlenmesinden sonra faile yardım ve yataklık suçu ile gene de bazı benzer özellikler taşımaktadır. Ancak, kanununun 7/son maddesinde, karaparanın kaynaklandığı suçları gizlemek, bir başka anlatımla failinin fiilini gizlemek amacıyla bu suçu işleyen usul veya fürûu veya karı-koca veya kardeşler için cezanın yarısından üçte ikisine kadar indirilmesi yoluyla cezalandırılmaları hükmüne yer verilmiştir. Bu son fıkra ile böylece, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmayan TCK.nun 296/2. maddesindeki suçun işlenmesinden sonra faile yardım ve yataklık suçu ile ilgili yakın akrabalar açısından cezalandırılmama hali, faile yardım ve yataklığın karapara aklama suçuna dönüşmesi halinde bir bakıma değiştirilmiş olmaktadır.

Bu kanunda ayrıca suç şebekesini ortaya çıkarabilmek için kontrollü teslimat uygulamasına (md.10-11), sır saklama yükümlülüğünü ihlal suçuna (md.12/1), bilgi ve belge verme yükümlülüğünü ihlal suçuna (md.12/2) ve mevcut diğer kanunlarla uyum sağlamak için de 657 ve 2313 sayılı kanunlarla 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede de değişikliklere yer verilmiştir.



Bu son konunun tartışmasına girmeksizin, bu yasanın bütün eksikliklerine rağmen gerekliliği uluslararası ilişkiler açısından tartışmasızdır. Zira karapara, uluslararası düzeyde kendisine sıcak yaklaşan ülkeleri seçmekte, fakat bir süre sonra kendi toplumunun değerlerini de tartışma zeminine çekmektedir. İsviçre'nin uzun yıllar bu tür paralar için barınak oluşu artık bugün kabul görmemektedir. Türkiye'nin de tüm dünya ülkeleri gibi karapara cenneti olmaması, hem kendi güvenliği, hem de diğer ülkeler açısından önem taşımaktadır (85). Ancak bu konuda tüm ülkelerin aynı hassasiyeti göstermesi gerekir.

#### **d) Memurların Mal Bildirimine Aykırı Davranışları ile Rüşvet ve Benzeri Suçları İşlemeleri Halinde Yapılacak Yargılama Usulü :**

30.3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, bu kanun kapsamına alınan kişilerle ilgili mal bildirimini suçları ile rüşvet ve diğer yolsuzluklar konusunda memurların ön soruşturmasının kendi kurumlarınca yapılması kuralını daha önce yürürlükte bulunan 1609 sayılı kanundan farklı bir biçimde değiştirmiş, bunlar hakkında doğrudan koğuşturma yapma yetkisini ilgili yer C. Başsavcılıklarına vermiştir (86). Ancak mutlak olmayan bu

---

(85) Dünya Gazetesinde çıkan bir habere göre, Türkiye bu konuda ilk sınavı OECD'nin 17-19 Haziran 1997 tarihleri arasında Roma'da yapılacak toplantısında verecektir. Zira Karapara Konusundaki Mali Eylem Grubu, Türkiye'nin alması gereken önlemleri ne ölçüde aldığını bu toplantıda tartışacak. Bkz. **Türkiye karapara sınavına hazırlanıyor**, Dünya Gazetesi, 20.5.1997, s.2.

(86) Bkz. Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, md. 18.



kural ve istisnaları konusunda yukarıda siyasetçilerle ilgili bölümde gerekli açıklamalar yapıldığı için, burada tekrar üzerinde durulmayacaktır (87).

### **e) Memurların Memurin Muhakemat Kanununa Tabi Suçlarında Yapılacak Yargılama Usulü :**

31.Burada üzerinde durmamız gereken husus, TCK.nunda düzenlenen ve fakat 3628 sayılı kanun kapsamına girmeyen örneğin memuriyet görevinin kasten ihmali (TCK md. 230) ve memuriyet görevinin kötüye kullanılması (TCK md. 240) gibi suçlar ile 3628 sayılı kanun kapsamı dışında titulan müsteşar, vali ve kaymakamlar bakımından geçerli olan yargılama usulüdür. Zira bu suçlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanun (MMK) uygulaması devam etmektedir.

Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'un uygulandığı durumlarda hazırlık soruşturması ilgili kurum tarafından yapılır. İlçe idare kurullarının kamu davası açılmasına ilişkin kararlarına sanığın itirazı üzerine, kamu davası açılmaması yönündeki kararları ise, doğrudan yer itibariyle yetkili bölge idare mahkemesi tarafından incelenip karara bağlanır. Kamu davası açılması kararının onanması veya bu yönde karar verilmesi halinde davaya ilgili ceza mahkemesinde bakılır. Aynı şekilde bu tür karar, il idare kurulu tarafından verilmişse, kamu davası açılmasına ilişkin kararlar sanığın itirazı üzerine, kamu davası açılmaması yönündeki kararlar ise, doğrudan Danıştay İdari Dairesinde (Danıştay 2.Daire) sonuçlandırılır. Şayet bu görevli, müsteşar, büyükelçi veya vali ise, kamu davası açılıp açılmaması yönündeki karar, Danış-

---

(87) Bu konuyla ilgili açıklamalar için yukarıda II-1-B-d, n° 22-24'de yapılan açıklamalara bakınız.



tay İdari Dairesince (Danıştay 2.Daire) verilir. Bu karar re'sen veya itiraz üzerine Danıştay İdari İşler Kurulunca nihai şeklini alır.

**f) Varılan Sonuç :**

32. Ülkemizde gerek siyasal ve gerekse yönetsel yozlaşma konusunda pek çok önlem alındığı, ülke genelinde, yıllık vergi beyanname sistemi mevcut olmasa da, yozlaşma ile ilişkili olabilecek tüm kesimlerin mal bildirimine tabi tutulduğu açıktır. Bu durumda halâ ülkede yozlaşmadan söz ediliyorsa, sorunu mevzuattan çok uygulamada aramak gerekir. Bunun için ise, yeterli kamuoyunun oluşturulması, basının tarafsız haber verme anlayışı içinde olayların üzerine gitmesi, kolluk ve yargının üzerlerine düşen görevi yapması dışında bir çözüm beklenemez.



# YARGITAY KARARLARINDA İSBAT YÜKÜ (MK. 6)

Av. Talih UYAR (\*)

I- “İsbat yükü’nün kime düştüğünü “kanun, hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur” şeklinde belirten MK. 6 hükmünün “maddi hukuk” kurallarını içeren Medeni Kanun’da yer almasını uygun bulanlar bulunduğu gibi, bu hükmün yargılama hukukunu yani “şekli hukuk”u ilgilendirmesi nedeniyle, Usul Kanunu’nda yer almasının daha doğru olacağını belirtenler de vardır (1).

II) MK. 6’nın bugün yürürlükte olan metni, kaynak İsviçre Medeni Kanunundan son derece de eksik çevrilerek alınmıştır. Bu nedenle, “bu hükmün hiçbir şeyi çözmediği” haklı olarak belirtilmiştir (2). Bu madde kaynak kanunun Almanca metninde;

(\*) İzmir Barosu Avukatlarından.

- (1) Ayrıntılı bilgi için bkz: **UMAR,B.** İsbat Yükü,1968,sh. 4 vd. - **UMAR,B./YILMAZ,E.** İsbat Yükü,1980,sh. 7 vd.
- (2) **UMAR,B.** a. g. e. sh. 52 - **UMAR,B.** a. g. e. sh. 86 - **ÜSTÜNDAĞ,S.** Medeni Yargılama Hukuku,1997,sh. 615-**POSTACIOĞLU,İ.** Medeni Usul Hukuku Dersleri,1975,sh. 536- **YAVUZ,N.** Adli İsbat (Adalet Dergisi, 1977 /5-6 sh. 381)- **BERKİN,N.** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, sh. 752 -**OĞUZMAN,K.** Medeni Hukuk Dersleri,1994,sh. 163 vd. - **BELGE-SAY,M. R.** Türk Kanunu Medenisi Şerhi 1957,sh. 58 **BİLGE,N.** Medeni Yargılama Hukuku,1967,sh. 442 -**BİLGE,N./ÖNEN,E.** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri,1978,sh. 500 -**TEKİNAY,S. S.** Medeni Hukuka Giriş Dersleri,1971,sh. 167





*“Yasa başka bir çözüm belirlemedikçe iddia edilmiş bir olayın varlığını, bundan (olaydan)kendi lehine haklar doğan kimse isbat etmelidir.”*

Fransızca metninde;

*“Taraflardan herbiri yasa aksini buyurmadıkça, hakkını çıkartmak üzere öne sürdüğü olayları isbat zorundadır.”*

İtalyanca metninde;

*“Yasa başka türlü buyurmadıkça kendi hakkını, kendisi tarafından öne sürülen bir olaydan çıkaran kimse, bunun (olayın) delilini göstermelidir.”*

şeklinde düzenlenmiştir (3).

**Doktrinde**, “Medeni Kanunumuzun 6. maddesinin, amacı en iyi anlatan Almanca metne göre yorumlanması gerektiği” konusunda görüş birliği vardır.

Yürürlükteki metnin yetersizliği, Medeni Kanunda yapılacak değişiklikleri hazırlamakla görevlendirilmiş olan bilimsel komisyonlar tarafından da gözönünde bulundurularak, bu hükmün daha kapsamlı bir içeriğe kavuşturulması çalışmaları yapılmıştır. 1971 yılında yayımlanan -ve son düzenlemesi Ord. Prof. Dr H. V. Velidedeoğlu tarafından yapılan- 1. “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı”nda (4) bu hüküm -”terimlerin anayasaya uygun olduğu, ifadenin sadeleştirildiği, biçim ve hüküm değişikliğine gidilmeden maddeye açıklık getirildiği” belirtilerek- ;

(3) **UMAR,B.** a. g. e. sh. 52 - **UMAR,B. / YILMAZ,E.** a. g. e. sh. 86 vd.

(4) Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi,1971,sh. 21



*“Yasada tersine bir kural bulunmadıkça, taraflardan herbiri, hakkını dayandırdığı olayı isbat zorundadır.”*

1984 yılında yayımlanan -ve son düzenlemesi Prof. Dr. M. K. Oğuzman yapılan 2. “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı’nda (5) bu hüküm -”hüküm değişikliğine gidilmediği” belirtilerek -;

*“Kanunda aksine bir kural bulunmadıkça taraflardan herbiri, hakkını dayandırdığı olayı ispat yükü altındadır.”*

1998 yılında hazırlanan 3. “Türk Medeni Kanunu Tasarısı”nda bu hüküm - “1984 tarihli ön tasarının 6. maddesinden kısmen değiştirilerek alındığı konu ve kenar başlıkları günümüz diline uyarlanarak aynen korunduğu” belirtilerek- ;

*“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan herbiri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* şeklinde değiştirilmesi önerilmiştir.

Doktrinde (6) ise bu hükmün;

*“Bir hukuk normunun uygulanabilmesi veya bir hukuk normunda öngörülen hukuksal sonucun doğduğunun kabul edilebilmesi için, o hukuk normunun öge olaylarının gerçekte olduğu kabul edilmelidir.”*

*“Yasal karinelerle veya belirtilerle tespitin yapılmış sayılması olanağı ve isbatın biçimine veya delillerin değerlendirilmesine ilişkin hükümler saklıdır”*

şeklinde değiştirilmesinin isabetli olacağı vurgulanmıştır.

(5) Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi,1984,sh. 2

(6) **UMAR,B.** a. g. e. sh. 229,-**UMAR,B. /YILMAZ,E.** a. g. e sh. 326



III) “İsbat yükünün kime düştüğü sorunu,uygulamada büyük önem taşır. Çünkü, kendisine isbat yükü düşen taraf -bu taraf “davacı”da olabilir, “davalı”da olabilir- bunu yerine getirmese mahkeme tarafından aleyhine karar verilir. Yani,eğer isbat yükü davacıya düşüyor ve davacı iddiasını isbat edememişse davası reddedilir, eğer isbat davalıya düşüyor ve davalı iddiasını isbat edememişse, aleyhine açılan davanın kabultüne karar verilir. . .

Görülmekte olan davada isbat yükü, dayanılan (ileri sürülen) olayların niteliğine göre değişir ve davacıya düşebileceği gibi, davalıya da düşebilir. Hemen belirtelim ki, uygulamada “isbat yükünün ilk önce davacıya düştüğü” konusunda yaygın bir kanaat varsa da bu kanı “isbat yükünün ilk önce davacıya düştüğü davaların sayısının, isbat yükünün davalıya düştüğü davaların sayısından daha çok olması”ndan kaynaklanmaktadır (7). Yoksa, “isbat yükü ilk önce davacıya düşer” diye, yasal bir kural mevcut değildir.

IV) “İsbat yükünün kime düştüğü (ya da “isbat yükünün paylaşırması”) sorunu hukumuzdagerek **doktrin** ve gerekse **uygulamada** belirli ilkelere bağlanarak herkesçe kabul edilmiş bir çözüm şekline kavuşmuş değildir.

A- Gerçekten **doktrinde kimi hukukçular** (8) -İsviçre doktrininde büyük çoğunluk tarafından kabul edilen, yeni Alman doktrininde de hemen hemen oybirliği ile benimsenen- ve “norm teorisi” diye ifade edilen bir görüşü hukumuzda da savunmuşlardır. Bu görüşe göre; “taraplardan herbiri, kendi yararına sonuç doğuran normun öge olayları için isbat yükünü yani ispatsızlığın riskini taşır, davacı veya davalı durmunda olmasının isbat yükü bakımın-

(7) **UMAR,B. /YILMAZ,E.** a. g. e. sh. 70

(8) **UMAR,B.** a. g. e. sh. 29 vd- **UMAR,B. /YILMAZ,E.** a. g. e. sh. 53 vd



dan hiçbir önemi yoktur. Buna karşın diğer hukukçular (9), genellikle herhangi bir teoriye bağlanmaksızın, çeşitli kıstaslara (ölçüt-lere) başvurarak, isbat yükünün paylaşılması sorununu aydınlatmaya çalışmışlardır. Bu hukukçular hareket noktası olarak MK. 6 hükmünü kabul etmişler ve bu hükmün yetersizliğini göz önünde bulundurarak ayrıca birtakım “istisnalar” a ya da “tamamlayıcı kurallar” a yer vermişlerdir. Bu hukukçular tarafından genellikle - MK. 6’daki “genel kural” yanında- kabul edilen başlıca “istisnalar” ya da “tamamlayıcı kurallar” şunlardır:

• “İspat yükü, normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer. ”(İspat yükü, hayatın olağan akışına ters düşmeyen iddiada bulunan tarafa düşer. )

Bu taraf “davacı” da olabilir, “davalı” da olabilir. Örneğin bir satışın “peşin” yapılmış olması asıldır. Yani satıcının sattığı ve teslim ettiği malın bedelini peşin olarak almış olması doğaldır, hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle “satışın veresiye olduğunu” yani “sattığı ve teslim ettiği malın bedelini almadığını” iddia eden satıcının, bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Yani ispat yükü, bu durumda satıcıya düşer. . .

- 
- (9) **BERKİN,N.** a. g. e. sh. 753 vd- **ZEVKLİLER,A.** /**ACABEY,M. B.** / **GÖKYAYLA,K. E.** Medeni Hukuk,1997,sh. 186 vd- **OĞUZMAN,K.** a. g. e. sh. 165 vd- **EDİS,S.** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri ,1979, sh. 362 vd -**ÜSTÜNDAĞ,S.** a. g. e,sh. 616 vd- **KURU,B.** Hukuk Muhakemeleri Usulü 1990,cilt 2 1368 vd-**ÖKTEM,İ.** Hukuk Mahkemesinde Hak Nasıl Müdaafa Edilir ? 1938, sh. 19-**POSTACIOĞLU,İ. E.** a. g. e sh. 538 vd- **BİLGE,N** a. g. e. sh 443 vd -**KARAFAKİH,İ. H.** Hukuk muhakemeleri Usuli Esasları , sh 168 vd-**ANSAY,S. Ş.** Hukuk Yargılama Usulleri , sh 249- **AKİPEK,J.** Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri 1972, sh. 172- **BELGESAY,M. R.** a. g. e. sh. 68 vd -**SAYMEN,F. H.** Türk medeni Hukuku 1956 sh. 384 vd



“Başkasının arsasına iyiniyetle inşaat yaptığını” iddia eden kimsenin (MK. 650) bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Çünkü, başkasının arsasına inşaat yapan kimse normal olarak iyiniyetli sayılmaz. Buna rağmen, bu durumun aksini ileri süren bu kişinin, “iyiniyetli olduğunu” ispat etmesi gerekir. . .

“Haciz tarihinden kısa bir süre önce (veya sonra) yapılan devir işlemini, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olarak yapılmış kabul etmek hayatın olağan akışına uygun düşer. Bunun aksini ileri süren tarafın (devir alanın) bu iddiasını ispat etmesi gerekir. . .

**\* “Eğer kanunda, ispat yükü konusunda açık bir hüküm varsa, bu hükme göre hareket edilir.”**

Örneğin “istirdat davası”nda ispat yükü, davacı durumundaki borçluya düşer. Bu husus kanunda açıkça belirtilmiştir. (İİK. 72/VIII)

Kendisine “birinci haciz ihbarnamesi” gönderilen üçüncü kişi yedi gün içinde buna itiraz etmez ve takip alacaklısına karşı olumsuz tespit davası açmak zorunda kalırsa “takip borçlusuna borçlu olmadığını” ya da “malın takip borçlusuna ait olmadığını” ispat yükü, davacı üçüncü kişiye düşer. (İİK. 89/III). . .

• “İyiniyet kuralı gereğince ispat yükü, delileri daha kolay elde edebilen tarafa düşer.”

• “Kural olarak olumsuz olayın değil, olumlu olayın ispat edilmesi gerekir.”

• “İspat yükünün paylaşılmasında ‘ikrar’, ‘fiili ve kanuni karineler’ ve ‘ispat yükü sözleşmesi’ de gözönünde bulundurulur. . .

B) Buraya kadar özetlemeye çalıştığımız **doktrindeki** bu çeşitli görüşler Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Bunun sonucu



olarak, Yargıtayımız da “ispat yükü” konusunda belirli bir teoriyi benimsemeksizin ve belirli bir görüşe katılmaksızın, MK. 6. daki “genel kural” yanında diğer “tamamlayıcı kural”lara içtihatlarında -aşağıdaki şekilde- yer vermiştir:

“ Taraflar arasında -eser sözleşmesine ilişkin- sözlü anlaşmanın niteliği konusunda uyuşmazlık bulunması halinde, davacının MK. 6. uyarınca ‘tespit dosyasında sözü edilen noksan işlerin davalı tarafından üstlenildiğini’ ispat etmesi gerekeceğini”(10).

“Vesayet davalarında ‘kısıtlının mallarının nasıl idare edildiği, gelirlerinin nerelere harcadığı vb. ’ hususlarının vasi tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (11).

“Semen bedelinin tahsili için açılan davalarda ispat yükünün ‘satım ilişkisini kabul etmekle beraber semeni ödediğini’ iddia eden tarafa düştüğünü (12).

Evi terkederken, ‘ziynetlerinin götürülmesine engel olunduğunu ve zorla elinden alındığını’ ispat edemeyen kadının, bunlarla birlikte evden ayrıldığını kabul etmenin hayatın olağan akışına uygun olacağını” (13).

- ◆ “Munzam zarar (BK. 105) davalarında, davacının ‘davalıdan tahsil ettiği temerrüt faizini aşan bir zararının varlığını’ fiilen ispat etmesi gerekir mi? MK. 6 uyarınca davacının iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu, ancak bu kuralın mutlak olmadığı, toplumumuzun içinde bulunduğu ekono-

(10) Bknz. 15. HD. 27. 4. 1998 T. E. 1485, K. 1652 (Yayınlanmamıştır)

(11) Bknz. 2. HD. 7. 10. 1997 T. E. 7065, K. 10295 (YKD. 1998/3, sh. 338 vd).

(12) Bknz. 3. HD. 16. 6. 1997 T. E. 5488, K. 5934 (YKD. 1998/2, sh. 199 vd).

(13) Bknz. 2. HD. 17. 5. 1997 T. E. 4074, K. 4184 (Yayınlanmamıştır)-5. 12. 1996 T. E. 11661, K. 12923 (Yasa D. 1997/3, sh. 443 vd. - İKİD. s. 436, sh. 12538) - 5. 7. 1995 T. E. 12435, K. 13387 (İKİD. s.439, sh. 12698) vb.



mik/sosyal durum nedeniyle bir kişinin parasını bankaya, ya da dövizde yatırarak ya da kendi işinde değerlendirerek, temerrüt faizinden daha fazla gelir elde edeceğinin bilinen bir gerçek olduğu, HUMK 238 uyarınca maruf olayların ayrıca isbatına ihtiyaç bulunmadığı, bu nedenle ‘munzam zarar’ (BK. 105) davalarında, davacının fiilen uğradığı zararı ayrıca isbat etmesine gerek bulunmadığını” (14).

- ◆ “ ‘Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin muvazaalı olduğu’ ileri süren davalının bu savunmasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (15).
- ◆ “Kocasıyla birlikte malik olmak üzere satın alınacak gayrimenkul ve otomobilin satış bedeline, birikimini, ziynetlerini satarak katılan kadının, bunları kendi üzerine alan kocası aleyhine açtığı tazminat davasında, sorumluluğunu azaltacak veya kaldıracak herhangi bir def’ide bulunan davalı kocanın bu def’ini ispatla yükümlü olduğunu” (16).
- ◆ “ ‘Yapılmış olan sözleşmede muvazaalı bulunduğunu’ ileri süren tarafın bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (17).
- ◆ “ ‘Mirasçılar arasında paylaşma yapıldığını ve taşınmazın bu paylaşmada kendilerine düştüğünü’ iddia eden davalı tarafın bunu ispatla yükümlü olduğunu” (18).

---

(14) Bknz. 13. HD. 13. 2. 1997 T. 1996/9935 E. ,810 K. (Yasa D. 1998/4,496 vd.) - YHGK. 15. 11. 1995 T. E. 5-806 K. 983 (İKİD. s. 438,s. 12659)

(15) Bknz. 15. HD. 21. 10. 1996 T. E. 5389,K. 5416(YKD. 1997/10,1447)

(16) Bknz. YHGK. 18. 9. 1996 T. E. 1996/2-498,K. 595 (İKİD. s. 438 sh. 12632)

(17) Bknz. 1. HD. 14. 2. 1996 T. E. 1179,K. 1170 (YKD. 1996/9,1381)

(18) Bknz. YHGK. 14. 2. 1996 T. E. 1995/8-969,K:82(İKİD. s. 434 s. 12385) - 7. HD. 29. 6. 1994 E. 1992/349,K. 1994/6535(YKD. 1994/9,1443) - 7. HD. 25. 6. 1992 E. 1988/13399,K. 16268(İKİD. 390/9580)



◆ **İstihkak davalarında isbat yükü;**

“Davacı üçüncü kişinin ‘malı ne suretle kazandığını’ ve ‘hacizli malın borçlu elinde bulunmasını gerektiren fiili ve hukuki sebepleri’ açıklayıp bunları isbat etmekle yükümlü bulunduğunu” (19)

“ ‘Borçlu’ ile -istihkak iddiasında bulunan- ‘üçüncü kişi’ arasında ‘organik bağ’ bulunması -örneğin; borçlu şirket ile üçüncü kişi şirketin kurucularının, temsilcilerinin, ya da ortaklarının aynı kişiler olması -halinde,- ‘kira’, ‘satış’, ‘devir’ gibi yapılan işlemin muvazaalı sayılması gerekeceğini” (20).

◆ “ Hayatın olağan akışına uygun olmayan iddialar”:

a) “Müteahhitlik yapan (ya da tacir olan) borçlunun ‘evinde menkul hiçbir eşyasının bulunmadığı’ iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu” (21).

b) Davacının (borçlunun kardeşinin) haczin uygulandığı yer ve kendisinin oturduğu yer dışında bir yerden fatura düzenletmiş olmasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini (22).

c) “Aynı fatura ile çeşitli nitelikteki eşyaların hep birlikte satılmış olmasının (gösterilmesinin) hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini” (23).

---

(19) Bknz. 15 HD. 5. 2. 1996 T. E: 409, K: 589 - 15 HD. 19. 11. 1995 T. E: 6920, K: 7532 ( UYAR T. İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu , Cilt : 2 sh. 2889 vd.)

(20) Bknz. 15. HD. 30. 1. 1996 T. E:125 K:463(UYAR,T. a. g. e. sh. 2895 vd.)

(21) Bknz. 15. HD. 24. 1. 1996 T. E: 218, K: 355 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2905)

(22) Bknz. 15. HD. 28. 9. 1995 T. E: 6124, K: 5101 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2906)

(23) Bknz. 15. HD. 7. 3. 1995 T. E: 955, K: 1282 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2906)





d) “Fabrikatör olan borçlunun evindeki eşyalar hakkında, borcun doğumundan sonra, ev kadına olan karısı adına fatura düzenlenmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceğini” (24).

e) “Evlü bir kadının, adına kayıtlı telefonu, kocası ile birlikte oturduğu konutta bulundurmasının, hayatın olağan akışına uygun olduğunu” (25).

f) “Önemli bir kısmı evde kullanılması zorunlu eşyaların aynı tarihlerde satın alındığını kabul etmenin, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini” (26).

g) “İhalede satın alınan borçluya ait malların iki yıl süreyle borçluda bırakılmasının, hayatın olağan akışına ters düşeceğini” (27).

h) “Borçlunun annesi ile geliri olduğu iddia edilmeyen eşi arasında, öteden beri oturlan ev hakkında noterde kira sözleşmesi yapılmasının, hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacağını” (28).

ı) “Borçlu hakkında yaptığı takip sonucunda haciz ettirdiği demirleri ihalede satın alan ancak üç yıla (ya da beş aya) yakın bir süre kaldırmayarak orada bırakan alıcı (alacaklı)nın bu davranışının, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği ve bu nedenle demirlerin mülkiyetinin borçluya ait olduğunun kabulü gerekeceğini” (29).

---

(24) Bknz. 15. HD. 14. 9. 1995 T. E: 4078, K: 4613 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2907)

(25) Bknz. 15. HD. 14. 9. 1995 T. E: 4540, K: 4660 (UYAR,T: a. g. e sh. 2908)

(26) Bknz. 15. HD. 31. 1. 1995 T. E: 236, K: 419 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2908)

(27) Bknz. 15. HD. 26. 10. 1994 T. E: 4924, K: 6234 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2909)

(28) Bknz. 15. HD. 21. 9. 1994 T. E: 3600, K: 5116 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2909)

(29) Bknz. 15. HD. 15. 6. 1994 T. E: 2678, K: 3985 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2910)



j) “Borçlunun ‘evinde kendisine ait hiçbir eşyasının bulunmadığını’ bildirmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu” (30).

k) “İcra takibinden sonra, (hacizli) bir mal (buzdolabı) hakkında noterde satış senedi düzenlenmesini hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini” (31)

l) “İkamet ettiği yerde bir aracı satın alan kişinin, hiçbir gereği yokken, aracı başka bir şekilde trafiğe kaydettirmesinin hayatın olağan akışına aykırı ve haciz işlemini etkisiz hale getirmek amacıyla yapılmış sayılacağını” (32).

m) “Borçlunun çalıştırdığı işyerinde haczedilmiş olan paranın, ‘borçluya ait olmadığını ve bu paranın kardeşine verilmek üzere başkaları tarafından bırakılmış olduğunu’ kabul etmenin, hayatın olağan akışına uygun olmayacağını” (33).

n) “Trafikte borçlu adına kayıtlı olan traktörün haczedilen römorkunun da borçluya ait olduğunun kabulünün, hayatın olağan akışına uygun düşeceğini” (34).

o) “ ‘Borçlu’ ile ‘yakın akrabası’, ‘eşi’, ‘iş ortağı’, ‘muhasibecisi’, arasında -hacizden kısa bir süre önce veya sonra- yapılan devir (satış) işlemlerinin muvazaalı olduğunu kabul etmenin hayatın olağan akışına uygun düşeceğini” (35).

(30) Bknz. 15. HD. 3. 5. 1994 T. E: 1229, K: 2820 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2911)

(31) Bknz. 15. HD. 19. 1. 1994 T. E: 1993/5261, K: 122(UYAR,T. a. g. e. sh. 2912)

(32) Bknz. 15. HD. 16. 11. 1993 T. E: 3253,K: 4602(UYAR,T. a. g. e. sh. 2913)

(33) Bknz. 15. HD. 7. 10. 1993 T. E: 2720,K: 3894(UYAR,T. a. g. e. sh. 2914)

(34) Bknz. 15. HD. 2. 7. 1993 T. E: 2404,K: 3214(UYAR,T. a. g. e. sh. 2914)

(35) Bknz. 15. HD. 20. 4. 1993 T. E: 1180, K: 1830(UYAR,T. a. g. e. sh. 2914)



p) “Borçlu elinde haczedilmiş olan taşınır malın niteliği gereği borçluya emaneten bırakılmasının hayatın olağan akışına ters düşmesi halinde ‘emaneten bırakma’ iddiasının samimi sayılmayacağı” (36).

r) “Bir kişinin ihalede satın aldığı malları iki ay sonra daha düşük bedelle davacı 3. kişiye satmasının, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini” (37).

s) “Borçlunun kayınbiraderi tarafından ihalede satın alınan borçluya ait ev eşyalarının üç yıllık kira sözleşmesi yapılarak tekrar borçluya teslim edilmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceğini” (38).

• “Vergi ve ticaret sicili kayıtları”

a) “Vergi levhası (kaydı) ‘karısı’, ‘kızı’, ‘kızkardeşi’ gibi bir yakını adına olan işyerinde, haciz sırasında borçlunun bulunması (ve işyerinin borçlu tarafından çalıştırıldığıının tanık beyanlarıyla kanıtlanması) halinde işyerinin borçluya ait sayılacağını” (39)

b) “Ticarethanenin, ticaret sicilinde davacı adına kayıtlı olmasının bu ticarethanenin davacı adına işletildiğinin kesin delili olmayacağını” (40)

c) “Vergi levhası (kaydı) davacı borçlunun eşi ev kadını adına düzenlenmiş olsa dahi, ev kadını tarafından fiilen yapılamayacak - marangoz atölyesi işletmek, soba ve karyola imalat ve satışı, de-

---

(36) Bknz. 15. HD. 2. 2. 1993 T. E: 214, K: 390 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2915)

(37) Bknz. 15. HD. 24. 2. 1992 T. E: 449, K: 815 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2916)

(38) Bknz. 15. HD. 20. 12. 1990 T. E: 4880, K: 5681 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2917)

(39) Bknz. 15. HD. 24. 11. 1996 T. E: 41, K: 341 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2917)

(40) Bknz. 15. HD. 8. 11. 1994 T. E: 5508, K: 6570 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2918)



mir ticareti gibi- nitelikteki işlerde vergi levhasının (kaydının) -tek başına- işyerinin o kişiye ait olduğunu kanıtlamaya yeterli olmayacağını” (41)

◆ d) “Borçlunun fiilen işlettiği ve haciz sırasında kendisine ait olduğunu kabul ettiği firmanın vergi kaydının başkası adına olmasının, firmanın borçluya ait olmadığını kanıtlamayacağını” (42).

“İİK. mad. 97/a hükmü gereğince ‘borçlu’ -dolayısı ile ‘alacaklı’ -yararına olan karinenin aksinin, davacı -üçüncü kişi tarafınd- ‘satış sözleşmesi’, ‘devir sözleşmesi’, ‘kira sözleşmesi’, ‘ariyet sözleşmesi’, ‘hak ediş belgesi’, ‘ortaklık fesih sözleşmesi’, ‘protokol’, ‘fatura’ vb. gibi -adi nitelikteki (haricen düzenlenmiş) belgelerle -bu gibi belgelerin her zaman düzenlenmesi mümkün olduğundan (HMUK. 299)- ispat edilemeyeceğini” (43).

\* “Muvazaalı boşanma”lar:

a) “Borcun doğumundan (‘icra takibi’nden ya da ‘haciz’ den) sonra açılan boşanma davasının, mal kaçırma amacına yönelik ‘muvazaalı boşanma’ sayılacağını” (44).

b) “Resmen (hukuken) boşanmış olmalarına rağmen yine birlikte yaşayan eşlerin boşanmalarının ‘muvazaalı’sayılacağı ve alacaklılarına karşı hüküm ifade etmeyeceğini (boşanan eşin istihkak iddiasının reddedilmesi gerekeceğini)” (45).

(41) Bknz. 15. HD. 7. 10. 1991 T. E: 4015, K: 4572 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2919)

(42) Bknz. 15. HD. 8. 2. 1984 T. E: 1983/3953, K: 296 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2920)

(43) Bknz. 15. HD. 24. 1. 1996 T. E:210,K:351 (UYAR; T. a. g. e. sh. 2920 vd. )

(44) Bknz. 15. HD. 22. 1. 1996 T. E: 35, K: 236 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2930 vd)

(45) Bknz. 15. HD. 5. 12. 1995 T. E: 6632, K: 7202 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2933 vd)



c) “Dosya kapsamından, boşanmanın muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde, haciz edilen eşyaların borçluya ait sayılması gerekeceğini” (46).

d) “Borçlunun eşinden muvazaalı olarak boşanmış olduğunu alacaklının ispat edememesi halinde, boşanan eşin adresinde haciz edilen eşyaların o eşe ait olduğunun kabulü gerekeceğini” (47).

e) “Borçlunun boşandığı eşinin ‘haciz edilen eşyaları emaneten borçluya bıraktığı’ iddiasının inandırıcı sayılmayacağı” (48).

“İstihkak iddiasının, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde, güçlü ve inandırıcı delillerle kanıtlanması gerektiğini” (49).

\*“Davacı üçüncü kişinin parasal gücü”

a)“Dava konusu şeyi satın alma gücüne sahip olduğunu’ kanıtlayamayan davacının iddiasının reddi doğrultusunda karar verilmesi gerekeceğini” (50).

b) “Davacının, dava konusu hacizli malları alacak gelire sahip olup olmadığının Tetkik Mercince araştırılmak gerekeceğini” (51).

c) “PTT’de davacı üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan telefonu, borçlunun kullanmakta olması halinde, davacının ancak ‘ariyet’, ‘kira’ vb. ilişkinin varlığını ispat etmesi halinde istihkak davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini” (52).

---

(46) Bknz. 15. HD. 22. 11. 1995 T. E: 6411, K: 6773 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2938 vd)

(47) Bknz. 15. HD. 14. 2. 1991 T. E: 127, K: 655 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2940)

(48) Bknz. 15. HD. 20. 12. 1988 T. E: 3261, K: 4451 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2940)

(49) Bknz. 15. HD. 15. 1. 1996 T. E: 7226, K: 61 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2951)

(50) Bknz. 15. HD. 21. 12. 1995 T. E:6980. K:7579 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2975)

(51) Bknz. 15. HD. 15. 6. 1994 T. E:2870, K:3978 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2980)

(52) Bknz. 15. HD. 22. 6. 1994 T. E: 3090, K: 4188 (UYAR, T. a. g. e. sh. 2984)



d) “Müşterek evde kullanılan telefonun abonman sözleşmesinin -terzi olan- borçlunun karısı adına olması, ödenti makbuzlarının (faturaların) kadın adına kesilmiş olması halinde, istihkak davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini” (53).

e) “Borçlunun huzurunda haczedilen ve borçlu adına kayıtlı olan telefonun, hacizden önce, oğlunun müdürlüğünü yaptığı şirkete devredilmiş olmasının, alacaklıdan mal kaçırma amacına yönelik muvazaalı bir devir sayılacağını” (54).

f) “Borçlu kocasının telefonunu ihaleden satın aldıktan sonra aynı evde kocasıyla birlikte kullanmaya devam eden davacı kadının, İİK. 97/a daki karinenin aksini bir senetle ispat etmiş sayılacağını” (55).

g) “Borçlu şirketin zilyetliğinde haczedilen telefonlar hakkında, borçlu şirket ile üç kurucu ortağı yönünden aralarında organik bağ bulunan üçüncü kişi durumundaki şirket tarafından açılan istihkak davasının reddedilmesi gerekeceğini” (56).

h) “PTT. kaydında haciz şerhi mevcut değilken satın aldığı teleks hakkında üçüncü kişinin -kötüniyetli olduğu alacaklı tarafından kanıtlanmadıkça- istihkak iddiasının kabulü gerekeceğini” (57).

ı) “Telefonun intifaidan doğan kira alacağı hakkında istihkak davası açılabilceği” (58).

(53) Bknz. 15. HD. 13. 5. 1994 T. E: 1803, K: 3116 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2985)

(54) Bknz. 15. HD. 19. 1. 1993 T. E: 1992/6522, K: 80 (UYAR,T: a. g. e. sh. 2986)

(55) Bknz. 15. HD. 17. 3. 1992 T. E: 641, K: 1342 (UYAR,T: a. g. e. sh. 2986)

(56) Bknz. 15. HD. 13. 2. 1991 T. E: 36, K: 613 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2986)

(57) Bknz. 15. HD. 10. 6. 1981 T. E: 3726, K: 4439 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2987)

(58) Bknz. 13. HD. 12. 10. 1978 T. E: 3827, K: 4139 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2990)



“Bir taşınır malı elinde bulunduran onun maliki sayılacağı (11K. mad. 97/a), bu durumda mülkiyet karinesinin borçlu (ve dolaşısıyla alacaklı) yararına sayılacağı, davacı -üçüncü kişinin bu yasal karinenin aksini yeterli ve inandırıcı biçimde ve her türlü delille- ispat etmesi gerekeceğini” (59).

\*“Muvazaa iddiaları”

a) “İstihkak davalarında ‘muvazaa iddiası’nın alacaklı tarafından kanıtlanması halinde yapılan muvazaalı işlemin alacaklı bakımından geçersiz sayılacağını (bu konuda mutlaka ‘iptal davası’ açılması gerekmediğini)” (60)

b) “Davacının taraf olduğu işlemde muvazaa iddiasını ancak yazılı belge ile kanıtlayabileceğini” (61)

c) “Üçüncü kişinin, borçlu ile arasında yaptığı muvazaayı, alacaklı karşı karşı taraf ileri süremeyeceğini” (62)

d) “Gerek vekaletnamesindeki şerhten ve gerekse otomobilin trafik kaydından vekil sıfatıyla otomobili satan kişinin yetkisinin sona erdiğini bilebilecek durumda bulunan alıcının iyiniyet iddiasında bulunamayacağı ve yapılan satışı muvazaalı olduğunun kabulü gerekeceğini” (63)

e) “İcra takibine konu olan alacağın doğduğu tarih ile -limited şirketteki- payların devri arasında geçen sürenin kısa oluşunun ve

---

(59) Bknz. 15.HD. 22. 11. 1995 T. E:6411, K:6831(UYAR,T. a. g. e. sh. 2991 vd.)

(60) Bknz. 15. HD. 24. 10. 1995 T. E: 5709, K: 5809 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2995 vd. )

(61) Bknz. 15. HD. 11. 10. 1993 T. E. 2401, K: 3936 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3002)

(62) Bknz. 15. HD. 23. 11. 1992 T. E: 3454, K: 5453 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3003)

(63) Bknz. 15. HD. 10. 10. 1991 T. E: 4012, K: 4698 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3003)



borçlunun payını devralan kişinin kayınpederi olmasının, devir işleminin muvazaalı olduğunu ortaya koyacağını” (64)

f) “Muvazaa iddiasının alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (65)

g) “Davacının, taraf olmadığı işlemde muvazaa iddiasını her türlü kanıtla ispat edebileceğini” (66)

h) “‘Borçlu’ ile ‘istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi’nin aynı kişiler olduğunun anlaşılması halinde, istihkak iddiasının muvazaalı olduğu sonucuna varılması gerekeceğini” (67)

ı) “Cebri icra satışının muvazaalı olduğu -inandırıcı delillerle kanıtlanmadıkça, ‘yapılan açık arttırmanın muvazaalı olduğu’nun kabul edilmeyeceğini” (68)

j) “Bir kişinin, ‘borçları nedeniyle yakında mallarının haciz edileceğini’ düşünerek, malvarlığını kaçırmak amacıyla yakın akrabalarına devretmesinin ya da devir işlemini dolaylı olarak gerçekleştirmesinin muvazaalı sayılacağını” (69)

k) “ Borçlu ile babası arasındaki -hacizden on ay önceki- hacizli kamyondaki paraya ilişkin satış sözleşmesinin ‘alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılmış olduğunun’ kabulü gerekeceğini” (70)

(64) Bknz. 15. HD. 24. 4. 1991 T. E: 1476, K: 2019 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3004)

(65) Bknz. 15. HD. 29. 1. 1990 T. E: 1989/4049, K: 209 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3004)

(66) Bknz. 15. HD. 11. 10. 1989 T. E: 2885, K: 4141 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3005)

(67) Bknz. 15. HD. 20. 2. 1989 T. E: 1988/4512, K: 673 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3005)

(68) Bknz. 15. HD. 12. 12. 1988 T. E: 3184, K: 4295 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3005)

(69) Bknz. 15. HD. 16. 2. 1984 T. E: 1983/4187, K: 442 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3007)

(70) Bknz. 15. HD. 9. 11. 1982 T. E: 5878, K: 6662 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3007)





l) “Borçlunun (ve eşinin) hacizli mal konusundaki beyanlarının birbirini tutmamasının, ‘danışıklı davranışlarına (muvazaaya) kanıt hazırlamak şeklinde yorumlanması gerekeceğini” (71)

m) ”Üzerinde -trafik kazası nedeniyle- ihtiyati tedbir bulunan aracın, icra takibinden kısa bir süre önce, borçlu tarafından dayısına satılmış olmasının, hayatın olağan akışına göre ‘alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak’ yapılmış sayılması gerekeceğini” (72)

\* “Niteliği gereği kadına ait sayılan (ve sayılmayan) eşyalar”:

a) “Dikiş makinası’nın, niteliği gereği kadına ait eşya sayılacağını” (73)

b) “Buzdolabı’nın niteliği gereği kadına ait eşya sayılmayacağını” (74)

c) “Kadının yedinde bulunan (ve kadının kullandığı) ziynet eşyalarının kadına ait sayılacağını” (75)

d) “Çamaşır makinasının -mahiyeti gereği- ‘kadına ait eşya’ sayılacağını” (76)

e) “Eşinin borcundan dolayı haczedilen eşyaların hangilerinin ‘mahiyetleri gereği’ kadına ait olduğunun bilirkşi aracılığı ile saptanması gerektiğini” (77)

(71) Bknz. 15. HD. 14. 6. 1982 T. E: 3469, K: 4369 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3008)

(72) Bknz. 15. HD. 20. 5. 1981 T. E: 3099, K: 3806 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3008)

(73) Bknz. 15. HD. 26. 9. 1995 T. E: 4036, K: 4794 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3040 vd.)

(74) Bknz. 15. HD. 19. 2. 1991 T. E: 124, K: 762 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3041)

(75) Bknz. 15. HD. 11. 10. 1985 T. E: 2091, K: 3111 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3041)

(76) Bknz. 15. HD. 17. 11. 1982 T. E: 6041, K: 6927 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3042)

(77) Bknz. 15. HD. 24. 12. 1981 T. E: 7835, K: 8452 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3042 vd.)



\* Borçlunun elinde iken haczedilen eşyalar hakkında, üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasında, ispat yükünün davacı üçüncü kişiye düşeceğini” (78)

\* “İstihkak davasına karşı alacaklı tarafından açılan iptal davasında, ‘borçlu tarafından üçüncü kişiye yapılan satışın muvazalı olduğunun’ alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (79)

\* Alacaklı ve ‘borçlu’ aleyhine açılan istihkak davalarında, borçlunun davayı kabul etmesinin alacaklıyı bağlamayacağı ve ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmayacağını” (80)

\* Açılan ‘istihkak’ davasında, davalı üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun, davacı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (81)

\* “İstihkak davalarında, ‘üçüncü kişinin elinde haczedilmiş malın borçluya ait olduğunu’ ispat yükünün davacı alacaklıya düşüğünü (82)

\* Haczedilen telefonun kendisine ait olup, geçici olarak kullanmak üzere borçluya verildiğini’ iddia eden davacı üçüncü kişinin bu iddiasını tanıkla ispat edebileceğini” (83)

---

(78) Bknz. 15. HD. 19. 6. 1995 T. E: 3162, K: 3653 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3055 vd. )

(79) Bknz. 15. HD. 14. 3. 1995 T. E: 1220, K: 1441 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3058 vd. )

(80) Bknz. 15. HD. 22. 3. 1994 T. E: 1993/6334, K: 1707 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3065)

(81) Bknz. 15. HD. 3. 2. 1988 T. E: 1987/4355, K: 1988/383 (UYAR,T. İptal Davaları sh. 134 vd. )

(82) Bknz. 15. HD. 16. 2. 1984 T. E: 4095, K: 438 (UYAR,T. Gerekçeli İcra ve İflas Kanunu cilt 2 sh. 3138)

(83) Bknz. 15. HD. 1. 11. 1982 T. E: 5675, K: 6392 (UYAR,T. a. g. e. sh. 2948)



\* “Uyuşmazlık konusu malların, borçlunun ya da üçüncü kişinin ikametgahında haczedilmiş olmasına göre, ispat yükünün yer değiştireceğini” (84)

\* “Borçlunun üzerinde bulunan paranın, zilyetlik karinesi gereğince, borçluya ait sayılacağını” (85)

\* “Seccade ve el radyosu gibi eşyaların kiralanmasının mutad ve normal olmadığını” (86)

\* “Haczedilen eşyanın senelerdir borçlunun elinde bulunmasının ‘emanet iddiası’nın samimi olmadığını göstereceğini” (87)

### “Tasarrufun iptali davaları’ ile ilgili olarak

a) “Basiretsiz tacirlerin tasarruflarına bilerek ya da bilmesi gereken hususlar için katılanların, iyiniyet iddia edemeyeceklerini” (88)

b) “Borçlunun reşit olmayan kızlarına velayeten ortaklık sözleşmesi yapmış olmasının mal kaçırma kastıyla hareket belirtisi sayılacağını” (89)

c) “Alacaklıyı ızzar kastıyla harekette ispat yükünün kime ait sayılacağını” (90)

---

(84) Bknz. HGK. 7. 7. 1976 T. E: 1975/12-195, K: 2480 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3093)

(85) Bknz. 15. HD. 16. 5. 1977 T. E: 4402, K: 4988 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3092)

(86) Bknz. İİD. 20. 10. 1969 T. E: 9189, K: 954 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3094)

(87) Bknz. İİD. 23. 6. 1966 T. E: 6993, K: 6881 (UYAR,T. a. g. e. sh. 3096)

(88) Bknz. 15. HD. 26. 3. 1996 T. E: 1995/7055, K: 1663 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8078)

(89) Bknz. 13. HD. 24. 8. 1976 T. E: 2481, K: 5790 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8079)

(90) Bknz. HGK. 1. 6. 1968 T. E: 1c. 1f-220, K: 396 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8079)



\* “Borçlu ile yakın akrabası arasındaki işlemde İİK. 278’deki iki yıllık sürenin geçmiş olması halinde, davacının İİK. 280/II’de öngörülen koşulların gerçekleştiğini ispat etmesi halinde ‘tasarrufun iptaline’ karar verilmesi gerekeceğini” (91)

\* “Mahkemece ipotek işleminin iptali için, ‘ipotekli alacaklının kötünietli olduğu’nun, davacı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (92)

\* “Borçlu tarafından oğula yapılan temliklerde, İİK. 280/III’deki karinenin aksinin -yani; ‘iyiniyetli olduğu’ hususunun- oğul tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (93)

\* “Borçlu ile lehine tasarruf yapılan kişinin -İİK. 278. mad. ’de belirtilen derecede- akraba olmamaları halinde, lehine tasarruf yapılan kişinin kötünietli olduğu ispatlanmadıkça tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini” (94)

◆ “Kişilik haklarına tecavüzden kaynaklanan manevi tazminat davalarında (MK. 24) ispat yükünün öncelikle davacıya düştüğünü” (95)

◆ Bilinmeyen bir tarihten beri çekişmesiz olarak taşınmazın kullanılıyor olmasının, mirasçılar arasında rızai taksimin varlığına karine teşkil ettiği, bu karinenin aksini iddia edenin bunu ispatla yükümlü olduğunu” (96)

---

(91) Bknz. 15. HD. 5. 10. 1994 T. E: 1728, K: 5538 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8086)

(92) Bknz. 15. HD. 6. 4. 1994 T. E: 260, K: 2072 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8087)

(93) Bknz. 15. HD. 27. 9. 1993 T. E: 2946, K: 3654 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8090)

(94) Bknz. 15. HD. 31. 10. 1990 T. E: 3099, K: 4480 (UYAR,T. a. g. e. sh. 8097)

(95) Bknz. 4. HD 3. 11. 1995 T. E: 6600, K: 8140 (YKD. 1996/1, sh. 69)

(96) Bknz. HGK. 20. 9. 1995 T. E: 17-554, K: 770 (İKİD. 424/11752)



◆ "İtirazın iptali' davaları ile ilgili olarak;"

\* "Süresinde bankaya ibraz edilmemiş olan çeke dayalı ilamsız icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, çekin 'yazılı delil başlangıcı' sayılacağı, davacının temel ilişkiye dayanarak alacağının varlığını -her türlü kanıtla- ispat etmesi gerekeceğini" (97)

\*"Davacı tarafından kesilen ve davalının 8 gün içinde itiraz etmediği faturanın davalının kabulü olmadıkça ne akdi ilişkinin varlığının ve ne de malen tesliminin kanıtı olamayacağı, her ikisinin de gerçekleştiğini ispat külfetinin davacıya düştüğünü" (98)

\*"Zamanaşımına uğrayan kambiyo senedine dayanarak yapılan ilamsız takibe itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, zamanaşımına uğrayan senedin yazılı delil başlangıcı sayılacağı davacının temel ilişkiyi ve bundan doğan alacağının varlığını ve miktarını -tanık dahil her türlü delille- ispat etmesi gerekeceğini"(99)

\*"Davalı (borçlu) tarafından yapılan ödemenin başka bir borca ilişkin olduğunu ileri süren davacının (alacaklının) bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu" (100)

---

(97) Bknz. 19. HD. 26. 4. 1995 T. E: 1994/7930, K: 3776 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1209 vd. )

(98) Bknz. 19. HD. 6. 3. 1995 T. E: 1994/5815, K: 1874 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1212 vd. )

(99) Bknz. 19. HD. 20. 2. 1995 T. E: 1994/4943, K: 1305 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1213)

(100)Bknz. 19. HD. 23. 9. 1994 T. E: 1993/8243, K: 8272 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1225 vd. )



\*"İtirazın iptali davalarında ispat yükünün davacıda olduğu ve davacının 'alacağının varlığını' kanıtlamakla yükümlü olduğunu"(101)

\*"Kredi sözleşmesine dayanılarak borçlu hakkında yapılan ilamsız takibe itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında, davacı bankanın 'alacağın varlığını ve takip talebinde haklılığını' ispatlaması gerektiğini"(102)

\*"Ödeme def'inin davalı tarafından ispatı gerektiğini" (103)

◆ "Olumsuz tespit davalarıyla ilgili olarak";

**A ) İspat yükünün davacı borçluda olduğu uyuşmazlıklar:**

\*"Dava konusu senetlerin 'hatır senedi' olarak davalıya verilmiş olduğunun, davacı borçlu tarafından -yazılı delille- ispatı gerektiğini" (104)

\*"Çek bir 'Ödeme vasıtası' olduğundan, çekin 'borç ödeme' dışında, başka bir maksatla -örneğin; 'avans', 'kapora', 'teminat' olarak ya da 'hamilin ileride ifa edeceği bir edime karşılık' keşide edildiğini (düzenlendiğini) iddia eden borçlunun bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu" (105)

---

(101)Bknz. 19. HD. 16. 2. 1994 T. E: 226, K: 1363 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1230 vd. )

(102)Bknz. 19. HD. 11. 11. 1993 T. E: 1692, K: 7518 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1232)

(103)Bknz. 19. HD. 28. 10. 1993 T. E: 1992/7727, K: 7105 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1233)

(104)Bknz. 19. HD. 9. 3. 1995 T. E: 1994/4592, K: 2037 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1817)

(105)Bknz. 19. HD. 9. 2. 1995 T. E: 1994/4590, K: 875 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1818 vd. )



\*“Dava konusu senetlerin ‘açık olarak’ ve ‘hatır için’ verilmiş olduğu ve ‘anlaşma hilafına davalı adına doldurulmuş’ olduğu hususunun davacı tarafından -yazılı delille- ispatı gerekeceğini” (106)

\*“Ödeme yaptığı kişinin, senet bedelini, senet alacaklısı adına almaya yetkili olduğunu davacı borçlunun ispat etmesi gerekeceğini” (107)

\*“ ‘Malen’ kaydını taşıyan senetlerin, ‘sipariş nedeniyle mallar teslim alınmadan önce verildiği’ hususunun davacı borçlu tarafından ispatı gerekeceğini” (108)

\*“ ‘Malen kaydını taşıyan bir bonoya karşı borçlu tarafından ‘senet karşılığı mal teslim edilmediği’ iddiasıyla açılan olumsuz tespit davasında, ispat yükünün davacı borçluya düşeceği ve davacı borçlunun ‘kendisine malın teslim edilmediğini’ ancak yazılı delil ile -ve karşı tarafın ticari defter kayıtları ile veya karşı tarafa yemin teklifinde bulunarak- ispat edebileceğini” (109)

\* ‘Dava konusu çek yerine başka bono verilmiş olması nedeniyle, çekin karşılıksız kaldığını’ iddia eden davacınınbu iddiasını -yazılı delille- kanıtlaması gerekeceğini” (110)

\* “Kişisel def’ilere dayanılarak, vade tarihinden önce ciro edilmiş senetler hakkında sadece hamile karşı açılan olumsuz tespit

---

(106)Bknz. 19. HD. 1. 12. 1994 T. E: 2283, K: 1179 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1819)

(107)Bknz. 19. HD. 2. 6. 1994 T. E: 1993/4732, K: 5576 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1819)

(108)Bknz. 19. HD. 4. 5. 1995 T. E: 1993/4394, K: 4498 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1820)

(109)Bknz. 19. HD. 11. 4. 1994 T. E: 1993/4316, K:3580 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1889 vd. )

(110)Bknz. 19. HD. 21. 10. 1993 T. E: 1992/6783, K: 6838 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1821)



davalarında -senedin lehtar bakımından karşılıksız kaldığı kesin delillerle ispat edildikten sonra -hamilin kötüniyetli olduğu -yani; dava konusu senedi, karşılıksız olduğunu bile bile borç'lunun zararına olarak ciro yoluyla devraldığı, tanık dahil her türlü kanıtla-davacı keşideci tarafından ispat edilmesi gerekeceğini" (111)

\* "Senedin 'karşılıksız kaldığı' hususunun davacı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini" (112)

\*"Senet metnindeki - 'malen', 'nakden' şeklindeki - 'bedel kaydi' davalı alacaklı tarafından talil edilmedikçe, olumsuz tespit davalarında ispat yükünün -MY. mad. 6 uyarınca- davacı borç'luya düşeceğini-" (113)

\* "Malen kaydını taşıyan senedin davalı tarafından talil edilmiş olması halinde, -senedin bedelsizliğini- isbat yükünün davacı borç'luya düşeceğini" (114)

\*"Kişisel def'ilere dayanılarak, vade tarihinden önce ciro edilmiş senetler hakkında, hem lehdar hem de hamil aleyhine açılan olumsuz tespit davalarında, önce lehdara karşı 'senedin karşılıksız olduğu'nun kesin delillerle ispatı daha sonra da, hamilin 'kötüniyetli olduğu'nun -her türlü delille- ispatı gerekeceğini" (115)

---

(111)Bknz. 19. HD. 16. 11. 1992 T. E: 3680, K: 5919 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1857)

(112)Bknz. 19. HD. 11. 11. 1992 T. E: 3663, K: 5824 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1821 vd.)

(113)Bknz. 11. HD. 19. 11. 1990 T. E: 1989/7073, K: 7410 (UYAR,T. Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları sh. 1324 )

(114)Bknz. HGK. 23. 1. 1987 T. E: 1986/11-340, K: 36 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1326 - İKİD. s. 333, sh. 5941)

(115)Bknz. 11. HD. 14. 9. 1992 T. E: 620, K:3977 (UYAR,T. Gerekçeli ve İçtihatlı İcra İflas Kanunu. sh. 1858)





\*“ ‘Dava konusu bononun teminat olarak düzenlendiğini’ iddia eden borçlunun bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu”(116)

\*“Senedin ‘başlık parası’karşılığı düzenlenmiş (ve dolayısıyla geçersiz) olduğunun tespiti ve iptali amacıyla açılan olumsuz tespit davalarında iddianın borçlu tarafından ‘tanık’ ile ispat edilebileceğini” (117)

\* “Senet lehtarından senetleri ciro yoluyla devralan davalı - hamilin iyiniyetli olmadığını yani senetlerin karşılıksız olduğunu bile bile, borçluyu zarara sokmak için senetleri devraldığının - leh-tara karşı senetlerin karşılıksız olduğu kesin delillerle ispat edildikten sonra - borçlu tarafından her türlü kanıtla - örneğin; tanık-la - kanıtlanabileceğini” (118)

\* “ ‘Senedin hava parası olarak düzenlendiği’ iddiasının, borç-lu tarafından yazılı belge ispat edilebileceğini” (119)

\* “ ‘Senedin anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunu’ davacı borçlunun ispat etmesi gerektiğini” (120)

\* “ ‘Çekinin rızası dışında alacaklı - davalı tarafından üzerin-den alındığını’ davacı - borçlunun tanık ile ispat edebileceğini” (121)

---

(116)Bknz. 11. HD. 30. 4. 1992 T. E: 1990/7972, K: 1992/5770 (YKD. 1992/8,1226)

(117)Bknz. 11. HD. 14. 10. 1991 T. E: 1990/3308, K: 5366 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1876)

(118)Bknz. 11. HD. 5. 1991 T. E: 1989/8151, K: 578 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1896)

(119)Bknz. 11. HD. 29. 4. 1991 T. E: 1990/1430, K: 2682 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1894)

(120)Bknz. 11. HD. 29. 4. 1991 T. E: 1990/1062, K: 2667 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1826)

(121)Bknz. 11. HD. 9. 4. 1991 T. E: 1990/322, K: 2557 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1878)



\* "Senedin tanzim tarihinin alacaklı tarafından sonradan ve gerçeğe aykırı şekilde yazıldığını' davacı borçlunun ispat etmesi gerekeceğini" (122)

\* "Gerek çeki elinde bulunduran davalıya ve gerekse başka başka kişilere yaptığı ödemelerin 'çeki mahsuben yapıldığını' ileri süren borçlunun bu iddiasını yazılı belge ile ispat etmesi gerekeceğini" (123)

\* "Hamiline yazılı bir çeki fiilen elinde bulunduranın - kural olarak - meşru (haklı) hamil sayılacağı, bu kişinin 'meşru (haklı) hamil olmadığını'ileri süren borçlunun,bunu ispat etmesi gerekeceğini" (124)

\* "Sebebi gösterilmeyen borç ikrarı içeren bir senedin bedelsizliğini' ileri süren borçlunun,önce borcun sebebini sonra da bu sebebin gerçekleşmediğini 'yazılı belgelerle' - eğer yazılı belge yoksa, yemin teklifinde bulunarak ispat etmek zorunda olduğunu" (125)

\* "Keşideci -borçlu tarafından lehtara karşı açılan olumsuz tespit davalarında, 'senedin karşılıksız kaldığı'nın - 'yazılı belge', 'yemin' gibi - kesin delillerle borçlu tarafından ispat edilebileceğini (tanıkla ispat edilemeyeceğini) (126)

---

(122)Bknz. 11. HD. 2. 4. 1991 T. E: 1990/292, K: 2345 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1826)

(123)Bknz. 11. HD. 21. 3. 1991 T. E: 1990/4701, K: 2017 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1895)

(124)Bknz. 11. HD. 18. 3. 1991 T. E: 1990/2236, K: 1899(UYAR,T. a. g. e. sh. 1826)

(125)Bknz. 11. HD 12. 2. 1991 T. E: 1989/5810, K: 868(UYAR,T. a. g. e. sh. 1895)

(126)Bknz. 11. HD. 17. 11. 1987 T. E: 5834, K: 6325 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1894)



\* “Senetlerin çalınmış olduğunu (elinden rızası dışında çıkmış olduğunu) davacı borçlunun ispat etmesi gerekeceğini” (127)

\* “ ‘Senedin, adi ortaklık ilişkisi nedeniyle boş olarak verildiği’ni davacının ispat etmesi gerektiğini” (128)

\* “Çek, ihdas (düzenleme) nedenini içermeyen bir kambiyo senedi olduğundan, borçlunun ‘çekin bir düzenleme nedeni olduğunu ve bu nedenin gerçekleşmesi nedeniyle bedelsiz (karşılıksız) kaldığını’ - 12. 4. 1933 T. 30/6 s. İBK uyarınca - kanıtlayarak, çekin iptali için olumsuz tespit davası açabileceğini” (129)

\* “İsmi, keşidecinin yanında yazılı olan borçlunun ‘gerçekte - kefil- olduğunu’ yazılı belge ile ispat edebileceğini” (130)

\* “İİK. mad. 89’a göre gönderilen haciz ihbarnamesi üzerine, üçüncü kişi tarafından açılan olumsuz tespit davalarında ispat yükünün davacı üçüncü kişiye ait olduğunu” (131)

\* “Lehdar tarafından, senetleri ciro ettiği hamile karşı açılan olumsuz tespit davasında, senetteki - ‘malen’ ya da ‘nakden’ şeklinde yazılı olan - ihdas sebebinin, sonuca etkili olmayacağı, ispat yükünün yine davacıda olduğunu” (132)

---

(127)Bknz. 11. HD. 3. 12. 1990 T. E: 7625, K: 7745 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1827)

(128)Bknz. 11. HD. 1. 10. 1990 T. E: 5779, K: 5966 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1828)

(129)Bknz. 11. HD. 15. 3. 1990 T. E: 1988/9860, K: 2181 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1859)

(130)Bknz. 11. HD. 15. 10. 1990 T. E: 1989/6031, K: 6523 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1898)

(131)Bknz. 15. HD. 26. 6. 1989 T. E: 1409, K: 3077 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1828)

(132)Bknz. 11. HD. 14. 3. 1988 T. E: 1987/6716, K: 1555 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1828)



\* “Elindeki çeki süresinde bankaya ibraz eden hamilin ayrıca temel ilişkinin varlığını isbatla yükümlü olmadığı, davacının ‘borçlu olmadığını’ kanıtlamak zorunda olduğu” (133)

\* “ ‘Malen kaydını’ taşıyan ve taraflarca ‘mal için verildiği’ konusunda anlaşmaya varılmış olan senedin ‘hangi mal için verildiğini’ (ve ‘bu malın teslim edilmediğini’) davacı borçlunun isbat etmesi gerekeceğini” (134)

\* “Tapudaki işlem ve resmi senet dışında ‘bedel konusunda’ yapılan özel anlaşma geçerli olduğundan taşınmazın gerçekte tapuda gösterilen miktardan daha yüksek bir bedelle satıldığını ileri süren davalı alacaklının bu savunmasının geçerli olacağı ve davacı -borçlunun bu savunmanın aksini isbat yükü altında olduğunu” (135)

\* “Bonoya dayalı takip konusu borcun ‘çekle ödendiği’ savunmasının davacı borçlu tarafından ayrıca bir belge ile kanıtlanması gerekeceğini” (136)

\* “Senedin ‘temlik’ suretiyle alacaklıya(hamile) geçmiş olması halinde, borçlu keşidecinin, senet lehtarına karşı sahip olduğu def’ileri hamile karşı da ileri sürebileceği, buna karşın senedin ‘ciro’ yoluyla hamile geçmiş olması halinde keşideci borçlunun ‘senedin karşılıksız olduğunu ve hamilin bu senedi borçlunun zararına bilerek hareket etmek suretiyle kabul ettiğini’ isbat etmedikçe, aynı imkana sahip olmayacağını(yani;lehtara karşı sahip olduğu kişisel def’ileri, hamile karşı ileri süremeyeceğini)” (137)

---

(133)Bknz. 11. HD. 20. 1. 1988 T. E: 1987/5387, K: 115 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1829)

(134)Bknz. 11. HD. 6. 7. 1987 T. E: 2069, K: 4073 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1829)

(135)Bknz. 11. HD. 31. 1. 1983 T. E: 264, K: 357 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1831)

(136)Bknz. 11. HD. 21. 6. 1982 T. E: 3019, K: 2963 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1903)

(137)Bknz. 11. HD. 1. 2. 1977 T. E: 253, K: 379 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1861)



\*“Trafik kazası sonucu aracında meydana gelen hasarın belirlenecek tamir masrafı miktarınca doldurulmak üzere, davalıya ‘miktar’ kısmı doldurulmadan verilen bononun, hasar miktarından fazla olarak davalı tarafından doldurulmuş olduğunun -araçtaki hasar miktarı hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılarak- davacı tarafından kanıtlanabileceğini” (138)

## **B) İsbat yükünün davalı alacaklıda olduğu uyuşmazlıklar**

\* “ ‘Davacı borçlunun yaptığı ödemenin başka bir taşınmaz satışı ile ilgili olduğunu’ belirten davalı alacaklının bu ikinci taşınmaz satışının varlığını yazılı delille ispat etmesi gerekeceğini” (139)

\* “Herhangi bir belgeye dayanılmadan yapılan ilamsız icra takibinin itirazsız kesinleşmesi sonucunda, takip konusu borcu ödemek zorunda kalan borçlunun açtığı ‘olumsuz tespit ve geri alma’ (istirdat) davasında ispat yükünün davalı alacaklıya düştüğünü” (140)

\* “Sebepsiz borç ikrarının geçerli olduğu senette borcun sebebinin belirtilmemiş olması halinde, davalı alacaklının önce borcun bir sebebi bulunduğunu ve sonra bu sebebin gerçekleşmediğini ispat etmesi gerekeceğini” (141)

---

(138)Bknz. 11. HD. 6. 5. 1981 T. E: 1767, K: 2220 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1832)

(139)Bknz. 11. HD. 16. 2. 1987 T. E: 1986/7254, K:796 (UYAR,T. a. g. e. 1901)

(140)Bknz. HGK. 3. 2. 1982 T. E:1980/3-1347, K:1982/73(AD. 1983/1,17)

(141)Bknz. 1BK. 12. 4. 1933 T. E:30, K:6 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1862)



### C) Senedin Talili Halinde İspat Yükü:

\* “Senedin talili halinde ispat yükünün senedi talil eden tara-  
fa düşeceğini (yer değiştireceğini)” (142)

\* Senedin davalı alacaklı tarafından talil edilmesi (senette gös-  
terilen düzenleme nedenine aykırı beyanda bulunulması) halinde,  
ispat yükünün davalı alacaklıya düşeceğine ilişkin kararlar:” (143)

a) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan senet karşılığında, davalı alacaklı-  
nın ‘davacıya ‘nakit para’ verdiğini’ belirtmesi halinde, da-  
vacı borçludaki alacağını (miktarını) davalının kanıtlaması  
gerekeceğini” (143)

b) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bononun ‘davacı yanındaki hizme-  
tinin karşılığı olduğunu’ belirten davalının senedi talil et-  
miş olacağı ve bu durumda, davacıdaki alacağının miktarı-  
nı ispat etmesi gerekeceğini” (144)

c) “ ‘Malen kaydını taşıyan senet karşılığında, davalı alacaklı-  
nın davacıya ‘altın’, ‘Alman markı’ ve ‘bir miktar inşaat mal-  
zemesi’verdiğini belirtmesi halinde, bu hususun davalıya  
açıktatırılarak senedin ne miktar altın, mark, inşaat mal-  
zemesi olduğu tespit edilerek, ispat yükünün belirlenmesi  
gerekeceğini” (145)

---

(142)Bknz. 19. HD. 26. 11. 1993 T. E: 1992/8873, K: 7960 (UYAR,T. a. g. e. sh.  
1853)

(143)Bknz. 19. HD. 14. 12. 1995 T. E: 1912, K: 11191 (UYAR,T. a. g. e. sh.  
1832 vd. )

(144)Bknz. 19. HD. 27. 5. 1994 T. E: 1993/5336, K: 5352 (UYAR,T. a. g. e. sh.  
1834)

(145)Bknz. 19. HD. 9. 2. 1994 T. E: 1993/512, K: 1048 (UYAR,T. a. g. e. sh.  
1834)



- d) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan bononun, davalı alacaklı tarafından, ‘mal bedeli karşılığında’ düzenlendiğinin ileri sürülmesi halinde, bu hususu ispat yükünün davalı alacaklıya düşeceğini” (146)
- e) “ ‘Malen kaydını taşıyan senet bedelinin borçluya nakit olarak verilmiş olduğunun alacaklının defterlerinde kayıtlı olması halinde, senedin talil edilmiş sayılacağı ve ‘borçluya nakit verildiği’ hususunun alacaklı tarafından ispatı gerekeceğini” (147)
- f) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan bononun bir bölümünün ‘nakit verilen para’ bir bölümünün ise ‘verilen mal bedeli’ olduğunun davalı alacaklı tarafından ileri sürülmesi halinde ‘senedin - verildiği ileri sürülen mal bedelince - kısmen talil edilmiş olacağı’ senedin mal bedeli karşılığı olarak düzenlendiği hususunun davalı tarafından, buna karşın nakit verilen paranın alınmadığı hususunun ise davacı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (148)
- g) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bononun, davacı ‘satın alınan otomobilin satış bedeli karşılığında’ düzenlendiğini, davalı ise ‘satılan otomobile verilen maddi zarar karşılığında’ düzenlendiğini ileri sürmesi halide ispat yükünün davalıya düşeceğini” (149)

---

(146)Bknz. 19. HD. 31. 3. 1992 T. E: 508, K: 1024 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1835)

(147)Bknz. 11. HD. 16. 2. 1987 T. E: 1986/7134, K: 807 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1836)

(148)Bknz. 11. HD. 11. 3. 1982 T. E: 621, K: 1010 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1837)

(149)Bknz. 11. HD. 18. 1. 1984 T. E: 84, K: 118 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1838)



- h) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan senette, alacaklının borçluya ‘al-  
tın verdiğini’ belirtmesi halinde, ispat yükünün davalı ala-  
caklıya düşeceğini” (150)
- 1) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan senedin ‘ticari imlişki dışında dü-  
zenlendiğinin’, davalı alacaklı tarafından ileri sürülmesi ha-  
linde, ispat yükünün davalı alacaklıya düşeceğini” (151)
- j) “(3. 100. 100) TL. tutarındaki ‘malen’ kaydını taşıyan üç bo-  
nonun ‘hatır bonusu’ olarak verildiği iddiasıyla açılan olum-  
suz tespit davasında, davalının ‘bu bonoların ticari ilişki dı-  
şında verildiğini’ ileri sürmesinin, talil niteliğinde olacağı ve  
davacıya (3. 100. 000)TL. ‘nakit’ verildiği hususunun davalı  
alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (152)
- k) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan bononun ‘mal bedeli olduğunu’  
davalı vekilince verilen dilekçede belirtilmesinden sonra,  
davalı asile - dilekçe karşı tarafa tebliğ edilmeden -bu bildi-  
rimi yalanlaması halinde dahi, vekilin bildirimiminin asili  
bağlayacağı ve senedin talil edilmiş sayılacağı, ispat yükü-  
nün bu nedenle davalı alacaklıya düşeceğini” (153)

\*”Senedin talil edilmiş sayılmadığı (dolayısıyla ispat külfetinin  
yer değiştirmedığı) durumlar:

- a) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan senedin davalı tarafından ‘mal sa-  
tışından kaynaklandığı’nın ileri sürülmesi halinde, senedin  
talil edilmiş sayılmayacağı” (154)

(150)Bknz. 11. HD. 8. 11. 1983 T. E: 4713, K: 4889 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1838)

(151)Bknz. 11. HD. 7. 10. 1983 T. E: 3658, K: 4102 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1838)

(152)Bknz. 11. HD. 22. 3. 1983 T. E: 772, K: 1384 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1839)

(153)Bknz. 11. HD. 26. 2. 1982 T. E: 458, K: 818 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1840)

(154)Bknz. 19. HD. 15. 3. 1995 T. E: 1994/4524, K: 2388 (UYAR,T. a. g. e. sh.  
1840)





- b) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan senedin ‘mal karşılığı düzenlenmiş olduğu’ konusunda tarafların birleşmiş olmaları halinde, senedin talil edilmiş sayılmayacağı” (155)
- c) “Bono metninin her iki tarafça da talil edilmiş ‘daha doğrusu; her iki tarafın da, bononun düzenleme nedeni (ihdas sebebini) ‘aykırı beyanda (açıklamada) bulunmuş olması’ halinde, ispat yükünün yer değiştirmeyeceğini (yani;davacıda) bulunacağı” (156)
- d) “ ‘Malen kaydını taşıyan senedin ‘şirket ortaklığının sona ermesi üzerine şirketteki mal ve eşyalarda davacının payına düşen bedele karşılık kendisine verildiğini’ savunan davalı alacaklının bu beyanının senedin talili niteliğini taşımayacağını” (157)
- e) “ ‘Malen kaydını taşıyan bonoda; alacaklının ‘borçluya para verdiğini’ savunması, borçlunun da ‘alacaklı ile aralarında hem para ve hem de mal alışverişi olduğunu’ belirtmesi halinde, senedin alacaklı tarafından talil edilmiş sayılmayacağını” (158)
- f) “Tarafların ‘bononun verilmiş nedeni’nde birleşmiş olmaları halinde,bononun talilinden sözedilemeyeceği ve dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirmeyeceğini belirten kararlar:

---

(155)Bknz. 19. HD. 3. 11. 1994 T. E: 1993/10260, K: 10408 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1841)

(156)Bknz. 19. HD. 6. 10. 1994 T. E: 1993/8778, K: 8968 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1841 vd. )

(157)Bknz. 19. HD. 15. 6. 1993 T. E: 1992/5687, K: 4364 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1842)

(158)Bknz. 11. HD 18. 4. 1989 T. E: 1988/5778, K: 2369 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1843)



- aa) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan senetlerin finansman amacıyla verilen paraların teminatı olduğunu her iki tarafın da kabul etmesi halinde bononun talil edilmiş sayılmayacağını” (159)
- bb) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bononun, davalı tarafından ‘satın alınacak malın avansı’ davacı tarafından ise ‘faize alınan para karşılığı olduğunun belirtilmesi halinde, bononun talil edilmiş sayılmayacağını” (160)
- cc) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bonoda, davacının ‘davalıdan borç aldığını’ belirtmesi, davalının da ‘senedin borç ilişkisi nedeniyle düzenlendiğini’ açıklaması halinde, bononun talil edilmiş sayılmayacağını” (161)
- dd) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bononun ‘hiçbir şey karşılığı olmaksızın sırf hatır için düzenlendiğini’ belirten borçlunun, bu suretle senedi talil etmiş sayılmayacağını” (162)
- ee) “Bononun bir bölümünün satın alınan otomobilin teslim edilmemesi halinde tahsil edilmek üzere ‘teminat’ veya ‘faiz’ olarak kararlaştırılmış olduğundan tarafların birleşmeleri halinde, bononun talil edilmiş sayılmayacağını” (163)
- ff) “ ‘Nakden’ kaydını taşıyan bir senedin davalı vekilinin ‘altın karşılığında’ davalı asilin ise ‘altın ve para karşılığın-

---

(159)Bknz. 11. HD. 22. 9. 1987 T. E: 4101, K: 4716 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1843)

(160)Bknz. 11. HD. 21. 1. 1987 T. E: 1986/6676, K: 118 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1844)

(161)Bknz. 11. HD. 19. 1. 1987 T. E: 1986/6480, K: 28 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1844)

(162)Bknz. 11. HD. 8. 10. 1984 T. E: 4528, K: 4510 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1844)

(163)Bknz. 11. HD. 24. 4. 1984 T. E: 2378, K: 2280 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1845)



da' düzenlendiğini belirtmesi halinde, asilin beyanına üstünlük tanınarak, senedin 'taliledilmediği' sonucuna varılması gerekeceğini" (164)

gg) " 'Malen' kaydını taşıyan senedin 'nakit' karşılığı düzenlendiği konusunda tarafların birleşmeleri halinde, senetteki 'malen' kaydının önem taşımayacağı" (165)

\* " 'Malen' ya da 'nakden' kaydını taşımayan -yani düzenleme nedeni belirtilmeyen -bononun, alacaklı tarafından 'nakit' karşılığında düzenlendiğinin belirtilmesi halinde ispat yükünün davacıda olacağını" (166)

\* "Bedel kaydı (düzenlenme nedeni) bulunmayan (yazılı olmayan) bonoların talil edilmiş sayılmayacağını" (167)

\* "Senet metninde - 'malen', 'nakden' şeklindeki - 'bedel kaydı' davalı alacaklı tarafınadan talil edilmedikçe olumsuz tespit davalarında ispat yükünün MK. 6 uyarınca borçluya düşeceğini" (168)

\* " 'Malen ya da 'nakden' kaydını taşımayan bonoda ispat külfetinin davacıda olduğunu" (169)

---

(164)Bknz. 11. HD. 20. 1. 1984 T. E: 1983/5914, K: 183 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1845)

(165)Bknz. 11. HD. 8. 12. 1983 T. E: 5490, K: 5572 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1845)

(166)Bknz. 11. HD. 11. 3. 1991 T. E: 1990/516, K: 1715 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1846)

(167)Bknz. 11. HD. 27. 11. 1990 T. E: 1989/6694, K: 7607 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1846)

(168)Bknz. 11. HD. 19. 11. 1990 T. E: 1989/7073, K: 7410 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1847)

(169)Bknz. 11. HD. 9. 11. 1990 T. E: 7206, K: 7123 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1847)



\* “Senedin davacı borçlu tarafından talil edilmesi (senette gösterilendüzenleme nedenine aykırı beyanda bulunulması) halinde; ispat yükünün, davacı borçluya düşeceğine ilişkin kararlar;

- a) “Davacının, ‘malen’ kaydını taşıyan bir senedin ‘hatır senedi’ olarak verildiğini ileri sürmesi, davalının da ‘senetlerin verilen borç para karşılığında ve borçlunun kefil sıfatıyla ödenen paralar nedeniyle’ alındığını belirtmesi halinde, senedin davalı tarafından değil davacı tarafından talil edilmiş olacağı ve ispat yükünün öncelikle davacı borçluya düşeceğini” (170)
- b) “‘Malen’ kaydını taşıyan bononun, ‘nakit’ karşılığı düzenlendiğini davalının ileri sürmesi halinde senedin talil edilmiş olacağı ancak, borçlunun ‘senet bedelini’ alacaklıya ödediğini’ belirtmesi durumunda, bu hususun davacı tarafından ispatı gerekeceğini” (171)
- c) “‘Nakden’ kaydını taşıyan bononun, borçlu tarafından ‘mal bedeli karşılığında’ düzenlendiğinin ileri sürülmesi halinde, bu hususu ispat yükünün davacı borçluya düşeceğini” (172)
- d) “‘Malen’ kaydını taşıyan senedin davacı ‘hatır senedi’ olduğunu, davalı ise ‘mal bedelinden doğan alacak karşılığı olduğunu ileri sürmesi halinde, ispat yükünün davacıya düşeceğini” (173)

---

(170)Bknz. 11. HD. 26. 6. 1989 T. E: 1988/6682, K: 3895 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1848)

(171)Bknz. 11. HD. 20. 9. 1985 T. E: 3859, K: 4709 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1849)

(172)Bknz. 11. HD. 28. 3. 1983 T. E: 1341, K: 1498 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1849)

(173)Bknz. 11. HD. 18. 10. 1982 T. E: 4033, K: 3970 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1849)



\* “Senedin talil edilmesi halinde, bu durumun mahkemece doğrudan doğruya (re’sen) gözetileceğini ‘senedin talil edildiği’ hususunun mutlak def’i olduğunu” (174)

\* “ ‘Malen kaydını taşıyan bir senette davalı alacaklının ‘davacı borçluya mal değil nakit (para) verdiğini’ savunması halinde, bu savunmasını ‘yazılı belge’ ile ispat edebileceği yoksa elindeki senedin ‘yazılı delil başlangıcı’ sayıldığını belirtip tanık dinletemeyeceğini” (175)

\* “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bonoda, davacı borçluya ‘nakit’ verdiğini belirterek talil eden davalı alacaklının, bu savunmasını yazıl belge ile ispat etmesigerektiğini” (176)

#### **D) İspat yükü ile ilgili diğer içtihatlar:**

\* “Olumsuz tespit davalarında tarafların isticvabı yoluna gidilerek, bononun düzenlenen nedeni açıklığa kavuşturulduktan sonra, ispat yükünün hangi tarafa düşeceğinin tespiti gerekeceğini” (177)

\* “Paranın banka havalesiyle gönderilmesinin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yönelik olarak kabulü gerekeceği, paranın bu amaçla değil de, ‘borç para olarak gönderildiği’ hususunun, bunu ileri süren tarafından isqatı gerekeceğini” (178)

(174)Bknz. 11. HD. 22. 3. 1983 T. E: 772, K: 1384 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1850)

(175)Bknz. 11. HD. 1. 4. 1988 T. E: 1642, K: 1953 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1900)

(176)Bknz. 11. HD. 27. 9. 1979 T. E: 1979/3504, K: 4245 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1904)

(177)Bknz. 19. HD. 17. 12. 1993 T. E: 8879, K: 8705 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1852)

(178)Bknz. 19. HD. 7. 6. 1993 T. E: 1992/5569, K: 4119 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1853)



\* “ ‘Mal teslimi’ olayının ispatı:

a) “ ‘Çek karşılığında sipariş edilen malların teslim edilmediği’ iddia eden davacı borçlunun bu iddiasını ispat etmesi gerekeceğini” (179)

b) “ ‘Malen’ kaydını taşıyan bir bono hakkında - ‘karşılıksız kaldığı’ gerekçesiyle - açılan iptal davasında; satıcının ‘malların gönderildiğini (teslim edildiğini), alıcının ise ‘malların gönderilmediğini’ ileri sürmesi halinde, ispat yükü hangi tarafa düşer?”

b1) “ ‘İspat yükünün’, davacı borçluya düştüğünü (180)

b2) İspat yükünün’, davalı alacaklıya düştüğünü (181)

\* “ ‘Teslim olgusunun maddi olaya ilişkin olması nedeniyle, - davalı tarafından tanıkla ispat edilebileceğini” (182)

\* “Çekin ihdas sebebini ihtiva etmeyen bir kambiyo senedi olduğu ve çekin gerçekte bir ihdas sebebinin bulunduğu ve bu sebebin gerçekleşmemesi nedeniyle bedelsiz kaldığını, kambiyo ilişkisinin taraflarınca geçerli (yazılı) delille ispat edilebileceğini” (183)

---

(179)Bknz. 11. HD. 26. 4. 1988 T. E: 1987/7946, K: 2730 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1817)

(180)Bknz. 19. HD. 21. 12. 1995 T. E: 3326, K: 11494 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1817)

(181)Bknz. 11. HD. 30. 6. 1983 T. E: 3306, K: 3453 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1819)

(182)Bknz. 11. HD. 30. 4. 1991 T. E: 1990/1334, K: 2704 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1870)

(183)Bknz. 11. HD. 15. 3. 1990 T. E: 1988/9860, K: 2181 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1898)



\* “ ‘Malen kaydını’ taşıyan ve taraflarca ‘mal için verildiği’ konusunda anlaşmaya varılmış olan senedin ‘hangi mal için verildiğini’ (ve ‘bu malın teslim edilmediğini’) davacı borçlunun ispat etmesi gerekeceğini” (184)

\* “Bonolarda, senedin dayanağı olduğu ileri sürülen ‘hukuki ilişki’ ile, senet metnindeki ‘borç sebebinin’ karşılaştırılarak, ispat yükünün kime düşeceğinin saptanması gerektiğini” (185)

\* “Olumsuz tespit davalarında ispat yükünün, davacının iddiasının dayandığı nedenlerin niteliğine göre değişeceğini” (186)

\* “Vakıa ve karinelere dolaylı iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetin diğer tarafa ispat ettirilmesine gerek kalmayacağını” (187)

- ◆ “ ‘Davalı (borçlu) tarafından yapılan ödemenin başka bir borca ilişkin olduğunu ileri süren davacının (alacaklının) bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu” (188)
- ◆ “Hazineye karşı, zilyetliğe dayanarak dava açan kişinin ‘zilyetlik yoluyla taşınmaz edinme koşullarının gerçekleştiğini’ ispatla yükümlü olduğunu” (189)

---

(184)Bknz. 11. HD. 6. 7. 1987 T. E: 2069, K: 4073 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1257)

(185)Bknz. 11. HD. 12. 5. 1977 T. E: 1966, K: 2520 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1860)

(186)Bknz. 4. HD. 9. 2. 1973 T. E: 1972/6096, K: 1189 (UYAR,T. a. g. e. sh. 1861)

(187)Bknz. İBK. 4. 2. 1951 T. E: 17, K: 1 (İBK. 'Hukuk Bölümü' C:4, sh: 309 vd.)

(188)Bknz. 19. HD. 23. 9. 1994 T. E: 1993/8243, K: 8272 (UYAR,T. a. g. e. sh:1224) - HGK. 6. 2. 1981 T. E: 79/13-277, K: 48 (İKİD. 246/354)

(189)Bknz. 7. HD. 19. 1. 1955 T. E: 1993/2566, K: 1995/195 (YKD. 1995/5, 736) - HGK. 29. 6. 1994 T. E: 1994/17-368, K: 482 (İKİD. 418/11386)



- ◆ “Ödeme def’inin davalı tarafından ispatı gerektiğini” (190)
- ◆ “İcra Tetkik Merciiindeki uyuşmazlıklarda, inkar edilen imzanın borçluya ait olup olmadığının saptanamaması halinde uyuşmazlığın Tetkik Merciiinde çözümlenemeyeceği ve borçluya ‘menfi tespit davası’ açması değil alacaklıya ‘alacak davası’ açıp orada imzanın borçluya ait olduğunu ispat etme yükümlülüğünün yüklenmesi gerekeceği” (191)
- ◆ ”Hayatın olağan akışına ters olan iddiaların dinlenmeyeceğini” (192)
- ◆ “Kapalı faturayı düzenleyen tarafın (alacaklının), ‘fatura bedelinin ödenmediğini’ispatla yükümlü olduğunu” (193)
- ◆ “ ‘Mukabil davalıya mal satıp teslim ettiğini ve alacaklı bulunduğunu’ mukabil davacının ispat etmesi gerekeceğini” (194)
- ◆ “ ‘Bonoya bağlanmış satış bedelinin ödenmediği’ iddiasının, bono lehtar (alacaklı) tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (195)

---

(190)Bknz. 19. HD. 28. 10. 1993 T. E: 1992/6845, K. 7096 (UYAR,T. a. g. e. sh:1232)

(191)Bknz. 12. HD. 17. 6. 1993 T. E: 6294, K. 10993 (UYAR,T. a. g. e. C: 4, sh: 5493)

(192)Bknz. HGK. 31. 3. 1993 T. E:1992/19-789, K: 126 (YKD. 1993/12, 1783 vd.)

(193)Bknz. 15. HD. 18. 3. 1993 T. E: 1992/2699, K: 1356 (UYAR,T. a. g. e. sh:1228 vd. )

(194)Bknz. 19. HD. 6. 11. 1992 T. E: 10441, K: 5741 (YKD: 1993/8, 1219)

(195)Bknz. HGK. 22. 9. 1992 T. E: 14-168, K: 267 (İKİD. 383/9129 vd. ) - HGK. 26. 10. 1988 T. E: 8-550, K: 854 (İKİD. 343/6550)





- ◆ “ ‘Şuf’a davasının süresinde açılmadığı’nı iddia eden davalının, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (196)
- ◆ “Dava konusu bonoların, ‘hatır bonusu olarak davalıya verildiği’ hususunun davacı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (197)
- ◆ “ ‘Bir olaydan kendi lehine haklar çıkaran taraf bu olayı ispatla yükümlü olduğu’ndan, ‘kira parasının nakden ödenmeyip senede bağlandığı’ iddiasının bunu ileri süren davalı - kiracı tarafından ispatı gerektiğini” (198)
- ◆ “Kırsal kesimde yaşayan bir köy kadınının ziynet altınlarını, ‘ekonomik durumu düzeldiğinde kendisine aynen geri verileceği’ düşüncesiyle kocasına vermiş sayılacağını (bunları kocasına bağışlamamış sayılacağını)” (199)
- ◆ “Satışın ‘peşin’ değil ‘veresiye’ olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat yükü altında bulunduğunu” (200)
- ◆ “Mirasta iade davalarında, MK. 6’daki genel kural uyarınca ‘bağışın iadeye tabi olarak yapıldığı’nın iade isteğinde bulunana davacı tarafından ispatı gerekeceğini” (201)

(196)Bknz. HGK. 4. 3. 1992 T. E:6-57, K: 16 (İKİD. 383/9125)

(197)Bknz. 11. HD. 14. 1. 1992 T. E: 1990/4862, K: 79 (Kararlar D. 1992/4 sh:165) - 11. HD. 17. 11. 1987 T. E: 3857, K: 6334 (UYAR,T. a. g. e. sh:1829)

(198)Bknz. 6. HD. 28. 10. 1991 T. E: 12265, K: 12974 (YKD: 1992/1, 60)

(199)Bknz. HGK. 8. 5. 1991 T. E: 2-157, K: 247 (TBBD. 1991/3,466 - İKİD. 374/8532)

(200)Bknz. 11. HD. 28. 3. 1991 T. E: 1988/4962, K: 996 (İKİD. 374,9548) - 13. HD. 3. 2. 1981 T. E: 1980/7143, K: 635 (Man. Bar. D. 2/25)

(201)Bknz. HGK. 6. 2. 1991 T. E: 1990/2-576, K: 45 (İKİD. 367/8091) - HGK 1. 5. 1991 T. E: 1991/2-142, K: 231 (İKİD. 373/8477)



- ◆ “İspat yükünün kural olarak davacıya düştüğü, davacının ‘davasını dayandırdığı olayları’ ispat etmekle ve davacının bunu ispat etmesinden sonra, davalının ‘savunmasını dayandırdığı olayları ispat etmekle yükümlü olduğunu” (202)
- ◆ “Davacıdan satın aldığı malın, ‘davacıya sattığı kamyonun lastikleri için verildiğini’ savunan davalının bu savunmasını ispat etmesi gerektiğini” (203)
- ◆ “Satış bedelinin, resmi senette yazılı olandan daha fazla bulunduğunu, kalan borç için ipotek kurulduğunu’ satıcı - davalının (alacaklının ispat etmesi gerekeceğini” (204)
- ◆ “ ‘Harici taksim yapıldığını’ iddia eden tarafın MK. 6 uyarınca ‘taksim varlığını, taksim tarihini taksime bütün paydaşların veya yetkili temsilcilerinin katıldıklarının vb. ’ kanıtlamakla yükümlü olduğunu” (205)
- ◆ “Mirasta iade davalarında, ‘iadeye tabi olmadan bağış yapıldığı’ hususunun ispatının, lehine tasarrufta bulunulan davalıya düştüğünü” (206)
- ◆ “Akdin tarafları, ‘kendi edimlerini ifa ettiklerini’ ispat yükü altında bulduklarından, ‘taşımaya ilişkin navlun ücreti-

(202)Bknz. 13. HD. 31. 1. 1991 T. E: 1990/6807, K: 860 (YKD 1991/7 sh: 1046)

(203)Bknz. 11. HD. 19. 6. 1989 T. E: 6763, K: 3710 (İKİD. 345/6686)

(204)Bknz. 14. HD. 15. 5. 1989 T. E: 1783, K: 4734 (İKİD. 352/7138)

(205)Bknz. HGK. 8. 3. 1989 T. E: 16-26, K: 141 (İKİD. 343/6552) - 17. HD. 15. 6. 1992 T. E: 8572, K: 6103 (YKD. 1992/8, sh:1250) - HGK. 22. 2. 1989 T. E: 1988/16-859, K: 98 (İKİD. 343/6555) - 16. HD. 29. 9. 1990 T. E: 1989/16524, K: 11953 (KD. 1992/1,187)

(206)Bknz. HGK. 12. 10. 1988 T. E: 2-326, K: 785(ÖZMEN,İ. HGK. C: 2, sh:8)



nin ödendiğini' davacı - gönderenin ispat etmesi gerekeceğini" (207)

- ◆ "Veraset ilamının aksini iddia eden tarafın, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu" (208)
- ◆ "Vekile verilen vekaletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması halinde, paranın vekil tarafından alındığının, vekalet veren tarafından ispat edilmesi gerekeceğini" (209)
- ◆ " 'Dava konusu bononun kumar borcu için verilmiş olduğu'nun borçlu tarafından ispatı gerekeceğini" (210)
- ◆ "Davacının, 'taşınmazın kendisine ait olduğunu ve mer'a niteliğinde bulunmadığını' ispatla yükümlü olduğunu" (211)
- ◆ "Borçlunun 'senedi boş olarak imzaladığını', ya da 'senedin ödendiğini' yazılı belgelerle ispat etmesi gerekeceğini" (212)
- ◆ "Kişiler adına tesciline karar verilen taşınmazın mer'a olduğunu iddia eden Hazine'nin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğunu" (213)
- ◆ " 'Destekten yoksun kalma tazminatı'na ilişkin davalarda, 'bakım gücü' ve 'bakım ihtiyacı'nın varlığının davacı tarafın-

---

(207)Bknz. 11. HD. 16. 12. 1987 T. E: 6693, K: 7316(UYAR,T. Olumsuz Tespit ve Geri Alma Davaları sh:1254)

(208)Bknz. 6. HD. 24. 3. 1987 T. E: 13556, K: 3424 (İKİD. 319/5017)

(209)Bknz. HGK. 4. 3. 1987 T. E: 13-185, K: 127 (YKD. 1989/6, 773)

(210)Bknz. HGK. 30. 5. 1986 T. E: 1985/11-231, K: 594 (İKİD. 309/4401)

(211)Bknz. 8. HD. 18. 2. 1985 T. E: 1676, K: 1498 (İKİD. 310/4442)

(212)Bknz. 12. HD. 16. 12. 1983 T. E: 9287, K: 10475 (UYAR,T. a. g. e. sh:1514)

(213)Bknz. HGK: 11. 6. 1982 T. E: 1979/1-1725, K: 588(HGK. I, Sh:582)



dan ispatı gerektiği, ancak genel yaşamın deneylerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişinin iddiasını ispatla yükümlü olmadığını” (214)

- ◆ “Davacının ileri sürdüğü olayı ikrar etmekle birlikte, bundan bağımsız bir nitelik gösteren başka bir hukuki ilişkiden dolayı alacaklı bulunduğunu iddia eden davalının, bunu ispat etmekle yükümlü olduğunu” (215)
- ◆ “ ‘Borcun ifa edildiği (yerine getirildiği)’hususunun borçlu tarafından ispatı gerektiği, borcun ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden kabul etmiş olan alacaklının daha sonra ifanın borca uygun olmadığını iddia etmesi halinde, ispat yükünün kendisine düşeceğini” (216)
- ◆ “MK. 6 uyarınca, iddia ettiği eser sözleşmesinin varlığını ve koşullarını ispat etmesinin davacının ödevi olduğunu” (217)
- ◆ “Taraflar arasında bir sözleşmenin yapılmış olduğunu’ iddia eden davacının, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (218)
- ◆ “Borcu kabul ederek ‘ödediğini’ ileri süren davalının, bu def’ini ispat etmesi gerekeceğini” (219)
- ◆ “Yapılan işin parasının (bedelini) işin teslimi (bitirilmesi) nden sonra ödeneceğini (BK. 364) daha önce - her hafta so-

---

(214)Bknz. HGK. 21. 4. 1982 T. E: 1979/4-1528, K: 412 (YKD. 82/8, 1076) - 4. HD. 20. 3. 1986 T. E: 1585, K: 2553 (YKD. 1986/7, 958)

(215)Bknz. HGK. 13. 11. 1982 T. E: 1979/13-1848, K: 7 (İKİD. 274/2155)

(216)Bknz. HGK. 20. 11. 1981 T. E: 1980/13-1923, K: 1981/757 (YKD. 1982/7, 915)

(217)Bknz. HGK. 13. 2. 1981 T. E: 1979/15-599, K: 96 (İKİD. 246/351)

(218)Bknz. HGK. 13. 4. 1979 T. E: 1978/11-827, K: 381 (İKİD. 224/7073)

(219)Bknz. 13. HD. 29. 3. 1979 T. E: 1149, K: 1555 (YKD. 1979/12, sh: 1748)



nu - parça parça işin bedelini ödediğini iddia eden iş sahibinin bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (220)

- ◆ “Hukuk hakiminin, ceza hakimince yapılan tahkikatla bağlı olmadığı, herkesin iddia ve savunmasını ispatla yükümlü bulunduğunu” (221)
- ◆ “Davalının iktidarı dışında veya ispatında büyük zorluk bulunan bir hususun ispatının, davalıdan istenemeyeceğini” (222)
- ◆ “Taşıma sırasında kaybolan koli içindeki eşyanın cins ve miktarını ispat yükünün davacıya düştüğünü” (223)
- ◆ “Borçlunun, senetli borcunu ‘postayla gönderdiğini’ savunması halinde, alacaklının ‘bu ödemenin başka bir alacak için gönderildiğini’ ispat etmesi gerekeceğini” (224)
- ◆ “ ‘Kusurlu bulunmadığını’ ispat etmedikçe, taşıyıcının, taşıma sırasında taşınan malın uğradığı zarar ve hasardan sorumlu olduğunu” (225)
- ◆ “Vekalet ilişkisinde, ‘vekalet görevinin yapılmadığı’ hususunun vekalet veren tarafından ispat edilmesi gerekeceğini” (226)

---

(220)Bknz. 15. HD. 20. 11. 1978 T. E: 2314, K: 2202 (YKD. 1979/9, sh:1338)

(221)Bknz. HGK. 7. 7. 1976 T. E: 1975/11-89, K: 2477 (İKİD. 1984/5149)

(222)Bknz. 11. HD. 30. 4. 1976 T. E: 2441, K: 2307 (İKİD. 1978/7, sh:1146)

(223)Bknz. HGK. 2. 4. 1976 T. E: 1974/586, K: 1191 (İKİD. 188/4766) - 11. HD. 7. 5. 1992 T. E: 1990/8229, K: 5593 (İKİD. 426/11892)

(224)Bknz. HGK. 1. 11. 1972 T. E: 1971/ İc. İf. D. 905 , K: 889 (İBD. 1973/1-2, sh:93)

(225)Bknz. YTD. 1. 6. 1972 T. E: 2604, K: 2732 (RG. 1972/II-2, sh:402 vd.)

(226)Bknz. HGK. 19. 2. 1970 T. E: 66/4-1575, K: 686 (RG. 1971/II-1, sh:13)



- ◆ “ ‘Mirasbırakan tarafından üçüncü kişiyle yapılan işlemin muvazaalı olduğunu’ ileri süren mirasçının bu iddiasını -tanıklarla - ispatla yükümlü olduğunu” (227)
- ◆ “ ‘Vekalet ücretini vekiline ödediğini’ savunan müvekkilin, bu savunmasını ispatla yükümlü olduğunu” (228)
- ◆ “Pazarda yapılan satışlar gibi, paranın hemen ödenmesi gereken işlemler ayrık olmak üzere diğer bütün işlemlerde ve borçlarda ‘borcun doğmuş olduğunu’ kabul eden borçlunun ‘borcunu ödediğini’ de ispat etmesi gerekeceğini” (229)
- ◆ “İhale üzerine kalan kişinin, ‘başkası adına ihaleye girdiğini’ belirtmesi halinde, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu” (230)

belirtmiştir.

---

(227)Bknz. 2. HD. 4. 12. 1970 T. E: 5366, K: 5370 (İBD. 1971/2-12, sh:1077)

(228)Bknz. 3. HD. 6. 4. 1970 T. E: 1730, K: 1287 (RG. 1970/8-10, II/2. sh:153)

(229)Bknz. HGK. 24. 4. 1963 T. E: 3/9, K: 7 (AD. 1963/9-10, 1046)

(230)Bknz. HGK. 13. 12. 1961 T. E: 4/19, K: 294 (AD. 1962/4, 470)





# TÜRK ÇEVRE HUKUKU : TEMEL İLKELERE GENEL BİR BAKIŞ

Doç. Dr. Firuz Demir YAŞAMIŞ (\*)

## Giriş: Çevresel Yönetimin Ulaştığı Yeni Boyutlar

Yaklaşık 15 yıldan beri çevre sorunları, çevrenin yönetimi, planlanması, örgütlenmesi ve denetlenmesi gibi konularla ilgileniyorum. Bu süre içinde karşılaştığım pek çok dikkat çekici olaydan iki tanesi, ötekilere oranla, beni daha fazla etkilemiştir. Bunlardan birincisi son yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir doktora çalışması idi. Bu çalışmada oldukça ilginç bir sonuca varılıyordu: Roma İmparatorluğu'nun batışına yolaçan ancak, bugüne kadar üzerinde hiç durulmayan, temel nedenlerden biri çevresel kirlenme olgusudur. Araştırma, Roma devrinden kalma insan iskeletleri üzerinde yapılan kimyasal çözümlemelere ve bu çözümlmelerden elde olunan sonuçlara dayalıdır. Bu araştırmada Roma İmparatorluğu döneminden kalma kemiklerin kimyasal yapısı içinde, normal bir insanla kıyaslandığında, olağan miktarların çok ötesinde kurşun ve bakır birikimleri olduğu saptanmıştır. Günümüzde insan ve çevre sağlığı ile ilgilenenler biliyorlar ki insan bünyesi içerisinde bakır ve kurşun gibi maddelerin birikmesi ve

---

(\*) Çevre Bakanlığı Müsteşarı.





normal olarak kabul edilen düzeyin üstüne çıkması bir takım davranış bozukluklarına yolaçabilmektedir. Roma İmparatorluğu'nun çöküşünü simgeleyen ve Roma'nın yanmasından zevk alma noktasına kadar varabilen aşırı bireysel ve toplumsal davranış bozuklukları bu yeni bulgularla daha başka bir görünüm ve içerik kazanmaktadır. Bu yaklaşıma göre, bir imparatorluğun ve uygarlığın çöküşüne yolaçan temel nedenler bireysel ve toplumsal davranış bozukluklarıdır. Bu soruna yolaçan temel neden de, o günlerin temel içme aracı olan kupa ve benzeri araçların kurşun ve bakırdan yapılmış olması ve bu yolla bakır ve kurşun birikimlerinin insan vücudu içinde normal sınırın üstüne çıkmış olmasıdır. **Bir uygarlığın çöküşüne kadar varabilecek önemli sonuçlar üreten** bu bulgu çevre sorunlarının ne denli yaşamsal bir öneme sahip olduğunu açıklıkla gösteren ilginç bir çalışma olarak kabul edilmelidir. Çok ilginç bulduğum ikinci çevresel olgu da çevrenin korunması ve çevresel kirlenmelerin önlenmesi için normal bir polis gücünden hiç bir farkı olmayan ve normal bir polis gücünde varolan her türlü zorlama yetkisine sahip olan bir çevre polisi örgütünün kurulmuş olduğunu görmüş olmamdır. Federal hükümet, eyalet hükümetleri ve yerel düzeyde belediyelerde çevresel örgütlenme biçimlerini incelemek amacıyla Amerika Birleşik Devletleri'ne yaptığım bir gezi sırasında New York Eyaleti'nde Çevre Polisi örgütünün kurulmuş ve çalışmakta olduğunu gördüm. Olayın nedeni çok basitti. Bu Eyalet'de çevrenin korunması ve geliştirilmesi amacıyla ilgili olarak yeni bazı yasal düzenlemeler yapılmış ve bu bağlamda çevrenin korunması için bir takım yeni çevresel standartlar yürürlüğe konulmuştu. Çevreye atık veren kuruluşlar yeni standartların yürürlüğe girmesinden sonra, atık deşarjı ile ilgili olarak daha az deşarja ya da denetim altında deşarja olanak veren bu yeni standartlara uymak zorundaydılar. Ancak, ilgili kuruluşların, fabrikaların veya işletmelerin bu standartlara uyması, ekonomik ve teknik nedenlerle, kolay olmayınca bazı işletme sahipleri "**mafya**" türü yasa dışı davranabilen örgütlerle anlaşmalar yapmaktan çe-



kinmediler. Çevresel standartlar nedeniyle atıklarını eskisi gibi gelişigüzel çevreye bırakamayan bu kuruluşlar çözüm yolunu bu tür örgütlerle anlaşımakta bulmuşlardı. Gecenin bir yarısında bu örgütlere ait kamyonlar işletmeye geliyor ve bertaraf edilmesi gereken atıkları alarak Atlantik Okyanusu'nun bir köşesine boşaltıyorlardı. New York Eyalet Hükümeti, bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak üzere, bilebildiğim kadarıyla Dünya'da ilk kez olmak üzere 1980'li yıllarda bir **Çevre Polisi Örgütü** kurdu. Eyalet'de ormanların korunmasından sorumlu olan ve "Forest Rangers" örgütü olarak bilinen kurumsal yapı kendi içinde bir değişime uğratarak Çevre Polisi şekline dönüştürülmüştü. Yeni örgüt, öteki olağan polis güçleri gibi, gözaltına alma, tutuklama, gizli ve açık soruşturma yapma, silah taşıma ve sanıkları kelepçeleme gibi yetkilerle donatılmıştı.

Üzerinde yaşadığı gezegeni olanca hızıyla kirletmekte ve yoketmekte olan Dünya insanının çevreyi korumak amacıyla silahlı polis örgütü kurmak gibi bir aşamaya gelmiş olması fevkalade ilgi çekici bir başka gelişme olarak kabul edilmelidir.

Hemen kabul etmeliyiz ki ülkemizde bundan çok daha ciddi çevre sorunları, çevresel kirlenmeler ve hatta çevresel katliamlar vardır. Bu durumda kendi kendimize sormamız gereken soru şu olmalıdır: Ne yapmalıyız? Güzel bir Çin atasözünü anımsamak gerekir. Aç bir insana hergün doyabileceği kadar balık vermenin bir yararı yoktur. Eğer onlara balık tutmasını öğretebilerseniz yaşamlarını sürdürebilmeleri için en büyük katkıyı yapmış olursunuz. "Ülkemizde çevre sorunlarının giderilmesi ve çevresel niceliklerde görülen bozulmaların önüne geçilmesi için nelerin yapılması gereklidir?" sorusunu kendimize sormamız gerekmektedir. İnaniyorumki bu soruya verilmesi gereken tek yanıt iyi bir çevre yönetimi sürecinin kurumsallaştırılması ve uygulama alanına konulması olmalıdır. Kabul etmeliyiz ki, çevre yönetilebilir bir olgudur ve iyi bir çevreye kavuşmak ne bir hayaldir ve ne de bir ütopya. Amerikan



yerlilerine izafe edilen bir başka atasözü daha var: Dünya bizim atalarımızdan bize miras kalmamıştır, Dünya bizim torunlarımızdan aldığımız bir ödünçtür. Bu atasözü doğru ise, ödünç aldığımız bu değerleri bizden sonraki kuşaklara geri vermemiz gerekir. O halde, neden çevre sorunları var? Neden çevre sorunlarından sözediyoruz.

### **Çevre Niçin Bir Sorun Odağıdır?**

Çevre kavramının bir sorun odağı olarak algılanmasının üç temel nedeni vardır: **Birincisi çevre sorunları yaratanların ve bunlara yolaçanların neden oldukları çevresel nitelik bozulmalarının maliyetini ödememek gibi bir olanağa sahip olmalarıdır.** Çevre bu nedenle bir sorun durumuna gelmektedir. Sorunu bir başkası yaratmakta ancak maliyeti başkaları ve çoğu kez de toplum ödemektedir. **İkinci neden ise, bu gezegende üretilen atıkların başka gezegenlere gönderilmesi olanağının mevcut olmamasıdır.** Atıklar, doğanın kendilerini absorbe edebilme sınırını aştığı oranda adına Dünya denilen gezegende yaşayanlar yaşamlarını biçimlendiren koşulların değişmesi sonucunu yaratan bu durumdan büyük zararlar görecektir. Nitekim, Dünya tarihinin son 30-40 yılında bir katastrof olarak nitelenebilecek noktaya doğru hızla yaklaşılmakta olduğu bazı çevreci düşünürler tarafından öne sürülmektedir. **Üçüncü temel neden ise kıt kaynaklar üzerindeki baskının hızla artmakta olması ve bu nedenle de bazı türlerin ortadan kalkmaya başlamasıdır.**

1987 yılında yayınlanan Ortak Geleceğimiz adlı uluslararası rapordan alınan aşağıdaki tablo Dünya tüketiminin gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında dağılımını göstermektedir. (1)

---

(1) Ortak Geleceğimiz, s. 60.



**ÇİZELGE 1**  
**Dünya Tüketiminin Dağılımı, 1980-82 Ortalamaları**

	Kişi Başına Mal Tüketim Ünitesi	Gelişmiş Ülkeler (Nüfusun % 26'sı)		Gelişmekte olan Ülkeler (Nüfusun % 74'ü)	
		Dünya Tüketimine Oranı (%)	Kişi Başın	Dünya Tüketimine Oranı (%)	Kişi Başına
Besin:					
Kalori	Kcal/gün	34	3.395	66	2.398
Protein	gms/gün	38	99	62	52
Yağ	gms/gün	53	127	47	40
Kağıt	Kg/yl	85	123	15	8
Çelik	Kg/yl	79	455	21	8
Diğer metaller	Kg/yl	86	26	14	2
Ticari enerji	mtce/yl	80	5.8	20	0.5

*Kaynak: FAO'nun, BM İstatistik Bürosunun, UNCTAD'ın ve Amerikan Metal Kurumu'nun ülke düzeyi verilerine dayalı WCED tahminleri.*

Dünya nüfusunun yüzde 74'ünü oluşturan gelişmekte olan ülkeler bireylerinin gelişmiş ülke bireylerinin bugün sahip olduğu tüketim düzeyine gelmeleri durumunda ortaya çıkacak olan toplam talep ve bu talebin **Dünya ham madde kaynakları üzerindeki olası baskısı** sorunun ne denli yaşamsal bir öneme sahip olduğunu açıklıkla göstermektedir. Gelişmekte olan ülkelerdeki çevre koruma endişelerinin sınırlılığı gözönüne alındığında çevreye bırakılacak **atık miktarı** sorunu çok daha karmaşık bir konuma getirecektir. (2)

Yukarda belirlenmeye çalışılan nedenlerle çevre gerçek anlamda bir sorun odağı olmak durumundadır. **Zira, insanlığın geleceği tehdit altındadır.**

(2) Fisunoğlu, Tarımsal Üretim, Nüfus, Çevre, s. 60-77.



## Bazı Kuramsal Yaklaşımlar

Ekonomi biliminin üzerinde ısrarla durduğu önemli bir kavram da **kıt mal** kavramıdır. Kıt malların arzı talebe oranla sınırlı kaldığı için değerleri süratle artar. **Çağımızın kıt malı da güzel, sağlıklı ve yaşanabilir bir çevreye sahip olmaktır.** Bu bağlamda, çevre sorununu açıklayan bir başka kuramsal yaklaşıma değinmek gerekmektedir. Çevre sorunlarını açıklamaya çalışan Amerika'lı bir düşünür olan Garrett Hardin çevre sorunlarının temelinde çevresel malların herkes tarafından serbestçe, özgürce ve bir bedel ödenmeksizin kullanılabilir olmaları gerçeğinin yattığını ileri sürmektedir. "**Ortak malların tradejisi**" (3) olarak isimlendirilen bu kuram tüm ortak malların herkesin kullanımına açık ve bedelsiz olmaları gerçeğinden hareket etmektedir. Ortak mallar deyimi ile işaret edilmek istenen şey toplumun sahip olduğu ancak toplum bireylerinin bedel ödemediği kullanabildikleri varlıklardır. Çevre sorunlarını anlayabilmekte çok güzel bir benzetme olan bu olgu için kendi toplumumuzdan bir örnek vermek gerekirse, kavramı açıklayabilen en uygun örnek köy meraları olacaktır. Mera bir ortak maldır ve köyde yaşayan herkes merayı kullanmak hakkına sahiptir. Ekonomik bir kavram olan kar maksimizasyonu açısından olay ele alınırsa merayı kullananlar arasında en çok kar edenler otlatmak amacıyla meraya en fazla sayıda hayvan sokanlar olacaktır. Zira, bedelsiz bir üretim girdisini en fazla ölçüde bu kişiler elde etmektedir. Ancak, bir an için, köyde yaşayan herkesin bireysel karlarını en üst düzeye çıkarmak amacıyla kendi aralarında rekabete girdikleri varsayılacak olursa ortaya çıkacak olan sonuç meranın otlatma kapasitesinin çok üzerinde bir hayvan varlığının meraya sokulması ve doğal olarak da meranın sahip olduğu değerleri hızla kaybetmesidir. Bu durumda ortaya çıkacak

(3) Hardin G., Tragedy of Commons, Environmental Law, s. 1-4.



olan sonuç çok açıktır: mera erozyonu ve hatta mera tahribi. İşte, adına ortak malların trajedisi denilen olgu budur.

Bu yaklaşımdan hareket edilerek çevre sorunlarının temelinde de ortak malların trajedisi olgusunun bulunduğu belirtilmektedir. **Serbest mal (free goods)** olarak da isimlendirilen, doğa ve çevre kaynakları bazı kişiler tarafından bedeli ödenmeksizin kullanılmaktadır. Çevresel değerleri kullananlar belirli bir bedel ödemedikleri için karlarını en fazla düzeye çıkarmak amacıyla en fazla ölçüde çevresel değeri girdi olarak kullanacaktır. Bu, bir başka anlamda, çevresel değerlerin bozulması ve çevresel kiriliklerin ortaya çıkması demektir. (4)

Ekonomi literatüründe bu olgu dışsallık (5) kavramı olarak tanımlanmaktadır. **Dışsallık** herhangi bir kimsenin yaptığı bir etkinlikten ötürü bir başka kimsenin olumlu veya olumsuz bir etki ile karşı karşıya kalmasıdır. Ekonomik anlamda dışsallık kavramı çevre sorunlarının özünü oluşturmaktadır. Çevre sorunlarının özünde, bir dışsal olan, bir ekonomik etkinliğin bir başka ekonomik etkinlik üzerinde, isteyerek veya istemiyerek yarattığı olumlu ya da, daha sıklıkla, olumsuz etkiler yer almaktadır. Bu etkilere olumlu ya da olumsuz dışsal etkiler denilmektedir.

Olumlu ekonomik dışsallıklara bir örnek olarak küçük bir kentde çalışmakta olan bir ekmek fırının kente yeni gelen bir muhasebecinin sunacağı hizmetlerden yararlanabilir bir konuma gelmesi gösterilebilir. Ancak, söz konusu fırının bacasından çıkan atıkların yakındaki bir temizleyicinin kurutmak üzere dışarı astığı elbiseler üzerindeki etkisi ise olumsuz bir dışsallık örneğidir.

---

(4) Fisunoğlu, Çevre Sorunları ve Ekonomi, s. 61-91.

(5) Keleş-Hamamcı, s. 132.



Çevre sorunlarının çözülmesi için geliştirilecek çözüm yolu stratejilerinin dışsallık olarak isimlendirilen bu kavramı etkili bir şekilde ele alması gerekmektedir. Bir anlamda, **dışsal etkiler içselleştirilmeli**, yani dışsal olumsuz etki yaratanlar bu etkilerinin bedelini ödemeye zorlanmalıdır. Ancak, bu bedeli ödemek istemeyenler ya da çevreyi kirletmeleri nedeniyle ödeyecekleri bedel ürünün maliyetini artıracığından yükselen fiyatlar nedeniyle satışları olumsuz olarak etkilenecek firmalar yarattıkları çevresel kirliliklerin önüne geçmek zorunda kalacaklar ve böylelikle de çevre sorunları azalmış olacaktır. (6) "**Kirleten ya da kullanan öder**" şeklinde ifade edilen çevresel yönetim ilkesinin dayandığı temel düşünce budur.

### **Sürdürülebilir Kalkınma**

Günümüzde çevre yönetimi ile ilgili olarak çok tartışılan kavramlardan biri de ekonomik kalkınma ile çevre koruma arasındaki farklılaşmanın, ve hatta, yabancılaşmanın yolaçtığı ikilemdir.

Çevre ile ilgilenenlerin günümüzde en çok üzerinde durduğu kavramlardan biri de yukarıda sözkonusu edilen bu ikilemdir. Toplumlar ve özellikle güney ülkeleri bir yandan kalkınmak ve öte yandan da kalkınma için doğal kaynaklarını zorlamak zorundadırlar. Doğal kaynakların istismarı ise çevresel niteliklerin bozulmasına ve çevresel kirliliklere yolaçmaktadır. İlk bakışta, çevre koruma amacı ile yola çıkanlar ekonomik kalkınmayı reddetmek gibi kaçınılmaz ve aynı zamanda da kabul edilemez bir sonuca doğru ilerlemektedir. Çevre koruma amacıyla düzenlenen uluslararası bir toplantıda Brezilya'nın ekonomik yönden az gelişmiş kesimlerinden gelen bir belediye başkanının beldesi için çevresel kirlilik yaratılmasını istediğini çok iyi hatırlıyorum. Aslında, belediye başkanının istediği kirlilik değil, fakat, çevre kirliliğinin oluşmasına olanak verecek olan endüstriyel tesislerin bölge halkına önerebile-

---

(6) Fisunoğlu, Çevre Sorunları ve Ekonomi, s. 61-91.



çeği istihdam olanakları idi. Başkan, anlatımını ve söylemini ilginç kılabilmek için bu yolu seçmişti. Benzer bir söylemi uluslararası toplumda saygın bir yeri olan Pakistanlı bilim adamı Dr. Mahbub ul Hak geliştirmiş ülkeleri işaret ederek şu şekilde ifade etmiştir: **"Sizin toplumunuzda yaşamın nitelikleri ile ilgili sorunlar var. Ancak bizim toplumumuzda yaşamın bizzat kendisi bir sorundur".** (7)

Ekonomik kalkınma ile çevre koruma arasındaki ikilemi yukarıdaki örnekler açık bir şekilde ortaya koymaktadır. O halde ne yapılmalıdır? Bu iki kavramı bağdaştırabilmek mümkün değil midir? Özellikle ulusal gelir düzeyi düşük ülkeler kalkınmak ve çağdaşlaşmak zorundadır. Bu amaçla daha çok ve daha yeni ürünler üretmek ve bunları yurttaşların yararına sunmak gerekmektedir. Demografik özellikleri nedeniyle, bu gibi toplumların özellikle genç kesimlerinde önemli bir işsizlik sorunu vardır. Nüfusun büyük bir kesimini oluşturan gençlere yeni iş olanakları sağlamak zorunluluğu vardır. Endüstriyel üretimin geliştirilmesi ve tarımın çağdaşlaştırılması gerekmektedir. Ancak, tüm bunlar yapılırken ortaya bir de atıklar sorunu çıkacaktır. Her üretim süreci, katı sıvı veya gaz, bir atık sorununu da beraberinde getirecektir.

Bu ikilemin çözümü için geliştirilen önerilerden biri sürdürülebilir kalkınma kavramıdır. Nedir sürdürülebilir kalkınma?

Sürdürülebilir kalkınma kavramı ilk kez Birleşmiş Milletler Çevre Programı tarafından Dünya Çevre Üçüncü 10 Yılı nedeniyle bir rapor hazırlamakla görevlendirilen heyetin başkanı olan eski Norveç Başbakanı Bayan Groharlem Brundtland tarafından hazırlanan rapor nedeniyle gündeme gelmiştir. Bu raporda (8) çevre ka-

(7) Hak, s. 76.

(8) Ortak Geleceğimiz.





muoyunda en çok tartışılan konulardan biri olan kalkınma ve çevrenin korunması ikilemine bir çözüm yolu getirilmek istenmektedir. Kalkınma ile çevre koruma kavramlarının birbirlerini dışlayan değil, tam aksine olarak, birbirlerine destek veren kavramlar olduğu belirtilmekte ve toplumların hem çok gereksinim duydukları kalkınma çabalarını yürütebilmesinin ve hem de çevrelerini tahrip etmeden bu amacı elde edebilmelerinin olanaklı olduğu belirtilmektedir. **Sürdürülebilir kalkınmanın temel ilkesi ise tüketilecek doğal kaynakların doğal üreme hızlarını aşmayan bir hızda tüketilmelerinin güvence altına alınmasıdır** (9).

Brundtland Raporu'na koşut olarak ülkemizden de pek çok örnek vermek mümkündür. Yalnızca bir örnek vermek yeterli olursa, aşağıda belirtilen, 1990 ila 2000 yılı arasında ülkemizin birincil enerji üretim ve talep projeksiyonlarına bakmak yeterli olacaktır (10).

**ÇİZELGE 2**  
**Birincil Enerji Üretim ve Talep Projeksiyonları (Bin TEP)**

	1989	1990	1995	2000
Üretim	29529	32638	41638	51636
Talep	53642	57196	78967	107187

*Kaynak: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı*

(9) Sürdürülebilir kalkınma anlayışı ile ilgili olarak TÇSV tarafından yayınlanan Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı adlı kitabı ta çok yararlı bilgiler yer almaktadır. Ayrıca, bakınız, Fisunoğlu, Sustainable Development and Environmental Policies: Opportunities for Integration.

(10) TÇSV, Türkiye'nin Çevre Sorunları, s. 354.



Çizelgede açıkça görüldüğü üzere, Türkiye'de 2000 yılında 1990 yılında sahip olduğumuz enerji miktarının yaklaşık üç katına gereksinim duyulacaktır. Bu kadar enerjinin birden devreye sokulmasının zorluğu bir yana çevre üzerindeki baskıları da olağanüstü derecede olacaktır.

Bayan Groharlem Brundtland'ın raporu da esas itibarı ile bu çözüm yolunu önermektedir. Brundtland Raporu kalkınma çabalarıyla çevre koruma endişelerinin bağdaştırılabileceğini belirtmektedir. Bağdaştırmanın tek koşulu ise kalkınmada kullanılacak doğal kaynakların kendi kendini üretebilme hızından daha fazla bir hızla tüketilmemelerinin sağlanmasıdır.

Ülkemizden bir başka örnek vermek gerekirse içerdiği balık türü hızla azalan Karadeniz konuyu açıklayabilmek bakımından iyi bir örnek olacaktır. Karadeniz'de 15 yıl önce 200-250 adet balık türü var iken bugün bu sayı 20'ye düşmüştür. Zira, bu balıkların tüketilme hızı balıkların kendi kendini üretebilme hızından daha fazladır. Bu nedenle de söz konusu türler ortadan kalkmaktadır (11).

### **Çevre Hukuku**

Buraya kadar yapılan açıklamalarla olması gereken çevre yönetiminin koşulları açıklanmış ve ülkemizde uygulanmakta olan çevre yönetimi biçimi bu koşullarla karşılaştırılarak gelişme sürecinin hangi aşamasında bulunduğu sorusuna yanıt aranmaya çalışılmıştır.

Bu aşamada ülkemizde çevre hukukunun gelmiş olduğu aşamanın genel bir irdelemesini yapmak oldukça yararlı olacaktır. Te-

---

(11) Bu konuda daha ayrıntılı bilgiler için Kışlalıoğlu-Berkes çiftinin eserlerine bakınız.



mel hukukla ilgilenenler ve Anayasa hukuku uzmanları çevre hakkını insan hakkı olarak kabul etmektedir. 1982 tarihli Anayasa, öteki çağdaş anayasalarda da, olduğu gibi çevre hakkını tanımlamaktadır.

Çevresel sorunların hukukun temel inceleme alanlarından biri durumuna gelmesi son derecede doğaldır. Çevresel olaylar bir sağlık etkisine yolaçabiliyorsa ve bazı toplumsal gruplar yaptıkları çalışmalardan yarar elde ederken diğerleri aynı işlemde zarar görebiliyorsa bu çelişkilerin mutlaka hukuksal süreçler kullanılarak çözümlenmesi gerekmektedir. Türk Hukuk Sistemi'ne bakıldığında gerek özel hukuk alanında ve Medeni Kanun çerçevesinde ve gerekse kamu hukuku alanında Anayasa Hukuku, Uluslararası Hukuk, Yönetmelik Yargılama Hukuku ve Ceza Hukuku açılarından konuyu ele alabilmek mümkün görülmektedir. Mevcut hukuksal yapı içerisinde çevre sorunlarının nasıl ele alınmakta olduğuna ana çizgileri itibarıyla değinmek isterim.

**Türk Medeni Kanunu**'nda çevre ile doğrudan ilgili hükümler yeralmamaktadır. Ancak, yasanın iki maddesi bu açıdan olağanüstü derecede önem taşımaktadır. Bunlardan bir tanesi "**malikin sorumluluğu**" başlığını taşıyan Medeni Kanun'un 656 ncı maddesinde (12) yeralan hüküm ve diğeri de 661 inci maddede yeralan "**komşu hakkı**" kavramlarıdır.

Medeni Kanununun 656 ve 661 inci maddeleri aşağıya çıkarılmıştır:

- 
- (12) Bazı örnek kararlar aşağıda belirtilmiştir. 3. HD E 989/5970 K 989/709 23.1.1989; 4. HD E 987/10677 K 988/1297 9.2.1988; 8. HD E 985/11426 K 985/11344 25.11.1985; 4. HD E 984/4718 K 984/5416 5.6.1984; 1. HD E 981/5559 K 981/5379 20.4.1991; 4. HD E 979/8805 K 980/2578 28.2.1980 ve 4. HD E 979/9355 K 979/13322 29.11.1979.



*"Bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı bir zarara uğrayan veya uğramak tehlikesinde bulunan kimse eski halin iadesini veya tehlikenin izalesi için lazımgelen tedbirlerin yapılmasını talep edebilir ve uğradığı zarar ve ziyanı ayrıca tazmin ettirebilir."*

*"Bir kimse mülkünü kullanırken hele sınıai işler yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıktan çekinmeye mecburdur. Özellikle, zarar veren gayrimenkulun yeri ve niteliğine ve yerel örfe göre hoş görülebilecek dereceyi geçen gürültü ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve rahatsızlık veren toz, buğu ve koku çıkarmak yasaktır."*

Medeni Kanun uygulamasında çevresel sorunlarla ilgili uyuşmazlıklarda esas olarak kullanılan komşuluk hakkı kavramıdır. Komşuluk hakkı ile ilgili düzenlemeler çevresel sorunların çözümünde oldukça etkili sonuçlar üretebilmektedir. Komşuluk hakkı ile ilgili 661 inci madde (13) şunları belirtmektedir: Herkes mülkünü kullanırken ve özellikle endüstriyel çalışmalar yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıklardan çekinmek zorunluluğundadır. Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihatlarına bakıldığında "**taşkınlık**" kavramı çok önemli unsur olarak görülmekte ve sorunun çözümlenmesi için bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılmaktadır. Yargıtay kararlarına göre, komşu olmak için taşınmazmalların birbirlerine **bitişik olmaları** da gerekmemektedir. "**Zarardan etkilenmek**" komşuluk hakkının getirdiği koruyucu olanaklardan yararlanabilmek için temel bir ön koşul olmak duru-

---

(13) Medeni Kanununun 661 inci maddesi ile ilgili Yargıtay kararlarından bazı örnekler aşağıda verilmiştir: 14. HD E 991/6079 K 991/3043 25.3.1991; 1. HD E 991/8346 K 991/12036 24.10.1991; 1. HD E 991/8450 K 991/12013 24.10.1991; 1. HD E 990/3085 K 990/8617 19.6.1990; 1. HD E 988/10480 K 990/190 16.1.1990; YHGK E 985/330 K 986/1010 4.6.1986 ve YHGK E 980/2378 K 983/814 14.9.1983.



mundadır. Keza, malikin sorumluluğu adı altında düzenlenen hüküm de bu açıdan olağanüstü bir önem taşımaktadır. Bu hükme göre bir malın malikinin mülkünü kullanması nedeniyle tecavüze ve bu yolla zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi ile karşılaşan kimse **eski halin iadesini** veya **tehlikenin giderilmesi için gereken önlemlerin alınmasını** talep edebilir veya uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Bu düzenleme çevre koruma çabaları yolunda çok önemli ve ilginç bir hukuksal olanak yaratmaktadır.

Medeni Kanun çerçevesinde düzenlenen bu hüküm pek çok önemli çevre sorununda uygulanmıştır. Örneğin, çimento fabrikalarının çevreye verdikleri zararların önlenmesinde bu hükümler sıklıkla kullanılmıştır. Yargıtay'da bu bağlamda oluşmuş oldukça geniş ve zengin bir kararlar dizisi vardır.

Ancak, buna rağmen, **Yargıtay içtihatlarında doğal döngülerin oluşumuna etki yapan olayların çevresel kaliteyi bozabilecek etkiler yaratabileceği ve bu nedenle önlenmeleri gerektiği yolunda bir anlayışa rastlanılmamaktadır.** Yalnızca bireyler arasındaki karşılıklı ilişkilerden doğan ve bu arada çevresel etkileri de içerebilen kimi ilişkilerin çözüme kavuşturulması endişesi sisteme daha egemen görülmektedir.

**Kamu Hukuku** veya **Anayasa Hukuku** açısından konu ele alındığında ise öncelikle 1982 tarihli Anayasa'nın **çevre hakkından bir insan hakkı** olarak sözettiği görülmektedir. Anayasanın sağlıkla ilgili **56 ncı maddesinde** herkesin **sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.** Anayasa'nın 56 ncı maddesi aşağıya alınmıştır:

*"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşın ödevidir."*



**Bu maddeye göre çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmelerini önlemek Devletin temel işlevlerindedir.** Sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yeralan bu madde Devlete böylesine önemli bir görevi vermektedir. Ancak ne varki, aynı bölümde yeralan 65 inci madde bu konuda önemli bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, Devlet sosyal ve ekonomik alanda Anayasa ile verilen görevlerini **ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde** yerine getirmek durumundadır. Buna göre, Devlet, Anayasa'nın bu bölümünde yeralan tüm görevleri yapmak zorunda değildir. Ancak, ekonomik kaynakları çerçevesinde bu görevleri yapacaktır. Bu görevleri yerine getirirken de ekonomik istikrarı gözetecektir. Çevre açısından olaya bakıldığında ise çevrenin korunması yolunda Devlete temel bir ödev verilmekle birlikte, yaratılması gereken çevreden her türlü sorundan arındırılmış ve tüm olumlu- lükleri içeren bir çevre anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır (14).

**Uluslararası Hukuk** da çevre hukuku açısından oldukça önem taşımaktadır. Dünyanın giderek küreselleşmesi ve bu nedenle küçülmesi ve buna koşut olarak çevresel olayların ülkeler arasındaki yapay sınırları aşan özellikler taşıması kimi Devletler arasında ve uluslararası düzeyde sorunun ele alınmasını ve düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye bir çok **uluslararası anlaşmayı imzalamış** ve benimsemiş durumdadır. Ülkenin uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan bir çok sorumlulukları ve yükümlülükleri vardır. Bunlara bazı örnekler vermek isterim. 1970'den başlayarak günümüze kadar gelen anlaşmalar çerçevesinde Türkiye "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasını Koruma Anlaşması"na taraf olmuş ve bu anlaşmanın getirdiği kimi yükümlülük-

---

(14) Anayasa Mahkemesi'nin örnek kararları için bakınız: E 1985/1 K 1986/4 25.2.1986 ve E 1985/11 K 1986/29 11.12.1986.



leri kabul etmiştir. Bir başka örnek de "Akdeniz Eylem Planı"dır. 1975 yılında bazı ülkeler Akdeniz'in bir ölü deniz haline geldiği inancı ile Birleşmiş Milletler Çevre Programı önderliğinde Akdeniz'in korunması amacıyla bir dizi önlemleri yürürlüğe koyma kararı almışlardır. Bunların en önemlisi de "Akdeniz'in Kara Kökenli Kirliliklere Karşı Korunması Protokolü"dür. Bu anlaşmayı imzalayan ülkeler kara kökenli, yani nehirler yoluyla Akdeniz'e taşınan, tüm kirlilikleri önleyeceklerine dair yükümlülüğe girmişlerdir. Bütün nehirlerden Akdeniz'e verilen deşarjların kabul edilebilir bir düzeye getirilmesi gerekmektedir. "Uzun Menzilli ve Sınırlı Hava Kirliliğinin Kontrolü" için de bir sözleşme yapılmış bulunmaktadır. Türkiye "Gelecek İçin Çevre Kaynakları Üzerine Deklarasyon"una da taraftır. Tehlikeli atıkların belirli standartlar gözetilerek taşınması ve depolanması konusunda Basel Kenti'nde yapılan bir anlaşma vardır ve Türkiye bu anlaşmaya da taraftır. 1991 yılında Türkiye'nin girişimi ile Karadeniz Ekonomik Topluluğu'na üye ülkeler Karadeniz'in kirlenmelere karşı korunması amacıyla bir sözleşme imzalamışlardır. 1992 yılında Rio de Janeiro kentinde yapılan "Çevre ve Kalkınma Konferansı" son yılların en önemli uluslararası çevre girişimlerinden birini oluşturmuştur. Bu konferans sonucunda beş temel anlaşma imzalanmıştır: İklim değişikliği sözleşmesi, biyolojik çeşitlilik sözleşmesi, Rio deklarasyonu, Gündem 21 ve ormanların korunması anlaşması. Bu sözleşmelerden ilk ikisi önemlidir. İklim değişikliği sözleşmesi atmosfere bıraktıkları çeşitli atıklar nedeniyle Dünya ikliminin değişmesine yolaçan gelişmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere tazminat vermesi sorumluluğunu getirmektedir. Böyle bir anlaşma Dünyada ilk kez yapılmaktadır ve Türkiye bu anlaşmada gelişmiş ülkeler kategorisinde yer almaktadır. Türkiye tazminat alacak değil fakat tazminat verecek ülkeler arasında yer aldığı için bu anlaşmayı imzalamamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin önde gelenleri arasında Çölleşme ile mücadele, CITES soyu tehli-



kede olan varlıkların ticaretinin engellenmesi, RAMSAR sulak alanların korunması ve yönetimi, MONTREAL Ozon tabakasının korunması ve BERN yaban yaşamının korunması gibi yaklaşık 50 kadar sözleşmeler yer almaktadır.

Kamu Hukukunun bir önemli dalı olan **Yönetim Hukuku** alanında da çevre ile ilgili önemli ve ilginç çözümler vardır. Bunlardan bir tanesi **İl İdaresi Kanunu**'dur. Bu Kanunun il ve ilçenin yönetimi konusunda vermiş olduğu yetkiler çerçevesinde **vali ve kaymakamlar** huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, mülkiyet hakkının kullanılmasına yönelik güvenliğin ve kamu esenliğinin korunması ile görevlidirler. Bu görevle ilgili madde aşağıdadır.

*"...huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin ve kamu esenliğinin sağlanması vali ve kaymakamların görevidir."*

Kanun'un **66 ncı maddesi** vali ve kaymakamlarca kanunların verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ve usulüne uygun olarak **tebliğ ve ilan olunan karar ve önlemlere** aykırı davranışlara **Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesi** hükmünün uygulanacağını belirtmektedir.

İl İdaresi Kanunu'nun 66 ncı maddesi şöyledir:

*"En büyük mülkiye amiri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ ve ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler hakkında TCK'nun 526 ncı maddesi uygulanır."*

Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesi yetkili makamlar tarafından verilen emirlere uymayanlara ceza verilmesini öngörmektedir. Madde aşağıdadır:





"Yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınan bir önleme uymayan kimse ... cezalandırılır."

Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'nun bu madde ile ilgili oldukça dikkat çekici bir kararı vardır (15). Trakya'da bir köyde anız yakılmasını önlemek ve bu yolla çevreye verilen zararların önüne geçmek amacıyla ilgili kaymakamca anızların yakılmasını yasaklayan bir genel emir yayınlanmıştır. Emre uymayarak anız yakan ve bu nedenle de bozan bir kişiye kaymakam ceza vermiştir. Çeşitli aşamalardan geçen karar en sonunda Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'na gelmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu verdiği kararlar hükmü onamış ve bu yöntemle çevrenin ve doğal dengenin korunmasının mümkün olabileceğini göstermiştir. Türk Ceza Kanunu'nun, 526 ncı maddesinin dışında, ilginç bir başka maddesi de **566 ncı maddesidir**. Bu madde şöyledir:

"Her kim dikkatsizlik veya tecrübesizlik neticesi olsa bile her ne suretle olursa olsun şahıslara bir zarar veya eşyaya bir ziyan vukuu tehlikesini tevhit ederse cezalandırılır. Eğer fiil aynı zamanda sanayiye nefiseye ve ticaret ve sanayie müteallik kavanine ve nizamata muhalefet cürmünü teşkil etmiş olur ve kanunen ona mahsus başka ahkam tayin edilmemiş bulunursa ... ceza hükmolunur."

Kanunun kabahatler ile ilgili bölümünde yer alan bu maddede "Her kim dikkatsizlik ve tecrübesizlik neticesi olsa bile her ne suretle olursa olsun şahıslara bir zarar ziyan verirse cezalandırılır" hükmü yer almaktadır. Eylem endüstriyel bir etkinlikten kaynaklanmış ve kanun bu eyleme başka bir ceza düzenlememişse suçlu

(15) YCGK E 1982/2-453 K 1982/526 27.12.1982.



bu maddeye göre cezalandırılabilir. Görüldüğü gibi halkı tehlikeye maruz bırakacak şekilde bir davranışta bulunmak da kabahat türünden bir suçtur. Türk Ceza Kanunu'nun belirtilen bu hükümleri çevreye bu yolla zarar veren kişiler hakkında da dava açmak olanağını getirmektedir.

Kamu Hukuku çerçevesinde bir başka yasa da 1580 sayılı **Belediye Kanunu**'dur. 1580 sayılı Yasa'nın **15 inci maddesinin 38 inci bendi** oldukça ilginçtir. Madde aşağıya çıkarılmıştır:

*"...alelumum sinai müessese ve fabrikaların elektrik; tenvirat ve tesisatının makine ve motor ve inbiklerinin, kazan, ocak ve bacalarının ... fenni muayenelerini yapmak, etrafındakilerin sıhhatleri, huzur, rahat ve malları üzerine fena tesir icra edip etmediklerini tetkik etmek, zararlarına mani olmak."*

Kanunun 15 inci maddesi belediyelerin görevlerini belirtmektedir. Maddenin 38 inci bendi belediyeye belde sınırları içindeki herhangi bir sanayi kuruluşunun çevresine zarar vermesi durumunda konuyu incelemek ve ilgililerden zararın kaldırılmasını istemek yetkisini vermektedir. **Çevresel etki değerlendirmesi** kavram ile ilgili olarak anlatılmaya çalışılan özellikler anımsanacak olursa 1930'da yürürlüğe giren Kanun belediyelere bu tarihte böyle bir yetkiyi vermiştir. Buna karşın bu maddeyi yeterince kullanabilen bir belediye ile karşılaşmamıştır.

Ayrıca, Belediye Kanunu'nun **19 uncu maddesi** de belediyelere **yasaklar koymak ve bunlara uymayanlara da ceza vermek** yetkisini vermektedir.

Bir başka önemli kanun da **Umumi Hıfzısıhha Kanunu**'dur. Bu Kanunun özellikle il ve ilçe hıfzısıhha kurullarının görevlerini düzenleyen maddesinde çevrenin genel sağlığını kontrol etmek ve düzenlemek yetkisi bu kurullara verilmektedir.



Doğal olarak son yılların en önemli yasal gelişmesi Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmiş olmasıdır. 1983 yılında yürürlüğe giren **Çevre Kanunu** ilginç hükümler ve ilkeler getirmektedir.

Çevre Kanunu'nun ilkelerle ilgili maddesi aşağıdadır:

*"Bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması, iyileştirilmesi, kırsal ve kentsel alanda arazinin ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması; su, toprak ve hava kirlenmesinin önlenmesi; ülkenin bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginliklerinin korunarak, bugünkü ve gelecek kuşakların sağlık, uygarlık ve yaşam düzeyinin geliştirilmesi ve güvence altına alınması için yapılacak düzenlemeleri ve alınacak önlemleri, ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olarak düzenlemek..."*

Kanunun, ilkeler bölümünde **çevreyi korumak herkesin ödevi** olarak kabul edilmektedir. Bir başka ilke de **kalkınma çabalarında çevrenin bir etmen olarak gözönünde tutulması** gerekliliğidir. Bir başka anlatımla, **Çevre Kanunu dahi kalkınmanın önlenemez bir olgu olduğuna işaret etmekte ve çevre koruma amacıyla kalkınmanın durdurulması ilkelerini birbirine ters görmektedir.** Bir başka ilke de yatırımlarda çevrenin korunması için **"en elverişli" teknolojik yöntemin kullanılması** zorunluluğudur. Bu ilke kamu yatırımlarında çevrenin korunması ile ilgili olarak etkili teknolojilerin seçilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Kanunun öngördüğü önemli ilkelere biri de **"kirlenen öder"** ilkesidir. Bununla ilgili madde aşağıdadır:

*"...çevreyi kirletenler... doğan zararlardan kusur şartı aranmaksızın sorumludur... tazminat sorumluluğu saklıdır..."*

Bu ilkelere paralel olarak Çevre Kanunu bazı **yasaklar** da getirmektedir. Bunların en önemlisi **kirlenme yasağıdır. Her türlü**



**atık ve artığı alıcı ortama vermek yasaklanmıştır.** Bu, bir anlamı da, kirletenin sorumluluğu ilkesi demektir. Kanunun getirdiği önemli yetkilerden biri de **endüstriyel etkinliklerin durdurulabilmesine** de olanak veren yetkidir. Bunlardan belki de daha önemli olan Kanunun **30 uncu maddesinde** yer alan ve **kamuya çevre kirliliklerinin önlenmesi konusunda yönetime ve yargıya başvuru hakkı veren** maddedir. Bu madde kamuya **dava açma hakkını** da vermektedir. Madde aşağıya çıkarılmıştır:

*"...çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olanlar idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilir.*

Buna göre, çevrenin kirlenmesinden veya benzer etkinliklerden zarar görenler yönetsel makamlara başvurarak söz konusu etkinliğin durdurulmasını isteyebilecektir. Bu çok önemli ve çağdaş ilke Türkiye'de çevre endişesi taşıyan herkesi memnun etmelidir. Buna göre, herhangi bir kişi kuruluş, grup veya topluluk **Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun toplu başvuru hakkından ve bu maddeden yararlanarak** yetkili yönetsel makamdan zarar verici etkinliğin durdurulmasını isteyebilecektir. İlgili makam 60 gün içerisinde cevap vermezse istek reddedilmiş sayılacağından dava açma hakkı kendiliğinden doğmuş olacaktır. Nitekim, Ankara'da Zafer Parkı ve Güven Parkı ile ilgili Danıştay kararları bu yöntemlerden yararlanılarak üretilmiştir.

Çevre Kanunu'nun getirdiği önemli olanaklardan biri de ceza verebilmek yetkisidir. Kirletme yasağına uymayanlara, yurtdışından zehirli atık madde getirenlere, gürültü çıkaranlara ve denizi kirleten gemilere **ceza** verebilmek olanağı vardır. Ancak, bu yetkinin uygulanmasını düzenleyen kurumsal düzenlemeler arasında, ne yazıkki, önemli çelişkiler, boşluklar ve yetki geçişmeleri söz konusudur.



Çevre ile ilgili bir başka kanun da **Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı** ile ilgilidir. Kurumun görevleriyle ilgili yasal düzenleme aşağıda yer almaktadır:

*"özel çevre koruma bölgesi olarak ilan edilen ve edilecek alanların sahip olduğu çevre değerlerini korumak ve mevcut çevre sorunlarını gidermek için tüm tedbirleri almak, bu alanların koruma ve kullanma esaslarını belirlemek, imar planlarını yapmak, mevcut her ölçekte plan ve plan kararlarını revize etmek ve resen onaylamak..."*

Doğal nitelikleri ve özellikleri nedeniyle kritik önem taşıyan kimi coğrafi bölgelerin özel bir koruma altına alınması gerekmektedir. Dalyan (Muğla) ya da Gölbaşı (Ankara) gibi 12 bölge Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak ilan edilmiş ve buralardaki her türlü gelişmeyi planlamak ve denetlemek yetkisi de merkezi otoriteye verilmiştir. Çevre koruma çalışmaları açısından bu gelişmeyi olumlu ve yerinde bir gelişme olarak kabul etmek gerekir.

Türkiye'de çevre mevzuatını tamamlayan bir başka önemli kesim de Çevre Kanunu uyarınca yürürlüğe konmuş olan **yönetmeliklerdir**. Bunlar arasında şunlar yer almaktadır:

- Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliği
- Su Kirliliğinin Önlenmesi Yönetmeliği
- Katıatıkların Kontrolü Yönetmeliği
- Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği
- Zararlı ve Tehlikeli Maddelerin Kontrolü Yönetmeliği
- Gürültü Kontrol Yönetmeliği
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği



Bu yönetmelikler Türkiye'deki çevre yönetiminin temel kural ve süreçlerini düzenlemektedir.

**Yönetsel yargının** çevre ile ilgili oldukça zengin bir kararlar dizisi vardır. Bu kararlar deniz kirliliğine neden olan gemilere para cezası verilmesinden Ankara'nın zehirli gazlardan arındırılması amacıyla ithal doğal gaz kullanılmasına ve kentsel planlamaya ilişkin konulara kadar çevre ile ilgili bir çok konuyu kapsamaktadır.

Bunlardan dikkat çekici olan bazıları aşağıda özetlenmiştir:

- Deniz kirliliğine neden olduğu yönetmelikte öngörülen şekilde tesbit olunan gemiye valilikçe para cezası verilmesinde mevzuata aykırılık yoktur.
- Kent halkının yararı düşünülerek Ankara Şehri'nin havasının zehirli gazlardan arındırılması amacıyla ithal kömür kullanılması yolunda alınan kararda ve bu kararın uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır.
- 2872 sayılı Yasa'ya göre kirletme yasağının çiğnenmiş olduğu sonucuna ulaşabilme için atık ve artığın çevreyi kirletecek nitelik ve nicelikte olması gerekmektedir.
- Su Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği uyarınca kısa mesafeli alanda kalan taşınmazlara ruhsat verilmemesi işleminin mevzuata aykırı yönü bulunmamaktadır.
- Gölbaşı'nın özel çevre koruma bölgesi olarak tesbit ve ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu kararında mevzuata aykırılık yoktur.
- Ankara'da Sıhhiye'de bulunan Zafer Parkın otopark olarak tahsisini öngören imar planı değişikliğinde mevzuata aykırılık yoktur.



- Güven Parkı'nın imar planı değişikliği yapılarak otopark ve çarşı olarak tahsisi şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun değildir.
- Roket imalat ve yakıt depolarına güvenlik dışı bir yakınlıkta bulunan taşınmazın LPG dolum tesisleri olarak belirlenmesi çevre sağlığına, genel güvenliğe ve planlama esaslarına uygun değildir.
- Antalya-Kaş turizm merkezinin tesbitine ilişkin işlemde gerekli araştırma ve analizlere yer verilmediğinden yönetmeliklere, planlama ve şehircilik ilkeleri ile kamu yararına uyarlık yoktur.
- Birinci sınıf gayri sıhhi müessese olan LPG dolum tesislerinin, bu tesislere ruhsat veren Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na, patlama ve yangın tehlikesi nedeniyle nakline karar verilebilir, fakat valiliğin LPG dolum tesislerinin nakli konusunda süre kaydı koymaya, bu tesisleri kapatmaya, LPG dağıtım yerleri açılması konusunda işlem tesisine yetkisi yoktur. Hıfzısıhha Meclisi'nin LPG dolum tesislerine ilişkin tavsiye niteliğinde kesin işlem niteliği taşımayan kararının dava konusu edilmesi mümkün değildir ve yetkisi bulunmamasına rağmen LPG tüplerinin üzerinde kullanım sürelerinin belirtilmesi yolunda aldığı kararda ise isabet bulunmamaktadır.
- Birinci sınıf gayrisıhhi müessese olan fabrikanın çevre ve insan sağlığına zararlı etkileri nedeniyle il hıfzısıhha kurulunca 1593 sayılı yasaya göre tedbir niteliğinde faaliyetten men edilmesi mümkündür.
- Patlayıcı ve parlayıcı maddelerin kullanıldığı ve çevre için yangın tehlikesi yarattığı saptanan ikinci sınıf gayrisıhhi



müessese ruhsatlı atölyenin bulunduğu meskun alan dışına çıkartılması yolunda ilgili idarelerce tesis edilen işlemlerde isabetsizlik görülmemiştir.

- Gökova Termik Santrali ile ilgili olarak, çevre sağlığını korumaya yönelik olmak üzere, olay tarihinde yürürlükte olan yasal düzenlemelerde, bazı bölgelerde tesis ve yatırım yapmayı engelleyici bir kurala yer verilmemiştir. Kamu hizmeti gerekleri, teknik, ekonomik koşullar değerlendirilerek ve çevre sağlığını korumaya yönelik önlemler alınmak suretiyle Gökova Körfezi kıyısında termik santral kurulması yolunda ilgili idarelerce tesis edilen işlemlerde maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata saptanamamıştır. Belirtilen hususlar dışında, termik santral yer seçimi ile ilgili idarenin takdir yetkisini kısıtlayacak yargı kararı verilemez.

Yukarıda özetlenen örnek kararlarda da belirtildiği üzere Danıştay'ın bir çok kararında çevresel endişeler ön plana çıkmaya başlamıştır. Ancak, dikkat edilmesi gereken unsur kararların bazılarında çevre endişelerinin başka bazı kaygılarla perdelenmiş olduğudur. Özellikle Gökova Körfezi ile ilgili kararda bu durum açıklıkla görülmektedir.

Danıştay'ın Aliğa Termik Santrali ile Adapazarı'nda birinci sınıf tarım topraklarının dördüncü sınıfa dönüştürülerek endüstriyel tesis yapılmasına izin verilmesine olanak veren yönetmelik değişikliği ile ilgili kararlarında ise çevrenin korunması yolunda Danıştay'ın çok etkili bir rol oynayabileceği anlaşılmaktadır. Bu durum, ÇED ile ilgili olaylar yargıya intikal ettikçe daha belirginleşecektir.

Yukarda belirtilen temel yasal düzenlemeler ele alındığında kamunun elinde çevre koruma amacıyla kullanabileceği yetkilerin





şu türlerden oluştuğu anlaşılmaktadır: **plan yapmak, özel bölgeler oluşturmak, etkinlikleri denetlemek, yasaklamak, kısıtlamak ve geliştirilmesini istemek gibi önlemler almak, süre vermek, çalışmayı durdurmak, çalışmaya izin vermek, ruhsat vermek, ceza vermek, yaptırım uygulamak, arıtma tesisi kurdurmak, tesbit etmek ve örnek almak.**

### **Çevresel Etki Değerlendirmesi Sistemi**

Çevresel etki değerlendirme ile ilgili sistemin çevre yönetimi açısından çok önemli olduğu daha önce belirtilmişti. Çevre hukukunun içinde bulunduğu durumun yeterince irdelenebilmesi için çevresel etki değerlendirme ile ilgili koşulların da gözönünde tutulması gerekir. Çevre Kanunu'nun 10 uncu maddesi çevresel etki değerlendirme ile ilgili hükmü düzenlemiştir. Söz konusu madde yeterli sayılabilecek bir düzenleme yaptıktan sonra ayrıntılı düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı hükmünü getirmektedir. Kanun 1983'de yürürlüğe girmiştir. İlgili yönetmelik 11 yıl sonra, 7 Şubat 1993 günü, Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği çevre hukukunun gelişmesi açısından çok önemli ve yararlı bir rol oynayacaktır. Esasen bu tür düzenlemelerin yapıldığı diğer ülkelerde de böyle olmuştur. Zira, bu yönetmeliğe göre herhangi bir etkinlikte bulunacak olanlar etkinliğe başlamadan önce etkinliğin olası çevresel etkileri ile ilgili bir rapor hazırlayacaktır. Bu rapor, yatırım kararının çevre üzerindeki olası etkilerini belirleyecek, saptanan olumsuz etkilerin önlenme yöntemlerini ve seçeneklerini açıklayacaktır. Haklarında rapor düzenlenecek yatırımlar türlerine göre ya da içinde yer alacakları bölgenin türlerine göre bir ayrıma uğratılmışlardır. ÇED raporu sonucunda iki tür karar verilebilmektedir. Mahalli Çevre Kurulu tarafından verilen ön uygunluk belgesi bunlardan birincisidir. Mahalli çevre kurulu valinin başkanlığında ve



çok sayıda kuruluşun temsilcisinin katılımıyla oluşmaktadır. Bu kurul yatırımın olası çevresel etkilerinin önemli veya önemsiz olduğuna karar verecektir. Şayet önemli olduğuna karar verirse ilgililerden ÇED Raporu istenecektir. Bu rapor, Çevre Bakanlığı'na verilecektir. Burada yapılan ön inceleme sonucunda etkinlikle ilgili olarak "çevresel etkileri olumlu veya olumsuz" şeklinde bir karar verilecektir. Şayet olumsuz etkileri olduğuna karar verilirse sözkonusu yatırım yapılmayacaktır. Doğal olarak, sonuç itibarıyla, bazı yatırımların yapılamaması gerçeği ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu durum ister istemez yargıya intikal edecektir. Sonuçta çevre hukuku daha da gelişecektir.

Nitekim bu yoldaki ilk ilginç karar İzmir'de yapılması kararlaştırılan altın madeni ile ilgili olarak verilmiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi ve daha sonra da Danıştay siyanürlü "leaching" yöntemiyle yapılması kararlaştırılan üretim etkinliğini çevre üzerinde yaratılabilecek geri dönülemez nitelikli riskler nedeniyle durdurma kararı almıştır. Bu karar yönetsel yargı yerlerinin çevre açısından oldukça duyarlı olduklarını göstermektedir.

Danıştay'da bu konudaki son önemli gelişme 1999 yılının Mart ayında meydana gelmiştir. Danıştay'ın çeşitli dairelerinde alınan kararlar sonucunda Danıştay'ın çevre konusunda üzerinde fazlasıyla durulması gereken yeni bir anlayış biçimi ortaya çıkmıştır: **İnsan yaşamı risk altına sokulamaz ve insan yaşamı üzerindeki olası potansiyel riskler işletmecinin iyiniyetli olması ya da riske karşı bazı önlemlerin alınmasıyla ortadan kalkmış sayılmaz. Hiçbir kimse ya da işletme yaptığı işin niteliği ve kapsamı ne olursa olsun insan yaşamını risk altına sokamaz.** Bu anlayış biçimi Danıştay'ın insan yaşamı için sıfır risk kavramını benimsediği anlamına gelmekte ve aynı zamanda yönetsel yargı yerlerinin çevre konusunda ne kadar duyarlı olduklarını da açıklıkla göstermektedir.



## İşyeri Açma ve Atık Bırakma Ruhsatları

Bir başka önemli yetki de iş yeri açma izni ve ruhsatları ile ilgili bir kanun ve yönetmelikte yer almaktadır. Bu yetki de kullanılmayan bir yetkidir. Gerek kanun ve gerekse yönetmelik, aslında, çok önemli bir olanağı içinde taşımaktadır. Söz konusu olan yetki, işletme belgesinde çevreye atık bırakacak olan kuruluşlara ne miktarda atık bırakabileceklerine ilişkin olarak bir sınırlama getirilmesidir. Bu bir anlamda kirlilik deşarj izni demektir. Buna göre kendisine izin verilen kuruluş denetim altına alınabilecek ve izin belgesinde gösterilen miktardan fazla atık bıraktığının saptanması durumunda hakkında gerekli yasal yaptırım uygulanabilecektir. Bu yetkilerin kullanılmasından sorumlu olan kuruluş genelde belediyelerdir. Ne varki, belediyeler bu yetkiyi yeterli ve etkili bir şekilde kullanamamaktadır.

### Sonuç

Türk çevre hukuku iki önemli aşamadan geçerek bugünkü düzeyine ulaşmıştır. Bunlardan birincisi 1982 tarihli Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kesinleşmiş olan çalışmalarıdır. Bu düzenlemeler çevresel uyumsuzlukların çözümü ve kurallara uymayanlar hakkında gerekli yaptırımların uygulanması konusunda önemli olanaklar sağlamaktadır. Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra hazırlanan Çevre Kanunu ve bu kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan yönetmeliklerle de çağdaş çevre yönetiminin ulusal bazda kurulması için temel koşullar oluşturulmaya çalışılmıştır. Kuşkusuz bu çalışmaların daha ileriye götürülmesi ve özellikle yeşil vergilerle ilgili çalışmaların hızlandırılması gerekmektedir. Giderek çoğalmaya başlayan yargı kararları ise çevre hukukunun gelişmesinde önemli katkılar sağlayacaktır.



# TURKISH ENVIRONMENTAL LAW: AN OVERVIEW OF LEGAL PRINCIPLES

*Assoc. Prof. Dr. Firuz Demir YAŞAMIŞ (\*)*

## **Introduction: New Dimensions of Environmental Management**

I have been dealing with environmental problems, management, planning, organization and control of the environment for nearly 15 years. Among many striking matters I have faced through these years, two of them have impressed me more than the others. The first one is a Ph.D. thesis prepared in recent years in the United States of America. This study has reached a very interesting conclusion: one of the basic factors that caused the collapse of the Roman Empire, and yet that has never been alluded was environmental pollution. This study is based on the chemical analysis of human skeletons dating back to the Roman period and the conclusions of these analyses. It has been determined that the bones remaining from the Roman period included much more copper and lead accumulation in their chemical structure in comparison to a normal human being. Today, people who are interested in human

---

(\*) Undersecretary of the Ministry of Environment



and environmental health know that the accumulation of chemicals like copper and lead in human body and reaching over the level normally accepted may cause some erratic behaviors. Individual and social erratic behaviors reaching an extreme point like enjoying the burning down of Rome which denotes the collapse of the Roman Empire, gains a different aspect and meaning in light of these new findings. According to this approach, the main reasons causing the collapse of an empire and a civilization are individual and social erratic behaviors. The main reason that gave rise to this problem at the time, was that the drinking vessels were made of copper and lead which accumulated in human body over a normal level. This finding which lead to an important conclusion that could explain **the collapse of a civilization** should be accepted as an interesting study clearly indicating the vital importance of environmental problems. The second interesting environmental event that I witnessed was an environment police organization, which is no different than normal police force and which has all the enforcement power of a normal police force for the protection of the environment and the prevention of environmental pollution. During my visit to the United States of America for examining the environmental organization forms in federal government, state governments and in local municipalities, I noticed that in New York State, Environment Police organization was established and it was working. The reason was very clear. In this State, some new legal regulations were imposed for the protection and improvement of the environment and in this context some new environmental standards were set up. After these standards were put into practice, the establishments discharging wastes had to comply with these new standards which limited the amount to discharge or allowed discharge only under control. However, since it was not easy for the concerned establishments, factories or enterprises to comply with these standards due to economical and technical reasons, so-



me undertakers did not hesitate to get involved with "mafia" like illegal organizations. These corporations which could not discharge their wastes unconditionally as before, found the solution to their problem in applying to these kinds of organizations. In the middle of night trucks, owned by these organizations were coming to the corporations and were taking the wastes, which had to be got rid of, and they discharged them into the Atlantic Ocean. The Government of New York State founded an **Environmental Police Organization** in 1980's, which is the first of its kind as to my knowledge, to stop this inconvenient situation. The "Forest Rangers" organization, an institutional body, which was responsible for the protection of the forests in the State, has been transformed into an Environmental Police organization. The new organization has been authorized to take under surveillance, to arrest, to make open and close investigation, to carry gun and to handcuff the accused like other normal police forces.

It should be noted as a very interesting development that mankind, who pollutes and destroys the planet he is living on, has come to a stage where armed police forces are needed to protect the environment.

We should immediately realize that there are much more serious environmental pollution problems and even environmental catastrophes existing in our Globe. In this situation, the question we should ask ourselves is: What should we do? A meaningful Chinese saying should be remembered. There is no use in giving a hungry man fish everyday to feed him. If you can teach him how to fish, you will make the biggest contribution for his survival. We should ask ourselves the question "what should be done to solve the environmental problems and prevent environmental damages?" I believe the only answer, which should be given to this question is the institutionalization of the environmental management process and



the application of it. We should accept that environment is an event we can manage and to reach a clean environment is neither a dream nor a utopia. There is another saying attributed to American natives: Earth is not a heritage to us from our ancestors, we have borrowed it from our grand children. If this saying is true, we should give back what we have borrowed, to the generations coming after us. Then why do environmental problems exist? Why do we talk about environmental problems?

### **Why is Environment a Focus of Problems?**

There are three main reasons of understanding the environment concept as a focus of problems: **The first one is that the creators of environmental problems and the ones who give rise to these problems have the opportunity to not to pay the cost of the qualitative environmental damage they have caused.** This is why environment is becoming a problem. Someone creates the problem but other people mostly the community pays for its cost. **The second one is that there is no possibility to transfer the wastes of this planet to other planets.** As the waste amount surpasses the level that nature can absorb, the ones living on this planet Earth will have to face big losses due to the change of the conditions shaping their lives. As a matter of fact, some environmentalist philosophers have asserted that, in its history of last 30-40 years, the World has come nearer to a point fast, which can be characterized as a catastrophe. **The third main reason is the increasing pressure on the scarce sources and the extinction of some species.**

The table below, taken from a report called Our Common Future and published in 1987, sets forth the consumption distribution of the World among developed and developing countries. (1)

---

(1) Our Common Future, p. 60



**TABLE 1**  
**World Consumption Distribution, 1980-82 Averages**

	Good Consumption Unit Per Person	Developed Countries (26% of the Population)		Developing Countries (74% of the Population)	
		Rate Over The World Consp. (%)	Per Person	Rate Over The World Consp. (%)	Per Person
Food:					
Calorie	Kcal/day	34	3.395	66	2.398
Protein	gms/day	38	99	62	52
Fat	gms/day	53	127	47	40
Paper	Kg/year	85	123	15	8
Steel	Kg/year	79	455	21	8
Other Metals	Kg/year	86	26	14	2
Commerc. Energy	mtce/year	80	5.8	20	0.5

*Source: WCED estimations based on the FAO, UN Statistics Bureau, UNCTAD and American Metal Association statistics over the country data.*

The total demand that would emerge in case where the consumption of the developing countries which is 74% of the world population, reaches the level of consumption of developed countries and the **pressure of this demand on the raw materials of the World** clearly indicates the vital importance of the problem. Considering the limited concern for the protection of the environment in developing countries, the discharged waste amount would make the problem much more complicated. (2)

Environment has to be a center of problem in the real sense due to the above mentioned reasons. **Because, the future of human kind is in danger.**

(2) Fisunoğlu, Tarımsal Üretim, Nüfus, Çevre, (Agricultural Production, Population and Environment) p.60-77





## Some Theoretical Approaches

Scarcity good is also an important concept, which the science of economics persistently dwells upon. The values of scarce goods rapidly increases since the supply of scarce goods is limited when compared to the demand for them. **The scarce good of our times is a good, healthy and livable environment.** In this context, it is necessary to mention another theoretical approach, which explains environmental problems. Garrett Hardin, an American scientist, asserts that the basic cause for environmental problems is the reality that the environmental goods are used freely and without paying a price for them. This theory called "**the tragedy of commons**" (3) is based upon the reality that common goods are open to everyone's use and they are free. Common goods are the goods owned by the public but individual members of the public use these goods without paying a price for them. The best example that expresses the concept of common goods for understanding environmental problems from our community is the village pastures. Pasture is a common good and everyone living in the village has the right to use it. If we take the case from the point of profit maximization, which is an economical concept, the ones who led the largest number of animals out to pasture will be the ones who make the highest profit of it. Because these ones will be enjoying the benefits of a free product input the most. However, assume for a second that all the people living in the village are competing with each other to maximize their individual profits. The consequence will be too many animals put out to pasture over their capacity and naturally the loss of the values of the pasture fast. The conclusion

---

(3) Hardin G., Tragedy of Commons, Environmental Law, p. 1-4



to come out is very clear: pasture erosion and even pasture destruction. This event is what the tragedy of commons is called.

According to this approach it is stated that the concept, tragedy of commons is also a basis for environmental problems. Some people without paying a price are using natural and environmental resources, which are also named as free goods. The ones using environmental goods as a production will use them as much as possible to maximize their profit since they do not pay any cost for these goods. In other words, this will result in damaging of the environmental values and emerging of environmental pollution. (4)

In economical literature, this concept is described as **externality** (5). Externality is to be exposed to positive or negative effect of someone else's activity. The concept of externality, in economical sense, constitutes the essence of environmental problems. The basis of environmental problems lies in external positive, mostly negative effects, caused voluntarily or involuntarily by an economical activity on another economical activity. These effects are called positive or negative external effects.

To give as an example for economical externality; a bakery working at a little town will be able to benefit from the services rendered by a new accountant in town. However, the effect of the wastes discharged from the chimney of such a bakery on the clothes hung outside by a cleaner nearby may be given as a negative externality.

---

(4) Fisunoğlu Çevre Sorunları ve Ekonomi, (Environmental Problems and Economy) p.61-91

(5) Keleş-Hamamcı, p.132



The strategies, which will be developed to bring a solution to environmental problems, should deal effectively with this concept called externality. In a way, **external effects should be internalized**; meaning the ones causing external negative effects should be forced to pay for the costs of these effects. However, those who are not willing to pay for this cost or the companies whose sales are negatively effected by the increase in their cost price thereof and their sale prices resulting from the payment made, will have to prevent the environmental pollution they cause and in this way the environmental problems will be reduced. (6) The environmental control principle explained as "**the polluter/user pays**" relies on this basic idea.

### **Sustainable Development**

Today, one of the most frequently discussed issues regarding the control of the environment, is the dilemma caused by differentiation and even alienation between economical development and protection of the environment.

One of the concepts that the ones who are interested in environment also dwell upon is the dilemma mentioned above. Countries and especially southern countries have to develop and coerce their natural resources for development. Exploitation of environmental resources causes environmental pollution and damaging of environmental quantities. At the first glance, the ones who aim to protect the environment are heading for an inevitable and also unacceptable result as the refusal of economical development. I clearly remember that in an international meeting for the protection of environment, a mayor from less developed regions of Brazil demanded the creation of the environmental pollution in his city. Indeed, it was not the pollution the mayor wanted; it was the emp-

---

(6) Fisunoğlu Çevre Sorunları ve Ekonomi, (Environmental Problems and Economy) p.61-91



loyment opportunities that could be offered by industrial facilities, which could cause environmental pollution. The mayor chose this way to make his speech interesting. Dr. Mahbub ul Hak, an internationally well-known Pakistani scientist preferred a similar way and pointed out to the developed states by saying: "In your society, there are problems regarding the quality of life, but in our society the life itself is a problem". (7)

The examples stated above clearly indicate the dilemma between the economical development and the protection of environment. Then, what should be done? Isn't it possible to harmonize these two concepts? Countries especially the ones, which have low national income, have to develop and become modernized. For this purpose, they have to produce more and new products and to have to offer these to the benefit of their citizens. In such countries, there is a big unemployment problem among young population due to demographic properties. It is a necessity to provide the young people, who constitute the biggest part of the population, new job opportunities. Industrial production should be improved and agriculture should become modernized. However, while doing all these the wastes problem will emerge. Every production process will bring solid, liquid and gas wastes with it.

One of the suggestions made for the solution of this dilemma is sustainable development concept. What is sustainable development?

The sustainable development concept was first mentioned in the report prepared by the ex-Prime minister of Norway, Ms. Gro Harlem Brundtland, who was the chairperson of the committee commissioned by the UN Environment Program for the preparation of this report for the Third of 10th World Years of Environment. The purpose of this report was to find (8) a solution for the dilem-

---

(7) The Right, p.76

(8) Our Common Future



ma between development and the protection of the environment, which is being discussed mostly in the public opinion for environmental issues. It is stated that the development and the protection of environment concepts do not exclude each other, to the contrary, but they support each other and it is possible to carry on with the development efforts which the countries need and it is possible to do it without damaging their environment. **The basic principle of sustainable development is to guarantee to keep the use of natural resources within a limit not exceeding their natural reproduction speed.** (9)

It is possible to give many examples from our country parallel to Brundtland Report. If only one example is sufficient, let's take a look at the below set out primary energy production and demand projections of our country between the years 1990 and 2000. (10)

**TABLE 2**  
**Primary Energy Production and Demand Projections (a Thousand TEP)**

	1989	1990	1995	2000
Production	29529	32638	41638	51636
Demand	53642	57196	78967	107187

*Source: Ministry of Energy and Natural Resources*

(9) The book of the Conference on Sustainable Development regarding the Understanding of Sustainable Development, which published by the TÇSV (Association of Turkey's Environmental Problems), may contain useful information. Besides, see also, Fisunoğlu, Suitable Development and Environmental Policies: Opportunities for Integration.

(10) TÇSV, Türkiye'nin Çevre Sorunları, (Environmental Problems of Turkey) p. 354



As clearly seen in the table, in the year 2000 Turkey will need three times as much the amount of energy we have in 1990. Beside the difficulty of generating this amount of energy at a time, the pressure of this on environment will be enormous.

The report of Groharlem Brundtland basically recommends this way of solution. The Brundtland report states that the development efforts and the effort for the protection of the environment can be harmonized. The only way to harmonize them is to guarantee that the natural resources are not consumed faster than their reproduction rate.

Another example from our country, the Blacksea, which houses less fish species each day, would be a good example to explain the matter. There were 200-250 kinds of fish species in Blacksea 15 years ago, but today due to the consumption rate of these fish is faster than their reproduction rate this number has fallen off to 20. For this reason, such species are becoming extinct. (11)

### **Environmental Law**

Until now, the ideal environmental management conditions have been attempted to be explained here in above and the answer to the question at which stage we are in, in the progress process was tried to be found by making comparison with the environmental management method applied in our country.

At this stage, it will be very useful to examine generally the process of the environmental law in our country. The ones who are

---

(11) For further information See Kışlaloğlu-Berker books.



interested in basic law and Constitutional Law accept the right to an environment as a human right. The 1982 Constitution describes the right to an environment as the other modern constitutions do.

Environmental problems have become one of the main research subjects of law in recent decades. If environmental problems may affect health and if some social groups enjoy the benefits of the work they are doing while some other social groups suffer from losses due to this work, these conflicts should definitely be removed through legal procedures. If we look at the Turkish legal system it is possible to deal with the subject in private law field and under the framework of the Civil Code as well as in public law field in Constitutional Law, International Law, Administrative Judicial Law and Criminal Law. I would like to mention briefly how environmental problems are dealt with within the existing legal structure.

In the **Turkish Civil Code** are found no provisions directly related with environment. However, two articles of this Code bear extreme importance regarding this subject. One of them Article 656 with the heading "**responsibility of the owner**" (12) and the other is the concept "**right of the neighborhood**" mentioned in Article 661.

Article 656 and 661 are as below:

- 
- (12) Some sample Court Decisions are follows 3. HD (Civil Panel of the Supreme Court of Appeals) E 989/5970 K 989/709 23.1.1989; 4.HD E 987/10677 K988/1297 9.2.1988; 8.HD E 9855/11423 K 985/11344 25.11.1985; 4. HD E 984/4718 K 984/5416 5.6.1984; 1.HD E 981/5559 K981/5379 20.4.1991; 4.HD E 979/8805 K 980/2578 28.2.1980 VE 4.HD E 979/9355 K 979/13322 29.11.1979



*"A person, who suffers or has the risk to suffer loss due to the violation of his right by an owner, may request the revival of his right or the measures to be taken to eliminate the risk and request the compensation of his damages and losses."*

*"A person has to abstain from all kinds of damaging overlapping activities particularly during all kinds of industrial work. It is particularly prohibited to cause excessive noise, tremors, fume, soot and disturbing dust, vapor and smell over the tolerable limits according to the place and quality of the place of the immovable property and according to the local custom."*

In the Civil Code practice the concept of neighborhood right which is applied in environmental disputes is elemental. Regulations regarding the neighborhood right may be very effective for the solution of environmental problems. Article 661, regarding the neighborhood right, provides that: "Everyone when using their properties and in particular during industrial works has to abstain from all kinds of overlapping activities". If we examine the general approach of the Court of Appeals regarding the subject, we can notice that first the concept "**overlapping activities**" is accepted as a very important element, and second for the solution of the dispute it is not investigated whether there exists a damage or loss. Pursuant to the decisions of the Courts of Appeal for being neighbor to each other, it is not necessary that the immovable properties be **adjacent to** each other. "**To be effected by the damage or loss**" has to be a basic pre-condition to benefit from the protectiveness of the neighborhood right. Also, the provision under the heading responsibility of the owner has an extreme importance regarded from

- 
- (13) Some of the decisions of the Supreme Court of Appeals concerning the Article 661 of the Civil Code: 14.HD E 991/6079 K 991/3043 25.3.1991; 1.HD E990/3085 K 990/8617 4.6.1986, YHGK (The General Board of the Civil Panels of the Supreme Court of Appeals) E 1985/11 K 1986/29 11.12.1986





this point of view. Pursuant to this provision, if a person faces violation of his right and suffers loss or has the risk to suffer loss due to the use of the property by its owner, then he has the right to request the **revival of his right** or the **measures to be taken to eliminate the risk** or request the compensation of his damages and losses. This provision creates a very important and an interesting legal right for the purpose of the protection of the environment.

This provision under the Civil Code has been applied in very important environmental problems. For instance, for the prevention of the damages caused by cement factories these provisions have been used frequently. There is an extensive series of decisions held by the Court of Appeals in this context.

However, **in the general approach of the Court of Appeals no understanding has been found for the elimination of the events, which may affect the formation of natural cycles since they may cause effects damaging environmental quality and has to be prevented therefore.** It can be observed that the main concern in the system is to solve the problems resulting from the mutual relations between individuals which may include environmental effects as well.

If we examine the matter under the framework of Public Law or Constitutional Law, it can be noticed that the Constitution of 1982 accepts **the right to an environment as a human right.** In **Article 56** of the Constitution regarding health, it is provided that everyone **has the right to live in a healthy and stable environment.** Article 56 states that:

*"Everyone has the right to live in a healthy and stable environment. It is the duty of the State and the citizens to develop the environment, to protect environmental health and to prevent environmental pollution."*



**According to this Article, it is one of the functions of the State to develop the environment, to protect environmental health and to prevent environmental pollution.** This Article which is in the social and economical rights section of the Constitution imposes an important function to the State. However, **article 65**, which is also set forth in this section provides limitation to the subject. According to this Article, taking into consideration the continuance of economical stability and the sufficiency of financial resources the State has to fulfil its social and economical duties assigned to it by the Constitution. This means that the State is not obliged to fulfil all the functions which are found in this section of the Constitution. It will perform them only within the limits of its economical resources. While performing these duties it should consider economical stability. Considering the situation within an environmental framework, although a fundamental duty for the protection of environment is imposed on the State, an understanding of the environment as purified of all problems and inclusive of all positives should be eliminated (14).

International Law also has much importance from the Environmental Law point of view. As the World becomes global and subsequently more and more smaller and since the environmental matters are beyond artificial borders, it is necessary to deal with and regulate them between some states and in an international arena. In this context, Turkey has executed and adopted a number of international agreements and has many liabilities and responsibilities set forth in international agreements. I would like to give some examples of these agreements. Subject to agreements beginning from 1970's, Turkey has been a party of "Agreement of Protection of the World's Cultural and Natural Heritage" and accepted liabilities arising from this Agreement. Another example is "Medi-

---

(14) Some of the decisions of the Constitutional Court: e 1985/1 K 986/1010 4.6.1986;



terranean Action Plan". In 1975, some countries due to the belief that Mediterranean Sea was becoming a "Dead Sea", decided to put into force a number of measures lead by the United Nation's Environment Program. The most important one of these is "Protocol for Protection of Mediterranean Sea Against Land Based Pollution". Countries, which have executed this Agreement, are liable to prevent land based pollution, which is transported by rivers to the Mediterranean Sea. The discharges transported by all the rivers to Mediterranean Sea are required to be decreased to a reasonable level. "Agreement for the Control of Longrange and Transboundary Air Pollution" has also been executed. Furthermore Turkey is a party of "Declaration of Environmental Resources for the Future". There is another agreement executed in Basel for Transportation and Storage of Hazardous Wastes in determined standards to which Turkey is also a party. In 1991, member countries of the Black Sea Economic Committee, with Turkey's encouragement, executed an agreement for the purpose of the protection of Black Sea from pollution. In 1992 "The Environment and Development Conference", which is held in Rio de Janeiro, was the most important international environmental undertaking of the latest years. As a result of this conference five main agreements were executed: the Convention on Climate Change, the Convention on Bio-diversity, the Rio Declaration, the Agenda 21 and the Protocol on Protection of the Forests. The first two of these conventions are important. "Convention on Climate Change" imposes an obligation of indemnification against developed countries for the benefit of the developing countries because of the variation in the atmosphere caused by developed countries. This is the first example of this kind of agreement and Turkey has taken place in the developed countries category. Turkey has not ratified this agreement because she is considered as an indemnity payer instead of being an indemnity receiver. Among some of the major agreements, approximately 50, to which Turkey is a party are: "Convention on Combatting with Desertification", "CITES-prohibiting the trade of endangered species", "RAMSAR-protection and administration of the wetlands, "the



Montreal Protocol on the Protection of Ozone Layer" and "BERN Convention on the protection of the wild life and habitat".

In the field of **Administrative Law**, which is a branch of Public Law, there are substantial and interesting solutions regarding environmental problems. One of them is **Provincial Administration Code**. According to the authority provided in this legislation **governors and sub-governors** are liable for the protection of the peace and security, personal immunity, use of ownership rights in safety and public presence. The related Article is as follows:

*"... It is governors' and subgovernors' duty to obtain peace and security, personal immunity, security relevant to disposition and public presence."*

Article 66 sets forth that Article 526 of the Turkish Criminal Code should applied to the ones who violate decrees and precautions duly notified and announced by the governors and sub-governors of the districts pursuant to their authority arising from the law.

The Provincial Administration Code Article 66 is as follows:

*"Article 526 of the Turkish Criminal Code will be applied to the ones who oppose or raise difficulties or violate decrees and precautions established and duly notified and announced by the most authoritative territorial governor pursuant to his power arising from the law."*

The ones who did not comply with the directives rendered by empowered authorities shall be penalized pursuant to the Article 526 of the Turkish Criminal Code. The mentioned Article is as follows:



*"Someone who did not comply with the directives duly rendered due to the juridical transactions, or for the purpose of the protection of the public security and public order or general health, or comply with the measures taken in this manner by empowered authorities shall be punished."*

The General Board of the Civil Penal of the Supreme Court of Appeals has rendered a quite interesting decision regarding the mentioned Article (15). A general directive has been issued by a subgovernor to prevent stubble burning and damages to the environment originated therefor in a village in Thrace. The subgovernor penalized a person who burned stubble and broke the directives therefor. The court decision has been appealed. The General Board of the Civil Penal of the Supreme Court of Appeals upheld the decision and demonstrated that this could be a method to protect the environment and the natural equilibrium.

Besides Article 526, an other related article in Turkish Criminal Code is **Article 566**. It is as follows:

*"Whoever somehow provokes a risk of occurrence of a damage to any person or a loss to a property, even if it results in consequence of inattentiveness or inexperience, shall be punished. When the act also includes an offense by industrial service and commercial and industrial legislation's and regulations, a penalty of..... shall be imposed."*

This Article, taking place in the Misdemeanor Section of the Turkish Criminal Code, implies that whoever somehow provokes a damage or a loss to any person, even if it results in consequence of inattentiveness or inexperience, shall be penalized. If it originates from an industrial act and if any other punishment is not menti-

---

(15) YCGK(The General Board of the Criminal Panels of the Supreme Court of Appeals) E 1982/2-453 K 1982/526 27.12.1982



oned in the Code, offender shall be punished pursuant this Article. Consequently, to act in a manner that results to expose the public to the risk of a danger, is defined as a misdemeanor. These Articles of the Turkish Criminal Code mentioned above also give the right to sue the people who damage the environment in this way.

Another legislation in the frames of Public **Law is Municipality Code no. 1580**. Paragraph **38 of Article 15 of the Code** is quite remarkable . The Article is as follows:

*"..... to make technical control of the industrial institutions' and factories' electronical installation, machine and engines; boilers, furnaces and chimney; to examine their effects on the health, peace, comfort and properties of the people living around and prevent the loss."*

Article 15 implies duties of the Municipalities. Paragraph 38 of the Article authorizes Municipality within the city to examine the situation and to ask relevant people to indemnify the loss in case when an industrial enterprise damages its environment.

If we remember the characteristics which are tried to be explained related to the concept of **Environmental Impact Assessment**, we may realize that this Code, coming into force in 1930, furnished such kind of authority to the Municipalities at that time. Despite this there was not any Municipality who sufficiently used this authority.

In addition, **Article 19** of the Municipality Code clothes the Municipality with **the power of introducing prohibition and also punishing the ones who did not comply with these**.

Another substantial Law is the **General Health Code**. In this Code, particularly in the Article which regulates the duties of the Province and District Health Committees, the authority to control



and to organize the general environmental health is given to the Committees.

Naturally, the leading juridical progress in the latest years is the coming into force of the Environment Code. The Code, which came in force in 1983, furnishes remarkable provisions and principles. The Article is as follows:

*"...To protect, and improve the environment, which is a common property; to use properly the soil and the natural resources in the rural and urban areas; to prevent the water, soil and air pollution; to regulate the provisions and measures in harmony with the economical and social development goals, which shall improve and secure the health, civilization and life standards of generations of today and tomorrow by preserving country's fauna and flora, and historical and natural wealth..."*

In the Principals Section of the Code to **protect the environment is determined as everybody's duty**. Another principal is that **it is a necessity to consider the environment as a factor in the development endeavors**. In other words, even Environment Code underlines the fact that development is an unavoidable fact and considers opposite the principles of preventing the development due to protect the environment. Another principle is **the necessity to use the most convenient technological method in the investments for the purpose to protect the environment**. This brings the obligation of selecting the effective technologies in the public investments concerning the protection of the environment. Moreover another substantial principal is "the polluter pays". The related Article is as follows:

*"...Whoever pollutes the environment is absolutely liable for the damages.... The liability of compensation is reserved...."*



Parallel to these principals, the Environment Code furnishes prohibitions as well. The most substantial one of these is **polluting prohibition. It is forbidden to spill wastes and refuses to the ambient environment.** In other words, it is the principal of the liability of the one who pollutes. Furthermore another material authority furnished by the Law is the one enabling to cease the industrial activities. However, maybe much more important than all these is the right which gives the public to appeal to the administrative and legal authorities due to prevent pollution. Besides, this establishes the **right to sue the administrative authority.** Article is as follows:

*"... The ones who have been aware of or adverted by activities that pollute and destroy the environment may appeal to the administrative authorities to prevent this activity."*

Thus, the ones who have been adverted by the pollution or by similar occurrences may require the termination of that activity by applying to the administrative authorities. This substantial and modern principal shall please everybody who is engaged in environmental problems. According to this, any person, enterprise, group or community may require the termination of the damaging activities by applying to the authorities due to **the collective appeal right in the Code of Civil Procedure.** If the relevant administrator does not reply within 60 days, the application will be deemed to be rejected, and therefor the right to sue will automatically be arisen. As a matter of fact, the decision of the State Council regarding Zafer Park and Güven Park in Ankara is based on this procedure.

One of the considerable ways that the Environment Code establishes is the authority to penalize. It is possible to punish people who did not comply with the prohibitions, import poisoned waste, make noise, and to fine the ships which pollute the sea. However, unfortunately, there are material contradictions, failure of the





law, and dispute of authority in the institutional provisions regarding the utilization of this authority.

Another legislation regarding environment is related to the Special Environment Protection Institution Chairmanship. The regulation concerning the commissions of the institution is as follows:

*"To take all necessary measures in respect to protect the environmental values lay down in the lands which were or will be declared as a specially protected area, and to preclude existing problems; to define the principals of the usage of these areas; to prepare construction plans; to revise the plans and their decisions by all the existing scale and to approve them ex-officio..."*

It is required to put under protection some of the geographical regions that have significant ecologic importance in respect to their natural property and constitution. Twelve regions, e.g. Dal-yan (Muğla) or Gölbaşı (Ankara), was declared as the Specially Protected Area and the authority to plan and to supervise all the developments in the area was given to the central government. It is clear that this is an affirmative and appropriate improvement for the endeavors in favor of protection of the environment.

Another division of the Turkish environmental legislation shall be the **regulations** duly came into force pursuant Environment Code, which complete the whole picture. Some of them may be listed as follow:

- Regulation on Protecting Air Quality
- Regulation on Preventing Water Pollution
- Regulation on Controlling Solid Wastes
- Regulation on Controlling Medical Wastes



- Regulation on Controlling Dangerous and Hazardous Components
- Regulation on Controlling Noise
- Regulation on Environmental Impact Assessment

These regulations rule the fundamental principals and process of the administration of the environment in Turkey.

The administrative courts have rendered a number of decisions regarding environment. Penalization of ships which cause pollution, and decision of using export LPG in order to purify city of Ankara from poisonous gases, and urban planing are among such decisions.

The remarkable ones are summarized follows:

- The decision to fine the ship causing sea pollution that has been rendered pursuant to the regulation is in accordance with the legislation.
- The decision to use exported coal in order to purify city of Ankara from poisonous gases considering citizens' benefit is in accordance with the law.
- To decide a prohibition of environmental pollution, the waste and refuse shall be in a sufficient quality and quantity in order to pollute the environment.
- Issuing license to the immovables that remain in short distanced territory pursuant to the Regulation on Preventing Water Pollution is in accordance with the regulation.
- The Counsel of Ministers' decision regarding the determination and declaration of Gölbaşı as a specially protected area is in accordance with the regulation.



- The modification in the construction project that provides the allocation of the Zafer Park, in Sıhhiye Ankara, as an underground parking lot, is not in accordance with the regulation.
- The allocation of the Zafer Park as parking area and mall is against the principal of urbanism, and city planing, and the public interest.
- The foundation of the immovable as a LPG filling terminal is an insecure nearness to the rocket production and fuel depositories is not appropriate for the environmental health, public security and principals of urban planning.
- The transaction regarding the determination of the Antalya-Kaş tourism center is not appropriate to the regulations, principals of planning and urbanism, and public interest since researches and analyses were not considered.
- The Ministry of Health and Social Aid issues licenses to the LPG filling terminals, the first level non-hygienic institutions, and therefor may decide to move these terminals due to the danger of explosion and fire; however governor does not hold the authority to determine any date for the transfer of the terminals, or make any transaction regarding their openings and closing downs. The recommendation decision of the Council of Health regarding LPG filling terminals, which is not a final decision, may not be subject to a lawsuit; and furthermore the decision to put expire dates on LPG tubes despite their lack of authority is not in accordance with law.
- The activity of the factory, which is a first level non-hygienic institution, may be precluded as a caution by the City He-



alth Council due to its harmful effects to the environment and the human health pursuant the Code numbered 1593.

- The administrative transactions to remove the manufactory, which is a second level non- hygienic institution, to out of the inhabited area due to the usage of explosive and flaming components and the danger of explosion and fire are in accordance with the law.
- At the time of the case, there were not any rules that regulate investments and constructions within a particular territory according to the protection of the environmental health with regards to Gökova Thermic Plant. With respect to the construction of the Thermic Plant in Gökova Bay through taking measures for the protection of the environment and considering the obligations of the public service and technical and economical conditions, not any substantial error is concluded in the administrative transactions while concluding material facts and using discretion power. On the other hand, any decision may not be given due to restrict administrative discretion power.

As we notice from in the court decisions summarized above, it is clear that the State Council considers the environmental concern while coming to a decision. However, another point is that in some decisions there are diverse concerns which conceal environmental ones. It is seen especially in the decision on Gökova Bay.

On the other hand, the decision of the State Council on Aliğa Thermic Plant, which was about the alteration of the Regulation on permitting construction of industrial institution in the first class agricultural territories converting them into fourth class; indicated that the State Council may play an indispensable role in the protection of the environment. This situation will be clearer with the



following cases regarding Environmental Impact Assessment (EIA).

Considering all fundamental regulations mentioned in order to protect environment the public is entitled with the following powers: **to plan; to establish specially protected areas; to take measures such as supervising, prohibiting, restricting, and asking to improvement of the activities; to give time; to permit or to preclude the activity; to issue license; to make investment; to fine; to let to found treatment plants; to determine and take samples.**

### **The System of Environmental Impact Assessment (EIA)**

The importance of the system of environmental impact assessment has been elaborated earlier. In order to understand the conditions of Environmental Law, it is necessary to examine the Environmental Impact Assessment. Article 10 of the Environment Code regulates the provision regarding Environmental Impact Assessment. The Article sets forth sufficiently rules and then leaves the rest to the regulations. The Code entered into force in 1983. Related regulation was published in the Official Gazette, 10 years later, in 7 February 1993.

Regulation on Environmental Impact Assessment will have a substantial and useful impact for the improvement of the environment law. This is the same in foreign countries where there are similar regulations. People, who aim to act pursuant to the regulation, should prepare a report on the probable effects of their activity prior to their operations. This report should determine the probable significant impacts of the investment decision on the environment, and explain the methods and alternatives of the precautions for the concluded adverse impacts. Investments, on which it is ne-



eded to prepare a report, are distinguished upon their sorts, or the sort of the district. In the conclusion of the EIA report there may be two kind of decisions. The one is the certificate of pre-suitability issued by Local Environment Committee. The president of the Committee is the governor and other members are the representatives of various organizations. The Committee decides whether the probable effects are material or not. If they conclude that the effects are material then they might ask EIA report from related persons. This report shall be given to the Ministry of Environment. In light of the pre-investigation a decision will be taken such as "environmental impacts are positive or negative". If the conclusion is negative, the investment in question will not be made. Naturally, this will end with facing the termination of the investment. Furthermore this will probably be subject to a juridical trial. Thus, at the end, environmental law shall be developed.

As a matter of fact, the first interesting decision in this kind is given in a case concerning a gold mine. Both İzmir Regional Administrative Court and State Council took the decision of suspension of the production via the method of "leaching" with cyanide, due to its probable irrevocable risks on the environment.

A very recent development took place in the State Council in March 1999. The decisions taken by several departments of the State Council created a striking conclusion: Humanlife can not be risked and a possible risk on humanlife can not be assumed mitigated simply depending on the goodwill of the operator or by taking several remedial precautions. Noone should cause any risk to humanlife whatever the nature and scope of the work undertaken. This simply means that the State Council adopted the **principle of zero risk for humanlife**. This indicates how sensitive are the administrative juridical departments on environmental issues.



## **The Licenses to Start a Business and Leave the Wastes**

Another material power is set forth by the Code and Regulation regarding permissions and licenses to start a business. Both the code and the regulation provide a very important opportunity. This is the power to determine in the operation license the limits of the quantity of the waste that may be abandoned by the enterprises. In other words, this is the permission of discharging pollution. Thus, the enterprise with the permission may be supervised, and if it exceeds the accepted limits it would be punished. In general, municipalities in the urban areas and the governorates in the rural areas are authorized to use this power. However these rules are not used effectively and efficiently.

### **Conclusion**

Turkish Environment Law reached its present level after passing through two main stages. The first one is the works which are finalized prior to the 1982 Constitution dated 1982. These regulations provide substantial opportunities regarding the solutions of the environmental disputes and application of the sanctions. Furthermore with entry into force of the Environment Code and relevant regulations, following the Constitution, the basic conditions of the modern environmental administration are nationally established. It is clearly necessary to speed up some additional works such as the legislation on the "green taxes" and other economical and financial tools of environmental management.

The increasing number of Court decisions will contribute to the enhancement of environmental law in Turkey.



# YARGILAMA HUKUKÇUSU GÖZÜYLE : REKABET KURULU

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (\*)

## A) GENEL OLARAK

İnsanlık, yeni bir binyıla daha başlamak üzere. İnsanın geninde varolan “ilerleme ve gelişme (tekamül)” özelliği, o’nu hızla geleceğe götürüyor. Bitirmekte olduğumuz binyılın son yüzyıldaki gelişmeleri, daha öncesiyle karşılaştırdığımızda; gelişimin, nasıl hızlandığını ve deyiş yerinde ise, her günün, bir öncesinden daha büyük bir dinamizme sahip olduğunu söylemek mümkün. Yüzyılımızın son çeyreğini, ilk üçeyreğiyle; hatta son onyıllık, ilk doksan yılla kıyasladığımızda gelişmenin nasıl hız kazandığını hepimiz biliyoruz.

Dünya’da yaşanan küreselleşme gerçeği ve bunun önemli dinamiklerinden olan telekomünikasyon ve bilgisayar teknolojisindeki başdöndürücü gelişme, bunların hepsinin de ötesinde “insan” faktörünün öneminin farkına varılması ve diğer etkenler, insanların günlük yaşantısına yansıdı ve makro düzeyde ekonomi ve tica-

---

(\*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.





ri hayatı düzenleyen mevzuatta da önemli değişiklikler yapılmasına neden oldu.

Tüm Dünya'daki bu gelişmelerden, Türkiye de kendine düşen payı aldı. Türk hukuk mevzuatında da önemli değişiklikler yaşanmaya başlandı. Son on yıllık gelişmelere bakıldığında, ülkemizdeki mevzuat değişikliğinin, gelişmiş ülkelerden daha yoğun olduğu söylenebilir; çünkü, gelişmiş ülkelerin çok uzun yıllar önce kabul edip uygulayageldikleri çeşitli düzenlemeleri de Türkiye bu son zamanda kendi mevzutu haline getirdi. Bunların bir kısmını hatırlatacak olursam, şunları örnek olarak verebilirim: (3996 sayılı), "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin **Yap-İşlet-Devret** Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun", (544 sayılı) "Türk **Patent Enstitüsü** Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"; (4054 sayılı) "**Rekabetin Korunması** Hakkında Kanun"; (551 Sayılı) "**Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi** ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"; (554 Sayılı) "**Endüstriyel Tasarımcıların Korunması** Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"; (555 Sayılı) "**Coğrafi İşaretlerin Korunması** Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"; (556 Sayılı) "**Markaların Korunması** Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"; (560 sayılı) "**Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname**"; (4208 sayılı) "Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine... Dair Kanun" ve bu arada, Sermaye Piyasası, Özelleştirme ve Bankalar mevzuatında yapılan ve yapılması gündemde bulunan değişiklikler.

Bütün değişiklikler, dün adımı bile duymadığımız pekçok yeni müesseseyi ve sözleşme tipini ortaya çıkardı (leasing sözleşmesi, factoring sözleşmesi, fort-faiting sözleşmesi, franchising sözleşmesi ve benzerleri).

Son dönemde mevzuatımıza giren bu tür hukuki düzenlemeler, yeni bir "kodifikasyon (kanunlaştırma) dalgası" olarak nitelendirir-



lebilir. Bu açıdan bakıldığında, geçen yüzyılda yaşadığımız ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş yıllarında gerçekleştirdiğimiz türden yeni bir kodifikasyon ile karşışkarşıya bulunduğumuz söylenebilir. Ancak, bugün yaşadığımız kodifikasyon, daha öncekilerden bir bakıma farklı. Çünkü, biz daha önce Avrupa ülkelerini örnek almıştık. Şimdi yaşanan ise, büyük oranda Amerikan kaynaklı ve “yabancı hukukun alınması (iktibası)” yönünden, Amerikan hukuku Avrupa hukukunu da etkiliyor ve bu anlamda Türkiye, doğrudan ve (amerikanlaşmış Avrupa hukukunu alarak) dolayısıyla yabancı bir hukuku, bir kez daha alıyor (iktibas ediyor) (2).

Bu kez Avrupa ülkeleriyle (başka bir anlatımla, Avrupa Birliğiyle) beraber karşışkarşıya bulunulan kodifikasyon ve yabancı hukukun alınması (iktibası) olgusu, küreselleşme (globalleşme) ile doğrudan ilintili. Hatta bunu, gittikçe hızlanan dünya çapındaki hukukun uyumlulaştırılması hareketiyle bile alâkalandırmak mümkün gibime geliyor.

Bilindiği gibi, Türkiyenin de içinde bulunduğu “Kara Avrupası Hukuku” ile “Anglo-Amerikan Hukuku” birbirinden farklı hukuk sistemleridir ve her iki hukuk sisteminin kullandığı pekçok hukuki kavram arasında başkalık vardır; hatta, yer yer hukuk mantığında ve yorumunda ayrılıklar mevcuttur.

Bir başka açıdan “Kara Avrupası Hukuku” esas itibariyle “yazılı (mektup) hukuk sistemi” dir; yani, bu sistemde hukuk kuralları, büyük çoğunluğu bakımından “yasa (kanun)” denilen metinlere geçirilmiştir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan Hukuku, esas itibariyle yazılı olmayan (gayrimektup) hukuk sistemi” dir; yani, bu sis-

---

(2) Kodifikasyon hareketlerinin, sonuçta Dünya ülkeleri hukukunun uyumlulaştırılması çalışmaları ile paralelliğine de dikkat çekmek isterim.



temde hukuk kuralları, büyük çoğunluğu bakımından “yasa (kanun)” denilen metinlere geçirilmemiştir ve hukukun asıl kaynağı “case” lerde (örnek olaylarda; kararlarda) bulunur (3). Öte yandan Kara Avrupası’nda hukukçuların yetiştirilmelerinde “hâkim” esas alınarak düzenleme yapılmış iken; Amerikan Hukukunda hukukçuların yetiştirilmesinde yapılmış iken; Amerikan Hukukunda hukukçuların yetiştirilmesinde “hâkim” değil, “avukat” esas alınmıştır (4).

İşte kısaca özetlenen bu farklılıklar, yabancı hukukun alınması bakımından, hukukçu için önemli sorunlar yaratabilecek bir olgudur.

Yukarda son on yıllık dönemde Türk mevzuatı olarak benimsendiğine örnek verdiğim hukuk kurallarına (normlarına) bakıldığında, “klasik” Türk hukukçusunun yadırgayacağı ve hatta anlayamayacağı pekçok kavramla karşıkaraşıya kalındığı görülecektir. Bunun bir nedeni, tekraren vurgulayacak olursam, bu kuralların önemli bir bölümünün (Kara Avrupası hukukun ve hukukçuların alıştığı/bildiği kavramlardan farklı bulunan) amerikan hukuk kavramları olmasından kaynaklanmaktadır. Aslında bu zorluk, sözkonusu mevzuatın, Türk mevzuatı olarak kabulü sırasında aşılabilir veya en azından asgariye indirilebilirdi (minimize edilebilirdi). Ancak, Türkiye bu şansı yakalayamamıştır; çünkü, bu kuralların yasallaşması aşamasında “iş aceleye getirilmiştir”. Siyasal iktidarlar, Avrupa Birliği ile bütünleşme süreci içerisinde, uluslararası ant-

---

(3) Bkz. örneğin, Tuğrul **Arat**, Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, ankarâ 1968; Ergun **Özsunay**, Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s. 50 vd., 164 vd., 283 vd.

(4) Tuğrul **Ansay**, Amerika Birleşik Devletlerinde ve Federal Almanya’da Hukuk Öğretimi (Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankarâ 1993 s. 17).



laşmalarla “sözverilen” çeşitli konularda, yasama tekniği bakımından “önemli bir hastalığımız”ı burada nüksettirmiş ve işin uzmanlarının konuyu iyice değerlendirmesine ve kamuoyunun tartışmasına açmaksızın “alelacele yasalaştırma”yı uygun görmüş ve konular yasama organlarına havale edilerek, şartlar elverişli oldukça yasalaşma süreci tamamlanmıştır. “İşin aceleye gelmesi”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Görüşme tutanaklarıyla sabittir!

İşte bu noktada, mevzuatı uygulama durumunda olan uygulamacılara (Türk avukatlarına ve Türk hakimlerine) çok iş düşmektedir. Elbette sorunların aşılmasında Türk doktrini de görevini yapmak durumundadır.

Benim, size sunacağım konu, yukarıda örnek olarak verdiğim yasal düzenlemelerden yalnızca (4054 sayılı) “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”un, “Rekabet Kurulu” ile ilgili bazı hükümleri hakkındaki görüşlerin (bir yargılama hukukçusu olarak) sunulmasıyla sınırlı kalacaktır. Ayrıca amacım, kanunun uygulanmasının yeni olması itibariyle, çeşitli konuları tartışmaya açmaktır.

## **B) REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN**

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 7.12.1994 tarihinde kabul edilerek, 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Yürürlük ile ilgili 64 üncü madde, hernekadar “Bu Kanunun idari para cezasına ilişkin 16 ıncı maddesi ile 17 nci maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer” hükmünü içeriyorsa da, karar organı olan Rekabet Kurulu’nun atanması gecikmiş ve 27 Şubat 1997 tarihinde atana-bilmiştir. Bunu takiben Kurum teşkilatı oluşturulmuş ve bu du-



rum Kanun'un Geçiçi 2 nci maddesi gereği, 4 Kasım 1997 tarihinde ilân edilen bir Tebliğ (5) ile kamuoyuna duyurulmuş ve ilân tarihinde varolan hertürlü anlaşma ve kararların bildirilme süresi olan 6 aylık süre işlemeye başlamıştır.

Rekabet Kurumu, "hızlı" bir şekilde çalışmaya başlamış ve çeşitli konularda (Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme devralmalar; Anlaşmaların, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarının bildirim usul ve esasları; Tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti; Tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti; Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasından sonra teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin 4054 sayılı Kanundan doğan yükümlülükleri; Motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti; Özelleştirme yoluyla devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esaslar; Franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti gibi) hazırlanan Tebliğler Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Hatta bu Tebliğler hemen uygulanmaya başlandığı için, uygulamada görülen aksaklıkları gidermek için bu Tebliğlerin bir kısmında değişiklik ihtiyacı hissedilerek değişiklik Tebliğleri de yayımlanmıştır (6). Keza, Rekabet Kurulu'nun önüne gelen somut olaylarla ilgili kararlar da, düzenli bir biçimde Resmi Gazete'de yayımlanılmaya başlanılmıştır.

Kısa bir süre önce kabul edilen ve gerçekten oldukça süratli bir şekilde uygulanmaya başlanılan Rekabetin Korunması Hakkında

(5) Resmi Gazete 4.11.1997, sa. 23160.

(6) Tebliğler, 1997-1998 Yıllarına Ait, Rekabet Kurumu, Ankara Ocak 1999.



Kanun, önümüzdeki günlerde pekçok hukukçunun (bu arada hakimlerin ve avukatların) yoğun bir şekilde karşılaşabileceği bir yasal düzenlemedir. Bu Kanunun uygulaması, Türk hukukçusunun genellikle alışkın olmadığı bir yöntem olan “Tebliğler” yoluyla yönlendirilecektir. Bu yüzden, hukukçularımıza Resmi Gazete’yi dikkatli bir şekilde takip ederek bir “arşiv” oluşturmaya başlamalarını tavsiye ederim.

Rekabetin Korunması Hakkında (4054 sayılı) Kanun’un Genel Gereçesi’nde (7) şu ifadeler dikkat çekici olup, uygulamaya ışık tutacaktır : “Temel Yapı ve unsurları itibariyle bugün ülkemizde varolan ekonomik sistem, **piyasa ya da pazar ekonomisidir...** Piyasa ekonomilerinde işlerliğin sağlanması ve korunması için uygulanan ekonomik politikanın temel ve merkezi unsuru **rekabet** tir. Rekabet, firmaları **verimli** olmaya, **kaliteli** ve **düşük bedel** le daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir... Piyasa ekonomisinin etkin bir şekilde işleyebilmesi için öncelikle **sağlıklı bir rekabet sürecinin varlığı** gerekir. Piyasaların, yeni gireceklere açık tutulmasını sağlayacak yapıda olması esastır. Giriş engellerinin olduğu piyasalarda rekabetin işleyiş dinamiği azalma eğilimi gösterir. Böylece piyasalardaki yoğunlaşma eğilimi artarak rekabetin sınırlanmasına neden olur... Diğer taraftan rekabet için rekabete istek ve arzunun, bir başka deyişle **rekabet ruhunun** bulunması gerekir... Rekabetin sağlıklı bir biçimde tesisi için gerekli olan bir başka koşul da **bozulmayacak bir rekabet düzenini temin edebilecek gerekli hukuki alt yapının oluşturulmasıdır...** Rekabete ilişkin hukuki düzenlemeler, Devle-

---

(7) “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), Dönem : 19, Yasama Yılı : 3, TBMM (S. Sayısı : 599) s. 1-4; ayrıca bkz. Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 192-195.



tin piyasalara veya ekonominin kendi doğal seyri içinde yönlendirilmesine müdahale şeklinde anlaşılmalıdır. Bu konudaki hukuki düzenlemeler, rekabet özgürlüğü alanlarının belirlenerek teşebbüslere eşit ve serbest bir şekilde rekabet edebilme fırsatını vermek amacıyla vazedilmektedir... Batı ülkelerinde hukuki düzenlemeler, değişik zamanlarda gerçekleşmesine rağmen rekabet hukuku ile elde edilmeye çalışılan temel amaçlar, hemen hemen aynı niteliktedir. Tüm hukuk sistemlerinde **genel kabul görmüş temel amaçlar**; “**rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası**” ya da “**etkin rekabetin korunması**” şeklinde ifade edilmektedir... Rekabet sürecinin korunması ile, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımını sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte **genel refaha** olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır... Rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak **küçük işletmelerin korunmasına** yardımcı olmaktadır... Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını, **teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkışını teşvik** edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece **tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması** sonucunu doğuracaktır... **Rekabeti tacirler arası bir yarışma hali olarak kabul eden görüşler günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.** Çağımızda, serbest rekabet piyasasından sözedildiğinde, anonim rakiplerin verimlilik, daha kaliteli mal veya hizmet sunma ya da daha ucuz mal arz etme yolundaki uğraşları kestedilmektedir... Rekabetin ülkemizde yerleşmesinde ve devamında Devlete büyük görevler düşmekte, **Devletin bilinçli bir rekabet politikası izlemesi** kaçınılmaz olmaktadır. Piyasa ekonomilerinde rekabet politikası, genel ekonomi politikası için hayati önem haizdir. Zira, piyasa sisteminin merkezî unsurunu oluşturan rekabet sürecindeki bozukluk ekonomik sistemin bütününe tehdit etmektedir. Ticari yaşamda faaliyet gösterenlerin hertürlü hakkının teminat altına alınma-



sı, ancak **bağımsız faaliyet gösteren ve karar alabilme yeteneğine ve yetkisine sahip organların** yardımları ile gerçekleştirilebilir. Demokratikleşme sürecini sürdüren ülkemizde, bu şekilde faaliyet gösteren **bağımsız idare ajanlarına** şiddetle ihtiyaç vardır. Ülkede serbest rekabetin gelişmesi ve bunun devamı bu özelliklere sahip Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilecek, serbest ticaret ve girişim özgürlüğü bu şekilde teminat altına alınacaktır. Anayasanın 167 nci maddesinin (direktifi doğrultusunda) zorunlu bulunan ve **ekonomik yaşamızda yeni bir dönem başlatacağını umduğumuz** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hazırlanmıştır”.

Genel Gerekçe’de gösterilen bu çerçeve ve direktifler, hem bu Kanun’u uygulamakla görevli ve sorumlu Rekabet Kurumu’nun yapacağı faaliyetlerin sınırlarını ve çerçevesini belirlemekte hem de ilgililerin davranışlarını buna göre ayarlamaları gereğini hatırlatmaktadır.

Kanunun hazırlanmasında, Avrupa Topluluğu rekabet hukukundan (8) çok büyük ölçüde yararlanmıştı; diğer bir ifadeyle, Kanun Avrupa Hukuk örneği alınarak hazırlanmıştır (9). Bu açıdan, bizdeki rekabet hukuku uygulamaları yönünden Avrupa rekabet hukuku kaynaklarının fevkalade önemi vardır. Bu arada belirtmeliyim ki, Türkiye’nin ileride Avrupa Birliği’nin bir üyesi ol-

- 
- (8) Bkz. bu konuda : Yılmaz **Aslan**, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992; Yılmaz **Aslan**, AT Rekabet Hukuku Mevzuatı, Ankara 1993; **Tekinalp/Tekinalp**, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997; Arif **Esin**, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998; Manfred **Dausen**, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, München 1994.
- (9) Kanunun hazırlanışı ile ilgili olarak, Kanunun hazırlanmasında büyük emeği geçen uzmanların açıklamaları için bkz. yuk. dn. 7’de anılan Sempozyum s. 46 vd. Aslında oradaki açıklamaların önemli bir bölümü, Genel Gerekçe’de de yer almalıydı kanısındayım.





ması halinde “hukukların uyumlaştırılması” noktasından, yapılmış bulunan kanunun pratik anlamı bulunmaktadır. Müstakbel gelişmeler halinde ufak bazı düzeltmelerle “uyum” temin edilebilecektir.

Bu şekilde hazırlanan Tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilmiş ve konu Türkiye Büyük Millet Meclisi 7.12.1994 tarihli oturumda birkaç saatlik görüşmelerde tartışılmış ve Tasarı, çok küçük bazı değişikliklerle kabul edilmiştir. Tasarı’nın tümü hakkındaki görüşmelerde, geneli itibariyle muhalif görüş belirten Refah Partisi, maddelerin görüşülmesi sırasında bu muhalefetini devam ettirmemiştir (10).

### C) BAZI GÖZLEMLER VE DEĞERLENDİRMELER

Rekabet Kurumu’muzun deyiş yerinde ise “**daha dün doğması**” ve buna karşılık bugün Batı’daki örneklerinden farksız şekilde “**dinamik ve yoğun faaliyete geçmesi**” nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması bakımından bazı gözlemlerimi ve değerlendirmelerimi, uygulamaya ışık tutabileceği düşüncesiyle dile getirmek isterim

### I) REKABET KURUMUNUN (REKABET KURULUNUN) HUKUKİ NİTELİĞİ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, **Rekabet Kurumu** oluşturmakta ve Rekabet Kurumu teşkilâtı da, a) **Rekabet Kuru-**

---

(10) Meclis görüşmeleri için skz : TBMM Birleşim : 47; Oturum: 2, 3, 4; 7.12.1994 s. 280-326.



lu, b) Başkanlık ve c) Hizmet Birimleri'nden oluşmaktadır. Yani, Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu'nun ünitelerinden biri konumundadır.

Rekabet Kurumu, kanunla kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve bağımsız bir kuruluştur.

Rekabet Kurumunun görevini, 20 inci ve 1 inci maddelere bakılarak belirlemek gerekir : Rekabet Kurumu, mal ve hizmet piyasalarının **serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşmasını** ve gelişmesini sağlamak; mal ve hizmet piyasalarındaki **rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları** ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini **kötüye kullanmalarını önlemek**; bunun için **gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak** rekabetin korunmasını sağlamak ile görevlidir.

Rekabet Kurumu, ülke ekonomisinin önemli köşe taşlarından biri konumundadır ve bu Kurumun faaliyetleri (yukarda Genel Gerekeç'te altlarını çizdiği üzere); makro düzeyde piyasayı ve ülke ekonomisini yakından etkileyebilecek, genel refaha olumlu katkı sağlayabilecek, mikro düzeyde ise tüketicilerin daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilmelerini sağlayabilecektir.

Böylesine önemli bir görevin yerine getirilebilmesi, oluşturan Kurumun (ve dolayısıyla Kurulun) seçiminin çok iyi yapılmasına ve bu Kuruma (ve Kurula) bağımsızlık verilmesine ve bu bağımsızlığı sağlayacak teminatların tesisine bağlıdır. Özellikle bu tür bir Kurum, siyasal ve ekonomik iktidarların nüfuz sahasından titizlikle uzak tutulmalıdır.

Çağdaş demokrasilerde mahkemeler bakımından anayasalar, "bağımsızlık ve teminat" üzerinde açık hükümler getirmişlerdir.



Bilindiği gibi 1982 Anayasa'sında da "hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunamaz" (m. 138). Hakimlere tanınan bu "bağımsızlık" kuralını sağlayabilmek için "hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz" (m. 139).

Bugünkü düzenleniş biçimiyle, Rekabet Kurumu bir mahkeme değildir. Eğer mahkeme şeklinde kurulmuş olsa idi, o zaman Anayasa'nın kabul ettiği bağımsızlık ve teminat müesseselerinden doğrudan yararlanma imkânına sahip olurdu. Bu vesileyle belirtebilirim ki, sadece bizde değil tüm Dünya ülkeleri bakımından da rekabet kurumlarının gösterecekleri performansları, işlevlerini gerçekten bağımsız ve adil yapmalarına bağlı olarak, bu tür kurumlar ileride (olması gereken hukuk bakımından) birer yargı organı haline gelebilir.

Tekraren belirtecek olursam, Rekabet Kurumu anayasal anlamda bir mahkeme olmamasına rağmen, 4054 sayılı Kanun, Rekabet Kurumuna (ve dolayısıyla Rekabet Kurulu'na), bugüne kadar ülkemizde faaliyette bulunan tüm idari kurumlara oranla geniş yetkiler vermiştir. Kanununun 20 inci maddesinin 3. fıkrasındaki **"Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez"** hükmü, kanunkoyucunun amacını yansıtmaması bakımından çok önemli bir hükümdür. Ancak kanaatimce bu hükümdeki "nihai karar" tabiri isabetsizdir; çünkü,



Kurum'un (Kurul'un) faaliyetleri yalnızca "nihai karar"dan ibaret değildir, Kurum çeşitli arakaraları, geçici tedbir kararları, para cezaları vermekte ve diğer faaliyetlerde de bulunmaktadır. Bu sebeple, 20 inci maddenin 3 üncü fıkrasındaki "Kurumun niha kararını" kelimelerini, "Kurumun faaliyetlerini" şeklinde değiştirmek zaruridir. Yasal değişikliğe kadar uygulama da böyle olmalıdır. Bu hususa riayet, Kurum'un itibarı olarak değerlendirilmelidir.

4054 sayılı Kanununun 20 inci maddesinin 3.fıkrasındaki hüküm, Anayasa'nın 138 inci maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine paraleldir.

Hakimlik teminatı, hakimlerin görevlerinde herhangi bir düşünce, fütur ve endişeye kapılmadan tamamen vicdan rahatlığı içerisinde görevlerini yapabilmelerinin garantisidir.

Acaba Rekabet Kurumu ve dolayısıyla Rekabet Kurulu bakımından "teminat"ın durumu nedir? Kanun'a (m. 20,I) göre Kurum "**İdarî ve malî özerkliğe sahip**"tir. Kanımca bu ibare, ülkemizde çeşitli kurum ve kuruluşlar için de kullanılan ve fakat uygulamada kurum ve kuruluşlara tam anlamda özerklik vermemiş bulunan hükümlerdir. Çünkü siyasal iktidarlar, özerk kurumlardan yana tavır sergilememişler ve yasaların "özerk" dediği hemen hemen her müesseseyi etkileme gayretine girmişlerdir. Bunda da maalesef başarılı olmuşlardır. Üzülerek ifade ederim ki, üniversiteler de buna dahildir.

Bugüne kadarki bu kötü uygulama, Rekabet Kurumu bakımından iyi değerlendirilmeli ve Rekabet Kurumu diğer "özerk" kuruluşların düştüğü duruma düşmemelidir. Bu olgu dahi Kurum'un itibarı (saygınlığı) olarak değerlendirilmeli ve Kurum, siyasal iktidarların kendi işlerine müdahale etmesine, her ne pahasına olursa olsun, kesinlikle izin vermemelidir.



Hernekadar Kanununun 39 uncu maddesi Kurum'un gelirleri bakımından "Bakanlık bütçesi" dışında, para cezalarının yüzde yirmibeşinin de Kurum bütçesine gireceğini ve 34 üncü maddesi kadro iptal ve ihdaslarının da Rekabet Kurulu'nca yapılacağını öngörmek suretiyle "idari ve mali özerklik" bakımından lehe bir düzenleme getiriyorsa da (11), bunlar idari ve mali özerklik için başlıbaşına yeterli değildir.

Kanımda teminat bakımından daha önemli bulunan hükümler, Rekabet Kurulu üyeleriyle ilgili hükümlerdir. Madde 24, II'ye göre, "**Kurul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez.** Ancak Kurul Kararı ile, atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının bu Kanununun 25 inci maddesine aykırı düştüğü anlaşılan ya da Kanunla verilen görevle ilgili olarak suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olan Kurul Başkan ve üyelerinin görevleri sona erer".

"Kurul Başkan ve üyeleri, özel bir kanuna dayanmadıkça **resmî veya özel hiçbir görev alamaz**, ticaretle uğraşamaz, ortaklıklarda pay sahibi olamazlar. -Kurul Başkan ve Üyeleri, göreve başlamadan önce maliki oldukları Hazine tarafından çıkartılan borçlanmaya ilişkin oldukları Hazine tarafından çıkartılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki hertürlü sermaye piyasası mevzuatı anlamındaki menkul kıymetlerini satmak veya devretmek suretiyle elden çıkartmak zorundadır... Kurul üyeleri ve personeli Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve ticari sırları görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa edemezler, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamazlar" (m. 25).

(11) Bkz. Kemal **Erol**, Rekabet Kurulu'nun Yapısı, Yetkileri ve Usul (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Ankara 1996, s. 27-49) s. 33; İKV İktisadi Kalkınma Vakfı, 1996/132 s. 37.



Rekabet Kurulu üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı huzurunda, görevlerinin devamı süresince Kurulun işlerini tam bir dikkat ve dürüstlük ile yürüteceklerine, Kanun hükümlerine aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederler (m. 26).

Rekabet Kurumu, ülke ekonomisini yönlendirme durumunda olma niteliğine sahip bir kuruluştur ve Rekabet Kurumu'ndan ve onun en önemli birimi olan Rekabet Kurulundan ve üyelerinden çok şey beklenmektedir. Buna karşılık, Rekabet Kurulu üyelerinin ücretleri konusunda Kanun ücret belirleme yetkisin, hatalı olarak siyasal iktidara bırakmıştır. Buna göre, "Kurul Başkan ve üyelerinin aylık ücretleri, en yüksek devlet memurunun hertürlü ödemeler dahil ücretlerinin iki katını geçmemek üzere Sanayi ve Ticaret Bakanlığının teklifi ile Bakanlar Kurulunca tesbit olunur" (m. 37, II). Kanımca, Rekabet Kurulu üyelerinin maaşlarının belirlenmesinde siyasal iktidarlar sözsahibi olmamalı ve objektif kriterlere bağlanılmalıdır. Önerim, yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin ücretlerinin baz alınmasıdır.

Yine buna paralel olarak, Kanununun 60 ıncı maddesinde görevleri ile ilgili suç işleyen Kurul Başkan ve üyelerinin Devlet memurları gibi cezalandırılacağı öngörülmektedir. Kurul üyelerinin durumu, kanımca devlet memurundan ziyade yüksek yargıçlar gibi ele alınmalı ve sorumluluklar bakımından da, yüksek yargıçların tâbi olduğu esaslar burada geçerli olmalıdır.

Gerek ücret gerek sorumluluklar açısından, Kurul üyelerinin yüksek yargıçlarla aynı düzeyde ele alınması ve bu çerçevede yasal düzenlemelere gidilmesi, rekabet hukukunun ülkemizdeki gelişiminin daha sağlıklı olmasını sağlayacak ve Rekabet Kurumunu ve Rekabet Kurulunu, bağımsız ve teminatlı bir müessese haline sokacaktır.



## II) KURULUNUN UYGULAYACAĞI USUL KURALLARI HAKKINDA

Kanun 40 ilâ 55 inci maddelerini Kurulun inceleme ve araçtır- malarında uygulayacağı usule ayırmıştır.

Kanun burada “usul” tabirini seğmiş ve bir mahkeme olmama- sı sebebiyle isabetli olarak “yargılama veya yargılama usulü” teri- mini kullanmamıştır. Türk hukukçusu, genellikle, “usul” tabirini yargılama usulü ile içiçe görmeye alışmıştır : medeni yargılama (hukuk yargılaması) usulü, ceza yargılaması usulü, idari yargıla- ma usulü gibi... Buna karşılık, (yargılama usulü dışında) “idari usul” kavramı, Türk hukuk hukukçusu için çok bilinen bir kavram değildir. İşte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, ayrıntılı bir şekilde “idari usul” üzerinde durmaktadır. İdari usul, idari ma- kamların kendi iç bünyelerindeki verecekleri kararlarda uymaları gereken usuldür. Eğer idari makamlar, gerėek veya tüzel kişilerin haklarını ilgilendiren konularda karar vermek durumunda iseler, bu kararın verilmesi sırasında, aynen bir yargı organı gibi, belli yöntemler (usuller) dahilinde hareket etmek zorundadırlar. İdari usul, özellikle Amerikan Hukukunda gelişmiş bulunan bir müesse- sedir ve Amerikan Anayasası'nın temel ilkelerinden olan “due pro- cess of law (geçerli -mevzu- kanun ve kurallar çerėevesinde)” kura- lı, yalnızca mahkemeler bakımından değil, idare için de geçerlidir (12). İdari usulde de, idare aynen bir mahkeme gibi, ilgili kişinin haklarını savunmasına olanak verir, bütün kurallar ve yasalar, tüm ağıklığıyla tartışılarak değerlendirilir ve bir sonuca varılır. Bizde ise idari usul bilinmediğinden veya (kötümser bir düşünce ile) kişilerin haklarını savunmasına olanak verilmesi, konunun tüm ağıklığı ve ayrıntılarıyla tartışılıp kamuoyunda da gözlemlen- mesi, siyasi iktidarların (ve bir anlamda idarenin) “işine gelmedi- đinden” veya “işin kolayına geldiğinden”, kişilerle ilgili idari karar- lar da “Devletin yüksek menfaatleriyle ilgili kararlar gibi”, tabiri



caiz ise “kapalı kapılar ardında” alınmaktadır. Bu işleyiş sırasında ilgili kişilerin savunması yeterince alınmadığı içindir ki, ülkemizde idarenin yaptığı işlemlerden şikayetler oldukça fazladır. İdari yargının (genel olarak mahkemelerin) geç sonuç vermesini de eklerseniz, memnuniyetsizlik, büyük boyutlara varmaktadır. Ki, toplumsal açıdan bu husus “tehlike” arzedici mahiyettedir.

Oysa, ülkede idari usulün benimsenmesi halinde, İdare, ilgili kişiye hertürlü savunma hakkını vereceğinden, idarenin varacağı kararlar çok daha adil olacak ve idareye saygı artacaktır. Bu şekilde verilen idare kararının (idari işlemin) yargı organları tarafından denetimi de daha kolay olacak ve sonuçta, kişinin Devlet’e saygısında “azalma” tehlikesi minimize edilebilecektir. Burada, Bir hukukçu olarak ülkemizdeki disiplin soruşturmalarındaki yaygın uygulamadan ve benim tabirim ile “**müfettiş hukuku**” ndan söz etmek isterim : Ülkemizde disiplin soruşturması (resmi sektörde de özel sektörde de), geneli itibariyle; oluşturulanın soruşturma konularından haberdar edilmediği, suçlama vakıalarının açıkça anlatılmadığı, ileride verilecek (ve ancak daha başlangıçta “biçilmiş” olan) cezanın delillerinin gizlendiği; karşı tarafın savunma yapmasını değil de yapmamasını sağlayacak yolların ve kılıfların hazırlandığı, evrensel hukuk kurallarının yokedildiği ve sonuçta verilen karardan, ne ceza alanın (veya almayanın) ne ceza öneren müfettişin, ne de cezayı hukuken verme yetkisine sahip organın tatmin olduğundan sözedilebilir. Pekçok olay bakımından bildiğim üzere, verilen cezadan sonra cezayı alan ile cezayı “kesen” müfettiş hiçbir zaman biraraya gelmek istemezler. Çünkü gözlemime göre, müfettiş işini iyi yapmamış, suçladığı kimseye yeterince savunma hakkı vermemiştir. Çoğu kez hukukçu da olmayan müfettiş “yarı-hukuk bilgisi” ile, “adaleti yarmış”, daha doğrusu “adaleti yaralamıştır”. İşte, ortaya çıkan “hak/hukuk/adalet” değil, “müfettiş hukuku”dur.





Bunun da başlıca nedeni, ülkemizde “idari usul” kavramının bilinmemesi ve yerleşmemiş olmasıdır.

Bu açıdan 4054 sayılı Rekabetin Hakkında Kanun, getirdiği idari usul bakımından, hem uygulanması açısından örnek olabilecek hem de rekabetin korunması yönünden adaletli sonuçlara varılabilmesini sağlayacaktır. Bu açıdan, Rekabet Kurumu’na ve Rekabet Kurulu’na büyük görevler düşmektedir.

### 1) Kararlar ve Karar Almanın Ciddiyeti

4054 sayılı Kanun, “karar” kavramını çeşitli hükümlerinde kullanmaktadır. Kanun, Kurul’un, mahkemelerde olduğu gibi, “ara kararı”, “nihai karar”, “kesin karar”, “geçici karar” (12) vermesinden söz etmektedir. Bu Tebliğimin kaleme alınışı sırasında bunların ayrıntısına girilebilmesi olanaksızdır. Burada, sadece Tebliğ konusuna girdiği ölçüde açıklama yapılacaktır.

Nihai karar, karar organının dosyadan elçettiği kararlar demektir. Yani, nihai kararın verilmesiyle, karara “(.) nokta” konulmuştur ve nihai karardan sonra, karar veren organ, o kararı denetleyecek olan makamın vereceği karara kadar, kendiliğinden dosyaya “el atarak” daha önce verdiği kararda değişiklik yapması mümkün değildir.

Arakararı, uygulanan usulü yürütmeye yönelik olarak ve nihai biçimde verilecek olan “nihai karar” a hizmet eden karardır.

Yargılama hukuku yönünden, nihai karar temyiz edilebilir; arakararı (ilke olarak) tek başına temyiz edilemez, ancak nihai ka-

---

(12) Bkz. Ejder **Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982, s. 183 vd.



rarla birlikte temyiz edilebilir. Nihai kararlardan dönülemez (rücu edilemez), buna karşılık arakararlarından (usuli müktesep hak oluşturmadiçça) rücu edilebilir.

Kararların kesinliği açısından, idari yargı ile medeni yargı arasında önemli fark vardır. İdari yargıda verilen kararın “kesinliği” ne rağmen yasa yolu açıktır; medeni yargıda ise kesin kararlara karşı yasa yolu açık değildir.

4054 sayılı Kanun çeşitli hükümlerinde “tedbir kararları”ndan söz etmektedir. Usul hukuku bakımından, “geçici tedbir kararı”, “ihtiyati tedbir kararı”, “muhafaza tedbiri kararı”, “koruyucu önlem kararı”, “yürütmeyi durdurma kararı” ve benzeri kararlar, birbirinden hukuki olarak büyük farklılıklar arzeden hüküm ve sonuçları ayrı ayrı olan kararlardır. Bunların üst başlığı “geçici hukuki himaye tedbirleri”dir. Bu yönden, 4054 sayılı Kanun’da kullanılan terimlerin “teknik terim (terminus technicus)” olarak dikkatle ele alınarak değerlendirilmesi gerekir; aksi takdirde, Rekabet Kurulu’nun kararlarına karşı yargı yoluna gidilmesi halinde, Kurul kararının bozulması ihtimali yüksektir.

Karar tabirinin hukuken arzettiği bu incelikler yanında, çeşitli konularda karar verme işi, “ciddi” bir iştir. Bunun takdirini karar organlarına bırakmak gerekir; ancak, bu kararın denetlenecek olması bir olgudur ve bu konu dahi karar organının itibarını ilgilendirir.

“Hele biz bir karar verelim de, mahkeme bunu incelesin” düşüncesi, “müfettiş hukuku” hareket tarzıyla hareket sonucunu doğurur. Yargı organı, mutlaka en iyi kararı verecektir; ama bunun sonucunda kararı verenin itibarı hangi noktaya gelecektir? İşte bu nokta, Rekabet Kurulu bakımından asıl önemli husus olmalıdır. Bu konuda Rekabet Kurulu’nun uygulamaları, onun hanesine yazılacak olan “artı ve eksi”lerin toplamı ile ilgili olacaktır.



## 2) Savunma Hakkı

Savunma hakkı, vazgeçilmesi mümkün olmayan en temel hak-  
tır. 4054 sayılı Kanun, çeşitli hükümlerinde, bu hakkın gerçekleş-  
mesini temin edici ifadeler taşımaktadır. Bu hükümlerin burada  
ayrıntısına girmeyeceğim. Ancak, Kurul'un savunma hakkının en  
ince ayrıntısına kadar uygulaması gerektiğine işaret edeceğim.

## 3) Deliller

Delil, karar verecek olan organı ikna (inandırma) vasıtasıdır  
(13). Bu açıdan, verilecek olan kararın gerekçesi bakımından da  
dayanılan delillere ve bu delillerin inandırıcılığına ihtiyaç vardır.  
Yargılama hukuklarında, delil sistemleri birbirinden farklıdır. Ba-  
zı yargılama sistemleri delil serbestliği ilkesini kabul ederken ba-  
zı sistemler kanuni delil sistemini benimsemişlerdir. Örneğin bi-  
zim hukuk yargılama sistemimiz kanuni delil sistemini kabul et-  
miş olup; senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm sebepleri hakimi bağ-  
layan kesin delillerdir; buna karşılık tanık, şahit, keşif ve özel hü-  
küm sebepleri hakimi bağlamaz ve hakim bunları serbestçe takdir  
eder. Buna karşılık örneğin Alman hukuk yargılamasında hakim  
hertürlü delili serbestçe değerlendirir. Keza, bizatihi hukuk yargı-  
lamaları bakımından da delil çeşitleri ve delil sunma usulleri açı-  
sından da fark vardır. Sözgelimi bizde yemin ve ikrar birer delil  
(üstelik kesin delil) iken, pekçok ülkede bunlar, delil olarak kabul  
edilmemektedir.

Öte yandan, aynı ülkede geçerli olan yargılama usullerinde de  
(örneğin medeni yargılama, ceza yargılaması, idari yargılama ba-

---

(13) Baki **Kuru** / Ramazan **Arslan** / Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders  
Kitabı, Ankara 1999 s. 340 vd.; Bilge **Umar** / Ejder **Yılmaz**, İsbat Yükü, İs-  
tanbul 1980 s. 33 vd.



kımından) farklılıklar vardır. Yani, isbat (delil) hukuku, yargılama hukuku bakımından önemli incelikler taşıyan kurallardır.

5054 Sayılı Kanun delillerin toplanması (m. 44) ve sunulması zaviyesinden (m. 47) çeşitli hükümler içermektedir.

47 nci maddenin V inci fıkrasındaki hüküm oldukça ilgi çekicidir : “Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun sekizinci faslında düzenlenen hertürlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler”. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılan hükümler 236 ilâ 374 üncü maddeler arasındadır ve bu hükümler davada çok büyük incelikleri ve önemli sonuçları olduğu bilinen ve tartışmaların bitmediği ve hukuk geliştikçe bitmeyeceği belli hükümler. Bu maddelerin neredeyse herbiri ayrı ayrı Tebliğlerin konusunu oluşturabilir.

Bununla birlikte, Rekabet Kurulu kararlarının adli yargıya değil de idari yargıya tâbi tutulmasına (m. 55) rağmen, deliller bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na yollama yapılması ilginçtir. Uzmanlığımın hukuk yargılaması bakımından oluşunun da etkisiyle bu atfı doğru kabul etmem, biçimsel açıdan teyit edilebilir. Ancak bu dahi, rekabet hukuku bakımından özel hukuk kurallarına atıf yapılması sebebiyle, konunun idari yargının değil, adli yargının veya en azından özel bir yargının konusu olması gerektiğini göstermektedir.

Tartışmaları teşvik etmek bakımından (deliller bakımından gösterilecek deliller) yönünden Rekabet Kurulu’nun taraflara yemin teklif ve icra edip etmeyeceklerini (14), tanıkların yeminle din-

---

(14) Ejder **Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 138 vd.



lenip dinlenmeyeceklerini, yüzlerce isbat hukuku konusu arasından sayabilirim. Bu arada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tahkim ile ilgili 527 nci maddesine göre, tahkim mahkemesinin dahi bunları yaptırılmayıp, konuyu mahkemeler havale ettiğine dikkat çekerim.

Özetle, Rekabet Kurulu'nun deliller bakımından yapacağı inceleme ve değerlendirmelerin usul bakımından hayati önemi vardır ve bunlar üzerinde iyi düşünülerek uygulama yapılmalıdır.

#### 4) Süreler

4054 Sayılı Kanun, usul açısından, hem Rekabet Kurulu hem de ilgili taraflar bakımından çeşitli süreler koymaktadır.

Yargılama usulünü belirleyen yasalarda da benzeri düzenlemeler mevcuttur. Ancak uygulamada karşışarşıya kalındığı üzere mahkemeler, çeşitli nedenlerle kendileri için öngörölmüş sürelerle uyamamakta ve işler uzamaktadır. Bu sebeple yargılama hukuku bakımından, taraflar için öngörölen sürlere uyulmaması halinde, bu süreler hak düşürücü süreler olarak değerlendirilmekte; buna karşılık yargı organları açısından sürelerle uyulmamasının hukuki yaptırımından sözedilmemektedir.

Kanuna göre, Rekabet Kurulu belli süre içerisinde (altı ay ve bazı hallerde ek altı ay) karar vermek durumundadır; ancak, çeşitli nedenlerle inceleme ve soruşturma uzaması halinde ne olacaktır? Muhtemeldir ki, Kanunun öngördüğü sürelerle riayet edilemeyecektir. İşte bu sebeple, ileride uygulamada süre bakımından sorun çıkacağı neredeyse "yüzdeyüz" bir mukadderattır!

Bu durumda, kanun koyucunun ya yasa değişikliğine gitmesi veya Rekabet Kurulu kararlarını inceleyecek olan yargı organının kararlarının ona göre vermesi gerekecektir.



## 5) Tebligat

4054 sayılı Kanunu (m. 61), bu Kanun uyarınca ilgili taraflara yapılacak tebligatı, 7201 sayılı Tebligat Kanununa tâbi kılmıştır ve bununla isabet de etmiştir; çünkü aslolan genel Kanun odur (15).

## 6) Sözlü Duruşma Alenî mi?

Kanun'a (m. 47, I) göre “sözlü duruşma toplantıları açık olarak yapılabilir. Genel ahlâkın ve ticari sırların korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir”.

Yargılama hukukunda “aleniyet”, yargılamanın kamuoyuna (halka) açık olması demektir. Aleniyet, anayasal bir ilkedir; zira yargılama millet adına yapıldığına göre, isteyen herkes yargılamaya katılabilme hakkında sahiptir ve aleniyetin ihlâli, kamu düzenine aykırıdır ve verilen karar bakımından mutlak bir bozma sebebidir.,

Hernekadar Kanununun 47, I hükmü “açıklık (aleniyet)” ten söz etmekte ve aleniyet istisnası olan hallerden (ki, işin özelliği gereği, “genel ahlâk” burada gerçek bir sebep olamaz kanısındayım) söz ederek toplantının haklı olarak “gizli (hafiyyen)” yapılacağını söylüyorsa da, bu hüküm (yani, m. 47, I) ile m. 47, V arasında çelişki vardır. Zira, m. 47, V sözlü savunma toplantısının “açık (aleni)” olmadığını göstermekte ve oturumlara kimlerin katılacağını tahdidî olarak belirtmektedir.

---

(15) Ejder **Yılmaz** / Tacar **Çağlar**, Tebligat Hukuku, Ankara 1999 (iki cilt).



Bu çelişkiye açıklık getirilmesi zorunludur. Kanımca, buradaki aleniyet, işin özelliği gereği, mahkemelerdeki anlamda bir aleniyet olmamalıdır.

Yasa koyucu bu konuyu ele alarak değerlendirmelidir. Benzeri önerim, Kurul kararlarının “alenen tefhimi” (m. 49) yönünden de geçerlidir.

## 7) Rekabet Kurulu Önünde Temsil

Temsil denilince, hukukumuzda akla, yasal ve iradi temsil gelir. Yasal temsilci gerçek kişilerde veli, vasi, kayyım; tüzel kişilerde yasaya ve sözkonusu tüzelkişiliğin statüsüne göre yetkili ve görevli kimselerdir.

İradi temsil bakımından, avukatların (Avukatlık Kanunu'na göre, dava vekillerinin -ki, fiilen yok olmuş olması gerekir- ve dava takipçilerinin) dava takip tekeli vardır. Ancak bu tekel adli yargı yerleri bakımından sözkonusudur.

Yukarda belirtildiği üzere, Rekabet Kurumu ve Rekabet Kurulu mahkeme değildir; ancak, Rekabet Kurulu herşeyin ötesinde hukuken yargı organına benzer faaliyette bulunan bir organdır (16). Bu durumda, acaba taraflar kendilerini Rekabet Kurumu (Rekabet Kurulu) önünde avukatla temsil ettirmek zorunda mıdır?

---

(16) Kanun Taslağınının hazırlanmasına katılan bazı uzmanlar (örneğin, Nurkut İnan, Yılmaz Ateş, Ateş Akıncı), Rekabet Kurumu'nun “yarı yargı organı” olduğunu kabul etmektedirler (bkz. yuk. dip not 7'de anılan Sempozyumdaki konuşmaları).



Avrupa rekabet hukuku bakımından tarafların kendilerini, avukatlar dışında, üniversite öğretim üyeleri ve bu işten anlayan rekabet hukuku uzmanları aracılığıyla temsil ettirebilme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Acaba Avrupa Hukukunda kabul edilen bu kural, ülkemiz bakımından uygulanabilir mi?

Ülkemiz, henüz bir Avrupa Birliği ülkesi değildir. Öte yandan, Avrupa Birliği'ndeki avukatlık mevzuatı bakımından da Türkiye mevzuatı, Avrupa avukatlık mevzuatındaki temel ilkeyi içermektedir : Özetle, avukatlık hizmeti, o ülkede avukatlık yapmak yetkisine sahip kişilere tanınmıştır. Nasıl ki, bir Türk ve hele hele Türk avukatı örneğin Alman mahkemesi önünde dava takip edemezse, aynı kural Türk mahkemesi önünde de geçerlidir. Avrupa Birliğine üye avukatlar bakımından da benzeri düzenlemeler vardır (17).

Avukat ile temsil edilmenin gerekçesi, temsil edilen kişiyi korumakla ilgilidir. Çünkü avukatlar, uyumsuzluğun çözümüyle ilgili olarak bilgilerini uyumsuzluğu çözme durumunda olan organlara sunarlar ve bundan dolayı da sorumludurlar. Bu yüzden, avukatlık mesleğini meslek olarak edinmiş bulunanlar dışında başka bir meslek mensubuna temsil yetkisi yerine getirebilmesi, kamu düzeni bakımından kabul edilemez.

Öte yandan, bir an için Rekabet Kurumu bir mahkeme olarak görülmesi ve ilgililerin avukat olmayan kişilere dahi temsil yetkisini verebileceği, bir an için varsayılsa dahi, konu bilahare yargı organlarına intikal edeceğinden ve Rekabet Kurumundaki usulün yargı organı tarafından değerlendirilmesi hukuken ve fiilen sözkö-

---

(17) Ejder **Yılmaz**, Dünden Yarına Doğru Avukatlık (AÜHFD 1998/1-4 s. 193-208); Ejder **Yılmaz**, Avrupa Birliği ile Bütünleşmede Avukatlık Mesleği (Avukatlık Mesleği, Sempozyum, İstanbul 1996 s. 331-346).





nusu olacağından, Rekabet Kurumundaki temsilde de, tarafların kendilerini bir avukatla temsil ettirmelerini zarurettir. Aksi halde kişilerin hukuki güvenlikleri tehlikeye girer.

## 8) İspat Yükü

Kanuna (m. 59) göre, “zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunamadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer”.

Bilindiği gibi ispat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın isbatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte kararı ile karşılaşmak tehlikesidir. Genel olarak, herkes kendi heline sonuç doğuran olayı isbat etmelidir, kuralı geçerlidir (18). Öte yandan, Roma hukukundan beri gelen bir kurala göre, “olumsuz olan ispatlanamaz” ve olumluyu ispat daha kolaydır.

Bu açılardan 59 uncu maddeye bakıldığında, bu hüküm isbat yükü kuralları bakımından tartışılabilir. Bir hususun yeterli delillerle isbatlanması halinde, kendisine isbat yükü düşen, kendi görevini (işini) yapmış demektir. Buna karşılık diğer tarafın bu isbatı çürütmesi ise, “isbat yükü” kavramı ile değil, “karşı isbat” kavramı (19) ile ilgilidir.

(18) Umar / Yılmaz, s. 3, 38 vd. 246 vd.

(19) Umar/Yılmaz s. 2 vd.



Burada, 59 uncu maddedeki kuralın, yargı organları tarafından getirildiğine dikkat çekmek isterim. Kanun, Rekabet Kurulu önündeki usul bakımından böyle bir hüküm koymamıştır (karş. m. 4; IV).

#### **D) SONUÇ :**

Yukardaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, hem kuramsal açıdan hem de uygulanacak idari usul bakımından Türk hukukuna önemli yenilikler getirmiştir.

Kanunda görülen aksaklıklar, hiç şüphesiz zaman içerisinde giderilecek ve eksiklikler tamamlanacaktır. İşte bu noktada rekabet hukuku ile uğraşanlara, oldukça büyük görevler düşmektedir. Hiç şüphesiz ki asıl görev, Rekabet Kurumunun başlangıcı aşamasında Rekabet Kurumunda ve onun önemli birimi Rekabet Kurulunda görev alanlara aittir.





# İFA YERİ MAHKEMESİNİN YETKİSİ (Yargıtay'ın Bir Kararı Münasebetiyle)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (\*)

## A) GENEL OLARAK

Hukuk mahkemelerinin yetkisi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun, “Salâhiyet” üstbaşlığını taşıyan 9-27 nci maddeleri arasında düzenlenmiştir; bunun dışında bazı yasalarda da yetki ile ilgili hükümler vardır. Hukuk mahkemelerinin yetkisi, genel yetki ve özel yetki olarak iki başlık altında incelenir. Genel yetki, 9 uncu maddede düzenlenen yetki olup, buna göre, “her dava... davalının... ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür”. Kanun ayrıca, özel yetki hallerini de ayrı ayrı (m. 10 vd.) göstermiştir.

Kanunun 10 uncu maddesi şöyledir : “Dava, mukavelenin icra olunacağı veyahut müddeialehy veya vekili dava zamanında orada bulunma şartıyla akdin vukubulduğu mahal mahkemesinde de bakılabilir”. Bu hükümde, iki ayrı yetki kuralı öngörülmektedir : 1) “mukavelenin icra olunacağı mahal mahkemesi”; 2) “(müddeialehy

---

(\*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.



veya vekilinin dava zamanında orada bulunması şartıyla) akdin vukubulduğu mahal mahkemesi”.

Bu makalemin konusu, birinci yetki kuralının (Kanunun ifade-siyle, “mukavelenin icra olunacağı mahal mahkemesinin yetkisi-nin”) incelenmesidir.

Bu yetki usul literatüründe, genellikle, “ifa yeri mahkemesinin yetkisi” (1) olarak anılmaktadır.

Uygulamada, ifa yeri mahkemesinin yetkisi konusunda zaman zaman tereddütler ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. “Yetki” konu-su, uzun soluklu yargılama sürecinin daha ilk adımdır ve bu ilk adımda çıkan yetki uyuşmazlığı, bir usul hukukçusu olarak bu sa-tırların yazarını hep üzer durur. Üzüntümün bir nedeni de, yetki sorununun davaların uzama nedenlerinden biri olmasıdır.

Sorunu iyice ortaya koyabilmek ve tereddütlere son verebil-mek için kaleme alınan bu yazımın daha iyi anlaşılabilmesini sağ-lamak için, Yargıtay 15 nci Hukuk Dairesi'nin 15.12.1998 tarihli ve 1661/4742 sayılı kararına konu olan olayı aktarmak isterim :

(B) ikametgâhı Almanya'da olan bir inşaat şirkettir; (C), ika-metgâhı Avusturya'da bulunan bir inşaat şirkettir; (D), ikametgâ-hı Ankara'da (Türkiye'de) olan bir inşaat şirkettir. (B-C-D) bir adi ortaklık şeklinde hareket ederek (aşağıda : “B-C-D Adi Ortaklığı olarak anılacaktır), (N) ilçesinde bir baraj ihalesini kazanmıştır ve ihale, yap-işlet-devret modeline göre yapılmıştır. B-C-D Adi Ortak-lığı, yüklendikleri işle ilgili olarak bazı kalem işlerin yapılmasını, ikametgâhı Ankara'da olan (A) Şirketi'ne alt müteahhit olarak ver-

(1) Almanca konuşan ülkelerdeki usul hukukçuları da buna, “Gerichtsstand des Erfüllungsortes” demektedir. Alman Usul Kanununun (ZPO) 29 uncu paragrafının kenarbaşlığı da böyledir.



mişlerdir. A Şirketi, kendisine verilen işlerin bir kısmını bitirmiş, bir kısmını ise bitirmeden, A Şirketi ile B-C-D Adi Ortaklığı arasında uyuşmazlık ortaya çıkmış ve B-C-D Adi Ortaklığı (temerrüt gerekçesiyle) bir kısım işleri, aralarındaki sözleşme kapsamından çıkarmıştır; yani, bir kısım işleri A Şirketi'ne yaptırmayarak üçüncü kişilere ihale etmiştir. İşte bu sebeple A Şirketi, B-C-D Adi Ortaklığını hasım göstererek (N) İlçesi Mahkemesinde bir tazminat davası açmış ve sözleşme kapsamı dışına çıkartılan işlerle ilgili olarak, bir miktar para alacağını talep etmiştir. Davalı B-C-D Adi Ortaklığı, yetki ilk itirazında bulunmuştur. Yetki itirazının gerekçesi şudur : B-C-D Adi Ortaklığını oluşturan her üç şirketin de ikametgâhı da (N) İlçe'sinde değildir; davacı A Şirketi'nin ikametgâhı da (N) İlçesi değil, Ankara'dır; her iki taraf arasındaki sözleşmenin yapıldığı yer, (N) İlçesi olmayıp, bu sözleşmede (N) İlçesi Mahkemesinin yetkili olduğuna dair bir anlaşma yoktur; öte yandan, davanın konusu bir miktar para alacağının tahsiline ilişkin olup, para borcunun ifa yeri de (N) İlçesi değildir, yani burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci yarım cümlesi hükmü de uygulanamaz; davada Ankara mahkemesi yetkilidir.

Davanın açıldığı yer olan (N) İlçesi Mahkemesi, yetki ilk itirazını kabul etmiş ve Ankara Mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Bu hüküm temyiz edilmiş ve Yargıtay 15 inci Hukuk Dairesi hükmü bozmuştur. Bozma gerekçesi şöyledir : "Taraflar arasındaki sözleşmenin (N) İlçesinde icra olunacağı iddiasıyla dava (N) İlçesi mahkemelerin açılmıştır. HUMK'nun 10. maddesi mukavelelerin icra olunacağı yer mahkemesinde de davanın görülebileceğini hükme bağlamıştır. BK'nun 73. maddesindeki düzenlemeye göre, para alacağının alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde davanın açılabilmesi için sözleşmede borcun ifa yerinin kararlaştırılmamış olması gerekir. Oysa işin bir bölümünün (N) İlçesi hudutları içerisinde icra olunacağı anlaşılmaktadır. Davacı,



davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesi dışında bir mahkeme olan işin icra mahalli mahkemesinde dava açabileceğine ve bu seçim onun tercihine bağlı olduğuna göre, yetki itirazının reddi ile işin esasına girilip, sonucuna göre bir karar verilmelidir. Dairemizin yerleşik uygulamaları da bu doğrultudadır (15. HD. 15.1 1998 gün 1997/5040 E. 1998/81 K. sayılı kararı). Mahkemece aksine görüşle dava dilekçesinin yetki yönünden reddi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...”.

İşte bu karar vesilesiyle, ifa yeri mahkemesinin yetkisi konusunu tartışmaya açmak ve bu konudaki görüşlerimi açıklamak isterim.

## B) “İFA (İCRA)” “İFA YERİ” KAVRAMLARI

Kanundaki (HUMK m. 10/birinci yarım cümledeki), “icra” kelimesi, borçlar hukukunda kullanılan “ifa” kelimesinin karşılığıdır. “İfa” ve “ifa yeri” kavramlarının, medeni yargılama ve icra-ıflâs hukuku bakımından özel bir anlamı ve bu doğrultuda ayrı bir düzenlemesi yoktur. Bu nedenle, bu kavramların açıklanması için madde hukuktaki anlamları esas alınmalıdır.

İfa kavramı, Borçlar Kanununda tanımlanmış değildir. Genel olarak kabul edildiğine göre, ifa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. İfa yoluyla alacaklı tatmin edilmiş olduğundan, borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulmuş olur (2).

Borçlu neyi borçlanmış ise, onu ifa etmek zorundadır. İfanın konusu, iki tarafça kararlaştırılır ve aradaki hukuki ilişkiden anlaşılır. Konu, verme veya yapma gibi olumlu (müspet) bir şey ola-

(2) Bkz. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995 s. 183 vd.; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt III, İstanbul 1994 s. 79 vd.



bileceği gibi, yapmama ve katlanma şeklinde olumsuz (menfi) da olabilir (3).

Öte yandan borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki münasebettir ve borç ilişkisi, kendilerine alacaklı ve borçlu denen iki taraf arasında, bunlardan birini veya herbirini diğerine karşı belli bir davranışta veya davranışlarda bulunmakla yükümlü kılan ve eşit haklarla yetkiler içerebilen hukuki bağıdır (4). Alacaklının borçludan elde etmek hakkına sahip bulunduğu davranış, borcun konusunu oluşturur ve buna da edim (ifa) denir.

Sözleşmeler, taraflara borç yükleme açısından ikiye ayrılır. Bazı sözleşmeler, taraflardan yalnızca birine borç yükler (tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler); örneğin, bağışlama sözleşmesindeki durum budur. Buna karşılık, bazı sözleşmeler her iki tarafa da borç (ve hatta çeşitli borçlar) yükler (iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler); örneğin, alım-satım sözleşmesinde, taraflardan biri alım-satım konusu malı teslim etme borcu altına girer, diğerinin borcu ise bedeli (semeni) ödemektir. Bu tür sözleşmelerde karşılıklı ifa çok önemli sonuçlar ortaya çıkarır ve herbirinin ifa borcunu yerine getirmesi veya getirmemesi o tarafın borcu bakımından hukuki sonuçlar ortaya çıkarır. Bu konuya aşağıda ayrıca dönülecektir.

### **İfa yeri'ne gelince :**

İfa yerinin bilinmesi çeşitli yönlerden önemlidir. İfa, taraflarca kararlaştırılan (veya kararlaştırılmamışsa, kanunen belli olan) yerde yapılmazsa, sözleşmeye aykırılık ortaya çıkar ve hatta te-

---

(3) **Oğuzman/Öz** s. 203 vd.

(4) **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993 s. 5.





merrüt hali ortaya çıkabilir. Yargılama hukuku bakımından da, ifa yeri mahkemesinin belirlenmesi önem arzeder.

İfa yerini taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Nitekim Borçlar Kanunu (m. 73) da, “borcun ifa edilmesi lâzım gelen yer, iki tarafın sarîh veya zımnî arzusuna göre tayin edilir” şeklinde ifade etmektedir. İfa yeri, bu şekilde tarafların iradesine göre belli edilebiliyorsa, ifa yeri olarak orası kabul edilir ve buna itibar esastır.

Eğer taraflar ifa yerini kararlaştırmamışlarsa, ifa yeri, Borçlar Kanununda (m. 73) belirtilen yedek hukuk kuralları ile belirlenir. Kanuna (BK. m. 73/2. cümlü) göre : “Hilâfına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur : 1- Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur. 2- Borç muayyen bir şeye taallûk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur. 3- Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Alacaklının ikametgâhında tediye edilmesi lâzım gelen bir borcun ifası, borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgâhını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının ikametgâhını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgâhında ifa olunabilir”.

Bu hükümden çıkan esaslar şunlardır :

#### 1- Para Borçlarında İfa Yeri :

Para borçlarında ifa yeri, borcun yerine getirileceği (ifa edileceği) zamana göre alacaklının ikametgâhı nerede ise, orasıdır. Kanundaki (m. 73/1) “verme zamanı” ibaresinden kasıt (sözgelimi, ödünç sözleşmesi bakımından borcun alacaklı tarafından borçluya verilme zamanındaki alacaklının ikametgâhı değil), borçlunun borcunu alacaklıya ödeyeceği zamandaki alacaklının ikametgâhı-



dır. Buradaki para borcu, sözleşmeden, haksız fiilden veya sebep-  
siz zenginleşmeden ve benzeri ilişkiden doğan hertürlü para borcu-  
dur. Yani, bu para borcunu, yalnızca ödünç (karz) sözleşmesine da-  
yandırmak sözkonusu değildir. Önemli olan, borçlunun ifa edeceği  
şeyin para olması yeterlidir. Para borçları, borçlu tarafından ala-  
caklının ikametgâhında (ayağında) ödenmesi gereken borçlardır.  
Buna, götürülecek borçlar da denir. Para borçlarının, alacaklının  
ikametgâhında ödenmesi, onun için bir kolaylıktır.

### 2- Mal (parça) Borçlarında İfa Yeri :

Borçlunun ifa borcunun konusu bir mal (parça) borcu ise, ifa  
yeri, sözleşmenin bağitlandığı zamanda mal nerede bulunuyorsa, o  
yerdir. Mal borcu bakımından, ifa yeri malın bulunduğu yer oldu-  
ğu içindir ki, alacaklı gelip o malı (sözleşmenin bağitlandığı za-  
mandaki) bulunduğu yerden alacaktır; o sebeple de bu borçlara  
“alınacak borç” denir.

### 3- Para ve Mal Borçları Dışındaki Borçlarda İfa Yeri :

Para ve mal borçları dışındaki borçlar, borçlunun ikametgâhın-  
da ödenir. Bunlara da aranılacak borçlar denir.

## C) HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU m. 10/Birinci Yarım Cümlelerin ANLAMLI

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 10 uncu maddesi-  
nin birinci yarım cümlesi “mukavelenin icra olunacağı (yer)” tabi-  
rini kullanmaktadır. Bir sözleşmede, eğer tek bir ifa mükellefiyeti  
varsa, davanın o yerde açılacağından şüphe yoktur. Ancak, eğer  
ifa mükellefiyeti birden çok ise veya karşılıklı olarak ifa edilecek  
ifalar varsa, dava nerede açılacaktır? Bu durumda yapılacak olan  
iş, uyuşmazlık konusu ifayı tesbit etmekten ibarettir. Diğer bir an-  
latımla, hangi ifa ihtilafı ise, dava o ifanın yerine getirileceği yer-  
de açılacaktır. Bu bakımdan, “Sözleşmelerden doğan uyuşmazlık-



larda uyuşmazlık konusu yükümlülüğün yerine getirileceği yerde açılacaktır. Bu bakımdan, “Sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusu yükümlülüğün yerine getirileceği yer mahkemesi yetkilidir” diyen Alman Usul Kanunu’nun (ZPO) 29 uncu paragrafı bizim Kanun’a oranla daha isabetli bir ifade kullanılmaktadır.

Öğretide, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 10 uncu maddesinin birinci yarım cümlesi şöyle anlaşılmaktadır :

Kuru’ya göre, “Sözleşmede karşılıklı olarak değişik yerlerde yerine getirilecek borçlar varsa, dava davalının borcunu yerine getireceği yerde de açılabilir. Meselâ bir demir satışında demirlerin Karabük’te teslim edileceği, buna karşılık satış bedelinin Ankara’da öneceği öngörülmüş olsun. Alıcı demirlerin teslimi için Karabük’te dava açabilir; çünkü, demirler bakımından sözleşmenin yerine getirileceği yer Karabük’tür. Buna karşılık, (demirleri teslim etmiş olan) satıcı, demir bedelinin ödenmesi için Karabük’te dava açamaz; Ankara’da açabilir; çünkü, satış bedeli için sözleşmenin yerine getirileceği (ödeneyeceği) yer, (Karabük değil) Ankara’dır (5).

Kalpsüz’e göre, “Borç mukaveleleri umumiyetle birden ziyade hak ve borçların doğumuna sebebiyet verir. Bu takdirde aynı mukaveleden doğan birden ziyade borçların mahiyet ve neveleri yekdiğerlerinden farklı olabileceği gibi, ifa modaliteleri ve hususiyle ifa mahalleri de ayrı ayrı olabilir. Böyle bir halde, bir bütün olarak borç mukavelesinin değil, ancak mukaveleden doğan münferit ve mütenevvi borçların icra olunacağı mahalden bahsedilebilir. Bu hususu nazarı itibare alan bazı yabancı kanunlar ve bu arada mesela Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, akitten doğan davalara “mukavelenin değil”, “münazaalı borcun” ifa olunması la-

(5) Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 1, İstanbul 1990, s. 295.



zım gelen mahal mahkemesinde bakılabileceğini tasrih eder. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 10. maddesinde “mukavelenin icra olunacağı mahal”den bahsedilmiş olmasına rağmen, bizde de, işin mahiyeti icabı mahkemenin selahiyetini tayinde, dava mevzuu olan borcun ifa edilebileceği mahallin esas alınması lazım geldiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde, münazaalı borç ile hiç alâkası olmayan bir mahallin dava mahalli olarak kabulü veya davacıya intihap hakkını en suiniyetli bir tarzda kullanabilmek, diğer bir ifade ile en işine gelen yeri seçmek imkânı veren pek muhtelif mahallerin mevzuubahis olması tehlikesi ile karşılaşılır. Bu bakımdan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun arzetmekte olduğu müphemiyet diğer bazı müellifler tarafından da farkedilerek, tamamen haklı ve isabetli bir surette, HUMK’nun 10. maddesinde akdin değil, ancak davakonusu olan borcun kastedilmiş olabileceği işaret edilmiştir. Netice itibariyle HUMK’nun 10. maddesi mucibince, satış aktinden mütevellit davalarda da, başlangıçta davanın hangi mahkemede açılabilceğinin ve müteakip sahalarda ise, davanın selâhiyetli mahkemede açılmış olup olmadığının tesbiti bakımlarından ifa yerinin tayini şarttır. Filvaki bir davada selahiyetli mahkemeyi tayin etmek üzere ifa mahallinin tesbiti bir usul meselesi değil, bir esas, yani bir medeni hukuk meselesidir. Bu itibarla mahkeme selahiyetli olup olmadığına karar verebilmek için, herşeyen önce, ifa mahallini medeni hukuk kaideleri dairesinde tayin ve tesbit etmek zorundadır” (6).

Aybay’a göre, “Mukavelenin icra olunacağı mahal nerededir? Bu sorunu cevabı, “muhavelenin (akdin) icrası sözü ile kasdolunan kavramın tesbitine bağlıdır. Bilindiği gibi borç kelimesi hem ala-

(6) Bkz. Turgut **Kalpsüz**, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960, s. 9-11 ve orada anılan Kemal Fikret **Arık**, Mukavelenin İfa Olunacağı Yer (ve bu yer mahkemesinin selâhiyeti), Yaşayan Hukuk Dergisi, yıl 1 sayı 1, s. 20-25.



caklı ile borçlu arasındaki hukuki münasebetin bütünü, hem de münferit alacak hakkı karşısındaki mükellefiyeti ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Geniş anlamda borç münasebeti daha dar bir kavram olan münferit borcu (veya borçları) ve alacağı (veya alacakları) ihtiva eder. Borçlar Kanununda borç kaynağı olarak gösterilen akit, münferit alacaklar ve borçlar ihtiva eden bir borç münasebetidir. Diğer yandan, bir borcun tabii gayesi olan ifa alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki münasebetin tamamına değil, yalnız münferit alacak hakkına taalluk eder... Bir akdin ifasından bahsedildiği zaman, ya münferit alacakların itfası gayesiyle yapılan münferit ifa fiilleri, ya da borç ilişkisinin ihtiva ettiği bütün borçların ortadan kaldırılması ifade olunur. Terim bakımından vuzuğu sağlamak için ifayı sadece münferit borcun itfasına matuf fiillere hasretmek uygundur. Bu akidden doğan borçlar ifa yoluyla ortadan kaldırılır; yoksa aslında, akit “ifa” olunmaz. Eğer bir akdin ihtiva ettiği borçların hepsinin veya bir kısmının ifası, akde muzaf terimle ifade olunmak istenirse, buna da “akdin icrası” demek uygun olur. İşte, HUMK md. 10’da kullanılan “mukavelenin icrası” terimi ancak tesbit ettiğimiz anlamda değerlendirilebilir. Bu surette icra yerinden bahsedildiği zaman, münferit borçların birinin veya birkaçının yahut hepsinin ifa olunacağı yer veya lerler anlaşılır” (7).

Postacıoğlu’na göre, “Mukavelenin muayyen bir yerde icrası taraflarca kararlaştırıldığı vakit, mukaveleden tevellüt edebilecek ihtilafların da o yer mahkemesinde görülebileceğini taraflar bundan dolayı hesaba katmak zorundadırlar. Eğer mukavele, karşılıklı olarak muhtelif yerlerde ifa edilecek vecibelere yer vermişse, da-

---

(7) Aydın **Aybay**, Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme (İÜHFİM 1961, XXVI/1-4 s. 218-225) s. 219-220.



valıya terettüp eden vecibelerin ifa mahalli, selahiyetli mahkemenin tayinine esas olur” (8).

Üstündağ’a göre, “İfa yeri neresidir? Borçlar hukuku bilgilerinden bilineceği üzere bir borç münasebeti taraflar için birden fazla alacak hakkı ve borç tesis edebilir. Meselâ bir sözleşmeden birden fazla münferit alacak ve borçlar doğabilir. Bunun sonucu olarak da ifa sözü, borç münasebetine değil, bu borç münasebetinden doğan her münferit borca ilişkindir... Örneğin bir sözleşmede bir tarafın farklı yerlerde ifa etmekle yükümlü olduğu birden fazla borcu bulunabilir. Bu takdirde ifa yeri, her münferit borç ve alacak bakımından müstakillen aranıp bulunmak gerekecektir. Bundan başka, sözleşmenin taraflarının, borçlu oldukları edimlerin ifa yerlerinin de farklı olması mümkündür” (9).

Öğretideki bu görüşlerin, genellikle Yargıtay kararlarında da benimsendiği söylenebilir. Şöyle ki :

“...Bir sözleşmeden, birden fazla münferit alacak ve borçlar doğabilir. Bunun sonucu olarak ifa sözü salt borç ilişkisine değil, bu borç ilişkisinden doğan her münferit borca ilişkindir. O nedenle akdin ifa yeri bir değil, birden çok değişik yerler olabileceğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır... Bu açıklamadan sonra denilebilir ki, “ifa yeri” her münferit borç ve alacak yönünden müstakillen aranıp bulunmak zorunluluğu vardır. Açıklanan hukuki dayanaklardan sonra yetki yönünden uyuşmazlığın çözümüne sıra gelmiştir. Davada, satım konusu aracın zaptı olgusuna dayanılmıştır. Gerçekte de satılanın tamamen zaptı satım akdinin münfesih olması sonucunu doğurur... Davacı alıcının, ödemiş bulunduğu se-

(8) İlhan **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975 s. 164.

(9) Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 224.



meni faiziyle birlikte verilmesini talep etmesi davalı satıcının sözleşme ilişkisinden kaynaklanan geri verme borcuna dayanmaktadır... Burada satım konusu aracın zaptından sonra semeni iade etme yönünden davalı satıcı borçlu, davacı alıcı da alacaklı durumundadır. O nedenle somut olayda yetki sorunu çözümlenirken satım sözleşmesinin zapt nedeni ile fesih olmasından sonra ortaya çıkan az yukarıda açıklanan davalının semeni iade etme borcunun ifa yerinin HUMK m. 10 ve BK m. 73/1 hükümlerince davacı alıcının ikametgâhı olacağına kuşku ve duraksamaya yerolmamalıdır...” (10).

“Taraflar arasında menkul mal satışına dair bir sözleşme yapıldığı ve İzmir’de mukim davacı Şirketin, Kayserideki alıcıya mal satın teslim ettiği ihtilafsızdır. BK’nun 73/b. 1 maddesine göre para borcunun ifa yeri alacaklının ikametgahının bulunduğu yer olmakla davacı satıcı, semen alacağı olan paranın kendi ikametgâhının bulunduğu İzmir’de ödenmesini isteyebilir.. Bu durumda HUMK’nun 10. maddesi hükmü uyarınca satıcının kendi ikametgahının bulunduğu İzmir Mahkemesi de yetkilidir” (11).

Yargıtay, inşaat (eser, istisna) sözleşmeleri bakımından da benzeri kararlar vermektedir. Örneğin :

“Davacı yapmış olduğu doğrama işleri bedelinden arta kalan 7.800 lira alacağının davalıdan alınmasını istemiştir. Mahkeme olay mahallinin Dörtöyol olduğu ve davanın o yer mahkemesinde açılması gerektiği nedeniyle davayı yetki yönünden reddetmiştir. Davacı, taraflar arasında kurulmuş eser sözleşmesine dayanarak yaptığı iş bedelinden arta kalan parayı dava etmiştir. HUMK’nun 10. maddesi gereğince, sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda, söz-

(10) 13. HD 6.4.1995, 3569/3453.

(11) 11. HD 7.3.1991, 8/1588.



leşmenin ifa olunabileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir. Davakonusu sözleşmeden doğan bir para borcudur. Para borcunun nerede icra olunacağı, başka deyişle yerine getirileceği Borçlar Kanununa göre belirlenir. Bu Yasanın 73. maddesine göre, aksi kararlaştırılmamışsa, para borcu alacaklının ödeme zamanındaki ikametgâhında ödenir. Bu nedenle davacı, para borcunun yerine getirileceği yer olan kendi ikametgâhında, başka bir ifade ile Osmaniye Mahkemesinde dava açmaya yetkilidir” (12).

Görüldüğü gibi, bu olayda istisna akdinin konusu olan doğrama işi Dört Yol İlçesindedir; işi yapan Osmaniye’de ikamet etmekte ve parasını alamadığını iddia etmektedir. Yargıtay Bu olayda doğru olarak, doğramanın yapıldığı yeri (Dört Yol İlçesini değil), dava konusu para alacağının ifa yeri olan alacaklının ikametgâhını (Osmaniye İlçesini) esas alarak sonuca varmıştır.

Bir başka olayda da şöyle karar verilmiştir : “...Dava, eser (istisna) sözleşmesine dayanılarak eser bedelinden kalan...liranın ödetilmesi istemine ilişkindir...Borçlar Kanununun 73. maddesinde borç bir miktar paradan ibaret ise ödeme alacaklının verme zamanında oturmakta olduğu yerde vukubulur. Bu nedenle ve HUMK’nun 10. maddesinin açık hükümleri uyarınca davanın İzmir’de açılması doğrudur” (13).

Uygur da, bu konuda şöyle demektedir : “Borçlar Kanununun 73. maddesinin 1. bendi gereğince aksi kararlaştırılmamışsa (istisna akdinde işverenin ücret borcuyla ilgili) ödemenin, müteahhidin ikametgâhında yapılması gerekir” (14).

---

(12) 15. HD 9.5.1980, 1202/1216 (YKD 1980/9 s. 1272-1273).

(13) 15. HD 15.2.1979, 2497/286 (Turgut Uygur, İnşaat Hukuku, Ankara 1993, s. 154).

(14) Uygur s. 374.





Özetle belirtilecek olursa, yukardaki açıklamalardan da görüleceği üzere, ifa yeri mahkemesinin yetkisi bakımından önemli olan husus, davaya konu edilen ifanın niteliğidir. Şayet işyüklenen kişinin işiyle ilgili bir dava açılıyorsa, işin yapıldığı/yapılacağı yer mahkemesi; şayet işyüklenen kişinin ücret (para) alacağı varsa, para borcunun ifa yeri neresi ise (BK m. 73), o yer mahkemesi yetkilidir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesindeki ifa yeri mahkemesinin yetkisinin anlamı budur.

Yukarda örnekleriyle açıklandığı üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 10 uncu maddesinin birinci yarım cümlesi bakımından önemli olan ifa borcunun ne olduğunun tesbitidir. Burada, bir örnek daha verilecek olursa : A'nın Ankara'da sahibi bulunduğu evin B'ye kiralandığını düşünelim. A'nın ikametgâhının da Konya olduğunu varsayalım. Böyle bir ihtimalde, A, kira konusu evi B'ye vermekten kaçınıyorsa ve böylece evi teslim yolundaki ifa borcunu yerine getirmiyorsa, B'nin A'ya karşı açtığı "evi bana teslim et" yolundaki dava, evin bulunduğu yer olan Ankara Mahkemesinde açılır. Evde kiracı olarak oturan B, süresi sonunda evi tahliye etmiyorsa, yani evi iade yolundaki ifa borcunu yerine getirmiyorsa, bu kez A'nın B'ye karşı açtığı evi tahliye etmesi yolundaki davada ifa yeri keza evin bulunduğu yerdedir (Ankara'dadır). Buna karşılık, kiracı B, kira bedellerinin ödemiye, A'nın B'ye karşı açacağı kira alacağının tahsili davası (para alacağıyla ilgili olarak ayrı bir ifa yeri kararlaştırılmadıkça), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 10 ve Borçlar Kanunu m. 73/1 uyarınca, A'nın ikametgâhının bulunduğu Konya mahkemesinde açılır. Nitekim Yargıtay'a göre de, "kira borcu kiralayana götürülerek ödenecek borçlardandır. Bu sebeple, kural olarak, kiralayanın ikametgâhında ödenmesi gerekir" (15).

(15) 6. HD 24.9.1979, 4543/6860.



Bütün bu açıklamalara karşılık, makalemin baş tarafında verdiğim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.12.1998 tarihli ve 1661/4742 sayılı kararında, aksi sonuca varılarak, davacı müteahhidin para alacağı için açtığı davada, Yargıtay 10 uncu maddeyi uygulayarak, para alacaklısının kendi ikametgâhında (Ankara'da) dava açılmayacağı sonucuna varmaktadır. Yargıtay'ın bu kararına göre, "73 üncü maddeye göre para alacağının alacaklının verme zamanında mukim olduğu yerde dava edilebilmesi için, sözleşmede borcun ifa yerinin kararlaştırılmamış olması gerekir; oysa işin bir bölümünün (N) İlçesi hudutları içerisinde icra olunacağı anlaşılmaktadır".

Kanaatimce Yargıtay burada, çok önemli bir inceliği (nüansı) gözden kaçırmaktadır. Şöyle ki :

73 üncü maddedeki yedek hukuk kuralının uygulanabilmesi için, tarafların ifa yerini ayrıca ve açıkça kararlaştırmamış olmaları gerekir. Bu saptama doğrudur. Ancak, Yargıtay, burada "akdin icra yeri"ni değerlendirirken, tarafların ayrı ayrı ifa borçlarının ne olduğuna bakmamakta ve "işin bir bölümünün (N) İlçesi hudutları içerisinde icra olunacağı" gerekçesini ileri sürmektedir. Yani Yargıtay, davacının açtığı davada istediği ifanın (davalı borçlunun yerine getirmekte olduğu edimin) ne olduğuna bakmamaktadır. Tekraren hatırlatılacak olursa somut olayda, Davacı (A), davalı B-C-D Adi Ortaklığı ile kendi aralarında mevcut bulunan sözleşmeden kaynaklanan bir para alacağını dava etmektedir. Yani, davada istenilen ifa, davalı tarafın bir paraya mahkûm edilmesidir. Eğer davayı, B-C-D Adi Ortaklığı, A Şirketi'ne karşı açmış olsa ve (A) Şirketinin ifa borcu olan işi yapma ile ilgili bir talepte bulunsa idi, işte o zaman ifa yeri (N) İlçesi olduğu içindir ki, (N) Mahkemesinde dava açılabilir.

Oysa Yargıtay somut olaydaki bu kararında, taraflar arasındaki sözleşmede taraflara ayrı ayrı düşen ifaları birbirine karıştır-



mıdır. Sözkonusu istisna akdinde, (A) Şirketi'nin ifa borcu, kendisine verilen işleri yapmak; B-C-D Adi Ortaklığı'nın ifa borcu ise parayı ödemektir. Somut olayda, A Şirketi'nin açtığı davanın, bir kısım işlerin sözleşme kapsamından çıkartılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini davası olduğundan hareketle, sözleşme kapsamından çıkartılan bir kısım işlerin ifa yerinin (N) İlçesi olduğu gibi bir mantıktan da hareket edilemez. Çünkü, davanın konusu, kapsamdan çıkartılan işlerin A Şirketi'ne verilmesi değil (ki, özel hukuk ilişkileri çerçevesinde bunu zorlama imkânı dahi tartışma götürür), uğranılan zararların tazmini davasıdır; yani, dava bir para alacağının dava edilmesidir.

Yargıtay'ın bu kararında yaptığı gibi, bir sözleşmedeki karşılıklı ifaları birbirinden ayırmaksızın, "akdin icra edileceği" ibaresindeki genel ifadeye bakarak, sözleşmedeki bir kısım ifalardan hareket etmesi yanlışlıklara yolaçabileceği gibi, yetki kurallarını da uygulanamaz hale getirebilir. Örneğin, İstanbul'da ikamet eden A, Van'da ikamet eden B'ye bir mal teslim etmiş ve fakat alacağını alamamış olsa, bunun üzerine A'nın açacağı davada 'Van mahkemesi yetkilidir; çünkü, akdin icra edildiği yer Van'dır" demek; Borçlar Kanunu'nun 73 üncü maddesinin 1 inci bendini yok saymakla eş anlama gelir. Oysa, Borçlar Kanununun 73/1 hükmü, kendisine düşen ifa borcunu yerine getirmiş bulunan ve fakat karşı ifa borcu olan satış bedelini ödemeyen B karşısında, A'yı korumaya yönelik bir hükümdür.

Bu sebeplerle, Yargıtay 15 nci Hukuk Dairesi'nin 15.12.1998 tarihli ve 1661/4742 sayılı kararına kesinlikle katılmamaktayım.

Bu konudaki açıklamalarımı bitirmeden, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 10 uncu maddesinde belirtilen sözleşmenin, konusu malvarlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler olduğunu; şahısvarlığı hukukuna (kişinin hukuku ve aile hukukuna) ve miras hukukuna ilişkin sözleşmelerin bu kapsama girme-



diğini ve 10 uncu maddedeki yetkinin kamu düzenine ilişkin bir yetki olmadığını eklemek isterim.

#### D) SONUÇ :

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinin birinci yarım cümlesindeki "mukavelenin icra olunacağı mahal mahkemesi" ibaresinde yer alan "icra" tabiri, ifa (yerine getirme) anlamındadır. Ancak, bir sözleşme de tarafların karşılıklı ifaları yükümlenmesi halinde, yetkili mahkemeyi belirlerken, davacının açtığı davada karşı tarafın neyi ifa edeceğine bakılmak gerekir. İfa kavramı, maddi hukuka ilişkin bir kavramdır. Borçlar Kanunu'na (m. 73) göre, ifa yeri konusunda tarafların bir anlaşması varsa, ona itibar edilir; taraflar ifa yerini kararlaştırmamışlarsa, para borçlarında alacaklının ikametgâhında; mal (parça) borçlarında sözleşmenin bağitlanması sırasında mal (parça) nerede ise orada; para ve mal borçları dışında ise borçlunun ikametgâhında ifada bulunulur.

Öğretide ve yerleşik Yargıtay kararlarında da, bu esas kabul edilmekte olup, ifa yeri bakımından, her bir tarafın somut uyumsuzluk bakımından olan ifa borcuna bakılmalı ve ifa yeri mahkemesinin yetkisi belirlenirken buna göre hareket edilmelidir. Kanundaki "mukavelenin icra olunacağı yer mahkemesi" tabiri, taraflardan herhangi birinin ifasının yapılacağı yer mahkemesi değil, "davaya konu ifanın yerine getirileceği yer mahkemesi" anlamındadır.





# CEZA ADALETİ SİSTEMİ : DE FACTO ANALİZİ

*Dr. Mustafa T. YÜCEL (\*)*

Kolluk (polis ve jandarma), Cumhuriyet savcılığı, ceza mahkemeleri, Yargıtay ve ceza infaz kurumlarından oluşan ceza adaleti sisteminin sadeleştirilmesi ve etkinleştirilmesine yönelik **yapısal analiz** gereği güncelliğini koruya gelmiştir. Bu tür analize niçin ihtiyaç duyulduğunun yanıtı ise çok boyutlu olup; iş yükü artışı, yargılamanın uzaması (adli kilitlenme) savları, kararlardan tatminsizlik gibi nedenlerle adalet mekanizmasının devamlı olarak eleştirilmesi, adli reform istem ve taleplerinin kişi, kuruluş ve siyasi kurumlarca dile getirilmesi, hak arayışı ve hukuk arasında yabancılaşma sürecinin sebebiyet verdiği kriz ile adliyeye olan güvenin sarsılması görünümü yapısal analiz gereğini ortaya koymaktadır.

Her sistem, her obje/kurum/örgüt gibi yapıt denilen bir iç düzene sahiptir. Yapıt, objeyi oluşturan unsurlar ile onların birlikte bulunuşunu kapsamaktadır. Yapıt, ne varki, gerçeğin tümünden şablon üretilmesi anlamında olmayıp, objeye denge ve devamlılık sağlayıcı seçilmiş unsurlar bütünüdür. Yapısal analiz, böylece, objenin

---

(\*) Hakim Genel Müdür



oluşum şeklini, diğer bir anlatımla, unsurlar ile onlar arasındaki bağlantıların belirlenmesi anlamına gelmektedir (1).

İşte kamu güvenliği ve insan hakları açısından önemi gittikçe artmakta olan ceza adaleti sistemindeki yapıyı ortaya koymak üzere mevcut sistemin öğelerine ait istatistik ağırlıklı analize aşağıda yer verilmektedir.

### **Cumhuriyet Savcılığı**

Ceza mahkemelerindeki optimum çalışma hızı, kamu davasındaki isabet yüzdesi ile ilişkili olduğundan, hazırlık soruşturması sonunda, kamu davasının açılması için yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi halinde takipsizlik kararı verilmesi (CMUK.164.md.) normuna işlerlik kazandırılması oldukça önemlidir (2). Bu doğrultudaki en güzel örneği % 99.9'luk mahkumiyet oranı ile Japonya vermektedir. Japonya'da egemen olan (beyond a reasonable doubt) yaklaşım en ufak kuşku halinde kamu davası açılmaması doğrultusundadır. Bu yaklaşım oldukça rasyonel, ekonomik ve insancıldır. Bilinmelidir ki, beraat kararına karşın sanık kişiye vurulan itham damgası kolaylıkla silinemez. Kamuoyu nezdinde kişinin alınındaki kara leke beraat etmesiyle nadiren silinmektedir. Kişinin beraat etmesine karşın genelde halk, özelde tanıdıkları/komşuları ithamı hatırlayarak onun suçluluğundan kuşku duyabilmektedirler. Asıl önemli olanıda, masum bir sanığın gereksiz itham edilmesi sonucu başlayan yargılama süreci boyunca maruz kalabileceği psikolojik travmadır. Bu sakınca-yı gidermek ötesinde sistemdeki iş yükünü azaltmak üzere bu ev-

(1) M.T. Yücel **Kriminoloji (Suç ve Ceza)** Ank., 1986 ss. 317-320

(2) TÜSİAD. **Yargılama Düzeninde Kalite**, İst., 1998 s. 80: "... Savcılar otomatik dava açma makinesi olmaktan çıkarılmalıdır."; A.O. Kaynak. "Hazırlık Soruşturmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi" **Ankara Barosu Dergisi**, 1998/2, ss.56-62.



rede "ithamın ertelenmesi"ne bazı ülkeler, örneğin Japonya ceza usul kanununda (Madde 248) yer verilmiştir: Suçlunun karakter, yaş ve durumu, suçun ağırlığı, suçun işleniş şekli ve suç sonrası koşullar göz önüne alındığında, Savcılıkça itham gereksiz görüldüğünde davanın açılmaması emredilmektedir. İthamın ertelenmesindeki en önemli etmenler ise, tazmin ve mağdurun duygularının tatmin edilmesidir. Japonya'da bu kurumun uygulama kapsamı hakkında fikir vermek üzere bazı suç türleri itibariyle oranlarına (1995) aşağıda verilmiştir:

Tablo 1.

Suç türü	İtham (%)	İthamın ertelenmesi (%)
Toplam	61.7	37.0
Adam Öld.	43.8	4.3
Gasp	80.6	6.5
Müessir fiil	72.8	24.1
İrtikap	59.5	33.8
Hırsızlık	54.9	41.3
Dolandırıcılık	62.2	29.6
Zimmet	13.9	85.0
Irza geçme	67.3	13.7
Irza tasaddi	47.5	14.3
Rüşvet	67.0	22.9
Cebir ve şiddet	71.3	24.9
Ateşli silah	62.5	32.3
Stimulan ilaçlar	87.5	6.6
Trafik suçları	93.7	5.9

İthamı ertelenen  
sanık sayısı

İthamın ertelenmesi oranı=  $\frac{\text{İthamı ertelenen sanık sayısı}}{\text{İtham edilen + ithamı ertelenen sanık sayısı}} \times 100$

İtham edilen + ithamı ertelenen sanık sayısı

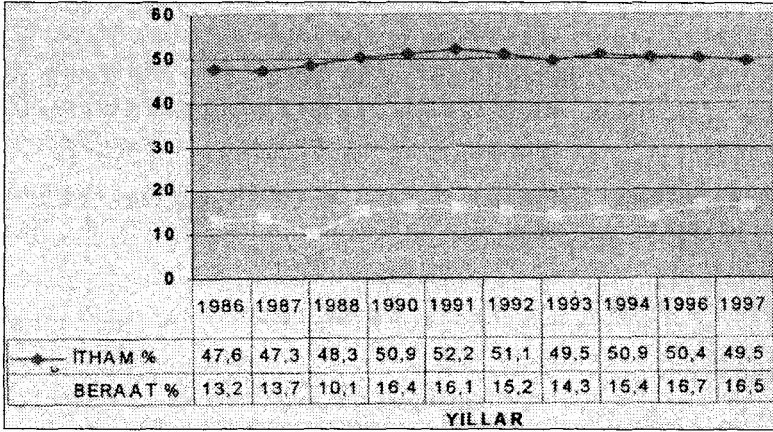




Bu tabloda görüldüğü üzere, adam öldürme, gasp ve ırza geçme gibi ciddi suçlar dışındaki suçlarda ithamın ertelenmesi oranı oldukça yüksek bulunmaktadır.

Ceza yargılama hukukumuzda, "iddianamenin reddi veya kabulü" diye bir kurum olmadığından; özellikle asliye ceza/ağır cezalılı işlerde açılacak kamu davasının, ciddi soruşturma ve kovuşturmalar sonucu elde edilen "yeterli delille" desteklenmesine özen gösterilmesi yargılamanın saygınlığı açısından önemlidir. Kamu davası açılması evresinde, Cumhuriyet Savcılarınca sorgu yargıcı kapasitesinde verilecek kararların, dava ekonomisi, kişi hakları ve kamu güvenliği açısından etkisi ise küçümsenemeyecek ölçüdedir. Ne var ki, 1986-1994 yıllarına ait **itham ve beraat yüzdelerine** ait aşağıdaki veriler bu yaklaşımı yansıtmamaktadır.

**Tablo 2**



### İddianame

$$\text{İtham yüzdesi} = \frac{\text{İddianame}}{\text{İddianame} + \text{Takipsizlik} + \text{Ön ödeme}} \times 100$$



Beraat oranının yüksek olması ve ön ödemenin kapsam itibarıyla genişletilmesine (...cezanın yukarı haddinin üç aya çıkarılmasına, 3506 sayılı K.,T.C. **Resmi Gazete** 14/12/1988) karşın 1989 yılında itham yüzdesinde yaklaşık % 2'lik bir artış görülmesi karşısında kamu davası açma pratiğinde köklü bir değişim gereğini vurgulamaktadır. Bu doğrultuda, sanık ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı ise **ithamın ertelenmesi** ile iddianamede, kamu davasının açılmasını haklı gösterecek yeterli delil gösterilmemiş olması halinde ise, mahkemece **iddianamenin reddine** karar verilmesinin Ceza Usulüne kazandırılması ve en son evrede de Hollanda, Fransa, Belçika, Almanya, ve İngiltere'de olduğu gibi kamu davası açılmasında "takdirilik ilkesi'nin yasallaştırılması gereklidir. Hiç kuşkusuz, Cumhuriyet Savcıları için dava ekonomisine yönelik seminer çalışmaları da kurumsallaştırılmalıdır. İşte bu düşünceler doğrultusunda **CMUK Ön Tasarısında** (1999) erteleme ile iddianamenin iadesi ve reddi'ne yer verilmiştir.

### **DGM Cumhuriyet Savcılıkları**

DGM Savcılıklarında, 1994 yılı itibarıyla mevcut 24370 işten % 48.4'ünün sonuçlandırıldığı; iş yükünün son beş yıl içinde 5.2 kat artış gösterdiği ve ortalama tahkikat süresinin 135 gün aratarak 276 günü bulduğu saptanmıştır. Bu savcılıklardan çıkan işlerin değişimini sergilemek üzere 1988-1997 dönemini kapsayan istatistikî bilgilere aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.



**Tablo 3:** DGM Cumhuriyet Savcılıklarında Çıkan İşlerin Yıllara Dağılımı

Yıllar	Takip-Sizlik	Kamu Davası	Yetki-sizlik	Görev-sizlik	Birleş-tirme	Çıkanın Gelene %
1988	24.5	47.8	3.2	18.3	6.2	67.8
1989	27.2	49.6	3.5	14.8	4.9	65.1
1990	28.2	54.6	1.7	11.1	4.4	60.7
1991	32.4	45.7	7.7	9.6	4.6	60.5
1992	22.8	54.9	1.0	15.7	5.6	53.9
1993	19.7	55.7	10.7	6.9	7.0	48.7
1994	17.7	59.4	11.6	5.1	6.2	48.4
1995	20.8	60.6	3.5	8.3	6.9	39.4
1996	20.1	57.5	4.3	10.8	7.3	33.8
1997	14.0	41.7	29.8	9.4	5.1	37.6

DGM Savcılıklarınca açılan kamu davalarını, çıkan işlere oranladığımızda; % 57.5 olarak bulunan Türkiye ortalamasının Diyarbakır'da 67.9, Erzinan'da ise % 37.6 olmak üzere değişik bir trend izlediğine tanık olunmuş; 1994 yılında % 77'ye vuran olan it-ham yüzdesinde azalma eğilimi görülmüş; beraat oranları husu-sunda ise Türkiye ortalamasından oldukça yüksek bir yüzde sergi-lendiğine tanık olunmuştur. Bu durumu vurgulamak üzere her iki veri serisine ait tablo görünümü (1988-1997) şöyledir.

**Tablo 4.**

Yıl	İtham %	Beraat %
1988	58.5	55.7
1989	64.6	61.8
1990	65.9	56.9
1991	58.5	65.2
1992	70.7	59.0
1993	73.9	60.1
1994	77.0	56.4
1995	74.5	50.6
1996	74.0	42.6
1997	74.8	31.8



## Cumhuriyet Savcılıkları

Cumhuriyet savcılıklarında 1997 yılında mevcut 2293547 işten % 67.3'ü sonuçlandırılırken; % 0.8 (Yalova) ile % 62.4 (Kartal) arasında değişen oranda faili meçhul dosyaya tanık olunmuştur. Bu oranın Türkiye ortalaması %27.6'dır (3). Bu oranın Fransa'daki görünümlü % 42'yi bulmaktadır (1990). "Açılan kamu davaları"nın Savcılıklarda çıkan işlerdeki payı açısından Savcılıklar arasında DGM örneğinde olduğu gibi önemli değişimlere tanık olunmaktadır. 1997 yılında % 24.8 ile % 61.3 arasındaki bu oranın Türkiye ortalaması % 43.1 iken, itham yüzdesi 49.5'i bulmakta; ve 1986 yılına göre % 2'lik bir artış kaydettiğine tanık olunmaktadır. Bu bağlamda ise usul ekonomisi açısından önemli bir kurum olan ön ödemenin sistem girdisinde iş yükünü azaltmadaki işlevi küçümsenmeyecek bir ölçüye ulaşmaktadır. Nitekim, yalnızca ön ödeme nedeniyle kamu davası açılmayanların pastadaki payı 1997 yılında % 26.5'i bulmuştur. Bu durumu mahkeme evresinde içermek üzere belgelemek için yapılan istatistiki inceleme; T.C.K. 119. Maddesi uyarınca **ön ödeme** sonucu "kamu davası açılmayan" ve "kamu davası ortadan kaldırılan" işlere ait 1986-1996 yılları verileri ve değişim trendi şöyle bir tablo çizmektedir:

**Tablo 5.**

Yıllar	Kamu Davası Açılmayan	Kamu Davası Ortadan Kaldırılan	Toplam	Değişim
1986	161387	61890	223277	100
1987	190238	58317	248555	111
1988	235291	63135	298426	134
1989	192009	83982	275991	124
1990	212530	85135	297665	133
1991	219275	91526	310801	142
1992	230758	123662	354420	159
1993	235127	142878	378005	169
1994	260078	154349	414427	186
1995	225025	196787	421812	189
1996	228669	193290	421959	189
1997	242234	133116	375350	168

D:1986=100

(3) M.T. Yücel **Kriminoloji (Suç ve Ceza)** Ank., 1986 ss. 317-320.



## Cumhuriyet Savcılığı ilkeleri

Cumhuriyet savcılığı hizmetlerinin rasyonel ve etkinliği amacıyla aşağıda yer alan ilkelerin realize edilmesi önem kazanmaktadır:

- Takipsizlik kararı verilecek işler açısından "case screening" diye adlandırılan ayıklama işlemine özen gösterilmesi;
- Takipsizlik kararı verilen işler hakkında kolluk görevlilerinin periyodik toplantılarla bilgilendirilmesi;
- Kamu davalarının kıdemli Cumhuriyet Savcılarında oluşan bir ekip incelemesinden geçirilerek "yeterli delil" olmadıkça kamu davası açılmaması ilkesine işlerlik kazandırılması;
- Kamu davasının sonuçları hakkında savcılık ve kolluk arasında görüş birliğinin sağlanması;
- Pilot projelerle savcılıklarda kolluk görevlisinin veya kollukta savcılarının çalışma imkanına kavuşturulması;
- Savcılık ve kolluk arasında düzenli iştişarenin benimsenmesi;
- Ceza adaleti sistemi hakkında sanık, tanık ve mağdurlar için bilgilendirme broşürleri yayınlanması;
- Metropol adliyeleri savcılıklarında iş türlerine göre "özel bölümler" (örneğin ekonomik suçlar bölümü) oluşturulması;
- Metropol/iş yükü fazla olan Savcılıklarda profesyonel "idari müdür" görevlendirilmesi;



- Savcılıklarda "ekip çalışması" ruhunun geliştirilmesi; hizmet içi eğitim programları ile bilgilendirmeye süreklilik kazandırılması;
- Farklı türdeki davaların çözümlenmesi için özellikle DGM Savcılıkları arasında bilgi alışverişi sağlanması;
- Kalitenin yükseltilmesi için Savcılık ve Kolluk arasında gerekli olan yakın işbirliği ve iletişimin ceza mahkemeleri ile de oluşturulması.

## Ceza Mahkemeleri

Ceza mahkemelerine 1996 yılı içinde "yeni gelen toplam iş" yükünün mahkeme türlerine göre yüzde dağılımının (DGM'de 0.70; Ağır Ceza'da 4.55; Asliye Ceza'da 46.2; ve Sulh Ceza'da 48.6) ile olması gereken piramit yapıyı nispeten korurken; aşağıdaki toplam iş yüküne ilişkin tabloya göz atıldığında ise; bu korumanın çok da gerçekçi olmadığı görülecektir.

**Tablo 6.**

Mahkeme Türü	Geçen	Yeni Gelen	Bozularak Gelen	Toplam
	Yıldan Kalan			
D.G.M	6175	6040	696	12911
Ağır Ceza	30116	34172	3324	60096
Asliye Ceza	352741	400822	13416	766979
Sulh Ceza	131449	421947	9484	560857

Bu mahkemelerin çıkardığı iş-verimlilik oranı (çıkan işin toplam işe oranı) araştırıldığında ise, karşımıza farklı bir yapı çıkar. Şöyle ki, bu oran DGM'de % 50.6; Ağır Ceza'da % 50.1; Asliye Ceza'da % 50.1 ve Sulh Ceza'da ise 74.9'dur. DGM dışındaki mahkeme türlerinin geçmiş yıllara ilişkin verimlilik analizi (% olarak) yapıldığında ise sulh ceza mahkemeleri dışındaki mahkemelerde, bir düşüşe tanık olunmaktadır:



**Tablo 7.**

<b>Mahkeme türü</b>	<b>1962</b>	<b>1963</b>	<b>1966</b>	<b>1967</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>
<b>Ağır Ceza</b>	58.5	61.5	63.8	55.8	56.4	54.8	50.1
<b>Asliye Ceza</b>	65.5	80.6	80.2	58.7	53.5	52.4	50.1
<b>Sulh Ceza</b>	55.6	60	64.9	55.4	75.8	75.0	74.9

Verimlilik oranı açısından üç metropol kentteki Türkiye ortalamasından sapmalar (**S**) ise ilginç görülmüştür:

**Tablo 8.**

<b>Mahkeme Türü</b>	<b>Ankara %</b>	<b>S</b>	<b>İstanbul %</b>	<b>S</b>	<b>İzmir %</b>	<b>S</b>	<b>Türkiye %</b>
<b>Ağır Ceza</b>	60.6	+4.5	49.6	-6.5	39.2	-16.9	56.1
<b>Asliye Ceza</b>	61.0	+7.6	44.4	-9	52.5	-0.9	53.4
<b>Sulh Ceza</b>	84.2	+8.4	79.8	+4	87.5	+11.7	75.8

Bu verilere göre, ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerindeki verimlilik oranı, Ankara için Türkiye ortalaması üstünde iken, İstanbul ve İzmir'de ortalamadan eksi sapma görülmektedir.

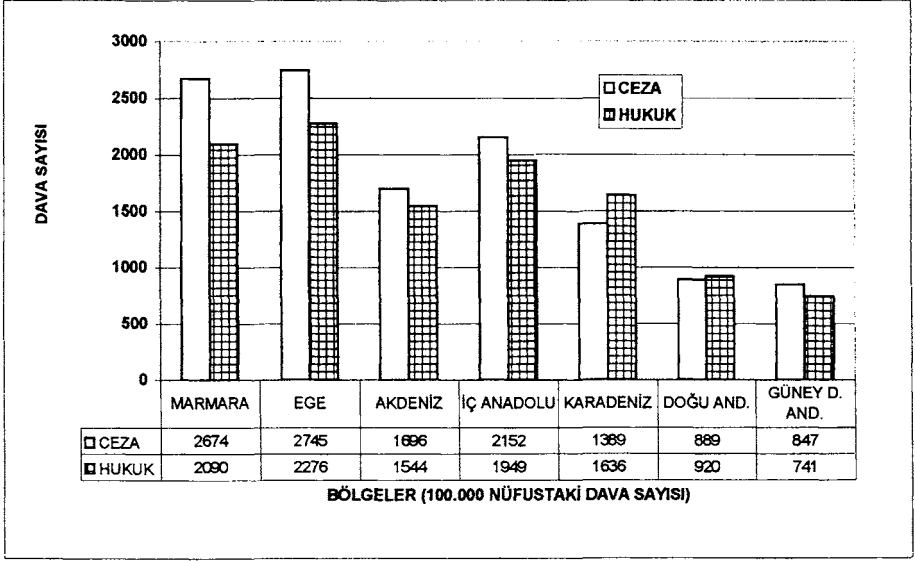
## **Hukuk Davalarının Ceza Adaletine Etkisi**

Hukuk davalarından özellikle gayrimenkulün aynına ilişkin davalar ile tedbir kararları, kanuni faiz/temerrüt faizinin gerçekçi olmayışı, makul süresinde bitirilemeyen, psiko-sosyal gerilimi fazla olan davaların ceza adaleti için yeni işler yarattığı bilinmektedir. Nitekim, ABD'nin çoğu eyaletleri ile ekser devletler ceza adaleti sisteminde görülen krizi etkileyen unsurlar arasında hukuk mahkemelerinin işlevsel açıdan etkisizliği de yer almaktadır. Bu saptama en son olarak Amerikan Barolar Birliği Başkanı R. William İde III tarafından ABD'deki Hukuk Yargılaması Zirve Toplantısında (17-18 Aralık 1993) "Hukuk yargılama sisteminin etkinliği arttıkça ceza adaletine ihtiyaç azalacaktır." deyişi ile dile getirilmiştir. Türkiye'de bölgeler itibariyle 100.000 nüfusa düşen 1997 yı-



lı dava sayılarına bakıldığında hukuk ve ceza davaları arasında saptanan olumlu korelasyon katsayısı (0.95) bu tezi doğrulamaktadır. İşte, hukuk mahkemelerindeki etkinliğin toplumsal düzen sağlamadaki işlevi oldukça önem kazanmaktadır.

Tablo 9.



## Kabarık İş Yükü Nedenleri

### 1.Gıyabı tutukluluk

Gıyabı tutuklu dosya oranının yüksek olması da görünürdeki iş artışına (ve yargılama süresinin uzamasına) neden olmaktadır. İstanbul Ağır Ceza, Asliye Ceza ve Sulh Ceza mahkemelerindeki gıyabı tutuklu dosya oranları sırasıyla % 20.4, % 16.3 ve % 17.9'dur. Benzer şekilde Ankara Ağır Ceza, Asliye Ceza ve Sulh Ceza mahkemelerindeki gıyabı tutuklu dosya oranı sırasıyla % 20.3, % 16.0, % 12.9'dur. Bu tür davaların sisteme girmesiyle mahkemelerdeki kronik bir iş yükü sürekli olarak bir sonraki yıla devretmek-





te; ve mahkemelerdeki yargılama süresi ise uzamaktadır. **CMUK Ön Tasarısı** (1999) ile bu kronik duruma son verilebilmektedir.

## 2. Talikler

Her talik davanın işlem süresini uzattığı ve iş yükü birikimine neden olduğu için **talike** işlevsel olması dışında başvurulmaması temel usul ilkesidir. Bu amaçla, tensipte yer alan iş ve süreçlerin daha gerçekçi bir takvimi yapılarak, taraflara hazırlık için gerekli süre sağlanmalı; ve bu konuda ödünsüz bir uygulama kurularak yalnızca esaslı bir nedenin bulunması halinde talik yapılabileceği bilinci yerleştirilmelidir.

Talikler (**split trial process**) bağlamında yapay celselerin etkisini saptamak üzere Ankara Adliyesi Asliye Ceza Mahkemelerinde örnekleme tekniği kullanılarak seçilen 1000 dosyaya ilişkin aşağıdaki bulgular oldukça ilginçtir:

Karar türüne göre dava, sanık ve celse sayısı dağılımı aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

**Tablo 10.**

Karar Türü	Dava		Sanık		Celse	
	Sayısı	%	Sayısı	%	Sayısı	%
<b>Mahkumiyet</b>	464	46.5	560	45.8	1102	49.8
<b>Beraat</b>	297	29.8	395	32.3	576	26.0
<b>Diğer</b>	237	23.7	267	21.8	537	24.2
<b>Toplam</b>	998	100	1.222	100.0	2.215	100.0

Dava başına sanık sayısı : 1.2  
Ortalama celse sayısı (Genel) : 2.2  
Mahkumiyet : 2.4  
Beraat : 1.9  
Diğer : 2.3



Yukardaki tabloda görüleceği üzere, incelenen dosyaların 464'ünde mahkumiyet (% 46.5), 297 (% 46.5), 297'sinde beraat (% 29.8) ve 237'sinde diğer kararlar (% 23.7) verilmiştir.

Araştırma kapsamındaki 998 davaya ilişkin sanık sayısı 1222 olup, bunların 560'ı mahkumiyet (% 45.8), 395'i beraat (% 32.3) ve 267'si diğer kararlar (% 21.8) iken; ve toplam 998 dava 2215 celsede sonuçlandırılırken, bu çerçevede bir dava için ortalama celse sayısı 2.2 dir. Ancak, ortalama celse sayısı mahkumiyetle sonuçlanan davalarda 2.4, beraatle sonuçlanan davalarda 1.9 ve diğer davalarda ise 2.3 dür. İki celse arasındaki ortalama da süre 39 gündür

**Tablo 11: İlk celse ile son celse arasında geçen süre dağılımı**

Karar Türü	0-1		1-3		3-6		6-12		12		Ort. Süre-G
	Ay	%	Ay	%	Ay	%	Ay	%	Üstü	%	
Mahkumiyet	200	43.0	114	54.3	82	41.4	54	54.0	14	56.0	90
Beraat	163	35.1	50	23.8	56	28.3	23	23.0	5	20.0	72
Diğer	102	21.9	46	21.9	60	30.3	23	23.0	6	24.4	90
Toplam	465	100	210	100	198	100	100	100	25	100	
Birikimli süre											
Mahkumiyet	200	43.1	314	67.7	396	85.3	450	97.0	464	100	
Beraat	163	54.9	213	71.7	269	90.6	292	98.3	297	100	
Diğer	102	43.0	148	62.4	208	87.8	231	97.5	237	100	
Genel	465	46.6	675	67.6	873	87.5	973	97.5	998	100	

Yukardaki tabloda ilk celse ile son celse arasında geçen ortalama süre 85 gün olup, bu süre mahkumiyet ve diğer kararlarda 90 güne yüselirken, beraat kararlarında 72 güne inmektedir. Suç türüne göre ise, en uzun olanı 108 gün ile dolandırıcılık, 102 gün ile müessir fiil ve 97 gün ile Kaçakçılık Kanununa ait suçlardır. Araştırma kapsamındaki 998 davanın 465'i (% 46.6) bir ay ve daha kısa sürede karara bağlanırken; 873'ü (% 87.5) altı aydan daha kısa sürede sonuçlandırılmıştır. Bir aydan daha kısa sürede karara bağlanan davaların mahkumiyet, beraat ve diğer karar türlerindeki oranı sırasıyla % 43.1, % 54.9 ve % 43.0 iken bir yıldan daha faz-



la süren davalardaki (25) oran ise, mahkumiyet kararlarında % 3, beraat kararlarında % 1.7 ve diğer kararlarda % 2.5'tir. Celse sayısı ile yargılamanın uzunluğu arasındaki ilişki karşısında aşağıdaki tablo yargılama süresi açısından oldukça iyimser bir görünüm sergilemektedir.

**Tablo 12.**

<b>Celse Sayısı</b>	<b>Dava Sayısı</b>	<b>%</b>	<b>Birikimli</b>
1	400	40.1	40.1
2	276	27.7	67.7
3	160	16.0	83.8
4	81	8.1	91.9
5	48	4.8	96.7
6	19	1.9	98.6
7	14	1.4	100.0

Ortalama celse sayısı : 2.2

Bu tabloya göre, araştırma kapsamında incelenen davalardan yalnızca 14'ünün yedi celsede (%1.4) karara bağlanırken, 400'ünün bir celsede (% 40.1) sonuçlandırıldığı, üç celse ve daha az sürede sonuçlanan dava sayısı ise 836 (% 83.8) dir.

İstanbul ve Ankara'daki ağır ceza mahkemelerinde kesinleşmiş 1105 dosya üzerinde yapılan incelemede de celse sayısı bakımından yaklaşık değerler saptanmış; 918 davadan 365'inin (% 39.7) bir celsede sonuçlandırıldığı; üç celse ve daha az sürede sonuçlandırılan dava sayısının 699 (% 76.1) olduğu görülmüştür. Talik nedenlerine göre dosya sayılarının oransal dağılımı ise şöyledir:



**Tablo 13.**

Talik Nedeni	Sayısı	%
Tarafların gelmemesi	720	36.1
Diğer Mahkemelerden Talimat Cevabının Gelmemesi	70	3.5
Nüfus Kaydının Gelmemesi	128	6.4
Sabıka Kaydının Gelmemesi	75	3.8
Bilirkişi Raporunun Gelmemesi	133	6.7
Yazı Cevaplarının Gelmemesi	504	25.3
Keşif Yapılmaması	45	2.3
Tebliğat Yapılmaması	14	0.7
Diğer Davaların Sonucunun Beklenmesi	8	0.4
Dosyanın Tekike Alınması	53	2.7
Taraf Değişikliği	1	0.1
Sanığın Bulunamaması	180	9.0
Diğer Nedenler	64	3.2
<b>Toplam :</b>	<b>1995</b>	<b>100.0</b>

### Yargılama Süresi-Makul Süre

Davaların hızla sonuçlandırılması, tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılamayı isteme hakları, anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer almış; hızlı yargılama kavramı, adaletin bir gereksinmesi olarak **Anayasa 141 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6. maddelerinde ifade edilmiştir.** Cezalandırma hızlı olduğu, suçu yakından takip ettiği oranda adil ve yararlı olacaktır (Beccaria). Kuşkusuz, yargılama süresinin makul süre ötesinde gereğinden fazla uzaması halinde Sözleşme ve Anayasa hükümlerine aykırı hareket edilmiş olacaktır. Bu çerçevede, makul sürenin saptanması açısından " tarafların davranışları" ve "davanın karmaşıklığı" önemli öğelerdir.

Ceza mahkemelerinde gün olarak ortalama yargılama süresi (M) 1986- 1996 yılları verilerine göre şu tabloyu sergilemektedir.



Tablo 14.

Mahkeme Türü	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996
D.G.M	127	144	137	165	184	168	203	250	269	305	341
Ağır Ceza	332	313	244	256	267	243	233	239	246	263	306
Asliye Ceza	276	266	244	260	271	258	282	301	288	320	331
Sulh Ceza	158	174	122	180	175	160	140	123	114	118	115

Ortalama yargılama süresi =  $(2X+Y-Z)/(Y+Z)*360$

X= Geçen yıldan kalan dava sayısı

Y= Yıl içinde açılan dava sayısı

Z= Karara bağlanan dava sayısı

Bu tabloya göre süre, D.G.M ve Asliye Ceza mahkemelerindeki iş artışına paralel olarak önemli derecede artmıştır. Konuya **ortalama** yargılama süresi ötesinde sayısal açıklık getirmek üzere aşağıda tabloda 1993 yılında çıkan davaların açılış yıllarına göre yüzde dağılımına yer verilmiştir.

Tablo 15.

Mahkeme Türü	Artış Yılları									Çıkan	
	1989ve öncesi	%	1990	%	1991	%	1992	%	1993	%	Toplam
D.G.M	16	0.4	21	0.5	148	3.9	1412	36.8	2239	58.4	3836
Ağır Ceza	942	3.0	754	2.4	2032	6.6	8800	28.3	18583	59.7	31111
Asliye Ceza	8895	2.6	10688	3.1	29073	8.5	107640	31.7	183892	54.1	340188
Sulh Ceza	6137	1.6	5729	1.5	12866	3.4	54381	14.4	299915	79.1	379028

Görülen odur ki, çıkan davalar arasında beş yıl ve öncesi açılmış dava oranları ağır cezalı (% 3) ve asliyelik işler (% 2.6) bakımından küçümsenmeyecek ölçüye ulaşmıştır. Bu gruptaki davalar da yargılama süresinin uzunluğu ve bazı davaların zamanaşımından düşmesi adalete güveni zedeleyici bir niteliğe bürünmüştür. Bu durumu gidermek üzere; dava yönetimi bağlamında mahkemeye gelen işlerin kamu güvenliği ve korunması açısından önem de-



recesine göre sınıflandırılarak, önem derecesi yüksek olanlara öncelik verilmesi yönteminin benimsenmesi rasyonel bir çözüm olacaktır. Kuşkusuz, DGM'lerinin varlık nedeni de bu yöntemde saklı bulunmaktadır. Ne var ki, konu tarihsel boyutunda irdelendiğinde, ceza adaleti sisteminin etkinliği doğrultusunda önemli bir gelişmeye tanık olunmaktadır. Bu durumu sergilemek amacıyla 1959 ve 1994 yıllarında **çıkan davaların TCK ve özel kanunlara göre açılış yılları dağılımına** aşağıda yer verilmiştir:

Tablo 16.

1994										
	1990 ve öncesi	%	1991	%	1992	%	1993	%	1994	%
<b>TCK</b>	10342	2.5	10273	2.5	27326	6.6	113242	27.3	253704	61.2
<b>Özel</b>	9011	1.1	8459	1.0	19393	2.4	173694	21.5	595967	73.9
<b>Toplam</b>	19353	1.6	18732	1.5	46719	3.8	286936	23.5	849671	69.6

1959										
	1955 ve öncesi	%	1956	%	1957	%	1958	%	1959	%
<b>TCK</b>	10831	10.2	9292	8.8	18909	17.8	41976	39.6	25014	23.6
<b>Özel</b>	3807	5.1	2781	3.7	7259	9.7	37090	49.7	23750	31.8
<b>Toplam</b>	14638	8.1	12073	6.7	26168	14.5	79066	43.8	48764	27.0

Bu verilere göre, yılı içinde karar verilen davalar açısından 1959 yılına oranla 1994 yılında % 42.6'lık; iki yıl içinde çıkanlarda ise % 22.3'lük bir artış görülürken, beş yıl ve ötesinde açılan davalarda % 6.5'lük; TCK ihlallerinde ise % 7.7'lik bir azalma saptanmaktadır. Bu yıllara ait ilginç bir çıkarımda beraat oranlarında yapılmıştır. 1959 yılındaki % 23.88 olan beraat oranının 1994 yılında % 17.66'ya düştüğü görülmüştür. Ne var ki, mahkumiyet oranının İsveç'te % 94.7 (1988) Fransa'da % 98.9 (1982) ve Japonya'da % 99.9 (1992) olduğu göz önüne alındığında; Türkiye'de beraat oranının çok aşağıya çekilmesi gerekmektedir.



İşte yargıda kalite açısından, **hızlı yargılama** (4), bilgisayar ortamında makul süre içinde yürütülen "adil bir süreç" olarak algılanmalıdır. Ceza adaletinde etkinliğin somut bir belirtisi olan hızlı yargılamanın gerçekleşmesi halinde;

- Ciddi bir tensip işleminin varlığına,
  - Davaların sistemde hızlı bir şekilde akışına,
  - Yargıçların davalara hakimiyetinin kolaylaşacağına,
  - Fazlaca davanın görülmesi ve sonuçlandırılmasına,
  - Az sayıda duruşma ile biten davalarda harcamaların azalacağına,
  - Yargılamanın başlaması için beklenen/tutuklu kalınan sürenin minimuma inmesi nedeniyle taraflardaki gerilimin azalacağına,
  - Sonuçta, vatandaşların adaleti kendi ellerine almak yerine yargıya başvurmayı yeğlemelerine,
- tanık olunacaktır.

Hızlı yargılamanın sanık ve toplum açısından yararını kimse yadsıyamaz. Bir taraftan sanık/ları tutuklu/tutuksuz devam eden yargılamanın hızla sonuçlandırılması sanık/yakınları için endişeli günleri azaltırken; öteyandan, tanıklar üzerindeki olası etkiyi minimuma indirerek, tanıklardaki hafıza zayıflaması/kaybı veya kendilerinin bulunamaması riski giderilerek adaletin gerçekleşmesine katkıda bulunacaktır.

---

(4) ABD'de eyalet ve Federal düzeyde yer alan yasalarda sanıkların "hızlı yargılama hakkı" güvence altına alınmıştır. Bk. A. Partridge. **Legislative History of Title I of the Speedy Trial Act of 1974**, Federal Judicial Center, Washington, D.C. 1980.



## **Mahkemelerin Beraat Kararlarındaki Farklılık/Şans Olgusu**

İster yasama organınca veya içtihadla oluşturulsun, sosyal, siyaset değerler ve ideallerin ifadesi olan hükümler devamlı olarak bilinçli bir şekilde gözden geçirilmelidir. Adli sistem yalnızca hükümleri uygulayarak veya yorumluyarak işlevini yerine getirmez. Mekanik bir işlem değildir. Her davada hükümler maddi gerçeklere uygulanmadığında, sistem mükemmellikten uzak, yanlışlıklarla doludur. Öteyandan, insanın yaratabileceği en iyi yargı sistemi ile maddi gerçeklerin her zaman elde edilebileceği veya onlara yaklaşılabileceğine ilişkin güvencede söz konusu değildir. Mahkeme, duruşmalarında her davaya özgü bulguları tanıklardan öğrenebilen ve yanlışlığa düşebilecek insanlar tarafından yönetildiği için kaçınılmaz türden hatalar olağan sayılmalıdır. Bu bağlamda aynı kanıt bir hakim için inandırıcı olurken, bir diğerine saçma gelebilmektedir. Nitekim hakimlerin olaya ilişkin sorular üzerindeki farklılığı, hukuka ilişkin yorumlarında saptanan farklılıktan daha fazladır. Bu farklılığı vurgulayıcı nitelikteki görünüme aynı suç türlerine ilişkin görevli mahkemelerce verilen beraat kararlarındaki oran değişimlerinde tanık olunmaktadır. Bu değişimin boyutunu belirlemek üzere, Ankara Adliyesinde mevcut olan 22 Asliye Ceza Mahkemelerinde 1996 yılı verilerine göre hırsızlık (TCK491-494), müessir fiil (456-460) ve dolandırıcılık (503-505) ve diğer yedi suçtan yargılanan sanıkların beraat şansına ait veri analizleri yapılmıştır: Hırsızlık suçlarına ilişkin davalarda beraat oranı ortalaması % 47 iken, altı mahkemede ortalama üstünde % 70-81; beş mahkemede ise, ortalama altında %9-27 değişen bir oran olduğu saptanmıştır. Bu tabloya göre, bir mahkemede hırsızlık suçundan sanık on kişiden yaklaşık birinin beraat şansı varken, bir diğerinde bu şans sekize yükselmektedir. Benzer bir tabloya müessir fiil suçlarında da tanık olunmakta; bu suça özgü ortalama beraat oranı olan % 34'ün üstündeki dört mahkemede bu oran % 50-81 arasında seyretmektedir.





derken normalin altındaki on mahkemede bu oranın % 5-26 arasında seyrettiği görülmüştür. Bu tabloda bir mahkemede on sa-  
nıktan birinin beraat şansı 0.5 iken bir diğer mahkemede bu şans  
sekize yükselmektedir. Dolandırıcılıktaki görünümde diğerlerin-  
den farklı olmayıp; ortalama beraat oranı % 47'nin üstünde yer  
alan dokuz mahkemede bu oran % 58-82 arasında seyrederken, on-  
bir mahkemede % 2-37 arasında seyrettiği ve bu durumda bir mah-  
kemede beraat şansı 0.2 iken , diğer bir mahkemede 8 olmaktadır.  
Bu suç türlerinin de kapsamak üzere on suç türüne ilişkin Asliye Ce-  
za Mahkemelerindeki beraat ortalaması ile minimum ve maksim-  
um beraat oranlarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

Tablo 17.

Suç Türleri	Beraat ort. (%)	Beraat Değişimi (min%-max%)	
<b>TCK</b>			
Hırsızlık	47	9	81
Müessir Fiil	34	5	81
<b>Evrakta Saht.</b>	65	33	92
Cinsel Suçlar	34	0	86
Mühür Fekki	46	12	100
Dolandırıcılık	47	2	82
Tedbirsizlikle			
Ölüme sebebiyet	15	0	59
<b>Özel Kanunlar</b>			
6136 S.Kanun	36	0	83
3167 S.Kanun	69	32	91
213 S.Kanun	50	0	100

Bu tabloda açıkça görüleceği üzere, beraat ortalamasının her  
suç türü için yüksek olmasının ötesinde her suça özgü mahkeme-  
ler arasındaki minimum ve maksimum oranlar arasındaki yelpa-  
zenin genişliği adil yargılanma hakkı bakımından düşündürücü-  
dür.



Bu veriler, öteyandan, davaların sonuçlandırılmasında hakimlerin bireyselliğini vurgulaması açısından oldukça ilginç göstergelerdir. Bu bağlamda, adaletin oldukça kişisel bir nesne olarak; hakimlerin mizaç, kişilik, eğitim, çevresi ve kişisel vasıflarını yansıttığını söylemek hiçte abartı olmayacaktır.

Yukardaki tablo, kuşkusuz yargılama sürecinde maddi gerçeklerin olabildiğince ortaya çıkarılmadığını/değerlendirmenin aynı ölçüde olmadığını belgelemesi açısından ilginç görülmektedir. Bu konuda belli bir seviye tutturmak amacıyla geleceğin Cumhuriyet Savcılarının, gerekli tüm kanıtları sağlama yeteneği verecek özel bir eğitime tabi tutulması; hakimlerin tanıkların sorgulanmasında daha aktif olarak yer alması; kanıtların sanal ortamda irdelenmesi; ve karar öncesi tanık ifadelerinin multi-medya ortamında yeniden dinlenmesi; kararın gerekçesinde kanıtların tartışılması-böyle bir gerekçe temyiz mahkemesini, ilk derece mahkemesinin tutanaklarını okumaktan kurtararak, inceleme alanını sınırlar; hakimler için seminerler düzenlenmesi; kolluk güçlerinin adli faaliyetteki rollerini artırmak üzere kendileriyle mikro/makro düzeyde feed-back toplantıları yapılması ön görülmelidir.

### **Kapasite Üstü İş Yüğü**

Mahkemelerdeki yargılama süresinin özellikle metropol adliyelerinde "makul süre" ötesinde uzamasının önemli nedenlerinden biri de mahkemeye **kapasite üstü** iş gelmesidir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca benimsenen iş yükü standardının 300-1200 arasında olmasına karşın aşağıdaki tabloda İstanbul ceza mahkemelerindeki iş yükü (1993) Kurul standardından büyük oranda olumsuz sapma göstermektedir.



**Tablo 18.**

<b>Mahkeme Türü</b>	<b>Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca Belirlenen İş Yükü</b>	<b>İstanbul Ceza Mahkemelerinde Mevcut İş Yükü</b>	<b>Fark</b>
<b>Ağır Ceza</b>	300-350	496	+171
<b>Asliye Ceza</b>	700-800	3619	+2869
<b>Sulh Ceza</b>	1000-1200	3925	+2825

### **Hakim/Savcı Açığı**

Bu yoğun iş hacmi karşısında yeni mahkemeler kurulması güncelliğini korumakta ise de, hakim açığı karşısında bu yaklaşım da çözüm getirememektedir. Gerçekte hakim açığı görüldüğü kadar değildir. Bu amaçla yapılan araştırmada; Ağır Ceza Merkezi ile bağlılarına ait 1990 yılı (yeni gelen, geçen yıldan kalan ve bozularak gelen toplam) iş yükünün Kurul ölçütlerine uyarlaması yapıldığında tüm sistem birimlerindeki reel açık sayısının 416 olduğu saptanmıştır:

**Tablo 19.**

<b>Birimler</b>	<b>Açık/Fazla</b>
<b>Savcılık</b>	<b>+ 196</b>
<b>Ceza Mahkemeleri</b>	<b>- 673</b>
<b>Hukuk Mahkemeleri</b>	<b>+ 61</b>

Hiç kuşkusuz, hakim açığı her ilçede adli teşkilat kurulması gereği enflasyonist biçimde devam edecektir. Bu konuda köklü çözüm için "Ceza mahkemeleri her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi göz önünde tutularak belirlenecek ilçelerde Adalet Bakanının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile kurulur" normu yasallaştırılmalıdır.



Yukarda belirtilen hususlar saklı kalmak üzere 2010 yılı için yapılan tahmin işlemi sonucunda gereksinme duyulan ceza mahkemeleri profili aşağıda gösterilmiştir.

**Tablo 20.**

Ceza Mahkemesi	Açılan Dava Sayısı			Kurul Standardı	Mahkeme Başına Düşen Dava Fark Mahkeme Sayısı			
	1986	1998	2010		1998	(%)	1998	2010
DGM	1059	13033	30136	250	724	189,6	18	121
Ağır Ceza	69160	85495	87497	350	472	34,9	181	250
Asliye Ceza	408776	947105	1420502	800	944	18,0	1003	1776
Sulh Ceza	985474	594726	0	1200	656	-45,3	906	489
İcra Ceza	117338	556439	969748	1200	1384	15,3	402	808
Trafik	105670	20795	0	4000	2971	-27,7	7	7
Çocuk		11195	19720	800	1866	133,3	6	25

- \* Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu standartına göre Sulh Ceza Mahkemeleri dışında mahkeme başına düşen dava sayısında %190 ile %15 arasında değişen bir artış gözlenmektedir.
- \* 2010 yılına kadar toplam 953 adet yeni ceza mahkemesi kurulması gerekmektedir.
- \* İş yükü standartı DGM'lerde 250, Çocuk Mahkemelerinde 800 olarak alınmıştır.
- \* Trafik Mahkemelerine açılan dava sayılarında bu konuda çıkarılan kanunlara paralel büyük değişiklikler olmaktadır.

## Adliyelerin Coğrafi Konumu

Mahalli mahkemeler ile merkezi mahkemeler ikileminde, yöre insanları tarafından rahatlıkla ulaşılabilen, mahalli karakolu ve cezaevi olan mahalli mahkemeler (ilçeler seviyesinde) için güçlü gerekçe var iken, suç türünde beliren değişikliklere rahatlıkla adapte olabilen merkezi, büyük ve uzak adliyelerde ise, vatandaş-



lar için uzun ve yorucu seyahatları gerektiren, adaleti mahalli toplumdun çıkarıp yabancıların elinde bırakan bir yaklaşım egemen olmaktadır. Kuşkusuz, çatışan menfaatler arasında bir denge kurulması gerekirse de, mahalli mahkemeler kapasite altında işlev görürken diğerleri fazlaca iş yükü altında kaldıklarından, kaynakların ülke çapında ilçe mahkemelerinede dağıtılması sonucu sistemin davaları makul sürede görebilme kapasitesi oldukça azalmaktadır. Bu ikilemde birini diğerine yeğlemek yerine Türkiye örneğinde olduğu gibi iş yükü itibariyle gereksiz olan adliyeler ilçe bazında kurulmayarak/kaldırılarak, bilişim çağında fiziki yapıt olarak ihtiyaç oranı gittikçe azalacak fiziki yapıtların, orta/büyük adliyeler şeklinde olması ilkesi benimsenmelidir.

## **Yargıtay**

Mahkeme evresinde işin sonuçlandırılmış olmasının, adaleti somutlaştırmak anlamına gelmediği, Yargıtay'daki iş akışı ve karar türleri incelendiğinde görülecektir.

## **Cumhuriyet Başsavcılığı**

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcı Vekili ile Cumhuriyet Savcılarından oluşmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılıklarına yeni gelen dosya sayısı 10 yıllık süre içinde % 31 artış göstererek, 1993 yılında 105.487'ye ulaşmıştır. Yine aynı sürede çıkan iş sayısı % 56'lık artış ile 107.076'ya ulaşmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iş yükünde, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, 1988 yılında 3335 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle önemli bir azalma eğilimi meydana gelirken 3506 sayılı kanunun 6. maddesi hükmü ile bu azalma eğilimi durarak, yükselme başlamış ve bu değişiklik etkisini ortalama bekleme süresinde de göstermiştir: 1983'de 136 gün olan ortalama bekleme süresi, 1988 yılında 31 güne kadar inmiş; ancak bu süre, 1997 yılında 169 güne çıkmıştır. Bu iniş-çıkışlara



karşın Başsavcılıkta kaliteli bir işleve tanık olunmaktadır. Nitekim, 1992-1998 dönemine ait aşağıdaki veriler incelendiğinde, Yargıtay Başsavcılığının taleplerindeki isabet derecesinin %93 gibi oldukça yüksek bir oran tutturduğu görülmektedir:

**Tablo 21: Ceza Dairelerince verilen kararlar (1992-1998)**

Yıl	İncelenen Dosya	Görüşe uygun ilam	%	Uygun Değil	%
1992	99.540	92.762	93.20	6.778	6.80
1993	102.121	95.287	93.31	6.834	6.69
1994	107.964	99.429	92.10	8.535	7.90
1995	106.355	98.206	92.34	8.149	7.66
1996	105.550	97.347	92.23	8.203	7.77
1997	119.987	111.602	93.02	8.385	6.98
1998	114.442	106.831	93.35	7.611	6.65

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 1992 yılında; Ceza Genel Kuruluna yapılan "itiraz" sayısı 53 olup, bunlardan 32'sinde (% 60.4) kabul ve 21'inde (% 39.6) red kararı verilirken, 171 dosya için "karar düzeltme" (CMUK 322/5) isteminin 152'sinde (% 88.9) kabul ve 19'unda (% 11.1) red kararı verilmiştir. Ayrıca, Adalet Bakanlığına gelen 2.606 yazılı emrin 1.394'ünde istem yerinde görül-meyerek mahalline iade edilmiş, 1.133 dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilerek bunlardan 1.026'sında (% 90.6) kabul ve 107'sinde (% 9.4) red kararı verilmiştir. Bu bilgilerin son yedi yıllık dökümü ilginç bir tablo sergilemektedir. Bunlardan, Ceza Genel Kuruluna itiraz edilen Daire kararlarından Başsavcılık görüşüne uygun olarak "kabul edilen" karar sayısı küçümsen-meyecek ölçüdedir:



**Tablo 22: İtiraz Üzerine Ceza Genel Kurulunca Verilen Kararlar**

Yıl	Karar- itiraz	Kabul	%	Red	%
1992	53	32	60.37	21	39.63
1993	49	23	46.94	26	50.06
1994	39	24	61.53	15	38.47
1995	50	25	50.0	25	50.0
1996	30	6	20.0	24	80.0
1997	46	19	41.0	27	59.0
1998	53	17	32.07	36	67.92

Ceza dairelerinin kararlarına karşı yapılan karar düzeltme istemlerindeki görünümde, bu yöntemin yargılama diyalektiği açısından önemini vurgulamaktadır:

**Tablo 23: Karar Düzeltme İstemi Üzerine Verilen Kararlar (1992-1998)**

Yıl	Karar düzeltme	Kabul	%	Red	%
1992	178	162	91.01	16	8.99
1993	140	134	95.71	6	4.29
1994	140	125	89.28	15	10.72
1995	123	110	89.43	13	10.57
1996	96	84	87.50	12	12.50
1997	84	72	85.0	12	15.0
1998	105	90	85.71	15	14.28

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelen ve çıkan işler ile değişimlerin yıllara göre dağılımı ve ortalama bekleme süresi (M: gün olarak) aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.



**Tablo 24: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iş akışı (1983-1997)**

Yıllar	Gelen	Değişim %	Çıkan	Değişim %	M
1983	80.101	100	71.800	100	136
1984	88.167	110	90.423	126	128
1985	90.687	113	88.150	123	128
1986	105.772	132	103.127	144	119
1987	95.888	120	119.880	167	79
1988	78.769	98	88.037	123	31
1989	102.016	127	86.696	121	35
1990	100.737	126	86.554	121	86
1991	101.274	126	89.457	125	134
1992	104.969	131	112.438	156	124
1993	105.487	131	107.776	150	110
1994	116.531	146	116.308	162	98
1995	127.408	159	112.707	157	117
1996	127.731	160	114.522	160	158
1997	131.629	164	128.890	180	169

Bu tabloya göre; 1988 yılındaki azalma eğilimi 647 sayılı Ceza- ların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4. maddesinin 4. fıkrasının de- ğiştirilmesi hakkındaki kanun (uygulamada asıl mahkumiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir) hük- münün sonucu olup (Kanun no: 3335 Kabul Tarihi: 15/4/1987); 1988 yılındaki değişim oranı 120'den 98'e kadar inmiş iken 3506 sayılı kanunun 6. maddesi ile getirilen (bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez) hüküm (Kanun no: 3506 Kabul T: 7/12/1988) bu trendi durdurmuş ve ilk derece ce- za mahkemesi kararlarından temyiz edilen karar oranı % 16-17'yi bulmuştur. Fransa'da bu oran % 5 iken, Federal Almanya'da % 15'dir. Kuşkusuz, kanun yollarına başvuru davanın normal süre- cinden olmakla beraber davayı uzatan etkenlerden biridir .





## Ceza Genel Kurulu

Ceza Genel Kurulunda 1993 yılında, toplam 387 dosyanın % 91.4'u karara bağlanırken, bir dosyanın ortalama bekleme süresi 71 gün olmuştur. Çıkan davaların % 17'sinde onama kararı verilirken, % 49.2'sinde bozma kararı verilmiştir. Yalnızca onama ve bozma kararları karşılaştırıldığında ise, bozma oranının % 74.3'e yükseldiği görülmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen karar sayısı on yıllık bir sürede % 15'lik bir azalma göstermiş ise de, bu fark 1995 yılında % 2'ye inmiştir. Bir davanın ortalama bekleme süresi 1983'de 130 günden 1990 yılında 28 güne kadar inmiş, fakat 1995-1996 yıllarında 75 güne yükselmiştir. Bu sonuç Başkanın sağlık/ çalışma temposu ve yöntemine uyarlı bir gelişme olarak belirlemektedir.

Ceza Genel Kurulunca verilen kararların oransal dağılımı, çıkan iş yükü ve değişimi ile ortalama bekleme süresinin yıllara göre dağılımı aşağıda verilmiştir.

**Tablo 25.**  
**Karar Türleri**

Yıllar	Onama	Bozma	Diğer	Çıkan İş Sayısı	Değişim	M
1983	32.0	51.1	16.9	415	100	130
1984	30.2	51.0	18.8	476	115	168
1985	26.0	56.5	17.5	687	166	153
1986	23.0	52.5	24.5	670	161	113
1987	23.0	45.1	31.9	707	170	69
1988	13.5	50.4	36.1	577	139	45
1989	16.4	56.6	27.0	422	102	39
1990	16.8	57.3	25.9	368	89	28
1991	15.4	52.3	32.3	371	89	30
1992	15.4	49.0	35.6	363	87	74
1993	16.9	49.2	33.9	354	85	71
1994	14.6	48.7	36.7	376	91	68
1995	14.3	45.7	40.0	407	98	75
1996	16.4	43.1	40.5	304	73	75
1997	17.8	48.3	33.9	343	83	43



## Ceza Daireleri

Yargıtay Ceza Dairelerinde 1992 yılında toplam 116.120 davanın % 88'i yıl içinde karara bağlanırken bir davanın ortalama bekleme süresi 40 gündür. 3.343 dosya ile 1. Ceza Dairesi en az iş yüküne sahipken, 3. Ceza Dairesi 18.699 dosya ile en fazla iş yüküne sahiptir. Ortalama bekleme süresi 9. Ceza Dairesinde ortalama olumlu yönde bir sapma (21 gün) gösterirken, 3.Ceza Dairesi olumsuz bir sapma (87 gün) göstermektedir. 1995 yılı verilerine göre ise, gelen dosyaların % 92.4'ü karara bağlanmış ve ortalama bekleme süresi 30 güne inmiştir. Bu bağlamda 6.Ceza (1 gün), 7.Ceza (15 gün) ve 3.Ceza (17 gün) olumlu sapma gösterirken, 5.Ceza (47 gün) ve 9.Ceza (151 gün) olumsuz sapma göstermektedir.

Ceza dairelerindeki onama kararlarının yıllar itibariyle dağılımı 1989 yılı dışında % 50'lerde toplanmış iken, 1995 yılı, on yılı aşan sürede en üst oranı (% 59.5) gösteren yıl olmuştur. Ceza Genel Kurulunca verilen kararlardan "bozma"lar yıllar itibariyle belli bir yüzdeyi (ortalaması % 51) korurken onama kararlarında % 32'lik bir paydan % 17.7'lik bir azalma ile 1995 yılında % 14.3'e inmiştir. Bu iniş Yargıtay Ceza Daireleri kararlarındaki isabet açısından oldukça olumlu bir gelişmedir. Aşağıda Tablo 43'de verilen "Diğer" deki yüzde oranının 1983 yılında 9.4 iken, 1992 yılında 14.9'a yükselmesi ilk derece mahkemelerindeki temyiz incelemesinin yeterince yapılmadığını göstermektedir. Öteyandan "Diğer" grubunda yer alan "red" kararına ait verilerin 1987-1988 döneminde % 10-12.9 bulması uygulayıcıların yürürlüğe giren kanunları iyice bilmediklerinden ileri gelmektedir. Nitekim, anılan yıllarda altıyı bulan Türk Ceza Kanununu değiştiren kanun sayısı etkisini bozma kararlarında göstererek, bozma karar oranı % 41.5'e yükselmiştir. Bu oranın takip eden yıllarda normale döndüğü ve 1993 yılında % 27.4'ü bulduğu saptanmış ise de; aynı doğrul-



tudaki negatif etki 1992 yılı sonundaki CMUK değişikliği sonucu 1994 yılındaki bozma oranının yeniden yükselerek % 32.8'e çıkmasıyla kendisini göstermiştir. Bu veriler ışığında, ilk derece ceza mahkemelerince verilen her beş karardan ikisi; direnme kararları bakımından ise Yargıtay Ceza Dairelerince verilen her beş karardan biri "isabetli" değildir.

1983 yılında genel olarak bir dosyanın ortalama bekleme süresi 28 gün iken, bu süre 1988 yılına kadar artış göstermiş (98 gün) ancak bu yıldan sonra azalma eğilimi göstererek 1992 yılında 40, 1995 yılında 30 güne inmiştir. On yılı aşkın sürede verilen karar sayısında ise, % 77'lik bir artış görülmüştür. Yargıtay Ceza Dairelerince verilen kararların oransal dağılımı, çıkan iş yükü ve değişimi ile ortalama bekleme süresinin yıllara göre dağılımı aşağıda verilmiştir.

Tablo 26.

Yıllar	Karar Türleri			Çıkan iş Sayısı	Değişim	M
	Onama	Bozma	Diğer			
1983	57.2	33.4	9.4	61.573	100	28
1984	55.5	32.2	12.3	78.753	128	30
1985	54.8	36.3	8.9	80.851	131	38
1986	57.1	33.0	9.9	87.809	143	48
1987	57.1	28.5	14.4	99.050	161	74
1988	52.5	27.9	19.6	92.772	151	98
1989	45.6	41.5	12.9	86.321	140	77
1990	56.5	29.8	13.7	86.525	141	64
1991	57.9	28.6	13.5	92.479	150	47
1992	56.3	28.8	14.9	102.171	166	40
1993	58.3	27.4	14.3	102.703	167	49
1994	56.6	32.8	10.7	117.663	192	36
1995	59.5	27.8	12.7	108.916	177	30
1996	59.5	27.8	12.7	112.075	201	28
1997	57.1	30.2	12.7	123.984	201	28



## Zamanaşımı Nedeniyle Düşme

Ele alınması gereken bir husus da; temyiz yargılaması sırasında zamanaşımı gibi bir düşme nedeni görüldüğünde düşme kararı verilmesidir. Ne var ki, bu kararın ceza adaleti sistemindeki sayısal görünümüne ait aşağıdaki tablolarda yer alan veriler, hukukun etkinliği açısından düşündürücü görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay evresinde çıkan işler arasında, **Diğer** başlığı altında yer alan **zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesi** son oniki yılda onüç kat artış göstermiş ve oniki yıllık toplamı da 26.401 olmuştur. İcra tetkik mercileri dışında, ilk derece ceza mahkemelerinde son oniki yıldaki sayısal görüntü ürkütücü boyuta ulaşmış; hazırlık soruşturmasında zamanaşımına uğrayan dosya sayısı da 1996, 1997 yıllarında sırasıyla 71.878 ve 96.957'yi bulmuştur.

**Tablo 27. Yargıtay Ceza Dairelerince Zamanaşımı Nedeniyle Verilen Düşme Kararları**

<b>Yıllar</b>	<b>Düşme</b>	<b>%</b>	<b>Değişim</b>
1986	316	0.4	100
1987	1216	1.2	385
1988	1871	2.0	592
1989	960	1.1	304
1990	1606	1.9	508
1991	1415	1.5	448
1992	2895	2.8	916
1993	440	0.4	139
1994	2917	2.5	923
1995	4439	4.1	1405
1996	4316	3.8	1366
1997	4010	3.2	1269
<b>Toplam</b>	<b>26.401</b>		



**Tablo 28. İlk Derece Mahkemelerindeki Düşme Kararları  
( 1986 – 1995 )**

Yıllar	Karar Sayısı	D	Düşme	%	D
1986	1097794	100	114.838	10.5	100
1987	1173763	107	141.123	12.0	123
1988	1297992	118	146.987	11.3	128
1989	851736	78	225.537	25.9	192
1990	876057	80	148.554	17.0	129
1991	999148	91	172.237	17.2	150
1992	1042969	95	201.051	19.3	175
1993	1081026	98	204.907	19.0	178
1994	1221411	111	241.177	19.7	210
1995	1226092	112	245.224	20.0	214
1996	1198608	109	223.524	18.6	195
1997	1183859	108	234.337	20.0	204

D= Değişim

%= Düşme karar yüzdesi

Yukardaki tablonun birinci kolonunda yer alan verilere, yıllar itibariyle ceza mahkemelerince verilen karar sayısı ve değişim oranları ile bu kararlardaki düşme karar yüzdesine bakıldığında; 1989 yılında mahkemelerce verilen karar sayısında inişe karşın "düşme"deki keskin yükseliş dışında "düşme"de yükselme trendine tanık olunmaktadır: 1986 yılında % 10.5 olan cezadaki düşme'de görülen büyük artıştan (1994 yılındaki payı % 75.5) kaynaklanmıştır.

**Tablo 29. Hazırlık soruşturmasında faili meçhul dosyalar**

Yıl	Toplam (A)	Çıkanlar				Faili Meçhul dosya(%)	Faili Bulunma B/A(%)
		Faili Bulunan (B)	Zaman aşımı	Toplam (C)	Kalan A-C		
1993	318236	5841	55.940	61781	256455	17.7	1.8
1994	370633	4350	54.614	58964	311669	18.6	1.2
1995	456766	8485	71.843	80328	376438	23.6	1.8
1996	523702	7456	71.878	79334	444368	25.0	1.4
1997	653558	11194	96.957	108151	545407	28.1	1.7



## Ceza Mahkemelerindeki Reel İş Yükü

Her mahkeme türüne gelen iş yükü için gerekli işlem sayı ve süresindeki farklılık, aynı mahkemeye gelen işler içinde geçerlidir. Ne varki, ceza mahkemelerindeki yıllık veya derdest iş yüküne değinildiğinde, tüm işler sanki aynı işlem süresini gerektirmişcesine sayısal bir nitelendirme ile yetinilmekte; iş yükünün ağırlıklı ölçümü göz ardı edilmektedir. Bu durumu düzeltmek için farklı iş türlerini müşterek bir temele indirgemek doğrultusunda örneğin meskenden yapılan bir hırsızlığın belli sayıdaki trafik işine eşdeğerde olduğu benimsenebilir. Bu süreçte belirlenen belli bir sayı, ağırlık puanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, cinsel suç içerikli bir davanın yargılama işlem süresi hırsızlığın dört katı ise, ağırlık puanı dört olacak ve her iki davaya bakan mahkemenin iş yükü  $4+1=5$  olacaktır. Kuşkusuz, ağırlık puanının belirlenmesi için mahkeme içi ve dışında görülen işlemler için gerekli süre ölçümleri yapılmalıdır. İşte bu türden yapılan ölçümler sonucunda 1993 yılında ceza mahkemelerine yeni gelen iş yükünün 1.121.521 olmasına karşın; reel iş yükünün 5.766.925 olduğu saptanmıştır.

### Suçun Bedeli

Ölçülenmesi yapılacak diğer bir parametre ise; Türkiye’de işlenen **suçun faturası**dır. Ceza adaleti sistemi (kolluk, savcılık, ceza mahkemeleri ile ceza infaz kurumları) harcamaları (insan kaynağının yoğun olduğu bu endüstride bütçenin önemli oranı personel harcaması); alarm ve güvenlik sistemleri ile özel koruma; çalınan malların değeri; suç mağdurlarının tedavisi; sönen hayatların ekonomik faturası; suç oranı yüksek semtlerin boşaltılması, iş yerlerinin kapanması ve işçi çıkartılmasının tahmini faturası toplamının, savunma harcamalarından büyük olacağına kimsenin kuşku olmamalıdır. Bu bağlamda, suç olgusu bir numaralı ekonomik sorun olma istidadındır.



Ceza adaleti sistemine 1997 yılında ayrılan mali kaynakların (\$) gayri safi milli hasılaya oranı bakımından on ülkeye ilişkin verilerle aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 30.

Ülke ismi	Kaynaklar (Milyar- $\text{\$}$ )	GSMH (Milyar- $\text{\$}$ )	Kaynaklar/GSMH %
Danimarka	0,632	68,8	0.9
Finlandiya	0,554	62,3	0.9
Fransa	1,976	724,2	0.27
Hollanda	1,824	175,3	1.04
Norveç	0,430	69,7	0.6
Portekiz	0,046	27,4	0.1
İsveç	0,941	114,4	0.8
İsviçre	0,103	135,0	0.07
ABD	52,499	4,185,4	1.23
Türkiye	2,450	192,3	1.27

Her ülkeye özgü muhasebe ve sayım sonucu beliren farklılık nedeniyle küresel düzeyde karşılaştırma yapabilmek zor ise de, genel bir gözlemlerle ceza adaleti sistemine ayrılan GSMH oranının % 1-2.5'ü geçmediği belirtilmektedir. Bu oranın azaltılması için "suçluluğun önlenmesi" bölümünde yer alan tedbirler bağlamında özetle belirtilebilecek iki temel tedbir, (1) kolluk güçlerine ayrılan kaynağın üçte bir oranında artırılması ile (2) gençlerin iş sahibi olması programlarına ağırlık verilmesidir.

## Etkinlik ve Verimlilik

### Stratejik Yaklaşım

Ceza adaletinin **etkin ve verimli** bir işleve kavuşturulması aşağıdaki kavramları içeren stratejik bir yaklaşım ile sağlanabilir:



- (1) **Geniş anlamda usul değişimi** : Yeni ceza siyaseti tedbirleri ile (ön ödeme kapsamının genişletilmesi, kamu davasının ertelenmesi, idari para cezalarına dönüştürme örneğinde olduğu gibi bazı fiilerin suç olmaktan çıkarılması, kolluk/savcılık evresinde "adli tevbih" ve sistemin ilk evresinde bazı işlerin diğer kurumlara gönderilmesini sağlayıcı **diversion** yöntemi; sulha başvuru, bazı işlerin özel hukuk kapsamında değerlendirilmesi, sigorta şirketleri ve süper-marketler gibi bazı ekonomik işletmelere katkı ve sorumluluk yüklenmesi, kamu davası açma tekelinde "yeterli delil" ölçütüne işlerlik kazandırılması ve mahkemelere "iddianamenin reddi" yetkisinin verilmesi) ceza adaletindeki iş yükünün azaltması;
- (2) **Sınırlı anlamda usul değişimi** : Ceza yargılama usulünün sadeleştirilmesi;
- (3) **Çağdaş işletmecilik** : Kaynakların mobilize edilerek verimlilik sağlanması doğrultusunda özel teknik ve stratejilerin oluşturulması; ve teknoloji desteğinin sağlanması;
- (4) **Bütçe yaklaşımı** : Etkin bir hizmet için eldeki kaynakların ekonomik kullanımına yönelik yöntem arayışları ile arttırılmasıdır.

Hiç kuşkusuz, bu dört stratejik öğe birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Etkinlik ve verimlilik, ceza adaletinden beklenen işlev için çerçeve ölçütler ise de, bunlar tek belirleyici olmayıp, yargılama sürecinin **adil olması kuralı**, her yönetimsel yaklaşım ve değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır.

### **Sistemantik Yaklaşım**

Suçlulara karşı gösterilecek tepkinin ceza adaleti sisteminin çeşitli kesimleri arasında yakın işbirliği sonucu olması gereği, yö-





netimin temel amacını oluşturmakta; sistemin bir sistem gibi işle-  
mesi doğrultusunda işbirliği ve akort, anahtar kelimeler olmakta-  
dır. Sistemdeki çeşitli kesimlerin, kendi hizmet öncelikleri ve he-  
defleri doğrultusunda, tüm sisteme egemen olması gereken ama-  
lar silsilesiyle bağlantıdan yoksun işlemleri yürütmesi ve her evre-  
deki birimin verdiği kararlar, dosyayı bir sonraki birime gönderme-  
si, iş akışını sağlıklı olmaktan çıkarmaktadır. Bu tutumun olum-  
suz sonuçları gereksiz yere açılan kamu davaları, yapılan haksız  
tutuklama ile beraatlerde kendini göstermektedir.

İşletim açısından, yeni **kalite** standardı, başlangıç olarak girdi  
kontrolünü öngörmektedir. İşte ceza adaleti sisteminin ilk evresini  
oluşturan kolluk ve savcılıktaki kontrol ve ayıklama, **kalite ve ve-  
rimlilik** sağlama açısından da oldukça önemlidir.

### **Girdi Kontrolü**

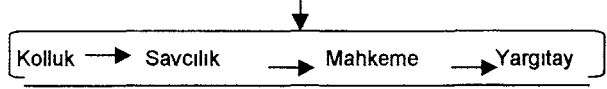
Gerçekte, işlerin ceza adaletinin tüm evrelerinde, gerekli süre-  
de işlem göreceğinden emin olunmadıkça sisteme girmesine izin  
verilmemelidir. Herhangi bir işe yalnızca kollukça bakılabilecekse,  
o evrede sonuçlandırılma- yarak savcılığın devreye girmesi yalnız-  
ca gereksiz süre ve harcamayı artıran bir müdahale olacaktır. Di-  
ğer bir anlatımla, bir işin gereksiz olarak sistemin diğer evresine  
intikal ettirilmesi kalite kaybı demektir. Bu önermeyle, **girdi  
kontrolünün** ceza adaleti sistemi için ana amaç olduğu vurgulan-  
maktadır.

İşleri mümkün olduğunca sistemin ilk evresinde çözümlemek-  
le (takipsizlik, ön ödeme ve diğer yöntemlerle) yeni bir kalite stan-  
dardı –süreçte sonlandırma ile yargılamadaki gecikmeyi azaltmak-  
elde edilebilir. Ne varki, mahkeme evresinde iş yükünün fazlalığı  
nedeniyle işlerin kuyrukta beklemesi sonucu savcılıkça sürecin ge-  
reğinden fazla hızlandırılmasına ihtiyaç olmadığı göz önünde bu-  
lundurulmalıdır. Kuşkusuz, iş yükü akışı veya birikimi, otomasyo-



na geçirilmiş ceza adaleti sisteminde çarpıcı bir biçimde kendini vurgulayacaktır. Otomasyon ortamında, her iş için harcanan gerçek sürenin (çalışma süresi) ne olduğu ortaya konulduğunda; aşağıdaki formülde yer alan dava işlem süresindeki aslan payının, nakil ve bekleme sürelerinden oluştuğu görülecektir.

**Dava işlem süresi = Çalışma süresi + Nakil süresi + Bekleme süresi**



Bu çerçevede, bekleme süresini etkileyen en önemli parametre "kapasite limitleri" dir. Karayolu örneğinde olduğu gibi kapasite üstü taşıt, trafiği tıkadığı gibi mahkemedeki kapasiteyi fazlaca aşan iş yükü de sistemi tıkanma noktasına getirebilecektir. Şimdilik gizli kapasite fazlası ile üretime devam edilmekte ise de, ceza adaletine olan talebin arzla dengelenmesi ve bu dengenin korunması için sistem girdisinin ciddi bir süzgeçlemeye tabi tutulması gerekmektedir. Kuşkusuz, bekleme süresinin azaltılması için talik veya ertelemelerde en aza indirilmesi konusunda çaba gösterilmelidir. Aksi takdirde, gerçek iş yükü yapay bir şekilde artış gösterecektir. Nitekim, "talikler" kısmında görüldüğü üzere, Ankara ceza mahkelerinde talikler ve nedenleri konusunda yapılan bir araştırmada, dava başına düşen ortalama talik sayısının 2.2 olduğu saptanmıştır. 1994 yılı verilerine göre, söz konusu mahkemelerce karara bağlanan 57.980 dava sayısının, ortalama talik sayısı gözönüne alındığında; 127.556'ya yükseldiği görülecektir. Kuşkusuz, dava işlem süresini kısaltmak için ceza adaleti sisteminde olası değişiklikler üzerinde durulduğunda, "**mahalli adli kültür**"ün (gayri resmi uygulamalar, uygulamacının isteklendirilmesi, uygulamacının beklentileri ile deneyimle belirlenen ve nesilden nesile geçen gayri resmi normların) çok önemli olduğu göz ardı edilmemelidir.



## Yapay Davalar

Her hukuk sistemi için olağan olan yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, düşme ve ortadan kaldırma kararlarının ülkemiz mahkemelerinde oldukça yüksek orandaki varlığı insan hakları, ekonomik yargılama ve kapasite üstü iş yükü yaratma açılarından verimsizlik yaratırken hukuk sisteminin etkinliğini de azaltmaktadır. **Yapay dava** niteliğindeki bu tür davalar yüksek oranda iş yükü ile bunalan sisteme gereksiz dosyaların girmesini sağlayarak, ortalama yargılama süresi ve verimlilik oranını olumsuz yönde etkilemektedir.

Mevcut verimlilik oranları ve ortalama yargılama süreleri hesaplanırken bu yapay davaların varlığından dolayı hiç te hoş olmayan sonuçlarla karşılaşılacaktır. Bu bağlamda, yapay davaların sisteme girişi engellendiğinde, ortalama yargılama süresi ve verimlilik oranlarının ne kadar etkileneceği sorusunu irdelemek üzere yapılan bir araştırmada aşağıdaki bulgulara ulaşılmıştır.

**Tablo 31.**

Mahkeme Türü	M	.M*	Fark	.V.	.V*	Fark
DGM	203	115	88	0.55	0.79	0.24
Ağır Ceza	233	185	48	0.61	0.71	0.10
Asliye Ceza	282	190	92	0.56	0.75	0.19
Sulh Ceza	140	37	103	0.73	1.00	0.27

M :Ortalama Yargılama Süresi (gün) V: Verimlilik Oranı (Çıkan Dava/Gelen Dava

M\*:Yapay Davalardan Arındırılmış O.Y.S.(Gün)) V\*:Yapay Davalardan Arındırılmış Verimlilik Oranı

Tabloda da görüleceği üzere; sisteme giren yapay davaların önlenmesi sonucu genel olarak ortalama yargılama süresinde 48-103 gün; verimlilik oranında ise % 10-27 arasında bir iyileşmenin sağlanabileceği hesaplanmıştır. Ancak, yapay davaların tamamıyla ortadan kaldırılması teknik olarak mümkün olmamakla birlikte en aza indirgenmesi sağlanabilir. Bu amaçla davaların mahkeme öncesi bir süzgeçleme sürecine tabi tutulması gerekmektedir.



## Davaların Aşınması

Ceza adaleti sistemine giren sanık sayısı ile sistemin son evresindeki (örneğin cezaevine giren) hükümlü sayısı arasında belirgin bir farka tanık olunmakta ve bu fark davaların sistemin evrelerinde aşınması sonucu belirmektedir. Bu farkın az olduğu ülkelerin, sistemin en son evresine (cezaevine) az sayıda davanın ulaştığı ülkelerden daha iyi görev yaptıklarını ileri sürmek pek anlamlı olmayacaktır. Nitekim, ceza adaletinde kaydedilen en son gelişmelerdeki belirgin özellik, kolluk ve Savcılık'ta beliren alternatif işlem seçeneklerine artan ölçüde başvurularak mahkemelere daha az iş gönderilmesi merkezindedir. Davaların aşınma oranındaki yükseklik ise, tamamen farklı iki noktayı ifade etmektedir: Kolluk, Savcılık ve Mahkemelerin, tutuklama (kamu davası, mahkumiyet) için seçtikleri davalarda isabet kaydetmediklerini veya sistemin ceza mahkemeleri dışında çok gelişmiş alternatif süreçleri olduğunu göstermektedir. Ülkemiz açısından sistemdeki aşınma oranları ve grafiğine (1997) aşağıda yer verilmiştir (5).

### Sayısal dağılım

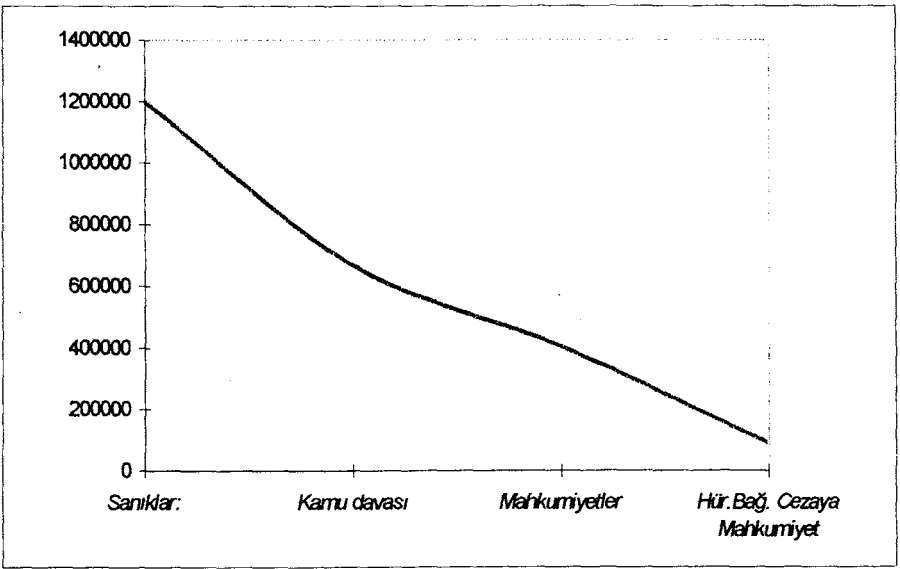
Suçlar	: 888.474
Sanıklar	: 1.200.984
Kamu davası	: 669.901
Mahkumiyetler	: 404.996
Hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet :	91.243

### Oransal dağılım

Sanıklar/ Suçlar	: 1.3
Kamu davası/ Suçlar	: 0.7
Kamu davası /Sanıklar	: 0.5
Mahkumiyetler/ Suçlar	: 0.4
Mahkumiyetler/Kamu dav.	: 0.6
Hürriyeti bağlayıcı ceza/ Suçlar	: 0.2

(5) Avrupa ve Dünyadaki görünüm için bk. Heuni **Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America 1990-1994**, Helsinki 1998 pp. 95-100.





Özetle, ceza adaleti sisteminde yer alan mahkemelerdeki yetkisizlik, görevsizlik ve beraat kararlarındaki oranlar ile Yargıtay ceza dairelerindeki bozma oranları göz önüne alındığında, adalet üreten bir işletme olarak mahkemelerin verimlilik ve ekonomik açıdan amaçlanan bir tablo sergilemedikleri görülmektedir (6).

- (6) 1994 yılı verilerine göre DGM Cumhuriyet Başsavcılıklarında çıkan işlerin %16.7 si, DG Mahkemelerinde de %5.7'si yetkisizlik&görevsizlik kararlarına aittir. Almanya ve Fransa'daki yargılama süreleri için bk.M.T. Yücel. "Ceza Adeleti" **Yargıtay Dergisi**, C. 18 (Ocak-Nisan 1992) s. 1-2, ss.83-84. Kanada Environics Araştırma Ltd. Şti'nce Kanada Ceza Adaleti sistem ve işleyişi hakkında yapılan kamuoyu araştırması sonuçlarına göre;
- Kanada halkının ceza adaleti hakkında olumsuz görüş beslediği;
  - Suçlulara mağdurlardan fazlaca adil davranıldığı;
  - Zenginlerin kayırıldığı; kadınlar ile gelir düzeyi düşük Kanadalılara karşı ise aleyhte bir tutum takınıldığı;
  - Suçlu sayısı ile başedebilecek oranda mahkeme ve hakim bulunmadığı; ve
  - İnfaz kurumlarının birer ceza infaz kurumu olmak yerine mesire yerleri olarak görüldüğü saptanmıştır.



## Sanıklara Özgü Merkezi Adli Sicil

Cumhuriyet Savcılıklarınca farkında olmadan yürütülen paralel soruşturmalar/mahkemelerce verilen giyabi tutuklamaların varlığı karşısında adli sicil örneğinde olduğu gibi ceza yargılamasına özgü merkezi bir bilgi bankasının oluşturulması yerinde bir tedbir olacaktır. Bu bilgi bankasına ilk etapta DGM'lik ve ağır cezalı işlere ait olmak üzere şu bilgiler konulmalıdır (7):

1. Sanık hakkındaki kimlik bilgileri; gerektiğinde kimlik belirlemesine yardımcı diğer özellikler;
2. Hazırlık ve yargılama evresine ait dosya numaraları;
3. Suçlar hakkında ayrıntılı bilgiler ve tarihleri;
4. Savcılık ve yargılama evresindeki işlemler (takipsizlik, kamu davası, giyabi tutukluluk kararı) ile ilgili yasa maddeleri.

İşte Emniyet Genel Müdürlüğü bilgi bankası ile entegre edilecek bu bilgi bankası suçların önlenmesi ve suçluların yakalanmasında etkinliği artırabilecek önemli bir vasıta olabilecektir.

## Ceza Yaptırımları ve İnfazı

Türk ceza sistemindeki yaptırımların Ceza Kanunu'ndaki sayısal görünümü itibarıyla 1965-1995 yılları karşılaştırması, idam cezası dışında fazlaca bir farklılık göstermemektedir.

- 
- (7) Kamu düzeninin korunması ile ilgili suçlar ve organize suçlara özgü bilgi bankası oluşturulması için bk. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 21/8/1998 gün ve 21/91 sayı ile 19/2/1999 gün ve 3.3.5/30 sayılı Genelgesi ile kimlik değiştirmek isteyen şahıslar hakkında Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 16/4/1996 gün ve 8.36 sayılı Genelgesi; Emniyet Genel Müdürlüğünün "tahdit ve aranan şahıslar programı" hakkındaki 12/5/1999 tarihli Genelgesi.



**Tablo 32.**

Yaptırım türü	1965	%	1995	%
Hapis	340	70.08	353	70.83
Ağır hapis	160		163	
Müebbet ağır hapis	13		16	
İdam	38	5.19	16	2.13
Para cezası	181	24.75	203	27.03

Bu tablo hürriyeti bağlayıcı cezanın normlarda yer aldığı sayısal yoğunluk nedeniyle şiddetli bir ceza sistemi görüntüsü vermekte ise de, bu durum yalnızca 1965 yılı öncesi için geçerlidir. Bu yılda yürürlüğe giren Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunla yaptırımlar sisteminde reform niteliğinde bir değişim süreci başlatılmış; ve % 50-55 civarında olan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması 1994 yılında % 16'lara (2+4) düşerken, para cezası

% 60'lara (1+3) yükselmiş bulunmaktadır (8). Bu veriler, uygulaması artan erteleme (% 17.6) ve hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek tedbirler (% 5.7) ötesinde değişimin en belirgin kanıtını da oluşturmaktadır. Bu verilere ait tabloya aşağıda yer verilmiştir:

**Tablo 33.**

Mahkeme türü	Ön ödeme		Hapis		Para Cezası		2+3		Ertelene		Tedbirler	
	(1)	%	(2)	%	(3)	%	(4)	%	(5)	%	(6)	%
DGM	1	0.0	2091	47.4	385	8.7	1726	39.1	42	1.0	164	3.7
Ağır Ceza	388	1.1	14078	39.9	4994	14.1	6977	19.8	5575	15.8	3313	9.4
Asliye	19371	7.1	38479	14.1	108225	39.6	24903	9.1	67186	24.6	15365	5.6
Sulh	129632	32.8	7622	1.9	168769	42.7	17472	4.4	51257	13.0	20555	5.2
Çocuk	8	0.2	78	2.4	808	24.4	52	1.6	1198	36.1	1169	25.3
Türkiye	149400	21.0	62348	8.8	283182	39.8	51129	7.2	125258	17.6	40566	5.7

- (8) Para Cezası Avrupa'da en popüler bir yaptırım olup; Almanya, Avusturya, Finlandiya ve İngiltere'de tüm yaptırımların %70'inden fazlası para cezalarından oluşmaktadır.



Bir ülkede cezaevi nüfus oranının yüksekliğinin o ülkede işlenen suç/asayişe müessir suç oranının diğer ülkelere göre oldukça fazla olmasından ileri geldiği düşünülebilirse de, bunun bilimsel bir bulgu olmadığı basit bir karşılaştırma ile belgelenmektedir. Nitekim, 100.000 nüfustaki suç oranı bakımından İngiltere, Hollanda'nın 1.3 katı; açığa çıkarılan suç yüzdesinde 1.3 katı ve 100.000 nüfustaki mahkumiyet sayısında ise 1.3 katı olmasına karşılık İngiltere'de altı aydan yukarı hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü yüzdesinin Hollanda'nın beş katı fazla olması sonucu İngiltere'de 100.000 nüfustaki mahpus sayısı Hollanda'nın 2.6 katına yükselmiştir. Bu bulgular göstermektedir ki, bir ülke cezaevindeki nüfus kabarıklığı, suç oranındaki büyük farklılık veya hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasından ziyade uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Anılan bağlamda, Türkiye'de 1978/1986 yıllarında çekilecek cezada sağlanan indirimlerle (çalışan hükümlü için özel indirim ile şartlı salıverilmeye ilke olarak çekilen sürenin 2/3'den 1/2'ye indirilmesi) uzun süreli ceza uygulamasından de facto olarak sıyrılmıştır. İşte bu önermeleri kanıtlayıcı nitelikte ülkeler cezaevlerine 1990 yılında giren hükümlülerin ceza süreleri itibarıyla dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

Tablo 34 .

ÜLKELER	0-3 ay	%	3-6 ay	%	6-12 ay	%	12 + ay	%	TOPLAM
AVUSTURYA	2673	40.4	1360	20.6	1367	20.7	1207	18.3	6607
DANİMARKA	12410	80.4	1308	8.5	937	6.1	766	5.0	15421
FRANSA	33844	38.6	21568	24.6	15853	18.1	16383	18.7	87648
İTALYA	14911	22.7	18561	28.3	13554	20.7	18605	28.3	65631
NORVEÇ	2171	48.7	550	12.3	885	19.8	858	19.2	4464
PORTEKİZ(*)	1219	20.0			3011	49.5	1853	30.5	6083
İNGİLTERE	10143	18.1	12608	22.5	13400	23.9	19918	35.5	56069
İSKOÇYA	5148	39.6	45095	35.4	1853	14.3	1391	10.7	12987
İSVİÇRE	10010	82.0	710	5.8	400	3.3	1090	8.9	12210
TÜRKİYE	21513	47.2	3553	7.8	6633	14.6	13861	30.4	45560

(\*) 0-6 ayı kapsamaktadır.





Yukarıdaki tabloya göre; bir yıl ve daha fazla süreli hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanan kişi sayısı bakımından, bu süreli cezaya en fazla başvuran ülkeler başta İngiltere olmak üzere (% 35.5), Portekiz (% 30.5), Türkiye (% 30.4) ve İtalya (% 28.3) olduğu, bu cezaya en az başvuran ülkelerin sırasıyla Danimarka (% 5), İsviçre (% 8.9) ve İskoçya (% 10.7) olduğu ortaya çıkmıştır.

Bu bağlamda, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması doğrultusunda Türk infaz siyasetinin ne derece rasyonel bir yaklaşımı benimsediği de 1962 yılında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü olanların ceza süreleri dağılımı kanıtlamaktadır:

**Tablo 35.**

(1962)

<u>Süre</u>	<u>Sayı</u>	<u>%</u>
6 aya kadar	189.173	91
6 ay-1 yıl	8.567	4
1 yıl-3 yıl	5.987	5
3 yıl-10 yıl	2.371	
10 yıl-15 yıl	776	
15 yıl+	796	
Müebbet hapis	52	
<b>Toplam</b>	<b>207.722</b>	

Not: Ölüm cezasına mahkumiyet sayısı 17'dir.

İşte 1965 yılında Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunla, ceza sistemine giren kısa süreli/uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza ayırımı bağlamında altı ay ve daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli sayılmışken, 1988 yılında yapılan değişiklikle ise; altı ay tavanı bir yıla yükseltilmiş ve böylelikle alternatif ceza ve tedbirden yararlanacak hükümlü sayısında bir artış kaydedilmiştir. Bunun ötesinde 1978 yılında yapılan bir değişiklikle yetişkinler bakımından 30 güne kadar (otuz gün dahil) hürriyeti bağlayıcı



ceza, çocuklar açısından da kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların, suç tarihinden önce bahsi geçen cezaya mahkum edilmemiş olması koşuluyla, alternatif ceza veya tedbire çevrilmesinde mecburilik ilkesi getirilmiştir.

Bu gelişmeler sonucu 1993 yılında hüküm giyen kişilerden yalnızca % 8'inin (53.618) "hükümlü" olarak ceza infaz kurumlarına girdiği; %18.1'inin cezasının ertelendiği; geri kalan bakımından ise yüksek oranda para cezası (% 67.9) ve tedbir uygulamasına (% 6) tanık olunduğu gözlenmiştir. İşte bu görünümü ile Türkiye'de, Avrupa genelinde egemen olan hürriyeti bağlayıcı cezaya en son çare olarak başvurulması ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Bu durum yıl içinde cezaevine girenlerden % 51.3 (27511)'nin icra suçundan (İcra ve İflas Kanunu md.337) hükümlü olması karşısında daha da belirginleşmektedir. Ne varki, (1986-1998) yılları itibarıyla 1 Haziran tarihinde ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü sayısı ve değişimine bakıldığında ilkesel bir uygulamanın oturmadığı da saptanmaktadır.

**Tablo 36**

Yıl	Hükümlü	Değişim
1.6.1986	33.543	100
1.6.1987	30.919	92
1.6.1988	31.677	94
1.6.1989	29.452	88
1.6.1990	29.305	87
1.6.1991	11.955	36
1.6.1992	12.117	36
1.6.1993	13.521	40
1.6.1994	17.042	51
1.6.1995	23.503	70
1.6.1996	28.768	86
1.6.1997	33.121	99
1.6.1998	38.766	115



Toplum güvenliği üzerinde çok az veya yok denecek derecede etkisi olan ceza adaleti sisteminin bireysel suçluya odaklanarak toplum güvenliğini sağlayacağı beklenilmekte ve bu nedenle adalet sistemi devamlı eleştiri konusu yapılarak, suçlulara karşı daha sert olunması biçiminde bir tepki göstermesi istenilmekte/ döngü devam etmektedir. Bu konuda temel soru, mevcut ceza adaleti sistemi, toplumun güvenliğini gerçekten sağlayabiliyor mu; yoksa çözüme daha yakın, daha köklü ve girift bir süreç gereklidir. Bu sorunun ne derece temel bir soru olduğu aşağıda ziraat sektöründeki bir soruna yaklaşım biçimi ile somutlaşmaktadır.

"Patates ve patates sinekleri konusunda uzman bir ziraat mühendisi sinek istilasına uğramış tarladaki sorunu teşhis etmeğe çağrıldığında, ilk önce tarlaya gider; ve işe gördüğü sinekleri toplamak yerine çevreyi inceleyerek bitkilere zararlı otlar ve diğer etmenler olup olmadığına, toprağın tahlilini yaparak bitkileri zayıflatan zehirli maddeler ile uygun besleyiciler ve bitkinin sağlığına uyarlı nem seviyesini belirlemek için gerekli çalışmaları yapar. Kuşkusuz, bu soruna çözüm yaklaşımı, sonuç alınamayacak türden, kendisinin kontrol edebileceğinden fazlaca olan sineklerden çok azının toplanması şeklinde olmayacaktır. Zehirlenme de, geçici bir çözüm olarak, devamlı tekrar edilmesi gereken pahalı bir yöntem olduğundan getirebilecek en rasyonel çözüm, bitkilerin daha sağlıklı bir ortama kavuşturularak sinek istilasına karşı dirençli olmasını belirlemek için tüm çevrenin ele alınması şeklinde olacaktır."

Toplum, doğal olarak suça karşıdır ve olması gereken de budur. Ne varki, bu tepkide halkın dikkatleri suçtan ziyade suçluya kaydırılmış bulunmakta; sosyal sorunların yalnızca illegal yapılmak suretiyle çözümlenebileceği yanılgısına düşülmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü suçluların toplumdan soyutlanarak cezaevine konulmasının, pahalı olduğu kadar sınırlı etkiye sahip



olması; cezaevine giren her suçlunun yerine yenisinin türemesi karşısında suçlulukla mücadelede yeni modelin ne olmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. Kuşkusuz, yeni model, toplumu ve toplumun en alt idare birimi olan "mahalle"yi temel alan yaklaşımdır. Bu model Türk toplumuna hiçte yabancı değildir. Ne varki, kültürümüzde yerleşik olan "mahalle namusu", "çalınan malların bedelinin mahallece karşılanması", "mahalle bekçisi" ve "mahalle karakolu" ile toplumsal temelli modelin yeni içerikler kazandırılarak güncelleştirilmesi yerine günümüzde terk edilmesi karşısında, bu modelde saklı bulunan sinerjinin yeni bir içerikle aktive edilmesi gerekmektedir. Bu yaklaşımda mahalle sorun çözen bir birim olarak ele alınmalı; resmi ve gayri resmi hizmetler o düzeyde organize edilerek; karar alma süreçlerine sakinlerinin katkı ve katılımının gerektiği anlayışı yerleştirilmelidir.

İşte bu düşünceler doğrultusunda, bilinçli felesefi bir referans olmaksızın da, toplumların pisliklerini halı altına süpürmesi şeklindeki inancı gerçekçi ve uygun görülmeğe başlamış; sosyal bir sorun olarak suçun, sosyal sistemin ürünü olduğu; sosyal açıdan belirgin bir şekilde risk oluşturduğu için kabul görmeyecek suçlar dışında kalanlar tüm suçların toplumda trette edilmesi ilkesi egemen olmaya başlamıştır. İşte hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif, toplum temeline dayanan bu iyileştirme yaklaşımı negatif ve özellikle kurumsal yöntemlerden daha etkili olmaktadır. İşte Çocuk Mahkemeleri Yasası ile getirilen gözetimli ertleme (probation) bu toplumsal tretman yaptırımının en tipik örneğini oluşturmaktadır. Ne varki, bu yaptırımın mana ve önemi yeterince algılanamadığından şimdilik de jure bir varlık göstermektedir. İşte bu yeni felesefi yaklaşım ile geleneksel ceza adaleti felesefi arasındaki farkı aşağıdaki karşıtlar listesi açıkça sergilemektedir:



Tablo 37.

<b>Mevcut infaz sistemi felsefesi şöyledir:</b>	<b>Toplumda gözetim felsefi yaklaşımı şunları ögütlemektedir:</b>
Suç devlete karşı işlenen bir yasa ihlalidir.	Suç topluma karşı işlenmiş bir eylemdir.
Ceza şu nedenlerle etkilidir: a) Ceza tehdidi suçu önlemekte, ve b) Ceza davranışı değiştirmektedir.	Bilinçli olarak yaratılan acının toplumun sağlığına bir katkısı olmamaktadır.
Ceza adaleti sistemi suçlu davranışı kontrol etmektedir.	Suç kontrolü temelde sosyal/ekonomik ve toplumsal örgütlenmede saklı bulunmaktadır.
Sorumlu tutulma izdirap çekmekle örtüşürülmüştür.	Sorumlu tutulma, sorumluluk alma, zarar önleme ve onarm için davranma olarak tanımlanmaktadır.
Bu süreçte mağdurlar tali konumdadır.	Suçun çözümlenmesi sürecinde mağdur merkezi bir konumdadır.

## Ceza Yaptırımlarında Farklılık

Ceza yaptırımları uygulaması ile hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza süresi bakımından ülkeler arasında farklılıklar olduğu gibi aynı ülkedeki mahkemeler arasında da farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu tür ülke içi karşılaştırmalar Kanada, Avustralya, ABD, İngiltere ile Türkiye için yapılmış olup; İngiltere'de otuz sulh ceza mahkemesini kapsayan çalışmada; bir mahkemenin, önüne gelen suçluların % 46'sını para cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının % 76'ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkemeler arasındaki değişimin % 3 ile % 19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibariyle bir değişime tanık olunmamıştır. Türkiye'de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görülen farklılığa ise, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek ceza ve tedbirlerin uygulanmasında tanık olunmuştur. Nitekim, 31/12/1986 tarihinde yapılan bir saptamaya göre, Türkiye genelinde bu oran % 9 iken, Ağır Ceza Merkezleri arasında bu yüzdenin (0)'dan (38)'e kadar değiştiği görülmüştür. Bu değişimde Ağır Ceza Merkezlerinden % 73'ü Türkiye ortalaması altında kalırken (Bergama, Ceyhan, Dinar, Karaman, Sandıklı, Siverek ve Zile'de (0) iken) % 27'si ise ortalamanın üstünde bir görünüm (en faz-



la yüzde gösteren merkezlerden, 6 aydan az cezaya hükümlü yüzdesinin 30'dan fazla olduğu Bakırköy, Boğazlıyan ve Kartal) sergilemektedir.

Bu farklılık yalnızca seçenek ceza ve tedbirlere özgü olmayıp, tüm yaptırımlar içinde geçerli olmaktadır. Nitekim, 1993 yılına ait seçilmiş metropol adliyeleri ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarındaki yaptırımların oransal dağılımı, bu görünümü destekler niteliktedir. Şöyleki;

**Tablo 38.**

	<b>Hapis</b>	<b>Para</b>	<b>Hapis &amp; Para</b>	<b>Erteleme</b>	<b>Diğer</b>
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DİYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
<b>TÜRKİYE</b>	<b>32.6</b>	<b>38.6</b>	<b>6.5</b>	<b>16.7</b>	<b>5.6</b>

T.C.K'nın ihlali bağlamında; yoğunluk gösteren maddelere göre mahkum olanların, (1993 yılı itibariyle) ağır ceza merkezlerindeki ortalama hürriyeti bağlayıcı ceza miktarı (yıl) dağılımı ise aşağıda verildiği gibidir.



Tablo 39.

TCK	Adana	Ankara	Erzurum	İstanbul	İzmir	Konya	Samsun	Sivas	Trabzon
202	2.4	2.6	2.4	1.9	2.8	2.3	2.9	2.1	2.7
227	3.0	3.1	2.3	2.6	2.8	3.1	3.9	2.5	3.1
342	2.4	2.5	2.3	2.5	2.5	2.4	2.4	2.6	2.4
345	0.7	1.3	0.8	1.4	1.3	1.6	1.6	1.0	1.5
403	8.4	10.1	11.4	10.0	8.6	10.8	10.3	10.5	9.3
404	3.8	4.6	2.5	3.9	3.8	3.9	3.3	3.8	3.4
414	6.6	8.9	7.1	8.0	7.0	7.5	7.5	7.6	8.3
416	2.6	4.1	4.8	4.7	4.1	3.7	5.3	5.2	3.3
418	4.2	5.8	7.2	7.3	6.1	6.8	6.9	7.1	5.8
448	16.0	15.6	15.4	14.7	14.6	15.3	15.8	15.7	15.9
449	18.6	19.3	20.6	17.9	17.8	19.0	19.1	17.5	20.6
450	24.9	24.9	20.0	23.0	25.5	22.4	24.3	24.7	24.1
456	2.1	1.9	2.6	1.9	2.8	1.8	1.9	2.1	1.7
491	0.9	1.0	1.2	0.9	1.1	0.9	1.0	1.0	0.7
492	1.6	1.6	1.0	1.5	1.8	1.3	1.8	1.5	1.1
493	1.9	2.1	2.0	2.1	2.3	2.1	1.7	1.9	1.7
497	13.6	14.5	17.2	15.7	14.0	13.1	14.4	13.9	13.5

Ceza Mahkemelerince karara bağlanan davalarda mahkumiyet kararlarının Türkiye ortalaması %49.2'dir. TCK'nun ihlali bakımından verilen mahkumiyet karar oranları ise, ağır ceza merkezlerine göre önemli değişimler göstermektedir.

Kuşkusuz, cezalarda eşitlik (nicelik) ne kadar sağlanırsa sağlansın; bu eşitliğin ancak görünüşte kalacağı unutulmamalıdır. Keza, her ceza yaptırımının etkisinin algılanışı; aynı duyarlılığı gösterebilen hükümler açısından, Bayramiç Cezaevi ile Bayrampaşa Cezaevinde çekilen birer günlük hürriyeti bağlayıcı cezanın (nitelik açısından) eş değerde olmaması gibi herkes için farklıdır (F. Erem).



## Mahpusluk

Ceza yaptırımları sistemde yer alan hürriyeti bağlayıcı ceza, en pahalı yaptırım türüdür. Salıverilen hükümlerin yeniden suç işlemesi önlemek açısından da diğer yaptırımlardan daha başarılı değildir (yaptırımların ikamesi teorisi). Ne varki, mahpusluk süresince halk zarar görme riskinden korunmakta ve ciddi suçlar için halkın oç alma ihtiyacı (**retribution**) karşılanmaktadır.

Genelde bu yaptırım türünün toplumda işlenen suçların azalmasına doğrudan yapabileceği katkıyı belirlemek hiçte kolay değildir. Bunu etkileyen faktörler arasında;

- Kişinin dışarda olsaydı ne kadar suç işleyeceğinin bilinemediği;
- Ceza adaleti sisteminin, fazlaca suç işleyen kişilerin cezaevine gönderilmesini sağlamadaki başarı derecesinin bilinmediği;
- Suçların sayısallığı kısmı bir ölçme olup, sebebiyet verdikleri zarar ve ziyanın göz önüne alınmadığı;
- Farklı ölçmelerin farklı sonuçlar vermesi; ve özellikle kolluktaki suç kayıtlarının mağdurlar üzerine yapılan anketlerden daha düşük olması yer almaktadır.

Tarling (1994) İngiliz cezaevlerindeki hükümlü sayısı ile mevcut suç miktarına bakarak, İngiltere’de suç oranında yüzde 1’lik bir azalma sağlanması için cezaevi nüfusunda yüzde 25’lik bir artış olması tahmininde bulunmuştur. A.B.D’de yapılan tahminde ise, cezaevi nüfusunda yüzde 1’lik bir artışla suç oranında yüzde 0.12 ve yüzde 0.2 arasında ve en iyi tahminle yüzde 0.16’lık bir düşme olacağı belirtilmiştir. İki ülke arasındaki farkın önemli nedeni ise, ABD cezaevi nüfusunun İngiltere’dekinden çok fazla olması ve yüzde 25’lik bir artışın cezaevleri toplam nüfusuna





400.000 hükümlü ilavesinin işlenecek suçlar üzerindeki etkisi, İngiltere’de yaklaşık 16.000 hükümlü nüfusuna yüzde 25’lik bir ilavenin etkisinden daha fazla olacaktır. Bu açıklamaları matematiksel bir baza oturtmak, mahpusluğun suç önlemedeki maksimum etkisini belirlemek üzere şu formüle başvurulabilir :

$$S_{\max} = Y * S$$

$S_{\max}$  = Mahpusluk nedeniyle önlenen maksimum sayıdaki suç

$Y$  = Yıl olarak mahpusluk süresi

$S$  = Suçlu tarafından bir yılda işlenen suç

Dünya cezaevi nüfusuna bakıldığında 8 milyondan fazla insanın tutuklu/hükümlü olarak cezaevlerinde kaldığı; ve bu nüfusun yarısından fazlasının ABD (1.7 m), Çin (1.4 m) ve Rusya’da (1 m) bulunduğu görülmektedir. 100.000 nüfusa oranla en fazla cezaevi nüfusu barındıran ülkeler sıralamasında 685 ile Rusya, sonra ABD (645), Belarus (505), Kazakistan (495), Bahama (485) Singapur (465) ve Azerbaycan (325) gelmektedir. Ülkelerin %65’inde ise oran 150 veya altındadır. Seçilmiş Avrupa ülkeleri bakımından bu oranın dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

**Tablo 40.**

Ülke	Cezaevi nüfusu	Tarih	Oran
Avusturya	6.946	1/9/97	85
Almanya	74.317	1/9/97	90
Fransa	53.259	1/10/98	90
İngiltere	73.545	30/9/98	125
Türkiye	67.948	28/2/99	108

## Sonuç

Mal ve/veya hizmetlerin üretildiği her yer ve zamanda var olan iktisadi birimler, işletmelerdeki **etkinlik** ögesi bugün artık ihmal edilemez bir konuma gelmiş; reklamcılık ve halkla ilişkilerde **imaj**

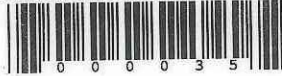


**yaratmada** önemli bir işlev kazanmıştır. Bu açıdan ceza adaleti işletmesinde, insan haklarının elverdiği ölçüde **etkinlik** sağlanması demokratik toplumlar için yaşamsal bir önem kazanmıştır. İşte bu nedenle, insan hakları açısından geçerliliği kalmamış biçimsel usul ve yöntemler gelenek ve kurumsallığın kısıkcancından kurtarılmalıdır ve bunlar karşılaştırmalı hukuk uygulaması turnusoluyla test edilmelidir (9). Ayrıca, ceza adaleti sorunsalına kalıcı çözümlenelerde yargıçlar kadar avukatların da rol ve katkısı yanında “halkın işbirliği” gereği de göz önünde bulundurulmalıdır.

- 
- (9) Bk. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin **Ceza Adaleti Yönetimi** üzerine Tavsiye Kararı R. (95); W.H. Davidow&M.S. Malone **Sanal Şirket** (Ter. M. Küpüşoğlu) Koç Unisys Yayınları 1, İst., 1995; K.F.Röhl. **Geriçtsverwaltung und Court-Management in den USA**, Bundesanzeiger, Köln, 1993. Marmara Üniv. Kriminoloji Merkezi. **CMUK SEMPOZYUMU** (9 Nisan 1999, İstanbul) İst., 1999. Schroeder-Yenisey-Peukert. **Ceza Muhakemesinde (Fair Trial) İlkesi** (İst. Barosu) İst., 1999; M.T. Yücel. **Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi** Ank., 1999.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KÜTÜPHANESİ



1 0 0 0 0 0 3 5