

2013

MAYIS

4 AYDA BİR YAYIMLANIR



İZMİR BAROSU DERGİSİ

YAYIN KURULU'NDAN

PANEL

Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

MAKALELER

Av. Rasih Feridun SENCER

Adil Yargılanma Hakkı

Av. Yeşim YATAĞANBABA

Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Av. Demet DURAN

Şüphelinin İfadesinin Alınması

(CMK Md. 147- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Md. 23)

Erkut Güçlü KAHRAMAN

Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin Belgede

Sahtecilik Suçlarıyla İlişkisi

Burak KEÇEÇİOĞLU

Yabancı Parayla Yapılan Adi Kira Sözleşmesinin Uyarlanması

HAKEMLİ MAKALE

Av. Hakan DİMDİK

Suçta Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin

Manevî Unsuru: "Gönüllülük"

AIHM KARARLARI

Abdullah Yaşa ve Diğerleri - Türkiye Davası

Şerife Yiğit / Türkiye Davası

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm

Hukuk Bölümü

YIL: 78

2

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 78 • Mayıs 2013 • Sayı: 2 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Anıl GÜLER

YAYIN KURULU

Av. A. Haşim ÖZTÜRK
Av. Adil AKYILDIZ
Av. Anıl GÜLER
Av. Doğan ALPER
Av. Gonca RONA
Av. Hakan DİMDİK
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Ozan BALIM
Av. Özkan YÜCEL
Av. Özlem ÖNGÖRÜ KARANLIK
Av. Pınar Bahar DOĞAN
Av. Süleyman AKTAŞ
Av. Dr. Z. Özen İNCİ

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (İstanbul Medipo Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ve AB Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL (Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Genel-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa ALP (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Hacı CAN (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Sevtap METİN (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR (İzmir Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Beşir AÇABEY (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR (Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)
Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Av. Serkan CENGİZ (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılaması ve İnsan Hakları Hukuku)
Av. Talih UYAR (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 14

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

BASILDIĞI YER

Teknofset

5632 Sokak No: 26 Çamdibi / İZMİR

Tel: 0232 458 58 09 (pbx) Faks: 0232 458 54 04

Basım Tarihi

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

YAYIN KURULU'NDAN

7

PANEL

Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları 9

MAKALELER

Adil Yargılanma Hakkı
Av. Rasih Feridun SENCER 108

Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği
Av. Yeşim YATAĞANBABA 174

Şüphelinin İfadesinin Alınması
(Cmk Md. 147- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade
Alma Yönetmeliği Md. 23)
Av. Demet DURAN 190

Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin Belgede
Sahtecilik Suçlarıyla İlişkisi
Erkut Güçlü KAHRAMAN 225

Yabancı Parayla Yapılan Adi Kira Sözleşmesinin
Uyarlanması
Burak KEÇECİOĞLU 248

HAKEMLİ MAKALE

Suçta Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevî
Unsuru: "Gönüllülük"
Av. Hakan DİMDİK 272

AİHM KARARLARI

Abdullah Yaşa ve Diğerleri - Türkiye Davası 296
Şerife Yiğit / Türkiye Davası 316

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm	345
Hukuk Bölümü	381

Yazı Günderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları "**biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk**" yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle

yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekliğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlenmeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Yayın Kurulu'ndan

Değerli Meslektaşlarımız,

Değerli Hukukçular,

Dergimizin Mayıs 2013 sayısı ile yeniden birlikteyiz.

Bu sayıda ilk olarak, İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları" konulu panelin çözümlerini sizlere sunuyoruz. Üç ayrı oturumda gerçekleşen panelimize, oturum başkanları olarak Prof.Dr. Ejder Yılmaz ve Av. Senay Ertem, konuşmacı olarak ise Yargıtay 2.Hukuk Dairesi Üyesi Mustafa Ateş, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi üyesi Ömer Uğur Gençcan, Hakim Mustafa Karadağ, Av. Mustafa Şimşek, Yargıtay 8.Hukuk Dairesi Başkanı Yusuf Uluç, Av. Nazan Moroğlu ve hakim Şerafettin Şanver katılmışlardır.

Makaleler bölümünde;

Av. Rasih Feridun Sencer'in hazırladığı "**Adil Yargılanma Hakkı**", Av. Yeşim Yatağanbaba'nın hazırladığı "**Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği**", Av. Demet Duran'ın hazırladığı "**Şüphelinin İfadesinin Alınması (CMK Md.147 – Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği Md.23)**", Erkut Güçlü Kahraman'ın hazırladığı "**Delillerin Doğrudan Doğruları İlkesinin Belgede Sahtecilik Suçlarıyla İlişkisi**", Burak Keçecioglu'nun hazırladığı "**Yabancı Parayla Yapılan Adi Kira Sözleşmesinin Uyarlanması**" başlıklı makaleler yer almaktadır.

Dergimizin Hakemli Makale bölümünde, Av. Hakan Dimdik tarafından hazırlanan "**Suçta Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevî Unsuru: Gönüllülük**" başlıklı makaleyi okuyabilirsiniz.

Kararlar bölümünde, Dr. Ümit Kılınç tarafından çevirisi yapılan Abdullah Yaşa ve Diğerleri/Türkiye ve Av. Serkan Cengiz tarafından

evirisi yapılan Şerife Yiğit/Türkiye davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar ve diğer yargı kararları yer almaktadır.

Dergimizin hazırlanmasında, makaleleri, çevirileri ve gönderdikleri yargı kararları ile katkıda bulunan yazarlarımıza ve meslektaşlarımıza teşekkür ediyoruz.

Yeni bir sayıda tekrar buluşmak üzere...

Saygılarımızla.

İzmir Barosu Yayın Kurulu

Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

23 Şubat 2013

Sema PEKDAŞ: Değerli meslektaşlarım, değerli hukukçular, İzmir Adliyesi'nin, adliyelerimizin değerli hakimleri, bugün Türkiye Barolar Birliği ve İzmir Barosu olarak Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları konusunda bir çalışma yapıyoruz. Biliyorsunuz 2002'de Yeni Medeni Kanun yürürlüğe girdi. Arkasından HMK değişti. Bir buçuk sene olmadı bile yürürlüğe gireli, bir de 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Yasamız yürürlüğe girdi. Uygulamada pek çok sorun yaşıyoruz. Sorunlar geldikçe çözüm üretmek bizlerin işi ama bu çözümü üretirken hem hukuka uygun çözümler bulmak, hem de hukuka katkı yapmak da önemli. Bu nedenle bu çalışmada bizlerle birlikte olan değerli konuklarımıza, hakimlerimize, hocalarımıza şimdiden hepinizin adına teşekkürlerimi sunuyorum ve onlara hoşgeldiniz diyerek, "Boşanma Davalarında 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları" konusundaki ilk oturumumuzu başlatıyorum. Oturum başkanımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz. Artık Ejder Hoca'yı Hukuk Usulü Uygulamaları konusunda tanımayanımız yok. Konuşmacılarımız Mustafa Ateş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi. Bizimle daha önce de, geçen sene de bir çalışma yapmıştı. Mustafa Karadağ Ankara 11. Aile Hukukçusu ve Mustafa Şimşek avukat meslektaşımız. Ben sunumlarını yapmak üzere konuşmacılarımızı kürsüye davet ediyorum.

1. Oturum - Boşanma Davalarında 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Efendim, günaydın. Güzel İzmir'in güzel cumartesi gününü feda ederek buraya geldiğiniz için teşekkür ederim. Beni sizlerle bir araya getiren Türkiye Barolar Birliği yönetimine ve İzmir Barosu yönetimine de teşekkürlerimi arz ediyorum. Malumunuz 6100 sayılı Kanunumuz bir yılı geçkin bir süredir yürürlükte. Aslında 6100 Sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz Avrupa'nın en yeni usul kanunudur ki bizden kısa süre önce İsviçre Federal Medeni Usul

Kanunu yürürlüğe girmişti. Bizim avantajımız bu yeni kanunda bütün gelişmiş ülkelerin usul kanunlarının üzerinde, onlar da dikkate alınarak hazırlanmış bulunan bir kanuna sahip olmaktır. Aslında Türkiye önemli bir resepsiyon dalgasının içerisinde. Dünya ölçüsünde Türkiye ilginç bir örnektir. Malumunuz 18. yüzyılın sonlarında, Osmanlının son dönemlerinde Türkiye'de büyük bir kodifikasyon, büyük bir hukuk alımı gerçekleşmiştir. Sonra 1920'li yıllarda Cumhuriyetin kurulmasında sonra Ulu Önder Atatürk'ün talimatlarıyla hukuk devrimi diye adlandırılan çok önemli bir kodifikasyon daha geçirdik. Aşağı yukarı 20-25 yıldır özellikle Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde Avrupa Birliği yasalarıyla, Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum sağlamak üzere Türkiye'de üçüncü bir hukuk yapımı var. Yabancı hukukun alımı demiyorum, Türkiye artık kendi hukukunu kendisi yapmak durumunda. Sırayla büyük yasalarımız, büyük kanunlarımız değişti. Ve en son da Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, daha doğrusu Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz değişti. Aslında kanun yapmak çok zor bir iş. Bu komisyonun içerisinde, kanunu hazırlayan komisyonun içerisinde filen bizim neslimiz yoktu. Bizden sonraki nesil ki çoğunluk benim öğrencimdir, bence çok güzel bir çalışma yaptılar, örnek bir çalışma yaptılar ve bugünkü 6100 sayılı Kanunumuz ortaya çıktı. Her kanunda mutlaka bir eksiklik vardır. Eleştirilecek yön mutlaka vardır. Zaman içerisinde hepsi yoluna girecek diye düşünüyorum. Elbirliğiyle avukatlar olarak, hakimler, yüksek hakimler olarak, bilim adamları olarak eksikleri tamamlayacağız, zaman içerisinde inşallah Kanunumuz daha iyi hale gelecek. Aslında ilk günlerde kanunun yürürlüğe girme aşamasındaki o heyecan gittikçe oturdu. Ben her konferansa maalesef gidemiyorum, biraz nazlanıyorum da galiba, zaman açısından hepimiz fukarayız, zaman fukarasıyız. Ama gözlemlediğim, Türk hukukçusunda inanılmaz bir öğrenme isteği var. Avukatlarda var, yargıçlarda var. Bu da beni çok mutlu ediyor. İnşallah en kısa zamanda Usul Kanunu da öğreneceğiz, her şey rayına girecek. Malumunuz fazla uzatmak istemiyorum konuşmamı, gerekirse aralarda sıkıştıracağım ama birkaç cümle ifade etmek istiyorum bu yeni kanunla ilgili olarak. Kanun eski kanunun %80 aynısı. Sadece ifadeler değişti. Aşağı yukarı %12 ile 15'i de eski kanunda olmayan fakat uygulamada hepimizin bildiği müesseseler. İşte asli müdahale mesela. Kanunda yoktu ama hepimiz bu müesseseyi biliyorduk. Belki %5 ila 8'i yeni müesseselerdir diyebiliriz. Örneğin belirsiz alacak davası gibi ki en önemli sorunlardan biri orada duruyor. Ama bunların zamanla hepsi oturacak

gibi değerlendiriyorum. Aslında bu kanun dediğim gibi bence iyi bir kanun. Bütün eksiklere rağmen. Ancak bu kanunun iyi uygulanabilmesi için mutlak surette devletin birtakım tedbirler alması lazım geliyor. Biliyorsunuz ön inceleme bu kanunun omurgasıdır, beynidir, kalbidir. Bu kanun esas itibariyle ön inceleme sistemine oturuyor. Ön inceleme eski kanunumuzun satır aralarında da vardı. Ama malum sebeplerle, iş çokluğu nedeniyle özellikle, ön inceleme yapılamıyordu. Ama bütün yargı sistemlerinde, bütün mahkemelerde, yüksek mahkemelerde, ilk derece mahkemelerinde hakimin bir ön inceleme yapma ihtiyacı var. Yeni kanun ön incelemeyi öne çıkarttı ve hakimlerimizin işini arttırdı. Ben inanıyorum ki ön inceleme müessesesi iyi uygulanırsa, kanun amacına mutlak surette ulaşacaktır. Ancak ön incelemenin yapılabilmesi için bu ülkede yapılacak en çabuk iş, hakim başına düşen dava sayısını azaltmaktır. Siz hepiniz içindesiniz, benden daha yoğun avukatlık yapıyorsunuz, bir hakimin bin-bin iki yüz dosya ile uğraşmasını ben kabul edemiyorum. Buna yansıyarak Yargıtay'ın beş-altı yüz bin hatta son zamanlarda daha da arttı, ihtiyati tedbirlerle vs. daha da arttı, Yargıtay'ın böyle beş-altı yüz bin davası olamaz. Dünyada yok. İsviçre'de Federal Mahkeme 800 dava ile uğraşiyor. Koca Almanya'da Federal Mahkeme 4000 dava ile uğraşiyor. Yukarıda Nordik ülkelerde bu sayı daha da az. Bizim Yargıtay'ımız yedi yüz bin, bir hakim bin-bin iki yüz dava ile uğraşiyor. Beni hoşgörün bu biraz kendi kendimiz kandırmak gibime geliyor. Basit bir örnek vereyim; bir erkek elli kg kaldırır, bir çimento torbası kaldırabilir zorlasa. Ama bir erkek 500 kg. veya bir hanımefendi 70 kg. kaldıramaz. Eğer kaldırırsam derse kendi kendini kandırıyor, o yandan itekliyordur. Kaldıramıyordur. Bizim yargımız da şu anda bu haldedir. Çözüm bence kolaydır. Zor gibi geliyor ama bence kolay. Hakim sayısını üçe katladığımız zaman, ülkemizde aşağı yukarı on bin civarında hakim var ki bunun üç bin kadarı da idari görevlerde, geride yedi-sekiz bin hakim var. Bunu siz 25-30 bine çıkartırsanız Avrupa standartları öyledir. AB biliyorsunuz bir taraftan kanunların çıkarılmasına, bir yandan da uygulanmasına nezaret ediyor. Adalet Bakanlığı'na verilen AB raporları vardır. Hep web sitelerinde yayınlanıyor. Çok kıymetli raporlar var. Orada Türkiye'ye tavsiye edilen aşağı yukarı benim söylediğimdir. Bir hakim ortalama 300, bilemediniz, 400 davaya bakabilir. Daha fazlasını kaldırması mümkün değil. O nedenle süratle bence bu yola gidilmelidir. Bazen soruyorlar nereden hakim bulacağız, Türkiye'de o kadar çok hukuk fakültesi açıldı ki, baroların, Barolar

Birliği'nin yayınlarında bildiğim kadarıyla Türkiye'de yaklaşık 100 bin avukat var. Siz ilk başlayan hakime beş bin dolar verecek olursanız, dolar diye mahsus konuşuyorum, on bin lirayla bir hakimi başlatacak olursanız yüksek yargıda da yirmi-otuz bin lira verecek olursanız, araya da diğer hakim statülerini yerleştirecek olursanız iyi hukukçu bulmak Türkiye'de çok kolaydır. O nedenle bu tedbirler alınmadıkça, yani dava sayısı, hakim başına düşen dosya sayısı azaltılmadıkça bu kanundan başarı beklememiz mümkün değil. Çünkü hepimiz biliyoruz, öğrencilerime de hep böyle söylemişimdir, bir hakim günde 26 saat çalışıyor. Gece de çalışıyor. Beyni de çalışıyor. Buna hakkımız yok. Hakimlere bu kadar eziyet etmemiz bence doğru bir yöntem değil. Bence biraz daha çağdaş olmak lazım. Davaları azaltmak lazım özetle. O zaman işte bu 6100 sayılı Kanunumuzun daha başarılı bir yere gideceğine inanıyorum. Ben bu genel girişten sonra müsaade ederseniz, şimdi toplantının birinci bölümüne başlayacağım.

Bugünkü toplantı üç bölüm halinde düzenlenmiş. 12.00'a kadar birinci bölüm, "Boşanma Davalarında 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları", ki birbirinden değerli üç konuşmacımız var, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Mustafa Ateş Bey, Ankara 11. Aile Hakimi Mustafa Karadağ ve Av. Mustafa Şimşek ki üç Mustafamız, biri Ateş, biri Karadağ, biri Şimşek inşallah tecrübelerini bize burada aktaracaklar. Kendilerine inanıyorum. Çok şey öğreneceğiz. Programda yalnız bir eksiklik var. Soru cevap kısmı buralarda yer almıyor. Oysa soru cevap bence çok önemli. Değerli konuşmacıların konuşmaları bittikten sonra, bilmiyorum ne kadar sürecek ama ben yarımşar saat olabileceğini değerlendiriyorum. Toplantı bittikten sonra en sonda birkaç soru da olsa cevaplamak uygun olacaktır diye düşünüyorum. Şimdi müsaade ederseniz önce sözü Mustafa Karadağ Bey'e veriyorum.

Mustafa Karadağ: Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Biz hem üç Mustafayız hem de dördümüz de hemşeriyiz arkadaşlar. İzmir işgal altında. Şimdi ben iki gündür söylüyorum, biz bu HSYK seçimlerinde geldik İzmir'e. İzmir'e gelinceye kadar her yerde kavga ettik, sürekli tartıştık, ortam gergin. İzmir'e geldik, İzmir'de kimse kavga etmiyor. Böyle kaldık.

Şimdi ben doğrudan aile mahkemelerinde yaşanan sorunlarla ilgili bir şeyler söylemek istiyorum ve dava dilekçesinden başlamak istiyorum.

rum. Şimdi HMK'da dava dilekçesinde bazı şeyler var, bu a, b, c, d falan sayılmış. İşte denilmiş ki bunların dışında olanlara kimisinde ihtar, muhtıra gönderilir, tamamlanırsa açılmamış sayılmasına karar verilir falan. Bir de yaptırımı gösterilmeyenler var. Bu yaptırımı gösterilmeyen şeyler neler? İşte vaka bildirilmezse ne olur? Delillerini bildirmezse ne olur? Vakalarını nasıl kanıtlayacağını söylemezse ne olur? Benim kanaatim eğer dava dilekçesinde vaka bildirilmiyorsa ve bu vakaların nasıl kanıtlanacağı söylenmiyorsa bu davanın ayakları yoktur. Doğrudan redde mahkumdur. Tabii ki burada hemen iddianın, savunmanın genişletilmesi değiştirilmesi gündeme geliyor. Malumunuz yazılı usulün cari olduğu davalarda ki boşanma davalarında öyle, iddialar ve savunmalar en son 2. cevap dilekçesini tamamlanmasına kadar genişletilebiliyor. Davacı dava dilekçesinde ve cevaba cevap dilekçesinde iddialarını, savunmalarını genişletip değiştirebiliyor, davalı cevap ve 2. cevap dilekçesinde değiştirebilir, genişletebilir. Fakat benim kanaatim tabii ki çok şeyler söyleniyor, artık boşanma davalarında da dört dilekçe verilecek. Dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, 2. cevap dilekçesi. Ara dilekçeler yok. Ben duruşmalarda da söylüyorum arkadaşlara, boşu boşuna zahmet edip dilekçe vermeyin okumayacağım. Ne söyleyeceksek bu dört dilekçede söyleyeceğiz. Ha ne diyoruz, eğer ki taraflardan birisi ön izleme duruşmasına gelmemiş olsun. Eğer gelmezse tabii ki gelen taraf iddialarını serbestçe genişletip değiştirebilir. İstedikini söyleyebilir ve buna da gelmeyen taraf karşı çıkamaz. Delil bildirilmezse ne olur? Bizim çok sık karşılaştığımız şeyler. Biz hakim olarak tabii avukatların açtığı davalarda daha iyi en azından vaziyete hakim olabiliyoruz. Bir de bizim istidacı sorunumuz var tabii ki. Ankara Adliyesi'nin önünde konuşuyorlar işte; nizasızsa on lira nizalıysa elli lira boşanma dava dilekçesi. Ve bu boşanma dava dilekçelerinde delil olarak sadece nüfus kaydı. O kadar. Eğer sadece nüfus kaydı dediyse ve dediğimiz gibi bu ön inceleme duruşmasına gelip gelmeme, cevaba cevap, dilekçeler aşamasının tamamlanması halleri ayrık olmak üzere, o zaman diyoruz ki nüfus kaydı evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kanıtlamaya yetmez, onun için bu dava redde mahkumdur, baştan diyorum. Onun için de dava dilekçesini yazarken mutlaka davaları açıklamak lazım, benim kanaatim. Eskiden şey vardı, boşanma davaları özellikle nezaketi kaybetmeyelim diye önceden bir şeyler söylemeyiz, dava dilekçesinde usulen geçinemiyorlar, ruhen mizacen anlaşıyorlar hele bakalım davalı ne diyecek? Daha sonra kim ne diyecekse ona göre bir

tavır geliştirirdik. O devir artık bitti diyorum. Bunlar hep benim kanaatim. Bir de tabii en büyük delillerimizden birisi kanıt delili. Davamızı dayandırdığımız vakalarımızı kanıtlayacağız, tanıkla kanıtlayacağız. Peki tanıkların isimlerini bildirecek miyiz? Tanık listesi, en geç ya da en erken değil, ön inceleme duruşmasının bitiminde verilmeli diye düşünüyorum menfaat bakımından. Şöyle ki; kimi dava dilekçelerinde bakıyoruz, kimi arkadaşlarımız bu HMK'ya dirençli. Duruşmalarda çok sık söylediğimiz bir şey. Diyorum ki ben, yasa değişikliklerini öğrenmemekte direnen meslek grupları nelerdir? Hakimler, savcılar, avukatlar. Şimdi bazılarımız direniyoruz HMK'ya. Eskiden bildiğimiz gibi, bazı arkadaşlarımız da bu HMK'yı çok fazla konuşuyorlar. Hemen işte tanıklar falan gibi listeler veriliyor. Tabii ki yeni tanık listesi yasada, halen var. Bu nedenle de kanıt isimlerini bildirmemek daha doğru diyorum. Hocam ne der bilmiyorum. Tabii ki vakalar değiştirip geliştirildiği için benim kanaatimce vakalarla ilgili sınırlı tanıklar, ikinci tanık listesi verilebilir diyorum. Bu ikinci tanık listesi anlamına gelmemeli. Çünkü dava dilekçesini dayandırdığımız vakaları anlattık, bu vakaları şununla kanıtlayacağız dedik, hatta tanık listesi de yazdık. Fakat bizim iddialarımızı, savunmalarımızı değiştirip geliştirme hakkımız var. Cevaba cevap dilekçesi, ikinci cevap dilekçesinde yeni vakalar ileri sürdüyse bu vakaları kanıtlamaya yarar tanıkların da bildirilmesi, ikinci tanık listesi yasağı kapsamında olmamalı diye düşünüyorum. Tabii ki bu biraz zor bir şey. Tanıkları dinlerken de hakimin hangi vakayı hangi tanıkla kanıtlayacağına dair dikkat etmesi gerekiyor. Tabii bu zor bir durum. Onun için benim naçizane önerim, tanıkların isimlerinin bildirilmesi, en geç ön inceleme duruşmasının bitiminde bildirilsin. Böylece yasağa takılmayalım.

Şimdi geliyoruz ön inceleme duruşmasına. Ön inceleme hakikaten yeni bir müessese. HMK çıkarılırken şöyle bir düşünce vardı: Artık herkes davasını bilecek. Avukat bilecek, hakim bilecek. Ön inceleme duruşmasında ne konuşulduğunu ya da ne konuşulması gerektiğini herkes bilecek. Onun için de sulhe olanak tanınabilecek. Ama uygulamada ne oluyor? Şimdi arkadaşlar hepimiz yapıyoruzdur, duruşmaya geliyoruz, ön inceleme duruşmasına, davacı vekillerinden soruldu, davacı vekili efendim ben yetki belgesiyle geldim diyor. Ben o zaman diyorum ki "gelmeseydin". Ön inceleme bir duruşmada bitecek en fazla bir kez daha talik edilebilecek ya. E biz şimdi ne konuşacağımızı bilmiyoruz ki

duruşmada. Davacı bilmiyor, davalı bilmiyor, hakim de bilmiyor. Sonra ön inceleme amacına ulaşamıyor. Şimdi, boşanmalarda sulh biraz farklı. Yani boşanmaya ilişkin Medeni Kanun'da bir usul düzenlemesi var. Kolay bir şey değil doğrusu. Ama davamızı bilmemiz gerekiyor, mesele bu. Zaten davayı bildiğiniz zaman daha önce de 6100 sayılı Yasa'dan önce de kolaydı bunlar. Ama şimdi ne oldu, 6100'le sanırım Hakan Pekcanitez'in sözüydü bu, artık gözümüze soktular. Artık dediler ki, "hemşerim bundan sonra ön incelemede herkes davasını bilecek."

Ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verilebilir mi? Uygulamada yaşadığımız bir sorun. Yasada böyle bir şey yok. Verilmez diye bir şey yok. Bunları verilir ya da verilmez anlamında söylemiyorum ben, sorunlara dikkat çekme anlamında. Hani ön inceleme duruşması bir seferde bitecekti ya, o bakımdan. Şimdi mazeret dilekçesi verildi, tabii yasada engel yok. Erteledik, hiçbir işlem yapmadık. İkinci duruşmaya geldik, ön inceleme, burada da geldi önümüze. Sunulup da temin edilmeyen delillerin toplanması için bir kez daha süre verilebilir. Süre verdik, oldu mu size üç celse? Şimdi hocam anlattı. Biz şöyle diyoruz, daha önceleri Yargıtay'ın bir kararı var, hani işte her ne kadar kesin sürede verilmediyse de netice itibarıyla bu duruşma gününe kadar verildiyse ve bir gecikmeye sebebiyet verilmediyse bu işte geçerli bir dilekçe sayılır filan. Şimdi biz iki hafta diyoruz. Duruşma iki buçuk ay sonra. Şimdi o yasanın bir oturumda bitirilir dediği şey oldu mu size yedi buçuk ay? Bu nedenle ön inceleme duruşmalarına gelmek lazım diye düşünüyorum. Şimdi hocam gayet güzel söyledi. Gerçekten de bu yasanın başarıya ulaşması için dava sayısının az olması gerekiyor, Hakimin davaya vaziyet etmesi gerekiyor, daha önce de bizim yöntemimiz dürtme yöntemi idi. Avukatlar gelirdi, tebligat geldi mi, cevap döndü mü, müzekkere cevabı geldi mi diye sorardı. Veya duruşmalara gelirdik, bakardık tebligat geçerli, geçersiz duruşmada bile karar verirdik. Ama şimdi ne oldu, dava dilekçesi verildiği anda artık mahkemenin malı. Davacı takip etmeyecek artık. Mahkeme, önündeki davanın tebligatının usulüne uygun yapılıp yapılmadığını takip edecek bundan sonra. Eskiden mahkeme kaleminde ne yapardık biz, tebligat gelir dosyanın içine atarsın, duruşmada bakarsın. Şimdi öyle değil. Şimdi tebligat geldi, mahkeme bakacak bu tebligat usulüne uygun mu, değil mi. Ona göre bir işlem yapacak. Efendim bir cevap geldi. Eskiden duruşmada bakardık. Şimdi mahkeme bakmak zorunda. Doğru cevap geldi

mi, yanlış cevap geldi mi. Örneğini hepimiz yaşarız. Artık Türkiye'de kurumlar da sık değişir. Bunu bizden istemeyeceksiniz de şuradan isteyeceksiniz. Artık mahkeme buna bakmak zorunda. Bunlara bakması için de mutlaka zaman gerekiyor, personel gerekiyor. Şimdi bu HMK yürürlüğe girdikten sonra yönetmelik aşamasında bizden sordular, bir öneriniz var mı, fikriniz var mı? Biz yazdık, en azından ben kendi yazdığımı söyleyeyim. İşte efendim her mahkemeye en azından daha zabıt katibi daha verilmesi lazım, bir de yine bu yasanın doğru uygulanması için yazı işleri müdürüyle hakim arasında bir görevlinin olması lazım bu Yasa eğer adam gibi uygulanacaksa. Sonra bize bir cevap geldi; "değerlendireceğiz" dediler. Ben iki mahkeme kurdum. Burada hepiniz sanıyorum bilirsiniz mahkeme nasıl kurulur. HSYK bir kararname çıkarır, ben işte Mustafa Karadağ. 11. Aile Mahkemesi'ne atandım, mahkemeyi kurdum. Nitekim biz Ankara'da kurduk en son 11'i Ben bir ay odamda kendi dizüstü bilgisayarımdaya bizzat duruşma tutanağı yazarak anlaşmalı boşanma yaptım. Mübâşire veriyordum flash belleği git komisyondan çıktı al getir, kontrol edelim imzalatalım diye. Şimdi mahkeme böyle kuruluyor. Kimsenin umuru değil, mahkeme çalışmış çalışmamış. Sonra kötü örneklerimiz var. Örneğin ben şikayet ederim, iş çok derim. Hemen örnekleme yapılır. İşte Mustafa Ateş nasıl yapıyor? O akıllı yapıyor, ben ne yapayım ben bu kadar yapabiliyorum. Bu sayının mutlaka azaltılması gerekiyor. Benim avukat arkadaşlarımdan ricam var. Şikayet etsinler. Ben duruşmada söylüyorum, iş bitmiyor deyin, yetmiyor deyin. Ama benim hakkımda kötü laflar söylemeyin. Deyin ki, kardeşim bu mahkemede iş bitmiyor. Bu mahkemenin adamı az deyin. Bize sorsunlar neden bitiremiyorsun desinler. Ben de diyeyim ki adam yok ne yapayım. Sonra teknik donanımlar. 6100 sayılı Yasa'dan bir şey bekliyorsan donanımların olması lazım. Biz ne yapıyoruz? Şimdi eskilerden daha iyi ama bilgisayar olmaz, tarayıcı olmaz, şimdi var ya işte taranır diyor. Halen avukat arkadaşlarımız geliyorlar, kimi zaman bize diyorlar ki efendim ben dilekçe verdim, benim dilekçemin alındığına dair bir belge bana verilmedi. Yani haklı da benim katibin o dilekçeyi vermeye tahammülü yok. Bunun verilmemesi doğrudur anlamında söyleyemiyorum. Hepimiz insanız, çalışırken kimi zaman artık tahammülümüz bitiyor. Kimseye bir şey söyleyemiyorsun, herkes haklı. Avukat haklı, hakim haklı, personel haklı. Çünkü yetmiyor. Özellikle aile mahkemeleri sorunları bakımından bir de 6284'ümüz var biliyorsunuz. Mahkeme şu anda 6284 ile uğraşmaktan başka iş yapmıyor. İnanın ve

hepiniz biliyorsunuz 6284 elinde bir şeydir, sürekli gelip gider. Sürekli bakarsınız, herkes itiraz eder, herkes haklı. Ve bir de çabuk yapacaksınız, 24 saat içinde onaylanacak. Pazartesi artık kimse sevmiyor. Neden? Cumartesi-Pazar birikiyor, pazartesi onaya geliyor. Hemen onaylayacaksınız. Onaylamazsanız geçersiz hale gelecek. Hakimlerin başında bir şey. Aman Ayşe Paşalı olmasın. Bu nedenle de hakimler işi gücü bırakıyor, önce 6284. Bir de benim yine sorun ettiğim şeylerden birisi ihtiyati tedbir. Boşanma davalarında taraf istiyor. Maddi manevi tazminat ve nafaka alacağımı alacağımın semeresiz kalmasının önlenmesi için taşınmazlarına, araçlarına, banka hesaplarına ihtiyati tedbir konulsun. Kanaatimce bu yasal olarak mümkün değil. Ben izniniz olursa şöyle diyorum buna: Türk hukukçularının, Türk milletine inançsızlığı ve güvensizliği nedeniyle uydurduğu bir müessesedir ihtiyati tedbir. Çünkü yasada davanın konusu diyor, bu davanın konusu değil üzerine ihtiyati tedbir konulması istenen taşınmazlar. Ama kaçırılır mı, kaçırılmadığını görmedik. Ama yasa öyle. Ben burada Turgut Kazan'ı da anmak istiyorum. Onun dediği bir şey vardı, *"hukukçulardan bir şey beklemeyin, hukukçular bir şey çözmez, toplum çözecek."* Yani toplum istiyorsa çözülür, istemiyorsa çözülmez. Ama şimdi konuşacak çok şey var. Bir de HMK'nın ilkeleri var, dürüst olma, doğruyu söyleme yükümlülüğü falan. Bu biraz ağır olabilir ama. Bizim davalarımızda doğruyu söyleyeni şimdiye kadar görmedim dersem yalan olur da, biraz zor. Onun için de doğruyu söylemeyi öğrendiğimiz zaman yine bu yasalar daha iyi uygulanacak. Netice itibarıyla hukukçular bir yerde kalıyorlar, yetmiyor. Çünkü biz doğru verilerin üzerine ancak doğru kararlar veririz. Eğer veriler yanlışsa oradan doğru bir karar çıkmaz. Bir de gizlilik sorunumuz var. Bunu işte arkadaşlardan duyuyorum halen biz gizliliği boşanma davalarında sanki aman genel kamu güvenliği efendim kamunun sağlığı, kamunun bir şeyleriyle ilişkilendirip gizlilik kararı veriyoruz ya da vermiyoruz reddediyoruz. Fakat HMK'da sanırım bu çok açık. Verilebilir de bence olmamalıydı. Eğer taraflar gizli yapılmasını isterlerse duruşma gizli yapılır denmesi lazım. Hatta belki de hepsi de gizli olsa olur. Yine sıkça duyduğumuz bir söz. Boşanma davaları kamu düzenine ilişkin davalardır. Hakim araştırsın. Boşanma davaları kamu düzenine ilişkin davalar değil, hakim araştırma yükümlülüğü yok. Taraflar ne derlerse ona göre karar verir. Yaşadığım bir şeydi benim. Bir anlaşmalı boşanmada çocuğun soy bağına ilişkin sorun var. Bir avukat arkadaşımız beni aradı duruşmadan önce özellikle ve dedi ki; "Hakim

bey bu çocukla ilgili sorun var, ama taraflar da çok net söyleyemiyorlar. Siz bunu bir söylemeniz." ve avukat arkadaş en son odamdan çıkarken şöyle dedi: "*Kardeşim ben sana söyledim. Artık sen de öğrendin, sen bilirsin.*" Ben de şöyle dedim; "*bana ne*". Yani soybağı kamu düzenine ilişkindir, bunu artık sen öğrendin, duruşmada bunu artık kaale alacaksın. Baktım baktım bulamadım ben, o yüzden karışmadım o işe.

Bir de yine uygulamada gördüğümüz birleştirme. Madem karşı dava açamıyoruz, hemen başka bir mahkemede boşama davası açıyoruz. Dava dilekçesi ile birlikte diyoruz ki, dava birleştirilsin. Ve birleştiriliyor. Bana bir genel cerrah arkadaşım demişti. Hani hastanın midesinde makas unutulur mu diye. O stresle galoş bile unutulur. O nasıl oluyor? Dedi ki: "*İşte hemşireye kızarsın, galoşu ayağından çıkarır hemşireye atarsın, sonra o mideyle denk gelir, o arada kapatırsın, kalır.*" Şimdi arkadaşlar birleştirilen dava da gelir dosyanın içine konulur. Sonra tam karar aşamasına gelirsin bir bakarsın, aman birleştirilen dava. Şimdi hep başımıza geliyor, birleştirilen davanın ön incelemesi kaldı ya dosyanın içinde. Veya biz esas davanın ön incelemesini yaptık. Şimdi birleştirilen dava. Onun da ön incelemesi lazım. Böylece ne oldu? Yargılamayı uzattık mı, işleri karıştırdık mı, uygulama sorunu tabii ki. Yasada böyle bir şey yok. Ama ben diyorum ki benim mahkememde ön inceleme bitmeden birleştirme kararı vermiyorum. Ve de arkadaşlarıma söylüyorum, birleştirme istemeyin, davanın selameti bakımından birleştirme istemeyin, ön inceleme bitsin, ondan sonra. Bir anlaşılın dava ne. Birleştirilen dava çünkü hep ortada kalıyor. Uygulama sorunu. Şimdi savunmanın genişletilmesi, delillerin sunulması dedik ya, işte ikinci cevap dilekçesi ile sınırlı. Basit usulde sadece dava dilekçesi ve cevap dilekçesi verilir başka dilekçe verilmez, verilmemeli. Peki bir de 145. maddeydi sanıyorum, işte davayı geciktirme amacı taşııyorsa veya o an yerinde yoksa veya bilmiyorsa. Şimdi öyle bir şey ki, davayı geciktirme amacı taşııyorsa, o zaman demek ki bunu böyle okuduğun zaman her zaman delil sunulabilir. Hani biz diyorduk ya dava dilekçesi, cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi, 2. cevap dilekçesi ile sınırlıdır. Bundan sonra hiçbir şey söylenemez. Ancak ön inceleme duruşmasında taraflardan biri gelmezse, diğer taraf her şey söyleyebilir, delil sunulabilir. Şimdi ne oldu? Davayı geciktirme amacı taşııyorsa diyelim ki ön inceleme duruşması bitti, anladık davanın ne olduğunu. Görmeye başlayacağız, delil sundu. Geciktiriyor mu, geciktirmiyor. Zaten daha yeni

başladık. O zaman bir anlamı yok diye düşünüyorum. Bu 145. madde belki yeniden yazılmalı veya da nasıl anlaşılması gerektiği söylensin diyeceğim ama Türkçe okuduğun gibi anlaşılır. Öyle bir derdimiz var.

Bir de uzman var. 6100 sayılı, getirilen uzmandan mütalaa alınabilir. Yine uygulamaya ilişkin tabii. Benim naçizane tavsiyem sözünün arkasında durmayacak uzmandan mütalaa almayın. Ne diyor yasa? Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özürlü olmadan gelmezse, hazırlanmış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz. Yani raporu verdik, düşünceyi bildirdik ama duruşmaya gelmeyiz çünkü ayıp olur. Arkasında duramayacaksa uzmandan rapor almayın derim.

Bir de adli yardım meselemiz var. Sıkça adli yardım isteniyor bizden. Yasa ne diyor? Birincisi, davanın haklı olduğuna kanaat getirilecek, ikincisi de yargılama giderlerini ödeme gücü olmayacak. Tabii bunlar hep uygulamaya ilişkin. Ben de diyorum ki eğer böyle bir şey istiyorsan ve mahkemeden adli yardım kararının çabuk çıkmasını istiyorsan o zaman, zaten diyoruz ya dava dilekçesinde vakaları söyleyeceğiz ki buna dikkat etmemiz lazım, özenli olduğumuzda zaten haklılığımızı bu şekilde söyleyeceğiz. Onun yanına bir de ödeme gücünün olmadığına dair bir şey, bir belge. Neyse mahkemeye bu kanaati verecek bir şey. Çünkü hiçbir şey yok, hiçbir şey söylemeden adli yardımdan yararlandırılınsın. Diyoruz ya bizim inanç ve güven sorunumuz var. Biz bakıyoruz tabii nüfus kayıtlarında vukuatlı geldiği için yeşil kartlılar var. Sonra bakıyoruz, adamın ömründe gitmediği kaymakamlık vermiş yeşil kartı. Hani güvensizliğimiz de var ya. Öyle olunca hakim arkadaşlarımız adli yardıma tabii biraz ihtiyaten yaklaşıyorlar. Bu arada şunu da söylemek lazım. Duyduğumuz şeyler tabii ki İşte asgari ücret düzeyinde geliri bu nedenle adli yardımdan yararlandırılmaz. Yasa açık. Yargılama giderlerini karşılayamayacak haldeyse. Asgari ücret geliri var ama karşılayamaz. Mesela katılma alacakları davası var, evinden hisse istiyor da para yok ki, adli yardımdan yararlanabilir. Buna dair bir şeyler söylemek lazım ki hakim eli rahatlasın. Daha dün bir avukat arkadaşım söyledi. Anlaşmalı boşanma davasında 400 TL gider avansı yatırdık. Ben sordum ne yazdın dilekçeye, keşif mi istedin filan. Yok dedi, sadece anlaşmalı boşanmalı protokolü verdim, ne olduğunu anlamadım ben. Şimdi tabii uğraşması zor anlıyorum ama, bence barolar bu gider avansı ve delil avansı farkına vurgu yapsınlar, uğraşsınlar, didin-

sinler. Bu gider avansının sadece yargılama masrafına ilişkin olduğunu, tebligatlar filan, ona ilişkin olduğunu bir şekilde kabul ettirsinler. Çünkü biz bunu söylediğimiz zaman genelde kabul görmüyoruz. Biz bir şey söylediğimizde ya işten şikayet eden kişiyiz ya adalet yönetimine gıcıklığımız var onun için söylüyoruz böyle bir şey. Ama siz söyleyebilirsiniz, söyleyin.

Bir de gider avansını yatırmazsa bir haftalık süre verilir. Bir de harç yatırmazsa sanırım, 120. madde miydi o, işte harç ve gider avansını yatırmak zorundadır. Gider avansına ilişkin hüküm var, tamam Harçlar Kanunu'nda hüküm var. Ama sıkıntılı bir şey. Harç yatırılmazsa dosya işlemiden kaldırılır, açılmamış sayılır falan. Ama böyle çok net bilebildiğimiz, uygulamada çok rahat yapabildiğimiz bir şey değil. Nasıl olur? Formülünün bulunması lazım. Sanki ona ilişkin de bir net hüküm olursa daha iyi olur gibime geliyor.

Bir de yönetmeliğe koydular sanıyorum, özellikle adli yardım talepli davalarda hiçbir şekilde harç alınmıyor. Adli yardım talebini reddetti, kabul etmedik, gider avansını öde, neydi usulden mi reddedecekti. Peki harcı ödemezse? Gider avansını ödedi, harç için bir daha bir daha. Yani daha netleşsin anlamında söylüyorum bunu.

Bir de 6100 değil de anlaşmalı boşanmanın protokolleri var. Ben bir Türk büyüğünü boşadım anlaşmalı. Sonra biz o anlaşmalı davadan on üç tane dava çıkardık dediler. Nasıl dedik? Protokolün uygulanmasına ilişkin olarak. Onun için protokole infaza tabii şeyleri söylemek lazım. Şimdi çok açık konuşayım. Ne yapıyoruz bazen lanet olsun diyoruz. Onayladık kardeşim. Niye? Çünkü bizim aramızda sorun çıkmaz diyorlar. Malumunuz şimdiye kadar biz hiç kötü koca, kötü karı, kötü ana, kötü baba görmedik. Herkes iyi, müthiş iyi insanlar. Her zaman diyorlar bizim aramızda sorun olmaz. Kişisel ilişki kuracağız. Gerek yok efendim bizim aramızda sorun olmaz. Ondan sonra çocuğun kolunu koparıyorlar. Onun için de bu anlaşmalı boşanma protokollerinde infaza kabil şeyler söylemek lazım. Ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde protokol düzenlemek lazım.

Benim aklımda olanlar bunlar. Hepinize teşekkür ediyorum beni dinlediğiniz için.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Sayın Mustafa Karadağ'a teşekkür ediyoruz. Ben de inanın bu toplantılarda çok şey öğreniyorum. Mustafa Bey'in sunumlarından da kendime epey ders aldım. Şunu müsaade ederseniz altını çizerek söyleyeyim. Bu ülkenin yargı sorunları hepimizin malumu. Aslında hepimizin derken bu devleti idare edenlerin de bu olaya dair çok yakın bilgileri var. Adli yıl açılışlarını niye yapıyoruz? En yüksek yargıç ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı da ayrıca sorunları dile getiriyor ve her yıl bunlar basılıyor. Ben üşenmem her yılı okurum. Hatta Yargıtay bunları belli bir tarihe kadar derleyip toparlamış, bir arada yayınlamıştı. İbret vesikalarıdır. Yani yargının sorunlarını bilmeyen yok. Ama şunun altını çizelim; yargının sorunlarını değerli yargıç Mustafa Karadağ ne güzel anlatıyor. *Beni şikayet edin* diyor, *derdim şudur* diyor. Niye kendisi sesini duyuramıyor? Hakimlerin bir özelliği var. Hakimlerin sesini duyurmaları mümkün değil. Hakimler maalesef kendi dertlerini anlatamıyorlar yukarıda. Anlatsalar da kulak tıkıyor. Üzülerek söyleyeyim, hukuk fakülteleri suskun hale gelmişler. Ben de onların içinden gelmeme rağmen şunun altını çizelim. Bu ülkenin hukuk sorunlarını çözecek olanlar avukatlardır. Avukatların meslek kuruluşları barolardır, özellikle Türkiye Barolar Birliği'dir. Ama ben burada özeleştiriy yapacağım. Barolar Birliği Başkanlığının uzun zamandan beri, en son Faruk Erem sonrasında beri hakkıyla yapıldığını ben söyleyemiyorum. Bunu lütfen özeleştiriy olarak değerlendiriniz. Bu ülkede Türkiye Barolar Birliği isterse her şeyi yapar. O kadar güçlüdür. Bunlar ne kadar basit sorunlar. Bakın üç katip alacağım, bir ihtiyaç bu. Arada bir adama ihtiyacım var. Çünkü artık ön incelemeden sonra artık bir hakim bunu yapamıyorum diyor. Kimin için konuşuyor? Adalet için konuşuyor. Bu ülkede adaleti verdiğiniz bireyler hepimiz yararlanıyoruz adaletten, maalesef Türk yargısından şikayetçidirler. Ve şunun altını üzülerek çiziyorum, bazen karamsar oluyorum, adalet olmayan yerde devlet olmaz. Çünkü adalet devletin temelidir. Dünyada adalet olmayan devletler hep yıkılmıştır, yıkılmaya mahkumdur. Bunu şunun için söylüyorum, artık hepimizin gerçekten kendimize gelmemiz lazım. Türkiye Barolar Birliği'nin bu sorunları çözmesi lazım. Efendim kaç mahkeme var Türkiye'de? 30 bin katip alsanız ne olacak? Bir hemşirelik, bir imam, bir polis sınavı açılıyor, on binlerce 50 bin-100 bin adam alınır. Mahkemelere niye alınmıyor? Hakim ihtiyacı kadar inanıyorum ki bu tür yardımcı personele de büyük ihtiyacımız var. Bunları devletin süratle çözmesi lazım. Türk Devleti

mali açıdan çok güçlüdür. 40-50 bin hakimi de besler, 100 bin katibi de besler. O nedenle Barolar Birliğimizin buna muhakkak el atması lazım. Türkiye Barolar Birliği'nin bir anlamda hakimlerin de tırnak için de söylüyorum, sözcüsü olması lazım. Bu problem ancak böyle çözülür. Mustafa Bey ne güzel söylüyor; bunu halk çözer diyor. Doğru, pek çok sorunu bu ülkede sosyolojik açıdan halk çözer ama halkımızın durumu, yine tırnak içinde söylüyorum, belli. Bize çok görev düşüyor, avukatlara çok görev düşüyor, barolara çok görev düşüyor. Bu düşüncemi çeşitli vesilelerle her yerde söylemeye çalışıyorum. Bu güzel İzmir'de bir kez daha altını çiziyorum ve Mustafa Hoca'ya teşekkür ediyorum.

Mustafa Karadağ: Şimdi arkadaşlar Bangalore Yargı Etiği İlkeleri'nde diyor ki; *"hakimler örgütlenebilirler. Hakimler kendi menfaatleriyle ilgili derneklere üye olabilirler"*. Şimdi ben aynı zamanda Yargıçlar Sendikası'nın da yönetimindeyim. Bizim yargıçlarımız ve de avukatlarımız diyorlar ki, ya kardeşim bu memlekette Pol-Bir vardı, bir de Pol-Der vardı. Onun için hakimlerin derneği, sendikası olmaz vazgeçin bu işlerden diyorlar. Bunu da bilgi olarak sunayım.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Efendim şimdi sözü müsaade ederseniz Mustafa Şimşek'e vereceğim. Mustafa Şimşek Bey'in özelliği, kürsünün iki tarafını da çok iyi bilmesi. Engin tecrübelerini bize aktaracak diye düşünüyorum. Buyurun Sayın Şimşek.

Mustafa Şimşek: Teşekkür ediyorum. Hepinizi en içten duygularıyla selamlıyorum. Hoş geldiniz. Sevgili Mustafa Karadağ çok güzel bir konuşma yaptı. Konuşmasında en etkileyici, vurucu cümlelerden biri avukatlara yönelik beni şikayet edin sözü ve hakimlerden bir şey beklemeyin sözüydü. Dolayısıyla ilk bölümle ilgili bu toplantıya katılan bazı meslektaşlar diyecekler ki ilk bölümde galiba hani *Mustafa Hakkında Her Şey* diye bir film vardı. Onu çağrıştıracak bir de bu sözler kalacak. Ejder Hocamız da tabii bundan yola çıkarak dedi ki, madem ki hakimlerden bir şey beklemeyeceğiz, hukuk sorununu kim çözecek, halkın durumu da ortada, o zaman avukatlar çözsün, avukatlar bu işi halledecek. Şimdi aslında hepinizin bildiği bir gerçek ama birkaç cümleyle paylaşmak isterim yine. Bir ülkenin gelişmişlik düzeyini, uygarlık düzeyini gösteren en önemli ölçütlerden biri hukuk sistemi düzenidir. O ülkedeki hukuk sistemi eğer insanlığın binlerce yıllık evrensel kural ve ilkelerinden ne kadar beslenip hazırlandıysa, onları dikkate alıp hukuk

kuralları düzenlendiyse ve o hukuk kurallarının evrensel kuralların, anlamı o toplumda ne kadar çok içselleştirildiyse, avukatlar ve yargıçlar onun ne kadar bilincindeyse ve özellikle uygulayıcı durumunda olan yargıçlarımız o hukuk kurallarının hangi amaçla neden yola çıkılarak hazırlandığının bilinciyle, donanımıyla önündeki işlem ve kararlara bunu yansıtıyorlarsa ve bunun sonucunda da verilen hüküm o toplumdaki adalet beklentisini ve duygusunu ne kadar çok tatmin ediyorsa, o ülkedeki hukuk düzeyi de o kadar sağlıklı o kadar ileri düzeydedir diyebiliriz. Hukuk düzeyiyle ilgili bu saptamadan sonra bir buçuk yıl önce yürürlüğe giren ve bugün bizim burada bulunmamızın nedeni olan HMK hazırlanırken de bu ilke az çok dikkate alındı. Yani bir hukuk davası mümkün olan en kısa zamanda en az masrafla nasıl sonuçlanır ve sonuçta verilen karara hem tarafların hem de toplumun adalet konusundaki beklentisi nasıl karşılar, tatmin edilir. Peki yeni HMK'da ege-men olan ilke ve anlayış, değindiğimiz ve değineceğimiz birçok maddenin kökeni, temeli, önceki dönem uygulamasında yok muydu? Büyük ölçüde vardı. Nasıl vardı? Örneğin bazı maddeler bu şekilde ifade edil-memiş olsa dahi Yargıtay uygulamasına baktığımız zaman geçmiş yıl-larda şimdi yasa kuralı haline getirilen birçok düzenlemenin aslında Yargıtay'ın birçok içtihadında Türk hukukunun bir parçası olarak yerini aldığını gördük. Örneğin geçmiş dönemde Yargıtay'daki çok çalışkan, çok saygıdeğer bir daire başkanımız, temel usul kurallarına bile uyul-maksızın dosyaların hazırlanıp Yargıtay'a gönderilmesi ve bu nedenle yargılamanın uzamasından duyduğu üzüntü nedeniyle hemen her bo-şanma dosyasında öncelikle hakimin bakması, dosyayı Yargıtay'a gön-dermeden bakıp gözden geçirmesi gereken ilke ve kurallarla ilgili mat-bu bir yazı hazırlatmış, bunları çoğaltmış ve Yargıtay'a gelen birçok eksikliği bulunan dosyaların kapağına da onlar konmuştur. Başkan da çok nazik bir ifadeyle *değerli meslektaşım* diye başlamıştı, tavsiye nite-liğinde gibi, dikkat çekme niteliğinde gibi. Geçmişte Yargıtay'ın birçok bozmasına, geri çevirmesine baktığımızda, bu HMK'da açıkça düzenle-nen konuların yer aldığını görmekteyiz. Örneğin geçmişte ve halen Yargıtay'ın mahalli aile mahkemelerine geri çevirdiği dosyaların bir kısmının geri çevrilme nedeni nedir? Vekaletname eksikliği. Başka, baro pulu eksikliği. Vekaletname verilmiş, ancak temyiz eden vekilin yok, işte yetki belgesi varsa yetki belgesi, yoksa bu vekile ait vekalet-namenin konulup geri gönderilmesi şeklinde geri çevirme. Başka, diye-lim ki vekaletname verilmiş ama o davaya ilişkin vekaletnamede yetki

yok. Bunun belirtilerek dosyanın geri çevrilmesi. İşte nüfus kaydı yok, dosyada davanın esasını incelemeye başlamaya ilişkin bazı bilgi ve belgeler yok işte geri çevirtme. Bozmaların bir kısmına baktığımızda da neyle karşılaşıyoruz? Diyelim ki yıllarca süren yargılama tamamlanmış, Yargıtay'ın bozması şöyle, davacı maddi tazminat isteğiyle şunları şunları belirtmiştir ve toplam 100 bin TL istemiştir. Ancak maddi tazminat gerekçesi olarak ileri sürdüğü şu şu şu maddeler boşanmanın eki niteliğindeki 174-1 kapsamındaki nitelik kapsamında değildir. Dolayısıyla bunun diğer istekler asliye hukuk mahkemesinin görevine girer gibi görevden işte bozma. Başka? Yetki konusunda bozma. Diyelim ki yetki itirazında bulunmuş davalı, yıllarca sürmüş yargılama, mahkeme esastan hüküm kurmuş boşanmaya veya redde ilişkin. Yargıtay'ın bozması, davalının usulüne uygun yetki itirazı bulunmaktadır. Bu itiraz hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmemesi hatalıdır diye bozma. Şimdi buna benzer yığınla Yargıtay'ın bu usul hukukunda açık kanun maddesi haline getirilen konularda zaten uygulaması vardı. Bir tanesini daha söyleyip hemen bu konuyu geçeyim. Diyelim tanıkla ilgili. Davaların birleştirilmesiyle ilgili boşanma konusunda. Tanık konusunda birçok mahkeme uygulama geleneği olmayan ya da davaların kısa zamanda sonuçlanması amacıyla hizmet etmeyecek şekilde kesin süre vermektedir ki halen bunun örneklerini görmekteyiz. Diyelim ki daha davanın başında mahkeme boşanma davası tanık listesinin verilmesi içi, masrafların yatırılması için bir ara karar kurmuş ve demiş ki iki hafta içinde şunları yerine getirmezsen tanık deliline dayanmaktan vazgeçeceksin. İzleyen oturum ilgili kişi birinci olasılık tanık listesi vermiş ancak masrafını yatırmamış, davetiye çıkmamış ancak duruşmaya, yani yargılamanın uzamasına sebebiyet vermeksizin tanıklarının dinleneceği gün tanığını getirmiş. Demiş ki hakime, ben masraf vermediysem de tanığım hazır, dinlenmesini istiyorum. Mahkeme reddetmiş. Ben sana kesin süre verdim, davetiye çıkarmadım, bu nedenle tanığını dinlemem. Bu birinci olasılık. İkinci olasılık mahkeme tanık listesi verilmesi ve masraf yatırması için kesin süre vermiş, ancak ilgili tanık listesi dahi vermemiş, ancak izleyen oturuma tanığını getirmiş, tanığım budur deyip dinlenmesini talep etmiş. Mahkeme yine tanık listesi vermedi diye talebi reddetmiş. Bu nedenle Yargıtay 2. Hukuk dairesinin geçmişte birçok bozma kararı yayınlandı. Ne diyordu öz olarak bunlar? Diyordu ki ilgili diyelim bir tanesinde tanık listesi vermemiş ise de yargılamanın uzamasına sebebiyet vermemiş ve tanıkların dinleneceği gün tanığını

hazır etmiştir. *O tanığın dinlenmesi gerekirken* diye başlayan bozma. Diğerinde yine masraf yatırmamışsa da aynı mantıkla tanık hazır edilmiştir, dinlenmesi gerekir diye bozma. Dolayısıyla Yargıtay'ın geçmişte birçok kararına konu olan konular şimdi yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açık yasa hükmü haline geldi. Örneğin tanık konusu öyle, ön inceleme konusunda dava şartlarının incelenmesi, ilk itirazların incelenmesi konusu yine öyle. Dolayısıyla ne oldu, adeta yasa koyucu geçmişteki zaten Yargıtay uygulaması ile bir ölçüde yargılamanın ülkemizdeki yavaş ve aksak giden yönlerini düzenleme, disiplin altına alma, daha iyi işlemlerini sağlayıcı bir düzenlemeye gitti. Peki bu ne kadar anlaşıldı, içselleştirildi de 1 Ekim 2011'den bugüne kadar sağlıklı, yasa koyucunun amacına uygun şekilde uygulandı? O tartışmalı. Neden tartışmalı? Çünkü biz çoğunlukla bir yasa maddesini okurken, yorumlarken ve uygularken, avukat olsun, yargıç olsun, maalesef sıklıkla çok dar bir yorum yapıyoruz. Yasa maddesinin hangi amaçla, geçmişteki hangi birikimler, hangi nedenlerin sonucunda konulduğunu ve o ilgili yasanın içerisindeki diğer maddeler ile bütünlüğünü yeterince irdelemeden, bunu yorumlamadan uygulamaya kalkıyoruz. Sonuçta da tabii yanlış fazlasıyla ortaya çıkıyor. Bu yanlış zaman içerisinde düzelecek. Yargıtayımızın işte bozma kararlarıyla bir ölçüde yeni yasayla da ilgili bazı yanlış uygulamalar ortaya çıktı, daha da çıkacak. Özellikle önümüzdeki geçiş dönemi dediğim iki-üç yılda fazlasıyla ortaya çıkacak. Neden iki üç yıl dedim? Çünkü yeni yasa 1 Ekim 2011 de yürürlüğe girdi. Önceki 1086 sayılı Yasa tamamen yürürlükten kalktı diyor yasamız. Ancak bunun bazı istisnaları söz konusu. 450. maddenin geçici iki maddesinde bunlar kısmen düzenlenmiş. Yani yasa koyucu diyor ki; "genel kural 01.10.2011 gününden itibaren bu yeni usul yasası hükümleri uygulanacaktır." Şimdi a) 01.10.2011 gününden itibaren açılan davalarda bu yasanın uygulanmasında çok önemli sorun olmayacaktır, bazı konuların tartışılması farklı yorumlanması dışında. Şimdi önümüzdeki iki üç yıl içerisindeki temel sorun şu: Peki 01.10.2011'den önce açılan halen görülmekte olan davalarda acaba, 6100 sayılı Yasa bütünüyle uygulanacak mıdır? Bunun yanıtı kısmen 450. maddede iki geçici maddede düzenlenmiş. Demiş ki; şunlar şunlar için yeni yasa uygulanmayacak. İşte görev, yargı yolu, senetle ispat, temyiz, istinaf, temyizde duruşmalı yapmayla ilgi parasal sınır gibi sınırlı sayıda saymış. Bunlar da yeni yasadaki hükümler değil, önceki yasadaki hükümler uygulanacak. Bunun dışındaki durumlarda kural, yeni yasa uygulanacak. İstisna tamam-

lanmış işlemleri etkilememek kaydıyla. İşte deyim yerindeyse dananın kuyruğunun koştığı yer. Tartışmaya ve yoruma açık olan Yargıtay'ın bugüne kadar bozmasına neden olan ifadelerden bir tanesi. Tamamlanmış işlemler etkilenmemek kaydıyla. Peki, 01.10.2011'den önce açılan, halen devam eden boşanma davalarında hangi usul işlemleri tamamlanmış, hangileri tamamlanmamıştır ki biz hangisinde yeni usul yasasını, hangisinde eski usul yasasını uygulayalım? Şimdi buna ilişkin uygulamada en çok önem taşıyan ve Yargıtay'ın bozmasına konu olan bir iki konuya değineceğim. Bir tanesi dava açılırken yatırılması, bu yasa da emredildiği dava gider avansı ile ilgili. Bu gider avansı acaba bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce açılan davalar için de uygulanacak mı? Bazı mahkemelerimiz uygulanacağı kanaatiyle bunu uyguladılar. Temyize konu olanlar Yargıtay'a geldi ve Yargıtay tarafından bozuldu. Yargıtay dedi ki davanın açılması esnasında yatırılması gereken gider avansı sadece önceki yasa döneminde açılan davalar içindir, dolayısıyla dava açılmış, artık tahkikat aşamasına başlandığı için artık yeni yasadaki gider avansı önceki davalar için uygulanmaz. Başka? Diyelim, bazı hakimlerimiz önceden açılan ve devam eden boşanma davalarında da yeni yasa da emredilen ön inceleme aşamasına yeniden dönüş yapmaya kalktılar. Bu da Yargıtay tarafından uygun görülmedi ve bozuldu. Aynı gerekçeyle tahkikat aşamasına başlanmıştır. Önceki yasa döneminde açılmıştır. Artık bu yasa dönemindeki ön inceleme aşaması bu davada uygulanmaz gerekçesiyle. Dolayısıyla 2-3 yıllık bu geçiş döneminde bizim konumuz öncelikle bu. Tabii bu gider avansı ile ilgili paylaştığım ifade davanın açılması esnasında yatırılan avansla ilgili yoksa dava devam ediyor, yapılacak keşif var diyelim, tanık dinlenecek veya işte bilirkişi incelemesi yapılacak, onunla ilgili avansla ilgili değil. Kuşkusuz o uygulanacak ancak Yargıtay'ın da bu konuda geçmişten bu yana uygulaması, en son Hukuk Genel Kurulu'nda da konu tartışıldı söylenen şu: Mahkeme bir konuda tarafa hakkın kullanılmasını etkileyecek nitelikte bir kesin süre verdi ve ihtarda bulunduysa, bunu açık ve somut yazmalı. Hangi gider için ne kadar masraf, kim ne kadar sürede yatıracak, bunun sonuçlarının açıkça ihtar edilmesi gerekir. Aksi halde bu sonuç doğurmaz şeklinde. Şimdi bu yeni yasadaki ön inceleme aşaması kuşkusuz çok önemli bir aşama. Deyim yerindeyse ki değerli meslektaşımız Ömer Uğur Gençcan Noterler Birliği Dergisi'nde yayınlanan yazısında çok güzel şekilde o ön inceleme aşamasını anlatmış ve onunla ilgili yol haritası ifadesini kullanmış, ben de bunu kısmen ki hocamız da

omurgasıdır dedi, kısmen şuna benzetiyorum, diyelim ki ekim biçim yapmak istiyorsunuz, bir şeyler yetiştireceksiniz. Bunun için neye ihtiyacınız var? Önce o ekip biçeceğiniz alanın tespit edilmesi, alanın sınırlarının belirlenmesi, neyi ekip biçeceğiniz konusunda netleşmeniz, ona uygun alet-edevat konusunda hazırlıklarınızın tamamlanması gerekir. Veya diyelim bina yapacaksınız. Bu bina için önce yer belirleyeceksiniz, temel atacaksınız ki o temelin üzerine bina yükselebilir. Bu ön inceleme aşamasını da bunlara benzetiyorum ben. Dolayısıyla geçmişte Yargıtay'ın içtihatlarıyla az çok hani ön inceleme yapın tarzı bir yaklaşım vardı. Şimdi artık sistematik oldu. Kuşkusuz bu sağlıklı anlaşıldığında uygulandığında ülkemizdeki yargılama süresini azaltabilecektir. Çünkü ön inceleme aşamasında öncelikle aile mahkemesi yargıcı bir defa dilekçelerin teatisi, dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra davacı ve davalının ne dediği, davalının az çok ne olduğunu, az çok nelerle kanıtlamak istediği konusunda bir ön fikir sahibi olacak. Daha sonra hakim bakacaktır. Eğer ön inceleme duruşması yapmaksızın eldeki bilgi ve belgelerle davayı usulden sonuçlandırması mümkün ise ön inceleme duruşması dahi yapmaksızın davayı sonlandıracaktır. Örneğin diyelim ki dilekçeler geldi, okudu aile mahkemesi yargıcı ve baktı ki o davayla ilgili kesin hüküm mevcut. Davalı cevap dilekçesinde sunmuş, hakim de istemiş, gerçekten kesin hüküm mevcut. Ne oldu? Dava şartı gerçekleşmedi. Başka? Diyelim ki kesin yetkiye bağlı olan bir konuda, yargıcın kendiliğinden düzeltmesi gereken bir konu, işte dava şartı gerçekleşmedi gibi. Bu halde duruşma dahi yapmaksızın ön incelemeyi sonuçlandıracak ve usulden davayı reddedebilecektir. Ancak bu kadar kesin ve net değilse, tarafların da bu konuda beyanlarının alınmasına, eğer müphem kalan, belirsiz kalan bir husus varsa, onun da açıklığa kavuşturulması ihtiyacını duyuyorsa, ön inceleme duruşmasını yapacaktır ve zaten genel kural da ön inceleme duruşmasının yapılmasıdır. Peki ön inceleme duruşması yapıldığında ne olacaktır? Ön inceleme duruşması yapıldığında yargıç tarafların da görüşlerini alacak, davacı ve davalının o güne dek söylediği, sunduğu deliller çerçevesinde, tarafların anlaştığı ve anlaşmadığı bütün konuların bir çerçevesini çizecektir. O çerçeveyi çizdikten sonra da sulh imkanı varsa sulh konusunda öneride bulunacak, aksi halde tutanağa imza atacaktır, deyim yerindeyse o yol haritası üzerinden tahkikat aşamasına geçecektir. Şimdi burada uygulamada bazı aile mahkemesi yargıçlarımızın bu ön inceleme aşaması ve yargılamanın hızlandırılması ile ilgili yasa koyucunun amacını

biraz yanlış yorumlayıp, yanlış ara kararlar ve tensip tutanaklarına imza attıklarına, ön inceleme tensip tutanağında yanlış bazı ifadeler kullandıklarına, taraflara da yanlış ve sonuç doğurmayacak bazı ihtarlar gönderdiklerine tanık olmaktadır. Örneğin dava açılmış, büyük bir kent aile mahkemesinde. Boşanma davası tevziye gitmiş, filanca nolu aile mahkemesine düşmüş. O aile mahkemesi esasına kaydetmiş. Şimdi tensip tutanağı düzenlemiş. Tensip tutanağında ön inceleme ile ilgili bütün maddeler yazılmış. Davalıya tebliğe çıkartılması, iki hafta içerisinde cevap verebileceği yazılmış. Arkasına geçmiş, cevap verirse davacının cevaba cevabı şu kadar sürede verebileceğine, o gelirse ikinci cevap dilekçesi verileceği yazılmış. Güzel. Bunların hepsi yazılmış, ancak tensip tutanağında şu da yazılmış: *"Tarafların bütün delillerini bildirmeleri, tanığa dayanıyorlarsa tanıkların adreslerini isimlerini yazmalarını hatta masraflarını da yatırmalarını ve sonra iki haftalık kesin süre"* denmiş. Ön inceleme duruşma tarihi de vermiş dört ay sonrasına. Tensip tutanağı. Şimdi bu niye yanlış ve uygulaması mümkün olmayan bir tensip? Çünkü 1. Daha siz dava dilekçesini yeni aldınız. Belki davalı cevap verecek, siz dava şartı olmadığından usulden davayı reddedeceksiniz. Daha işin başında iki haftalık kesin süre vermenin bu yasanın amacıyla ilgisi var mı? Yok. Kaldı ki tanıkla ilgili, yasa düzenlemiş, hani ön inceleme aşamasında hakim ne yapıyor, o güne kadar gelen delillere bakıyor, sunulmayan varsa iki haftalık kesin süre veriyor bildirin diye. Yani daha ön inceleme aşaması gelmeden, daha başlangıçta böyle kesin süreler verilmesi yasanın amacına uygun değildir. Zaman sınırlı olduğu için çok kısa kısa geçmeye çalışacağım. Yeni Yasamızda önemli bir değişiklik, farklılık ihtiyati tedbir konusunda mahkemelerin verdiği kararlara karşı yargı yolunun açık olması ile ilgili. Yargıtayımızda bazı üyelerimiz bu ifadeyi temyiz yolu açıktır şeklinde yorumlamadıkları için temyizde incelenemeyeceği kanaatindeler. Ancak Yargıtay üyelerimizin büyük çoğunluğu, dairelerimizin de öyle, halen usul hukukumuzdaki bu ihtiyati tedbir konusunda mahkemelerin verdiği kararların bölge adliye mahkemeleri henüz faaliyete geçmediği için Yargıtay tarafından incelenebileceği görüşündedirler. Çoğu dairede bunlar incelenmektedir. Yalnız bu ihtiyati tedbirler konusunda uygulamada benim dikkatimi çeken bir sıkıntıyı hemen sizinle paylaşayım. Henüz Yargıtay'da bu konuda bir istikrar olmadığını görmekteyiz. Örneğin Yargıtay'da bir dairemiz diyelim ihtiyati tedbire ilişkin mahkeme karar vermiş, itiraz üzerine mahkeme itiraz hakkında bir karar vermiş

ve temyiz edilmiş. Dairemiz o kararı, sadece ihtiyati tedbirlerle ilgili verdiği kararın gerekçesiz olması nedeniyle bozdu. Ancak, bazı dairelerimiz hiç gerekçe konusuna girmeden incelediler. Örneğin bir dairemiz ihtiyati tedbir konusunda mahkemenin verdiği kararda hakimin mutlaka usul hukukunda belirtildiği gibi tarafları davet etmesi, duruşma açması ve o itirazı duruşmada incelemesi ve karar vermesi gerektiğini belirtip bozdu. Ancak bu ayrıntıya ilişkin konulardan çok sizlerin uygulamada işinize yarayacak, sizi en çok uygulama konusunda ilgilendiren konu boşanma davalarında şu: Boşanma davasını açan bir avukatımız aile mahkemesi yargıcından ihtiyati tedbir konusunda neyi talep eder? Açtığı boşanma davasında talep ettiği maddi ve manevi tazminat ve özellikle yoksulluk ve iştirak nafakasını bir ölçüde güvence altına almak amacıyla davalının diyelim tapuda kayıtlı olan bir taşınmazı, trafikte kayıtlı olan bir otomobili gibi mal varlığının hiç olmazsa bir kısmının üçüncü kişiye devrinin önlenmesi ki dava sonucunda mahkemenin muhtemelen vereceği tazminatı ondan alabilsin diye. İkincisi 169. madde kapsamında çocukla ilgili geçici velayetin verilmesi. Çocukla ilgili geçici kişisel ilişkinin düzenlenmesi. Çocukla ya da eşlerden birine yönelik dava boyunca geçerli olmak üzere tedbir nafakasına hükmedilmesi gibi talepler olacak. Peki, şimdi tarafların ve avukatların en çok ilgilendiği ve ihtiyaç duyduğu konu bu. Bu ihtiyacı acaba karşılayacak bir düzenleme mi mevcut ya da daha genel bir ifadeyle yaşamızdaki bu düzenleme ve uygulaması bu ihtiyacı karşılıyor mu, karşılamıyorsa nasıl ve neden karşılamıyor? Bakalım. Şimdi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi diyor ki; Medeni Kanun'un 169. madde çerçevesindeki ihtiyati tedbir konusunda aile mahkemesinin verdiği kararların temyiz yolu kapalıdır. Yani geçici velayeti geçici kişisel ilişki, tedbir nafakası, ilk akla gelen, konutun tahsisi gibi. Peki, ne kaldı? 389. madde kapsamında eğer aile mahkemesi bir tedbir verdiyse bunun temyiz yolu açık ve inceleriz diyor. Ne o? Başında belirttiğim istenilen maddi ve manevi tazminatı güvence altına almayı amaçlayan davalıya ait bir mal varlığının üçüncü kişilere devredilmesini önlemeyi amaçlayan tedbir. Şimdi bu konuda bazı aile mahkemesi yargıçlarımız yasadaki o ifadeyi çok dar ve katı yorumladıkları için diyorlar ki, dava konusu ile doğrudan ilgili değildir, bizim yaklaşımımız olumsuz, talep reddir. Şimdi 2. Hukuk diyor ki, bunu incelerim. Temyizen incelerim diyor. Ne demektir bu? Bunun anlamı, parantez içinde açılımı şudur: Her somut olayda, her davada bu konu olayın özeliğine göre incelenmeli ve gerçekten makul, haklı ve

orantılı bir talepte üçüncü kişiye önlemeye yönelik bir karar verilmeli şeklinde. Çünkü 8. Hukuk başta olmak üzere Yargıtay'da birçok dairemiz mal rejimine dair değişik konularda bunu uyguluyorlar. Yani eğer orantılı ise bu tedbir konusu makuldür, onaylanıyor kararlar, onanıyor ve inceleniyor bunlar. Peki, soru şimdi şudur: Bir defa boşanma davasında istenilen maddi ve manevi tazminat. Boşanma davasından farklı olan ayrı bir harç yatırılacak ayrı bir davayla ileri sürülecek bir hak ve talep değildir ki. Boşanma davası dediğimiz dava bir bütün, paket dava değil midir? Evet. Bir bütün davanın içerisinde boşanmanın eki niteliğinde değil midir maddi tazminat ve manevi tazminat? Boşanmayla doğrudan bağlantısı yok mudur? Çünkü maddi ve manevi tazminat aile mahkemesi yargıcı boşanmadaki kusur durumunu belirleyip hükmetmeyecek midir? Edecektir. Dolayısıyla bizim burada boşanmadan ayrı, sanki farklı bir istemiş gibi maddi ve manevi tazminatı değerlendirmemiz ve yasadaki o ifadeyi katı ve mutlak yorumlamamız, bir defa talebi karşılamıyor, haksız birtakım sonuçlara yol açıyor. Somut bir örnekle bitirelim bu bahsi. Diyelim ki zina nedeniyle açılan bir dava var. Davalı birçok mal varlığını dava gününe kadar devretmiş, bir kısmını devretme hazırlığı içerisinde. Başka bir kadınla yaşıyor, dini merasime dayalı, çocuğu olmuş, kadın zina nedeniyle dava açmış, elde kalan birkaç taşınmaz için de tedbir istemiş. Zaten davalı elinde kalan birçok malı çıkarmış ve davalı devlette çalışan bir insan da değil, özel iş yapıyor. Onları da başkasına devretme hazırlığı içinde. Dolayısıyla her somut olayda bu madde amacına uygun yorumlanmalı diye düşünüyorum.

Şimdi ihtiyati tedbir ile ilgili değinmek istediğim bir diğer konu 169. madde ile ilgili. Ben 169. madde ile ilgili 2. Hukuk'un temyiz yolu kapalıdır şeklinde yaklaşımını özellikle geçici velayetin düzenlenmesi konusunda ihtiyacı karşılamadığı, çocuğun üstün menfaati diye başlayan bütün içtihatlarımız ve uluslararası sözleşmelerdeki ilke ve değerleri de önümüze koyduğumuzda burada aksayan, burada sıkıntılı olan, vicdanları da yaralayan, adalet duygumuzu da yaralayan bir konu olduğunu düşünüyorum. Çünkü, düşünün ki 5-10 bin TL değerindeki bir otomobil ile ilgili, bir arsa ile ilgili mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir yüksek mahkemenin önüne geliyor, yüksek mahkeme üyelerimiz toplanıp inceliyorlar o konuyu ama somut olay cinsel taciz nedeniyle hakkında şikayette bulunulan bir baba. Küçük kız çocuğu, kız çocuğunu da almış kaçmış, karısına şiddet uygulamış, kadın dava açmış ve

acilen çocuğun geçici velayetinin kendisine verilmesini istiyor, teslimini istiyor. Mahkeme talebi reddetmiş ve bu konu Yargıtay'ın önüne gelmiyor. Bu dava diyelim iki yıl sürdü, üç yıl sürdü, şimdi böylesi bir karakterde bir babanın yanında o kız çocuğu kalacak ve bu konuyu Yargıtay inceleyemeyecek. Sadece bu konuda gerçekten vicdanları sızlatan bir durum var.

Şimdi önemli bir konu da hem önceki hem de yeni usul kanunumuzda özellikle boşanma davasıyla ilgili her davanın açıldığı gün esas alınma suretiyle inceleneceği ve çözümleneceği kuralı vardı, halen de var aslında. Bunun anlamı bir boşanma davası açıldı ve dayandığınız olaylara tahkikat aşamasına gelmeden iddianızı genişlettiniz, değiştirdiniz, sonuçta tahkikat başladı. Şimdi aile mahkemesi yargıcı o belirlenen uyuşmazlık çerçevesinde davayı incelemeye başladı. Dava açıldıktan sonra yeni bir olay meydana geldi. Diyelim ki eş şiddet gördü. Yahut hakaret etti veya güven sarsıcı davranış, sadakatsizlik olgusu gerçekleşti. Şimdi a) Bu yeni olay nedeniyle acaba ilgili kişi devam eden davada mı bu yeni olayı gündeme getirecek, b) Yeni bir dava mı açacak? Şimdi hukuk kuralı belli. Hukuktaki usuldeki egemen olan ilkeler belli. O ilkeler uyarınca madem yeni bir olay yeni bir dava açılması gerekir. Ancak şimdi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi oyçokluğuyla bu konuda farklı bir yaklaşım içinde. O da şu; eğer dava açıldıktan sonra meydana gelen olay sadakatsizliğin dışındaki başka bir olaysa, şiddet görme dahil, yeni bir dava açılması gerekir. Gerekçe belli. Hukuk kuralları. Ancak istisna, eğer sadakatsizlik iddiası varsa, bu iddia temyiz aşamasında da, karar düzeltme aşamasında da ileri sürülebilir ve bu nedenle de dosyalar bozulabilir, kararlar bozulabilir. Dolayısıyla bu oy çokluğu ile verilen kararın usul hukuku anlamında da bir sıkıntı yarattığı kanaatindeyim, bunu paylaşıyorum. Son bir nokta da bu konu ile ilgili, şimdi tanıklardan bir kısmının dinlenmesi ile yetinilmesi konusunda 241. madde uygulaması yanlış uygulanabiliyor. Bununla ilgili bazı kararlar 2. Hukuk tarafından bozuldu. Örneğin bir somut olayda, gösterilen tanıklar için ilgili taraf üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş ve masraf yatırmıştır. Davetiye çıkartıldığı halde tanıklardan bir kısmı gelmemiş, ihzardan da o gün adreste bulunmadığı için sonuç alınmamıştır. Ancak o tanıkları gösteren taraf mahkemede o tanıkların dinlenmesinde ısrar etmiştir. Buna rağmen mahkeme yeni usul yasamızdaki bu maddeye dayandı ve dinlenen tanıklarla dava aydınlanmıştır dedi ve davayı sonuç-

landırdı. 2. Hukuk Dairesi bozdu. Bozma gerekçesinde şuna dayandı: Dedi ki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıkların nasıl dinlenileceği gösterilmiştir. İlgili tarafın bu gösterdiği tanıklardan vazgeçmesi yoktur, dinlenmesini istemiştir ve bu tutumun davayı uzatma kastı ile yapılan bir davranış olduğu da kanıtlanmamıştır dedi ve bozdu. Şimdilik bu kadar. Teşekkür ediyorum ilginize.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Mustafa Bey'e çok teşekkür ediyorum. İki satırla şunları dile getirmek istiyorum. Gider avansı ile delil avansı birbirine karıştı. Aslında bu gider avansının galiba kanuna girmesine ben sebebiyet verdim. Çünkü tebligat giderleri çok sorun yaratıyordu uygulamada. Davaların gecikmesi nedeniydü. Bizim Yazı İşleri Yönetmeliğimizin, hafızam yanılmıyorsa, 35. maddesinde bu sistem vardı, tebligat avansı yatırılır diye, ama uygulanmıyordu. Avans işi Danıştay'da başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. O nedenle hukuk davalarına da koyalım diye ben çeşitli yerlerde yazmışım ve komisyon da aynı yere gelmişti. Ama anlaşılıyor ki sonra Adalet Bakanlığı bu gider avansı ile delil avansını birbirine karıştırınca gerçekten özellikle adli yardımda vs. sıkıntı çıktı. Bunun düzeltilebileceğine ben kalben inanıyorum. Basit bir şekilde yönetmelik maddesiyle düzeltilebilir diye düşünüyorum. İhtiyati tedbirlerde kanun yolu mutlaka açık olmalı. Ama bugün bu iş Yargıtay'ın görevi mi, ben mütereddidim. Aslında Yargıtay'ın o kadar çok işi var ki böyle küçük bir ihtiyati tedbir meselesini de Yargıtay'a getirmemek lazım. Aslında öteden beri önerim, bütün ihtiyati tedbir kararları, kabulü de reddi de bir denetime tabii olsun, kararlara en yakın hakim baksındı. Ama nedense bu görüş bir türlü benimsenmemişti. Şimdi bildiğim kadarıyla, bundan iki ay evvel gene bir sempozyum vardı. Çok değerli Yargıtay üyeleri de oradaydı. Benim duyduğum kadarıyla önümüzdeki yargı paketinin içine bu alınıyormuş. Yani bu ihtiyati tedbirle ilgili itirazları Yargıtay artık incelemeyecek, en yakın yerdeki hakim inceleyecek diye bir öneri varmış. İnşallah bu önümüzdeki günlerde çıkacak olana yetişir de Yargıtay da bu sıkıntıdan kurtulabilir diye düşünüyorum. Şimdi ben müsaade ederseniz sabahki toplantının son konuşmacısı olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Mustafa Ateş Bey'e söz veriyorum.

Mustafa Ateş: Öncelikle tüm dinleyicilere saygılarımı sunuyorum. İzmir Barosu'na da, İzmir Baro Başkanına da bu davet için teşekkür ediyorum. Benim için özel bir şey İzmir'e gelmek. İlk defa İzmir'e 29 yıl önce gelmişim, 1984 yılında. Başkanım bilerek mi yaptı bilmiyorum ama, bilerek yaptığını düşünüyorum, gençliğimi ve çocukluğumu hatırlatmak için Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin karşısında bir otel ayarlamış. Onunla da kalmamış benim odamı tam Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi'nin levhasını görür bir yerde ayarlamış. Onun için burada olmaktan çok mutluyum, gençliğimi ve çocukluğumu hatırladım.

Şimdi konu belirlenmedi, üç kişi aynı konuyu konuştuk. O yüzden ben tekrar eder duruma düşebilirim, onun için kusura bakmayın.

Hocamın da belirttiği gibi bu kanunun uygulaması henüz oturmadı. Yakın zamanda da oturmayacağını, uygulama birliğinin sağlanamayacağını düşünüyorum. Neden karamsarım? Önceki usulün seksen yıllık tatbikatı vardı, onun uygulama birliğini sağlayamamıştık. Üstelik Hocam, sayın bilim kurulu üyesi profesörleri belki meslektaşları olduğu için ve tabii ki nazik bir insan olduğu için iyi çalışılmış bir kanun dedi. Ama geçmiş dönemlerden ders alınarak uygulama birliğinin sağlanmadığı göz önünde bulundurularak usul kanununa daha kesin, daha net konular konulması gerektiğini düşünüyorum. Maalesef bu kanunda herkesin okuduğunda aynı anlamı verebileceği düzenleme çok az. O yüzden bizi çok sıkıntılı günler ve yıllar bekliyor diye düşünüyorum. Şu ana kadarki uygulamada, uygulama birliğinde hakem olması gereken Yargıtay'da bile daireler arasında, dairelerin kendi arasında, üyeler arasında farklı görüşler ortaya çıkıyor. Yargıtay'ın içtihadı birleştirme yöntemi, ben çok yeni Yargıtay üyesiyim, çok yavaş işleyen bir sistemmiş, ben de yeni öğrendim. İçtihadı birleştirme yönteminin çok hızlı şekilde harekete geçirilmesi ve özellikle daireler arasında farklı kararlar konusunda içtihadı birleştirme kararları çıkartılarak uygulama birliği sağlanmasının en doğru çözüm olduğunu düşünüyorum. Bir başka çözüm de kanundaki değişiklikler. Mutlaka olması gerekir diye düşünüyorum. Bu teorik anlatımdan sonra kafamda ben de bazı sorulara cevap veremiyorum hala. Kararlar da çıkmadı söz edeceğim, bazı olaylar da olma ihtimali olan, karşılaşılabileceğiniz olaylar. Bir de şu ana kadar bu kanunun uygulanmasıyla ilgili dairemizde ve tespit edebildiğim kadarıyla Yargıtay'ın diğer dairelerinde geçen olaylarla ilgili değerlendirme

yapacağım. Kişisel görüşüm olanları özellikle kişisel görüşümdür şeklinde belirteceğim. Eğer bir karar haline dönüşmüşse de bunun bir karar olduğunu özellikle belirtmeye çalışacağım.

Şimdi geçen yıl da buraya toplantıya gelmiştim. O toplantıda bir soru sormuştum avukat arkadaşım. Mal rejimine ilişkin bir olayı anlayabilmeniz için müvekkilinize ilk olarak sormanız gereken soru nedir diye sorduğumda bir avukat arkadaşımız, burada mı bilmiyorum, paran var mı diye sorarız demişti. Şimdi o yüzden oraya da bir atıf yaparak ben önce paralardan başlayayım. Gider avansı ve delil avansı, Mustafa Bey kısmen bahsetti. Ama ben de fazla tekrar etmeden gireceğim. Gider ve delil avansı başlangıçta bir bütün olarak düşünüldü kanun konulduğu zaman. Gider avansı taraf sayısının iki katının işte tebligat ücretine göre bir rakam belirlendi, bir de benim örtülü ödenek dediğim elli lira belirlendi. Buna gider avansı denir. Bir de delil avansı dedik. Delil avansı da yönetmeliğe göre işte tanık bildirilirse, bir tanık için 15 TL tanık ücreti, davetiye gideri, bilirkişi ücreti şu kadar vs. gibi. Bir bütün halinde değerlendirildi ve dava açılırken bunun tamamının yatırılması gerektiği şeklinde bir uygulama başlatıldı. Ama bu çok ciddi sıkıntılara sebep oldu. Dolayısıyla zaman içerisinde bir uygulama farklılığı ortaya çıktı. En son genel kurul bu konuda bir karar verdi ve gider avansı ile delil avansı farklıdır dedi. Gider avansı davanın başında yatırılması gereken bir paradır dedi ama delil avansı dava açılırken yatırılmak zorunda değildir dedi. Sorun nasıl çözüldü? Gider avansı peşin yatırılacak, gider avansı yatırılmamışsa 114 ve 115. maddeye göre süre verilecek, tamamlanmamışsa davanın usulden reddine karar verilecek. Peki delil avansı ne zaman yatırılacak? Bu konuda bir açıklık yok. 114. maddeye bakarsanız orada da peşin yatırılması gerekiyor gibi gözüküyor. Ancak Dairemizin bir kararı var. Bu kararda şöyle dedik. Davalı dilekçede kanıt deliline dayandı, bilirkişi raporuna dayandı. Veya kanıt örneği verelim. Davacı dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde dayandığı bu delilleri en son ne zaman verebilir ya da hakim buna en son ne zaman kesin süre verebilir? Biz ön inceleme duruşmasından önce hakimın davacıya dava dilekçesinde dayandığı delilleri bildirmesi için kesin süre veremeyeceğine hükmettik. Bunu şu şekilde açıkladık: Dedik ki; ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki ihtilaflar belirlenecek öncelikle, ihtilaflardan sonra dayandığı delillerin bildirilmesi için süre verilecek. Neden? Delil ihtilaflı konular için bildirilir, ispat ihtilaflı konular

için gerekli olan bir şeydir. Delil ispat içindir. Dolayısıyla ön inceleme duruşmasından önce delilleri bildirmek için kesin süre veremezsin. Bundan şu anlam çıkıyor, delil bildirmek için süre veremiyorsak ön inceleme duruşmasından önce delil avansının verilmesi için de süre verilemeyeceğini düşünüyorum. Bu kısmını yorum yaptım. Başlangıçtaki kısmımız karar. Burada benden kıdemli Dairemizin üyesi var hepiniz tanıyorsunuz, yanlış bir şey söylersem hatırlatın. İkinci kısım yorum yapıyorum. Birinci kısım Daire kararı haline dönüştü. Delil ancak ön inceleme duruşmasından sonra bildirilmek üzere süre verilir, delil bildirmeden önce delil avansı ver demenin bir anlamı var mı? Bana göre yok. Dolayısıyla delil avansı artık davanın başında verilmek zorunda değil, verilmediyse hakim süre veremez, hakim kesin süre veremediyse 115. maddeye girer bunun bir yaptırımını olmayacağını düşünüyorum kişisel olarak. Delil ve gider avansı konusunda ikinci bir ayırım özellikle kanun yürürlüğe girmesinden sonra ilk zamanlarda ortaya çıktı, şimdi Yargıtay'ın önüne yavaş yavaş geliyor. Ben o zaman kürsüdeyim. İki aylık bir kürsü deneyimim var bu kanunun uygulanması döneminde. Eski davalarda delil avansı ve gider avansı dava şartı mıdır değil midir tartışmasını siz de yaşamışsınızdır ve çok ciddi farklı uygulamalar oldu. Ben baştan beri eski davalarda gider ve delil avansının dava şartı olmayacağını savunmuştum. Genel Kurul biraz önce bahsettiğimiz kararda bu konuya da açıklık getirdi ve noktayı koydu. Eski davalarda gider avansını dava şartı olarak dayatamazsınız, her dava açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirilir dedi. Dolayısıyla uygulamada kanun yürürlüğe girmesinden önce açılan davalarda gider avansı için süre verilmişti, o süreye uyulmadığı için dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilen kararlar bozuldu. Bu Genel Kurul kararından sonra bu konuda bir uygulama birliğinin olacağını düşünüyorum. Dairelerin birçoğu bu şekilde kabul etti. Birkaç dairede istisna kararlar gördüm, ancak Genel Kurul kararı bu konuda net. Hemen belirteyim Genel Kurul kararında bir şey daha söyledi: Delil bildirilmesi için süre verilirken mutlaka sonuçların hatırlatılması gerektiğini belirtti Genel Kurul. Ben Genel Kurul'a katılmamıştım ama Genel Kurul'daki tartışmalar sırasında sonuçların hatırlatılması konusunda vatandaş ile avukat arasında bir ayırım yapılıp yapılmayacağı tartışılmış, avukatlar için de sonuçların hatırlatılması gerektiği yönünde bir kanaat oluşmuş. Kişisel görüşüm bu doğru değil. 140. maddede Kanun diyor ki; *"dava dilekçelerinde dayandıkları delilleri bildirmek için iki haftalık kesin süre verir hakim"*

diyor. Ben de Şu soruyu soruyorum, kanun koyucunun elini tutan yoktu. İsteseydi sonuçlarını da hatırlatarak delillerini bildirmek üzere iki haftalık kesin süre verir diyebilirdi. Sonuçları hatırlatma kısmını kanun koyucu koymadı. Ancak hak kaybı olmasın diye muhatap avukat da olsa bu işlemin sonucunun mutlaka hatırlatılması gerektiği konusunda bir uygulama vardı geçmişte, Genel Kurul bu uygulamasını devam ettirdi. Gider avansının yaptırımı dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddi, delil avansının yatırılmaması halinde yaptırımı nedir? Delil avansının yaptırımı ise o delilden vazgeçmiş sayılır. Bir boşanma davasında dava dilekçesinde davacı dedi ki ben Şiddet gördüm, Şiddet gördüğüme dair savcılık soruşturması var. Veya kesinleşen ya da karara çıkan mahkûmiyet hükmü var. Bir dosya numarası bildirdi, üç tane de tanık ismi yazdı. Biz de ya da mahkeme diyelim, tanık ücretinin, tebligat giderlerinin yatırılması için kesin süre verdi. Orada Şu cümleyi kullanılacak: *"Tanık delilinden vazgeçmiş sayılacağınız."* Dolayısıyla davacı bu parayı yatırmamışsa sadece tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılacak, eğer ceza dosyasıyla veya Cumhuriyet savcısı soruŐturmasıyla veya başka dayanılan bir delille davalının davacıya Şiddet uyguladığı tespit edilmiŐse davacının dayandığı tanıklar dinlenmese bile bu dava usulden reddedilmeyecek bu davanın kabulüne karar verilecek. Böyle bir ayırım var. Şimdi bu Kanunun en zayıf halkası ve noktası 119. madde. Bugüne kadar yazılmış bütün kitaplarda Hakan Pekcanitez ve diğer hocaların, Bilge Umarların hepsinin kitabında 119. madde ile ilgili çok hoş bir cümle var. 119. maddenin dava dilekçesinde bulunması gereken unsurların bir kısmının yaptırımı Kanun'da düzenlenmiş. Eksiklikler için diyor hakim, taraflara süre verir. Cevap dilekçesi için de geçerli bu. Bu süre içerisinde eksiklik tamamlanmamışsa davanın açılmamış sayılmasına karar verir diyor. Fakat ne hikmetse kanun koyucu ve bilim kurulu, sanki unutmuŐ, dava dilekçesinin bana göre omurgasını temsil eden Şu maddelerle ilgili yaptırım koymamıŐ. Oysa bana göre bu kanunun ruhunu oluşturan somutlaŐtırma yükümlülüğu, vakaların somutlaŐtırılmasında hangi vakanın hangi delille ispat edileceği konusuydu. Ama kanun koyucu bunların yaptırımını yazmamıŐ. Hocamla ilk defa dün tanıştık. Sadece hocamın kitabında bunun bir çözümü bulunmuş. Kendisine buradan teşekkür ediyorum. Hocam yaptırımı olan maddelerdeki diğer maddelere de kıyasen uygulanması gerektiğini savunuyor. En doğru çözüm bu gibi gözüküyor. Şimdi, diğer hocalarımızın görüşleri davanın esastan reddi sonucunu ortaya çıkarır gibi bir an-

lam çıkarıyor. Davanın esastan reddine karar verildiği zaman esas hüküm oluşturulacak ve çok ciddi hak kayıplarına sebep olacak. Hocamızın kitabındaki öneriyi esas alırsak dava dilekçesindeki bu eksiklikler için, yani yaptırım olmayan maddeler dediğim eksiklikler için davacıya süre vereceğiz, bu süre içerisinde tamamlanmamışsa 119. maddenin 2. fıkrasındaki bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır hükmünü uygularsak kesin hüküm oluşturmayacağı için ciddi bir hak kaybı olmaz, sadece geç kalır, davacı veya davacı vekili de, tabirimi hoşgörün, dilekçesini adam gibi yazar. Tekrar bu davayı açma hakkını kullanır. Fakat 19. Hukuk Dairesi'nin henüz çıkmayan bir taslak kararında bunun uygulanamayacağını söylüyor. 119. madde 2. fıkrasının sadece açıkça yazılı olan maddeler için uygulanabileceğini söylüyor. 21. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise Hocanın görüşü doğrultusunda süre verilmesi, süreye rağmen bu eksikliğin tamamlanmaması halinde 119. madde 2. fıkra gereğince davanın açılmamış sayılacağına karar verilmesine hükmetmiş. Hocama da takdim ettim herhalde ilk defa gördü o kararı da. Bunun doğru bir yol olacağını düşünüyorum. Aksi takdirde esastan red çok ciddi ağır sonuçlar ortaya çıkar. Yine 21. Hukuk Dairesi'nin kararında şöyle bir şey söylüyor. 121. maddeye göre galiba 121'di yanlış söylemeyeyim, belgelerin birlikte verilmesi. Taraflar dayandıkları belgeleri dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde verir diyor. Delillerini de gösterir diyor. Dayandığı delilleri en azından belirtir, tanık deliline dayandıysa tanık kelimesini yazacak diyor. 21. Hukuk Dairesi'nin kararında 145. madde karşısında diyor, sonradan delil bildirme olayında, delil bildirmemiş olsa bile, dayanmamış olsa bile diyor daha sonra delil bildirebilir diye hükmetmiş.

Şimdi bir başka sorun bu kanunda 140. maddedeki ön inceleme duruşması. Biraz önce anlattığım şekildeki delil ne zaman verilebilir sorusuna kürsüde kanun ilk çıktığı zaman ben ön inceleme duruşmasından önce delil bildirmek için kesin süre verilebileceğini düşünmüştüm. Mustafa Bey de bunu uygun olmayan kesin süreler diye anlattı. Evet, bir karar verdik. 140. maddeye göre, 140/5'e göre delil bildirmek için kesin süre ön inceleme duruşmasından sonra verilir dedik ama bunun şöyle bir riski var. Bize bu kanun çıktığında hocalarımız özellikle şöyle dedi: Avukat İstanbul'dan Erzurum'a gitti. Erzurum'daki hakim duruşma açıldı dedi. Tapuya yazılan müzekkere gelmedi, beklenmesine

karar verildi, sen uçağa bin geri gel. Artık bu kanun zamanında bunlar olmayacak. Bunu kaldırmak için çıkardık bu kanunu. Şimdi bir soru: Davacı ve davalı, dava dilekçesi ve cevap dilekçesinde delillerini bildirdi. Tanık dedi bıraktı, tapu kaydı dedi bıraktı, banka kaydı dedi bıraktı, savcılık dedi bıraktı. Delil bildirmek için ön inceleme duruşmasından önce süre veremiyoruz. Ön inceleme duruşmasına çağırdık, dinledik, dediler ki biz şu şu konularda anlayamadık, Allaha şükür bu güne kadar hiçbir konuda anlaşan görmediğim için, 140/5'e göre bizim karar göre de delilleri bildirmek için tanıklara süre verilir. Bir de baktık ki ne olacak, delilleri varmış. Yirmi tane yerden müzekkere yazılsın şunlar şunlar getirilsin diyor. Türkiye'de en büyük sorun delil toplamak zaten. Şimdi hakim ön inceleme duruşmasında delil bildirmek için iki haftalık süre verdiğinde yeni duruşma günü, bir başka deyişle tahkikata geçip tahkikat duruşma günü belirleyecek mi belirlemeyecek mi? Bu soruya henüz Yargıtay'ın hem bizim Dairemizin hem diğer dairelerin bir cevabını görmedim, bir karar görmedim. Burada iki ihtimal çıkıyor. 1) Hakim iki haftalık süre verecek arkasından tahkikat duruşmasını belirleyecek. Avukat iki haftalık süre içerisinde 20 maddelik delil listesi verecek hakim müzekereleri yazacak, ilk tahkikat duruşmasına girdiğinde cümle yine şöyle başlayacak: *"Şuralara yazılan müzekerelere cevap geldi, ama çoğunluk yerlere yazılan müzekereler henüz gelmedi"*. E biz o zaman eski sisteme geri döndük. Ve ön inceleme duruşmasına kadar geçen üç-dört aylık, dilekçelerin teatisi olarak bahsettiğimiz dönem boşa gitti. Hakim oturdu, taraflar sadece karşılıklı dilekçe verdi, biz şimdi dört aydan sonra eski sistemdeki ilk duruşma gününe geri döndük. Burada çok ciddi bir sıkıntı olduğunu düşünüyorum ben. Bir görüşe göre hakim yazılı delilleri toplamadan tahkikata geçemez, tanık dinleyemez. Yani ön inceleme duruşmasında sonra delil henüz bildirilmediyse hakim süre verecek, delilleri bildirmek için süre verdikten sonra yeni duruşma günü vermeyecek ve taraflara şöyle diyecek: *"Siz delilleri bildirin, ben onlar için müzekkere yazayım, sonra ben sizi tekrar çağıracağım, davetiye çıkaracağım."* Şimdi bu iş davayı uzatacak. Yeni sorunlar çıkaracak. Yazılan müzekkereye cevap gelmeyecek, tatmin edici cevap gelmeyecek, tekrar müzekkere yazılacak vs. dolayısıyla bu maddede de bana göre sorun var.

Şimdi örnekler bazında gittiğim için sistematik olmayacak anlattığım onu belirteyim. Dava dilekçesinde davacı, davalı adresini göster-

medi. 119. maddeye göre bitti bu dava. Bir başka örnek daha vereyim. Dava dilekçesinde davalının adresi gösterildi, tebligat çıkarıldı yapılmadı, davacıya hakim dedi ki, davalının adresini bildirmek için sana süre veriyorum. Davacı cevap verdi: Bendeki tek adres bu. Adres kayıt sisteminde de kişinin adresi yok. Hakim dedi ki, davacı davalının adresini gösteremedi, benim işime geliyor bu işi bitiririm. Dairemiz dedi ki hayır bu yöntemi uygularsan ilanen tebligat yolunu baştan kapatmış olursun. Tebligat Kanunu'nda bir ilanen tebliğ vardır, adres tespit edilemezse bu yöntem izlenir. Dolayısıyla davacının davalının adresini gösterememesi tek başına davanın sonuçlandırılması için yeterli değildir, ilanen tebligat müessesini işleteceksiniz dedi. Bir başka sorun yetki itirazı. Ya da yetki itirazı ile birlikte ilk itirazlar. Şimdi kamu düzenine ilişkin kesin yetki olmayan itirazları ilk itiraz olarak kabul ediyor. İlk itiraz ile ilgili üç düzenleme var. 117. madde var, 138. madde var, 164. madde var. 164. madde ön sorunları nasıl incelenir diye düzenliyor. 138. madde "*Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir.*" diyor. Şimdi 164. maddede benzer bir düzenleme var. Yetki itirazında bulundu davalı. Hakim davacıya yetki itirazına ilişkin dilekçeyi tebliğ edecek ve belirleyeceği bir süre içerisinde cevap vermesi ve delillerini bildirmesi için süre verecek. Davacı cevap verecek ve delillerini bildirecek. Davacı buna verdiği cevapta tanık gösterirse bu tanık ne zaman dinlenecek? Artı davalı itiraz ederken yetki itirazında bulunurken herhangi bir delile dayanmamışsa eski usul, buna ilişkin ilk duruşmada diyor ki, yetki itirazı konusunda taraflara delilleri bildirmesi için süre veriliyordu. Taraflar yetki itirazı konusunda delil bildiriyordu. Bunların arasında tanık da olabiliyordu. Bunları dinleyip bir karar veriyordu. Şimdi kanun diyor ki, tahkikata geçmeden tanık dinleyemezsin, ruhundan bu çıkıyor. Peki yetki itirazı konusunda tanık göstermişse bu tanık ne zaman dinlenecek? Ön inceleme duruşmasından sonra tahkikata geçmeden tanık dinlemiş olacak. Dolayısıyla benim kişisel görüşüm yetki itirazı konusunda hakim ön inceleme duruşmasına gelmeden taraflara süre verebilmelidir, yetki itirazları konusunda delil bildirmek üzere. Daha kişisel görüşüm, özellikle boşanma davalarında, bunu özellikle belirtiyorum kişisel görüşüm, bu yetki itirazı konusunu tartışmaktan, delil toplamaktan artık aslında vazgeçmeliyiz. 2007 yılından bu yana Nüfus Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra herkesin yerleşim

yeri adrese kayıt sisteminde olmak zorunda. Ve yine kişisel görüşüm olduğunu özellikle belirtiyorum, henüz Yargıtayımız bu fikirde değil, yetki itirazı konusunda adrese kayıt sistemindeki adresler esas alınmalıdır. Başka delil toplanmamalıdır. Kadın evini kocasının evini terk ettiyse çantasından önce belki de adresini değiştirmeli. Şimdi eğer adresini değiştirmezse kadın, Tebligat Kanunu'nda, 6099'du galiba, yapılan değişiklikle 10 ve 21. maddeye göre, özellikle 21. maddenin 2. fıkrasına göre, adres kayıt sistemindeki adreste hiç oturmamış olsa veya o adresten ayrılmış olsa bile diyor kanun, o adrese yapılan tebligat geçerlidir. Dolayısıyla boşanma davası sürecinde eşinden ayrılan ve evini terk eden kişinin ilk yapması gereken şey adres kayıt sistemindeki adresini değiştirmek olmalı. Ve o adres de yetki itirazları konusunda bana göre tek delil olmalı. Bir istisna halen bir kısım vatandaşların adres kayıt sisteminde adres yok, orada belki başka delil toplanabilir. Şimdi boşanma davalarında çok olmaz desek bile, yanlış isim yazılabiliyor. Kimin ismi yanlış yazıldı? Davalının ismi yanlış yazıldı, 124. maddeye göre bu yanlış isimlere, davalının isminin yanlış yazılması husumetin yanlış kişiye yöneltilmesi halinde taraf değişikliğine artık imkan tanıyor bu kanun. Birçok dairenin bu konuda kararları da çıktı. Özellikle kurumlara karşı açılan davalarda takip edebildiğim kadarıyla, bizim Daire'de değil ama kurumlara karşı açılan davalarda husumet yanlışlığı çok yapılıyor. Daireler de bunu kabul etti. Yine 140. maddede ön inceleme duruşmasına tarafları çağırdık. Davalı beyefendi gelmedi, zahmet etmedi. Avukat da göndermedi. Davacıya sorduk hikayeyi dinledik. Tahkikat duruşmasını belirledik, bu tahkikat duruşmasına davalı tekrar çağırılacak. 147. madde çağırılacağını söylüyor. Davalı ön inceleme duruşmasına gelmediyse ön inceleme usulüne uygun tebliğ edilmiş olsa bile tahkikat duruşmasına yeniden çağırılacak, 147. maddedeki meşruhatlı davetiye ile. Bu konuda Dairemizin bir kararı var. Bozduk. Ön inceleme duruşmasına gelmemiştir, tahkikat duruşmasına tekrar çağırılmadı davalı, davalının yokluğunda bitirilmiştir. Savunma haklarını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır bu dedik 27. maddeye göre. Kararı bozduk. Bununla bağlantılı olarak bizim üyelerimizden İrfan Okur Bey vardır, sizin de tanıdığınız, İzmir Aile Mahkemesi'nden. Onun çok güzel bir tabiri var. Kanunun kolaylaştırıcı ve zorlaştırıcı hükümleridir. Bu kanunun bazı maddeleri gerçekten kolaylaştırıcı, bazı maddeleri zorlaştırıcı. Bununla bağlantılı olarak bir de 184. maddesi var bu kanun. Bu defa sözlü yargılama için davalı çağırılacak mı, çağırılmayacak

mı? Tahkikat ettin, tahkikatın en sonuna davalı gelmedi son duruşmaya. Hakim sözlü yargılama için bir süre belirler, yine bu sözlü yargılama için meşruhatlı davetiye gönderir diyor davalıya. Bunlar biraz zorlaştırıcı ve davayı uzatıcı maddeler. Bunların mutlaka düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Karşılıklı dilekçe hakları kullanılırsa, 140. madde, 147. madde, 184. madde hepsi uygulanırsa, bir davanın bitmesi için yedi-sekiz kez tebligat yapılması gerekiyor. Allah korusun bir de davalı yurtdışındaysa siz avukatlara o davayı hiç almamanızı önereceğiz. Çünkü bitmeyecekmiş gibi gözüküyor. Şu ana kadar sözlü yargılama için son tahkikat duruşmasına gelmeyen davalının davet edilip edilmeyeceği konusunda bir karar Dairemizden çıkmadı, başka dairelerde de görmedim. Davadan sonraki olaylara Mustafa Bey değindi. Maalesef sadece bizim daire değil, Genel Kurul da bu kanun yürürlüğe girdikten sonra, üstelik davadan sonra meydana gelen olayların o davada tartışılabileceğine hükmetti. Bu konuda genel kurulun 2006, 2008, 2010 ve 2012 tarihli yanlış hatırlamıyorsam dört kararı var. Sizin adınıza üzgünüm ne yapacaksınız bilmiyorum. Özellikle bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 119. maddedeki vakalar yazılacak, somutlaştırılacak. Her vaka için hangi delilin, neyi ispat edeceği belirtilir dedikten sonra davadan sonra ortaya çıkan bir vakanın bu davaya nasıl monte edileceğini ben anlamış değilim. Çünkü bu defa yeni delil bildirme hakkı gelecek size. Tekrar delil toplayacaksınız. Ben bunu şöyle benzettim. Eskiden bir lafımız vardı bizim; "pişmiş aşı su katılmaz" diye, biz şimdi pişmiş aşı pirinç katıyoruz. Tam servise hazır hale getirmişiz davayı bitireceğiz, pişmiş pilavın üzerine bir avuç daha pirinç atıyoruz, servis yapıyoruz. Kişisel olarak katılmıyorum. Ömer Bey'le biz muhalefet yazıyoruz davadan sonraki olaylar için. Mustafa Bey belirtti, üstelik burada bir istisna yapıyoruz. Sadece sadakatsizlik ile ilgili olayları diyoruz sayarız. Mesela adam kadını bıçakladıysa davadan sonra bu sayılmaz dedik. Sadakatsizlik olursa bu sayılır dedik. Bunu da bir not olarak bilginize sunayım. Şimdi bir somut olayda henüz karar veremediğimiz; davalı davaya cevap vermedi. Ön incelemeye geldi, davayı kabul etmiyorum, reddini istiyorum dedi boşanma davası. Ön inceleme duruşmasından önce davacı tanıklarını bildirmişti. Hakim davalıya 140/5'e göre delil bildirmek için süre vermedi. Çünkü cevap vermedi, çünkü cevap dilekçesinde dayandığı delili göstermedi. Davacı da delil listesini verdiği için tahkikat duruşmasını belirledi, tanıklarını çağırdı, ilk duruşmada tanıkları dinledi, davayı reddetti. Şimdi davalı diyor ki ben delil bil-

direcektim, bana süre verilmedi. Henüz karar çıkmadı. Bana göre çok ciddi bir ilkesel karar olacak bu. Cevabını bilmediğim, belki hocam her konuşmadan sonra birkaç dakika ayırıyor kendisine, bu soruya cevap verirse ben de memnun olurum. Cevap vermeyen davalı davayı inkar etmiş sayılır, hiçbir iddiayı kabul etmemiş sayılır. Peki davalı vakaları değiştirebilir mi ya da iddia ve savunmayı değiştirme kapsamında savunmasını değiştirebilir mi? Savunmasını değiştirme hakkı verirse ön inceleme duruşmasına kadar vakasını değiştirsin, yeni vakaya ilişkin de delil bildirme hakkı olacak. Vakayı değiştirme hakkı, savunmayı değiştirme hakkı verip, değiştirdiği savunmayla ilgili delil bildirme dememiz doğru değil. Adama savunmayı değiştirebilirsin diyorsak ona ilişkin delil bildirme hakkını da vermiş olmamız gerekiyor. Peki cevap dilekçesi vermeyen kişi belli ki inkar etmiş sayılırdı, verip kabul etmiyorum dese yedim böyle diyecektim, şimdi değiştiriyorum diyebilir mi? Sorunun cevabını ben de bilmiyorum, Hocamdan bunu öğreniriz herhalde. Bir başka en önemli tartışmalardan biri bana göre henüz karar yok. Davacı dava dilekçesinde hikayeyi çok güzel anlattı. Somutlaştırdı da ama tanıklar kısmı delil kısmına gelince bir tek kelime yazdı. Daha doğrusu bir tek delil yazdı: Nüfus kaydı. Tanık yok, bilirkişi yok, doktor raporu yok, savcılık demedi. Bu davacı 140/5'e göre delil bildirme hakkına sahip midir? Çünkü 140/5 diyor ki "dilekçelerinde dayandıkları delilleri bildirmek için süre verir hakim". Bu soruya da henüz Yargıtay'ın bir cevabı yok. Bana göre bu da çok ilkesel bir karar olacak çıktığında, yakın zamanda da çıkacak, önümüzde var, ilkesel bir karar olacak. Eğer bu karar olumsuz çıkarsa yani delil bildiremez derse kıyametin koştugu yer olacak. Çünkü şu ana kadar avukat arkadaşlar, yanlış anlamayın, çok fazla ciddiye almadılar bu kanunu. O yüzden eski usulde dilekçeler yazılmaya devam ediyor genel olarak. Eğer dayanmadığı delil, bir daha tanık dinlemez, tanık kelimesini yazmadı dediysek kanun koyucu, hocalarımız öyle diyor. Muhammet Hoca falan, dava dilekçesinde tanık yazmadıysa bir daha tanık dinlemez diyor. Birçok dava redle sonuçlanacak. Çok ilginç bir kararımızdan bahsedeyim. Basit yargılama davalarında duruşmasız karar verilebilir mi? 318. maddeydi galiba, buna imkan tanıyor. Hakim gerektiğinde, niteliğine göre basit yargılamaya tabi davalarda duruşma yapmadan karar verebilir diyor. Bugüne kadar Yargıtay'ın bir kararı çıktı bu konuda olumlu. O da bizim Dairemizin kararı. Tanıma davasında hakim duruşma yapmadan karar verebilir dedik. Ancak bu tüm basit yargılama davalarında duruşmasız karar verile-

bileceği anlamına gelmez. Artı bu davalıya tebligat yapılmadan karar verilebileceği anlamına da gelmez. Somut olayda tanıma talebi vardı, yabancı mahkeme kararı, dava dilekçesi davalıya tebliğ edildi, davalı cevap verdi, hakim inceledi. Tanınması istenen karar 5717 sayılı Yasa'daki tüm unsurları taşıyor. Davalının itirazları yersiz. Dedi ki ben ön inceleme duruşması da yapmıyorum, evrak üzerinde davanın kabulüne karar veriyorum dedi. Davalı savunma haklarının kısıtlandığından vs.den bahisle temyiz etti, Dairemiz bu kararı onadı. Bu çok istisnai, özel bir karar oldu. Ben tanıma ve tenfiz davalarında bunun en klasik uygulamasının olabileceğini düşünürüm. Mustafa Bey bir soru gönderdi az önce, velayet davarında bu işi yapabilir miyiz dedi, nafaka davalarında bu işi yapabilir miyiz, sorular üst üste gelebilir, sayıları arttırılabilir, niteliğine göre ben yapılabileceğini düşünüyorum. Nafakalar bizde değil zaten, nafaka artışları özellikle, Dairemizde değil. Ama iki yıl önce anlaşmalı boşanmada çocuk için 300 TL nafakaya hükmedildi aylık, diyelim iştirak nafakası, iki yıl sonra davacı artış istedi. Davalıya tebliğ ettik. Davalı dedi ki ben memurum, maaş artış oranında adil bir karara bırakıyorum delil de göstermedi. Davacı da delil göstermedi diyelim ki. Bence geçen süre içerisinde paranın satın alma gücündeki değer dikkate alınarak duruşma yapılmaksızın bir karar verilebilir. Ama davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmışsa örneğin ve taraflarımız da sabit gelirli değilse, ekonomik durumunda çok ciddi bir artış veya azalışı davacı veya davalı tanıklarla ispat edeceğim, delillerle ispat edeceğim dediyse o zaman duruşma yapılması gerektiğini düşünüyorum. Tedbirler konusuna Mustafa Bey değindi, benim hazırladığım notlarda vardı, o yüzden değineceğim. Evet, prensip olarak dedik tedbir kararları genişletilebilir ancak 169. madde kapsamındaki tedbirler HMK kapsamında olmadığı için, onlara temyiz yolu kapalıdır dedik. Ömer Bey ve Yahya Memiş arkadaşım Daire'de ikinci bölüme muhalif. 169. madde kapsamındaki tedbirlere de temyiz yolunun açık olduğunu düşünüyorlar. Yargıtay dairelerinin farklı kararları var. 1. Hukuk Dairesi kapalıdır diyor örneğin, bir kısım daireler açık diyor. Henüz bir Genel Kurul kararı yok. Boşanma davalarında yeni dönemde ben ona milattan sonra diyorum, bu kanunun yürürlüğe giriş tarihine. Boşanmanın ferî olarak kabul ettiğimiz maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ne zaman istenebilir? Geçmiş zamandaki uygulama bu boşanmanın ferî niteliğindedir, dolayısıyla yargılamanın sonuna kadar istenebilir. Geçmiş zamanda böyleydi. Peki yeni zamanda bu sorunun cevabı

ne? Kişisel görüşümü söyleyeyim. Henüz Dairemizin bu konuda bir kararı yok. Ama zaman zaman fikir jimnastiği yapıyoruz kendi aramızda. Ben artık her zaman istenebileceği kanaatinde değilim. Bu kanunun ruhuna bakarsak ön inceleme duruşmasına kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi de dahil, tabir yerindeyse herkes eteğindeki taşı dökcek. Ondan sonra artık masaya bir şey konulamayacak. Neden konulamaz diye düşünüyorum. Şöyle bir pratik fikir yürütüyorum. Ben davalı kocanın vekiliyim ya da davalı kocayım. Sevgili eşimden bir mektup aldım, senden sıkılıyorum, boşanmak istiyorum dedi. Oooo sen istiyorsan ben dünden hazırım zaten. Ne halin varsa gör, cevap bile vermiyorum sana dedim. Avukata götürdüm hatta o da sen ne istiyorsun dedi. Ben de boşanmak istiyorum bu kadından sıkıldım dedim affedersiniz, iyi dedik o zaman hiç girmeyelim bu işe biz. Gitsin boşasın o kendi kendine. Bir karar geliyor elime, 500 TL yoksulluk nafakası. Ya bu kadın yoksulluk nafakası istememişti benden. Yoksulluk nafakası isteseydi, hele 5.000, 10.000 istiyorlar parası olanlardan, ben gider en iyi avukatları bulurdum, birden çok avukat bulurdum. Benim bu hanım çok zengindi, Mersin'de memlekette tapusu vardı, portakal bahçesi vardı, Aydın'da zeytinliği vardı. Bu kadın yoksul değil ki. Ama sen delil göstermedin yoksulluk nafakasına hükmettik biz. Ama sen bana delil bildirmek için fırsat vermedin, çünkü kadın yoksulluk nafakası istememişti. Yoksulluk nafakası istemeyen bir dilekçeye siz, şunu yazar mısınız? Davacının ekonomik durumu çok iyidir, benden zengindir, zeytinlikleri vardır, fabrikası vardır, şirket hissesi vardır demeniz çok anlamsız olur. Dolayısıyla ben o savunma hakkını kullanmadım ama davacı uyanıklık etti, benim katılmadığım son duruşmada dedi ki, hakim bey çok fakirim, param yok, yoksulluk nafakası. E azıcık da bizim kusur var davalı olarak, hakim baktı davacı kusurlu, davalı kusursuz, yoksulluk nafakasının bütün şartları oluştu. Dolayısıyla bu kanunun ruhuna aykırı olacağını düşünüyorum. Diyelim dilekçe tebliğ edildi. Tahkikat aşamasında kadın geldi yoksulluk nafakası istedi. Ben de ciddiye almadım dilekçesini katılmadım. Hakim dedi ki savunma hakkını kısıtlamamayım, davalıya tebliğ etti. Senin hanımdan ikinci bir mektup var dedi. Şimdi biraz da para istiyor. Ben şimdi o zaman diyeceğim, ben delil bildireceğim, sonra hakim diyecek ki valla 140. madde geçti. Sen daha önce de bu delillerle dayanmadın, kusura bakma delil gösteremezsin noktasına gelecek. Dolayısıyla kişisel görüşüm boşanmanın fer'i olan bu taleplerle ilgili istekler de en son ön inceleme duruşmasında istenmeli. Değilse müstakil bir

dava açılmalı, o dava açılırken de boşanmadan farklı olarak harç yatırılmalı. Basit yargılamada bir madde var. Orada kanun 121. maddesi tekrar ederek dava dilekçesi ve cevap dilekçesinde mutlaka deliller gösterilmelidir diyor, başka delil de gösterilemez diyor. Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmış bu konuda, Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetti diye duydum. Özellikle basit yargılamaya ilişkin davalarda mutlaka dava ve cevap dilekçenizde dayandığınız delilleri gösterin. Bundan önce anlattığım 140. maddenin 5. fıkrasında dayanılan delillerin gösterilmesi için süre verilmesi kuralının basit yargılama usulünde uygulanmaması gerekir. Her ne kadar 21. Daire'nin bir kararında usulün 145. maddesi karşısında bu kuralın uygulanamayacağını söylüyor olsa da. Çünkü 145. madde, benim tabirimle, kanunun kendi koyduğu bir kuralın sabote edilmesidir. Delillerini diyor 121. maddede diyor, dava dilekçesine cevap dilekçesinde verecek diyor kanun. Öbür taraftan 140. maddenin 5. fıkrasında dayandığı delillere süre verebilirsin diyor. Bakıyorsun 145. maddeye diyor ki, delil bildirmemiş, tanık göstermemiş olsa bile duruşmaya tanık getirilirse dinlenilir diyor. Kanunun şöyle bir sistemi var tabirimi hoşgörün, kendi kendini sulandırıyor. Başta ana kuralı koyuyor, ondan sonra o kuralı gevşeten maddeler koyuyor. Bu kanuna göre tam altı tane delil gösterme maddesi var. 121, 140, 145, şimdi hatırlamadım hepsini ama, şimdi bir de 31. madde var. Aydınlatma görevinde de hakim diyor delil bildirebilir diyor. Dolayısıyla başta koyduğu ana kuralı, dava dilekçesinde, cevap dilekçesinde bildirilmesi gerekir ana kuralını sürekli esnetiyor, benim tabirimle sürekli sulandırıyor. Tanık göstermemiş adam, e ben o gün programımı yapmışım hakim olarak, ben titiz çalışan bir insanım kimseyi bekletmek istemiyorum. Dedim ki üç tanıklı dosya aldım, adam diyor ki hakim bey sürprizimiz var. Davadan vaz mı geçiyor diye düşünüyor, hakim o kolayına geldiği için. Yok diyor hakim bey biz beş tane tanık getirdik, valla kapıda bekliyor hepsi. Bu kanun yapma sistemi doğru değil. Önceden belirlenecek, hakim randevu verecek, o randevuda tanıklar getirilecek, dinlenilecek. Şimdi bir de 241 ve 243'te yine hakim artık diyor ki bir kısım tanıkları dinlemeyebilir. Mustafa Bey bahsetti. Bir kararımız var bu konuda. Bu maddenin uygulanabilmesi için bu kanunun baştan itibaren bütün aşamalarda çok doğru uygulanmış olması gerekir. Neden? Hangi vakanın hangi delille ispat edileceğini yazdık. Davacı dedi ki benim kocam beni aldattı. Sadakatsizlik üzerine kurulu. Beş tane tanık gösterdi. Vakayı yazdım, somutlaştırdım, hangi delille

ispat edeceğimi de yazdım. Beş tanık ismi gösterdim, bir tane de Cumhuriyet Savcılığı soruşturması gösterdim. Savcılık soruşturmasını getirdik, tanığın iki tanesini dinledik, baktık ki adamın kadını bir güzel dövdüğü kabak gibi ortada, net, sabit. Benim üç tanığım daha var. O üç tanık neye ilişkin? Beni dövdüğü ya da aldattığına ilişkin. Neyse somut olay. Ben hakim olarak inandım artık seni dövmüş bu adam. Seni aldatmış bu adam. Artık bu üç tanığı dinletmenin faydası yok, senin vakanı kabul ediyorum. Bu durumda geriye alan tanıkları hakim dinlemeyebilir. Ama baştan doğru gitmedi olay, vakalarla tanıklar arasında bağlantı kurulmadı, dinletmek istediğin üç tanığın neye ilişkin olduğu belli değil. Belki başka bir vakayı ispat edecek o. Bu durumda o üç tanığın dinlenmesinden hakim vazgeçemez. Biz bir kararımızda dedik ki, bu tanıklara hangi vaka konusunda dinletileceği açık değil, dolayla o vakanın sabit olduğu da kabul edilemez mahkemece. O durumda ancak vazgeçebilir dedik. Bu sınır uygulanmalı diye düşünüyorum. Şimdi anlaşmalı boşanmaları buradaki arkadaşlarım nasıl yapıyor bilmiyorum. Bu kanun ilk çıktığında ilk problem anlaşmalı boşanmada çıkmıştı. E bu kanuna kalırsak valla sizin anlaşmalı boşanmanız dört ay sürer. Niye? Dilekçeler gidecek gelecek, dilekçeler teatisi tamamlanacak, ön incelemede hakim sizi sulhe teklif edecek, bana göre boşanma davalarında sulh sadece 166/3 kapsamında bir anlaşma olursa meydana gelir. Ama önce müvekkiller acele ediyor bir an önce boşanalım diye, sonra avukatlar acele ediyor bir an önce boşayalım diye top hakime geldi, anlaşmalı boşanmada ciddi sıkıntı yaşadık bu kanun ilk çıktığı zaman biz. Ben o zaman şöyle bir çözüm bulmuştum. Hatta hala Ankara'da 10. Aile Mahkemesi'nde matbu dilekçeler var. Avukatlar adına matbu dilekçeler yazmıştım. Dedim ki öne alırım sizin anlaşmalı boşanmanızı, nasıl alırım, davalı bana bir dilekçe verecek, benim istediklerimi yazacak. Deyecek ki davalı tarafın dilekçesini tebliğ aldık kalemde. Davaya cevap vermeyeceğiz. Davaya cevap vermeyeceğimiz için ön inceleme duruşmasına geçilmesini, ön inceleme duruşmasını da yakın bir tarihe bırakılmasını talep ediyorum diyecek. Davacı da diyecek ki bir dilekçede, davalı cevap vermeyeceğini beyan etmiştir dilekçesinde, bu dilekçeyi tebliğ aldık, dilekçeler teatisi bitmiştir, ön inceleme duruşmasına geçelim. Ön inceleme duruşmasında anlaşamazlarsa ne olacak? Bazen duruşma salonuna kadar getiriyorsunuz davacının beyanını alıyorsun, davalı kızıyor ve bana ben vazgeçtim, oynamıyorum diyor oyunu. Şimdi kanunun gerekçesinde diyor ki, dilekçeler teatisi tamamlanmadan tah-

kikata geçen hakim sorumlu olur diyor. Ben kendimi sağlama almıştım. Ben ön inceleme duruşmasına geçtim ama dilekçeler teatisi tamamlandı, davalı vekili imzaladı ben cevap vermeyeceğim diye. Ondan sonra anlaşmadık mı diyorsunuz, ben vazgeçtim mi diyorsunuz, onu ön inceleme duruşması olarak yaparım, cevap verme hakkını kaybedersin, bu sonuca katlanıyorsanız dedim verin dilekçeyi, yazın imzalayın ben ön inceleme duruşması yaparım. Ön inceleme duruşmasında da anlaşmazsanız, tahkikata geçerim ondan sonra ne yaparsınız bilmem. Bilmiyorum buradaki uygulama nasıl. Benim çok özel bir ilgi alanım. 2007 tarihinde Ankara'da Terazi Dergisi'nde yayınlanmış bir yazım vardı, o zaman bu kanun henüz yoktu, "*Özel Hukukta Hukuka Aykırı Delil ve Özelde de Boşanma Davalarında İletişimin Tespiti*". Benim yazımdan dört sene sonra, kanun 189. maddeydi galiba ilk defa hukuk usulünde hukuka aykırı delil konusunu gündeme getirdi. Henüz Yargıtay ve Dai-remiz bu konuda çok fazla hassas değil, hukuka aykırı delil konusunu çok fazla tartışmadık, geçmişte Genel Kurul'un bir kararı vardı, meşhur bir Pendik Dosyası var hukuka aykırı delil konusunda bu kanundan bile önce. Anayasa'nın 38. maddesi başlığıyla birlikte hukuka aykırı delil düzenlemek, biliyorsunuz ceza usule bu yıllar önce yazıldı ve hep hukuka aykırı delil konusu ceza hukuku boyutunda tartışıldı bugüne kadar. Özel hukukta çok fazla tartışılan bir kavram değil. Ama artık bunun da tartışılması gerektiğini düşünüyorum ben. Yıllardır biz polise savcıya şunu söyledik: Ortada bir cinayet var, ceset ortada sen bu cesedin failini bulacaksın, yargılayacaksın, mahkum ettireceksin dedik ama bir şartımız var devlet olarak, bunun mücadelesini verdik, bu oyunu oynarken dedik hukuk kurallarına uyacaksın. İşkence yapmayacaksın, zorla itiraf almayacaksın, hukuka aykırı dinlemeyeceksin, delil toplamayacaksın dedik. Arama kararı olmadan aramayacaksın dedik, arar bulursan bile saymayız dedik. Peki özel hukuk yargılamasında taraflar tabir yerindeyse boks maçında ayağıyla vurabilir mi? Kurallara aykırı davranabilir mi? Polise yasakladığımız işkenceyle itirafı, koca eşinin kafasına dayayıp da yaz bakalım beni aldattığını altına da imza derse, sonra da bunu getirirse valla benim hanımın itirafı var bak, polisler artık az yapıyor ama ben çok iyi yaptım bu işi derse bu itirafı kabul edecek miyiz? Bunlar çok ciddi tartışılması gereken konular. Benim kendi özel merakım. Ben 2006 yılından bu yana yaklaşık beş yıl aile mahkemesi hakimliği yaptım. İletişimin tespiti taleplerinin hepsini reddetmişimdir. İletişimin tespiti en çok istenen delil. İletişimin tespiti Anayasa'daki iki

temel hakka aykırıdır. Bir haberleşme özgürlüğüne bir özel hayata. Dün gece sizin kiminle kaç dakika görüştüğünüz özel hayatınıza müdahaledir. Anayasa diyor ki temel haklar kanunla sınırlandırılır, ceza usulde bunun düzenlemesi yapıldı 135. maddede yaptılar ve savcılar ve polisler dediler ki sana çok sıkı kurallar koyuyorum. Bu oyunu oynarken bu kurallara çok sadık kalacaksın. Yönetmelikler çıkardık ama hukuk yargılamasında şu anda böyle bir kural işletilmiyor. Ben ceza usulün 135. maddesi hukuk usule yazılmadığı sürece iletişimin tespitinin istenemeyeceğini düşünüyorum. Ceza yargılamasında savcı ve hakim iletişimin tespitini istiyor ama sırtını 135'e dayayarak yapıyor bu işi, kanuna dayanıyor. Hukuk yargılamasında böyle bir madde yok. Hukuka aykırı delil kullanamaz sadece. Belki 135 nasıl kaleme alınır hukuk usulünde bilemiyorum ama bir hakkın aranması için de bir kısıtlama yani Anayasa'daki temel haklar kanunla kısıtlanabilir, o nasıl telaffuz edilir, nasıl yazıya dökülür bilemiyorum ama 135'e benzer bir madde usulde olmadığı sürece ben hukuka aykırı delilleri toplamıyordum, bunların da en basiti iletişimin tespiti. Ben 2006'dan beri bunu savunuyordum, bir gün biri benden dinleme kararı isterse ne yapacağım diye. Ankara'da yaşadım biliyor musunuz? Dinleme kararı istediler benden aile mahkemesi hakimi olarak. Kadının vekili dilekçe verdi, dedi ki efendimi müvekkilimiz eşinin kendisini aldattığını düşününüz, Baki Kuru Hoca'nın kitabından alınmış cümlelerle böyle, ileride telifsiz imkansız olan veya bulunması çok zor olan bir delildir dedi, davalı aleyhine tespit isteminin telefonlarının dinlenmesini talep ediyorum dedi. Dolayısıyla bu konu benim özel ilgi alanıma giriyor. İletişimin tespit taleplerinin kanunda yazmadıktan sonra alınsa bile kullanılmaması gerektiğini düşünüyorum. Hukuka aykırı delil olduğu için. Konuşacak çok şey var, bu konuda çok boşluk var. Çok farklı kararlar var ama sürem de bitti galiba daha fazla sıkıcı olmamak adına sözü uzatmıyorum, burada bitiriyorum ve beni dinlediğiniz için, gösterdiğiniz sabır için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Evet, oldukça şanslı olduğumuzu düşünüyorum avukatlar olarak. Çünkü deneyimli hakim arkadaşlarımız bize kendi tecrübelerini aktararak, bizimle paylaşıyorlar. Bu gerçekten kolay yakalanabilecek bir şans değil. O nedenle Mustafa Bey'e açıklamalarından dolayı çok teşekkür ederim. Mustafa Karadağ Bey kısa bir söz istemişti. Arkasından Mustafa Bey'e de kısa bir söz vereceğim. Arkasından da sabahki toplantıyı kapatacağım.

Mustafa Karadağ: Ben duruşmasız yaptığı işlere ilişkin bir söz söylemek istiyorum. Benim mahkememdeki uygulama, tanıma tenfiz zaten, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını, aile konutu şerhinin kaldırılması davalarını, rızaya dayalı velayet değişikliği davalarını, soyadını kullanmaya iznin kaldırılmasını, verilmesini, boşanan kadının kişisel durumuna ilişkin hususları biz duruşmasız yapıyoruz. Yapılması gerektiğine de inanıyorum. Şimdi Mustafa Bey'in bu iletişimin tespitine ilişkin sözlerine ben de yürekten katılıyorum. Yani biz artık toplum olarak o temel hakların özel yaşama, insanların eşlerine karşı da olduğunu kabul etmek zorundayız. Benim mahkememde şunu söylüyorum, örneğin ben izinliyken, şurada buradayken verilen kararlar var, iletişimin tespit kararları var. Biz o kararları delil olarak saymıyoruz, değerlendirmedik. Sanıyorum yine temyiz olursa Yargıtay tarafından da değerlendirilir. Teşekkür ediyorum.

Mustafa Şimşek: Sevgili Mustafa Ateş'in hukuka aykırı delille ilgili paylaştığı benim de katıldığım görüşler için teşekkür ediyorum. Maalesef Yüksek Mahkeme geçmişte boşanma davalarında adeta kanayan yara konumundaki bu konuda çok esaslı bir inceleme yapmadı. Hukuk Genel Kurulu'nda bir olayda, işte yasak meyve ifadesiyle başlayan bazı değerlendirmeler vardı. Dolayısıyla çok hassas bir konu. İnanıyorum ki gelecekte başta 2. Hukuk olmak üzere bu yasak delil konusunda daha hassas durulsun. Sevgili Mustafa Ateş'in yoksulluk nafakası maddi manevi tazminatla ilgili kişisel görüşüne şu nedenle katılmıyorum. Mustafa Ateş kişisel olarak boşanma davasında eskiden 2. Hukukun uygulaması olan bu dava bitinceye dek davalının eki olan maddi ve manevi tazminat yani 174. madde kapsamındaki ve 175. madde kapsamındaki yoksulluk nafakasının artık dava sonuçlanıncaya kadar isteneceğine ilişkin yaklaşımının uygulanamayacağı şeklinde düşünüyorum dedi ve gerekçesini söyledi. Ancak ben şu nedenle katılmıyorum buna: Bir defa Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlenirken sadece boşanma davasındaki yargılama usulü dikkate alınmıyor. Çünkü boşanmayla ilgili zaten Medeni Kanun'da da birkaç usulle ilgili maddemiz var. Bu yasa düzenlenirken aile mahkemesindeki davaların dışında diğer mahkemelerde görülen davalar da dikkate alındığı için bir çerçeve, bir şemsiye yasa. Dolayısıyla şu madde esnetildi, bu madde esnetildi şeklindeki yaklaşımda bulunurken zannediyorum şunu göz önünde bulundurmak gerekir: Bir defa hangi yasayı yaparsanız yapın yaşamın sunduğu ola-

naklar sonsuz olduğu için hepsini karşılayamazsınız. Mutlaka bir yerde bir açık kalır. Yasa koyucu mümkün olduğunca farklı seçenek ve olasılıkları düşündüğü, öngördüğünce kapatmaya ve doldurmaya çalışır. Bu nedenle koymuştur. Peki yoksulluk nafakası, maddi manevi tazminat niye istenmeli halen eski uygulama devam etmeli? Zaten boşanmanın eki olduğu için bunlar boşanma kesinleşse bile dava açılıp istenebilecek istekler, maddi manevi tazminat, yoksulluk nafakası. Usul ekonomisi gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki çok önemli bir ilkeyi, esası dikkate aldığımızda, bence halen eski uygulama devam etmeli, zaten delillerle ilgili halen HMK 145. madde de bu konuyla ilgili uygulanabilecek bir madde. Ne diyor 145. madde? Sonradan delil gösterilmesi ile ilgili, *"Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler"* ana kuralımız. *"Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa"* ki boşanmada zaten tensiplerin çoğuna baktığımız zaman başlangıçta tarafların ekonomik sosyal durumuyla ilgili mahkeme kendiliğinden bir araştırma yapıyor. Bin dosyadan bir tanesinde de Mustafa Ateş'in belirttiği gibi yoksulluk nafakası veya maddi manevi tazminatla ilgili özel delil araştırılması gündeme gelirse uygulanacak madde bu. *"amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir."* İşte bu maddenin uygulanacağı somut örneklerden bir tanesi, teşekkür ederim Başkan.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Ben dinleyicilerden de soru alacağım sözünü vermiştim. Ama zaman kısıtlı olduğu soruları zaman olduğu takdirde öğleden sonra alacağız.

2. Oturum - Mal Rejimi ve Alacak Davalarında 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

Av. Sema Pekdaş: İkinci bölümümüzün konusu "Mal Rejimi ve Alacak Davalarında 6100 sayılı Yasa Uygulamaları". Bu oturumumuzun da başkanlığını yine Prof. Dr. Ejder Yılmaz yapıyor. Konuşmacılarımız 8. Hukuk Dairesi Başkanı Yusuf Uluç, değerli meslektaşımız, aynı zamanda İstanbul Barosu avukatlarından Avukat Nazan Moroğlu ve Ankara 11. Aile Mahkemesi Hakimi Mustafa Karadağ. Ben sunumlarını yapmak üzere onları tekrar kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Efendim tekrar hoş geldiniz. Bu bölümde önce Nazan Moroğlu Hanımefendi açıklamalarda bulunacaklar. Ben sözü Sayın Moroğlu'na veriyorum.

Av. Nazan Moroğlu: Teşekkür ederim, İzmir Barosu'na, Sayın Başkanı'na ve yönetimine teşekkür ediyorum. Bu gerçekten çok kapsamlı ve içinden çıkamadığımız konuları masaya yatırma fırsatını verdikleri için. Değerli meslektaşlarım, değerli hocalarım, bu oturumda gerçekten içinden çıkamadığımız bir konuyu ele alacağız. Mutlaka hepimiz önümüze gelen olaylarda nasıl bir çözüm getireceğiz diye derinlemesine ele alıyoruz. Yasayı açıyoruz bazen bize bir çözüm yolu da göstermiyor. Öncelikle neden böyle bir değişiklik yapıldı bunu hepimiz biliyoruz. Mal ayrımı sistemi yasal mal rejimiyken eşlerden biri mağdur oluyordu, bunu tasarının gerekçesinde de çok açık bir şekilde ifade etmişlerdir hazırlama komisyonu. Bunu ortadan kaldırmak, eşitliği sağlamak, ailede demokratikleşmeyle birlikte ekonomik açıdan da eşit paylaşım için öneriler getirildi bildiğiniz gibi. Ve bugün çok zorlandığımız edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak da düşünülmemişti. Türk hukukunda Yargıtay'ın uygulamaları ve ortaya çıkan sorunları da dikkate alarak, paylaşmalı mal ayrılığı bildiğiniz gibi tasarıda yer almıştı. Nitekim Adalet Komisyonu'ndan da böylece geçmişti. Fakat sonra bugün bile her alanda hukuk kuralları da düzenlenirken siyaset egemen oluyor partiler arası çekişmelerde. Sonuç yeniden görüşme yapıldı tekriri müzakere yoluyla ve edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi oldu. Şimdi baktığımız zaman 1926 tarihli Kanunumuzda da var seçimlik rejimler ve yasal mal rejimi olarak. Ancak bir kanun yapılırken, özellikle aile içinde böyle paylaşım dayalı kurallar düzenlenirken öncelikle sosyolojik araştırma yapılması lazım acaba bizim topluma uygun mu değil mi, ne yapılabilir? Bu hiç yapılmadı biliyorsunuz. Ne yazık ki temel yasalarımızın hiçbirinde yapılmadı ve bugün yaşadığımız sorun da bundan kaynaklanıyor. 1926 yılında kabul edilen kanunda yasal mal rejimi yani eşler bir sözleşme yapmazsa, mal ortaklığı, mal birliği vardı. İsviçre'den almıştık. İsviçre mal birliğini yasal mal rejimi olarak uyguluyordu. Ve 1984 yılına kadar da mal birliği yasal mal rejimi olarak uygulandı. Daha sonra edinilmiş mallara katılma İsviçre'de kabul edildi. Neden kabul edildi? Mal birliğinde iki üç madde vardı ki bu kadın erkek eşitliğe daha doğrusu eşler arasındaki eşitliğe aykırıydı. Bunlardan biri eğer kadın eşe miras kalmışsa bunun üzerine tasarrufta bulunması için kocanın izni gerekiyordu Herhangi bir satış ya da aynı hakla yükümlü kılmak gerekiyorsa. Bir de paylaşım sırasında 1/3 kadın eş, 2/3 erkek eş alıyordu. Şimdi onlar bu eşitsizliği kaldırmak için, ama alıştıkları bir düzen edinilmiş mal, kişisel mal bü-

tün bunlara yıllarca alışmış ve defterlerini tutmuş, envanterlerini yapmış, bir düzenden sadece bu bir iki maddeyi değiştirerek edinilmiş mallara katılmaya geçmişlerdir. Oysa biz 2002 tarihinde birdenbire hiç zaten eşler birbirleriyle konuşup ya evlenmeden önce, ya da evlendikten sonra gidelim noterde bir sözleşme yapalım deme alışkanlığına sahip değiller. Bugün de çok az yapılıyor ki artık gündeme geldi, 11 yıldır konuşuluyor. Şimdi yaşadığımız zorluk birdenbire paylaşım tabii ama hiç alışkın olmadığımız bir kurallar dizininin önümüze konulmasından kaynaklandı. Bu mal rejimleri konusunda nerede nasıl yapılır onu biliyoruz. Bir şeye dikkat çekmek istiyorum belki sizler de yaşadınız evlenme başvurusu sırasında da böyle birçok belediye yapmış. Bir kutucuk işaretliyorsunuz. Ne yazık ki orada paylaşmalı mal ayrılığı yerine seçilir hale geldi. Buna ne yazık ki demem, iki kişi anlaşıyorlar, biz bir olayda da yaşadık bunu. Mal ayrılığı sözleşmesi yapılıns istiyor iki aile de çocukları açısından. Fakat bir taraf önce Mal ayrılığını da istemiyor. Dolayısıyla orada mal ayrılığı var sonuçta, paylaşımın arkasında. Şunu işaretleyeceğiz ve mal ayrılığını seçmiş olacağız diyor. Önümüzde bir dava olarak bu duruyor. Şimdi demek ki seçmeyi de bilmiyoruz henüz. Ama böyle bir durum var önümüzde. Bir sorun da yürürlük kanunundan kaynaklandı. O da aynı hangi mal rejimi olsun çekişmesi sonucunda bir parti onu isteyince orada koalisyon partileri var, öbür parti de o zaman eskiye yürütmem inadıyla önergeyle değiştirdiler. Bildiğiniz gibi tasarıda evlilik tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma eğer sözleşme yapmamışlarsa geçerli olacaktı. Ancak o önergeyle yürürlük tarihinden itibaren geçerli oldu. Bu ne demek bizler gibi uzun yıllar evli olanlar da 2002 yılından itibaren edinilmiş mallara katılmaya tabii olduk. Sözleşme yapmayanlar için, ondan öncesi de mal ayrılığına tabii olduk. Şimdi bugün yaşadığımız katkı payı davası mı açacağız, katılma alacağı davası mı açacağız sorunu işte buradan kaynaklanıyor. Yürürlük Kanunu'yla ilgili bir şeye daha değinmek istiyorum. 10. maddenin son fıkrasında çok enteresandır zaten çok az sayıda bildiğiniz gibi eski Medeni Kanun zamanında mal rejimi sözleşmesi yapılmış olduğunu görüyoruz. Bildiğim kadarıyla on veya on iki, belki daha fazla ama bildiğim miktar bu. O dönemde eğer sözleşme yapmışlarsa eşler mesela çocuksuz eşler mal ortaklığı sözleşmesi yapmışlar ve 1926 tarihli Medeni Kanunumuz açısından mal ortaklığı sözleşmesine şöyle bir hüküm koymak da mümkün: Öldükten sonra mirasın tümünü bir diğerine kalması konusunda. Böyle bir mal rejimi sözleşmesi yapıl-

miş ve bu olayı da elimizde bir dava olarak sürdürdüğümüz için çok net biliyorum. O zaman mal rejimi sözleşmesi yapıldıktan sonra bir de sulh hukuk mahkemesinden tasvip alınır. Bunlar yapılmış, şimdi o iki eş çok rahatlar. Zaten bir sözleşme var. Biri ölecek diğeri mağdur olmayacak diye. Fakat nasıl oldu, nasıl yapıldı, çok da yakın takip ettik aslında bunun çıkarılışını. Fakat sonra bir fıkra konulmuş. Daha önce bir mal rejimi sözleşmesi var ise de eşler arasında yine 2002 tarihinde sona erer diye. Dolayısıyla hani evlilik tarihinden itibaren yürütülmediği bu kamu düzenine aykırı bir kazanılmış haktır bir eş için bunun kaybına yol açmamak gerekir gibi gerekçelerle böyle getirildi. E burada bir kazanılmış hak var, onun tam kaybına hak kaybına yol açacak bir düzenleme de 10. maddenin son fıkrasında. Şimdi bu edinilmiş mallar şöyle bir kısacık hatırlayalım isterseniz sonra asıl sorunlara değineceğiz. Üç tür mal var. Her bir eşin edinilmiş malı olabilir, her bir eşin kişisel malı olabilir ve paylı mülkiyet, aralarında böyle bir mülk olabilir. Ne zaman başlayacak? Evlenme tarihinde başlayabilir ya da bir mal rejimi sözleşmesi yapmışlardır, örneğin mal ortaklığı veya mal ayrılığı ondan vazgeçtikleri zaman yani noterde gidip o sözleşmeden vazgeçtikleri zaman edinilmiş mallara katılmaya tekrar tabii olabilirler. Ve mevcut evliliklerde de zaten 2002 tarihinden itibaren geçerli bir olgu. Ne zaman biter mal rejimi aralarında? Ölümle bitmişse ölüm tarihi itibarıyla. Bir ölüm karinesine ilişkin durum varsa ölüm kaydının düğüldüğü tarihte. Eğer noterde bir sözleşme yapıldıysa noterde sözleşmenin yapıldığı tarihte biter. Evliliğin iptal veya boşanma ile sona ermesi durumunda da davanın açıldığı tarihte biter. Aynı şekilde hakim kararıyla, 206. maddeyi biliyoruz. Haklı bir nedenle mal ayrılığına dönüştürme davası söz konusuysa yine davanın açıldığı tarihte biter. Şimdi tabii hukukçular aşağı yukarı hepimiz mal rejimleri neler getirdi biliyoruz. Ama ne yazık ki bizim medyamız halen bilmiyor. Şöyle bir kupür getirdim. "*Yargıtay'dan boşanan çiftlere mal sürprizi.*" İkinci Hukuk Dairesi neler yapıyormuşsunuz dedim Ömer Bey'e. Şimdi bir aile mahkemesi, tabi bunlar üzücü asıl, aile mahkemesi hakimi, boşanma davasından sonra da edinilmiş bir malı, yani satın alınmış bir malı tasfiyeye tabi tutmuş. Tabi zaten 225. maddemiz çok açık. Diyor ki boşanma davasının açıldığı tarihte biter. Ondan sonra alınından hiçbir türlü tasfiye sürecinde dikkate alınmaz. Yargıtay'ın önünde gelince 2. Hukuk Dairesi'nin önüne, tabii maddeyi uygulamış ve bozma kararı vermiş. Muhabir de bunu haber yapmış. "*Aile mahkemesinin verdiği Yargıtay geri aldı*" diye. Evet,

boşanmayla sona ererse edinilmiş mallara katılma rejimi kararın kesinleşmesinden sonra açıyoruz ama biz avukatlar olarak yine bir dava dilekçesinde yazıyoruz her ihtimale karşı. Çünkü ihtiyati tedbir taleplerimiz olacak, işte bu mallar var diyebilmek için, belki bizim için de bir kolaylık oluyor önceden yazmak da. Eşin ölümüyle sona ermişse bu husus hala halkımız arasında anlaşılamadı ne yazık ki. Önce mal rejimi tasfiyesi yapılacak. Sağ kalan eş tasfiye sonrası tespit edilen miktar varsa katılma alacağını alacak sonra ölen eşin edinilmiş malının yarısını ve tabii ki kişisel malları terekeyi oluşturacak. İşte buradan da sağ kalan eş çocuklarıyla birlikte mirasçılıysa dörtte bir daha alacak. Bu karineler tabii ki işimize yarıyor tespit konusunda. Kimindir bu mal, nedir, edinilmiş mal mıdır diye. Bir kere bir mal varsa ortada mutlaka iddiasını ispat durumunda benim diyen eş. Eğer kime ait olduğu kanıtlanamıyorsa o paylı mülkiyet kabul ediliyor yasamızca bildiğiniz gibi. Bir mal var ne zaman hangi kaynakla alınmış belli değil. İşte o edinilmiş mal olarak kabul ediliyor. Tasfiye aşamasında her eş değerinde olan mallarını geri alır şekliyle belirtiyor yasamız. Eşlerin edinilmiş ve kişisel malları belirlenir. Biraz önce yemekte sohbet ederken bir tasfiye kurulu kurulmasını önerdi Sayın Karadağ. Gerçekten bu tasfiye sürecinde bir muhasebeci olmazsa işin içinden çıkamıyoruz. Bilirkişilik yapan arkadaşlarımız bilir. Bir hukukçu önce malların hangi gruba girdiğini tespit ediyor, ondan sonra da mutlaka bir muhasebeciye de ihtiyacımız var. Ve varsa eşler arasında paylı mülkiyete konu mallar, bunlar 236. madde çerçevesinde pay edilir. Asıl zorlandığımız konular tabii, aşamada şunlar: Denkleştirme, denkleştirmeyi neyle yapacağız, nasıl yapacağız, bunların tabii ayrıntısına girmeyeceğim, çünkü bu oturumun çerçevesi 6100 çerçevesinde ele almamız belirsiz olacak mıdır nedir bu taleplerimiz. Ama denkleştirmenin bir eşin kendi kişisel malı ve edinilmiş malı arasında olduğunu göz önünde tutmalıyız. Değer artış payının bir eşin diğer eşin malına katkıda bulunması alınmasına, iyileştirilmesine gibi düşünmeliyiz. Ve eklenecek değerler. Bunlar da bir yıl içinde elden çıkarılmış ya da katılma alacağının azaltılması kastıyla yapılmış olan elden çıkarmalar eklenecek değerler olarak belirleniyor. Değerin belirlenmesinde yasamız farklı değerleri, sürüm değeri mi devredildiği değer mi, bütün bunları da düzenlemiş. Mal rejiminin tasfiyesinde tabii malların sürüm değeri esas alınıyor. Bunu hepimiz biliyoruz. Karara en yakın keşif bedeli olarak mahkemeler de ele alıyor. Mal rejiminin sona ermesi durumunda mevcut olan edinilmiş mallar tasfiye anındaki değe-

riyle hesaba katılıyor. Edinilmiş mallara hesapta eklenecek değerler ise burada farklı bir şey öngörmüş yasa, devredildiği tarihi esas almamızı öngörüyor. Mal rejimi tasfiyesi sırasında elden çıkarılmışsa eğer, hakim belli bir bedel takdir ediyor. Belki edinilmiş mallara katılmanın özellikleri nedir diye baktığımızda, bakmamızda da yarar var diye düşünüyorum, şunları görüyoruz: Bir kere burada nakdi tasfiye esası var. Yani kimin üzerindeyse edinilmiş mal, sadece bedeli üzerinden bir tasfiye süreci yürütülüyor. Bu bazen biraz göz ardı ediliyor. Ama nakdi tasfiye esasına tabii olduğunu belirtmemde yarar var diye düşünüyorum. Bir de mutlaka bütün arkadaşlarım, meslektaşlarıma şu soruluyordu: Bir mal var işte satıyor, daireyi satıyor, elden çıkarıyor, hakkım ne olacak ya da kaçırıyor, bu sözcükle daha çok önümüze geliyorlar. Hâlbuki bu mal rejiminde kaçırıyor diye bir şey söz konusu değil, onun önlemleri alınmış durumda yasada. Eklenecek değer olarak hesap edilebilir ya da diğer önlemler var ama edinilmiş malın sahibi aynı kişisel malında olduğu gibi satabilir, aynı hakla yükümlü kılabilir, her şey yapabilir. Her türlü tasarrufu yapabilir. Bunun istisnaları diğer eşin rızasına tabii olan işlemlerle sınırlanmış. Evliliğin genel yükümlerinde aile konutunda olduğu gibi ya da tasarruf hesabının kısıtlanmasında olduğu gibi. Bir de paylı mülkiyet tabii 236. maddesinde. Şimdi değerli arkadaşlar sorumlu bir iki konuya girerek ben bitirmek istiyorum. Aslında bu kadar zorlandığımız bir tasfiye süreci. Tabii bu tasfiye sözcüğü bile aile içindeki keşke paylaşım denilseydi buna, tasfiye dediğimiz zaman gerçekten zorlayıcı, aile hukuku ve tasfiye anonim şirket de tasfiye olabilir. Şimdi bütün bu süreci tamamlıyoruz. Fakat kanunda bir madde var diyor ki ödeme zorluğu varsa uygun bir süre ertelemeyi talep edebilirsiniz. O da sanıyorum büyük bir zorluk çıkarıyor önümüze. Birçok soru da karşımıza çıkabiliyor. Ben kısaca bir zamanaşımı konusuna değinmek istiyorum. Değerli arkadaşlar zamanaşımında çok zorlanıyoruz. Bilmiyorum siz nasıl bakıyorsunuz bu konuya? Ne yazık ki yasada açık bir hüküm yok. Mal rejimi tasfiyesi konusunda hangi süre içerisinde bu katılma alacağı talep edilebilecek, 178 ile özdeşleştiriliyor ya da katkı payı konusunda yani Yargıtay'ın son uygulamaları bu şekilde, on yıl olarak katkı payı, zaten başka bir alacak hakkı olarak takip ediliyor ama katılma alacağı konusunda daha her şeyi düşünelim toparlayalım diyene kadar o bir yıl geçiyor. Burada gerçekten çok zorlanıyoruz hakkın teslimi açısından. Bir de belirsiz alacak mıdır bu, bu çerçeveye de arkadaşlarım girecek. Bu konuda önümüzde bir sorun olarak duruyor. Ama

zaman aşımı sorununu çok acilen çözmekte yarar var, gerçekten hak kaybına yol açıyor. Bir de bu rejim, edinilmiş mallara katılma rejimi, aslında zayıf olan, ekonomik olarak zayıf olan eşi korumak amacıyla getirilmişti. Fakat sonuçta tam da onun mağduriyetine yol açan bir sisteme dönüştü. Çünkü boşanma davası bitecek, kesinleşecek, ondan sonra bir alacak davası açacaksınız, katılma alacağı davası ve nisbi harç ödeyeceksiniz. O ekonomik açıdan güçsüz olanı hakkına kavuşmama konusunda sanki bir yol açılmış gibi oldu. Dolayısıyla en azından süreyi belirlemek çok önemli, zaman aşımı süresini. Bir yıl çok az, on yıl da çok fazla. Tabii ki evliliği, aileyi, hayatı ayırmışsınız, malları ayıramıyorsunuz, bu da büyük bir sorun. Ama belki bir yasal düzenlemeye ihtiyaç var. Üç yıl olabilir, beş yıl olabilir bu tartışılır. Ama benim önerim Yargıtay'dan özellikle talebin bu davalara bakan bir arkadaşımız olarak, böyle bir düzenlemeye yapana kadar bu bir yıllık mağdur edici sürenin tekrar gözden geçirilmesi belki yine alacak hakkı kapsamında o süreçte on yılın Borçlar Kanunu çerçevesinde uygulanması.

Ben kısaca böyle bir giriş yapmak istedim. Sorunlara değinip bırakmak istiyorum. Şimdi özellikle şirket işleri ve mal rejimleri bütünlüştürmüş durumda. Bilmiyorum sizlerin önüne bu şekilde geliyor mu davalar. Mesela kar payı nedir, edinilmiş midir? Kişisel bir fabrikası var, kişisel malı olan. Tabii ki bunun geliri kar payıdır ve edinilmiş maldır. Ama acaba rüçhan hakkı çerçevesinde bir sermaye artırımında kişisel malın olan bu şirket itibarıyla alacağı paylar kişisel mal mıdır, olacak mıdır? Bunlar büyük sorun olarak ortaya çıkmaya başladı. Bu yasa değişikliği sırasında şimdi bir şey anlamayacağız ama on yıl içinde ortaya çıkacak diye bunları hep konuşmuştuk. Şimdi başladı sorunlar. Mesela son bir soru vardı yine şirket sahibinin, tasfiye etsem şirketi, şirket kişisel mal çok belli, tasfiyeden bana düşecek pay kişisel midir, edinilmiş midir diye. Tabii benim görüşüm kişisel malın yerine geçen değerdir bu. Öyle bir rapor vermiştim. Bu sorunlar giderek çoğalacak. Bu sorunları çözebilmek için 6100 çerçevesinde de mutlaka masaya yatırılması gerekiyordu bu oturumun çok yararlı olacağını düşünüyorum, saygıları sunuyorum.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Evet Nazan Hanım'a teşekkür ediyoruz. Mal rejimleriyle ilgili sorunlara değindi. Kendi ifadesi ile sorunlara değinip bırakıyorum dedi. Herhalde zaman içerisinde burada tartışmaya

açılabilir diye düşünüyorum. Şimdi izin verirseniz, sözü Sayın Başkanım Yusuf Uluç Bey'e bırakıyorum.

Yusuf Uluç: Öncelikle bu paneli düzenleyen Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanı, Başkan Yardımcısı, İzmir Barosu Başkanı ve bu panele katkısı olan herkese teşekkür ediyorum. Ayrıca siz misafirlere hoş geldiniz diyor, selam ve sevgilerimi sunuyorum.

Öncelikle şunu da söyleyeyim, önceki oturumda görev alan konuşmacı arkadaşların konuşmalarından çok yararlandık, kendilerine çok teşekkür ediyorum. Oturum başkanımıza da saygılarımı sunuyorum, teşekkürlerimi sunuyorum.

Nazan Hocam gerçekten sorunlara değindi kısa da olsa, satırbaşlıklarıyla da olsa, tabii beni işaret etti bir yerde. Konu gerçekten karmaşık. Siz mal rejimini çözmek için hem mühendis olacaksınız, hem hukukçu olacaksınız, hem mali müşavir olacaksınız. Bunun yanında başka şeyleri de bileceksiniz. Bir hesap kitap işidir. Bu kanun kabul edildiğine göre bizim de kanunumuz, bu kanunu uygulamak olabildiği kadar, adalete, hakkaniyete uygun uygulanmasını sağlamaktır. Tabii hocam zaten katkı payı, katılma alacağı konu aşağı yukarı belli bir aşamaya geldi. Biz kararlarımızdan biliyoruz. Çünkü artık kürsü hakimleri bize karşı direnme kararı veriyor. Benim en büyük sevincim de orada. Yargıtay'da daire başkanları bir ay Genel Kurul'a giriyor, bir ay girmiyor. Bu ayda on tane mal rejimi geçti. Bu azımsanmayacak bir sayı. Demek ki kürsü artık öğrendi, biz de öğrendik. Hepimizin de daha öğreneceği çok şey var. Yavaş yavaş yerleşecek. Tabii sorunlar bitiyor mu? Bitmez. Bana göre alınan mal rejimi sistemi biraz sıkıntılı, geçmişi olmayan bir mal rejimi sistemi. Yani kendi ülkenizin mevzuatında, kütüphanesinde kaynağını bulamıyorsunuz. Size İsviçre'deki doktrini veya oradaki mahkeme kararlarını aktaracak bir durum söz konusu değil. Nasıl karşılıyorlar, ne diyorlar bilemiyoruz. Kendimiz yaratmaya çalışıyoruz, bir yerde kendi yağımızla kavrulmaya çalışıyoruz. Şimdi detayına ben de girmeyeceğim, gireceğim de özellikle eleştirdiğimiz konulara ve özellikle sorun ilk defa konulara gireceğim. Tarifler üzerinde durmayacağım, sözleşmelere hocam değindi.

Şimdi burada tartışmalı konu zamanaşımı özellikle. Değerli arkadaşlar 2009 yılında bu mal rejimi davaları bize verildi. 2009 yılı Mart

ayından beri biz bakıyoruz. Daha önce yüksek 2. Hukuk Dairesi bakıyordu. Onların kararlarından da yararlanıyoruz. Yani birbirimize ters düşmemek için yapabildiğimiz, tespit edebildiğimiz kararları dikkate alarak. Zamanaşımı yüksek 2. Hukuk Dairesi'nde oyçokluğuyla 10 yıl olarak uygulanıyordu. Yanılıyorsam Sayın Gençcan ve Sayın Ateş burada beni doğrulayabilirler. Oradan bize gelince Dairede tartıştık. Benden bir önceki başkan özellikle ısrarcı oldu. Dedi ki bir yıl uygulayalım. Dedim ki yüksek 2. Hukuk Dairesi oyçokluğuyla on yıl uyguluyor, bir yıl kısa gibi geliyor. O şu gerekçeyi ileri sürdü. Çok uzun bir süredir, zaten boşanmalar beş altı yıl sürüyor, temyiz de iki yılda ancak çıkar. Şu anda yanılmıyorsam bir yılın altına düştü çok şükür, onuncu yılın son günü açıldığında bu tartışma, bu sorun, bu sosyal problem on beş, yirmi, yirmi beş ve daha yukarıya taşınmış oluyor. Kendi aramızda tartıştık, incelemeye aldık, sonuçta oybirliğiyle bir yıl dedik. Ve o gün bugündür bir yılı biz uyguluyoruz. Ha dairede şu ana kadar oybirliği var mı, hayır. Bir arkadaşımız karşı oy yazıyor. Ne yapmayı düşündük. Bu sefer bir yıla dönüş konusunda da bir fikir birliği yok. Avukat arkadaşlar sürekli içtihadı birleştirme talebinde bulunuyorlar, İstanbul Barosu'nda yanılmıyorsam altmışın üzerinde arkadaş Baro Başkanı'nın imzasıyla dilekçe gönderdiler. Bu dilekçelerden bir kısmı doğrudan 8. Hukuk Dairesi'ne geliyor. Tabii bizim görevimiz olmadığı için biz doğrudan 1. Başkanlığın ilgisine de yine gönderiyoruz. Değerli arkadaşlar bu sorunun içtihadı birleştirme ile çözümü mümkün değil. Niçin değil, biz içinde olduğumuz için yüksek 2. Hukuk Dairesi diyor ki bu bizden çıktı, 8. Hukuk Dairesi'ne gitti. Orası istikrar kazandı. Bizimle onlar arasında artık karar ayrılığından söz edilemez. Bunun yanında Genel Kurul olması lazım en azından aykırı karar. Genel Kurul kararı da yok. O halde içtihadı birleştirme ile bu sorunun çözülmesi mümkün değil. Aslında vaktimi bunun için ayırmak istemiyorum ama zorunlu olarak açıklamak zorundayım. Arkadaşların beklediği başka şeyler var. 2010 yılının Mart ayında, baştan bahsedildi. 2010 yılı Eylül ayında şu anki Sayın Bakanımızla görüştüm. Bir yıl konusunda büyük bir serzeniş var, çünkü tepkiler geliyor, başkan olarak siz duyuyorsunuz bunu göz ardı edemezsiniz. Doğru yanlış ayrı bir konu. On yıl da çok uzun bir süre. Konuştuk, dokümanları da verdim. Mümkünse üç yıl, gene kesinleşmeden itibaren olsun. Tabii biz yasamanın takdirine karışmıyoruz. Üç yıl önerdim, hatta şunu da önerdim; Türk Medeni Kanunu madde 217'den sonra 217-a diye bir madde koyabilirsiniz. Beş yıl da bana göre fazla,

on yıl da çok uzun bir süre, üç yıl bana göre normal sayılır. Sayın Bakan ilgilenirim dedi fakat şikayet mahiyetinde söylemiyorum, bugüne kadar bir işaret almadık. 2011 Martında yargı 1. Başkanlığı kanalıyla yazı yazdık resmen Adalet Bakanlığı'na bu konuda yasal düzenleme yapılması için. Ekine gelen kararları da ekledim, görüşümü de yazdım. 217-a diye bir madde eklenebilir, burada takdir yasamaya ait olmak üzere üç yıl denir öğrenmeden itibaren, her durumda on yıl, on beş yıl, yirmi yıl olabilir. Belki bazı hesapları yurtdışında olabilir veya çok gayrimenkulü olabilir, eşlerden biri, diğeri bilmeyebilir. Sayın Adalet Bakanlığı Müsteşarıyla da ben Eylül ayında görüştüm. Ama bugüne kadar ses yok. Yani ben Daire Başkanı olarak elimden geleni yaptım, çabayı gösterdim. Şimdi o bizim dışımızda. Direnme olabilir mi diye bekledik. İstanbul'daki bir mahkeme direnme verdi. Hatta burada şimdi o avukat arkadaş. O bu haberi verdi bana. Ben takip ettim, Hukuk Genel Kurulu Başkanımızla da görüştüm, gelince haber verir misiniz dedim. Haber verdiler, kendileriyle görüştüm fakat ne yazık ki hakim arkadaş eksik harç almış geri çevirdik. Şimdi tabii direnme de ne derece zamanaşımını kapsıyor kapsamıyor onu da bilmiyoruz. Biz zamanaşımı ile ilgili olarak muhalefetliydi o karar, ama belirsiz alacak davası açısından muhalefet verdi, zamanaşımı açısından muhalefet yoktu bildiğim kadarıyla. İkinci bir dosya genel kuruldaki hakim arkadaş geldi, dedi ki bir de Ankara'daki bir mahkemeden bir dosya gelmiş. Yine Genel Kurul Başkanı ile görüştüm, istirham etti. Ya dedi Yusuf Bey, bunu öne alalım ama bundan önce şu kadar dosya var. O zaman bana ne olur yazı dedi. Yazıyı da yazdım. Çünkü zamanaşımı ile ilgili bir dosyanın genel kurulda geldiğini öğrendiğim günden itibaren ben zamanaşımına ilişkin dosyaları beklemeye aldım. Şimdi o dosyalar bekliyor yazık. Şimdi Genel Kurul gündemine alındı. Genel Kurul gündemini okudum. Geçen Çarşamba. Tabii biraz geç saatte de verilmişti, öğleden sonraya kalmıştı. Fakat dosyayı didik didik inceledim inanın şimdi 230 milyon lira katılma alacağına hükmetmiş, katılma alacağı üzerinden o konuda birşey yok, ilk kararda taraflardan davalı taraf zamanaşımı defi bulunmuş, zamanaşımı defi süresinde fakat hakimin olumlu olumsuz bir kararı yok, bir de temyiz sebebi yapıyor. Biz de sadece zamanaşımı defi konusunda olumlu olumsuz bir karar ver diye bozduk, esasa ilişkin hususları şimdilik incelemeye yer olmadığına dedik. Birinci karar bu şekilde gitti. İkinci karar da değerli arkadaşımız, bu belirsiz alacak davasıdır, zamanaşımına dokunmadı. Yeniden aynı kararı verdi. İlk kararda hesaplanan

nisbi harç 13.600, ikinci kararda da aynı harca hükmetti, fakat onun tahsil edilip edilmediği, bozma üzerine eski harcın iade edilip edilmediği yönünde dosyada en ufak bir bilgi göremiyoruz. Biz bozduk dedik ki, bu dava eski kanun döneminde açılmıştır. Deliller toplanmış, ilk karar da eski kanun döneminde verilmiştir. Burada tamamlanmış işlem var. Dolayısıyla belirsiz alacak davası söz konusu değil. Zamanaşımı da on yıl değil, bir yıldır. Hem zamanaşımı hem belirsiz alacak davası değil dedik hem zamanaşımında bir yıldır, sen bunun fazlasını sana aktarılan kısmı reddet dedik. Çünkü o süre içinde ıslah isteğinde bulunmamış. Hakim arkadaş direnme kararı verdi, tamam sevindik ama ne var ki sadece ilk satırında Harçlar Kanunu gereğince 21 lira 50 kuruş harcın davalıdan alınarak hazineye gelir kaydına dedi, nisbi harca hükmetmedi. Bu haliyle Genel Kurul'a geldi. Genel Kurul Başkanı'yla görüştüm. Dedi ki harç eksik zaten, temyiz harcı da tabii hükümde yer alan harcı aldı, 21 lirayı aldı temyiz harcı olarak. Fakat zamanaşımına da ilişkin bir ibare yok. Sanki sizin gibi düşünüyor. Ya olur mu dedi, biz zamanaşımını bozmada belirttik, bir yerde dolaylı olarak veya eylemlerle bir direnme görünüyor ona karşı. Yani ben ille bir yıl uzasın derdinde değilim. Bir görüşülsün, Genel Kurul hakemliği ortaya çıksın. Fakat Genel Kurul'da tartışmalar sırasında ki ben hala da o görüşteyim, nisbi harç alınması gerekirken 21 Lira maktu harç alındığı için usulden bozma düşünüyordum. O olsaydı belki zorlamayla zamanaşımı ve belirsiz alacak davası orada tartışılacaktı. Ama oyçokluğuyla ve büyük bir ekseriyetle eksik harcın tamamlanması, dosya geri çevrildi. Şimdi benim girişimlerim bunlar. Şimdi beklemedeyiz. Ya İstanbul'daki dosya ya bu dosya. Biri gelecek. Zamanaşımına ilişkin dosyaları almıyorum yani. Tabii almayınca da ne oluyor, benden sonraki çıktı, benim dosyam neden çıkmadı. Bu sefer 1. Başkanlığa serzenişte bulunuyor, bize mektuplar geliyor veya dilekçeler geliyor. O sıkıntıları yaşıyoruz. Şimdi bu çözülecek. Yasama organı tarafından çözümler çözümler bilmiyorum ama o direnmelerden biri usulüne uygunsuz zaten Büyük Genel Kurul'da bu tartışılacak, bir sonuca bağlanacak. Bir de önümüzdeki hafta Genel Kurul'da bir başka dairenin dosyası var. Tabii sonucu bizi etkileyebilir. Tahmin ederim maddi tazminat olacak, maddi tazminatta ıslahen miktar arttırılmış, o zamanaşımı süresi içerisinde ıslah edilmemiş veya hakim herhalde edilmediği için reddetti. Fakat daire bozması kısmi dava, geri kalan alacak bakımından da zamanaşımını keser gibi bir görüş ortaya koymuş. Bu ilk çıkan karardır. Ha bu Genel Kurul'dan nasıl çıkar bile-

miyorum, çıkarsa bizi de etkiler bir ihtimal. Ama çıkar mı çıkmaz mı bilmiyorum. Zamanaşımı ile ilgili girişimler bu noktada ama bu herhalde Mayıs-Haziran'a kadar ümit ediyorum Genel Kurul'a gelecek bir dosyada aydınlığa kavuşabilir. Şimdi o Ankara dosyasında iki arkadaşın muhalefeti var, belirsiz alacaklarla ilgili. İstanbul dosyasını bilmiyorum. Biraz önce de söyledim. Dava eski kanun döneminden. Birinci kararda deliller toplanmış, hüküm kurulmuş, gene eski kanun döneminde. Tabii Yüksek Genel Kurul ne der, biz dedik ki tamamlanmış işlemdir. Sayın Şimşek de değindi sabahleyin gerçekten kapalı, yani bu 448, 448'in eski karşılığı 578. Şimdi burada bozmaya uydu. Ondan sonra ikinci kararı verdi. Kazanılmış haklar ara kararlar da doğuyor, bozmayla da doğuyor vs. Şimdi belirsiz alacak mı değil mi konusu? Kanunun kendi metni bir takım kriterlere bağlamış o hususu. *"Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir."* Biraz katı kurallar, kavramlar sanki yer almış. Bu belirsiz alacak davası ile ilgili henüz bir tek dosya önümüze gelmiş değildir arkadaşlar. Anlattığım Ankara dosyası dışında. Onu da anlattım size. Şimdi burada bu kavramları dikkate aldığımızda acaba katkı, katılma alacağı veya değer artış payı. Hiçbir sınır tanımadan bu belirsiz alacak davasıdır diyebilir miyiz? Bir ev bir araba mesela, diyebilir miyiz? O Ankara dosyasında onu size söyleyeyim. Yedi araç, şirket vardı, dört gayrimenkul, çok sayıda altın vardı. Şimdi burada sanki başlangıçta hesap kitabı gerektiren bir durum var. Yani kişisel görüşüm daireden geçmediği için bağlayıcı bir şey söyleyemiyorum. Eğer usule uygun olsaydı, tamamlanmamış işlem kabul etmeseydik, belirsiz alacak davası gibi düşünebilirdik. Şirket payı, Hocam da söyledi, şirket payı edinilmiş mal değil ama kar edinilmiş mal. Şimdi bir mali müşavir gerektiriyor. Mizanlar falan hesaplanacak da. Bir araç, bir araba veya bir iki ev buna benzer şey olabilir mi bilemiyorum. Gelmedi tartışmadık. Genel Kurul'dan da geçmiş bir şey yok. Şimdi sıkıntı da burada size içtenlikle anlattığım gibi durum. Bir yıl gerçekten kısa bir süre, on yıl da bana göre ileride eğer on yıl olursa göreceğimiz sonucu daha pahalı olacak. Benim kişisel görüşüm. Salı günü bir duruşmalı dosya geçti. Taraflar boşanmış yeniden evlenmişler. İkinci evlilikte doğan çocuk 17 yaşında hala mal derdiyle uğraşiyor. Yani düşünürken önünü arkasını da hesaplamakta yarar var. Ama serzeniş çok, biz

Genel Kurul'da ne çıkarsa ona saygı gösteririz. Bir arkadaştan karşı oy geldi. Şu anda ikinci bir arkadaş, bir başka daireden geldi, o da farklı düşünüyor ama onun da henüz imzası bu tür kararlarda yok. Karşı oy yazmış değil. Tabii bizi de üzüyor. Şimdi bilemiyorum bir yılda biz başladık, o çoğunlukla devam ediyor. Şimdi belirsiz alacak davası ve zamanaşımı konusundaki düşüncelerim bunlar.

Mal rejimi konusunda özellikle dava dilekçelerinin iyi anlaşılmasında yarar var. Gerçekten bazı dava dilekçelerinde biz nitelendirme yapmıyoruz. Dilekçe yazılırken özellikle mallar 01.01.2002'den önce mi edinilmiş, sonra mı edinilmiş ona daire delillerinin de dosyaya konulması lazım. Şimdi taraflar ya yurtdışında çalışmış, burada dava açılmış ya buradaki kurumlarımızda çalışmış. Belgeler dosyada yok. Dosyalar çokça geri çevriliyor bu belge eksikliğinden. Sırf bozma olmasın, belki gelir içinden çıkar bir sonuca varırız düşüncesiyle. Sadece fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak üzere on bin lira ya da yüz bin lira eğer birden fazla mal söz konusu ise sıkıntılıdır. Çünkü arama, tarama inceleme sonucunda bakıyorsunuz, yedi parça taşınmasın ikisi doğrudan miras payı olarak gelmiş eşlerden birine, araçlardan biri evlilik öncesi bakıyorsunuz redde mahkum bunlar. Somut bir örnek anlatıyorum, kürsü hakimi açıklama yaptırmamış, taraf vekilleri bu konuda sessiz kalmış, onu reddetmiş, ötekini de reddetmiş. Sadece neye göre hesapladığı belli olmayan reddedilen istekler yönünden beş bin lira vekalet ücretinin takdirine demiş ve avukat arkadaş haklı olarak temyize geldi. Değerler belirlenmiş fakat eksik harç tamamlanmamış. Bakıyorsunuz karar kabul yönünden doğru. E beş bin lira da verdiyse bir daha gidip gelmeyle olmaz, bunu onayın diyorsunuz açıkçası. Hepsinin de bir yerde kendi kusurları var. Yani iyi bir dilekçe gerekli, mallarının her birinin ayrı ayrı değerlerinin belirlenmesinde yarar var. Şu bir yıl az on yıl çok diyoruz, Ankara dosyasında hüküm altına alınan hesap şekli yanlıştır. Çünkü biz orada esasa girmedik. Ama sadece bin lira, aradan üç yıl geçmiş bin lirayla duruyor. Fazlaya ilişkin haklar saklı kalsın sadece bin lira istiyorum. Biz sadece aydınlatma amaçlı bunları söylüyoruz, kimseye karşı bir tavır olarak bunu asla söylemiyoruz.

Şimdi mal rejimi konusunda bir de özellikle doktrinde de tartışma var. Davacı eş açtı, katılım alacağı, katkı payı veya hepsi beraber değer artış payı istedi. Ama davacının adına da bazı mallar var. Davalı da

karşı dava açmadı. Şimdi orada normalinde ben de düşünüyorum, külli tasfiye olması lazım. Ne olur karşı dava açsa davalı da, rahatça görülür. Ama açmıyor. Öte tarafta 236'nın 1. fıkrası son cümlesinde takas edilir. Bu takas tek başına bana göre orada havadan konulmadı. Külli tasfiye olacak ki alacaklar belirlensin birlikte takas edilsin alacaklar. Şimdi bizi bağlayan taleple bağlılık ilkesi. Eski usul kanunu 74, şimdi 26 mı 27 mi hocam? 26. Bu istek dışına çıkmak kabul edilir. Dava harcını da yatırmadı, bir harç meselesi de var. Külli tasfiye olur mu, olmaz buna rağmen. Sayın Hocam burada, ben memnun olurum, katkı beklerim çünkü hep beraber çözmek zorundayız bunu. Sadece dairedede beş on arkadaşla olmuyor. Şimdi şöyle durumlarla karşılaşıyoruz aynı zamanda: Davalı davayı açmadı, külli tasfiye yok. Dava açmamış, harç yatırmamış ki taleple bağlılık ilkesini söylüyorum. Fakat davalının babası ev alınırken belirli bir miktarda destek vermiş. Biz sonuçta onu borç olarak düşüyoruz. Yani miktarı neyse o. Onun orada yarattığı bir değer artışı var, katkı var. Dikkate almıyoruz. Bu mağduriyete yol açıyor, biz de bunu biliyoruz. Bir dosya elimde, inceliyoruz. Evlenmeden önce davacı kardeşinden kooperatif kaydını devralıyor. Evleniyor, katılma alacağı dönemi yani 01.01.2000 sonrası. Bunu gidiyor noterde resmi senetle bedeli karşılığında davacı eşine devrediyor. Neydi evlenme öncesi kişisel malıydı. Geldi kişisel malını edinilmiş mallar döneminde noterde bedeli karşılığında devrettim diyor bu payı. Şimdi katılma alacağı istiyor. Katılma alacağı olur. Fakat kadın aynı zamanda eşinden para da aldıysa yine bir mağduriyet var. Yani burada külli tasfiye olması lazım, tam tasfiye olması lazım. Aldık, bakalım araştırıyoruz. On kişi varız dairedede en azından çoğunluğun sağlanması lazım. O zaman ne olacak? 74'ü görmeyeceksiniz, harç alınıp alınmadığına da bakmayacaksınız, ancak hükümlerle birlikte takasa göre hareket edeceksiniz.

Şimdi Türk Medeni Kanun 226. maddesi var. Paylı mülkiyet. 222'de eşlerden herhangi birine ait olduğu belirlenemeyen taşınmaz veya mal, iki tarafın paylı mülkiyetinde sayılır. Öte tarafta 223'de edinilmiş mal ve kişisel mallar üzerinde eşlerin yönetme, kullanma ve tasarruf yetkileri olduğu halde, paylı mülkiyette diğer eşin iznine bağlı. 226'da da üstün hakkın varlığı halinde paylı mülkiyette davacı eş, diğer eşin payını bedeli karşılığında isteyebilir. Burada gayrimenkul, örneğin, 2/3 davacıya ait, 1/3 davalı üzerinde. Biz burada üstün hakkı pay çokluğu olarak değerlendiriyoruz ve nitelendiriyoruz. Pay çokluğu kendisinde

olduğuna göre bunu isteyebilir. Bunun yanında davacının terzi dükkanı var ve o çalıştırıyor. Mülkiyet ikisinin adına, diğerinin payını isteyebilir. Buna benzer. Veya atölye olabilir, başka Şey olabilir. Bunu yaparken de 226'daki üstün hak karşılığında diğerinin payının devralınması nalımı hakkını da etkilemez, nalım hakkı bundan farklı. Yine Türk Medeni Kanunu 688 ve devam maddelerindeki haklar yine bakidir, davacı isterse o haklardan da yararlanabilir. Ne yapabilir, ortaklığın giderilmesi, aynen taksim, olmazsa pazarlık, olmazsa açık arttırmayla satış. Bunlar gene bu hükmün dışında. Burada da ne olabilir? Bedeli belirledi hakim. Tabii gerçek değerini, sürüm değerini, 235 ve 232'deki sürüm ve tasfiye anındaki değerleri göz önünde bulundurması lazım. Nedir bu? 2. Hukuk'tan gelen bir ilke, biz de onları uyguluyoruz. Karar tarihine yakın tarihteki bir değer sürüm değeridir. Ne olacak karar tarihi ile tespit tarihi, belirleme tarihi arasında uzun bir süre varsa, değer artışına sebep oluyorsa o sıkıntı olur. Karar tarihine yakın bir tarihteki sürüm değerini olarak değerlendiriliyor. Bunu da dedik ki tespit et, belirle, hüküm kurmadan, çünkü hakim bir dosya geçti, bedeli Şey yapmıyor. Ne oldu, hükmü verdi ama o para bir yere yatırılmadı. Yani Őufa davasının benzerinden hareketle yola girdik. Diğer bir konu mesela 240'daki, ben özellikle tartışmalı olan konuları vurguluyorum. 240'da da ne var? Katılma alacağı karşılığında mülkiyet hakkının veya intifa hakkının tanınması. Burada evlilik tabii ölümle sona ermiştir. Katılma alacağı hesaplanacak, eklenecek diyor fakat uygulamada Yüksek 2 nasıl uyguluyordu ben bir kararında rastladım, onlar da aynı Şeyi uygulamışlar bizden önce, bazen öyle oluyor ki aynı zamanda yetmezse miras payı karşılığında o da eklenmek suretiyle. Şimdi Sayın Hocam değindi, katılma alacağı aynı zamanda tereke borcudur. Tereke tasfiye edilmeden önce katılma alacağı, ayrılacak ödenecek, kalan ondan sonra miras paylarına göre dağıtılacak. Şimdi sıkıntı olmasın diye biz, tabii karşılığında da yetmiyorsa hesapla, ekle mülkiyet hakkını tanı diyoruz. Burada da sıkıntı yok, intifa hakkı konusunda da aynı Şey. Fakat geçenlerde ilk defa karşımıza farklı bir Şey ıktı. Katılma alacağı yok, değer artış payı var. Kanun katılma alacağı karşılığında dediği halde değer artış payı karşılığında mülkiyet hakkı tanınabilir mi tanınamaz mı? Araştırdık, doktrinde ağırlıklı görüş, bir engel yok tanınabilir diyor. Ama farklı bakanlar da var. Siz geniş yorumluyorsunuz görüştüğümüz bazı hocalarımız, kanun açıkça diyor ki katılma alacağı. Kadın 80 yaşın üzerinde hasta. Eşi ölmüş, bir mirasçısı var. Şimdi değer artış payı dışında da bir Şey yok. Tabii miras

hakkı var. Biz doktrindeki çoğunluk görüşe uyarak, ilk defa değer artış payı karşılığında da mülkiyet hakkı tanınabilir diye bir karar verdik. Ama direnilir, direnilmez onu bilmiyorum. Böyle bir kararımız yakın zamanda çıktı, son iki-üç ay içinde. Bir de yine ilk defa karşımıza geldi. İlk gelen kararları kendim inceleyip kendim yazıyorum. Ve araştırmadan, incelemeden, doktrine kulak vermeden de yapmıyoruz. Tanıdığımız hocalardan da soruyoruz, kitaplardan bulamazsak, bulursak zaten rahatsız etmeyiz, ağırlıklı görüşe bakar. Bir dosyada şöyle geldi intifa hakkının tanınması. Gene ölümle sona ermiş evlilik, açılan edinilmiş mallara katılma karşılığında edinilmiş mallara katılma intifa hakkının tanınması demiş, hükmü kurmuş. Türk Medeni Kanunu'nun 245. maddesi gereğince intifa hakkının tanınmasına, tabii ekleri var. Ama neyin karşılığında? Kararda bir hüküm yok ne gerekçede ne hükümde. Tabii aile konutu bu dediğim, içinde kendisi, sağ kalan eş oturuyor. Mirasçı diyor ki tamam ben intifa hakkının tanınmasını kabul ediyorum ama bunun karşılığı olacak, karşılığını da hesaplayın diyor. O karar kesinleşmiş 240 gereğince intifa hakkının tanınması demiş ve kesinleşmiş. Buna rağmen intifa hakkının bir hesap şekli yok. Geldik aile mahkemesinde açmış, aile mahkemesi hakimi kirayı baz alarak hesaplamış intifa hakkını. Ama hesap yöntemi bize göre yanlış. Ölüm tarihinden dava tarihine kadarki süreyi hesaplamıştı. Bu olur mu olmaz mı? Çünkü intifa hakkı süreye de tabii ama burada içinde kalan sadece yaşam süresi esastır. O yaşam süresinin göz önünde bulundurulması lazım. Yaşam süresi ne kadar? Bunu yapınca hemen TMK tablosu aklınıza geliyor: Bu bir yerde peşin ödenmesi gereken bir para. E o zaman TMK tablosuna göre bir inceleme yapıp vaka yaşam süresini hesapla, kira doğru bana göre, başka türlü seçenek bulamadık. Neyin karşılığı hesaplınsın, çünkü içinde o duruyor. Tabii kendi payını düşecek, ¼ payı var orada. İlk defa böyle bir karar da verdik. Tabii çözüme adalete uygun bir karar diye düşünüyoruz, ne olur bilmiyorum. Kira doğrudur ama bu kişi kaç yaşında ne kadar yaşayacak, TMK tablosu göz önünde bulundurulacak. O tabloda ne çıkıyorsa, iskontosu miskontosu ne çıkıyorsa o yapılacak.

Şimdi değerli arkadaşlar, özellikle Sayın Hocam değindi, satırbaşı da olsa, mal kaçırma. Şimdi dava dilekçelerinde eşim adına bulunan daire veya neyse alacağımın tahsilini zorlaştırmak ve muvazaa nedeniyle üçüncü bir kişiye devredilir. Tapu iptali ve tescil, muvazaanın sebeplerini de söylüyor Borçlar Kanunu 18'de veya şimdiki 6098'in 19.

maddesi dayalı bir tapu iptali tespiti, peşinde de olmazsa katkı veya katılma alacağı diyor. Şimdi doktrinde şunu söyleyelim önce Borçlar Kanunu 18'e dayalı genel muvazaa. Çünkü katkı payı alacağına da katılma alacağına da ayrı istenmiyor. Niye? 07.10.1953 tarih 7/8 sayılı içtihadı birleştirme kararı buna engel. Bu taa katkı payı alacağına 743 sayılı dönemde de uygulanan bir içtihadı birleştirme. Ayrı istemediğine göre zaten tapu iptali tescili her halükarda redde mahkum. Ama düz tapu iptali tescil ½ diyor, 3/2 diyor vs, yarısı veya payı belirterek şey yapıyor. Nasıl olsa terditli olduğu için de istekler terditli olduğu için de bazen şu oluyor tapu iptali tescil edildiğine göre bana vekalet takdir, diyoruz ki terditli davadır, isteklerden biri kabul edilebilir. Fakat burada açıkça genel muvazaaya dahil. Genel muvazaa davasını açmakta huku ki yarar var mı, yok mu? Biz var diyoruz. Niçin var? O üçüncü kişinin üzerinde bulunan tapunun iptali ile eşinin adına, eski haline dönüştürülmesini isterse tedbir de konursa alacağının tahsilini kolaylaştırır. Aksi halde bir faydası yok. Ve onun için de genel kurula geldi bir dosya. Biz dedik ki sadece alacağın tahsilini kolaylaştırmıyor ki? Dolayısıyla mal rejimi davasının tapu iptali tescil davasının sonucunun beklenmesine gerek yok. Genel Kurul kararı çıktı, bu Çarşamba da karar düzeltmesi reddedildi. O kesin. Ama hatalı açılışlar var. Nasıl diyor? Eski hale demiyor, eşimin adına dönüştürülmesini istiyorum demiyor, adıma diyor. Adına olunca gene redde mahkum. İsteyemez. Çünkü ayın isteme hakkı yok. Ve genel muvazaaya dayanıyor dava açılıyorsa kesinlikle katkı payı, katılma alacağı davasıyla birlikte lütfen açmayın, açılmaz. Çünkü genel muvazaaya dayalı davanın görülme yeri asliye hukuktur. Genel mahkemelerdir. Mecburen tefrik kararı veriyoruz. Sonucun da beklenmesine gerek yok. Çünkü alacak davasını geciktiriyor. Yine Genel Kurul kararını açarken boşanma davası ile birlikte mal rejimi davası açılıyor. Türk Medeni 225 açık. Mal rejiminin nasıl sona ereceğini tek tek belirtmiş. Ve kesinleşmeden itibaren diyor. Önce birkaç şeyde bir dönem davanın ön koşulu geçekleşmemiştir. Mal rejimi davasını reddet diye. Sonra düşündük dedik ki ya usul ekonomisi var. Boşanma davasının sonucunu beklese daha iyi olmaz mı? Tabii bu da hakim için bir sıkıntı. Dosya duruyor, devrediyor. Biz bunun da farkındayız. Bir yerin hakimi direndi, Genel Kurul'a geldi. Genel Kurul'dan da bekletici mesele yap diye karar çıktı. Dolayısıyla mal rejimi davası boşanma davasının sonucunu bekleyecek. Boşanma davası reddedilirse zaten o da reddedilecek, reddedilmezse, sonuçları kesinleşirse tasfiye yapacak. Şimdi bir konu

da özellikle bağış konusunda da bazı serzenişler var. Bağışa fazla yanaşmıyoruz açıkçası. Ama çok açık, ben eşimi çok seviyorum, jest olsun diye aldım ya da doğum gününde ona hediye ettim. Ama sonradan geliyor diyor ki tabii o laflar geride kalıyor, paramla alındı, iptal edin bana verin veya bedelini verin, katılım alacağımı hesaplayın verin. Şimdi bağışı çağrıştıracak çok açık bir ibare görmüyorsak kesinlikle bağış iradesi ve kastı yoksa yanaşmıyoruz. Ama varsa da kabul yoluna gidiliyor açıkçası. Ama yanaşmıyoruz kolay kolay. Bağış olarak görülüyorsa ona tabii ki reddet diyoruz kabul ettiyse. Zaten reddettiyse onanıyor. Ama bağış iradesi var mı yok mu gerçekten ona bakılıyor. Burada çok açık ifadeler olacak, kapalı ifadelerden hareketle gitmiyoruz.

Salondan: Eşler arasındaki bağış mı?

Yusuf Uluç: Tabii bir eşin diğerine. Şimdi bazen şu tip dosyalar da geliyor. Boşanma davası ile birlikte mal rejimi davası açılmış. Fakat henüz boşanma sonuçlanmamış. Tefrik ediliyor fakat maalesef müracaata bırakıyor diyecekleri yerde feragat ediyoruz diyorlar. Şimdi şu durumda gerçekten bu boşanma davasının açılmasına ve kesinleşmesine bağlı olduğuna göre, boşanma davası da henüz kesinleşmediğine, sonuçlanmadığına göre böyle bir davada feragat doğmayan haktan feragat sayılır mı sayılmaz mı? Bence doğmayan hak burada var. Dolayısıyla talebi sayılmaz, kesin hükmün sonuçlarını doğuramaz diye düşünüyoruz ama hocalarımız ne düşünüyorlar bizi aydınlatırlarsa memnun olurum. Aksi halde hak ortadan kalkmış olur. Çünkü feragat kabul ederseniz doğduğu andan itibaren kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Şimdi sorulara açtım.

Bir de milletlerarası özel hukuk özellikle 59. madde var. 59. madde kesin hüküm hukuki sonuçlarını boşanma kararının kesinleştiği anda tahmin ediyorum doğurur diyor. Yabancı mahkemede boşanma kararı verilmiş. Türk mahkemesinde tanınmış. Hukuki sonuçlar tanıma kararı kesinleştiği tarihten itibaren mi, 59'a göre boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren mi hukuki sonuçlarını doğurur? Tabii burada zamanasımı bakımından önem taşır bu başlangıç tarihleri. Bu 5718'den önceki Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bir hüküm yok. Bildiğim kadarıyla yüksek 2. Hukuk Dairesi, hala daha öyle uyguluyor. Yanılıyorsam söyleyebilirler. Tanıma kararının kesinleşmesi esas alınıyor. Biz 59. maddeden hareketle boşanma kararının kesinleştiği tarihi esas

alıyoruz. Burada bir görüş ayrılığı var. Önceki dönemde de yüksek 2. Hukuk tanımadan itibaren, kesinleşmeden itibaren, şimdi de halen o şekilde uygulanıyor. Yurtdışı bağlantılı bu tür şeylerde biz boşanma kararının kesinleştiği tarih, 59. maddenin hükmü gereği, tahmin ediyorum buna bağlı olarak, bu nedenle getirdiler, özel getirdiler. Orada da hocalarımız burada aydınlatırlarsa memnun olurum. Tabii yurtdışı ile ilgili sorunlar da var. Yani sadece o değil, taşınmazlar Türkiye'de, Türkiye'de dava açılıyor, doğum yerleri Türkiye ama yurtdışındaki ülkenin vatandaşı. Bir bakıyorsunuz Alman mahkemesi kararında aynı zamanda buradaki mallar için tasfiye yapılmış. O da haklı? Niye, kendi vatandaşı. O da kesinleşmiş. Ama geliyor burada da açıyor. Biz o kararın karşısında mecburen diyoruz tespit yap. Alman mahkemesinde verilen taşınmazlar mı değil mi, farklı mallar mı aynı mallar mı? Bir önce onu belirler. Ondan sonra bura nüfusuna kayıtlı ve bura doğumlu olduklarını, doğumdan gelen yüksek haklarını kullanabilirler. O tür sıkıntılar da var.

Protokoller var biraz da. Protokoller özellikle anlaşmalı boşanmalara sunulan veya boşanmalara sunulan protokollerin bağlayıcılığı da bazen sıkıntı yaratıyor. Sadece bir mal alacağım yoktur lafı. Mal acaba her türlü malı kapsıyor mu, eşyayı kapsıyor mu? Sadece boşanmanın fer'i niteliğinde bulunan veya olmayan boşanmaya bağlı ziynet eşyası, ev eşyası, kişisel eşyaları mı kapsıyor, diğerini mi kapsıyor? Her türlü mal ve alacağım yoktur derse biz yanaşyoruz buna. Her türlü dediğine göre taşınmaz da gayrimenkul de bunun içindedir diyoruz. Tabii, protokollerdeki kavramlara göre hareket ediyoruz ama çok sağlıklı kavramlar kullanmıyorlar. Herhalde o anda bu boşanma bitsin de bir an evvel kurtulayım da ne olursa olsun diye hazırlanıyor. Ama sonuç görünmüyor. Sonradan ortaya çıkıyor. Bu da fazlasıyla mağduriyetlere yol açıyor, görüyoruz. Ziynet eşyası, çeyiz eşyası katılma alacağı ile birlikte istendiye biz tefrik etmiyoruz onu birlikte karara bağlıyoruz. Çeyiz eşyası, ziynet eşyası, ev eşyaları katılma alacağı kapsamında değil, Türk Medeni Kanunu madde 683 kapsamında istihkak davalarına konu olabilen mallardır. Buna kural olarak mevcutsa aynen, değilse bedeli istenir. Eğer aynen isteniyorsa zamanaşımına tabii değil, alacak olarak istiyorsa on yıllık zamana Borçlar Kanunu 125, şimdiki 146 olacak, on yıllık zamanaşımına tabii oluyor. Evet hocam anlatacaklarım bu kadar. Sorulara cevap vermeye hazırım.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Sayın Başkanım özellikle Sayın Moroğlu'nun ortaya koyduğu sorulara gayet açık, yalın cevaplar verdi. Özellikle zamanaşımı konusu gerçekten enteresan. O takdirde Hukuk Genel Kurulu'nun buna hakemlik yapma ihtiyacı görünüyor. Eğer izin verirseniz şu iki konunun altını çizmek istiyorum. Belirsiz alacak davası, adı gibi gerçekten belirsiz bir dava. Epey bir işimizi karıştırtacakmış gibi düşünüyorum. Bazı hallerde neredeyse bütün davalar belirsizdir gibi bir eğilim var. Özellikle 9. Hukuk Dairesi'nin ilk kararlarında oraya doğru bir eğilim görüyorum. Oysa belirsiz alacak davası çok istisnai bir dava olmalı diye düşünüyorum. Yani tarafın istem sonucunun belirlenmesinin mümkün olamayacağı haller olabilir diye düşünüyorum. Bu aslında kaynağı olan Alman hukukunda da çok tartışmalı bir konu. Alman hukukçuları bu maddeyi bazı manevi tazminat davalarına özgülüyorlar. Özellikle manevi tazminatta hakimin takdir hakkını değerlendirme hakkının, hakkaniyet hakkının bulunduğu maddelere özgülüyorlar. Eğer biz her türlü belirsiz alacak, bunun hesabını bilirkişi yapacaktır, o halde belirsizdir demeye getirirsek Türkiye'deki bütün davaları, alacak davaları dahil belirsiz alacak haline gelir. Ben zaman zaman espri olsun diye söylüyorum, bir Hollanda atasözü var. Onu hatırlatmak istiyorum, öğrencilerime de anlattırdım. Bu atasözüne göre üç şeyi kendi inançlarına göre Allah bile bilmezmiş diyorlar. Biz kendi inancımıza göre bu üç şeyi ancak Allah bilir diyelim. 1) Bir kadının ne düşündüğünü, 2) Bir suçun içinde neler olduğunu, 3) Bir davanın nasıl sonuçlanacağını. Şimdi o nedenle bu belirsiz alacak davasını o tarafa çekme beni ürkütüyor. Biliyorsunuz bir de bunun arkasından şunlar geliyor. Belirsiz alacak davası kısmi davadan daha farklı daha avantajlı bir dava. Belirsiz alacak davasında alacak ne miktarda açılırsa açılsın, bütün alacağın geriye kalanlar bakımından da zamanaşımı kesilmesi meydana getirir diyorlar. Yani korkum şu: Eğer belirsiz alacak davası böyle kıymetli bir dava haline gelirse Türkiye'de ne kısmi dava açılır ne eda davası açılır. Bütün davalar bu hale gelir diye korkuyorum. Oysa benim kişisel kanaatim belirsiz alacağın anlamı o değil. Sanki son kararlarda yavaş yavaş toparlanıyormuş gibi düşünüyorum. Özetle söylemek istediğim şu, mümkün mertebe belirsiz alacak davasına yaklaşılmamalıdır. Çok istisnai olarak belirsiz alacak davası değerlendirilmelidir. Sayın Başkanım bana bir yollama yaptığı için Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 59. maddesi ile ilgili. Ben maddenin lafzını çok açık görüyorum. Açıkça diyor ki "Yabancı ilâmın kesin hüküm

veya kesin delil etkisi" ne zaman çıkacak? Ancak tanıma kararından sonra çıkacak. Ama devam edeyim; *"yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder."* diyor. Yani benim kanaatim lafzı yeterli gibi geliyor. Aksi takdirde yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin Türkiye'de tanınması ve tenfiz tarihlerini eşitleyecek olursak sonuçları açısından bir takım boşluklar ortaya çıkacak diye korkuyorum. Aslında bu hükümler, uluslararası hükümlerin amacı ideal olan tek devlete doğru, dünya birliğine doğru gidilse bütün mahkeme kararları öbür mahkemeler tarafından da tanınsa, kabul edilse. Bu sadece Alman mahkemesinin kararının burada değil, burada verilen kararın da örneğin Amerika'da. Dolayısıyla tanındığı takdirde orada kesinleşme tarihi neyse o tarih esas alınacaktır gibi bir anlam çıkıyor.

Yusuf Uluç: Şimdi belirsiz alacak ile ilgili doktrinde farklı görüşler var zamanaşımı konusunda. Çünkü usulün 107. maddesinde zamanaşımına yer verilmemiş. Zamanaşımını kesen sebepler Borçlar Kanunu'nun eski 133. maddesinde tek tek sayılmış. Şimdi bir görüş belirsiz alacak davalarında zamanaşımı, dava 1 TL olsa açılmışsa baştan itibaren kesilmiş sayılır. Ondan sonra arttırabilir. Diğer bir görüş, şuradan okuyorum. *"Bu nedenlerle HMK'nın 107. maddesinde maddi hukukun konusu olan zamanaşımının kesilmesi ile ilgili değil, usul ile ilgili bir düzenleme getirdiği kanısındayım. Bu madde ile yargılama aşamasında belirlenecek olan alacağın, alacaklı tarafından zamanaşımı süresi geçmediği sürece, ıslah ya da ek dava açmak zorunda kalmaksızın aynı mahkemeden alacağını talep edebilme olanağı getirmiştir. Davalının buna karşı iddianın genişletilmesi yasağını öne sürmesi engellenmiş olup, sonradan belirlendiği iddia edilen ilave alacak için bu arada zamanaşımı süresi geçmiş ise Borçlar Kanunu 154 bend 2 gereğince bunu ileri sürebilme olanağına son verilmiştir."* Yani zamanaşımı da burada tartışmalı 107 açısından. Çok net değil. O zaman zamanaşımı hiç uygulanmayacak ve okuduğum akademisyen arkadaşın yazısına göre maddi hukuktaki zamanaşımı tamamen ortadan kalkmış olamaz mı demeye getiriyor. Tabii bu çok yönlü tartışılması gereken bir konu. Bir de somut geçtiği için söylüyorum, avans gideri. Değerli arkadaşlarım anlattı, onların sözlerine müdahale şeklinde algılanmasın, özür diliyorum. Şimdi, vatandaşın davası Sivas'ta görülüyor. Çalışma yeri Kilis. Memleketine geliyor, adliyeye gidiyor. Hakim iki haftalık süre kendisine vermiş. Gider avansını yatırmak istiyor, adliye mensupları diyor ki UYAP'ta sıkıntı var

biz alamayız bugün. Nasıl olsa gideceğin yerde de bunu yatırabilirsin, aynı işi görür ve vatandaş gidiyor, Kilis'e PTT'ye parasını iki hafta süre içerisinde yatırıyor. İki hafta aşmamış. Fakat mahkemenin parayı aldığı sırada iki haftalık süre geçmiş. Usulden red doğru mu değil mi? Biz dedik vatandaş yetkili, görevli mahkemeye gitmiş, bu yol gösterilmiş, gitmiş orada da süresinde sunmuş. Paranın iki haftalık süre geçtikten sonra mahkemenin veznesinin eline geçmesinin sorumluluğu davacıya yükletilemez, usulden red doğru değil dedik. Tabii doğru yanlış bilmiyorum, ilkeleri oluşturmaya çalışıyoruz. Yine gider avansı, arkadaşlarım değindi, gerçekten sadece Yönetmelik hükmü esas alınarak 50 TL gider avansının alınmasına, değerli arkadaşlarım bunun isminin konulması lazım. Açık açık yazılması lazım. Ben şu iş için şu kadar istiyorum demesi lazım bize göre. Sadece Yönetmelik hükmü 50 TL gider avansının şu kadar süre içerisinde yatırılması da usule uygun düşmediğini düşünüyoruz. Saygıyla arz ediyorum. Sorular tabii baki.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Bu bölümün son konuşmacısı Mustafa Karadağ üstadımız. Sözü kendisine veriyorum, buyurun.

Mustafa Karadağ: Sağolun Hocam, sayenizde üstad da olduk. Tekrar merhaba. Benden önce değerli konuşmacılar, çok değerli fikirlerini paylaştılar. Ben daha ziyade 6100 eksenini konuşacağım. Anlaşamadığımız tabii ki birçok konumuz var. Birincisi, zamanaşımına değinmek istiyorum. Arkadaşlar, ben şimdi Medeni Kanunu okuyorum, diyor ki; şimdi boşanma demiş 2. Bölüm, arkasından demiş ki dava, yetki, karar, sonuçları demiş, sonra zamanaşımı demiş. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, gerekçede de maddi manevi tazminat, nafaka demiş. O zaman diyelim benim, samimiyete binaen söylüyorum sakın yanlış anlaşılmasın, şöyle bir sözüm var. Daha önce duyan olduysa, Türkçe diyorum, yazıldığı gibi okunur, okunduğu gibi anlaşılır. 178 nerede? Boşanma davasının kararının altında. O zaman gerekçesinde dediğin gibi bu 178. madde sadece boşanma davasının fer'i niteliğinde, tazminat, nafaka işte diğer şeyler. Mal rejiminin bu maddeyle uzaktan yakından ilgisi yok. Şimdi o zaman ne oluyor, Borçlar Kanunu var elimizde, onda da zamanaşımı, o da genel zamanaşımı. Benim düşüncem bu. Arkasından, şimdi asıl dertlerimizden birisi belirsiz alacak davası. Şimdi TMK 236: "*Her eş veya mirasçılıarı, diğer*

eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir." Bir alacak davası. Aynı hak tanımıyor. 231; "Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşın edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Değer eksilmesi göz önüne alınmaz." Tasfiye zamanı ne zaman, mal rejimi ne zaman sona erer, boşanma davasının açıldığı zaman. Tasfiye anı diyoruz ki karara en yakın tarihtir. 107 ne diyor? "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir." Şimdi benim kanaatimce bu yanlış olmuş. Belirsiz alacak davası diyorsa, belli bir miktarı falan dememek lazım. Çünkü pratikte yapacağınız şeyler çok kısıtlı. Belirsiz alacak davasında bir maktu harç alınır, daha sonra davanın değeri belirlendikten sonra harç tamamlatılır demek lazım daha doğru olurdu diye düşünüyorum. Çünkü pratikte arkadaşlar dava açıldı, 2 milyonluk ortalama bir şey için ve dedi ki bir değer belirtecek ya on lira. Oldu dedi ya ne yapacağız? Şimdi bunun için keşfe gideceğiz, değer belirleyeceğiz, çünkü harç eksikliğini böyle tamamlayacağız biz ancak. Ya da şöyle mi diyeceğiz? Ben hakim olduğuma göre bu alacağın tahmini değer ortalama şu kadar olabilir, tamamla harcını mı diyeceğiz? Pratikte kimi şeyler var. Şimdi gelelim dava açan kişi, bu alacağı belirleyebilir mi? Biz diyoruz objektif olarak bu belirlenebilir olmalı Neydi? Mal rejimi boşanma dava tarihinde sonlandı, tabii boşanmadan bahsediyoruz şimdi ölüm veya diğer konuları konuşmuyoruz, dava açıldı, dava iki üç yıl sürdü, sonra biz bir değer saptadık, şu kadar katılma alacağı vardır. Biz davacıdan üç yıl sonra hesaplanacak bir şeyi nasıl bekleriz. Üç yıl sonra neydi tasfiye anı karara en yakın tarihi. Bir de katılma alacağını biz ona göre belirleyeceğiz. Biz bu memlekette enflasyon ne kadar olacak bilebiliyor muyuz, Obama ne zaman ne diyecek, nereye saldıracak biz nereden bilelim, adam nereden bilsin? Ben objektif olarak beklenebilir olmadığını düşünüyorum. Eğer diyorum, tamam Almanyada öyle olabilir, ama neticede bizim böyle bir yaşamız var. Ne oldu 107. maddede yazıyor. İçinde güncelleme olan bir şey varsa bu belirsiz alacak davasıdır demek lazım. Özellikle aile mahkemelerinde mal tasfiyesi ile ilişkili davalarda bu hep böyle. Şimdi biz işte örneğin katkı payı alacağımız var. Ne diyoruz, katkı payı alacağı, katılma alacağı bir de değer artış payı alacağı. Üç tane alacağımız var

bizim. Şimdi katkı payı alacağına dedik ki bu mal rejimi tasfiyesine ilişkindir. Kim dedi bunu. Yargıtay öyle dedi. Neden? Ya bunun içinde değer artış payı da olabilir ve bunun nitelemesi de aile mahkemesi hakimine aittir. O baksın. Ben geçenlerde eski kararları taradım, genel mahkemeler bakar demiş ki İkinci Hukuk Dairesi, sonra dedi ki o bakacak. Şimdi katkı payının mal rejiminin tasfiyesi ile ne ilgisi var. Ben bir ilgisini göremiyorum. O zaman niye buna aile hakimi bakar? Ve sonra işte bu olabilir, aile hakimi bunu belirleyecek. O zaman içinde kadınla erkek olan her davaya biz bakacağız arkadaşlar. Bunun sonu buraya gider. Yani katkı alacağının hakikaten düşünüyorum ne işi var. Hakim belirleyecek. Bunlar belli değil mi? 1998 senesinde alınmış. Buna hakim olmaya mı gerek var. Sonra biz diyoruz ki katkı payı alacağı netice itibarıyla mal rejimi tasfiyesine ilişkindir aile mahkemesi baksın. Sonra diyoruz ki belirsiz alacak davası olmaz girmeliydi. Nereden bilsin? Biz gittik emlakçıya sorduk 100 lira dedi, mahkemeye gittik dava açtık, birliki dedi ki 90 lira veya 110 lira her neyse. Şimdi ben bilemeyeceğim bir şey için neden ücreti vekalet fazladan vereyim ki? Öyle böyle yani para para. Onun için belirsiz alacak davasının ben aksine özellikle bu aile mahkemelerinde görülen davalarda olması gerektiğini düşünüyorum. Dediğim gibi bu katkı payının içinde değer artış payı da olabilir, buna da aile hakimi, ne dedik HMK'da vakaları belirtecek, nasıl kanıtlayacağını söyleyecek. E ondan sonra da bunun için de bu olabilir. Böyle bir şey olabilir mi? Eğer söylerse bakar aile mahkemesi. E söylemedi. Ki başkanım gayet güzel anlattı, çok dilekçeler var. Bize de geliyor. Efendim işte ben 1998 senesinde bir ev aldım. Şimdi yarısını isterim. Bunun ne ilgisi var. Eğer bu şekilde bir yorumla biz tekrar söylüyorum bu katkı payının mal rejimi ile uzaktan yakından bir ilgisi olmadığı halde aile mahkemesinin görevine alırsak, sonra işte bunu güncellemeye kalkarsak, sonra da bilmesi lazım dersek o olmaz. Hasılı kelam katılım alacağı da, katkı alacağını zorlanıyorum ama yine diyorum belirsiz alacak davası olmalıdır. Dertlerimizden birisi takas. Takas olur mu olmaz mı, ayrı bir davaya muhtaç mı? Şimdi Borçlar Hukuku'nda benim bilebildiğim kadarıyla bir alacağın takas edilebilmesi için, ileri sürülebilmesi için dava açılması gerekmiyor. Dava açılabilir bir alacak olması yetiyor. O zaman niye biz bir dava açmak zorunda bırakalım ki? Takas bir davaya konu edilmeden ileri sürülebilmelidir diyorum. Yani bunun için de başka bir düşünceye ihtiyaç olmadığını düşünüyorum.

Salondan: HMK harca bile gerek yok diyor takasla ilgili olarak.

Mustafa Karadağ: Tamam işte ben de onu söylüyorum. Harcına marcına gerek yok. Davada der ki; benim de ondan alacağım vardır der ve biter. Şimdi örneğin tabii ki bu dertler daha ziyade hakimlerin, ben de hakim olduğum için benim de dertlerim var. Sabah kavga edesim yok dedim ama dava açılıyor. Davacı diyor ki ben bu malın alımında 98 senesinde on bilezik verdim. Bunun için ne diyor, değer artış payı olabilir, bunu bir sorsaydın diyor. Ya adam demedi ki olsa derdi zaten. Hani vakalar somutlaştırılacak ya. Özellikle bundan sonra. Neydi, 119 ve 194. maddeyi beraber okuduğumuz zaman davacı davasını dayandırdığı vakaları kanıtlamaya elverişli şekilde somutlaştıracak. E somutlaştırdı. O zaman diyecek, ben bu mala 1998 senesinde şu kadar lira verdim, efendim 2005 senesinde de banyosunu yaptırdım diyecek. Demezse hakim niye sorsun ki özel hukuk davasında davacıya senin böyle bir alacağın da var mı? Artık usul diyorum biraz daha basit anlaşılmalı. Basit anlaşıldığı zaman da sanki biraz katı uygulanmalı gibime geliyor. Neden, usul demokrasidir. Usule uyacağız başka şansımız yok. Bir de cüretimi mazur görün, diyorum ki Türk Yargıtay'ı, Türk hukukunu insanların cahilliği üstüne kurmuştur. Ben hatırlıyorum, kadastro hakimiydim, adam dava açmış, diyor ki benim kardeşimle 20 dönüm arazim var. Yarı yarıya bölüştük. Şimdi kadastro geçti. Onun tarlası 10 bin metre, benim ki 9900 metre, verin benim hakkımı. Sormuşuz, kardeşim senin derdin ne, nerede senin 100 metre, benim diyor kimseden tarla falan istediğim yok, benim tarlamın 10 bin metre olması lazım. Nerede bu 100 metre. Kardeşinden mi istiyorsun? Kardeşimden bir şey istemiyorum, komşulardan mı istiyorsun, beni düşman mı edeceksiniz diyor. Yüksek Yargıtay bozuyor, dava miktara ilişkin olduğuna göre komşu parselleri davaya dahil etmeliydin. Ya adam diyor ki kimseden bir şey istemiyorum, benim yerim 10 bin metre olmalıydı. Şimdi biz hakimiz ya bunu anlayamayacak mıyız? Neyse artık paranoya mı dersiniz, yanlış yapmış git parasını geri iste aldığın adamdan. Onun için biz ille de, elbette hak önemli ama hak zayi olmasın dersek usulü feda etmiş oluruz. Usulü muktesep diye bir şey var. Arkadaşlar aman bu hakkı koruyalım diye karşı tarafın hakkının anasını ağlatıyoruz farkında değiliz. Bu şey gibi, efendim adam geldi koştur koştur, temyizün son günü ya da yarım saat, ya dedi kargoyla gitti benim temyiz dilekçesini alın. İyilik yapalım aldık. E karşı tarafın karar yarım saat önce kesinleşti. Usulü muktesep ne oldu? Böyle şeylerden uzak durmak lazım.

Şimdi yine bu bağışla ilgili sorunlarda dönüyoruz dava dilekçesinde davamızı dayandırdığımız vakaları elverişli şekilde somutlaştırmaya. Adam diyor ki ben bir ev aldım, evi karımın üstüne yaptım. Yapmasaydın. Eğer deseydi ki, bazen o da geliyor, ben Almanya'daydım eşim de gitti Türkiye'ye o zaman parayı gönderdim, benim adıma al dedim, onun için onun üzerine. Ha o zaman deriz bu inançlı işlem. Hani vakayı söyleyecek ya. Adam söylemiyor, varsa bağışlamanın dışında bir şey bunu zaten dava dilekçesinde söyler. O zaman eğer dava dilekçesinde bu inançlı işlem veya benzeri bir işleme yer vermiyorsa, böyle bir vaka ileri sürmüyorsa, bunun bağış olduğunu kabul etmek lazım. E ben iyi günde verdim, şimdi geri istiyorum, verin benim malımı. Bir de diyor ki katılma alacağımı isterim, katkı payımı isterim. Sen vermişsin zaten hangi katılma alacağı? Katılma alacağını şimdi biz mal rejiminde hepsini okuduğumuz zaman neydi, diğer tarafın evlilik birliği içinde edindiği mal. Bunun ayrıntısına girmeyelim. E aldın verdin, karşılıksız zaten. Kişisel mal. Neyin katılma alacağı. Bunlara biraz daha basit bakmak lazım. Yine bu tedbir konusu dert. Yine usulde 384. maddeyi okuduğumuz zaman uyuşmazlık konusu. Bizim derdimiz, alacak hakkını tanırdedik, aynı hak tanımaz dedik. Derdimiz davanın konusu olan taşınmaz değil ki. Ondan sonra tamam haklısınız çok fazla uygulama var, çok farklı uygulamalar var. Bizim hakimlerimizin, buna ben de dahil, ya reddederiz ya da tümüne tedbir koyarız, ondan sonra adamın o şeyini bağlarız, şirketlerine tedbir koyarız. Bir de tabii ki alacaklı ne yapmak ister, Borçlunun en çok canını yakacak malına tedbir konmasını ister. Borçlu ne ister tabii hiç tedbir konmasın. Ama ihtiyati tedbir verirken de biraz merhametli olmak lazım. Usul açık ve net. Olmaz diyorum ama ben de veriyorum zaman zaman. Yani merhamete geliyorum. İhtiyati tedbir hukuki değil, vicdanidir diyorum ve merhametli olmak lazım diyorum. Teşekkür ediyorum dinlediğiniz için.

Yusuf Uluç: Şimdi değerli arkadaşlar Sayın Karadağ bir şey söyledi. Tabii ki zamanaşımı on yıldır diyenlerin bir gerekçesi Türk Medeni Kanunu 178. maddesi boşanma bölümünde yer almıştır. Bu gerekçe doğru ama güçlü bir gerekçe sayılabilir mi ben biraz duraksıyorum burada. Şimdi 178. maddenin kapsamına baktığımızda evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları diyor. Biz durup dururken bir yıla gitmedik. Ha madde yanlış kaleme alınmış o bizim sorunumuz değil. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları

diyor, bu ibare önemli bizce bir. Bir ikincisi, tamam boşanma bölümünde yer almış bizim ona karşı çıktığımız yok, 179. maddeye bakalım bu da o kısımda yer almış. *"Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır."* O zaman niye burada yer verdiler madem ki sistematikten gidiyorsak. Onun için güçlü bir gerekçe diyemiyorum. Bir madde daha okuyayım sizlere *"Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır."* Orada da mal rejimi dedik. Demek ki tek başına sistematik değil. Esas güçlü gerekçemiz 178. maddedeki *"boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları"*. Şimdi söz almışken Başkanımın özür diliyorum. Mecburen girmek istiyorum. Şimdi bize dert yanma şeklinde gelen özellikle sert dilekçelere konu olan bir husus da şu. Boşanma davası açıldı. 2-3 yıl sürdü. Şiddetli geçimsizlik kanıtlanamadı, reddedildi, kesinleşti. Üç yılı kapsadı. Üç yıl fiili ayrılık. Altı yıl. Altı yıldan sonra üç yıl dolmuştur diye dava açtı. Bir yıl kesinleşmeyle, bir yıldan temyiz, iki yıl da o sürdü, sekiz yıl. Esas bu arada alınan mallar ne olacak? Biz şunu düşündük, doğru yanlış. Zaten katkı payı alacağıysa, katkı payı alacağı dönemi ise, zaten katkısını kanıtlamak zorunda idi davayı açan. Burada da kanıtlayabiliyorsa alır yoksa alacağı bir şey yoktur. Öteki taraf da savunmasını aynı şekilde. Edinilmiş mallara katılma rejimi dönemindeyse, bazen boşanma davasının açılmasından beş yıl önce evi terk ediyor. Geliyor ondan sonra boşanma davası, on-on beş yıl geçiyor. Bir bağırta da burada başlıyor. İyi de on yıl da on beş yıl da geçse, üç yıl da geçse, edinilmiş mallara katılma rejiminde kural ½ aksi ispat edilmediği sürece. Evlilik de resmen devam ediyor. O halde her iki halde de bir boşluk var veya kanun koyucunun yapacağı bir düzenleme söz konusu. Ama gerçekten çok sert dilekçelerle karşılaşılıyor. Diyor ki on yıldır zaten bir araya gelmiyoruz. Neyi var ki istiyor. İyi de biz ne yapalım. Resmi evlilik devam ediyor. Hadi biri kanıtlamak zorunda, ama öteki? 20 yıl dahi ayrı yaşamış olsalar edinilmiş mallar rejimi kuralı içinde yarısı var. Bir konu da Sayın Hocam buradayken açıkçasın ondan destek istediğim için biz de tereddütte olduğumuz için söylüyoruz, her şeyi biliyoruz diye bir şey yok. Ama bütün mesele iyi niyetle çaba gösterip sonuca ulaşmakta. Şimdi 4722 sayılı Kanunu 10/1. fıkrası bir yıllık süre tanıyor. Seçimlik mal rejimi, bu bir yıl içinde yapılmadıysa katılma rejimini benimsemiş oluyor. İkinci ve üçüncü fıkrası evlenme tarihinden itibaren sözleşmeyle yasal mal rejimine götürebiliyor. Diğer seçimlik mal rejimlerinde bu söz ko-

nusu değil. Buna engel Türk Medeni Kanunu 203. maddesi görünüyor. O da " *Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler.*" O sınırlar bu engelliyor diğer mal rejimlerini yapılacak sözleşmeyle evlenme tarihinden itibaren geçerli oluşunu bize göre. Ancak doktrinde buna engel bir durum da yok deniyor. Bu 203 engel değildir diyor ama ağırlıklı görüş engel görünüyor benim hesaplarıma göre bilemiyorum. Arz ediyorum, saygılar sunuyorum sorular yine bakidir.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Efendim programımız aşağı yukarı bir saat gecikti. Şimdi ben daha hızlanmak, zaman kazanmak bakımından ikinci bölümü burada kapatıyorum. Gelen sorular var. Hem Yusuf Uluç Bey'e var, hem Mustafa Ateş Bey'e sorular var. İzin verirseniz ben bu soruları bundan sonraki oturum başkanına devredeceğim. Soruları en son cevaplayacağız ama Nazan Hanım'ın bir ilavesi vardı, kapatmadan Nazan Hanım'a son cümlesini söylemesi için söz veriyorum, buyurun efendim.

Av. Nazan Moroğlu: Ben kısaca bir şey söylemek istiyorum, katkı payı alacağı bence aile mahkemesinde görülmesi gereken bir dava, evet mal ayrılığı rejimi bir tasfiye rejimi değil. Ama mal ayrılığı rejimi 2002'de sona erdiği içindir ki ondan önceki dönem için katkı payı talebi var. Dolayısıyla yine aile mahkemesinin görevi içindedir diye düşünüyorum. Bir de boşanma durumunda bir yıl peki ölümle sona ererse böyle bir karar var mı?

Yusuf Uluç: On yıl

Av. Nazan Moroğlu: On yıl kesin.

Yusuf Uluç: Şimdi arkadaşlar, bir sefer 01.01.2002 öncesi on yıl. Türk Medeni Kanunu 125, Borçlar Kanunu 146. O tamam, sözleşme olsun olmasın, 01.01.2002 öncesi on yıl. Evliliğin ölümle sona ermesi, evliliğin iptali hallerinde yine on yıl. Ölüm, iptal. Sadece evliliğin boşanmayla sona ermesinde biz bir yıl uyguluyoruz. Onun dışında hepsi, tabii bu da ne oluyor, katılma alacağı ile değer artış payını hesaplıyor. On yıl. Sözleşme varsa bu konuda yine on yıl, 1.1.2002 sonrası, bağışlayın ben bunu atladım.

Mustafa Karadağ: Arkadaşlar söylemeyi unuttum benim bu mal rejimi tasfiyesine ilişkin bir önerim var. Yasanın değişmesi lazım. Boşanmayla beraber hakim desin ki boşanmayla beraber mal rejiminin tasfiyesi için bir tasfiye memuru tayin ettim desin ya da artık tasfiye heyeti neyse. Sonra desin ki bir ay içinde taraflar kendilerine ayrılan malları bildirirler. Sonra tasfiye memuru Medeni Kanun'daki ilkeler doğrultusunda bir hesaplama yapar, sonra der ki kardeşim senin şu kadar alacağın var, senin bu kadar alacağın var. Bunları takas edelim. Böylece belirsiz alacak davasından kurtuluruz, zamanaşımından kurtuluruz. İslahtan kurtuluruz, takas olur mu olmaz mı kurtuluruz. Ha de ki sakladı, bilemedik. Dersin ki malı bildirmeyen kişinin bildirmediği mal edinilmiş mal sayılır, aksi iddia edilemez dersin, sonra da zamanaşımına tabii değildir, her zaman istenir dersin, sorun çözülür diye düşünüyorum. Bir kez de hesap görülür, herkes alacağını alır, bir daha bir daha uğraşmaz. Çünkü şu anki mevzuata göre her taşınmaz için ayrı ayrı dava açmak olanaklı. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz: Efendim ben izin verirseniz ikinci bölümün son sözünü söylüyorum. İkinci bölümü kapatıyorum, özellikle katılımcılara hem bundan evvelki toplantıdaki hem şu andaki katılımcılara kalbi teşekkürlerimi hem kendi adıma hem de sizin adınıza sunuyorum.

3. Oturum - 6284 Sayılı Yasa İle İlgili Davalarda 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

Av. Sema Pekdaş: Bugünkü etkinliğimizin 3. ve son bölümüne başlıyoruz. Bu 3. bölümün konusu "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Şiddetin Önlenmesi Yasası ile İlgili Davalarda 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları" ve bu oturumun başkanı, Av. Senay Ertem, konuşmacılar ise Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Ömer Uğur Gençcan, Ankara 5. Aile Mahkemesi Hakimi Şerafettin Şanver ve yine meslektaşımız Av. Nazan Moroğlu. Ben onları sunumlarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Av. Senay Ertem: Evet, İzmir Barosu'nun çok değerli başkanı, Yönetim Kurulu üyeleri, değerli konuklarımız değerli meslektaşlarımız ve çok değerli hukukçu dostlar. Programımızın son bölümü. Biliyoruz zihinler çok yorgun. Epey bir bilgi bombardımanı oldu. Bizden önceki konuşmacılarımız bize gerçekten çok çok değerli bilgiler sundular.

Kendilerine çok teşekkür ediyorum. Ayrıca İzmir Barosu Başkanı ve Yönetim Kurulu'na da bu nazik ağırlamaları, davetleri ve ev sahiplikleri için de teşekkürlerimi sunuyorum. Gerçekten yorulduğumuz için ben konuşmacıların zamanlarını çalmak istemiyorum. Malumunuz 6284 sayılı yasa yeni bir yasa. Ama bir geçmişi var. Bu Yasa'nın geçmişinde çok emek vermiş, çok uğraşmış, hem yasa hazırlık çalışmaları sırasında hem uygulamaları sırasında hem de akademisyen rolüyle bilgi aktarımı konusunda çok emek vermiş, bir değerli hukukçumuz Sayın Nazan Moroğlu'na sözü vererek ben ilk oturumu açıyorum.

Av. Nazan Moroğlu: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Galiba hepimiz yorulduk. Beşte zaten yola çıktık, sabah geldik. Dinlemek daha yorucu zaten. Gene konuşurken vakit geçiyor. Değerli arkadaşlar ben çok kısa bir giriş yapmak istiyorum yasaya gelmeden önce. Şimdi kadına yönelik şiddet kavramını kullanıyoruz. Çünkü genel olarak kadınlar şiddet mağduru. Aslında aile içindeki şiddet çok yeni fark edilen bir olay insanlık tarihine baktığımızda daha dün diyebiliriz. Bir sözleşmeyi hatırlatmak isterim size. Kadınların insan haklarından eşit yararlanamaması üzerine çok büyük emeklerle dört yıl boyunca hazırlanmış bir sözleşme vardır, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi. Bu 1979 yılında Birleşmiş Milletler'de kabul edildi. Türkiye'de bunu 1985 yılında onayladı. Bu sözleşme dediğim gibi kadın sorunlarına eğilen ve Kadın Statüsü Komitesi tarafından hazırlanan Birleşmiş Milletler'de inanın açıp okuduğunuzda hayatın her alanında kadınların karşılaştıkları ayrımcılıklara değinen ve bir yol haritası çizen, bunun nasıl üstesinden gelinir, nasıl bu ayrımcılıklar kaldırılır, anlatan bir sözleşme. Ve bugün mutlaka sizler de kadınla ilgili, kadının soyadı olsun ya da mal rejimine eşit erişimi mümkün olmayan herhalde de dava dilekçelerimizde değiniyoruz, bu sözleşmeye atıfta bulunuyoruz. Çünkü bu sözleşme 2000 yılından beridir aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzeri diyemem çünkü tazminat verme yetkisi yok. Dönüştürme, yasayı dönüştürme konusunda devletlere tavsiyelerde bulunma ve izleme yetkisi var. Dolayısıyla 2000 yılından beridir, eğer sözleşmeye dava dilekçemizde değinmişsek ve iç hukuk yolunda hakka ulaşamamışsak Kadının Statüsü'ne, Birleşmiş Milletler'e şikayet yoluyla başvurma hakkı var. Bunu kadın haklarıyla ilgilenen avukat arkadaşlarım, kadın hakları merkezindeki arkadaşlarım çok iyi bilir. Ve birçok davada, kadının soyadı davası başta olmak üzere bu yol kulla-

nılmaktadır. Dediğim gibi bu sözleşme enine boyuna ve uzun bir süreçte geçerek hazırlanmış ve o tarihlerde hala aile içinde kadına yönelik şiddet bir sorun olarak görülememiş. Dünya farkında değil, sadece biz değil. Ve kadına karşı uygulanan bu ayrımcılıkların önlenmesi yolunda çalışılmalar sürerken bir şey fark edilir ki kadın hakikaten bir türlü eşit haklara ulaşamıyor. Evet maddeler uygulanıyor ama bir türlü yaşama geçmiyor. Yasalar değişmiyor bizde bile biliyorsunuz çok yakın tarihlerde eşit haklar geldi, Medeni Kanun, Ceza Kanunu gibi. Demek ki bir olgu var kadını engelleyen. İşte bu araştırmalar sonucunda kadının aile içinde şiddet görmesi, baskı, bu sadece tabii fiziksel şiddet değil biliyorsunuz tanımından da, bir olgu var kadını engelliyor, baskı altında tutuyor kendini geliştirmesini önlüyor ve asıl özgüvenini de yitirmesine neden oluyor. İşte bunun adı konu ve kadına yönelik şiddet olarak 1993 yılında, çok yakın bir tarihte Birleşmiş Milletler'de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi kabul edildi. Şimdi hatırlayacağız hepimiz. 1993'te kabul edildikten sonra bu tabii Devletimiz, Bakanlık Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı vardı ve bu süreçte Türkiye'ye de bütün devletlere olduğu gibi bir yasa çıkarması önerildi. İşte 1998 tarihli 4320 sayılı Kanunumuz böyle çıktı. Yani Birleşmiş Milletler'deki çalışmanın bir ikinci ucu olarak. Birçok ülkede henüz çıkmamıştı, Türkiye'de çıktı fakat Türkiye bu alanda çabuk davrandı. 4320 sayılı Kanun kadına yönelik şiddetin önlenmesine dair kanun olarak meclise girdi. Biliyorsunuz kanunlar bizde başka adla girer, başka adla çıkar. Nitekim o dönemde Devlet Bakanı dedi ki ben bunu bu adla çıkarmayacağım, çok açık. Dokuz kadın milletvekili var zaten onların da sesi çıkmıyor. Bir de zaten toplum da farkında değil. Dolayısıyla bu kanunun adı Ailenin Korunmasına Dair Kanun oldu. Yine kanunu hatırlayacağız kanunun içeriğinde önleyici tedbirler kimin için veriliyordu, sadece kusurlu eş açısından. İşte zaten tasarının adı kadına yönelik ve gerekçesinde de kocanın şiddetinden bahsediyordu ve doğrudan doğruya kusurlu eş olarak da erkek eş muhataptı bu yasada. 2007 tarihine kadar da böyle uygulandı. Bildiğiniz gibi aile içindeki diğer fertlere uygulanmadı. Bu bir eksiklikti ve infazı için harç alınmıyordu fakat başvuru harcına tabii değildi. Bazı değişiklikler de yapılarak 2007 yılında daha genişletildi. Aile içini de kapsayarak. Sonra bir Ayşe Paşalı olayı yaşadık biliyorsunuz, boşanmış eşe bir şiddet uygulanmıştı ve sonucu tabii üzücüydü. İşte o zaman yine devlet bakanlığı harekete geçti, bu yasanın geliştirilmesi yönünde. Tabii biz de önerilerimizi gönderdik. Kadınlar

ibaresi kullanılsın, medeni haline bakılmaksızın, nitekim bu uluslararası sözleşmede de, kadınlara karşı ayrımcılığın kaldırılması, kadınların medeni durumuna bakılmaksızın her alanda kaldırılması diyordu. Çünkü aile hukukunda kurallarımız erkeğe ve kadına ayrı roller veriyordu. Bu durumda bütün kadınlar yararlansın, bütün aile fertleri yararlansın, istiyorlardı. Tam o aşamalarda siyaset yine hukuka egemen oldu, bugün daha zor boyutunu yaşıyoruz ne yazık ki. Ve yeni bir Bakanlık, onun adında da kadın sözcüğü bile yok. Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı vardı, aslında bizim Türkiye'de kadının sorunu her alanda, sadece aile içinde değil, ama kanun hükmünde kararnameyle bir bakanlık yeniden üretildi. Bunun adı da Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığı oldu. Demek bu siyaset böyle, içinde olmadığım için bilemiyorum.. Dolayısıyla bir marka olmuş, artık biz bunu kırsal kesimde de diyorduk şiddet mağdu ruysan gidebileceğin yerler var, karakola gidersin, aile mahkemesine gidersin ama şu rakamı hiçbir zaman unutma, 4320, bunu ezberle diyorduk. Ve gerçekten de bu çok yaygınlaşmıştı. 4320 kalsın içeriğinde biraz değiştirme olsun, evet eksikleri vardı, bunlar değiştirilsin ve böylece şiddetle mücadele edelim diye bütün kadın kuruluşları ve bu konuda çalışan kadın araştırmaları merkezleri üniversitelerin raporları gönderdi. Fakat ne oldu, hayır biz bambaşka bir şey yapacağız dendi. O süreci anlatmayayım, o süreçte katkı verenlere bir şiddet uygulaması ile karşılaştık. Çünkü hazırlıyorduk, ciddi hazırlıyorduk, götürüyorduk savunuyorduk o toplantılarda. Bir bakıyorduk bize tekrar altüst edilmiş bir tasarı geliyordu. E bu da tabii bize kendimizi kötü hissettiriyordu. Bu durumu ben şiddet olarak tanımlayarak yazdım Bakanlığa raporumda. Şimdi yeni bir yasa var arkadaşlar ve bu yeni yasa çok farklı, 4320'den çok farklı. Artık kadınlar ibaresi kullanılıyor evet biz Medeni Kanun'a bakılmaksızın demiştik ama çok yanlış anlaşılır bir hale de geldi. İşyerinde çalışan bir kadın patronuna ya da müdürüne kızdıysa aile mahkemesine gidip başvuruyor şiddet mağduru olarak. Amaç aile içindeki şiddeti ortadan kaldırmak, huzurlu bir toplumun temelini oluşturmak. Koruyucu tedbirler önemli ama asıl önleyici tedbirler önemli. Ben kısaca onları sizlerle paylaşmak istiyorum. Ama 4320 sayılı Kanun artık yürürlükte değil, bu Yasa 8 Mart 2012'de yayımlandığı gün yürürlükten kalktı. Çok ilginçtir Bakanlık bizden görüş istemek için tasarımı gönderdiğinde konu kısmını 4320 sayılı Kanunla ilgili görüşleriniz diyordu. Siz bunu benimsemişsiniz dedik Bakanlığa ama şimdi başka bir rakam var anlayamıyoruz. Aslında şiddetle mücadelede elimizde sade-

ce bu yasa değil, elimizde çok, hepimiz hukukçuyuz, o yüzden hemen başlıklarıyla geçeyim.

Medeni Kanun'da var ekonomik şiddet diye nitelediğimiz o tasarruf hesabının kısıtlanması gibi, İş Kanunu'nda var, Ceza Kanunu'nda var bunların ayrıntısına girmiyorum, hepimiz biliyoruz. Evet, şiddetin bir kökeni de küçük yaşta evlendirilen ve ne yazık ki bu küçük yaşta evlendirildikten, ekonomik bağımsızlığını kazanamayacak, eğitim almadan devam ettirmek zorunda kalan ve çok çocuk sahibi olan, bir kısır döngüye yol açan olay, çocuk gelinler olayı. Şimdi baktığımız zaman bir yıllık bir uygulaması var aşağı yukarı bu Yasa'nın. Özetle bakarsak Kanun'un amacı, şiddete uğrayanları, şiddete uğrama ihtimali olanları ve tek taraflı ısrarlı takip mağdurlarını korumak ve şiddeti önlemek. Gerçekten şiddetle mücadele için elimizde sağlam bir yasa var diye bakabiliriz ama kötüye kullanılmaması şartıyla. Ne yazık ki kadın hakları açısından çalışan arkadaşınız olarak ben de bu yasanın birçok olayda kadınlar tarafından kötüye kullanıldığına tanık oluyorum. Kanunun kapsamına bakıyoruz, kadınlar, çocuklar ve tüm aile bireyleri. Koruyucu tedbir kararları var, önleyici tedbir kararları var. Bunları tabii acil müdahale önemliydi, aile mahkemesi zaten bu konuda görevli mahkeme, mülki amir de koruyucu tedbir kararı verebilecek, kolluk amiri de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde. Şimdi burada zorluklar, sayın hakim bey anlatacaklar, kolluk amirleri, farz edelim cumartesi günü şiddet mağduru gitti, evet bir koruma kararı aldı, o sınırlı bir koruma kararı, barınma ve koruma konusunda, bunu aile mahkemesine getirmesi gerekiyor yoksa hükümden düşecek, verilmiş bir karar yok sayılacak. O yüzden aile mahkemelerinin önüne sanıyorum çok sayıda bu olaylar geliyor, belki diğer, işleri yapamayacak kadar Kanun kullanılmaya başlandı. Korunan kişi isterseniz bunları geçeyim, hepimizin bildiği şeyler. Barınma yeri sağlayacak, geçici maddi yardım, psikolojik destek, kreş imkanı verecek eğer kadın çocuğu var ve çalışan bir kadınsa. Şimdi bütün bunlar çok güzel fakat Yasa'nın altyapısı yok ne yazık ki kurumsallaşma açısından Yasa'da öngörülen yerler açılmadı. Şiddet önleme izleme merkezleri sanırım duyuyorsunuz, bunun adını da bir yumuşattılar, KOZA demeye başladılar. Fakat hiç amaca uygun birimler değil. Uygulamaya arkadaşlarım değineceği için onlara değinmek istemiyorum. Yine önleyici tedbirler çok önemli, bu yasanın asıl uzun vadeli şiddet önlemek istiyorsak eğitim çok önemli burada. Şu sayıları

vermek istiyorum. Kanunu aşağı yukarı hepimiz okumuşuzdur, okumamışsak da ihtiyacımız olduğu zaman hangi önleyici kararlar alınabilir göreceğiz. Ancak bu kanun uygulanmaya başlandıktan sonra önleyici tedbir kararları 50182 olayda karar alınmış. Koruyucu tedbir kararı da 6774. Bu gerçekten büyük bir rakam. Bunların tabii içeriğın bilebilme-miz lazım hangi konularda diye. İstanbul'da 10856 karar alındı. Bunun 1615'i İstanbul Barosu Adli Yardım Bürosu üzerinden avukat ataması yoluyla alınan kararlar. Demek ki Kanun uygulanıyor. Fakat zorlukları aşamadığımız için şiddet daha da artıyor diyenler var. İşte Kanun çıktı ama neler oldu gibi. Evet şiddet mağdurlarının sayısı gerçekten arttı, kadın cinayetleri giderek artıyor, bu var mıydı, şimdi mi arttı bu tartışılabilir ama bu alanda çalışan bir arkadaşınız olarak şunu söyleyebilirim, bunlar vardı, farkında değildi insanlar. Onun için farkındalık yaratmak işte baroların da görevi, sivil toplumun da görevi. Şiddetin önlenmesin-de iki yolumuz var. Bunları iyi kullanmalıyız diye düşünüyorum. Kısa vadeli koruyucu önlemler tabii ki yine önemli. Yasayı uygulayacak olan kamu kurumu yahut da diğer ilgililere yasa iyi anlatılmalı, bunu en iyi barolar yaparlar, gözlemim öyle. İstanbul Barosu'nu biliyorum, İzmir Barosu'nu biliyorum, daha doğrusu Türkiye Barolar Birliği çatısı, altında bilmiyorum üyesi var mı aranızda, TÜBAKKOM, duydunuz mu bilmiyorum, Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu, 2000 yılında kurulan, ortak programlar yaptığımız için bunların eğitimi ger-çekten avukat arkadaşlar açısından çok yaygınlaştırılarak sürdürülüyor. Evet bir TÜBAKKOM üyesi arkadaşım da yanımda. Uzun vadeli ise, şimdi herkes şiddetle mücadele için çalışıyor, üstüne düşen düşmeyen çalışıyor diyebilirim. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu da çok büyük kapsamlı bir araştırma yaptık, raporlar istedi, hepimiz gönderdik. Bizlerin talebi şu oldu, okul öncesinden başlayarak şidde-tin olumsuz etkileri konusunda farkındalık yaratmak. İşte bu Kanunun asıl ana amacı da o. Eğitime destek vermek ve Milli Eğitim Bakanlığı ile Aile Bakanlığı'nın koordinasyonunu kurduğu bir merkez tarafından yönetilmek. Bu gerçekten yasayı iyi kullanmak için bir yol. Farkındalık yaratmak için belediyeler de çalışıyor arkadaşlar. Asıl biz Yasa'yı uy-gularken burada erkek meslektaşlarım da çok ama gerçekten bir erkek egemen zihniyet bütün dünyada hakim. Bunu açıkça söylemek lazım. Bunun değişmesi işte demokratikleşme ile olacak. Aile toplumun en temel bireyi ise aile içinde o uyum demokratik yapıyı kurabilmek için de zihniyet değişikliğine ihtiyaç var, kadına bakış açısı, erkeğe bakış

açısı. Bütün bunlar çünkü çocuklarımıza yansıyor. Kısırdöngüyü kırmak için zihniyet değişikliği en temel nokta. Bakanlık da bu konuda umarım söylediği şeyleri yapabilir. Çünkü önemli projeler var. Şimdi bir şey var ki yönetenler gördüğünüz gibi yasama, yürütme ve yargının erkleri buluşmuş, tabii kadın araştırmalarında, kadın hukukunda çalışan birisi olarak gazeteyi aldığım da erkekler buluştu diye okudum. Gerçekten masanın etrafı, Türkiye'yi sadece böyle yönetiyorsak ve Bakanlar Kurulu'nda da tek kadın var, onun da aklında kadın yoksa kadına bakış açımızı nasıl düzelteceğiz bilmiyorum. Ben bununla sınırlamak istiyorum fakat bu yasa gerçekten çok önemli, amaca uygun kullanırsak büyük değişim yaratır, sadece koruyucu önlemler açısından değil, önleyici önlemler açısından sağlanmalı. BU arada biz hukukçulara düşen görev de sanırım bilgilendirme, bilinçlendirme çalışmalarını çok iyi yapmak. Çünkü canı yanan insan çok kötü kullanıyor her alanda olduğu gibi bu yasayı. Aile mahkemelerini iş yüküyle ne yazık ki baş başa bırakıyoruz. O zaman bu yasa çıktı ne oldu diyeceğiz sonucunda. Umarım iyi kullanılır ve belli bir yol alınır. Çok teşekkür ediyorum.

Av. Senay Ertem: Sayın Nazan Moroğlu'na çok değerli katkıları için teşekkür ediyoruz. Gerçekten Nazan Hanım'ın söylediği gibi bu kadar yoğun çabaya rağmen ciddi anlamda bir şiddet olgusu ile karşı karşıyayız. Ve ne yazık ki sayılar bu mücadeleyi doğrulayan sayılar değil. Televizyonda, yazılı basında hemen hemen her gün bir güncel haberin yanında mutlaka şimdi ayrıca bir kadına yönelik şiddetle ilgili bir habermiz var şeklinde bir duyurunun yaşanmadığı, duyulmadığı gün hemen hemen yok gibi. Tabii bu yılları alan mücadelenin daha sonrası da var. Bu mücadele mutlaka devam edecek. Ama bu adımlar, yapılan yasa çalışmaları olsun, uygulamaya yönelik çalışmalar olsun, sonuçlarını mutlaka verecektir diye düşünüyorum. Ben değerli yargıcımızın, Sayın Şerafettin Şanver'in gerek 4320 sayılı Yasa döneminde gerek 6284 sayılı Yasa döneminde, Yasa'nın aradığı ruha ve amaca uygun yorumlar yaparak kararlar verdiğini, bu konuda cesur adımlar attığını biliyorum. Ben bu konuda sözü kendisine vererek deneyimlerini paylaşmasını istiyorum.

Şerafettin Şanver: Teşekkür ederim Sayın Başkan. Önce tüm meslektaşlarıma saygılar sunuyorum. 4320 sayılı Yasa ilk yürürlüğe girdiğinde Nazan Hanım'ın bahsettiği gibi sadece eşler arasındaydı. Fakat

bunun ihtiyaca cevap vermediği görülünce, 2007 yılında, aynı çatı altında yaşayan aile bireyler olarak değiştirildi ve evlilik bağı korundu. Aynı çatı altında yaşamasalar bile yirmi yıl ayrı yaşasalar bile bu yasa uygulanır durumdaydı. Fakat evlilik bağı olmayan kişiler zor durumdaydı ve bunun da adliyede birçok yansıması vardı. Kanunun çıkış amacı hem aileyi korumak hem şiddeti önlemek olduğuna göre bir yorum yaptık. Uluslararası sözleşmeleri kendimize rehber edindik. Ve Türkiye'de ilk karar verenlerden biri olduğumu düşünüyorum, diğer adliyelerin verdikleri kararları tam olarak bilmediğim için. Örnek, bir davada, velayet davası, bir kız çocuğu var yedi yaşında velayet annede. Anne başkasıyla arkadaşlık yapmaya başlıyor, anne eğitimli bir kadın, öğretmen kendisi. Birlikte yaşamaya başlıyorlar, birkaç ay geçiyor kadına kötü davranmaya başlıyor. Kadın da bundan ayrılmak istiyor, eski koca kadının başkasıyla yaşadığını duyuyor. Velayet davası açıldı. Velayeti al bana ver, karımın yaşantısı uygun değil şeklinde. Fakat kadın da ayrılmak istemesine rağmen, adamı da evden kovmasına rağmen adam rahat vermiyor. Kapıları tekliyor. Öğretmenler odasında kadın öğretmene dayak atacak şekilde davranıyor. Ve bu üçüncü şahısla ilgili davayla sorumlu olmamasına rağmen bir karar verdik. Karara itiraz oldu reddettim. Ve o kadın bundan yıllar sonra gelerek teşekkür etti. Siz benim hayatımı kurtardınız, ben çocuğumu babaya vermemiş oldum hem de kendim korundum. Bu tür ihtiyaçlar tabii biz hakimleri ikiye böldü açıkçası. Özellikle Ankara'da. Bir kısım hakim arkadaşımız bu tür kararlar vermeye yanaşmadılar. Yasada yok dediler. Benim gibi düşünen bazı arkadaşlar ise eski eş, eski nişanlı, eski sevgili ne ise şiddet görebilme ihtimali varsa bu kararları verdik. Bunda hiç mahsur da görmedik, yetkimizi aştığımızı da düşünmedik. Çünkü o karar verildiği zaman ve yerine geldiği zaman korumaya aldığımız gibi karşı taraf da korunmuş oluyor bir yerde. Çünkü o karara muhalefet etmediği takdirde suça bulaşmamış oluyor. O kararı aldığı zaman düşünüyor. Nasıl deriz, bir laf söylemeden önce bir yutkunun, ona kadar sayın ondan sonra söyleyin söyleyebilecekseniz. O ani, fevri hareketlerin birçoğunun önüne geçtik diye düşünüyorum. Tabii bu şekilde kararlar vermek yasa yapıcı da bu işle ilgilenen kadın hakları derneklerini de, kurumlarını da hareketlendirdi bir ölçüde. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nı cesaretlendirdi ve kapsam olabildiğince genişledi. Bu kapsam bu kadar genişledi fakat uygulamada birçok sorunla karşı karşıyayız. Ve şunu rahatlıkla söyleyebilirim, bulunduğumuz bir adliye binası, şurada en

yetkili, en güçlü hukuk adına ne ağır ceza başkanıdır, ne başsavcıdır ne de başka görev yapan arkadaşımızdır. Yetki olarak bizim yetkimiz hepsinin üzerindedir. Çünkü biz belgeye dayanmadan, beyana göre karar veren kişileriz. Durum da böyle olunca bu kararları verirken de çok dikkatli olmak lazım. Biz sadece kadınların korunmasına yönelik kararlar vermiyoruz, erkeklerin korunmasına yönelik de kararlar veriyoruz. Çünkü bazı kadınlar erkeklerden beter. 6284 sayılı Yasa'nın adının değiştirilmemesine Nazan Hanım az önce değindi. Biz de Bakanla toplantımızda söyledik. Dedik ki bu bir marka haline gelmiş, artık biliniyor. Buzdolabı deyince nasıl Arçelik akla geliyorsa, kadın, şiddet vs. kelimeleri geçti mi 4320 çok bilinen bir rakamdı. Fakat maalesef değiştirdiler. 6284'de 4320'de olmayan, yeni getirilenler neler diye şöyle bir bakarsak, hakime verilen görevler açısından söylüyorum, mağdurun iş yerini değiştirme, mağdurun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi, gizlenmesi, mağdurun şehrinin değiştirilmesi, tedbir kararı verilen kişinin elektronik takip yöntemiyle takip edilmesi, kolluk güçlerine müdahale ve koruyucu karar verme yetkisinin taşınması, mülki amirlere koruyucu tedbir alma yetkisinin tanınması, delil ve belge aranmaması, ki bu yasa çıkmadan önce arkadaşlarımız, doktor raporu yok şiddet gördüğünü nereden bileyim diyordu, reddediyordu. Karara aykırılık halinde aile hakimleri tarafından hapsine, zorlama hapsine karar verilmesi. Daha önce bizim hapis cezası verme yetkimiz yoktu. İhlal olduğu zaman sulh ceza mahkemesi yargılama yapıp karar veriyordu. Aile konutuna şerh konulması, koruma kararının uygulanabilmesi için aleyhe karar verilenin tefhim veya tebliğ edilmeden kararın yürürlüğe girmesi. Bunlar yeni getirilen değişiklikler. Burada ihlal olduğu zaman yapılan ne? İhlal hangi mahkeme karar vermişse ihlal o mahkemeye gönderiliyor, ilk ihlalde üç günden on güne kadar, ikinci ihlalde on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsine diye bir kavram getirdiler, kimse bilmiyor, ben de bilmiyorum. Hapsin zorlaması eski işte hafif hapis, ağır hapis cümlesinden gibi zorlama hapis nedir? Ayrı bir muamele mi yapıyorlar cezaevinde onu bilmiyoruz. Bu zorlama hapsi verirken de bir problem var. Burada da arkadaşlar ikiye bölündü. Bir kısmı diyor bu ceza yargılamasıdır. Ben duruşma açacağım veya sanığı dinleyeceğim. Ondan sonra karar vereceğim, gerekirse delil toplayacağım tanık dinleyeceğim. Bir kısım hakim arkadaşlar, ben de öyle düşünüyorum, belki yanlış düşünüyorum. Bu kanun özel bir kanundur, amaca hizmet etmek için çıkarılmıştır. En etkili, en süratli tedbirler nasıl alınabilecekse, o kişi eylem-

den nasıl caydırılabilecekse yapılması gerekli düşüncesi, eğer düzenlenen evrakta, zabıtlarda, alınan ifadelerde ihlal açıkça görülüyorsa önceki karara ben evrak üzerinden hapis cezası veriyorum. Ve bu hapis cezasını yalnız tebliğ ediyorum. O zaman arıyorum sanığı, öncesinde aramıyorum. Tebliğ ediyorum, bir itirazı varsa diğer mahkeme o itiraza bakıp değerlendiriyor. Duruşma açmanın şu sakıncası var. O sanığı nereden bulacağız, sanığa nasıl tebligat yapacağız, sanığa nasıl duruşmaya çağıracağız. Ve yasanın çok büyük eksikliği bu hapis cezasını düzenlerken bir madde koymuş, uygulaması, usulü yok. HMK'daki yanılmıyorsam 398 midir tedbiri, tedbirle ilgili her mahkeme cezai karar verebilir. Bunun uygulaması nasıl olacak? Ceza usulü mü uygulanacak, başka bir usul mü uygulanacak, savunma alınacak mı alınmayacak mı, zamanaşımı nedir? Burada zamanaşımı ne bilen yok. Duruşma açtık, sanığı arıyoruz. Kaç yıl arayacaksınız, o dava bizde ne kadar kalacak? Bunu takip etmenin imkanı yok. Bir de bu zorlama hapsinde uygulamada şu var. Ceza vermişiz, kesinleşmiş fakat infaz olmamış o aşamada kararı koca el ele geliyor, hapis cezasını kaldır. Biz barıştık. Burada da ikiye bölündük. Bir kısım hakim arkadaş diyor ki bu ceza yargılamasıdır ve ceza kesinleştiğine göre bir şey yapamam. Bir kısım hakim diyor ki, bu cezayı hangi yasaya göre verdim ben, ailenin korunması, kadına karşı şiddetin önlenmesine dair yasaya göre verdim. O ikinci cümle kadına karşı şiddetin önlenmesine dair verdiğim cezayı, bu sefer ailenin korunması adına kaldırıyorum. Şimdi tabii bu farkındalık asıl yansımalar, yapılan bir sürü baroların toplantıları, özellikle derneklerin toplantıları ve Kanun kapsamının genişlemesi, kendi mahkemem için söyleyeyim, 2011'de 157 talep varmış. 20 Mart yürürlük tarihi yanlış hatırlamıyorsam geçen sene 6284, yılsonuna kadar 765 olmuş, bu tek mahkemenin. On bir mahkeme yaklaşık 8-9 bin talep almış. Bu sene binin üzerinde bekliyoruz. Dolayısıyla personel aynı, hakim aynı, kalem büyüklüğü aynı, duruşma salonu aynı ve bin dosyayı kucağımızda buluyoruz. Ve bir kerede karar vermekle kurtulduğumuz dosya değil bunlar. Çok basit iki dakikada yapmak iş gibi görünüyor ama işte dediğim gibi kesinleşen cezadan bile kurtulamıyorum. Kaldır diye geliyor çünkü. O dosyayı kenara koyma şansım yok. Elektronik takip yöntemi dediler, yasaya koydular, karar verdim, savcı dedi nasıl uygulayacağız? Bana ne nasıl uygularsan uygula, Kanun'da yazıyor. O da gitmiş Aile Politikalar Bakanlığı'na sormuş. Demişler Yönetmelik çıktıktan sonra olacak. Yönetmelik çıktı yine takip cihazı yok piyasada. Bildiğim tek

Bursa'da pilot olarak uygulanmaya başlandı. Birkaç kişiye takıldı herhalde. Şimdi mahkemelere bu talepler nereden geliyor. 1) Olayın mağduru tarafından, 2) Savcılık tarafından, 3) Kollukça alınan kararların onaylanması yoluyla geliyor. Açılan boşanma, velayet gibi davalarda, hasımlı davalarda tarafların isteği üzerine geliyor, bir de Bakanlık da müracaat yetkisi verilmiş Kanun'da fakat Bakanlıktan ben şimdiye kadar geldiğini görmedim. Biz savcılık veya kendi elimizdeki dosyadan ya da mağdurun kendisi tarafından getirilenlerde her zaman evden uzaklaştırma vermiyoruz. Olayın ciddiyeti ağırlığı tartışılıyor. Görebiliyoruz bazı şeyleri. Hatalı verdiklerimiz de vardır ancak en büyük sıkıntı kolluktan gelenlerde. Kolluk her halükarda evden uzaklaştırma veriyor. Evden uzaklaştırma veriyor, 24 saat içinde hakim onayını al, almazsan geçersiz. Hepsisi de getiriyor zaten, bekletmiyorlar, kimse sorumluluk almak istemiyor. Onaylama için geldiği zaman biz noterlik görevi yapıyoruz. O evden uzaklaştırmayı polisin vermesi üzerine ben kaldırırsam diye düşünüyorum ya bir şey olursa bu sefer polis diyecek ki biz evden uzaklaştırdık ama mahkeme kaldırdı, gitti öldürdü. Dolayısıyla onaylamak zorunda kalıyoruz. Bu da hakimler üzerinde ayrı bir baskı. Yalnız süreleri kısa tutmaya özen gösteriyoruz. Kendi verdiğimizde altı ay veriyorsak, emniyetten gelende bir ay veriyoruz. Tabii Nazan Hanım altyapı eksik dedi. Hangi yasamızda altyapı var ki? Çıkıyoruz işte, sığınma evi açılacak, o yapılacak bu yapılacak, ama şunu da açıkça söyleyelim ki bu ülkede kadından çok erkeklere sığınma evi lazım. Kadını evde bırakıyoruz zaten, nafaka da bağlıyoruz, elektriği suyu da ödüyoruz. Adam nerede kalacak? Maalesef yani bu yasanın uygulamasında çok ciddi sıkıntılar var. Fazla uzatmayayım, Ömer Bey'i çok bekletiyoruz. Tabii ki bu yasada eğer infazda çocuklar ve kadınlar zarar görüyor fakat erkeklerin de zarar gördüğünü bir kez daha söylemek istiyorum. Bunu önlemenin bir yolu var mı? Bence kadına şiddeti önlemenin hiç yolu yok. Polisiye tedbirlerle, adli tedbirlerle bunu önlemek mümkün değil. Bir tanesini önlersin, iki tanesini. Bize yeter diyorsanız tamam. Ama nasıl önleriz? Elli yıl sonrasını düşünürsek önleriz. Ama bu ülkede hala ayetleri çevirip de kadına vurmak Kuran'da var, bu doğrudur, buna hayır demiyoruz diyen din adamları olduğu sürece ve buna inanan kadınlar olduğu sürece bunu önleyemeyiz. Nihayetinde şiddet uygulan erkeği de yetiştiren bir kadın değil midir? O kadın bakış açısını değiştirmedeği sürece, değiştiremediğimiz sürece şiddet yapan, şiddete meyilli olan erkeği yetiştirmeye devam edecektir. Bebeklikten

başlamak lazım. Kendi çocuklarınızdan pay biçin. Bir kere erkek milletine şunu öğretmek lazım, hayır hayırdır. Bu da nereden geliyor, bebeklikten geliyor. Arkadaşının oyuncağını alıyor, onun yanlış olduğunu söylemiyoruz. Ya da kız kardeşinin oyuncağını kırıyor erkeğe bir şey yok. Ama kız çocuğu yaptıktan sonra yapıştırıyorlar tokadı. Hayır öğretmek lazım. Bir kadın hayır dediği zaman bir erkeğin iki adım geriye gitmesi lazım. Bundan on gün önce bu Yasa kapsamında verdiğim bir kararı okumak istiyorum size. Davacı vekili, davacının lise mezunu olduğunu, 2013 yılı üniversite sınavlarına başvurduğunu ancak davalılar, buradaki davalılar iki ağabey ve baba, okunması istenmediği için sınavlara girmesini engellenmeye çalışıldığını, davacının da gözaltında tutulduğu yerden kaçarak polise sığındığını, Muğla'da bulunan huzurevine getirildiğini, ancak ailenin bu yeri tespit sebebiyle polis tarafından Ankara'ya getirildiği ve sığınma evinde barındırıldığını, Muğla'da sınava girmesinin mümkün olmadığını Ankara'da bir sınav yeri belirlenmesi gerektiğini ifade etmiş. Davacı için Ankara'da bir sınav yerinin belirlenmesini talep etmiştir. Bu öğrencilerin sınav yerleri belli olduktan sonraki bir olay. Dosyanın incelemesinde Ankara 3. Aile Mahkemesi'nin değişik iş sayılı dosyasıyla, davalıların davacı Bahar'a yaklaşmamasına, kimlik ve diğer bilgilerinin değiştirilmesine, 125 TL nafakaya, davalıların davacıya altı ay süreyle yaklaşmama kararı verildiği anlaşılmıştır. Mevcut koruma kararı davacının kimlik bilgilerini değiştirecek kadar davalılar tarafından rahatsız edilmesi karşısında Muğla ilinde belirlenen okulda davacının sınava girmesi uygun görülmediğinden talebin kabulü ile Ankara ilinde bir okulda sınava girmesinin sağlanmasına, gereğinin yapılması için ÖSYM'ye yazı yazılmasına demişiz. Yazdık yazıyı da, okul yeri de değiştirildi. Bunu da bilgi olarak sunalım. Evet kısaca birtakım şeylerden bahsettik ama dediğim gibi bu sorunu çözmek yine kadınların omuzlarında, bizim hiçbir sorumluluğumuz yok, hepimize teşekkür ediyorum.

Av. Senay Ertem: Sayın Şanver'e bu uygulamaya getirdiği açılım nedeniyle teşekkür ediyoruz. Gerçekten Yasa'nın eksikliklerine ve aksaklıklarına ama bu arada getirdiği bazı artılara rağmen uygulamada yargıçlarımızın olaya bakış açısıyla, özellikle Sayın Şanver gibi, göreceğiz daha sonra Sayın Ömer Uğur Gençcan'ın da aynı doğrultuda düşündüğünü zannediyorum. Bu yaklaşımdaki yargıçlarımızın uygulamalarının ben bizim işimizi daha kolaylaştırdığını gelecekle ilgili

umutlarımızı arttırdığını düşünüyorum ve bu konuda bir örnek de bende var. Bu daha önce biliyorsunuz biraz evvel Nazan Moroğlu bahsettiler, Ayşe Paşalı sırf evlilik bağı olmadığı için koruma kararı verilmediğinden, canından oldu, öldürüldü. Şu anda epeyce ilerlemiş bir noktadayız. Birlikte yaşayan bir kadına bir mahkememiz nafaka verdi, bu 6284 sayılı Yasa kapsamında. Hamile olduğu belirlenen bir kadına birlikte yaşadığı kişinin şiddet uygulayıp terk etmesinin ardından talep üzerine koruma kararı süresince nafaka verilmesi kararına hükmetti. Yine başka bir mahkememizin verdiği bir karar. Çok güzel bu da eğitime yönelik önleyici tedbirlerden, yukarıda sıralamış diğer tedbirleri ama bir tanesi çok çarpıcı, öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak, tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına. Bu da bana göre son derece umut verici bir karar. Bu şekilde kararlar var ama, bir de daha önce 4320 sayılı Yasa döneminde verilmiş bir karar vardı. Ben bunu hep yanımda taşıyım. Diğer koruma önlemlerinin yanında şöyle bir madde var. *"Şiddete ve korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması ve devamla eşini dini görevlerini yerine getirmesi konusunda zorlamaması."* Bu da çarpıcı bir karar. Bizim yargıçlarımızın bu konuda çok büyük sorumlulukları olduğunu düşünüyorum. Her ne kadar bu kararlar temyize kabil kararlar değilse de Yargıtay'ın denetimine tabii değilse de, tabii ki de Yargıtay'ımızın bu konuya yaklaşımı vardır, bu konuda düşünceleri vardır. Ve biz de bunları bu konuda hem üst merciinin üyelerinden biri olan Sayın Ömer Uğur Gençcan'dan dinleyelim. Buyurun Sayın Gençcan.

Ömer Uğur Gençcan: Teşekkür ederim Değerli Başkan. Değerli konuklar öncelikle sizleri saygı ve dostlukla selamlarım. Ben diğer barolarda da konuşma yaptığım için tanıdığım avukatlar var. Uşak Barosu'ndan, Muğla Barosu'ndan gelen avukatlara hoş geldiniz diyorum. Türkiye Barolar Birliği'ne ve İzmir Barosu'nun Seçkin Başkanı'na da beni bu kadar güzel insanla bir araya getirdiği için teşekkür ediyorum. Ben hukuk fakültesini 35 sene önce bitirdim. 1979 yılında Ekim ayında Salihağa İşhanı'nda başvurarak ilk altı ay hakimliğe sayıldığım için, benim idealim hep hakim olmaktı, avukatlığı hiç düşünmemiştim, altı aylık bir avukat kimliğim olmuştu, o kimliğimi hala özenle saklıyorum. İzmir Barosu'nda stajyer avukat olarak bir resmim de duruyor. Karşıyaka Ortaokulu mezunuyum. İzmir Namık Kemal Lisesi mezunu-

yum, İzmir hakim adayyım, İzmir Karşıyaka nüfusuna kayıtlıyım, iyi bir İzmirliyim. İzmir'e 5 Nisan 2003'te gelmişim. Hesapladım tam on sene olmuş, 65 yaşıma on sene var, on sene sonra bir kere daha gelme hakkım var.

Şimdi şiddet çok boyutlu olduğu kadar aynı zamanda çok türlü bir kavram. Bu sebeple öncelikle şiddetin bir tanımının yapılması zorunlu olmaktadır. Şiddet, kişinin onuruna, bedensel bütünlüğüne, özgürlüğüne, yaşama hakkına, güvenliğine ve cinselliğine yönelik zorlayıcı, saldırgan ve tecavüzkar davranışların bütünüdür. İster kamusal alanda, ister özel yaşamda meydana gelsin, bu yönde oluşan fiziksel, cinsel, psikolojik, acı ve ıstırap veren ya da verebilecek olan, cinsiyete dayalı bir eylem uygulama ya da bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma dahil şiddet olarak tanımlanabilir. Kanun da şiddeti tanımlamıştır. *"Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranıştır."* Şiddet aynı zamanda evlilik birliğin temelinden sarsılmasına sebebiyet veren bir olgu olduğu için aile hukuku bağlamında bir boşanma sebebidir. Dolayısıyla biz zaten bu şiddet eylemlerini kategorize etmek suretiyle aynı zamanda bu Kanuna konu olan şiddeti tamamını aynı zamanda bir boşanma sebebi olarak da kabul ediyoruz. Ben şimdi bu tanımlamaya baktığımda benim kendi eserlerimde eklediğim iki kategori daha var. Görsel şiddet ve sosyal şiddet adı altında da benim iki kategorim var. O kategorilerin de yorum yoluyla en azından şiddet kavramı içerisine alınması gerektiği düşüncesindeyim. 1998 yılında yürürlüğe giren 4320 sayılı Kanun aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla hazırlanmış ise de özellikle kapsam bakımından yetersiz kaldığından pek çok yakınmalara sebebiyet verdi. Ve 4320 sayılı Kanun en temel insan hakkı olan yaşama hakkının korunması konusunda maalesef yeterli olamadı. Özellikle artan kadın cinayetlerinin oluşturduğu sosyal baskı, psikolojik baskıyla da bunlara bir son verilmesi gerektiği yönündeki kamuoyu baskısıyla da 6284 sayılı Yasa kabul edilerek yürürlüğe girdi. 4320 sayılı Kanun'un aile kavramına dayalı olarak düzenlendiği için, örneğin boşanmış eşler arasında bile uygulanamaz bir statüde idi. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair

Kanun'un, boşanmış eşleri koruma kapsamı dışında tutması garabetini de biz anlamakta Yargıtay olarak güçlük çekmekte idik. Hemen belirtmek gerekir ki aile içi şiddeti önleme konusunda reform niteliğinde yasal bir düzenleme olan Sayın Şanver'in güzel tabiriyle de marka olan 4320 sayılı Kanun'un temel amacı da sadece aile içi şiddete uğrayan bireyi ortak alandan uzaklaştırarak gerekli tedbirleri almaya yönelik olarak bir aile içi şiddetin önlenmesi hedefleniyor idi. Ve tanımlama yaparken de bütün aile hakimlerini uyarıyordu. Bakın ben sadece bunların korunmasını istiyorum. Aile içi şiddete maruz kalan eşi, çocuğu koruyabilirsin. Aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini de koruyabilirsin, bu çatı lafi yeni kanunda kalktı artık çatıya falan bakmıyoruz, mahkemece ayrılık kararı verilen ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan ya da evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerine şiddet uygulayan eş ve diğer aile bireylerine yönelik olmak üzere bu Kanunu uygulayabilirsin dedi. Bunu biz demedik. Aile hakimlerinin elini kolunu biz bağlamadık. Yazaydınız oraya boşanmışları da korusaydı, onları da korurlardı, biz mi engelledik. Bu sebeple de biz bu Kanun kapsamında gelen kararların temyiz yolunun kapalı olduğunu kabul ettik. Ama baktık kanun kapsamında olmayan kişileri de koruyor. O kadar da değil dedik. Çünkü biz pozitif hukukun uygulanmasını denetlemekle yükümlüyük, bizim anayasal görevimiz. Biz dedik ki eğer, kapsam dışında kalan kişileri koruyor isen biz bunu denetleriz ve bunu bozarız. O karara karşı temyiz yolu açıktır dedik. Bizim bu sıkıntılarımız ortadaydı. Zaten sıkıntı vardı ki kanun değiştirilmeye kalktı. 6284 sayılı Kanuna ilişkin olmak üzere Meclis'te oluşan komisyona Yargıtay temsilcisi olarak ben katıldığımda ya ne olur dedim, kimi korumamızı istiyorsanız yazın. Hepsini yazın buraya. O kadını mı bu kadını, kimi korumak istiyorsanız yazın, korunsun. Bu sözümüz üzerine çok tereddütlü de olundu mesela kanunun adı bile bakarsınız Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine. Erkek deyince kocalar geliyor akla. Halbuki Adana'da cezaevinde bir sürü erkek çocuğun ırzına geçildi biliyorsunuz. Şimdi biz bu çocukları korumayacak mıyız? Bu erkek çocukların ne kabahati var? Biz bunları da korumalıyız değil mi? Yani adı kadına karşı dendi. Adıyla içi hiç örtüşmedi. Zaten şimdi onu anlatacağım, adı böyle ama, dediler ki bakın şunları koruyacaksınız. Gene aile hakimlerine hitap ediyor. Şiddete uğrayan ya da şiddete uğrama ihtimali olan kadınları koruyabilirsin. Şimdi bu kategorileri tek tek anlatayım ki biz Yargıtay olarak kimlerin korunabileceğini bu kanuna

göre olan bakış açımızı ben kendi kişisel görüşüm olarak söyleyeceğim. Benim söylediklerimin tabii Yargıtay'ı bağlayan bir durumu yok. Çünkü oylanıp bir içtihadı dönüşmediği sürece bu benim kişisel görüşüm olmaktan öte geçemeyecek. Kanunun üslubu aynen şöyle: Diyor ki; *"Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların,"* Şimdi kadınların üzerinde dersimizi çalışalım. Bana böyle deyim yazarsan ben işte bu kadar kadını korurum arkadaşlar haberiniz olsun. Evli bütün kadınları korurum, evlenmemiş bütün kadınları korurum, boşanmış kadınları korurum, genç kadınları korurum, genç olmayan kadınları korurum, engelli kadınları korurum, engelsiz kadınları korurum, dini nikahlı kadınları korurum, eşcinsel kadınları korurum haberiniz olsun. Sınırlamamış *"kadınları"* demiş. Ama diğerlerine gelince kategori yaratacak. Dolayısıyla ben bu düzenlemeyi alkışlarım ben zaten bunu istiyordum, bizi aile hakimlerinin kararlarını bozmak zorunda bırakmayın. Devam edelim, ama bu noktada önüne bir de takı koydu, onu da gözümüzden kaçırarak değiliz. Kadın şiddete uğramış ya da şiddete uğrama tehlikesi bulunan bir kadın olsun yeter ki. Görüldüğü üzere korunacak olan kadınlara yönelik olarak sosyolojik, biyolojik, fiziksel, dinsel, ekonomik, bölgesel özellikler, cinsel tercihler, siyasi görüşler, kültürel roller, medeni haller, toplumsal statüler, etnik kimlikler gibi hiçbir ayırmamaya kadınlar açısından yer verilmiştir. Demek ki ikinci madde hükmüne göre yalnızca kadın oldukları için uygulanan ve kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu konuda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışın açıklanması açıkça ifade edilmiştir. Bu şiddet kavramıyla sanmayın ki sadece fiziksel şiddete uğrayan kadınlar korunacak. Söyleyeceğim çok önemli. Aile mahkemesi hakimi arkadaşlarım bunu zaten çok başarılı yapıyor gene de söyleyeceğim. Yani ekonomik şiddete uğrayan kadına da 6284'ü uygulayabilirsiniz, sosyal şiddete uğrayan kadına da uygulayabilirsiniz. Yani biz şiddet deyince aklımıza bir fiziksel, iki cinsel geliyor, diğerleri gözden kaçıyor. Diğer tüm şiddet sebeplerine konu olan kadın korunabilir. Bu sebeple bütün kadınların koruma kapsamına alınmış olmasını alkışlıyorum. Gelelim virgülden sonraya devam ediyoruz. Virgülden sonra "çocukların" dedi. Çocuklardan kim anlaşılacak, bu da çok önemli. Ben böyle dediği için herhangi bir sınırlama yapmadığı için söyleyeceğim bu çocukların tamamını aile hakimlerinin koruyabileceğini söylüyorum. Erkek çocukların tamamı, kız çocukların tamamı, üvey çocukların

tamamı, evlilik içi çocukların tamamı, evlilik dışı çocukların da tamamı, engelli çocukların, engelsiz çocukların, soy bağı ilişkisi kurulmuş çocukların, kurulmamış çocukların olmak üzere bütün çocukların, çocuk kategorilerinin bu kanun kapsamında korunacağı düşüncesindeyim. Bir virgülmümü daha bitirdik, devam ediyorum. Üçüncü virgülden sonra diyor ki "*aile bireylerini de koruyabilirsiniz*" deyince işin içine aile kavramı giriyor. Aileden ne anlayacağız, aile neye denir, aile nedir, ailenin kapsamını da elbette açıklamak, buna ilişkin anlayışımızı da açıklamak zorundayız. Herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğü var ve aile 41. madde anayasa hükmüne göre de Türk toplumunun temeli ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Özel hayatın ve ailenin gizliliğine kimse dokunamaz. Bunlar temel kurallar. Devlet ailenin huzur ve refahı ile ilgili özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretilmesi için bütün tedbirleri alır ve teşkilatlar kurar diye Anayasa hükmü var. Şimdi ben aile kavramından ne anladığımı size söylemeliyim tabii ki. Ben aile terimini dört değişik anlamda kullanıyorum ve bu dört değişik anlamın tümüne tabii olan kategorideki insanların kanunun tabiriyle bireylerin tümünün korunması düşüncesindeyim. Ben aileyi dörde ayırıyorum. Ben aile hukuku hocalarından adım olarak biraz daha ileri gidiyorum. Bunu olan hukuk açısından, bir tanesini de olması gereken hukuk açısından ifade ediyorum. Olan hukuk açısından dar aile, buna ilişkin olarak buna evlilik birliği de diyorlar, geniş aile buna soy bağı birliği de diyorlar ve büyük aile buna ev düzeni birliği de diyorlar. Ama bir de, bu da anımız olsun aramızda, günü gelince bu duygusal ailenin de hüküm altına alınması gerekir. 6284 sayılı Yasa'daki aile sözcüğünden duygusal ailenin de ben anlaşılması gerektiğini anlıyorum. Dar aileyle karı kocadan oluşan birlik ifade ediliyor. Yani diğer bir ifadeyle sadece eşlerden oluşan birlik ifade ediliyor. Dolayısıyla karı ve koca aynı zamanda dar ailenin bir bireyi olarak korunacaktır. Bu konuda zaten bir tereddüdümüz yoktur. Devam ediyorum, dar aileye çocuklar da katılırsa buna geniş aile deniyor. İşte bu geniş aile içerisinde herkesin, yani soy bağı içerisindeki bireylerin tamamı da korunacak. Aile halinde yaşayan birden çok kişinin bir ev başkanının otoritesine bağlı olarak oluşturduğu topluluğa ise en geniş anlamda aile denir. Bu söylediklerim aile hakimlerine de bir müjdedir. Kapsamı o kadar geniştir ki. Bakın ben kimlerin korunabileceğini ileri sürüyorum. Çünkü aile demıştır, aileyi de aile hukuku kitaplarında geniş aile olarak da, büyük aile olarak da tanımlamıştır. Öyle

dersen ben bunun kapsamına bunları dahi alırım. Nedir biliyor musun? Kan hısımlığı ilişkisiyle bir ev başkanının idaresi altında kalan, kayın ilişkisi sebebiyle, işçilik ilişkisi sebebiyle, çıraklık ilişkisiyle, koruma ilişkisiyle, gözetme ilişkisiyle, o başkanın yönetiminde olan herkesin eğer şiddete uğruyorsa, bu ister ekonomik şiddet, ister fiziksel şiddet, ister sosyal şiddet olsun, bu kanun kapsamına göre aile mahkemesi hakimleri tarafından korunabileceğini düşünüyorum. Bir de işte hukuk alanında kısmen düzenlenmiş, kısmen düzenlenmemiş olan bu tür ilişkileri yaşayan, yaşamış olan kişiler arasında oluşan, oluşmuş aile gibi, aile benzeri davranılmasını gerektiren kategori de var. Bu kategoriye de ben duygusal aile olarak tanımlıyorum. Bu aile hukukunu da günü geldiğinde duygusal aileyi de hayatı geç yakalıyoruz onu da günü gelir yakalarız, bünyesine katacağını söylemek için de kahin olmaya gerek yok. Olması gereken açısından da duygusal ailedekiler kimlerdir? Eski ilişkidekiler, yeni ilişkidekiler ve ayrı yaşayıp ilişkisi sürenler dahi duygusal aile bağlamında 6284 sayılı Kanun'a göre korunması gerekir. Şimdi bir virgülümüzü daha bitirdik devam ediyoruz. *"tek taraflı ısrarlı takip mağduru kişiler"* çift taraflı olmayacak, tek taraflı, ısrarlı olacak, takip mağduru olacak. Ya hiçbir bilgi belge toplamadan karar vermek zorunda olan aile mahkemesi hakimi onun bu kadar özelliğini nereden bilecek? Ben merak ettim bunlar kim acaba diye. Yönetmelik çıktığında tek taraflı ısrarlı takipten bakın şunu anlayacaksınız diye, bu yönetmeliği de 18 Ocak 2013 günü Resmi Gazete'de yayınladılar. Aile hakimlerine diyor ki bakın, tek taraflı ısrarlı takip deyince *"Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış"* tek taraflı ısrarlı takiptir diyor. Ben bu anlamda diğer bir ifadeyle bu açık düzenleme karşısında bir erkek eşcinselin dahi korunabileceği düşüncesindeyim. Yeter ki bu kişi tek taraflı ısrarlı takip mağduru olsun. Değerli arkadaşlarım, tek taraflı ısrarlı takip mağduru derken cinsiyet ibaresi kullanmamış. Bu kanun içerisinde iki yerde bu laşmış erkekler. Bir çocuklar bahsinde, bir de bu ısrarlı takip mağduru olan kişi eğer erkekse, en çok şiddete de erkek eşcinseller uğruyor. Yani öyle değil mi? Ben düşünce olarak şöyle dedim, erkek eşcinsellerin de korunması konusunda destek verme bağlamında da Osmanlılar vakti

gelip de göç edemeyen yaralı leylekler için bile İbrahim Ağa Bin Abdullah Vakfını kurmuş. Yaralı leylekleri bile koruyan bir anlayışın torunları olarak eşcinselleri niye korumayacağız? Değerli Başkanım bir de ben bu Kanun kapsamına bulaşıp konularda olması gerekenler bağlamında dört tane başlığım var. Onları söyleyip sözlerimi tamamlayacağım. Şimdi bu aile içi şiddet önlenemez gibi çok kötümser değilim. Ben hayata hiçbir zaman kötümser bakmadım. Bana göre hayat her zaman iyiliğe ve güzelliğe gidiyor. Ağır gidiyor, kör gidiyor total gidiyor ama valla her şey iyiye güzele gidiyor.

Av. Senay Ertem: Önlenemez demiyorum da ben, sanırım Nazan Hanım da bana katılacak, biraz işimiz zor diyoruz.

Ömer Uğur Gençcan: Hani ümidi kesmemek adına önerilerim var onları arz edeceğim. Yani şunları yaparsak biz bu işi beceririz gibi geliyor. Mesela bunlardan biri ortak velayet konusu Türkiye'nin gündemine artık gelebilir. Mesela boşandılar bakıyorsunuz murafaaya geliyor, bakıyorsun Ege Üniversitesi bilmem ne profesörü, diğer taraf bakıyorsun Hacettepe Üniversitesi bilmem ne profesörü. Altı yabancı dil biliyor, dokuz doktorası var, boşandılar. Çocukları birine veriyorsun. Her şeye de o karar veriyor. Canım ortak versek ne olur, o profesör erkek veya profesör kadın da bu çocuğun geleceği konusunda fikir belirtse ne olur? Koşulları varsa, çocuğun güvenliğini tehdit etmiyorsa velayet ortak düzenlenebilir. Yani ortak velayet kullanılabilir. Hadi onu içine sindiremediniz. Bana gelenler anlatanlar oluyor biz de dinliyoruz. Diyor ki ben okula gidiyorum diyor, boşanmış velayet anneye verilmiş, ben çocuğun notlarını öğreneceğim diyor. Bundan daha masum bir istek olabilir mi arkadaşlar, var mı salonda karşı çıkan? Yok değil mi. Anne tembih ediyor diyor ki velayet bende, babası gelirse sakın karıştırmayacaksınız. Soruyor baba, okul müdürü görüştürmüyor. En azından belirli konularda velayet, ortak velayeti içine sindiremeyebilirsin, ama gidip de çocuğun derslerini sorabilirsin, öğretmenleriyle görüşebilirsin. Hastanede yatıyorsa sağlığı konusunda bilgi alsın. Bu insanca bir şey değil mi arkadaşlar. Mesela bu yapılabilir. Hayallerimi söylüyorum canım korkmayın. Çocuk teslim merkezleri kurulabilir. Herkesin de illa bu merkezde teslimi gerekmez. Öyle bir çocuk teslimi oluyor ki drama dönüşüyor. Ya çocuk teslim merkezlerinde uzmanları bulundurursun, gayet şefkatle, merhametle o onun yüzünü, bu bunun yüzünü görmeden

çocuklar orada alınıp verilebilir icabında, gerektiğinde. Güzel güzel verene lafımız yok ki, bizim sorunumuz ruh sağlığı düzgün olmayanlarla. Bu ruh sağlığı düzgün olmayanlardan çocuk almak kaleden adam çıkarmak kadar zor. Önlenebilecek tedbirlerden biri de budur. Bir de bu da önemli, yani kaş yapayım derken göz çıkarmama adına da mesela bu yorum güzel, yorumlamak hukukçulara ait de biraz da elleri de daraltmak lazım. Mesela örnekleyeyim ben size, madde aynı şöyle: *"Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz."* Ya bunu böyle diyeceğine mümkün olduğunca aranmaz denilebilir değil mi? Bunun konma amacı şuydu: Hakim raporun var mı, o var mı, şahidin var mı diyordu. Ama bu da uç oldu. Aranmaz deyince sormak bile yasak diye bazı aile hakimi algılayabilir değil mi? Algılamaz mı? Delil ibraz etmeye kalktığında hayır delili almıyorum. Benim derdim şu: Eğer kapıda şahidi varsa, elinde belgesi, bilgisi varsa, bunun önüne bir tanecik mümkün olduğunca, ya böyle mutlakiyetçi, ucu kapalı sözcükleri katmamızda fayda var. Ben sözlerimi bağlarken 6284 sayılı Kanun'un taşıdığı güzelliklerin yanı sıra bünyesinde birçok eksikliği de taşıdığı tartışılmaz. Yani göç yolda düzeler mantığının en önde geleni bu 6284 sayılı Kanun'un adının bile yetersiz, eksik, yanıltıcı ve kapsamıyla bağdaşmadığını bize haykırmaktadır. Ama her şeye rağmen bütün hukukçuların oybirliğiyle yetmez ama evet dediği de yadsınamaz. Teşekkür ederim.

Av. Senay Ertem: Sayın Ömer Uğur Gençcan'a çok teşekkür ediyorum değerli katkıları için. Son söylediği yasa ile eksiklik veya aksaklıkla ilgili sözlerine ben de ilave yapmak istiyorum. Malum fiziki koruma verilmesi şeklinde mağdura bir hüküm var 6284 sayılı Yasa'da. Fiziki korumanın da anlamı hepimizin bildiği gibi bir polis marifetiyle takip sağlamak. Ancak bunu birkaç kez yargıçlarımız uygulamıştı, daha doğrusu hala da hüküm olarak veriliyor. Fakat karakola gönderildiğinde infaz içini, dolayısıyla karakol da zorlandığında artık dedi yargıcımız, bundan sonra gelen kararlar hep dedi, bize gelen müracaatların hepsinde fiziki koruma istemiyorum şeklinde beyan alınmış olarak geliyor dedi. Dolayısıyla bunun önünün zaten karakolda kapatıyorlar dedi. Yani her türlü eksikliği ve aksaklığına rağmen, evet işimizi şu an görmeye müsait bazı yorumlarla bazı açılımlarla bizim işimizi kolaylaştıran bir yasa olmakla beraber gerçekten daha iyisini, daha doğrusunu, daha güzelini, daha tamamlayıcı bir yasanın hayatımıza girmesini ümit ederek

ben sözlerimi bitiriyor ve sizlere sabrını için, bu saate kadar gösterdiğiniz için ilgi için teşekkür ediyoruz. Sorular var, eğer soruları soranlar uzaklaşmazlarsa, sanıyorum soruların muhatabı olan konuşmacılarımız size bu konuda katkı sağlayacaklar. Ama galiba biz Sayın Başkanımızı çok yoracağız, size çok soru var Sayın Başkanım. Eğer sizi yormazsak buraya alsak.

Sorular:

Serafettin Şanver: Arkadaşlar bana bir tane soru var. Hapse tazyik de, ki hapse tazyik değil, zorlama hapsi kararlarının ihlalden kaynaklı infaz ediliyor mu? Tabi ki bu kararlar infaz ediliyor. Fakat cezaları biz üç gün, on gün, on beş gün, otuz gün arasındakileri, mesela hakaretse üç gün diyorum ben, vurduysa yedi gün diyorum. Yani oradaki ihlalin ağırlığına bağlı olarak düşünüyoruz hakim arkadaşlarla. Daha hafif olanlar da, diyelim bir mesaj çekti, hakaret de ifade etmiyor ama iletişim vasıtasıyla rahatsız etme demişiz. Bir mesaj göndermiş, merhaba demiş. Buna da artık üst sınırdan ceza verilmez herhalde. Ve infaz da ediliyor. Teşekkür ederim.

Av. Senay Ertem: Teşekkür ediyoruz Sayın Şanver. Sayın Başkanım sizi biraz yoracağız.

Soru: *Kişi kendi eşinin iftirası nedeniyle haksız yere tutuklandığında ve bunun sonucunda beraat ettiği takdirde alacağı maddi tazminatta veya diğer eşin kusuru veya kastıyla çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenecek tazminatta diğer eşin tasfiyede hak kazanması adil midir, değil midir?*

Yusuf Uluç: Şimdi burada Türk Medeni Kanunu'nun 236 olacak, 236, ikinci fıkra "*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.*" Şimdi burada tabii zaman konusunda fazla şeye girmedik. Öncelikle zina konusunda çok sıkıntı var dilekçelerde vs. Efendim diyor 300 bin Dolarımı alıp gidecek mi diyor. Değerli arkadaşlar tamam zina var ortada. Ama boşanma sebebi şiddetli geçimsizlik. Boşanma kararının hiçbir yerinde olsa da sonuç değişmez, hüküm fıkrasında zina nedeniyle boşanmaya karar verilmediği sürece bağlayıcı niteliği yoktur gerekçe de yer almış

olsa bile. Bu toplumun örf ve âdetiyle bağlantılı. Kişilerin genç kızları varsa, genç çocukları varsa, çevresi varsa buna kolay kolay girmez. Bu örf ve adetten kaynaklanan, toplumsal yapıdan kaynaklanan bir şeydir. Ama onu açmıyor. Zina sebebiyle boşanma davasına kimse yanaşmıyor. Mal rejimine gelince de sert dilekçeler yazılıyor. Bizim yapacağımız bir şey yok. Şimdi orada kanun ne diyor, hayata kast nedeniyle diyor. Gene buna dayalı bir boşanma olması lazım. Aksi halde yine aynı şekilde. Dolayısıyla hiç şüphesiz vicdanları sızlatabilir, bu zaten raporlarda okudum, bir siyasi partinin ısrarı üzerine kurulmuştur. Onun tabii ismini veremeyiz. O nedenle adil değil ama gerçektir bu.

Soru (Av. Fatih Karamercan): 221 maddeyle ilgili. Taraflar serbest meslek kazançlarını kişisel mal olarak belirleyebilirler mi?

Yusuf Uluç: Kişisel kazanç değil de, kişisel malların gelirini edinilmiş mal o zaten, onun bir hükmü olacak, şimdi tam maddesini hatırlamıyorum. Sözleşmeyle 221. "Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler." Sözleşmeyle.

Soru: 239'la ilgili. Bu madde kapsamında erteleme istenecek sürenin en son zamanı nedir? Taraflardan birisi tasfiye kararının icrası aşamasında bu madde kapsamında erteleme isteyebilir mi, isterse görevli mahkeme neresi olacaktır?

Yusuf Uluç: Mahkeme aynı mahkemedir. Süreyi hakim tayin edecektir orada, makul süre olacaktır.

Soru: Hakim 200 bin TL alacağına hükmetti. Taraflardan birisi arkadaşını veya başka birisini taşınmazını teminat olarak gösterdi, hakim de erteleme kararı verdi. Erteleme kararının süresi doğal olarak somut olayın özelliğine göre değişecektir. Ancak hakim teminat karşılığında bir yıl erteleme kararı verdi. Taksit de olabilir, bir kereliğine de olabilir. Burada işleyecek faiz taraflar arasında anlaşma yoksa yasal faizdir. 200 bin TL bir yıl sonra 18 bin TL faizle 218 bin TL olacaktır. Ama evin sürüm değeri 218 bin TL'nin üzerinde olacaktır. Bu duruma borçlu eş avantajlı olmayacak mıdır? Burada bir hususa daha dikkat çekmek istiyorum, eş faiz talep etmemişse, HMK 26. Madde uyarınca taleple bağlılık gereğince mahkeme faize hükmedemez denilmektedir.

Yusuf Uluç: Faiz isteği yoksa zaten taleple bağıllık ilkesi devreye girer. Karamerican kaç tane sorun var?

Soru (Av. Nermin Teomete): *Tapuda İntifa hakkı tesis edilirken taşınmazın emlak değerinin 2/3'ü olarak kabul ediliyor. Dava tarihindeki taşınmazın 2/3'ü esas alabilir mi, daha adil olmaz mı?*

Yusuf Uluç: Nerede yazılı, pardon.

Av. Nermin Teomete: *Bir taşınmaz alınırken çıplak mülkiyet sahibi, bir diğeriyle emlak sahibiyse tapunun emlak vergi beyan değerinin 2/3'ü intifa hakkı olarak harçlandırılıyor, alınıyor. 1/3'ü de çıplak mülkiyet sahibine yükleniyor. Şimdi 30 yaşında bir genç olsa, bunun 60 sene daha ömrü olsa kira değeri üzerinden hesaplıyorsanız, kira değeri üzerinden yaşama süresi hesaplıyorsa evin üç katını bulur. O zaman intifayı kullanamaz hale gelir.*

Yusuf Uluç: Şimdi tabii onun örneğini ben verdim. Başka çözüm yolu ne olabilir, intifa hakkı karşılığı kira olarak hesaplandı. Zaten kendisine ait, miras payı hakkı var, o zaten düşecek. Mirasçılara gidecek, pay bakımından hesaplanıp verilecek, orada %10 iskonto indirimi TMK tablosuna göre, gerçi o TMK tablosu da değişiyor Sosyal Güvenlik Kurumu şu anda başka, Amerikan sisteminde alınma bir tabloyu uygulayacak. Kitap yanımdaydı, İzmirli bir akademisyen arkadaşım yazdı. Orada öğrendim ben de. Bizde bir AİHM'in TMK tablosu var, bir HMK, bir tane daha olacak, sosyal güvenlik daireleri daha iyi bilir. O üçünün de terk edilmiş durumda, bir sistem var, kitap yanımda değil şu anda o uygulanıyor. Onu bırakın. Kiradan başka türlü çözüm yolu bulmadığınız için, adil olan da o, kirayı hesaplayacak, tabii davalı mirasçıların payı göz önünde bulundurularak, kendi payı zaten kendisinde. O TMK tablosuna göre yaşayacağı süre nedir onu hesaplayacak % iskonto hem doktrinde hem de uygulamada kabul edilmiş o, düşecek. Peşin sermaye değeri niteliğinde. Tek karar verdik, o kararda belki direnilir bilmiyorum, uygulayıcı arkadaşların haberi olsun diye açıkladık.

Soru: *Merhaba, öncelikle tüm sunumlar için teşekkür ederim. Kadın tarafından açılmış boşanma davasında iki talep bulunmaktadır. Birincisi boşanma kararı verilmesi, ikincisi ise ziynet eşyalarının iadesi. Ziynet eşyalarının bir kısmı koca olan eşin baskısıyla satılmış ve 1/2-1/2*

olarak eşlerin hesabına yatırılmıştır. Burada eşin talebi kadından banka hesabına ihtiyati tedbir konulması fakat para alacağı olduğu için ihtiyati tedbir mi, yoksa ihtiyati haciz mi konulmalıdır? Koca 25 Bin TL'lik kısmını zorla sattırıyor ve hesaplarına 12500-12500 olarak yatırıyor. Ben kadının vekiliyim, açacağım davada bu 12500'ün üzerine ihtiyati haciz mi yoksa ihtiyati tedbir mi konulmasını bilemiyorum. Çünkü 6100 sayılı Kanun değiştikten sonra da hem Özkes Hoca hem de Hakan Pekcanitez para alacaklarında ihtiyati haciz uygulanmak zorundadır demişti. Şimdi benim takıldığım nokta bu.

Yusuf Uluç: Bana göre engel yok. İsteğe bağlı. İhtiyati tedbir de istense durdurulabilir, ihtiyati haciz de konulabilir. İhtiyati tedbir açısında da bir engel yok gibi geliyor bana. Tabii bu baskıyla alıp şey yaptığını ispatlaması lazım çünkü ziynet eşyası normalinde eşin muhafazasında onun güvencesi altında.

Soru: *Ziynet eşyalarının veya bedelinin iadesi için kısmi dava açılabilir mi?*

Yusuf Uluç: Kısmi dava açılabilir. Şu anda belirsiz alacak davası çıktı ortaya ne olur bilmem, kısmi davaya engel bir durum yok.

Soru: *Tasfiye payı, katılma payı, değer artış alacağı davası belirsiz alacak davası kabul edildiğinde bir yıl içinde boşanma kararının da kesinleşmesi halinden itibaren açıldığında sorun çözülmüş olmaz mı? Böylelikle bir yıl içinde açılan davalar için zamanaşımı söz konusu olmayacaktır.*

Yusuf Uluç: Şimdi belirsiz alacak davası kabul edildiğinde zaten zamanaşımı kendiliğinden devreden çıkar. Ama zamanaşımı belirsiz alacak maddesinde yer almamış, tartışmalı. Doktrinde iki görüş var. İkisini de açıkladık.

Soru: *Geçmişte zamanaşımına uğramış, ölmüş bir hak yeniden doğar mı?*

Yusuf Uluç: 107 karşısında, yani 107'de olduysa doğmaz. O zaman aşımına uğradıysa tabii ki defî niteliğinde karşı çıkarsa sonuç farklı olur.

Soru: *Katkı payı davasını eski HMK zamanında fazlaya ilişkin hakları saklı olarak açtım. Yeni HMK'ya göre de belirli alacak davası kabul edilirse, benim açtığım dava ne olacak?*

Yusuf Uluç: Şimdi tabii bu 448 devreye giriyor. Eski HMUK döneminde açıldıysa, tamamlanmış işlem mi değil mi tartışması çıkar ona değindik. Üç Mustafa da değindi bu konuya.

Soru: *On yıllık zamanaşımı uzun olduğu, eşlerin boşanmadan kısa süre sonra karşılıklı husumetten bir an önce kurtulması gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin boşanma davasını açtık. Yargılama altı ay sürdü. Boşanma hükmü yönünden altı ay içerisinde boşanma hükmü kesinleşti. Velayet, nafaka, iştirak nafakası, maddi manevi tazminatlarla ilgili çekişme üç-dört yıl sürdü. Bu halde katılma alacaklısına hem bir yıllık süre reva görülmüş olacak hem de husumet üç-dört yıl devam etmiş olacak.*

Yusuf Uluç: Husumet her halükarda on yıldan daha fazla da devam eder açığçası. İşte anlattık bakalım inşallah çözülür.

Soru: *178. maddenin hükümet gerekçesinde bir yıllık zamanaşımına tabii davalar tahdidi olarak yazılmıştır.*

Yusuf Uluç: Değerli arkadaşlar orada maddi manevi nafakadan bahsetmiş fakat madde metninde açıkça dedik ki boşanma sebebiyle mal rejiminin sona ermesinden doğan dava hakları dediği için bizi etkileyen o. Gerekçe kısmında doğru onu biliyoruz.

Soru: *1985-86 usulden red halinde vekalet ücreti maktu mu nisbi mi?*

Yusuf Uluç: O 7. maddesinde red şekli feragat veya ne şekilde reddedilmişse ona göre gider ama tam 7. madde veya 6. madde değişiyor zaman zaman. Ona bakmak lazım. Tarife kimde varsa ona bakmak lazım.

Soru: *İhtiyati tedbir kararı niçin zor veriliyor? Aslında ihtiyati tedbir konulunca genelde taraflar anlaşılıyor, sulh kolaylaştırıcı etkisi dikkate alınmalı.*

Yusuf Uluç: Şimdi ihtiyati tedbir kararı mal rejimlerinde verilir. Fakat sıkıntı şurada bir konuşmacı arkadaşım da değindi, tahmin ediyorum Sayın Karadağ'dı. Hakikaten işletmesini durduracak şekilde ihtiyati tedbir kararı veriyor. O tür bir ihtiyati tedbir kararı amacına uygun olmuyor. Adalete uygun olmuyor. Orada hesaplanması gereken konu,

katkı ve katılma alacağı, değer artış payı, birse bir, ikisiyse iki, üçse için açısından isteğe bakmak lazım ve muhtemel alacağı katkı, katılma veya değer artış payı alacağına göre hareket edilmesi lazım. Olmazsa biraz faiz gözetilerek ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Ama birkaç tane geldi, adamın tüm banka hesaplarına tedbir konulmuş. Hareket sahası daraltılmış, ben diyor geçinemiyorum, geçinecek parayı da sağlayamıyorum. Zaten işletme kapatılmak üzere diyor. Bu şekilde bir ihtiyati tedbirin amacına uygun olduğu söylenemez.

Soru: *Almanya'daki gayrimenkulle ilgili ama soruyu okuyamadım.*

Yusuf Uluç: Şimdi Almanya'daki gayrimenkul o ülke hukukuna tabii. Milletlerarası özel hukukun tahmin ediyorum 21. maddesi şey yapıyor. 15-21 oraya bakılırsa. Türkiye'deki de Türk hukukuna tabii. Verdiğim örnekte orada eşler aynı zamanda Alman vatandaşıydı. Çifte vatandaşlık vardı. Malların bir kısmı Almanya'daydı, bir kısmı Türkiye'deydi onun için de Alman mahkemesi haklıdır dedim. Mal rejimi kendi kanunlarına göre tasfiye etmişti, çünkü vatandaşlık hakkı var kendisinde. Tam okuyamadığım için bu kadarına yanıt verebiliyorum.

Değerli arkadaşlar madde metnini okuduk. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları. Gerekçedeki o bir yıl diyenler örnek olarak gösterilmiştir. Madde metnine göre bana göre çelişkili haldedir ama böyle ısrarcı olmanın çözeceği de bir iş değil, onu da söyleyeyim. Tek başıma çözecek değilim. Riskleri de söylendi, girişimler de anlatıldı. Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Av. Senay Ertem: Sayın Başkanım çok teşekkür ediyoruz. Birkaç soru da Mustafa Ateş Bey'e var.

Soru: *Şimdi HMK ile ilgili olan soruyla başlayayım. Davacı asıl dava dilekçesini dışarıda yazdırmış. O bizi ilgilendirmiyor. İçeriğinde hiçbir şey yazmadı, geçinemiyoruz dedi. Daha sonra vekile geldi. Vekil diyor ki ikinci bir dilekçe ile olayları anlatabilir miyim, vakaları yazabilir miyim?*

Mustafa Ateş: Burada zaten cevap kendisi de vermiş. 141. madde açık. Ön inceleme aşamasında dilekçeler teatisinde taraflar iddia ve savunmalarını değiştirebilirler serbestçe. Ön incelemede tarafların muvafakatiyle değiştirebilir, karşı tarafın, o yüzden açık. Veya ön inceleme

duruşmasına yine taraflardan biri gelmezse diğer iddia ve savunmasını genişletebilir. Dolayısıyla bu soruya olumlu cevap veriyoruz.

Soru: *Eşlerin karşılıklı olarak mirası reddetmelerinin boşanma halinde mal tasfiyesine etkisi nedir?*

Mustafa Ateş: Kişisel görüşüm eşlerin karşılıklı olarak mirası reddetmeleri boşanma halinde mal rejimi tasfiyesindeki hakları etkilemez. Miras hakkını etkiler. Boşandığı için zaten miras hakkı da olmaz. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin özel bir düzenleme yapıp bir haktan feragat etmediyse mal rejimine ilişkin talepte bulunabilir diye düşünüyorum.

Soru: *Soyadı değişikliğine ilişkin nüfus davasının hangi mahkemede görüleceği konusunda bir tereddüt olduğunu sormuş bir arkadaşımız.*

Mustafa Ateş: Ömer Bey'e yöneltilmiş. Ömer Bey'in muvafakati ve emirleriyle ben üstlendim ona cevap vermeyi. Evet burada daireler arasında bir farklılık var. Şimdi nüfus davaları basit yargılamaya tabii davalar. 382 bağlamında 388. maddede aksine düzenleme olmadıkça diyor basit yargılama davaları çekişmesiz yargı daha doğrusu, çekişmesiz yargıdan basit yargıya gidiyoruz. Sulh hukuk mahkemesi bakar diyor. Nüfus Kanunu 36. maddesinde bu konuda özel düzenleme olduğu için asliye hukuk mahkemesi nüfus davalarının halen asliye hukuk mahkemesinde devam etmesi gerektiğini düşünüyorum. Günahını almayayım yanlış hatırlamıyorsam 17. Hukuk Dairesi mercii tayini ile ilgili verdiği bir kararda veya 18 Hukuk'un, bir kararında sulh hukuk mahkemesinde bakacağına ilişkin bir karar var. O kararın yanlış olduğunu düşünüyorum. Sonuç asliye hukuk mahkemesi bakar diye düşünüyorum.

Soyadı kanunu ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin 1934 tarihli Soyadı Kanunu'nun iptaline ilişkin bir soru var. Dün akşam Sayın Başkan ve arkadaşlarla uzun uzun bunu tartıştık. Yakın zamanda özellikle boşanmış kadınların çok merakla beklediği bir olay bu. Türkiye'nin gündeminde. Benim kişisel görüşüm bu, çok uzun değerlendirme yapmayacağım, çok geç oldu. Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkatlice okursanız 2. sayfasında esasa ilişkin bir paragrafının son cümlesinde, bu iptal kararının günümüzde uygulamasının çok dar olacağı yazılmıştır. 1934 tarihli Soyadı Kanunu ilk defa soyadı belirlenmesine ilişkindir. Soyadı değiştirilmesine ilişkin değildir. Benim kişisel görüşüm, boşanmış kadınları

velayeti kendisine verilmiş çocukların soyadını kendi soyadları olarak değiştirmeyecekleri şeklinde. Ancak burada başka bir tartışma var. Bu davalar asliye hukuk mahkemesinde mi görülür, aile mahkemesinde mi görülür? 18. Hukuk Dairesi görmedim kararı, görmediğimi özellikle belirtiyorum 18. Hukuk Dairesi asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen bir kararla ilgili esastan karar verdi, sen görevsizsin demedi asliye hukuk mahkemesine. Dolayısıyla asliye hukuk mahkemesini görevli kabul etti. Asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilince de 18. Hukuk Dairesi de benim kişisel düşüncem doğrultusunda bu iş olmaz dedi. Bu beklenti olumsuz sonuçlanacak gibi.

Salondan: *Ama yasal dayanağı orada Medeni Kanun 321'e dayanıyorlar ama 321'de ana baba evli ise çocuk ailenin soyadını alır diyor.*

Mustafa Ateş: 321. madde değiştirilmedi, iptal edilmedi. 1934 tarihli Soyadı Kanunu değiştirildi.

Salondan: *İptal edilmedi ama ona dayanarak hani eğer koşulları varsa velayeti annede olan çocuklara kendi soyadını vermesini engel bir yasa hükmü bulamadım ben açıkçası. Daha önceden sadece Soyadı Kanunu'ndaki o hüküm vardı.*

Mustafa Ateş: Ben de şöyle söyleyeyim verebileceğine dair bir yasal hüküm de yok.

Soru: *Hakkın kötüye kullanılmasını kanun koruyamadığına göre hukuka aykırı delille ilgili bir soru var.*

Mustafa Ateş: Bu soruyu soran arkadaşım ya beni dinlemedi, ya anlatamadı ya da ben kendimi iyi anlatamadım. Ben bunun yasal düzenlenmesinin olması gerektiğini söylüyorum. Yasal düzenleme yapılırsa, Ceza Usul'deki 135 gibi bir madde hukuk usulüne de yazılırsa eyvallah. Hakim iletişimin tespitini de talep edebilir. Yasal düzenlemenin olmadığını düşünüyorum.

Soru: *Harcın tamamlanması halinde usulden red yoksa kararla birlikte harç tamamlama kararı verilecek diyor. Soruyu şöyle anladım okuyamamakla birlikte; harç eksikse tamamlanması için süre verilmesine rağmen tamamlanmamışsa usulden red mi verilecek açılmamış mı sayılması diye.*

Mustafa Ateş: Harcın yatırılmasına ilişkin HMK'da gerek 114. maddede gerek 119. maddede bir düzenleme yok. Gider avansının içinde harç yoktur. Gider avansı farklıdır. Harç Kanunu'na göre hesaplanır. Harçlar Kanunu 30 ve 32. maddeleri gereğince eksik harç olması halinde hakim uygun bir süre verir, bu süre zarfında harcın yatırılmaması durumunda yaptırım açılmamış sayılması kararı mıdır diye sorarsanız, açılmamış sayılması kararıdır. Orada çok ince bir ayrıntı var yalnız. Harçlar Kanunu eski 409. maddeye atıf yapıyor. 409. madde beş veya altı fıkradan oluşuyor hangi fıkraya atıf yaptığı belli değil. Harç yatırılmayınca hakim dosyayı işlemiden mi kaldıracak, üç ay bekleyip ondan sonra mı açılmamış sayılmasına karar verecek yoksa doğrudan mı açılmamış sayılmasına karar verecek. Bir Yargıtay kararı görmedim orada bir tereddüt var. Eğer işlemiden kaldırma kararı verirsene, üç ay içinde harcı yatırmak için ikinci kez süre almış oluyor. Kişisel görüşüm doğrudan açılmamış sayılmasına karar verilmesi şeklinde. Tekrar söylüyorum kişisel görüşüm. Sorulara hızlıca cevap vermeye çalıştım. Başka soru yok galiba teşekkür ederim.

Av. Senay Ertem: Değerli konuklar gerçekten sabrınızı zorladığımız farkındayız ancak biz de kafalarda en ufak bir soru işareti kalmasın gayreti içerisinde bu saate kadar uzatmak zorunda kaldık. Hepinize çok teşekkür ediyoruz, özellikle de İzmir Barosu'na gerçekten başta da söylediğim gibi mükemmel ev sahipliği nedeniyle bir kez daha teşekkür ediyoruz.

Av. Sema Pekdaş: Ben de tüm katılımcılar adına siz değerli konuşmacılara teşekkür ediyorum. Bize farklı bir gün yaşattınız, zihnimizi açtınız, çok sağolun.

MAKALELER

Adil Yargılanma Hakkı

■ **Rasih Feridun Sencer***

GİRİŞ

İnsanlık tarihinin son yüz yılda geçirdiği iki büyük dünya savaşının insanlığa belki de tek olumlu etkisi, gerek devletler gerekse de bireyler tarafından insan haklarının öneminin anlaşılabilmesi ve bu amaca yönelik arayışların doğumunu hızlandırması olmuştur. Bilindiği gibi Birleşmiş Milletler'in kurulması en temelde bu 'arayıştan' doğmuştur. Birleşmiş Milletleri'in insan haklarının evrenselleşmesi konusundaki ilk ve en önemli faaliyeti kuşkusuz İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ilanıdır. Bu beyannamenin devletler nezdinde herhangi bir yaptırım gücü oluşmamışsa da insan hakları algısı ve özellikle diğer çalışmalara esin kaynağı olması açısından önemini yadsınamaz.

Bugün, insan hakları tüm dünyada konuşulan ve tartışılan konulardan birisi olmakla birlikte; dünya geneline baktığımızda yaygın olarak yerleşmiş bir insan hakları kültürünün ve bilincinin henüz oluşabildiğini söylemek oldukça zordur. Burada totaliter rejimin getirdiği baskı faaliyetlerini ya da bağınaz toplumların ve bireylerin düşünce yapısını ya da insan hakları ile bağdaşmayan geleneklerini, faaliyetlerini bir tarafa bırakırsak; belki de en önemli etken yargılama süreçlerindeki eksiklikler, yanlış kurallar, yanlış uygulamalar ve adaletsizliklerdir. İşte bu aşamada ceza yargılamasının (ve diğer yargı türlerinin de) özellikle insan hakları bağlamında temel taşı olan adil yargılanma hakkı devreye girecektir. İşte birazdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin -belki de en önemli düzenlemesi olan- adil yargılanma hakkı kavramını belli temel ana başlıklar altında anlatmaya çalışacağız.

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

Sistematığımızdan bahsedecek olursak; adil yargılanma hakkının tanımı, niteliği ve temel haklar arasındaki yeri ;Türk ceza muhakemesi hukuku bağlamında adil yargılanma hakkının kaynakları; adil yargılanma hakkının içeriği ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki ceza muhakemesi ilkeleri ,özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde işlenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızda özellikle adil yargılanma hakkının ceza muhakemesi hukuku ile bağlantılı ilkeleri temel konumuzu oluşturdu. Ayrıca bir çok AİHM kararına ve bazı Yargıtay kararlarına da bu anlamada yer vermeye çalıştık. Bu kararlar yeri geldiğinde konularla bağdaştırılarak verilecektir. Yine AİHS kapsamında incelediğimiz kurum ve ilkelerle paralellik oluşturan CMK hükümlerine de yer vermeye çalıştık.

Böyle bir konuyu seçmekte ne kadar doğru bir karar verdiğimizizi ve aynı zamanda bu konuyu araştırma fırsatını yakalayıp bir şeyler öğrenebilmekle, şansımızın farkında olduğumuzu belirtmek istiyoruz. Özellikle hukuk fakültesi öğrencileri olarak hepimizin aklının bir köşesinde farklı şekillerde de olsa, insan onuruna yaraşır bir yaşam; adaleti sağlayabilmiş kanunlar; adil bir yargılama/yargılanma; sosyal hukuk devleti 'ütopyası' eminim ki vardır. Ve sanıyorum ki hayatımız boyunca da böyle bir ülkenin, dünyanın arzusunu taşıyacağız. Fakat en azında böyle bir ödev yapmakla şunu kendi adımıza söyleyebiliriz ki; farkındalık yaratabilmek de bir başlangıçtır; hem de önemli ve sağlam bir adımla.. Umarız layığıyla yerine getirmişizdir.

*"Efendim; İnsan Hakları bütün dünyaya, yüce gönlünüzün dileyebildiği kadar engin ve geniş bir surette yayılsın.Tanrı size yeni dünyanın eski dünyayı tereddiden salaha kavuşturduğunu görmek bahtiyarlığını nasip etsin. Bütün duam budur efendim."*¹

1 Thomas PAİNE ,İnsan Hakları (çev. Mehmet Osman DOSTEL) M.E.B Batı Klasiikleri, İstanbul 1998, s.1

ADİL YARGILANMA HAKKI

I. Genel Olarak

Toplum içerisinde işlenen her suç, hem suçla korunan hukuki menfaatin hamiline hem de topluma zarar vermektedir.² Bu nedenle devlet, toplum içinde güvenliği sağlamak için suçla mücadele etmek ve kamu düzeninin devamlılığını sağlamak zorundadır. Ancak, suçluların cezalandırılması için öngörülen bir faaliyet olan ceza muhakemesi gerçekleştirilirken başta sanık olmak üzere muhakemeye katılan tüm bireylerin haklarına da saygı gösterilmelidir. Aksi takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve suçluların yakalanması için yürütülen faaliyetler, bireylerin haklarını suçtan daha fazla ihlal edip, topluma daha çok zarar verebilecektir. Bu nedenle bir hukuk devleti, suç ile insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele etmeli ve bu tür ihlaller oluşmaksızın maddi gerçeğe ulaşmalıdır. İşte aşağıda anlatacağımız adil yargılanma hakkı, özellikle sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun haklarının korunmasını teminat altına almaktadır.

Adil yargılanma hakkının bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması anlamında hukukça tanındığı ilk belge 1215'te imzalanan ve 63 maddeden oluşan Magna Carta Libertatum'dur.³ Virginia Haklar

- 2 Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), s.96; Ayrıca işlenen öyle bir takım fiiller vardır ki, bunların sadece işlendiği toplumu değil genel olarak tüm insanlığı tehdit ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle bu nitelikteki fiillerin yargılanmaları için ulusal mahkemeleri tamamlayıcı nitelikte bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur.
- 3 Bu görüşün aksine; adil yargılanma hakkının ikinci dünya savaşından sonra uluslararası düzeyde garanti altına alındığını belirten yazarlar da vardır ve bunlar adil yargılanma hakkının uluslararası alanda tanındığı ilk belge olarak BM İHEB'ni göstermektedirler. Bununla beraber Adil yargılanma hakkının ilk tohumlarının, Baronlarla Kral John'un karşı karşıya gelmeleri sonucu imzalanan ve kralın yetkilerini yazılı şekilde kısıtlayan, 1215 tarihli Manga Charta'ya kadar dayandıranlar ; Manga Charta'yla halkta oluşan hakları için mücadele etme düşüncesi, zamanla kıta Avrupa'sına ve göçlerle birlikte Amerika'ya da yayılarak adil yargılanma ve diğer hakların pozitif hukuka aktarılmasının temelini oluşturduğunu kabul ederler. (Ronald Banaszak Sr., Fair Trial Rights of Accused, çev: Hakan Karakehya) Bu bağlamda fair trial kavramının temelini, anglo-amerikan hukukundaki "due process of law" kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram Fransız hukukundaki "proces de lei" teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Manga Charta'dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda hakim Edward Coke tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir. Friedrich-Christian Schroeder, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999), s.4;

Bildirgesi⁴ de adil yargılanma hakkını içerik olarak kayıt altına alan ilk belgelerden biri olarak gösterilebilir. Bu bildirgeye göre, "*Herkesin ceza davalarında suçlamayı öğrenmek, tanıklara çapraz sorgulama yaptırmak, jüri önünde davanın ivedi biçimde sorgulanmasını istemek hakkı vardır. Kimse, kendi aleyhine tanıklığa zorlanamaz.*"

Adil yargılanma hakkı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesinde⁵ de açıkça ifade edilmiştir. Özellikle tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma, suçsuzluk karinesi ve yargılama öncesi garantiler bu hakkın şekillenmesinde önemli olmuştur. Her ne kadar herhangi bir denetim mekanizması olmasa da, uluslararası alanda adil yargılanma hakkını güvence altına alması bakımından evrensel bildirge de bu anlamda büyük öneme sahiptir.⁶

Batıda tüm bu gelişmeler yaşanırken bizde de, 1876 tarihli Kanun-ı Esasi ile; yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, merci kaideleri ve olağanüstü mahkemeler ile ilgili genel hükümler yasal statüye kavuşturulmuş, 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile mahkemelerde yargılamanın aleniliğiyle herkesin mahkeme huzurunda haklarını savunmak için gerekli gördüğü meşru vasıtaları kullanmakta serbest olduğu hükümleri düzenlenmiş, 1961 Anayasası'nın 33. maddesiyle "*Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı*" başlığı altında, "adil yargılanma hakkı" ve susma hakkı aynı isimlerle olmasa da içerik olarak düzenlenmiştir.⁷

4 12 Haziran 1776'da kabul edilen 16 maddelik insan hakları bildirisiidir.

5 İHEB. m.10- "*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.*" Bu hükümle adil yargılanma, terimsel olarak tanımlanarak, suç isnadının dışında hak ve yükümlülüklerle ilişkilendirilmiştir.

6 Uluslararası sözleşmelerde tanınan "adil yargılama hakkı" ilkesi BM İHEB' de yer almışsa da; bu sözleşmeye aykırılığın etkin müeyyidesinin olmaması, sözleşmeye aykırı davranışların etkin denetimini sağlayacak organların kurulmaması nedeniyle çok sağlıklı sonuçlar doğurmamış, genellikle BM üyesi ülkelerin siyasi çıkarlarına alet edilmiştir. Ancak ilkenin kabulü ve uluslararası hukukta yerleşmesi açısından çok önemli rol oynamıştır. **Ali Osman Kaynak**

7 **BAŞARAN Başar**, Aleni Yargılanma Hakkı ; Mevzuat Dergisi S.15; Mart 1999, sf.7-13; **1961 AY m.33** "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz. Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur. Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsîdir..."

1982 Anayasası'nda, 2001 yılında yapılan değişiklikle 36. madde-
de14 herkesin "adil yargılanma hakkı" na sahip olduğu "Herkes, meşru
vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı
ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"
tümcesi ile açıkça dile getirilmiştir. Değişiklikle adil yargılanma hakkı-
nın artık anayasal bir hak olarak güvence altına alındığı görülmektedir.⁸

II. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı, Niteliği ve Temel Haklar Arasındaki Yeri

"Adil yargılanma hakkı"; siyasi iktidarın ceza hukuku ve ceza mu-
hakemesi hukuku ilkeleri ile, hukukun genel ilkelerine uygun normları
oluşturması, bu normlara uygun yargılama yapması ve yine bu norma-
ra uygun icrai faaliyetlerde bulunması hususlarını içeren temel bir insan
hakkıdır. Bu anlamıyla adil yargılanma hakkı, aynı zamanda devletin
yasama, yürütme ve yargı erklerini bağlayan genel bir hukuk kuralıdır
diyebiliriz.

Adil yargılanma hakkı kavramını Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi'nin 6. maddesi doğrultusunda şu şekilde tanımlayabiliriz:
Adil yargılanma; bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine ge-
reksiz cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir
davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafın-
dan, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görül-
mesine ilişkin hakkıdır.⁹

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından
biri haline gelen adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en
önemli gereklerindedir. Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve ada-
letin en önemli koruyucularından birisidir. Bu bağlamda devletler, adil
yargılanma hakkını, ya anayasalarında temel haklara ilişkin bölümünde
ayrıca belirterek ya da hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak gü-
vence altına almaktadırlar.

Bu kavram, sanık bakımından olduğu kadar toplum bakımından da
büyük önem arz eder. Nitekim en az suçluların cezasız kalmamasında
olduğu kadar masumların cezalandırılmamasında da topluma ait önem-

8 **Başar Başaran**, a.g.m., sf.7-13

9 **İSTANBUL BAROSU DERGİSİ • Cilt: 86 • Sayı: 5 • Yıl: 2012 sf:345**

li bir menfaat söz konusudur. Bu nedenle kişiye hak ettiği ceza, onun insanlık onuruna saygı gösterilmek suretiyle verilmelidir. Neticede her bir bireyin suçlu da bir kişiliği vardır ve sırf bu vasıf dolayısıyla saygı görmesi gerekir.¹⁰

Adil yargılanma hakkı aynı zamanda bireylerin devlet önünde saygı gördüklerinin göstergesi, bireylerin içinde yaşadıkları toplumda kendilerini değerli hissetmelerinin en önemli gereğidir.

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, AİHM'nin içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, 6. maddedeki unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır.¹¹ Adil yargılanma hakkının temel hakların sınıflandırılmasında klasik haklar arasında mı yoksa sosyal haklar arasında yer alacağı; ya da negatif statü hakkı mı yoksa pozitif statü hakkını sayılacağı hususu tam bir netlik arz etmemektedir. Çünkü bu hak, bünyesinde, hem klasik (negatif statü) hem de sosyal haklardan (pozitif statü haklarından) bazı hakları barındırmaktadır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının, her iki hak grubundan hakları bünyesinde barındıran, karma nitelikli bir hak olduğu görüşü bize daha mantıklı gelmektedir.¹²

III. Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkının Kaynakları

1. Anayasa

Geniş yorumlandığı zaman adil yargılanma hakkını da içeren bir ilke olan hukuk devleti ilkesi Anayasamızın ikinci maddesinde hükme bağlanmıştır. Bunun yanında adil yargılamanın gereği olan pek çok ilke

10 **Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları 2003, sf.20.

11 **Nur Centel-Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, sf.131

12 Örneğin kanunla kurulmuş bir mahkemede ve aleni yargılanma hakları klasik haklar arasındayken; ücretsiz hukuki yardım alma ve ücretsiz tercümandan faydalanma hakları sosyal haklar arasında yer almaktadır. Nitekim bunlardan birincisinden devletten beklenen hareketsiz kalması, herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. İkinciler bakımından ise devletten belirli bir harekette bulunması ve bu imkanları bireye sağlaması beklenmektedir **Ceza Hukuku Dergisi • Aralık • 2007 • Sayı:5** sf.186 (**Hakan Karakehya**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma)

de Anayasamızın çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin; kanuni yargıç ilkesini düzenleyen m. 37, masumiyet karinesini düzenleyen m. 38 ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen m.138 bunlardan bir kaçıdır.

Genel olarak adil yargılanma hakkının bir ülkenin anayasasında yer almış olması, o ülkede yaşayan bireylerin adil yargılanmaya ilişkin temel hakkının teminat altına alınması bakımından büyük önem arz eder. Sonuçta yasa koyucu bu hakka anayasada yer vermekle, kendisi bakımından bu hakkın ne kadar önemli olduğunu vurgulamış olmakta ve ülkesinde bu hakka saygı gösterildiğini uluslararası topluma karşı sergilemektedir. Ayrıca bu hakkın anayasal bir ilke haline gelmesini sağlayarak herhangi bir kanunla ihlal edilmesi riskini de bertaraf etmektedir. Nitekim böyle bir ihtimalin vuku bulması ve hukuken başvuru imkânına sahip olanların¹³ ilgili kanun maddesi aleyhine anayasa mahkemesine başvurması halinde, adil yargılanmaya ilişkin anayasal ilkeye aykırılık oluşturan kanunun anayasa mahkemesince iptal edilmesi söz konusu olacaktır.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Anayasanın 36. maddesinde açıkça düzenlenen adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan haklar, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de bireylere tanınması gereken temel haklar arasında düzenlenmiştir.¹⁴ Türkiye'nin taraf olduğu bu tür temel hak ve

13 Başvuruya hakkı olanlar ve başvuru usulü hakkında bkz. Anayasa m.150, 151 ve 152

14 **Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma**; Uluslararası sözleşme niteliğindeki belgeler ve bunların kabul tarihleri şu şekildedir: Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme (1984), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (1979), Her Türü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (1965) Uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan belli başlı belgeler ve bunların kabul tarihleri ise şu şekilde sayılabilir: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948), Herhangi Bir Biçimde Tutulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü (1988), Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler (1985). Bunlar dışında uluslararası kuruluşlar insan haklarını korumak amacıyla bölgesel bildiri ve sözleşmeler de geliştirmişlerdir. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de Avrupa kıtasına ilişkin olarak bölge devletleri tarafından oluşturulan ve adil yargılanma hakkını düzenleyen önemli bir belgedir.

hürriyetlere ilişkin sözleşmelerin, iç hukukumuz bakımından özel bir önemi vardır. Nitekim 7.5.2004 tarihinde 5170 sayılı kanunun 7. maddesiyle eklenen hükümde, bir uyuşmazlığın çözümü sırasında, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyuşmazlık olduğu anlaşılırsa, uyuşmazlığın temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiş ve böylelikle usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle Türkiye tarafından imzalanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşme olan AİHS ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır.

Yine ceza muhakemesi açısından değerlendirirsek; CMK m.311/f'deki hükme göre¹⁵; *bir ceza hükmünün AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM tarafından tespit edilmesi hali*, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir.

Şunu da belirtmek gerekir ki; sözleşme organlarının gerçekleştirdiği denetim, iç hukuklardaki kanun yolları gibi bir denetim niteliğine sahip değildir. Bu nedenle AİHM, iç hukuk mahkemesinin yanlış karar verdiğine veya bir kişinin hatalı olarak mahkum edildiğine ilişkin şikayetleri dinlemez ve iç hukukta verilen kararın esasına giremez. Yani özetle; adil bir karar verilip verilmediği değil; adil bir kararın verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı 6. maddenin koruması altındadır.¹⁶

3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

AİHS dışında Türkiye'nin taraf olduğu ve adil yargılanma hakkını açıkça güvence altına alan diğer önemli bir uluslararası sözleşme

-
- 15 Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması haline kesin hükümle sonuçlanan bir dava yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür. Yargılamanın yenilenmesi istemi AİHM kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde istenebilecektir.
- 16 **TBB Dergisi • Sayı 84 • 2009** sf.218 (**Hüseyin TURAN**, Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri Ve Önemi)

de Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesidir. Sözleşmedeki düzenlemeler, AİHS ile paralel olmakla birlikte, bir takım farklılıklar da içermektedir. Adil yargılanma hakkı sözleşmesinin 14. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre;¹⁷

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyuşmazlıkları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.

2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.

3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir:

a) Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilme;

b) Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma

c) Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma,

d) Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer

17 Sözleşme metnine <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> adresinden ulaşılabilir.

avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme;

e) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çıkmalarını ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama,

f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma

g) Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama.

4. Küçüklerin yargılanmasında küçüklerin yaşlarını ve rehabilitasyonlarını ilerletmeyi göz önünde tutacak bir yargılama usulü izlenir.

5. Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.

6. Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum olduğunda ve bu mahkumiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkumiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkumiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.

7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

4. Ceza Muhakemesi Kanunu

Adil yargılanma hakkının, kişinin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklarla birlikte, cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin olarak sahip olduğu bir hak olması nedeniyle, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkilidirler. Bu bağlamda bir ülkedeki bireylerin, cezai uyumsuzluklarda adil yargılanma hakkına sahip olup olmadıkları hususunda ki en önemli gösterge Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan ayrıntılı düzenlemelerdir.

Anayasal bir hak olan adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde bir kanun oluşturma gayretine girişen kanun koyucumuz da, CMK'da bu hakkın gereklerine uygun düzenlemelere yer vermeye ve bu doğrultuda güvenceler sağlamaya çalışmıştır. Örneğin hakimlin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için red ve çekinme kurumları düzenlenmiş; duruşmanın aleniliğine açıkça vurgu yapılmış; iş yükünü azaltmak ve muhakemeyi hızlandırmak amacıyla uzlaşma kurumuna yer verilmiş; haksız verilebilecek kararın düzeltilmesine hizmet etmesi amacıyla kanun yolları daha da çeşitlendirilmiştir.¹⁸

CMK, AİHM içtihatları ışığında bu şekilde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmek suretiyle, adil yargılanma hakkının gerekleri Anayasa ve AİHS'deki genel normlardan farklı olarak, daha ayrıntılı ve somut şekilde ortaya konulmuştur. Bu itibarla CMK, ceza muhakemesi alanında adil yargılanma hakkını, kanun bazında ayrıntılı olarak güvence altına alan yegane kanundur. Adil yargılamanın gereklerinin, CMK'daki bir

18 Sayılan bu düzenlemelerin çoğu, bir önceki kanun olan CMUK'da da bunlara paralel şekilde yer almaktaydı. Nitekim CMK getirdiği bazı değişiklik ve yeniliklere rağmen, büyük ölçüde önceki kanunun esaslarını içermektedir. **Nevzat Toroslu-Metin Fezyioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2006), s.12; Hatta eski kanunla yeni kanun arasındaki farklılıkların çok fazla olmaması nedeniyle yeni bir kanun yapma ihtiyacının olmadığı ve yapılması gereken değişikliklerin eski kanuna aktarılmasıyla da sorunların giderilebileceği ileri sürülmektedir. **Nur Centel-Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Beta Yayınevi, İstanbul 2005) s.I (Üçüncü basıya önsöz) ; 'Gerçekten de bir önceki kanun CMUK, iktibas edilmiş olduğu Alman Ceza Muhakemesi Kanununun özelliklerini taşımakta ve genel olarak liberal bir hukuk görüşünü yansıtmaktaydı. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO), 19. yüzyıla hakim olan aydınlanma felsefesinin oluşturduğu özgürlükçü ortamda ortaya çıkan bir kanun olarak, bu dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtmaktadır. StPO da, tıpkı CMUK gibi, yürürlüğe girdiği 01.10.1879 tarihinden sonra, değişen anlayışlar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara paralel olarak Almanya'da çok sayıda değişiklik geçirmiştir. 1980 tarihine kadar 80 değişiklik kanunu ile toplamda 1400 değişiklik yapılmıştır. Son dönemde Alman kanun koyucunun giderek daha fazla değişiklik yapma eğiliminde olduğu görülmektedir. Sadece 1960'dan 1980'e kadar toplam 34 değişiklik kanunu ile toplamda 642 defa kanun değiştirilmiştir veya yeni hükümler eklenmiştir. Ancak temel yapı ve bölümlerde genel bir reform şu ana kadar yapılmış değildir ve genel olarak StPO'nun haksızlıklara yol açtığından da pek fazla şikayet edilmemiştir. Bilakis 19. yüzyılın özgürlükçü ortamında ortaya çıkan ve o dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtan StPO'nun, olağanüstü dayanıklılığının ve hukuk devletindeki bireysel koruma amacını çok net bir şekilde ortaya koyduğunun altı çizilmiştir.'

çok düzenlemede teminat altına alınmasının yanında, bir maddede de bu hakka ilişkin ilkenin açıkça vurgulandığı görülmektedir. şöyle ki; Ceza Muhakemesi Kanununun 160/2. maddesine göre de; "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılamanın yapılabilmesi için*, emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."

IV. ADİL YARGILANMA HAKKININ İÇERİĞİ

1. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde üç fıkrada halinde düzenlenmiştir. 6. maddenin Türkçe çevirisi şu şekildedir:

Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit olunca kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardı-

mından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

6. madde ile ilgili en çarpıcı gerçeklerden biri ise; 2002-2005 yılları arasında Türkiye ile ilgili olarak verilen toplam 546 ihlal kararının 267 tanesinin bu madde ile ilgili olmasıdır.¹⁹

Yargıtay bünyesinde yapılan temyiz incelemelerine savunma avukatlarının katılmamaları, 6. maddenin 3(c) bendi kapsamında savunma hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir. Ancak, 6.maddenin ilk fıkrasının ihlaline karar verilmesi durumunda, bu bentle ilgili ayrıca bir incelemeye gerek görülmektedir.²⁰

Mahkeme içtihatlarına göre bir yargılama süreci ile ilgili olarak AİHS m.6'da sağlanan haklar arasında şu hususlar yer almaktadır;

- Mahkeme bağımsız olmalıdır. Yürütmenin ve tarafların mahkeme üzerinde herhangi bir baskısı veya etkisi olmamalıdır.
- Mahkemede tartışılmayan bir husus hükme esas alınamaz.
- Herkes, davacı ve davalı olarak, dava açma ve kendini savunma hakkına sahiptir.Bu amaçla getirilen süre sınırlamaları, yargılama ve dava açma giderlerini ödeme mecburiyeti, gerekli, makul ve meşru amacı olması şartı ile kabul edilebilir.
- Yargılama makul süre içinde bitirilmelidir.

Bunların dışında, cezai bir soruşturma ile ilgili olarak, herkesin;

19 **Ceza Hukuku Dergisi Eylül 2006 Sayı:1** sf.256 (AİHM Türkiye Kararlarının Analizi Ve Ceza Muhakemesine Yansımaları **Doç. Dr. Bülent Çiçekli**)

20 **Ceza Hukuku Dergisi Eylül 2006 Sayı:1** Doç. Dr. Bülent Çiçekli a.g.m. sf.257

- Suçluluğu ispat edilene kadar suçsuz sayılma hakkı vardır. Bu hak susma hakkını da kapsar.
- Mahkumiyet hükmü sadece sanığın susmasına dayandırılmaz. Fakat, başka maddi deliller sanığın suçu olduğunu gösterir ve sanığın konuşması beklenirken konuşmaması aleyhine dayandırılabilir.
- İspat yükü iddia makamındadır.
- Suçluluğu yüzde yüz ortaya konulmadan mahkum edilmemelidir; şüpheden sanık yararlanmalıdır.
- İşkence ile elde edilen deliller sanığın aleyhine kullanılamaz.
- Hiç kimse kamu görevlilerince ve medya tarafından, mahkum olmadan suçlu olarak ilan edilemez.
- Şüpheli ve sanık, savunmasını yapabilmek için, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille haberdar edilmelidir.
- Sanık kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilecektir.
- Sanığın iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkı vardır (çapraz ve doğrudan sorgu).
- Sanık duruşmada kullanılan dili anlamadığı takdirde bir tercüman yardımından yararlanmalıdır.
- Mahkemenin verdiği kararlar gerekçeli olmalıdır.
- Gıyapta yargılama yapılmamalı; kişi mahkemede aleyhine ileri sürülen delilleri dinlemeli, gerekirse kendini savunabilmelidir.²¹

21 Ceza Hukuku Dergisi • Eylül 2006 • Sayı:1 a.g.m. sf.258

2. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Ceza Muhakemesi İlkeleri

A. SUÇLAMAYI ÖĞRENME HAKKI

Kendisine suç isnat edilen herkese, hangi fiiliyle suçlandığı, (suçlamanın nedeni) ve bu fiilin hukuki niteliğinin (suçlamanın niteliği) bilgisi verilmek zorundadır. İsnadı öğrenme hakkı 6. maddenin 3. fıkrasının (a) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır ve aynı fıkranın (b) bendinde koruma altına alınmış olan, savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmaya ilişkin hakla yakından ilişkilidir. Çünkü sanığın suçlamalara ilişkin gerektiği şekilde ve etkin bir savunma hazırlayabilmesinin en önemli ön şartı, isnadın ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Neyle suçlandığını bilmeyen kimsenin buna ilişkin bir savunma hazırlaması da beklenemez.²² Verilecek bilgi sanığın anlayabileceği dilde olmalıdır. Bilgilendirme suçlamanın ilk yönetildiği anda veya en geç yargılamanın başlangıcında yapılmak zorundadır.

Bilgi verilmesi hakkıyla güvence altına alınan hakkın amacı; sanığın savunmasını hazırlamasına imkan vermektir. Belli bir suçla itham edilen sanığın, karardan hemen önce suç vasfının değişmesi veya sanıkların öngörüp savunmalarını hazırlayabilmelerine imkan vermeyecek şekilde son duruşmada değiştirilmiş olması adil yargılanma ilkesinin ihlali olacaktır.²³

22 Hans-Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı-II", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (Ankara: Çev. Hakan Hakeri, Seçkin Yayınevi, 2004), sf.95

23 (ADALET BAKANLIĞI, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar) AİHM Sadak ve Diğerleri-Türkiye Davasında; bunu "suçlamanın nedenini, yani kendisine yöneltilen ve suçlamaya temel oluşturan nesnel olaylarla ilgili olarak, değil, aynı zamanda, ayrıntılı olarak, bu olaylara getirilen hukuksal tanımlamayla ilgili olarak da bilgilendirilme hakkını tanıdığı" şeklinde açıklamıştır. Bu davada, AİHM, 6/3-a ve b maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Davanın son celsesinde suç vasfının değişmesi nedeni ile CMUK'un 258. maddesine göre sanıklara ek savunma verilmiş, ancak bu ek savunmayı hazırlamak için istenilen mehil kendilerine verilmemiştir. AİHM bu durumu 6/3-a bendine aykırı kabul etmiştir. Gerekçe olarak da "Yeni tanımlama, davanın son günü, kararın açıklanmasından hemen önce bildirilmiştir ki, bu da kuşkusuz çok geçtir....Tüm bu unsurlar göz önüne alındığında, Mahkeme, başvuruların kendilerine yöneltilen suçlamaların niteliği ve içeriği konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilme ve savunmalarını hazırlamak için gerekli zamandan ve olanaklardan yararlanabilme haklarının ihlâl edildiği sonucuna vardığını" açıklamıştır.

İsnadı öğrenme hakkı AİHS'nin 6. maddenin 3. fıkrasının (a) bendine göre; *Bir suç ile itham edilen herkes kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahiptir.*

CMK'nın 176. maddesinde bu hak sanık bakımından garanti altına alınmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *iddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.* Dolayısıyla mahkeme iddianameyi kabul edip duruşma gününü belirledikten sonra (CMK. m.175/2) sanığa iddianamenin bir suretini tebliğ etmelidir.²⁴ Ayrıca CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi kurumu da kabul edilerek, soruşturmanın eksiksiz yapılması ve isnadın, yargılama sırasında değil, soruşturmanın sonunda somutlaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Böylelikle sanığın, kendini hangi isnada karşı savunmak durumunda olduğunu, iddianame kendisine ulaştığı anda öğrenmesi hedeflenmiştir.

İsnadı öğrenme hakkı kapsamında suçlanan kimse, isnadın türü ve sebebi hakkında anladığı bir dilde, geciktirilmeksizin, tam ve kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmelidir. Ancak bilgilendirmenin en ince ayrıntı-ları da kapsar şekilde olması gerekli değildir. Önemli olan, kişinin neyle suçlandığını ve savunmasını hazırlamak bakımından önem arz edecek hususları öğrenebilmesidir.

Bununla birlikte isnada ilişkin olarak sanığa verilecek bilginin, AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınan, yakalanana yakalama sırasında yapılacak suçlamaya ilişkin açıklamalardan daha ayrıntılı olması gereklidir. Bu bağlamda sanığa sadece isnat edilen fiil değil, fiilin hukuki nitelendirmesinin de bildirilmesi gerekir. Bu sonuca maddede yer alan "isnadın türü ve sebebi" kelimelerinden hareketle varabilir.²⁵

İddianamenin unsurlarının düzenlendiği CMK'nın 170. Maddesinde de bu hususların dikkate alındığı görmekteyiz. Maddeye göre, iddiana-

24 *Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kağıdına mazereti olmaksızın gelmediği takdirde zorla getirileceği yazılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir. Müdafî de sanıkla birlikte davet olunur (CMK. m.176).*

25 Schroeder, **Fair Trial**, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999) sf.54

mede sanığa yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (CMK. m.170/3/h) ve suçun delilleri (CMK. m.170/3/i) muhakkak gösterilmelidir. Aksi takdirde bu unsurların eksikliği dolayısıyla iddianamenin reddi gerekecektir (CMK. m.174).

Duruşma konusundaki bildirim, sanığın anladığı dilde yapılması zorunludur. 6. maddenin 3. fıkrasının (e) bendiyle paralellik arz eden bu düzenleme, muhakeme dilini anlamayan kişiyi korumak amacıyla getirilmiştir. Anlamadığı dilde sanığa yapılacak herhangi bir bildirim, özellikle sanığın tam ehil bir çevirmen tutmaya maddi imkanının olmadığı hallerde, isnattan haberdar edilme hakkıyla ulaşılmaya çalışılan amaçlardan hiçbirisini gerçekleştirmeyecektir. Bu bağlamda isnada ilişkin bildirim, sanığa anlamadığı bir dilde yapılması ile hiç yapılmaması arasında bir fark bulunmamaktadır diyebiliriz. Bu hususun, sanık bakımından önemli olması nedeniyle, 3. fıkranın (a) bendinde açıkça belirtilmesi gereği duyulmuştur.

Ayrıca kişinin hüküm giydiği suçun itham edildiği suç olması esastır.²⁶

B. SAVUNMA HAKKI

a. Genel Olarak

Ceza muhakemesi hukuku anlamında savunma kavramı, *suç işlediği sanılan kişinin kendisine yüklenen suçu işlemediğini veya daha az bir cezayı hak ettiğini yahut eylemin hukuk sınırları içinde kaldığı ya da yasal bazı düzenlemelerin eyleme ilişkin ceza öngörmediğinin vb.* bazı durumları sanığın iddia etmesidir. Ceza muhakemesi çerçevesinde bir suçlamayla karşılaşan şüpheli ya da sanık bakımından en önemli haklarından biri de savunma hakkına sahip olabilmektir. Bu durum AİHS m.6/3 de şu şekilde düzenlenmiştir;

26 Pélissier ve Sassi Fransa'ya karşı 25 Mart 1999 davasında, sanıklar sadece hileli iflas ile itham edilmiş ancak hileli iflas suçu işlemek için komplo kurmaktan hüküm giymişlerdi. AİHM bu iki suçun unsurları farklı olduğundan Sözleşmenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. (ADALET BAKANLIĞI, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin 5. ve 6. Maddelerine İlişkin Açıklamalar)

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

b. SAVUNMASINI HAZIRLAMAK İÇİN YETERLİ ZAMANA VE KOLAYLIKLARA SAHİP OLMAK;(AİHS Madde:6/3-b)

6. maddenin 3 fıkrasının (b) bendinde açıkça koruma altına alınan bu hak 2 açıdan önem arz etmektedir. Birincisi; bu hak, sanığın savunmasını hazırlayabilmek için gerekli zamana sahip olmasını güvencelemektedir. Nitekim gerekli zaman tanınmaksızın sanığa savunma hakkını tanımak, çoğu kez kişiye hiç savunma hakkı tanımadan onu yargılamayla aynı sonucunu doğurmaktadır. İsnaddan haberdar olan, ancak onu anlayıp üzerine düşünmeden mahkeme önüne çıkarılmış kimsenin, gerektiği şekilde savunmasını yapamamak bakımından, çoğu kez isnaddan hiç haberdar olmayan sanıktan bir farkı yoktur. Bu nedenlerle kişiye gerekli zamanın tanınması bakımından bu hak çok önemlidir.

Bu hakkı önemli kılan ikinci husus ise, kişinin gerekli kolaylıklara sahip olmasına ilişkindir. Nitekim şüpheli veya sanığın savunmasını bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle veya yalnız hazırlarken bir takım bilgilere ihtiyaç duyacağı bellidir. Bu nedenle kendisi aleyhine ve lehine toplanan delillerden sanığın haberdar edilmesi bir zorunluluktur. Bu bakımdan sanık duruşma hazırlığı ve duruşma sırasında dosyada yer alan tüm delilleri inceleme, dosya içerisindeki belgelerin

birer nüshasını alma hakkına sahiptir. Aksi takdirde kişi aleyhine ve lehine delillerden haberdar olmadan bir savunma hazırlayacak, bu da savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır.

Sanığa savunmasını hazırlayabilmesi için tanınacak yeterli zaman ve kolaylıklar, yargılamanın bütünü, dava konusunun ve durumunun özellikleri, davanın karmaşıklığı, sanığın tutukluluk hali gibi koşullar göz önünde tutularak belirlenir. Bu hak konusunda en büyük görev yargılamayı yöneten hakime düşmektedir. Hakim davanın makul sürede bitirilmesi koşuluyla, sanığın savunmasını hazırlaması için yeterli zaman tanınması ilkesi arasında dengeyi sağlamak zorundadır. Sanığa savunmasını hazırlaması için tanınacak süre için saptanmış kesin bir süre yoktur. Hakim her olayın özelliğine göre bu süreyi belirlemelidir.²⁷

Sanığa tanınacak yeterli zamanın yanında, bilgi sahibi olmak için dava dosyasının tümünü inceleyebilmesi, sanığın duruşma öncesi avukatıyla serbestçe görüşebilmesini, gerekçeli kararın usulüne uygun olarak sanığa tebliği de gerekir.²⁸ Sanığa tanınacak yeterli süre ve kolaylıklar sanığı temsil eden ve savunmasını yapan avukata da tanınacaktır.

Sanığa ve avukatına tanınacak kolaylıklar mutlak nitelikte değildir. Dava konusu somut olayın ihtiyacı ölçüsünde ve savunmayı imkansız kılmamak ve makul sınırlar içinde kalmak şartıyla kolaylıkların zaman içinde sınırlandırılması ilkenin ihlali sayılmaz.²⁹

Savunmasını bizzat veya müdafii yardımıyla hazırlaması sırasında, savunma bakımından önemli her hususta, muhakemenin gidişatı aç-

27 **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz; Nuala Mole Ve Catharina Harby İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3** Örnek olarak; Kremzow / Avusturya kararında 49 sayfalık dosya bakımından savunma hazırlamak için 3 haftalık zaman dilimini yeterli bulmuş, müdafinin kendisinin bizzat fotokopi çekmek zorunda olduğu 17.000 sayfalık doküman bakımından savunmayı hazırlamak için tanınan iki haftalık süreyi Öcalan / Türkiye kararında yetersiz bulmuştur.

28 Bkz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Nuala Mole Ve Catharina Harby İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3** (Ludi-İsviçre'ye karşı, 15.6.1992 tarihli kararı; Melin-Fransa'ya karşı, 22.6.1993 tarihli kararı)

29 Bkz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Nuala Mole Ve Catharina Harby İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3** (Biricmont-Belçika'ya karşı, 7.7.1989 tarihli kararı)

sından tehlike arz etmemek kaydıyla, sanığa her türlü kolaylığın sağlanması gerekir. Soruşturma ve kovuşturma organlarının kişinin savunması bakımından gerekli hususlarda, sanığa zorluk çıkartmaları ve onu yıldırmaya çalışmaları adil yargılama ilkesini temelden zedeleyecektir.

İsnad altındaki kişiye gerekli kolaylıkların sağlanmasının başında onun dava dosyasının içeriğinde yer alan delilleri inceleme yetkisi gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkının, özellikle duruşma bakımından sanığa tanınması gerekliliği tartışmasız bir haktır. Bu itibarla şüpheliye en geç iddianamenin kabulüyle birlikte dosyadaki belgeleri inceleme yetkisi tanınmalıdır. CMK, dosyayı inceleme yetkisini sadece müdafii bakımından düzenlenmiştir (CMK. m.153). Ancak kovuşturma bakımından bu hakkın muhakkak surette sanık bakımından da kabul edilmesi gereklidir. Her ne kadar soruşturmanın gizliliğine ilişkin bir kural olsa da, özellikle kovuşturma bakımından geçerli olan ilke aleniyettir ve ilgililerin kovuşturma sırasında dava dosyasını incelemesi hiçbir şekilde engellenmemelidir. Ayrıca sanığın dosyayı inceleyebileceğine ilişkin CMK'da açık bir hüküm olmasa da, bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Bu itibarla savunma hakkı bakımından önemli olan bu hususun muhakkak sanığa tanınması gerekir. Nitekim aksi uygulamalar savunmanın iddia karşısında zayıf kalmasına yol açacak ve muhakemede arzu edilen çelişmenin sağlanması imkansız kılacaktır.³⁰

30 CMK'daki düzenlemeler bakımından soruşturma evresine ilişkin olarak da şüphelinin dosyayı inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Nitekim kanunda kovuşturma bakımından olduğu gibi soruşturma bakımından da şüphelinin dosyayı inceleyip inceleyemeyeceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bazı yazarlar bu hakkın sadece CMK m.153'ün hükmüyle müdafie tanındığı kanaatindedirler. Bkz. **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e. s.483; Veli Özer Özbek** ise bu hakkın şüpheli ve sanığa tanınıp tanınmadığının kanunda netlik arz etmediğini ve bu nedenle tartışmalı olduğunu vurguladıktan sonra, bu hakkın şüpheli ve sanığa da tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda AIHM'nin Öcalan / Türkiye kararında vardığı sonuç çok önemlidir: Bu davada şüpheli, müdafii olmasına rağmen, soruşturma dosyasını bizzat görmek istemiş, ancak bu talep kabul edilmemiştir. Özellikle başvuruda bulunanın yönetici kişiliğini dikkate alan mahkeme, müdafii olmasına rağmen, onun savunmanın bakış açısını ve dayanak noktalarını bilmeye en ehil kişi olduğuna ve bu nedenle dosyayı incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Öcalan'ın bir avukatı olması ve ona dosyanın açılmasına rağmen, Öcalan'a bizzat dosyanın gösterilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar verilmesidir. Öcalan / Türkiye; Başvuru no: 46221/99 Karar tarihi: 12.03.2003 **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Nuala Mole Ve Catharina Harby İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3**

Bu nedenle böyle bir taleple karşılaşan mahkeme doğrudan, Anayasanın 90. maddesi gereği kanunlara göre üst norm olan AİHS'nin 6. maddesine dayanmak suretiyle sanığa bu hakkı tanıyabilecektir ve de tanınmalıdır. Bu bağlamda, özellikle duruşma sırasında kendisine dosya inceleme hakkı tanınmayan müdafisiz sanıkların AİHM'ye başvurdukları her durumda Türkiye aleyhine mahkumiyet kararının çıkması kaçınılmaz olacaktır.

c. AVUKAT TUTMA, AVUKATTAN YARARLANABİLME HAKKI; (AİHS Madde: 6/3-c)

M.6/3-c, sanığın kendi kendini veya kendi seçtiği avukatı aracılığıyla savunması ve avukat tutacak maddi gücü olmadığına *adaletin selameti gerektiriyorsa*³¹, görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücret ödemeksizin yararlanabilmesini öngörür.

AİHM kişinin kendisini şahsen temsil etme hakkının mutlak bir hak olmadığını belirlemiştir. Sanık bizzat kendisini savunabileceği gibi, savunmasını bir avukat aracılığıyla yapabilir. Ekonomik gücü yoksa ve sanık isterse kendisine yardımcı olmak üzere bir avukatın görevlendirilebilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılıp, fiziki şartların sağlanması gerekmektedir. Bir sanığın ücretsiz avukat yardımına hak kazanması iki koşula bağlıdır. Öncelikle, sanığın avukata ödeme yapacak yeterli maddi gücü olmaması gerekir. Bu meseleye ilişkin Sözleşme kurumlarına çok fazla başvuruda bulunulmamıştır. İkinci koşul da ücretsiz avukat sağlanmasının adaletin selameti için gerekli olmasıdır. Bu hak mutlak bir hak değildir. Mahkeme tarafından maddi gücü yerinde olmadığı için avukat görevlendirilmesi halinde yargılamanın sona ermesinden sonra sanığın ekonomik gücünün yerine gelmesi ve yargılamanın adil niteliğine gölge düşürülmemesi şartıyla sanığa ödettirilmesi maddenin ihlali sayılmaz.

31 **Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ a.g.m.;** AİHK ve AİHM, ilk önceleri, m.6/3/c'de yer alan "*adaletin selameti gerektiriyorsa*" ifadesinin, bendin bütününe ilişkin olduğunu kabul etmişlerdi. Bir başka deyişle söz konusu merciler, bir müdafinin görevlendirilmesinin, sadece adli hizmetlerin görülmesi bakımından zorunlu ise adil yargılamanın bir gereği sayılacağı kanaatindeydiler. Ancak komisyon ve mahkemenin bu kararları doktrinde oldukça çok eleştirildi. Bu gelişmeler sonucunda AİHM, 1983 yılında Pakelli / Almanya davasında bu görüşünden vazgeçmiş, ilgili bentte yer alan "*adaletin selameti gerektiriyorsa*" ifadesini, müdafinin ücretinin devlet tarafından ödendiği hallere münhasır olarak kabul etmiştir.

AİHM, sanığın kendisinin yardım almaksızın davayı ne kadar yeterli bir şekilde sunabileceğini göz önünde bulunduracaktır. Kararlar göz önünde bulundurulduğunda Mahkemenin hassasiyetleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:³²

1. Savunma makamına savunmasını yapabilmesi için yeterli süre verilmelidir (Goddi - İtalya Kararı*)

2. Avukat seçme hakkı sadece maddi durumu iyi olanlara özgüdür. Ücretsiz avukatla savunulacak bir kimsenin böyle bir hakkı yoktur (M-Birleşik Krallık Kararı*). Ancak bu hakkın kötüye kullanılmasını gerektirmez. Bir kişinin ücretsiz avukat tayin edebilmesi için, ilkin; maddi gücünün yetersiz olması, daha sonra ücretsiz avukatın sağlanmasının, adaletin temini için gerekli olması gerekir. Bu ikinci koşulun tespit için davanın niteliğine bakılması gerekir. Eğer dava karmaşık ve teknik hukuk bilgisi gerektiriyorsa avukat temini gerekir. Buna göre avukatın nitelikli ve tecrübeli olması da gerekmektedir. (Hoang - Fransa Kararı). Örneğin Benham - Birleşik Krallık Kararında "özgürlükten mahrumiyet söz konusu ise, adaletin selameti amacı prensipte para ödemededen avukatın yardımından faydalandırılır" denmektedir.

3. Özel Hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı Sözleşmede açıkça belirtilmemekle birlikte, adaletin selametinin gerektiği durumda avukat sağlanmasının gerektiğini vurgulamıştır.

4. Kişinin avukat ücretini ödeme gücünün olup, olmadığı ve bunun belgelenmesi durumu hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununda da müdafiden faydalanma hakkı açıkça güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa o da şüpheli

32 **TBB Dergisi, Sayı 63, 2006** sf:263 (*Söz konusu kararların ayrıntısı için bkz. **Cüneyd ALTIPARMAK**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları)

33 Kovuşturma evresi bakımından yardımından faydalanılacak müdafii sayısına ilişkin olarak CMK'da bir sayı sınırlaması öngörülmemişken; 149. maddenin 2. fıkrasında soruşturma evresinde ifade alma sırasında en çok üç avukatın hazır bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

veya sanığa müdafî seçebilir (CMK. m.149/1) Kanun koyucu duruşma devresi bakımından sanığın yardımından faydalanacağı müdafî sayısına ilişkin bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla duruşma salonunun elverdiği ölçüler içerisinde sanık dilediği kadar müdafîin yardımından faydalanabilecektir.³³

d. MUHAKEMEYE YÖN VERME HAKKI [TANIK BULUNDURMAK VE TANIKLARIN DİNLENMESİNDE HAK EŞİTLİĞİ (AİHS Madde:6/3-d)]

M.6/3-d sanığın iddia makamının tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia makamı tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanması talebinde bulunmak hakkını öngörür. Genel ilke uyarınca, sanıkların kendi davaları için ilgili olduğunu düşündükleri tüm tanıkları çağırma ve sorgulamalarına, ayrıca savcı tarafından çağırılan veya ifadesi dayanak alınan tüm tanıkları sorgulamalarına izin verilmelidir.

Bu hüküm sanığa tanık çağırmak veya yerel mahkemeleri belli bir tanığı dinlemeye zorlamak için mutlak bir hak sağlamaz. İç hukuk tanıkların kabul edilebilirliğine ilişkin koşulları belirler ve yetkili merciler vereceği ifadenin ilgili olmadığı ortaya çıkarsa bir tanığın çağırılmasına izin vermeyebilirler. Başvurucu bu durumda belli bir tanığın dinlenmemesinin davasında önyargıya neden olduğunu göstermek durumundadır. Ancak, tanıkların çağırılması ve dinlenmesine ilişkin usuller savcılık ve savunma tanıkları için aynı olmalı ve silahların eşitliği ilkesi gözetilmelidir.

Savcının sorduğu sorulara itirazı olan ancak bu itirazları göz önünde bulundurulmayan sanık hakkında, bu hükümlere göre karar tesis edilmesi sözleşmeye aykırılık riskini arttırmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi bir tarafın vakayı diğer tarafa karşı olumsuz bir duruma düşürmeyen koşullar altında açıklayabilmesini ifade eder. Birçok ülkede aile bireylerinin ifade vermekten muaf olabileceği öngörülmüştür.

Her tanığa soru sorma hakkının olmaması, (her somut olay açısından farklı değerlendirilmekle birlikte) savunma hakkını Sözleşmeyi ihlal etmesin gerektirmez. Mahkemenin kararlarından aşağıdaki üç örnek konunun çerçevesini çizmektedir:³⁴

34 TBB Dergisi • Sayı 63 • 2006 sf.265vd (Cüneyd ALTIPARMAK; a.g.m.)

1- Bricmont - Belçika Davasında; Belçika Prensi başvuruçulara suçlama yöneltmiş ama sağlık problemleri nedeniyle; ifade verememiştir. Bunun üzerine Mahkeme; "...davanın şartları uyarınca, savunma haklarının kullanılmasında –adil yargılamanın temel parçalarından biri olarak- prensipte, başvuruçuların şikâyetçinin sözlerinin tüm boyutlarına bir yüzleştirme veya sorgulama sırasında açık duruşmada veya gerekirse müştekinin evinde itiraz edebilme fırsatına sahip olmasını gerektirir" demiştir.

2- Saidi - Fransa Davasında; başvuruçuyu uyuşturucu kaçakçılığı suçundan kimliği gizli tutulan üç kimlik tespiti tanığının başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyan edilmesi ile hüküm giymiştir. Bunu üzerine Mahkeme; şöyle karar vermiştir; " ...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uyuşturucu kaçakçılığına karşı mücadelenin yadsınamaz zorluklarının –özellikle de kanıt elde etme ve sunma konusunda- ve uyuşturucu sorununun toplumda açtığı yaraların tamamen farkındadır, ancak bu tür endişeler kendisine suçlama yöneltilen herkesin savunma haklarının kısıtlanmasını haklı çıkarmaz..."

3- Mahkeme bir kararın özellikle de mahkûmiyet kararının kimliği bilinmeyen tanıkların beyanlarına dayanmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Kostovski–Hollanda Kararında; şöyle demektedir; "...savunma sorgulamak istediği kişinin kimliğini bilmez ise, bu kişinin önyargılı, düşmanca veya güvenilmez olduğunu gösterebileceği en temel bilgilerden yoksun kalır. Bir sanığı suçlayan tanıklık veya başka beyan türleri gerçek dışı düzenlenmiş veya sadece hatalı olabileceği gibi, savunma eğer bu ifadenin sahibinin güvenilirliğini sınavabileceği bilgilerden yosun kalırsa bunları aydınlatma ihtimali çok düşük olacaktır. Böyle bir durumda var olan tehlikeler çok belirgindir".

Mahkeme vermiş olduğu ihlâl kararının gerekçesinde: sanığın aleyhindeki tanıkların ifade verdiği sırada ya da daha sonra itiraz edebilmesi için uygun ve yeterli koşulların sağlanması ve sanığa soru sorma imkânı sağlanmasının gerektiğini, mahkûmiyet kararının; sanığın, ifade alınırken soru sormadığı veya sordurmadığı tanıkların beyanlarına dayanıyorsa, söz konusu bendin ihlâl edilmiş sayılacağını, Hükümetin başvuranın veya yasal temsilcisinin yerel mahkeme veya istinabe mahkemesi huzurunda soru sorma taleplerini açıkça ifade etmedikleri itirazına karşı ise, Sözleşmeye taraf ülkelerin Sözleşmeden tanınmış

bir haktan açıkça vazgeçilmemiş olması halinde, ilgili Devletlerin o hakkın gerçekleşmesi için olumlu önlemler almasını zorunlu kıldığı vurgulayarak, bunun soru sorma ve sordurma hakkını da kapsadığını açıklamıştır. Bununla birlikte Mahkeme kararlarında tanık ve tanık beyanları kavramının ulusal mevzuat tanımlamalarında bağımsız, otonom kavramlar olduğunu açıklamıştır.

Savcılığın sanık tarafından çapraz sorgulanmayan bir tanığın ifadesini dayanak almasına sadece istisnai durumlarda izin verilir. Yargıcın savcılık dosyasına istinaden, ancak savcının hazır bulunarak sanık tarafından getirilen itirazları yanıtlamadığı bir durumda yöneltilen suçlama hakkında karar vermesi, bu hükmün ihlâl edilmesi riskine yol açabilir. Tabii ki yargıç kendi tarafsızlığından taviz vermeksizin savcının iddiasını savunamaz.

e. TERCÜMANDAN YARARLANMA HAKKI (AİHS Madde:6/3-e)

Bu hak yargılamanın yapıldığı dili yeterince bilmeyen sanığın ücretsiz olarak bir tercümandan yararlanmasına ilişkindir ve 6. maddenin 3. fıkrasının (e) bendinde güvence altına alınmıştır. Sanığın, yargılamanın yapıldığı dili anlamadığı hallerde, etkin bir savunma yapabilmesi bir yana, basit bir şekilde kendisini savunması bile imkansızdır. Nitekim bu durumda olan kişi, kendisi aleyhine söylenenleri anlayamayacak, hakkında yapılan işlemlerden bihaber olacak ve dolayısıyla bunlara karşı da herhangi bir görüş ileri süremeyecektir. Bu itibarla, bu durumdaki sanıklar bakımından savunma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan tercümandan faydalanma hakkının 6. maddenin 3. fıkrasında açıkça zikredilmesi gereği duyulmuştur. Sanığın yargılamanın yapıldığı dili anlayamaması veya konuşamaması iki nedenle ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bir yabancıнын yargılanmasında olduğu üzere, herhangi bir engeli olmaksızın sanık yargılama dilini bilmiyor olabilir. İkincisi ise, sanık sağır veya dilsiz yahut da hem sağır hem de dilsizdir ve bu engeline bağlı olarak yargılamanın yapıldığı dili anlamıyor ya da konuşamıyordur.³⁵

35 **Durmuş Tezcan-Mustafa Erdem-Oğuz Sancaktar**, İnsan Hakları El Kitabı 2010, Sözleşmede sağır veya dilsizlerin tercüman hakkından faydalanmaları açık bir şekilde güvence altına alınmamıştır. Ancak m.6/3/e'nin bu kimseleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Zira sağırılık veya dilsizlik gibi fiziki bir engelin yargılama dilini anlamama veya konuşamama durumuna dahil olduğu aşikardır.

Gerek Türkçe bilmeyenler gerekse sağır veya dilsizler bakımından ücretsiz tercümandan faydalanma hakkı CMK'nın 202. maddesinde de açıkça güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemenin eski haline göre; sanık *meramını anlatabilecek ölçüde* Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme ediliyordu. Fakat şubat ayında meclise sunulan Ceza Muhakemeleri Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda yapılan kapsamlı değişikliklerin bulunduğu Yargıda 4. Reform Paketi ile bu madde hükmü değişikliğe uğramıştır. 5271 sayılı CMK'nun 202 maddesi değiştirilerek, sanık "Türkçe bilmesine rağmen, kendisini daha iyi savunabilecek" ise başka dilde de savunma yapacaktır. Tercümanını kendisi getirecek, Tercüman gideri sanık tarafından karşılanacaktır. CMK 324 burada uygulanmayacaktır. Dolayısıyla tercüman hakkından yararlanmak isteyen kişi artık yargılama gideri olarak kabul edilecek bu masrafı kendi cebinden ödeyecek; bu giderler artık Devlet Hazinesinden karşılanamayacaktır. Engelli olan sanığa ise, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır (CMK. m.202/1,2). Bu hallerde sanığa bir tercüman tayin edilmesi zorunludur. Sanığın bir müdafinin bulunması ve Türkçeye hakim olması, sanığa bir tercüman atanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu düzenlemelere aykırı olarak gerektiği şekilde Türkçe konuşamayan veya anlamayan sanığa tercüman atanmaması, mutlak bozma sebebi teşkil edecektir (CMK. m.289/1/e).

Sanığın bildiği dilin muhakkak ulusal düzeyde yaygın veya yaşadığı ülke bakımından resmi sayılan bir dil olması gerekli değildir. Nitekim bir ülkede yaşayıp, sadece yerel dillerden birisine hakim olan ve ülkedeki resmi dil ya da dilleri yeterince konuşamayan sanıklar olabilecektir. Bu bağlamda vatandaşı olduğu ülkenin resmi dilini bildiği hususunda sanık hakkında karine kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmaz. Muhakkak surette sanığın bildiği dilin somut olarak tespiti ve buna göre tercüman tayini gerekir. Bu konu Zana / Türkiye davasında AİHM'de ele alınmıştır. Olayda Zana istinabe yoluyla sorgusunun yapıldığı Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe olarak savunmasını yapmak istemiştir. Mahkeme ısrarla bu tutumunu sürdüren sanığın savunma hakkından vazgeçtiğine karar vermiştir. AİHM ise, sanığın Kürtçe konuşmasının savunma hakkından vazgeçtiği, asıl yargılamayı yapan mahkeme önündeki duruşmalara katılmaktan feragat ettiği

şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederek, sanığın kendi kendini savunma (m.6/3/c) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM burada tercümandan faydalanma hakkının ihlalin-den değil; kendi kendini savunma hakkının ihlalin-den mahkumiyet kararı vermiştir. Dolayısıyla Türkçe konuşup anlayabilen bir kişinin ana dilinin farklı olduğunu söyleyerek ücretsiz tercüman hakkından faydalanması söz konusu değildir.³⁶

Yargılama giderlerini düzenleyen CMK'nın 324. maddesinin 5. fıkrasında da tercüman giderlerinin devlet hazinesince karşılanacağı hükme açıkça bağlanmıştır. Buna göre, *Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercüman giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler devlet hazinesince karşılanır.*³⁷ Yukarıda da değindiğimiz üzere bu madde 202.maddenin birinci fıkrasındaki değişiklik sebebiyle artık uygulama alanı bulamayacaktır.

36 **Av. Güney Dinç**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerindeki Etkileri; Zana / Türkiye; Başvuru no: 18954/91 Karar tarihi: 25.11.1997

37 Centel-Zafer, Pratik Kitabı sf.240 (İstanbul 2008); CMUK döneminde tercüman ücretinin sanıktan alınmayacağına ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktaydı. Nitekim 765 sayılı TCK'nın 39. ve CMUK'un 407. maddeleri mahkum olan sanığın istisnasız tüm muhakeme masraflarını ödeyeceğini öngörmekteydiler. Buna ilişkin bir uyumsuzluğun önüne gelmesi üzerine CGK., Anayasanın 90. maddesi gereği doğrudan AİHS'nin 6. maddesine dayanarak tercüman ücretinin sanıklardan alınamayacağına hükmetmiştir: “Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin” 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın; duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle, kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır... Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlana çevirmen için ödenecek ücretin; mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.”

C. SORUŞTURMA DOSYASINI İNCELEME HAKKI

a. Genel Olarak

Soruşturma evresinde müdafinin dosya içeriğini inceleme ve dosyadaki belgelerden örnek alma hakkı açıkça düzenlenmiş; buna karşın şüpheliyle ilgili olarak bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir (CMK. m. 153/1). Ancak müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu hakkı kısıtlanabilir (CKM. m. 153).³⁸

Öte yandan müdafinin, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar ile birliktir raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları inceleme ve bunlardan örnek alma hakkı hiçbir biçimde kısıtlanamaz (CMK m.153/3).

Belirtmek gerekir ki soruşturma dosyasını inceleme hakkı, savunma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur. Zira şüphelinin ve müdafinin etkin bir savunma yapabilmeleri, ancak şüpheli aleyhindeki suçlamaları, dosya içeriğini ve dosyada yer alan delilleri bilmeleri ile mümkün olabilir.³⁹

CMK m. 153'te, dosyayı inceleme hakkı, şüphelinin tutuklu olmasından bağımsız olarak tanınmıştır. Buna göre, söz konusu hak, şüphelinin tutuklu olup olmadığına bakılmaksızın kullanılabilir. An-

38 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "Müdafinin soruşturma evrakını incelemesi" başlıklı 22'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekir" ibaresinin; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153 üncü maddesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davası sonucunda Danıştay, "Yasanın amir hükmü uyarınca hiçbir şekilde incelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranmasının, Yasada yer almayan yeni bir usul yaratılmak suretiyle savunma hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına geleceği ve bu uygulamanın da Yasanın genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır." diyerek iptaline karar vermiştir. (Danıştay 10. D., E. 2005/5845, 2008/3450, T. 22.05.2008, Kazancı veri tabanı).

39 **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** • 2004 • Sayı:2, sf. 67 (M. **Ruhan Erdem**; "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı")

cak, şüphelinin tutuklu olduğu hallerde, dosya içeriğinin erkenden ve kapsamlı bir biçimde öğrenilmesi savunma bakımından kritik bir önem taşımaktadır.⁴⁰ Bu nedenle, tutukluluk durumunda dosyayı inceleme hakkı, soruşturmanın tehlikeye düşmesini önleme amacından daha önceliklidir.⁴¹ Nitekim AİHM de kararlarında etkili bir soruşturma ve kovuşturma ile savunma hakkı arasındaki çıkar çatışmasını, savunma hakkı lehine çözmektedir.⁴²

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendine göre ise sanık, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak hakkına sahiptir. Dosya inceleme hakkı ise savunmanın hazırlanması için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı bakımından oldukça önemli bir yere sahiptir. AİHM son kararlarında, bu madde bağlamında savunmaya gerek soruşturma gerekse kovuşturma dosyasının inceleme imkanının tanınmasını adil yargılanma hakkının yerine getirilmesi bakımından zorunlu görmektedir. Mahkemenin kovuşturma bakımından hem sanığa hem de müdafine ayrı ayrı dava dosyasının gösterilmesini zorunlu kabul ettiği görülmektedir. Ancak mahkemenin soruşturma dosyasının savunma makamını işgal eden iki süjeye yani hem sanık hem de müdafine soruşturma dosyasının gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin kararları somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir.

Bu bağlamda AİHM'nin Öcalan / Türkiye kararında vardığı sonuca tekrar değinmek gerekecektir: Bu davada şüpheli, müdafii olmasına rağmen, soruşturma dosyasını bizzat görmek istemiş, ancak bu talep kabul edilmemiştir. Özellikle başvuruda bulunanın yönetici kişiliğini dikkate alan mahkeme, müdafii olmasına rağmen, şüphelinin savunmanın bakış açısını ve dayanak noktalarını bilmeye en ehil kişi olduğuna ve bu nedenle dosyayı incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Öcalan'ın bir avukatı olması ve ona dosyanın açılmasına rağmen, Öcalan'a bizzat dosyanın gösterilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar verilmesidir.

Son olarak kısıtlama kararının önemli noktalarını şu şekilde belirtebiliriz;

40 Aynı yönde bkz. **ERDEM a.g.m.**: s. 68.

41 **ERDEM a.g.m.**: s. 68-69

42 **ERDEM a.g.m.** : s. 69.

- Sulh ceza hâkiminin kısıtlama konusundaki kararı gerekçeli olmalıdır,
- Sulh ceza hâkimi mutlaka her durumda m. 153/3'te istisna tutulan belgeler dışındaki tüm belgeleri kapsayan bir kısıtlama kararı vermek zorunda değildir,
- Cumhuriyet Savcısı tarafından sadece bazı belgeler hakkında kısıtlama talebinde bulunulmasına rağmen sulh ceza hâkimi kısıtlanması talep edilmeyen belgeler hakkında da kısıtlama kararı veremez,
- Cumhuriyet Savcısı dosyadaki belgelere ilişkin kısıtlama kararını re'sen kaldırabilir,
- Sadece müdafii kapsayan ancak suçtan zarar görenin vekilini kapsamayan kısıtlama kararı verilemez.

b. AİHM'in Müdafinin Soruşturma Dosyasını İnceleme Hakkının Kısıtlanmasına İlişkin Kararları⁴³

AİHM de soruşturmanın ilk 30 günü boyunca müdafinin dosyayı incelemesine izin verilmeyen 30 Mart 1989 tarihli Lamy - Belçika kararına konu olayda, bu durumun müdafinin etkin bir savunma yapmasına engel olduğunu, zira hâkimin tutuklama kararını verdiği bir aşamada müdafinin önemli bazı ifadeleri inceleme imkânına sahip olmadığını belirterek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlâl edildiğine hükmetmiştir.⁴⁴

Aynı şekilde 16 Şubat 2000 tarihli Rowe ve Davis-Birleşik Krallık davasında, AİHM, savcının bazı delilleri savunmaya ve hâkime gös-

43 Bu kısım; **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi • 2010 • Sayı:2 ; Güneş OKUYUCU-ERGÜN' ün SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ** adlı makalesinden alınmıştır.

44 AİHS madde 5/4 şu hükme yer vermektedir: “Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.” Gerçekten de tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun denetlenmesi için en önemli ve bir hukuk devletinde vazgeçilmez olan haklardan birisi de tutuklu sanık ve/veya müdafii tarafından soruşturma dosyasının incelenebilmesidir (**ERDEM a.g.m.** , sf. 69.)

termemesinin adil yargılanma hakkının ihlâli olduğuna oybirliğiyle hükmetmiştir. Mahkeme, ceza soruşturmalarında birbiriyle yarışan hak ve menfaatlerin olabileceğini belirterek; bazı soruşturmalarda, diğer bireylerin haklarını koruma amacı veya kamu yararını gözetmek için bazı bilgilerin savunmaya gösterilmeyebileceğini; ancak, bu durumda sadece kesin olarak gerekli olan tedbirlerin alınmasının gerekli olduğunu, savunmanın haklarını da yeterli ölçüde dengeleyici tedbirlerin alınması gerektiğini kabul etmiştir. Söz konusu kararda AİHM, savcının hâkimin görüşünü almaksızın bazı bilgi ve belgeleri savunmaya göstermemesini ve kamu yararının neyi gerektirdiğine tek başına karar vermesini AİHS m. 6/1'e ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.

AİHM, 28 Ağustos 1991 tarihli Brandstetter-Avusturya kararında, çelişme ilkesini temel bir hak olarak nitelendirmekte ve silahların eşitliği ilkesi ile birlikte adil yargılanma hakkının birer parçası saymaktadır. AİHM'in söz konusu kararına göre çelişme ilkesi, iddia ve savunma makamlarına diğer tarafça ileri sürülen hususlar ve sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve görüş belirtme hakkını içerir. Ulusal hukuk, bu gerekliliği değişik yollarla yerine getirebilir. Ancak hangi metod seçilmiş olursa olsun, taraflara diğer tarafın ileri sürdüğü hususlardan ve sunduğu delillerden haberdar olma ve bunlar hakkında görüş bildirme imkânı gerçekten sağlanmalıdır.

D. SUSMA HAKKI

a. Genel Olarak

Susma ve kendi kendini suçlamama hakkı AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında zımnen ifade edilmektedir. Bu hak adil yargılanmanın esaslı bir parçasıdır. Susma hakkının özü kovuşturma makamlarının sanığın iradesine karşı zorlama ve baskı yoluyla elde edilen delillere dayanmasını yasaklamaktadır. Bu durumda hakkın anlamı sanığın "özgür iradesinin" korunması olmaktadır.

Susma sanığın beyanda bulunmaması ve beyanda bulunmama yönünde sahip olduğu hakkıdır. "Bu kapsamda AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a bendine göre; hakkında bir suç isnadı bulunan herkes kendine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında anlatabileceği bir dilde, ayrıntılı olarak ve derhal bilgilendirilme hakkına sa-

hiptir. Şüpheli veya sanığın sahip olduğu ayrıntılı bilme hakkı yalnızca maddi olayları değil, suçun hukuki niteliğini de kapsamakta ve şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suçun niteliğini ve nedenini savunmasını yapacak ölçüde öğrenmesi olarak tanımlanmaktadır." "Sanık beyanı" somut olaya özgü temsili delillerin bir çeşidi olarak yer almaktadır AİHM sanığın susmasından kendisi aleyhine sonuçlar çıkarılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin, davanın tüm somut koşulları ışığında belirlenebileceğini belirtmiştir.

AİHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi de hakkını içerir şekilde yer almaktadır. Bu kapsamda idari kurum ya da kişilere, yasal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılması da susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalidir. Ayrıca güvenlik ve kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakkın özüne dokunulamayacağı düşünülmektedir. Böylelikle *hakkın özünün ihlal edilemeyeceği bir çekirdek alan içtihadı anlamda da yaratılmış olmaktadır. Zira "ceza muhakemesi hukukunda, hiç kimse olumlu bir davranış vasıtasıyla kendi ceza kovuşturmasını etkilemekle yükümlü değildir. Sanık, amaca uygun savunma şeklini, yani esasa ilişkin cevap vermeyi kabul etmeyi veya susmayı seçmekte özgürdür. Bunu, sanığın kendisine yüklenen isnatlarla ifade vermeye ihtiyacı olmaması takip eder. Bu durum hukuk devleti düşüncesinden ortaya çıkan ve sanığın usuli yerine de uyan ifade verme özgürlüğünü ifade etmektedir."*

Şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılıp çıkarılmayacağı konusu da AİHM içtihatlarında tartışılmıştır. Bu tartışmadan şu sonuçlar çıkarılmıştır:

aa. Şüpheli veya sanığın susma hakkının mutlak olmadığı⁴⁵;

45 **Ladewig, Hans Meyer, Çev. Hakeri, Hakan, "Adil Yargılanma Hakkı II"**, sf. 126: Sanığın susmasından negatif bir sonuç çıkarmanın meşruluğuna ilişkin örnek dava Murray / Birleşik Krallık Davasıdır. Bu davada tutuklanarak IRA'ya üye olmakla suçlanan Murray davada susmuştur. Kuzey İrlanda Delil Yasası'na göre de onun susmasından negatif sonuç çıkarmak mümkündür. AİHM bu konuda susma hakkı ve kendini itham etmeden korumanın adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. Maddenin özü olduğunu ve bir mahkumiyeti yalnızca sanığın susmasına

bb. Şüpheli veya sanığın bir ceza tehdidi ile konuşturulması mümkün olmamakla birlikte, susmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılacağı konusunda uyarılmasının mümkün olduğu;

cc. Savcılığın sunduğu güçlü ve açıklanmaya muhtaç deliller olmasına rağmen, sanık susmaya devam ediyorsa bu delillerin değerlendirilmesi aşamasında sanığın suçlu olduğu izlenimine ulaşılabileceği;

dd. Şüpheli veya sanığın susmasının onun mahkumiyetinin tek dayanağı olamayacağı, mahkumiyet kararının başka delillerle de desteklenmesi gerektiği;

ee. Susma hakkını kullanan sanığın mahkumiyetine hükmedilmesi durumunda, mahkemenin gerekçelerinin detaylı olması gerektiği, sanığın bu konuda yeterince aydınlatılmış olması ve kararın bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Hak olarak nitelendirilen susmanın gerçek anlamda subjektif bir hak sayılıp sayılmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Susmanın varlığını kabul etmekle birlikte, bunun bir hak olmadığı görüşünü savunanlara göre, şüpheli veya sanığın susması subjektif bir hak olarak tanınmış olsa idi, kanun koyucunun hakimlere şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlamak için yetki tanımayacağını ifade ederek, kanun koyu-

dayandırmanın adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacağını ancak diğer taraftan sanığın bir açıklamasından sonra susmasının deliller içine katılmamasını istemesi yönünde de ayrıcalık talep edilemeyeceğini ve susma hakkının mutlak olmadığını ifade etmektedir. Susmadan negatif sonuç çıkarılmasının gerekip gerekmediği ise somut koşullara göre belirlenmelidir denilmektedir. Bu ilke Averill Birleşik Krallık Davası'nda şu şekilde uygulanmıştır. Maskeli iki kişinin bir otobüsü çalarak Garvagh'a giderken iki kişiyi öldürmeleri olayında maskeler ve eldivenlerin otomobilde bulunmaları üzerine şikayetçi Bay Averill kasten adam öldürme şüphesi ile tutuklanır. Bay Averill'de maskenin yüzünde bıraktığı izler ve eldivenler bulunur. Bay Averill *susmasından negatif bir sonuç çıkarılacağı konusunda bilgilendirilmesine rağmen* ilk 36 saatlik sorgulama esnasında hiçbir açıklamada bulunmaz. Daha sonra şapka ve eldivenleri koyun kırılması dolayısıyla taşındığını söyler. *Hakim önceki susmasından negatif sonuç çıkarmıştır.* AİHM tüm şartların yeniden dikkate alınması konusu üzerinde ısrarla durmuş ve bir *mahkumiyetin yalnızca susmaya dayandırılmayacağını* belirtmiştir. Ancak somut olayda susmaya dayanan negatif çıkarsamalar çok sayıda da başka deliller bulunduğu için adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmadıkları kabul edilmiştir.

cunun bu hakkı tanımakla susan şüpheli ve sanığın cezalandırılması ve sanığın konuşmaya zorlanamamasının teminat altına alınmak istendiğini belirtmektedirler. 49 Susmanın subjektif bir hak olduğunu savunanlar ise, niteliğinin tespiti bakımından "*hukuken korunup korunmama*" noktasından hareket edilmesi gerektiğini belirterek ihlali yasaca cezalandırıldığına göre, susmayı, şüpheli veya sanığa tanınmış subjektif bir hak olarak kabul etmenin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Hakimin şüpheli veya sanığın yalan beyanını ispatlaması ise susma hakkına çizilmiş yasal bir sınır olmaktadır.

b. Adil Yargılama Hakkının Genel Güvencesi Olarak Susma Hakkı

AİHS'nin 6. maddesi kapsamında açıkça belirtilmiş olmamasına karşın, adil yargılanma şartı tarafından "*susma hakkı*" ve "*kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı*" güvence altına alınmıştır. Bu öncelikle bir kişinin sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkum edilemeyeceği anlamını taşır. AİHS'nin aksine susma hakkı BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nde açık olarak ifade edilmiştir.⁴⁶

Susma hakkının adil yargılanmanın bir unsuru olarak genel bir güvence oluşturduğu konusunda Fransa-Funke 1993 Kararı'na değinmek mümkündür.⁴⁷ Bu kararda davacı, gümrük otoritelerinin kendisinden istediği banka beyanları veya mal vesikalarını vermesi konusundaki talepleri yerine getirmediğinden para cezasına mahkum edilmiştir. Gümrük idaresi bunların varlığını beyan etmişse de aramada bunlar bulunamadığından mahkeme olayda 6. maddenin birinci fıkrasının ihlaline karar vermiştir. Söz konusu genel temele dayalı olarak mahkeme ve bazı şartlar altında komisyon 6. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve sanıklar lehine konulmuş bulunan kuralları da hukuki alana nakletmiştir.

"*Kendi aleyhine tanıklık etmeme-susma hakkı*", aleyhine sonuç doğuracak işlemlere katılmamanın yanında, baskı altında verilen ifadenin *kullanılmasını da yasaklar*. Yine mahkemenin susma hakkını, adil

46 (<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>) Erişim tarihi:20.02.2013

47 **Sibel İnceoğlu**; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, sf. 273

yargılanma usulüne ilişkin güvenceler paralelinde yorumladığı görülmektedir. Saunders-Birleşik Krallık Davasında bir şirket sahtekarlığına ilişkin yasal soruşturmada başvuru yasa gereği ifade vermek zorunda bırakılmıştır.⁴⁸ Başvurucunun ifadeleri de daha sonra kendi aleyhinde delil olarak kullanılmıştır. AİHM bu başvuru ile ilgili olarak hakkın suçsuzluk karinesi ile yakından ilgili olduğunu bildirmiştir. Bu hak, özellikle sanığın sessiz kalma yönündeki isteğine saygı gösterilmesi ile de ilgilidir. Bu yönde susma hakkı, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca AİHM'nin "*susma hakkı*" ve "*kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının*" yalnızca hatalı davranışın ikrarını kapsamadığını belirterek, bu konuda hakkı geniş yorumladığına da dikkat etmek gerekir. AİHM bu noktada sanığın susmasından bazı sonuçlar çıkarılabileceği olasılığını da göz önünde bulundurmıştır. John Murray-Birleşik Krallık Davası'nda mahkeme ulusal mahkemenin yalnızca sanık sessiz kalmayı seçtiği için sanığın suçlu olduğu sonucuna varamayacağını belirtmektedir.⁴⁹

c. Hukukumuzda ve Uygulamada Susma Hakkı

Anayasa'da susma hakkını doğrudan düzenleyen bir madde yer almamakla birlikte, "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" şeklindeki düzenlenmiştir. Maddenin kapsamından, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır. Anılan maddenin zıt anlamı ise, isnadı ileri süren devletin ispat yükümlülüğüne işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada suçlanan

48 **Metin Feyzioğlu**, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD 1999, Cilt 48, Sayı. 1-4, s. 135-138;

49 **Sibel İnceoğlu**; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, sf. 297

kişiyi suçsuzluğunu ispat külfeti değil, suçlayan makama iddiasını ispatlama yükümü getirmektedir.⁵⁰

Hukukumuzda şüpheli ve sanık çeşitli haklar yanında susma hakkına da sahiptir. Ceza muhakemesinde hakkaniyete uygun yargılanma; kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhine beyan ve delil vermeme hakkını içerir. Dolayısıyla da kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini sağlamak için susma ve ilişkili bulunduğu haklar korunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu ifade ve sorguyu esas itibarı ile şüpheli ve sanığın kendini savunma aracı olarak kabul etmiş ve bunun sonucu olarak da susma hakkını tanımıştır. Kanun bununla da yetinmemiş, CMK'nın 147. maddesinin 1. Fıkrasının b ve e bentlerinde bu hakkın şüpheli veya sanığa hatırlatılacağını da hüküm altına almıştır. Bu açıdan ifade vermek istemediğini belirten şüpheliye hukuka aykırı birtakım yöntemlerle ifade verdirilmemelidir. Zira bu suretle elde edilecek beyan hukuka aykırı olacaktır.⁵¹

AİHS'nin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları yalnızca ceza yargılaması bakımından uygulanacak ilkeler olarak nitelendirilmelidir. Bunlar ceza yargılaması bakımından getirilmiş olan güvencelerdir. Öncelikle suçsuzluk karinesi önemli bir güvence olmanın ötesinde, bu güvencenin bulunması duruşmadan önce de 6. maddenin uygulanmasını göstermesi açısından önemlidir.

50 (Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara 2002, sf. 195, 200; şunu da ifade etmek gerekir ki, "Suçsuzluğunu ispat etmek sanığın görevi değildir. Yargılama makamının, sanığın suçluluğunu veya suçsuzluğunu duruşmadaki delillerden elde edineceği kanaat ile ortaya koyması gerekmektedir. Gerçekten bir taraftan sanığa susma hakkı tanıyıp, diğer taraftan da suçsuzluğunu ispatlamasını beklemek bir çelişki olurdu." Bu konuda sanık açısından garantör niteliğindeki ilke suçsuzluk karinesidir. Susma hakkı ilke de bu ilke yakından ilişkilidir.

51 Kunter- Yenisey - Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, sf. 1008.; Bu anlayışla paralel olarak CMK m.206'da kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin duruşmada ortaya konulması yasaklanmış, CMK m. 207'de yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini belirtilmiş, CMK m. 148 f.3'te ise yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği hükümleri yer almaktadır.

d. Susma Hakkının İstisnaları

d.1. Kimliği ile İlgili Bilgileri Doğru Cevaplama

Ceza davası ancak suçlu olduğundan şüphelenilen kişinin ferden muayyen olması durumunda açılabilir. CMK ferdin bilinmeyen yani meçhul kişi hakkında dava açılmasını kabul etmemiştir. CMK'nın 170. maddesinde, iddianamede gösterilmesi gereken hususlar arasında şüphelinin kimliği de sayılmıştır. CMK'nın 147. maddesinin 1. Fıkrasının a bendinde şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağını ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Şüphelinin kimlik ve adresi ile ilgili bilgi vermektan kaçınması ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliğinin belirlenememesi halinde, bu belirleme yapıncaya kadar gözaltına alınması ve tutuklanması mümkündür.

d.2. Kendiliğinden Yapılan Açıklamalar

Susma hakkının kapsamına girmeyen bir diğer istisna ise, kendiliğinden yapılan açıklamalarla ilgilidir. Örneğin kıskançlık nedeni ile karısını öldürdükten sonra karakola giderek teslim olan şahsın, kendiliğinden yaptığı açıklamalardan önce susturulması, müdafinin getirilmesi söz konusu olamaz. Yine meşhut suç sırasında takip edilen kişinin söylediği sözler bakımından hukuka aykırı delil var sayılamaz. Bu istisna, toplumun güvenliği gerekçesi ile getirilmiştir. Bunların dışında hakların bildirilmemesi, şüpheli veya sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için esaslı bir hukuka aykırılıktır.⁵²

Sanığın veya şüphelinin savunmasını kısıtlayan, kendini suçlayan beyanlarda bulunması ile ceza hukukunun diğer hukuk dallarından en önemli farkı olan "*insaniliği*" de ihlal edilmiş olacaktır. Ceza muhakemesi hukukunun en önemli sujeleri, hatta ceza muhakemesi mekaniz-

52 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, a.g.e., s. 1079vd.; "Örneğin kazaya karışan kişi, kendisine sorulmadığı halde polise bazı açıklamalarda bulunursa, bu sırada henüz dar anlamda sanık sıfatını almamış olduğundan, verdiği bu ifade duruşmada aleyhine delil olarak değerlendirilebilir. Duruşmada hazır bulunmasa, kendisine hakları hatırlatılmasa dahi değerlendirme mümkündür." "Bu noktada İtalyan Ceza Kanunu (m. 136/2) tutanakta her bir ifadenin sorulan bir soru üzerine mi yoksa kendiliğinden mi verildiğinin belirtilmesini şart koşmaktadır."

masının harekete geçmesine neden olan sujeler şüpheli ve sanıktır. Bu nedenle sanığı koruyan hükümler ve bu yönde evrensel ilkeler geliştirilmeye çalışılmış, öğretilerde "*şüphelilik statüsünün*" başladığı an, bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı an olarak kabul edilmektedir. İlgilinin kendisine yapılan soruşturma ve araştırmalardan haberdar olması gerekmez. Kovuşturma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak söz konusu kişi veya kişilerden şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık "*geniş anlamda sanık*" durumundadır. Susma hakkı da bu bakımdan sanığı koruyan, gerçeği öğrenmek adına her türlü yöntemin kullanıldığı ve sanıktan delile gidilmeyen bir aydınlanmacı ceza muhakemesi sistemini garanti etmektedir. Ancak bu noktada ifade edilmelidir ki sanığın susma hakkına sahip olması adil yargılanma içinde her türlü durumda kuşanılabilecek bir zırh değildir. Mahkemenin bu yöndeki içtihatları da hakkın hassasiyetle ve somut olay adaleti bakımından değerlendirilmesini gerektirecek yönlerini ortaya koymaktadır.

E. MASUMİYET/SUÇSUZLUK KARİNESİ

Masumiyet karinesi, kendisine bir suç isnad edilen kişinin⁵³ yapılacak adil bir yargılama sonunda suçlu olduğu kesin hükümlerle sabit olunmaya kadar geçen süreçte⁵⁴ masum varsayılması gerektiğini ifade eden temel bir sanık hakkıdır.⁵⁵ Ceza yargılamasında uygulama alanı bulacak olan bu ilke aslında ispat yükü konusuyla ilgilidir. Sonuçta kimseden kendisine isnad edilen suç işlemediğini ispat etmesi beklenemeyecektir.

Masumiyet karinesi ilk defa ve açıkça 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9. maddesinde tutuklulukla ilişkili olarak "Her insan, suçlu olduğu bildirilinceye kadar suçsuz sayılacağından, onun tutulması gerekli görüldüğü zaman, kendisini elde tutmak

53 **Mehmet Semih Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi İstanbul 2003, sf.8 ; AIHS m6/2'de bu hakkın sujesi 'kendisine bir suç isnad edilen her kişi' olarak belirtilmiştir.

54 **Pınar Memiş**; Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi , Galatasaray Üniversitesi İstanbul 2003 sf:4

55 Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü ise bu karineyi şöyle ifade etmektedir; " Söz konusu karine bir 'normali' ifade eder; kişi için aslolan suçsuzluktur; suç işleme 'anarmol' yani istisnadır." **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması** ,Ankara 2003 s.296

için gereken sıklıktan artık bir sertlik yasayla ciddi biçimde cezalandırılmalıdır." ele alınmıştır. Masumiyet karinesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde şu şekilde hükme alınmıştır: "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."

Suçsuzluk karinesi, kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektiren temel bir haktır.⁵⁶ Suçsuzluk karinesi aynı zamanda insana saygı düşüncesinden doğmaktadır.⁵⁷ Masumiyet karinesi şüphelinin suçluluğunun mahkemece hüküm altına alınması suretiyle çürütülebilecek bir karinedir. Aynı zamanda bu karine mahkemelerin tarafsız olmasının da bir teminatı niteliğindedir.

Masumiyet karinesi, Anayasa'nın temel haklar ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının "kişinin hakları ve ödevleri" başlığını taşıyan ikinci bölümünde 15/2 maddesinde a "...Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" şeklindeki bir hükümle savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan çekirdek haklar kategorisine dahil edilmiştir.⁵⁸ Yine Anayasa 38/4'te düzenlendiği üzere "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." Ceza Muhakemesi Kanunu'nda doğrudan düzenlenmemekle beraber 223/5'te mahkumiyet kararının ancak "yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde" verilebileceği belirtilmiştir.

Suçsuzluk karinesinin uygulanabilmesi için bir suç isnadının bulunması gerekmektedir. Suçsuzluk karinesi, davanın esasına girilmediği durumlarda ve asıl dava ile bağlantılı diğer davalarda da geçerlidir. Mineli/İsviçre davasında, yerel mahkeme davayı işin esasına girmeden zamanaşımı nedeniyle düşürmüştü, fakat mahkeme giderlerinin dava-

56 **Metin Feyzioğlu**, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD Ankara 1999 S.1-4 sf.139

57 **Turhan Tufan Yüce**, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri", TBBD., 1988/1, s. 160.

58 **Metin Feyzioğlu** a.g.m s.136

lı tarafından (AİHM önünde davacı) ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararını davalının "büyük ihtimalle" mahkum olacağı öngörüsüne dayandırmıştır. AİHM ise, bu öngörünün muhtemel bir kusurluluk kabulü olduğunu, İHAS 6/2. maddenin ceza davasının tamamında uygulanması gerektiğini vurgulayarak taraf devleti mahkum etmiştir.⁵⁹

AİHM'ye göre, bir ceza yargılaması sırasında tutuklanan sanığın beraat ettikten sonra talep ettiği tazminatın reddedilmesi suçsuzluk karinesi ihlal etmez. Ancak tazminat talebinin reddine ilişkin kararda sanığın suçluluğunu ima eden gerekçeler kullanılmamalıdır.⁶⁰

Sekanina/Avusturya davasında, adam öldürmek suçundan delil yetersizliğinden beraat eden davacı (yerel mahkeme önünde sanık) tutuklu kaldığı süreler için tazminat talep etmiştir. Davacının bu talebi, konuya ilişkin Avusturya Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası böyle durumlarda tazminata hükmedilebilmesini şüphelerin yenilmiş olmasına bağlı kıldığından reddedilmiştir. Komisyon bu olayda suçsuzluk karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve Mahkeme de bu kararı onaylamıştır. Mahkeme'ye göre, ceza yargılamasının işin esasına girilmeksizin sona erdirildiği durumlarda şüphe dile getirilebilir. Ancak, kesin hükümle beraat kararı verildikten sonra, artık şüphe gerekçe gösterilerek uyuşmazlıkla ilgili bir diğer işlem yapılamaz. Bu nedenle, beraat kararı verildikten sonra şüphenin devam ettiği gerekçesiyle talep edilen tazminatın reddi, suçsuzluk karinesinin ihlalidir. Mahkeme burada başka bir hususa daha dikkat çekmiştir. Tazminat talebine ilişkin yargılamayı yapan mahkeme beraat kararı ile bağlı değildir; bilakis tazminat talebine ilişkin yargılamada ileri sürülen delilleri göz önünde tutarak bağımsız değerlendirmelidir.⁶¹

Masumiyet karinesinin basın yoluyla ihlal edilmesi hususuna da değinmek gerekir. Bu bakımdan basın özgürlüğü ile masumiyet karinesi karşı karşıya gelmektedir. Güncel, kamunun ilgisini çeken ve açıklanmasında kamu yararı bulunan olayların, görüşlerin, yorumların ve eleştirilerin açıklanması haber olup, böyle bir haberin gerçeğe uygun ve objektif ölçüler içinde yayınlanması basın mesleğinden doğan bir

59 **Metin Feyzioglu** a.g.m s.150

60 **Metin Feyzioglu** a.g.m s.153

61 **Metin Feyzioglu** a.g.m s.154

hakkın kullanılması sayılır. Hakkın kullanılması, ceza hukukunda hukuka aykırılığı kaldıran sebepler arasında yer almaktadır (5237 s. TCK m. 26/1). Basın yayın organlarının kamunun ilgisini çeken bir takım suçlarda kendiliklerinden harekete geçip araştırma yapmaları, suç faillerini bulmaya ve delilleri toplamaya ve değerlendirmeye çalışmaları, bunları basın ya da televizyon yoluyla yayımlayarak, suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiyi kamuoyuna suçlu olarak takdim etmeleri de masumiyet karinesini ihlal eder.⁶² Basın Kanunu kapsamında hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimselere para cezası verileceği düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesini ihlal edenlerin bir yıldan üç yıla kadar veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Ceza yargılaması hukuku bakımından masumiyet karinesine ilişkin sonuçlar çıkarılabilir: a. ispat yükü (kulfeti) iddiacıya düşer, b. sanığın susma hakkı vardır, c. şüpheden sanık yararlanır d. tutuklulukta makul süre aşılmalıdır ve e. yasak sorgu yöntemi kullanılarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmış ise suçluluk kanunen sabit değildir.

Sanığın suçluluğu yolundaki delilleri getirmek kovuşturmayı yapana düşer; zira, iddia görevi hukuka aykırı bir filin bulunduğunu ileri sürmekten ibaret olmayıp iddiayı ispata yönelik delillerin getirilmesini de kapsamaktadır. Eğer delil getirilemezse beraat kararı verilmesi zorunludur. İspat görevi iddia eden tarafa düşmekteyse de savcı araştırmasını sanığın lehine olan hususları kapsayacak şekilde yapmak zorundadır (CMK m. 160/2, 260/3).

Suçsuzluk karinesine göre ispat kulfeti iddiacıya düşer. Bunun mantiki sonucu ise, sanığa susma hakkının tanınması ve bundan onun aleyhine sonuçlar çıkarılmamasıdır. Sanığın susma hakkını tam olarak kullandığı durumlarda da, onun görünüş, boy, mimik, jest gibi halleri maddi ispat vasıtası olabilir. Ancak 'sanığın susması onun kusurunun göstergesidir' şeklinde bir değerlendirme çok yanlış olacaktır.

62 **Duygun Yarsuvat** , Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998 s.42

Suçsuzluk karinesinin sonucu olarak, itham eden makamın, yani iddia makamının sanığın suçluluğunu belirleyecek bütün suç unsurlarını ispat etmesi zorunludur. Eğer bu sağlanamıyorsa sanık şüpheden faydalanacaktır.

Ceza yargılamasında sanık suçluluğu ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılacaksa da, bu onun hakkında mahkumiyete kadar hiçbir şey yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira, sanık henüz suçlu değilse bile şüpheli olması nedeniyle masum da değildir. Bu nedenle şüpheli hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama gibi yargılama önlemleri suçsuzluk karinesine aykırı değildir. Tutukluluğun kişi hürriyetini kısıtlaması durumu hükümlülük sonucunda uygulanan hapis cezasına benzer sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu madde 100vd. hükümleri titizlikle uygulanmalıdır. Benzeri bir düzenleme Anayasa'mızın 19/7 maddesinde "Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama sürecine duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir" şeklinde almaktadır.

Hukukumuzda delil yasakları konusu açık bir şekilde çözümlenmiş ve ister yasak sorgu yöntemlerine dayanan delil yasağı olsun (CMK m. 148/3), gerekse bunun dışındaki delil yasakları söz konusu olsun (CMK m. 217/2) mutlak bir değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Hukuka ve kanuna aykırı delillerin hükme esas alınmayacağı hususu masumiyet karinesi bakımından da güvence niteliğindedir.

F. ALENİ YARGILAMA HAKKI / HALKA AÇIKLIK İLKESİ

Yargılama, belirli bir zaman dilimi içinde, belirli aşama ve devrelerden geçirilerek tamamlanan ve bu süreç içinde oluşan ve gerçekleşen bir faaliyettir. Bundan dolayı yargılama belirli bir şekil çerçevesinde yürütülür ve sonlandırılır.⁶³ Yargılamanın şekle ilişkin en önemli ilkeleri ise yargılamanın makul süre içinde tamamlanması ve halka açıklık, diğer bir deyişle yargılamanın aleni biçimde yapılmasıdır.⁶⁴

63 **Yurtcan Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta İstanbul 2007, s.42

64 Ceza Hukuku Dergisi **Turan Hüseyin**, s. 247 Yıl:4 Sayı:9 - Nisan 2009

Duruşmaların aleniyeti, usul hukukunun en eski ve en esaslı kaidelelerinden biri olarak bilinmektedir.⁶⁵ Aleniyet hususu Engizisyon mahkemelerindeki insanlık dışı uygulamalar ve Fransız devriminden sonra daha çok önem kazanmıştır.⁶⁶

Aleni yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde açıkça belirtilmiştir: "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda... davanın... açık (aleni) olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir..." Yargılamanın aleni bir şekilde yapılması aynı zamanda İHEB'nin 10. maddesinde "Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından... aleni olarak...yargılanma hakkına sahiptir şeklinde ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14/1'inci maddesinde de "Herkes... hakkındaki bir suç isnadının ya da hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında... bir yargı yeri tarafından... aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir..." denilmek suretiyle düzenlenerek yargılamanın unsurlarından birisi olarak kabul edilmiştir.

Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" başlıklı 141. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir." Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulacağı belirtilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda aleni yargılanma hakkı, kanunun ikinci bölümünde "Duruşma açıklığı" başlığı altında 182 vd. maddelerinde ele alınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 182⁶⁷ uyarınca "Duruşma herkese açıktır." Yine Anayasa hükmü ile paralel olarak duruşmanın ancak genel ahlakın veya kamu

65 Yargılama Düzeninde Kalite, Kasım 1998, TÜSİAD Yayınları, s.31.

66 **Pekcanitez Hakan**, "Medeni Usul Hukuku'nda Aleniyet İlkesi" İzmir Barosuna 2000 yılında düzenlenen yargı reformunda sunulan tebliğ. Bkz. http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/09_oturum.htm

67 CMK m.182 "Duruşma herkese açıktır.Genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde kısmen veya tamamen kapalı yapılabilmesine olanak tanımıştır. Duruşmanın kapalı yapılacağına ilişkin kararın ise açık duruşmada gerekçeli karar ile açıklanması gerektiği hükmolunmuştur.

Aleniyet yargılamanın duruşma devresine ilişkin bir ilkedir.⁶⁸ Duruşmaların aleni olarak yapılması, ceza yargılamasında savunmanın sözlü yapılmasını da kapsar. Yargılamanın aleni olması demek en başta davanın taraflarının katılımı ile yapılmasıdır ve aynı zamanda mahkeme huzurunda aleni olarak dinlenmelerini de gerektirir. Taraf aleniyeti ve dosyanın taraflara açık olması demek, tarafların ve vekillerinin duruşmalara katılması, mahkeme tutanaklarını inceleyebilmesi, suretlerini alabilmeleri demektir. Aleniyet bir mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerin davanın tarafları ve davayla ilgili olan kişiler dışında üçüncü kişiler tarafından da öğrenilmesini gerekli kılar.⁶⁹ Bu da halkın ve basının duruşmada hazır bulunma hakkı anlamına da gelmektedir.

Duruşmalar Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da belirtildiği üzere kural olarak aleni yapılıır. Ancak basının yargılamaya katılması hususu bu konuda ayrıca irdelenmelidir. Yargılamanın aleni olması, bu yargılamanın basın tarafından da izlenmesi anlamına gelmekte ise de , duruşmalardan ses ve görüntü kaydı alınması ile fotoğraf çekimi yapılması durumlarının aleniyet ilkesiyle hiçbir ilgisi yoktur. Aleniyet ilkesinin amacı , bizzat duruşmanın dinlenmesidir , basın aracılığıyla, dolaylı bir aleniyet söz konusu değildir.⁷⁰ Bu husus Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 183. maddesinde " adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır." denilerek kanuni güvence altına alınmıştır. Bu yasaklamanın temelinde, yargılamaya katılanların kişilik haklarının ve onurunun korunması, gerçeğin ortaya çıkmasının tehlikeye dönüşmesinin engellenmesi ve duruşma salonlarının şov yapılan yerlere dönüştürülmesinin engellenmesi yatmaktadır.⁷¹

68 Ceza Hukuku Dergisi **Hüseyin Turan**, s.250 Yıl:4 Sayı:9 – Nisan 2009

69 Uluslararası Af Örgütü , Adil Yargılanma Hakkı , s.174

70 **Pekcanitez , Atalay, Özkes**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin 2011, s.241

71 CHD, **Hüseyin Turan** a.g.e. sf:251

Kamuoyunu yakından ilgilendiren davaların küçük duruşma salonlarında yapılması aleniyet ilkesine ayrı bir durum oluşturabilir. Aynı zamanda büyük salonlarda yapılan yargılamalardaki konuşmaların davayı izlemeye gelen dinleyiciler tarafından duyulabilmesi ve görülebilmesi için teknik donanım aletlerinin kullanılması da aleniyet ilkesinin bir gereğidir.⁷²

Yargılamanın kamuoyunun ilgisini çekmemesi yahut yargılamanın yapıldığı yerinde uzak olması gibi sebeplerle duruşmaya gidilememiş olması aleniyet ilkesi zedelemeyecektir. Asıl önemli olan duruşmayı izlemek isteyen bir kimseye girişte mani olunmamasıdır.

Duruşmaya katılabilecek kişi sayısı duruşma salonunun fiziki boyutları ile de bağlantılıdır. Bu nedenle duruşmaya ancak fiili imkanlar elverdiği ölçüde kişi alınması aleniyet ilkesine aykırılık teşkil etmez. Yargılamanın huzurunu bozmaya yönelik vaziyette bulunan kişilerin duruşma salonundan çıkarılması veya sarhoş vaziyette bulunan kimşelerin duruşma salonuna alınmaması aleniyet ilkesine ayrılık olarak görülemez.⁷³

Yargılamanın aleni olması , tarafların mahkeme huzurunda aleni olarak dinlenmelerinin yanı sıra hükmün aleni bir şekilde , açık oturumda verilmesini ve okunmasını da kapsar.

Aleniyet ceza yargılamasında sanığın sözlü duruşmaya katılma hakkının da bir güvencesidir. Kural olarak sanığın yokluğunda ceza yargılaması kabul edilmemiştir. Sanığın yokluğunda yargılamaya devam olunabilecek hallerde ise sanığın müdafii ile temsil edilmesi kabul ederek doğabilecek sakıncaların önüne geçebilmek amaçlanmıştır. Ceza yargılamasında sözlülük ilkesi geçerli olduğu için duruşmalarda sanık bizzat duruşmada bulunmalı veya müdafii aracılığıyla temsil edilmedir. Değiniilmesi gereken husus ise soruşturma evresinin gizliliği ilkesi nedeniyle aleniyet ilkesi sınırlı bir şekilde taraflar bakımından uygulanacaktır. Ayrıca hakim kararları ile dosyalar gizlilik kapsamına alınabilmektedir.

72 **H. Ali Özhan**, “Adaleti Denetleme Hakkı ve Aleniyet İlkesi” Yeni Türkiye Dergisi , Yıl 1998, s.22

73 **Özhan**, a.g.m

AİHM, bir bütün olarak ele alındığında Sözleşmenin 6. maddesinin amaç ve hedefinin cezai bir fiille itham edilen herkesin duruşmalara katılma hakkına sahip olduğunu açıkça belirtmiştir. Duruşmaların bu bakımdan aleni olması adil yargılanma hakkı açısından taraflar bakımından teminat niteliğindedir ve aynı zamanda kamuoyunun yargıya güven ve saygısının artmasını sağlayacaktır. Bu nedenle sanığın bütün deliller sanığın da hazır bulunduğu kamuoyuna açık duruşmada değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de kararlarında belirttiği üzere yargılanmanın aleni yapılmasının nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceği akit devletlerin takdirine bırakmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Axen kararında aleni duruşmanın adil yargılanma hakkının temel bir gereği olduğunu hususunu önemle belirtilmiştir ve şunları söylemiştir: Aleniyet ilkesi, adli kurumların baktığı davaların 6. maddede söz edilen kamusal niteliği gereği kamuoyu denetimi olmaksızın davacıları adaletin gizlice gerçekleşmesine karşı korur. Ayrıca, bu ilke hem üst (temyiz ve istinaf), hem de ilk derece mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir usuldür. Aleniyet sayesinde adaletin idaresi görünür kılınarak halka açık duruşma yapılır ve bu biçimde adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine de katkıda bulunulur. Dolayısıyla aleni yargılanmanın temel amacı, adil bir yargılama gerçekleştirerek, sanığı ceza muhakemesinin kötüye kullanılmasına karşı korumaktır. Sanığın itham edilen suçtan yargılanması nasıl kamu düzeninin bir gereği ise sanığın haklarının korunması da son derece önemlidir.⁷⁴

Aleni yargılama, halkın yargılamayı izleyerek mahkemenin görevini tarafsız olarak ve hiçbir kişi veya kuruma bağlı olmaksızın ve kanunlara uygun bir şekilde yürütmesini de sağlar. Hakimlerin daha dikkatli ve özenli davranması yönünde teşvik edici olur.

Mahkeme her ne kadar doğru bir karar verse, bağımsız ve tarafsız davranışa dahi kapalı kapılar ardında yürütülen yargılamada, toplum üzerinde bir şüphe mevcut olur ve yargılamaya gizli müdahalelerin yapılabilmesi olasılığını akla getirir, bu da toplumun adalete olan inancını ve yargıya güvenini zedeler. Bu sebeple Delcourt kararında Mahkeme,

74 **Ali Osman Kaynak**, Uluslararası Sözleşmeler Işığında “Adil Yargılanma Hakkı” Ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması, sf.10

salt olarak adaletin yerine getirilmesinin yetmeyeceğini, ayrıca, bunun nasıl yerine getirildiğinin görülmesi gerektiğini belirterek yargılamada aleniyyetin önemine değinmiştir.⁷⁵

"Yargıda aleniyyet, yargı bakımından ifade edilmiş olan bir toplumsal saydamlık biçimidir. Yargılamaların belirli istisnalar dışında aleni olması, saydam toplumun boyutlarından birisidir."⁷⁶ Yargılamanın kamuya açık yapılması aynı zamanda demokratik toplumun bir gereğidir, yargı denetime tabi tutulmalıdır.

Aleniyyet ilkesinin bir takım olumsuz yanları da bulunmaktadır. Bunlar; duruşmanın aleni yapılması ile toplumun suç işleme yöntemlerini öğrenebilmesi, isnattan kurtulabilmenin halk tarafından öğrenilebilmesi, halk teknik hukuk bilgisine sahip olmadığı için denetim de yetersiz kalması, sanık beraat etse dahi aleni yapılan duruşmada suç isnadı ile lekelenmesi halleridir. Ancak bu sayılanlar aleni yargılanma ilkesinden feragat edilecek derecede değildir. Aleni yargılanma demokratik toplumlarda yargılamanın temellerindedir.

G. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEME TARAFINDAN YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca " Herkes davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesini istemek hakkına sahiptir." Bağımsızlık, emir almamayı ; tarafsızlık ise , taraf olmamayı, taraflara eşit mesafede bulunmayı ifade eder. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafsızlığın mahkeme için geçerli olduğunu savcı için ise bunun bir yükümlülük olduğunu içtihat etmektedir.⁷⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Mahkeme'nin yasa ile kurulmuş olması gerekir, bu ise Mahkeme'nin 1. özerk olmasını yani yargılama kabiliyetine karar verme yetkisine tek başına sahip olmasını, 2. kesin karar mercii olmasını yani verdiği kararın tek başına uygulama kabiliyetinin olması gerektiğini, 3. kanuni dayanağının bulunmasını

75 **Ali Osman Kaynak**, a.g.m., sf.11

76 **Başar Başaran**; Aleni Yargılanma Hakkı ; Mevzuat Dergisi S.15; Mart 1999

77 Bkz. 2001 tarihli Priebke/İtalya kararı; Av. Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri Üzerindeki Etkileri

yani yargı yetkisi ve çevresinin kanun yolu ile belirlenmiş olması demektir.⁷⁸

Bir karardaki yargılamayı yapan mahkeme ile ilgili şu tespit önemlidir: "Mahkeme'nin kamuoyunda mutlak surette güven vermeleri için örgütsel konumlarının da göz önünde bulundurulması zorunludur. Bir hâkimin, daha önce savcı olarak görevliyken ve bu işlevi gördüğü esnada belirli bir olayda yetkili konumda iken daha sonra bu olayla ilgili davada mahkeme üyesi olarak görevlendirilmiş olması, tarafsızlığı konusunda kuşku uyandırmaktadır. Hukuka saygılı olanlar, bu durumdan haklı olarak tedirgin olabilirler."⁷⁹ Bu kararda hakimin tarafsız olması gerektiğine değinilmektedir. Değinilen bu husus Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda hakimin davaya bakamayacağı haller başlığı altındaki 22. maddesinin (g) bendinde güvence altına alınmıştır.

Tarafsızlık kavramının bir öznel bir de nesnel yönü bulunmaktadır. Öznel tarafsızlık; hakimin birey olarak tarafsızlığını ifade eder. Nesnel tarafsızlık ise; "kurum" olarak mahkemenin tarafsızlığını ifade eder.⁸⁰

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, AİHM şu hususları göz önünde tutmaktadır. a) üyelerin atanma biçimi⁸¹, b) görev süreleri, c) dış baskılara karşı korunaklı olmaları vb.⁸² Bunun için Mahkeme'nin oluşumu iyi incelenir. Yargıç atama sisteminin uygun ol-

78 **Murat Yüksel**, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme', Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2004, S.17, s. 1280

79 TBB Dergisi, Sayı 63, 2006; **Mustafa Yıldız**; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, *Piersack-Belçika Kararı* s. 121.

80 **Hakan Karakuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye; TBB Dergisi, Sayı 63, 2006 sf.174

81 Mahkeme'ye göre, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı tek başına mahkemenin bağımsız olup olmadığını belirtmenin mümkün olmadığı kanaatindedir. Bir mahkemenin üyelerini atanmasında siyasi ve bürokratik etkenlerin olması bağımsızlık ilkesine uygun bulunmuştur. (**Murat Yüksel**, a.g.m. s.1287) Beliles-Switzerland Davasında komisyon, yargı organı üyelerinin yürütme tarafından atanmasını veya meclis tarafından seçilmesini yalnız başına kuşku uyandıracak bir durum olarak görmemiştir. (**Yüksel**, a.g.m. , s.1288). Bunun yanında; Uslu-Türkiye Kararında Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun hâkimleri atamasını bağımsızlığa gölge düşürecek bir durum olarak görmemiştir. (**Osman Doğru**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Ankara-2003, c.1, s.1004)

82 **Osman Doğru**, a.g.e. , s.1004

ması gerekir. Bunun yanında atama süreleri de önem arz etmektedir. Atanma süresinin altı yıl olması Le Compte-Belçika davasında uygun bulunmuştur. Buna karşın Campbell Birleşik Krallık davasında üç yıllık süre yetersiz bulunmuş, fakat görevin gönüllü olmasından dolayı altıncı maddenin ihlal edilmeği kanaatine varılmıştır.²⁷ Bir Mahkeme'nin kararını ancak, bir başka mahkeme bozabilir.²⁸ Bunun aksi bir durum mahkeme üzerinde yargısal olmayan başka bir kurum ihdas etmek demek olacaktır ki bu da; bağımsızlık kavramını zedeler.²⁹

Mahkemelerin kararlarını verirken tarafsız davranmadıkça ve bağımsızlığı sağlanamıyorsa toplumun mahkemelere duyduğu güven kesinlikle sarsılacaktır. Bu durumun önlenmesi için gerek Anayasa gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nca hükümler düzenlenmiştir. Anayasa madde 138 uyarınca " hakimler görevlerinde bağımsızdırlar... hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Aynı zamanda hakimler ve savcılar bağımsızlığını sağlamak amacıyla Anayasa madde 139'da teminatlar öngörülmüştür. Şöyle ki : " Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22. Maddesinde hakimin tarafsızlığının zor olacağı durumlar öngörülmüş ve bu durumlarda hakimin davaya bakamayacağı belirtilmiştir. Aynı kanunun 24. Maddesinin 1. fıkrasında ise "hakimin... tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer hallerde de reddi istenebilir." hükmolunarak tarafsızlığın güvencesi arttırılmıştır.

H. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Silahların eşitliği ilkesi, şüpheli/sanığın hakları ve savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Ancak burada tam bir eşitlikten söz edilemez. Gerçekten de savcı suç şüphesinin aydınlatılması bakımından şüpheliden bir adım önde olmalıdır. Bu durum Ceza Muhakemesi Kanunu 58/2'de tanığın korunması gereğince , tanık kimliğinin şüpheliye kaşı gizli tutulması ancak savcıya karşı gizli tutulamayacağı belirtilmektedir. Ancak tabii ki söz konusu tanık beyanları şüphelinin savunma hakkını kullanabilmesi için ona da bildirilecektir. Sanığın aleyhine bir durum yaratılmaması silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

Silahların eşitliğinde bahsedilen denge, sanık ve mağdur arasında da mevcut olmalıdır. Hukuk devletinin ilkesi mağdurun korunmasını ve ihlal edilen hakkının sonucu oluşan kayıpların teminini, suç işlediği sabit olan kişinin cezalandırılmasını gerektirir. Kişilerin devlete ve yargıya olan güveni bu şekilde sağlanır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 234 mağdur haklarını ayrıca sayarak teminat altına almıştır. Mağdurun hakları korunma altına alınırken suç şüphesi altında olan kişinin de savunma hakkı elinden alınmamalıdır ve şüpheliye kendini savunma imkanı tanınmalıdır. Bu çerçevede savcı şüphelinin sadece aleyhine değil lehine olan delillerin de toplanmasına özen göstermelidir.

Ceza yargısında, savcı ile sanık arasındaki yetkilerin karşılıklı olması aranır. Yani sanık kadar savcının da hâkimden uzak olması şarttır. Esas olan iddia ve savunma makamları için geçerli usuli imkânların birbirleriyle dengeli olması; dengenin birisi aleyhine bozulmamasıdır.⁸³ Birey, silahların eşitliği ilkesi sayesinde, i) talep ve iddialarının ispatına yarayan delilleri, karşılıklı olarak sunarak bunları tahkikata konu etme ve böylece savunmayı çürütme hakkına sahip olmakla birlikte ayrıca ve belki de öncelikle başka usuli imkanlara daha kavuşmaktadır. Bu şekilde kişi, ii) sadece iddia ve taleplerini ileri sürmek yönünden çekişmenin diğer yanına göre daha aleyhte bir durumda olmayacak ama aynı zamanda karşı tarafın iddia, talep ve savunmalarına karşı da iii) beyan ve açıklamada bulunma imkânına kavuşacaktır.⁸⁴ Esas olan, taraflar arasında adil bir usuli dengenin bulunması; davanın ortaya koyulabilmesi bakımından tarafların makul olanaklara sahip olabilmesi ve öncelikle dosyadaki tüm delil ve mütalaaların taraflarca bilinmesi ve bunlar üzerinde yorum yapıp tartışabilmesidir.

Taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için taraflara farklı, eşit olmayan bir biçimde, davranılabilir. Bu nedenle yargılamanın daha ziyade adilane bir surette yürütülmesi ilkesi, çok daha gerçekçidir; taraflara sadece eşit değil; adilane bir biçimde de davranılmalıdır. Sosyal devlet kişilerin mahkemeler önünde eşit olmasını da amaçlar. Önemli olan, taraflar arasındaki, şayet varsa eşitsizliğin, -sosyal devletin de bir gereği olarak- adil yargılamayı engellemesini önlemektir.

83 Centel-Zafer a.g.e. sf.147

84 Hakan Pekcanitez, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzbd 1997/2, s. 45-48

Dosyanın incelenmesi kapsamında, tarafların dosyadaki belgelerin orijinallerini görmeleri, belgeleri okumaları, fotokopi etmeleri, sesli ve görüntülü materyalleri dinlemeleri ya da izlemeleri mümkündür (CMK m. 153, 234). Mahkeme, kanunda belirtilen sınırlar içerisinde, dosyanın muhafazasını da sağlayarak gerekli kolaylığı sağlamalıdır. Taraf aleniyetinin bir sonucu olarak, yargılamanın hiç bir aşaması, taraflardan habersiz ve onlardan gizli yürütülemez. Bu durum hem mağdurun hakkının korunması hem de şüphelinin kendini savunabilmesinin bir gereğidir. Bu ilkeden, dosyanın tamamen tarafların insafına terk edilmesi anlamı da çıkartılamaz. Tarafların bir mücadele içinde buldukları ve meşru olmayan bazı davranışlar içine girebilecekleri düşünüldüğünde; mahkemenin bir tarafın bilgilenme hakkını kullanırken; diğer tarafın haklarına zarar vermemesini de sağlama görevi bulunmaktadır. Savcılık makamı aynı zamanda bir iddianame düzenlerken elde edilen delillerinin kanuna aykırı olmamasına dikkat etmelidir. Soruşturma aşamasının gizliliği çerçevesinde müdafii dosya kapsamını inceleme ve delillerin kanuna uygun olup olmadığını denetleme imkanına sahip olmalıdır.

Silahların eşitliği ilkesi ile amaçlanan her iki tarafın yargılama sırasında usul açısından eşit konuma sahip olmalarını sağlayacak tarzda muamele görmeleri ve davaya hazırlanırken eşit konumda bulunmaları böylece yargılamanın hakkaniyete uygunluğunun sağlanması için taraflar arasında bir dengenin oluşturulmasıdır. Silahların eşitliği ilkesi, kendini savunma hakkının temel bir güvencesidir. Ceza yargılamalarında, sanığın savunmasını hazırlamak için, uygun zaman ve kolaylıklardan yararlanması gerekir. Sanığa sağlanacak kolaylıklar, onun, resmi iddia makamı karşısında kendisini savunabilmesine imkân sağlayabilmelidir. Karşı delil sunma, tanık dinlenmesinde hak eşitliği, bilirkişi yönünden eşitlik, bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkânlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

AİHM, Pakelli v. Almanya davasında, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda, Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlanma imkânı tanınması gereğini ortaya koymuş ve duruşmalı incelemelerde de sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlanma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir.⁸⁵

Yargılamanın hakkaniyete uygun olması için yargılamanın tarafla-

85 TBB Dergisi, Sayı 57, 2005 sf.288; Güney Dinç, AİHM Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği.

rının eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması şarttır. Konu ile olarak Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.1998 tarih ve 1997/41-47 sayılı kararı önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla mülga 1412 sayılı CMUK'un 208/2 maddesinde yer alan " Sulh ceza mahkemelerinde açılan davalara ait iddianame sanığa tebliğ olmaz" hükmünü Anayasa'ya aykırı olduğu için iptal etmiş, yeni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 167. maddesinde tüm iddianamelerin çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ edileceği hususu düzenlenmiştir.⁸⁶

Silahların eşitliği ilkesi sayesinde devletin yargı fonksiyonu, kişi lehine sınırlandırılmakta ve yargının doğru ve adil işlenmesi sağlanmaktadır. Yine bu ilke sayesinde, yargılamaya katılanların salt bir obje olması önlenmektedir. Son olarak bu ilke sayesinde adil ve kanuna uygun bir yargılamanın yapılabilmesi temin edilmektedir. Bu sayede keyfi, kötü niyetli davranışlar da önlenmektedir.

I. OLAĞAN (TABİİ) HAKİM İLKESİ

Tabii hâkim, kanunla, yargılanacak uyuşmazlıktan önce kurulmuş, yargılanacak uyuşmazlıkla kuruluş bakımından herhangi bir ilgisi bulunmayan, herkes için genel geçer bir çerçevede ve soyut olarak görevi ve yetkileri tayin edilmiş olan mahkemenin hâkimidir şeklinde tanımlanabilir.⁸⁷ Tabii hakim ilkesiyle kişiye özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Tabii hakim ilkesinin doğal sonucu ise olağanüstü mahkemelerin yasaklanmasıdır.⁸⁸

Olağan hakim ilkesi doğrudan düzenlenmemekle beraber Anayasa'nın 37. maddesinde şu şekilde yer almaktadır: "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz". Bu hüküm olağan hakim ilkesinin teminatı niteliğindedir. Gerçekten de olağan hakim ilkesi hukuk devletinin bir gereğidir. Olağan

86 **Adem Çelik**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Ankara: Adalet Yayınevi, 2007 , sf.42

87 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, a.g.e., s. 978

88 **Kemal Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, 2000, sf.381

hakim ilkesi, yürütme ve yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önler. Bu ise mahkemeler önünde yargılanacak olan kişilere bir güvence sağlar.

Tabiî hâkim ilkesinin iki temel ögesi vardır. Bunlar, "kanunilik" ve "öncedenlik" unsurlarıdır. Kanunilik unsurundan maksat, mahkemele- rin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmesi; idarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşi- sinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararname aracılığıyla yeni mahkemeler kuramaması; kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltamaması ve işlerlik kazanmış olan yargılama usulüne ilişkin ola- rak değişiklik öngören herhangi bir belirlemede bulunmamasıdır. "Ön- cedenlik" unsuru gereği sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır. Bu sebepten dolayı 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda görev ve yetkiye ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu sayede belirli bir suç tipinin işlenme- den önce hangi mahkemenin görev alanına gireceği önceden kanunda belirtilmiştir ve bu suçu işlediği öngörülen her şüpheli kanunun tarafın- dan belirlenen görevli mahkemede yargılanacaktır.

Tabii hakim ilkesi Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmanın" da, alt ögesi konumundadır. Burada sözü edilen kanunî mahkeme ile kastedilen, tabii hakim ilkesine uygun olarak yapılandırıl- ması gerçekleştirilmiş bulunan mahkemedir.

Tabii hakim ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmazlarından birisi- ni teşkil eden, hukuki güvenlik ilkesiyle de sıkı bir ilişki içerisindedir. Hukuki güvenlik ilkesi, kişilerin tâbi olunacak hukukî rejimi önceden bilebilmesini ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesini, bir düzene sokabilmesini ifade eden temel bir ilke konumundadır.⁸⁹ Hukuki güven- lik, doğası gereği öncedenliği ve belirliliği bünyesinde barındırır.

89 **Hakan Pekcanitez**; Medenî Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997 C.2, s. 35-55)

Hakimin, yargılama süresince, taraflara aynı mesafede bulunması ve her iki tarafa eşit iddia ve savunma hakkı ve bu çerçevede eşit olarak delillerini ileri sürebilme, diğer tarafın delillerini inceleme ve tartışma olanağı verilmesi, yani eşit şekilde davranması gerekir⁹⁰; yapılacak olan yargılamayla, alınacak olan kararın, objektif bir nitelik taşıması da, ancak bu suretle sağlanabilir.⁹¹ Tabii hakim ilkesi, özellikle, sözü edilen hususun gerçekleştirilebilmesinin, ön şartı konumundadır. Çünkü, bir mahkemenin oluşumu, tabii hakim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirildi ise, hâkimin, önünde yapılacak olan yargılamada, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit işlem yapması pek mümkün olmaz.

Tabii hakim ilkesi ,devletin olağan mahkemeleri oluşturmasını ve sürekli bir biçimde hak arayanların ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir şekilde, işler durumda tutmasını zorunlu kılar.⁹² Çünkü, herkes, önceden konulmuş olan hukuka uygun usuller çerçevesinde, yargılama yapan mahkemelerde yargılanma hakkına sahiptir.

Tabii hâkim ilkesi, aynı zamanda, hâkime, görevi ve yetkisi dâhilinde bulunan bir dava ya da işe bakmaktan kaçınmama, onu şu veya bu şekilde karara bağlama ödevini de yükleyen bir işlevi yerine getirir. Bu durum, "tabii hakimin çekinme yasağı" olarak adlandırılır.⁹³ Sözü edilen yasağa, Anayasa'mızın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, "hiçbir mahkeme, görevi ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, açıkça belirtilmiştir. Aksine hareket, yani hak dağıtmaktan kaçınmak, ceza hukuku açısından bir suçun oluşumuna vücut verir (TCK. m. 260).

Tabii hâkim ilkesine uygun davranış, aynı zamanda, Devletin hukukî korunmayı sağlama ödevinin de ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Çünkü, bir hukuk devletinde, etkin hukukî korunmanın gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle, hak arama özgürlüğünün güvence altına alınmış bulunması ve hak arama mekanizmalarının tüm hak arayanlar için ge-

90 **Süha Tanrıver**; Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı s.230

91 **Süha Tanrıver** a.g.m s.230

92 **Nur Centel**.; Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s.33

93 **Nur Centel** a.g.m. s.44

nel-geçer bir biçimde oluşturulması ve ihtiyaçlara cevap verebilecek bir şekilde işlerliğinin gerçekleştirilmesi ile hak arama süreçlerinin, tarafsızlık, objektiflik ve eşitlik temeline dayalı bir biçimde ve makul süre içerisinde yürütülüp sonuçlandırılabilmesinin sağlanması şarttır.

J. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI

Hukuki dinlenilme hakkının temel dayanağını, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne ilişkin düzenleme oluşturmaktadır. Şöyle ki : "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir".

Hukukî dinlenilme hakkını tanımayan ve garanti altına almayan bir devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Hakkın tam olarak gerçekleşebilmesi ve hukukun doğru olarak uygulanabilmesi için, ilgililere karşılıklı tartışma ortamı yaratacak ve karara etki edebilmelerini sağlayabilecek bir yargılama olanağı sunulmalıdır. Tarafların haberi olmadan, onlara söz hakkı verilip dinlenilmelerine, karara etki edebilmelerine olanak tanınmadan, alınacak olan bir kararın hukuk devleti esprisi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Bu bağlamda hukuki dinlenilme hakkı "muhakemeye yön verme hakkı" ile bağlantı içerisindedir.

Hukuki dinlenilme hakkı gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında geçerli olan bir ilkedir. Dolayısıyla mahkemenin yanında, savcılık ve kolluk bakımından da dikkate alınmalıdır.⁹⁴

Hukukî dinlenilme hakkı, tarafın karara etki edebilecek şekilde görüş açıklayabilme olanağı verdiği için, tarafın yargılamanın objesi değil, süjesi olarak algılanmasını sağlar.⁹⁵ Hukuki dinlenilme hakkı bu bakımdan "insan onurunu" da koruyucu niteliktedir. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamaya ilişkin temel bir hak olması, insan onuruna saygıyla ilişkili bulunması sebebiyle yabancılara, hatta vatansızlara da tanınması gereken bir haktır; bu hakkın yabancılara tanınması "karşılıklılık" koşuluna bağlı kılınamaz.⁹⁶

94 **Özbek-Kanbur - Doğan** ,Ceza Muhakemesi Hukuku

95 **Pekcanitez**, Hukukî Dinlenilme, s. 756

96 **Pekcanitez**, Hukukî Dinlenilme, s. 762

Sanığın suçlamalara ilişkin gerektiği şekilde ve etkin bir savunma hazırlayabilmesinin en önemli şartı, isnadın ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 176 gereğince " iddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur." Kendisine suç itham edilen kimse , isnadın türü ve sebebi hakkında anladığı bir dilde, tam ve kapsamlı bir biçimde bilgilendirilmelidir.

Taraf, yargılama dilini, Türkçe'yi bilmiyorsa, onun yargılamaya katılması, karşı koyması, ileri sürülen vakıalar ile deliller hakkında da görüşlerini belirtebilmesi, yani, hukukî dinlenilme hakkını tam anlamıyla kullanabilmesi için, tercümandan yararlanmasına olanak sağlamak gerekir. Yine adli yardım kurumun işlevsel hale getirilmesi hukuki dinlenilme hakkı bakımından önem taşımaktadır. Şüphelinin maddi durumu kötü olabilir ve gerekli hukuki bilgiye sahip olmadığından kendi kendisini gerektiği gibi savunamaz. Bu gibi hallerde Ceza Muhakemesi kanunu şüpheliye ücretsiz olarak müdafii yardımından yararlanabilme hakkı tanımıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Suçun Niteliğinin Değişmesi" başlıklı 226. maddesi uyarınca sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. Sanığa kendini savunma hakkı ve değişen suç niteliğine ilişkin savunmasını düzenleyebilme imkanı tanınmalıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İfade ve Sorgunun Tarzı" başlıklı 147. maddesinde sanık hakları sayılmıştır. Maddenin 1. fıkrasının c bendine göre sanığa müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Avukat ile savunma hakkı açısından CMK'nın 148. maddesinin 4. fıkrasında çok önemli bir ilke daha yer almaktadır. Bu maddeye göre, müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. CMK'nın 149. maddesi uyarınca şüpheli veya sanık ya da kanuni temsilcisi soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında birden fazla

müdafiin yardımından yararlanabilir. Yine CMK'nın 150. maddesine göre şüpheli veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir. Ayrıca şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir, ayrıca alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da yine sanığın istemi bulunmasa da sanığın savunması müdafii (avukat) huzurunda alınır.

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 177. gereğince sanık, tanık davetini istediğinde, bunun ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanı veya hakime vermelidir. Hakimin tanık çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddetmesi mümkündür. Hukuki dinlenme hakkı doğrultusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği güvencelerden birisi de madde 178 gereği " Mahkeme başkanı veya hakim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir. "

K. ŞÜPHE DEN SANIK YARARLANIR

Sadece kusurlu sanık cezalandırılabilir ve kusur sanığa usule uygun bir muhakemede izafe edilmelidir.⁹⁷ Suçsuzluk karinesi, sanığın suçluluğunu gösteren delil gibi geçerli bir sebeple bertaraf edilebilir.⁹⁸ Bu ise yargılama sonunda fiilin sanık tarafından işlendiğinin yüzde yüz sabit olmasıyla mümkün olacaktır.⁹⁹ Bir kimsenin beraat edebilmesi için masumiyetinin anlaşılması şart değildir, suçlu olmadığının anlaşılması yeterlidir. Şüphenin yenilemediği bu gibi durumlarda "şüpheden sanık yararlanır" (in dubio pro reo) kuralı işletilecek ve beraat kararı verilecektir.

Duruşmanın sonunda yenilmesi gereken şüphe, her türlü şüphe değildir. Akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan şüphenin yenilmesi

97 **Özbek-Kanbur - Doğan** ,Ceza Muhakemesi Hukuku

98 **Erem**, Ceza Usulü, s. 160.

99 **Kunter - Yenisey**, s. 548.

gereklidir. Şüphenin yenilmesi zorunluluğunu, her türlü şüphenin yenilmesi seviyesine taşınır ise ; bu durumda ceza muhakemesinin etkinliğini kabul edilemez oranda zayıflayacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 2. fıkrasının e) bendinde "Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" halinde de beraat kararı verileceğinin ifade edilmesiyle açıkça şüpheden sanığın yararlanacağına vurgu yapılmıştır. Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması demek, sanığın o suçu işleyip işlemediği konusundaki şüphenin yenilememesi nedeniyle, sanığın suçunun ispat edilememesi demektir.

Bu ilke ayrıca suçsuzluğunu ispatlayan ya da kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden varsa, bunu ispat etme mecburiyetinin sanığa yüklenmesini de yasaklar. Bu bağlamda duruşma boyunca maddi gerçeğe ulaşma konusundaki tüm çabalarına rağmen mahkeme, maddi soruna ilişkin olarak kendisinde var olan şüpheyi bertaraf edememişse; duruşmadan sonra hüküm aşamasına gelindiğinde sanığın beraatine karar vermek zorundadır. Buna uygun olarak, suçluluğun yeterince ispat edilemediği hallerde "delil yetersizliğinden beraat" kararı yerine "faile isnat edilen fiilin sabit olmadığı"ndan beraat kararı vermek gerekmektedir.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin duruşmada hangi haller bakımından geçerli olduğunun tespiti gerekir. Bu bağlamda ilke sadece beraat kararına münhasır değildir. Örneğin duruşma boyunca yapılan tüm faaliyete rağmen, hırsızlık suçu bakımından gece işlenmiş olma ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa, suç gündüz işlenmiş sayılmalıdır.¹⁰⁰ Ayrıca hafifletici nedenin var olmadığına dair şüphenin yenilememesi durumunda da sanık bundan yararlanmalı, örneğin malın değerinin hafif olduğu yolunda bir şüphe varsa, bu hafifletici neden sanığa uygulanmalıdır.¹⁰¹ Bunun haricinde cezalandırma şartlarının bulunup bulunmadığına dair şüphe bulunması halinde, bunun da sanık lehine yorumlanmasının ilke kapsamında olduğu kabul edilmektedir.¹⁰²

100 **Kunter, Yenisey, Nuhoğlu**, s. 583

101 "Çalınacak eşyanın belirlenememiş olması karşısında kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca TCK'nın 522. maddesinin sanık lehine uygulanmaması bozmayı gerektirir". (6. CD. 18.12.1997, 3326/4141), Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 1997, s. 635.

102 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s. 194

L. DÜRÜST İŞLEM İLKESİ

Dürüst işlem, ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasında özellikle delillerin toplanmasında başvuru işlemlerinin ve kullanılan yöntemlerin insan onurunu ve adaletin saygınlığını zedelememesidir.¹⁰³

Delil toplama esnasında şüpheli veya sanık aleyhine hileli davranışlardan kaçınılması dürüst işlem ilkesinin bir gereğidir. Bir delili elde ederken hukuka aykırı yöntemler izlenilmemelidir. Hukuka aykırı elde edilen delil hükme esas alınmaz ancak doğaldır ki bu delilin hukuka aykırı olduğunun ispatı gerekmektedir. Bu gibi durumların önüne baştan geçilmeli ve dürüst işlem ilkesi benimsenmelidir.

Dürüst işlem ilkesinin bir gereği olarak Ceza Muhakemesi Kanunu m. 147 hususlara uyularak ifade ve sorgu alınmalıdır. İfade alınırken şüpheli kendisine yüklenen suç hakkında " şüphelinin anlayabileceği bir dil ile " bilgilendirme yapılmalıdır. Ayrıca şüpheliye, kendisine müdafii seçebileceği ve hatta seçecek durumda olmaması durumunda ücretsiz olarak baro tarafından bir müdafii görevlendirileceği hususu bildirilmelidir. Bu sayılanlar şüphelinin savunma hakkı açısından önem taşıyan hususlardır. Bu bağlamda CMK m. 148'de şüphelinin iradesinin sakatlanmaması gerektiği ve yasak usullerle alınan ifadelerin rıza verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır. Aynı zamanda şüphelinin ifadesini alabilmek için ona hukuka aykırı yarar vaat edilmesi ayrıca yasaklanmıştır. CMK 148/3 önceki fıkraların uygulamada adeta güvencesi niteliğindedir. Şöyle ki; müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacaktır. Aynı zamanda şüpheli veya sanığa ifade ve sorgu aşamasında " susma hakkı"nın olduğu bildirilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 160 gereğince Cumhuriyet savcısı şüphelinin sadece aleyhine değil lehine olan delilleri de toplamalıdır. Ayrıca şüpheli veya sanığın ifade alma ve sorgu aşamalarında "şüpheden kurtulması için" lehine olan hususlar ile somut delillerin toplanmasını isteme hakkı vardır.

103 **Özbek-Kanbur - Doğan** ,Ceza Muhakemesi Hukuku

Dürüst işlem ilkesinin tanıklar bakımından da dikkate alınması gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nunda hükümlendiği üzere tanıklıktan çekinme hakkı olanlara bu hakkın mahkemece bildirilmesi gereklidir. Ayrıca tanığa kendisini veya CMK m.45'te sayılan kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebileceği hususu önceden belirtilmelidir. Aksi halde bu durum dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

M. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesi de "yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi" ilkesidir. Bir yargılamanın adil olabilmesi, her şeyden önce yargılamanın makul sürede bitirilmesini gerektirir. Toplumun yargı organlarına olan güveninin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine bir an önce tesliminin sağlanması ve uyuşmazlığın taraflarının en kısa süre içerisinde tatmin edilebilmesi açısından yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesi son derece önemlidir.

Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermektedir. Devletin, yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılama makul süre içerisinde bitirilemez ise bu, yargıdan kaçışa sebep olacak, buradaki boşluk ise zorla hak elde etme şeklinde yasal olmayan biçimde doldurulacaktır.¹⁰⁴

Hukuk devletinin bir gereği olarak sanığa itham edilen fiilin belirli bir süre içinde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.¹⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/1'de , sanığın kendisine yüklenen suçlamlar hakkında makul süre içinde karar verilmesini istemek hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁶ Geciken adalet, adalet değildir.

104 Pekcanitez, "Adil Yargılanma Hakkı", İzmir Barosu Dergisi, 1997, s. 41

105 Özbek Veli Özer , Kanbur Nihat, Doğan Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı , Ankara ,2011

106 Kaşıkara Serhat , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı , TBBD., S.84, S.231vd.

Adaletin etkinliği ve bireysel hakların zarara uğramasını önlemenin en esaslı yolu da budur.¹⁰⁷

Makul süre içinde yargılanma hakkında esas alınacak süre , özel hukuk davalarında davanın açılmasıyla başlarken, ceza davalarında duruşmadan önce, suçun ithamı ile başlar.¹⁰⁸

AİHM kararlarına göre bir davada makul sürenin aşılıp, aşılmadığına; 1. Davanın niteliği, 2. Başvurucunun tutumu, 3. Yetkili mercilerin tutumu, 4. Başvuru yitirdiği veya yitirebileceği haklar göz önüne alınarak karar verilecektir.¹⁰⁹

Her dava içeriği farklı olarak değerlendirilecektir. Zira temin edilmesi gereken maddi deliller, suç isnadı yapılan kimseler, tanık sayısı, uluslararası unsurlar, davanın birleştirilmesini veya ayrılmasını gerektiren unsurlar, müdahil olunma gibi durumlar davanın niteliğini diğer bir deyişle karmaşıklığı belirleyecek nitelikler olacaktır.¹¹⁰ Genelde yakınılan husus yargılamanın çok uzun sürmesi ve bu nedenle hak kayıplarının doğmasıdır ; ancak bazı hallerde davanın uzaması adaletin tam olarak yerine getirilmesi için gerekli olabilecektir. Yani makul sürede yargılama yapılıp yapılmadığı her olayın ve davanın gidişatına göre ortaya konacaktır. Gerek hukuksal problemin çözümündeki güçlük, gerekse davayı sonuçlandıracak unsurların bir araya getirilmesindeki zorluklar ele alınacaktır.¹¹¹

Makul süre, davaların her ne pahasına olursa olsun çabuk bitirilmelerini amaçlayan bir ilke değildir. Eğer böyle olsaydı, yargılama sonunda verilen kararın doğru bir karar olmasından feragat edilmiş olurdu. Bu nedenle yargılamanın çabuk değil, makul süre içinde bitirilmesi amaçlanmıştır. Hukuk devleti ilkesi de, bir taraftan gerçek anlamda hukuki korunmayı, öteki taraftan hukuki güvenliğin sağlanması ve uyuşmazlık konusunun makul süre içinde sonuçlandırılmasını gerekli kılmaktadır.

107 Er,Deniz Erol,AvrupaİnsanHaklarıSözleşmesiİşğındaSanıkHakları,Ankara-2002, s.100

108 Yıldız, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı ,İstanbul-1998, s.115-116

109 Karakuş, s.175-176

110 Yıldız, s. 119-120

111 Karakuş, s. 175

Kanun koyucu bir taraftan gerçek ve adil yargılamayı, diğer taraftan da uyuşmazlığın makul süre içerisinde sonuçlanmasını kapsayacak şekilde düzenleme yapmalıdır.

Başvurucu kendi davranışlarıyla davanın gecikmesine neden olduysa, bunun dava süresinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir. Ancak ilgilinin mümkün olan bütün hukuksal yollara başvurması nedeniyle ortaya çıkan gecikme, ilgili aleyhine yorumlanamaz.¹¹² Sanığın gereksiz taleplerle soruşturmanın uzamasına bizzat sebebiyet vermesi durumunda makul süre ilkesinin zedelenmeyeceğini vurgulamak gerekir. Sanık yargılamanın yürütülmesinde yetkili organlara yardım etmeyip aksine geciktirici davranışlarda bulunmuşsa sürenin uzaması 6. maddeye aykırılık oluşturmamaktadır. Başvurucunun yargılama sürecini hızlandırmak için elinden geleni yapmasını değil, sadece, bu sürece engel olmaması gerekliliğini ifade eder.¹¹³ Örneğin, susma hakkının makul süre ilkesini zedelemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu hak elbette ki yargılamayı uzatacaktır. Susma hakkını kullanan sanık hakkındaki delillerin araştırılması ve tespiti zaman alacaktır. Bütün bu süre uzamaları olağan ve yasal nedenlere dayandığından yargılamanın makul süre içinde sonuçlandığını kabul etmek gerekir.

Mercilerin davayı görürken ki tutumu da bu hususta dikkate alınmalıdır. Mahkemenin dava esnasında ivedi biçimde mi davrandığı yoksa uzun süre pasif mi kaldığı dikkate alınır. Mercilerin makul süreye aykırı davranışları hakkında doğal olarak devletin sorumluluğu da doğacaktır. Ancak mahkemenin belirli haklı sebeplerden dolayı oluşan gecikmeler için sorumlu olmayacağı ve makul süreyi uzatmış olmayacağının da belirtilmesi gerekmektedir.

Makul süre içinde yargılanma hakkı kapsamında Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemeler içermektedir. Anayasa'mızın 19/7 maddesi uyarınca "tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı ... istemek hakları var." Ceza Muhakemesi Kanunu 190. maddesinde ise şu düzenleme yer almaktadır: "Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hallerde davanın makul süre içinde sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara

112 AHİM, k.t. 8.12.1983 , Pretto ve diğerleri

113 Karakuş, s. 175

verilebilir." Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, bir ceza yargılaması makul sürede sonuçlandırılmalıdır ; ancak bu sürenin hesabında somut olayın koşulları bakımında oluşan olağan gecikmeler de dikkate alınmalıdır.

Ayrıca makul süre sadece kovuşturma aşaması için değil, soruşturma evresi bakımından da dikkate alınmalıdır. Uzun sürebilecek olan bir soruşturma kişi güvenliğini ve hukuk devleti ilkesini ihlal eder. Soruşturma evresindeki koruma tedbirlerinde öngörülen süreler bu sebeptendir.¹¹⁴

Ceza yargılamasında, makul süre çoğu zaman olayın yargıç önüne götürülmesinden çok önce, kolluk makamları veya savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmî bildirim ile işlemeye başlamaktadır. Bu durumda başlangıç tarihi, gözaltına alınma tarihi, tutuklanma günü, ilk soruşturmanın açıldığı gün, suç isnadı ile hazırlık soruşturmasının başladığı tarih olabilmektedir. Ceza yargılamasının sona erdiği tarih, suç isnadının veya verilen cezanın kesinleştiği tarihtir.¹¹⁵ Bu tarih son kanun yolunun sonuçlanma veya yazılı kesin hükmün tebliğ edilme tarihine bakılarak belirlenmektedir. Sanık beraat ettiğinde ve savcılık temyiz etmediğinde, makul süre güvencesi temyiz süresinin sonuna kadar devam etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, Türkiye hakkında açılan davalardan birçoğu, "adil yargılanma hakkı" ve bu hakkın dâhिलindeki "makul süre" ile ilgilidir ve açılan davaların çoğu da "adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği..." şeklinde sonuçlanmaktadır. AİHM'nin verdiği kararlarda, yasal düzenlemelerdeki eksikliklerden değil, kanunlarla tanınmış olan hakların etkin ve verimli şekilde taraflara kullandırılmasından dolayı ihlâl kararları verdiği görülmektedir.

114 Özbek Veli Özer , Kanbur Nihat, Doğan Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı , Ankara ,2011

115 İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002.

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, söz konusu ihtilafa konu olan her iki tarafı da yakından ilgilendirmektedir. "Adil yargılama", devlet açısından bir görev ve yetki iken; "adil yargılanma" da kişiler açısından bir haktır. AİHS, adil yargılanma hakkı ile ilgili asgari standartları belirlemiştir. Türkiye, bu Sözleşmeye ve eki olan protokollere katılmakla bu standartları, kendi vatandaşlarına ve ülkesinde bulunan yabancılara tanıma yükümlülüğü altına girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olunmakla bu yükümlülüğüm gereklerini yerine getirmek ülkemiz açısından ayrıca bir görevdir. Kaldı ki bu husus sadece AİHS taraf olunmanın değil hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce incelenen kararların büyük çoğunluğunda ısrarla vurgulanan bir konu özellikle dikkati çekmektedir. Sözleşmenin ihlâl edildiğini tespit eden bu kararlarda "Türk iç hukukunun yapılan haksızlığı telâfi edecek düzeyde olduğu, ancak bu hukuku işletecek mekanizmanın çalıştırılmadığı" belirtilmektedir. Bu olumsuz durumun önlenmesi için idarî ve adlî makamların inceleme ve soruşturmalarını özen göstererek ciddi ve eksiksiz olarak tamamlamaları zorunludur. Yani öncelikli görev, muhakeme makamlarındadır. Ancak tabi ki taraflar da yargılama sürecini uzatıcı , sürüncemede bırakan nitelikte uygulamalarda bulunmamalıdır. Bu husus kanunlarımızda ayrıca öngörülmektedir ve hakimlere , tarafların bu gibi davayı sürüncemede bırakıcı niyetlerinin olduğu hallerde taleplerini reddetme konusunda yetki vermiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Hakim Reddi müessesesi bakımından madde 31'de düzenlenen red sebepleri arasında "ret isteminin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa" ifadesi ile; red talebinin hakim tarafından geri çevrileceği hükümlenmiştir.

Türkiye'de, "hukuk devleti" anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin olmazsa olmaz koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni sarsmaktadır. Hiç şüphe yok ki, yargılama sürecinin iyi işlemediği kanaati, Türkiye'de en yaygın düşüncelerden biridir. Genel olarak toplum, yargıdan ve adaletin işleyişinden hoşnut değildir. "Bu ülkede adalet yok..." ya da "yapanın yanına kâr kalıyor..." gibi düşünceler, çok yaygın biçimde dile getirilmektedir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının

azalmasına da yol açmakta; yargının giderek bir ayak bağı gibi algılanmasına yol açmaktadır. Bunun, toplumsal yaşamda yol açtığı en büyük tehlikelerden birisi, kişilerin uyuşmazlıklarını yargıyla görmekten çok, başka yollara yönelmeleri tehlikesi ve tehdidini getiriyor olmasıdır. Ayrıca adil yargılanmanın işletilememesi durumunda haksız tarafın lehine olan bir durum da söz konusu olacaktır ki bu halde diğer tarafın hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Adil yargılanma hakkının hukukî metinlerde düzenlenmiş olması adaletin, adil olarak yürütülmesine yetmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere devletler, adil yargılanma hakkının uygulamada da korunabilmesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Adil yargılanma hakkı ve bu çerçevede hakimnin güvence ve bağımsızlığının sağlanabilmesi için bazı temel koşullar istisnasız uygulanmalıdır. Özellikle;

- Etkin bir hukuk mekanizması ve yargı örgütlenmesini gerçekleştirilmesi; kişilerin yargı yerlerine ulaşma hakkını güvence altına alınması,

- Adil yargılamada etkin rol alabilmeleri açısından, yargı yerlerinin bağımsızlıklarını sağlanması

- Adil yargılanmaya ilişkin hükümlerin, olağanüstü hal süreçleri i de dahil olmak üzere, cezai, medeni, idari ve diğer yargılama usulleri uygulamalarında her zaman uygulanmasının temin edilmesi; adil yargılanma hakkının, hiçbir koşulda sınırlandırılmayacak haklarla birlikte mütalaa edilmesi;

- "Geciken adalet, adalet değildir" ilkesinden hareketle; yargılamanın süre, süreç ve kademelerinin makul düzeye indirilmesi ve bunun için gereken her türlü önlemin alınması; mahkemelerin iş yükünün mutlaka azaltılması hususunda gereken yasal düzenlemelerin yapılması;

- Teknik alt yapı sorunlarının (bina, araç, gereç yetersizlikleri...) giderilmesi..vb gerekmektedir.

Ayrıca Anayasa'mızın 10. maddesinde düzenlenen " Kanun önünde eşitlik" ilkesi adil yargılanma hakkı bakımından da dikkate alınmalıdır. Yani adil yargılanma hakkı " herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi dü-

şünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin" uygulanmalıdır.

Ülkemizin iç hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan hakların yasalarla kabul edilerek mevzuatta yer alması; söz konusu olan bu hakların yerleşmesi ve ülkemizdeki insan hakları standartlarının yükseltilmesi için yeterli değildir. Asıl önemli olan, yapılan bu düzenlemelerin uygulanması ve hayata geçirilmesidir. Bu haklar ve özgürlükler uluslararası toplumun isteği veya baskısı için değil; halkımız, bu hak ve özgürlüklere lâyık olduğu için uygulanmalıdır. İnsan olmanın en doğal sonucu, bu haklara sahip olmayı gerektirir.

"Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır. Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez).

Adaletin aslında daima istikrar getirdiğini, ama adaleti ağır biçimde ihmal eden her istikrar düşüncesinin, kendisiyle sakınılmak istenen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açabileceğini bir hukukçu özellikle bugünün siyasal ortamında çok daha yoğun bir bilinçle görebilmelidir."¹¹⁶

116 **Hayrettin ÖKÇESİZ**; Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü" (TBB Dergisi, S.56, 2005, s.172)

Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

■ Yeşim YATAĞANBABA

I. GİRİŞ

Globalleşen dünyayla birlikte hızla gelişen sosyal ve ekonomik yapı nedeniyle mal ve hizmetlerin pazarlanmasında, yeni ve güvenilir finansman araçlarının kullanımı zorunlu hale gelmiştir. Büyük ölçekli firmalar finansman problemlerini kolaylıkla çözebilirken, küçük ve orta ölçekli firmalar bu konuda sorun yaşayabilmektedirler. Bu noktada factoring şirketlerinin devreye girerek nakit sağlama, ödememe riskini üstlenme gibi işlevleri ortaya koydukları görülmektedir.

Finansmana yeni bir boyut getiren factoring, işletmelerin nakit akışına doğrudan müdahale ederek, zamanlama problemlerini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir.¹

II. FACTORING' İN TARİHSEL GELİŞİMİ

Factoring işlemlerinin ortaya ilk çıkışı Fenikelilere hatta eski Roma'ya kadar uzanmaktadır. Bu dönemde factor olarak adlandırılan kişiler günümüzün satış komisyoncusu veya satış acentası özelliklerini göstermişlerdir.² Tüccarların ürünlerini satmak, depolamak gibi işlemlerle bu işlevi yerine getirmişlerdir.

Modern anlamda factoringin tarihçesinin ise ABD'de 1890 yılında başlamış olduğu kabul edilmekte ve bunda ayrı ayrı dönemde çıkmış bulunan Mc Kinley Gümrük Tarifesinin etkili olduğu söylenmektedir.³ Bu tarifeyle Avrupa'nın ABD'ye tekstil ihracatı engellenmiş böylece ABD'de tekstil ithalatı görevini üstlenmiş olan Amerikalı factorler pazarlarını kaybetmişlerdir. Bunun sonucu olarak depolama ve satış faaliyetine ihtiyaç duyulmadığından alacağın tahsili, nakit sağlama gibi finansal hizmetleri sunmaya başlamışlardır. Böylece ABD'de modern factoring uygulanmaya başlamıştır.

1 Özkal , Giriş

2 Kocaman , Hukuki Nitelik, s. 5

3 Erdemol, s. 3

İkinci Dünya Savaşından sonra factoring bankalarının tecrübelerini Avrupa ülkelerine de taşımaya başlamasıyla özellikle 60'lı yıllardan sonra başta tekstil olmak üzere tüm sektörlerde factoring uygulanmaya başlamıştır.

Factoring'ın ülkemizde tanınması ise 1980'li yıllarda olmuştur. Bu alanda ilk hizmet İktisat Bankası ve Garanti Bankası tarafından vermeye başlanmıştır. Daha sonraki yıllarda factoring faaliyetleri bankalar bünyesinden ayrılarak, bağımsız tüzel kişilik sahibi şirketlerce sürdürülmüştür.

Ülkemiz factoring kuruluşlarından bazıları dış ticaret alanında faaliyet gösterebilmek için FCI (Factors Chain International)'a üye olmuşlardır. FCI'nın amacı taraf ülkeler arasındaki işlemlerinin gelişimini desteklemek ve bu konudaki sorunları çözümlenektir.

Şu anda ülkemizde yüz civarında factoring firması faaliyet göstermektedir.⁴

III. FACTORING'İN TANIMI

Factoringin tanımı konusunda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte factoring şu şekilde tanımlanabilir "*Factoring, mal satan veya hizmet arz eden ticari işletmelerin yurt içine veya dışına yapacakları kredili satışlardan kaynaklanan kısa vadeli senede bağlı alacak haklarının, factor veya factoring şirketi adı verilen finansal kuruluşlar tarafından satın alınması temeline dayanan bir faaliyettir.*"⁵

Kocaman'ın tanımına göre factoring "*mal (emtia) imal eden ile factoring kurumu arasında kurulan uzun vadeli bir akdi ilişkiyi ifade eder; ki bu sebeple, finansman kurumu, sözleşme karşı tarafını, mal (emtia) tesliminden veya edimin yerine getirilmesinden doğan alacakların kaybına karşı tam olarak teminat altına alır (delkredere işlevi) ve onun (mal imal eden/sözleşme karşı tarafı) için ,- bu alacakların satın veya temlik sureti ile üstlenilmesinden (iktisabından) sonra - alacakların idaresi ile (yönetimiyle) bağlantılı olarak yapılması gereken muhasebenin tutulması, tahsil gibi işleri ve diğer yardımcı işlevleri icra eder (iş*

4 Toroslu, s. 42

5 www.belgeler.com

görem/hizmet işlevi) ve ayrıca, sözleşme karşı tarafının talebi (isteği) üzerine bu alacakları (karşılığını) avans verir(finansman işlevi)"⁶ dir. Yukarıdaki tanım karışık gibi görünmesine karşın factoring işleminin tüm işlevlerini içermektedir.

Özet olarak tanımlamak gerekirse factoring; müşteri alacaklarının factor denilen gerçek veya tüzel bir kişi tarafından bedeli peşin ödenmek suretiyle satın alınması şeklinde ifade edilebilir.

IV. FACTORING'İN TARAFLARI

Tanımdan da anlaşılacağı üzere factoring işlemi 3'lü bir ilişkiye dayanır. İlişkinin köşelerini factoring işlemi talep eden "**müşteri**", bu amaçla müşterinin alacaklarını devralan "**factor**" ve müşterinin alacaklı olduğu "**üçüncü şahıs borçlu**" oluşturur. Uluslararası factoring işlemlerinde ise 4 kişilik bir yapı vardır. Burada diğer üç tarafa ek olarak bir de yurt dışında bulunan borçludan alacağı tahsil edecek olan, "**yurt dışındaki factor (muhabir factor)**" tarafı bulunur.

Factor ile işletme arasında yapılan factoring sözleşmesiyle tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenir ve sözleşme süresince taraflar karşılıklı edimlerini yerine getirirler.

1. Factor

Factoring işleminde, müşteriye ait alacakların %80-90'ını peşin olarak alan, temlik aldığı alacakların muhasebe ve defter kayıtları yanında tahsili ile ödenmeme riskini üstlenen, müşterisinin ilişki içine girdiği borçlu firmalar hakkında bilgi toplayıp istihbarat hizmeti veren kuruluşlardır.

Factoring alanında ilk düzenlemeyi getiren Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesine göre *factoring şirketi, mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakların temellük edilerek, ve bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak finansman sağlanması işiyle uğraşmak üzere kurulmuş şirketlerdir.*

6 Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 17

2. Müşteri

Factoring hizmetini talep eden, kısa vadeli alacaklarının tamamını factora satan, alacağının büyük bir kısmını nakit olarak alıp nakit ihtiyacını karşılayan ve yapılan temlik işlemini borçlulara bildiren küçük veya orta büyüklükteki işletmelerdir.

3. Borçlu

Borçlu, müşteri ile factor arasındaki ilişkiye yabancıdır ve bu sebeple üçüncü kişi olarak da tanımlanır. Burada borçlunun müeccel bir alacağı bulunmaktadır ve yapılan factoring işlemi ile müşterinin borçludan olan bu alacağını factor temellük etmekte, karşılığında müşteriye bir avans vermektedir. Kalanını ise alacağı borçludan tahsil ettikten sonra kendi giderlerini indirerek müşteriye ödemektedir.

4. Muhabir Factor

Muhabir factor yalnızca uluslararası factoring işleminde bulunan ve factoring işlemini dörtlü bir ilişkiye dönüştüren unsurdur. Yurtdışında bulunan borçlunun mali durumunu, ülkedeki ekonomik durumu vb.yi inceleyerek yurtiçindeki factorü bilgilendirir ve müşterinin mali durumuna göre bir kredi değerliliği belirleyip onaylar. Ayrıca yurtiçindeki factorle yaptığı anlaşmaya göre alacağı tahsil ederek yurtiçindeki factore devreder. Alacağı tahsil edemediği durumda onayladığı değerden sorumlu olur ve bu miktarı kendisi öder. Yani bu 4'lü ilişkide yurtiçindeki factor tüm risk ve sorumlulukları muhabir factore devretmekte ve bunun karşılığında bir komisyon ödemektedir.

V. FACTORING'İN İŞLEYİŞİ

1. Yurtiçi Factoring İşleminin İşleyişi

Factoring işlemi 3. kişi borçlunun müşteriye yaptığı sözleşme teklihinin müşteri tarafından factore sunulmasıyla başlar⁷. Bunun üzerine factor müşterinin borçlusunun kredi kabiliyetini araştırır ve bilgiler neticesinde bir kredi limiti belirleyerek bu limit çerçevesinde alacakların karşılığını avans olarak ödemeye hazır olduğunu belirten yazılı sorumluluk vaadini bildirir ve factoring sözleşmesinin kurulmasını sağlar.

7 Kocaman, Temel Hukuk Bilgisi, s. 138

Malın 3. kişiye teslim edilmesiyle müşteri teslimden doğan alacağını factore devreder ve ona gerekli fatura ve belgeleri gösterir. Belgele-
rin teslimiyle factor söz konusu alacaktan faiz, ücret ve harçları tahsil
ederek kalan tutarı müşterinin hesabına her an nakit olarak kullanabile-
ceği şekilde kaydeder. Alacağın devredilmesi sonucunda factor borcun
ödenmeme riskini üstlenmiş olur. Müşteri de alacakların %80'e varan
kısmının hemen tahsil edilmesi karşılığında factore bir iskonto öder.

Factor vadesi geldiğinde alacakları tahsil etmenin yanı sıra müşte-
rinin defterlerini tutma, gerektiğinde dava açma gibi hizmetleri de gör-
mektedir.

2. Uluslararası Factoring İşleminin İşleyişi

Borçluların yabancı bir ülkede bulunduğu durumlarda söz konusu
olan bu sistemde işleyiş temel olarak aynıdır. Alacaklarını satmak iste-
yen müşteri, satış ile ilgili gerekli bilgilerin bulunduğu bir formla bir-
likte kendi ülkesindeki bir factorig şirketine başvurur. Factoring şirketi
borçlu ile ilgili gerekli araştırmalarına başlar. İşte bu noktada yurtiçi
factoring ile uluslararası factoringin işleyişi farklılaşmaktadır. Yurtiçi
factoring işleminde factoring şirketinin yaptığı inceleme sonucu borç-
lunun ödeme gücü ve diğer unsurlarına razı olmasıyla factoring söz-
leşmesi kurulurken, uluslararası factoring işleminde son söz borçlunun
bulunduğu ülkedeki muhabir factoring şirketine aittir.

VI. FACTORING'İN FONKSİYONLARI

Factoring işleminin 3 temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar :

- Finansman
- Hizmet
- Teminat (delkredere) fonksiyonlarıdır.

Hizmet fonksiyonu factoring sözleşmesinin zorunlu unsuru olma-
sına rağmen teminat ve finansman fonksiyonları tarafların iradelerine
bağlı olarak sözleşmede yer alır.

1. Finansman Fonksiyonu

Factoring sözleşmesinin en önemli fonksiyonudur. Bu fonksiyon

genellikle "avans" yöntemi ile gerçekleştirilir. Bu yöntemde müşteri alacağının doğumunu fatura vb. belgelerle factore ispat etmelidir. Factor vade gününü beklemeksizin doğumu ispatlanmış olan alacağın %80-90'ını müşteriye ödemektedir. Böylece müşteri borçludan olan alacağını vade günü gelmeden avans olarak almakta ve müşterinin likidite ihtiyacı karşılanmış olmaktadır. Müşteri verilen bu avans karşılığında factore, alacağın tahsil zamanına kadar geçen süre için "*factoring faizi*" adı verilen %2-2.5'luk bir faiz ödemekle yükümlüdür. Daha sonra alacağın vadesi geldiğinde tahsil edilen alacaktan factorun faiz ve masrafları düşülerek kalan miktar müşteriye geri ödenir.

2. Hizmet Fonksiyonu

Bu fonksiyon tüm factoring sözleşmeleri için ortak olup sözleşmenin içeriğine göre çeşitlilik göstermektedir. Genellikle ticari defterlerin tutulması, tahsil ve ihtar işlemlerinin üstlenilmesi ve gerektiğinde cebri icra yoluna gidilmesi şeklinde görülmektedir. Factor gerçekleştirdiği bu hizmet edimleri karşılığında "factoring harcı" veya "factoring komisyonu" adı verilen alacak fatura değerinin %0.5-2.5 miktarında bir komisyon alır.⁸

Factor, aynı zamanda müşteriye, pazar, üretim ve reklam politikaları hakkında danışmanlık yapar, bazı alanlarda, malın depolanması, sigorta ve gümrük işlemlerinin yapılması gibi nakliyecilikle ilgili faaliyetleri üstlenir.⁹

Factoring işleminin bu fonksiyonu sayesinde müşteri bir yandan personel ve büro giderlerinden tasarruf sağlarken bir yandan da tahsil işlemi gibi zaman kaybına yol açan işlemlerle uğraşmaktan kurtulur.

3. Teminat (delkredere) Fonksiyonu

Teminat fonksiyonu, factoring şirketinin kendisine devrolunan alacağın tahsil edilememesinin riskini üstlenmesidir. Bu riske ise "delkredere riski" adı verilir.

Factoring şirketi bu riski üstlenmeden önce müşterinin borçlula-

8 www.turkhukuk sitesi.com

9 Kocaman, Genel Alacak, s. 13

rının ekonomik durumunu araştırır ve sonuç olumsuz olursa alacağı satın almayı reddedebilir. Borçlunun ödememesi riskinin üstlenilmesi durumunda factoring şirketi alacağın sağlamlığından sorumlu olmakta, buna karşılık alacağın varlığından sorumluluk müşterinin üzerinde kalmaya devam etmektedir.¹⁰ Yani satılan malın ayıplı olması halinde borçlu ödemezlik defteri ileri sürebilecek ancak factor müşteriye rücu edebileceğinden risk müşteriye ait olacaktır.

Factor teminat borcunun bir sonucu olarak alacak fatura değerinin %0.2-0.4 miktarında "*delkredere-teminat harcı*"na hak kazanır.

VII. FACTORING'İN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

1. Factoring'in Avantajları

Globalleşen dünya ekonomisine bakıldığında factoring işleminin ticari hayatı canlandırıcı, ihracat ve üretimi artırıcı etkisi olduğu görülmektedir. Bu faydalarının yanında factor ve müşteri açısından faydaları ise şöyle açıklanabilir:

a) Müşteriye sağladığı avantajlar

- Müşterinin likitide sorunu çözülerek acil ve gerekli finansman sağlanır.
- Factor alacağın tahsil edilmeme riskini üstlendiği için müşterinin yeni piyasalara girme olanağı artar.
- Müşteri senet tahsili, defter tutulması gibi idari işlerden kurtularak zaman ve finansman açısından tasarruf etmiş olur.
- Alacakların factore devredilmesiyle şirketin pasif kalemlerinde ek-silme olur ve öz sermayesinde artış sağlanır.
- Müşterinin rekabet gücü artar.
- Factorün bilgilendirme hizmeti sayesinde müşteri piyasalar hakkında daha çok bilgi sahibi olur ve piyasalara girmesi kolaylaşır.

10 Erdemol, s. 18

- KOBİ'lerin tahsilat sorunu çözüldüğünden büyümelerine yardımcı olur.
- Yabancı ülkedeki borçluların akreditif açma zorunluluğunu ortadan kaldırarak ithalatın maliyetini düşürür.

b) Factor'e sağladığı avantajlar

- Factoring işleminden yararlanmak isteyen müşteri sayısının artmasıyla factorun kazanacağı faiz ve komisyon artacağından hizmet çeşitliliği de artar.
- Factor çalıştığı firmaların mali durumları hakkında geniş bir bilgi birikimine sahip olmakta ve bu bilgileri diğer faaliyetlerinde kullanabilmektedir.
- Factor müşterisi olan firmalar üzerinde zamanla etkinliğini artırarak hem kendisinin hem de bağlı bulunduğu bankanın müşteri hacmini artırır.

2. Factoring'in Dezavantajları

Factoring şirketlerinin sağladığı hızlı finansman uzun prosedür işlemlerinin olduğu bankacılık sistemine göre daha yüksek maliyetlidir. Şirketlerin factoring işlemine başvurması piyasadaki bazı şirketler tarafından şirketin nakit sıkıntısı çektiği şeklinde anlaşılabileninden diğer işlemlerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir.

Uluslararası factoringde düzgün ve güvenilir bir factor seçilmezse işlemler yavaşlayabilir ve bu durum müşteriyi olumsuz etkileyebilir.

VIII. FACTORING'İN TÜRLERİ

Factoring işlemi çeşitli açılardan gruplandırılmaktadır. Müşteriler ticari faaliyetleri, amaçları ve istekleri doğrultusunda bu factoring türlerinden birini seçerler. Factoring işlemi 5 ana grupta toplanabilir:

- Factorün "*delkredere riski*"ni üstlenip üstlenmemesine göre gerçek factoring ve gerçek olmayan factoring
- Factoring hizmetinin yürütüldüğü yere göre yurtiçi factoring ve uluslar arası factoring

- Ödeme zamanına göre ön ödemeli factoring ve ön ödemesiz factoring
- Bildirim durumuna göre açık factoring ve gizli factoring

1. Gerçek Factoring-Gerçek Olmayan Factoring

Gerçek factoring; factorün teminat fonksiyonunu kabul ederek alacağın ödenmemesi riskini üstlendiği factoring türüdür. Factoring işleminin asıl tarzını oluşturmaktadır. Factor müşterisine rücu edemeyeceği için sözleşme öncesinde ciddi bir piyasa araştırması yapar.

Gerçek olmayan factoring; factorun delkredere riskini üstlenmediği alacağı tahsil edemediği durumda müşteriye rücu ettiği factoring türüdür. Müşteri kamu kurum veya kuruluşu ya da büyük bir şirket ise alacağın ödenmeme ihtimali olmayacağından bu factoring türünün seçilmesi daha mantıklı olacaktır. Genellikle fatura tarihinin gösterdiği ayın sonundan itibaren 90 gün içinde alacak tahsil edilmezse factor müşteriye rücu eder.¹¹ Bu türde factorun temel işlevi tahsilata aracılık yapmaktır. Bunun yanında hizmet fonksiyonunun üstlenilmesinden doğan görevlerini yerine getirir.

2. Yurtiçi Factoring-Uluslararası Factoring

Yurtiçi factoring; işlemin taraflarının aynı ülkede olduğu factoring türüdür. Müşteri factoring şirketine başvurur, başvuru üzerine factor gerekli araştırmayı yaparak bir limit belirler. Belirlenen limit çerçevesinde koşullar belirlenerek factoring sözleşmesi imzalanır.

Uluslar arası factoring ise; alıcı ve satıcıların farklı ülkelerde olmasıyla ortaya çıkar. Bu factoring türünde müşteri(ihracatçı), ihracatçı factor, borçlu(ihthalatçı), ithalatçı factor(muhabir) olmak üzere 4 taraf vardır.

Müşteri başka bir ülkedeki borçludan olan alacağını kendi ülkesindeki ihracatçı factore temlik eder. İhracatçı factor de bu alacağı ithalatçı factore temlik eder ve ithalatçı factorun üstlendiği ölçüde ödememe riskini üstlenir. Çünkü borçlu hakkındaki gerekli araştırmayı yapan, borçlunun ülkesindeki ithalatçı factordür.

11 Kocaman , Hukuki Nitelik, s. 43

3. Ön Ödemeli Factoring-Ön Ödemesiz Factoring

Ön ödemeli factoring; factorun alacağın vade gününü beklemeden alacağın varlığını tespit eder etmez satış bedelinin %80ini avans olarak verdiği, müşterinin de factora faiz ödediği factoring türüdür.

Ön ödemesiz factoringde ise alacak vade gününde ödenir. Bu yüzden finansman fonksiyonu bulunmayıp sadece tahsilat işlevi görür. Nakit ihtiyacı olmayan müşteriler için uygun bir türdür. Finansman işlevi için ücret ödenmediğinden maliyeti düşüktür.

4. Açık Factoring-Gizli Factoring

Açık factoring; müşterinin alacaklarını factora devrettiğini ve borçlunun ancak factora ödeme yaparak borcundan kurtulabileceğini yazılı olarak borçluya bildirdiği factoring türüdür. Temlikin borçluya ihbarıyla delkredere riskini üstlenmiş olan factor, borçlunun yanlışlıkla eski alacaklısına ödemede bulunma tehlikesi karşısında korunmuş olur. Böylece factorun riskinin katlanılmaz hale gelmesi önlenmiş olur.¹²

Gizli factoring türünde alacağın factore devri örtülü bir şekilde gerçekleştirilir. Bu durumda factorun alacağı tahsil etme yetkisi bulunmaz. İyiniyetli borçlu borcunu müşteriye ödemekle borcundan kurtulur.(BK. m.165) Müşteri gecikmeden alacağı factore havale etmek zorundadır. Factor, müşterinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda temlik açıklama hakkını sözleşmede saklı tutmuş olabilir.¹³

IX. FACTORING'DE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Müşterinin Yükümlülükleri

a) Müşteri borçluyla yaptığı sözleşme gereğince edimlerini ifa etmiş olmalı borçlunun herhangi bir karşı alacak hakkı olmaksızın fatura bedelinin tamamı için yükümlüğü olduğuna dair factora güvence vermelidir.

b) Sözleşme borçlandırıcı işlem olarak kararlaştırılmışsa her bir alacağını tek tek factore devretmeli ve bu alacaklara ilişkin faturaların bir kopyasını factore vermelidir.

12 Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 42

13 Kocaman, Hukuki Nitelik, s. 46

- c) Yaptığı temlik işlemini borçluya ihbar etmekle yükümlüdür.
- d) Asıl alacağa bağlı olan ferî hakları da factore devretmelidir.
- e) Kendi mali durumuna ve alacaklara ilişkin ortaya çıkacak tüm hususları factore bildirmelidir.
- f) Factoring sözleşmesinin türüne bağlı olarak gerekli faiz, masraf ve komisyonları ödemekle yükümlüdür.

2. Factor'un Yükümlülükleri

- a) Factor, müşterinin malı teslim ederek fatura suretlerini sunması üzerine derhal alacağın %80-90'ını ödemekle yükümlüdür.
- b) 3. Kişi borçluların kredi değerlerini takip ederek, piyasa ve pazar politikaları hakkında müşteriyi bilgilendirmek de factorun yükümlülükleri arasındadır.
- c) Vadesi geldiğinde alacağı tahsil etmeli, gerekli ihbar ve ihtarları yaparak gerekirse cebri icra yoluna başvurmalıdır.
- d) Alacağı tahsil ettikten sonra peşin olarak ödediği değeri, factor ve teminat harcını indirerek kalan miktarı müşteriye ödemelidir.

X. FACTORING İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Factoring işlemiyle ilgili gelişmiş ülkelerde bile yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu sebeple factoring sözleşmesi borçlar hukukunun sözleşme serbestisi ilkesiyle ilişkilendirilmektedir.

Factoring sözleşmesinin hukuki niteliği factoring işleminin türlerine ve fonksiyonlarına dayanarak belirlenmeye çalışılmıştır. Müşteri ile borçlu arasında yapılan sözleşmeler hizmet ya da satım sözleşmesidir. Bunların hukuki niteliği konusunda şüphe yoktur. Ancak factoring işleminin teminat niteliği hangi hukuki ilişkiye dayanmaktadır? Bu sorunun cevabını verebilmek için tıpkı factoringe olduğu gibi Borçlar Kanunumuzdaki üçlü borç ilişkilerine dayanan benzer sözleşme şekilleri incelenmeli, aralarındaki farkları ortaya koymak suretiyle factoringin hukuki nitelemesi yapılmalıdır.

1. Factoring ve Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

Bir sözleşmeyi yapan taraflar, bu işlemle meydana gelecek alacak hakkından bir 3.kişinin yararlanmasını isteyebilirler. Bu takdirde sözleşme üçüncü kişinin menfaatine yapılmış olur.(BK. m.111) Niteliği itibariyle sadece taahhüt işlemleri üçüncü kişi lehine sözleşmeye konu olabilirler. Factoring işlemi de bir tasarruf işlemi olduğundan bu sözleşmeye konu olamaz. Ayrıca üçüncü kişi lehine sözleşmenin tarafları sadece alacaklı ve borçlu olabilir. Oysa factoring işleminin tarafları müşteri ve factordür.

2. Factoring ve Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt

Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyanın giderilmesinden sorumludur. (BK. m.110) Sözleşmenin tarafları taahhüt eden ve taahhüt edilendir. Taahhüt eden bu taahhüdü kendi adına yapar, üçüncü kişinin temsilcisi sıfatıyla hareket etmez bu sebeple üçüncü kişi aleyhine hiçbir talep ve dava hakkı doğmaz.

Factoring sözleşmesi de üçlü bir ilişkiye dayanır. Borçlu tıpkı fiili taahhüd edilen üçüncü kişi gibi müşteri ve factor arasında yapılan factoring sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak factoring sözleşmesinde müşteri üçüncü kişi borçlunun borcunu ödeyeceğini factore taahhüt etmiş değildir. Bir edim taahhüdü söz konusu değildir. Aynı şekilde factor de borçlunun borcunu ödeyeceğini taahhüt etmez, alacağı tahsil etmeye çalışır.

3. Factoring ve Kefalet

Kefalet bir sözleşme olup, bunula kefil, bir başka şahsın alacaklısına karşı, asıl borcun ifasından sorumlu olmayı taahhüd eder.¹⁴ Sözleşme kefil ile alacaklı arasında kurulur ve borçlunun rızasına ve haberdar edilmesine gerek yoktur. Kefalette üçlü bir ilişki bulunmaktadır ve kefilin ifasından sorumlu olmayı taahhüd ettiği borca "asıl borç" adı verilir.

Factoring sözleşmesinde de üçlü bir ilişki vardır ve borçlunun haberdar edilmesine gerek yoktur. Ancak factoring sözleşmesinde müşteri

14 Aral, s. 421

borçlunun borcunu ödememesi halinde şahsen sorumlu olacağını kefil olarak taahhüt etmiş değildir. Gerçek olmayan factoring sözleşmesinde de factorun rücu hakkı kefalet sözleşmesinden değil factoring sözleşmesinin kendisinden ileri gelmektedir.

4. Factoring ve Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesi; garanti verenin bir ivaz karşılığı olmaksızın garanti alanı belli bir teşebbüse sevk etmek için teşebbüsten doğabilecek tehlikeyi bağımsız olarak üstlenmesidir.

Gerçek factoring sözleşmesinde de factor alacağın ödenmemesi riskini üstlenmektedir. Ancak garanti sözleşmesinde ivazsızlık esassen factoring sözleşmesinde factor riski bir ivaz karşılığında üstlenmektedir. Ayrıca garanti sözleşmesinde bir teşebbüse sevk etme amacı varken factoringe müşteri factoring sözleşmesi yapılmadan önce borçluyla birçok hukuki ilişkiye girmiştir. Dolayısıyla factoring sözleşmesi bir garanti sözleşmesi olarak değerlendirilemez.

5. Factoring ve Temsil İlişkisi

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir şahsın hukuk alanında doğmak üzere o şahsın ad ve hesabına hukuki muamele yapma yetkisine "*temsil*" denir.¹⁵

Doğrudan temsilde yapılan hukuki işlem ikinci bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan temsil olunan üzerinde hüküm ve sonuç doğurur. Temsilci sözleşmenin tarafı değildir. Factoring sözleşmesinde ise factor ve müşteri sözleşmenin tarafları olup factor ile müşteri arasında sadece alacağın tahsili amacıyla bir ilişki doğmaktadır. Müşterinin factore verdiği tahsil yetkisi ise bir temsil yetkisi değil tek taraflı olarak verilmiş bir yetkidir. Dolayısıyla factorun bu yetkisi temsil yetkisi olarak nitelendirilemez.

6. Factoring ve Alacağın Temliki

Alacağın temliki; bir hukuki işlemde doğan alacak hakkının borçlunun rızası alınmaksızın alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye devre-

15 Eren , s. 383

dildiği kazandırıcı bir işlemdir. Tanımdan anlaşılacağı üzere üç köşeli bir işlemdir. Temlik eden alacağını devrederken alacaklı sıfatını kaybetmez sadece belli bir alacak temlik edenin malvarlığından çıkıp temellük edenin malvarlığına girmektedir.

Factoring işleminde de borçlunun bilgisi olmaksızın müşterinin alacakları factore devredilmektedir. Temellük eden gibi factor de alacağın aslına ve ferilerine sahip olmaktadır. Temlik eden gibi müşteri de devrettiği oranda alacak hakkını kaybeder. İvazlı temlik söz konusu olduğunda temlik eden alacağın varlığından sorumlu olur.(BK. m.169) Gerçek factoring işleminde de müşteri alacağın varlığından factor de sorumluluğundan sorumlu olur.

Bu bilgilerin ışığında factoring işleminin temelinde alacağın temlik işleminin olduğunu söyleyebiliriz. Ancak factoring işlemi alacağın temlikinden ibaret olmayıp çeşitli hizmet edimlerini de içermektedir.

Sonuç olarak factoring sözleşmesi çeşitli hizmet edimlerini içeren karma bir sözleşme niteliği taşımaktadır. Her factoring tipinde factor, her biri bir hizmet sözleşmesine vücut verebilecek edimleri yerine getirmektedir. Müşteri de sözleşme gereğince alacaklarını factore devretmektedir. Bu devir işlemi gerçek factoringde teminat fonksiyonu sebebiyle satım işlemi, gerçek olmayan factoringde ise teminat fonksiyonun üstlenilmemesi nedeniyle ödünç işlemi olarak nitelendirilmektedir. Gerçek factoring işlemi alacağın temlikine dayanırken gerçek olmayan factoring işlemi ise ödünç sözleşmesine dayandırılmalı ve buna uygun hükümler uygulanmalıdır.

XI. FACTORİNG SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Kendiliğinden Sona Erme

a) Tafaflar sözleşmenin geçerliliği için belli bir süre kararlaştırmışlarsa feshi ihbar kaydının olmaması şartıyla sözleşme kendiliğinden sona erer.

b) Sözleşmenin kurulmasından sonra bir kusursuz imkansızlık hali meydana gelmişse sözleşme kendiliğinden sona erer.(BK. m.117)

c) Tafafların ticari faaliyetlerine son vererek tüzel kişiliklerini kaybetmeleri durumunda sözleşme sona erer.

d) Taraflardan birinin iflası halinde de sözleşme kendiliğinden sona erer. Müşterinin iflası halinde alacakları üzerinde tasarruf yetkisi ortadan kalkacağından alacaklarını factora temlik edemeyecek, daha önce temlik ettiği alacakların factor tarafından tahsil edilmesi halinde de ödeme iflas masasına yapılacaktır. Factoring şirketinin iflası halinde ise hakim görüşüne göre sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek müşteri tahsil edilen alacaklarını talep edebilecektir.

2. Hukuki İşlemlerle Sona Erme

a) Taraflar karşılıklı irade beyanları ile sözleşmeyi sonlandırabilirler. Bu durumda factor elinde bulunan müşteriye ait senet, fatura ve teminatları iade edecek müşteri de factora varsa ödenmemiş ücret ve komisyonları ödeyecektir.

b) Haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde sözleşme feshedilebilir. Fesih tek taraflı , karşı tarafa varması gereken, şekle bağlı olmayan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Karşı tarafın aciz haline düşmesi, komisyon ve ön ödemeleri yerine getirmemesi ve temerrüde düşmesi haklı fesih sebepleri olabilir. Ayrıca taraflardan biri için sözleşme çekişmez hale gelmişse olağanüstü fesih hakkı kullanılabilir.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklamaya çalıştığım factoring işlemi özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için oldukça faydalı bir finansman tekniğidir. Hem ulusal hem de uluslararası alanda pek çok avantajı beraberinde getirmekte, şirketler için finansman kaynağı olmaktadır. Bu finansman tekniği ülkemize ancak 1980'lerde gelmiştir. Ancak bu tarihten sonra da genellikle piyasada gerçek olmayan factoringin uygulanması ve hakkında özel bir yasal düzenleme bulunmadığı için karışıklıklara sebebiyet vermesi nedeniyle çok fazla kullanılan bir teknik olmamıştır.

Dünya ekonomisindeki belirsizlikler ve mali dalgalanmalar sırasında önemli bir rol üstlenen factoring tekniği her geçen gün gelişmekte ve popüler bir finansman aracına dönüşmektedir. Gerçek factoring uygulamalarının artması ve gerekli yasal düzenlemelerin de yapılmasıyla daha da değer kazanacak ve kuşkusuz milli ekonomimizin gelişmesine son derece katkı sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara, 2007

ERDEMOL, Haluk: Akbank Ekonomi Yayınları, İstanbul, 1992

KOCAMAN, Arif: Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara, 1992 (Kocaman, Hukuki Nitelik)

KOCAMAN, Arif: Factoring Genel Alacak Devir ve Satım İşlemi, Ankara, 1994 (Kocaman, Genel Alacak)

KOCAMAN, Arif: Temel Hukuk Bilgisi, Ankara, 2003 (Kocaman, Temel Hukuk Bilgisi)

ÖZKOL, Pırıl: Factoring ve Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Bitirme Tezi, İstanbul, 1993

TOROSLU, M. Vefa: Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring Teorisi, Uygulaması ve Muhasebesi, İstanbul, 2005

www.belgeler.com

www.turkhukuk sitesi.com

Şüphelinin İfadesinin Alınması (Cmk Md. 147- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Md. 23)

■ Demet DURAN*

GİRİŞ

Türkiye'de kolluğun yetkileri ve ifade almadaki sıkıntıları çokça tartışılmış ve bu sıkıntının çözülebilmesi amacıyla CMK md. 147-148 ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği 23-24 maddeleri düzenlenmiştir. İki düzenleme birbiriyle büyük ölçüde paralel olup aralarındaki fark ise YGAİAY' de müdafinin ifade alma esnasındaki konumuna ilişkin ayrıca bir hüküm belirlenmiş olmasıdır.

Kanaatimizce soruşturma işlemlerinin en temel taşı, ifade almadır. Türkiye'de soruşturma işlemlerinde, çoğunlukla ifadeyi alan kolluktur. Bu nedenle şüphelinin kendini ifade etmeye çalıştığı ilk kurum kolluktur. Kolluğun, yakalanmış veya gözaltına alınmış şüpheliye karşı tutum ve davranışları, ifade alma esnasındaki tavırları, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkarmak açısından önem arz eder. Maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için uyulması gereken usul ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir ve kolluk da, asıl olarak bu kanun çerçevesince hareket etmek zorundadır. Ancak uygulamada, kolluğun ifade alma sırasında bu kanun hükümlerine riayet etmediği görülebilmektedir.

Çalışmamızda ifade almaya ilişkin esaslar anlatılırken, birbiriyle aynı usule tabi olduğu için ayrıca sorguya ilişkin açıklamalarda bulunulmayacaktır. İfade alma usulüne ilişkin açıklananlar, sorguya çekme usulüne de ilişkindir ancak; ayrıntı durumlar ayrıca belirtilecektir.

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

A. İfade Almanın Amacı ve Fonksiyonu

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Maddi gerçeğin ortaya çıkabilmesi için önemli soruşturma işlemlerinden biri de ifadenin alınmasıdır. İfade almanın iki önemli amacı vardır.

İfade almanın ilk amacı ceza yargılaması açısından maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. İfade almanın fonksiyonu ise; şüphelinin ifade sırasında açıkladıkları ile soruşturma işleminin genişlemesi, başka şüphelilerin ortaya çıkartılması ve bilinmeyen başka konuların açığa çıkarılmasıdır.¹

İfade almanın ikinci amacı ise, şüpheliye kendisini savunma imkânını vermektir. Şüpheli, ifade alma sırasında kendisine yöneltilen sorulara verdiği cevaplarla suçsuz olduğunu ispatlayabileceği delilleri de öne sürebilmektedir. Delilleri öne sürebilmesi de esasen ifade almanın bir diğer fonksiyonudur.²

Kolluğun aldığı ifade, hazırlık soruşturması sırasında ele geçen bilgileri ayıklamak, tasnif etmek, önemli önemsiz bilgileri ayırmak ve soruşturmanın kovuşturmaya doğru ilerlemesini sağlamaktır.³ İfade alma ile amaçlanan ipucu yakalamak ve bunu takip etmektir.⁴

İfade almada asıl amaç, bilgi toplamaktır. İkinci olarak ise şüphelinin kendisini savunmasıdır.⁵

B. İfade Almaya Hazırlanma

1. Hazırlık Çalışmaları

İfadeyi alacak olan memur öncelikle şüphelinin kişisel özelliklerini, geçmişini, sosyal konumu, ekonomik ilişkilerini anlamalıdır.

1 **Demirbaş** Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 2. Bası, Ankara 2011, s. 91-92.

2 **Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005, s. 149; **Demirbaş**, s. 92; **Yenisey** Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s.56-57.

3 **Şahin** Cumhuriyet, “Adli Kolluk Faaliyeti Olarak Sorgulama”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3 Nisan 2005, s.73 (sorgulama)

4 **Yenisey**, s.19.

5 **Centel** Nur, **Zafer** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, s.113.

Kolluk şüphelinin ifadesini almaya geçmeden önce, dosyasını tam olarak oluşturmalıdır. Örneğin müştekinin ifadesinin, bilgi alma tutanaklarının, yakalama ve üst ve arama tutanaklarının, eğer teşhis işlemi yapılmış ise teşhis tutanağının dosyaya konulmuş olması; ayrıca kolluk tarafından suç konusu olayın iyice öğrenilmiş, anlaşılmış olması gerekir. Sorguyu yapanlar, soruları eldeki delil ve bulgulara göre soracaklarından, soruşturma konusu olayı iyi kavramış olmaları gerekir.⁶ Aksi halde şüphelinin ifadesinin alınması sırasında kolluk yeterince hazırlanmamış olduğundan amacına ulaşan bir ifade alma işlemi gerçekleşmemiş olur.⁷ Dosyayı bir çizelge şeklinde ya da önemli yerleri belirtecek şekilde hazırlayan kolluk, ifade sırasında şüpheliye göstereceği belgeleri rahatça dosya içerisinde bulacaktır. Dosyayı bu şekilde düzenlemenin ayrıca bir de dosyayı incelemek isteyecek müdafiyeye faydası olacaktır. Müdafii, klasör halindeki dosyadan ulaşmak istediği evraka rahatça ulaşabilecek ve şüpheliyle görüşmesi daha verimli geçebilecektir.

Kolluk, şüpheli ifade vermek için koltuğa oturduğunda, şüphelinin kişiliğini dikkate alarak ona nasıl yaklaşması gerektiğini de bilmelidir. Örneğin sürekli titreyen ve heyecandan kekeleyerek konuşan şüpheliye, söyledikleri anlaşılmadığı için tekrar tekrar söyletmeye çalışması gereksiz olacaktır, önce şüpheliyi sakinleştirmeyi bilmesi gerekmektedir. Kolluk için ifade almak, aslında şüphelinin itirafını sağlamaktır. Bu nedenle de ifade sırasında, kolluk için ifade tutanağı şüphelinin ruh halinden daha önemli olabilir ancak ceza yargılaması sonucunda yapılan infazın amacı, bireyi topluma kazandırmaktır. Bireyi topluma kazandırmaya, infaz aşamasında değil de kolluk aşamasında başlanması gerekir. Bu nedenle insan haklarına saygılı olarak ifade alma işlemi yapılmalıdır. Kolluğun bu görevi yerine getirebilmesi için de şüphelinin kişiliğini iyi analiz etmesi gerekmektedir.

Kolluğun başarılı bir ifade alabilmesi için hukuk bilgisine ihtiyacı vardır.⁸ Örneğin hırsızlık suçuna ilişkin bir ifade alma işleminde, memurun sorması gereken sorulardan bazıları da hırsızlık suçunu saat kaçta işlediğine yahut da müşteki ile arasında akrabalık olup olmadığına ilişkin olmalıdır.

6 **Demiral** Nusret, “Terör Suçlarında Sorgu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CMK’da Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, C. 4, S.1-2, Y. 1994, s. 54.

7 **Demirbaş**, s. 225.

8 **Demirbaş**, s.225.

2. İfade Almanın Zamanının ve Yerinin Seçimi

İfade almanın zamanı, kolluk tarafından belirlenmektedir. Kişi yakalandıktan veya gözaltına alındıktan sonra, belli bir zaman dilimi içerisinde ifadenin alınması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Suça konu olaydan hemen sonra ifade alındığında, şüphelinin suçu itiraf ettiğine ilişkin görüşler mevcuttur.⁹

İfade alınırken hem kolluk görevlisi hem de şüpheli, söylenenleri anlayabilecek durumda ve olayın şokundan çıkmış, zihinsel olarak dinç olmalıdır.¹⁰ Kolluk görevlisi dinç olmalıdır ki ifadeyi düzgün ve hukuka uygun bir şekilde ilerletebilsin. Şüpheli de dinç olmalıdır ki; kendisine isnat edilen suçlamayla ilgili delillerini eksiksiz olarak söyleyebilsin ve kendini savunabilsin.

Şüphelinin ifadesinin alındığı zaman önemlidir çünkü şüphelinin söyledikleri, ileride hakkında açılacak olan ceza davasının kovuşturma aşamasında karşısına delil olarak çıkabilecektir.¹¹

İfade alınan yere ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir ve uygulamada kolluk binalarında ifade alınmaktadır. Ancak şüpheli suçtan hemen sonra yakalanmış ise olay yerinde de ifade alınabilmektedir.¹²

İfade alınan yerin önemi büyüktür. Öncelikle maddi gerçeği ortaya çıkarmak için kolluğun kendini daha rahat hissettiği bir ortamda yani kendi evinde ifade alması olağandır ve olması gerektir.¹³ Ancak; kolluk kendi evinde olmanın verdiği psikolojik üstünlüğü kullanarak işkence ve kötü muamele yapmamalıdır. İfade alınan yerin önemli olduğuna ilişkin bir diğer husus ise sanığın korunması bakımındandır. Şüphelinin olay mahallinde ifadesinin alınması sırasında, dıştan ge-

9 Stüllenber, 21aktaran **Demirbaş**, s. 227;**Centel/Zafer**, s.114.

10 **Demirbaş**, s.227; **Fendoğlu** Hasan, “İnsan Hakları ve Adli Kolluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C.6, S. 1-2, Y. 1998.;**Centel/ Zafer**, s.114; **Demiral**, s.54.

11 **İpekçioğlu** Pervin, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.3, Y. 2008, s.78; **Şahin**, (sorgulama) s.73.

12 **Centel/Zafer**, s.114; **Demirbaş**, 228; **Fendoğlu**, s.116.

13 **Demirbaş**, s.115; **Fendoğlu**, s.117.

lebilecek tehlikelere karşı korunması daha güçtür. Örneğin mağdurun akrabaları tarafından linç edilmeye kalkışılması.¹⁴ Kolluğun görevi bu anlamda sadece ifade almak değil, şüpheliyi hem kendinden hem de dış tehlikelerden korumaktır. Hatta şüpheliyi, şüphelinin kendisinden bile koruması gerekmektedir. Bu nedenle; örneğin ifade alınan yerde, pencereler şüphelinin intihar etmeye kalkışmasını önleyecek şekilde parmaklıklı olmalıdır. İfadenin alındığı masada makas vb. gibi aletler olmamalıdır. Kolluk, silahıyla ifade odasına girmemelidir. Bu önlemleri alarak kolluk hem kendini hem de şüpheliyi korumaktadır.¹⁵

Şüphelinin ifadesinin alındığı yerde önemli olan bir diğer husus ise, oturma düzenidir. Bir görüşe göre, kolluk ile şüpheli arasında ne çok yakın ne de çok uzak mesafe olmalıdır. Kolluk, şüpheliyi koltuğa oturttuktan sonra şüpheliyi ayaklarından yüzüne kadar görebilecek mesafede oturmalıdır.¹⁶ Uygulamada kolluk ifade alırken, şüphelinin söylediklerini bilgisayara kaydedip daha sonra bilgisayardan çıkartarak ifade tutanağını oluşturmaktadır. Şüphelinin anlattıkları parça parça dinlenip sonra kolluk tarafından yine parça parça tutanağa aktarılmaktadır. Şüpheli bu esnada yazılanları bilgisayar ekranında görmemektedir. Şüpheli bu durumda söylediklerinin tam olarak kendi cümleleriyle tutanağa aktarılıp aktarılmadığını bilemediğinden, her ne kadar sonradan okuma imkanı olsa da, ifade sırasında aklında bu hususa ilişkin bir şüphe kalmaktadır ve ifade sırasında suç konusu olayı anlatabilmekten çok söylediklerini tutanağa yazdırabilme çabası içine girmektedir. Bu nedenle; ifadesi alınan şüphelinin, kolluğa olan güveni az olduğundan, en azından bilgisayar ekranını görebilmesi için yeterli düzeneğin sağlanarak oturma planının düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. İfade Almanın Yürüyüşü

a. Genel Olarak

İfadenin nasıl alınacağına dair hem CMK md. 147'de hem de YGA-İAY. md.23'de açık düzenleme mevcuttur. Kolluk bu hükümler çerçevesinde hareket ederek, ifade alma işlemini gerçekleştirir.

14 **Kocasakal** Ümit, "Sağlığın Korunması", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 1996, s.9

15 **Demirbaş**, s. 229.

16 **Demirbaş**, s. 229.

İfade almanın ne zaman başladığı önem taşır, ifade alma işleminin başladığının kabul edildiği andan itibaren, ilgili kanun hükümlerine uyulması zorunluluğu vardır. Bu anlamda kolluk tarafından sorulan her soru, ifade almaya ilişkin değildir. Örneğin, yakalanan kişinin kolluğa getirilirken memurlarla arasında geçen konuşmalar ifade olarak değerlendirilmez ve delil değeri yoktur. Yahut da şüphelinin ifadesi alınmadan önce, hücrede bekleyen şüphelinin yanına sanki başka bir şüpheliymiş gibi hücreye koyulan polis memurunun, asıl şüpheliyle yaptığı konuşma, ifade alma sayılmaz ve delil değeri yoktur. Şüpheliye sorulan soruya şüphelinin vereceği cevap kendisini suçlamaya yönelik olursa, artık ifade alma işlemi başlamış sayılacaktır.¹⁷ Örneğin, işlediği sanılan suçun delilini şüpheliye göstermek ve soru sormak. Bu durumda ifade alma işlemi başlamış kabul edilir.

Şüphelinin sahip olduğu haklar yakalama anında söylenmelidir¹⁸, ancak sadece yakalama anındaki söylemeyle yetinilmemeli, nezarethane defterine kayıt yapılırken, ifade almaya başlamadan önce ve ifade alma ile ifade almaya ara verme arasında uzun bir zaman dilimi varsa yeniden başlayacak ifade alma işleminde, kanunun şüpheliye tanıdığı haklar hatırlatılmalıdır¹⁹. Kanaatimizce de, şüpheliye hakları yakalama anında söylenmelidir ve haklarının söylendiği de tutanak altına alınmalıdır.

Şüphelinin kimliğinin tespitinden ve şüpheliye suç isnadı yapıldıktan sonra, fakat esasa ilişkin ifade almaya başlamadan önce, kendisine hakları bildirilmeli ve öğretilmelidir. Bu husus ifade verme özgürlüğüne ilişkindir²⁰. Sanığa haklarının öğretilmesi, "kimse kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz" ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle şüpheliye haklarını bildirmek yeterli olmayıp, şüphelinin haklarını anlamasını da sağlamak gerekir.

Karşılaştırmalı hukukta şüpheliye haklarının bildirilmesi hususu farklılık arz etmektedir. Örneğin Fransa'da polis tarafından yürütülen

17 **Kunter** Nurullah/ **Yenisey** Feridun/ **Nuhoğlu** Ayşe, Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.829; **Centel/ Zafer**, s.108.

18 **Centel/ Zafer**, s.107; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s.838.

19 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 838.

20 **Demirbaş**, s. 113.

bir soruşturma var ise, sanığa haklarının bildirilmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Ancak mahkeme tarafından yürütülen bir soruşturma var ise, sanığa haklarını bildirme yükümlülüğü vardır. Sanığa haklarını bildirme bakımından en geniş düzenlemeye sahip olan ülke Almanya ve ABD'dir. ABD'nin Miranda davasında Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, sanığa dört hususun bildirilmesi gerekmektedir. Yakalandıktan sonra susma hakkına sahip olduğu, söyleyeceği her şeyin aleyhine delil olarak kullanılabileceği, sorgudan önce veya sonra bir avukata danışabileceği ve mali gücü yoksa ücretsiz bir avukat tayin edilebileceğidir.²¹

Şüphelinin haklarından vazgeçmesi mümkündür. Örneğin mali gücü olmamasına rağmen avukat talebinde bulunmayabilir. Şüphelinin haklarından vazgeçtiğini "açıkça" bildirmesi gerekir, ancak örtülü vazgeçme de kabul edilir. Örneğin, kolluğun susma hakkını öğretmesinden sonra, şüphelinin olayı anlatması böyledir. Açıkça "susma hakkımı kullanmak istemiyorum." şeklinde beyana gerek yoktur.²²

CMK md. 147 ve YGAİAY. md. 23'e göre şüphelinin/sanığın hakları şunlardır;

1. Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafî ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilmesini isteyebilmesi.

2. CMK md. 95/2 hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirileceği

3. Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu

4. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek hakkı olduğu.

21 Şahin Cumhuriyet, Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, Y. 1994., s.79,82)

22 Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 839.

b. Kimlik Tespitinin Yapılması

CMK md. 147 hükmü "*Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur.*" diyerek bir sıra dahilinde ifade almanın ya da sorguya çekmenin usulünü belirlemiştir. Buna göre de ilk önce yapılması gereken şüphelinin veya sanığın kimliğinin saptanmasıdır. Bu hüküm kanunda "*a)Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı düzenleme YGAİAY.md. 23 hükmünde de aynı cümlelerle tekrar düzenlenmiştir.

Bu hükümle amaçlanan şüpheli veya sanığın, gerçekten hakkında soruşturma yürütülen kişi olup olmadığının tespitine ilişkindir. Ayrıca yargılama sonunda uygulanacak cezanın ferdileştirilmesi ve uygulanacak cezanın yerine geçen tedbirlerin seçiminde kişinin kimlik bilgilerinin bilinmesinin büyük önemi vardır.²³

Kimlik tespitinde şüpheliye; adı soyadı, yaşı, baba ve anne adı, medeni hali, ikametgahı, doğum yeri, doğum tarihi, mesleği, daha önce suç işleyip işlemediği sorulur. İfadesi alınmaya başlanan kişiye ilk yapılacak işlem bu soruların sorulmasıdır. Bu soruların ardından şüpheliye, isnat edilen suçun ne olduğu anlatılıp, susma hakkının varlığı öğretilir ve esasa ilişkin ifade almaya geçilir. Bu hususlara uyulmaması, CMK md. 147 hükmüne aykırılık teşkil eder.

Şüphelinin kimliğine ilişkin sorulara cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalı bir husustur.

Bir görüşe göre²⁴, kimlik bilgilerinin söylenmesi susma hakkı kapsamında değildir; çünkü kimlik bilgilerinin söylenmesi ifade özgürlüğü kapsamında değildir ve şüpheliyi kendisini suçlayıcı beyanda bulun-

23 **Yurtcan**, s.150.

24 **Öztürk Bahri/ Erdem R. Mustafa**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 341; **Yurtcan**, s. 151; Şahin Cumhuriyet, "Sorgu Müessesine İlişkin Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirilmesi", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, s.84. (Değerlendirme); **Ünver Yener/ Hakeri Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s.209; **Özbek Veli/Kanbur Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir 2012, s. 220.

maya zorlama söz konusu da değildir. Bu nedenle; şüpheli kimliğine ilişkin hususlarda doğruyu söylemekle yükümlüdür. Bu görüşe göre, CMK 147/1-a hükmü açıkça "şüpheli kimliğine ilişkin sorulara sorulara doğru cevap vermekle yükümlüdür." diyerek, bu hususta susma hakkını düzenlememiştir. Eğer şüpheli kimliğine ilişkin sorularda susma hakkını kullanırsa ya da gerçeğe aykırı bilgiler verirse, bunun bir suç oluşup oluşmayacağı konusunda, bu görüşü savunan yazarlara göre TCK md. 206 (Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan), TCK md. 268 (Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması) suçlarının oluşabilmesi mümkündür. Demirbaş'a göre ise Kabahatler Kanunu md. 40' ın (Kimlik Bildirmeme) oluşabilmesi mümkündür.²⁵

Şüphelinin kimliğine ilişkin sorularda susma hakkının olup olmadığına ilişkin tartışmada, susma hakkının olduğunu savunan görüşe göre²⁶ ise kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesinin tam olarak uygulanması gerekmektedir. İfade hürriyeti tam olarak uygulanmalıdır ve AY. 38/5 maddesinde de yer alan, kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı, ilkesinin tam anlamıyla uygulanması gerekmektedir. Bu yüzden şüpheli kimlik bilgilerini söylememe hakkına sahiptir. Centel ve Zafer' e göre, fail birey olarak öğrenilmişse, ancak şüphelinin kimliği belirlenememişse bile iddianame düzenlenebilir. Eğer bir şüpheli hakkında kimliği bilinmediği halde iddianame düzenlenebiliyorsa, o şüphelinin kimlik bilgilerine ilişkin susma hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

Susma hakkının varlığına ilişkin karma görüşe göre ise²⁷, şüphelinin asıl olarak kimliğine ilişkin bilgileri vermek zorunluluğu vardır ancak, eğer şüpheli kimliğini açıklaması halinde, söz konusu suçu kendisinin işlediğini itiraf edebileceği anlamına gelen bir durum varsa, şüphelinin kimliğini açıklama zorunluluğu olmadığını kabul etmek gerekir. Kimliğine ilişkin bilgi vermeyen şüphelinin, kimliğini açıklamaya zorlanmaması gerekir.

Kanaatimizce, şüpheli kimliğine ilişkin hususlarda da susma hakkını tam anlamıyla kullanabilmelidir. AY. 38/5 hükmü de bu konuda dik-

25 **Demirbaş**, s. 107.

26 **Kunter/ Yenisey / Nuhoğlu**, s. 843; **Centel/ Zafer**, s. 111.

27 **Demirbaş**, s.107; **Şahin**, (Değerlendirme), s. 84.

kate alınmalıdır. Kaldı ki doktrindeki bizim de katıldığımız genel görüşe göre²⁸, şüphelinin kimlik bilgilerinin bilinmemesi ancak fert olarak bilinmesi iddianame düzenlenebilmesi açısından yeterlidir. Şüphelinin ifade sırasında kimlik bilgilerini saklamış olması iddianame düzenlenmesine engel teşkil etmeyeceğinden, kişi bu konuda da susma hakkını kullanabilir.

Mukayeseli hukukta ise; İngiltere'de kimliğe ilişkin sorularda susma hakkının olmadığı, İsviçre'nin bazı kantonlarında hem esasa hem kimliğe ilişkin susma hakkı olmadığı, başka bazı kantonlarında ise esasa ilişkin susma hakkının olduğu ancak kimliğe ilişkin sorulan sorularda susma hakkının olmadığı, şeklinde düzenlemeler mevcuttur.²⁹

c. Yüklenen Suçun Ne Olduğu Konusunda Şüphelinin Aydınlatılması

CMK 147/1-b hükmüne göre şüpheliye yüklenen suç anlatılır. Kişiye isnat edilen suçun, esasa ilişkin ifade almaya geçmeden ve susma hakkının var olduğunu söylemeden önce mutlaka bildirilmesi gerekir. AİHS md 6/3-a hükmüne göre şüpheli, "*Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme*" hakkına sahiptir.

Şüpheliye isnat edilen suç açıklanırken dikkat edilmesi gereken birinci husus, şüpheliye bu durumun anlaşılabilir bir dilde anlatılması gerekliliğidir. Hem AİHS md 5/2 hem de 6/3-a hükmü anlaşılır bir dilde anlatılması gerektiğini belirtmiştir. Şüpheli kendisine yüklenen suçun ne olduğunu anlayabilmeli ki, savunma hakkını tam olarak kullanabilsin. İsnadı öğrenme hakkı bu anlamda savunma hakkının temelini de kapsamaktadır.³⁰

Şüpheli kendisine yüklenen suçun ne olduğunu en kısa zamanda, derhal öğrenme hakkına sahiptir. Miranda kararında olduğu gibi, yakalama anında şüpheliye, haklarıyla birlikte isnat edilen suç söylenmelidir.³¹ Kanaatimizce de en geç, esasa ilişkin savunmaya geçmeden önce

28 **Demirbaş**, s.110; **Centel/ Zafer**, s.111;

29 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şahin**, (Mukayeseli Hukuk) s.76.

30 **Donay Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s 132.

31 **Kunter/Yenisey/ Nuhoglu**, s. 831.

mutlaka söylenmiş olmalıdır. Bildirimin mutlaka yakalama anında yapılması gerekli ve zorunlu değildir. AİHM, şüpheliye yakalanmasına ilişkin uygun bilginin, yakalandığı günün akşamı veya yakalandıktan iki gün sonra bildirilmesini yeterli görmektedir. Kısaca bildirim in kısa sürede yapılması gerekmektedir.³²

Şüpheliye, isnat edilen suç anlatılırken dikkat edilmesi gereken ikinci husus ise, ayrıntılı bilgi verilmesi hususudur. Şüpheliye yüklenen suçun ne olduğu anlatılırken, kabul gören görüşe göre³³ suç konusu olay ile ilgili ne çok yüzeysel ne de çok ayrıntılı bilgiler verilmelidir. Örneğin hırsızlık nedeniyle ifadesi alınacak kişiye M'nin evinin soyulması ile suçlandığının bildirilmesi yeterlidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken çok önemli bir husus vardır; şayet yapılan kısa bildirim ile şüphelinin kendini savunma hakkı elinden alınıyorsa, bu bildirim yetersizdir. Şüpheliye yüklenen suç ile ilgili olarak, şüphelinin kafasında kuşkuya mahal vermeyecek şekilde aydınlatılma sağlanmış olmalıdır. Bu bildirimle şüpheliye, itiraz etme hakkı sağlanmış olmaktadır.³⁴ Isnat edilen suç anlatılırken; olayın ne olduğunun, saat kaç sularında meydana geldiğinin, mağdurun kim olduğunun söylenmesi gerekmektedir.³⁵ Kanaatimizde de, şüpheli, yüklenen suça ilişkin savunmasını eldeki verileriyle tam olarak yapabilecekse, CMK md.147/1-b hükmüne aykırılık oluşmaz. Eğer kolluk şüphelinin kendisini tam olarak savunabilmesini engelleyecek şekilde, şüpheliye eksik yahut da yanlış bilgi vermişse, hukuka aykırı sorgu yöntemi olan aldatma söz konusu olacağından, ifade alma işlemi geçersiz olacaktır.³⁶

Şüpheli veya sanığı belirsizlik içinde bırakmanın, suçların aydınlatılması yönünden delil oluşturabilecek bilgiler elde etme açısından yararlı olduğu bir an dahi düşünülebilse de bu hakkın tanınmaması ve kullandırılmaması hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Neyle suçlandığını bilmeyen bir kişinin kendisini savunabilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle şüpheliye, isnat edilen suçun ne olduğu kesinlikle anlatılmalıdır.³⁷

AİHM de bir kararında, şüpheliye kendisini tam olarak savunabil-

32 **KazancıEker** Behiye, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri İle Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, (TBBĐ, 2012 (98), s.75-104), s. 87, dp. 48.

33 **Demirbaş**, s. 118.

34 **Kazancı**, s. 87.

35 **Donay**, s. 132; **Şahin**, (Değerlendirme), s. 85; **Yurtcan**, s.151.

36 **Şahin**, (Değerlendirme) s.85.

37 **Aydın Çağrı Kan**, Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı, (TBBĐ, 2010 (91), s.170.

mesi için gerekli ve yeterli bilgilendirmenin yapılması gerektiğini vurgulamıştır. *"Özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal verilmelidir, ama gözaltına alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği, her bir olayın özgün koşullarına göre değerlendirilmelidir".*³⁸

Kolluğun yüklenen suççu açıklarken TCK'da yer alan hukuki düzenlemeyi de söylemesi gerektiğine ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Kolluk yakaladığı kişiyi bilgilendirirken, isnat ettiği suçun TCK'daki vasfını da söylemekle yükümlü tutulacak olursa, şüphe konusu suç fiillerinin hukuki nitelendirmesini de yapmak durumunda kalacaktır.³⁹ Ancak kolluğa böyle bir görev yüklenemez, çünkü soruşturma aşamasında hukuki tavsif yapılmamış olabileceği gibi kolluğun yaptığı ifade alma işlemi olayın aydınlatılmasına ilişkindir.⁴⁰ Kolluğun isnat edilen suççu bizzat nitelendirmesi, soruşturma aşamasının bütünü ve belki daha sonraki kovuşturma aşamasını da etkileyecek bir işlemdir. Dolayısıyla, şüpheli bilgilendirilmeden ve özellikle ifadesi alınmadan önce ya savcının şüpheliye isnat edilecek olan suççu nitelendirmiş ve kolluğa bildirmiş olması şartı aranmalı ya da kolluğun şüphe konusu suç fiilleri hakkında kişiyi bilgilendirmesi yeterli görülerek, nitelendirme işi savcıya bırakılmalıdır. Alman Ceza Kanunlarında da kolluğun suç konusu fiilin hukuki nitelendirmesini yapma yetkisi yoktur.⁴¹ Bir görüşe göre ise adil yargılanma ilkesi gereği sadece maddi vakıalar bildirilmemeli ayrıca hukuki nitelendirmeler de bildirilmelidir.⁴²

38 **Doğru** Osman, "Sanık Öğüten Çarklar", s.21(<http://www.tesev.org.tr/Upload/Publication/380640ef-ffc6-45c4-a7a8-4b71525fb864/San%C4%B1k%C3%96%C4%9F%C3%BCten%C3%87arklar.pdf>) E.T. 13.04.2013.

39 **Doğru**, s. 23; **Şahin**, (Değerlendirme), s.85.

40 **Şahin**, (Değerlendirme), s.85; **Demirbaş**, s.119.

41 **Şahin** (Mukayeseli Hukuk) s. 78.

42 **Ünver/ Hakeri**, s.214.

Bizim hukuk sistemimizde kolluğun böyle bir nitelendirme yaparak, şüpheliye yüklenen suçun bildirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur; ancak kovuşturma aşamasında sanığa hangi suçtan yargılandığını bildirilmesi gerekir. Kaldı ki bu husus duruşmada sadece iddianame okunarak değil, suçun hukuki vasfı değiştiğinde dahi şüpheliye mahkeme tarafından ek savunma hakkı verilerek, yeni hukuki nitelendirme bildirilmelidir.

Yargıtay da kararlarında sanığa iddianame okunup, isnat edilen suç anlatılmadan sorgusunun yapılmasını CMK md.147 hükmüne aykırı bulmuştur.⁴³

d. Şüphelinin/ Sanığın CMK md. 147 Gereğince Hakları ve Şüpheliye Bu Hakların Kullanılması

aa. Müdafii Tayini ve Müdafinin İfade ve Sorgudaki Görev ve Yetkileri

CMK md.147/1-c maddesi gereğince şüpheliye müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun yardımından yararlanabileceği, müdafii ifade veya sorguda hazır bulunabileceği, bildirilir. Müdafii seçebilecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirileceği bildirilir. YGAİAY md. 23/1-c hükmü de aynı şekilde düzenlemiştir.

AIHS 6/3-b hükmü de şüphelinin *"kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme"* hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir.

43 Yrg. 9.CD. 25.04.2005 tarihli ve 2005/958 E. ve 2005/1758 K. sayılı kararı. "... Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçundan sanık O.B.nin yapılan yargılaması sonunda; Mahkumiyetine dair hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan, dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle, incelenerek gereği düşünüldü: Talimat ile savunması alınan sanığa iddianame okunmadan sorguya çekilmesi ve sorgu tutanağının duruşmada okunmaması suretiyle, CMUK.nun 236/2 ve 226.maddelerine muhalefet edilmesi, kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebeplerden dolayı sonuçta istem gibi BOZULMASINA 25.4.2005 gününde oybirliği ile karar verildi."

aaa. Müdafî tayini

Şüpheli veya sanık, CMK md.149/1 hükmü gereğince soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafî yardımından yararlanabilir. Eğer şüphelinin kanuni temsilcisi varsa, müdafî seçimini kanuni temsilci de yapabilir. Eğer şüphelinin, kendisine bir müdafî seçemeyecek durumda olduğu beyanı mevcutsa bu halde, müdafî istemi nedeniyle kendisine, baro tarafından bir müdafî atanır. Şüphelinin müdafî seçebilecek mali gücü olmadığını beyan etmesi, kendisine baro tarafından müdafî atanması için yeterlidir. Kolluğun gözaltı süresinde ayrıca şüphelinin müdafî seçebilmesi için mali durumunu araştırma gibi yükümlülüğü yoktur.⁴⁴ Ancak kolluk, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik md.5/1 gereğince; şüpheliye baro tarafından atanan müdafî ücretinin yargılama giderlerinden sayıldığını ve mahkumiyeti halinde, söz konusu yargılama giderleri kapsamında bu ücretin şüpheliden tahsil edileceğini bildirmekle yükümlüdür. Ancak, şüphelinin gerçekten mali olanakları yoksa yahut da mahkeme tarafından sanığın mali durum araştırılması yapılmadan ve buna rağmen yargılama gideri olarak müdafî ücretinin sanıktan tahsiline karar verilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırıdır.⁴⁵

AIHM kararlarında da ücretsiz avukat yardımından faydalanmanın önemi vurgulanmış aksi halde sözleşmeye aykırılık olacağına ilişkin açıklamalar getirilmiştir *AIHM; TuanTranPhamHoang-Fransa Kararı'nda (aynı yönde bkz: Quaranta-İsviçre Kararı) ücretsiz müdafiden yararlanmanın adil yargılanma hakkının temel kurallarından olduğuna; ancak bu haktan yararlanabilmek için öncelikle şüphelinin müdafî ücretini karşılayamayacak durumda olması ve adaletin sağlıklı*

44 **Demirbaş**, s. 141.

45 Yrg. 2. CD.16.06.2011 gün ve tarihli 2009/48524 E. ve 2011/13291 K. sayılı kararı. “..Sanığa, mahkemesince baroya yazı yazılarak sanığı savunmak üzere bir avukatın görevlendirilmesi nedeniyle, zorunlu savunman için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne açıkça aykırı olduğundan, bu aykırılık nedeniyle, sanık savunmasının temyiz istemi yerinde görüldüğünden, isteme uygun olarak hükmün bozulmasına karar verilmiştir.”

işlemesi bakımından müdafî atanma koşullarının varlığına işaret etmektedir."⁴⁶

Mülga Usul Kanununda müdafilik isteğe bağlı iken, artık CMK md. 150 ve diğer ilgili maddeler gereğince ceza yargılamamızda zorunlu müdafilik kurumu daha baskın hale getirilmiştir. Buna göre belli durumlarda şüphelinin veya mağdurun ifadesinin alınabilmesi için, kendisine baro tarafından müdafî atanması ve müdafisi ile görüştürülmesi zorunludur.

Zorunlu müdafilik kurumu, müdafisi bulunmayan şüpheli/sanık, çocuk, kendini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, gözlem altına alınırken, şüphelinin sorgu hakimi tarafından sorguya çekilmesi sırasında, şüpheli hakkında tutuklama istenildiğinde, tutukluluk halinin uzatılmasına karar verildiğinde, kaçak sanığın yokluğunda yapılan işlemlerde, müdafinin görevden yasaklanması durumunda, sanığın duruşma salonundan çıkarılması ve müdafinin de bulunmaması hallerinde ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu müdafilik kapsamında, müdafilerin ücretleri ise CMK Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2013 tarifesinde belirtilmiştir.

Zorunlu müdafilik kurumunun eski düzenlemeye göre daha geniş kapsamlı kabul edilmesi, insan hakları ihlallerinin önlenmesi açısından çok yerinde bir düzenleme olmuştur. Avukatını seçebilme yahut da savunma hakkını kullanabilmek için tarafsız bir kurumdan müdafî talep edebilme hakkı, hukuk sistemimizde sancılı yıllar yaşamıştır. Bu sıkıntılı sürecin en bilinen örneklerinden biri, Mithat Paşa'nın yargılanması olayıdır. Mithat Paşa kendini yargılayanlara "Bir avukatla istişare edebilir miyiz?" diye sorunca mahkemenin yanıtı şu olmuştur: "Biz sana üç isim tespit ettik, bunlardan birini seçebilirsin."⁴⁷

46 **Taşkın** Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi", (TBBĐ, S.69, Y. 2007, s. 216.)(Müdafî Yetki)

47 **Erem** Faruk, "Savunma Mesleğinin Sorunları", (Mersin Barosu Dergisi, S. 2, Aralık 1986, s.9.)

Şüphelinin avukatını seçebilme ve avukatı ile görüşebilme hakkı, adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olmasının yanında ayrıca müdafinin işkenceyi önlemedeki rolü ile de bağlantılıdır. Zorunlu müdafilik kurumunun getirilmesiyle amaçlanan unsurlardan biri de, işkenceyi önlemektir.⁴⁸

Şüpheli, müdafiden yararlanma hakkını kullanırsa, müdafii gelene kadar ifadesi alınmaz, ancak kimlik tespiti yapılabilir.⁴⁹

Şüphelinin, kendisine baro tarafından atanan yahut kendisinin seçtiği müdafii ile konuşulanları kimsenin duyamayacağı bir ortamda görüşme hakkı vardır. Şüpheli gözaltı biriminde kaldığı süre boyunca istediği kadar avukatla görüşebilir, ancak ifade alma esnasında en çok üç avukat bulunabilir. Ancak doktrindeki aksi yönde bir görüşe göre⁵⁰; tüm soruşturma evresinde en fazla üç avukatla görüşebilme hakkı mevcuttur. Kanaatimizce, CMKmd. 149/1 hükmü; şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir, demek suretiyle sınırlandırmanın sadece ifade alma esnasına ilişkin olduğunu vurgulamıştır.

Terörle Mücadele Kanununun 10/b-c maddesi gereğince, şüpheli ile müdafii görüşmesine kısıtlamalar getirilmiştir. Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir, gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınmaz ve ifade alma esnasında da bir müdafii bulunabilir hükmü yer almaktadır.

Mukayeseli hukukta da birçok ülke sorgudan önce sanığın bir müdafiden yardım almasını kabul etmiştir. Ancak Danimarka, İtalya ve ABD gibi bazı ülkelerde, ifade alma esnasında müdafii bulunması esasını kabul etmemiştir.⁵¹

bbb. Müdafii Yetkileri

Müdafii soruşturma evresindeki yetkileri, şüpheliyle görüşme, dosyayı inceleme ve ifade alınırken hazır bulunma hakkı olarak gruplanabilir.

48 **Kocasakal**, s. 16.

49 **Centel/ Zafer**, s. 132; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s.833.

50 **Şahin**, (Değerlendirme) s. 86.

51 **Şahin**, (Mukayeseli Hukuk), s.77

bbb1. Şüpheliyle görüşme ve hukuksal yardım sağlama

Müdafinin bu yetkisi, soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında "şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez", hükmüyle CMK md.149/3 de düzenlenmiştir. Ayrıca CMK md.154 hükmü, müdafii ile görüşme isimli başlığı ile düzenlenmiş ve şüpheli veya sanığın vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceğini ve bu kişilerin müdafii ile yazışmalarının denetime tabii tutulamayacağını" belirtmiştir. Aksi halde savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olur.

Yargıtay'ın da bu yönde kararı mevcuttur. Kovuşturma evresinde müdafii bulunmadan hüküm kurulan bir kararda, md.149/3 hükmüne aykırılık tespit edilmiştir. *"5237 sayılı TCY.nın 149/1-(f) maddesinde yazılı cezanın alt sınırına göre 5271 sayılı CMK.'nun 149/3, 150/3, 156 ve 188/1. maddeleri uyarınca zorunlu olarak atanan savunman hazır bulundurulmadan ya da aynı Yasanın 151. maddesi uyarınca yeni bir savunman görevlendirilmeden sanık M hakkında hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle bozmayı gerektirmiştir."*⁵²

Müdafinin şüpheliyle görüşebilme yetkisi, Türk hukuk sisteminde sancılı bir dönem yaşamış, 1986 yıllarında kolluk memurları tarafından, müdafinin bu sınırsız yetkisi engellenmiştir. Bunun üzerine 25 Nisan 1986 yılında Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Savcılarına genelge yollayarak, şüpheli ile görüşülebilmesi için müdafine izin verilmesi gerektiğini belirtmiş, ancak buna rağmen uygulamada uzun yıllar müdafii ile şüphelinin görüşmesi engellenmiştir.⁵³ Türkiye, AİHM'in verdiği kararlar nedeniyle pek çok tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

Müdafinin şüpheli ve sanıkla görüşme ve hukuki yardımda bulunması yetkisinin ne anlama geldiği hususuna gelince; şüpheliye, isnat edilen suç ile ilgili açıklamalarda bulunmak, susma hakkının mı yoksa ifade vermenin mi daha faydalı olacağını şüpheliye açıklamak, ifade öncesinde kanunen bilmesi gereken haklarını öğretmek, şüphelinin kanunen sahip olduğu bu haklarının garantörlüğünü yapmak demektir. Şüpheli,

52 Yrg. 6. CD. 16.02.2009 gün ve tarihli 2009/2223 E. ve 2009/2903 K. sayılı kararı.

53 Yenisey, s. 49.

yaşadığı olayın şokuyla ne yapacağını bilemez durumdayken, müdafii şüphelinin yardımcısı olup, onun haklarının savunucusu olur.⁵⁴

Müdafii hukuki yardım yetkisini kullanırken, sanığı suç delillerini değiştirici veya soruşturmanın yanlış yola sevkini sonuçlayıcı yönde ifade vermeye azmettirse, müdafii TCK'nın 218. maddesi gereğince delilleri karartma suçundan ya da koşulları olduğu takdirde TCK 257, 283, 284, 285 ve 288 maddelerince hükümlerince sorumluluğu olur; ayrıca Av. K. md. 134 gereği disiplin cezası da uygulanabilir.⁵⁵ Aksi yönde bir görüşe göre ise bu durumda ceza kanunları kapsamında bir işlem yapılmamalıdır; sadece Avukatlık Kanunu kapsamında meslek disiplinine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.⁵⁶

Şüpheli ile müdafinin görüşmeleri sınırsız bir haktır ancak CMKmd. 151 gereğince, 149. maddeye göre seçilen veya 150. maddeye göre görevlendirilen ve TCK'nın 220 ve 314. maddelerinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir. Ayrıca müdafii görevden yasaklanmış olduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini üstlendiği kişiyi infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez. Şüpheli ile müdafii arasındaki yazışmalar denetime tabi tutulamaz; ancak Terörle Mücadele Kanunu md. 10/e gereği belgelerin hakim tarafından incelenmesi söz konusu olabilir. Suçlar arasında ayırım yaparak böyle bir kısıtlamaya gidilmesi doğru olmuştur.⁵⁷

1999-2002 TİYGUÇ⁵⁸ Projesi çerçevesinde yapılan, Türkiye'de Yakalama ve Gözaltı Uygulaması anketine göre, katılanların verdiği cevaplar doğrultusunda avukatın hukuksal yardımından yararlanma hakkının hatırlatılması, ankete katılanların %23'üne göre suçun araştırılmasını

54 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir 2012, s.224.

55 **Demirbaş**, s.155; **Centel/ Zafer**, s.166; **Ünver/ Hakeri**, s.232; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.239.

56 **Taşan Berrin**, “Karakol Soruşturması mı, Hazırlık Soruşturması mı?”, (İzmir Barosu Dergisi, Y.5, S.2, Nisan 1986, s. 29.

57 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 235.

58 Polis Akademisi, Marmara Üniversitesi, Londra Westminster Üniversitesi, Warwick Üniversitesi, British Council işbirliği ile yapılan Türkiye ve İngiltere'de Yakalama ve Gözaltı Uygulaması Mukayeseli Çalışma Projesi, ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaosmanöglü Fatih**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı Türkiye ve İngiltere Örnekleri” (AÜHFD, C.52. S.3 Y.2003, s. 184).

engellemektedir. Avukatın gözaltı birimine ifade alınmadan önce gelmesi ve hukuksal yardımda bulunması, ankete katılanların %37'sine göre suçun araştırılmasını engeller. Avukatın ifade alınması sırasında hukuksal yardımda bulunması, ankete katılanların %28'ine göre suçun ortaya çıkartılmasını engeller. Kolluğun avukatın hukuki yardımda bulunma yetkisine bakış açısının ortaya konulması amacıyla yapılan bu çalışmadaki oranlar, müdafiiye güvenilmediğinin göstergesidir.

Müdafii gözaltı biriminde şüpheliyle görüşürken şüphelinin söylediklerini kimsenin duymaması için gerekli tüm tedbirleri almalı, polisin kendisine nasıl muamele yaptığını sormalı, şüpheliyi ifade almaya hukuksal konularda hazırlamalı, ifade alma esnasında gerekirse tekrar müdafiiiden yardım alabilmek için ara vermeye hakkı olduğunu hatırlatmalı, susma hakkının veya ifade vermenin sonuçları arasındaki dengeyi iyi kurmalı ve müvekkilini ona göre yönlendirebilmelidir.⁵⁹

bbb2. İfade Alma Esnasında Hazır Bulunma

CMK md.149/3 ile YGAİAY md. 23/c-d gereği; müdafii ifade alma esnasında hazır bulunma yetkisine sahiptir. Yönetmelik, 23/d hükmüyle; hazır bulunan müdafiiin yetkisine ilişkin CMK' da bulunmayan ayrıca bir hüküm getirmiştir.

Kollukta şüphelinin ifadesi alınırken hazır bulunma hakkı, silahların eşitliği ilkesinin yansımasıdır. Eğer müdafii, ifade almaya katılmak isterse ve kolluk bu katılmaya izin vermezse, müdafii müvekkiline susma hakkını kullanarak, hukuka aykırılığın önüne geçmiş olacaktır.⁶⁰

Mukayeseli hukukta, örneğin İngiltere'de müdafii kolluktaki ifade alma işleminde hazır bulunabilecektir; yine aynı husus Danimarka için geçerlidir. Ancak bazı hukuk sistemlerinde örneğin Hollanda'da, ifade alma esnasında müdafiiinin hazır bulunma yetkisi kabul edilmemiştir.⁶¹

Müdafiiinin hazır bulunma yetkisini nasıl anlamak gerektiğine ilişkin baskın görüşe göre; ifade alma esnasında müdafii usul kurallarına uygun olarak, ifade alma işleminin yapılıp yapılmadığını denetlemeye;

59 **Karaosmanoğlu**, s. 196.

60 **Demirbaş**, s.157.

61 **Şahin**, Mukayeseli Hukuk, s.77.

ayrıca şüpheliye soru sorma veya itiraz etme hakkına sahiptir.⁶² Aksi yönde görüşe göre ise⁶³ müdafinin ifade alma esnasında şüpheliye soru sorma ve itiraz etme hakkı yoktur. Kanaatimizce hazır bulunma ibaresi müdafinin, öncelikle iki yetkisinin varlığını gündeme getirir, birincisi kolluğun CMK 147'de sayılan usullere göre ifade alıp almadığının kontrolü, ikincisi ise meramını anlatma ilkesi gereği, gerektiğinde şüpheliye sorular sorabilme yetkisidir. Hazır bulunma ibaresi, şüpheliye ifade alma esnasında soru sorma hakkının varlığını da kapsar çünkü müdafinin de amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır ve şüphelinin suçsuzluğunu ortaya çıkaracak açık bir hususu gördüğünde, şüpheliye soru sorarak, bunu tutanağa yazdırma hakkına sahiptir. Ancak müdafii, hukuka uygun şekilde yapılan ifade alma işlemi, şüphelinin aleyhine olan hususlarda, şüphelinin konumuna geçerek, sanki şüphelinin ifadelemişi gibi ifade tutanağına kendi beyanlarını ekletemez.

Müdafii, ayrıca kolluğun yönlendirmeli sorularına karşı da itiraz edebilme hakkına sahiptir.⁶⁴

Mukayeseli hukukta da, örneğin Danimarka'da polis tarafından yapılan ifade alma işlemi müdafii gerekli gördüğünde şüpheliye soru sorma hakkına sahiptir.⁶⁵

Müdafinin hazır bulunma yetkisine YGAİAY. md 23/d hükmüyle kısıtlama getirilmiştir. İlgili madde "*Müdafii, şüphelinin ifadesi alınırken, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz ve sadece hukuki yardımda bulunabilir. Hukuki yardım, maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafii, şüpheliye bütün kanuni haklarını hatırlatabilir ve müdafinin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir*", şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm kanaatimizce hem hukuka hem de AİHS' e aykırıdır. Şöyle ki, CMK' da yer almayan bu kısıtlamanın, yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir. Kişinin kendini savunma hakkı temel hak ve özgürlük kapsamındadır ve eğer bir hak sınırlandırılması yapılacak ise bu kanun ile

62 Öztürk/ Erdem, s.353; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 834, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/ Tepe, s. 236.

63 Demirbaş, s.158.

64 Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 840.

65 Şahin, (Mukayeseli Hukuk), s.72

olmalıdır, yönetmelikle böyle bir sınırlandırmanın yapılması mümkün değildir. Kaldı ki onun yerini aldığı izlenimi çok muğlak bir kavramdır ve savunma hakkının böyle muğlak kelimelerle sınırlandırılması hukuka aykırıdır. Müdafinin her türlü müdahalesinin tutanağa geçirilecek olması ise müdafii üstünde ki psikolojik baskıdan ibarettir.

Bir başka görüşe⁶⁶ de müdafii hazır bulunduğu ideal bir ifade alma, bir savunma aracı olup delil elde etme aracı değildir. Dolayısıyla, deliller sanığın ifadesi alınmadan kolluğun elinde olmalı ve sanığa elde edilen deliller hakkında sorular sorulmalıdır. Sanık, hukuki yardım hakkını da kullanarak, sorulan sorulara cevap vermiş olacaktır, bu da müdafinin müdahalesi anlamına gelmemektedir. Ayrıca şu soruya cevap verilmesinde güçlük çekilecektir. Müdafinin şüphelinin yerini aldığı izlenimi hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacaktır? Gerçekten, böyle muğlak ifadelerin yönetmelikte yer alması, savunma hakkının güvence altına alınması değil, aksine sınırlandırılması demektir.

Bir başka görüşe göre⁶⁷ de özellikle müdafinin her türlü müdahalesinin tutanağa geçirilmesi; müdafinin savunma hakkını kullanırken duraksama içerisinde kalmasına ve hakkında soruşturma açılacağı tehlikesi ile görevini gerektiği gibi yapamamasına yol açması bakımından sakıncalıdır. Müdafii, yapılan işlemin şeklen hukuka uygun olduğunun tanığı olmasının yanı sıra; şüphelinin hakkının ihlal edilmemesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamakla da görevlidir. Neyin müdahale olacağına kimin karar vereceği konusunda açıklık olmaması da yönetmeliğin ilgili maddesini hukuka aykırı kılar. "Onun yerini aldığı izlenimi ifadesi ile neyin kastedildiği belli olmadığından ve bu izlenimin oluştuğuna kimin, neye göre karar vereceği belli olmadığından, savunma hakkına getirilmiş hukuka aykırı bir kısıtlamadır. Düzenleme AY md. 36/1, AİHS md.6/3 ve AİHM içtihatlarına da bu bağlamda aykırıdır.

66 **Karaosmanğolu**, s. 181

67 **Taşkın**, Müdafii Yetki, s. 223.

bbb3. Dosyayı İnceleme Yetkisi

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi, savunma ve adil yargılanma haklarının başında yer almaktadır. Müdafii daha kollukta iken dosyayı görmeli ki hem ifadede hem de kovuşturma aşamasında yapacağı savunmanın şeklini çizebilsin.

Soruşturma evresinde müdafinin dosyayı inceleme yetkisi ile kovuşturma evresinde inceleme yetkisi farklıdır. Bu nedenle önce soruşturma evresi çerçevesince CMK md.153/1-2-3 hükümleri irdelenecektir.

Soruşturma aşamasında kural olarak, müdafii dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (CMKmd. 153/1) Soruşturma aşamasında; gözaltı biriminde, kolluğun elinde olan dosyanın da incelenmesi ve suretinin alınması mümkündür. YGAİAY md.22/1 ve CMKmd. 153/1'e göre müdafinin bu yetkisi vardır. YGAİAY md. 22/1-son maddesinin yürürlüğü Danıştay tarafından 2008 yılında durdurulmuştur. Yönetmeliğin son cümlesinde, kollukta bulunan dosyanın incelenmesi ve dosyadan örnek alınması Cumhuriyet Savcısının iznine tabi olduğu belirtilmişti ki bu hüküm açıkça kanuna aykırıydı.⁶⁸

Soruşturma aşamasında savcılıkta bulunan dosyanın incelenmesi ve örneğinin alınmasına ilişkin hukuka aykırı bir başka kısıtlama da Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45/2-3. maddeleriydi ve bu hükümler de iptal edilerek, hukuka aykırılık giderilmiştir.⁶⁹

CMK md. 153/2 ve Yönetmeliğin 22/2 hükmü gereğince, müdafinin dosyayı incelemesi veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilir. Bu kısıtlama kararına karşı itiraz mümkündür. Dosyada kısıtlama kararı olmasına rağmen şüphelinin ifadesini içeren tutanak ve bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilemeyeceğinden, müdafii bu evrakları inceleyebilir. (CMK md.153/2, YGAİAYmd. 22/3)

68 Ünver/ Hakeri, 228.

69 Demirbaş, s.165.

Terörle Mücadele Kanunu md.10 gereği de müdafinin dosyayı inceleme yetkisi kısıtlanabilir. Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Bu Kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafine verdiği veya müdafince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.

AİHM' in de kısıtlamanın hukuka uygun olduğu şeklinde kararları mevcuttur. "*(Erdem kararı Almanya) Erdem, PKK terör örgütünün Almanya Bölgesi 2. sorumlusudur. Cezaevindeyken avukatı aracılığı ile terör örgütüne bilgi aktarmaya devam etmektedir. Erdem'in avukatıyla olan görüşmesi sırasında bir baskın düzenlenir ve Selahattin Erdem'in avukatının üzerinde terör örgütüne iletilmek üzere düzenlenmiş olan talimatlar bulunur. Erdem'in avukatı hakkında hem baro disiplin soruşturması açar hem de cezai soruşturma başlatılır. Avukat meslekten ihraç edilir; temyiz başvurusu ise yargı tarafından reddolunur. Aynı zamanda avukat, hakkındaki ceza kovuşturmasından da hüküm giyer. Bunun üzerine Erdem'in avukatı AİHM'e başvurarak AİHS 6. maddesinin ihlal edildiğini; kendisinin aranması ile iç hukuk kurallarının çiğnendiğini ve bu nedenle de Almanya Hükümeti'nin tazminata mahkum edilmesi gerektiğini savunur. AİHM Alman Hükümeti'ni haklı bularak Erdem'in avukatının talebini reddeder. Terör suçlarında müdafî yetkilerinin sınırlandırılabilmesine karar verir.*"⁷⁰

Burada öncelikle değinilmesi gereken, müdafinin soruşturmanın amacını ne zaman tehlikeye düşürmüş sayılabileceğidir. Müdafî şüpheli tarafından önceden bilindiği taktirde başarıya ulaşamayacak olan bir soruşturma işleminden haberdar olmuşsa ve bunu şüpheliye bildir-

70 Taşkın, Müdafî Yetkisi, s. 224.

diğinde, bu işlemin anlamı kalmayabilecekse; müdafinin bu bildirim soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek hal olarak değerlendirilebilecektir.⁷¹ Örneğin müdafii dosyaya baktığında, şüphelinin evinin aranması ihtimalini görüyorsa ve bu hususu şüpheliye veya ailesine bildiriyorsa, soruşturmayı tehlikeye düşürebilecek hal sergilemiş olur.

Savcının soruşturma aşamasında dosyadaki her belgeyi inceleyebilme hakkı varken sanık müdafinin dosyayı incelemesine haksız olarak gizlilik kararıyla engel olunması "silahların eşitliği ilkesi"ne aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum savunma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. AİHM Lamy/ Belçika Kararında bu husus görülmektedir. "*Müdafinin tutuklamaya dayanak oluşturan sulh ceza yargıcı kararını ve polis raporlarını inceleyememesi AİHS md.5/4 aykırılık oluşturmuş, silahların eşitliği dengesi bozulmuştur*".⁷²

Şüphelinin dosyadaki belgeleri görmesi veya dosyadan örnek alması bakımından ne CMK' da ne de YGAİAY' de açık bir düzenleme mevcuttur. Doktrinde bu husus tartışmalı olup; bir görüşe göre, şüphelinin kendisiyle ilgili evrakın bir örneğini alması ya da dosyayı incelemesi, olayda kendisi hakkında uygulanma olasılığı bulunan tedbirlerden haberdar olmasını ve bu tedbirlere karşı gereken önlemi almasına yol açabilecektir. Bu durumda da örneğin yakalanacağını anlayan bir şüphelinin yurt dışına kaçması, soruşturmanın yürütülmesini tehlikeye sokabilecektir. Bu yüzden bu hak sadece müdafiiye tanınmıştır.⁷³

Bir başka görüşe göre⁷⁴ ise, şüphelinin kendisinin veya yakınlarının dosyayı inceleme haklarının olması gerekir ve bu hak sadece müdafiiye tanınan bir hak değildir. Şüpheliye savunmasını hazırlaması için gerekli kolaylıklar sağlanmalıdır. Kanaatimizce de şüpheli kendi dosyasını inceleyebilme hakkına sahip olmalıdır, aksi halde savunma hakkının özüne dokunulmuş olacaktır.

71 **Zafer** Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu, Mayıs 2004, s. 355; TaşkınCankat, "Müdafii Dosyayı İnceleme, Suret Alma Hakkı ve Bu Hakkın Kötüye Kullanılması", s. 2, <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/dosya-inceleme.pdf> E.T. 14.04.2013. (Dosya İnceleme)

72 **Demirbaş**, s.166.

73 **Zafer**, s. 354. **Öztürk/ Erdem**, s. 353.

74 **Demirbaş**, s. 174; **Ünver / Hakeri**, s.25, **Donay**, s.144.

Kovuşturma aşamasında müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi ise, iddianamenin kabulüyle başlamaktadır. İddianamenin kabulüyle birlikte, müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi kısıtlanamaz. (CMK 153/4)

bb. Yakınlarına Bildirme Hakkı

CMK md. 147/d ve YGAİAY md 23/e gereğince, şüphelinin yakalandığı, yakınlarından istediği birine derhal bildirilir. CMK 95/2 gereği, yakalanan kişi yabancı ise, konsoloslughuna durum bildirilir, ancak şüpheli yakalandığının konsoloslughuna bildirilmesini istemiyorsa, istemediğine ilişkin yazılı beyanda bulunmak zorundadır. İstemediğine ilişkin yazılı beyan üzerine, konsoloslughu durum bildirilmez.

Terörle Mücadele Kanunu md.10 gereğince, soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

Mukayeseli hukukta, örneğin İngiltere'de de yakalama ve gözaltına alma durumu, şüphelinin yakınlarına haber verilir. Ancak ağır suçlarda, yakınlarına haber verme durumu bir süre geciktirilebilmektedir. Yakalanan kişi, geciktirilme sebebinden haberdar edilir.⁷⁵

Yakınlarına haber verme işleminin kolluk tarafından mı yapılacağı yoksa şüphelinin kendisinin de haber verme hakkı olup olmadığına ilişkin açık düzenleme yoktur. Ancak uygulamada kolluğun haber verdiği bilinmektedir. Bir görüşe göre⁷⁶ şüphelinin kendisinin de haber verme hakkı olmalıdır. Kanaatimizce, şüphelinin yakınlarına haber vermesi gereken, kolluk olmalıdır.

Yakınlarına haber verilmesi hakkı, şüphelinin gözaltında kolluk tarafından, gelebilecek tehlikelere karşı korunduğunun da göstergesidir.⁷⁷

75 **Şahin**, Mukayeseli Hukuk, s. 78.

76 **Centel/ Zafer**, s.133.

77 **Kocasakal**, s.13.

cc. Susma Hakkı

Sanığın susma hakkı, ifade alma ve sorguya çekilme esnasında kendi aleyhine beyanda bulunmaması anlamına gelmektedir. Bu hakkın kabul edilmesinin temelinde insanlık onuruna saygı ilkesi yatmaktadır. Ayrıca, uzun yıllar boyunca şüphelinin kendi aleyhine beyanda bulunması için, şüpheliye işkence yapılmıştır. Bu nedenle şüphelinin ifade özgürlüğü korunmak istenmiştir.

Ceza yargılamasında sanık uzun yıllar bir ispat aracı olarak görülebilmek, gerçeğin ortaya çıkartılması için şüpheli zor yoluyla konuşturulmaya çalıştırılmıştır. Bu insanlık dışı muamelenin sona ermesi amacıyla artık şüpheli ceza yargılamasında "suje-yani taraf" olarak kabul edilmiş ve şüpheliden delille gidilme anlayışı terk edilmiştir.⁷⁸ Sanığın doğru cevap vermeye zorlanması, sorguyu delil vasıtası sayan otoriter görüşün ürünüdür. Bu nedenle ifade alana göre tek doğru, ikrardır. Bu ikrarı elde etmek için şüpheliye yapılan eziyetler ise insanlık onurunu zedelemektedir. Bu nedenle susma hakkının kabulü çok yerinde bir karardır.⁷⁹

Savunma hakkı anayasada sayılan temel bir haktır. Susma hakkı ise bu hakkın bir uzantısı olup işlevsel açıdan savunma hakkından ayrılmayacak bir haktır.⁸⁰ Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya delil vermeye zorlanmaması, ikinci yönü ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilmemesidir.⁸¹

Susma hakkı, şüphelinin suçluluğuna karine teşkil etmez. AİHM sanığın susmasından kendisi aleyhine sonuçlar çıkarılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin, davanın tüm somut koşulları ışığında belirlenebileceğini belirtmiştir. Şüpheli veya sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı konusu da AİHM içtihatlarında tartışılmıştır. Bu tartışmalar neticesinde ortaya koyulan ise, şüpheli veya sanığın susmasının onun mahkumiyetinin tek dayanağı olamayacağı ve mahkumiyet kararının başka delillerle de desteklenmesi gerektiğidir.

Bu nedenle, yeterli delil bulunmaksızın yalnızca sanığın susması ile hüküm kurmanın adil yargılamayı zedeleyeceği açıktır.⁸²

78 Centel/ Zafer, s.126; Demirbaş, s.120.

79 Yıldırım Ali, "Sanığın Susma Hakkı", (Ankara Barosu Dergisi, C.5-6, Y.1988, s. 689.)

80 Aydın, s. 163.

81 Centel/ Zafer, s.127.

82 Aydın, s. 162; Demirbaş, s.127

Sanığın susma hakkı vardır; ancak susma hakkının kapsamı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, susan şüpheli hakkında da parmak izi, kan örneği alınabilir, teşhis işlemi vs. yapılabilir.⁸³ Ancak doktrinde bir başka görüşe göre ise, sanığa verilen susma hakkının kapsamının tüm muhakeme işlemleri için geçerli olduğunu söylemiştir. Sanığın kendi aleyhine sonuç doğuracak işlemlere, sanığın kendi rızasıyla katılmaması susma hakkının ihlalidir. Alman Yüksek Mahkemesi, sanığı sadece sesinden tanıyabileceğini söyleyen cinsel suç mağdurunun bulunduğu yan odanın kapısını açarak, sanığın sesinden teşhis yaptırılması işlemi, susma hakkının ihlali kapsamında değerlendirmiştir.⁸⁴ Kanaatimizde de kan ve parmak izi gibi hususlar da susma hakkının kapsamındadır.

Şüpheliye susma hakkının olduğu, yakalama anından itibaren en kısa zamanda ve derhal söylenmelidir. En geç ise, esasa ilişkin ifade almaya başlanmadan önce söylenmelidir. Şüpheliye susma hakkının öğretilmesi için mutlaka kanundaki cümlelerle söylenmesi gerekmez. Şüphelinin anlayabileceği şekilde söylenmiş olması yeterlidir.⁸⁵

Kimlik tespitinde sorulan sorulara da cevap verme yükümlülüğüne ilişkin susma hakkının varlığına yukarıda değindiğimizden burada değinmeyeceğiz.

dd. Delil Toplanmasını İsteme Hakkı

CMKmd. 147/f ve YGAİAY md. 23/g' ye göre, şüpheliye şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır. Bu hatırlatma susma hakkıyla birlikte, esasa ilişkin savunmadan önce hatırlatılmalıdır. Şüpheliye kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkanı tanınır.

Şüpheli ifadeye başlamadan önce kolluğa susma hakkını bildirmiş olsa bile bu hüküm şüpheliye yine de öğretilmelidir.⁸⁶

İfade ve sorgunun amaçlarından birinin de savunma hakkına ilişkin olduğunu belirtmiştik. Şüpheli, kendisine isnat elden suçla ilgisi olmadığını ispat edebilmek için, daha kolluk birimindeyken savunmasını

83 **Demirbaş**, s.126.

84 **Centel/ Zafer**, s.127.

85 **Demirbaş**, s.127.

86 **Demirbaş**, 179.

güçlü şekilde hazırlamak zorundadır. Bu nedenle, şüpheliye tanınan bu hak, gerektiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini dahi sağlayabilecektir.

Bu hüküm iki yönlü bir nitelik taşımaktadır. Birincisi aleyhte olan delilleri çürütmek için, delil ileri sürme imkanındır. İkincisi ise lehe bir durum oluşturacak somut olgular ileri sürebilme imkanındır. Şüpheliye böyle bir hakkın varlığı hatırlatılacak ve delillerini getirme imkanı sunulacaktır.⁸⁷ Doktrinde bir görüş⁸⁸ şüphelinin bu hakkını "konuşma hakkı" olarak isimlendirmiştir.

e. Esasa İlişkin Savunmasının Alınması

1e. Genel Olarak

Şüpheliye tüm hakları tanındıktan ve öğretildikten sonra ve şüpheli de susma hakkını kullanmama kararı almışsa, esasa ilişkin savunma almaya geçilir. İfade almanın şekli kanunda düzenlenmemiştir.

2e. Kişisel İlişkilere İlişkin İfade Alma

CMK md.147/1-g ve YGAİAY md. 23/h gereği ifade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. Yine CMK 191/3-a gereğince de duruşmada sırasıyla sanığın açık kimliği saptandıktan sonra, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınacaktır. Bu yasal düzenlemeler gereği, kişisel bilgiler de tutanağa yazılacaktır.

Kişisel bilgilere ilişkin ifade alma, esasa ilişkin ifade alma kapsamındadır. Bu nedenle de şüphelinin kişisel bilgilerine ilişkin susma hakkı da vardır. Kişisel bilgilere ilişkin ifade almanın amacı, esasa ilişkin ifade almanın daha sağlıklı yürütülebilmesidir.⁸⁹ Ancak doktrinde bir başka görüşe göre⁹⁰ de, kişisel bilgilere ilişkin açıklamalar, esasa ilişkin olmadığından ve kanun açık suretle esasa ilişkin sorularda susma hakkını tanıdığından, susma hakkı kapsamında değildir. Kanaatimizce de, kişisel bilgilere ilişkin ifade alma esasa ilişkin ifade almanın içindedir.

87 **Yurtean**, s. 154.

88 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 834.

89 **Demirbaş**, s.111.

90 **Şahin**, (Değerlendirme), s.86.

Şüpheli kişisel bilgilerini vermek suretiyle, kendi aleyhine beyanda bulunmuş olabilecektir. Örneğin, eşini kasten yaralayan şüpheliye, eşiyle birlikte mutlu olup olmadığının sorulması halinde; şüpheli, iletişimin kopuk olduğunu, ayrı evlerde yaşamaya başladıklarını söyler ise kendi aleyhine beyanda bulunmuş olacaktır. Eğer şüpheliye bu konuda susma hakkı tanınmaz ise, şüpheli yalan söylemeye sevk edilmiş olacaktır.

Kişiliğe ilişkin ifade almada, örneğin akrabalık ilişkileri, meslek bilgileri, üye olduğu gruplar, çevresiyle olan ilişkileri, evliliğinin nasıl gittiği, çocuklarına olan bağlılığı gibi sorular sorulabilir.

Kişiliğe ilişkin ifade almanın faydaları mevcuttur. Şüphelinin daha iyi tanınmasını sağlamaktadır. Örneğin, sabıkan var mı sorusuna çok diye cevap birinin aslında sabıkası oldukça fazlaysa, yalana meyilli olduğunun göstergesi olabilir.⁹¹

Sanığın ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin toplanmasını ise, TCK'nın 61 maddesi kapsamında değerlendirilen görüş mevcuttur. Sanığa verilecek olası para cezasında, sanığın ekonomik durumu göz önünde tutulacaktır. Ayrıca yine TCK 61 çerçevesince yaptırımı bireyselleştirme çabasında, ekonomik durum araştırması önemlidir.⁹²

f. İfadenin Sabitleştirilmesi

Poliste veya savcılıkta ifadesi alınan şüphelinin, soruşturma evresinde söylemiş olduğu her şeyin, yahut susma hakkını kullanmış ise bu durumun, kağıtlara yazılması söz konusudur. Şüphelinin kolluk memuruna anlattığı hususları sabitleştirme amacıyla, CMKmd. 147/i ve YGAİAY md.23/j gereğince tutanağa ya da band ve benzeri kayıtlara alma işlemi yapılmaktadır.

İfade almanın sabitleştirilmesi tutanak tutmak suretiyle yahut da band vb. araçlarla kayıt altına almak suretiyle olacaktır.

1f. Tutanak Tutulması

Tutanak tutmak, hem kolluk açısından hem de şüpheli açısından önemlidir. Tutanakların yanlış, eksik ve bilerek hatalı tutulması, kovuş-

91 **Demirbaş**, s.113.

92 **Yurtcan**, s.151.

turma aşamasında birçok soruna yol açmaktadır. Müdafin hazır bulunma yetkisi ile tutanakların usulüne ve gerçeğe uygun şekilde tutulması da amaçlanmıştır.

Tutanakta nelerin bulunacağını CMK md.147/i ve YGAİAY md. 23/j hükme bağlamıştır. Buna göre;

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.
3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri tutanakta yer almak zorundadır.

Kanun bu hususlarla tutanağın şekil unsurlarını belirlemiş ancak içeriğine ilişkin nasıl davranması gerektiği konusunda açıklık getirmemiştir. Kolluk, şüphelinin ifadesini tutanağa geçirirken, şüphelinin söylediklerine kendi yorumunu katarak yazmamalıdır. Şüphelinin kelimelerine sadık kalarak olay anlatılmalıdır. Memur anlatımı basitleştirmek için farklı kelimeler dahi seçemez. Tutanağın tutulmasındaki amaçlardan biri, ifadedeki açıklamalardan kovuşturma aşamasında dönülmesini engellemektir. Diğer ise, şüphelinin ifade ettiği her şey, şüphelinin kendi kelime hazinesiyle kağıda aktarıp, savunmasını tam olarak yapmasını sağlamaktır. Şüpheli tarafından söylenen ancak, kolluğa göre önemsiz olan bir husus dahi tutanağa geçirilmelidir. Şüphelinin ifade ettiği her şeyin tutanağa geçirilmesi, ifade özgürlüğünün yansımastır.

CMK 147 de tutanağın düzenlenmesine ilişkin hüküm eksiktir. Örneğin uzun süren ifade almalarında, ifade almaya verilen molalar, eğer şüpheli bir şey yemiş veya içmiş ise bunlar, dinlenmelerin başladığı ve sona erdiği saatler yazılmalıdır.⁹³

93 Demirbaş, s. 190.

2f. Band vb. Cihazlar Kullanmak Suretiyle Sabitleştirme

Kanun tutanak tutmanın haricinde, band vb. araçlarla da sabitleştirmeye izin vermiştir. Ancak; bu sabitleştirme yönteminin uygulanması sakıncalar doğurabilmektedir. Örneğin değiştirilmeye müsait olmaları ya da ses kaydının bazı yerlerinin kesilmeye müsait olması gibi. Ancak amacına uygun olarak, kayıt üzerinde hiçbir şekilde değiştirilme yapılmadan, kovuşturma makamının önüne konulması halinde, ideal bir sabitleştirme yöntemidir.⁹⁴

Resmi Gazetenin, 04.10.2012 tarih 28431 sayısında yayımlanan 2012/20 sayılı T.C.Başbakanlık genelgesi gereği, çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM) kurulmuştur. Burada alınan ifadeler ses ve görüntü kaydeden cihazlarla alınmaktadır ve bu husus yasal bir zorunluluk halini almıştır.

SONUÇ

Çalışmamızda şüphelinin/sanığın ifadesinin alınmasına ilişkin CMKmd. 147 ve YGAİAYmd. 23 hükümlerini irdeleyerek hukuka uygun bir ifade almanın nasıl olacağını vurgulamaya çalıştık. Uygulamada yaşanan sıkıntıları da belirterek, çözüm yolları üretmeye çalıştık.

Kanaatimizce ifade almanın amacı maddi gerçeği ortaya çıkartmak ve şüpheliye savunma imkanı tanımaktır.

Kolluk, ifade almaya başlamadan önce dosyaya iyice hazırlanmalı, ifade alınacak ortam iyi seçilmeli ve zamanı iyi ayarlanmalıdır. Şüphelinin sahip olduğu haklar en kısa zamanda ve derhal şüpheliye söylenmelidir. Yakalanan bir şüpheli varsa, yakalama anında söylemek en doğrusudur. Şüpheliye hakları bildirilmekle kalmamalı, öğretilmelidir. Şüpheliye isnat edilen suç bildirilmeli, bu hususta susma hakkı olduğu ve isterse bir müdafii seçebileceği, eğer imkanı yoksa barodan müdafii

94 Demirbaş, s.192.

talep edilebileceği, kolluk biriminde olduğunu istediği yakınlarından birine bildirme hakkının olduğu öğretilmelidir. En geç esasa ilişkin savunmaya geçmeden önce tüm bu hakları öğretilmiş olmalıdır.

Kolluk ilk önce şüphelinin kimliğini tespit eder. Kanaatimizce, şüpheli kimliğine ilişkin hususlarda da susma hakkını tam anlamıyla kullanabilmelidir. Anayasa md. 38/5 hükmü de bu konuda dikkate alınmalıdır. Şüphelinin kimlik bilgilerinin bilinmemesi ancak fert olarak bilinmesi iddianame düzenlenebilmesi açısından yeterlidir. Şüphelinin ifade sırasında kimlik bilgilerini saklamış olması iddianame düzenlenmesine engel teşkil etmeyeceğinden, kişi bu konuda da susma hakkını kullanabilir.

Şüpheliye yüklenen suçun ne olduğu anlaşılabilir bir dilde ve en kısa zamanda bildirilmelidir. Yüklenen suçun hukuki vasfının ne olduğunu kolluğun bildirme yetkisi yoktur.

Kanaatimizce, şüpheli sadece üç müdafii ile ifade almaya katılabilir ve bu hüküm yerinde bir hükümdür. Gözaltı biriminde ise üçten fazla müdafii ile görüşebilir. CMK' nın lafzı da sadece ifade alma esnasında sınırlandırma olduğuna ilişkindir.

Müdafinin şüpheliye hukuki yardımda bulunmasının ne anlama geldiği hususuna gelince; şüpheliye, isnat edilen suç ile ilgili açıklamalarda bulunmak, susma hakkının mı yoksa ifade vermenin mi daha faydalı olacağını şüpheliye açıklamak, ifade öncesinde kanunen bilmesi gereken haklarını öğretmek, şüphelinin kanunen sahip olduğu bu haklarının garantörlüğünü yapmak, demektir. Şüpheli, yaşadığı olayın şokuyla ne yapacağını bilemez durumdayken, müdafii şüphelinin yardımcı olup, onun haklarının savunucusu olur. Aksine ilişkin bir davranış, Avukatlık Kanu'na göre disiplin soruşturmasını sebebidir.

Kanaatimizce müdafinin hazır bulunma yetkisi, öncelikle iki yetkisinin varlığını gündeme getirir, birincisi kolluğun CMK md.147'de sayılan usullere göre ifade alıp almadığının kontrolü, ikincisi ise meramını anlatma ilkesi gereği, gerektiğinde şüpheliye sorular sorabilme yetkisidir. Hazır bulunma ibaresi, şüpheliye ifade alma esnasında soru sorma hakkının varlığını da kapsar çünkü müdafinin de amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır ve şüphelinin suçsuzluğunu ortaya çıkaracak açık bir hususu gördüğünde, şüpheliye soru sorarak, bunu tutanağa yaz-

dırma hakkına sahiptir. Ancak müdafii, hukuka uygun şekilde yapılan ifade alma işlemi, şüphelinin aleyhine olan hususlarda, şüphelinin konumuna geçerek, sanki şüphelinin ifadeleriymiş gibi ifade tutanağına kendi beyanlarını ekletemez.

Müdafinin hazır bulunma yetkisine ilişkin YGAİAY md 23/d hükmüyle kısıtlama getirilmiştir. İlgili madde "*Müdafii, şüphelinin ifadesi alınırken, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz ve sadece hukuki yardımda bulunabilir. Hukuki yardım, maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafii, şüpheliye bütün kanuni haklarını hatırlatabilir ve müdafinin her türlü müdahalesi tutanağına geçirilir*", şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm kanaatimizce hem hukuka hem de AİHS' ne aykırıdır. Şöyle ki, CMK' da yer almayan bu kısıtlamanın, yönetmelikle düzenlenmesi mümkün değildir. Kişinin kendini savunma hakkı temel hak ve özgürlük kapsamındadır ve hakkın sınırlandırılması kanun ile olmalıdır, yönetmelikle böyle bir sınırlandırmanın yapılması mümkün değildir. Kaldı ki onun yerini aldığı izlenimi çok muğlak bir kavramdır ve savunma hakkının böyle muğlak kelimelerle sınırlandırılması hukuka aykırıdır. Müdafinin her türlü müdahalesinin tutanağına geçirilecek olması ise müdafii üstündeki psikolojik baskıdan ibarettir.

Soruşturma aşamasında kural olarak, müdafii dosya içeriğini inceleyebilir ve istediğı belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Şüphelinin savunmasını hazırlayabilmesi için kolluktaki veya savcılıktaki dosyasını inceleyebilme yetkisine sahip olmalıdır. Şüpheli yakınlarına kolluk tarafından haber verilmelidir.

Susma hakkı, tüm soruşturma işlemlerinde geçerlidir. Şüphelinin kan ve parmak izi vermemesi de susma hakkı kapsamındadır.

Kanaatimizce kişisel bilgilere ilişkin ifade alma, esasa ilişkin ifade almanın içindedir. Şüpheli kişisel bilgilerini vermek suretiyle, kendi aleyhine beyanda bulunmuş olabilecektir. Bu nedenle susma hakkına sahiptir.

KAYNAKÇA

AYDIN Çağrı Kan, Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı, (TBB Dergisi, 2010 (91), s.146-180).

CENTEL Nur, **ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005.

DEMİRAL Nusret, "Terör Suçlarında Sorgu", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi CMK'da Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, C. 4, S.1-2, Y. 1994, s.51-60).

DEMİRBAŞ Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 2. Baskı, Ankara 2011.

DOĞRU Osman, "Sanık Öğüten Çarklar", (<http://www.tesev.org.tr/Upload/Publication/380640ef-ffc6-45c4-a7a8-4b71525fb864/San%C4%B1k%C3%96%C4%9F%C3%BCten%C3%87arklar.pdf>) E.T. 13.04.2013.

DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

EREM Faruk, "Savunma Mesleğinin Sorunları", (Mersin Barosu Dergisi, S. 2, Aralık 1986, s.7-11).

FENDOĞLU Hasan, "İnsan Hakları ve Adli Kolluk", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, S. 1-2, Y. 1998, s.113-125.

İPEKÇİOĞLU Pervin, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S.3, Y. 2008, s.51-82).

KARAOSMANĞOLU Fatih, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı Türkiye ve İngiltere Örnekleri" (AÜHFD, C.52. S.3 Y.2003, s. 177-197).

KAZANCI Eker Behiye, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri İle Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", (TBB Dergisi 2012 (98), s.75-104).

KOCASAKAL Ümit, "Sanığın Korunması", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Kış 1996, s. 3-31.

KUNTER Nurullah/ **YENİSEY** Feridun/ **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.829.

ÖZBEK Veli/ **KANBUR** Nihat/ **DOĞAN** Koray/ **BACAKSIZ** Pınar/ **TEPE** İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir 2012.

ÖZTÜRK Bahri/ **Erdem** R. Mustafa, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.

ŞAHİN Cumhuriyet, "Adli Kolluk Faaliyeti Olarak Sorgulama", (Hukuki Perspektif Dergisi, S.3 Nisan 2005, s.71-73). (Sorgulama)

ŞAHİN Cumhuriyet, "Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, Y. 1994, s.61-90). (Mukayeseli Hukuk)

ŞAHİN Cumhuriyet, "Sorgu Müessesine İlişkin Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirilmesi", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil Çin'e Armağan, Konya 1995, s.79-92).(Değerlendirme)

TAŞAN Berrin, "Karakol Soruşturması mı, Hazırlık Soruşturması mı?", (İzmir Barosu Dergisi, Y.5, S.2, Nisan 1986, s.26-29).

TAŞKIN Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı,Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların Aihm İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 69. Y.2007, s.211-240). (Müdafi Yetkisi)

TAŞKIN Cankat, "Müdafiin Dosyayı İnceleme, Suret Alma Hakkı ve Bu Hakkın Kötüye Kullanılması", <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/dosya-inceleme.pdf> E.T. 14.04.2013. (Dosya İnceleme)

ÜNVER Yener/ **HAKERİ** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.

YENİSEY Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.

YILDIRIM Ali, "Sanığın Susma Hakkı", (Ankara Barosu Dergisi, C.5-6, Y.1988, s.682-701)

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005.

ZAFER Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu, Mayıs 2004.

Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin Belgede Sahtecilik Suçlarıyla İlişkisi

■ **Erkut Güçlü KAHRAMAN***

GİRİŞ

Belgede sahtecilik suçları ekonomik hayatın zorlaşan şartları karşısında sürekli artış eğilimindedir.

Bu suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi suç işleyen kişilerin doğru ve güvenilir bir şekilde tespit edilmesiyle mümkündür.

Bu makale çalışmasında belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusu ve unsurlarına değindikten sonra, Ceza Muhakemesi Hukukunun ispata yönelik ilkelerinden biri olan ve hakim in yargılama sırasında delillerle bizzat temas etmesini öngören **Delillerin Doğrudan Doğrualığı** ilkesinin belgede sahtecilik suçları bakımından uygulanmasını Yargıtay kararları ışığında ortaya koymaya çalışacağız.

Son olarak bu ilkenin istisnasını oluşturabilecek bazı Yargıtay kararları irdelenerek hakim in sahte belgenin aslını görmeden de maddi gerçeğe ulaşabileceği ve mahkumiyet kararı verebileceği vurgusu yapılacaktır.

1. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARININ HUKUKİ KONUSU

I- Kamu Güveni Kavramı

Belgede sahtecilik suçları 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler başlıklı 2. kitabının, Topluma Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısmının, Kamu Güvenine Karşı Suçlar başlıklı 4. bölümünde düzenlenmiştir.

* Menderes Cumhuriyet Savcısı

Tüm hukuk düzenlerinde olduğu gibi, hukukumuzda da hukuksal ilişkiler kurma, eylem ve işlemler oluşturup bunları kanıtlama, açıklama ve yorumlama bakımından belgeler büyük önem taşımaktadır.

Gelişen toplum düzeniyle orantılı olarak hukuksal ilişkilerin artması ve karmaşık hale gelmesi nedeniyle belgelerin oynadığı rol daha da artmaktadır.

Bir Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere¹; toplumda belgelerin güvenilirliği, gerçekçiliği, inandırıcılığı ve doğrulukları konusunda kendiliğinden oluşan ortak inanç **kamu güvenini** ifade etmektedir. Kamu güveni topluma ilişkin hukuksal varlık ya da yarardır.

Sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan kamu güveninin toplumsal yaşamın barış içinde ve olağan akışı izleyerek sürmesi için koruma altına alınması gerekmektedir.

Nitekim, kanun koyucunun belgede sahtecilik suçlarını kamu güvenine karşı suçlar arasında düzenlemiş olması da, bu tür eylemlerin kamu güvenini sarsmış olduğunu kabul etmesinin bir sonucudur.²

Belirli şekil ve belgelere güven duyulmadığı bir ortamda toplumsal ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesinin zorluğu karşısında, **kamu güvenini**; devletin kamu ve özel hukuk aracılığıyla ispat gücü tanıdığı para, mühür, belge gibi belli nesnelerin veya sembollerin doğruluğuna ve sahihliğine karşı kamunun duyduğu güven olarak tarif etmek mümkündür.³

Bu açıklamalar ışığında, kamu güveni ispat araçlarının doğruluğuna ve gerçekliğine duyulan güvenin sağlanmasında ve bu güvenin devlet tarafından korunmasında kamusal bir menfaat olarak karşımıza çıkmaktadır.

1 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14/02/1983 tarihli kararı

2 MALKOÇ İsmail-GÜLER Mahmut (1996), Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Adil Yayınevi, Ankara, s.2492

3 GÜNGÖR Devrim (2010), Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, s.18

II- Suçun Hukuki Konusu

Yukarıdaki açıklamalar ışığında belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusunun kamu güveni olduğu kabul edilmekle birlikte, bu suçları düzenleyen normların aynı zamanda suçun ihlal ettiği özel menfaatleri de koruma altına aldığı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bir başka deyişle, bu suçların kamu güveni dışındaki hukuki konusu ispat aracı olarak karşımıza çıkan belgenin gerçekliğiyle garanti altına alınan özel menfaatlerdir.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴; kanun koyucunun hukuki sonuç doğurabilecek olan yazıları, her türlü sahtecilik fiiline karşı ceza müeyyidesiyle koruma altına alması nedeniyle, bu suçlar bakımından belgenin, sadece suçun maddi konusunu oluşturmayıp, aynı zamanda korunan hukuki yararı da temsil ettiği benimsenmiş ise de, sahte olarak oluşturulmuş bir belgenin hukuken korunmasının mümkün olmadığı ve ceza hukukunun nesnelere ziyade nesnelere insan arasında kurulan ilişkileri güvence altına aldığı dikkate alındığında söz konusu görüşün kabulünün bizi istenmeyen yanlış sonuçlara götürebileceği yadsınamaz bir gerçektir.⁵

Sonuç olarak belgede sahtecilik suçlarının karma hukuki konuya sahip oldukları ileri sürülebilirse de, kanun koyucunun bu suçlarla öncelikle kamu güveninin koruma amacını taşıdığını kabul etmek yanlış bir yaklaşım olmayacaktır. Bu bağlamda sahtecilik suçunun sahteciliğin yapıldığı anda oluşması, sahte olarak düzenlenmiş belgenin kullanılması şartının suçun tamamlanması için aranmaması ve henüz kullanılmamış sahte bir belgenin cezai müeyyide ile karşılık bulması kamu güveninin koruma altına alındığının açık bir göstergesidir.

2. BELGENİN TANIMI VE UNSURLARI

I- Genel Olarak

Halen yürürlükte olan 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak sahtecilik suçlarında "evrak" yerine "belge" kavramını kullanmıştır.

4 TOROSLU Nevzat (1970), Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, s.350-351

5 GÜNGÖR (2010), a.g.e., s.22

Evrak sözcüğü kağıtlar, yapraklar anlamına gelip varaka sözcüğünün çoğulunu ifade etmekte, varaka ise tek yaprak, tek kağıt, yazılı kağıt anlamını taşımaktadır.⁶

Belge ise, bir olguyu gösteren ya da bir savla ilgili olarak bilgi veren yazı anlamında olup⁷, Yargıtay da bir kararında belgeyi; "Hukuki bir hüküm ifade eden, bir hakkın doğmasına, bir olayın kanıtlanmasına yarayan yazılar" olarak tanımlamıştır.⁸

Resmi belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanununun 204. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere, kanun koyucunun eski dildeki evrak sözcüğü yerine aynı anlamı taşıyan belge sözcüğünü kullanmayı tercih ettiği görülmektedir.⁹

Bu açıklamalardan sonra, sahtecilik suçunun maddi konusunu oluşturan belgenin taşınması gereken unsurları ortaya koymaya çalışacağız.

II- Belgenin Unsurları

1) Yazılı Olma

Belgenin öncelikle yazılı olması gerekmektedir. Türk Ceza Kanununun belgede sahtecilik suçunu düzenleyen hükümlerinin uygulanması bakımından belgenin yazılı olması zorunluluk taşımaktadır.

Belgedeki yazının elle yazılması şart olmayıp; daktilo, bilgisayar gibi mekanik ve elektronik araçlarla yazılması da mümkündür. Ayrıca yazının mutlaka alfabetik işaretlerden oluşması gerekli olmayıp; bir iradeyi ifade etmeye elverişli olduğu sürece şifreli ya da sayılardan da oluşabilir.

Belge üzerindeki yazının silinebilir olması önem taşımamaktadır. Yazmak için kullanılan vasıtanın, yazının belli bir süre muhafaza edilmesine elverişli olması yeterlidir.

Son olarak, yazının mutlaka kağıt üzerine yazılması şart değildir. Yargıtayın bir kararında¹⁰; "Resmi belgede sahtecilik suçlarının konu-

6 DEVELİOĞLU Ferit (2000), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, s.242-1137

7 TÜRKÇE SÖZLÜK (1974), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, s.105

8 Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 04/07/1983 tarih ve 2707/3846 Sayılı Kararı.

9 GÜNGÖR (2010), a.g.e., s.33

10 Yargıtay 11. CD. 02/05/2007 tarih ve 2011/2994 Karar sayılı ilamı

sunu oluşturan belgenin, taşınabilen bir şey üzerine yazılıp da hukuki hüküm ifade eden bir olayı kanıtlamaya yarayan yazı olduğu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 204. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, belgenin varlığının kabulü için yazılı kağıdın bulunmasının zorunlu olmadığı, bir metal levha üzerine yazı yazılması halinde de diğer unsurların varlığı durumunda, belgeden söz edilebileceği, bu bakımdan araç plakalarının da resmi belge olarak kabulü gerekeceğinin vurgulanması karşısında, sahte olarak düzenlenen mühür kullanılarak sahte plaka oluşturulması ve bu plakanın bilerek kullanılması fiillerinin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 204/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu ..." şeklinde ifade ettiği üzere, belge tanımının kağıt dışındaki metal levha vb. taşınabilir nesnelere de kapsadığı kabul edilmektedir.¹¹

2) Düzenleyenin Belli Olması

Belgenin zorunlu unsurlarından biri de düzenleyenin yani yazıdaki irade beyanının sahibinin belli olmasıdır. Yazının somut olarak bir kimseye aidiyeti saptanamıyorsa, düzenleyeni belli değilse bu yazı hukuki açıdan bir hüküm ifade etmediğinden belge olarak nitelendirilemeyecektir.

Bir belgenin kim tarafından düzenlendiği altındaki isim ve imzadan anlaşılmaktadır. Yazının bir kimse tarafından yazılmış olmasına rağmen altında isim ve imzanın bulunmaması durumunda belgeden söz edilemeyecektir.

Yazının kimliğinin tespiti açısından belge altındaki imzanın el yazısıyla ve 2525 Sayılı Soyadı Kanunu ile 24/12/1934 tarihli Soyadı Nizamnamesinde öngörüldüğü şekilde atılması önem taşımaktadır.¹² Buna karşılık, imzanın Soyadı Kanununda ve Nizamnamesinde kaleme alın-

11 KÖSTEKÇİ Yaşar-KÖSTEKÇİ Özge (2010), İmza-El Yazısı ve Belge İncelemesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.11

12 2525 Sayılı Soyadı Kanununun 2. maddesi; "söyleyişte, yazıta, imzada öz ad önde soyadı sonda kullanılır" şeklindeki ifade ile Soyadı Nizamnamesinin 2. maddesi; "Söyleyişte, yazıta öz ad önde, soyadı sonda olmak üzere bütün harfleri söylenerek veya yazılarak kullanılabilmesi gibi, söyleyişte ve yazıta öz adsız yalnız soyadı kullanılabilir ve imzada öz adın ilk harfi, öz ad iki tane ise her ikisinin ilk harfleri veya birinin ilk harfi ile öteki ad ve soyadının tümü yazılabilir. İki soyadı olan kadın her iki soyadını birlikte kullanır." şeklindeki ifade imzanın ne şekilde olması gerektiğini ortaya koymuştur.

dığı şekilde atılmaması onun geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı üzere imza sadece isim veya soyisim kullanılarak atılabileceği gibi, kime ait olduğu belirlenebilir olduğu sürece her ikisini içermeyen ve hatta harf dışında bir takım işaretlerin kullanılması suretiyle de atılması mümkündür.

Ayrıca belgenin, belge düzenlenen kişi adına vekaleten bir başkası tarafından imzalanmasının da mümkün olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak bunun için öncelikle vekalet yoluyla belgenin imzalanmasının yasal bir dayanağının olması ve ortada geçerli bir vekalet ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Vekaletnamenin geçerli olmaması durumunda imza da geçerli olmayacağından, hukuki sonuç doğurmayan böyle bir imzayı taşıyan yazıda belge niteliğini kazanamayacaktır.¹³

3) İçeriğinin Olması

Bir yazının belge olarak kabul edilebilmesi için hukuken önem taşıyan bir içeriğe, hukuksal bir önem ve etkiye sahip olması gerekmektedir.

Belgenin hukuken önem taşıması bir olgunun gerçekleştiğini veya doğruluğunu ortaya koyması yönünden bir ispat aracı olması, bir irade beyanını açıklaması ve ispat yeteneği yanında hukuki sonuç doğurabilmesini ifade etmektedir.

Ceza Kanunumuzda belgelerin korunmasının nedeni bunlara duyulan toplumsal güven olduğuna göre, **kamu güveni** olarak adlandırılan bu güven ancak hukuken sonuç doğurabilecek belgeler bakımından söz konusu olabilecektir. Hukuki olarak bir anlam taşımayan, hukuken sonuç doğurması mümkün olmayan bir belgenin sırf bazı zararlara yol açabileceği gerekçesiyle sahtecilik suçunu konusunu oluşturması ve cezai müeyyide ile koruma altına alınması mümkün gözükmemektedir.

Yargıtayın¹⁴; "Suça konu tebligat parçasının hukuki sonuç doğuran ve görevli memur tarafından düzenlenmiş belgelerden olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 348. maddesinin yollamasıyla aynı kanunun 342/1. maddesine uyduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması" şeklindeki kararı da bu unsurun benimsendiğini ortaya koymaktadır.

13 GÜNGÖR (2010), a.g.e., s.39

14 Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 18/11/2003 tarih ve 19863/8881 Sayılı kararı

Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında **belgeyi**; bir olayı nakleden veya bir irade beyanını içeren, toplumsal hayatta uyumsuzlukların önlenmesi veya bir vakianın ispatına dair ihtiyaçların giderilmesinde önemli rol oynayan, kamunun güven duyduğu unsurlara haiz her türlü yazı olarak tanımlayabiliriz.

3. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNUN DELİLLERİN DOĞRUDAN DOĞRUALIĞI İLKESİYLE İLİŞKİSİ

I- Delillerin Doğrudan Doğrualığı ilkesi

Maddi gerçeğe ulaşmayı hedefleyen ceza muhakemesi delil serbestisi esasını benimsemiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Delilleri takdir yetkisi" başlıklı 217. maddesinde "Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki düzenlemede bu esası ortaya koymuştur.¹⁵

Delillerin doğrudan doğrualığı ya da diğer bir ifadeyle delillerin vasıtasızlığı ilkesi, yargılama makamı olan mahkemenin önüne gelen bir uyumsuzlukta bir sonuca ulaşırken, bir fiilin sabit olup olmadığı konusunda çözüm ararken, delillerle bizzat temasa geçmesini, araya hiçbir araç girmeksizin bunları elde etmesini ve değerlendirmesini ifade etmektedir.¹⁶

Maddi gerçeği ortaya koymayı amaçlayan süreçte olabildiğince orijinal ve geçerli delile bizzat yargılama makamı tarafından duruşmada ulaştırılmasını ifade eden **doğrudan doğrualık** ilkesi ceza muhakemesinin hukuk devleti açısından kalitesini ve değerini ifade eden temel ilkeler arasında yer almaktadır.

Ceza yargılaması sonunda esas hakkında hüküm verecek olan mahkeme, ancak yargılama konusu olay, olayın tanıkları, sanık ve diğer tüm

15 KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe (2009), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Beta Basım, İst., s.35.

16 YURTCAN Erdener (2007), Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Basım, İst., s.60

deliller ile doğrudan doğruya temasa geçtiği takdirde sağlıklı bir karar verebilecektir.

Bu ilke hakimlerin yanı sıra bilirkişiler içinde geçerlidir. Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda mahkemelere görüşünü açıklayan bilirkişide, raporunu hazırlarken, inceleme konusu olan obje ile araya vasıta koymadan, doğrudan temas etmelidir.¹⁷

Doğrudan doğrualık ilkesi hakimın önüne gelen iddianamedeki hususları tartışıp değerlendirmesini, sadece soruşturma dosyasındaki delillerle değil, duruşmada ortaya konan delillerin sonucuna göre bir karar vermesini öngörmektedir. Bir başka anlatımla, hakimın kanaatinin oluşumunda belirleyici olan, ortaya konan dosya değil, bizzat duruşma ve duruşmada ileri sürülen delillerdir.¹⁸

Doktrindeki bir görüşe¹⁹ göre de; soruşturma aşamasında iddia makamı tarafından elde edilen ve dosyada yer alan bilgiler henüz delil vasfını kazanmamış birer **şüphe sebebidir**. Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin delil vasfını kazanabilmesi kovuşturma aşamasında hakimın doğrudan doğrualık ilkesi gereğince mevcut olan veya yeni ortaya konan tüm delilleri birlikte değerlendirip, ispat açısından derecelendirilmesini yaptıktan sonra mümkün olacaktır.

Bu bağlamda mahkeme soruşturma aşamasında elde edilmiş ve henüz delil niteliğini kazanmamış bilgi ve belgelere atıf yapmakla yetinemeyecektir.²⁰

Sonuç olarak doğrudan doğrualık ilkesi hüküm verecek olan mahkemenin ileri sürülen delilleri kural olarak bizzat değerlendirmesini, bunu yaparken herhangi bir aracı kullanmamasını, yargılama konusu olayı asıl kaynağından öğrenmesini ve mümkün olduğunca güvenilir delil elde etmesini öngörmektedir.

17 CENTEL Nur-ZAFER Hamide (2010), Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İst., s.634

18 ŞAHİN Cumhur (2001), Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, s.29

19 KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe (2010), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İst., s.1338

20 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU (2010), a.g.e., s.1295

II- Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin Ceza Muhakemesindeki Diğer İlkelerle Karşılaştırılması

1) Sözlülük İlkesi ve Doğrudan Doğrualık

Ceza yargılamasında yapılan işlemlerin söz ile konuşma yoluyla yapılmasını ifade eden **sözlülük ilkesi** doğrudan doğrualık ilkesinin zorunlu bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Maddi gerçeğin arandığı ceza yargılamasında duruşmada ortaya konan delillerin bizzat hakim tarafından değerlendirilerek hükme esas alınmasını öngören delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi karşısında sözlü olarak ortaya konulup tartışılmayan hiçbir bilgi kaynağı hüküm bakımından değer taşımayacaktır.²¹ Bu bağlamda sözlülük ilkesi mahkemenin dosya üzerinden hüküm vermesinin önüne geçerek, bütün delillerin sözlü duruşmada tartışılması amacını taşımaktadır.²²

Hükme esas alınacak hususların duruşmada sözlü olarak ifade edilmesini ve işitilmesini gerekli kılan sözlülük ilkesi, duruşmanın şeffaflığını ve aleniyetini de sağlamaktadır.²³ Bu ilke sayesinde mahkeme ve taraflar için ispat açısından önem taşıyan her husus tartışılabilmekte, taraflar yargılama konusu hakkında görüş ve karşı görüşlerini kamununun da izleyebileceği bir ortamda açıkça ortaya koyabilmektedirler.²⁴

Görüldüğü üzere yargılama makamı olan mahkeme önüne gelen delillerle doğrudan temas edip, yapacağı değerlendirme sonucunda edindiği kanaate göre hükmünü kurarken, maddi gerçeğe aracısız bir şekilde ulaşmasını sağlayan en önemli ilke yargılamaya katılanlar arasındaki ilişkilerin sözlü bir formda gerçekleşmesini öngören sözlülük ilkesidir.

2) Serbest Delil Değerlendirme İlkesi ve Doğrudan Doğrualık

Ceza yargılaması hukukunda geçerli olan vicdani delil sistemi uyarınca hakim duruşmada ortaya konulup tartışılan bütün delilleri serbestçe değerlendirebilecektir.

21 CENTEL-ZAFER (2010), a.g.e., s.634

22 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU (2009), a.g.e., s.36

23 ŞAHİN (2001), a.g.e., s.44

24 YURTCAN (2007), a.g.e., s.426

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna göre, yargılama makamının delilleri serbestçe değerlendirerek edineceği vicdani kanaate göre bir karar vermesi gerekecektir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Delilleri takdir yetkisi" başlıklı 217. maddesi de delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi ile doğrudan doğruyalık ilkesi arasındaki yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda²⁵ vicdani kanaat meselesine ışık tutmuştur: "Ceza Yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir, Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa; bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır."

Bu bağlamda mahkeme kendisini gerçeğe götürecek yolda mantık kuralları çerçevesinde serbestçe hareket ederken doğrudan doğruyalık ilkesi gereğince duruşmada ele alınmayan ve tartışılmayan hiçbir delili de hükmüne esas alamayacaktır.²⁶

3) Kesiksizlik, Yoğunluk, Çabukluk İlkeleri ve Doğrudan Doğrualık

Ceza yargılamasının süratli bir şekilde yapılmasını, duruşmaların mümkünse bir oturumda bitirilmesini amaçlayan kesiksizlik, yoğunluk ve çabukluk ilkeleri delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesini tamamlayan ilkelerdir.

Hakimin yargılama sırasında ileri sürülen delilleri serbestçe değerlendirip vicdani kanaat edinebilmesi ve hükme esas alınacak bu kanaatin zaafa uğramadan canlı kalabilmesi için ilgililerin sürekli olarak duruşmada hazır bulunması, duruşmanın aralıksız yapılması ve mümkün olduğunca kısa bir süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen

25 YCGK. 19/04/1993 tarih ve 6-79/108 sayılı kararı

26 KUNTER-YENİSE-NUHOĞLU (2009), a.g.e., s.35

makul sürede yargılanma hakkı da bu ilkeler sayesinde gerçekleştirilmiş olacaktır.²⁷

Yargılamanın kesiksiz-yoğunlaştırılmış bir biçimde yapılabilmesi ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından etkin bir soruşturmanın yürütülmesi ve uyuşmazlık konusunun iddianamede açık ve anlaşılır bir biçimde ortaya konması ile mümkündür.

Bu bağlamda 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 190. maddesinde; "Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir" şeklindeki düzenleme ile duruşmaya istisnai olarak ara verilebileceği hüküm altına alınmasına karşılık, uygulamada iş yoğunluğu, personel yetersizliği, çalışma veriminin düşüklüğü vb. nedenlerle yaşanan sorunlar nedeniyle istisnai olan bu düzenleme kural haline dönüşmüştür.²⁸

Yapılan bu açıklamalar ışığında mahkemenin delillerle doğrudan te-masa geçmesini ifade eden doğrudan doğrualık ilkesi; yargılama makamının aralıksız olarak duruşmayı sürdürmesini, tarafların duruşmada aktif olarak yer almasını, hükme ancak duruşmada ortaya konan ve tartışılan hususlardan hareketle ulaşılmamasını ve kural olarak makul sürede bitirilen bir yargılama sonucunda edinilen canlı kanaate göre hüküm verilmesini gerektirmektedir.²⁹

4) Maddi Gerçek İlkesi ve Doğrudan Doğrualık

Ceza yargılamasında mahkeme uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle araştırıp çözmek ve maddi gerçeğe ulaşmak yükümlülüğü altında olduğundan; sadece tarafların duruşmada ortaya koyduğu delillerle yetinmeyerek, gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından, gerektiğinde re'sen delilde toplayabilecektir.³⁰

Kara Avrupası'nda tahkik sisteminin etkisiyle mahkemenin taraflardan bağımsız olarak gerçeği araştırma ve davayı yapılandırma yükümlülüğü olduğu gibi, taraflarında duruşma aşamasında iddianamede

27 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU (2009), a.g.e., s.36

28 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU (2010), a.g.e., s.1295

29 ŞAHİN (2001), a.g.e., s.50

30 YURTCAN (2007), a.g.e., s.59

yer almayan yeni delillerin araştırılmasını talep ederek maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunması mümkündür.³¹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 217 ve 225. maddeleri mahkemelerin delilleri serbestçe değerlendirebileceği hususunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu düzenlemeye göre yargıç uyuşmazlığa ilişkin her delili, her belirtiyi maddi gerçeği aydınlatıp aydınlatmaması bakımından değerlendirecektir.³² Bu bağlamda yargılama makamının mümkün olduğunca en iyi ve orijinal delile doğrudan ulaşmaya çalışması uyuşmazlık konusu olayın aydınlatılması bakımından önem taşımaktadır. Ancak **maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından zorunlu olan hallerde mahkeme tarafında dolaylı, ilk elden olmayan delillerinde serbest delil değerlendirme esası çerçevesinde kullanılması ve hükme esas alınması mümkün olacaktır.**³³

Görüldüğü üzere maddi gerçeği araştırma zorunluluğu, doğrudan doğrualık ilkesi ile paralel olarak mahkemenin ulaşabileceği en iyi delili elde etmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda mahkeme önüne gelen uyuşmazlığı çözerken delilleri sağlamlık ve güvenilirlik bakımından değerlendirmek zorundadır. Kuşkusuz bu değerlendirme yapılırken hem doğrudan hem de dolaylı delilin bulunduğu durumlarda, yargılama makamının doğrudan delile ilave olarak ve onu tamamlayacak şekilde dolaylı yada bir başka deyişle daha az güvenilir delili de kullanması maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önem arz etmektedir.

III- Belgede Sahtecilik Suçu Açısından Doğrudan Doğrualık İlkesi

1) Genel Olarak

Ceza yargılamasında delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir gereği olarak ispat açısından önem taşıyan bir delilin mahkeme tarafından vasıtasız bir biçimde irdelenmesi, duruşma sırasında delil teşkil eden bir yazının okunmasını ya da sahteliği iddia olunan bir belgenin beş duyu vasıtasıyla incelenmesini gerekli kılmaktadır.

31 CENTEL-ZAFER (2010), a.g.e., s.635-636

32 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU (2009), a.g.e., s.35

33 ŞAHİN (2001), a.g.e., s.185

Mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü karşısında vicdani kanaate ulaşırken erişilebilir bütün bilgi kaynaklarını ve bu arada her türlü belgeyi delil olarak kullanacağı tartışılmaz bir gerçektir. Ancak belgenin içeriği delil olmayacaksa, bir başka deyişle; sahteliği ileri sürülen bir belgenin dış görünüşü, belge üzerindeki sahtecilik durumu ele alınacaksa duruşmada okunamayacak olan bu belge, üzerinde yapılan silinti, kazıntı, kullanılmış olan mühür, mürekkep vb. unsurların tespiti açısından bir bilirkişi incelemesine konu olabilecektir.³⁴

Bu açıklamalar ışığında 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 217. maddesinde kaleme alınan "delilleri takdir yetkisi" karşısında, mahkeme sahteliği iddia olunan belgenin aslını bizzat inceleyip görüşünü dosyaya yansıtacak, gerek gördüğünde belgedeki sahteciliğin maddi unsurlarının tespiti bakımından bilirkişinin görüşünü alacak ve edineceği vicdani kanaate göre kararını verecektir.

2) Yargıtay Kararları Işığında Konunun İrdelenmesi

Yukarıdaki başlıklarda verilen bilgiler ışığında hukuki konusu kamu güveni olan belgede sahtecilik suçlarına ilişkin yargılama sırasında mahkeme delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi gereğince dava konusu belgenin aslını dosyaya getirtip incelemek ve bu inceleme sonucunda tespit ettiği suçun sübutu açısından önem taşıyan unsurları duruşma tutanağına geçirmek mecburiyetindedir.

Yargıtay 6. ve 11. Ceza Dairelerinin aynı yönde vermiş oldukları kararlarda bu husus net bir şekilde ortaya konulmaktadır:

- "...Sahtecilik suçlarında belgenin aldatıcı nitelikte olup olmadığının takdiri mahkemeye ait olup bilirkişi raporlarında senette yazılı rakam üzerinden gidildiğinin, yazı ile eklenen "yüz" ibaresinin sıkıştırılmış olduğunun belirtilmesi karşısında suça konu senet getirilip özelliklerinin duruşma tutanağına geçirilmesi, kararın gerekçe bölümünde aldatma yeteneğinin tartışılması ve denetime olanak verecek şekilde dosya içerisine konulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi ..."³⁵

34 DÖNMEZ Mustafa-KAYGISIZ Mustafa-SEVER Hanifi (2011), Adli Belge İncelemeleri ve Sahtecilik, Adalet Yayınevi, Ankara, s.21

35 Yargıtay 11. CD., 14/02/2011 tarih, 2010/8575 E. ve 2011/886 K. sayılı ilanı

- "...Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdiri mahkemeye ait olup, suça konu "vergi dairesi alındıları" emanetten celp edilerek incelenip özellikleri duruşma tutanağına yazılarak gerekçeli kararda aldatma niteliğinde olup olmadığı tartışılmadan ve denetime olanak verecek şekilde bu alındı belgeleri dosya içine konulmadan yazılı şekilde karar verilmesi..."³⁶

- "...Sahtecilik suçlarında aldatma niteliğinin takdir ve tayini hakime ait olup, dosya içinde mevcut 03/07/2008 günlü Ekspertiz raporunda soğuk mühür izinin fotoğraf üzerinde devamlılık göstermediği, 23/05/2008 günlü tutanak içeriğinde de fotoğraf üzerinde mühür izi bulunmadığının belirtilmesi karşısında, adli emanette kayıtlı suça konu nüfus cüzdanı duruşmada incelenerek özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve gerekçeli kararda aldatma niteliğini taşıyıp taşımadığının tartışılmaması ayrıca denetime olanak verecek şekilde dosya içerisinde bulundurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi..."³⁷

- "...30/11/2006 günlü Ekspertiz raporunda, suça konu nüfus cüzdanı üzerinde bulunan orijinal fotoğrafın yerinden çıkartılarak mevcut fotoğrafın yapıştırıldığı, yapılan tahrifatı gizlemek maksadıyla tetkik konusu belgenin yeniden lamine ile kaplandığı ve fotoğraf bölümü üzerinde sert bir metal parçasıyla damga izi oluşturmak suretiyle tahrifat yapıldığının belirtildiği, ayrıca 02/02/2007 tarihli Ekspertiz raporunda ise belgenin aldatma kabiliyetine haiz olmadığının belirtilmesi karşısında; belgede aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini hakime ait bulunduğu cihetle, suça konu belgenin getirilerek incelenip özelliklerinin duruşma tutanağına geçirilip, yapılan tahrifatın iğfal kabiliyetinin bulunması halinde iddianamedeki anlatım ve dosya kapsamına göre eylemin 5237 sayılı yasanın 204/1. maddesinde düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturup oluşturmadığı da değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması..."³⁸

- "...Hükme dayanak yapılan 04/12/2003 tarihli Ekspertiz raporunda; nüfus cüzdanının tamamen sahte olarak düzenlendiğinin belirtilme-

36 Yargıtay 11. CD., 27/01/2011 tarih, 2010/12151 E. ve 2011/485 K. sayılı ilamı

37 Yargıtay 11. CD., 24/01/2011 tarih, 2010/14922 E. ve 2011/317 K. sayılı ilamı

38 Yargıtay 11. CD., 16/12/2011 tarih, 2008/12257 E. ve 2011/23565 K. sayılı ilamı

sine karşın, sanığın duruşmadaki savunmasında ise kardeşi Kubilay Hıdıroğlu' na ait nüfus cüzdanını alarak fotoğrafı söküp kendi fotoğrafını yapıştırdığını savunmuş olması karşısında; sahtecilik suçlarının öncelikle ve asıl bilirkişisi Hakim olup, belgelerdeki sahteciliğin kandırıcılık yeteneğini maddi öğeye göre belirleyip takdir etmek yetkisinin de Hakime ait bulunduğu gözetilerek, suça konu nüfus cüzdanının kandırıcılık yeteneğini taşıyıp taşımadığı Mahkemece gözlemlenip tutanağa geçirilmeden, eksik incelemeyle yazılı biçimde karar verilmesi..."³⁹

- "...Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini hakime ait olup suça konu nüfus cüzdanındaki sahteciliğin fotoğraf değişikliği suretiyle yapılması karşısında adli emanetteki kredi başvurusunda kullanılan sahte belgeler ile nüfus cüzdanı aslı celp edilerek belgelerde bu konuda gözlemde bulunulmadan, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..."⁴⁰

- "...Belgelerde yapılan sahteciliğin aldatma kabiliyetinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini hakime ait olup, suça konu Süleyman Ataş adına düzenlenen Y09 363398 ve Y09 356698 nolu nüfus cüzdanları ile ilgili 24/08/2009 tarihli Kriminal raporda "baskı tekniği, kalitesi, renk tonu, soğuk ve mürekkepli mühür izlerinin yapısı yönünden orijinallerinden farklılıklar gösterdiklerinin" tespit edilmesi ve tanık olarak dinlenen noter çalışanlarının olay günü kendilerine ibraz edilen nüfus cüzdanındaki farklılığı anlamaları üzerine durumu polise bildirdiklerini beyan etmeleri, sanık Eyüp hakkında birleşen 2009/735 Esas sayılı dosyada Mehmet Fatih Soysal adına düzenlenen sürücü belgesiyle ilgili olarak 19/06/2009 tarihli Kriminal raporda "belgede basılı bulunan soğuk mühür izinin orijinal soğuk mühür izine uyum sağlamadığı ayrıca belge yapısının orijinallerinden farklılık gösterdiğinin" belirtilmesi karşısında belgeler üzerinde bu konuda gözlemde bulunulmadan, aldatma yeteneğinin ne şekilde olduğu karar yerinde açıklanıp tartışılmadan ve denetime olanak sağlayacak şekilde dosya içerisinde de asılları bulundurulmadan yazılı şekilde karar verilmesi..."⁴¹

İstikrar kazanmış bu kararlarda vurgulanan husus, sahtecilik suçlarında belgenin başkalarını aldatma yeteneği taşıyıp taşımadığının de-

39 Yargıtay 6. CD., 03/04/2006 tarih, 2006/7677 E. ve 2006/3302 K. sayılı ilamı

40 Yargıtay 11. CD., 07/04/2011 tarih, 2010/16446 E. ve 2011/1898 K. sayılı ilamı

41 Yargıtay 11. CD., 14/04/2011 tarih, 2011/2127 E. ve 2011/2035 K. sayılı ilamı

lilleri serbestçe değerlendirme yetkisine haiz olan mahkeme tarafından belge aslı üzerinde yapılacak inceleme neticesinde ortaya konulması ve bu konudaki düşüncenin gerekçeli karara yansıtılması gerektirir. Bu bağlamda bilirkişilik yapan kurum ya da kişilerden alınan ekspertiz raporlarında belirtilen görüşler delillerin doğrudan doğruluğu ilkesinin bir uygulaması olarak belgenin aldatıcılığı konusunda son sözü söyleyecek olan hakimi hiçbir şekilde bağlamayacaktır.

Mahkemenin bazı durumlarda belge fotokopisi üzerinden yapmış olduğu incelemenin belgede aldatıcılığın tespiti açısından sağlıklı olmayacağı ve yetersiz olduğu kabul edilen bu incelemenin mahkumiyet hükmüne esas alınamayacağını ortaya koyan Yargıtay kararları da komumuz bakımından önem taşımaktadır:

- "...Saniğin üst aramasında el konulan Rahmi Yıldız adına düzenlenmiş, aslı ele geçirilemeyen, fotokopiden ibaret nüfus cüzdanının aldatma yeteneğinin ne şekilde oluştuğu açıklanmadan mahkumiyet hükmü kurulması..."⁴²

- "...Mahkumiyet hükmünün konusunu teşkil eden ve katılan bankalara ibraz ettiği şikayetçilere ait kimlik belgelerinin fotokopiden ibaret olduğu, asıllarının ele geçirilemediğinin anlaşılması karşısında; anılan belgelerin aldatma yeteneklerinin ne surette oluştuğu karar yerinde açıklanıp tartışılmadan yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi..."⁴³

- "...Saniğin yolda bulunduğu başka bir şahsa ait nüfus cüzdanının fotokopisini çektirerek kendi fotoğrafını yapıştırıp adı soyadı bölümüne de şikayetçinin adı soyadını yazdıktan sonra tekrar fotokopi çektirip kimlik olarak kullanıldığının anlaşılmasına göre suça konu fotokopinin onaylı olmaması nedeniyle hukuki sonuç doğuracak nitelikte belge kabul edilemeyeceği cihetle iğfal kabiliyetine haiz bulunmadığı gözetilmeden mahkumiyete karar verilmesi..."⁴⁴

- "...Saniğin hesap açtırmak için kullandığı sahte nüfus cüzdanının elde edilememesi ve sahteciliğin iğfal kabiliyetine haiz olup olmadığının saptanamamış bulunması, aynı belgenin başka işlemler sırasında

42 Yargıtay 11. CD., 12/10/2010 tarih, 2010/5286 E. ve 2010/11044 K. sayılı ilamı

43 Yargıtay 11. CD., 08/02/2011 tarih, 2010/14895 E. ve 2011/594 K. sayılı ilamı

44 Yargıtay 11. CD., 15/11/2006 tarih, 2006/5939 E. ve 2006/9133 K. sayılı ilamı

da kullanılıp aldatıcılık yeteneğinin tespit edilememesi, banka görevlilerinin ihmali davranışları sebebiyle hesabın açılmış olma ihtimali de nazara alındığında sırf sahte nüfus cüzdanı ile işlem yapılmasının iğfal kabiliyetinin varlığını kabul için yeterli olmadığı gözetilmeden yüklenen sahtecilik suçundan beraati yerine isabetsiz gerekçeyle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması..."⁴⁵

- "...Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneği bulunup bulunmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu da nazara alınarak, suç konu çekin celbi sağlanıp incelenmek suretiyle özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, aldatma yeteneğinin kabulünü gerektiren hususların kararda gösterilmesi ve ayrıca denetime olanak verecek şekilde dosya içerisine konulması gerektiği cihetle **suça konu çek aslının bulunmadığı ve mahkemece incelenemediğinin anlaşılması karşısında**, çekin onaysız fotokopisinin ne şekilde aldatma yeteneğine sahip olduğu karar yerinde tartışılmadan yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi..."⁴⁶

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere mahkemenin belge fotokopisi üzerinde yapmış olduğu inceleme sahtecilik suçunun sübutu açısından yeterli görülmemektedir.⁴⁷

3) Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin İstisnasını Oluşturacak bir Uygulama

Hatırlanacağı üzere ceza yargılamasında mahkeme delillerinin doğrudan doğrualığı ilkesi gereğince suçun sübutu açısından önem taşıyan ve hukuka uygun olarak elde edilmiş olan delilleri bizzat değerlendirme yetkisine haiz olup, bu ilkenin doğal bir sonucu olarak inceleme konumuzu oluşturan sahtecilik suçlarında suç konusu belgenin mahkeme tarafından dava dosyasına getirilip denetime olanak verecek şekilde incelenmesi ve bu inceleme sonucunda edinilecek kanaatin mahkumiyet kararına yansıtılması gerektiği ifade edilmişti.

Ancak Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda sahte belge aslı bulunmasa da dava dosyasındaki diğer delillerin suçun sübutu açısından

45 Yargıtay 11. CD., 22/01/2008 tarih, 2007/8423 E. ve 2008/117 K. sayılı ilamı

46 Yargıtay 11. CD., 14/03/2011 tarih, 2008/14386 E. ve 2011/1400 K. sayılı ilamı

47 KÖSTEKÇİ-KÖSTEKÇİ (2010), a.g.e.,s.175-177

yeterli olması halinde mahkumiyet kararı verilebileceğini delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnai bir uygulaması olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23/09/2010 tarih, 2010/9126-9767 sayılı kararı inceleme konumuz açısından önem taşımaktadır: "...Sanığın, katılanın kimlik bilgilerini kullanarak kendisine ait fotoğrafla muhtarlıktan aldığı 03/10/2007 tarihli nüfus cüzdanı değiştirme belgesi ile aynı tarihte İlçe Nüfus Müdürlüğüne düzenlediği sahte nüfus cüzdanı ve 09/10/2007 tarihli sahte ikametgah belgesi ile katılan bankadan tüketici kredisi çektiği olayda; sahte nüfus cüzdanının dosyada bulunan fotokopisinde bankaya müracaat sırasında aslının görüldüğüne ilişkin şerh verilmiş olması, kaldı ki iddianameye konu sahte nüfus cüzdan talep belgesi ile sahte ikametgah belgesi asıllarının da adli emanette olup duruşmada incelendiğinin anlaşılması karşısında, sanığa yüklenen zincirleme biçimde resmi belgede sahtecilik suçunun tüm unsurlarıyla sübuta erdiği gözetilmeden **nüfus cüzdanı aslının ele geçmediğinden** bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..."

Bu karardan da anlaşılacağı üzere maddi gerçeğin re' sen araştırılması görevi gereğince mahkemenin sahte belge aslını dava dosyasına getirtmesi şeklindeki biçimsel yaklaşım yerine **maddi gerçeği** ortaya koyan tüm delilleri serbestçe değerlendirerek belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusunu oluşturan **kamu güvenini** güvence altına alması hedeflenmiştir.⁴⁸

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 16/03/2011 tarih, 2009/10939 Esas ve 2011/1442 Karar sayılı kararı da ortaya konan bu çıkarımı destekler niteliktedir: "...Sanığın Alanya' da bir mahalle muhtarından zayı belgesi olarak katılan Mustafa Öztürk' ün kimlik bilgileri ile üzerinde kendi fotoğrafı bulunan suça konu nüfus cüzdanını çıkarttığını savunması ve dosya içerisinde fotokopisi bulunan suça konu sahte nüfus cüzdanının 03/10/2007 gün 13083 kayıt no ile Alanya Nüfus Müdürlüğünden alınmış görünmesi karşısında, **gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi bakımından**, suça konu sahte nüfus cüzdanının Alanya Nüfus Müdürlüğünden alınmış gerçek bir nüfus cüzdanı olup olmadığı sorulup, alınmış ise bu nüfus cüzdanından dolayı sanık hakkında başka

48 GÖNGÖR (2010), a.g.e., s.21

bir kamu davası açılıp açılmadığı da araştırılıp, açıldığının anlaşılması ve davaların birleştirilememesi halinde bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dava dosyasına intikal ettirilip, toplanan tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, eksik inceleme ile "**suça konu nüfus cüzdanının aslının ele geçirilememesi nedeniyle aldatma yeteneğinin olduğu saptanamadığından**" bahisle yazılı şekilde beraatine hükümlenmesi..."

Yargıtayın yeni tarihli bir kararında da sahte olarak oluşturulmuş bir belgenin noter tarafından onaylanmış suretinin kullanılmasının resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını ve suçun sübutu açısından belge aslının aldatma kabiliyetini taşıyıp taşımadığının bir önemi olmadığını ifade edilmesi delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi karşısında **maddi gerçeğin** önemine vurgu yapmaktadır.⁴⁹

Son olarak Yargıtay 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 174. maddesinde düzenlenen iddianamenin iadesi kavramını inceleme konusu yaptığı bir kararında, Cumhuriyet Savcısının soruşturma aşamasında **çek fotokopisi** üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmasını ve **çek aslını** dosyaya eklememesini mahkeme tarafından iddianamenin iadesini gerektirir bir eksiklik olarak nitelendirmemesi çalışma konumuz açısından dikkat çekici bir yaklaşımdır:

"...Mahkemece çek fotokopisi üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı ve çek aslının dosyaya eklenmediğinden bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de, 5271 Sayılı CMK'nın 170/3. maddesinde, iddianamede nelerin gösterileceği, aynı kanunun 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında söz konusu hususun yer almadığı, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 12/12/2005 tarihli ve 2005/6961-9421

49 "Sanığın üniversiteden mezun olmuş gibi bilgisayar ortamında sahte olarak oluşturduğu geçici mezuniyet belgesinin, noter onaylı suretini İstanbul Teknik Üniversitesi Bilişim Enstitüsü'ne verip, kayıt yaptırmak suretiyle gerçekleştirdiği teselsülen resmi belgede sahtecilik suçunun subüta erdiği ve sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, belge aslının iğfal kabiliyetine haiz olmadığı yönündeki isabetsiz gerekçelerle beraat hükmü tesisi ..." (Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 15/12/2011 tarih, 2008/16315 Esas ve 2011/23445 Karar sayılı ilamı)

sayılı ilamında da belirtildiği üzere 5271 Sayılı CMK' nın 170/2. maddesinde öngörülen "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı, bir iddianame düzenler" hükmü uyarınca dava açılmış bulunmasına binaen, mahkemece, iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek deliller değerlendirilerek yargılama sonucuna göre bir karar verilebileceği dikkate alınmaksızın itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden..."⁵⁰

Çalışmamıza son verirken **belge aslı olmadan da aldatma kabiliyetinin tayin edilebilmesi** sahtecilik suçlarına özgü olarak delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin maddi gerçeğe ulaşmada yetersiz kaldığı durumlarda mahkemenin tercih etmesi gereken alternatif bir ispat vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler başlıklı 2. kitabının, Toplum Karşı Suçlar başlıklı Üçüncü Kısımının, Kamu Güvenine Karşı Suçlar başlıklı 4. bölümünde düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçlarının hukuki konusunu oluşturan kamu güveni; ispat araçlarının doğruluğuna ve gerçekliğine duyulan güvenin sağlanmasında ve bu güvenin devlet tarafından korunmasında kamusal bir menfaat olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hiç kuşkusuz belirli şekil ve belgelere güven duyulmadığı bir ortamda toplumsal ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesinin ve toplumsal barışın sağlanmasının zorluğu, söz konusu kamusal menfaatin belgede sahtecilik suçları aracılığıyla güvence altına alınmasını zorunlu kılmıştır

Ceza Hukukumuzda belgelerin korunmasının nedeni bunlara duyulan toplumsal güven olduğuna göre, hukuki olarak bir anlam taşımayan, hukuken sonuç doğurması mümkün olmayan bir belgenin sırf bazı zararlara yol açabileceği gerekçesiyle sahtecilik suçunun konusunu oluşturması ve cezai müeyyide ile korunma altına alınması mümkün olmayacaktır.

50 Yargıtay 11. CD., 11/02/2011 tarih, 2010/15708 E. ve 2011/753 K. sayılı ilamı

Sahtecilik suçlarının maddi unsurunu oluşturan **belge** ise; bir olayı nakleden veya bir irade beyanını içeren, toplumsal hayatta uyumsuzlukların önlenmesi veya bir vakianın ispatına dair ihtiyaçların giderilmesinde önemli bir rol oynayan, kamunun güven duyduğu unsurlara haiz her türlü yazı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Maddi gerçeğe ulaşmayı hedefleyen ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen **delillerin doğrudan doğrualığı** ya da diğer bir ifadeyle **delillerin vasıtasızlığı ilkesi**, yargılama makamı olan mahkemenin önüne gelen bir uyumsuzlukta bir sonuca ulaşırken, bir fiilin sabit olup olmadığı konusunda çözüm ararken, delillerle bizzat temasa geçmesini, araya hiçbir araç girmeksizin bunları elde etmesini ve değerlendirmesini ifade etmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda geçerli olan vicdani delil sistemi uyarınca hakim duruşmada ortaya konulup tartışılan bütün delilleri serbestçe değerlendirebilecektir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Delilleri takdir yetkisi" başlıklı 217. maddesinde ; "Hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" şeklinde kaleme alınan düzenleme de delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi ile doğrudan doğrualık ilkesi arasındaki yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır.

Delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin bir gereği olarak ispat açısından önem taşıyan bir delilin mahkeme tarafından vasıtasız bir biçimde irdelenmesi; duruşma sırasında delil teşkil eden bir yazının okunmasını ya da sahteliği iddia olunan bir belgenin beş duyu vasıtasıyla incelenmesini zorunlu kılmaktır. Bu bağlamda mahkeme sahteliği iddia olunan belgenin aslını bizzat inceleyip görüşünü dosyaya yansıtmak, gerek gördüğünde belgedeki sahteciliğin maddi unsurlarının tayini bakımından bilirkişinin görüşünü alacak ve edineceği vicdani kanaate göre kararını verecektir.

Yargıtayın istikrar kazanmış kararlarında da sahtecilik suçlarında belgenin başkalarını aldatma yeteneği taşıyıp taşımadığının delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine haiz olan mahkeme tarafından **belge aslı** üzerinde yapılacak inceleme neticesinde ortaya konulması vurgulanmıştır.

Ancak Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda sahte belge aslı bulunmasa da dava dosyasındaki diğer delillerin suçun sübutu açısından yeterli olması halinde mahkumiyet kararı verilebileceğini **delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin istisnai bir uygulaması** olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23/09/2010 tarih, 2010/9126-9767 sayılı "...saniğe yüklenen zincirleme biçimde resmi belgede sahtecilik suçunun tüm unsurlarıyla sübuta erdiği gözetilmeden **nüfus cüzdan aslının ele geçmediğinden** bahisle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." şeklindeki kararından anlaşılacağı üzere maddi gerçeğin re' sen araştırılması görevi gereğince mahkemenin sahte belge aslını dava dosyasına getirtmesi şeklindeki biçimsel yaklaşım yerine **maddi gerçeği** ortaya koyan tüm delilleri vicdani kanaatiyle serbestçe değerlendirerek belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusunu oluşturan **kamu güvenini** güvence altına alması hedeflenmiştir.

KAYNAKLAR

- CENTEL Nur-ZAFER Hamide (2010), Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İstanbul
- DEVELİOĞLU Ferit (2000), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara
- DÖNMEZ Mustafa-KAYGISIZ Mustafa-SEVER Hanifi (2011), Adli Belge İncelemeleri ve Sahtecilik, Adalet Yayınevi, Ankara
- GÜNGÖR Devrim (2010), Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara
- KÖSTEKÇİ Yaşar_KÖSTEKÇİ Özge (2010), İmza-El Yazısı ve Belge İncelemesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe (2009), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Beta Basım, İstanbul
- KUNTER Nurullah-YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe (2010), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İstanbul

- MALKOÇ İsmail-GÜLER Mahmut (1996), Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Adil Yayınevi, Ankara
- ŞAHİN Cumhuriyet (2001), Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınları, Ankara
- TOROSLU Nevzat (1970), Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara
- TÜRKÇE SÖZLÜK (1974), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara
- YURTCAN Erdener (2007) Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Basım, İstanbul.

Yabancı Parayla Yapılan Adi Kira Sözleşmesinin Uyarlanması

■ Burak KEÇECİOĞLU*

Giriş

Sözleşmenin kurulması sırasındaki şartlar, edimler ifa edilirken önceden öngörülemeyen olağanüstü olaylar nedeniyle değişikliğe uğrayabilmektedir. Bu durum özellikle, uzun süreli ilişki doğuran kira sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Yıllar boyunca birçok büyük ve küçük ekonomik krizin yaşandığı ülkemizde, kiracılar, zaman zaman kira sözleşmelerini yabancı para ile yapmaktalar ve sonradan yabancı paranın Türk lirası karşısında aşırı değer kazanması durumunda aşırı ifa güçlüğü sorunuyla karşı karşıya gelmektedirler. Uygulamada bu sorun, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki konu ile doğrudan ilgisi olmayan bir hüküm kıyasen uygulatarak çözmeye çalışılmış ve Yargıtay kararlarından gördüğümüz üzere kısmen de olsa başarılı olmuştur. Fakat kanun koyucu yine de bu alanda bir boşluk olduğunu hissetmiş olacak ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, konuya ilişkin doğrudan bir hüküm koymuştur. Kanunun 138. maddesinde kendisine yer bulan bu hüküm "Aşırı İfa Güçlüğü" başlığını taşımaktadır.

Çalışmamız kapsamında öncelikle, aşırı ifa güçlüğü kavramı ortaya çıkmadan önce kullanılan terimler ve bu kavramla doğrudan bağlantılı olan ilkeler incelenecektir. İlkeler incelendikten sonra sırasıyla aşırı ifa güçlüğü kavramı, bu kavramla ve konumuzla ilgisi olan kavramlar ile eski ve yeni Borçlar Kanunumuzdaki aşırı ifa güçlüğü hükümleri hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Daha sonra aşırı ifa güçlüğü'nün koşullarını, adi kira sözleşmelerinin hukuki niteliğini ve unsurlarını ve çalışmamızın asıl konusu olan adi kira sözleşmelerinin uyarlanması sorununu inceleyeceğiz. Hemen belirtmelidir ki, çalışmamızda esa-

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi

sen adi kira sözleşmeleri incelenecek olmakla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından adi kira-hasılat kirası ayırımı yerine, konut ve çatılı işyeri kirası-ürün kirası ayırımı tercih edilmiştir; uyarlama bakımından aralarında temel bir farklılık bulunmamaktadır.

D) Terminolojik Anlamda “Aşırı İfa Güçlüğü” ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

A) Terminoloji

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce İsviçre ve Türk hukuk doktrini ve Yargıtay kararları, çalışmamızın ana kavramını oluşturan aşırı ifa güçlüğü, beklenmeyen hal, evvelden tahmin edilemeyen hal, clausula rebus sic stantibus (sözleşmenin yapıldığı zamanki durumda bir değişiklik meydana gelmemesi şartı), emprivizyon¹ gibi çeşitli terimlerle ifade etmekteydi.² Yeni Türk Borçlar Kanunumuzun yürürlüğe girmesiyle “Aşırı İfa Güçlüğü” kavramı, m.138’de düzenlenerek kanuni bir terim halini almıştır.

B) “Ahde Vefa” İlkesi ve “Clausula Rebus Sic Stantibus” Kavramı

1. “Ahde Vefa” İlkesi (Pacta Sund Servanda)

Sözleşmelerin yanlarını oluşturan taraflar, karşılıklı olarak sözleşme koşullarını serbest iradeleri ile belirlemektedirler. Tarafların sözleşmeyi yapmakla hedefledikleri amacın gerçekleşmesi, başka bir ifade ile tarafların edimlerini ifa etmeleri, borcun temel sona erme sebebi olmalıdır. İfa, herhangi bir şekilde yerine getirilmediğinde sorumlu olan taraf, borcunu yerine getirmediği için bir takım sonuçlara katlanacaktır. Bu sebeple borç ilişkisinin tarafları, yapmış oldukları sözleşme ile yükümlülük altına girerlerken iyi düşünmek ve bütün ihtimalleri değerlendirmek zorundadırlar. Aksi takdirde borçlu, borcunu ifa etmemesinden doğan yaptırıma tabi tutulacaktır. Çünkü hukuki güvenliğin, hukuki ilişkilerin,

1 HGK, T. 17.9.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651 (www.kazanci.com); 13.HD., T. 04.02.1999, E. 1999/22, K. 1999/524 (www.legalbank.net); 13.HD., T. 18.02.1999, E. 1999/315, K. 1999/995 (www.legalbank.net).

2 Gülekli, Yeşim, Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18 (1990), s.45.

günlük ve ticari hayatın devamlılığı, verilecek olan söze bağlıdır. Bu sebeple Ahde Vefa İlkesi (Pacta Sund Servanda), doğruluk ve dürüstlük kurallarının bir gereği olarak ortaya çıkmış ve borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisi olmuştur.³

2. “Clausula Rebus Sic Stantibus” Kavramı

Kelime anlamı itibariyle “Clausula Rebus Sic Stantibus”, sözleşmenin geçerliliğinin kurulduğu andaki şartlara bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Bu ilke, sözleşmenin yapılmasından sonra koşulların önemli ölçüde değişmesi sonucu bozulan tarafların edimleri arasındaki dengeyi yeniden sağlamayı amaçlaması nedeniyle sözleşme hukukunun önemli yapıtaşlarından biri olmuştur.⁴ Bu ilke, aynı zamanda dürüstlük ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sıkıca bağlıdır.⁵

II) “Aşırı İfa Güçlüğü” Kavramı

A) Genel Anlamda Aşırı İfa Güçlüğü ve Türk Hukukundaki Yeri

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi sözleşme yapan taraflar, ahde vefa ilkesi gereğince sözleşmede belirlenen şartlara göre borçlarını ifa etmek zorundadırlar. Sözleşme yapıldıktan sonra şartlar değişse ve taraflardan biri bu sözleşme dolayısıyla aşırı derecede zarar etse bile, ana kural budur.⁶ Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen ağır koşullara rağmen, tarafların edimlerini, hiçbir şey olamamış gibi sözleşmenin kuruluşu sırasındaki şartlara göre yerine getirmek zorunda bırakılmaları hakkaniyet ve adalet duygularıyla bağdaşmamaktadır. Bazı yabancı hukuk sistemleri, bu sorunu tespit ederek sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra ortaya çıkan taraflarca öngörülmeyen hallerin, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ya da sözleşmeden dönmeye neden olabileceğini hükme bağlamışlardır.

Bu konuya Alman Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeleri örnek olarak verebiliriz. 1 Ocak 2002 tarihinde Alman Medeni Kanunu’nda

3 Tezcan, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s.19.

4 Tezcan, s.24.

5 Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 6.Baskı, İstanbul 2012, s.185.

6 Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler, 5.Baskı, Konya 2011, s.113.

yapılan köklü değişiklikler sonucu “sözleşmenin uyarlanması ve sona erdirilmesi” başlığı altında 313. paragrafta “işlem temeliniin çokmesi” (Störung der Geschäftsgrundlage) ve 314. paragrafta “Mühim Sebepler Dolayısıyla Sürekli Borç İlişkisinin Feshi” (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) hükümleri düzenlenmiştir. Hem 313. paragrafta hem de 314. paragrafta, sözleşme yapıldıktan sonra önemli düzeyde oluşan bir değişiklikten ve bu değişiklik yüzünden sözleşmenin uyarlanmasından bahsedilmektedir.⁷

Türk hukukunda, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ya da feshi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktaydı. Eski Borçlar Kanunu döneminde sorunun çözümü için dayanak olabilecek genel prensip, dürüstlük kuralı idi. Gerçekten sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik koşullar sebebiyle edimler dengesinin aşırı ölçüde bozulmasına rağmen, borcun hala mevcut sözleşme şartlarına göre ifası talep ediliyorsa, borçlu mahkemeye başvurarak işlem temeliniin çoktüğünü ileri sürebilir ve akdin ya yeni şartlara uyarlanmasını veya sona erdirilmesini isteyebilirdi. Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere borçlu bu talebini, eser sözleşmesi ile ilgili olan 365 maddesinin ikinci fıkrasını kıyasen diğer sözleşmelere uyarlanması ile mahkemeye taşıyordu.⁸ Söz konusu hüküm, “Fakat evvelce tahmin olunamıyan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley.” şeklinde düzenlenmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Yargıtay kararlarıyla kabul edilmiş olan ve yıllardan beri uygulanan uyarlama kavramı, Kanununun 138.maddesinde vücut bulmuştur.⁹ Madde; “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeıyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük

7 Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2012, s.254.

8 Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramla, 18. Bası, İstanbul 2012, s.305.

9 Dimdik, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi: Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Sayı 2 (Mayıs 2012), s.112.

kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

İnceleme konumuzla bağlantılı olarak bu maddeyle ilgili üzerinde durulması gereken üç kavram vardır. Bunlar; “uyarlama”, “yabancı para borcu” ve “tarafarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durum” dur.

B) “Uyarlama”, “Yabancı Para Borcu” ve “Taraflarca Öngörülmeyen ve Öngörülmesi de Beklenmeyen Olağanüstü Durum” Kavramları

1) “Uyarlama”

Her sözleşme, şartları ne olursa olsun ifa edilmek gayesiyle kurulmaktadır. Başka bir deyişle, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen hal ve şartlar, tarafların edimlerinin ifasını etkilememelidir. Fakat bazı durumlarda, borçların ifası tamamen imkansız olmamakla birlikte borçlu bakımından, ifa çok zorlaşmış ve masraflı bir hal almış olabilir. Bu durumda borcun ifası hala mümkün olduğundan bir imkânsızlık söz konusu değildir. Fakat sözleşmenin bu haliyle ifası, artık borçluyu ekonomik olarak çöktecek şekildedir veya karşı edim ile arasında büyük orantısızlık bulunmaktadır. İşte sözleşmedeki bu olağanüstü değişiklikler, borçlu için katlanılmaz hal aldığı zaman “sözleşmenin uyarlanması” gündeme gelir.

Türk hukukunda, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması uzun yıllardan beri kabul edilmektedir. Yargıtay’ın, sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin sorunlarla ilk karşılaşması 1939 yılında II. Dünya Savaşı sebebiyle olmuştur.¹⁰ Fakat ülkemizde son yıllarda yaşanan büyük eko-

10 Yargıtay TD. 02.06.1942 tarih ve 941/3732/1522 sayılı kararını Ankara Ticaret Mahkemesi’nin 30.04.1941 tarih ve 941/323 sayılı kararı üzerine vermiştir. Yargıtay tarafından tasdik edilmiş olan bu kararın gerekçesinde “Her akit, in’ikat ettiği tarihte mevcut ahval ve şeraitin aynen devamı halinde âkitleri ilzam eder. Akit tarihinden sonra tahüddüs edecek fevkâlade ahval dolayısıyla taraflardan biri için akdin ifası akitte derpiş edilen ivazlar arasında büyük ve aşikâr ve fahiş nisbetsizlik husule getirdiği takdirde, mukavelenin tadili icap eder” denilmektedir (Gürsoy, Kemal, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 75).

nomik krizler ve bu krizlerin dövize endeksli para borçları üzerindeki olumsuz etkileri uyarlama kavramının önemini büyük ölçüde arttırmıştır.¹¹

Uyarlama; kanuni uyarlama, akdi (iradi) uyarlama ve hâkim tarafından yapılan uyarlama (kazai uyarlama) olmak üzere üç türdür.¹²

Kanuni uyarlama, sözleşmenin bir kanun hükmü nedeniyle değişen şartlara uyarlanmasıdır. Kanunda uyarlamayı emreden bir hüküm bulunursa hâkim sözleşmeyi bu hükmü dikkate alarak uyarlar.

Akdi (iradi) uyarlamada, tarafların sözleşmeye koydukları hükümlere göre uyarlama yapılmaktadır. Taraflar, yapacakları sözleşmeye şartların değişmesi halinde uyarlamanın nasıl yapılacağına ilişkin hüküm koyabilmektedirler. Eğer sözleşmede bir uyarlama hükmü varsa hâkim bu hükmü dikkate alarak uyarlama yapar.

Gerçek uyarlama hâkim tarafından yapılan uyarlamadır. Bu şekilde bir uyarlamanın yapılabilmesi için sözleşmede veya kanunda uyarlamaya ilişkin bir hükmün bulunmaması gerekir. Sözleşme veya kanunda bir uyarlama hükmü bulunsa bile, bu hükmün uyarlanması konusunda bir ihtilaf çıkarsa yine hâkim tarafından yapılacak uyarlama gündeme gelir.

2) “Yabancı Para Borcu”

Taraflar, sözleşmeden doğan borçlarda, para borcunu yabancı para olarak kararlaştırabilirler. Yabancı para borçları, gerçek ve gerçek olmayan yabancı para borçları olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Sözleşmede aynen ödeme ya da bu manaya gelen bir ifade ile borcun belirlenen yabancı para ile aynen ödenmesi kararlaştırılmışsa gerçek yabancı para borcu vardır. Eğer sözleşmede böyle bir ifade yoksa gerçek olmayan yabancı para borcu söz konusudur. Gerçek yabancı para borçlarında, borçlu bu borcunu yabancı para üzerinden ödemekle yükümlüdür.¹³ Buna göre borçlu, borcunu yabancı para cinsinden ifa

11 Yılmaz, Süleyman, Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, 2010, s.135-136.

12 Akıncı, s.113-116.

13 Erişir, Evrim, Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.873.

ettiğinde herhangi bir sorun doğmayacaktır. Ancak, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde bu borç, dava veya icra yoluyla takip sonucunda tahsili konusunda Türk hukuku açısından farklı nitelikler taşımaktadır.¹⁴

3) “Taraflarca Öngörülme ve Öngörülmesi de Beklenmeyen Olağanüstü Durum”

Aşırı ifa güçlüğü'nün koşullarından birisi olan “öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durum”ların örneklerini birçok Yargıtay kararında ve doktrinde görmemiz mümkündür. Bu olağanüstü durumlar, genellikle ekonomik anlam taşıyan enflasyon¹⁵, devalüasyon¹⁶, ücret ve fiyatlardaki anormal artışlar... vb durumlarda görülmektedir. Kanundaki “olağanüstü durum” ifadesi gayet yerinde ve isabetli olmuş ve böylece uyarlamanın, ifanın imkânsızlık seviyesine çıkarmayan ekonomik güçlükler için söz konusu olabileceği açıkça ifa edilmiştir¹⁷.

III) Aşırı İfa Güçlüğü'nün Koşulları

A) Sözleşme Geçerli Bir Şekilde Kurulmuş Olmalıdır

Eğer sözleşme geçerli değilse bunun yeni koşullara uyarlanması da söz konusu olamayacaktır. Bu durumda, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını değil, geçersizliğini ileri sürecektir. Örneğin; sözleşme aşırı yararlanma ya da irade bozuklukları nedenlerinden biriyle geçersiz olduğunda, borçlu sözleşmeyi iptal hakkına sahip olduğu halde, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep edemez¹⁸. Peki borçlu, iptal hakkını kullanmayıp uyarlama talep edemez mi? Bu noktada hakim iptali re'sen dikkate almayacağından uyarlamaya karar verebilir. Ama örneğin şekle aykırılık varsa hakim, hükümsüzlüğü re'sen

14 Kılıçoğlu, s.601.

15 Örnek olarak HGK. 3.2.1998 1987/II-411; 1988/86.Karara konu olayda, maden arama ruhsatının devri nedeniyle kararlaştırılan bedelin uzun süreli sözleşmede enflasyon karşısında günün koşullarına uyarlanması kabul edilmiştir (Kılıçoğlu, s.260); 13.HD. T.12.2.1981, 1981/932 (www.kazanci.com).

16 Örnek olarak HGK. 30.11.1994, 94/13-657, 1994/778. Karara konu olayda, döviz üzerinden akdedilen kira sözleşmesinde, devalüasyon nedeniyle kira bedelinin uyarlanması kabul edilmiştir. (Kılıçoğlu, s.260); aynı yönde 3.HD. 27.3.2000, E.2000/2648, K.2000/2640 (YKD. C. 26. S.8 Ağustos 2000 sh. 1190-119).

17 Akıncı, s.113.

18 Kılıçoğlu, s.256.

dikkate alacağından uyarlama talep edilecek bir sözleşme ortada bulunmayacaktır.

B) Sözleşme Yapılırken Var Olan Şartlar Daha Sonra Değişmiştir

Bu değişiklikler, genel hayat tecrübelerine göre önemli sayılabilecek özellikte olmalıdır. Uyarlama için olması gereken değişimler, ifadan önce veya ifa başladıktan sonra ve fakat edim henüz tamamlanmadan ortaya çıkmalıdır. Bu değişikliğe yol açan nedenler genellikle sosyal ve ekonomik olaylardır (enflasyon, devalüasyon ve ekonomik kriz).¹⁹

C) Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Tarafların Önceden Tahmin Etmesi, Öngörmesi ve Göz önünde Tutması Mümkün Olmayan Olağanüstü Olayların Meydana Gelmesi

“Öngörülmezlik” kavramı, sözleşmenin uyarlanmasının temel şartlarından biridir. Sözleşme kurulması anında taraflarca öngörülme bir durum söz konusu olmalıdır.²⁰ Ayrıca önceden tahmin edilmesi, öngörülmesi ve göz önünde tutulması mümkün olmayan her olay değil, ancak olağanüstü olaylar sözleşmenin uyarlanmasına yol açabilir. Tarafların, sonradan ortaya çıkmış olağanüstü koşulları tahmin edememiş ya da göz önünde tutmamış olmalarının tayininde sözleşme konusu işteki uzmanlığın dikkate alınması gerekir. Bu duruma tacirin durumunu örnek verebiliriz. Borçlunun tacir olduğu hallerde TTK m.18/II gereğince tacirlerin ticari faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etme zorunlulukları bulunduğundan, öngörülme unsurunun daha sıkı şartlara tabi tutulması gerekir.²¹

D) Borçlu Borcunu Henüz İfa Etmemiş veya Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olmalıdır

Uyarlama talep edilmesi için edimin ifa edilmemiş olması gerekir. Çünkü uyarlama talebi ifa güçlüğünden doğmaktadır. Eğer ifa gerçekleşmişse artık bir güçlüğünden söz edilememektedir. Başka bir deyişle

19 Akıncı, s.114.

20 Yavuz, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler 3.Baskı, Ankara 2012, s.250.

21 HGK, T.7.5.2003, E.2003/13-332, K.2003/340 (www.kazanci.com); Kılıçoğlu, s.257.

tarafklar sözleşmeden doğan yükümlölüklerini yerine getirmekle, sözleşmenin ifa edilebilirliğini kabul etmiş olurlar. Ayrıca edimlerin ifasıyla borç sona erer ve sözleşme ortadan kalkar. Ortadan kalkmış bir sözleşmede ise uyarılama olmamaktır. Fakat kısmi ifa yapılmışsa, kalan kısım için uyarılama talep edilebilir. Sürekli borç ilişkisinde ise önemli olan ifaya başlanmaması değil, ifa süresinin dolmamasıdır. Bütün bunlara ek olarak Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi tarafların, sözleşmenin uyarlanmasını talep edilebilmeleri için ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalarını kabul edilmiştir. Buna göre borçlu, aşırı ifa güçlüğüne rağmen edimini ifa etmek zorunda kalmış fakat ifada bulunurken ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tuttuğunu beyan etmişse yine uyarılama talep edebilecektir.²²

E) Borçlu Kusursuz Olmalıdır

Uyarlamada kusurun iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şartların değişmesine kendi kusuruyla sebep olan tarafın uyarılama talep edemeyeceğidir. Uyarlamayı talep eden tarafın, objektif olarak öngörülebilir bir olayı öngörmemesi, kusur teşkil etmektedir. İkinci olarak da kusur, edimler arasındaki dengesizliğin aşırı derecede bozulmasında kendini göstermektedir. Uyarılama talebinde bulunmuş taraf, dengenin bozulmaması için gereken tedbirleri zamanında almamışsa kusurlu sayılır.²³ Örneğin; sözleşme kurulduktan sonra hükümet tarafından sözleşme konusu malların ithali yasaklanmış ya da ithaline kısıtlama getirilmiş olmasına karşın, daha önceden bağlantısı yapılan mallar için bu yasak ya da kısıtlama söz konusu değilse, ithalat bağlantılarını zamanında yapmayan satıcı, bu gelişmeleri ileri sürerek sözleşmenin uyarlanması isteminde bulunamaz. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere edimin ifasının güçleşmesinde ithalat bağlantılarını zamanında yapmayan borçlunun kusuru bulunmaktadır.²⁴

22 Akıncı s.115.

23 Akıncı, s.115.

24 Kılıçoğlu, s.258.

IV) Adi Kira Sözleşmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

A) Adi Kira Sözleşmesinin Tanımı

Türk Borçlar Kanunu, 299. maddede kira sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır; *“Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*.

Kanunun vermiş olduğu bu tanım, hem genel anlamda kira sözleşmelerini hem de ürün kirasını kapsamaktadır. Adi kira sözleşmesi ise; kiraya verenin kira konusu kullanımını kiracıya bırakmayı, kiracının da bunun karşılığında kira bedelini üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Bir kira sözleşmesinin meydana gelebilmesi için sözleşmenin niteliğine uygun öneri ve kabulün bulunması gerekir. Söz konusu öneri ve kabulün yanılma, aldatma ve korkutmanın etkisi altında olmaması gerekir. Aksi halde yanılan, aldatılan veya korkutulan kişi, kira sözleşmesiyle bağlı olmadığını ileri sürebilir.

B) Adi Kira Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Unsurları

Adi kira sözleşmesi aynı bir sözleşme değil, rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların anlaşmaları yeterli olup, kiralananın kiracıya verilmesi sözleşmenin kurulması için şart oluşturmaktadır.²⁵

Yukarıda yapılan tanıma göre kira sözleşmesi her iki tarafın da borç altına girdiği sözleşmelerdendir. Buna göre kiracı, kiralananın kullanılması karşılığında kira bedelini ifa borcu altına girmektedir. Bu sözleşme kiracıya kiralananı olağan ölçüler içinde kullanma yetkisi vermektedir.

Kira sözleşmeleriyle kiracının sahip olduğu kiralanan taşınmazı kullanma hakkı, şahsi nitelikte bir alacak hakkıdır. Kiralanan üzerinde bu sözleşmeyle kiracı herhangi bir ayni hak kazanmamaktadır. Adi kira sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekilde uyulmasına bağlı değildir.²⁶

25 Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler): 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre, 10.Baskı, İstanbul 2012, s.181.

26 Yavuz, s.182.

Adi kira sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda ilk önce tarafların, kira konusunun kullanılmasının bir bedel karşılığında devri hususunda bir anlaşmaları gerekmektedir.²⁷ Sözleşme kurulduktan sonra adi kira sözleşmesinin konusu olan bir malın var olması gerekir. Adi kira sözleşmesinin kurulabilmesi için şeyin, kiraya verene ait olması gerekmez. Kiraya veren, malik dışında bir kişi de olabilmektedir. Bu unsurdan sonra ortaya kiracının kullanma karşılığı olarak ödediği kira bedeli, sözleşme konusunun kullanılmasının devri ve önceden belli olan veya sonradan feshi ihbarla belli edilen bir süre sonunda şeyi geri verme borcu unsurları çıkmaktadır. Adi kira sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu için kiracı, kendisine bırakılan kira konusu malın kullanımı karşılığı olarak kiraya verene kira bedelini ödemek zorundadır. Kira bedeli, para olarak ve para cinsi itibarıyla Türk Lirası olarak kararlaştırılabileceği gibi yabancı bir para olarak da kararlaştırılabilir. Kira bedelinin bir defada (toptan) ödenmek üzere kararlaştırılması mümkün olduğu gibi dönemlik edimler halinde ödenmesi de kararlaştırılabilir.²⁸ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da kirala-yanın kullanmayı devir borcunun, sadece şeyin teslimiyle yerine getirilmiş olmayacağıdır. Kiralayan, aynı zamanda şeyi sözleşme süresince kullanmaya elverişli bir durumda bulundurmakla da yükümlüdür. Bu sözleşmede kullanmanın devri bir zamanla sınırlı olmaktadır. Taraflar, kira süresinin ne kadar olacağını önceden kararlaştırmak zorunda değildirler. Fakat hiç olmazsa feshi ihbar imkânı ortadan kaldırılmamış olmalıdır. Belli olmayan süreli bir adi kira sözleşmesinde feshi ihbar imkânını kaldıran ve kiraya sonsuz bir süre tanıyan şartlar batıl olmaktadır.²⁹

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin 344. maddesinin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde “Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz.” hükmü getirildikten sonra

27 Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 4.Baskı, İstanbul 2008, s.11.

28 Cevdet Yavuz, Türk borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 8.Baskı, İstanbul 2009, s.182-185.

29 6. HD. T.10.7.1970, 2576/3177 (Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 3 bası, 1. Cilt, Evrim, İstanbul – 1988, s.13); Tandoğan, Haluk, Borçlar hukuku: Özel Borç İlişkileri, 4.Baskı, İstanbul 2008, s.11-13.

ikinci cümlesinde “Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır.” denilmek suretiyle, hükmün istisnası gösterilmiştir. Görüldüğü gibi, yabancı parayla yapılan konut ve çatılı işyeri kiralarda, sözleşmenin yapılmasından sonraki beş yıl içerisinde de eğer şartları varsa, uyarlama talep edilebilecektir.³⁰ Diğer kira türlerinde ise, 138. maddenin uygulanabilmesi bakımından hiçbir tereddüt bulunmamaktadır.

V) Kira Sözleşmelerinin Uyarlanması

A) Uyarlama Davası

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kira sözleşmesinde, sözleşmenin süresini ve sözleşme boyunca ödenecek kira bedelini sözleşme özgürlüğü kapsamında tayin eden tarafların, “pacta sunt servanda (ahde vefa)” ilkesi kapsamında, kira sözleşmesinin belirlenen süresi ne kadar uzun olursa olsun, kira bedelinin uyarlanması için dava açmaları kural olarak mümkün olmamaktadır. Ancak kiracı ve kiralayan uzun süreli bir kira ilişkisine girerken, işlem iradelerini, gelecekte kira bedelinin reel değerinde tarafların edimleri arasındaki dengeyi aşırı ölçüde bozacak bir değişiklik olmayacağı “karşı tarafça bilinebilir itiraz görmemiş tek taraflı tasavvuru” üzerine inşa etmektedirler. Fakat taraflar arasındaki uzun süreli kira sözleşmesi bakımından işlem temelini oluşturan bu tasavvur, gelecekteki olağanüstü ve öngörülmez olaylar (ekonomik krizler, enflasyonlar.....vb) nedeniyle çökerse ve mevcut borçların ifası ciddi biçimde güçleşirse taraflar kira bedelinin, kira sözleşmesinin sonuna kadar ileriye etkili olarak değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilmektedirler. Söz konusu dava uygulamada kira bedelinin (kira parası-

30 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi ile 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı "Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" un geçici 2. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, "Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarda, 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."

nın) uyarlanması davası olarak adlandırılmaktadır. Tarafların karşılıklı rıza ile anlaşamaları halinde açılan bu davada öncelikle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması istenir. Uyuşmazlığın, mahkeme önüne bir dava şeklinde götürülmesi zorunlu olduğu için, mahkemece koşulların var olup olmadığına bakılıp davanın kabulüne veya reddine karar verilmesi gerekir.

Bu yöntem, uyarlama davasının tek başına açılmış olmasıyla ilgilidir. Eğer uyarlama talebi terditli dava olarak açılmışsa, ilk olarak uyarlama isteminin değerlendirilmesi yapılmalı, bu talebin yerinde olduğunun düşünülmesi halinde sözleşmenin feshi istemi incelenmelidir.

Uyarlamanın herhangi bir sebeple yerinde bulunmaması halinde, davanın ikinci bölümü olan sözleşmenin feshi isteminin haklı olup olmadığına bakılmaktadır. Eğer fesih sebebi haklı değilse, karşı tarafın uğradığı zararların da tazmini gerekir; fesihle haklı olan kiracı ise, karşı tarafa tazminat ödemekten kurtulmakla birlikte, taşınmazdan yararlanma imkânını da kaybeder. Dolayısıyla kiracının haklı bir sebebi bulunmakla birlikte, eğer taşınmazdan yararlanmaya devam etmek istiyorsa sözleşmeyi feshetmeyip, uyarlama talep etmesi daha isabetli olacaktır.

Ani edimli sözleşmelerin sona ermesi sözleşmeden dönme şeklinde olmaktadır. Sözleşmeden dönülmesi, sözleşmenin geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde sonlandırılmasıyken, sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde sözleşmenin sona erdirilmesidir. Sözleşmenin feshinde, aradaki ilişki, fesih anına kadar geçerli kabul edilerek, o tarih itibarıyla alacak borç tasfiyesi yapılarak tarafların hakları belirlenir. Uygulamada zaman zaman bu kavramlar ileriye etkili fesih veya geçmişe etkili fesih olarak adlandırılmaktadır.

Adi kira sözleşmesindeki kira ilişkisi, sürekli edimli sözleşme niteliğinde olduğu için, fesih halinde artık geriye dönülmesi mümkün olamamaktadır. Çünkü karşılıklı edimler kısmen de olsa gerçekleşmiş ve taraflar gerçekleşme oranında edimlerini yerine getirmişlerdir. Bu sebeple fesih, geçmişe değil, ileriye yönelik olarak yapılabilir.³¹

Uyarlama davasında görevli mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre

31 Aydemir, Efrail, Kira Hukuku: Yeni Türk Borçlar Yasası'na Göre, 2.Baskı, Ankara 2013, s.247-248.

belirlenir. Söz konusu hükme göre, “Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalar” dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın sulh hukuk mahkemelerinde görülür. Bu düzenlemede, “kira ilişkisinden doğan ... tüm uyuşmazlıklar” ifadesi kullanıldığından, uyarlama davasını da bu nitelikte bir uyuşmazlık olarak kabul etmek gerekir. Yetkili mahkeme bakımından özel bir düzenleme olmadığından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. maddesine göre genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir; Kanunun 10. maddesine göre de, “Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.” Uyarlama davası genellikle kiracı tarafından açılacağından, kiracının ifa yerine göre yetkili mahkeme belirlenmelidir; Türk Borçlar Kanununun 89. maddesine göre para borçlarında kanuni ifa yeri, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri olduğundan, kiraya verenin yerleşim yeri yetkilidir. Dolayısıyla kiracının, hem genel yetkili mahkeme hem de sözleşmenin ifa yeri mahkemesi aynı olduğundan, kiraya verenin yerleşim yerinde dava açması gerekir.

B) Uyarlama Davasında Davacı ve Davalı

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu m.138'den, sözleşmenin uyarlanması hakkının sadece borçluya tanındığı gibi bir sonuç çıksa da, YAVUZ'a göre değişen koşullar sonucunda mağdur olan taraf (davacı), borçlu olabileceği gibi alacaklı da olabilmelidir. Çünkü borçlu için aşırı ifa güçlüğü söz konusu olurken, alacaklı için de ifanın değersizleşmesinden söz edilir. Bu sebeple, uyarlama hakkına sadece borçlu ya da alacaklı sahip olmamalı, her iki tarafa da bu imkân sağlanmalıdır.³²

C) “Kira Bedelinin Uyarlanması Hukuku”

818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki doğrudan uyarlama davaları ile ilgili olmayan 365/II. madde, sözleşmenin uyarlanması ihtiyacını tam olarak karşılamamış, bu yüzden kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 138. maddeyi düzenleyerek uygulamadaki sorunlara çözüm bulmayı amaçlamıştır.

32 Yavuz, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2013, s.845-846.

Daha önce belirttiğimiz gibi her ne kadar eski Borçlar Kanunu'nda konu hakkında doğrudan bir hüküm bulunmasa da Yargıtay, eski kanunun yürürlük döneminde istikrarlı uygulamaları ile kiracı veya kiralayanın açtığı, yabancı para ile belirlenmiş ve sonradan ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü nedeniyle açılan uyarılama davalarını kabul etmiş ve bu çerçevede içtihatlarla dayalı bir "kira bedelinin uyarlanması hukuku" yaratmıştır.³³

Yargıtay'ın bu tutumunu birçok kararda farklı açılarla ve sonuçlarla görmemiz mümkündür. Örneğin bir olayda, davacı; taşınmazı 5.1.1993 tarihinde aylık net 3.000 Amerikan dolarına kiraladığını, sözleşmenin yapıldığı tarihte kira bedelinin Türk parası karşılığının 26.106.000 TL olduğunu, yaşanan ekonomik kriz ve alınan devalüasyon kararıyla doların 40.000 TL'na yükselmesiyle ayda 120.000.000 kira parası ödemek zorunda kaldığını ifade etmiş ve sözleşmenin ifasının bu suretle çekilmez hale geldiğini ve sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını istemiştir. Yargıtay yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucu, sözleşmeden sonra doğan aşırı ifa güçlüğü'nün varlığını kabul etmiş ve sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına hükmetmiştir.³⁴

Bu kapsamda başka bir örnek vermek gerekirse, varsayalım ki altı yıl süreli, aylık 750 TL. kira bedelli ve her yıl artırım öngörölmüş bir adi kira sözleşmesinin üçüncü yılında kiraya veren açtığı davada; ülkede aniden oluşan döviz kurlarındaki aşırı artış nedeniyle paranın alım gücündeki önemli değer kaybına bağlı olarak sözleşmedeki dengenin aleyhine bozulduğunu ileri sürerek halen artırımlı şekilde ödenmekte olan 800 TL. aylık kira parasının 3.000 TL. ya uyarlanmasını istemiş olsun. Bu noktada belirlenmesi gereken husus; başlangıçtaki ve ödenmekte olan aylık veya yıllık kira parasının, uyarılama davasının açıldığı tarihe kadar kazandığı veya kaybettiği değer tespiti ile sonuçta bu miktarın hakkaniyet ölçüsü içerisinde değerlendirilmesinden ibaret olacaktır. Böyle bir davada kira parasının kaybettiği değer dava tarihine göre belirlenmesi için uygulamada üç kriter esas alınmaktadır.

Ödenmekte olan kiraya dolar kurunun 1,10 TL. ve dava tarihindeki kurun 2,70 TL. olduğu varsayıldığında; ödenmekte olan 800 TL. kar-

33 Gümüş, Mustafa Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2.Baskı, İstanbul 2012, s.75.

34 13.HD., 24.10.1994, E:1994/6791, K:1994/9014 (YKD 1994, S.1939).

şılığında 727 dolar alınması mümkünken, yeni kura göre bu para ile ancak 296 dolar alınması mümkün olacaktır. Aradaki fark 2,45 kat olduğuna göre kira parasının ulaşması gereken değer de $800 \times 2,45 = 1.960$ TL olacaktır.

Ödenmekte olan kiraya göre altının gram fiyatının 20 TL. ve dava tarihindeki değerinin de 60 TL. olduğu varsayıldığında, 800 TL. karşılığında 40 gr. altın alınması mümkünken, dava tarihindeki değere göre 13 gr.altın alınabilecektir. Aradaki fark 3 kat olup, değer kaybına göre olması gereken kira bedeli $800 \times 3 = 2.400$ TL.dır.

Yine ödenmekte olan kira tarihindeki yıllık endeks ortalamasının 10 ve dava tarihindeki endeks ortalamasının ise 24 olduğu varsayıldığında aradaki fark 2,40 olup, paranın değer kaybı itibariyle kiranın ulaşması gereken değer $800 \times 2,40 = 1.920$ TL. olmaktadır.

Kriter olarak alınan bu üç miktarın ortalama değeri: $1.960 + 2.400 + 1.920 / 3 = 2.093$ TL. olmaktadır.

Kira dönemi içerisinde meydana gelen beklenilmeyen halden dolayı, bazı kriterler esas alınmak suretiyle sözleşmedeki aylık kira parasının halen ödenmekte olan 800 TL. ile 2.093 TL. arasında belirlenmesinin takdiri mahkemeye bırakılacaktır.

Aynı istemin kiracı yönünden de dava konusu olması mümkündür. Yukarıdaki örneğin aksine kiracının altı yıl süreli dolara endeksli kira bedelli sözleşmede halen ödenmekte olan kira parasının 800 dolar olduğu ve kiracının da bu kira parasının 400 dolara uyarlanmasını istediği varsayıldığında, örnekte yapılması gereken şey; ilk olarak aylık kira parasının ülke parası cinsinden uyarlanması, ondan sonra da bulunacak miktarın yabancı ülke parasına çevrilmesidir.

Yukarıdaki örnek esas alındığında;

-Döviz esasına göre kira parasının dava tarihi itibariyle erişebileceği değer 1,960 TL.

-Altın hesabına göre kira parasının erişebileceği değer 2.400 TL.

-Endekslere göre kira parasının erişebileceği değer 1.920 TL.

olarak hesaplandığına ve ödenmekte olan 800 doların karşılığı da

1,10 x 800 dolar=880 TL. olduğuna göre mahkemece kiranın 880 TL ile yukarıda miktarı belirlenmiş olan 2.093 TL. arasında bir miktara uyarlanması gerekir. Mahkemece kira parasının 1,600 TL. olarak uyarlandığı varsayıldığında da bunun dolar karşılığı olarak dava tarihindeki 2,70 TL. lık kura göre $1.600/2.70=592$ dolar olabilecektir.³⁵

D) İfa Edilmiş Kira Sözleşmesi Uyarlanabilir mi?

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 138.maddesinden önce ifa edilmiş sözleşmenin uyarlanıp uyarlanamayacağı konusu oldukça tartışmalı bir konuydu. İsviçre-Türk doktrini bu duruma bir orta yol bulmak amacıyla, ifa edilmiş sözleşmenin ancak belli şartlarda uyarlanabileceği görüşünü ne sürmüştür. Bu görüşe göre ancak edimin ifasının ihtirazi kayıtlı yapılmış olması durumunda uyarlama mümkün olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu' da aynı görüşü paylaşmaktadır. Buna göre kira sözleşmesinde, borçlu borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın ařırđ ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahip olacaktır.³⁶

E) Hâkimin Kira Sözleşmesini Uyarlama Noktaları

Eski Borçlar Kanunumuz döneminde uyarlama sadece kira bedeli bakımından mümkündü. Hakim, kira sözleşmesinin uyarlanmasına karar verirken, ödenmekte olan kiranın günün şartlarına göre uyarlanmasına karar verip, bunun dışında sözleşmede taraflarca belirlenen ödeme, artış vs. gibi diğer şartlara dokunmamakta ve kira bedeli dışındaki şartların aynen devam etmesine hkmetmekteydi.³⁷

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde ise adi kira sözleşmesinin uyarlanması davası GÜMÜŞ'e göre artık kira bedeli ile sınırlı olmaktadır. TBK m.138'deki şartların tümü gerçekleşmişse hakim, talep üzerine adi kira sözleşmesinin diğer şartlarına da uyarlama yapmalıdır. Örneğin kira sözleşmesinde öngörülen kira bedeli yıllık artış oranı da

35 Aydemir, Efrail, Hukukta 4 Kavram ve 4 Konu, Ankara 2011, s.235- 238.

36 Yavuz, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi, C.I, Ankara 2013, s.841-842.

37 HGK, 20.10.2004, 6-434/564 (www.kazanci.com); 13.HD. , 25.10.2002, 9006/11243 (www.kazanci.com); 11.HD., 21.03.2002, 10788/2578 (www.kazanci.com).

uyarlanabilir; GÜMÜŞ'e göre bu durumda TBK m.344/I hükmü akdi kira artış oranını uyarlamada bir engel oluşturmamaktadır.³⁸

F) Uyarlama ve Kira Tespiti Ayrımı

Uygulamada kavram kargaşasına yol açan hususlardan biri de kira parasının tespiti ile kira sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanmasıdır. Kira sözleşmeleri sürekli edimli niteliğe sahip olup, genelde her yıl kira parasının belli bir oranda arttırılması koşuluna yer verilir. Böyle bir koşul olmasa bile değişen ekonomik koşullara göre mahkmeden artırım oranının belirlenmesi istenebilir. Bu uygulama kapsamında kira parasının tespiti, kira sözleşmesinde artırım koşulu öngörülmesine veya artırım koşulu öngörülmemiş olmasına karşın, bu konuda tarafların uyuşamamaları durumunda dava yoluyla kira parasının belirlenmesi istemidir. Uygulamada kira tespiti olarak ifade edilen böyle bir dava sonunda, kira süresi sonunda ilişkinin devam ediyor olması halinde sonraki dönem için kira parasının belli bir oranda arttırılmasına karar verilmektedir.

Kira sözleşmeleri genellikle sürekli edimli sözleşmeler kapsamında kalmaktadır. Uzun süreli kira ilişkisindeki zaman içerisinde gelişen olaylar, kira bedelini aşırı ölçüde etkilemiş ise bu halde kira tespitinin bir önemi olmayacaktır. Böyle bir durumda diğer koşulların da varlığı halinde açılacak dava kira sözleşmesinin uyarlanması olmalıdır. Esasen kira tespiti ile kira parasının uyarlanması davalarının farkı bu noktadadır.

Salt kira parasının tespitine ilişkin davalarda izlenen yöntem, uyarlama davalarında ancak yardımcı kaynak olarak dikkate alınabilirler. Uyarlama davalarında hâkim, olağanüstü değişikliklere neden olan objektif koşullar birlikte değerlendirerek tarafların amacına uygun bir miktar belirleyecektir.³⁹

Uyarlama davalarında kira tespitine ilişkin esas ve usullerle değerlendirme yapılamaz. Daha geniş bir şekilde inceleme yapılmalı ve "İşlem Temeli Çökmesinin" söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır.⁴⁰

38 Gümüş, s.83.

39 Aydın, Sevgican, Kira Bedelinin Tespiti ve Uyarlama Davaları, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 45 (Mayıs 2010), s.61.

40 3.HD. , T.03.07.2012, E.2012/11928, K.2012/16705 (www.legalbank.net).

Uyarlama davalarında, sözleşmede kararlaştırılan kayıt hâkim tarafından dikkate alınır. Kira tespit davalarında ise kamu düzeni ile yakın ilişkisi nedeniyle kira parasına ilişkin taraflarca kararlaştırılan kayıt mahkemeyi bağlamaz.⁴¹

Kira sözleşmesinin uyarlanması davası açılması için kira sözleşmesinin uzun süreli yapılmasının gerekip gerekmediği de incelenmelidir.

Yargıtay kararlarına baktığımızda adi kira sözleşmelerinde sonradan oluşan aşırı ifa güçlüğü nedeniyle açılan uyarlama davalarında, uyarlama davasını açmak için uzun süreli kira sözleşmesinin yapılması kavramı karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, kural olarak hem 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuz hem de 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun yürürlükte olduğu zamanlardaki Yargıtay kararlarında vardır.⁴² Her ne kadar Yargıtay, bir çok kararında “kısa süreli kira sözleşmelerinin uyarlamaya konu olamayacağını belirtse de bazı istisnai nitelikte kararları da yok değildir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bu konuya ilişkin olarak, “...Ancak bu, uzun süreli kiralara mahsustur. Kısa süreli (örneğin bir yıl) kiralarda savaş, ekonomik kriz, yüksek devalüasyon, tabii afetler, Hükümet kararlarında önemli değişiklikler... gibi nedenlerden dolayı edimler arasındaki dengenin bozulması, işlem temelinin çökmesi gibi hallerde, kısa süreli kiralarda da uyarlama istenebilir” şeklinde karar vermiştir.⁴³

41 Aydın, s.61.

42 13.HD., T.10.03.2003, 13557/2495 (www.kazanci.com); 13.HD., T.25.04.2002, 2820/4565 (www.kazanci.com). 13. HD. E. 2012/16767, K. 2012/21930 aynı yönde başka bir karar olarak; “Davacı davalıya ait meskende 27/12/2006 tarihinden beri kiracı olarak oturduğunu kira bedelinin 01/10/2008 - 30/09/2009 tarihleri arasında aylık 800.00 tl olarak ödendiğini ancak 2008 yılında başlayan ekonomik kriz nedeniyle kira bedelinin fahiş hale geldiğini belirterek 01/10/2009 tarihinden itibaren başlayacak yeni kira dönemi için aylık kira bedelinin 400.00 tl olarak tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı davanın reddini dilemiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne 1/10/2009 -25/5/2010 tarihleri arasındaki süre için aylık kiranın 633.00 tl olarak belirlenmesine bu süre içerisinde davacı tarafça ödenmesi gereken toplam kira bedelinin 5.064.00 tl olarak belirlenmesine karar verilmiş, hüküm davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir. 1- Taraflar arasındaki sözleşme bir yıllık sözleşmedir ve sözleşme birer yıl uzamaktadır. Uzun süreli sözleşme değildir. Uyarlama davaları ancak uzun süreli sözleşmeler için söz konusu olabilir. Kısa süreli sözleşmeler için uyarlama istenemez uyarlama şartları olmadığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. (www.legalbank.net).

43 3. HD., T.27.03.2000, 2648/2640 (www.legalbank.net).

G) Uyarlama Davalarında Tacirlerin Durumu

Yargıtay, tacirlerin açtığı yabancı para ile yapılan adi kira sözleşmelerinde sonradan ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama davalarına ilişkin temyizleri reddetmektedir. Bu durumu birçok Yargıtay kararında görmemiz mümkündür.⁴⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bu konuya ilişkin olarak, “...Türkiye’de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının güvenilir olmadığı artık bilinebilen bir gerçektir. Nitekim kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonra K.2000 ve Şubat 2001 tarihli ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği görülmektedir. Davacı tacirin ekonomik kriz işaretlerinin ortaya çıktığı bir dönemde yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması nedeniyle basiretli bir tacir gibi davranmadığı sonucuna varılmalıdır. TTK.nun 18/I. maddesinde A.Ş.lerin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı Yasa’nın 20/II. maddesine göre de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte, sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Dolayısıyla ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan taraflarca tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır”⁴⁵ şeklinde karar vermiştir. Bu örnek karardan da anlaşılacağı üzere her tacir, işletmesiyle ilgili bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmelidir.

44 HGK,T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599 (www.legalbank.net).

45 11.HD.,T. 17.11.2003, E:2003/3979, K:2003/10988 (www.legalbank.net).

Sonuç

Adi kira sözleşmesini yabancı para ile yapan taraflar, sözleşmenin süresini ve kira bedelini, sözleşme serbestisine ve ahde vefa ilkesine göre belirlemektedirler. Fakat kiracı ile kiralayan sözleşme ilişkisine girdikten sonra şartlar, kiracının kusurundan kaynaklanmayan ve önceden tahmin edilmesi mümkün olmayan olağanüstü olaylardan dolayı değişikliğe uğrayabilir. Bu olağanüstü değişiklikler yüzünden ortaya “aşırı ifa güçlüğü” çıkmaktadır. Bu durum ülkemizde, yaşanan bir takım ekonomik sıkıntılardan dolayı oldukça yaygındır. Kanun koyucu, ortaya çıkan bu uyuşmazlığı 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, uyarlama davası ile doğrudan ilgisi olmayan bir madde ile çözmeye çalışmıştır. Yargıtay’ da konu hakkında kendisine gelen uyarlama davalarını 365/II maddesine göre çözmeye çalışmıştır. Kanun koyucu, bu sorunu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yapım çalışmaları sırasında görmüş ve konunun, doğrudan ilgili madde ile düzenlenmesi gerektiğini düşünmüş ve 138. madde ortaya çıkmıştır.

Adi kira sözleşmelerinde sonradan ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması istemi, ülkemizde o kadar sık karşılaşılan bir durumdur ki Yargıtay’ın zaman içinde konu ile ilgili yerleşik içtihatları ortaya çıkmıştır. Bu içtihatların yeni Kanun döneminde benzer şekilde devam edeceği öngörülmektedir.

Kaynakça

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi: Genel Hükümler, Sayram Yayınları, 5.Baskı, Konya 2011.

Aydemir, Efrail, Kira Hukuku: Yeni Türk Borçlar Yasası’na Göre, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2013.

Aydemir, Efrail, Hukukta 4 Kavram ve 4 Konu, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Aydın, Sevgican, Kira Bedelinin Tespiti ve Uyarlama Davaları, Sayı 45 (Mayıs 2010), s.47-61.

Dimdik, Hakan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümleriyle Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi: Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Sayı 2 (Mayıs 2012), s.95-118.

Erişir, Evrim, Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağıının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s.873-894.

Gülekli, Yeşim, Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 15, Sayı 18 (1990), s.27-42.

Gümüş, Mustafa Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul 2012.

Gürsoy Kemal Tahir: Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.

Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Vedat Kitapçılık, 6.Baskı, İstanbul, 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku : Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, 16.Baskı, Ankara 2012.

Oğuzman, Kemal/ **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, 18. Bası, İstanbul 2012.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 4.Baskı, İstanbul 2008.

Tezcan, Mehmet (2004), Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü).

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler): 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre, Beta Yayınları, 10.Baskı, İstanbul 2012.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Beta Yayınları, 8.Baskı, İstanbul 2009.

Yavuz, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel Hükümler - Özel Hükümler: Açıklamalı – Yorumlu, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2012.

Yavuz, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2013.

Yılmaz, Süleyman, Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, 2010, s.131-172.

HAKEMLİ MAKALE

Suçta Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevî UNSURL: "Gönüllülük"

■ Hakan DİMDİK*

GİRİŞ

Gönüllü vazgeçme müessesinde şüphesiz en çok önem arzeden husus “gönüllülük”. Failin suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi ya da suçu tamamlamasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi ancak fail gönüllü olduğu takdirde “gönüllü vazgeçme”dir ve failin o ana kadar yaptıkları herhangi bir suç teşkil etmiyorsa kendisine ceza verilmez. Görüldüğü gibi gönüllü vazgeçmede gönüllülüğün önemi kendini cezalandırılmama olarak gösterir. Gerçekten de eğer failin vazgeçmesi gönüllü ise herhangi bir cezalandırılma söz konusu olmaz iken, gönüllü değil ise fail teşebbüs nedeniyle cezalandırılır.

Sadece Türk Ceza Kanunu değil, dünyanın birçok ülkesinin ceza kanunları gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiştir. Örneğin Alman Ceza Kanununun 24. paragrafı, Meksika Federal Ceza Kanununun 21. maddesi, Arjantin Ceza Kanununun 43. maddesi, Uruguay Ceza Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrası gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiştir.

Failin gönüllülüğü hangi ölçütlere göre belirlenmelidir? “Neticeyi gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum.” diyen fail gerçekten gönüllü vazgeçmiş midir veyahut da “Neticeyi gerçekleştirmek istiyorum, ama yapamam.” diyen fail gönüllü vazgeçmiş olabilir mi? Frank formülü gerçekten de gönüllülüğün tespitinde belirleyici ve şaşmaz bir formül müdür? İşte bu çalışmada gönüllü vazgeçmenin failin iç dünyasıyla alakalı olan “gönüllülük” kavramı hakkındaki bu sorulara cevap arayacağız ve failin hangi durumlarda gönüllü olduğunu tespit etmeye çalışacağız.

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

I. Gönüllü Vazgeçme

A. Gönüllü Vazgeçme Kavramı

Gönüllü vazgeçme, failin girişmiş olduğu suçun icra hareketlerine devam etmekten isteyerek vazgeçmesi ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesidir.¹

ETCK m. 61/II'de "*Müteşebbis cürmün ef'aliicraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme TCK m. 36'da şöyle düzenlenmiştir: "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır.*"

Gönüllü vazgeçme TCK'ye göre neticenin gerçekleşmesine kadar mümkündür. Dolayısıyla icra hareketleri bitmiş olsa bile ETCK'den farklı olarak gönüllü vazgeçme söz konusu olabilecektir.

Burada "*suçun tamamlanması*", "*neticenin gerçekleşmesi*" ve "*suçun sona ermesi*" kavramları üzerinde durmakta yarar var. Bu üç kavram da birbirinden farklıdır. Kanundaki suç tarifinde yer alan fiilin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur, ancak kimi durumlarda salt fiilin gerçekleşmesi yetmez ayrıca neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Suçun sona ermesi ise suçun devamlılığına son verilmesidir. Sırf hareket suçları olarak ifade ettiğimiz suçlar tipik fiilin gerçekleşmesi ile sona ererler. Örneğin hakaret suçunda, hakaret içeren sözlerin söylenmesiyle hakaret suçu tamamlanmıştır ve aynı zamanda hakaret suçu sona ermiştir. Sırf hareket suçları haricindeki kimi suçlar bakımından ise suçun sona ermesi suç tamamlandıktan bir süre sonra gerçekleşir. Örneğin (A), (B)'yi kaçırıp dağ evine kapattıktan on gün geçtikten sonra pişman olur ve (B)'yi serbest bırakırsa; (A)'nın (B)'yi dağ evine kapatmasıyla suç tamamlanmıştır ve netice gerçekleşmiştir. Bununla birlikte (A)'nın (B)'yi on gün sonra serbest bırakmasıyla suç sona ermiştir.

1 **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 476. Ayrıca bkz. **Sözüer, Adem:** Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 235.

765 sayılı ETCK döneminde teşebbüs, eksik ve tam teşebbüs olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Eksik teşebbüs, failin icra hareketlerini elinde olmayan nedenler yüzünden tamamlayamaması durumudur. Tam teşebbüs ise, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra failin elinde olmayan nedenler yüzünden neticenin meydana gelmemesidir. Eski Kanun döneminde gönüllü vazgeçme sadece icra hareketleri süresince mümkün olduğu için icra hareketlerinden sonra gönüllü vazgeçme kabul edilmemekte idi. İcra hareketlerinden sonra neticenin gerçekleşmesini önleme gibi faaliyetler “*etkin pişmanlık*” (faal nedamet) olarak değerlendiriliyordu. Buna göre diyebiliriz ki, ETCK döneminde gönüllü vazgeçme eksik teşebbüs durumunda mümkün idi.² Tam teşebbüs durumunda ise gönüllü vazgeçme değil, olsa olsa etkin pişmanlık sözkonusu idi. Failin gönüllü vazgeçene kadar icra ettiği fiiller suç oluşturuyorsa bunlardan cezaî sorumluluğu kabul ediliyordu ki bu 5237 sayılı TCK bakımından da geçerlidir.

5237 sayılı TCK tam ve eksik teşebbüs ayrımını kaldırmış ve gönüllü vazgeçmenin icra hareketleri bittikten sonra da mümkün olabileceğini kabul etmiştir. 36. maddeye göre suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önleyen fail de teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Buna göre gönüllü vazgeçme netice meydana gelene kadar mümkündür. Yani tam teşebbüs durumunda da mümkündür. Neticenin meydana gelmesinden sonra malın iadesi, kaçırılanın serbest bırakılması gibi durumlar ise etkin pişmanlık olarak kabul edilmiştir. Etkin pişmanlık genel hükümler içinde değil, özel hükümler içindeki kimi suç tipleri için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, genel hükümler içinde düzenlenen gönüllü vazgeçme tüm suç tipleri bakımından uygulanma kabiliyeti bulurken, etkin pişmanlık yalnızca öngörüldüğü suç tipi -öngörüldüyse bakımından uygulanma kabiliyeti bulacaktır.

Failin suç teşkil eden fiilini icra ettikten sonra (teşebbüsün sona ermesinden sonra) gönüllü vazgeçmesi, söz konusu fiilini işlerken sahip olduğu kusurluluğuna etki etmez. Fail suç niteliğindeki fiilini icra ederken ya kusurludur ya da değildir. Bu yüzden gönüllü vazgeçme kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değildir. Fail kusurlu olduğu halde kendisine yasa hükmü nedeniyle ceza verilmemektedir. Gönüllü

2 *Sözür* ise hem eksik hem de tam teşebbüste gönüllü vazgeçmenin mümkün olabileceğini düşünüyör idi. Bkz. *Sözür*, s. 257.

vazgeçme cezası kaldırılan kişisel bir nedendir (persönliche Strafaufhebungsggrund)³ ve dolayısıyla gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmez.⁴

Failin gönüllü vazgeçene kadar yapmış olduğu fiiller bir suç oluşturuyorsa, o fiiller bakımından cezalandırılacaktır. Örneğin ruhsatsız olarak kullandığı silahla birini öldürmek isteyen kişi gönüllü vazgeçer ise teşebbüsten değil ve fakat ruhsatsız silah bulundurmaktan cezalandırılacaktır.

3 Benzer görüşler için bkz. **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Korumay/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.s. 463; **Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, s. 485; **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan,** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 213; **Sözüer,** s. 240; **Rudolphi, Hans-Joachim:** § 24 Rücktritt, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Neuwied/Kriftel 1991, RdNr 6; **Eser, Albin/Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** § 24 Rücktritt, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: 27. Auflage, München 2006, RdNr. 4; **Lackner, Karl/Kühl, Kristian:** § 24 Rücktritt, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2007 RdNr 1; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner:** Strafrecht, Allgemeiner Teil, 32. Auflage, Heidelberg 2002, RdNr 626; **Von Hippel, Robert:** Deutsches Strafrecht, Band 2, Aalen 1971, s. 410.

4 "Ağabeyine ait işyerinde, mağduru öldürmeye yönelik olarak dokuz adedi yamsal tehlikeye neden olacak şekilde 24 yerinden bıçaklayan, icra hareketlerini tamamladıktan sonra ve fakat ölüm sonucu gerçekleşmeden önce eyleminden dolayı pişmanlık duyarak mağdurun yaralarına üzerindeki kıyafet ile tampon yapan, ambulans çağırarak, büro sahibi olan ağabeyine de haber verip onun da ambulans çağırmasını sağlayan, mağdura ulaşılması kolay olsun diye büro kapısını açık bırakan, bina görevlisine "yukarıda yaralı var, hemen ambulans çağır" diye söyleyerek onu da mağdur ile ilgilenmeye yönlendiren, olay yerine çok yakın bir yerden geçmekte olan emniyet ekiplerine yaralama olayını anlatarak adresi söyleyen, mağdurun çok geçmeden hastaneye yetiştirilmesi ve ameliyat sonucu hayatının kurtulması için aktif eylemde bulunan sanığın; öldürme suçunun icra hareketlerini tamamladıktan sonra, fakat ölüm sonucu meydana gelmeden önce iradi olarak aktif davranışlar ve ciddi çaba göstermek suretiyle, diğer etkenleri de harekete geçirerek kasten öldürme suçunun tamamlanmasını ve suçun gerçekleşmesini önlediği anlaşıldığından, olayda TCY'nin 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme koşullarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir." (CGK, 28.2.2012, 1-692/60). "Sanığın, olaydan hemen sonra mağduru hastaneye götürmesi, tıbbi müdahale sonucu mağdurun ölmemesi ve T.C.K.nun gönüllü vazgeçmeye dair 36. Maddesi gözetilerek, sanığın tamam olan yaralama suçundan cezalandırılması gerekirken kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması..." (1. CD, 2.11.2011, 6189/6566).

Bileşik suçlardan gönüllü vazgeçme durumunda suçların bileşimi çözülmekte ve her suç bağımsızlığını kazanmaktadır.⁵ Konut dokunulmazlığını ihlâl ederek hırsızlık suçu, hırsızlık suçunun nitelikli hâlidir. Fail konuta girse ve sonra da vazgeçse bu durumda hırsızlığın nitelikli halinden değil, konut dokunulmazlığını ihlâl suçundan cezalandırılacaktır.

B. Gönüllü Vazgeçmenin Cezasızlık Nedeni Olmasını Açıklayan Teoriler

Gönüllü vazgeçmenin kişisel cezasızlık nedeni olmasının sebebi öğretide tartışmalıdır. Bu hususta hukukî teoriler ve suç politikası teorileri ileri sürülmüştür.

Sübjektif teoriler, failin suç işleme niyetini ve bu durumun tehlikeliliğini esas alarak, gönüllü vazgeçmede bunun ortadan kalktığını, bu nedenle ceza vermenin mümkün olmadığını esas alırlar.⁶

Objektif teoriler, icra hareketlerine başladıktan sonra gönüllü vazgeçme ile failin, icra hareketlerinin tüm iz ve eserlerini silmiş olduğundan, artık bir suçtan söz edilemeyeceğini ya da gönüllü vazgeçmede ceza hükmünün ihlâli bulunmadığı için faile ceza vermenin mümkün olmadığını kabul ederler.⁷

Suç politikası teorilerini savunan yazarlara göre, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının hukukî sebeplerle açıklanması mümkün değildir.⁸ Gönüllü vazgeçen fail, gönüllü vazgeçene kadar icra hareketlerini icra etmiştir ve ceza hukukunun yasakladığı alana girmiştir. Failin gönüllü vazgeçmesi, vazgeçene kadar yaptığı hareketlerin yapılmamış olduğu sonucunu doğurmaz (*factum infectum fierinequit*).⁹ Failin vazgeçene kadar yapmış olduğu hareketleri suç olmasına rağmen cezalandırılmaması kanunkoyucunun takdiridir; başka deyişle bu durum devletin suç politikasına dayanmaktadır.¹⁰

5 **Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012 (Soyaslan, Genel Hükümler), s. 313.

6 **Centel/Zafer/Çakmut,** s. 477.

7 **Centel/Zafer/Çakmut,** s. 477; **Artuk/Gökçen/Yenidünya,** s. 580.

8 **Jescheck, Hans-Heinrich:** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, § 21 Der Rücktritt vom Versuch, Berlin 1988, s. 485.

9 **Erra, Carlo:** (Çev. Erman, Sahir), Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme, İHFM, 1944, III-IV, s. 716 (Dönmezer/Erman, s. 514'ten naklen), Demirbaş, s. 445.

10 **Jescheck,** s. 485.

Altın Köprü Teorisi (Goldene Brücke): Faile icra hareketlerine başladıktan sonra icra hareketlerini bırakmasına ya da neticeyi önlemesine teşvik edici cezalandırılmama garantisi verilmesi gerekir. Bunun için faile suç yolundan dönmesi için altından köprüler inşa edilmesi gerekir.¹¹ Bu aynı zamanda mağdur için de önemlidir; çünkü altın köprü inşa edilirse mağdurun tehdit edici davranışlara maruz kalma riski azalacaktır.¹² Fail bu altın köprüler sayesinde icra hareketlerine son vererek ya da neticeyi önleyerek mağdurun mağduriyetini azaltmaya çalışacaktır. Eğer altın köprü inşa edilmezse fail, nasıl olsa ceza alacağı düşüncesiyle suçunu tamamlayacaktır.¹³ Dolayısıyla gönüllü vazgeçen kişi cezalandırılır ise suçu işlemeye teşvik edilmiş olacaktır.

Herkesin hukuk normunu bildiğini varsayan bu öğretiyi hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığından öğretide olumsuz eleştirilere maruz kalmış ve günümüzde önemini yitirmiştir. Çünkü gönüllü vazgeçmenin cezasızlık nedeni olmasının failin vazgeçmesinde kaydedeğer bir etkisi yoktur. Bunun sebebi bu hukuk normunun halkın geniş kesimi tarafından bilinmemesidir.¹⁴ Failin gönüllü olarak vazgeçme ile ceza almaya çağını ya da daha az ceza alacağını bilerek suçu işlemekten vazgeçmesi ya da neticeyi önlemeye çalışması gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

Ödüllendirme Teorisi (Die Gnaden-, Prämienoder Belohnungstheorie):

Bu teoriye göre, gönüllü vazgeçme sonucu failin ceza verilmemesi, failin takdire şayan davranışı nedeniyle Yasakoyucu tarafından bahşedilmiş bir ödüldür.¹⁵ Fail, teşebbüs ile yara alan halkın hukukun varlığına olan inancını, gönüllü vazgeçme ile eski haline getirmiştir.¹⁶ Fail suçta teşebbüsünün negatif etkilerini ortadan kaldırmıştır. İşte bu takdire şayan vazgeçiş karşılığında fail cezasız bırakılarak ödüllendirilmelidir.¹⁷

-
- 11 **Rudolphi,RdNr. 2; Vogler, Theo:** § 24 Rücktritt, in Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther: Strafgesetzbuch, LeipzigerKommentar, Band 1, 10. Auflage, Berlin-New York 1985, RdNr 8; **Eser/Schönke/Schröder,RdNr. 2.**
 - 12 Karş. **Herzberg, RolfDietrich,** § 24 Rücktritt, MünchenerKommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, München 2003, RdNr 21, s. 925.
 - 13 **Centel/Zafer/Çakmut,** s. 478; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994 (Soyaslan, Teşebbüs), s. 119.
 - 14 **Vogler,** RdNr 9, **Jescheck,** s. 485; **Rudolphi,RdNr. 2.**
 - 15 **Herzberg,** RdNr 30,s. 928; **Rudolphi,RdNr. 3; Eser/Schönke/Schröder,RdNr. 2a; Wessels/Beulke,RdNr. 626.**
 - 16 **Jescheck,** s. 486.
 - 17 **Rudolphi,RdNr. 3.** Ayrıca bkz. **GarridoMontt, Mario:**DerechoPenal, Parte General, Tomo II, TerceraEdición, Santiago 2003, s. 279.

c) Cezanın Amacı Teorisi (Die Strafzwecktheorie): Bu teoriye göre, fail gönüllü vazgeçme ilelegaliteye döndüğünü ve suç işleme iradesinin yeterince güçlü olmadığını kanıtlamıştır. Bu yüzden de cezalandırılmamalıdır. Başka bir deyişle, gönüllü vazgeçen hareketini meşrulaştırdığı için, yani halkın hukukun geçerliliğine olan güvenini kırmadığı için cezalandırılmaz.¹⁸

Bu teoriye göre eğer fail gönüllü vazgeçerse diğer suç ortaklarının sorumluluğu devam edecektir.¹⁹ Çünkü diğer suç ortakları hareketlerini meşrulaştırmamıştır.

Öğretide bu teorilerden başka birçok teori öne sürülmüştür.²⁰ Biz burada sadece başlıca önemli teoriler üzerinde durmakla yetiniyoruz.

C. Gönüllü Vazgeçmenin Koşulları

Gönüllü vazgeçmenin objektif ve sübjektif olmak üzere iki koşulu vardır. Objektif ko-şul failin icra hareketlerini yarıda bırakması ya da icra hareketleri bittikten sonra suçun tamamlanmasını ya da neticeyi önlemesidir. Sübjektif koşul ise gönüllülüktür. Failin gönüllü olduğunu kanıtlaması için icra hareketlerinin devamlılığına son vermesi ya da icra hareketleri bittikten sonra suçun tamamlanmasını ya da neticeyi önlemesi gerekir. Elbette ki icra hareketlerini her yarıda bırakma, suçun tamamlanmasını ya da neticeyi önleme gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemez. Objektif koşul gönüllü vazgeçmenin varlığı için zorunludur ve fakat yeterli değildir. Failin vazgeçerken ayrıca gönüllü olması da gerekir.

TCK m. 36'ya göre suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engelleyen fail bakımından, gönüllü vazgeçme mümkün olacaktır. Gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için icra hareketlerini yarıda bırakma veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önleme zorunludur. Suç tamamlandıktan sonra ya da netice ger-

18 Öztürk/Erdem, s. 213; Rudolphi,RdNr. 4; Herzberg, RdNr 33; Freund, Georg: § 9 RücktrittvomVer-suchundsonstigeFälle „tätigerReue“,

19 Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009, RdNr. 13.

20 Dönmezer, s. 127.

21 Bu teoriler için bkz.: Borcun ifası teorisi (Schulderfüllungstheorie) (Rudolphi, RdNr. 3a; Wessels/Beulke,RdNr. 626; Freund, RdNr. 14; Eser/Schönke/Schröder, RdNr. 2c).

çekleştikten sonra artık gönüllü vazgeçme söz konusu değil, koşulları varsa *etkin pişmanlık (faal nedamet)* söz konusudur.

İştirak durumunda işlenen suçlarda, suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir nedenle işlenmemiş olması durumunda ya da gönüllü vazgeçenin tüm gayretine rağmen işlenmesi durumunda da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 41/2). Buna göre iştirak durumunda işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının gayretlerinin etkisizliği nedeniyle herhangi bir cezaya çarptırılması söz konusu değildir. Burada önemli olan suç ortağının suçun işlenmesini önlemek için ciddi bir gayret göstermesidir. Elbette ki gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmesi diğer şeriklerin cezalandırılmasına engel olmayacaktır.

Öğretideki baskın görüşe göre, "*icra hareketlerini yarıda bırakma*" durumunda pasif bir davranış gerekir ve "*suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme*" durumunda ise aktif bir davranış gerekir.²¹ Bir başka söylemle henüz icra hareketlerinde olan fail, pasif bir davranış göstererek (icra hareketlerine devam etmeyerek) suça teşebbüsten gönüllü vazgeçmekte iken, icra hareketlerini tamamlayıp suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemek isteyen fail, aktif bir davranış göstermelidir. Kural bu olmakla birlikte "*icra hareketlerini yarıda bırakma*" illâ ki pasif bir davranışı gerektirmez. İhmalî suçlara teşebbüs mümkün olmasa da ihmal suretiyle icraî suçlara teşebbüs mümkündür ve ihmal suretiyle icraî suçlara teşebbüste gönüllü vazgeçmenin olabilmesi için aktif bir davranışın varlığı şarttır. Örneğin bir hemşirenin hastaya ilaç vermeyerek onu öldürmek istemesi durumunda hemşirenin icra hareketlerini yarıda bırakması için "*hastaya ilaç verme*" aktif davranışını gerçekleştirmesi gerekir. Aynı durum bebeğini emzirmeyen anne için de geçerlidir. Annenin gönüllü vazgeçmesi için "*bebeğini emzirme*" aktif davranışını gerçekleştirmesi gerekir.

Gönüllü vazgeçmenin objektif koşulunun cayma ya da önleme olduğundan bahsetmiştik. Cayma sadece icra hareketlerinin gerçekleşti-

22 Öztürk/Erdem, s. 214; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 463; Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 267; Hacıfazlıoğlu, Ali: Teori ve Uygulamada Suça Teşebbüs, Ankara 2013, s. 557.

ği aşamada mümkün iken, önleme ise icra hareketlerinin bitmesinden sonra, bir başka deyişle suçun tamamlanması ya da neticenin gerçekleşmesine kadar mümkündür.

Failin icra hareketlerindeyken kalkıştığı suçtan caymasının ya da icra hareketlerini bitirdikten sonra neticeyi önlemek için çaba göstermesinin (objektif koşul) yanında, failin vazgeçerken gönüllü olması (sübjektif koşul) da gerekmektedir.

II. Gönüllülük

A. Gönüllülük Kavramı

Yukarıda da izah etmiş olduğumuz gibi gönüllü vazgeçmenin objektif ve sübjektif koşullar olmak üzere iki koşulu vardır. Dolayısıyla failin suçun icra hareketlerindeyken suç yolunda ilerlemekten vazgeçmesi ya da icra hareketlerini bitirdikten sonra neticeyi önlemeye çalışması başlıbaşına yeterli değildir. Ayrıca failin vazgeçmesinin gönüllü olması gerekmektedir.

Failin gönüllüğü onun içdünyası ile ilgilidir. Fail iç dünyasından kaynaklanan çeşitli nedenlerle suçu işlemekten vazgeçmiş olabilir. Örneğin dini inanç, acıma ve merhamet gibi.²² Fakat teşebbüsten vazgeçme kimi zaman failin salt iç dünyası ile ilgili değildir. Failin iç dünyasını dış faktörler de etkilemiş olabilir. Bununla birlikte failin vazgeçmesi iradî bir hareketle olmalıdır ve failin iradesi hür olmalıdır. Maddî nitelikteki dış faktörler dolayısıyla vazgeçme gönüllü olmazken manevi nitelikteki dış faktörler dolayısıyla vazgeçme kural olarak gönüllüdür.²³ İradî hareketin saikinin gönüllülük bakımından herhangi bir önemi yoktur.²⁴ Vazgeçmenin nihaî olmasına da gerek yoktur; sadece o somut olayda suçu işlemekten vazgeçilmiş olması yeterlidir.²⁵ Dolayısıyla failin daha uy-

23 **Demirbaş**, s. 446.

24 **Demirbaş**, s. 446; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'ya göre, dıştan gelen maddî ya da manevi tazyik ile teşebbüsten vazgeçilmesi durumunda hareket iradî olsa da bu irade hür değildir. Bkz. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 578.

25 **Mitsch, Wolfgang**: § 24 Rücktritt, in Lothar, Senge: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3. Auflage, München 2006, RdNr. 54; **Dönmezer/Erman**, s. 518; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 578; **Hacıfazhoğlu**, s. 557.

26 **Hafizoğulları, Zeki**: Başlıksız, Türk Ceza Kanunu ile ilgili değerlendirmelerinin olduğu dökü-manwww.baskent.edu.tr/~zekih/bolum2.doc, Erişim tarihi: 31.3.2006, s. 104.

gun koşullar altında suçu işleyebileceğini düşünerek vazgeçmiş olması vazgeçmesinin gönüllü olduğu sonucunu doğuracaktır. Her şeyden önce failde serbest(hür) iradenin varlığı aranmalıdır. Serbest iradenin varlığında suç yolunda ilerleme olanağı varken vazgeçmelidir. Failin seçme özgürlüğü varsa vazgeçme gönüllüdür.²⁶ Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında mağdurenin altınlarını çalmak için boğazını sıkan failin, filini devam ettirme imkânı varken devam ettirmemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin var olduğuna isabetli olarak karar vermiştir.²⁷

Gönüllü vazgeçmenin tespitinde öğretide Frank'ın ortaya attığı formül itibar görmektedir. Frank, gönüllü vazgeçmeyi şu şekilde formülize etmiştir: Eğer ki fail "**neticeyi gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum**" diyebiliyorsa gönüllü vazgeçme söz konusudur. Fakat fail "**neticeyi gerçekleştirmek istiyorum, ama yapamam**" diyorsa vazgeçme gönüllü değildir.^{28,29}

-
- 27 **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 353
- 28 "*Sanık, 80 yaşlarındaki mağdurenin altınlarını gasbetmek amacıyla boynunu sıkarak icra hareketlerine başladıktan sonra, eylemine devam etme olanağına sahip olduğu halde kendiliğinden vazgeçtiğine göre, o an'a kadar gerçekleşen etkili eylem suçundan cezalandırılması gerekir... Sanığın, 80 yaşlarında olan mağdurenin altınlarını gasbetmek amacıyla, boynuna sıkarak icra hareketlerine başladıktan sonra, eylemine devam etme imkanına sahip olduğu halde gönüllü olarak vazgeçtiği, 2.3.1989 tarihinde Cumhuriyet Savcısına verdiği ifade ve dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması nedeni ile, TCK.nun 61/son maddesi gözönünde tutularak, o ana kadar gerçekleşen müessir fiilde bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, eyleminin gasp amacıyla öldürmeye eksik teşebbüs olarak nitelendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi,...*" (1. CD., 1989/2970-3430).
- 29 **Rudolphi**,RdNr. 19;**Vogler**,RdNr. 87;**Mitsch**, RdNr. 54; **Wessels/Beulke**, 651; **Eser/Schönke/Schröder**,RdNr. 44; **Zaffaroni, EugenioRaul:**Tratado de DerechoPenal, Parte General, Tomo IV, Buenos Aires 1999, s. 489; **Soler, Sebastian:**DerechoPenalArgentino, Tomo II, 10. Reimpresion Total, Buenos Aires 1992, s. 271; **Bacigalupo**, s. 176; **Politoff L.,Sergio/Matus A., Jean Pierre/Ramirez G., Maria Cecilia:**Lecciones de DerechoPenalChileno, Parte General, SegundaEdición, Santiago 2004, s. 381; **GarridoMontt**, s. 283; **BustosRamirez, Juan J./HormazábalMalarée, Hernán:**Lecciones De DerechoPenal, Volumen II, Madrid 1999, s. 272.
- 30 "*TCK'nın 35. maddesine göre sanıklar hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kastettikleri nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da ellerinde olmayan nedenlerle tamamlamayamalarının gerektiği, dosya kapsamına ve olay yerinin özelliklerine göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim sokmayı engelleyen mağdu-*

B. Failin Gönüllü Vazgeçmesine Etki Eden Faktörler

Fail, çeşitli sebeplerle icra hareketlerindeyken suçu işlemekten caymış ya da icra hareketlerinden sonra neticenin gerçekleşmesini önlemiş olabilir. Failin vazgeçmesine etki eden faktörler iç faktörler ve dış faktörlerdir. İç faktörler mağdurun iç dünyasını ilgilendirirler. Bununla birlikte iç faktörler, dış faktörler tarafından etkilenmiş olabilir. Salt iç faktörler mağdurun tamamen iç dünyası ile ilgilidir. Maddî faktörler diye adlandırdığımız salt dış faktörler de failin vazgeçmesinde rol oynayabilirler. Burada fail, salt dış faktörler sebebiyle istese de suç yolunda (*iter criminis*) ilerleyemez. Failin iç dünyasına etki eden bu dış faktörler nedeniyle fail suç yolunda ilerleme imkânına sahip olabileceği gibi, failin suç yolunda ilerlemesi oldukça güçleşmiş de olabilir. Bu faktörler iç faktörler ve dış faktörlerin karışımı mahiyetinde olduğu için karma nitelik taşımaktadır.

Öğretide, kural olarak dış faktörler dolayısıyla vazgeçmenin gönüllü olmadığı, buna karşılık iç faktörler dolayısıyla vazgeçmenin ise gönüllü olduğu görüşü yaygındır.³⁰ Ancak burada şunu belirtelim ki failin vazgeçmesinde salt iç ya da salt dış faktörler değil, aynı zamanda karma faktörler olarak adlandırabileceğimiz failin içdünyasını etkileyen dış faktörler de etkili olabilir.

1. İç Faktörler

Failin salt kendi iç dünyasına yönelik sebeplerle vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden söz edilir. Örneğin, failin dinî inancı

renin aşılabılır mukavemeti dışında harici bir engel bulunmadığından sanıkların suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu durumda sabit ve tamam olan eylemlerinin TCK'nın 36. maddesi karşısında 5237 sayılı TCK'nın 103/1. maddesine uyan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten cezalandırılmalarına karar verilmesi..." (14. CD, 5.3.2012, 1625/2596). "Fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde ise ve bu kanaate rağmen icraya devam etmemişse, ihtiyarıyla vazgeçme vardır; buna karşılık failin icraya devam etmemesinin sebebi icra hareketlerini sonuna kadar götürmeyeceği, iter criminis'de daha fazla ilerlemek imkânının artık kalmadığı kanaati ise, vazgeçme ihtiyarıyla değildir, icra hareketlerinin bitmemesine failin elinde olmayan engelleyici sebepler neden olmuştur, orada nâkıs teşebbüs hali vardır." (CGK, 25.4.1983, 6-98/194).

31 Mitsch,RdNr. 54; Ayrıca bkzArtuk/Gökçen/Yenidünya, s. 577.

nedeniyle suçu işlemekten vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme vardır.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi failin iç dünyası dış faktörler nedeniyle etkilenmiş olabilir. Fail, bu dış faktörler nedeniyle suç yolunda ilerleme olanağına sahip olabileceği gibi, ilerleme olanağının güçleşmesi de söz konusu olabilir. Bu hususları aşağıda "Dış Faktörler" başlığı altında yer alan "Manevî Dış Faktörler" başlığı altında inceleyeceğiz.

2. Dış Faktörler

Dıştan gelen faktörler maddî ya da manevî nitelikte olabilir. Maddî dış faktörlerin failin iradesine herhangi bir etkisi olmamakla birlikte, manevî faktörlerin failin iradesinde etkisi vardır. Dış baskılar nedeniyle suçu işlemekten vazgeçen failin iradesi hür olabileceği gibi hür olmayabilir de. Ancak, failin gönüllü vazgeçmesinin söz konusu olabilmesi için failin vazgeçme iradesinin serbest(hür) olması gerekir.

a) Maddî Dış Faktörler

Maddî dış faktörler failin iradesi dışında gerçekleşirler. Burada failin seçme özgürlüğü söz konusu değildir. Fail, suçu işlemek istese de maddî koşullar elvermediği için işleyemez. Örneğin bir kapıyı açmak amacıyla kullanılan anahtarın kilidin içinde kırılması³¹, mağdurun karşı koyması, mağdura ateş etmek isteyen failin elinin üçüncü bir kişi tarafından tutulması³², failin hırsızlık amacıyla girdiği evden azgın bir köpeğin havlaması sonucu icra hareketlerini tamamlayamadan kaçması³³ gibi durumlarda icranın bitmesine engel olan dış faktörler maddîdir.³⁴ Maddî dış faktörler dolayısıyla icra hareketlerini tamamlayamayan failin gönüllü vazgeçtiği sonucuna varılamaz. Failin iradesinin burada bir rolü yoktur. Failin objektif olarak suç yolunda ilerleme imkânı bulunmamaktadır. Failin suç yolunda ilerleme imkânı bulunmalı ki gönüllü vazgeçmeden söz edilebilsin.³⁵

32 **Erra**, s. 707 (Dönmezer/Erman, s. 519'dan naklen).

33 **Sözür**, s. 247.

34 **Demirbaş**, s. 446.

35 **Dönmezer/Erman**, s. 519.

36 **Soyaslan, Genel Hükümler**, s. 310; Bzk 38 nolu dipnottaki 14. CD, 5.3.2012, 1625/2596 sayılı karar.

Failin, suç konusunu bulamadığı için fiile devam etmeyişi gönüllü vazgeçme değildir.³⁶ Çünkü suç konusu olsaydı fail icra hareketlerine devam edecekti. Failin fiile devam etmesi, onun suçu işleme amacına hiçbir şekilde fayda sağlamamaktadır. Bir başka deyişle fail istese de suçu işleyemez.

Failin, icra hareketlerine başladıktan sonra serbest iradesiyle değil de, harici sebeplerle tasavvur ettiği fiili işleminin mümkün olmadığını anlayarak fiili icradan vazgeçmesi gönüllü değildir.³⁷ Gene vasıtaların başlangıçta elverişli iken daha sonra elverişli olmaması nedeniyle vazgeçen failin vazgeçmesi gönüllü değildir.³⁸ Yargıtay bir kararında failin hırsızlık için girdiği evde yakalanıp evde ne aradığının sorulması üzerine kiralık ev aradığını söyleyerek bir şey almadan evden ayrılmasını gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmemiştir.³⁹

Fail birini dolandırmak için bir takım davranışlarda bulunsa ve mağdur dolandırıldığını anlayınca, failin hareketlerine devam etmesi durumunda gönüllü vazgeçme yoktur.⁴⁰ Fail hareketlerinin elverişsiz olduğunu anladığı için icra hareketlerine devam etmemiştir. Dolayısıyla vazgeçmenin gönüllü olduğunu söylemek mümkün değildir. Fail hareketlerine devam etse bile amacına ulaşamayacağını anladığı için hareketlerine son vermiştir. Başlangıçta failin hareketleri elverişli

37 **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, s. 125.

38 **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 578.

39 **Soyaslan, Genel Hükümler**, s. 310.

40 *"Sanığın olay tarihinde geceleyin 00:30 sıralarında yakınana ait evin mutfak kapısının sürgüsünü zorlamak suretiyle açıp içeri girdiği, bu esnada yakınan ve oğlumun uyanarak sanığa ne aradığını sorup, aynı zamanda telefonla yardım istemeye çalıştıkları, sanığın da kiralık ev arıyorum diyerek herhangi bir şey alamadan olay yerinden kaçtığına anlaşılması karşısında; gecenin ilerleyen saatinde mutfak kapısını zorlamak suretiyle açıp içeri giren ve yakınanların kendisini görmesi üzerine olay yerinden kaçan sanığın, hırsızlık kastıyla eve girdiğinin kabulünde zorunluluk bulunduğu, sanık ev sakinlerince görülmesi nedeniyle hırsızlık eylemini tamamlayamadan kaçtığından somut olayda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması koşullarının bulunmadığı, sanığın eyleminin 765 sayılı TCY hükümlerine göre, hırsızlığa eksik kalkışma; 5237 sayılı TCY hükümlerine göre ise; hırsızlığa kalkışma, geceleyin konut dokunulmazlığını bozma ve mala zarar verme suçlarını oluşturduğu gözetilerek, zorlanmak suretiyle açılan mutfak kapısının sağlam ve dayanıklı olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği düşünülmeden, eksik inceleme ile yetinilerek, yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmesi..."* (6. CD, 3.11.2009, 2496/14265).

41 **Soyaslan, Genel Hükümler**, s. 310.

iken, mağdurun dolandırıldığını anlamasıyla elverişliliğini yitirmiştir. Fail amacına ulaşabileceğini bilse idi -failin hareketleri elverişli olsa idi- vazgeçmeyecekti.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında⁴¹;

“Somut olayda, sanık icra hareketlerine kendi iradesiyle değil, mağdurun karşı koyması üzerine son vermiştir; mağdurun sanıktan güçlü olması, sanığın elindeki silahın mağdurun eline geçmesi birlikte değerlendirildiğinde sanığın suç yolunda ilerleme ve icra hareketlerini sonlandırma olanağı bulunmamaktadır; ayrıca sanığın mağdurun cep telefonunu istemesiyle para istemekten vazgeçtiği, icra hareketlerini sonlandırdığı şeklindeki bir kabul de dosya içeriği ile bağdaşmamaktadır; zira sanık cep telefonunu para almaktan vazgeçtiği için değil, mağdurun cep telefonunun daha fazla para edeceği düşüncesiyle istemekte, somut olayda her iki telefon parası arasındaki bedel farkı da bunu doğrulamaktadır.”

Yukarıdaki karardan da anlaşıldığı üzere, failin mağdurun karşı koyması sonucu icra hareketlerini yarıda bırakması gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilemez. Buna göre bir kadına tecavüz etmek isteyen failin kadının bir hayli direnmesi sonucu amacına ulaşamaması durumunda gönüllü vazgeçme yoktur. Çünkü fail neticeyi gerçekleştirme olanağına sahip değildir. Failin neticeyi gerçekleştirme olanağı içinde olması söz konusu olmaksızın gönüllü vazgeçmesinden söz edilemez. Failin icra hareketlerini tamamlama olanağı olmalı ki gönüllü vazgeçme söz konusu olabilsin.

Fail, icra ettiği fiil(fiiller) sonucunda netice gerçekleşmediği halde gerçekleştiğini zannedip icra hareketlerine son vermiş olabilir. Failin amacına ulaştığını sanarak fiiline devam etmemesi durumunda gönüllü vazgeçme yoktur.⁴² Çünkü fail amacına ulaşmadığını bilse idi fiiline devam edecekti. Fail, amacına ulaştığını düşündüğü için hareketlerine son vermiştir.

Ceza Genel Kurulu bir kararında *“Sanığın, mağdurenin sırtına bıçak darbesi indirdikten sonra iç organları yırtılan ve yere düşen mağ-*

42 CGK, 27.6.2000, 6/113-138 (Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001, s. 141).

43 İtalyan yargıtayının 9 Aralık 1969 tarihli kararı (Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 122, 124).

durenin öldüğüne inanarak eylemine devam etmemesi, ancak gerçekte mağdurenin ölmemesi halinde sanığın hareketine devam etmemesinin vazgeçme anlamına gelmeyeceği”ne işaret etmiştir.⁴³

b) Manevî Dış Faktörler (Karma Faktörler)

Yukarıda “iç faktörler” başlığı altında failin salt iç dünyasının etkisiyle gönüllü vazgeçmesini incelemiştik. Dış faktörler de failin iç dünyasını etkileyip onu suç işlemekten vazgeçirebilir.

Failin iradesi zorlayıcı olmayan dış faktörlerden etkilenmiş olabilir; ancak buradaki etkilenme durumunda failin hâlâ bir seçim hakkı vardır ve suçu işlememesi bakımından zorlayıcı bir dış baskı söz konusu değildir. Bu sebeple failin vazgeçmesi gönüllüdür. Örneğin mağdurun yalvarması nedeniyle suçu işlemekten vazgeçen failin iç dünyası “mağdurun yalvarması” dış faktörü sonucu etkilenmiştir. Pişmanlık, utanma, mağdura acıma, cezalandırılma korkusu gibi nedenlerle failin vazgeçmesi gönüllüdür.⁴⁴ Gene failin duyduğu baykuş sesini uğursuzluk sayarak ya da ezan sesinin Allah korkusunu uyandırması nedeniyle teşebbüsten vazgeçmesi gönüllüdür.⁴⁵

Fail, seçme özgürlüğünü ortadan kaldıracak kadar iradesini zorlayan dış baskılar nedeniyle vazgeçmiş olabilir. Burada fail, hür iradesiyle vazgeçme kararını vermemektedir. Fail, iradesini zorlayan dış faktörler dolayısıyla vazgeçme kararı almıştır. Dolayısıyla failin vazgeçmesi gönüllü değildir.⁴⁶ Örneğin yan odada duyduğu bir gürültü üzerine yakalanma korkusuna kapılan ve bu sebeple icra hareketlerini yarıda bırakan kimse gönüllü vazgeçmiş sayılamaz.⁴⁷ Gene failin polis olay yerine yaklaşıyor olması nedeniyle icra hareketlerine devam etmemesi gönüllü vazgeçme olarak nitelendirilemez. Çünkü fail, dışarıdan gelen bu zorlayıcı sebep dolayısıyla suçu işlemekten vazgeçmiştir. Bu durumda failin teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir. Gene failin icra hareketlerini geçici ve kısa bir süre için ara vermesi gönüllü vazgeçme değildir. Örneğin suçu işleme bakımından ortam elverişli iken daha

44 CGK, 4.3.1985, 1-249/112 (Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 125).

45 **Wessels/Beulke**, RdNr. 651.

46 **Demirbaş**, s. 446.

47 **Wessels/Beulke**, RdNr. 651.

48 **Erra**, s. 702 (Dönmezer/Erman, s. 519’ dan naklen).

sonra elverişsiz olması sebebiyle fail suç işlemeye arar verirse bu durumda gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Buna karşın failin icra hareketlerine kastı yenileyecek şekilde uzunca bir süre ara vererek yeniden suçun icra hareketlerine girişmesi durumunda ilk suçtaki teşebbüsten vazgeçme bakımından gönüllü vazgeçme söz konusu olur.⁴⁸

Yargıtay 5. dairesi bir kararında⁴⁹;

“Olay tarihinde kocası köy dışında çalıştığı anlaşılan mağdurenin çocuklarıyla birlikte yatmakta olduğu eve gece saat 04.00 sıralarında gelen sanığın, evin cam ve çerçevelerini kırmak suretiyle odadan içeri girdiği, gürültüyü duyarak uyanan mağdureyle evin içerisinde karşılaştığında üzerine gidip sırtından kavrayacak şekilde sarıldığı, mağdurenin evinin yakınında oturan kayınbiraderinin ismiyle bağırması, uyanıp yanlarına gelen 8 yaşlarındaki oğluna “oğlum koş, amcanlara haber ver” demesi üzerine oğlunun haber vermek üzere kapıya doğru koşması nedeniyle panikleyerek evden kaçtığı anlaşılmakla; sanığın gerçekleştirmeyi düşündüğü irza geçme eylemini iradesi dışında ve yakalanma endişesiyle tamamlayamadığı ve bu durumda ihtiyarı ile vazgeçmeden söz edilemeyeceği gözetilerek irza geçmeye eksik teşebbüsten mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması...” diyerek failin gönüllü vazgeçmediği sonucuna varmıştır.

Söz konusu olayda gönüllü vazgeçmenin olmamasının nedeni failin irza geçme eylemini iradesi dışında ve yakalanma endişesiyle tamamlayamamasıdır. Failin iradesi dış bir maddî etken olan mağdurenin oğlunun yakınlarına haber verecek olması nedeni ile zorlanmıştır.

Failin mağdurun şahsında yanıldığını anlayarak failine devam etmemesi gönüllü vazgeçmedir.⁵⁰ Örneğin, hasmını öldürmek isteyen failin hasmı diye bir başka kişiyi öldürme girişiminde bulunması ve bunu son anda anlayarak vazgeçmesi gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmelidir. Burada failin vazgeçme iradesi serbest bir iradedir. Fiile devam etme imkânı varken devam etmemiştir. Buna karşın İtal-

49 **Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 435; Hacıfazlıoğlu, 568.

50 5. CD. 23.6.2004, 5709-5150 (**Erol, Haydar:** Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005).

51 **Soyaslan,** Genel Hükümler, s. 311.

yan Yargıtay'ı bir kararında, “Eğer fail mağdurun şahsında yanılmış ve bu yüzden vazgeçmişse, vazgeçme gönüllü değildir”⁵¹ demek sureti ile failin mağdurun şahsında yanılmış olması sebebi ile vazgeçmesini isabetsiz olarak gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmemiştir.

C. Frank Formülünün Değerlendirilmesi

Frank formülüne göre failin icra hareketlerini gerçekleştirirken icra hareketlerine devam edebilme imkânıyla ilgili durumunu anlatan ifadelerini tekrar hatırlayalım: Eğer fail “*neticeyi gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum*” diyorsa vazgeçme gönüllüdür. Buna karşın fail “*neticeyi gerçekleştirmek istiyorum, ama yapamam*” diyorsa vazgeçme gönüllü değildir.

Şunu ifade edelim ki failin icra hareketlerindeyken hareketlerini sürdürebilme imkânıyla ilgili bu cümlelerin sebebi, dış faktörler olabileceği gibi, iç faktörler de olabilir. Salt maddî dış faktörler nedeniyle icra hareketlerinin yarıda kesilmesi durumunda failin iradesi zaten söz konusu olamayacağından gönüllü vazgeçmeden de söz edilemeyeceğine yukarıda değinmiştik. Buna karşın dinsel inanç gibi salt iç faktörlerin etkisi altında kalan failin vazgeçmesi gönüllüdür. Fail salt iç faktörlerin etkisiyle “*neticeyi gerçekleştirmek istiyorum ama yapamam*” diyebilir. O andaki ruh halini anlatan bu ifade sebebiyle Frank formülüne göre faili teşebbüsten cezalandırmak gerekecektir. Örneğin cinsel saldırı suçuna kalkışan failin icra hareketlerine girişmişken dini sebepler nedeniyle “*neticeyi gerçekleştirmek istiyorum ama yapamam*” diyebilecektir. Gene failin düşüncesine göre suçun tamamlanmasının mümkün olmadığı her olayda vazgeçmeyi gönüllü kabul etmek gerekecektir.⁵² Failin iradesini zorlayan, içdünyasına etki eden faktörler nedeniyle suçun icra hareketlerinden elçekmesi gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemez. Frank formülüne göre ise failin önceden gözönünde bulundurmadiği risklerin gerçekleşmesi durumunda failin vazgeçmesini gönüllü saymak gerekecektir. Örneğin, mağdura ateş etmek üzereyken polis sirenlerini duyan fail, hareketlerine bu aşamada son verdiğinde onu gönüllü vazgeçmeden yararlandırmak gerekecektir. Çünkü fail burada “*neticeyi*

52 İtalyan Yargıtayının 6 Şubat 1939 tarihli kararı (Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 124).

53 Sözüer, s. 248.

gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum" diyebilmektedir.⁵³

Kimi durumlarda Frank formülü yanlış sonuçlara gidilmesine neden olabilir. İtalyan Yargıtayının da yukarıda 57 nolu dipnottaki kararında işaret edildiği gibi, eğer fail mağdurun şahsında yanılmış ve bu yüzden vazgeçmişse, vazgeçme gönüllü değildir. Çünkü failin vazgeçmesi suç işleme kararını etkilememektedir. Burada Frank'ın formülü uygulanmamaktadır. Eğer uygulanırsa failin gönüllü vazgeçtiğine karar verilmesi gerekir. Çünkü fail, "**neticeyi gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum**" diyebilmektedir.

Aynı durum failin çalacağı bir eşyanın düşündüğünden daha değersiz olması nedeniyle vazgeçmesi için de geçerlidir.⁵⁴ Çünkü fail burada da "neticeyi gerçekleştirebilme imkânına sahip olmama rağmen gerçekleştirmek istemiyorum" diyebilmektedir. Bir kadının boğazındaki kolyeyi pahalı sanarak çalmak isteyen failin ona saldırması ve gerçekte değersiz olan kolyeyi almaması buna bir örnektir. Bu ihtimalde de Frank formülünü olayımıza uygularsak, failin gönüllü vazgeçtiği sonucuna varacağız.

Görüldüğü gibi Frank formülü uygulamada isabetsiz mahkeme kararlarının verilmesine sebebiyet verebilecektir. Nitekim Frank formülü doğurduğu sakıncalar nedeniyle olumsuz eleştirilere maruz kalmıştır.⁵⁵

Sözür'in de işaret ettiği gibi vazgeçmenin gönüllü olup olmadığını yalnızca failin psikolojik dünyasındaki değişimleri esas alarak belirlemeyi öneren görüşler isabetli değildir.⁵⁶

Sonuç

Sözür'e göre, **failin vazgeçmesi legaliteye dönüş iradesi anlamına geliyorsa** vazgeçme gönüllüdür.⁵⁷ Kanımızca "*vazgeçmenin legaliteye dönüş iradesi anlamına gelmesi*" gönüllüğün tespitinde ölçüt olamaz. Çünkü bu görüşü benimsediğimizde failin normu bildiğini varsaymış olacağız. Failin gönüllü vazgeçmesi legaliteye dönüş iradesi anlamında değil, bu durum olsa olsa gönüllü vazgeçmenin sonucudur.

54 *Sözür*, s. 248.

55 *Schönke/Schröder*, Rdn 48.

56 *Rudolphi*, Rdn 20.

57 *Sözür*, s. 248-249.

58 *Sözür*, s. 249.

Failin mağdurun şahsında yanılması ve failin çalmak istediği eşyanın değersiz olması örneklerinde bir legaliteye dönüş iradesi yoktur. İki örnekte de fail, neticeyi gerçekleştirme imkânına sahip iken, vazgeçme legaliteye dönme amacıyla değildir.

Kanımızca, failin vazgeçmesinde elde ettiği sonuca bakarak failin gönüllü olup olmadığını tespit etmek daha isabetlidir. Örneğin icra hareketlerini, suçu daha uygun bir zamanda ve koşulda işlemek amacıyla yarıda bırakan failin iradesi legaliteye dönme iradesi değildir. Ancak sonuç itibarıyla failde daha sonra suç işleme iradesi olmasına rağmen fail, legaliteye dönmüştür. Dolayısıyla failin vazgeçmesi gönüllüdür.

Vazgeçmenin gönüllüğü ve gönüllü olmayışı ayrımında öğretilerde cezanın amacı teorisine (Strafzwecktheorie) dayanan *suçlu mantığı standardı* (Maßstäben der Verbrechervernunft) adı altında bir görüş ileri sürülmüştür.⁵⁸

Suçlu mantığı standardına göre eğer failin vazgeçmesi suçlu mantığının gereği ise vazgeçme gönüllü değildir, aksi takdirde vazgeçme gönüllüdür. Polis sirenlerini duyan failin icra hareketlerini yarıda bırakması bir suçlu mantığı sonucudur. Dolayısıyla burada vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edilemez.

Kanımızca gönüllüğü tespit etmek, failin vazgeçmesine etki eden faktörleri belirlemekten geçmektedir. Aslında bu kategorileme failin iradesinin hür olup olmamasına dayanmaktadır. Failin vazgeçmesi salt iç dünyasından kaynaklanıyorsa vazgeçme gönüllüdür ve fakat salt dış dünyasından kaynaklanıyorsa vazgeçme gönüllü değildir. Bununla birlikte fail, dış faktörlerin iç dünyasını etkilemesi nedeniyle vazgeçmişse, bu durumda failin dış faktör nedeniyle seçme özgürlüğünün olup olmadığına bakılması gerekecektir. Eğer failin seçme özgürlüğünü ortadan kaldıracak nitelikte bir baskı söz konusu ise vazgeçme gönüllü değildir.

59 **Wessels/Beulke**, RdNr. 652; **Roxin, Claus**: "KriminalpolitikundStrafrechtssystem", in Vormbaum, Thomas: *Moderne deutsche Strafrechtsdenker*, Berlin-Heidelberg 2011, s. 323; **Sözüer**, s. 249.

Kaynakça

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

Bacigalupo, Enrique: Manual de Derecho Penal (Parte General), Tercera Reimpresión, Santa Fe de Bogotá 1996.

Bohlander, Michael: Principles of German Criminal Law, Oxford-Portland, Oregon 2009.

Bustos Ramirez, Juan J., Hormazábal Malarée, Hernán: Lecciones De Derecho Penal, Volumen II, Madrid 1999.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut Özlem: Türk Ceza Hukuku-na Giriş, 3. Bası, İstanbul 2005.

Creus, Carlos: Derecho Penal, Parte General, 3a Edición, Buenos Aires 1992.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012.

Domínguez, Marcelo: "El Elemento Subjetivo Del Desistimiento De La Tentativa: La Voluntariedad", <http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/dominguezcordoba.pdf> , Erişim tarihi: 25.11.2011.

Donna, Edgardo Alberto: Teoria del Delito y de La Pena, Imputación Delictiva, Tomo II, Buenos Aires 1995.

Dönmezer, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Ceza Hukuku, 1. Cilt, İstanbul 1983.

Erol, Haydar: Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005.

Eser, Albin/Schönke, Adolf/Schröder, Horst: § 24 Rücktritt, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: 27. Auflage, München 2006.

Fletcher, George P.: Basic Concepts of Criminal Law, Oxford University Press, New York Oxford 1998.

FontanBalestra, Carlos: Derecho Penal, Introducci3n y Parte General, Buenos Aires 1998.

Freund, Georg: § 9 R3cktritt vom Versuch und sonstige F3lle, t3tiger-Reue“, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.

GarridoMontt, Mario: Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Tercera Edici3n, Santiago 2003.

Hacifazhoğlu, Ali: Teori ve Uygulamada Suça Teşebb3s, Ankara 2013.

Hafizoğulları, Zeki: Başlıksız, T3rk Ceza Kanunu ile ilgili değerlendirmelerinin olduğu d3k3man www.baskent.edu.tr/~zekih/bolum2.doc, Erişim tarihi: 31.3.2006.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku, Genel H3k3mler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Herzberg, Rolf Dietrich: § 24 R3cktritt, M3nchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, M3nchen 2003.

Jescheck, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, § 21 Der R3cktritt vom Versuch, Berlin 1988.

Kaban, Mater/Aşaner, Halim/G3ven, 3zcan/Yalvaç, G3rsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eyl3l 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001.

Kayançıçek, Murat: G3n3ll3 Vazgeçme, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc>, Erişim tarihi: 31.3.2006.

Koca, Mahmut/3z3lmez, İlhan: T3rk Ceza Hukuku Genel H3k3mler, 4. Baskı, Ankara 2011.

K3hl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, § 16. Der R3cktritt vom Versuch gem3ß § 24, M3nchen 2008.

Lackner, Karl/K3hl, Kristian: § 24 R3cktritt, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, M3nchen 2007.

Mitsch, Wolfgang: § 24 R3cktritt, in Lothar, Senge: Karlsruher-

Kommentar zum OwiG, 3. Auflage, München 2006.

Nuñez, Ricardo C.: Manual de Derecho Penal, Parte General, 4a Edición, Córdoba, 1999.

Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013.

Politoff L., Sergio/Matus A., Jean Pierre/Ramirez G., Maria Cecilia: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Segunda Edición, Santiago 2004

Roxin, Claus: "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", in Vormbaum, Thomas: Moderne deutsche Strafrechtsdenker, Berlin-Heidelberg 2011, s. 305-329.

Rudolphi, Hans-Joachim: § 24 Rücktritt, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Neuwied/Kriftel 1991.

Soler, Sebastian: Derecho Penal Argentino, Tomo II, 10. Reimpresión Total, Buenos Aires 1992.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012 (Soyaslan, Genel Hükümler).

Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Ankara 1994 (Soyaslan, Teşebbüs).

Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005

Vogler, Theo: § 24 Rücktritt, in Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günt-her: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Band 1, 10. Auflage, Berlin-New York 1985.

Von Hippel, Robert: Deutsches Strafrecht, Band 2, Aalen 1971.

Welzel, Hans (Traducción de Carlos Fontan Balestra): Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires 1956.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 32. Auflage, Heidelberg 2002.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 1. Baskı, İstanbul 2010.

Zaffaroni, Eugenio Raul: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV, Buenos Aires 1999.

AIHM KARARLARI

ABDULLAH YAŞA VE DİĞERLERİ-TÜRKİYE DAVASI

■ Çeviren: Ümit KILINÇ*

Abdullah Yaşa ve Diğerleri-Türkiye Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) aşağıdaki üyelerle heyet olarak:

Guido Raimondi, Başkan,
Danutė Jočienė,
Peer Lorenzen,
Dragoljub Popović,
Işıl Karakaş,
Nebojša Vučinić,
Paulo Pinto de Albuquerque, Hakimler,
ve Stanley Naismith, Daire Yazı İşleri Müdürü,

25 Haziran 2013 tarihinde toplanmış, gizli yapılan müzakereden sonra, aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın temeli olan başvuru (no 44827/08), Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bu ülkenin üç vatandaşı Bay Abdullah Yaşa ve Bay Eşref Yaşa ile Bayan Sahile Yaşa (« başvuruçular ») tarafından 10 Eylül 2008 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (« Sözleşme ») 34. maddesi uyarınca yapılmıştır. Başvurucu Abdullah Yaşa (« A.Y. »), Bay Eşref Yaşa'nın ve Bayan Sahile Yaşa'nın oğludur.

2. Başvuruçular Diyarbakır'da avukatlık yapan Av. R. Yalçındağ Baydemir tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti (« Hükümet ») kendi ajanı tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuruçular özellikle, Abdullah Yaşa'nın bir gaz mermisinden

* Dr., Fransa Reunion Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Avukat, İzmir Barosu Üyesi

dolayı maruz kaldığı travmadan ve sorumlu polisler hakkında etkili soruşturma yapılmamasından yakınmışlardır.

4. 20 Eylül 2011 tarihinde, başvuru ikinci ve üçüncü başvurucu için kısmen kabuledilemez bulunmuştur. Ayrıca, başvuru Abdullah Yaşa (« başvuru ») ile ilgili olarak Sözleşme'nin 3. ve 13. maddesi ile ilgili şikayetler Hükümete bildirilmiştir. Sözleşme'nin 29 § 1 maddesinin öngördüğü şekilde, Daire'nin başvurunun kabuledilebilirliği ile esasına ilişkin incelemeyi beraber yapacağına karar verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuru Bay Abdullah Yaşa (« A.Y. ») Türk vatandaşıdır, 1993 yılında doğmuştur ve Diyarbakır'da ikamet etmektedir. Olayların meydana geldiği dönemde onüç yaşındaydı.

A. 29 Mart 2006 tarihli olay

6. 24 Mart 2006 tarihinde meydana gelen silahlı çatışmalar sırasında ondört PKK (Kürdistan İşçi Partisi) üyesinin ölümünden sonra, 28 ve 31 Mart 2006 tarihleri arasında Diyarbakır'da, yasaya aykırı birçok gösteri düzenlenmiştir ve bu gösteriler esnasında onbir gösterici hayatını kaybetmiştir. Özellikle bu olaylar sırasında, iki kişi yani T. Atakkaya ve M. Mızrak gaz mermisinden dolayı hayatını kaybetmiştir.

7. A.Y.'ye göre, 29 Mart 2006 tarihinde halasının evine giderken kendini gösterinin ortasında bulmuştur ve polisler tarafından kullanılan gaz mermisi ile burnundan yaralanmıştır. Aynı gün A.Y. Diyarbakır Devlet Hastanesine kaldırılmıştır.

8. 5 Nisan 2006 tarihinde A.Y., hastaneden çıkış raporuna göre hastanede yüz yaralanmasından dolayı bir ameliyat geçirmiştir ve hastaneden ayrılmıştır.

9. 14 Nisan 2006 tarihinde başvuru, Diyarbakır Güvenlik Şube Müdürlüğü polis memurları hakkında Diyarbakır Savcılığı (« savcılık ») önünde, görevi kötüye kullanma ve kasten adam yaralamadan dolayı suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuru özellikle, gaz mermisinin doğrudan doğruya burnuna denk geldiğini beyan etmiştir.

10. 2 Ağustos 2006 tarihinde, savcılık başvurusu, babasını ve annesini dinlemiştir. A.Y.'nin babası olay esnasında işte olduğunu beyan etmiştir ve oğlunun yaralanmasından sorumlu polislerin mahkum edilmesini istemiştir.

11. Aynı gün alınan ifadesinde A.Y.'nin annesi, olayın meydana geldiği sırada evde olduğunu ve oğlunun yaralanmasından dolayı sorumlu polislerin mahkum edilmesini talep etmiştir.

12. A.Y.'nin kendisi ise, esasen aşağıdaki şekilde ifadeyi vermiştir. Halasının evine gittiği sırada burnuna bir nesne denk gelmiştir; o sırada polisleri bakıyordu. Başvurucu olay esnasında, omuzda taşınan bir nesne ile kendisine doğru ateş eden kask taşıyan polisleri görmüştür. Başvurucu olay sırasında kendi pozisyonunu tamamen tespit edememiştir ve olay öncesinde polisleri doğru herhangi bir nesne atan kimseyi görmemiştir. Kendisi caddedeysen polisler onu görmüştür ve polislerin onu fark etmeden ona ateş edebileceklerini düşünmemiştir. Başvurucu, kendisine ateş eden polisi tanımamaktadır. Bu polisin tespit edilip cezalandırılmasını talep etmiştir. Başvurucu, tanımadığı biri tarafından alınıp hastaneye götürülmüştür.

13. Başvurucunun avukatı, kendisinin beyanlarını teyid ettikten sonra, bir adli tıp raporunun düzenlenmesini ve Diyarbakır Devlet Hastanesi tarafından yapılan doktor raporlarının sunulmasını talep etmiştir. Avukat aynı zamanda, olayın olduğu gün müdahale eden polislerin tespit edilmesini talep etmiştir.

14. 6 Kasım 2007 tarihinde savcılık, aşağıdaki ifadelerle kaleme alınan bir takipsizlik kararı vermiştir:

« (...) Şikayetten hareketle yapılan araştırmalara göre (...), A.Y.'nin halasının evine giderken yaralanmadığı tespit edilmiştir. Video kayıtları (...) ve bazı fotoğraflara göre (...) şikayette bulunan, aktif bir şekilde katıldığı bir gösteri sırasında yaralanmıştır ve bu gösteri sırasında terörist örgüt PKK ve onun lideri lehine slogan atmıştır ve polisleri doğru taş, sopa ve Molotof kokteyli atmıştır.

Bu nedenle, polislerin cezai sorumluluğuna gidilememiştir çünkü Ceza Kanununun 25 § 1 maddesine göre meşru müdafaa halinde ve aynı Kanununun 24. maddesi anlamında polisler görevleri kapsamın-

da hareket etmişlerdir. [Gerçekten de polisler], yasadışı bir şekilde toplanan ve kendilerine taş, sopa ve Molotof kokteylleri atan göstericileri dağıtmak için gaz mermisi kullanmışlardır.

Yukarıda ifade edilenler ışığında (...) güç kullanımının sınırlarını aşmaktan suçlanan polisler hakkında soruşturma yapmaya gerek yoktur (...)».

15. 13 Kasım 2006 tarihinde, Diyarbakır Adli Tıp Kurumu aşağıdaki ifadeleri içeren bir rapor hazırlamıştır:

« (...) A.Y. kanama, yüzündeki ödem, burun kemiğinin kırılması ve iç yarıklar (incisions concaves) nedeniyle ameliyat edilmiştir.

Sonuç:

Hasta, basit bir operasyonla iyileştirilebilir,

Hayati tehlikesi yoktur,

Kemiklerin kırılması başvuruçunun günlük yaşantısı için orta düzeyde bir zarar oluşturmaktadır. »

16. 3 Aralık 2007 tarihinde başvuruçusu A.Y., Siverek Ağır Ceza Mahkemesi önünde (sonrasında « Ağır Ceza Mahkemesi » olarak anılacaktır) bu takipsizlik kararına karşı itirazda bulunmuştur. Başvuruçusu özellikle, söz konusu gösteri yürüyüşüne katıldığı iddiasına itiraz etmiştir ve takipsizlik kararının dayandığı video kayıtlarının ve fotoğrafların, kendisinin bu yürüyüşe katılmasını ispatlayacak nitelikte bir delil olmaktan uzak olduğunu savunmuştur.

17. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, 10 Mart 2008 tarihinde tebliğ edilen 31 Aralık 2007 tarihli kararıyla, başvuruçunun itirazını reddetmiştir. Mahkeme Başkanı, polislerin fiillerinin yasa kapsamında kaldığını çünkü polislerin kasti bir şekilde hareket etmediklerini ve sadece kendi görevleri kapsamında müdahalede bulduklarını belirtmiştir.

B. Başvuruçusu aleyhine Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi önünde açılan dava

18. Dosyadan, başvuruçusu hakkında yasadışı bir gösteriye katılmaktan dolayı resen bir soruşturma başlatıldığı anlaşılmaktadır. Bu soruşturma

turma kapsamında başvuru, savcılık tarafından sorguya çekilmiştir. Başvurucunun beyanlarının ilgili bölümleri şu şekildedir:

« Hakkımdaki suçlamayı kesinlikle kabul etmiyorum. [Olay günü], Bağlar'da ikamet eden halamın evine gitmek için evden çıktım; dispensar caddesi yakınlarında bir grup polisi gördüm ve bu polisler bir gaz mermisi attılar ve benim burnuma denk geldi. Hastanede sekiz günlük tıbbi tedavi gördüm, olayın meydana geldiği esnada yalnızdım, polislere taş, sopa ve Molotof kokteyli atmadım, terörist örgüt adına slogan atmadım, çekilen fotoğrafları ve tutulan video kayıtlarını ve tutanaklarını kabul etmiyorum. Tıbbi bir kontrolden geçme konusunda rıza gösteriyorum. »

19. 25 Şubat 2008 tarihinde, bir terörist örgüte üye olmaktan, bu örgüt lehine propaganda yapmaktan ve polisler mukavemetten dolayı başvuru hakkında bir ceza davası açılmıştır.

20. Cumhuriyet Savcısı esas hakkındaki mütalasında yeterli delil yokluğundan başvuru beraatine karar verilmesini istemiştir. Bunun için Cumhuriyet Savcısı, Ankara Ankara Polis Kriminal Laboratuvarında yapılan görüntü kayıtları ile ilgili inceleme raporuna göre, başvuru söz konusu gösteriye katıldığını tespit etmenin mümkün olmadığını altını çizmiştir.

21. 10 Temmuz 2008 tarihinde Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısının görüşünü benimsemiştir ve A.Y.'yi beraat ettirmiştir. Dosyadaki belgelere göre, temyize gidilmediği için bu karar kesinleşmiştir.

C. Taraflarca sunulan görüntü kaydı

22. Mahkeme önündeki yargılama sırasında Hükümet, bir CD sunmuştur. Burada güvenlik kuvvetleri tarafından yapılan bir video kaydı söz konusudur. Bu CD, 29 Mart 2006 tarihinde Diyarbakır'da meydana gelen gösteri yürüyüşlerinin birçok aşamasını göstermektedir ve başvuru kafasından yaralayan gaz mermisi atışından önceki ve sonraki durumların fotoğrafını vermektedir. Ayrıca, taş atan göstericilerin çoğunlukla ergin olmayan yaşta çocuklar olduğunu ve bu göstericilerin bazılarının yüzlerinin kapalı olduğunu görmekteyiz. Bununla birlikte, olayın çok işlek bir bulvarda meydana geldiğini görmekteyiz. Bazı bölümlerde başvuru göstericiler arasında görmekteyiz ancak, kendi-

sinin bu göstericilerin bir parçası olduğunu kesin surette tespit edemekteyiz. Olay esnasında, bir gaz fişeginin başvuruçuya isabet ettiğini tespit etmekteyiz. Her ne kadar polisin nasıl gaz mermisini kullandığını açıkça görmek mümkün olmasa da, fişegin bıraktığı etki dikkate alındığında yakın ve düz (yani dikine veya 45° den az bir eğimle) bir atışın söz konusu olduğu ama, havaya doğru bir atışın (bu durumda gaz mermisinin havada patlaması ve parçalanması için ve bu şekilde etki durumunda göstericilerin yaralanmasının önüne geçmek için namlu havaya kaldırılır) söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALAR

23. 4 Temmuz 1934 tarihinde kabul edilen, 14 Temmuz 1934 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve olayların olduğu dönemde yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanununun 16. maddesinin, bu dava ile ilgili bölümleri şu şekildedir:

« (...) Polis memurları sadece

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında;

(...)

h) veya bir şahsın veya grubun polise direnmesi veya görevini yapmasını engellemesi veya polise saldırması durumunda

silah kullanmaya yetkilidirler (...) ».

24. 14 Haziran 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 5681 sayılı yasa ile 2559 sayılı yasanın 16. maddesi değiştirilmiştir : bu değişiklikten sonra bu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

« Polis

(...)

c) Hakkında (...) zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkilidir

Polis, (...) silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam

etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi ve dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir (...) »

25. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 24. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

« Kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, (...) kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü haline dönüşürse :
(...)

b) Mahallin en büyük mülki amiri (...), mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu amir, topluluğa kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. (...)

(...) Belirtilen durumlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali mevcutsa, ihtar [verilmesine] gerek olmaksızın zor kullanılır.

(...)

Toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin kanuna aykırı olarak başlaması halinde; güvenlik kuvvetleri mensupları, (...) gerekli tedbirleri alır. Olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacakları ihtarında bulunur. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. »

26. Olayların meydana geldiği dönemde 2559 sayılı yasaya ek 6. maddeye göre:

« Zor kullanma, direnme ve saldırının mahiyetine ve derecesine göre şahısları etkisiz hale getirecek şekilde, kademeli olarak artan nispette [bu şahıslara karşı] bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştirdiğinde her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder ».

27. 30 Aralık 1982 tarihli Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25.

maddesi, göstericiler ile karşı karşıya kalan çevik kuvvet polisinin izleme, kontrol ve müdahalesi ile ilgili ilkeleri belirlemektedir.

Bu maddeye göre, yasaya aykırı yapılan ve hızlı bir şekilde güvenlik kuvvetlerinin müdahalesini gerektiren toplantıların ve gösterilerin yapılması durumunda, yerel sivil makam veya rütbe olarak en yüksek polis amiri veya bu görevin verildiği polis amirlerinden biri öncelikle, bir hoparlör aracılığıyla veya her türlü iletişim aracıyla, kalabalığa kendini tanıtmaya çalışıyor. Sonrasında, « topluluğa dağılmaları gerektiğini, dağılmazlarsa zor kullanılacağını » ihtar eder. Bu emrin zorunlu olarak iki veya üç defa tekrar edilmesi ve emrin en uzak yerden duyulduğunu belirten bir tutanak tutulması gerekmektedir. Güvenlik kuvvetlerine etkili bir şekilde saldırı veya direnme olması durumunda veya güvenlik kuvvetleri tarafından korunan yerlere karşı etkili bir saldırı olması durumunda uyarı zorunlu değildir.

Uyarıya rağmen kalabalığın dağılmaması durumunda, kalabalığın hareket durumuna, şiddet eylemlerinin derecesine, şahısların tehditlerine, saldırılarına veya direnmelerine göre kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılır.

Dağılma planlanmışsa ve dağılma zor kullanılarak yapılacaksa, kalabalığa dağılması için birçok yolun verilmesi gerekmektedir. Bu yollar uygun değilse, kalabalığın dağıtılmasına girişilemez.

28. 15 Şubat 2008 tarihinde, Emniyet Genel Müdürü tarafından tüm güvenlik birimlerine gaz kullanımını düzenleyen bir genelge (*E.G.M. Genelge No: 19*) gönderilmiştir. Bu genelge Şubat 2008 tarihinde hazırlanan Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatına gönderme yapmaktadır. Bu talimat göz yaşartıcı gaz silahlarının özelliklerini ve kullanılan gazın psikolojik etkilerini açıklamaktadır. Bu talimatın ilgili bölümleri şu şekildedir:

« (...)

2) Biber gazı ve gaz silahlarının kullanım metodu

• Gözyaşartıcı gaz silahları ve mermiler, kurallarda öngörülen amaçların dışında ve gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda (sağlık personelinin hazır olmaması gibi) kullanılmaması gerekmektedir;

- Gözyaşartıcı gaz silahlarının her türlü kullanımından önce, yüksek sesle dağılmamaları durumunda gözyaşartıcı gaz silahları kullanılacağı konusunda kalabalığın uyarılması gerekmektedir;
- Durumun değerlendirilmesinden sonra gözyaşartıcı gaz silahlarından sorumlu ekip şefi tarafından belirlenen oranda ve şekilde gaz kullanılır;
- Yeterli eğitimden geçmeyen personeli olan üniteler, gözyaşartıcı gaz talep edemezler;
- Gözyaşartıcı gazın etkisini artırmak için, rüzgarın yönü ve hızını ile, sıcaklık derecesini ve meteoroloji ile ilgili diğer faktörleri dikkate almak gerekmektedir;
- Gözyaşartıcı gazların dozu, [hedeflenen] topluluğun veya kişinin direnci ve karşı koymasıyla orantılı olarak, kademeli şekilde artırılabilecek;
- Hiçbir gaz fişeginin doğrudan insan vücudunu hedef alacak biçimde atılmaması gerekmektedir;
- Gaz filtrelerinin alt ve üst kapaklarının (...) açılmaması gerekmektedir ve talimat verilmeden gaz maskeleri üzerindeki filtrelerin açılmaması gerekmektedir;
- Gaz spreylere, polise yapılan direnişle orantılı olarak kademeli olarak artan şekilde kullanılabilir; bu spreylere en az 1 metreden az bir mesafeden sıkılmasından kaçınmak gerekmektedir;
- Göz yaşartıcı maddeler, direniş ve saldırısına son vermiş kişilere karşı hiçbir şekilde kullanılmayacak;
- [Bu tip] silahları kullanma durumu olan personel, bu silahların kullanım yöntemi ve fabrikaları tarafından belirtilen uyarılar konusunda bilgilendirilir;

3. Açık ve belirli alanlarda silahların ve mermilerin kullanılma metodları

a) Açık alan

Gözyaşartıcı gazlar kalabalığı bölerek dağıtmak için ve kışkırtıcıları kalabalıktan ayırmak amacıyla iletişimi kesmek için kullanılabilir. Sosyal olaylar sırasında gözyaşartıcı gazların kullanılma ihtimalinde, aşağıdaki noktaların dikkate alınması gerekmektedir.

- Gözyaşartıcı gazdan kalabalığın etkilenmesi için rüzgar yönünün belirlenmesi ve hedef noktalarının tespit edilmesi gereklidir (...)
- Rüzgar yönünün değişmesi ihtimalinden sonra güvenlik kuvvetlerinin gazdan etkilenme durumu dikkate alındığında, gaz maskelerinin güvenlik kuvvetlerine verilmesi gerekmektedir ;
- Gazdan etkilenen şahısların, gösteri yerlerinden çıkmaları için geçecekleri yolların kapatılmaması gerekmektedir. Bu yolların kapatılması durumunda, kalabalığın daha saldırgan olma riski vardır. Bununla birlikte gösteri yerinden çıkma yollarının düzgün bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Kalabalık işyerlerine ve insanların kaldıkları mahallelere zarar verilebilir. Bu durumda çıkış yolları kapatılabilir (...);
- Silahların kapsamını bilmek ve hedef alınan yeri tutmak için gerekli uzaklıktan ateş etmek gerekmektedir. Bununla birlikte, sosyal olayın özelliklerine göre, uygun maddelerin kullanılması gerekmektedir çünkü, bu maddeler [göstericiler tarafından güvenlik kuvvetlerine doğru] geri fırlatılabilir.
- Kalabalığın özelliklerini ve kapsamını dikkate almak gerekmektedir. Bir madde kalabalığın ortasına atıldığı zaman, kalabalığın ortasında bulunan göstericilerin ezilme riski altında olduklarını unutmamak gerekmektedir (...).

4. Gözyaşartıcı gazın kullanılma derecesi

Polisi ve kalabalığı ayıracak uzaklığa göre seçilecek gözyaşartıcı gaz maddesi aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

a) Derece 1: Kısa mesafe (1-15 metre). Sprey şeklindeki gaz ve model 5'teki gaz tüpleri ile müdahale (...)

b) Derece 2: Orta mesafe (15-30 metre). Gözyaşartıcı el bombası yardımıyla müdahale. 1. derecedeki müdahaleye rağmen grubun dağıl-

maması ve saldırgan davranışlarda bulunmaya devam etmesi durumunda gözönünde bulundurulur. Gözyaşartıcı el bombası, hava durumuna göre 50 metreden fazla etki edebilir.

c) Derece 3: (30-150 metre) 37/38 mm. Gaz tüfeği yardımıyla müdahale. Bu müdahale 2. derecede belirtilen müdahaleden sonra meydana gelen göstericileri dağıtma amacıyla yapılmaktadır. Ateş edenin vücuduna göre 45° açıyla, uygun hava şartlarında ateş edilmesi durumunda, 150 metreden fazla gidebilir (...) ».

III. GÖZYAŞARTICI GAZIN KULLANILMASI: İLGİLİ ULUSLARARASI İLKELER VE BELGELER

29. Gözyaşartıcı gaz, Avrupa'da güvenlik kuvvetleri tarafından uzun yıllardan beri kullanılmaktadır. Gözyaşartıcı gazın kullanma kapsamı, kullanma şekline göre değişmektedir. Gözyaşartıcı gaz, havada sıkma şeklinde (bir sprey) ya da mermi atan bir tüfek yardımıyla kullanılmaktadır. Eğer tüfek uygun bir şekilde kullanılmaz ise, mermi ağır yaralanmalara veya ölümlere neden olabilmektedir.

30. Birleşmiş Milletlerin 13 Ocak 1993 tarihli kimyasal silahların geliştirilmesinin, üretiminin, stoklanmasının ve kullanımının yasaklanması ve bunların imhası ile ilgili Sözleşmenin (« CAC ») I § 5 maddesine göre, her taraf devlet ayaklanmayı bastırmak için görevlendirilen memurları, savaş yöntemi olarak kullanmamayı taahhüt etmişlerdir. CAC Türkiye için, 1 Haziran 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu belgeye göre, gözyaşartıcı gaz veya « biber gazı » olarak adlandırığımız gaz, kimyasal silah olarak kabul edilmemektedir. Ancak, bu maddenin kullanımının, solunum problemleri, başdönmesi, kusma, nefes alma borularında yanma, gözler ve göz etrafının yanması, spazmlar, göğüs ağrıları, dermatit ve allerji gibi geçici sorunlara neden olduğu bilinmektedir. Yüksek dozda kullanıldığı zaman, solunum yolu bölgesinde bir doku nekrozuna veya sindirim sisteminde akciğer ödemi veya iç kanamaya neden olabilmektedir (adrenal kanamalar).

CAC'a göre, ulusal anlamda ayaklanmanın bastırılması dahil olmak üzere, kamu düzeninin korunması amacıyla bu yöntemlere başvurulabilir (madde II § 9, d) – bkz., aynı zamanda, Çiloğlu ve diğerleri-Türkiye, no 73333/01, §§ 18-19, 6 Mart 2007, ve Oya Ataman-Türkiye, no 74552/01, §§ 17-18, CEDH 2006 XIII).

HUKUK AÇISINDAN

I. SÖZLEŞME'NİN 3. VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

31. Başvurucu A.Y., polisler tarafından haksız yere kullanılan güçten ve bu polisler hakkında etkili bir soruşturmanın yokluğundan yakınmaktadır. Başvurucu Sözleşme'nin 3 ve 13. maddelerini öne sürmektedir.

Mahkeme, başvurunun 3. maddeyle bağlantılı olarak 13. madde hükümlerine uygun bir maddi tazminat yolunun yokluğundan yakınmalarını nedeniyle, söz konusu şikâyetlerin 13. madde bakımından incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (*Keser ve Kömürçü-Türkiye*, no 5981/03, § 37, 23 Haziran 2009)

Sözleşme'nin 3. maddesi şu şekildedir:

« Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz. »

32. Hükümet başvurusunun bu tezine karşı çıkmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik ile ilgili olarak

33. Mahkeme, şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 a) maddesi anlamında temelden yoksun olmadığını tespit etmektedir. Mahkeme ayrıca, bu şikâyetin herhangi bir kabul edilemezlik kriterine aykırı olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle bu şikâyetin kabul edilebilirliğine karar verilmesi gerekmektedir.

B. Esas ile ilgili olarak

34. Başvurucu iddialarını tekrar etmektedir.

35. Hükümet bu davada, gözyaşartıcı gaz kullanıldığına itiraz etmektedir ama, güvenlik kuvvetlerinin yasaya, yani 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanununun 16. maddesine uygun davranarak, şiddet davranışlarında bulunan göstericileri sakinleştirmek amacıyla hareket ettiklerini belirtmektedir.

36. Hükümete göre, güvenlik kuvvetlerinin müdahalesi orantılıydı

ve yasadışı bir şekilde toplanan ve polise saldıran bir grubun dağıtılması amacındaydı. Yine Hükümete göre, güç kullanımı gerekliydi ve kalabalığı dağıtma, güç kullanımından önce meydana gelen olaylardan daha zararlı olaylardan koruma amacındaydı. Ayrıca, şikayet edilen yaralanmalar bu güç kullanımının basit bir sonucudur ve Hükümetin gözünde bu güç kullanımı, kalabalığı asıl caddede tutmak için ve her türlü taşkınlığı önlemek için gerekliydi.

37. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme'nin ve 1 ile 4. Protokollerin herhangi bir istisna hükmüne ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, Sözleşme'nin 15 § 2 fıkrasına göre askıya alma hükmüne yer vermemektedir (*Selmouni-Fransa* [BD], no 25803/94, § 95, CEDH 1999-V).

38. Bu davada taraflar, 29 Mart 2006 tarihinde, bir polisin tarafından ateş edilen gözyaşartıcı mermiden dolayı başvurusunun burnundan yaralandığına ve başvurusunun yaralarının yani, yüzündeki ödem, burnun kemiğinin kırılmasının ve iç yarıkların (incisions concaves) kendi günlük yaşantısı için orta düzeyde bir zarar meydana getirdiğine itiraz etmemektedirler. Başvurusunun yaraları belirli derecede bir ağırlığa sahiptir. Mahkeme, bu yaraların kökeninin bir polis tarafından bir tüfekle ateş edilen gözyaşartıcı mermi olduğundan şüphelenmek konusunda herhangi bir durumun varlığını tespit edememektedir. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucuya yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi ile istenen ağırlığa vardığı ve buna kimsenin itiraz etmediği görüşündedir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 3. maddesinin zorunlulukları dikkate alındığında, polisler tarafından gözyaşartıcı mermi kullanılmasının duruma uygun bir cevap olup olmadığını belirlemek Mahkeme'ye aittir.

39. Mahkeme, gaz mermisinin kullanılmasından önceki ve sonraki durumların polisler tarafından filme çekildiğini gözlemlemektedir (yukarıdaki paragraf 22). Mahkeme'nin, gerçekliği konusunda şüphe olmayan bu film kayıtlarını izleme fırsatı olmuştur.

40. Mahkeme daha önce, kamu düzeninin korunması bağlamında « göz yaşartıcı gaz » veya « biber gazı » kullanılması konusunu inceleme-

ye tabi tutmuş ve « biber gazı » kullanımının sorunlara yol açabileceğini kabul etmiştir (*Oya Ataman*, no 74552/01, §§ 17-18, CEDH 2006 XIII, *Ali Güneş-Türkiye*, no 9829/07, § 37, 10 Nisan 2012, ve *Petruş Iacob-Romanya*, no 13524/05, § 33, 4 Aralık 2012). Bununla birlikte Mahkeme, biber gazının kullanılmasına ilişkin olarak, Avrupa İşkenenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) tarafından yapılan önerileri teyid etmiştir (*Ali Güneş*, yukarıda adı geçen karar, § 40). Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyi ülkelerinin, taşkınlık durumunda göstericileri kontrol etmek, hatta dağıtmak için kullanılan bu gazın, Birleşmiş Milletlerin 13 Ocak 1993 tarihli kimyasal silahların geliştirilmesinin, üretimini, stoklanmasının ve kullanımının yasaklanması ve bunların imhası ile ilgili Sözleşme'nin (« CAC ») ekinde belirtilen kimyasal gazlar arasında yer almadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, CAC'a göre, ulusal anlamda ayaklanmanın bastırılması dahil olmak üzere, kamu düzeninin korunması amacıyla bu yöntemlere başvurulabilir (madde II § 9, d) (*Çiloğlu ve diğerleri-Türkiye*, no 73333/01, §§ 18-19, 6 Mart 2007, ve *Oya Ataman-Türkiye*, yukarıda adı geçen karar, §§ 17-18).

41. Bu bağlamda, video görüntülerini izleyen ve dosyanın tüm unsurlarını inceleyen Mahkeme, burada barışçıl bir gösterinin söz konusu olmadığını tespit etmektedir. Özellikle, göstericilerin çoğunlukla ergin olmayan yaştaki çocuklar olduğunu, bu göstericilerin bazılarının yüzlerinin kapalı olduğunu ve güvenlik kuvvetlerine doğru taş atıklarını görmekteyiz (yukarıdaki paragraf 22). Bu davanın şartlarında Mahkeme, göstericilerin dağıtılması için gözyaşartıcı gaz kullanma konusunda, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında hiçbir sorunun olmadığı görüşündedir; bu duruma başvuru tarafından itiraz edilmemektedir.

42. Ancak halihazır dava, göstericilere (*Çiloğlu ve diğerleri* ve *Oya Ataman*, yukarıda adı geçen kararlar) veya güvenlik kuvvetleri tarafından etkisiz hale getirilen şahıslara karşı gözyaşartıcı gaz veya sprey kullanılmasının etkileri ile ilgili Mahkeme'nin daha önce incelediği kararlardan önemli ölçüde farklılık göstermektedir (*Ali Güneş ve Petruş Iacob*, yukarıda adı geçen kararlar). Gerçekten de, bu davada sadece « gözyaşartıcı gazın » kullanılması söz konusu değildir ama, göstericilere doğru gözyaşartıcı merminin atılması söz konusudur. Gaz tüfeğinin uygun bir şekilde kullanılmaması durumunda, bir tüfek yardımıyla

bir merminin atılması, bu davada olduğu gibi, ağır yaralamalara, hatta ölümlere neden olabilmektedir.

43. Bu nedenle, kullanılan maddenin tehlikeli olması dikkate alındığında Mahkeme, potansiyel anlamda ölümcül güç kullanımı ile ilgili içtihadın bu davada *mutatis mutandis* uygulanması gerektiği kanaatinde. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında devlet görevlilerinin eylemlerinin kurallarla düzenlenmemesinin ve keyfilikten arındırılmamasının insan haklarına etkili bir şekilde saygı duyulması ile uyumsuz olduğunu açıkça belirtmiştir (*Makaratzis-Yunanistan* [BD], no 50385/99, § 58, CEDH 2004 XI). Aynı durum Sözleşme'nin 3. maddesi için de geçerlidir. Bu durum, - gözyaşartıcı gaz mermilerinin atılması dahil olmak üzere - polis operasyonlarına sadece ulusal hukuk tarafından izin verilmesinin yeterli olmadığı ama aynı zamanda, bu operasyonların hukuk ile yeterli bir şekilde, keyfiliğe, güç kullanımının kötüye kullanılmasına ve kaçınılmaz kazalara karşı yeterli ve etkili güvenceler ile sınırlandırılması gerektiği anlamına gelmektedir.

Bu nedenle Mahkeme şu anda, polislerin eylemlerinin yeterli güvencelerle kuşatılıp kuşatılmadığını ve başvurucuya doğru gaz mermisinin atılmasının 3. maddenin zorunlulukları ile uyumlu olup olmadığını incelemek zorundadır.

44. Mahkeme, Hükümete ve başvurucunun şikayeti üzerine soruşturmayı yapan savcıya göre, başvurucunun bir terörist örgüt lehine slogan atarak ve polislere doğru taş, sopa ve Molotof kokteylleri atarak söz konusu gösteriye aktif bir şekilde katıldığını gözlemlemektedir. Başvurucu bu teze itiraz etmektedir.

45. Mahkeme, her ne kadar video kayıtlarında başvurucuyu göstericiler arasında görsel bile, - Ağır Ceza Mahkemesi savcısının da kabul ettiği gibi (yukarıdaki paragraf 20) - kendisinin gösteriye katıldığını kesin bir şekilde tespit etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Her halükarda, Mahkeme'nin gözünde bu durum, bu davanın şartlarında belirleyici değildir çünkü, başvurucunun olayın meydana geldiği yerde bulunduğu ve olaylar sırasında bir polis tarafından göstericilere doğru bir gaz mermisinin kendisine isabet ettiğine itiraz edilmemektedir.

46. Savcılık önünde başvuru, doğrudan atışın söz konusu olduğunu söylemiş (yukarıdaki paragraf 10) ve omuzda taşınan bir nesne yardımıyla kendisine doğru polislerin ateş ettiğini belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 10 ve 13).

47. Mahkeme, Cumhuriyet Savcısının takipsizlik kararında, başvuru aktif olarak katıldığı gösteride yaralandığını belirtmekle yetindiğini ifade etmektedir. Savcı, merminin atılma şeklini inceleme gereği duymadan, polislerin göstericileri dağıtmak amacıyla gözyaşartıcı mermi atıklarını kaydetmiştir. Mahkeme için, başvuru gösteriye katılıp katılmadığı sorunundan bağımsız olarak, bu yaklaşım, gaz mermisinin doğrudan doğruya burnuna denk gelmesi yönündeki başvuru şikayeti karşısında açıkça yetersiz görünmektedir; kaldı ki olay birçok kişinin geçtiği büyük bir bulvarda meydana gelmiştir (yukarıdaki paragraf 22) ve buradan geçen şahıslar potansiyel anlamda hedef olma riski altındaydılar.

48. Bu bağlamda, video kayıtlarından hareketle, her ne kadar gaz mermisinin nasıl sıkıldığını açıkça görmek mümkün değilse de, merminin bıraktığı etki ve meydana getirdiği yaralar dikkate alındığında Mahkeme, başvuru da teyid ettiği gibi, yakın ve düz bir atışın söz konusu olduğunu, havaya doğru bir atışın söz konusu olmadığını gözlemlemektedir. Özellikle bir bilirkişi marifetiyle atış biçimini ortaya koymak için gerekli araştırmaları yapmak Hükümete aittir. Başvuru tezini çürütmeye imkan verecek bir unsurun Hükümet tarafından öne sürülmemesinden dolayı Mahkeme, bu atışın yakın ve düz bir atış olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme için, bir tüfek yardımıyla bir gaz mermisi ile yakın ve düz bir atış yapılması, yeterli bir polis eylemi olarak kabul edilememektedir çünkü, böyle bir atış ağır, hatta ölümcül yaralamalara neden olabilmektedir. Buna karşın, havaya ateş etme, genel olarak, uygun bir yöntem olarak kabul edilmektedir çünkü böyle bir atış, etki durumunda şahısların yaralanmasına veya ölmesine neden olmamaktadır.

49. Ayrıca Mahkeme, olayların olduğu dönemde, Türk hukukunun gösteriler sırasında gözyaşartıcı gaz mermilerinin kullanımını düzenleyen herhangi bir özel düzenlemeye sahip olmadığını ve bunların kullanılma şekli konusunda hiçbir talimat vermediğini gözlemlemektedir. 28 ve 31 Mart 2006 tarihlerinde Diyarbakır'da meydana gelen olaylar-

da iki kişinin gözyaşartıcı mermi gazından dolayı hayatını kaybetmesi ve başvurunun yaralanması dikkate alındığında, polislerin büyük bir otonomi içinde hareket ettikleri ve tahmin edilmeyecek kadar geniş bir insiyatif aldıkları sonucuna varabiliriz. Eğer polisler yeterli bir formasyondan ve talimatlardan faydalansaydılar, muhtemelen böyle bir durum söz konusu olmayacaktı. Mahkeme için böyle bir durum, Avrupa'da modern demokratik toplumlarda istenen, şahısların vücut bütünlüklerinin yeterli derecede korunması imkanını sunmamaktadır.

50. Yukarıda belirtilen tespitler ışığında, yukarıdaki şartlarda başvurunun mağdur olduğu güç kullanımının, Sözleşme'nin 3. maddesinin zorunlulukları dikkate alındığında, duruma uygun ve barışçıl olmayan gösteriyi dağıtma meşru amacı ile orantılı bir cevap olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, başvurunun başından aldığı yaraların ağırlığı, polisler tarafından başvurunun davranışlarının haklı kıldığı güç kullanımına denk düşmemektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Zülcihan Şahin ve diğerleri-Türkiye*, no 53147/99, § 54, 3 Şubat 2005).

51. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

52. Mahkeme, başvurunun soruşturmanın yetersizliğinden de şikayet ettiğini gözlemlemektedir. Mahkeme bu konuda, kullanılan gücün gerekliliği ve orantılılığı ile ilgili analizinde, başvurunun iddiaları karşısında savcılığın davranışlarının açıkça hatalı olduğu hususunu dikkate aldığını belirtmektedir (yukarıdaki paragraf 47). Sonuç olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin prosedür ile ilgili kısmını incelemek gerekmemektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI ÜZERİNE

53. Sözleşme'nin 41 ve 46. maddeleri şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 41

« Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. »

Madde 46

« 1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. »

A. Zarar

54. Başvurucu, maruz kaldığını belirttiği maddi ve manevi zarar ile ilgili olarak 20.000 euro (EUR) talep etmektedir. Bu konuda, olayların meydana geldiği dönemde onüç yaşında olduğunu ve yaralarının günlük yaşantısı için orta düzeyde bir zarar oluşturduğunu savunmaktadır. Başvurucu burnundan ameliyat olduğunu ve halen tıbbi bir tedavi altında olduğunu ifade etmektedir. Başvurucu, konu ile ilgili doktor raporları ve resimleri içeren bir CD sunmaktadır.

55. Hükümet başvurucu tarafından talep edilen miktarlara itiraz etmektedir.

56. Elindeki tüm unsurları dikkate alan ve adalete uygun karar veren Mahkeme, tüm zararlar için başvurucuya toplamda 15.000 EUR ödemesi gerektiğini belirtmektedir.

B. Yargılama giderleri ve masraflar

57. Başvurucu ayrıca Mahkeme önünde yapılan yargılama giderleri ve masraflar için 9.723 EUR talep etmektedir. Kendi avukatı tarafından yapılan harcanılan zaman cetvelini sunmuştur.

58. Hükümet bu talebe itiraz etmektedir.

59. Mahkeme içtihatlarına göre, istenen yargılama giderlerinin ancak gerçek olması, gerekli olması ve miktarlarının makul olması durumunda bir başvurucuya ödemesi söz konusu olabilmektedir. Bu davada, elindeki belgeleri ve kendi içtihadını gözönünde bulunduran Mahkeme tüm harcamalar ve masraflar için 5.000 EUR'nun makul olduğuna karar vermektedir.

C. Gecikme faizi

60. Mahkeme gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğu kanaatindedir.

D. Madde 46

61. Mahkeme ayrıca, bu davada başvuruçunun maruz kaldığı güç kullanımının, Sözleşme'nin 3. maddesinin zorunlulukları dikkate alındığında, duruma uygun bir cevap olmamasından dolayı Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verdiğini belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde Türk hukukunun gösteriler sırasında gözyaşartıcı gaz mermilerinin kullanımını düzenleyen herhangi bir özel hüküm içermediğini ve bunların kullanılma şekli konusunda güvenlik kuvvetlerinin dikkatine sunulacak hiçbir talimatın olmadığını tespit etmiştir (yukarıdaki paragraf 48). Mahkeme 15 Şubat 2008 tarihinde (yukarıdaki paragraf 28), tüm güvenlik birimlerine gaz kullanımını düzenleyen bir genelge gönderildiğini kaydetmektedir. Ancak Mahkeme, gözyaşartıcı mermilerin kullanılmasına bağlı olan ölüm ve yaralanma riskini en asgari düzeye indirmek için, yukarıdaki 48. paragrafta belirtilen ilkelere uygun olarak, daha detaylı bir şekilde yasal ve düzenleyici belgelerin kabul edilmesi yoluyla, gözyaşartıcı mermilerin iyi bir şekilde kullanımı konusundaki güvenceleri güçlendirmek gerektiği kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabuledilebilirliğine ;
2. Sözleşme'nin 3. maddesinin maddi kısmının ihlal edildiğine ;
3. Sözleşme'nin 3. maddesinin prosedür ile ilgili kısmının ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;
4.
 - a) Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde Savunmacı Devletin, ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Türk lirasına çevrilerek aşağıdaki miktarları başvuruçuya ödemesine:

i) 15.000 EUR (onbeş bin euro), tüm zararlar için, bu miktara yansıtılabilecek her türlü vergi ile birlikte başvurucuya ödenmesine ;

ii) 5.000 EUR (beş bin euro), yargılama giderleri ve masraflar için, bu miktara yansıtılabilecek her türlü vergi ile birlikte başvurucuya ödenmesine;

b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden, ödeme gününe kadar geçen süre için, yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

5. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine

Karar vermektedir.

İçtüzüğün 77 §§ 2 ve 3 hükümleri uyarınca Fransızca hazırlanan bu karar, 16 Temmuz 2013 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

Şerife Yiğit / Türkiye Davası

■ Çeviren: Serkan CENGİZ*

Şerife Yiğit / Türkiye davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

Jean-Paul Costa (Başkan),
Christos Rozakis,
Nicolas Bratza,
Peer Lorenzen,
Josep Casadevall,
Corneliu Bîrsan,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
Sverre Erik Jebens,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Luis López Guerra,
Nona Tsotsoria,
Ann Power,
Işıl Karakaş, *Hakimler*
ve Vincent Berger, Hukuki Danışman

'dan müteşekkil heyet olarak, 16 Aralık 2009 ve 8 Eylül 2010 tarihlerindeki kapalı oturumlarda müzakerede bulunmuş olup, ikinci müzakere tarihinde kabul etmiş olduğu aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Bu dava, Türk vatandaşı olan Bayan Şerife Yiğit (başvurucu) tarafından 6 Aralık 2004 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin ("Sözleşme")

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

34. maddesi uyarınca, Türkiye aleyhine yapılmış olan başvurudan (no.3976/05) kaynaklanmaktadır.

2. Adli yardım almasına izin verilen başvurucu sırasıyla Diyarbakır ve Hatay'da avukatlık yapan Bay M.S.Tanrıkulu ve Bay N. Kırık tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti kendi ajanı tarafından temsil edilmiştir.

3. Eşiyle "imam nikâhlı" olarak yaşamış ve ondan 6 çocuk dünyaya getirmiş olan başvurucu, Sözleşme'nin 8 maddesine dayanarak eşinin 2002 yılında vefat etmesinden sonra eşinin hak sahibi olduğu emekli maaşı ve sağlık sigortasından, aralarındaki ilişkiden doğan çocuklardan farklı olarak, aralarındaki ilişkinin ilgili mevzuat ve mahkemeler tarafından tanınmamış olması nedeniyle yararlanma talebinde bulunamadığını iddia etmiştir.

4. Başvuru Mahkemenin İkinci Bölümüne tevzii edilmiştir (İç Tüzük m.52/1). 20 Ocak 2009 tarihinde Farnçoise Tulkens, İreneu Cabral Barreto, Vladimiro Zagrebelsky, Danute Jociene, Dragoljub Popovic, Andras Sajo ve Işıl karakaş ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Sally Dolle'den oluşan Daire, 4'e karşı 3 oyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

5. 14 Eylül 2009 tarihinde, başvurucunun 7 Nisan 2009 tarihli talebini takiben, Büyük Daire'ye bağlı panel Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca başvurunun Büyük Daire'ye havale edilmesine karar vermiştir.

6. Büyük Daire'nin ne şekilde oluşacağına Sözleşme madde 27/2-3 ve İç Tüzük madde 24 uyarınca karar verilmiştir.

7. Başvurucu ve Hükümet esasa dair yazılı görüşlerini sunmuşlardır.

8. 16 Aralık 2009 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda bir duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m.59/3).

Duruşmaya Katılanlar:

(a) Hükümet adına

Bay Ş.AKİPEK
Hukuk Müşaviri
Bay M.ÖZMEN

Yrd. Hukuk Müşaviri
Bayan A.EMÜLER
Bayan M. AKSEN
Bay T.AŞKIN
Danışmanlar;

(b) Başvurucular adına

Bay M.S.TANRIKULU
Bay N.KIRIK
Avukat
Bay İ.SEVİNÇ
Danışman

Mahkeme Bay Kırık, Bay Tanrıkulu, Bayan Akipek ve Bay Özmen'i dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

9. 1954 yılında doğan başvuru İslahiye'de yaşamaktadır.

10. Başvuru, bir çiftçi olan ve 6 çocuğa sahip olduğu partneri Ömer Koç (Ö.K) ile 1976 yılında dini bir merasimle evlenmiştir. Ö.K, 10 Eylül 2002 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Başvuru, partneriyle resmi nikah hazırlıkları yaparken, bir hastalığın akabinde partnerinin hayatını kaybettiğini ifade etmiştir.

A. Yerel Mahkeme Önündeki Yargılama

11. Başvuru 11 Eylül 2003 tarihinde kendisi ve babasının nüfus kaydına giriş yapılmasını amaçlayan kızı Emine adına İslahiye Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bir dava açmıştır. Başvuru, Ö.K ile yapmış olduğu dini evliliğin tanınmasını ve kızının merhumun kızı olarak nüfus kayıtlarına kaydedilmesini talep etmiştir.

12. Asliye Hukuk Mahkemesi 26 Eylül 2003 tarihli kararıyla başvurunun dini evliliğin tanınmasına ilişkin talebini reddetmiş, buna karşın Emine'nin nüfus kayıtlarına Ö.K'nın kızı olarak kaydedilmesi talebini kabul etmiştir. Herhangi bir temyiz olmaması nedeniyle karar bu haliyle kesinleşmiştir.

B. İş Mahkemesi Önündeki Yargılama

13. Tarihi belirli olmayan bir taleple başvuru Hatay Bağkur İl Müdürlüğü'nden kendisi ve kızı Emine'ye (eski partnerinin hak sahipliğine dayanarak) dul ve yetim maaşı bağlanmasını ve sağlık sigortasından yararlandırılmalarını talep etmiştir. Bağkur bu talebi reddetmiştir.

14. Başvuru 20 Şubat 2003 tarihinde bu kararın iptali amacıyla İslâhiye İş Mahkemesi'ne başvurmuştur. İslâhiye İş Mahkemesi 20 Mayıs 2003 tarihinde yetkisiz olduğu, davanın Hatay İş Mahkemesi tarafından görülmesi gerektiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

15. Hatay İş Mahkemesi, İslâhiye İş Mahkemesi'nin hükmüne dayanarak, başvuru Ö.K ile evliliğinin geçerli olamayacağına hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme evliliğin hukuken tanınmamış olması nedeniyle başvuru, merhumun haklarına mirasçı olamayacağına hükmetmiştir. Hal böyle olmakla birlikte mahkeme Bağkur kararının Emine'yle ilgili olan kısmını iptal ederek, babasının hak sahipliği temelinde onun lehine yetim maaşı ve sağlık sigortası tesis edilmesine karar vermiştir.

16. Başvuru 10 Şubat 2004 tarihinde kararı temyiz etmiştir. Başvuru nüfus müdürlüğündeki ilgili kaydın, kendisinin Kerküt köyüne kayıtlı olan Ö.K'nın karısı olduğunu ortaya koyduğunu ileri sürmüştür. Başvuru örf ve âdete uygun olarak 1976'da evlendiğini açıklamıştır. İlk 5 çocuk 1985 yılında babalarının nüfusuna kaydedilmiştir, son çocuk olan ve 1990 yılında doğan Emine ise annesinin nüfusuna 2002 yılında kaydedilmiştir. Başvuru, altı çocuğunun aksine, vefat eden partnerinin hak sahipliği temelinde dul maaşı ve sağlık güvencesinden yararlanma talebinde bulunmadığını iddia etmiştir.

17. Yargıtay 28 Haziran 2004 tarihinde başvurucuya tebliğ edilen 3 Haziran 2004 tarihli kararıyla söz konusu kararı onamıştır.

II. KONUYLA İLGİLİ ULUSAL HUKUK VE UYGULAMA

A. Yasal Düzenlemeler

1. Medeni Kanun

18. Medeni Kanununun 134. maddesi şöyledir:

"Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar.

Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır."

19. Medeni Kanun'un 135 ve 144 arasındaki madde hükümleri kadın ve erkek arasındaki evlilik akdine ilişkin esasa ve usule dair hükümler ihtiva eder.

20. Madde 143 hükmü şöyledir:

"Evlenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir. Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz. Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir."

21. Yoksulluk ödemelerine ilişkin Medeni Kanunun m. 176/3 hükmü bir defaya mahsus veya düzenli aralıklarla yapılan ödemeler biçiminde gerçekleşen yoksulluk nafakasının, hak sahibinin tekrar evlenmesi veya taraflardan birinin ölmesi veya nafaka alacaklısının resmi evlilik dışında fiili bir evlilik yaşamı sürdürmesi, ekonomik ihtiyaç içinde olmaması veya ahlaka aykırı bir hayat sürmesi durumlarında sona ereceği hükmünü taşımaktadır.

2. Ceza Kanunu

22. Ceza Kanunu'nun 230.maddesinin 6.paragrafı şöyledir:

"Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir."

3. Borçlar Kanunu

23. Borçlar Kanunu'nun 43.maddesi koşullara ve kusurun ciddiyetine bağlı olarak belirlenen tazminat meselesini düzenlemektedir. 45.madde ölümü müteakiben meydana gelen zararlara ilişkin hükmedilen tazminatı düzenlemektedir. Ölümün sonucu olarak, ekonomik destekten yoksun kalanlar lehine, gelir kaybı nedeniyle tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

4. Sosyal Güvenlik Yasası

24. Sosyal Güvenlik Yasası'nın (Kanun no:506) 23. maddesinin b ve c fıkralarında (medeni kanuna uygun evliliğin akdedildiği durumlarda) eşin ölümü durumunda maaş bağlanabilecek kişileri belirtmiştir.

25. Genel Sağlık ve Sosyal Güvenlik Yasası'nın (Kanun no: 5510) 32-34 maddeleri (Medeni Kanuna uygun bir evliliğin akdedildiği durumlarda) kişilerin merhum eşleri dolayısıyla dul maaşı bağlanması talebinde, bulunabilme ve bağlanacak maaşın hesaplanma şartlarını düzenlemektedir.

5. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 27 Ekim 2004 tarihli 5251 sayılı Yasa

26. Bu yasanın amacı kadınların sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal haklarını korumak, kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığa karşı mücadele etmek ve onların eğitim seviyelerini yükseltmektir.

6. Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik Ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline İlişkin 8 Mayıs 1991Tarihli 3716 Sayılı Yasa

27.Başlığın ortaya koyduğu üzere bu yasa resmi nikaha dayalı evlilik içinde veya böyle bir evliliğin dışında doğan çocukların nüfus kütüğüne anne veya babaları adına kaydı ve ebeveynleri resmi nikah akdetmemiş olan çocukların durumlarının düzenlenmesiyle ilgilidir. 8 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun evlilik içinde veya dışında doğan çocuk ayrımı yapmamaktadır.

B. İçtihat

1. Yargıtay

28. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 28 Mayıs 2007 tarihinde (E.2007/289, K.2007/8718), iş kazası nedeniyle partneri hayatını kaybeden dini nikahlı eşe Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri gereğince tazminat ödenmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

29. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 11 Eylül 1990 tarihli kararıyla

(1990/4010 E, 1990/6972 K), iş kazası nedeniyle hayatını kaybeden erkeğin dini nikahlı eşine tazminat ödenmesine hükmeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Evliliğin hukuki bir kurum olduğunu, karşı cinsten iki kişinin dine dayalı birlikteliğinin evlilik olarak kabul edilemeyeceğini, Sosyal Güvenlik Yasası'nın m.23/c ve b hükümlerinin evlilik veya diğer birlikteliklerden doğan çocuğa tazminat ödenmesini garanti altına aldığı yineleyen Yargıtay, iş kazasını müteakiben çocukların sosyal güvenlikten yararlanma hakları olduğu, buna karşın babanın partnerinin böyle bir hakkı olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay, konuyla ilgili yasal mevzuatın olmaması nedeniyle, sosyal güvenlik kurumunun partnerinin ölümünden sonra yanlışlıkla kendisine ödeme yapılan kadına, yapılan ödemeleri iadeye mecbur tutabileceğine hükmetmiştir.

30. Yargıtay 3.Hukuk Dairesi 11 Aralık 2003 tarihli kararıyla (2003/14484 E, 2003/14212 K), Medeni Kanun madde 176/3'e dayanarak kadının evlilik cüzdanı olmaksızın başka bir erkekle fiilen evlilik hayatı sürdürdüğü ve çiftin bir çocuk sahibi olduğu, dolayısıyla eski kocanın eski karısına nafaka ödemek zorunda olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

31. Yargıtay 4.Ceza Dairesi 6 Haziran 2000 tarihli kararıyla (2000/3127 E., 2000/4891 K.) Medeni Kanuna göre resmi nikahın akdedildiğini kanıtlayan evlilik cüzdanını kontrol etmeksizin dini nikah kıyan imamın beraatine karar veren ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

2. Danıştay

32. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 17 Ekim 1997 tarihli kararıyla (1995/79 E., 1997/479 K.) imam nikahına dayalı bir birliktelikte, çocuklar açısından baba ve kadın açısından eş olan kişinin taksirle öldürülmesinden sonra (bir gösteri sırasında ateşlenen polis kurşunları nedeniyle) hayatta kalan partner ve çocuklar lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını onanmış, dolayısıyla da aynı yargılama kapsamında Danıştay 10.Dairesinin kararını bozmuştur. Danıştay, söz konusu davanın hayatta kalan partner tarafından kendi ve dini nikaha dayalı bu ilişkiden doğan dört çocuğu adına, erkeğin ölümünü müteakiben, çocuklar ve annelerinin erkeğin

ekonomik katkısından yoksun kaldıktan sonra açıldığını tespit etmiştir (destekten yoksun kalma tazminatı). Her ne kadar iç hukuk böyle bir birlikteliğe koruma sağlamasa veya bu birlikteliği geçerli hale getirmese de çift, nüfus kayıtlarında ebeveyn olarak kendi adlarına kaydettirdikleri çocuklara sahip olmuş ve merhum ekonomik olarak aileye katkı sağlamıştır.

33. Dini evliliğe dayanan birlikteliğin sosyal bir gerçeklik olması nedeniyle, dini nikahlı partnerin ölümü durumunda kadınlar lehine tazminata hükmedilmesi hususunda mahkemeler iki hukuki sorumluluk prensibi uygulamaktadırlar.

(a) Borçlar Kanunu madde 43 ve 44 temelinde maddi ve manevi zararlara dair tazminat (maddi ve manevi tazminat)

(b) Borçlar Kanunu madde 45 temelinde ölümü müteakiben yoksun kalınan mali destek tazminatı (destekten yoksun kalma tazminatı)

34. Medeni Kanun madde 176/3 hükmünün özel muhtevası bağlamında, mevzuat hükmü resmi nikah akdetmeksizin fiilen karı koca olarak birlikte yaşayan çiftlere atıfta bulunmaktadır. Uygulamada bunun anlamı dini evliliklerdir ve düzenlemede öngörülen durumlarda (bkz. yukarıda paragraf 21) bir tarafın nafaka ödemeye devam etmesine dair herhangi bir yükümlülük mevcut değildir. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay eşcinsel veya zina mahiyetindeki ilişkilerde yukarıdaki paragrafın atıfta bulunduğu iki tazminat türüne birlikteliğin ahlaka aykırı olması nedeniyle hükmetmemektedir (Örneğin bkz. Yargıtay 21 Hukuk Dairesi'nin 11 Ekim 2001 tarih ve 2001/6819 E., 2001/6640 K. sayılı kararı).

35. Yasal mevzuat resmi nikaha dayalı evlilik dışındaki bir birliği veya her türlü karşıt veya eşcinsel birlikte yaşama biçimini tanımamaktadır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda ifade edilen ve uygulanan genel ilkeler, dolaylı olarak veya fiili olarak dini evliliğin tanınması şeklinde yorumlanamaz. Her ne kadar yerel mahkemeler hayatta kalan partnerler lehine genel hukuki sorumluluk ilkeleri temelinde tazminata hükmetmeler de (ki bu durum sosyal güvenlik veya resmi nikahı düzenleyen prensiplerle eş tutulamaz), ölen partnerin hak sahipliğine dayanarak dulluk maaşına ve sosyal güvenlik ödentilerine asla hükmetmemişlerdir.

C. Davanın Arka Planı

1. Tarih

36. İslam hukuku dini bir evlilik için iki erkek şahidin veya bir erkek iki kadın şahidin huzurda bulunmasını gerektirir. Evlilik, dini bir görevlinin (imam veya eşdeğeri) huzurda bulunmasına veya resmi bir belgenin düzenlenmesine gerek duyulmaksızın çiftin tanıklar huzurunda karşılıklı olarak yemin etmesiyle akdedilir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde sünni mezhebinin dini karar makamı olan Şeyhülislam tarafından alınan bir karar sonrasında bir imam ya da kadının huzurda bulunması tüm dini evlenme merasimleri açısından zorunlu hale getirilmiştir. Bu uygulama oldukça yaygın bir şekilde kabul görmüştür ve günümüzde imamın huzurda bulunması gerekmektedir. Müslüman evlilikleri mehir olarak adlandırılan maddi bir unsurda ihtiva etmektedir.

37. İslam hukuku bazı özel koşullar dışında (kocanın ölmesi gibi) bir evliliğin sona erdirilmesine dair tek yolun boşanma olduğunu kabul etmektedir. Bu, karısını reddeden ve dolayısıyla da evlilik bağını sona erdiren kocanın tek taraflı eyleminden ibarettir. Bu eylem, kocanın açık bir şekilde söz konusu kelimeleri üç defa karısına söyleyerek karısını boşamasını gerektirir (örneğin "seni boşuyorum" veya "boş ol").

2. Cumhuriyet

38. Türk Cumhuriyeti laik temelde tesis edilmiştir. 29 Ekim 1923'teki Cumhuriyet'in ilanının öncesi ve sonrasındaki bir dizi reformlar sonucunda kamusal ve dini alanlar ayrılmıştır. 3 Mart 1923 tarihinde hilafetin kaldırılması; 10 Nisan 1928 tarihinde İslam'ın devletin dini olduğunu belirten anayasa hükmünün kaldırılması ve son olarak 5 Şubat 1937 tarihinde Anayasa'da değişiklik yapılarak laiklik prensibinin anayasal statü olarak düzenlenmesi (bkz. 1924 Anayasası'nın 2. maddesi 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddeleri). Laiklik prensibi Osmanlı toplumundaki 19.yüzyıl ile Cumhuriyetin ilanı arasında yaşanan gelişmelerden esinlenmiştir (bkz. Leyla Şahin [BD],no. 44774/98, para.30-32, ECHR 2005 XI).

39. Medeni Kanun'un en temel başarılarından birisi dini evlilikler öncesinde resmi nikah merasimini zorunlu kılarak kadınlar ve erkekler arasında tek eşliliğe dayalı zorunlu resmi evlilik akdini getirmesidir.

8 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun evliliğin dışında, başka bir biçimde birlikte yaşamayı düzenlememektedir. Ulusal Meclis bu alanda herhangi bir yasal düzenleme yapmamayı tercih etmiştir.

3. Diyanet İşleri Başkanlığı

40. Diyanet İşleri Başkanlığı'na göre, Başkanlık tarafından tayin edilen imamların açık bir şekilde gelecekteki eşlerin (kadın/koca) nüfus müdürlüğü kayıtlarında evli olduğunu teyit etmesi gerekmektedir. Başkanlık tarafından görevlendirilen imam huzurundaki "dini" مراسم çok az önem arz eden basit bir formalitedir. Resmi nikâha dayalı evlilik, dini evliliğin önüne geçmektedir.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

41. Karşılaştırmalı hukuk çalışmasında incelenen 36 ülkenin on dördü (Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Malta, Polonya, Portekiz, İspanya ve Birleşik Krallık) çeşitli biçimlerde dini evliliği tanımaktadır. Dini evliliklerin özellikle tanınmadığı ve birlikte yaşamayla aynı şekilde değerlendirilmediği ülkeler şöyledir: Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna ve Hersek, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Moldova, Monako, Hollanda, Romanya, Sırbistan, Slovenya, İsviçre, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Makedonya ve Ukrayna.

42. İnceleme altındaki ülkelerden dördü (Fransa, Yunanistan, Portekiz ve Sırbistan) açık bir şekilde birlikte yaşamayı tanımaktadır. Her ne kadar bu düzenlemeler diğer ülkelerde açık bir şekilde kabul edilmemiş olsa da, belirli ölçüde hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Macaristan, İtalya, Hollanda, Slovenya ve İsviçre'de durum böyledir. Hal böyle olmakla birlikte ülkelerin çoğunluğu birlikte yaşamı tanımamaktadırlar (Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Kıbrıs, Estonya, Finlandiya, Gürcistan, Almanya, İrlanda, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova, Monako, Polonya, Romanya, Makedonya, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Ukrayna ve Birleşik Krallık).

43. 24 ülke (Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna

Hersek, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, Lüksemburg, Moldova, Monako, Hollanda, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsviçre, Makedonya, Eski Yugoslavya Cumhuriyeti ve Ukrayna) ulusal mevzuat hayatta kalan eşe, bazı koşullar çerçevesinde ve merhum kişinin sosyal güvenliğe dair hak sahipliği temelinde, yararlanma talebinde bulunmasına imkan vermektedir. Bu ülkelerden sadece altısı (Avusturya, Belçika, Fransa, Macaristan, Hollanda ve İspanya) bu hakları birlikte yaşam sürme halini kapsayacak şekilde genişletmiştir. Avrupa Konseyi üye devletlerinin pek çoğunda sadece resmi nikahla evlilik akdetmiş olan çiftler, partnerinin ölümü durumunda onun sağlık sigortasından faydalanmaya hak kazanırken, birlikte yaşayan çiftlerde bu mümkün olmamaktadır.

44. Danimarka, Macaristan, Hollanda, Portekiz, Slovenya ve İspanya'da bazı koşullarda birlikte yaşayan çiftlerden hayatta kalan partnere dul maaşı bağlanabilmektedir. Hayatta kalan eşe maaş bağlamanın mevcut olduğu ülkelerin büyük bir çoğunluğunda birlikte yaşayanlar maaş alma hakkına sahip değildir.

HUKUK

I. HÜKÜMET'İN İLK İTİRAZI

A. DAİRE KARARI

45. Hükümet Daire önündeki yargılamada iç hukuk yollarının tükenmediği itirazında bulunmuştur. Hükümet, başvurunun vefat eden eşiyile yapmış olduğu dini evliliğin tanınması talebiyle İslahiye Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açtığına işaret etmiştir. Başvurunun davası mahkeme tarafından reddedilmiş ve başvuru bu kararı temyiz etmemiştir.

46. Daire, aşağıdaki gerekçeyle Hükümet'in ilk itirazını reddetmiştir:

"19. Mahkeme başvurunun ölen partnerinin emekli maaşı ve sağlık sigorta hakkına ilişkin başvurusunun Hatay İş Mahkemesi tarafından 21 Ocak 2004 tarihinde reddedildiği yakınmasında bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu karar Yargıtay tarafından 3 Haziran 2004 tarihinde onanmış, onama kararı 28 Haziran 2004 tarihinde

başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu 6 Aralık 2004 tarihinde yani Sözleşme'nin 35.maddesinin 1. paragrafı tarafından belirlenmiş olan 6 aylık süre içerisinde başvurusunu Mahkemeye sunmuştur. Dolayısıyla, Hükümet'in itirazının reddedilmesi gerekmektedir."

B. Tarafların Sunumları

47. Hükümet aynı ilk itirazı Büyük Daire önünde de yinelemiştir.

48. Başvurucu, partnerinin hak sahipliği temelinde dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentileri için ulusal mahkemelere başvurduğunu, talebinin reddedildiğine dikkat çekerek iç hukuk yollarının tüketildiğini ileri sürmüştür.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

49. Mahkeme, partnerinin ölümünü müteakiben nüfus kayıtlarındaki bilginin düzeltilmesi, dini evliliğinin tanınması ve kızının, ölen partnerinin kızı olarak nüfusa kaydedilmesi amacıyla başvurunun ilk olarak İslahiye Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurduğunu gözlemektedir. Başvurucu sonrasında vefat eden partnerinin hak sahipliğine dayanarak dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentileri elde edebilmek için bu kez Hatay İş Mahkemesi'ne dava açmıştır. Dolayısıyla dava konusu ödentileri elde edememesinden şikayet eden başvuru, kararı Yargıtay tarafından onanan Hatay İş Mahkemesi nezdinde mevcut olan uygun iç hukuk yolunu, her ne kadar davası reddedilse de, kullanmıştır. Hatay İş Mahkemesi'nin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.

50. Dolayısıyla Büyük Daire, Daire'nin vardığı sonuçla hemfikirdir. Büyük Daire, etkin ve elverişli olması muhtemel olan bir iç hukuk yolunun tüketilmesinin zorunlu olduğunu, bir iç hukuk yolunun tüketildiğinde temel olarak aynı amaca haiz başka bir iç hukuk yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını yinelemiştir. (bkz. *Kozacıoğlu / Türkiye* [BD], no. 2334/03, para. 40, AİHM 2009 ..., ve *Micallef / Malta* [BD], no. 17056/06, para. 58, AİHM 2009 ...). Büyük Daire devamında Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediği hususundaki itirazının reddedilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir.

II. BAŞVURUCUNUN ŞİKAYETİNİN MUHTEVASI

51. Büyük Daire, Daire'nin başvurunun yakınmasını sadece

Sözleşme'nin 8.maddesi açısından incelemiş olduğunu gözlemlemektedir. Hal böyle olmakla birlikte Büyük Daire, önüne gelen davalara ilişkin yargılama yetkisi kapsamının sadece Daire'nin kabul edilebilirlik hakkındaki kararıyla sınırlı olduğunu yinelemektedir (bkz. *Perna / İtalya* [BD], no. 48898/99, para. 23, AİHM 2003 V, ve *Azinas / Kıbrıs* [BD], no. 56679/00, para. 32, AİHM 2004 III). Bu sınırlılık içerisinde, Büyük Daire yargılama sırasında ortaya çıkmış her türlü hukuki ve maddi meseleyi ele alabilir (bkz. *Powell ve Rayner / Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1990, para.29, Seri A no. 172; *Philis /Yunanistan* (no. 1), 27 Ağustos 1991, para. 56, Seri A no. 209; *Guerra ve Diğerleri/İtalya*, 19 Şubat 1998, para. 44 *Kararlara Dair Raporlar Judgments ve Decisions* 1998 I; ve *Scoppola / İtalya* (no. 2) [BD], no. 10249/03, para.48, AİHM 2009 ...).

52. Ayrıca davanın olaylarına dair uygulanacak hukukun belirlenmesinde Mahkeme'nin amir durumunda olması dolayısıyla Mahkeme, başvuru veya Hükümet tarafından hukuka dair yapılan sınıflandırmayla bağlı değildir. *Jura novit curia* prensibi vasıtasıyla Büyük Daire örneğin dayanak gösterilmemiş olan maddeler kapsamında şikayetleri değerlendirebilir, hatta Mahkeme bir Sözleşme hükmü altında kabul edilemez olarak ilan ettiği bir yakınmayı başka bir Sözleşme hükmü altında kabul edilebilir ilan edebilir. Bir yakınma sadece dayanılan hukuki gerekçeler veya argümanlarla değil muhtevasında ileri sürülen olaylarla sınıflandırılır (bkz. *Scoppola*, yukarıda değinildi, para. 54; *Powell ve Rayner*, yukarıda bahsedildi, para. 29; ve *Guerra ve Diğerleri*, yukarıda bahsedildi, para. 44). Sözleşmenin 43.maddesi dolayısıyla, Daire tarafından daha önce incelenmiş olan başvurunun, tüm yönlerini ele alan yeni bir karar verilmesi yoluyla başvuru Büyük Daire'ye havale edilmektedir (bkz, diğerlerini yanı sıra, *Göç / Türkiye* [BD], no. 36590/97, para 36, AİHM 2002 V). Büyük Daire iş bu davada aynı yöntemi benimseyebilir.

53. Bu nedenden ötürü Büyük Daire, tarafları sunacakları değerlendirme ve savunmalarda ayrıca müdahalenin, 1 nolu Protokol'ün 1.maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesine uygun olup olmadığı hususuna da değinmeye davet etmiştir. Tarafların sunumları ışığında Mahkeme başvurusunun şikayetinin bu hükümler açısından değerlendirilmesinin gerekli olduğu kanaatindedir.

III. 1 NO'LU PROTOKOL'ÜN 1.MADDESİ İLE BAĞLANTILI OLARAK SÖZLEŞME'NİN 14.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ YAKINMASI

54. Bir önceki paragrafta değinilen davetle bağlantılı olarak başvuru, merhum partnerinin hak sahipliğine dayanan dul maaşı ve sosyal sigorta imkanlarından yararlanmasına ulusal mahkemeler tarafından hükmedilmesinin 1 nolu Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesine ihlal teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

Sözleşmenin 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır"

1 nolu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

A. 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi İle Bağlantılı Olarak 14. maddenin Uygulanabilirliği

55. Sadece Sözleşme ve Protokollerin esasa ilişkin diğer hükümleri tarafından korunan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak bir etkiye sahip olması nedeniyle Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir mevcudiyeti bulunmamaktadır. Maddenin uygulanması bu hükümlerden bir veya daha fazlasının ihlal edilmesini ön şart olarak öngörmemektedir, dolayısıyla bu açıdan bağımsızdır. 14. maddenin uygulanabilir olabilmesi için davanın olaylarının Sözleşme ve Protokollerin ihtiva ettiği

esasa dair başka bir hak kapsamına girmesini gerektirir (bkz. *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], no. 34369/97, para. 40, AİHM 2000 IV, ve *Koua Poirrez / Fransa*, no. 40892/98, para. 36, AİHM 2003 X; bkz. ayrıca *Fretté / Fransa*, no. 36515/97, para. 31, AİHM 2002 I ve o kararlarda bahsedilen içtihatlar).

56. 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilirliği açısından Mahkeme, *Stec ve Diğerleri / Birleşik Krallık* kararında (kabul edilebilirlik hakkında karar) [BD], nos. 65731/01 ve 65900/01, para. 42-56, AİHM 2005 X) bu maddenin Devletleri bir sosyal güvenlik veya emeklilik programı tesis etmeye zorlamadığına hükmetmiştir. Hal böyle olmakla birlikte Sözleşen Devletin ister önceden ödeme yapılması koşuluyla veya koşulsuz olarak, bir refah ödentisine dair yasal mevzuata sahip olması durumunda bu yasal mevzuatın gereğini yerine getirenler açısından 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi kapsamına giren mülkiyet menfaati yaratan bir husus olarak değerlendirilmesi zorunludur.

57. İş bu davada başvuru, merhum partnerinin hak sahipliğine dayanan dul maaşı ve sağlık güvencesinden dini merasimlere uygun olarak evlenen kadın statüsüne sahip olması olarak ifade edilen ayrımcı bir gerekçeyle mahrum bırakılmıştır ve bu mesele başvurucuya göre 14.maddenin kapsamına girmektedir.

58. Mahkeme ulusal sosyal güvenlik mevzuatının sadece Medeni Kanuna uygun olarak evlenen kişilerin vefat eden eşlerinin sosyal güvenlik hak sahipliğini miras yoluyla kazanacağını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinde tanımlanan hukuki sorumluluğa dayanan olağan hukuk temelinde ulusal mahkemelerin yerleşik içtihatlarına göre, Medeni Kanuna uygun bir evliliğin mevcut olmaması durumunda hayatta kalan eş lehine emekli maaşı ve sosyal güvenlik ödentisi hükmedilemeyeceğini gözlemlemektedir. Mahkeme konuyla ilgili kendi içtihatlarına dikkat çekmektedir. Her ne kadar 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi herhangi bir biçimde sosyal güvenlik ödentisi alma hakkını içermese de, bir devletin bir ödenti programı tesis etmeye karar vermesi durumunda, bunun 14. maddeyle bağdaşır bir yöntemle yapılması gerekmektedir (bkz. yukarıda bahsedilen *Stec ve Diğerleri*, para.55). Görülmekte olan bu davada, başvuru merhum partnerinin hak sahipliğine dayanan emeklilik maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerinden Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamına girecek ayrımcı gerekçelerle yararlandırılmadığı yakınmasında bulunmuştur.

59. Sonuç olarak 1 nolu Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi uygulanabilir.

B. 1 Nolu Protokol'ün 1. Maddesiyle Bağlantılı Olarak 14. Maddeye Uygunluk

1. Tarafların Sunumları

(a) Hükümet

60. Hükümet Sözleşme'nin 12. maddesiyle bağdaşır olan evliliğin düzenlenmesinin devletin takdir marjına girdiğine dikkat çekerek başlamıştır. Resmi evlilik Medeni Kanun tarafından açık bir şekilde düzenlenmiştir. Sadece medeni evlilik akdetmiş olan kişiler bağlı haklardan yararlanabilmektedirler. Bu sebepten ötürü başvurunun merhum partnerinin sosyal güvenlik hak sahipliğinden yararlanma talebiyle Hatay İş Mahkemesi'ne açtığı davası reddedilmiştir. Dul maaşına ve sosyal güvenlik ödentilerine hak kazanma Medeni Kanun'un ihtiva ettiği miras kurallarıyla düzenlenmemiştir. Ulusal Sosyal Güvenlik Yasası uyarınca, medeni bir evlilikte hayatta kalan hukuka uygun eş ve çocuklara bu hak sahipliği miras yoluyla intikal eder.

61. İkinci olarak Hükümet Anayasa tarafından güvence altına alınan "laiklik prensibinin" önemini vurgulamıştır. Dini kuralların uygulanmasına hukuki neticeler bağlanması mümkün değildir. Yasa koyucunun amacı dini evlilikleri önlemek ve toplumu inşa eden en önemli yapı olan aileyi korumaktır. Laik bir devlet olarak Türkiye dini evlilikleri tanımamıştır. Erkekte ziyade kadının istihdamda olduğu benzer bir durumda da, kadının ölümü üzerine erkeğe dul maaşı veya sosyal güvenlik ödentisi bağlanmayacaktır. Dini evlilikler, erkekle kıyaslandığında kadını dezavantajlı bir konuma sokmaktadır. Ayrımcılığın önlenmesi, kadınlar ve erkeklere aynı hakların verilmesi amacıyla hukuk, dini evlilikler öncesinde resmi nikahın akdedilmesini zorunlu kılmaktadır. Medeni evlilikleri düzenleyen hukuk evlenme hakkına dair bir sınırlama getirmediği gibi birlikte yaşayan kişileri Medeni Kanun'a uygun olarak evlenmeye de zorlamamaktadır.

62. Hükümet sunumlarında resmi makamların, aynı durumda olan benzer kişilerle karşılaştırıldığında başvuruycuyu ayrımcı bir muameleye tabi tutmadıklarını belirtmiştir. "Hayatta kalan yaşam partnerine"

veya "hayatta kalan partnere" merhum partnerinin varisi olarak dul maaşı veya sosyal güvenlik ödentileri alma hakkı veren herhangi bir ulusal mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Dini ve medeni evlilik arasındaki temel fark, dini evliliğin hukuk tarafından tanınmamasıdır. Dini evlilikler kayıt altına alınmamaktadır. Bu tür birliktelik tesis etmek isteyenler sadece medeni evlilik akdettikten sonra, bunu gerçekleştirmekte özgürdürler. Ceza Kanunu'nun 230.maddesi resmi nikahtan önce dini bir nikah akdedilmesini cezalandırmayı gerektirebilen bir suç olarak düzenlemiştir. Bu hükmün amacı kadını çok eşliliğe karşı korumaktır. Dini evliliklerin hukuka uygun olarak kabul edilmesi durumunda, eşlik eden (örneğin, bir erkeğin dört kadınla evlenebilmesi gibi) tüm dini sonuçların kabul edilmesi zorunlu olacaktır. Bunu önlemenin tek yolu medeni evliliklerin teşviki ve dini evliliğe herhangi bir hak bağlanmamasıdır. Dini evliliğe karşı hukuki dayanağı güçlendiren bir diğer argüman medeni evliliğin mevcudiyetine dayalı babalık karinesidir. Dahası çocuğun babası tarafından tanınması, babanın dini evliliğinin düzenlenmesini gerektirmez. Başvurucunun partnerin ölümü durumunda dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerine hak sahipliğini temin etmek amacıyla medeni evlilik akdetmek için yeterli zamanı mevcuttur.

63. Son olarak Hükümet zararlara dair özel hukuka dayalı bir talep ile kamu hukuku kuralları çerçevesinde dul maaşı ve diğer sosyal güvenlik ödentilerine ilişkin yapılan başvuru arasında bir ayırım yapılmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Dul maaşı ve diğer sosyal güvenlik ödentilerine hak sahibi olabilmek hukuki ilişkinin mevcudiyetini gerektirmektedir. Dini evliliğinin tanınmamış olması nedeniyle başvuru vefat eden partnerinin hak sahipliğine dayanarak, dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerini hukuken talep edemez. Böylesi hakların dinen evli olan kişilere tanınması dini evliliklerin teşvik edilmesi mahiyetinde olacaktır. Ulusal hukuk çerçevesinde zararlara ilişkin talepte bulunma ilgili kişilerin ilişkili/akraba olmalarına bağlı değildir. Kabul edildiği üzere merhumu önemseyen bir nişanlı veya yakın bir arkadaş veya ölüm sebebiyle gelir kaybına uğrayan bir kişi lehine tazminata hükmedilebilir. Hal böyle olmakla birlikte Türk hukuku bu tür durumlarda dini veya medeni bir evliliğin mevcut olmasından bağımsız olarak tazminat sağlamaktadır.

(b) Başvurucu

64. Başvurucu duruşma sırasında, bu bağlamda açık bir şekilde herhangi bir yakınmada bulunmaksızın kendisinin de dini bir evlilikten dünyaya geldiğini ve 15 Ekim 2002 tarihine kadar nüfusta kayıtlı olmadığını ifade etmiştir. Kaydedilmekteki bu gecikme başvurusunun Ö.K ile medeni bir evlilik akdedememesinin gerekçesidir. Başvurucu örf ve adetlere göre evlenen bir kadın olarak, ulusal mahkemelerin partnerinin ölümü üzerine medeni bir evlilik akdetmemiş olması nedeniyle sosyal güvenlik ödentilerine ilişkin talebini reddettiğini belirtmektedir.

65. Başvurucu, başvurusunun dini evliliğin veya çok eşliliğin tanınmasına yönelik bir başvuru olarak değerlendirilmediğini belirtmektedir. Medeni Kanun, dini evliliği medeni resmi merasimin gerçekleştirilmesi sonrasında yapılması şartıyla tanımaktadır. Başvurucu, Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinden haberdar olsa da, ilgili hükmün etkinliği hususunda kuşku duymaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 22). Başvurucuya göre, dini evlilik tüm Türkiye açısından sosyal bir gerçekliktir. Ayrıca başvuru dini evliliğin, evlilik dışında doğan çocukların nüfus kütüğüne kaydedilmelerinin sağlanması amacıyla düzenli olarak çıkarılan af kanunları kapsamında mevzuata uygun hale getirilebileceğini ileri sürmüştür.

66. Duruşma sırasında başvuru, hiçbir zaman partneri üzerinden hak sahibi olmaması nedeniyle tüm tıbbi masraflarının, partneri üzerinden değil kendisi tarafından karşılandığını belirtmiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

(a) İlgili genel prensipler

67. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre ayrımcılığın anlamı, objektif ve makul bir haklılık olmaksızın farklı şekilde muamele etmektir (bkz. *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 57325/00, para. 175, AİHM 2007 XII). Muameledeki farklılık, meşru bir amaç gütmüyorsa veya kullanılan yöntemler ile gerçekleştirilmesi amaçlanan hedef arasında makul bir oranlılık ilişkisi mevcut değilse, nesnel ve makul bir haklılığa sahip olmayacaktır (bkz. *Larkos / Kıbrıs* [BD], no. 29515/95, para. 29, AİHM 1999 I). Prensip olarak Sözleşme hükümleri, Sözleşen Devletlerin belirli bir kategori veya grubun diğerlerinden farklı bir mu-

ameleye tabi tutulmasına neden olacak genel planlama programlarını yasal tedbirlerle kabul etmesini engellemez. Buna karşın yasa kapsamındaki kategori veya grubun tamamına yönelik muamele farklılığının Sözleşme ve Protokolleri uyarınca haklı olması şarttır (bkz. *mutatis mutandis*, *Ždanoka /Letonya* [BD], no. 58278/00, para. 112, AİHM 2006 IV).

68. Başka bir ifadeyle, 14. madde esas olarak farklı olaylara/koşullara ilişkin objektif değerlendirme ile kamu yararına dayalı olarak toplumun menfaatlerinin korunması ve Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere saygı arasında makul bir denge üzerine inşa edilen muamele farklılığını yasaklamamaktadır (bkz. *Ünal Tekeli /Türkiye*, no. 29865/96, para.51, AİHM 2004 X).

69. Sözleşme tarafından garanti altına alınan haklardan yararlanılması sırasında ayrımcılığa tabi tutulmama hakkı, Devletlerin durumları hatırı sayılır ölçüde farklı olan kişilere, objektif ve makul bir sebep olmaksızın farklı davranmaması durumunda da ihlal edilecektir (bkz. *Thlimmenos*, yukarıda, para. 44).

70. Sözleşen Devletler diğer benzer durumlardaki farklılıkların hukukta farklı bir muameleyi haklılaştırıp haklılaştırmayacağı veya hangi ölçüde haklılaştıracağıın değerlendirilmesi açısından belirli bir takdir marjına sahiptirler (bkz. *Marckx / Belçika*, 13 Haziran 1979, para. 33, Seri A no. 31; *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, para. 72, Seri A no. 94; ve *Stubbings ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1996, para. 72, *Raporlar* 1996 IV). Bu takdir marjı, devletin mali durumuyla yakından ilişkili genel nitelikteki mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerin Devlet tarafından kabulü hususuna gelindiğinde daha geniştir (bkz. *Burden / Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, para. 60, AİHM 2008 ..., ve *Petrov / Bulgaristan*, no. 15197/02, para. 55, 22 Mayıs 2008). Hal böyle olmakla birlikte mesele konusu davanın koşulları çerçevesinde bu tedbirlerin Devletin Sözleşme ve Protokoller kapsamındaki yükümlülükleriyle bağdaşıp bağdaşmadığına en nihayetinde Mahkeme karar verecektir (bkz. *James ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1986, para 46, Seri A no. 98, ve *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society ve Yorkshire Building Society / Birleşik Krallık*, 23 Ekim 1997, para. 80, *Raporlar* 1997 VII).

71. Bu alandaki ispat yükü açısından Mahkeme başvuruçunun bir muamele farklılığını ortaya koyduğunda, Hükümetin bu farklılığın haklı olduğunu ortaya koyması gerektiğini hüküm altına almıştır (bkz. *D.H. ve Diğerleri*, para 177; *Timishev / Rusya*, nos. 55762/00 ve 55974/00, para. 57, AİHM 2005 XII; ve *Chassagnou ve Diğerleri / Fransa* [BD], nos. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, para 91-92, AİHM 1999 III).

72. Sözleşme'nin 12. maddesi açısından Mahkeme evliliğin, evlenen kişilere özel bir konum ve birtakım özel haklar sağladığını hali hazırda hüküm altına almıştır (bkz. Burden, yukarıda bahsedilen, para. 63, ve *Shackell / Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 45851/99, 27 Nisan 2000) Evliliğin korunması prensip olarak evli ve evli olmayan çiftler arasındaki muamele farklılığını haklılaştırabilen önemli ve meşru bir gerekçe teşkil edebilir (bkz. *Quintana Zapata / İspanya*, 4 Mart 1998 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (DR) 92, s. 139). Evlilik, onu birlikte yaşayan bir kadın ve bir erkeğin durumundan belirgin bir şekilde farklılaştıran bir haklar ve yükümlülükler külliyatı ile nitelenmektedir (bkz. *Nylund / Finlandiya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 27110/95, AİHM 1999 VI, ve *Lindsay / Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 11089/84, 11 Kasım 1986). Dolayısıyla devletler vergilendirme, emekli maaşı ve sosyal güvenlik gibi sosyal ve mali politika alanına giren meselelerde evli ve evli olmayan çiftleri farklı muameleye tabi tutma hususunda belirli bir takdir marjına sahiptir (bkz. diğerleri arasında, yukarıda para. 65'te bahsedilen, Burden kararı).

(b) Yukarıda Belirtilen Prensiplerin Bu Davaya Uygulanması

(i) Medeni veya Dini Mahiyetteki Bir Evliliğin 14.Madde Tarafından Yasaklanan Ayrımcılık Kaynağı Olup, Olamayacağı

73. İş bu davada her ne kadar hukuken evli olmasa da başvuruçunun eski partneriyle onun ölümüne kadar 26 yıl boyunca tek eşli bir ilişki yaşadığı ve partnerinden altı çocuğu olduğu hususunda herhangi bir tartışma mevcut değildir. Hatay İş Mahkemesi'nin kararına göre (bkz. yukarıda para.15) başvuruçunun merhum partnerinin hak sahipliğine dayanarak dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerinden yararlanma talebi, medeni bir evlilik akdetmemiş olması nedeniyle reddedilmiştir. Kendisi de dini bir evlilikten doğan başvuruçunun nüfus kütüğüne kaydedilmemesi bu durumu değiştiremez.

74. Başvurucunun durumu, medeni bir evlilikte dul kalan kadının durumuyla karşılaştırılabilir olarak değerlendirilmektedir. Başvurucu evliliğinin medeni olması dışında mesele konusu ödentileri talep edebilmek için tüm yasal gerekleri yerine getirmiştir.

75. Hükümet, ulusal mahkemelerin başvuruçuyu, benzer bir durumda olan diğer kişilerle bağlantılı olarak, ayrımcı bir muameleye tabi tutmamış olduğunu belirterek dini kurallara göre evlenmiş kişi olarak başvuruçunun durumunun Medeni Kanuna uygun olarak evlenen kadınla benzeştirilemeyeceği görüşünü benimsemiştir. Ulusal mahkemelerin başvuruçusu lehine mesele konusu ödentilere hükmetmemesi hukuka dayanmaktadır. Buna ilişkin haklı dayanak iki yönlüdür: Bunlar birtakım özel gayretlerle çok eşlilikle mücadele etmek ve laiklik ilkesidir.

76. Dolayısıyla Mahkeme bu aşamada ister medeni ister dini olsun evliliğin doğasının 14.madde tarafından yasaklanan ayrımcılığın kaynağı olup olamayacağını incelemek zorundadır.

77. Bu bağlamda Mahkeme 14.maddenin, garanti altına alınan haklar ve özgürlüklerin sınırları dahilinde kişilerin veya kişi gruplarının birbirlerinden ayırt edilebilmesine imkan veren kişisel bir özellik/konum gerekçesiyle veya bu temelde yapılacak ayrımcı muameleyi yasakladığına dikkat çekmektedir (bkz. *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen / Danimarka*, 7 Aralık 1976, para. 56, Seri A no. 23). Mesele konusu özellikle 14. maddede ifade edilmektedir.

78. Hal böyle olmakla birlikte madde hükmünde sıralanan liste örnekleme amaçlıdır ve "bu tür herhangi başka bir duruma dayalı" ifadeyle ortaya konulduğu üzere tahdidi değildir (Fransızca "notamment") (bkz. *Engel ve Diğerleri / Hollanda*, 8 Haziran 1976, para. 72, Seri A no. 22; *James ve Diğerleri*, yukarıda belirtilen, para. 74; ve *Luczak / Polonya*, no. 77782/01, para 46, AİHM 2007 XIII). Ayrıca 14. madde tarafından yasaklanan ayrımcılık "diğer kanaatler" gerekçesiyle de olabilir. İster medeni ister dini olsun evliliğin doğası/mahiyeti 14. madde tarafından öngörülen ve listelenen mevcut ayrımcılık gerekçelerine girmemesi nedeniyle, Mahkeme evliliğin "diğer durum" başlığı altına girip girmeyeceğini incelemek zorundadır.

79. Bu bağlamda Mahkeme önceki davalarda medeni bir evlilik içinde doğan çocuklarla karşılaştırıldığında evlilik dışında doğan çocuklara

ilişkin muamele farkının onların sadece evlilik dışında doğan çocuklar olma "konumundan" kaynaklanması sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulduklarına hükmetmiştir (diğer önemli kararlar arasında bkz., Marckx, *Mazurek / Fransa*, no. 34406/97, AİHM 2000 II; ve *Inze / Avusturya*, 28 Ekim 1987, Seri A no. 126). Mahkeme bir çocuk bakımından sadece evlilik dışında doğmuş olması gerekçesiyle haklardan yararlanma talebinin reddinin ayrımcı olduğunu tespit ederken de benzer bir gerekçe benimsemiştir (bkz., örneğin, *Sahin / Almanya* [BD],no. 30943/96, para. 87, AİHM 2003 VIII). Keza Mahkeme iki ebeveyn arasında evlilik bağı bulunmamasının 14.madde tarafından yasaklanan bir ayrımcılık kaynağı oluşturabilecek kişisel "durum" biçimlerinden birisi olduğu kanaatindedir.

80. Her ne kadar başvuru konusunun mesele konusu ödentiler açısından maruz bırakıldığı muamele farklılığının sadece onun partneriyle yapmış olduğu evliliğinin medeni nitelikte olmayan mahiyetinden kaynaklandığı itiraza konu olmasa da, Mahkeme bahsi geçen mülhazaları iş bu davaya uygulamaktadır.

(ii) Muameledeki Farklılığa Dair Nesnel ve Makul Bir Haklılığın Olup Olmadığı

(a) Meşru Amaç

81. Mahkeme bu aşamada mesele konusu muamele farklılığının meşru bir amaç güdüp gümediğini belirlemek zorundadır. Bununla bağlantılı olarak Türkiye'deki laiklik prensibinin önemini dikkate alarak Mahkeme herhangi bir dini evliliğin ön koşulu olarak tek eşli medeni evliliği başlatan Medeni Kanunu 1926 yılında kabul ederek Türkiye'nin, erkekle kıyaslandığında kadını açıkça dezavantajlı bir duruma düşüren, hatta onu bağımlı ve aşağı bir pozisyona indirgeyen bir evlilik geleneğine son vermeyi amaçladığını belirtmektedir. Türkiye aynı gerekçeyle özellikle boşanma ve mirasla ilgili medeni haklardan yararlanma açısından cinsiyet eşitliğini kabul etmiş, çok eşliliği yasaklamıştır. Türkiye Medeni Kanuna uygun olarak akdedilen evlilik için yaş sınırı getirerek, kadınlar açısından bir dizi hak ve yükümlülük tesis ederek özellikle kadını korumayı amaçlamaktadır (özellikle evliliğin sona ermesi veya kocanın ölümü durumlarında).

82. Yukarıdaki hususlar ışığında Mahkeme mesele konusu muamele farklılığının esas olarak kamu düzeninin ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarını hedeflediğini kabul etmektedir.

(β) Gerçekleştirilmek İstenen Amaç ile Kullanılan Yöntemler Arasındaki Makul Oranlılık İlişkisi

83. Makul bir oranlılığın mevcut olup olmadığı hususunda, başvurunun medeni bir evlilik akdetmemiş olduğunun ve durumunu yasal mevzuata uygun hale getirmemiş olmasının kendisi açısından olumsuz hukuki sonuçlar doğurmuş olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla başvuru, partnerinin ölümü üzerine dul maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerini talep edebilmesine imkan verecek mirasçılık statüsüne sahip değildir. Duruşmada başvuru, partneri hayatta iken tıbbi masraflarını kendisinin ödediğini, partnerinin bu dönemde "*Bağ-Kur*" emeklilik kurumuna primlerini ödediğini ifade etmiştir.

84. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme başvurunun kendi durumunun farkında olduğunu ve partnerinin ölümü üzerine ödenti ve imkanlardan yararlanabilmek için ilişkisini Medeni Kanun'a uygun olarak hukukileştirmesi gerektiğini bildiğini belirtmektedir. Medeni Kanun, medeni bir evliliğin geçerli olabilmesi ve üçüncü kişiler ve Devlet açısından sonuç doğurabilmesi için bağlayıcı hukuki bir belgenin tanzim edilmesini şart koşmaktadır. Dolayısıyla resmi evlilik merasiminin sonunda evlenme cüzdanı çifte teslim edilmektedir. Medeni Kanun, evlenme cüzdanının yokluğunda dini evliliğin gerçekleştirilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir (bkz.yukarıda para.20). Sorumlu Devlet, medeni evliliğin üstünlüğünün sağlanması amacıyla, özellikle medeni bir evliliğin gerçekleşmiş olduğunu tespit etmeksizin dini nikah kıyan kişilere karşı ayrıca cezai yaptırımlar tesis etmiştir (bkz.yukarıda para.22). Yasa koyucu tarafından bu alandaki yetkisi kabul edilen Diyanet İşleri Başkanlığı, kendi imamlarına yönelik evlenmek isteyen çiftlerin nüfus müdürlüğü kayıtlarında halihazırda medeni bir evlilik akdetmiş olduğunu doğrulamaları şartı getirmiştir.

85. Bu nedenle iş bu dava, (İspanyol resmi makamları tarafından) Roman toplumun üyesi olan ve Roman törelerine göre evlenmiş olan başvurunun, partnerinin "eşi" olarak tanınmış olduğu *Muñoz Díaz / İspanya* (no. 49151/07, 8 Aralık 2009) davasından açık bir şekilde fark-

lilik arz etmektedir. İş bu davada kadın ve ailesine evlenme cüzdanı verilmiş ve aileye geniş aile statüsü tanınmıştır. Anne (eş olarak) ve altı çocuk sağlık yardımı almaktadır. Bu nedenle Mahkeme konumu, resmi makamlarca tanınmasıyla doğrulanan başvuruçunun evliliğinin geçerliliğine ilişkin iyi niyeti nedeniyle emeklilik maaşına hak kazanma açısından meşru bir beklenti içine girdiği görüşüne sahiptir. Sonuç olarak başvuruçunun Roman gelenek ve göreneklerine göre evlendiği zaman diliminde İspanya'da, din değiştirdiğini veya başka bir inanca sahip olduğunu önceden bildirme hali istisna olmak üzere, Katolik Kilisesi kurallarından farklı bir şekilde evlenmek mümkün değildir.

86. Muñoz Díaz davasındaki durumdan farklı olarak, iş bu davada başvuru partnerinin hak sahipliğine dayalı emekli maaşı ve sosyal güvenlik ödentilerinden yararlanma hususunda meşru bir beklentiye sahip olduğunu ileri sürmemiştir (bkz.yukarıda para.58). Ayrıca medeni evliliği düzenleyen esasa ve usule ilişkin koşullar açık ve ulaşılabilir ve medeni evlilik akdedilmesine ilişkin düzenlemeler de basit, ilgili kişiler üzerinde aşırı bir yük yaratmamaktadır (bkz.yukarıda para.18). Başvuruçucu hiç bir zaman aksi yönde bir iddiada bulunmamıştır. Dahası başvuruçucu medeni bir evlilik akdedilmek için 26 yıl gibi yeterli uzun bir süreye sahiptir. Dolayısıyla başvuruçunun iddia ettiği durumu hukukileştirmek için gösterdiği çabaların, idari işlemlerin yavaşlığı veya hantallığı nedeniyle engellendiği değerlendirmesinin haklı bir sebebi yoktur. Nüfus Müdürlüğünün evlilik dışında doğan çocuklarla bağlantılı olarak çıkarılan af kanunları temelinde Nüfus Müdürlerinin kendi inisiyatifleriyle başvuruçunun durumunu hukukileştirebileceği veya hukukileştirmesi gerektiği hususunda (yukarıda paragraf 27) Mahkeme Devletlerin, Sözleşme'nin 12.maddesine uygun olarak evliliği düzenleyebileceğini buna karşın, bunun Devletin egemenlik alanındaki kişileri medeni bir evlilik akdetmeye zorlayabileceği anlamına gelmediğini belirtmektedir. Mahkeme, Hükümet gibi mesele konusu af yasalarının dini evlilikleri hukukileştirmekten ziyade hukuken tanınmayan veya evlilik bağının dışında doğan çocukların durumlarının iyileştirilmesini amaçladığını belirtmektedir.

87. Bu mülahazalar ışığında Mahkeme itiraz konusu muamele farklılığı ile hedeflenen meşru amaç arasında makul bir oranlılık ilişkisi olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle mesele konusu farklılık açısından nesnel ve makul bir haklılık mevcuttur.

88. Sonuç olarak 1 nolu Protokol'ün 1.maddesiyle bağlantılı olarak 14.madde ihlali bulunmamaktadır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 8.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

89. 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14.maddesi altında ileri sürülen aynı yakınma temelinde başvurucu ayrıca Sözleşme'nin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde aile yaşamına saygı haklarının ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur. Maddenin ilgili kısımları şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

A. Daire Kararı

90. Daire, 8. maddenin anlamı çerçevesinde işbu davada "aile yaşamının" mevcut olduğunu tespit etmektedir (bkz. Daire kararının 27. maddesi). Daire şikayet edilen farklılığın meşru amaç taşıdığını, aile bağlarına dayanan geleneksel ailenin koruması olarak ifade edilen nesnel ve makul gerekçelere dayanmış olması nedeniyle bu madde açısından bir ihlalin mevcut olmadığına hükmetmiştir (bkz. ilgili kararın 30.paragrafi).

B. Tarafların Sunumları

91. Hükümet, 8. maddenin Sözleşen Devletler üzerinde medeni bir evlilik akdetmeksizin birlikte yaşayan çiftlere dair özel bir rejimin kabul edilmesine yönelik bir yükümlülük tesis etmediği görüşünü benimseyerek Daire'nin vardığı sonuçla hemfikiridir.

92. Başvurucu iddialarını yinelemiştir.

C. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

1. Bir "Aile Yaşamının" Mevcut Olup Olmadığı

93. 8. madde aile yaşamına saygı hakkını garanti altına alarak bir ailenin mevcudiyetini önceden varsaymaktadır. "Aile yaşamının" mevcut olup olmaması temel olarak uygulamada yakın kişisel bağların gerçekten var olması meselesidir (bkz. *K. ve T. / Finlandiya* [BD], no. 25702/94, para. 150, AİHM 2001 VII).

94. 8. madde, "meşru" aile açısından geçerli olduğu gibi "meşru olmayan" bir ailenin "aile yaşamı" açısından da geçerlidir (bkz. *Marckx*, yukarıda bahsedilen, para. 31, ve *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, 18 Aralık 1986, para. 55, Seri A no. 112). Aile kavramı sadece aile temelli ilişkilere münhasır değildir ve tarafların evlilik dışında birlikte yaşadıkları diğer fiili "aile" bağlarını da içine almaktadır (bkz. *Keegan / İrlanda*, 26 Mayıs 1994, para. 44, Seri A no. 290, ve *Al-Nashif / Bulgaristan*, no. 50963/99, para. 112, 20 Haziran 2002). Böyle bir ilişkiden doğan çocuk doğumu sebebiyle ve bu andan itibaren aile birliğinin ipso jure parçasıdır. Dolayısıyla çocukla ebeveynleri arasında aile yaşamına karşılık gelen bir bağ mevcuttur (bkz. *Elsholz / Almanya* [BD], no. 25735/94, para. 43, AİHM 2000 VIII).

95. Ayrıca yakın akrabalar arasındaki miras ve gönüllü bağış/temlik meseleleri aile yaşamıyla yakından bağlantılı olduklarını ortaya koymaktadır. Aile yaşamı örneğin, çocukların eğitim alanı gibi sadece sosyal, ahlaki ve kültürel bağları içermez ayrıca nafaka yükümlülüğü ve Sözleşen Devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukuklarında benimsemiş oldukları mirasa dair saklı pay müessesinin ortaya koyduğu üzere maddi türden menfaatleri de içerir. Her ne kadar normal koşullarda mülk sahibinin ölümüne kadar miras hakları kullanılamaz ise de, aile yaşamının değişime maruz kaldığı ve hatta sona erdiği zamanlarda bu haklara dair meseleler ölümden önce de ortaya çıkabilir. Bir vasiyetname yaparak veya gelecekteki miras temelinde bir hediye vererek, ki uygulamada sıklıkla bu şekilde olmaktadır, malvarlığının paylaşılması gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla bu durum göz ardı edilemeyecek bir aile yaşamı özelliğini ortaya koymaktadır. (bkz. yukarıda bahsedilen *Marckx*, para. 52, ve *Merger ve Cros / Fransa*, no. 68864/01, para. 46, 22 Aralık 2004).

96. Ek olarak bir ilişkinin "aile yaşamı" oluşturup oluşturmadığına karar verirken çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve çocuk sahibi olup olmadıkları (bkz. *X, Y ve Z / Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997, para.36, *Raporlar 1997 II*, ve *Kroon ve Diğerleri / Hollanda*, 27 Ekim 1994, para. 30, Seri A no. 297 C) da dahil olmak üzere çok sayıda unsur bağlantılı olabilir.

97. Daire iş bu davaya ilişkin kararında aşağıdaki gerekçeyle Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir:

"27. İş bu davada başvuru 1976 yılında Ö.K ile imam nikâhı ile evlenmiştir. Çift altı çocuk sahibi olmuş, bunlardan ilk beşi babalarının nüfus kütüğüne kaydedilmiş, son çocuk ise başvuruçunun nüfus kütüğüne kaydedilmiştir. Başvuruçusu ve Ö.K.'nin ölüm tarihi olan 2002 yılına kadar, birlikte yaşadığı hususunda tarafların herhangi bir itirazı olmamıştır. Mahkeme dini evliliğin Türk hukukundaki yeri, rolü ve sosyal sonuçlarına dair karar verme yetkisine sahip olmadığı kanaatinde. Mahkeme başvuruçusu Ö.K. ve çocuklarının Sözleşme'nin 8.maddesi'nin anlamı çerçevesinde aile oluşturacak şekilde yaşadıklarını belirtmektedir."

98. Büyük Daire bu tespitle tamamıyla mutabıktır.

99. Bu nedenle Mahkeme, iş bu davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde, medeni evliliği dini evlilikten ayırıştırarak özel bir statü vermek amacıyla Devlet tarafından yapılan tercihin Sözleşme'nin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde başvuruçunun "aile yaşamına" bir müdahaleyle sonuçlanıp sonuçlanmadığını tespit etmek zorundadır. Mahkeme bu belirlemeyi 1 nolu Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14.maddesiyle ilgili benimsemiş olduğu gerekçe ışığında yapacaktır (bkz. yukarıda para. 81-88).

100. Bu bağlamda 8. maddenin temel amacının bireyin kamu otoritesinin keyfi müdahalesine karşı korunması olduğu tekrarlanmalıdır. Ek olarak aile yaşamına etkin "saygı" gösterilmesi muhtevasında pozitif yükümlülükler taşıyabilir. Her iki bağlamda da birey ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında sağlanması zorunlu olan adil dengenin dikkate alınması gereklidir ve her iki bağlamda da Devletin belirli bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir (bkz.

Hokkanen / Finlandiya, 23 Eylül 1994, para. 55, Seri A no. 299 A). Ayrıca, Devletin planlamış olduğu ekonomik, mali veya sosyal politikalar alanında, ki bunlara dair görüşler demokratik bir toplumda olağan olarak değişebilmektedir, bu takdir marjı kaçınılmaz olarak daha geniş-tir. (bkz., yukarıda diğerleri arasında, *James ve Diğerleri*, para. 46). Bu husus iş bu dava açısından da geçerlidir (bkz. yukarıda, para. 82).

101. Başvurucuya gelince, o partneriyle birlikte dini bir evlilik içerisinde yaşamayı tercih etmiş ve bir aile kurmuştur. Başvurucu ve Ö.K. resmi makamların müdahalesi olmaksızın huzur içinde yaşayabilmışlerdir. Dolayısıyla onların dini evliliği tercih etmiş olması ve medeni bir evlilik akdetmemiş olmaları, başvurucunun 8. madde çerçevesinde etkin bir aile yaşamı sürdürmesine mani olacak mahiyette bir idari ve cezai türde yaptırım uygulanmasını gerektirmemiştir. Bu nedenle Mahkeme Devletin, başvurucunun aile yaşamına yönelik bir müdahale gö-rüntüsünü tespit etmemiştir.

102. Dolayısıyla Mahkeme 8.maddenin Devletler üzerinde dini evliliği tanıma yükümlülüğü yaratacak şekilde yorumlanamayacağı görüşünü benimsemektedir. Bu bağlamda, Daire'nin de yapmış olduğu gibi (bkz. Daire kararının 29. paragrafı.) 8. maddenin özel bir evli olmayan çiftler kategorisi tesis etme yönünde Devlete yönelik bir yükümlülük getirmediğine dikkat çekmek önemlidir. (bkz. yukarıda bahsedilen *Johnston ve Diğerleri*, para. 68). Bu nedenle mirası düzenleyen Medeni Kanun ve sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca başvurucunun mirasçılık sıfatına sahip olmaması başvurucunun 8.madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez.

103. Sonuç olarak bir 8. madde ihlali mevcut değildir.

BU NEDENLERLE MAHKEME OY BİRLİĞİYLE

1. *Hükümetin ilk itirazının reddine;*

2. *1 nolu Protokol'ün 1.maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi ihlalinin mevcut olmadığına;*

3. *Sözleşme'nin 8.maddesi ihlalinin mevcut olmadığına karar verir.*

İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanan bu karar Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binasında 2 Kasım 2010 tarihinde yapılan duruşmada açıklanmıştır.

Vincent Berger

Jean-Paul Costa

Hukukçu Danışman

Başkan

Sözleşme m.45/2 ve İç Tüzük m.74/2'ye uygun olarak Yargıçlar Rozakis ve Kovler'in kararı destekleyen görüşleri iş bu karara eklidir.

(Not: Söz konusu görüşler muhalefet şerhi niteliğinde olmaması nedeniyle çevrilmemiştir.)

J.-P.C.

V.B.

YARGI KARARLARI

İDARİ BÖLÜM

T.C.
DANIŞTAY
ÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/2944
Karar No : 2013/218

Temyiz Eden : Petrol Ürünleri Otomotiv İnşaat Boya Kimya Nakliyat, İZMİR

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

İstem Özet i : Kod listesine alınma işleminin iptali istemiyle dava açılmıştır. İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 23.03.2011 gün ve E: 2010/2263, K: 2011/368 sayılı kararıyla; 27.10.2008 tarihinde İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'na başvurarak olumsuz mükellefler listesine dahil edilme işleminin kaldırılıp, genel esaslara geçmeyi talep eden davanın, dava konusu ettiği kod listesine alınma işleminden en geç bu tarih itibarıyla haberdar olduğunun kabulü gerektiği, bu nedenle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci ve 11'nci maddelerinde yazılı süreler sona erdikten sonra 30.11.2010 tarihinde açılan davanın esasının incelenemeyeceği gerekçesiyle dava süre aşımı nedeniyle reddedilmiştir. Davacı şirket tarafından, mükelleflerin bir sınıflandırmaya tabi tutulmasının yasal ve anayasal bir dayanağı bulunmadığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özet i: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi: R. Pelin AKÇA

Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı: Süreyya ÇAKIN

Düşüncesi: İdari ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

X. KARŞI OY

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 21. Maddesinde tanımlanan iptal davaları; idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla ilgililerin hukuksal durumunda değişiklik yaratan etkili ve yürütülmesi gerekli hukuksal işlemlerini konu edinen davalardır.

Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu olabilmesi için; bir başka merciin onayına gerek kalmaksızın, uygulanabilir ve hukuksal sonuç yaratabilir nitelikte olması gerekmektedir. Bir durum bildiren, idarelerin iç yapı ve çalışma düzenini ilgilendiren, iç işlemler iptal davasına konu yapılabilecek nitelikte işlem kabul edilemez. Aksi halde idarenin işleyişi ve etkinliği zedelenir.

Davaya konu olan liste; incelenmeye sevk edilenlerin de ünvanlarının dahil edildiği mükelleflerin mahsup ve iade taleplerinin yerine getirilebilmesi için kurum içi işlemleri hızlandırmak amacıyla hazırlanan, aynı zamanda Maliye Bakanlığı tarafından bir takip yöntemi olarak kullanılmak üzere Katma Değer Vergisi Gelir Müdürlüğü'nce düzenlenen ve ilgililere duyurulmayan bir listedir.

Davacının ünvanının idarenin iç işlemi olan, bu listeye dahil edilmesi; idarenin idare hukuku ilkelerine göre kurduğu bir idari işlem niteliği taşıyamakta, davacının hukuksal durumunda etki yaratmamaktadır. Şirket ünvanının listeye yazıldığı tarihte henüz davacı hakkında icrai nitelikte nihai bir işlem tesis edilmemiş olup, listeye ilgili ileri sürü-

lebilecek hukuka aykırılıklar; ancak kesin ve yürütülmesi gerekli nihai işlemin tesis edilmesi halinde bu işlemin iptali istemiyle açılacak idari davada, bu işlemle birlikte ve onun sebep unsuru olarak hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabilir.

Listeye alınma işlemi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığından, idari davaya konu edilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu itibarla temyiz isteminin sözü edilen gerekçeyle reddi gerektiği oyuyla Dairemiz kararına katılmıyorum.

Üye

E. Fahrünnisa TUNCA

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesi'nce işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmesi olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (3) sayılı Traife uyarınca 50,45 TL maktu harç alınmasına, 31.01.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	E. Fahrünnisa	Mehmet Ali	Hanifi	H. Ümit
AKPINAR	TUNCA	SAMUR	DOĞAN	AKSOY
	X			

Gönderen: Dr. Mustafa ALPASLAN - SMM

T.C.
DANIŞTAY
DOKUZUNCU DAİRE
Esas No : 2009/6707
Karar No : 2012/7630

Temyiz Eden Taraflar: 1- Petrol Turizm. Nak. Taah. San.
Tic. Ltd. Şti.
Vekili: Av.
No: Alsancak Konak/İZMİR
2- Vergi Dairesi Başkanlığı- İZMİR

İstemin Özeti : Davacının 2003 yılına ait işlemlerinin incelenmesi sonucu sahte fatura kullandığından bahisle aynı yılın Aralık dönemi için adına re'sen salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai ve özel usulsüzlük cezalarının terkinin istemiyle açılan davayı kısmen reddeden, kısmen kabul eden İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 30.4.2009 tarih ve E:2008/594, K:2009/610 sayılı kararının; dilekçelerde ileri sürülen nedenlerle taraflarca bozulması istenilmektedir.

Davacının Cevabının Özeti: Cevap verilmemiştir.

Davalının Cevabının Özeti: Davacı temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Danıştay Tetkik Hakimi: İhsan Saçmal

Düşüncesi: Davalı temyiz isteminin reddi, kullanılan faturaların sahte olduğu kesin ve somut olarak tespit edilmediğinden davacı temyiz isteminin kabulü ile kararın bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

İstem davacı adına resen salınan katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezalarının terkinini istemiyle açılan davayı kısmen kabul, kısmen reddeden vergi mahkemesi kararının taraflarca temyizden incelenerek bozulmasına ilişkindir.

Davalı vergi dairesi müdürlüğü tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasını sağlayacak nitelikte görülmemiştir.

Davacı temyiz istemine gelince:

Dosyanın incelenmesinden, akaryakıt alım satımı faaliyetinde bulunan davacı şirketin 2003 yılı defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen 15.1.2008 tarih ve VDENR-2008-1964/1 sayılı vergi inceleme raporuna dayanılarak, ilgili dönemde kullanılan Petrol İnşaat Turizm Tic.San.Ltd.Şti.'ne ait faturalar sahte kabul edilerek bu faturalara dayalı vergi indirimlerinin reddi yoluyla adına dava konusu cezalı tarhiyatın yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacıyla sözkonusu faturaları düzenleyen şirket hakkında düzenlenen 6.7.2007 tarih ve VDENR-2007/1212/1 sayılı vergi tekniği raporunda şirketin 4.10.2002 tarihinde unvan değişikliği ile Petrol ismini aldığı, Petrol'ün Emniyet Müdürlüğü'nce el konulan defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu Petrol Ltd. Şti.'nden çok sayıda mal alışının olduğu tespiti ile, Petrol Ltd.Şti. ortaklarının Manisa İli, Gölmar-mara İlçesi'nde komisyon karşılığı fatura satarken Jandarma tarafından yakanması üzerine şirketin 2003 ve 2004 yılı defter ve belgelerinin incelenmesine karar verildiği, şirketin ve ortaklarının bilinen adreslerinde bulunamadıkları, 24.3.2004 tarihinde tasfiyesine karar verildiği, durumu Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlandığı, buna rağmen 2005 ve 2006 yıllarında fatura düzenlemeye devam ettiğinin tespit edildiği, tasfiye memuru olarak atanan Mali Müşavir Akın hakkında kaçakçılığa iştirak suçu nedeniyle meslekten uzaklaştırma cezası verildiği, şirketin istenilmesine rağmen defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediği, beyannamelerini kısmen verdiği, yüksek miktarda katma değer

vergisi hasılatı beyan edilmesine rağmen, ödenecek katma değer vergisinin çok az beyan edildiği, tahakkik eden vergileri ödemediği, alış ve satışlarına ilişkin beyanlarında firma isimlerinin yazılı olmadığı, mal alışlarının yapıldığı firmaların sahteci olduğu, şirketin işçi çalıştırmadığı, akaryakıt sevkiyatı için gerekli olan tankerinin olmadığı, 4.12.2005 tarihinde şirket müdürlüğüne atanan GÜLOĞLU hakkında sahte fatura düzenlediği yönünde vergi tekniği raporu bulunduğu, şirket adına tarh edilen vergilerin ilan edilme suretiyle kesinleştiği hususlarının tespiti üzerine adı geçen şirket tarafından düzenlenen faturaların sahte olduğu, dolayısıyla davacı şirket adına düzenlenen faturaların da sahte kabul edildiği anlaşılmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 10. maddesinin (a) bendine, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde, malın teslimi veya hizmetin yapılması vergiyi doğuran olay kapsamında sayılmış, 29. maddenin (a) bendinde de mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri hükme bağlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin (B) bendinde belirtildiği üzere vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Bu kuralın bir gereği olarak yükümlülerin Katma Değer Vergisi Kanunu'nun yukarıda sözü edilen 29. maddesinde belirtilen vergi indiriminden yararlanabilmelerinin ön şartı, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler ilgili fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, bir başka anlatımla, yükümlü tarafından vergi indirimine konu teşkil eden mallar için gerçekte katma değer vergisinin ödenmiş olmasıdır. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir vergi ödenmesi ve bunun sonucu olarak da bir vergi indirimi söz konusu edilemeyeceği cihetle indirim dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı hususlarının saptanması anlaşmazlığın çözümü bakımından önem arz etmektedir.

Davacının kullandığı faturaları düzenleyen Petrol İnşaat, Turizm, Tic.San.Ltd.Şti. hakkındaki tespitler bu yükümlünün bazı vergisel yükümlülüklerini yerine getirmediğini ortaya koymaktaysa da davacı hakkında yapılan incelemede davacı şirket yetkilisinin sözkonusu faturalar içerdiği alışveriş karşılığında ödemelerin çekle yapıldığını

ifade etmesine, buna kanıt olarak Şekerbank Karabağlar Şubesi'ne ait toplam 96,765,900,000 TL içeren 7 adet çek fotokopisini ibraz etmesine, bir adet çek fotokopisini ise temin edemediğini ifade etmesine karşın, inceleme elemanı tarafından bu ödemelerin gerçek olup olmadığına yönelik herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmamış ve herhangi bir eleştiri de getirilmemiş olması karşısında sözkonusu faturaların sahte olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde kesin olarak ortaya konulduğunu kabul etmeye olanak kalmamaktadır.

Bu durumda davacının kullandığı sözkonusu faturaların sahte olduğu kabul edilmek suretiyle adına salınan cezalı vergide ve buna karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı temyiz isteminin reddine, davacı temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 30/04/2009 günlü, E:2008/594; K:2009/610 sayılı kararının özel usulsüzlük cezasına ilişkin hüküm fıkrasının onanmasına, vergi ziyayı cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, 26.11.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Yakup	S. Zehra	Nilgün	Seyfullah	Bekir
KAYA	BİRDEN	İPEK	YILDIZTEKİN	SÖZEN

Gönderen: Dr. Mustafa ALPASLAN - SMMM

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3924

Karar No : 2012/2968

Kararın Düzeltmesini İsteyen: Vergi Dairesi
Müdürlüğü-İZMİR

Karşı Taraf : Bayraklı/İZMİR

İstem Özet : Davacının ortağı olduğu Petrol Gazları inşaat Turizm Nakliye Sanayi Ticaret Limited Şirketi'ne ait 4811 sayılı Yasa kapsamında yapılandırılan ve vadesinde ödenmeyen Ocak-Haziran 2000 dönemine ilişkin geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyai cezası ile gecikme faizinin tahsili amacıyla 6183 sayılı Yasa'nın 35'inci maddesi uyarınca davacı adına hissesi oranında düzenlenen 21.4.2009 tarih ve 2009/3,4 ve 35 takip nolu ödeme emirlerini iptal eden İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 27.10.2009 gün ve E:2009/834, K:2009/1462 sayılı kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddeden Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 21.4.2011 gün ve E:2010/542, K:2011/1311 sayılı kararının; 4811 sayılı Yasa uyarınca yapılandırılan borçların vade tarihi itibarıyla şirket ortağı olan davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi: Pelin AKÇA

Düşüncesi: Kararın düzeltilmesine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, Dairemiz kararının düzeltilmesini gerektirir nitelikte görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı: Birgül KURT

Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen kararların düzeltilebilmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54'üncü maddesinde yazılı sebeplerden birinin bulunması halinde mümkün olup, kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen sebepler bunlardan hiçbirine uymadığından istemin reddine, 19.9.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	Mehmet	Mehmet Ali	Hanifi	H. Ümit
AKPINAR	SOLGUN	SAMUR	DOĞAN	AKSOY

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan- SMMM

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3923

Karar No : 2012/2969

Kararın Düzeltmesini İsteyen: Dairesi Müdürlüğü-İZMİR

Karşı Taraf : İZMİR

İstem Özet: Davacının ortağı olduğu Simge Petrol Gazları İnşaat Turizm Nakliye Sanayi Ticaret Limited Şirketi'ne ait 4811 sayılı Yasa kapsamında yapılandırılan ve vadesinde ödenmeyen 2001 yılına ilişkin muhtelif vergi ve ceza borçları ile gecikme faizinin tahsili amacıyla 6183 sayılı Yasa'nın 35'inci maddesi uyarınca davacı adına hissesi oranında düzenlenen 21.4.2009 tarih ve E:2009/10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 21, 27, 30, 31, 32, 33 ve 34 takip nolu ödeme emirlerini iptal eden İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 27.10.2009 gün ve E:2009/833, K:2009/1461 sayılı kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddeden Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 21.4.2011 gün ve E:2010/541, K:2011/1310 sayılı kararının; 4811 sayılı Yasa uyarınca yapılandırılan borçların vade tarihi itibarıyla şirket ortağı olan davacıdan tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinde yasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi: Pelin AKÇA

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar, Dairemiz kararının düzeltilmesini gerektirir nitelikte görülmediğinden istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Sefer YILDIRIM

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen kararların düzeltilebilmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54'üncü maddesinde yazılı sebeplerden birinin bulunması halinde mümkün olup, kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen sebepler bunlardan hiçbirine uymadığından istemin reddine, 19.9.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	Mehmet	Mehmet Ali	Hanifi	H. Ümit
AKPINAR	SOLGUN	SAMUR	DOĞAN	AKSOY

AŞ

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan- SMMM

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2009/3442

Karar No : 2011/6968

Temyiz Eden : Gereçler Ticaret Limited Şirketi/İZMİR

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü-Bornova/İZMİR

İstemin Özeti : Elektronik gereçler ve beyaz eşya ticareti yapan davacı şirketin kredi kartı ile yaptığı satışlardan elde ettiği hasılatının bir kısmını kayıt ve beyan dışı bırakması nedeniyle adına 2002 yılının tüm dönemleri için aranmayan geçici vergi üzerinden bir kat kesilen vergi ziyayı cezasına karşı açılan davayı; şirket yetkilisinin, kendisinin, yakın arkadaşlarının ve akrabalarının nakit ihtiyacının karşılanması amacıyla herhangi bir emtia satışı olmaksızın P.O.S. cihazından çekim yapıldığı ve iş yoğunluğu nedeniyle çalışanların emtia satışları karşılığında belge düzenlenmemiş olabilecekleri yolundaki ifadesi doğrultusunda, P.O.S cihazıyla yapılan kredi kartı satış tutarları ile yasal kayıtların karşılaştırılması sonucunda bulunan matrah farkı üzerinden kesilen cezada hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nin 6.3.2009 gün ve E:2008/19, K:2009/229 sayılı kararının; satışların çoğunun uzun vadeli taksitlere bölüldüğü, 2001 yılında gerçekleştirilen satışlara ilişkin ödemelerin vadesi geldiğinde peşin veya kredi kartıyla yapıldığı, nakit ihtiyacı nedeniyle çekilen tutarların bir kısmının inceleme elemanınca dikkate alınmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

Tetkik Hakimi: Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar Vergi Mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Süreyya ÇAKIN

Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesi'nce işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava konusu aranmayan geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyai cezasının matrahı yönünden bağlı olduğu ve davacı şirket adına aynı nedenle salınan vergi ziyai cezalı kurumlar vergisine karşı açılan davanın reddi yolunda verilen vergi mahkemesi kararı Danıştay Üçüncü Dairesinin 28.11.2011 gün ve E:2009/3441, K:2011/6970 sayılı kararıyla bozulduğundan ve sözü geçen bozma kararı uyarınca verilecek kararın sonucu, dava konusu cezayı etkileyeceğinden, temyiz istemine konu yapılan kararın; söz konusu karardaki esaslar doğrultusunda yeniden bir karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nin 6.3.2009 gün ve E: 2008/19, K: 2009/229 sayılı kararının yeniden karar verilmek üzere bozulmasına, yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 28.11.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	Enver	Bekir	Hanifi	H.Ümit
AKPINAR	KAYA	SÖZEN	DOĞAN	AKSOY

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan- SMMM

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/2014

Karar No : 2012/2950

Kararın Düzeltilmesini İsteyen :Vergi Dairesi Müdürlüğü
Konak/İZMİR

Karşı Taraf :

İstem Özet: Sigorta eksperliği faaliyetinden ötürü serbest meslek kazancı yönünden gelir vergisi mükellefi olan davacıya faaliyetinden elde ettiği kazancın ücret olarak vergilendirilebileceğini duyuran 7.12.2007 gün ve 75146 sayılı işlemi iptal eden İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 30.4.2008 gün ve E:2008/42, K:2008/513 sayılı kararına yöneltilen temyiz istemini aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle reddeden Danıştay Üçüncü Dairesi'nin 30.11.2010 gün ve E:2008/5155, K:2010/3621 sayılı kararının; 193 sayılı Yasa'nın 61'inci maddesinin 5'inci bendi uyarınca eksperlere ödenen bedelin ücret olarak vergilendirilmesi gerektiği ileri sürülerek düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi : Ümit KOCATEPE

Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Savcı : Süreyya ÇAKIN

Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54'üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından verilen kararların düzeltilebilmesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54'üncü maddesinde yazılı sebeplerden birinin bulunması halinde mümkün olup kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen sebepler bunlardan hiçbirine uymadığından istemin reddine, 18.9.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	E. Fahrünnisa	Mehmet	Mehmet Ali	Hanifi
AKPINAR	TUNCA	SOLGUN	SAMUR	DOĞAN

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan-SMMM

T.C.
İZMİR
BÖLGE İDARE
MAHKEMESİ
Esas No : 2012/8227
Karar No : 2012/8794

Özet: "6183 sayılı Amme alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesinde Limited Şirketten tahsil olanağı kalmayan amme borçlarından dolayı ortaklar için öngörülen sorumluluk ortaklık sıfatına ve ortaklık payına bağlı bir sorumluluk olduğundan, hisse devri halinde hisseyi devrolan kişinin, şirketin mali durumunu bildiği kabul edildiğinden, devir tarihinden önceki ve sonraki dönemlere ait vergi borçlarının devreden ortakdan aranmasına yasal imkan bulunmadığından haczin iptali gerekirken reddine ilişkin kararda hukuka uygarlık görülmemiştir."

İtiraz Eden (Davacı) : Gümrük/İZMİR

Karşı Taraf (Davalı) : Vergi Dairesi Müdürlüğü/İZMİR

İstemin Özeti : Davacı mevduat hesabına konulan haciz işleminin iptali istemiyle açılan davayı " Borçlu olan Tekstil Ürünleri Pazarlama İnşaat sanayi Limited Şirketi'nin vergi borçlarının bulunduğu, asıl borçlu şirketin adresinde bulunmadığı gibi vergi borcunu karşılayacak mal varlığının da bulunmadığı hususlarının savunma ekinde ibraz edilen belgelerden açık bulunduğu, alacağın şirketten tahsil edilemeyeceğini bu hususlardan anlaşılması nedeniyle şirketten tahsil edilemeyen alacak nedeniyle şirket ortağı adına ödeme emirleri düzenlenerek ilan edilmesine karşın davaya konu edilmediği anlaşıldığından, davacı adına ödeme emri tebliğine karşın süresinde ödenmeyen alacağın tahsili amacıyla haciz işlemi uygulanmasında yasaya aykırılık görülmediği" gerekçesiyle reddeden İzmir 2. Vergi Mahkemesi Hakimliği'nin 10/07/2012 gün ve E:2012/505, K:2012/696 sayılı kararının, söz konusu şirket de ki ortaklığından 2005 yılında ayrıldığı kararın yasal dayanakta yoksun olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 6183 sayılı Yasa'nın 35 ve 55 nci maddesine istinaden düzenlenen ödeme emrinin yerinde olduğu ileri sürülerek itirazın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nce işin gereği görüldü:

Dava; Davacı mevduat hesabına konulan haciz işleminin; iptali istemiyle açılmıştır.

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesinde limited şirket ortaklarının, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları ve ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahısları devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsil sorumlu tutulacakları, amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsil sorumlu oldukları kuralı yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen 6183 Sayılı Yasa'nın 35. maddesine göre şirket ortaklarının hisseleri oranında sorumlu tutulması ancak amme alacağının şirket tüzel kişiliğinden tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceği anlaşılması halinde söz konusudur.

Dosyanın incelenmesinden, davacının ortağı olduğu Tekstil Ürünleri Pazarlama İnşaat sanayi Limited Şirketi adına ödenmeyen vergi borçları nedeniyle ödeme emirleri düzenlenip adı geçen şirkete tebliğ edildiği, herhangi bir ödeme yapılmaması üzerine şirket hakkında her türlü mal varlığı araştırması yapıldığı, borcun şirketten tahsil edilemeyeceğini anlaşılması üzerine şirket ortağı olan davacı adına dava konusu ödeme emirlerinin tanzim ve ilanetebliğ edildiği ve akabinde de davaya konu haczin tatbik edildiği görülmektedir.

Dava dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden, asıl borçlu şirketteki ortaklığından, 27.09.2005 tarihli ortaklar kurulu kararıyla hisselerini devrederek şirket ortaklığından ayrıldığı, bu durumun Ticaret Sicilinde 13.10.2005 tarihinde ilan olunduğu anlaşılmaktadır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35.maddesinde Limited Şirketten tahsil olanağı kalmayan amme borçlarından dolayı ortaklar için öngörülen sorumluluk, ortak sıfatına ve ortaklık payına bağlı bir sorumluluk olduğundan, hisse devri halinde hisseyi devralan kişinin, şirketin mali durumunu (hissenin borçlu veya alacaklı olup olmadığı) bildiği kabul edildiğinden, devir tarihinden önceki ve sonraki dönemlere ait vergi borçlarının devreden ortaktan aranmasına yasal imkan bulunmadığından haczin iptali gerekirken reddine ilişkin kararda hukuka uyarlık görülmemiştir. Her ne kadar 5766 sayılı Kanun'un 3.maddesiyle yasa da değişiklik yapılarak müteselsil sorumluluk ilkesi getirilmiş ve yasanın yürürlüğünden önceki olaylara uygulanması amaçlanmış ise de söz konusu madde hükmünün Anayasa Mahkemesince yasanın yürürlük tarihinden önceki olaylara uygulanmasına ilişkin hükmü hakkında yürütmenin durdurulması kararı verildiğinden müteselsil sorumluluk ancak 06.06.2008 tarihinden sonraki devirlerde uygulanabileceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itirazın kabulüne itiraz konusu İzmir 2. Ver-gi Mahkemesi Hakimliği'nce verilen 10/07/2012 gün ve E:2012/505, K:2012/696 sayılı kararının bozulmasına, dava konusu haczin iptaline, davacının Mevduat hesabından kesilen miktarın iadesine, dava ve itiraz aşamasında davacı tarafından karşılanan aşağıda dökümü yazılı 152,25 TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 15 gün içinde Mahkememizden karar düzeltme isteme yolu açık olmak üzere 19/12/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

2. KURUL BAŞKANI
ZEYNEL ILICA
26762

Üye
İLHAN DİNÇ
32752

Üye
NURCAN ERCİYAS
37931

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan- SMMM

T.C.

İZMİR

3. İDARE

MAHKEMESİ

Esas No : 2004/189

Karar No : 2007/1405

Özet-1: "İdare, mevzuatla kendisine verilen kamu hizmetlerinin gereği gibi işletilmesini sağlayacak örgütü kurmak, araç, gereç ve personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. İdare Hukuku ilkelere göre, bir olayda idarenin hizmet kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde kuruluş, işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetimin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç-gereç ve personelin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken önlemlerin alınmaması veya geç ya da yetersiz alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, düzensizlik, eksiklik ya da sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen Zararın da bundan kaynaklanmış olması gerekmektedir."

Özet-2: "Davalı idarenin istihdam ettiği personelinin kendisine mevzuatla tanınan yetkiye aşan nitelikte davacıya yönelik eylemleri sonucu davacının zarar görmesi nedeniyle yürütülen kamu hizmeti ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş olup oluşan maddi zararın idarece karşılanması Anayasa'nın 125. maddesi son fıkrası hükmünün bir gereği durumunda bulunmaktadır."

Özet-3:"Manevi tazminat, kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerleri ile yaşam ve beden bütünlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel ve ruhi değerlerinin ihlali halinde ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini amaçlayan bir tatmin aracıdır. Manevi tazminat, patrimonanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp manevi tatmin aracı olduğu ve başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalması nedeniyle bir miktar parayla karşılanmakta; niteliği gereğince belirlenecek manevi tazminat miktarının haksız zenginleşmeye yol açmayacak fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde saptanması gerekir."

Davacı : G. E.

Vekili :

Davalı :

Davanın Özeti : Davacının, 29.12.2002 tarihinde götürüldüğü..... Polis Karakolu'nda görevli polislerin işkence suçu olarak nitelendirilen eylemlerine maruz kaldığı, şüpheli ve sanıklara mevzuatta tanınan hakların kullanılmadığı, ortada hakkında yakalama ve gözaltına alınmayı gerektirecek kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunmadığı, yakalama anında üzerinde veya kullandıkları araçta suç unsuru sayılabilecek hiçbir kanıt olmamasına, arkadaşına ait telefonu kullanmak için rızası dahilinde almasına ve arkadaşının şikayetçi olmamasına, (sonrasında hakkında takipsizlik kararı verildiği) rağmen şüpheli kabul edilip yakalanarak gözaltına alınmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı bulunduğu, memurların yakalanma nedenini darp, tehdit ve sövme suretiyle işkence ve kötü muamele yaparak açıkladıkları, susma ve müdafiden yararlanma haklarının bildirilmediği gibi suç ikrarı amacıyla kötü muameleye maruz bırakıldığı, ailesine haber vermek istediğini beyan etmesine rağmen bu hakkının kullanılmasının engellendiği, ısrarı ile ertesi gün söz konusu memurların mesaisi bittikten sonra müdafii tayini için İzmir Barosuna bilgi verildiği, nezarethane ile ifade alma odasının mevzuattaki koşullara uymadığı, tuvalet ihtiyacı gördürülmeden saatlerce uykusuz bırakıldığı, söz konusu fiilleri ika etmiş polislerin İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesinin E: 2003/297 sayılı dosyası kapsamında bireye kötü davranmak suçlaması ile yargılanmakta oldukları, esasen suça konu fiillerin TCK 243. maddesine göre, işkence etmek suçu olduğu gözetilerek görevsizlik kararının verilmesinin Mahkemeden istenildiği, dinlenen sanık ifadelerinin, davacı beyanlarını doğrular nitelikte bulunduğu, görevli polisler hakkında Valiliğe ve Buca İlçe İnsan Hakları Kurulu'na da gerekli başvuruların yapıldığı, idare olarak, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde tecelli eden Kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizliğin ve hizmet personeli üzerindeki denetimin gereğince yapılmamış bulunduğu açık olduğu, gözaltına alındığı tarihte henüz 27 yaşında olup bu yaşın onun hayata umutla baktığı, kendisini geliştirip bir yetişkin olarak topluma katılmaya hazırlandığı evre olup yapılan haksızlığın hayatı boyunca derin ve kalıcı izler bırakacak nitelikte olduğu, yaşadığı işkence sebebi ile uzun bir süre sosyal ve ekonomik hayata katılmadığı; uzun süre evden çıkamadığı, travma sebebiyle psikolojik tedavisini dahi yaptıramadığı, özgüvenini kaybettiği, gelir getirici bir işte çalışamaz duruma geldi-

ği, geçen sürede tüm ihtiyaçlarını ailesinin karşıladığı, bu giderin de dikkate alınmasının yerinde olacağı, bu sebeple fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak 29.12.2002 tarihinden itibaren tutuklu kaldığı 34 gün ve yeni iş bulması ve çalışabilmesi için geçen 120 günlük dönemde günlük 10 milyon TL üzerinden 1.540.000.000 TL maddi tazminatın ve ayrıca Türk toplum yargısı içinde yetişen bir erkek evlat olarak ailesinin gururunu, şerefini temsil eden ve kollayan değerlerle büyütüldüğü, yapılan işkence, kaba dayak, hakaret, onur kırıcı söz ve davranışlar ile su, yemek ve tuvalet kısıtlaması suretiyle işkenceye maruz kalmasıyla kendisine olan saygısının zedelendiği, çevresinden utandığı, duyduğu ağır elem ve ızdırap ve yaşam boyu duyacağı travmatik etkiler nedeniyle de 10.000.000.000 TL manevi tazminatın, idareye müracaat tarihi olan 29.12.2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: 29.12.2002 günü saat 23.00-24.00 sıralarında farklı semtlerdeki birahalenere uğrayıp alkol alan davacının, en son gittiği Şirinyer'deki Bordo birahanesinde karşılaştığı'la bir süre oturduktan sonra, kız arkadaşı ile konuşmak için Ercan'ın telefonunu istediği, telefonla konuşurken kontörü bitmesi üzerine birlikte kontör almak için çıktıkları ve geçen bir taksiye binerek Karakolu önünden geçerken Ercan'ın arabadan inip, telefonunu alıp geri vermediği için davacıyı şikayet ettiği, kapı önündeki memurun taksiyi durdurması üzerine içeri giren davacının karakoldaki polis memurlarına küfürler edip hakaret ve tehditler yağdırmaya başladığı, kendisini sakinleştirmek isteyen görevlilere saldırıp, kendisini yerden yere attığı, kafasını duvarlara vurduğu, bunun sonucu olarak çeşitli yerlerinden yaralandığı, karakol nöbetçisi polis memuru M. T.'in sandalyesini ittirip onun yere düşmesine sebep olduğu, kendisine kelepçe takmak için uğraşan Komiser Yardımcısı E.Y.'e de dirsek vurup yere düşürdüğü ve yerde de tekme ile vurduğu, böylece görevli memurlara cebir, şiddet ve tehditle saldırıp hakaret eden davacının el ve ayaklarından tutulup kelepçe takılmak suretiyle zorlukla zaptedildiği, davacı tarafından belirtilen hukuki metinler doğrultusunda iş ve işlemlerin yürütülmekte olduğu, hizmet sırasında da gerekli eğitimi ve denetimin yapılarak mevzuata aykırı harekette bulunanlar hakkında yasal işlemlerin gerçekleştirildiği, davacının polis memurlarını suçlayarak olayı saptırmak istediği, avukatının huzurunda 30.12.2002 tarihli emniyet ifadesinde, davacının kötü muamele gördüğüne dair hiçbir beyan ve iddia bulunmamakta olup bu ifadeyi hem davacı ve hem de avukatının birlikte imzaladığı, ancak savcılıktaki ifadede önceki beyanının aksine ifade verdiği, davacının saldırgan davranış ve fiilleri üzerine, görevli memura tehdit ve haka-

ret suçu işlediği, bunun sonucu olarak İzmir 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 04.02.2003 gün ve E: 2003/2 K: 2003/38 sayılı Kararı ile 18 Ay Hapis, 2 Ay Hafif Hapis ve 1.962.936.882 TL ağır Para Cezası ile cezalandırıldığı, dava dilekçesinde darp, Filistin askısına alınma gibi işkence iddiaları yer almakta ise de; müştekinin karakola ilk geliş saati 23:30 - 24:00 sıraları, hakkındaki ilk rapor saati ise 01:15 olup aradan geçen zamanın son derece kısa olduğu, saldırgan fiilleri işlediği süre hastaneye rapor için sevk işleminin yapılması için gereken süre, hastaneye gidiş için yolda geçen süre ve hastanede gerekli resmi işlemlerin tamamlanması için gereken zaman dikkate alındığında, yapıldığı iddia olunan işkence fiillerinin işlenmesinin mümkün olamayacağını ortaya çıktığı, zaten davacının işkence iddiası ile aleyhine şikayetçi olduğu Komiser S. Ö. hakkında yapılan İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2002/53131 sayılı Hazırlık Tahkikatı "Müşteki ve vekilinin iddialarını herhangi bir delille doğrulayamaması nedeniyle", "Takipsizlik Kararı" ile sonuçlandığı ve bu Karara karşı yapılan itirazın da Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/947 Müt sayılı Kararı ile reddedildiği, Vuku bulan olayda görevli polis memurları, kendilerine küfürler edip, hakaret yağdıran ve onlara saldırıp yaralayan, karakoldaki eşyalara zarar veren, ayrıca başını duvara vurup kendisini yaralayan, elini kolunu masalara ve duvara vurup yaralayan ve kelepçeli elini zorlayarak kırılmasına neden olan davacıyı sakinleştirmek için zor kullandıkları ve birkaç kez copla vurdukları bu davranışların, Polis Vazife Selahiyet Kanunu çerçevesinde, yetki sınırları içerisinde ve görevin ifası mahiyetinde gerçekleşen fiiller olarak değerlendirilmesi gerektiği bu nedenle, TCK'nun 49. maddesi kapsamında görevin ifası için uygulanan bu fiilleri işkence olarak nitelendirmenin hukuken isabetli olmadığı, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11.1991 gün ve E:1991/332 sayılı içtihadı da bu doğrultuda olup idarenin görüşünü teyit etmekte olduğu, öte yandan, görevliler hakkında İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesinde 2003/297 sayılı ile açılan ceza davasının halen devam etmekte olup bu davanın kesinleşmesinin ve çıkacak sonuca göre tazminat isteminin karara bağlanmasının daha doğru olacağı savunulmuştur.

TÜRK HALKI ADINA

Hüküm veren İzmir 3. İdare Mahkemesince; duruşma için önceden belirlenerek taraflara duyurulan 18.11.2004 günü davacı vekilinin geldiği, davalı idareyi temsilen Hazine Avukatı Melek Fener'in hazır bulunduğu görülmekle yapılan açık duruşmada taraflar usulüne uygun olarak dinlenildikten sonra aynı tarihte verilen ara karar gereğinin yerine getirildiği anlaşılmakla dava dosyasındaki bilgi ve belgeler incelenerek gereği görüldü:

Dava; davacının Polis Karakolunda işkence, dayak ve hakarete maruz kaldığı iddiasıyla 1.540,00 YTL (1.540.000.000 TL) maddi ve 10.000,00 YTL (10.000.000.000 TL) manevi tazminatın idareye müracaat tarihi olan 26.12.2003 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte ödenmesi hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın 125. maddesinin son paragrafında, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu'nun 1. maddesinde, polisin halkın ırz, Can ve malını muhafaza ve kamu istirahatini temin edeceği belirlenmiş olup bu kapsamındaki görevlerini yerine getirirken kullanacağı yetki ve alacağı tedbirlere ilişkin usul ve esaslar Kanununun meteakip maddelerinde belirlenmiş bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; İzmir 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 04.02.2003 tarih ve E: 2003/2 K: 2003/38 sayılı kararından, 29.12.2002 günü E. K. adlı şahıs tarafından, davacının cep telefonunu aldığı ve vermediğinden bahisle yapılan başvurusu üzerine davacının karakola girerek nöbetçi polis memuru Mustafa Taymaz'a sarhoşluğun etkisi ile hakaret ettiği ve sandalyesini ittirerek yere düşürdüğü, sesleri duyan A.Y.E., T.Ö., Ş. S., N.Y., A.K., E.U. ve İ.O.'ın odalarından çıkıp geldikleri, davacıya sakın olmasını söyledikleri, ancak davacının tehdit ve hakaretlerde bulunduğu, etrafa saldırıp masalara ve sandalyelere tekme attığı, katılan Komiser Yardımcısı E.Y.'in kelepçe takmak için kolunu büktüğünde dirseği ile vurup yere düşürdüğü ve yerde de tekme attığı, bunun üzerine polislerin davacının el ve ayaklarından tutup kelepçe takmak suretiyle zaptettikleri, böylece davacının görevli polis memuru olan müştekilere görev sırasında cebir, şiddet ve tehditle birlikte hakaret suçlarını işlediğinin tevil yollu ikrarı, müştekilerin ve katılanın samimi anlatımları, tanık beyanları, doktor raporları, davacının alkol raporu ve tüm dosya kapsamı ile sübut bulunduğu, her ne kadar davacı hakkında TCK'nın 258/1 maddesinin uygulanması istenilmişse de, davacının karakola kendiliğinden geldiği, müşteki polislerin davacıya karşı yapmakta oldukları herhangi bir görevlerinin bulunmadığı, tanık E.K.'ın cep telefonunun davacı tarafından iade edilmemesi olayında müştekilerin haberlerinin bulunmadığı, bu olayın soruşturması yapılmadığı halde olaydan haberleri olmayan polis memurlarına görevlerinden ötürü olmayıp, olaydan haberleri olmayan polis memurlarına görevleri sırasında cebir, şiddet ve tehditle birlikte hakaret ettiği anlaşıldığından olayda memura mukavemet suçunun unsurlarının

oluşmadığından davacının bu suçtan beraatine, yine davacı hakkında davacının polisler tarafından vazifelerinden dolayı değil vazifeleri sırasında hakaret ettiği anlaşıldığından ve cebir şiddet (adi müessir fiil) ve tehdit TCK'nın 269. maddesinin unsurlarından olduğundan ve ayrıca hakaret suçlarında mağdur sayısı kadar suç oluşacağından davacının TCK'nın 266/1, 267. ve 269. maddelerinin 9 kez uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verildiği, cebir, şiddet ve tehditin TCK'nın 269. maddesi unsurlarından olduğundan hakkında ayrıca TCK'nun 456/4, 271 maddelerinden ceza tayin edilmediği, bu suçları sarhoşluk saiki ile işlediği anlaşıldığından TCK'nın 572/1 maddesi uyarınca da cezalandırılmasına karar verildiği, her ne kadar bu olayda davacının 15 gün iş ve gücünden kalacak şekilde raporu mevcutsa da, toplanan delillere, tanık anlatımlarına nazaran davacının karakola girer girmez sarhoşluğu etkisiyle görevli polis memurlarına görevleri sırasında cebir, şiddet ve tehditle hakaret ettiği, bu olayın cereyanından sonra kelepçe takılarak etkisiz hale getirilmek istenmesi sırasında kol kemiğinin çatladığı anlaşıldığından hakkında TCK'nun 272 maddesinin uygulanmadığı belirtilerek davacının görevli memura karşı koymak suçundan beraatine, müştekilere görevi sırasında tehdit ile hakaret suçundan ve ayrıca mütevaciz sarhoşluk, suçundan mahkumiyetine karar verildiği, kararın temyiz edilmesi üzerine iki defa bozulduğu ve nihayet İzmir 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 31.07.2007 tarih ve E: 2007/270 K: 2007/380 sayılı kararıyla davacının 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca yeniden mahkum edildiği ve kararın kesinleştiği, olayla ilgili olarak Buca 2. No'lu Sağlık Ocağı'nın 30.12.2002 tarihli Adli Rapor formu ile davacının sırtta yaygın şekilde ekimoz, sol bacak uylukta, sağ bacak diz alanında eritem lezyon, sol üst kolda ekimotik lezyon, alında sağ tarafta şişlik ve ekimoz, panietalde eritemli lezyon, her iki el bileğinde kelepçeye bağlı eritem, ayrıca sağ el 1. parmakta şişlik ve görünüm nedeniyle fraktür(kırık) şüphesiyle hastaneye sevkinin uygun görüldüğü, Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen 30.12.2002 tarihli Protokol No: 149732-25247/02 sayılı Adli Raporda acil serviste değerlendirilerek hastanın yapılan ortopedik muayenesinde sağ el bileği tenor bölgede şişlik mevcut, sağ ön kolda radius styloid kemikte fraktür mevcut kısa kol alçı ateli yapıldığı, diğer ext patolojileri YDT + önerilerde bulunuldu. RV Poliklinik kontrole çağırıldığı, hastanın diğer patolojileri bakımından adli hekime ve ilk müdahale hekimine devredildiği, hastanın yapılan ortopedik muayenesinde hastanın hayati tehlikesinin olmadığına dair geçici hekim raporu olduğunun belirtildiği, Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu İzmir Şube Müdürlüğüne düzenlenen 30.12.2002 tarih ve 10250 sayılı Raporda, önceki raporlara değinildikten sonra ha-

len vücudunun muhtelif yerlerinde ekimoz ve dermobrazyonlar ile sağ kolda kısa kol alçı ateli bulunan davacıda tespit edildiği bildirilen sağ ön koldaki radius styloid fraktürü ile karakterize mevcut yaralanmasının şahsın hayatı tehlikeye maruz kalmadığı, 15 gün mutad iştigaline engel teşkil eden nitelikte olduğunun bildirildiği, aynı yerden verilen 05.02.2003 tarih ve 995 sayılı raporda 03.01.2003 günü yapılan muayenesinde sağ ön kolunun alçı ateline alınarak sarılı bulunduğu görüldüğü, ayrıca sırtında sol uyluk arka yüzde her iki diz arka yüzde mor çevresi fistiki yeşil renkte ekimozlar, her iki ayak bileği dış yüzde 1 cm kadar uzunlukta üzeri hafifçe kabuklu sıyrık saptandığı, sağ ön kolunda çatlak olduğunu beyan etmekle İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinden olay tarihli hastane belgeleri istendiği ve temin edilen acil servis formu incelendiğinde 30.12.2002 günü yapılan ortopedik muayenesinde sağ el bileği tenor bölgede şişlik sağ radial styloid fraktürü mevcut olduğu, sol diz posteriorda hassasiyet mevcut olup grafide sağ radial styloid fraktürü mevcut olduğu, extremelerde yumuşak doku travması tespit edildiği, kısa kol alçı ateli yapıldığının yazılı bulunduğu görüldüğü, her ne kadar hastane formunda sağ radial styloid fraktürü olduğu yazılı ise de ulnada styloid çıkıntıda kopma kırığı olduğu röntgen filminin tetkikinden anlaşılacakla bu halin hayatı tehlikeye maruz kalmadığı, 10 gün mutad iştigaline engel teşkil edeceğini bildirir mütalaa raporu olduğunun belirtildiği, davacının şikayetçi olduğu Komiser S.Ö. hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2002/53131 sayılı Hazırlık tahkikatının müşteki ve vekilinin iddialarını herhangi bir delille doğrulayamaması nedeniyle takipsizlik kararı ile neticelendiği, bu karara yapılan itirazın da Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/947 Müt sayılı kararı ile reddedildiği, olayla ilgili olarak Komiser M.İ ve S.Ö ile Komiser Yardımcısı E.Y.'le polis memurları M.T., A.K., T.Ö., A.Y.E., Ş.S., E.U., İ.O., N.Y. hakkında adli görevi kötüye kullanmak ve bireye kötü davranmak fiilleri nedeniyle yapılan disiplin soruşturması neticesinde, İzmir İl Polis Disiplin Kurulu tarafından alınan 08.07.2004 tarih ve 2004/536 sayılı kararına dayalı 16.07.2004 tarihli Valilik işlemleriyle, Komiser M.G.İ. ve polis memurları M.T., A.K. ve T.Ö.'ın icrai rezalet çıkararak mukavemet eden davacıya, kuvvet kullanma sınırını aşarak 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde darp etmek sureti ile herhangi bir nedenle karakola geleni darp etmek suçunu işlediklerinin sübuta erdiği gerekçesiyle eylemlerine uyan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 7/A-1 maddesi uyarınca 12'şer Ay uzun süreli Durdurma cezasıyla cezalandırılmalarına, haklarında aynı tüzüğün 15. maddesi hükmü tatbik edilerek bir alt ceza olan 4'er Ay Kısa süreli Durdurma cezası ile cezalandırılmalarına, Komiser Yardımcısı E.Y. Polis memurların A.Y.E.,

Ş.S., E.U., İ.O. ve N.Y.'ya isnat edilen bireye kötü davranmak suçu sübuta ermemiş ise de, davacının karakolda icrai rezalet çıkardığı, görevlilere saldırdığı, bu esnada soruşturma dosyasında adı geçen diğer görevliler tarafından darp edildiği, bu sırada gereken uyarı ve suç önleyici eylem ve davranışlarda bulunmamak sureti ile görevlerinde kayıtsızlık gösterdikleri anlaşıldığından E.Ö.D.T'nun 5/A-6 maddesi uyarınca 1'er Günlük Aylık Kesimi cezasıyla cezalandırılmalarına, Polis memuru Neşe Yeşilkaya dışındakilerin geçmiş hizmetlerinin olumlu ve sicillerinin iyi olduğunun anlaşıldığından bir alt ceza olan Kınama cezasına dönüştürüldüğü, Komiser S.Ö.'e isnat edilen görevi kötüye kullanmak suçunun sübuta ermediği, davacının ifadesinin avukatı nezaretinde alındığı ve bu ifadesi sırasında kendisinin darp edildiğine dair beyanı bulunmadığı, ihmal ve suç kastının bulunmadığı kanaatiyle hakkında ceza tayinine mahal olmadığına karar verildiği: davacı tarafından yapılan başvuru nedeni ile İzmir Valiliği İnsan Hakları İl Kurulu tarafından cerilen 02.08.2004 tarih ve İHM 2004-1/159 cevapta, müracaatın Kurulda değerlendirildiği, iddialarla ilgili olarak İl Polis Disiplin Kurulu tarafından 08.07.2004 tarihinde karar verildiği, adli yönden ise İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesince E: 2003/297 sayısına kayden TCK 245- Bireye kötü davranmak suçundan 29.06.2004 tarihinde yapılan duruşmada karar verildiği, İnsan Hakları İl Kurulunun 29.07.2004 tarihli toplantısında; adli ve idari yönden soruşturması tamamlanan müracaat ile ilgili olarak İl kurulunun yetkisi dahilinde yapılacak başka bir işlem bulunmadığından konunun gündemden çıkarılmasına oybirliği ile karar verildiğinin davacı vekiline bildirildiği; Ayrıca Bireye kötü davranmak suçundan dolayı emniyet görevlileri hakkında açılan kamu davası neticesinde İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesine tarafından verilen 29.06.2004 tarih ve E: 2003/297 K: 2004/740 sayılı kararla sanıklardan E.Y., A.Y.E., Ş.S., E.U., İ.O. ve N.Y.'nın, 2559 sayılı Kanununun 16. maddesi ve TCK 49. maddesi dikkate alınarak ceza verilmesine yer olmadığına, diğer sanıklar M.G.İ., T.Ö., A.K., M.T.'in eylemlerine uyan TCK 64/1 maddesi aracılığıyla TCK 245/1 maddesi gereğince olayın mahiyeti, özelliği, işleniş biçimi nazara alınarak taktiren 3 ay hapis ve 3 ay muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ile cezalandırılmasına, ağır tahrik altında bu suç işlediklerinden TCK 51/2 maddesi gereğince cezalarının taktiren 2/3 indirilerek 20 gün hapis ve 20 gün memuriyetten mahrumiyetlerine, TCK 59 maddesi gereğince 1/6 indirim uygulandığı, hapsin para cezasına çevrildiği ve cezaların ertelenmesine karar verildiği, kararın temyizden incelenmesi neticesinde Yargıtay 4. Ceza Dairesinin E: 2005/8779, K: 2006/2276 sayılı kararıyla Mahkeme kararının ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kısmının onanıp diğer

kısımının bozulmasına üzerine İzmir 8. Asliye Ceza Mahkemesinde E: 2007/200 kaydına alındığı ve verilen hüküm ile suçun cinsi aynı kalıp Ceza Kanunundaki düzenlemeler gözetilerek cezaların yeniden belirlendiği, davacıya vekaleten İçişleri Bakanlığına gönderilmek üzere 26.12.2003 tarih ve 106982 sayı ile İzmir Emniyet Müdürlüğünde kayda alınan dilekçe ile yapılan tazminat talepli başvurunun 09.02.2004 tarih ve B.05.1.EGM.4.35.00.61.01/4488 (16.12.2004-18146) sayılı yazıyla, talep edilen tazminatın ödenmesine ilişkin yargı kararının bulunmadığı gerekçesiyle ödeme yapılması hususunda yapılacak bir işlemin bulunmadığının adi posta ile gönderilmekle 20.02.2004 tarihinde davacıya tebliği üzerine 23.02.2004 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, dosyada yer alan Mahkeme kararları, disiplin soruşturmasına ilişkin dosyada bulunan ifade, savunma, tanık beyanları vs. belgeler birlikte değerlendirildiğinde davacının alkollü bir durumda iken yaşanan bir olay nedeniyle kendiliğinden karakola girdiğinde gösterdiği olumsuz tutum, davranış ve sözler neticesinde gelişen olaylar sırasında gözlem altına alındığı, kendisinin suç teşkil eden eylemleri nedeniyle mahkum edildiği ve bu eylemlerin karakol görevlileri bakımından ağır tahrik teşkil ettiğinin adli yargı gereğince verilen kararlarda dikkate alındığı ancak ortaya çıkan gelişmeler esnasında davacının da bir kısım karakol görevlilerinin, davacının nitelendirdiği şekilde bir işkence suçu teşkil etmeksizin bireye kötü davranmak suçu kapsamında muamelesine maruz kaldığı ve neticesinde zarar gördüğü açık bulunmaktadır.

Dosyadaki belgelerden davacının olay tarihinde 27 yaşında bulunduğu, davacının Emniyette alınan 30.12.2002 tarihli ifadesinde işinin, Şirinyer Park Taksi 35 T 6158 sayılı takside şoför olarak çalışmakta olduğunu bildirildiği, keza olay nedeniyle tanık olarak ifadesine başvuru taksici R.Y.'ın ifadesinde de davacıyı tanıdığı ve Şirinyer'de taksicilik yapmakta olduğunu beyan edildiği, davacının olay nedeniyle verilen raporlarla mutad çalışmasına mani teşkil eden nitelikte çalışma imkanından mahrum kaldığı, müteakiben bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetine bağlı ekonomik verimliliğinde ve normal yaşamına devamında kaybının oluştuğu açık bulunmaktadır.

Davacı tarafından maddi tazminat olarak 1.540,00 YTL.'nin talep edildiği, olay öncesinde taksi şoförlüğü yaptığı ve olay nedeni ile yeniden aktif çalışma hayatına uyum sağlayabilmesi ve verimli olarak katılabilmesi için geçen süre göz önünde bulundurularak bu dönemde Asgari Ücret Tespit Komisyonu kararları ile 16 yaşına doldurulmuş iş-

çilerin bir günlük normal çalışma karşılığı olarak ve olayda ilgili bulunduğu dönemleri dikkate alınarak 2002 ve 2003 yılları için belirlenmiş olan bir günlük tutarlar esas alınarak yapılan hesaplama sonucu ulaşılan miktar gözetilerek talep edilen maddi tazminat miktarının makul ve fafiş bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer taraftan, bu ilkelere göre olayda davacının vücut bütünlüğünde maruz kaldığı etkiler, iyileşme sürecinde duyduğu acı ve endişe, tedavisi için uğraşmak zorunda kalması, bu süreçte çalışma hayatından uzak kalarak yeniden işe uyum süreci, emniyet hizmetine duyduğu güvende sarsılma ve yaşanan olayların manevi bütünlüğünde yarattığı travma dikkate alınarak istem kadar yani 10.000 YTL manevi tazminatın ödenmesi takdir olunmuştur.

Açıklanan nedenlerle davanın kabulü ile 1.540.00.-YTL maddi ve 10.000,00 YTL manevi tazminatın idareye başvuru tarihi olan 26.12.2003 tarihinden itibaren ödemenin yapılacağı tarihe kadar hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davalı idarece davacıya ödenmesine hükmedilen tazminat miktarı üzerinden hesaplanan 623.16.-YTL nispi karar harcından peşin ödenen 165.89.-YTL harç bedelinin mahsubu ile kalan 457.27.-YTL harç bedelinin davacıya tamamlattırılmasına, aşağıda dökümü yazılı toplam 686.86.-YTL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 10 ve 12. maddeleri gereğince hesaplanan 1.354,00.-YTL avukatlık ücretinin davalı idare tarafından davacıya ödenmesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 25.09.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
A. Ş.	K. T. KOÇER	Yasin KOCAR
		104030

Not: İş bu karar; Danıştay Onuncu Dairesinin 24/01/2013 gün ve E:2008/10185, K:2013/463 sayılı onama kararı ile onanmış taraflarca yasal süresi içinde karar düzeltme isteminde bulunulmayarak 07/05/2013 tarihinde kesinleşmiştir. 12/07/2013

Gönderen: Av. Esma Bayır

T.C.
MUĞLA
VERGİ DAİRESİ
Esas No : 2012/774
Karar No : 2013/32

Özet: "İhtilaf konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesine göre, davacının Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aldığı SSK emekli aylığı üzerine vergi borcu dolayısıyla haciz tatbik edilmesi mümkün bulunmadığından, davacının emekli maaşına uygulanan haciz işleminde hukuka uygunluk görülmemiştir."

Davacı : İZMİR

Davalı : Vergi Dairesi Başkanlığı/İZMİR

Davanın Özeti : Davacının vergi borçları bulunduğu bahisle emekli maaşı banka hesabına uygulanan e-haciz işleminin; haciz işleminin emekli maaş hesabı üzerine konulduğu, emekli maaş hesabına haciz konulamayacağı kamu alacağının zamanaşımına uğradığı iddialarıyla iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davacı adına vergi borçları nedeniyle ödeme emirleri düzenlendiği, davacının 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca taksitlendirme talebinde bulunduğu, taksitlendirme talebinin zamanaşımını kestiği, taksitlendirmenin ihlali nedeniyle davacının banka hesaplarına e-haciz işleminin uygulandığı, haciz uygulanan banka hesaplarının emekli maaşı hesabı olup olmadığı belli olmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Muğla Vergi Mahkemesi Hakimliği'nce dava dosyası incelendikten sonra işin gereği düşünüldü;

Dava, davacının vergi borçları bulunduğu bahisle emekli maaşı banka hesabına uygulanan e-haciz işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 71. maddesinde; aylıklar, ödenekler, her çeşit ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama bağlı olmayan nafakalar, emeklilik aylıkları, sigorta ve emeklilik sandıkları tarafından bağlanan gelirlerin kısmen haczolunabileceği ve haczolunacak miktarın bunların üçte birinden çok ve dörtte birinden az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 93. maddesinde ise; bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödeneklerinin, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacaklarının, devir ve temlik edilemeyeceği ve gelir, aylık ve ödeneklerin; 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği, 106. maddesinin 1. bendinde; 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 142 ve 143., ek 36., geçici 20., geçici 81. ve geçici 87. maddeleri hariç diğer maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının vergi borçları bulunduğu bahisle muhtelif vergi borçlarının tahsili amacıyla davacının Ziraat Bankası Bodrum Şubesi'ndeki üç adet banka hesabına haciz işleminin uygulandığı, söz konusu banka şubesine yapılan ara kararı sonucunda gönderilen belgeden, haciz işlemi tatbik edilen 57156917 - 5002 numaralı hesabın SSK emekli maaşı hesabı olduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, sonra çıkan genel kanunla, daha önce çıkmış özel kanun hükmü arasında birbiriyle çatışır görünen bir düzenleme mevcut olup özel bir Kanun hükmünün, sonradan yürürlüğe giren aykırı bir hükümle üstü kapalı (zımni) olarak kaldırılmış sayılması için, sonraki hükmün de aynı ölçüde özel bir hüküm olması hukukun genel kurallarındandır.

Olayda, 6183 sayılı Kanun'un 71. maddesinden sonra, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve uyuşmazlık konusu olaya uygulanması gerektiği sonucuna varılan 93. madde hükmüyle de özel bir düzenleme getirilip, bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödeneklerinin 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği öngörülmüştür.

Bu durumda, ihtilaf konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesine göre, davacının Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aldığı SSK emekli aylığı üzerine vergi borcu dolayısıyla haciz tatbik edilmesi mümkün bulunmadığından, davacının 57156917 - 5002 numaralı emekli maaşına uygulanan haciz işleminde hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; **DAVANIN KABULÜNE**, dava konusu emekli maaşına uygulanan haciz işleminin iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 80,75- yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, itiraz aşamasına ilişkin muhtemel yargılama giderlerinin taraflara bildirilmesine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca iş bu karara karşı kararın tebliğini izleyen tarihten itibaren otuz (30) gün içerisinde Aydın Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere, 21.01.2013 tarihinde karar verildi.

HAKİM
KÜRŞAT SELÇUK
101163

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan-SMMM

T.C.
MANİSA
VERGİ DAİRESİ
Esas No : 2012/976
Karar No : 2013/165

Özet: "6183 sayılı Yasa'nın 13/3 maddesi uyarınca ihtiyatı haciz kararı alınmış ise de, davacının kaçması, mallarını kaçırmaması veya hileli yollara başvurmaması yönünde yapılmış bir tespit bulunmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacı hakkında alınan ihtiyatı haciz kararına dayanılarak davacının kişisel banka hesaplarına haciz uygulaması yönünde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır."

Davacı :

Vekili : İZMİR

Davalı : Vergi Dairesi Müdürlüğü Turgutlu/İZMİR

Davanın Özeti : Davacı tarafından, vergi borcu olduğu iddiasıyla Garanti Bankası Aliağa Şubesi nezdinde bulunan kişisel hesaplarına konulan haciz işleminin; şahsına herhangi bir ödeme emri tebliğ edilmeden kişisel banka hesaplarına doğrudan doğruya elektronik haciz uygulandığı, yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğu, pay devirlerinin 2007 yılında gerçekleştirildiği, vergi dairesince en son verilen 24.5.2012 tarih ve 18288 kayıt numaralı yazıda şirketin hiçbir borcu bulunmadığının ifade edildiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Davacı hakkında, Petrol San.Tic. Ltd. Şti.'nin borcundan dolayı 30.07.2012 tarih ve 28429 sayılı yazı ile ihtiyatı haciz kararının uygulandığı, amme alacağının korunması amacıyla sürdürülen işlemlerin yerinde olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Manisa Vergi Mahkemesi'nce, dosyadaki belgeler incelenerek gereği görüldü:

Uyuşmazlık, davacı hakkında alınan ihtiyati haciz kararı üzerine kişisel banka hesaplarına konulan haciz işleminin iptali istemine ilişkindir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "ihtiyati haciz" başlıklı 13. maddesinde; ihtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunacağı hükme bağlanmış olup, daha sonraki bentlerinde ise ihtiyati haciz nedenleri tek tek sayılmıştır.

Dava dosyası ile Mahkememizin E:2012/688 ve 689 numaralı dosyalarında yer alan belgelerin incelenmesinden, davacının Petrol Mad. Yağ. Ltd. Şirketi'nin ilgili dönemde müdürü olduğu, adı geçen şirket hakkında 2008 yılı hesaplarının incelenmesi sonucunda 22.05.2012 tarih ve 2012-A-460/5 sayılı Vergi Tekniği Raporu ile aynı tarih ve 2012-A-460/8 sayılı vergi inceleme raporunun düzenlendiği, bu raporlara dayanılarak cezalı tarhiyat yapıp 18.07.2012 tarihli vergi/ceza ihbarnameleri ile şirketten istenildiği, ihbarnamelerin 07.08.2012 tarihinde şirket adresinde tebliğ edildiği, 23.07.2012 tarihi itibarıyla anılan şirket ile şirket müdürü ve ortakları hakkında 6183 sayılı Yasa'nın 13/3 ve 17.maddeleri gereğince ihtiyati tahakkuk ye ihtiyati haciz olurlarının alındığı, davacı hakkında alınan ihtiyati haciz kararı sonrasında kişisel banka hesaplarına haciz uygulandığı ve bu işlemin iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar dava dilekçesinde şirketteki payların 2007 yılında devredildiği belirtilmiş ise de, pay devirlerinin 2007 yılında gerçekleştirdiğine dair dosyada herhangi bir bilgi ve belge yer olmadığından davacının anılan iddiasına itibar edilmesi imkansızdır.

6183 sayılı Yasa'nın yukarıda bahsedilen hükmünde sözü edilen ihtiyati haciz, kamu alacağının cebren tahsil ve takip işlemlerini olmayıp, icrai muamelelere başlanmadan önce tahsile, konu amme alacağının tehlikeye girmemesi için korumaya yönelik bir işlemdir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının ilgili dönemde müdürü olduğu şirket hakkında yapılan incelemenin ihtiyati haciz kararı alınmadan önce sonuçlandırıldığı, düzenlenen rapora dayanılarak adı geçen şirket

adına cezalı tarhiyat yapıldığı, ihbarnamelerin şirket müdürüne tebliğ edildiği, şirketin faal olmadığı yönünde herhangi bir saptamanın bulunmadığı, 6183 sayılı Yasa'nın 13/3.maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı alınmış ise de, davacının kaçması, mallarını kaçırmaması veya hileli yollara başvurması yönünde yapılmış bir tespit de bulunulmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacı hakkında alınan ihtiyati haciz kararına dayanılarak davacının kişisel banka hesaplarına haciz uygulanması yönünde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, **DAVANIN KABULÜNE**, dava konusu edilen işlemin iptaline, aşağıda dökümüü yapılan 70,90.-TL, yargılama giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 660,00.-TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, artan posta ücretinin kararın kesinleşmesi durumunda Mahkememizce davacıya iadesine, kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 22/03/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

İBRAHİM AKDAĞ
33620

Üye

İRFAN İN
37758

Üye

ZEYNEP OYA GÜNAL
37788

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan-SMMM

YARGI KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi
Esas No : 2012/7921
Karar No : 2012/10135

Özet: İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun bu yöndeki şikayetinin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabeti olmamıştır.

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi: Ankara 14. İcra Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 27.04.2012

Numarası : 2012/446-2012/464

Davacı : Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü

Davalı : Cengiz Eylevler

Dava Türü : Şikayet (icra memur muamelesi)

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki davacı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahalinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Borçlu vekili; Ankara 28. İcra Müdürlüğü'nün 2012/4541 ve 2012/4542 Esas sayılı dosyalarına konu Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/301 sayılı ilamında hüküm altına alınan alacağı bölerek iki ayrı icra emri ile ilamlı takip yaptığını, bunun yerinde olmadığını beyanla kanuna aykırı Ankara 18. İcra Müdürlüğü'nün 2012/4541 sayılı dosyasındaki takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece alacaklının aynı ilamdaki farklı alacak kalemleri için ayrı ayrı takip yapmasına yasal bir engel bulunmadığından ve dosyayı hesap bilirkişisine düzenlenen rapor doğrultusunda hüküm tesis etmiştir.

6100 sayılı HMK.nun Hüküm Kapsamı başlıklı 297. maddesinde; hükmün sonuç kısmında yargılama giderleri konusunda taleplerden her biri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların sıra numarası altında gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargılama Giderlerinin Kapsamı başlıklı 323. maddenin (ğ) bendinde vekille takip edilen davalarda vekalet ücretini yargılama giderleri içinde saymıştır. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk başlıklı 326. maddesinin 1. fıkrasında yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği belirtilmiştir. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde ilam taraflara yüklenen borçlar, tanınan haklar, yargılama giderleri olmak üzere bir bütündür. Vekille temsil edilen davalarda hüküm altına alınan avukatlık ücreti de yargılama giderleri kapsamındadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakameleri Kanunu'nun Dürüst Davranma ve Doğru Söyleme Yükümlülüğü başlıklı 29. maddesinde “Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.” Dürüstlük Kuralına Aykırılık Sebebiyle Yargılama Giderlerinden Sorumluluk başlıklı 327. maddesinin 1. fıkrasında “Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamı veya bir kısmı ödemeye mahkum edilebilir.” denilmiştir.

4721 sayılı TMK.nun Hukukun Uygulanması ve Kaynakları başlıklı 1. maddesinde “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”, Dürüst Davranma başlıklı 2. maddesinde “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Hakimın Takdir Yetkisi Başlıklı 4. maddesinde “ Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri gözönünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” , Hukukun

Uygulanması başlıklı 33. maddesinde ise; “Hakim , Türk hukukunu re-sen uygular.” denilmiştir.

2709 sayılı 1982 Anayasası’nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 61. maddesini sadeleştiren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri başlıklı 77. maddesinde “Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının mal varlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur.” denilmiştir.

Somut olayda, alacaklı vekili tarafından borçlular Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2011/301 Esas ve 2012/98 Karar sayılı ilamına dayanılarak Ankara 28. İcra Müdürlüğü’nün 2012/4541 takip numaralı dosyasında vekalet ücreti ile yargılama giderleri 2012/4542 takip numaralı dosyasında tazminat alacağına ilişkin vekalet ücreti talep edilmiş olduğu görülmüştür.

Mahkemece, aynı ilamda hüküm altına alınan alacak kalemleri için tek ve aynı dosya ile ilamlı icra takibinde bulunulmasını zorunlu kılan türden yasal düzenlemenin mevcut olmadığı gerekçesine dayanılmıştır. Ancak, yasalarda bir ilamla hüküm altına alınan haklarla ilgili olarak ayrı ayrı takip yapılabileceğine ilişkin hiçbir düzenleme de mevcut değildir. Bu durumda TMK.nun 1, 2, 4. ve 33. maddelerinin, Anayasa’nın 36. maddesinin, Borçlar Kanunu’nun 61 v Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 77. maddesinin, HUMK.’nun 29. maddesinin gö-zönüne alınarak uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması gerekir.

Genel olarak icra hukukuna ilişkin itiraz ve şikayetlerde TMK.’nun 2. maddesinin uygulanma kabiliyeti yoktur. Ancak, yukarıda belitirilen diğer yasa maddeleri gözönüne alındığında bu tip olaylarla sınırlı kal-mak üzere objektif iyi niyet kurallarının gözardı edilmemesi gerekir.

Hakkın kötüye kullanılmasını; hukuken var olan bir hakkın sınırlarını aşarak ya da o hakkı gerekçe göstererek hukuka aykırı eylemler yap-ma durumu olarak veya bir hakkın yasaların tanıdığı yetkilerin sınırları içinde olmakla birlikte, amacından saptırarak kullanılması olarak da açıklayabiliriz. Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesine göre herkes,

haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yani bir hak sahibi hakkını kullanırken ve borçlu borcunu öderken objektif iyi niyet kurallarına uymak, dürüst davranmak, başkalarını zarara uğratmamak zorundadır. Hak sahibi başkasına zarar vermek amacını taşımaya bile hareketi açıkça iyi niyet kurallarına aykırı ise ve başkasını zarara uğratiyorsa veya hak sahibine sağladığı yarar ile başkasına verdiği zarar arasında aşırı dengesizlik varsa bu durumu hakkını kötüye kullanması olarak değerlendirebiliriz. Anayasa başta olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hak sahibinin hakkını kullanırken objektif iyi niyet kuralları içinde hareket etmesini emretmiş, aksi davranışın hukuk düzeni tarafından korunamayacağını belirtmiştir.

Kötü niyetli olmasa da alacaklı tarafından yasadaki boşluktan yararlanılarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatılarak sebep-siz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durum hukuk düzeni tarafından korunamaz. Hakim yukarıda belirtilen yasa maddeleri gereğince yasadaki boşluğu objektif iyi niyet kuralları içinde doldurmak zorundadır. İlam bir bütün olmasına rağmen yasal ve geçerli bir neden olmaksızın alacaklının üç ayrı takip başlatmak suretiyle yasalarda belirtilen dürüstlük kuralına uymadığı, borçlunun zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler karşısında alacaklının bu davranışı hukuk düzeni tarafından korunamayacağı için mahkeme tarafından borçlunun bu yöndeki şikayetin kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi isabetli olmamıştır.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.nun 366 ve HUMK.'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, taraflarca HUMK.'nun 388/4. (HMK m. 297/ç) ve İİK.nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı on gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve temyiz edenden harç alınmasına mahal olmadığına 09.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan V. Üye Üye Üye Üye
S.Altıngöz A.T. Çevikbaş F. Akçin A. Eryılmaz N.B.Kuşçuoğlu

HD.

Karşılaştırıldı.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ

T.C.
YARGITAY
19. Hukuk Dairesi
Esas No : 2012/8453
Karar No : 2012/16194

Özet: "Kural olarak iflasın açılmasından sonra müflis aleyhine dava açılmazsa da somut olayda iflas kararı kesinleşmeden itirazın iptali davası açıldığından bu dava İİK'nun 235. maddesi uyarınca açılmış kayıt kabul davası gibi değerlendirilip sonucuna göre işlem yapılmalıdır."

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi
Tarihi : 18.05.2011
Numarası : 2009/73-2011/178
Davacı :
Davalı :

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı banka vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili banka ile davalılardan arasında yapılan genel kredi sözleşmelerini diğer davalıların müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladıklarını, kredi alacağının tahsili ve teminat mektubunun bedelinin depo edilmesi için yapılan icra takibinin davalıların haksız itirazı nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, % 40 tazminat karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar ve ve yetkilileri şirketlerin iflasına karar verildiğini, kararın temyiz edildiğini, iflas masası tarafından birinci alacaklılar toplantısının 12.02.2009 tarihinde yapıldığını belirterek İİK.nun 194. maddesi uyarınca davanın durdurulmasına karar verilmesini istemiştir.

Diğer davalılar ve davaya cevap vermemişlerdir.

Davalı şirketlerin iflas idaresi vekili, davacı alacaklının iflas masasına başvurduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalı şirketler hakkında dava tarihinde kesinleşmiş bir iflas kararının bulunduğu, iflas eden şirketlere husumet yöneltilemeyeceğinden haklarındaki davanın pasif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddinin gerektiği, bu iki şirketin iflas idarelerine karşı açılan davanın ise şirketlerin iflaslarıyla birlikte haklarındaki takip düştüğünden görülemeyeceği, diğer davalılar ve hakkında açılan davanın ise İcra Hukuk Mahkemesi tarafından bu kişiler hakkındaki takibin kaldırılmasına karar verildiği ve hükmün onanarak kesinleştiği gerekçesiyle tüm davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı banka vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalı ve davalı 'nin 27.11.2008 tarihinde iflas ettiği anlaşılmaktadır. Bu şirketler aleyhine ilamsız icra takibi 13.06.2008 tarihinde başlatılmış olup itiraz üzerine itirazın iptali davası 10.12.2009 tarihinde açılmıştır.

İcra İflas Kanunu'nun 193. maddesine göre iflasın açılmasıyla müflisin borçlu olduğu takipler kural olarak durur, iflas kararının kesinleşmesiyle takipler düşer. İtirazın iptali davasının açıldığı tarihte iflas kararı kesinleşmediğinden davalı şirketler aleyhine başlatılan takip düşmemiştir. Kural olarak iflasın açılmasından sonra müflis aleyhine dava açılmazsa da somut olayda iflas kararı kesinleşmeden itirazın iptali davası açıldığından bu dava İ.İ.K.'nun 235. maddesi uyarınca açılmış kayıt kabul davası gibi değerlendirilip sonucuna göre işlem yapılmalıdır. Dava konusu alacağın iflas masasına bildirilmesi ve ikinci alacaklılar toplantısında kabulü halinde itirazın iptali davası konusuz kalacak, alacağın kabul edilmemesi halinde bu davaya kayıt kabul davası olarak devam edilip iflas tarihi itibarıyla tespit edilen alacağın iflas masasına

kaydına karar verilecektir. Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı şekilde davalı şirketler yönünden davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 07.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Seyit Çavdar	K.Doğan	U.Sayın	A.Değnekli	A.Şentürk

Aslı gibidir.

Karşılaştırıldı.

T.Ö.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi
Esas No : 2012/2982
Karar No : 2012/12123

Özet: "Davalı Ertan yararına hükmedilecek vekalet ücretinin düşük olan tasarruf değerine, davalı Nuray yararına hükmedilecek vekalet ücretinin daha düşük olan alacak miktarına göre ayrı ayrı hesaplanması gerekirken tapudaki satış bedelleri toplamı üzerinden tek vekalet ücret takdiri isabetli görülmemiştir."

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi
Tarihi : 27.12.2011
Numarası : 2009/467-2011/670
Davacı :
Davalı :

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu'nın alacaklılarından mal kaçırarak amacıyla adına kayıtlı taşınmazlardan birini 16.1.2009 tarihinde davalı'a, diğerini de 22.12.2008 tarihinde davalı'a sattığını belirterek tasarrufların İİK.277 ile BK 18.maddeler gereğince iptalini dava ve talep etmiştir.

Davalı borçlu vekili, müvekkilinin aciz halinde olmadığını, dava konusu taşınmazların tapudaki satış bedellerinin gerçek bedel olduğunu, satışının takipten önce yapıldığını ve borcun kısmen ödendiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazı yatırım amacıyla 70.000,00 TL bedelle aldıklarını ve bedelini banka havalesiyle ödediklerini, borçlununda Aydın'da varlıklı biri olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazı 215.000,00 TL bedelle aldıklarını, ödeme olarak borçlunun alacaklısı olduğu M.'a tanesi 23.000,00 TL'den beş adet arsa devrettiklerini, bakiye 100.000,00TL için de 25.11.2008, 17.12.2008 ve 17.2.2009 tarihinde nakit ödeme yapılacak şekilde anlaştıklarını, sözleşme gereği 17.12.2008 vadeli 70.000,00 TL, 17.2.2009 vadeli 13.000,00 TL iki senet verdiklerini ve senetleri ve nakit miktarı ödediklerini, taşınmazı iyi niyetle aldıklarını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre, davalı borçlunun davalı Nuray'a yaptığı tasarruf yönünden tapudaki satış bedeline davalı Nuray ve eşi tarafından dava dışı'a devri yapılan beş adet arsa bedeli de eklendiğinde bulunan 186.000,00 TL ile bilirkişi tarafından belirlenen 250.259,00 TL bedel arasında misli fark bulunmaması, borçlunun davalı Ertem'e yaptığı tasarruf yönünden ise tapudaki satış bedelinin bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değere uygun olması, borçlunun mal kaçırma amacıyla taşınmazları diğer davalılara devir ettiğinin kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

İİK 278/3-2 madde gereğince akdin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitier bağışlama hükmünde olup iptale tabidir.

Somut olayda davalı borçlu vekili 1.10.2009 tarihli cevap dilekçesinde dava konusu taşınmazların tapuda gösterilen satış bedellerinin gerçek bedel olduğunu hatta taşınmazların değerinin üzerinde bir bedelle dahi satıldığını savunmuştur. Davalı vekili ise 9.2.2010 tarihli savunmasında dava konusu taşınmazı adi nitelikte ve tarihsiz sözleşme hükümleri gereğince 215.000,00 TL bedelle aldıklarını satış bedelinin 115.000,00 TLsi için beş arsa, bakiyesi için de 83.000,00 TL meblağlı iki senet 17.000.00 TL için nakit ödeme yapıldığını belirtmiş-

tir. Satış bedeline mahsuben biri davalı Nuray, dördü eşi adına kayıtlı arsalar tapu kaydına göre tanesi 6.000,00 TL bedelle 2.12.2008 tarihinde dava dışı 'a devredilmiştir. Mahkemece beş arsa bedeli olarak bilirkişi tarafından tespit edilen 126.000,00 TL bedel tapudaki satış bedeli olan 60.000,00 TL'ye eklenerek taşınmazın satış bedeli olarak 186.000,00 TL kabul edilmiş ve ve bilirkişi tarafından belirlenen 250.259,00 TL rayiç bedelle arasında bedel farkı olmadığı belirlenmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir. Satış bedelinine mahsuben devredilen beş arsa borçluya değil dava dışı M. Fırat Polat'a devredilmiş olup borçlu ile M.Fırat arasındaki ilişki kanıtlanamadığı gibi, biran için M.Fırat'ın borçlu tarafından arsaların devredilmesi istenen şahıs olduğu kabul edilse bile satış bedeline mahsuben yapılan arsa devri mutad ödeme olmadığından satış bedeline eklenmesi doğru görülmemiştir. O halde davalı Nuray tarafından borçlunun savunmasının aksine tapudaki 60.000,00 TL ödeme dışında başka ödeme yapıldığı resmi ve geçerli belge ile ispatlanmadığından 22.12.2008 tarihli tasarrufun İİK 278/3-2 madde gereğince takip konusu alacak ve fer'ileriyle iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

Borçlu ile davalı Ertem arasındaki tasarruf yönünden ise tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen bedel arasında misli fark bulunmamasına rağmen 20.11.2009 tarihli keşifte dava konusu taşınmazın borçlu vekili tarafından gezdirilmesi, borçlu vekilinin keşif ve bilirkişi raporu sunulduktan sonra davalı Ertem vekili olarak da vekalet sunarak savunma yapması ve 1.3.2010 tarihli savunmasından borçlunun varlıklı bir insan olarak tanındığını ve taşınmazın yatırım amaçlı alındığını belirttiği, ancak 16.1.2009 tarihinde satışı yapılan taşınmazın 20.11.2009 keşif tarihinde yani on aydır boş olduğu anlaşıldığından yukarıdaki maddi ve hukuki olgulara göre borçlu ile davalı Erdem arasındaki dava konusu 16.1.2009 tarihli tasarrufun da İİK.280/1.madde gereğince iptale tabi olup olmadığının karar yerinde tartışılmaması ve eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir. O halde mahkemece anılan 16.1.2009 tarihli tasarrufun İİK 280/1.madde gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gereklidir.

Kabule göre de davalı Ertan yararına hükmedilecek vekalet ücretinin daha düşük olan tasarruf değerine, davalı Nuray yararına hükmedi-

lecek vekalet ücretinin de daha düşük olan alacak miktarına göre ayrı ayrı hesaplanması gerekirken tapudaki satış bedelleri toplamı üzerinden tek vekalet ücreti takdiri de isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 6.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
A. Velioğlu	A.Ş. Sertkaya	L.E. Köksal	M. Özcan	S.Kul

Karşılaştırıldı.
S.İ. A.E.

Gönderen: Av. Buse Akkaya

T.C.
YARGITAY
1. Hukuk Dairesi
Esas No : 2012/13028
Karar No : 2013/661

Özet: "Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve 1-4-1974 tarih ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanun'un 706. Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksuz bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnemen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa medeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler."

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi: İzmir 9. Asliye Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 04.06.2012

Numarası : 2011/13-2012/286

Davacılar :

Davalı :

Dava Türü : Tapu İptali ve Tescil, Tenkis

Yanlar arasında görülen tapu iptali ve tescil ve tenkis davası sonunda, yerel mahkemece davanın, reddine ilişkin olarak verilen karar davacılar tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hakimi Elif Güney'in raporu okundu, açıklamaları dinlendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Davacılar, dava dilekçesinde; miras bırakanları tarafından, çekişmeli 7 no'lu bağımsız bölümdeki 1/2 payının mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla aslında bağış olmasına karşın satış biçiminde temlik edildiğini ileri sürerek, miras payları oranında tapu iptali ve tescili, olmadığı takdirde, tenkise karar verilmesini istemişlerdir.

İddianın özetlenen içeriği ve ileri sürülüş biçimi itibariyle davada, muris muvazaası hukuksal nedenine dayanıldığı; olmadığı takdirde, tenkis isteğinde bulunulduğu açıktır.

Esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir.

Bilindiği üzere; muris muvazaası iddiasına dayalı davalar kaynağını 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı'ndan alır. Anılan İnançları Birleştirme Kararı uyarınca; hakkı zedelenen her mirasçı tüm mirasçılar adına tescil isteğinde bulunabileceği gibi; payı oranında da talepte bulunabilir. Tenkis isteğinin de, pay oranında olabileceği yasal ve yargısal uygulamaların bir gereğidir.

Uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarih 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanun'un 706. Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın

sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

O halde, mahkeme kararındaki vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine ilişkin gerekçelerin, somut olayla ve davayla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Öte yandan, TMK'nun 683. ve devamı maddeleri, mülkiyet hakkının kapsamı, niteliği ve bu hakka yönelik tecavüzlerin nasıl önleneceğine ilişkindir.

Hal böyle olunca, mahkemece toplanan delillerin, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda, muris muvazaası iddiası yönünden değerlendirilmesi; olmadığı takdirde, tenkis isteğinin nazara alınması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın reddi isabetsizdir. Davacıların, temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerle (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK.'nın 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine. 23.01.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan V. Üye Üye Üye Üye
M.E. SEÇKİN M. ARAL A.S. TOGAY F. AKBABA S. ÖZAYKUT

Okundu
06.02.2013 A.R.T.

Gönderen: A. Buse Akkaya

T.C.
YARGITAY
12. Hukuk Dairesi
Esas No : 2011/19241
Karar No : 2012/4921

Özet: "Alacaklı vekilinin icra dosyası içerisindeki hacizli taşınmazlardan sadece birisine ilişkin haczin kaldırılması talebinde bulunması, alacağın haricen tahsil edildiğine karine teşkil etmeyeceğinden tahsil harcı alınmasını gerektirmeyecek."

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi: Sincan İcra Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 16.06.2011

Numarası : 2011/313-2011/305

Davacılar : Alacaklı

Davalı :

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüştülüp düşünüldü:

KARAR

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takipte, alacaklının, borçluya ait hacizli taşınmazlardan birine konulan haczin kaldırılmasını talep ettiğini, icra müdürlüğünce, ancak tahsil harcının ödenmesi halinde haczin kaldırılmasına karar verildiğini belirterek işlemin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, haczin kaldırılması isteminin alacağın haricen tahsiline karine oluşturduğu gerekçesi ile istemin redd edildiği anlaşılmaktadır.

492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 23. maddesinde "Her ne sebep ve suretle olursa olsun, icra takibinden vazgeçildiğinin zabıtnamaye ya-

zılması için vazgeçilen miktara ait tahsil harcının yarısı alınır. Ancak haczedilen mal satılıp paraya çevrildikten sonra vazgeçilirse tahsil harcı tam olarak alınır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Tüm hacizlerin kaldırılması istemi, alacağın haricen tahsil edildiğine karine teşkil edeceğinden, hacizlerin kaldırılması için anılan yasa hükmüne uygun olarak tahsil harcının ödenmesi zorunludur.

Somut olayda, borçluya ait bir araç ile yine borçlu adına kayıtlı dört adet taşınmazın kayden haczedildiği, şikayete konu işlem tarihinden önce, araç ile bir adet taşınmaz üzerine konulan hacizlerin alacaklı vekilinin talebi ile kaldırıldığı, diğer üç taşınmaz üzerindeki haczin ise devam ettiği görülmektedir. Alacaklı vekilinin hacizli taşınmazlardan sadece birisine ilişkin haczin kaldırılması talebinde bulunulması, başka bir ifade ile diğer taşınmazlar üzerinde, yukarıda açıklanan kural uygulanamaz. Bu durumda, bir taşınmaz yönünden haczin kaldırılması istemi, alacağın haricen tahsil edildiğine karine oluşturmaz.

O halde, mahkemece, şikayetin kabulü ile icra müdürlüğü işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi isabetsizdir.

SONUÇ : Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK366, ve HUMK.428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 23/02/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
E. Uzuner	Y.Z.Aksoy	İ. Altan	A. Doğan	A. Tuncal

Gönderen: Av. Nail Yılmaz Toksöz

