

Yıl: 35

Sıra Sayı: 127



KURULUŞ: OCAK - 1975

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI
DEMİRBAŞI

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 35

OCAK – NISAN 2009

Sayı : 1-2

Sahibi : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER Yargıtay Başkanı**
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR Yargıtay Yayın İşleri Müdürü**

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI

Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKA

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ali EM

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 — 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğüne
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 nolu** banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932 nolu** posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

CEZA HUKUKU

Salih Zeki İSKENDER

Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında
Töre Saikiyle Öldürme Suçunun
(Namus Cinayetlerinin)
Değerlendirilmesi5-60

MEDENİ HUKUK

Ömer Uğur GENÇCAN

Kayımlığı Gerektiren
Haller..... 61-102

ANAYASA HUKUKU

Bülent SAVTOK

Kişî Güvenliği..... 103-142

BİLİŞİM HUKUKU

Atilla PINAR

Teknoloji, Kurumların Elektronik
Ortamda Yargıya Entegrasyonu
ve Etkin Yargı..... 143-156

CEZA USUL HUKUKU

Süreyya SAYGIN

Koruma Tedbiri Olarak Yakalama
ve Gözaltı 157-184

İCRA ve İFLÂS HUKUKU

Mehmet AKBAL

Haksız Zihiyati Haciz Nedeniyle
Tazminat 185-212

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZEL HUKUK

Ramis Onur YENİ

CAS (Spor Tahkim
Mahkemesi) 213-240



**ÖĞRETİ VE YARGISAL KARARLAR IŞIĞINDA TÖRE
SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇUNUN
(NAMUS CİNAYETLERİNİN) DEĞERLENDİRİLMESİ**

Salih Zeki İSKENDER (★)

ANLATIM DÜZENİ: I. GİRİŞ, II. TÖRE VE TÖRE SAİKİ KAVRAMI, KAPSAMI VE NAMUS, ŞEREF GİBİ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ, III. NAMUS CİNAYETLERİNİN TOPLUMSAL ALGILANMASI VE BU SUÇUN İŞLENMESİNDE ETKEN OLAN TEMEL NEDENLER, IV. NAMUS CİNAYETLERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN ÖLDÜRME EYLEMLERİ, 1. Kıskançlık, Aşk ve Tutku Cinayetleri, 2. Yeni Doğmuş Çocuğun, Şerefini Kurtarma Saikiyle Öldürülmesi Suçu, V. TÖRE VE NEFRET SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇU, VI. TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ, 1. KORUNAN HUKUKSAL YARAR, 2. SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU, A. Suçun Faili, B. Suçun Mağduru, 3. SUÇUN UNSURLARI, A. Yasallık (Tipiklik) Unsuru, 2. Suçun Maddi Unsuru, a. Eylem (Hareket/Fiil), b. Aile Meclisi Kararı Sorunu, c. Netice, d. Nedsellik İlişkisi, 3. Suçun Manevi Unsuru, a. Genel Kast, b. Saik, VII. YARGISAL KARARLARA GÖRE TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇU, a) Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Bazı Kararlarında, b) Özel Daire Diğer Bazı Kararlarında, VIII. TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇUNUN DİĞER NİTELİKLİ ÖLDÜRME SUÇLARIYLA BİRİLKTE İŞLENMESİ, IX. CEZA SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER, 1. CEBİR VE

(★) Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Üyesi.

TEHDİT, 2. HAKSIZ TAHRİK, A. Genel Olarak, B. Saik Suçlarıyla Tahrikin Bir Arada Bulunup Bulunamayacağı Sorunu, C. Haksız Tahrike İlişkin Yargısal Kararların Değerlendirilmesi, 3. YANILMA (HATA), A. Genel Olarak, B. Kişide Yanılma, C. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Varlığında Yanılma, X. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, 1. TEŞEBBÜS, 2. İŞTİRAK, A. Genel Olarak, B. Bağlılık Kuralı, C. Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu, a. Ortak Faillerin Sorumluluğu, b. Dolayısıyla Faillik, c. Azmettirenin Sorumluluğu ve Ağırlaştırıcı Neden, d. Yardım Edenlerin Sorumluluğu, XI. YAPTIRIM, XII. KANITLAMA SORUNU VE YARGILAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN SORUNLAR, 1. KANITLAMA (İSPAT) SORUNU, A. Suçun Kanıtlanması Sorunu, B. İntihara Zorlama ve Ensest İlişkiler, C. Sanığın Savunmasının Önemi ve Örnek Bir Olay, a. Olayın özeti, b. Yargısal karar, c. Hukuksal Değerlendirme, 2. YARGILAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN SORUNLAR, A. Genel Olarak, B. Mağdurların Davaya Katılmalarının Sağlanması Sorunu, C. Sivil Kuruluşların Davaya Katılma Haklarının Olup Olmadığı Sorunu, VI. SONUÇ

I. GİRİŞ

Şiddetin¹ en ucunda ölüm olgusu var. İnsan haklarına ve de yaşama hakkına ağır bir saldırı oluşturan acımasız bir eylem. İnsanlar, örneğin, ideolojisine, anlık öfkesine, yanlış namus algılamasına yenik düşerek ve olmadık nedenlerle durmadan öldürüyor. Öldürmenin evrensel hukuk yazınında “yargısız infaz” diye nitelenen türüne “namus cinayeti” denilmektedir. Bu çalışmada, töre saikiyle öldürme suçu (namus cinayeti) sosyolojik, antropolojik ve hukuksal boyutuyla ele alınacaktır.

1. Şiddet olgusunu değişik açılardan ele alan çalışma için bkz. Şiddet, Cogito, YKY. s. 6-7, Kış-Bahar '96.

Yeni Türk Ceza Yasası, “*töre saikiyle öldürme*” suçunu nitelikli öldürme suçları arasında düzenlenmiş, yaptırımını ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak belirlemiştir (TCK. m. 82/1-k).

“*Töre saiki*” kavramı, öldürme suçunun bir unsuru olarak ceza hukuku uygulaması açısından sosyolojik ve folklorik terim olmaktan öte bir anlam taşımaya karşın, yasada içeriği belirlenip tanımlanmamıştır. Bu durum, kaçınılmaz olarak şu soruları akla getirmektedir:

- “*Töre saiki*” sözcüğüne nitelikli öldürme suçunun unsuru olarak yasada yer verilmiş olması yasallık ve belirlilik ilkesi bağlamında doğru mudur?
- Yasada tanımlanmayan töre kavramının hukuksal içeriği nasıl belirlenecektir?
- Töre saiki kavramı, namus ve tutku cinayetleri denen öldürme saiklerini kapsar mı?
- Töre sözcüğünün namus ve şeref kavramlarıyla anlamsal ilişkisi nedir?

Bu çalışmada, töre saikiyle öldürme suçunun unsurlarının belirlenmesi çabası yanında, ayrıca bu sorular da yanıtlanmaya çalışılacaktır.

II. TÖRE VE TÖRE SAİKİ KAVRAMI, KAPSAMI VE NAMUS, ŞEREF GİBİ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

Uyuşmazlıkların yasal bağlamda çözümü yargılama uğraşının konusudur. Kuşkusuz, bu görevi yerine getirmek zorunda olan yargıçlar, töre sözcüğünü konuluş amacına uygun yorumlayarak somut olaya uygularken, ceza hukuku teknikleri yanında sosyoloji biliminden de yararlanmaları kaçınılmaz

gözükmektedir.

Örf ve adet kurallarının, *Türk Medeni Kanununda* ve *Türk Ticaret Kanununda* kaynak teşkil edeceği belirtilmiştir (MK. m. 1/1; TTK m. 1/2–2). Hakkında yasal hüküm bulunmayan bir sorunla karşılaşıldığında, yargıç, medeni hukuk alanında örf ve âdete göre karar verebileceği gibi, ticari uyumsuzluklarda da, bir kural yoksa ticari örf ve âdete göre karar verebilecektir. Hukuk düzeni, bir örf ve adet kuralını tanımıyorsa, ona gönderme yapmıyorsa, bu örf ve adet kuralı toplum içinde ne kadar yaygın olursa olsun hukukun kaynağı olamaz. Örneğin, Türk Ceza Kanununda, “töre saiki” kavramı dışında, örf ve âdet hukukunu tanıyan, ona gönderme yapan bir hüküm yoktur. Dolayısıyla ceza hukuku alanında örf ve âdet kuralı olarak geçerli değildir.

Tartışma konusu sorunun anahtar sözcükleri olan, örf ve adet, gelenek, töre, namus sözcüklerinin sözlük tanımları ve sosyolojik anlamları üzerinde durmak gerekiyor.

Örf ve adet (Gelenek), sosyolojik anlamıyla “kuşaktan kuşağa aktarılan, toplumun, topluluğun üyeleri arasında güçlü bir bağ yaratan alışkanlıklar, kültürel kalıntılar, bilgi, töre, adet ve davranışlardır.”² Arapçadan dilimize geçen “örf” sözcüğü, yasalarla belirlenmemiş olmakla birlikte yasa değerinde olan, halkın kendiliğinden uyduğu, kural, ilke durumundaki gelenek olarak tanımlanabilir.³

Namus sözcüğü, “toplum içinde onur ve ahlak kurallarına sıkı sıkıya bağlılık, doğruluk, dürüstlük, erdemlilik, ahlaklılık, cinsel erdem, iffetlilik”

2. Bkz. PÜSKÜLLÜOĞLU Ali, *Türkçe Sözlük*, Doğan Kitap, İstanbul, 1999, s. 632.

3. PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1202.

olarak tanımlanmaktadır.⁴

Yukarıda sözlük anlamlarına yollama yapılan “töre” ve “namus” kavramlarının sosyolojik anlamından yola çıkılarak hukuksal bir kavrama dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu da, sosyologların konuyla ilişkin saptamalarını oldukça değerli kılmaktadır. Bunlardan bazılarının görüşlerine özet olarak değinmek isteriz.

Tezcan'a göre;⁵ ceza yasaları yönünden suç sayılmakla birlikte belli bir kültürün üyelerinin suç saymadığı eylemler vardır ki, bunlar kan davaları ile namus cinayetleridir. İkisi de törelere dayalı suçlardır. Töre cinayetlerinden kan davaları erkeklerin; namus cinayetleri ise kadınların öldürülmesine yöneliktir. Töre cinayetleri, kadına yönelik bir tür namus cinayetleridir. Namus cinayetlerinde sözkonusu olan, sert, acımasız törelerdir. Töre, sosyolojik bir kavram olan toplumsal 'norm' içinde yer alır. Toplumsal değerlerden, normlardan sapmalar genellikle sert ve acımasız yaptırımları içerir. Töre cinayeti kurbanının töreye aykırı davranışı konusunda da belli bir ölçü yoktur. Ölçüler duruma, algılama biçimine ve yöreye göre değişebilmektedir.

Khan'a göre⁶ “*namus cinayetlerinin*” nedeni olan erkek egemen kültürün ve kadının toplumsal yerini belirleyen temel etkenin ekonomik sistemler olduğunun belirterek, özetle şunları söylemiştir: “*Namus, yalnızca erkeklerle özgü, onların savunup koruduğu diyalektik bir terimdir ve utancın karşıtıdır. Utanç namusun yitirilmesi anlamındadır. Utançtan erkekler zarar görürler. Utanç getiren kadınlardır. Ailenin ve çevrenin normlarına uyarak, ailedeki erkekleri saygın ve şerefli kılarlar. Kendilerine dayatılan normlara baş-*

4. PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1136.

5. TEZCAN, Mahmut, Türkiye'de Töre (Namus) Cinayetleri, Naturel yay. 1. Baskı, Ankara 2003, s. 1–20.

6. KHAN, Tahira, Namus Cinayetleri: Tanıma ve İçeriğine bir Bakış, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1, s. 122–130.

kaldırarak da kadınlar utanç getirirler. Namus kavramı kadının bedeniyle, cinselliğiyle ve cinsel arzularını ifade edişiyile, davranışlarıyla ve hareketleriyle çok ilişkilidir. Kadının cinselliğini disipline ve kontrol etmek amacıyla, erkek egemen aile kurumu kadının alanının sınırlarını oluşturur ve kısıtlamalarını belirler.”

Ergil'e göre;⁷ “Namus kavramının içeriğini, genelde son derece katı kurallar biçiminde beliren cinsel davranışa ilişkin gelenek ve görenekler belirler. *Bu alanda ilk kural, cinsel saflık ve sakınmadır. Saflığı korumak kadına düşen bir yükümlülüktür. Sakınma ise her iki cinsin görevidir.* Kadının namusu, saflığını evlenmeden önce herkese karşı koruması, evlendikten sonra cinselliğini yalnızca kocasına sunmasıyla sağlanır. Bunun dışındaki her cinsel eylem namussuzcadır. *Erkeğin namusunu belirleyen iki şey vardır: Kendisine bağlı olan kadınların namusunu titizlikle koruması ve başkalarının namusuna el atmamasıdır. Namus, genel olarak bireyin ve/ya da ailesinin sosyal itibarı ya da saygınlığı diye tanımlanabilecek şeref kavramının ayrılmaz bir ögesidir. Az gelişmiş toplumlarında, yerleşik gelenekler ve görenekler bir erkeği, kendisinin ve ailesinin şerefini korumaya, kadını da cinsel saflığını ya da namusunu korumaya zorunlu kılmaktadır. Kısaca, bir namus cinayeti, kendi namusunun lekelendiğine ve dolayısıyla şerefinin kuşkuya düştüğüne inanan erkek ve kadınların, saldırganın yaşamına yönelttikleri karşı saldırıdır. Çünkü namusuna doğrudan saldırılan kadın olsun, namusu kendine bağlı olan kadınların cinsel saflığını korumak yükümlülüğüyle ölçülen erkek olsun, kamuoyu önünde lekelenecekler, onurlarını ve saygınlıklarını yitireceklerdir. Namus cinayetlerini özendirilen, destekleyen ve bu tür cinayetleri işleyenleri koruyan bir sosyo-kültürel ortamın/çevrenin olduğu bilinmektedir. Bu çevrede namus cinayeti işleyenlerin namuslarını/şereflerini korurken, onların top-*

7. ERGİL, Doğu, Türkiye'de Terör ve Şiddet, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1980, s. 190 vd.

lumsal/cemaatsel değer ve ahlâk yargılarına uygun hareket ettikleri, hatta onları uyguluyor oldukları için onay görmeleri olağandır.”

Artun’a göre,⁸ toplumsal yapı ve kültürel çevre, namus cinayetlerini özendirilmekte ve işleyenleri korumaktadır. Yazar, çevrenin onları bayağı bir suçlu değil, ait oldukları topluluğun etik değerlerin ve törenin savunucuları ve uygulayıcıları olarak gördüğüne vurgu yapmıştır.

Bu bağlamda sosyolog Peristiany’a yollama yapan yazar, namusun iki işlevi ve etkisi üzerinde durmuştur.

Öncelikle, “*namus, insanları üyesi buldukları topluluğun idealleriyle uyum içinde davranmaya iter. Bu bakımdan namus, sosyal değerler ve beklenen davranış biçimi arasında psikolojik köprü oluşturur. İkincil olarak, “Statükoyu (yani mevcut güç ilişkileri ve bağlı oldukları sosyal hiyerarşi) meşrulaştırmaya ve kültürün belirlediği öncelik hakları arasında uyum sağlamaya yarar. Bir ailenin yok olması ya da gitgide önem yitirmesi öteki ailelerin statüsünün yükselmesine yol açacaktır. Kişisel duyguların dışında, namus, bir toplumda (veya alt-toplumda) üstünlük sıralamasına ilişkin konsensüsü kurmaya ya da süreklileştirmeye yarar.”*

Sonuç olarak, töre, toplumun zaman içinde ürettiği ve geleneksel olarak uyguladığı toplumsal yasalardır. Bu yasalar evlilik, miras gibi konularda işletildiği gibi, ceza hükümleri de içerebilirler. Hatta özel hukuk, ceza hukuku gibi farklılıklar gözetmezler. Devlet öncesi zamanlarda, zina eylemiyle birlikte töreye aykırı diğer davranışların eril aile başkanınca cezalandırıldığı bilinmektedir.⁹

8. ÜNSAL, Artun Anadolu'da Kan Davası. YKY, Ankara, 2. Baskı, 2003, s. 55-56.

9. AVCI, Mustafa, Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Diyarbakır, 26 - 27 Eylül, 2003 s.18.

Töre topluluğun totemidir. “Topluluğun birlikteliğini ve kutsallığını” sembolize eder. Namus, töreye uyduğu oranda bireye verilen değerdir. Başka bir anlatımla, töreye uyan namuslu, aykırı düşen namussuzdur. Dışarıda sunulan bir değer olan ancak, töre etkisiyle içselleştirilen onur kavramı, belirli bir topluluk üyelerinin namuslarının toplamı olduğunu, ayrıca “namus ve şeref” kavramlarının yakın anlamlar içerdiğini söyleyebiliriz¹⁰

III. NAMUS CİNAYETLERİNİN TOPLUMSAL ALGILANMASI VE BU SUÇUN İŞLENMESİNDE ETKEN OLAN TEMEL NEDENLER

Namus cinayetlerinin paradigmatik bir örneği, bir kadının, evlilik öncesi veya evlilik dışı cinsel ilişkide bulunarak gebe kalması, kızlığının bozulması veya bundan kuşkulandırılması durumunda babası, erkek kardeşi gibi aile bireylerinden biri tarafından öldürülmesidir.¹¹ Hiç kuşkusuz bu tek örnek değildir.¹² Yargısal kararlardan derlediğimiz olaylar bağlamında namus cinayetlerine somut örneklere yer verileceğinden burada ayrıca ayrıntıya girilmeyecektir.¹³

Namus cinayetlerinin dinamiklerini belirlemeye yönelik, oldukça dikkat çekici bir alan çalışmada¹⁴ toplumsal namus algılamaları somut olarak Türkiye genelinde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu alan çalışmasından

10. ATİK, Alperen, <https://www.blogger.com/comment.g?blogID>, (Erişim: 10.01.2009).

11. ABU-ODEH, Lama, Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik, İletişim yay. 2. Bası, İstanbul, 2004, s.243.

12. BAĞLI, Mazhar; Namus cinayetlerinden cezalandırılmış hükümlülerle yaptıkları görüşmelerden çıkarılan sonuçları şöyle ifade etmiştir: “Bu sorun somut delillere dayandırılmıyor. ‘Kot giydi’, ‘arkadaşının elini tuttu’, ‘radyo dinledi’, ‘komşuya gitti’, ‘sakız çiğnedi’, ‘mesaj çekti’ gibi nedenlerle namus ve töre cinayeti işlendiğini görmedik. Ayrıca kamuoyunda bilindiği gibi ‘cinayeti küçük yaşta kişiler işliyor’ ve ‘aile meclisi kararıyla öldürüldü’ bulgularına da rastlamadık. Kişi kendini sorumlu hissederek cinayeti işliyor. İnsanlar ne kadar modern olursa olsun zihninde geleneksellik kavramı var. Aynı nedenlerle Batı’da işlenen cinayete ‘cınnet’, Doğu’da ise ‘töre’ deniliyor. Batıda kişi hukuki kaygılardan dolayı gerçeği gizlerken, Doğu’da kişi işlediği cinayeti anlatmak ve duyurmak için çaba sarf ediyor. Batı’da hukuki, Doğu’da toplumsal kaygıları vardır.” Töre ve Namus Adına Cinayet İşleyen Suçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yargıları ve Bunların Sosyo-Ekonomik Analizi Projesi, Sabah Gazetesi, 13.06.2008.

13. Bkz. bölüm (IV/a-b).

14. Bkz. KARDAM, Filiz, Türkiye’de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Sonuç Raporu, s. 24 vd.

öğreniyoruz ki, namus cinayetlerinin yüklendiği sosyal işlev, eril toplumun dayattığı aile pratiğinin çözülmesini önlemektir. Egemen eril kültürün namus ve şeref anlayışı, kutsanan ailede özgür birey olarak görülmeyen kadının bedeni üzerinden tanımlanmaktadır. Bu anlamda uygulanan şiddetin, kadının denetlenmesi adına egemen kültürün sürdürülmesini amaçladığını söylemek yanlış bir saptama sayılmamalıdır.

IV. NAMUS CİNAYETLERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ GEREKEN ÖLDÜRME EYLEMLERİ

1. Kıskançlık, Aşk ve Tutku Cinayetleri

Batı yazınında tutku cinayeti, ülkemizde aşk cinayeti olarak adlandırılan suçlar, aslında kıskançlıktan kaynaklanan öldürme suçlarıdır.¹⁵ Genel bir anlatımla, “*tutku*” kişinin duygularının tek amaca kilitlenmesi olarak tanımlanabilir. Sevilene tek yanlı sahip olma isteği, sahiplenilenin başkasına yönelmesinin onur kırıcı bir davranış olarak algılanması, birlikte olduğu kişinin kendisini aldattığının sanısına veya gerçekten varolan aldatma olgusunu kabullenememe gibi nedenlere dayanır. Tutku cinayetlerinin failleri, namuslarını ve şereflerini kurtarmak güdüsüyle öldürdüklerinden kuşku yoktur.¹⁶ Öldürülenin cinsiyetine ve bedenine odaklanmış, fanatik bir şekilde sahiplenme duygusundan kaynaklanan bu eylemlerin namus cinayeti olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş kanımızca yerindedir.¹⁷

15. **TUFAN**, Hülya, Aşk ve Şiddet; Şiddet – Cogito, Kış-Bahar’96, YKY, s. 299–304.

16. Tipik bir örnek oluşturması bakımından şu haber konusu olay önemlidir. Urfa’da, 23 yaşındaki bir tıp fakültesi öğrencisi kız, aşkına karşılık vermediği okul arkadaşı erkek tarafından bıçaklanarak öldürüldü, Milliyet 28.03.2008. Bu olay, halk arasında, tutku cinayetlerinin, başkasına yar etmem, ya benim olacaksın ya da öleceksin” sloganıyla işlendiği söylenimi doğrulayan özgün bir örnektir.

17. **ARIN**, Canan, Kadına Yönelik Şiddet; Şiddet – Cogito, Kış-Bahar’96, YKY, s. 305–308. Güney Danimarka Üniversitesi Ortadoğu Çalışmaları Merkezi’nden Kültür Toplumbilimci Doç. Mehmet Ümit NECEF; “Namus cinayetlerinin kültürel gerekçesi var mı ?” sorusunu soruyla yanıtlıyor. “Bu tür cinayetlerin, kıskançlık gibi bir duyguya kapılıp işlenen cinayetlerden farkı var mı? Sanırım böyle bir tartışmayı Türkiye’de yürütmek biraz zor. Çünkü her Türkiyeli; kıskanç koca ve sevgilinin kocasını, karısını, sevgilisini vurması ile planlı olarak yapılan (bazen fetva da alınan ya da aileden biri görevlendirilerek gerçekleştirilen) bu namus/töre cinayetleri arasında onto-

Yeni tarihli kararlarından anlaşıldığına göre, Yüksek Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, "tutku" (aşk veya kıskançlık) cinayetlerini töre saikiyle öldürme suçu olarak kabul etmemektedir.¹⁸

Z. Yeni Doğmuş Çocuğun, Şerefini Kurtarma Saikiye Öldürülmesi Suçu¹⁹

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının (Kaynak İtalyan Ceza Yasasının 369. maddesinden alınan) 453. maddesi; "Kasten katil cürmü, failin veya karısının veya anasının veya kızının ve torununun veya evlatlık kızının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için veledizina aleyhine nüfus siciline kaydından evvel ve doğmasından beş gün zarfında işlenmiş ise fail beş seneden on seneye kadar ağır hapisle cezalandırılır" hükmünü içermekteydi. Bu madde, 1933 tarihinde 2275 sayılı Yasayla değiştirilerek, "kastan katil cürmü failin veya karısının yahut anasının veya kızının ve torununun yahut kız evlâtlığının veya kız kardeşinin haysiyet ve namusunu kurtarmak için yeni doğmuş çocuk aleyhine işlenmiş ise fail beş seneden on seneye kadar ağır hapisle cezalandırılır" şeklini almıştır. Aynı madde, 3756 ile 4928 sayılı Yasalarla değiştirilerek "öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir" hükmüyle son şeklini almıştır.

lojik bir fark görüyor." <http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com=73> [Erişim: 22.05.2008].

18. Yargıtay 1. CD'nin 04.03.2009 T. 2008/5953 esas ve 2009/1075 sayılı kararında (yayımlanmamıştır): "Evlilik önerisinin kabul etmeyen sevdiği kadının başkasına yönelmesinden kuşkulanarak öldürmesi eyleminin, öğreti ve yerleşmiş uygulamaya göre töre-namus cinayetleriyle, kadınların aile namusunu ve şerefini korumak adına öldürülmeleri kastedildiği gerekçesiyle namus cinayeti olarak değerlendirilmemiştir. Bu kararda yer alan karşı görüşte, tutuk (aşk) adına öldürmelerinin de namus cinayeti olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Öte yandan, 1. CD'nin 02.07.2008 T. 2007/4668 esas ve 2008/5561 sayılı kararında ise (yayımlanmamıştır): "Sevdiği kızla evlenmeye kalkışan akrabasını öldüren kişiyi, tahrik uygulamamakla birlikte namus cinayetinden sorumlu tutmamıştır.
19. 765 sayılı TCK'nun 453. maddesinde tanımlanan suçun, 5237 sayılı TCK'da karşılığı yoktur. Ancak, Yeni Ceza Yasasının 6. maddesinde 18 yaşından küçükler çocuk olarak tanımlanmış olup, çocuğun kasten öldürülmesi 82/1-e maddesinde nitelikli öldürme suçları arasında sayılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Yasasının 453. maddesine, eylemi gerçekleştirenin kastına “şerefini kurtarma” saikinin eklenmiş olmasına göre, özel kastla işlenebilir bir saik suçunun tanımlandığı açıktır. Dolayısıyla, “şeref” kavramının ayrılmaz parçası olan “namusunu kurtarmak” saikiyle işlenebilir bir suç sözkonusudur.²⁰

5237 sayılı Türk Ceza Yasası, evlilik dışı yeni doğmuş bir çocuğun öldürülmesi suçuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bize göre, bu suçun 5237 sayılı TCK'nun 82/1-k maddesinde yazılı olduğu gibi, “ töre saikiyle işlenen öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Öldürülen çocuğun töreye aykırı, namus ve şerefi eksilten bir davranışı olmadığı, öldüren annenin kastının kendisini namus cinayetinden kurtarmaya yönelik olduğu, dolayısıyla bu durumlarda namus cinayetinden söz edilemeyeceği ileri sürülebilir. Kanımızca, öldürülenin haksız fiil oluşturan bir eylemi yoksa öldürenin amacına göre suçu nitelenmek gerekir. Yukarıda da açıklandığı gibi, suçun namusunu ve şerefini kurtarmak saikiyle işlenmiş olması, namus cinayeti olarak nitelenmesi için yeterlidir.

Bu arada belirtelim ki, yeni TCK'nun 82/1-e maddesinde, çocuğun öldürülmesi suçunun, töre saikiyle işlenen öldürme suçlarıyla aynı yaptırıma bağlanmış bulunması, yeni doğmuş çocuğun tahrik oluşturan haksız fiilde bulunması olanaksızlığı karşısında, aykırı görüşün benimsenmesi durumunda bile uygulanacak yaptırım bakımından sonuç değişmeyecektir.²¹

20. DEMİRBAŞ, Timur, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara, 1992. s. 93

21. 5237 sayılı Ceza Yasası döneminde, evlilik dışı doğan çocuğun öldürülmesi konusunda Yargıtay'ın açıklık taşıyan bir görüşüne rastlamadık. Ancak, Kahramanmaraş 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.10.2006 tarih ve 194/475 sayılı kararında, sanık Musa'nın nüfuzunu kullanarak, sağır-dilsiz kardeşi mağdur Gülcen'la birden çok cinsel ilişki kurması sonucu doğan bebeğin anne Fatma ve baba Ömer tarafından öldürülmesi eylemi töre saikiyle öldürme sayılmamıştır. Anılan karar, Yargıtay 1. CD'nin 19.06.2008 tarihli ve 2007/5471 E.-2008/5178 sayılı kararıyla, esaslı değerlendirilmeden, usule aykırılık yönünden bozulmuştur.

V. TÖRE VE NEFRET SAIKIYLE ÖLDÜRME SUÇU

Sosyal psikolojide önyargı, belli bir gruba ilişkin yanlış ve eksik bilgilendenmekten kaynaklanan kimi genellemelere dayalı yeni bilgiler ve anlayışlarla karşılaştıldığında, değişmeye açık olmayan olumsuz, düşmanca bir tutum olarak tanımlanmaktadır.

Homofobi terimi ise eşcinselliğe ve eşcinsellere yönelik olarak korku, nefret, aşağılama ve düşmanlık gibi duygu, biliş ve davranışlarla kendini belli eden bir önyargıyı ifade eder.²²

'**lezbiyen, gey, biseksüel, transgender (LGBT)**'lere karşı, önyargı ve homofobi'nin tetiklediği şiddet olgusu, konumuz özelinde öldürme eylemleri oldukça rastlanılan olaylardandır.²³

Bu bağlamda öldürme olaylarının, "namusunu kurtarmak/töre saikiyle" işlenen suçlarla teknik yakınlığını ve ilişkisini irdelemek gerekmektedir²⁴.

Daha çok ayrımcılığa dayalı, ırk, din, etnik/millî köken, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik durumu ve yaşları gibi nedenlerle beslenen önyargı yüzünden kişilere ve/veya mülklerine karşı işlenen suçlara "nefret suçu" adı verilmektedir.

Nefret Suçları, "**öteki**"nin gerçek ya da varsayılan 'nitelikleri' nedeniyle kin duyulan **şahsının değil, temsil ettiği varsayılan niteliklerinin**

22. DÜZYÜREK, İnan; "Bir-Önyargı Olarak Homofobi"- Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi, Ekim 1995, Sayı 14; yollama yapan, Nergiz Karadağ, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yayını, 1. Baskı, 2008, s. 11, not:27.
23. Uygulamada bu suçlar değişik nedenlere, özellikle tahrik olgularına dayandırıldığı ve katılanı olmadığı gibi toplumsal hoşgörülle karşılandığı için elde ne bir resmi sayısal bilgi, ne de bilimsel bir çalışma bulunmaktadır.
24. Bu suçların cinsel kin saikiyle değil daha çok ideolojik ve siyasal açmalı işlendiği bilinmekle birlikte, bu çalışmanın amacı dışında kaldığından, cinsel yönelimlere ilişkin olanlara kısaca değinilmekte yetinilmiştir.

'cezalandırıldığı' durum olarak açıklanmaktadır.²⁵

Tanımdan anlaşıldığı gibi, cinsiyet ve cinsel yönelime tepki temelinde gerçekleştirilen saldırılar da bu kapsamdadır. Avrupa'da ve örneğin Almanya'da ise "siyasi motifli suç" olarak kabul edilen bu kapsamdaki suçlar için daha çok "önyargı suçları" adlandırılması yapılmaktadır.²⁶

Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin birçoğunda, örneğin *Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 2. maddesini, yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesini, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 9. maddesini, hukuk önünde eşitliği düzenleyen 26. maddesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesini, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesini, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi düzenle bu konuyla ilgili hükümler içermektedir.*

İç hukukumuzda Anayasanın 10. maddesi ayrımcılık yasağı getirmiştir. Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 122. maddesi ayrımcılığı önlenmesine ilişkin yaptırım öngörmekle birlikte²⁷ nefret suçlarına ilişkin özellikle yaralama ve öldürmeyle sonuçlanan suçlarda cezayı artırıcı bir düzenleme bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin cinsel yaşamını ve cinsel

25. ALATLI, Alev, "Madem Öyle", 26.03.2008, <http://karakitap.net/v1/content/view/3788/50/> (Erişim, 21.12.2008).

26. KILIÇ, Taner; <http://www.e-ukuk.org/hukuk/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&t=167;>(E: 21.12.2008)

27. 5237 sayılı TCK'nun 3/2. maddesinde yer alan: "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz" düzenlemesinin yanında, 122. maddesinde: "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük1, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan, Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir" suç tanımı yer almaktadır.

yönelimini, özel yaşamın unsurları içinde değerlendirmektedir.²⁸

Ayrımcılığın diğer biçimlerini ayrı tutarak konumuzla sınırlı olarak belirtelim ki, bu kapsamında sayılan “nefret suçlarına örnek oluşturan (LGBT)’lere yönelik, kendini ifade etme ve gerçekleştirme hakkına karşı olan ve doğrudan herkesin sadece insan olmak bakımından eşit olduğu ön kabulüne dayanan evrensel hukuk normlarının çiğnenmesi anlamına gelen, kimi zaman öldürmeyle sonuçlanan saldırıların temelinde yatan önyargılı duyarlılığının kaynağını ayrımcılık güdüsü oluşturmaktadır.²⁹

Bu bağlamda, belirtilen mağdurlara karşı işlenen öldürme suçları ayrımcılık güdüsüne dayandığından, bu suçların, “töre/namusunu kurtarmak” saikiyle işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesi kuramsal açıdan doğru gözükmemektedir.

Ancak, bu konuda özellikle öldürme ve de yaralama suçları bakımından bir tanımlama bulunmadığından, ayrımcılık amacıyla başta öldürme, yaralama olmak üzere şiddetin her türüsüne yönelik özel bir düzenlemeye gereksinimin olduğu söylenebilir.

VI. TÖRE SAİKIYLE ÖLDÜRME SUÇUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Bir suçun, ceza yasasının hangi bölümde yer aldığı ve koruduğu hukuksal yarar yasakoyucunun anlayışını ortaya koyar. İnsan haklarını benimseyen, demokratik hukuk sistemlerinde, ceza yasalarının tanımladığı, suç oluşturan eylemler ceza yasalarını ilgilendiren hukuka aykırılık alanlarını

28. KARADAĞ, Nergiz, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yayını, 1. Baskı, 2008, s. 28.

29. GÖRGENLİ, Melek, Aktüel, <http://www.yeniaktuel.com.tr/tur104,180@2100.html>. (Erişim 21.12.2008.)

belirler. Yasak sayılan kural, korunan hukuksal yararı çiğneyeceği öngörülen eylemi tanımladığından, ceza hukukunun özellikle bireysel ve toplumsal hakları koruduğu söylenebilir.³⁰ Dolayısıyla, yasal normların konuluş amacı bu doğrultuda yorumlanmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (m. 2), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde (m. 6); Anayasada (m. 17) güvence altına alınmış yaşama hakkına yönelik saldırılar Ceza Yasasında suç olarak tanımlanarak koruma altına alınmıştır.

Öldürme suçlarında korunun hukuksal yarar, birincil hakların önünde yer alan *'insanın bedensel bütünlüğü ve yaşama hakkıdır.'*

*Yaşama hakkı, beden bütünlüğü, bireysel özgürlük, insan onuru*³¹ gibi temel hakların ilgilendiği ve koruduğu bir haktır.

2. SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

A. Suçun Faili

Töre saikiyle öldürme suçunun (namus cinayetlerinin) faili herkes olabilir. Yasakoyucu suç işleyenler bakımından cinsiyet ayırım yapmamıştır.³²

30. **ERMAN**, Gül, Kadına Yönelik Cinsel Şiddet, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1, s. 15 vd.

31. **GÜNTHER**, Klaus; Demokratik bir toplumda, yasama ve yargının "insan onuru" algılaması, kişi özgürlüğü ve insan hakları temelinde ve insan haklarını somut olarak gerçekleştirip korumaya dayanması gerektiğine işaret etmektedir. İnfaz Hukuku Sorunları, 1993, Başkent Üniversitesi yay. s. 55. **Çetinkaya Oder**; "Alman yaklaşımı insan onurunu, anayasal güvenceye kavuşturulmuş temel hakların kaynağı ve kökeni olarak tanımlar. Buna göre, insan onuru sınırlanamayan ve içi boşaltılmayan "ana bir temel hak" ve diğer hakların yorumlanmasında "öz-dür." İnsan onurunu somutlaştıran haklar, kişi haklarından sosyal haklara uzanan geniş bir alanı kapsarlar. Somutlaşmanın içeriği her hukuk düzeninde farklı olsa da, liberal anayasalar hakların yorumlanması ve sınırlanmasında "özgürlük" kayramı ve özellikle kişi bütünlüğü, kişi güvenliği, kölelik ve insanlık dışı muamele yasağı, eşitlik ilkesi ve özel yaşamın gizliliği üzerinden, insan onurunu saklı ve üstün bir değer olarak benimserler demektir. Kadına yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1, s. 143-144.

32. Namus cinayetlerinin çoğunlukla kadınlara yönelik olmasına ve faillerinin erkek olmasına karşın, özellikle ailedeki kadınların öldürme kararının alınmasında, hatta eylemin gerçekleştirilmesinde etkin görev aldıkları sıkça rastlanı-

Namus cinayetleri, doğası gereği, tamamına yakını aile içi şiddet türü olarak ortaya çıksa da, yasada öldürenin öldürülenle akrabalık ilişkisinin bulunmasını zorunlu tutmamıştır.

Yeni Türk Ceza Yasası'nın haksız tahrik hükümlerine ilişkin 29. maddesinin gerekçesinde yer verilen, "*töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçları*" açıklaması, bu suçların ülkemizdeki çoğunlukla işleniş biçimine vurgu yapan bir anlatımdır. Belirtilen suçlarda, *sanığın öldürülenle bir soybağı varlığının unsur olarak arandığı söylenemez*. Kaldı ki, yasada yer almayan bir tanımın gerekçede yapılan açıklamayla unsur haline getirilmesi ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz.

B. Suçun Mağduru

Töre cinayetlerinin işleniş nedeni genellikle kadın davranışına odaklı olsa da, yasakoyucu, mağdurun kimliği konusunda cinsiyet ayrımı yapmamıştır.

Hiç kuşkusuz, bu suçtan çoğunlukla kadınların zarar görmektedir. Nitekim Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve BM Pekin+5 Sonuç Bildirgesi'nde namus cinayetleri kadınlara yönelik şiddet kapsamında değerlendirilmektedir.³³

Buna karşın, namus cinayetlerinin mağdurları arasında yer alan erkeklerin azımsanamayacak sayıda olduğunu vurgulamak isteriz.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, erkeğin de töre saikiyle öldürme su-

lan bir olgudur. Örneğin, oğlunun töre cinayeti işlemesini önlemek için kızını öldüren hükümlü annenin cezaevinden oğluna yazdığı ödüllendirilen mektupta, öldürdüğü kızından ve eyleminden pişmanlık duyduğundan hiç söz etmeyişi ilginçtir: <http://www.nethaber.com/Toplum/11787/Oglu-icin-kizini- öldüren-anneye> (Erişim, 28.05.2008). Ayrıca, anne ve kız kardeşin gerçekleştirdiği öldürme eylemine konu olan karar için not 64'de bkz.

33. GÖZTEPE, Ece, "Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununun Bir Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, 2005, Sayı 59, s. 29.

çunun mağduru olabileceği kabul edilmektedir.³⁴

3. SUÇUN UNSURLARI

A. Yasallık (Tipiklik) Unsuru

Bir eylemin suç oluşturabilmesi için yasada yer alan tanıma uygun bulunması zorunludur. Ayrıca bu unsurun varlığı, bir suçun yasada açıkça tanımlanmış olmasını gerektirir. Kanunsuz suç olmaz ilkesinin bir sonucu olan belirlilik kavramı gereğince, suçun tanımı, açık olması, belirsiz ve esnek kavramlardan oluşmaması gerekir.³⁵ Bu bağlamda, olumlu anlamına ve ilerici işlevine zarar vermesi bir yana, açıkça tanımlanmadan, çerçevesi tam olarak belirlenmeden, sosyolojik içerikli töre kavramının öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak yasaya alınması, “suçta ve cezada yasallık ilkesi” (TCK m. 2) açısından yerinde olmamıştır.³⁶

Öte yandan, uygulayıcının karşısına çıkan ve çözülmesi gereken, önemli diğer bir sorun da, *töre saikiyle öldürme suçu, aynı zamanda namusunu kurtarmak amacıyla işlenen öldürme suçlarını (namus cinayetlerini) kapsayıp kapsamadığına ilişkindir.*

Yeni Ceza Yasasının hazırlanmasında etkin bir şekilde görev alan Sözüer, komisyonda, töre saiki yerine namus saiki kavramının kabul edilmemesini, “töre saikinin namusunu kurtarmak saikini de kapsadığını, ancak namus saiki kavramına yer verilmesi durumunda, aldatılan veya cinsel saldı-

34. Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, 20.10.2006 tarihli ve 29/333 sayılı kararıyla, sanığın erkek kardeşini töre saikiyle öldürmesi suçundan cezalandırılmasına ilişkin hükmü, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 21.02.2008 tarihli, 2007/5621 esas ve 2008/1197 sayılı kararıyla (yayımlanmamıştır) onanmıştır.

35. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Ö. Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Üçüncü Baskı, Beta yay. İstanbul, Ekim 2005, s.232.

36. Öğretide, haklı olarak, “töre” kavramının suçun yasallık ilkesiyle bağdaşmadığı ve uygulama kargaşası yaratacağı yolunda eleştiriler ileri sürülmektedir; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/ÖNOK, R.Murat, Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 122.

rıya uğrayan kadınları namusunu kurtarmak için öldürmelerinde ceza indirimden yararlanmalarını önleyen yanlış uygulamaların önüne geçilmesi sağlanmış olacağı” gerekçesine dayandırıldığını söylemiştir. Yazar ayrıca, “töre saiki yerine namus saikinin eklenmesinin, ya da tüm saikler kaldırılmasının yerinde olacağını” ileri sürmüştür.³⁷

Sancar, töre sözcüğünün, “ahlak, adet, anane, edep, erdem, fazilet, gelenek, namus, onur, örf, teamül” gibi pek çok eş anlamına dikkat çekerek, namus cinayetlerinin işlenmesinde, geri kalmışlığın, feodal yapının, aşiret ilişkilerinin, etnik bazı özelliklerin yanında, *asıl tetikleyici etkenin ataerkil sosyal yapının olduğuna işaret etmiştir*. Öte yandan, töre sözcüğünün yasaya alınmasının hukuksal ve toplumbilimsel açıdan uygun bir seçim olmamakla birlikte, *töre adına öldürmenin, namus cinayetlerini de kapsadığını özellikle vurgulamıştır*.³⁸

Kendisini feminist yazar olarak tanıtan **Pervizat**, töre cinayetleri namus cinayetlerini karşılar mı sorusunu sorarak, hem namus hem de töre sözcüklerinin kökünde kural, kanun ve de sahiplenmenin yattığını ifade ederek, Türkiye özelinde “töre” ve “namus” kavramlarına ilişkin şu görüşlere yer vermiştir: “Namus cinayetleri genellikle kadına yönelik yaygın erkek egemen bir sistemin denetim aracı olarak ortaya çıkan bir yargısız infaz türüdür. “Namus cinayetlerine hedef olanlar, içinde yaşadıkları toplumun adetlerine, törelerine ve kültürel yaptırımlarına/uygulamalarına aykırı davranan veya davrandığına inanılan kişilerdir. Töre cinayetleri ise ülkemiz özelinde feodal sistemle ve bu sistemde yaşayanlar ile ilişkilendirilir. Aşiret içi ve aşiretler arası cinayetler ve kan davaları bu terimin altında yer alır. Her ne kadar kadınlar da töre ci-

37. SÖZÜER, Adem, http://www.tempodergisi.com.tr/toplum_politika/06326/. Ayrıca bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2005, s. 35.

38. SANCAR, Türkan Yalçın, “Kadınlar, Töreler ve Ötekiler”, Radikal, 2 09.03.2008.

neyetlerinin mağduru olabilirlerse de, kadınların bedenleri ve yaşam biçimleriyle ilgili özerkliklerini ifade etmeleri, bireyselleşmesiyle ilgili içinde bulunduğu topluma karşı ortaya çıkışları burada kastedilmez. Burada önemli olan o aşiret yapısının ve feodal sistemin içerisinde düzenin sürdürülmesidir. Bir genellemeyle bu cinayetlerde daha çok erkekler diğer erkekleri öldürür. Yine çok genel bir ifadeyle, namus cinayetleri kadının bedeni ve hayatı üzerindeki özerkliğini denetlemek için oluşmuştur. Töre cinayetleri ise feodal sistemin sürdürülmesi için vardır. Yani feodal sistemden çıkılıp daha değişik toplum biçimlerine geçildiğinde töre cinayetleri ortadan kalkar. Ama eril yaygın düzenin bir parçası olan namus cinayetleri her türlü toplum düzeninde sürebilir/sürmektedir. Çünkü namusta esas olan erkeğin ve eril düzenin kadın üzerindeki kontrolüdür.”³⁹

*Kadınlara karşı her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi sözleşmesini (CEDAW), 1986 yılında; “CEDAW İhtiyari Protokolüne” ise 2003 yılında Türkiye taraf olmuştur.*⁴⁰ *Kadınlara karşı Ayrımcılığın Önlenmesi (CEDAW) Komitesinin 32. Oturumunda (18–28 Ocak 2005) hazırlanan ‘Türkiye Raporu’nun sonuç bölümünde, “Ceza Yasasında “namus cinayeti” yerine “töre cinayeti” ifadesinin kullanılmış olmasının kadınlara yönelik işlenen bu tür suçların daha zayıf bir kovuşturmayla uğraması ve bu suçları işleyenlerin daha hafif cezalara çarptırılmasına neden olacağı tehlikesinden söz edilmiştir.*⁴¹

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun, “haksız tahrik” hükmünün düzenlendiği 29. maddesinin gerekçesinde, bu madde de “haksız fiil” ifadesine yer verilmesindeki amacın, “Ülkemizde özellikle töre veya namus cinayeti olarak

39. PERVİZAT, Leyla, Uluslararası İnsan Hakları Bağlamında Namus Cinayetleri, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005, s. 80–81.

40. GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul 2007, 6. Bası, 549 ve 578.

41. ACAR, Feride, Kadınların İnsan Hakları, CEDAW ve Türkiye, Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul 15–18 Kasım semineri notları.

adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmek” olduğu açıklanmıştır. *Gereğedeki açıklamada, töre ve namus cinayetleri kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılması dikkat çekicidir ve önemsenmelidir.* Bu ifadeyle, töre sakiyle öldürme suçunun namus cinayetlerini de kapsadığının vurgulanmak istenildiği açıktır.

Yukarıda özetlenen, daha çok namus cinayetlerinin toplumbilimsel nedenleri üzerinde durarak “töre “ ve “namus” sözcüğünü tanımlamaya çalışan görüşlerin ışığında, töre sakiyle öldürme suçunun unsurlarını, belirleyici ilkelerini ortaya koymak gerekir.

Yazılı olmayan toplumsal norm töre⁴² ve namusunu kurtarmak sakiyle öldürme olgusu, eril anlayışın egemenliğini sürdürme adına çoğunlukla kadına yönelik şiddeti tanımlar. Aile bireylerinin aldıkları kararın yerine getirilmesi adına gerçekleştirilen öldürme eylemleriyle, bireysel olarak gerçekleştirilen namus cinayetleri farklı suçlar olarak algılanamaz. Başka bir anlatımla töre sakiyle öldürme suçu namus cinayetlerini de kapsar.⁴³ Töre/namus cinayetlerinin açığa çıkardığı şiddetin örtülü işlevi, töreyi, namusu-

42. Faraç, "Aşiret Kanunları" olarak tanımladığı Urfa Valiliği'nin 1927'de yayınladığı "Urfa Salnamesi'nin (yıllık) 104. sayfasından alındığını söylediği yazı, ilginç olduğu kadar, Cumhuriyet döneminde, törenin belki de tek yazılı kuralını oluşturmaktadır: "Aşirete mensup bir kız bir gence meylederek onunla kaçarsa, veli ve vasilerine karşı kız ve erkek ölüme mahkûm olurlar. Aralarında nikâh yapılsa bile, kızın akrabasına başlık namıyla bir şey verilmez ve bir sulh yapılmazsa, kızı kaçırın hakkında katillere tatbik edilen usul tatbik edilir... Kocalı bir kadın bir erkekle kaçarsa ise her ikisi takipten uzak bölgelerde hayatlarını geçirmeye mecburdurlar. Kadını kaçırın, bu kadının akrabası hem de kadının kocası tarafından takip olunur. Bu cinayette erkek ve kadına yönelik öldürme hakkı daima bakidir." FARAÇ, Mehmet, Töre Kıskaçında Kadın, 3. Basım, Günizi Yayıncılık, İstanbul / Eylül 2004, s.20

43. ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler (Izmir Şerhi), Cilt 2, Ankara 2008, s. 243. Tezcan-Erdem-Önok'a göre: "Kan gütme saikinde olduğu gibi sosyolojik bir olgu olan töre saiki cezanın ağırlaştırılmasına dayanak yapılmışsa da, failin böyle bir saikle hareket ettiğinin neye göre belirleneceği konusunda herhangi bir ölçüye yer verilmemiştir. Failde "töre Saiki"nin bulunduğu kabul edilebilmesi için, ölüm kararının "aile meciisi" tarafından alınması, suçun yine aile mensubu bir kişiye işletirilmesi ve törelere göre "meşru" sayılan bir davranış nedeniyle gerçekleştirilmesi gibi (evli olan kadının bir başkasıyla kaçması veya cinsel ilişkiye girmesi, evlilik öncesi cinsel ilişki, zorla evlenmeye karşı çıkma gibi) ölçütlerden yararlanılabilsede, bunun somut olayda tespiti oldukça güç görünmektedir. Bu yüzden "töre" saiki yerine "namus" saiki deyiminin kullanılması daha yerinde olurdu. Bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNÖK, s. 121 vd.

nu ve şerefini koruma, cinsel saflık gibi kavramlarla yakından bağlantılı olup, toplumsal normlar ve gelenekler adına kadınların denetim altında tutulmasını sağlamaktır.⁴⁴

Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, çok yeni kararlarında, namus cinayetlerinin töre saikiyle öldürme suçu kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Uygulamanın bu şekilde yerleştiği gözlemlenmektedir.⁴⁵

2. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru, *eylem* (fiil/hareket), *netice* ve *nedensellik* ilişkisi olarak incelenecektir.

a. Eylem (Hareket/Fiil)

Yasada tanımlanan suça ilişkin, istemsel davranıştır. Ancak Yeni Ceza Yasasında hareket, eylem karşılığı kullanıldığı anlaşılmaktadır. Eylemin tekliği veya çokluğu istenilen ve öngörülen neticenin sayısına göre belirlenebilecektir.

Öldürme suçu serbest hareketli bir suçtur. İcrai ve ihmali hareketle işlenebilir. Töre saikiyle öldürme suçları bu bakımından bir ayrıcalık göstermez.

b. Aile Meclisi Kararı Sorunu

Öğretide "*aile meclisinin kararının*" yerine getirilmesine ilişkin eylemlerin töre saikiyle öldürme suçunu oluşturacağı, ancak, "namus cinayetleri" denilen eylemlerin daha çok bireysel ve aniden gerçekleştirilmeleri ve

44. KARDAM, s. 24.

45. Bkz. not 19 ve 58-65'de anılan kararlar.

gerisinde aile meclisi kararının bulunmaması nedeniyle “töre saiki” unsurunu içermeyeceği ileri sürülmüştür.⁴⁶

Öncelikle belirtelim ki, töre/namusunu kurtarmak saikiyle öldürme suçu, adı üstünde bir saik suçudur. Başka bir anlatımla, “*çok failli bir suç*” değildir. Dolayısıyla, bir saik suç olan kan gütme saikiyle öldürme suçunda olduğu gibi, tek sanık tarafından anlık bir karar sonucu işlenebileceği gibi, aile bireylerinden birden çok kişinin (azmettirenlerin) aldıkları öldürme kararının infazıyla görevlendirdikleri kişi ya da kişiler tarafından tasarlanarak işlenebilmesi de olanaklıdır.

Toplumbilim ve hukuk yazınında, “*aile meclisi*” adıyla, oluşturulmuş, belirli bir hiyerarşiye dayalı karar alma organları bulunan, aile yaşamıyla ilgili işlevsel görevler üstlenen bir kurumun varlığına dikkat çeken bir görüşe rastlamadık. Gerçekte, “*aile meclisi*” kararı denilen olgunun, öldürülenin yakın akrabalarının, kimi zaman da aşiretinin ileri gelenlerinin suça değişik şekillerde katılmalarına ilişkin yaptıkları toplantı sonucu aldıkları öldürme kararından başka bir şey değildir. Bu durum, gerçekleştirilen öldürme eyleminin namus cinayeti olduğuna ilişkin hukuksal nitelendirmeyi kolaylaştırırsa da, suçun unsuru olduğu söylenemez.⁴⁷

Birinci Ceza Dairesi birçok kararında⁴⁸ töre saikiyle işlenen öldürme suçunda aile meclisi kararı aramamış olmasına karşın, bir kararında,⁴⁹ *uğradığı cinsel saldırı sonrası gebe kaldığı anlaşılan 18 yaşından küçük kızın*

46. HAKERİ, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, 1. Baskı, s. 253 – 254; Aynı görüşte, OTACI, *Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu*, THD, Şubat 2008, sayı : 18, S: 120.

47. Aynı görüşte, AKBABA, Zeynep Burcu, “Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme” TBB Dergisi, sayı 75, 2008, s. 343; TOPALOĞLU, Mahir, “Töre Saiki ile İnsan Öldürme Suçu”, *Istanbul Barosu Dergisi*, c. 83, sayı: 1, 2009, s. 139.

48. Bkz, bölüm: IV/a.

49. 1. CD. 14.03.2008 T. 2007/6700 E. –2008/1968 K. (yayımlanmamıştır).

erkek kardeşi tarafından öldürülmesi eylemi aile meclisi kararına dayalı işlenmediği gerekçesiyle töre saikiyle öldürme suçu sayılamayacağına karar vermiştir.⁵⁰ Yüksek Mahkeme, çok yeni bir kararında ise⁵¹ ablasının evli ve gebe olan kızını uyurken, kocasını aldatığını düşünen dayısı tarafından birçok yerinden bıçaklanarak öldürülmesi eyleminin töre saikiyle işlendiğini kabul etmekle birlikte, aile meclisi kararının varlığını aramamıştır.

Belirtelim ki, bazı yazarlar⁵² tarafından, namus cinayetlerinin önlenmesi adına, “tüm aile meclisinin birinci derecede sorumlu tutulacağına ilişkin ceza yasasına özel madde konulması” önerilmektedir. Kişisel kusurluluk ve sorumluluk esasına dayanan çağdaş ceza hukuku sistemlerinde, kusursuz sorumluluk ve kanıtlama yükümlülüğünün yer değiştirmesi gibi ilkelere yer olmadığını belirtmek isteriz.

c. Netice

Netice, suç oluşturan eylemin, yasada tanımlanan şekliyle dış dünyada yarattığı değişikliktir. Öldürme ve öldürmeye kalkışma suçlarında cezalandırılan netice, insanın yaşamını yitirmesi veya yitirme tehlikesiyle karşılaşmasıdır. Bu bağlamda, töre saikiyle öldürme suçları diğerlerine göre değişik bir özellik göstermezler.

Yeri gelmişken belirtelim ki, kastı aşan öldürme suçunda, örneğin yaralama kastıyla gerçekleştirilen eylemler sonucu ölümün gerçekleşmesi durumunda (TCK. m. 87/4), töre saiki ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilme-

50. Suçun töre saiki ile işlendiğinin kabulü için; ölüm kararının aile meclisi tarafından alınması, suçun yine aileden birisine işletilmesi, törelere göre 'meşru sayılmayan' bir davranış nedeniyle gerçekleştirilmesi gerekli olduğu görüşüne yer veren Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi, 20.10.2006 T. 29E. – 333 sayılı kararını onayan Birinci CD'nin 21.02.2008 T. 2007/5621 E. - 2008/1197 sayılı kararı (yayımlanmamıştır), örtülü olarak aile meclisi kararını varlığını unsur saymıştır.

51. 1 CD. 30.01.2009 T. 2008/10901 E. – 2009/293 K. (yayımlanmamıştır).

52. TEZCAN, s. 20.

miştir.

d. Nedensellik İlişkisi

Nedensellik, doğa bilimlerine ilişkin olup, hukuksal bir kurum olarak, doğa bilimleri yasalarına göre eylemle netice arasındaki bağlantıyı kurar.

Nedensellik ilişkisini açıklayan birçok görüş bulunmakla birlikte, öğretilerde benimsenen bizim de katıldığımız baskın görüş, *koşulların eşitliği kuramıdır*.

Neticeden harekete gidilerek nedensellik bağı kurulmalıdır. Neticenin oluşması için onsuz olmayan her koşul nedenseldir. Bu saptamadan sonra hukuksal değerlendirilme yapılarak, bu neticeden failin sorumlu tutulup tutulamayacağı, öte yandan kusurluysa hangi çerçevede sorumlu tutulacağı belirlenecektir.⁵³

3. Suçun Manevi Unsuru

a. Genel Kast

Kasten işlenebilen tüm suçlarda, kural olarak bulunması aranan genel kasttır. Genel kast, bir suçun yasal tanımda gösterilen maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, diğer bir anlatımla maddi unsurların bilerek ve istenerek işlenmesi şeklinde kast olarak tanımlanmıştır, (TCK. m. 21). Örneğin, kasten öldürme suçunda, bir insanı öldürdüğünü failin bilmesi ve bunu istemesi suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir. Hemen belirtelim ki, aşağıda da açıklanacağı üzere, töre saikiyle öldürme suçlarında sanığın genel kastla eylemde bulunması yetmemekte, ayrıca töre saikiyle hareket etmesi gerekmektedir.

53. HAKERİ, s. 24 vd.

b. Saik

Yasakoyucu kimi durumlarda, tanımladığı suçun oluşabilmesi için genel kastın varlığını yeterli görmemiş, suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle eylemde bulunulmasını aramıştır⁵⁴.

Saik, amaç, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir. Suç tipindeki hareketin yapılmasına ilişkin kararın alınmasındaki tek etkidir.

Yasakoyucu suçun yasal tanımında failin eylemi gerçekleştirmekteki amacına işaret eden bu terime yer vermesi değişik nedenlere dayanır.

Örneğin, insanlığa karşı suçlarda "siyasal, felsefi, ırkî veya dinî saikler" (TCK. m. 77/1), göçmen kaçakçılığı suçu açısından, "doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadı" (TCK. m. 79/1), yani amaç veya saik, suçun temel şeklinin gerçekleşmesi açısından aranan bir unsurdur.

Kimi durumlarda ise, örneğin, kasten öldürme suçunun "bir suçu gizlemek, kanıtların ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla" veya "kan gütme saikiyle" ya da "töre saikiyle" (TCK. m. 82/1- h, j, k) işlenmesi durumlarında olduğu gibi, amaç veya saik, suçun nitelikli şekli açısından öngörülen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁵.

Yeni Ceza yasasının 82/1-k maddesinde, kasten insan öldürme suçunun "töre saikiyle" işlenmesi nitelikli suç olarak tanımlanmıştır. Anılan mad-

54. EREM, Faruk, "Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast", AÜHFĐ, 1969, c 26, sy. 1-2, s. 3

55. ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 469-472.

denin ifadesinden ve gerekçesinde yer alan açıklamadan, bu suçun, kadının bedeni üzerinden tanımlanan bir namus anlayışının gereği olarak, ailenin namusuna ve şerefine eksiklik getirdiği varsayılan davranışların cezalandırılması amacıyla işlenen cinayetlerin bir saik suçu olduğu açıkça anlaşılmaktadır.⁵⁶

VII. YARGISAL KARARLARA GÖRE TÖRE SAIKİYLE ÖLDÜRME SUÇU

Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay Yasasınının 14. maddesi gereğince kasten insan öldürme suçlarının temyiz incelemesiyle görevli Birinci Ceza Dairesinin, “töre saiki” kavramını tanımlayan ve benzer suçlardan ayırt edilmesinin ölçütünün açıkça ortaya koyan “emsal” oluşturacak bir kararına rastlamadık. Bunda, Yargıtay’ın içtihat mahkemesi işlevini çoğunlukla yapamamasından kaynaklanan işleyişin yanında, töre saikiyle öldürmenin hukukumuza çok yeni girmiş bir suç olmasının ve “töre” sözcüğünün hukuksal anlamda tanımlanmasındaki zorluğun büyük payı olduğunu özellikle belirtmek isteriz.

Sosyolojik (Toplumbilimsel) saptamaların yanında, önleyici etkisi bakımından yargısal kararların kuşkusuz önemi büyüktür. Aşağıda özetlenen bir dizi kararın içeriği, yargının namus cinayetlerine nasıl baktığını ortaya koyması yönünden oldukça önemlidir.

a) Yargıtay Birinci Ceza Dairesi Bazı Kararlarında, Örneğin:

• *Cezaevinde olan eşine karşı boşanma davası açarak başa bir erkekle yaşamaya başlayan yengesinin ailenin namusunu eksilttiği gerekçesiyle*

56. Göktürk, saik suçunun “yeni tip fikir suçları yaratmak olduğunu, düşünce değil eylem cezalandırılacaksa saik suçunun olmaması ve kıskançlık yüzünden öldürmek, töre için öldürmek, ya da siyasi fikirlerinden dolayı öldürmek arasında ayırım yapılmaması gerektiğini yazmıştır. (GÖKTÜRK, Gülay, Bugün Gazetesi, 31.08.2008). Bu düşünceye katıldığımızı ayrıca belirtmek isteriz.

öldürülmesi;⁵⁷

- *Başka erkeklerle ilişki kurarak kocasını aldattığı yolunda çıkan dedikodulara inanılan, aileyle birlikte yaşama isteğini geri çeviren kız kardeşin yaşam tarzının ailenin namusunu ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle öldürülmesi;*⁵⁸

- *Kocasını aldattığı yolundaki yaygın dedikodunun etkisinde kalarak, gebe olan kadının, tasarlanarak, uykudayken dayısı tarafından öldürülmesi;*⁵⁹

- *Evli olan akrabasıyla kurduğu ilişkiden edindiği çocuğu doğuran, ancak bu kişiyle ikinci eş olarak evlenmeyi kabul etmeyen kadının hastanede iki kardeşi tarafından öldürülmesi;*⁶⁰

- *İstemediği birisiyle dinsel törenle evlendirilen kadının, kısa bir süre sonra evi terk ederek kaçtığı sevdiği kişiyle yakalanarak, görevlendirilen iki yakın akrabası tarafından öldürülmeleri;*⁶¹

- *Kız kardeşinin eşinden hamile kalarak çocuğunu aldırarak, durumun ailede öğrenilmesi üzeri kaçarak gizlendiği yerden bulunarak eve getirilen dul bir kadının, kardeşleri ve eniştesinin yardımıyla babası tarafından annesiyle birlikte öldürülmesi;*⁶²

- *Ailesiyle yaşadığı konutu sıkça terk ettiği için istemediği biriyle*

57. 1. CD. 04.03.2009 t. 2007/9604 E. – 2009/ 1070 K. (yayımlanmamıştır).

58. 1. CD. 03.03.2009 T. 2008/6048 E. – 2009/1039 K. (yayımlanmamıştır).

59. 1. CD. 30.01.2009 T. 2008/10901 E. – 2009/293 K. (Yayımlanmamıştır).

60. 1. CD. 15.11.2006 T. 2398 E. – 4942 K. (yayımlanmamıştır).

61. 1. CD. 0.03.2006 T. 2005/1329 E. ve 2006/587 K. (yayımlanmamıştır).

62. 1. CD. 25.04.2008 T. 2007/8437 E. – 2008/3340 K. (yayımlanmamıştır).

evlendirilen, ancak evliliğinin yürümemesi üzerine baba evine dönen, daha sonra da evden ayrılarak kendi başına yaşamını sürdüren, bu süreçte hamile kalan kadının aile bireylerinin kararı doğrultusunda annesi ve kız kardeşi tarafından uyurken öldürülmesi;⁶³

- Evli olduğu halde başkasıyla cinsel ilişkiye giren kadının eşinin kardeşince öldürülmeye kalkışılmasını, ayrıca olası bir kan davasının başlamasının önlenmesi adına birlikte olduğu erkeğin de kardeşi tarafından öldürülmesi;⁶⁴

Eylemlerini, yerinde olarak töre saikiyle gerçekleştirilen öldürme suçları olarak kabul etmiştir.

b) Özel Daire Diğer Bazı Kararlarında, Örneğin:

- Evli bir erkekle cinsel ilişki kurarak kızlığı bozulan kız kardeşin öldürülmesi ve ona cinsel saldırıda bulunan erkeğin öldürülmeye kalkışılması;⁶⁵

- Başkalarından gebe kaldığı için evlendirildiği kişi tarafından baba evine gönderilen kızını ve başkalarıyla ilişkisi olduğundan kuşkulandığı eşini aynı anda öldürmesi;⁶⁶

- Kocasından ayrılarak, kendi başına yaşayan ve baba evine dönmesine ilişkin isteği geri çeviren kadının erkek kardeşi tarafından öldürülme-

63. 1. CD. 16.06.2008 T. 586 E. – 5044 K. (yayımlanmamıştır).

64. 1. CD. 21.02.2008 T. 2007/5621E. – 2008/1197 K. (yayımlanmamıştır).

65. 1. CD. 11.07.2007 T. 2006/7813 E. - 2007/5686 K. (yayımlanmamıştır).

66. 1. CD. 09.10.2007 T. 1279 E. – 7327 K. (yayımlanmamıştır).

si,⁶⁷

- Yaşam tarzı nedeniyle çevrede kötü kadın olarak hakkında dedikodu yapılan kadının, bu durumu açıklamasını istenildiğinde “başıma erkek mi kesildin” yanıtına öfkelenen erkek kardeşi tarafından öldürülmesi;⁶⁸
- Çevrede bir market sahibiyle ilişkisi bulunduğu ilişkin, eşi tarafından önemsenmeyen dedikodulardan kaçmak amacıyla başka bir ilçeye göç hazırlığı yapan kadının kocasının kardeşi tarafından öldürülmesi;⁶⁹
- Cep telefonuyla başka erkeklerle konuştuğu gerekçesiyle eşi tarafından babası evine bırakılması üzerine, baba evine geri gönderilme nedenini açıklaması istenilen ablanın “sen küçüksün anlamazsın” karşılığında öfkelenen erkek kardeş tarafından öldürülmesi;⁷⁰
- Başak erkeklerle cep telefonuyla mesaj çekerek ilişki kurduğu gerekçesiyle bir kadının erkek arkadaşı tarafından öldürülmesi;⁷¹
- Aile baskısına dayanamayarak evlendiği erkeğin boşanma isteğiyle evini terk ederek birlikte yaşamaya başladığı erkeğin, kadının erkek kardeşlerince öldürülmesi;⁷²

Eylemlerini töre saikiyle öldürme suçu olarak kabul etmemiştir.⁷³

67. 1. CD. 14.12.2007 T. 2006/6475 E. – 2007/9445 K. (yayımlanmamıştır).

68. 1. CD. 05.03.2008 T. 2006/5263 E. – 2008/1668 K. (yayımlanmamıştır).

69. 1. CD. 23.07.2008 T. 2155 E. – 6235 K (yayımlanmamıştır).

70. 1. CD. 29.01.2009 T. 2008/5112 E. – 200368 K. (yayımlanmamıştır).

71. 1. CD. 29.01.2009 T. 2007/7678 E. – 2009/287 K. (yayımlanmamıştır).

72. 1. CD. 03.02.2009 T. 2008/5325 E. – 2009/357 K. (yayımlanmamıştır).

73. Özetlenen bu eylemlerin namus cinayeti olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olduğundan anılan kararlara katılmadığımızı özellikle belirtmek isterim.

VIII. TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇUNUN DİĞER NİTELİK Lİ ÖLDÜRME SUÇLARIYLA BİRİL KTE İŞLENMESİ

Kasten insan öldürme suçlarında “*tasarlama*” bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir, (TCK. m. 82/1-a). Tasarlamamanın diğer nitelikli hallerle bir arada bulunmasına engel bir durum yoktur. Dolayısıyla töre saikiyle ve tasarlayarak öldürme olgusu bir arada bulunabilir. Kan gütme ve töre saikiyle işlenen suçların bir karine oluşturmamakla birlikte, çoğunlukla tasarlanarak işlenmelerinin bu eylemlerin doğası gereği olduğu söylenebilir.

Diğer yandan, töre saikiyle (namusunu kurtarmak için) öldürme suçunun, “*eziyet çektirerek*” (TCK. m. 82/1-b), “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı*” (TCK. m. 82/1-d), “*çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” (TCK. m. 82/1-e), “*gebe olduğu bilinen kadına karşı*” (TCK. m. 82/1-f) gibi nitelikli öldürme suçlarıyla birlikte işlenebilmesine hukuksal bir engel yoktur. Uygulamada, namus cinayetlerinin, çoğu kez diğer nitelikli öldürme suçlarıyla bir arada işlendiğine tanık olmaktadır.

IX. CEZA SORUMLULUĞUNU ORTADAN KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER

1. CEBİR VE TEHDİT

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet altında veya muhakkak ve ağır tehlikeden uğratılacağı tehdidinden korkarak suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi durumlarda cebir ve şiddet kullanan ve tehdit eden kişi suçun faili sayılır (TCK. m. 28). Cebir, fiziksel anlamda zora başvuru olarak, tehditse gelecekte ciddi bir tehlikeye uğratılacağını korkusuyla yaratılarak, kişinin iradesi etkilenmek suretiyle belirli bir yönde hareket etmesi sağlanması olgularını içerir. Cebir ve tehdit sonucu suç işlemeye zorlanan kişinin iradesi ciddi anlamda sakatlandığından, işlediği suçtan sorumlu tu-

tulmayacak, ancak kendisini suç işlemeye zorlayan kişi *dolayısıyla fail* olarak cezalandırılacaktır.

Namus cinayetlerinin genellikle, ailenin ve aşiretin önde gelenlerinin azmettirmeleri sonucunda cezalandırılma yeteneği ya hiç ya da tam olmayan, başka bir anlatımla, ceza almayacağı ya da büyüklere göre daha az ceza alacağı hesaplanan küçüklere işletilmesi yöntemi yaygındır. Böylece, öldürülenlerle birlikte suça itilen küçüklerin de bir anlamda bu suçun kurbanları oldukları söylenebilir. Öte yandan, cebir ve tehdit altında bu suça yönlendirilen kişilerin hukuksal konumları da yukarıda açıklanan ilkeler bağlamında değerlendirilmelidir.⁷⁴

2. HAKSIZ TAHRİK

A. Genel Olarak

765 sayılı Ceza Yasasının haksız tahrik hükümlerini düzenleyen 51. maddesinde yer almayan "*haksız fiil*" ibaresinin, Yeni Ceza Yasasının bu maddeye karşılık gelen 29. maddesine konulmuş olmasının amacı, maddenin gerekçesinde vurgulandığı gibi, "*töre veya namus cinayeti*" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir. Bu maddede yer alan düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. *Haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince onaylanmadığı anlamına gelmektedir.* Dolayısıyla haksız fiil oluşturmayan davranışların kişi üzerindeki özel

74. Töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında, özellikle küçük failerin cebir ve tehdit altında bu suçu işlemeye yönlendirilip yönlendirilmediği titizlikle araştırılıp, varsa bu faileri baskı altında tutarak suç işleyen kişilerin yargılanmasının sağlanması, diğer suçlara göre daha bir titiz çabayı gerektirdiği açıktır.

etkisi ne olursa olsun tahrik uygulamasını gerektirmeyecektir.

B. Saik Suçlarıyla Tahrikin Bir Arada Bulunup Bulunamayacağı Sorunu

“Saik” suçlarında, sanığın eylemini mağdurun haksız fiilinden kaynaklanan “hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” değil, görev bilinciyle gerçekleştirdiğinden, tahrik hükümlerinden yararlanması düşünülemez. Öte yandan, *kasten öldürme suçlarında, saik gibi bir olgu hem ağırlaştırıcı hem de cezayı azaltıcı neden sayılamaz*. Dolayısıyla, töre saikiyle öldürme eylemi saik suçları arasında tanımlandığından, bu suç işleyenler hakkında tahrik hükümleri uygulanamaz.

Yeni Ceza Yasası'nın 82. maddesinin gerekçesinde, “*töre saikiyle öldürme suçunun işlenebilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir*” açıklaması yer almaktadır. Bu açıklamadan çıkardığımız sonuca göre, namus cinayetleri kapsamına değerlendirilebilecek suçlarda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması tümüyle yasaklanmamış, tam karşıtı, haksız tahrik altında işlenen öldürme suçlarında bu nitelikli halin uygulanamayacağı söylenmek istenmiştir.⁷⁵

Hukuka aykırılık, başka bir anlatımla haksız eylem oluşturmadıkça, geleneklerle ve toplumsal değer yargılarıyla çatışan davranışlar tahrik nedeni sayılamazlar.

Hukuk düzenince onaylanmayan bir haksız eyleminin varlığı tahrik uygulamasının ilk koşuludur. Örneğin, evlilik birliğinin sürdüğü sürece eşlerin karşılıklı bağılıkları arandığından, birinin diğerini aldatması özel hukuk

75. Yüksek Mahkeme bir kararında şu ifadeyi kullanmıştır: “Öldürme eyleminde haksız tahrikin değil, hukukça korunması mümkün olmayan kötü bir törenin yaşatılması isteğinin etkili olduğu anlaşılmıştır.” 1. CD. 10.03.2006 T. 2005/1329E. – 2006/587 K. (yayımlanmamıştır).

tarafından yaptırım altına alınmış haksiz eylem oluşturur. Böyle bir durumun varlığı tahrik hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılar.

Töre saikiyle öldürme suçlarında, ailenin namus ve şerefine eksilttiğine inanılan mağdurun hukuka aykırı olmayan davranışlarının belli bir topluluğun değer yargılarına uymaması tahrik nedeni sayılmaz.⁷⁶

C. Haksız Tahrike İlişkin Yargısal Kararların Değerlendirilmesi

Töre sakiyle öldürme suçunu, ceza hukukumuzda yeni giren nitelikli suç olduğunu belirtmiştik. Tahrik uygulaması bakımından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı ve Yeni Ceza Yasanının uygulanması sürecinde, bu suçlara ilişkin verilmiş kimi yargısal kararları seçerek değerlendirmeye çalıştık.

Örneğin, Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.03.1999 tarihli, 1998/270 ve 19999/81 sayılı kararına konu olayda⁷⁷ ağır tahrik hükümlerinin uygulamasının gerekçesinde; “...Öldürülenin, Güneydoğu Anadolu Bölgesindeki bir köyde yaşadığı, yörenin sosyal baskısı içerisinde büyümesine karşın bir kişiyle cinsel ilişkiye girdiği, bu şekilde yöresel örf ve âdete göre sanığın ve ailesinin sosyal seviyesinde çok büyük bir düşüklük ve sarsıntıya neden olduğu, sanığın bu durumdan çok çalışmasına karşın kurtulmayı başaramadığı, karşıtı kanıtlanamayan savunmaya göre, örf ve âdetin çok baskın olarak insanları etkilediği bölge koşullarında, olay günü öldürülenin sanığa (sen karşıma) şeklinde hakaret içeren sözler söylediği, böylece sanığın içinde bulunduğu sosyal koşullarda çok ağır bir ruh eksikliğine düştüğü ve eylemini

76. DEVRİM, Aydın, “Yeni Türk Ceza Kanununda Haksız Tahrik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 2004, Cilt. 54, Sayı. 1, s.225-254 (İnternet Baskısı).

77. Karar konusu olay şöyle gerçekleşmiştir: Sanık (B), öldürülen reşit kız kardeşi (N)'nin (!) adlı bir kişiyle ilişkisi sürecinde cinsel birliktelik yaşadığını ve kızlığının bozulduğunu öğrenmiş, durumu babasıyla paylaşmıştır. Aile içi görüşmeler aşamasında babanın kararsız kalmasına karşın sanık (B) verdiği öldürme kararını tek başına tasarlayarak gerçekleştirmiştir.

ağır tahrik altında işlediği..." denilmiştir.⁷⁸

Kanımızca, uygulamanın temel sorunu, ceza yasalarında suç olarak düzenlenen eylemi gerçekleştiren kişinin bağlı olduğu, üzerinde baskı oluşturan değerlerin haksız fiil oluşturup oluşturmayacağı, dolayısıyla cezayı azaltan bir neden olarak algılanıp algılanamayacağına ilişkindir.

Bu sorun, törelerin etkisinde öldürenlere anlayışlı davranılması gerektiğine inananlarla, başta kadın hakları savunucularıyla, olayı insan onuru ve çağdaş hukukun gereklerine uygun bir şekilde değerlendirmek isteyenler arasındaki süregelen bir tartışmanın konusudur.⁷⁹

Yukarıda özetlenen Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesi kararı bu bağlamda değerlendirildiğinde, öldürülen kadına erkek egemen yapının dayatıldığı, yöresel çağdışı kültür ve geleneksel anlayışın insan onuruna, insan haklarına, kişi özgürlüğüne üstün tutularak haksız tahrik nedeni sayıldığı görülmektedir.

Öte yandan, *yaşam tarzı nedeniyle, çevrede olarak hakkında dedikodu yapılan kadının, bu durumu açıklamasını istenildiğinde "başıma erkek mi kesildin" yanıtına öfkelenen erkek kardeşi tarafından öldürülmesi* eyleminin tahrik altında gerçekleştiğinin kabul edilmesinin bu konuda ilginç bir örnek oluşturduğu söylenebilir.⁸⁰

Özel Daire, yeni tarihli birçok kararında, örneğin, reşit olan kızın öldürülenle isteğe bağlı olarak cinsel ilişkiye girmesini,⁸¹ evli bir erkekle cinsel

78. Anılan karar, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 04.10.1999 T. 2099 E. - 3023 K. sayılı kararıyla onanmıştır.

79. Bkz. KÖPRÜLÜ, Timuçin, "Töre Saikiyle İşlenen Suçlar, Brezilya ve ABD Örnekleri", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2007, s. 45.

80. Bkz. not 69'da anılan karar.

81. 1. CD. 20.03.2006 T. 2005/307 E. - 2006/840 K. (yayımlanmamıştır).

ilişki kurarak gebe kalmasını,⁸² dul bir kadının kız kardeşinin eşiyle cinsel ilişkiye girmesini,⁸³ bir kadının imam nikâhıyla yaşadığı kişiyi terk ederek sevdiği kişiyle birlikte yaşamasını,⁸⁴ tahrik nedeni olarak benimsememesi, uygulamanın geçirdiği olumlu süreci yansıtması bakımından önemlidir.

3. YANILMA (HATA)

A. Genel Olarak

Yanılma, eksik ya da yanlış bir bilginin (algılamamanın) doğurduğu kanıyı içerir.⁸⁵ Bu durumu göz önünde tutan yasakoyucu, Yeni Ceza Yasasında, “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır (TCK. m. 30/2) ve “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” (TCK. m. 30/3) hükmüne yer verilmiştir.

Töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında haksız tahrik ve kişide yanılma konusunda Yeni Ceza Yasası'nın 30. maddesi hükmüne başvurulması gerekmektedir.

B. Kişide Yanılma

Töre saikiyle öldürme suçunu nitelikli kılan unsur, mağdurun kişiliği değil, failin saikidir. Failin, yanlışlıkla kastettiği kişiden bir başkasını öldürmesi eyleminde, suçun nitelikli unsuru olan saik varlığını devam ettirmektedir. Kişide hata, failin saikini geçersiz hale getirmediğinden, kanunun kabul ettiği

82. 1. CD. 15.11.2006 T. 2398 E. – 4942 K. (yayımlanmamıştır).

83. 1. CD. 25.04.2008 T. 2007/8437 E. – 2008/3340 K. (yayımlanmamıştır).

84. 1. CD. 10.03.2006 T. 2005/1329 E. ve 2006/587 K. (yayımlanmamıştır).

85. GÜNGÖR, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin yay. Ankara, 2007, s. 23.

saikle kişide hata eden fail hakkında nitelikli öldürme suçundan ceza verilmesine, Ceza Yasasının 30. maddesi engel değildir⁸⁶. Bu açıdan töre saikiyle işlenen suçlarda mağdurun kimliğinde hata edilmesi halinde fail, kanunun 30. maddesinden yararlanamaz.⁸⁷

C. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Varlığında Yanılma

Cezayı azaltan bir neden olan haksız tahrik oluşturan olguların (haksız eylemin) varlığına inanan sanığın hatasının kaçınılmaz olduğu durumlarda bu hatasından yararlanması gerekmektedir.⁸⁸ Tahrik nedenlerinin varlığı konusunda ciddi ve kaçınılmaz bir yanlışa düşerek öldüren kişi bu yanlışından yararlanarak diğer koşulları bulunsa bile töre saikiyle öldürme suçundan sorumlu tutulamayacaktır.

X. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. TEŞEBBÜS

Öldürme suçunun basit ve diğer nitelikli halleri gibi, töre saikiyle öldürme suçuna da teşebbüs olanaklıdır. Dolayısıyla, öldürmeyi amaçladığı kişiye yönelik elverişli hareketlere başlayan kişi, elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamazsa “suça teşebbüs” hükümlerine (TCK. m. 35) göre cezalandırılabilecektir. Töre saikiyle öldürme eylemi teşebbüse elverişli bir suçtur.

86. GÜNGÖR, s. 77.

87. GÜNGÖR, s. 77.

88. GÜNGÖR, s. 73.

2. İŞTİRAK

A. Genel Olarak

Töre saikiyle insan öldürme suçunu birlikte gerçekleştirmenin (TCK. m. 37/1) yanında, bu suçta işlemeye başkasını azmettirerek (TCK. m. 38) veya suç işleyene yardım ederek (TCK. m. 39) katılmak olanaklıdır. 5237 sayılı TCK'da suçta iştirak edenlerin sorumlulukları bağıllık kuralıyla çözümlenmeye çalışılmıştır.

B. Bağıllık Kuralı

Bağıllık kuralı, suçun işlenmesine katkıda bulunmakla beraber, bu katkıları suçun yasal tanımına uygun olmayan suç ortaklarının işlenen suçtan sorumlu tutulabilmelerini sağlama işlevini görmektedir. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere, suçun işlenişinde hâkimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bağıllık kuralı sayesinde, gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmektedir.”⁸⁹

Bağıllık kuralının gereği olarak, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilmeleri için, failin eylemini kasten gerçekleştirmesi yeterlidir. Failin bu eylem nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, azmettiren veya yardım edenin sorumluluğu için, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.”⁹⁰

Bu yasal düzenleme, iştirakte cezalandırmanın işlenen asli faile bağlı olarak yapılacağını göstermektedir. Failin işlediği suçtan bağımsız bir niteliğe sahip olmayan suçta ortaklık, ancak failin suçun icrasına başlamış olması koşuluyla varlık kazanabilir.

89. TCK'nun 40. maddesinin gerekçesi için bkz. ARTUK, M. min/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Gerekçeli Ceza Kanunları, 8. Bası, Ankara, 2009, s. 65-66.

90. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 65-66.

İştirakten söz edebilmek için tek kişi tarafından gerçekleştirilebilen bir suçun (kasten adam öldürme gibi) işlenmesine nedensellik değeri taşıyan hareketler yaparak diğer ortak veya ortakların maddi (vasıta tedariki, suçun işlenmesini kolaylaştırma gibi) veya manevi (azmettirme, teşvik etme, yol gösterme gibi) nitelikte katkı sağlayarak katılmış olmaları gerekir.

Suçta katılmanın varlığı için, icra hareketlerine başlanılan suçun tüm katılanlar için aynı suç olması, başka bir anlatımla failin tüm katılanlar bakımından aynı suçu işlemesi gerekir.

Suçta katılma isteminin varlığı ağırlaştırıcı nedenler açısından da aranmalıdır. Suç yardım ederek katılan kişinin asıl failin güttüğü amacı (örneğin töre veya kan gütmeye saikiyle insan öldürme kastını) bilmesi durumunda, hakkında ağırlaştırıcı neden uygulanabilecektir.⁹¹ Tüm katılanlar için aynı suçun işlenmiş olması yanında ağırlaştırıcı neden bakımından da katılma isteminin bulunması gereklidir.

Suç ortaklarından birinden kaynaklanan cezayı azaltan veya kaldıran kişisel bir nedenin bulunması diğer suç ortaklarının sorumluluğunu ve hukuksal durumunu etkilemeyecek, diğer suç ortakları kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılacaklardır (TCK. m. 40/1).

Ancak Yasada, suç ortaklarından birine ilişkin kişisel bir nedenin bulunması durumunda, bu kişisel nedenin diğer suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceği hususunda bir düzenleme yer almamaktadır. Aynı biçimde eylemden kaynaklanan cezayı ağırlaştıran bir nedenin diğer suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceği konusunda yasada bir açıklık yoktur.

Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 66 ve 67. madde-

91. ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükümler (İzmir Şerhi), Cilt 1, Ankara 2006, s. 448.

lerine benzer “kişisel ağırlatıcı nedenlerin” ve “fiilî ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması” hükümlerine yer verilmesine karşın, “bu hükümler, bağıllık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağıllık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır” denilerek bu hükümler metinden çıkarılmıştır.

Böylece, 5237 sayılı TCK’nun 40. maddesinde yer alan kuralın bu sorunları çözeceği savıyla kişisel ve eylemsel ağırlatıcı nedenlerin kanuna alınmasına gerek olmadığı kabul edilmiştir. Ancak madde hükmü bu sorunlara çözüm getirmekten uzaktır. Gerçekten, suç ortaklarından biri bakımından cezayı ortadan kaldıran kişisel bir nedenin var olmasının diğer suç ortaklarının sorumluluğunu kaldırmayacağı belirtilmesine karşın, suç ortaklarından kaynaklanan kişisel veya fiile bağlı cezayı artıran bir nedenin diğer suç ortaklarına sirayet edip etmeyeceği veya hangi koşullarda sirayet edeceği hususunda bir hüküm öngörülmemiştir. Kanunun düzenlemesi bu yönüyle eksiktir.⁹² Bu durumda ceza hukuku ilkeleri gözetilerek yorum yoluyla bir çözüm bulunması gerekecektir.

Aşağıda belirlenen çeşitli olasılıklara göre, suç ortaklarının sorumluluğu irdelenmeye çalışılacaktır.

C. Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu

a. Ortak Faillerin Sorumluluğu

Suçun yasal tanımında yer alan eylemi birlikte gerçekleştiren faillerden her biri gerçekleştirdikleri eylemden dolayı ortak fail olarak sorumlu olacaklardır (TCK. m. 37/1). Ortak faillerden her birinin meydana gelen sonuçtan

92. Bkz. AYDIN, Devrim, Türk Ceza Hukukunda İştirak, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 246 vd.

cezalandırılmaları için bağıllık kuralına başvurmaya gerek yoktur. Ancak, sanıklardan (A) ailenin namusunu kirlettiği inancı ile teyzesini öldürmeye karar verip bu suçu aile mensubu olmayan ve bu durumdan da haberdar bulunmayan (B) isimli sanıkla birlikte işlediğinde, kusur prensibi uyarınca, sanık (A) töre saikiyle adam öldürmek suçundan (TCK 82/1-k), sanık (B) ise kasten adam öldürmek suçundan (TCK. m. 81) sorumlu tutulmalıdır. Eğer, (B), (A) isimli sanığın töre saikiyle hareket ettiğini bilmekte ise, fiile bağlı bu nitelikli halin (B) bakımından da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

b. Dolayısıyla Faillik

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır, (TCK. m. 37/2).

Dolayısıyla faillik durumunda, suça katılmadan sözedilemez. Bu durumda dolayısıyla faillik kurumuna başvurulması gerekir.⁹³

“*Dolayısıyla faillikte*, üzerinde etkinlik kurulan kimsenin kusur yeteneği olmayabilir, kendisinde cezasızlık nedeni bulunabilir, yanlışa düşürülebilir. Örneğin, cezalandırılma yeteneği olmayan çocuğa, akıl hastasına suç işletilmesi gibi.⁹⁴

Dolayısıyla faillik, suça azmettirme kurumundan ayrıdır. En belirgin özellik, azmettirilenden farklı olarak suça kullanılan kişi cezalandırılmaz. Cezalandırılma yeteneği olmayan küçüklerin suça kullananlar, 5237 sayılı TCK'nun 38/2. maddesine göre değil, 37/2. Maddesine uyarınca cezalandı-

93. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Baskı, İstanbul, 2005, s. 526.

94. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt. 1, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 427.

rılması yoluna gidilmelidir.

Töre sakiyle öldürme suçlarında cezalandırılma yeteneği bulunmayan küçüklerin kullanılması rastlanan olaylardandır. Bu durumda, küçükleri suçta kullananların sorumlu olacağı açıktır.

c. Azmettirenin Sorumluluğu ve Ağırlaştırıcı Neden

Başkasını bir suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacaktır (TCK. m. 38/1).

Azmettirme, suç işleme kararı ve düşüncesi bulunmayan kişiyi bu suç işlemeye ikna etmektir. Azmettirme olmasaydı suç işlenmeyecekti ifadesi azmettirme ölçüsünü belirleyici ölçütü olduğu söylenebilir.

Azmettirenin, işlenen veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu tutulabilmesi bağlılık kuralının (TCK. m. 40/1) gereğidir.

Suçun azmettiren ve azmettirilen bakımından aynı olması halinde bir sorun yoktur, her ikisi de aynı suçtan dolayı cezalandırılabilir. Ancak, azmettirilende suçu nitelikli hale getiren kişisel ve eylemsel nedenler varsa, örneğin töre sakiyle hareket eden azmettiren öldürme suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan, azmettirilen, azmettirenin amacını (saikini) biliyorsa nitelikli öldürme suçundan (TCK 82/1-k) aksi halde kendi öldürme fiilinden sorumlu tutulmalıdır.⁹⁵ Elbette ki bu durumda azmettirenin eyleminin her halde TCK'nun 81. maddesindeki temel adam öldürme suçunu oluşturduğu ileri sürülemez. Bu gibi eylemler neredeyse istisnasız olarak tasarlanarak işlenir. Ayrıca diğer nitelikli durumlar varsa azmettirilen bu nitelikli hallerden de sorumlu olacaktır.

95. Hakeri, suçun diğer nitelikli halleri bakımından aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 373-374.

Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suçta azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Ancak, çocukların suçta azmettirilmesi durumunda, ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasında üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz (TCK. m. 38/2).

Namus cinayetleri genellikle, ailenin ve aşiretin önde gelelerinin azmettirmesi sonucunda cezalandırılma yeteneği ya hiç ya da tam olmayan, başka bir anlatımla, ceza almayacağı ya da büyüklere göre daha az ceza alacağı hesaplanan küçüklere işletilmesi yöntemi yaygın olduğuna yukarıda⁹⁶ vurgu yapılmıştı. Bu durum azmettiren açısından ağırlaştırıcı bir neden olup olmadığı her somut olayda değerlendirilmelidir.

d. Yardım Edenlerin Sorumluluğu

Yardım ederek suçta katılan ortakların ayrıca ağırlaştırıcı neden yönünden de (töre saikiyle öldürme) katılma istemlerinin bulunması gerekmektedir. Yardım eden ortaklar ağırlaştırıcı nedeni bilmiyorlarsa öldürmenin temel şekliyle sorumlu tutulacaklardır.

XI. YAPTIRIM

Töre saikiyle adam öldürmek, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiş ve bu suç için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür (TCK m. 82/1-k).

Töre saikiyle öldürmek suçunun diğer nitelikli hallerle birlikte gerçekleştirilebileceği yukarıda açıklanmıştı.⁹⁷ Örneğin, bu suç tasarlanarak işlenebilir. Koşulları varsa, birleşen nitelikli haller gerekçesiyle birlikte kararda mutlaka gösterilmelidir. Ancak, faile gerçekleşen nitelikli hal sayısınca ayrı ayrı ceza

96. Bkz. Bölüm: VI/A.

97. Bakınız, (V). Bölüm.

verilmesi sözkonusu olmayıp tek ceza verilecektir. Birden fazla nitelikte halin gerçekleşmesi halinde, bu durumun TCK'nun 61. maddesi uyarınca ceza tayin edilirken dikkate alınabileceği düşünülebilir.⁹⁸ Ancak, töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüş olmakla temel cezanın belirlenmesinde yargıca takdir hakkı tanınmadığından 61. maddenin değerlendirilmesi olasılığı yoktur. Bununla birlikte yargıç takdiri hafifletici nedenin (TCK. m. 62) uygulanmasında bu durumu dikkate alabilecektir.

XII. KANITLAMA SORUNU VE YARGILAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN SORUNLAR

1. KANITLAMA (İSPAT) SORUNU

A. Suçun Kanıtlanması Sorunu

Ceza yargılaması maddi gerçeği ortaya çıkması amaçlanır. Şüphelinin, medeni usul hukukundaki anlamıyla "*ispat yükü*" bulunmamaktadır. Dolayısıyla suçu kanıtlama savcının sorunudur. Şüpheli açısından "*masumiyet karnesi*", "*şüpheden sanığın yararlanması*" ve "*susma hakkı*" ilkeleri bağlamında suçsuzluğunu kanıtlama gibi bir yükümlük yoktur.⁹⁹

Ceza yargılamasında suçu kanıtlanma yükünün savcının omuzlarında olmasının yanında, kanıt toplama işleminin de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında "adil yargılama" ilkesine uygun yapılmasının zorunlu olduğu hususunun altı önemle altı çizilmelidir.

Kamu erkini kullanan savcının kanıt toplama işlemini yürütürken su-

98 Bkz. HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s. 255.

99. CENGİZ, Serkan/DEMİRAĞ, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/MCBRIDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008. s. 9 vd.

çun işlendiği çevrede yaşayanlardan suç hakkında bilgisi bulunan herkesin yardımına gereksinimi vardır. Ancak, töre saikiyle öldürme suçunu gerçekleştirenler ile toplum arasında açık-gizli anlaşma ve dayanışma bulunduğu bilinen bir gerçektir. Soruşturma makamına yardımcı olunması şöyle dursun, hemen her zaman kanıtların karartıldığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir suçun yaptırımının ağırlığından çok, o suçu oluşturan bir eylemin cezasız kalmamasının caydırıcı olacağı görüşünden yola çıkılarak, etkin bir soruşturma sonucunda, suç ve suçluları ortaya çıkarılmasının yargısal makamların sorumluluğunda olduğu açıktır.

B. İntihara Zorlama ve Ensest İlişkiler

Töre saikiyle öldürme suçlarında, mağdurun zorla intihara ikna edildiği gibi işlenen suça intihar görüntüsü verildiği adli olaylarda rastlanılan bir durumdur.¹⁰⁰

Özellikle ensest ilişkilerde, örneğin baba, kardeş ve yakın akrabalarından birisinin cinsel saldırısı sonucu küçük yaşta gebe kalan çocukların, olayın gizlenmesi ve namusun temizlenmesi için öldürülmeleri, sıkça başvurulan bir yöntem olduğuna konunun uzmanları tarafından dikkat çekilmektedirler.¹⁰¹

Zorlandığı için kendini öldürmüş veya öldürüldüğü halde intihar ettiği söylensin, kurbanın, cinsel saldırısına uğradığı kişiyi ölümü göze alarak açıklamaya yanaşmaması, aile bireylerinin çoğunlukla suç oluşturan bu saldırıyı gizleme çabası, ensest ilişkinin varlığı kuşkusunu çağrıştıran davranışlar olarak değerlendirilmelidir.

100. YILDIZ, M. Cengiz, "İntihar Bir Töre Cinayeti mi?-Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu, 26-27 Eylül, 2003 Diyarbakır, s. 148

101. SİR, Aytakin, "Ensest İlişkilere, Acı Örnek", Hürriyet Gazetesi, 11.08.2007.

C. Sanığın Savunmasının Önemi ve Örnek Bir Olay

a. Olayın özeti

Öldürülen evli bir kadındır. Başta eşi olmak üzere eşinin ailesi tarafından başkalarıyla ilişki içinde olduğu ileri sürülerek suçlanmıştır. Bu nedenle eşi tarafından yetiştirildiği aileye yöresel bir anlatımla "baba evine geri gönderilmiştir." Ancak, birkaç gün sonra öldürülen babasının evinden alınarak kocasının evine getirildiği günün gece yarısı kocanın akrabalarından yaşı küçük bir kişi tarafından av tüfeğiyle vurularak öldürülmüş, sanık savunmasında gece yarısı ava giderken öldürülene rastladığını ve tavuklarını çalmakla suçlandığı için öldürdüğünü söylemiştir.

b. Yargısal karar

Yargıtay 1. CD'nin 19.11.2007 tarihli ve 2927-8501 sayılı kararıyla onanan Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20.06.2006 tarihli ve 08/350 sayılı kararında, sanığın savunmasının karşıtı kanıtlanmadığı için eylem töre saikiyle öldürme değil, tahrik altında insan öldürme olarak değerlendirilmiştir.

c. Hukuksal Değerlendirme

Bu karara katılmayan iki üye sanığın savunmasının karşıtının olayların iç mantığıyla çürütüldüğünü, eylemin namus cinayeti olduğunu şu gerekçelerle ileri sürmüştür:

Olay saat 23 sıralarında gerçekleşmiştir. Sanığın evi öldürülenin evinden oldukça uzaktır. Yaşı küçük sanığın gece yarısı avlanması gerçekçi değildir. Olay yerinde bulunuşu özel amaçlıdır. Kırsal kesimde olayın olduğu saati çok geç bir zamanı sayıldığından öldürülenin olağan koşullarda uykuda olması ve sanıkla karşılaşması çok zayıf bir olasılıktır.

Öldürülen törelere aykırı davrandığı gerekçesiyle namussuzlukla suçlanmış, eşi tarafından babasının evine gönderilmiştir. Olay çevrede duyulmuştur. Öldürüldüğü gece kocanın evine getirilmiş ve akrabalarından yaşı küçük bir çocuk tarafından öldürülmüştür.

Öldürülenin haksız fiil oluşturan somut bir davranışı dosyaya yansımamış, basit bir hakaret olgusu cinayetin nedeni olarak gösterilmiştir.

Namus cinayetlerinde, davaya katılma hakkı bulunanların bu haklarını kullanmadıkları gibi gerçeğin ortaya çıkarılmasında soruşturma makamlarına yardımcı olmak şöyle dursun, kanıtları kararttıkları yargılama konusundan gözlemlemekteyiz.

Sanığın savunmasının dayandığı olguların karşıtı ortaya konulmalıdır kuralı her somut olaya göre özellik gösterir. Çağdaş yargılama hukuku, sanık haklarının yanında mağdurların korumaktadır. Namus cinayetleri özellik gösteren suçlardandır. Deyim yerindeyse, toplumun bir kesiminin uyguladığı ya da hoşgördüğü bir tür terördür. Bu olayların soruşturmasıyla ilgili kamusal kurumların, toplumsal hoşgörüyü arkasına alarak faillerin suçun üstüne yatma refleksi, kanıtlayamadım kolaycılığına yatmadan bilimsel içerikli bir çabayla deşifre edilmelidir. Yargıtay'ca onanan, bir töre cinayeti sanığının beraatına ilişkin kararın¹⁰² gerekçesinde, “başından sonuna kadar olaydan haberdar olan ve olay yerinde bulunan evin gelinine söz hakkı düşmediği yörenin bilinen sosyolojik bir gerçeği olduğundan suça katılmadığı kanısına varıldığı” belirtilmiş olması dikkat çekici bir saptamadır. Bu olayda; benzer şekilde sosyolojik bir değerlendirmeye girilmemiş olması önemli eksikliklerdir.

Namus cinayeti işleyenler, çoğunlukla duydukları utancın yanında daha az ceza almayı hedeflediklerinden, suçu işlemedeki saiklerini gizledikleri,

102. Muş ACM. 03.05.2007 T. 2006/309 E. – 2007/133 K. - (Onama: 1. CD. 16.06.2008 T. 586 E. – 5044 K.)

olayı başka bir nedene dayandırdıkları yaygın bir görüştür. Karşıtı kanıtlanamayan savunmalara bakılırsa, kurbanlar gereği yokken katillerine olmadık şeyler söylerler, örneğin hakaretler ederler, sonrada kafalarına kurşunu yerler. Doğrusu, yukarıda açıklandığı gibi yörenin sosyolojik gerçeği kanıtlama sorununun aşılmasında da belirleyici bir etken olarak değerlendirilmelidir.

2. YARGILAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN SORUNLAR

A. Genel Olarak

Ceza Yargılamasının amacı, insan hakları çiğnenmeden, insan onuru, hukukun temel ilkelerine bağlı kalarak maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır.¹⁰³ Ceza yargılamasına egemen olan ilkelerin başında, hukuk devleti olmanın gereği, insan onuruna saygılı, insan haklarının gerçekleştirilmesi bağlamında “dürüst yargılama” yapılmasıdır.

Öte yandan yargılama hukukunun, sanık haklarının korunması yanında mağdur haklarına gerekli ilgiyi gösterme sürecine girdiğini söyleyebiliriz.

Namus cinayetleri bakımından niteliksel olarak diğer öldürme suçlarından farklı bir yaklaşıma gerek olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, bu suçun doğası gereği soruşturulmasında yaşanan güçlüklerin aşılmasında, kanıtların toplanmasında, kolluk ve yargısal görevlilerden daha titiz bir çalışma beklenmesi doğaldır.

B. Mağdurların Davaya Katılmalarının Sağlanması Sorunu

Namus cinayeti mağdurlarının yakınları, bu suça katılmamış olsalar bile, *olası bir kan davasını önlemek kaygısıyla*, törenin kurallarına boyun eğerek, yakınlarının öldürülmesine çoğunlukla katlanmaktadırlar. Töreye uymak,

103. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.Ruhan, , Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2007, s. 63.

namusunu ve şerefini kurtarmak adına yargısal işlemlere yardımcı olmamakta, gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde bir çaba göstermemekte, açılan davaya katılmamaktadırlar.

Özellikle baskı altında kalan akrabaların, güvenliklerinin sağlanması konusunda gerekenler yapılmalıdır. Bunun yanında, CMK'nun 233 ve devamı maddeler uyarınca, suçtan doğrudan zarar görenlere, açılan davalar bildirilmeli, katılma hakları konusunda bilgilendirilmelidirler.

C. Sivil Kuruluşların Davaya Katılma Haklarının Olup Olmadığı Sorunu

Namus cinayetleri, genellikle aile bireyleri tarafından işlenen suçlardır. Suça katılmayan yakın akrabalar, çoğunlukla töreye sahip çıkarak öldürme eylemini onaylar bir tutum takınmaktadırlar. Birçoğunun da aşırı baskı altında oldukları için sessiz kalmaktadırlar.

Bu nedenle, kimi sivil toplum örgütlerinin, özellikle kadın haklarını savunmayı amaç edinmiş kuruluşların bu tür davaları izledikleri, yargılama hukuku kurallarını zorlayarak davaya katılmayı denedikleri bilinmektedir.

Ancak, Yargıtay, namus cinayetinin sembolü sayılan Güldünya davasında, İstanbul Baro Başkanlığının ve birçok kadın örgütlerinin davaya katılma istemlerini, CMK'nun 237. maddesinin öngördüğü anlamda suçtan zarar gördüklerinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁰⁴

Yargılama hukukumuzda davaya katılma koşulu suçtan zarar görme ölçütüne bağlı tutmuştur (CMK. m. 273). Yüksek Mahkemenin yerleşik uygulamasına göre, suçtan doğrudan zarar görmeyen kişi ya da kuruluşlara davaya katılma olanağı tanınmaktadır. Namus cinayetlerini ülke genelinde

104. 1. CD. 15.11.2006 T. 2398 E. - 4942 K.

izleyen ilgili sivil toplum kuruluşlarının, yukarıda açıklanan zorlukların aşılmasında ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli ölçüde katkılarının olacağı kuşkusuzdur. CMK’da yapılacak özel bir düzenlemeyle bu kuruluşların namus cinayetleri davalarına katılmalarının sağlanması yerinde olacaktır.

VI. SONUÇ

Töre saikiyle öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 82/1-k maddesinde tanımlandığı şekliyle hukukumuzda ilk kez girmiştir.

Sosyolojik bir kavram olan “töre saikinin” yasa da tanımlanmamış olması, suçun ve cezanın yasallığı ilkesine aykırı olduğu, ceza hukuku uygulaması açısından sorunlar yaratacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Ortaya çıkan diğer bir sorun, töre saikiyle öldürme suçunun, namus cinayetlerini kapsamına alıp almadığına ilişkindir. Birçok hukukçu ve toplum-bilimci yazarın ileri sürdüğü gibi, “töre saikiyle öldürme “ suçunun namus cinayetlerini de kapsamına aldığından kuşku yoktur.

Türk Ceza Yasasınının 86–87 yer alan etkili eylem, 97. maddesinde tanımlanan yaşı nedeniyle kendini idare edemeyen küçüğün terki, 99. maddelerinde yer alan çocuk düşürtme ve annenin ölümü gibi suçlarının namusunu kurtarmak adına işlenmesi durumunda ağırlaştırıcı neden uygulanmasını olanaklı kılan yasal düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır.

Töre saikiyle öldürme suçlarında, yaşanan kanıtlanma sorunu nedeniyle bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması özel bir uğraşı gerektirir. Ataerkil sosyal yapının ürettiği namus cinayetlerinde, aynı yapının içinden gelen, çoğunlukla bu alt kültürü benimsemiş görevlilerin faile hoşgörülle yaklaştıkları savı önemsenmeli ve üzerinde durulmalıdır.¹⁰⁵ Kolluğu sığına-

105. Bkz. YIRMİBEŞOĞLU, Vildan, Töre ve Namus Gerekçesiyle İşlenen Cinayetler, Toprağa Düşen Sevdalar,

arak öldürüleceğini iler süren bir kadın koruma altına alınması yerine yakındığı ailesine teslim edilmesinden hemen arkasından kardeşleri tarafından yaralanmasından sonra tedavi altına alındığı hastanede ikinci kez aynı kişilerin saldırısına uğrayarak öldürülmesi olayının bir daha yaşanmaması bağlamında benzer durumlarda, kolluğun görev anlayışı ciddiyetle el alınıp sorgulanmalıdır.¹⁰⁶ Benzer bir süreç, tecavüzle hamile kalan ve hastanede doğum yaptıktan sonra ailesine teslim edilen onbeş yaşındaki bir çocuğun yakınları tarafından "namus" bahanesiyle öldürüldüğü dikkate alınırsa, Devletin, koruma ve soruna kalcı çözüm üretme, işlenen suçlara ortaya çıkarıp faillerinin cezalandırılmalarını sağlama işlevini gereği gibi yapması haksız bir beklenti sayılmamalıdır.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, namus cinayetlerinin önlenmesi işlevi ve sorumluluğu tümüyle hukukun ve hukukçunun omuzlarına yüklenemez. Yasalarda düzenlenen ağır yaptırımlar, en etkili biçimde uygulansa bile -ki çok önemlidir- sözkonusu öldürme eylemlerini emreden, üreten toplumsal yapı değişmedikçe, kan davalarında olduğu gibi namus cinayetlerinin de süre gideceğini söylemek abartılı bir öngörü sayılmamalıdır. Bu bakımdan, sorun doğru algılanmalı, ulusal boyutta ele alınmalı, bilimsel zeminde etkin önleyici çareler araştırılıp üretilmeli ve uygulamaya konulmalıdır.

Bizce, namus cinayetleri eril bir toplumun değişik adlar altında ürettiği evrensel bir sorundur. Bu bağlamda, küresel politikaların etkisinde kalmış, namus cinayetlerini doğu toplumlarının sorunu olarak algılayan düşünce, bilimsel temelden yoksun olmanın yanında ırkçıldır, ayırımıcıdır.

Hürriyet Yayını, tarihsiz, s. 162 vd.

106. Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 171 esas sayılı dosyası yargılama konusu olan olayda, namus cinayetlerinin sembol ismi haline gelmiş Güldünya Tören'in öldürülmesinden önce sığındığı kolluk görevlilerince öldürme kararı alan ailesine teslim edilmişti.

Kadın eksenli şiddete yönelik savaşımın toplumbilimsel temelinden ayrı, medyatik ve magazinsel boyutta ele alınması, namus cinayetlerini önleme uğraşının yenilgisini kaçınılmaz kılacağından kuşku duyulmamalıdır. Bu bağlamda kadın kuruluşlarına ve medyaya önemli görevler düşmektedir.

Sonuç olarak, bireyin kendi yaşamından ve yaptıklarından sorumlu olduğu bilincinin oluşup yerleştiği, haksızlıklara hukuksal zeminde çareler arandığı zaman namus cinayetlerinden söz etmiyor olacağız.

İnsanların şiddete uğramadığı, namus cinayetlerine kurban gitmediği, kadının cinsel bir nesne konumuna indirgenmediği, erkeğin malı sayılmadığı, emeğinin sömürülmediği, ayrımcılığa uğramadığı bir dünyada yaşamak en içten dileğimizdir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

1. **Abu - Odeh Lama**, Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik, İletişim Yayını 2. Bası, İstanbul, 2004
2. **Acar Feride**, Kadınların İnsan Hakları, CEDAW ve Türkiye, Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul 15–18 Kasım Semineri Notları
3. **Akbaba Zeynep Burcu**, Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme, TBB Dergisi, sayı 75, 2008
4. **Alatlı Alev**, Madem Öyle, <http://karakitap.net/v1/content/view/3788/50> (Erişim, 21.12.2008).
5. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı- cilt 3, 03–07, Ocak 2006
6. **Arın Canan**, Kadına Yönelik Şiddet; Şiddet – Cogito, YKY. Kış-Bahar'96,
7. **Artun Ünsal**, Anadolu'da Kan Davası, YKY. Ankara Haziran 2003
8. **Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Yenidünya A. Caner**, Gerekeçeli Ceza Kanunları, 8. Bası, Ankara, 2009.
9. **Artuk Mehmet Emin – Gökçen Ahmet – Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan, 3. Baskı, Ankara 2007
10. **Atik Alperen**, Asabiyetin İzleri Sunum Metni (22.02.2006); <https://www.blogger.com/comment.g?blogID=19142187&postID=114056076075481820>, (Erişim: 10.01.2009)
11. **Avcı Mustafa**, Türk Hukuk Tarihinde Hukuk Sisteminin Namus Cinayetlerine Yaklaşımı, Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Diyarbakır, 26 – 27 Eylül 2003

12. **Bağlı Mazhar**, Töre ve Namus Adına Cinayet İşleyen Suçlu ve Zanlıların Sahip Oldukları Toplumsal Değer Yargıları ve Bunların Sosyo-Ekonomik Analizi.
13. **Bertil Emrah Çetinkaya–Oder**, Kadına yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırılmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1
14. **Cengiz Serkan- Demirağ Fahrettin–Ergül Teoman–McBride Jeremy–Tezcan Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008.
15. **Centel Nur –Zafer Hamide-Çakmut Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005, 3. Baskı, Beta yay
16. **Demirbaş Timur**, Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara, 1992
17. **Devrim Aydın**, Yeni Tür Ceza Kanununda Haksız Tahrik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 2004 Cilt 54 Sayı 1 (İnternet Bankası).
18. **Düzyürek İnan**, "Bir-Önyargı Olarak Homofobi"- Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi, Ekim 1995, Sayı 14. (Yollama yapan, Nergiz Karadağ, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yayını, 1. Baskı, 2008
19. **Erem Faruk**, Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast, AÜHFD, 1969, c 26, sy. 1–2.
20. **Ergil Doğu**, Türkiye’de Terör ve Şiddet, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1980

21. **Erman Gül**, Kadına Yönelik Cinsel Şiddet, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1
22. **Faraç Mehmet**, Töre Kıskaçında Kadın, Güniz İstanbul 2004
23. **Faraç Mehmet**, Söyleyin Anama Ağlamasın, Cumhuriyet Kitap 2007
24. **Gemalmaz M. Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul 2007, 6. Bası, 549 ve 578
25. **Göregenli Melek**, Aktüel, <http://www.yeniaktuel.com.tr>; (Erişim 21.12.2008.)
26. **Göktürk Gülay**, Yeni Tıp Fikir Suçları Yaratmak, Bugün, 31.08.2008
27. **Göztepe Ece**, Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununun Bir Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005
28. **Güngör Devrim**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin, Ankara 2007
29. **Günther Klaus**, İnfaz Hukuku Sorunları, 1993, Başkent Üniversitesi Yay
30. **Hakeri Hakan**, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin, Ankara 2006 (Hakeri Öldürme)
31. **Hakeri Hakan**, Ceza Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 373–374 (Hakeri Ceza)
32. **Karadağ Nergiz**, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, On İki Levha Yayını, 2008

33. **Kardam Filiz**, Türkiye’de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri, Sonuç Raporu
34. **Khan Tahira**, Namus Cinayetleri: Tanıma ve İçeriğine Bir Bakış; Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu, Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1
35. **Kılıç Taner**, <http://www.e-hukuk.org/hukuk/modules.php?name=Forums;> (Erişim, 21.12.2008)
36. **Otacı, Cengiz**, Kan Gütme Saiki ile Kasten İnsan Öldürme Suçu, THD. Şubat 2008, Sayı : 18
37. **Köprülü Timuçin**, Töre Saikiyle İşlenen Suçlar, Brezilya ve ABD Örnekleri, Güncel Hukuk, Mayıs 2007
38. Namus Adına Şiddet: (Derleyenler: Shahrzad Mojab – Nahla Abdo), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2006
39. **Özbek Veli Özer**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükmeler (İzmir Şerhi), Cilt I. 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2005
40. **Özbek Veli Özer**, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Özel Hükmeler (İzmir Şerhi), Cilt 2, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2008
41. **Öztürk Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2007
42. **Pervizat Leyla**, Uluslararası İnsan Hakları Bağlamında Namus Cinayetleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005
43. **Püsküllüoğlu Ali**, Türkçe Sözlük, Doğan Kitap, İstanbul 1999
44. **Sancar Türkan Yalçın**, Kadınlar, Töreler ve Ötekiler, Radikal 2, 09.03.2008

45. **Sözüer Adem**, http://www.tempodergisi.com.tr/toplum_politika/06326/
46. **Sir Aytekin**, Ensest İlişkilere Acı Örnek, Hürriyet Gazetesi, 11.08.2007
47. Şiddet, Cogito, YKY. s. 6–7, Kış-Bahar 1996
48. **Tezcan Mahmut**, Türkiye’de Töre (Namus) Cinayetleri, Naturel Yayını, 1. Baskı, Ankara 2003
49. **Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Önok Murat**, Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2006.
50. **Topaloğlu Mahir**, Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, c. 83, sayı: 1
51. Töre Cinayetleri, Şanlıurfa Barosu Dergisi, Özel Sayı, 13.
52. **Tufan Hülya**, Aşk ve Şiddet; Şiddet – Cogito, Kış-Bahar’96, YKY.
53. **Yıldız M. Cengiz**, “intihar Bir Töre Cinayeti mi? - Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Diyarbakır, 26 – 27 Eylül, 2003
54. **Yirmibeşoğlu Vildan**, Toprağa Düşen Sevdalar, Hürriyet Yayını
55. **Yücel Müslüm**, Berdel (Evlilik İttifakı), Agora kitaplığı 2006.



KAYYIMLIĞI GEREKTİREN HÂLLER

Ömer Uğur GENÇCAN ⁽¹⁾

ANLATIM DÜZENİ: **I. TEMSİL KAYYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER** (=TMK. m. 426), **A- Ergin Kişinin İvedi İşini Görmesinde Engel Bulunması** (=TMK. m. 426 b. 1), **1- Ergin Kişi Bulunmalıdır**, **2- Görülecek Bir İş Bulunmalıdır**, **a. İş İvedi Olmalıdır**, **b. İş Temsil Yoluyla Görülebilir Olmalıdır**, **c. İş Birden Fazla Olabilir**, **3- Engel Sebep Bulunmalıdır**, **a. Hastalık Sebebiyle**, **b. Başka Bir Yerde Bulunma Sebebiyle**, **c. Benzeri Bir Sebep**, **4- İş Yapılmıyor Olmalıdır**, **a. İş Kendisi Göremiyor Olmalıdır**, **b. Temsilci Atanamıyor Olmalıdır**, **B- Yasal Temsilciyle Menfaat Çatışması Bulunması** (=TMK. m. 426 b. 2), **1- Menfaat Çatışmasının Tarafları**, **a. Yasal Temsilciler**, **aa. Velinin Menfaati İle Çatışma** (=TMK. m. 336-337), **bb. Vasinin Menfaati İle Çatışma** (=TMK. m. 403 f 1), **cc. Yasal Danışmanın Menfaati İle Çatışma** (=TMK. m. 429), **dd. Yönetim Kayyımının Menfaati İle Çatışma** (=TMK. m. 427), **ee. Geçici Temsilcinin Menfaati İle Çatışma** (=TMK. m. 420), **b. Temsil Edilenler**, **aa. Küçüğün Menfaati İle Çatışma**, **bb. Kısıtlının Menfaati İle Çatışma**, **2- Menfaat Çatışmasının Şekli**, **a. Doğrudan Doğruya Menfaat Çatışması**, **b. Dolaylı Menfaat Çatışması**, **C- Yasal Temsilcinin Görevini Yerine Getirmede Engel Bulunması** (=TMK. m. 426 b. 3), **1- Fiziki Engel**, **2- Fiziki Olmayan Engel**, **D- Kanunda Gösterilen Diğer Hâllerin Bulunması** (=TMK. m. 426), **1- Soybağının Reddi Davası Açmak** (=TMK. m. 291 f. II), **2- Babalık Davası Açmak** (=TMK. m. 301 f. II), **3- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçük İçin Nafaka Davası Açmak** (=TMK. m. 329 f. II), **4- Çocuğun Borç Altına Girebilmesi İşlemine Katılmak** (=TMK. m. 345), **5- Paylaşmaya Katılmak** (=TMK. m. 648), **6- Alacaklının Temsili** (=TMK. m.

¹ Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

880), 7- Diğer Hâllerde, **II. YÖNETİM KAYYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER** (=TMK. m. 427-428), **A- Kanun Gereği Yönetim Kayyımlığını Gerektiren Hâller** (=TMK. m. 427), **1- Yeri Bilinmesinde Yetersizlik**, **a. Malvarlığında Hazinenin Hak ve Menfaati Yoksa** (=TMK. m. 427 b. 1), **aa. Bir Kimse Uzun Süreden Beri Bulunamıyor Olmalıdır**, **bb. Bir Kimsenin Oturduğu Yer Bilinmiyor Olmalıdır**, **cc. Malvarlığı Yönetimsiz Kalmış Olmalıdır**, **dd. Hak Sahibi Kişinin Temsilcisi Bulunmamalıdır**, **b. Malvarlığında Hazinenin Hak ve Menfaati Varsa** (3561 Sayılı Kanun), **aa. Koşulları**, **aaa. Yönetimden Yoksun Malvarlığı Bulunmalıdır**, **bbb. Hazinenin Hak ve Menfaati Bulunmalıdır**, **ccc. En Büyük Mal Memuru Atanmalıdır**, **aaaa. Yerine Vekâlet Eden veya Atanan Kimse O Makama Tayin Edilmiş Sayılır**, **bbbb. Yetki ve Görevlerin Bir Bölümünü Astlarına Devredebilir**, **cccc. Hazine Avukatı Tarafından Temsil Olunur**, **bb. Yargılama Usulü**, **aaa. Görevli Mahkeme**, **bbb. Yetkili Mahkeme**, **ccc. Taraflar**, **aaaa. Davacı**, **bbbb. Davalı**, **ddd. Yargılama Gideri**, **2- Malvarlığını Yönetmede Yetersizlik** (=TMK. m. 427 b. 2), **a. Vesayet Altına Alınmak İçin Yeterli Bir Sebep Bulunmamalıdır**, **b. Malvarlığını Kendi Başına Yönetme Gücünden Yoksun Olunmalıdır**, **c. Malvarlığını Kendi Başına Yönetme İçin Temsilci Atamak Gücünden Yoksun Olunmalıdır**, **3- Mirasçılık Hakkında Belirsizlik ve Ceninin Menfaati** (=TMK. m. 427 b. 3), **a. Terekede Mirasçılık Hakları Henüz Belli Olmamalıdır**, **b. Ceninin Menfaatleri Gerekli Kılmalıdır**, **4- Tüzel Kişinin Yönetiminde Yetersizlik** (=TMK. m. 427 b. 4), **a. Tüzel Kişi Gerekli Organlardan Yoksun Kalmalıdır**, **b. Tüzel Kişinin Yönetimi Başka Yoldan Sağlanamamalıdır**, **5- Toplanan Yardımın Yönetiminde Yetersizlik** (=TMK. m. 427 b. 5), **a. Yardım Amacı Güden Bir İş Bulunmalıdır**, **aa. Hayır İşİ Bulunmalıdır**, **bb. Genel Yarar Amacı Güden Bir İş Bulunmalıdır**, **b. Toplanan Yardım Bulunmalıdır**, **aa. Yardım Konusu Olabilecek Her Şey Toplanabilir**, **bb. Yardım Halktan Toplanmalıdır**, **cc. Yardım Her Şekilde Toplanabilir**, **c. Yardımı Yönetmede Yetersizlik Oluşmalıdır**, **aa. Yardımı Yönetme Yolu Sağlanamamış Olmalıdır**, **bb. Yardımı Harcama Yolu Sağlanamamış Olmalıdır**, **6- Diğer Hâllerde**, **B- İsteğe Bağlı Yönetim Kayyımlığını Gerektiren Hâller** (=TMK. m. 428), **1- Ergin Bir Kişi Bulunmalıdır**, **2- İsteğe Bağlı Kısıtlama Sebepleri Bulunmalıdır**, **3- İstek Bulunmalıdır**, **III. KARMA KAYYIMLIĞI GEREKTİREN HÂLLER** (=TMK. m. 426-428)

GİRİŞ

Vesayet hukukunun belirlilik ilkesine göre **kayımlığı gerektiren hâlleri** aşağıdaki ayrımlamaya göre inceleyeceğiz.

- Temsil kayımlığını gerektiren hâller (=TMK. m. 426)
- Yönetim kayımlığını gerektiren hâller (=TMK. m. 427-428)
- Karma kayımlığı gerektiren hâller (=TMK. m. 426-428)

Kayımlığı gerektiren hâller sadece 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda düzenlenmemiştir. Birçok kanunda kayımlığı gerektiren hâller farklı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

I. TEMSİL KAYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER (=TMK. m. 426)

Temsil kayımlığını gerektiren hâller 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda aşağıdaki şekilde gösterilmiştir;

- Ergin kişinin ivedi işini görmesinde engel bulunması (=TMK. m. 426 b. 1)
- Yasal temsilciyle menfaat çatışması bulunması (=TMK. m. 426 b. 2)
- Yasal temsilcinin görevini yerine getirmede engel bulunması (=TMK. m. 426 b. 3)
- Kanunda gösterilen diğer hâllerin bulunması (=TMK. m. 426)

Şimdi temsil kayımlığını gerektiren hâllere ilişkin olmak üzere

Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

A- ERGİN KİŞİNİN İVEDİ İŞİNİ GÖRMESİNDE ENGEL BULUNMASI (=TMK. m. 426 b. 1)

Vesayet makamı ergin kişinin ivedi işini görmesinde engel bulunması hâlinde ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.²

1- Ergin Kişi Bulunmalıdır

TMK. m. 426 b. 1 hükmüne göre temsil kayyımı atanacak kişinin ergin kişi olması gerekmektedir. Bu ergin kişinin **tam ehliyetli** olması gerekmektedir.

Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.³ Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.⁴

Ergin olmayan kişiye temsil kayyımı atanmasına olanak yoktur.

2- Görülecek Bir İş Bir İş Bulunmalıdır

Temsil kayyımı atanabilmesi için TMK. m. 426 b. 1 hükmüne göre temsil kayyımı atanacak kişinin **görülecek bir işi** bulunmalıdır.

² TMK. m. 426 b. 1.

³ TMK m. 9.

⁴ TMK m. 10.

a. İş İvedi Olmalıdır

TMK. m. 426 b. 1 hükmüne göre temsil kayyımı atanacak kişinin **ivedi bir işi** bulunmalıdır. İşin ivedi olup olmadığını belirleme o işin yapılmaması sonucunda olacak olanlara göre belirlenecektir.

Yapılmaması halinde temsil kayyımlığı altına alınacak kişi önemli bir hak kaybına⁵ uğrayacak ya da ağır bir zarar oluşacaksa ortada ivedi bir iş var demektir.

Örnek vermek gerekirse: Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası⁶ açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle **dava hakkı düşer**.

Eşini zina halinde yakaladığında eşi ile birlikte olan kişi tarafından gerçekleştirilen fiziksel şiddet ile beş aydır komada bulunan eşin zina sebebiyle boşanma davası açma hakkının düşmemesi için kendisine bir **temsil kayyımı** atanabilir.

Boşanma davası **devam ederken**, ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.⁷ Bu sebeple örneğin eşinin fiziksel şiddeti ile komaya giren eşin boşanma davası da

⁵ Hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresinin dolacak olması önemli hak kaybına örnek oluşturur.

⁶ Zina sebebiyle boşanma davası konusunda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara-2008. (Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-3)

⁷ TMK m. 181.

bir temsil kayyımı tarafından açılabilir. Fiziksel şiddete uğrayan eş komadan çıkamayıp öldüğü takdirde mirasçıları temsil kayyımı tarafından açılan boşanma davasını sürdürebilirler.

b. İş Temsil Yoluyla Görülebilir Olmalıdır

Ergin kişinin ivedi işini görmesinde engel bulunması hâlinde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen vesayet makamı temsil kayyımı atanabilmesi için ivedi işin **temsil yoluyla görülebilir** bir iş olması gereklidir.

Temsil yoluyla **görülemez** bir iş ya da dava için temsil kayyımı atanamaz.

Örnek vermek gerekirse: Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin **tarafı bizzat dinleyerek** iradelelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur.⁸

Görüldüğü üzere aile mahkemesi (=yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hâkimi anlaşmalı boşanma davasında tarafları bizzat dinlemek zorunda olduğu için

⁸ TMK m. 166 f. III.

anlaşmalı boşanma davası açılabilmesi için **temsil kayyımı** atanması mümkün değildir.⁹

Bir kimsenin ölümünden sonra karşılanmasını istediği beklentileri, istekleri, arzuları ve umutları vardır. İşte bir kimsenin kendi ölümünden sonra sonuç doğurmak üzere gerçekleştirdiği bu tür hukuki işleme **ölüme bağlı tasarruf** denilmektedir. Vasiyetname kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan küçüğün ya da kısıtlının yasal temsilcisi tarafından yapılamayacağı gibi **temsil kayyımı** tarafından da yapılamaz.¹⁰

Kendisine **yasal danışman** atanan kişi ise diğer koşulları da varsa yasal danışmanın oyunu almadan vasiyet yapabilir.

c. İş Birden Fazla Olabilir

Kanunda ivedi bir işten söz edilmekte ise de ivedi olmak üzere temsil kayyımlığı altına alınacak kişinin **birkaç işi için** temsil kayyımı atanabileceği gibi her iş için ayrı ayrı temsil kayyımı da atanabilir.

3- Engel Sebep Bulunmalıdır

Ergin bir kişinin ivedi bir işini kendisinin görebilmesine veya bir temsilci atayabilmesine **engel bir sebep** gerçekleşirse vesayet makamı tarafından bir temsil kayyımı atanabilir.

Engel sebep aşağıdaki hâllerde gerçekleşebilir;

⁹ Anlaşmalı boşanma davası konusunda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara-2008. (Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-3)

¹⁰ Vasiyetname konusunda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, Kısaltma: GENÇCAN-Miras.

- Hastalık sebebiyle,
- Başka bir yerde bulunma sebebiyle,
- Benzeri bir sebeple.

Engel sebep ergin bir kişinin ivedi bir işini kendisinin görebilmesine olduğu gibi bir temsilci atayabilmesine de engel olmalıdır.

Engel sebebin doğuş şekli sonuca etkili değildir. Engel sebebin oluşmasına bizzat kendisine temsil kayyımı atanması istenilen kişi sebebiyet vermiş olsa bile diğer koşullar varsa temsil kayyımı atanabilir.

a. Hastalık Sebebiyle

Hastalığın temsil kayyımı atanması açısından engel sebep oluşturabilmesi için ergin bir kişinin ivedi bir işini kendisinin görebilmesine olduğu kadar bir temsilci atayabilmesine de engel olacak nitelikte olması gerekir.

Örneğin sadece grip olmuş birisi için temsil kayyımı atanamaz. Estetik ameliyatı olmuş ve hastanede yatmakta olan bir kişi için de temsil kayyımı atanamaz. Benzeri hastalık durumlarında o kişinin bir iradi temsilci ataması mümkündür.

Buna karşılık yoğun bakım servisinde koma hâlinde yatmakta olan bir kişinin hastalığı o kişinin ivedi bir işini gerek kendisinin görebilmesine olduğu kadar gerekse bir temsilci atayabilmesine de engel olacak nitelikte olduğundan vesayet makamı tarafından kendisine bir temsil kayyımı atanmalıdır.

Yoğun bakım servisinde koma hâlinde yatmakta olan bir kişinin bitkisel hayata girdiği tıbben belirlenmişse artık kendisine vasi atanması zorunludur.

b. Başka Bir Yerde Bulunma Sebebiyle

Ergin bir kişi **başka bir yerde bulunması** sebebiyle ivedi bir işi kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse vesayet makamı ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine¹¹ karar verebilir.¹² Bu kişinin ivedi bir işinin görülebilmesi için gaiplik kararı alınmasına gerek olmadan vesayet makamı ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.

Ergin kişinin nerede olduğu bilinse ve hatta kendisi ile irtibat kurulabiliyor olsa bile o kişi ivedi işini süresinde kendisi görebilecek durumda olmayıp bir temsilci atayabilmesine de engel varsa vesayet makamı tarafından kendisine temsil kayyımı atanır.¹³

c. Benzeri Bir Sebep

Ergin bir kişi **benzeri diğer sebeplerle** de ivedi bir işini kendisi

¹¹ Gaiplik konusunda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Nüfus Davaları (Genel Hükümler), Yetkin Yayınevi, Ankara 2000, Kısaltma: GENÇCAN-Nüfus.

¹² TMK m. 32 f. 1.

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 716.

görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse vesayet makamı ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.

4- İş Yapılmıyor Olmalıdır

Temsil kayyımı atanabilmesi için kayyımlık altına alınması istenilen kişinin işi **yapılmıyor** olmalıdır. İşin yapılamaması kayyımlık altına alınması istenilen kişinin kanunda gösterilen sebeplerle işini yapamamasının yanı sıra ek olarak temsilci de atanamıyor olmasından kaynaklanmalıdır.

a. İş Kendisi Göremiyor Olmalıdır

Temsil kayyımı atanabilmesi için kayyımlık altına alınması istenilen kişinin işinin bizzat **kendisi tarafından** yapılmıyor olması gereklidir.

Temsil kayyımı atanması davasını inceleyen vesayet makamı dava sırasında o kişinin çıkageldiğini belirlediği takdirde artık bu iş kendisi tarafından yapılabilecek ise istemi reddetmelidir.

b. Temsilci Atanamıyor Olmalıdır

Temsil kayyımı atanabilmesi için kayyımlık altına alınması istenilen kişinin temsilci dahi atayamayacak durumda olması gereklidir. Şayet temsilci atanabilmesi için bir engel yoksa temsil kayyımı atanamaz.

Başka bir anlatımla örneğin bir avukata vekâlet vermesi mümkün olan kişinin işinin temsil kayyımı ile gördürülmesi düşünülemez.

B- YASAL TEMSİLCİYLE MENFAAT ÇATIŞMASI BULUNMASI (=TMK. m. 426 b. 2)

Vesayet makamı yasal temsilciyle **menfaat çatışması** bulunması hâlinde ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.¹⁴

Menfaat çatışmasını çatışmanın **taraflarına** ve **şekline** göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

1- Menfaat Çatışmasının Tarafları

Temsil kayyımı atanmasına konu menfaat çatışmasının tarafları temsil olunan ile onun yasal temsilcileridir.

a. Yasal Temsilciler

Temsil kayyımlığı altına alınması istenilen kişinin aşağıdaki kişiler ile menfaat çatışması varsa kendisine temsil kayyımı atanır;

- Velinin menfaati ile çatışma (=TMK. m. 336-337)
- Vasinin menfaati ile çatışma (=TMK. m. 403 f. I)
- Yasal danışmanın menfaati ile çatışma (=TMK. m. 429)
- Yönetim kayyımının menfaati ile çatışma (=TMK. m. 427)
- Geçici temsilcinin menfaati ile çatışma (=TMK. m. 420)

aa. Velinin Menfaati İle Çatışma (=TMK. m. 336-337)

Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanır-

¹⁴ TMK. m. 426 b. 2.

lar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümlü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.¹⁵ Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.¹⁶

Bir işte yasal temsilci olan **velinin** menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.¹⁷

bb. Vasinin Menfaati İle Çatışma (=TMK. m. 403 f. I)

Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür.¹⁸

Yasal temsilci olan **vasinin** menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati bir işte çatışıyorsa vesayet makamı ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.¹⁹

cc. Yasal Danışmanın Menfaati İle Çatışma (=TMK. m. 429)

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması

¹⁵ TMK m. 336.

¹⁶ TMK m. 337.

¹⁷ TMK m. 426 b. 2.

¹⁸ TMK. m. 403 f. I.

¹⁹ TMK m. 426 b. 2.

bakımından fiil ehliyetinin **belirli konularda** sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye bir yasal danışman atanır. Ergin bir kişinin belirli konularda fiil ehliyetinin sınırlanması²⁰ suretiyle atanan yasal danışmana **oy danışmanı**²¹ denilir.

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir. Atanan bu danışman **yönetim danışmanı** olarak adlandırılmaktadır.

Yetkili vesayet makamı gerek gördüğü takdirde **oy danışmanının**²² yetkileri ile birlikte **yönetim danışmanının**²³ yetkilerini aynı yasal danışmana verebilir. Yasal danışman hem oy danışmanı hem de yönetim danışmanı olarak atanmışsa kendisine **karma danışman** denilir.²⁴

Bir işte yasal temsilci olan **yasal danışmanın** menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.²⁵

dd. Yönetim Kayyımının Menfaati İle Çatışma (=TMK. m. 427)

Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse, vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla

²⁰ Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber

²¹ Öğretide oy danışmanı yerine katılma danışmanı, oy müşaviri, reye iştirak müşaviri, oya iştirak müşaviri terimlerini kullananlar da vardır. Biz yayımlanan eserlerimizde şimdye kadar **oy danışmanı** terimini tercih ettik.

²² TMK m. 429 f. I.

²³ TMK m. 429 f. II.

²⁴ Öğretide karma danışman yerine **tam danışman** terimi de kullanılmaktadır.

²⁵ TMK m. 426 b. 2.

beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa, bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılırsa, bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa **kanun gereği yönetim kayyımı**²⁶ atanabilir.

Bir işte yasal temsilci olan **yönetim kayyımının** menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.²⁷

ee. Geçici Temsilcinin Menfaati İle Çatışma (=TMK. m. 420)

Vesayet işleri **zorunlu kıldığı takdirde** vesayet makamı, **vasinin atanmasından önce** de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir **temsilci** atayabilir.²⁸

Vesayet makamı, ancak vasilik görevi yapabilecek yetenekte olan herhangi bir ergini **geçici temsilci** olarak atayabilir.

Atanan **geçici temsilci** kural olarak bir vasinin yetkilerine sahip olup bir vasinin yapması gerekli işleri de yapmakla görevlidir. Geçici temsilci gerek kişisel gerekse akçalı olarak koruma görevini yerini getirir.

²⁶ TMK m. 427.

²⁷ TMK m. 426 b. 2.

²⁸ TMK m. 420 f. I.

Bir işte yasal temsilci olan **geçici temsilcinin** menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa vesayet makamı ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.²⁹

b. Temsil Edilenler

TMK m. 426 b. 2 hükmüne göre bir işte yasal temsilcinin menfaati ile **küçüğün** veya **kısıtlının** menfaati çatışıyorsa vesayet makamı, ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.

Görüldüğü üzere yasal temsilci ile küçüğün menfaati çatışabileceği gibi kısıtlının da menfaati çatışabilir. Temsil kayyımı atanmasında bağlamında küçük ile kısıtlı arasında bir fark bulunmamaktadır.

Temsil yoluyla takip edilmesi mümkün bulunmayan işlemler için temsil kayyımı atanamaz.

aa. Küçüğün Menfaati İle Çatışma

Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile **küçüğün** menfaati çatışıyorsa vesayet makamı, ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.

Küçüğün menfaati ile yasal temsilcinin menfaati arasında salt **soyut bir tehlike olasılığının** varlığı temsil kayyımı atanması için yeterlidir.³⁰

²⁹ TMK m. 426 b. 2.

³⁰ GÜMÜŞ, s. 46.

bb. Kısıtlının Menfaati İle Çatışma

Bir işte **kısıtlının** menfaati ile yasal temsilcinin menfaati çatışıyorsa vesayet makamı, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımını atar.

2- Menfaat Çatışmasının Şekli

Yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati bir işte **doğrudan doğruya** çatışabileceği gibi **dolaylı** olarak da çatışabilir.

a. Doğrudan Doğruya Menfaat Çatışması

Yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati bir işte **doğrudan doğruya** çatışabilir. Örneğin bir mirasın paylaşımında doğrudan doğruya çatışma söz konusudur.

b. Dolaylı Menfaat Çatışması

Yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati bir işte **dolaylı** olarak da çatışabilir.

Örneğin yasal temsilcinin diğer çocuğu ile kısıtlı arasında yapılacak işlemlerde dolaylı menfaat çatışması vardır.

C- YASAL TEMSİLCİNİN GÖREVİNİ YERİNE GETİRMEDE ENGEL BULUNMASI (=TMK. m. 426 b. 3)

Vesayet makamı yasal temsilcinin görevini yerine getirmede **engel bulunması** hâlinde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kay-

yımı atar.³¹

Benzer düzenlemeye göre vesayet makamı ergin kişinin ivedi işi-
ni görmesinde engel bulunması hâlinde de ilgisinin isteği üzerine veya
re'sen temsil kayyımı atar.³²

1- Fiziki Engel

Yasal temsilcinin görevini yerine getirmede fiziki engel bulun-
ması hâlinde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen vesayet makamı tara-
fından bir temsil kayyımı atanır.

Yasal temsilcinin görevini yerine getirmedeki en önemli fiziki
engeli onun hastalanmasıdır. Örneğin yasal temsilci geçirdiği ağır bir
ameliyat sonrasında geçici olarak görevini yerine getiremez duruma
düşmüş olabilir.

2- Fiziki Olmayan Engel

Yasal temsilcinin görevini yerine getirmede fiziki olmayan engel
bulunması hâlinde de ilgisinin isteği üzerine veya re'sen vesayet ma-
kamı tarafından bir temsil kayyımı atanır.

ÖZTAN, veli hakkında velayetin kaldırılması davası açılmış ol-
masını engel olarak kabul etmektedir.³³

³¹ TMK. m. 426 b. 3.

³² TMK. m. 426 b. 1.

³³ ÖZTAN, s. 662.

D- KANUNDA GÖSTERİLEN DİĞER HÂLLERİN BULUNMASI (=TMK. m. 426)

Vesayet makamı kanunda gösterilen **diğer hâllerin bulunması** hâlinde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar.³⁴

TMK m. 426 hükmüne göre vesayet makamı tarafından madde içerisinde yazılı olan veya **kanunda gösterilen diğer hâllerde** ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atanacağı açıklanmıştır.

Kanunda gösterilen diğer hâllere aşağıdaki örnekleri verebiliriz:

- Soybağının reddi davası açmak (=TMK. m. 291 f. II)

- Babalık davası açmak (=TMK. m. 301 f. II)

- Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için nafaka davası açmak (=TMK. m. 329 f. II)

- Çocuğun borç altına girebilmesi işlemine katılmak (=TMK. m. 345)

- Paylaşmaya katılmak (=TMK. m. 648)

- Alacaklının temsili (=TMK. m. 880)

- Diğer hâllerde

Şimdi kanunda gösterilen diğer hâllere ilişkin olmak üzere Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

³⁴ TMK. m. 426.

1- Soybağının Reddi Davası Açmak (=TMK. m. 291 f. II)

Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.

Ergin olmayan çocuğa **atanacak kayyım**, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açar.³⁵

2- Babalık Davası Açmak (=TMK. m. 301 f. II)

Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır.

Babalık davası **kayyım tarafından açılmışsa** anaya ihbar edilir.³⁶

3- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Küçük İçin Nafaka Davası Açmak (=TMK. m. 329 f. II)

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hâllerde nafaka davası, **atanacak kayyım** tarafından da açılabilir.³⁷

³⁵ TMK m. 291 f. II.

³⁶ TMK. m. 301 f. II.

³⁷ TMK. m. 329 f. II.

4- Çocuğun Borç Altına Girebilmesi İşlemine Katılmak (=TMK. m. 345)

TMK. m. 345 hükmüyle çocuk ile ana ve baba arasındaki hukukî işlemler düzenleme konusu yapılmıştır.

Çocuk ile **ana veya baba** arasında ya da ana ve babanın yararına olarak çocuk ile **üçüncü kişi** arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi;

- Bir kayyımın³⁸ katılmasına ve

- Aile mahkemesinin³⁹ **onayına** bağlıdır.

5- Paylaşmaya Katılmak (=TMK. m. 648)

Miras payını devir alan kişi kişisel bir hak elde eder.

Açılmış mirasta;

- Bir mirasçının payını **devralmış**,

- Bir mirasçının payını **haczettirmiş**,

- Elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen **aciz belgesi** bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir **kayyım** atanmasını isteyebilir.

Bilindiği üzere mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı elle-

³⁸ TMK. m. 426 b. 2.

³⁹ Yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi.

rinde ödemedi **aciz belgesi** bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler.

Mirasçılıktan çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda da alacaklılar, aynı koşullarla **tenkis davası** açabilirler.

6- Alacaklının Temsili (=TMK. m. 880)

Acele karar alınması gereken durumlarda kanun gereği şahsen hareket etmesi gereken alacaklının;

- Adı bilinmiyorsa,

- Nerede olduğu bilinmiyorsa kendisine bir **kayım**⁴⁰ atanır.

Bunun için **borçlunun** veya **diğer bir ilgilinin** istemi bulunmalıdır. Kayıym ataması rehinli taşınmazın bulunduğu yer sulh hâkimi tarafından yapılır.

7- Diğer Hâllerde

TMK m. 426 hükmüne göre vesayet makamı tarafından madde içerisinde yazılı olan veya **kanunda gösterilen diğer hâllerde de** ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayıymı atanacağı açıklanmıştır.

⁴⁰ TMK. m. 426-427 hükmüne göre.

II. YÖNETİM KAYYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER (=TMK. m. 427-428)

Vesayet hukukunun belirlilik ilkesine göre **yönetim kayyımını gerektiren hâlleri** aşağıdaki ayrılmaya göre inceleyeceğiz.

- Kanun gereği yönetim kayyımını gerektiren hâller (=TMK. m. 427)

- İsteğe bağlı yönetim kayyımını gerektiren hâller (=TMK. m. 428)

A- KANUN GEREĞİ YÖNETİM KAYYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER (=TMK. m. 427)

Bilindiği üzere vesayet hukukunun **belirlilik ilkesine** göre kayyımlik temsil kayyımılığı (=TMK. m. 426), yönetim kayyımılığı (=TMK. m. 427-428) ve karma kayyımlıktan (=TMK. m. 426-428) oluşmaktadır.

Yönetim kayyımılığı ise 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda; kanun gereği yönetim kayyımılığı (=TMK. m. 427) ve isteğe bağlı yönetim kayyımılığı (=TMK. m. 428) olmak üzere iki tür olarak düzenlenmiştir.

Yönetimi **kimseye ait olmayan** mallar için vesayet makamı gereken önlemleri alır. Vesayet makamı, özellikle aşağıdaki hâllerde bir **kanun gereği yönetim kayyımı** atar:

- Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse,

- Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa,

- Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılırsa,

- Bir tüzel kişi⁴¹ gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa,

- Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan⁴² para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa.

Bu bölümde **kanun gereği yönetim kayyımlığını** gerektiren hâllere ilişkin olmak üzere Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

1- Yeri Bilinmesinde Yetersizlik

Uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemez olan bir kimsenin malvarlığı yönetimsiz kalmışsa vesayet makamı tarafından yeri bilinmesinde yetersizlik olan bu kişinin malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

Yönetimsiz kalan malvarlığında Hazinesinin hak ve menfaatinin bulunup bulunmamasına göre yönetim kayyımı atanması konusunu ayrı ayrı değerlendireceğiz.

⁴¹ Buna göre herhangi bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmışsa ve yönetimi başka bir yasal yolla sağlanamıyorsa yönetim kayyımı tayin edilebilecektir.

⁴² Bu konuda 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu mevcut olup, özel hükümler içermektedir.

a. Malvarlığında Hazinenin Hak ve Menfaati Yoksa (=TMK. m. 427 b. 1)

Uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemez olan bir kimsenin malvarlığında Hazinenin hak ve menfaati bulunmayıp yönetimsiz de kalmışsa vesayet makamı tarafından yeri bilinmesinde yetersizlik olan bu kişinin malvarlığının yönetimi için TMK. m. 427 b. 1 hükmüne göre **yönetim kayyımı** atanır.

TMK. m. 427 b. 1 hükmüne göre yönetim kayyımı atanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gereklidir;

- Bir kimse uzun süreden beri bulunamıyor olmalıdır,
- Bir kimsenin oturduğu yer bilinmiyor olmalıdır,
- Malvarlığı yönetimsiz kalmış olmalıdır,
- Hak sahibi kişinin temsilcisi bulunmamalıdır.

aa. Bir Kimse Uzun Süreden Beri Bulunamıyor Olmalıdır

Malvarlığının yönetimsizliği sebebiyle TMK. m. 427 b. 1 hükmüne göre yönetim kayyımı atanabilmesi için hak sahibi kimsenin uzun süreden beri **bulunamıyor olması**⁴³ gerekmektedir.

Bu bağlamda hak sahibi kimsenin nerede olduğu bilindiği halde bulunamıyor olması da yönetim kayyımı atanması için yeterlidir.

⁴³ Ortada olmaması.

bb. Bir Kimsenin Oturduğu Yer Bilinmiyor Olmalıdır

Malvarlığının yönetimsizliği sebebiyle TMK. m. 427 b. 1 hükmüne göre yönetim kayyımı atanabilmesi için hak sahibi kimsenin oturduğu yerin⁴⁴ bilinmiyor olması da gerekmektedir.

cc. Malvarlığı Yönetimsiz Kalmış Olmalıdır

Uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemez olan bir kimsenin malvarlığında bir yönetim sorunu yoksa vesayet makamı tarafından yönetim kayyımı atanmasına gerek bulunmamaktadır.

dd. Hak Sahibi Kişinin Temsilcisi Bulunmamalıdır

Oturduğu yer de bilinemez olan ve uzun süreden beri bulunamaz olan hak sahibi kimse malvarlığı için daha önce bir temsilci atamışsa yönetim kayyımı atanamaz.⁴⁵

Aynı şekilde hak sahibi olan küçük ya da kısıtlıların yasal temsilcileri bulunduğu için uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemez olsa bile malvarlığının yasal temsilcileri tarafından yönetimi olanaklı olduğundan yönetim kayyımı atanmasına gerek bulunmamaktadır.⁴⁶

b. Malvarlığında Hazinesinin Hak ve Menfaati Varsa (3561 Sayılı Kanun)**Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair 3561 sayılı**

⁴⁴ Bu bağlamda hak sahibi kişinin sadece oturduğu ülkenin bilinmesi yönetim kayyımı atanmasını engellemez.

⁴⁵ ÖZTAN, s. 663.

⁴⁶ GÜMÜŞ, s. 73.

Kanun⁴⁷ yönetim kayyımlılığı konusunda özel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

Bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması veya oturduğu yerin bilinmemesi veya ortada bulunmayan ve miras açıldığında sağ olup olmadığı ispatlanamayan mirasçının payının resmen yönetilmesi amacıyla kayyım atanmasının gerektiği hallerde, vesayet makamı; bu kimselerin malları üzerinde **Hazinenin hak ve menfaati** bulunup bulunmadığını, mahallin en büyük mal memurluğundan araştırır.⁴⁸

Hazinenin hak ve menfaatinin söz konusu olduğunun anlaşılması hâlinde vesayet makamı tarafından mahallin en büyük mal memuru **yönetim kayyımı** tayin edilir.

aa. Koşulları

Vesayet makamı tarafından mahallin en büyük mal memurunun yönetim kayyımı olarak tayin edebilmesi için **belirli koşulların** gerçekleşmesi gerekmektedir.

aaa. Yönetimden Yoksun Malvarlığı Bulunmalıdır

Vesayet makamı tarafından mahallin en büyük mal memurunun yönetim kayyımı olarak tayin edilebilmesi için öncelikle **yönetim yetersizliği** bulunan bir malvarlığı bulunmalıdır.

Yönetim yetersizliğinin aşağıdaki hallerde gerçekleştiği kabul

⁴⁷ Bu Kanunun amacı, bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması veya oturduğu yerin bilinmemesi nedeniyle malvarlıkları üzerinde Hazine menfaatinin korunmasını sağlamak üzere; mahallin en büyük mal memurunun kayyım olarak atanması, yetkileri, yetki devri, kayyımlik mallarının yönetimi ve giderleri, kayyım ve görevli personele ödenecek ücretler ile diğer hususlara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

⁴⁸ 3561 SK m. 1.

edilir;

- Bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması,
- Bir kimsenin oturduğu yerin bilinmemesi,
- Bir kimsenin ortada bulunmaması,
- Miras açıldığında sağ olup olmadığı ispatlanamayan mirasçının bulunması.

bbb. Hazinenin Hak ve Menfaati Bulunmalıdır

Vesayet makamı tarafından bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması veya oturduğu yerin bilinmemesi veya ortada bulunmayan ve miras açıldığında sağ olup olmadığı ispatlanamayan mirasçının payının resmen yönetilmesi amacıyla kayyım atanmasının gerektiği hallerde **öncelikle** bu kimselerin malları üzerinde Hazinenin **hak ve menfaati** bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

Bilindiği üzere mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.⁴⁹ Hazinenin hak ve menfaatinden söz edilebilmesi için yönetim kayyımlığı altına alınmak istenen kişinin mirasçı bırakmaksızın ölmesi gereklidir. Diğer bir deyişle mirasçısı bulunan⁵⁰ kişinin malvarlığı için Hazinenin hak ve menfaatinden söz edilemez.

İradi ya da yasal mirasçısı bulunmayan hak sahibi kişinin gaiplik kararı alınmasını gerektiren şartlarda kayıp olduğu hallerde de Hazine-

⁴⁹ TMK m. 501.

⁵⁰ Bu mirasçıların nerede olduğunun bilinmemesi sonuca etkili değildir.

nin hak ve menfaati vardır.

ccc. En Büyük Mal Memuru Atanmalıdır

Vesayet makamı tarafından Hazinesinin hak ve menfaatinin bulunduğu anlaşılırsa mahallin en büyük mal memuru yönetim kayyımı tayin edilir.

En büyük mal memuru illerde Defterdar, ilçelerde ise Malmüdüdür.

aaaa. Yerine Vekâlet Eden veya Atanan Kimse O Makama Tayin Edilmiş Sayılır

Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair 3561 sayılı Kanunun m. 2 hükmünde değişiklik yapılmadan önce en büyük mal memurunun yıllık izin, mazeret izni, sağlık izni gibi nedenlerle görevinden ayrılması durumunda bu ayrılışların her biri için vesayet makamının **yeniden atama** yapılması gerekmektedir.

5793 sayılı Kanunun m. 22 hükmü ile 24.7.2008 tarihinde yapılan değişiklik ile artık mallar üzerindeki yönetim görevi sona erinceye kadar, yönetim kayyımı tayin edilen en büyük mal memuru yerine **vekâlet eden** veya **atanan kimse** de bir karara gerek kalmadan o makama tayin edilmiş sayılmaktadır⁵¹

Yapılan bu yerinde değişiklik ile en büyük mal memurunun bir defa atanmasıyla birlikte, o mallarla ilgili işlemlerin sonucuna kadar yeni bir atamanın ve gereksiz işlemler yapılmasının önüne geçilmiş

⁵¹ 3561 SK m. 2 f. II.

olmaktadır.

bbbb. Yetki ve Görevlerin Bir Bölümünü Astlarına Devredebilir

Mal memuru kayyımlık yetki ve görevlerinin bir bölümünü, sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla, astlarına devredebilir. Yetki devri, yetki devreden kayyımın sorumluluğunu kaldırmaz.

cccc. Hazine Avukatı Tarafından Temsil Olunur

Kayyım tayin edilen mal memuru, Hazine avukatı bulunan yerlerdeki dava ve icra işlerinde vereceği yetki belgesi ile Hazine avukatı tarafından temsil olunur.

bb. Yargılama Usulü

Vesayet makamı tarafından mahallin en büyük mal memurunun yönetim kayyımı olarak tayin edebilmesi için açılan davaya ilişkin yargılama usulü hakkında bu bölümde bilgi vereceğiz.

aaa. Görevli Mahkeme

Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair 3561 sayılı Kanun hükümlerine göre yönetim kayyımı atanması konusunda **vesayet makamı** görevlidir. Bilindiği üzere vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesidir.⁵²

⁵² TMK m. 397 f. II.

bbb. Yetkili Mahkeme

Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair 3561 sayılı Kanun hükümlerine göre yönetim kayyımı atanması konusunda yetkili mahkeme **malvarlığının bulunduğu yer mahkemesidir.**

ccc. Taraflar

Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair 3561 sayılı Kanun hükümlerine göre yönetim kayyımı atanması konusunda açılan davanın tarafları davacı ve davalı olarak ayrı ayrı incelenmelidir.

aaaa. Davacı

3561 sayılı Kanun hükümlerine göre yönetim kayyımı atanması davası mal memurluğu tarafından açılmaktadır.

En büyük mal memuru illerde Defterdar, ilçelerde ise Malmüdüdür.

bbbb. Davalı

3561 sayılı Kanun hükümlerine göre yönetim kayyımı atanması Hazinesinin hak ve menfaatinin bulunması halinde istenebileceğinden ve Hazinesinin hak ve menfaatinden söz edilebilmesi için yönetim kayyım-lığı altına alınmak istenen kişinin mirasçı bırakmaksızın ölmesi gerek-tiğinden dava **hasımsız olarak** açılır.

ddd. Yargılama Gideri

Kayyımlıkla ilgili işlemler, her türlü vergi, resim, harç, katkı payı gibi **mali yükümlülüklerden** müstesnadır.

Kayım tayin edilen mal memuru, Hazine avukatı bulunan yerlerdeki dava ve icra işlerinde vereceği yetki belgesi ile Hazine avukatı tarafından temsil olunur. Hazine avukatlarının bu sebeple bakacakları dava ve icra takipleri nedeniyle lehlerine hükmolunup tahsil edilen vekalet ücretleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun m. 146 hükmündeki sınırın iki katını geçmemek üzere ayrıca kendilerine ödenir.

Taşınır ve taşınmazlarla hakların yönetim gelirlerinin yüzde 35'i; para, hisse senedi, tahvil ve benzeri menkul varlıkların yönetim gelirlerinin ise yüzde 5'i oranında yönetim gideri kesilerek kayyım tarafından bir bankada açılacak hesaba yatırılır.

Banka hesabında toplanan paralar; kayyım ve yetki devrettiği görevliler, davalara katılacak Hazine avukatları, ihtiyaç hâlinde kurulacak kayyımlık bürosu görevlileri ile bu konuda görevlendirilenlere verilecek **ücret ödemeleri** ve kayyımlık bürosunun **diğer giderleri** için kullanılır.

Mal memurlarının kayyımlıkla ilgili görev ve yetkileri, ödenecek ücretler, kayyımlık mallarının yönetimi ile diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir.

2- Malvarlığını Yönetmede Yetersizlik (=TMK. m. 427 b. 2)

Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa bu kişinin malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

Malvarlığını yönetmedeki yetersizlik sebebiyle yönetim kayyımı atanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gereklidir;

- Vesayet altına alınmak için yeterli bir sebep bulunmamalıdır,

- Malvarlığını kendi başına yönetme gücünden yoksun olunmalıdır,

- Malvarlığını kendi başına yönetme için temsilci atamak gücünden yoksun olunmalıdır.

a. Vesayet Altına Alınmak İçin Yeterli Bir Sebep Bulunmamalıdır

Vesayet altına alınmak için yeterli bir sebep varsa yönetim kayyımı yerine vasi atanması gerekir. Vasi tarafından sadece akçalı değil kişisel koruma da gerçekleştirileceğinden vesayet altına alınmak için yeterli bir sebebin olduğu hallerde yönetim kayyımının yetersiz kalacağı bellidir.

b. Malvarlığını Kendi Başına Yönetme Gücünden Yoksun Olunmalıdır

Malvarlığını **kendi başına** yönetmek gücünden yoksun olan kişiye malvarlığının yönetimi için yönetim kayyımı atanabilir. Malvarlığının kendi başına yönetilmesine engel olan sebebin vesayet altına alınmak için yeterli bir sebep oluşturmaması gerekir.

Bilindiği üzere malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının

güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır.⁵³

c. Malvarlığını Kendi Başına Yönetme İçin Temsilci Atamak Gücünden Yoksun Olunmalıdır

Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetemediği gibi bunun için **temsilci atamak** gücünden de yoksunsa bu kişinin malvarlığının yönetimi için yönetim kayyımı atanır.

Malvarlığını kendi başına yönetemeyen kişi eğer bir vekil atayabilecek durumda ise yönetim kayyımı atanmasına gerek yoktur.

3- Mirasçılık Hakkında Belirsizlik Ve Ceninin Menfaati (=TMK. m. 427 b. 3)

Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılırsa malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

a. Terekede Mirasçılık Hakları Henüz Belli Olmamalıdır

Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

Buna karşılık mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbiri mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamazsa veya bir mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olursa ya da mirasçılarının tamamı bilinmiyorsa sulh

⁵³ TMK m. 406.

hâkimi re'sen mirasın resmen yönetilmesine⁵⁴ karar verir.⁵⁵

b. Ceninin Menfaatleri Gerekli Kılmalıdır

Kişilik, çocuğun sağ olarak **tamamıyla doğduğu anda** başlar ve ölümle sona erer.⁵⁶ Buna karşılık çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, **ana rahmine düştüğü andan** başlayarak elde eder.⁵⁷

Cenin⁵⁸ Türk Dil Kurumu sözlüğünde embriyonun **bütün organları belirdikten sonra**⁵⁹ aldığı ad olarak tanımlanmaktadır.⁶⁰

Bir ceninin menfaatleri gerekli kılsa malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

4- Tüzel Kişinin Yönetiminde Yetersizlik (=TMK. m. 427 b. 4)

Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

a. Tüzel Kişi Gerekli Organlardan Yoksun Kalmalıdır

Herhangi bir tüzel kişiye yönetim kayyımı atanabilmesi için ön-

⁵⁴ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, Kısaltma: GENÇCAN-Miras.

⁵⁵ TMK m. 592 b. 2-3.

⁵⁶ TMK m. 28 f. I.

⁵⁷ TMK m. 28 f. II.

⁵⁸ Dölüt.

⁵⁹ Neredeyse yarı insan!

⁶⁰ TDK Türkçe Sözlük, Ankara-2005, s. 566.

celikle o tüzel kişinin **gerekli organlardan** yoksun kalması gerekir.

Gerekli organ kural olarak yönetim organıdır.

b. Tüzel Kişinin Yönetimi Başka Yoldan Sağlanamamalıdır

Herhangi bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış olsa bile yönetiminin başka bir yasal yolla sağlanıp sağlanamayacağı araştırılmalıdır.

Eğer tüzel kişinin yönetimi başka yoldan sağlanabiliyorsa yönetim kayyımı istemi reddedilmelidir.

5- Toplanan Yardımın Yönetiminde Yetersizlik (=TMK. m. 427 b. 5)

Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan⁶¹ para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa malvarlığının yönetimi için **yönetim kayyımı** atanır.

Yardım yönetimindeki yetersizlik sebebiyle yönetim kayyımı atanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gereklidir;

- Yardım amacı güden başka bir iş bulunmalıdır,
- Toplanan yardım bulunmalıdır,
- Yardımı yönetmede yetersizlik oluşmalıdır.

Şimdi toplanan yardımın yönetiminde yetersizlik sebebiyle yönetim kayyımı atanması konusuna ilişkin olmak üzere ayrıntılı açıklama-

⁶¹ Bu konuda 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu mevcut olup, özel hükümler içermektedir.

larda bulunacağım.

a. Yardım Amacı Güden Bir İş Bulunmalıdır

Toplanan yardımın yönetiminde yetersizlik sebebiyle yönetim kayyımı atanabilmesi için bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş bulunmalıdır.

aa. Hayır İşi Bulunmalıdır

Bir hayır işi için toplanan yardımın yönetiminde yetersizlik sebebiyle yönetim kayyımı atanabilir. O halde öncelikle hayır işi kavramına açıklık getirmek gerekir.

Bir işin hayır⁶² işi kabul edilebilmesi için yardımın iyilik için ve karşılık beklemeden yapılması gerekir. Hayır işi bir kişiye, bir meslek grubuna, bir ilçeye, bir üniversiteye de yapılabilir.

Hayır işinin mutlaka kamusal nitelikli olmasında bir zorunluluk yoktur. Hayır işi bir kişinin kalp ameliyatının yapılmasından tutun da üniversite eğitiminin karşılanmasına yönelik de olabilir. Örneğin bir şehidin çocuğuna ev almak da hayır işlerindedir.

bb. Genel Yarar Amacı Güden Bir İş Bulunmalıdır

Genel yarar amacı güden başka bir iş için de halktan yardım toplanabilir. Toplanan yardımın yönetiminde yetersizlik varsa yönetim kayyımı atanabilir.

⁶² TDK, Türkçe Sözlük, s. 867.

b. Toplanan Yardım Bulunmalıdır

Yönetimdeki yetersizliğin toplanan yardımlara yönelik bulunması gerekmektedir. Bu sebeple toplanan yardımın konusu ve şekli hakkında da açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

aa. Yardım Konusu Olabilecek Her Şey Toplanabilir

Toplanan yardımın konusu **her şey** olabilir. Yeter ki kullanılacağı yere bakıldığında o şeyin yardımın amacı kişiler açısından bir **iyilik** oluşturduğu anlaşılsın.

Toplanan yardımın **konusuna** aşağıdaki örnekler verilebilir;

- Köy okullarına vermek için kitap toplama,
- Deprem bölgesindekiler için çadır toplama,
- Anaokulu çocukları için süt toplama,
- Huzurevinde kalanlar için televizyon toplama,
- Muhtaç öğrenciler için giyecek toplama,
- Gazilerin çocuklarının eğitimi için para toplama,
- Amatör sporcular için spor malzemesi toplama,
- Camiler için halı toplama vb.

bb. Yardım Halktan Toplanmalıdır

Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için para

ve sair yardımın **halktan toplanması** gerekmektedir.

Bu sebeple örneğin bir derneğin **kendi üyelerinden** para toplaması durumunda dernek üyelerinden toplanan paraların yönetimi için yönetim kayyımı atanamaz.

cc. Yardım Her Şekilde Toplanabilir

Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için para ve sair yardımın halktan toplanması konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır.

Halktan para toplama;

- Sokak sokak dolaşarak toplanabilir,
- Banka hesap numarası verilerek toplanabilir,
- İnternet aracılığı ile toplanabilir,
- Cep telefonu mesajlarıyla (SMS yolu ile) toplanabilir,
- Festival, konser, dinleti, kermes, yarışma, şenlik ile toplanabilir.

c. Yardımı Yönetmede Yetersizlik Oluşmalıdır

Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı **yönetmede yetersizlik** oluşmuşsa malvarlığının yönetimi için yönetim kayyımı atanır.

aa. Yardımı Yönetme Yolu Sağlanamamış Olmalıdır

Halktan bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş

için toplanan para ve sair yardımı **yönetme yolu sağlanamamışsa** yönetmede yetersizlik oluşmuş kabul edilerek malvarlığının yönetimi için yönetim kayyımı atanır.

Yardımlı yönetme yolunun sağlanamamasına aşağıdaki örnekler verilebilir;

- Yardımın ekonomik yönden sakıncalı yerlere yatırılması,
- Yardımın güvenceden yoksun şekilde bulundurulması,
- Yardımın değerlendirilmesinde tecrübesiz davranışlar sergilenmesi vb.

bb. Yardımı Harcama Yolu Sağlanamamış Olmalıdır

Halktan bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için toplanan para ve sair yardımı **harcama yolu sağlanamamışsa** yönetmede yetersizlik oluşmuş kabul edilerek malvarlığının yönetimi için yönetim kayyımı atanır.

Yardımlı harcama yolunun sağlanamamasına aşağıdaki örnekler verilebilir;

- Yardımın amacı sağlayacak şekilde değerlendirilmemesi,
- Yardımın amaca uygun şekilde harcanmıyor oluşu.

6- Diğer Hâllerde

Vesayet makamı yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gere-

ken önlemleri alır. Vesayet makamı, özellikle kanunda yazılı hâllerde⁶³ bir **yönetim kayyımı** atar:

Bilindiği üzere TMK m. 427 hükmünde açıklanan hâller sınırlı şekilde sayılmadığından vesayet makamı gerek gördüğü **diğer hâllerde** de bir yönetim kayyımı atar.

B- İSTEĞE BAĞLI YÖNETİM KAYYIMLIĞINI GEREKTİREN HÂLLER (=TMK. m. 428)

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yönetim kayyımlığı; kanun gereği yönetim kayyımlığı (=TMK. m. 427) ve isteğe bağlı yönetim kayyımlığı (=TMK. m. 428) olmak üzere iki tür olarak düzenlenmiştir.

Bu bölümde **isteğe bağlı yönetim kayyımlığını** gerektiren hâllere ilişkin olmak üzere Yargıtay'da yaptığımız uygulamaya örnekler de vermek suretiyle ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

İsteğe bağlı yönetim kayyımı atanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gereklidir;

- Ergin bir kişi bulunmalıdır,
- İsteğe bağlı kısıtlama sebepleri bulunmalıdır,
- İstek bulunmalıdır.

⁶³ TMK m. 427.

1- Ergin Bir Kişi Bulunmalıdır

İsteğe bağlı yönetim kayyımı atanmasının TMK. M. 428 hükmüne göre sadece ergin kişiler isteyebilir. Ergin olmayan kişilerin isteğe bağlı yönetim kayyımı istemesine olanak yoktur.

Hak sahibi olan küçük ya da kısıtlıların malvarlığının yasal temsilcileri tarafından yönetimi olanaklı olduğundan⁶⁴ ayrıca yönetim kayyımı atanmasına gerek bulunmamaktadır.

2- İsteğe Bağlı Kısıtlama Sebepleri Bulunmalıdır

TMK. m. 408 hükmüne göre yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin **kısıtlanmasını** isteyebilir.

TMK. m. 428 hükmüne göre isteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden⁶⁵ biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine bir kayyım atanabilir.

O halde işlerini gerektiği gibi yönetemeyen ergin kişiye **kendi isteği üzerine** aşağıdaki sebeplerle vesayet makamı tarafından bir isteğe bağlı yönetim kayyımı atanabilir;

- Yaşlılık,

- Sakatlık,

- Deneyimsizlik,

⁶⁴ Diğer bir deyişle yönetimsizlik unsuru gerçekleşmediğinden.

⁶⁵ TMK m. 408.

- Ağır hastalık.

İsteğe bağlı yönetim kayyımı sadece **akçalı koruma** gerektiren hallerde atanabilir. İlgilisi dava dilekçesinde akçalı koruma yanında **kişisel korumayı** da istemekte ise vesayet makamı tarafından istemde bulunan ergin kişiye isteğe bağlı yönetim kayyımı değil de isteğe bağlı kısıtlanma kararı verilerek kural olarak vasi atanması gereklidir.

3- İstek Bulunmalıdır

TMK. m. 428 hükmüne göre isteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden⁶⁶ biri varsa, ergin bir kişiye **kendi isteği üzerine** bir kayyım atanabilir.

Vesayet makamı, ilgisinin isteği yoksa isteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden⁶⁷ birisine sahip ergin kişiye re'sen isteğe bağlı yönetim kayyımı atayamaz.

III. KARMA KAYYIMLIĞI GEREKTİREN HÂLLER (=TMK. m. 426-428)

Temsil kayyımlığını gerektiren hâller (=TMK. m. 426) ile **birlikte** Kanun gereği yönetim kayyımlığını gerektiren hâller (=TMK. m. 427) veya isteğe bağlı yönetim kayyımlığını gerektiren hâller (=TMK. m. 428) söz konusu ise yetkili vesayet makamı tarafından **karma kayyım** atanabilir.



⁶⁶ TMK m. 408.

⁶⁷ TMK m. 408.

KİŞİ GÜVENLİĞİ

Bülent SAVTOK (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, BİRİNCİ BÖLÜM, GENEL BİLGİLER, I. KİŞİ GÜVENLİĞİ VE İNSAN HAKLARI KAVRAMI, KAPSAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, II. İHAS'NE GÖRE KİŞİ GÜVENLİĞİ, A. Genel Olarak, B. Kişi Güvenliği, III. TÜRK ANAYASACILIK TARİHİNDE KİŞİ GÜVENLİĞİ, IV. ULUSLAR ARASI BELGELERDE HAPİS, İKİNCİ BÖLÜM, GÜVENLİK HAKKININ KAPSAMI, I. Gözaltına Alınan Kimsenin Derhal Bilgilendirilme Hakkı, A. Genel Olarak, B. Bilgilendirmenin Mahiyeti ve Şekli, C. Bilgilendirme Zamanı, D. Bilgilendirmenin Dili, II. Gözaltına Alınan veya Tutulan Kimselerin Derhal Bir Yargıç veya Hukuken Yargılama Yetkisine Sahip Diğer Bir Görevlinin Önüne Çıkarılma ve Makul Bir Sürede Yargılanma Süreken Salıverme Hakkı, A. Genel Olarak, B. Derhal Yargıç veya Yargılama Yetkisine Sahip Bir Görevli Önüne Çıkarılma, 1. Yargıç veya Yargılama Yetkisine Sahip Bir Görevli, 2. Derhal Yargıç Karşısına Çıkarılma, C. Makul Sürede Yargılanma, 1. Yargılama Süreken Salıverilme Hakkı, III. Tutulmanın Hukukilik Denetimi İçin Başvurma Hakkı, IV. Tazminat Hakkı, V. SONUÇ

(★) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

KİŞİ GÜVENLİĞİ

GİRİŞ

İnsanın insan olmasından kaynaklanan soyut, değişmez, vazgeçilmez ve dokunulmaz nitelikteki hakları konusunda kendini güvende hissetmesi, iktidar karşısında hukuksal güvenliğini sağlaması son derece önemli bir husustur. Bu öneminden ötürü, insan hakları alanında en temel haklardan olması nedeniyle, güvenlik hakkı, gerek ulusal anayasaların gerekse insan hakları belgelerinin esaslı hükümleri arasında yer almaktadır. Kişi güvenliği, 1982 Anayasasının 19., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 9. maddeleri ile tanınan ve güvence altına alınan bir haktır.

Çeşitli ulusal ve uluslararası hukuksal metinlerle güvence altına alınan hakların ihlâl edilmesinin önüne geçebilmek amacıyla bazı denetim mekanizmaları geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu belgelerden biri de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesidir. Bu sözleşmenin 5. maddesi kişi özgürlüğü ile birlikte güvenliğini de güvence altına almaktadır. Sözleşmede öngörülen organların içtihatları, hem mahkemelere hem soruşturma makamlarına hem de kolluk güçlerine, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere kendilerini güvende hissedebilmeleri için ne tür güvenceler sağlamaları gerektiği ve hangi durumların hak ihlâli anlamına geleceği hususunda ışık tutacaktır.

Çalışmamızda, kişi güvenliği kavramını 1982 Anayasası'nın 19. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi ile birlikte incelerken doktrindeki bakıştan daha ziyade İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bu hakka bakışını ve bunları yorumlayışını gösteren içtihatlarla değineceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. KİŞİ GÜVENLİĞİ VE İNSAN HAKLARI KAVRAMI, KAPSAMI, TARİHİ GELİŞİMİ

Doğal haklar arasında yer alan güvenlik, kişiyi keyfe göre cezalandırma ve tutuklamadan koruma anlamına gelir. Başka bir deyimle, güvenlik diye, bir kimsenin, suç işlemedikçe tutuklanamayacağını herhangi bir yöneticinin elinde oyuncak olmayacağını bilmesine, özgürlüğüne gereksiz yere el konulamayacağına gönülden inanmasına denir. Kişi güvenliğinin gerçekleşebilmesi için, keyfe göre yönetimin ortadan kalkması, hukuka dayanan bir yönetimin yerleşmesi gerekir¹. Yani, hukuk, kişi haklarının ve devletin müdahalesinin sınırını oluşturur. *Ferdi ferde karşı devlet koruyabilir. Ancak ferdi devlet karşısında yalnızca hukuk koruyabilir.* Güvenlik ile kişi dokunulmazlığı karıştırılmamalıdır. Her ikisi de ferdin klasik temel hak ve özgürlükleriyle ilgilidir. Fakat güvenlik ferdin devlete karşı korunması olup, Ceza Hukukunun yakalama ve tutuklama kurumlarıyla ilgilidir. Kişi dokunulmazlığı ise ferdin fertlere karşı korunmasını da ifade eder². İnsanın kişiliğine bağlı ve sosyal bir varlık olması dolayısıyla sahip olduğu soyut ve değişmez nitelikteki yetkiler demeti olarak tanımlanan insan hakları, tarihi ve felsefi açıdan doğal hukuk anlayışına dayalı doğal haklar kavramıyla paralel bir gelişme göstermiş ve insan hakları doğal haklar kav-

¹ AKIN, İhan, Genel Kamu Hukuku, 5. B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 1987, s. 321.

² AVCI, Mustafa, Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:6, s.208, 1993

ramıyla açıklanmaya çalışılmıştır³. Bu haklar arasında bulunan sanık haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili ilk hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli **Magna Carta Libertatum**'da (**Büyük Hürriyet Fermanı**) yer aldığı kabul edilmektedir⁴. Kral ve soylular arasında yetki ve sorumluluk ilişkilerini yeniden belirleyen ve soylulara çok önemli ayrıcalıklar sağlayan bu ferman feodal ayrıcalıklara sahip olan çok küçük bir azınlığı kapsamasına ve bir sistematığe sahip olmamasına rağmen insan haklarına ve bu arada sanığın haklarına ilişkin bazı düzenlemeler getiriyordu⁵. Bu belgenin 39. maddesine göre özgür bir kişi, bir yasa hükmü olmadan tutuklanamayacak veya hapsedilemeyecektir⁶. Bu haklar daha sonra 1628 tarihli **Petition of Rights**, 1679 tarihli **Habeas Corpus Act**, 1689 tarihli **Bill Of Rights** ve 1701 tarihli **Act. Of Settlement** ile teyit edilmiş ve sınırları gittikçe genişletilmiştir. Bu düzenlemelere göre kraliyet hâkimlerinin bakması gereken davalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak; özgür kişilerin mal ve can güvenliklerine bağlı buldukları mahkemelerin yasalara uygun bir kararı olmak-

³ Doğal Haklar Öğretisine göre, insan hakları, insanın doğuştan var olan hak ve özgürlükleridir; ancak kişi, toplum halinde yaşamak amacıyla, bu hak ve özgürlüklerini topluma devretmiş ve böylece belli yasal güvencelere sahip olmuştur. Bknz. TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002, s.28.

Tabii hukuk düşüncesi, bir yandan toplumun ve devletin kaynağını açıklarken "tabii hakların" dokunulmazlığını ilân etmiş, öte yandan "pozitif hukukun tabii hukuka aykırı olmayacağını" aksi halde "insanların direnme haklarının olduğunu" söylemiş, böylece "olan" ve "olması gerektiği" düşünülen iki hukuk arasında zorunlu bir bağlantı kurarak ayrıca kendine özgü bir "metot" olarak ortaya çıkmıştır. Bu düşüncede tabii hukuk, pozitif hukuka üstündür. Üstün olan bu hukuk herkesi bağlar, öyleyse herkes bu üstün hukuka uymak zorundadır. HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Türk Hukuk Düzeninde Hukukun Üstünlüğü Prensibi" *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2002-1, s.19.

⁴ AKAD, a.g.e., s.143.

⁵ AKAD, a.g.e., s.144-147.

⁶ KESKİN, Serap, *Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkında İlişkin Anayasal Değişiklikler İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sayı:1-2, yıl:2002, s.49

sızın dokunulamayacak, yani mahkeme kararı dışında tutuklama, hapis, sürgün, mal müsadereyi yapılamayacak, cezalar suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır⁷ . *Bugün kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına “Habeas Corpus” güvencesi denmektedir.* Habeas Corpus Act’ın getirdiği yenilik ve güvenceler şunlardır.

1-Özgürlüğü kısıtlayıcı işleme karşı yargıç denetimi getirilmiştir. Buna göre hiç kimse yargıç kararı olmadan cezaevinde ya da tutukevinde tutulmayacaktır.

2-Özgürlüğü kısıtlanan kişi kısa süre içerisinde yargıç karşısına çıkarılmak zorundadır.

3-Özgürlüğü kısıtlanan kişi, özgürlüğünü kısıtlayan işlemin yasa-ya aykırılığını ileri sürebilmek ve bu savını dinletebilmek için yargıca başvurabilmek hakkına sahiptir.

4-Yargıç, özgürlüğü kısıtlayan işlemin haksızlığına kanaat getirdiğinde kişi, özgürlüğüne yeniden kavuşacaktır.

5-Kişi, yargıçtan kefaletle salıvermeyi isteyebilecektir.

6-Kişinin kefaletle salıverilme istemi yargıç tarafından reddedildiği takdirde, bu red kararına karşı üst mahkemeye başvurma hakkı vardır.

1679 yılında İngiltere’de kabul edilmiş tüm bu haklar, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı için son derece önemli ve vazgeçilmez nitelik-

⁷ AKAD, a.g.e., s.143-150

tedir.

Habeas Corpus Güvencesi etkisini Amerika'ya göç eden İngilizlerle birlikte Amerika Birleşik Devletlerine de taşınmış ve Birleşik Devletler Anayasası'nda kamu yararı gereğince isyan ve işgal dışında Habeas Corpus Güvencesinin hiçbir biçimde kaldırılamayacağını kabul etmiştir⁸. **Amerikan Haklar Bildirileri**⁹ ile insanların doğuştan bir takım tabii haklara sahip buldukları, bunların devletten önce mevcut olduğu ve dolayısıyla devlet iktidarının bu haklarla sınırlanması gerektiği yolundaki fikirler, hukuki formüllerle doktrin alanından uygulama alanına geçmişlerdir¹⁰.

Amerikan Haklar Bildirileri'nin ilânından kısa bir süre sonra Fransız İhtilâli ile birlikte ilân edilen **İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi**,¹¹ **Amerikan Haklar Bildirileri**'ne nazaran büyük bir yenilik ve değişiklik getirmemesine rağmen bu bildiri üslubunun daha berrak, genel olarak kullanılan ifadelerin daha evrensel nitelik taşıması ve bildirinin o dönemde İngilizce'ye göre daha yaygın bir dil olan Fransızca olarak kaleme alınmasından dolayı **Amerikan Haklar Bildirileri**'ne göre daha çok ünlenmiş, daha büyük bir etki yaratmış ve daha etkin bir

⁸ KESKİN, Serap, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı:1-2, yıl:2002, s.50

⁹ **Haklar Bildirileri (Bill of Rights)** içerisinde en önemlisi 12 Haziran 1776 tarihli **Virginia Halklar Bildirisi**'dir Bu bildirinin 8, 9 ve 10. maddelerinde **kişi güvenliği** ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bildirinin 10. maddesine göre: "Bir memura ya da özel görevliye, işlenen suçla hakkında açık bir delil olmadan kuşku yerleri araması ya da tarrif edilmemiş, suçlu açıkça anlatıp, delilleri gösterilmemiş kişi ya da kişilerin yakalanması için verilen arama ve tutuklama müzakereleri haksız ve despotiktir. Bu tür müzakerelerin verilmemesi gerekir."

¹⁰ KAPANI, a.g.e., s.45.

¹¹ 1879 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, Fransız İhtilalinin ilk beyannamesidir, fakat sonuncusu değildir. Birkaç yıl ara ile Fransa'da arka arkaya birkaç bildiri daha yayınlanmış, bu bildiriler bazı bakımlardan birincisinden daha geniş ve daha etraflı olmakla beraber hiçbirisi ilk bildirinin uyandırdığı yankıları uyandıramamıştır. Bknz. Kapani, a.g.e., s.47.

şekilde yayılmıştır¹². Bildiri, insanların eşit olduğunu, kendilerine karşı eşit muamele yapılacağını öngörerek farklı kişilerin sanık olmalarının eşitliği bozmayacağını zımnen belirtmekte, tutuklamanın ve bunun devamının ancak yasanın öngördüğü şekil ve şartlarda olacağını ifade etmekte, “masumluk karinesi”ni getirmektedir¹³. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin ikinci maddesi kişinin doğuştan sahip olduğu vazgeçilmez, devredilmez klasik haklarını (hürriyet, mülkiyet, emniyet, cebir ve tahakküme mukavemet) saydıktan sonra Güvenlik İlkesine üç maddede yer vermiştir. md.7; keyfe göre (tutuklulukla ilgili) buyruk verenler, verilmesini isteyenler ve bunları uygulayanların cezalandırılacağını, md.8, kişinin ancak suçun işlenmesinden önce usulüne uygun konmuş ve yayınlanmış kanuna göre cezalandırılabileceğini (suçta ve cezada kanunilik ilkesi), md.9 ise suçluluğu kesinleşinceye kadar kişinin suçsuz sayılacağından, tutuklanması gerekiyorsa gerekli miktardan fazla her şiddetli muamelenin ağır bir şekilde cezalandırılacağını belirtiyordu¹⁴.

Birleşmiş Milletler Antlaşması, insan haklarını ve temel hürriyetlerini sadece anmakla yetiniyor, ancak bunları teker teker belirlemiyor ve açıklamıyordu. Bu eksiklik **Birleşmiş Milletler** bünyesindeki **İnsan Hakları Komisyonu**’nce hazırlanan, 10 Aralık 1948 günlü **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**’nce kabul ve ilân edilen, insanlık tarihinin sayılı belgelerinden olan, insanlığın gelişme süreci içinde bir dö-

¹² KAPANI, a.g.e., s.45-46.

¹³ DONAY, a.g.e., s.2.

¹⁴ AVCI, Mustafa, Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:6, s.210, 1993

nüm noktasını simgeleyen **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi** ile gide-
rilmiştir¹⁵. Bu bildiri, herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine sahip oldu-
ğunu (md.3), hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınamayacağını, tutu-
lamayacağını, sürülemeyeceğini belirtmiştir. (md.9) 8. maddesinde
“Herkesin anayasa ve yasa ile kendine tanınmış olan temel haklarını
çiğneyen işlemlere karşı yetkili makamlar önünde etkin bir yargı yolu-
na başvurma hakkı vardır.” hükmüyle **Kişi Güvenliği** ilkesini koruyan
hak arama özgürlüğü belirtilmiştir. **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**,
dolayısıyla bu belge ile düzenlenen haklar, hukukî yönden bağlayıcı
değildir. Bu bildiriye ve bildiriye sayılan hakları tanıyan devletlere her-
hangi bir yükümlülük getirmez¹⁶. Bildirinin yaptırım öngörmemesi onu
benzer hükümler ihtiva eden **İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri**
Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi’nden farklı kılan en büyük özel-
liğidir. İHAS ile yukarıda açıklanan süreçlerde defalarca ele alınan in-
san hakları, bir denetim mekanizmasına kavuşmuştur¹⁷. Böylece, insa-
nın tabii hukuku olarak savunulan birçok temel ilke “felsefi” veya “fi-
zikötesi” bir değer olmaktan çıkarak, artık en azından bu ülkeler baki-
mından “pozitif” bir değer kazanmış, dolayısıyla “insan haklarının” ne
olduğu, kapsamı ve sınırlarının neden ibaret olduğu “pozitif” bir biçim-
de, nesnel biçimde belli olmuştur¹⁸.

¹⁵ KAPANİ, a.g.e.,s.62.

¹⁶ Keza “insan haklarına ve temel hürriyetlerine karşı saygıyı sağlamak ve geliştirmek” yolunda atılan ilk adım olan bu bildiriye takiben BM İnsan Hakları Komisyonu’nca bu bildiriye sayılan haklarla ilgili devletlere hukukî yükümlülükler yüklemek ve etkin bir denetim sistemi kurmak amacıyla hazırlanarak yürürlüğe giren Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme belirli mekanizmalar getirmelerine rağmen bu amacı yerine getirmekten çok uzak kalmışlardır. Bknz. KAPANİ, a.g.e., s. 65-69.

¹⁷ KAPANİ, a.g.e., s. 62.

¹⁸ İHAS’nda yer alan haklar ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde yer alan haklar arasında başka önemli farklar da

II. İHAS'NE GÖRE KİŞİ GÜVENLİĞİ

A. Genel Olarak

İHAS'ın 5. maddesi kişi hak ve özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Klasik anlamda kişi özgürlüğünü koruyan 5. madde büyük ölçüde Anglo-Sakson Hukukundan esinlenmiştir. Bu madde tutuklama ve gözaltına alma sürelerini kısıtlayıp bazı şartlara bağlayarak, kişi özgürlüğünün keyfi bir şekilde ihlâlini önlemeyi amaçlamaktadır¹⁹.

Maddenin ilk cümlesi olan “herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır.” cümlesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesini (özgürlükten önce “yaşam” hakkını) içerir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 7. maddesi ve Afrika İnsan ve Halklar Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde tekrarlanmıştır²⁰. Bu hakkın mutlak nitelikte olmadığı ve hangi koşullarda sınırlandırabileceği 1. paragrafta maddeler halinde belirtilmiştir²¹.

5. madde iki grup hüküm içerir. Bunlar, “gözaltına alma ve tutuklamanın kanuna uygunluğunun denetimi” ve “kişi özgürlüğü ve güven-

vardır. İlk olarak İHAS'nde Evrensel Bildiri'nin aksine sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiştir. Gerçi bu eksiklik 1965 yılında yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı ile giderilmiştir. Yine İHAS'ndeki diğer eksiklikler de zamanla sözleşmeyi eklenen Protokollerle giderilmeye çalışılmıştır. İkinci olarak İHAS'nde tanınan haklar Evrensel Bildiri'nin aksine mümkün olduğu kadar açık ve geniş şekilde tanımlanmış ve sınırları açık olarak ortaya konmuştur. Bknz. KAPANI, a.g.e., s. 70; bknz. AKAD, a.g.e., s. 196-197; Buna karşılık 18 Temmuz 1978 tarihli İnsan Hakları Üzerine Amerika Sözleşmesi ve 1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halklar Hakları Sözleşmesi'ne ek 1998 tarihli protokolle kurulan Afrika İnsan Hakları Mahkemesi ile benzer bir sistemle tanınan haklar güvence altına alınmıştır. Bknz. DONAY, a.g.e., s. 5; KAPANI, a.g.e., s. 74.

¹⁹ MURDOCH, a.g.e., s. 7.

²⁰ 17 GOMIEN, Dona, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, Law and Practce of the European Convention on Human and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996, s. 127.

²¹ 18 GOMIEN, HARRIS, ZWAAK, a.g.e., s. 127.

liğini korumak için alınan önlemler”, yani öngörülen “güvencelerdir”²².

5. maddenin 1. paragrafında tutuklamanın yasal sayıldığı haller belirtilmiş, 2-5. paragraflarında ise, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılarak tutuklanması halinde, bu önlemin ancak bu paragraflarda öngörülen güvence ve şartlara uygun bir şekilde alınması zorunluluğu getirilmiştir²³.(20)

Kişî güvenliğini de içeren İHAS'nin 5. maddesi şu şekildedir.

1. Herkesin kişî özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasanın belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden mahrum edilemez.

a) Kişinin yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyeti üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi,

b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması,

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması,

²² GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s.221.

²³ ÜNAL, a.g.e., s.136.

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastanın, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması,

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması,

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa bir zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görevi yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalanma veya tutulu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve keyfiyet yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

Bu açıklamalardan sonra “Güvenlik Hakkı” nı açıklığa kavuşturmakta yarar bulunmaktadır.

B. Kişi Güvenliği

Kişi güvenliği kavramı hukuksal metinlerde kişi özgürlüğü kavramı ile birlikte yer almakta bir bütünü ifade etmektedir. Kişinin güvenlik hakkı, kişinin özgürlüğünün doğal bir sonucu olup, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kavramsal bütününde, bireyin bedensel olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasını ifade eder. Bir başka deyişle bu hak, kişinin güvenlik içinde olmasını; onun keyfi olarak yakalanmak, gözaltında tutulmak, tutuklanmak, cezalandırılmak suretiyle hareket özgürlüğünün kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme dolaşabilme serbestliğinin kaldırılmamasını ve bunun güvencesi içinde yaşamını sürdürmesi ve geliştirmesini ifade eder²⁴.

AİHS'nin 5. maddesi “Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır” genel prensibiyle başlıyor. “Güvenlik” teriminin anlamı bu cümle içinde tam belli değildir. Bu sorun *Doğu Afrikalı Asyalılar Davasında*²⁵ ortaya çıkmış ancak çözülememiştir. Güvenliğe özgürlükten ayrı bir anlam verilmesi gerektiği düşünülebilir ise de, 5. maddede

²⁴ KESKİN, Serap, “Kişi özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, Cogito, 1. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.64; Kişi Özgürlük ve Güvenliği kavramının doktrindeki tanımları ve tarihsel gelişimi için bkz. Güneş, Seyithan, Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1998, s.2 vd.

²⁵ Doğu Afrikalı Asyalılar v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 4626/70, 6 Mart 1978, kararın orijinal metni için bkz. www.echr.coe.int/hudoc

sadece özgürlüğün kısıtlanmasından bahsedildiğinden, güvenlik teriminin ise maddenin geriye kalan kısmında geçmemesi nedeniyle bu pek olası gözükmüyor²⁶. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na göre (Doğu Afrikalı Asyalılar Davasında) özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak anlaşılmalıdır. Güvenlik, özgürlüğe karşı yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder²⁷. Güvenlik hakkı mutlaktır; özgürlük hakkı ise maddenin 1. fıkrasının (a) ilâ (f) bentleri uyarınca sınırlanabilir²⁸.

Bozano davasında “güvenlik hakkı” ve bunun *keyfilik* kavramıyla olan ilişkisine değinilmiştir²⁹. Şöyle ki, özünde bir suçlunun geri verilmesi niteliğindeki işlemin, bir yabancıнын sınır dışı edilmesi adı altında yapılmasının konu olduğu davada İHAM.nin, “...burada çözümü gereken asıl mesele, davaya konu teşkil eden tutuklama olayının kanunun öngördüğü usule riayet de dahil olmak üzere, normlara uygun bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Sözleşme bu konuda esas itibariyle, ulusal mevzuata atıfta bulunmakta ve ulusal mevzuatın koyduğu kuralları uygulama gereğini emretmekte ise de; bunun yanında kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile güdülen amaca uygun

²⁶ JACOBS, Francis, G., WHITE, Robin C., The European Convention on Human Rights, Oxford, 1996, s.80.

²⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.221; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması Kolokiyumu, Ankara, 1992, s.38.

²⁸ Kom. Raporu, Kamma/Hollanda, 14.07.1974, no.4771/71, kararın orijinal metni için bkz. www/echr.coe.int/hudoc; MURDOCH tarafından güvenliğin mutlak olduğuna dair yaklaşımın 5. maddenin tutuklamanın ötesinde geniş yorumlanmasına neden olacağı belirtilmiştir. MURDOCH, a.g.e., s.9. Karşıt görüş için bkz. DIJK, P., HOOF, G.T.H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague, Kluwer Law International, 1998, s.345. “Güvenlik terimi özgürlüğün sınırlarına göre çok daha koruyucudur. (Devletler) diğer tecavüzlere karşı kişi ve grupların fiziksel güvenliklerini güvence altına alırlar. (...) örneğin, polisin görevi sırasında vücut bütünlüğüne gereksiz müdahalesi (...)”

²⁹ İHAM. Kararı, **Bozano/Fransa**, 18.12.1986, Seri A, no.111, kararın ilgili paragraflarının orijinal metni için bkz. KEMPES, a.g.e., s.34; aynı anlamda bkz. İHAM. Kararı, **Kurt/Türkiye**, 25.05.1998, **Çakıcı/Türkiye**, 08.07.1999; **Akdeniz/Türkiye**, 31.05.2001, kararların orijinal metinleri için bkz. www/echr.coe.int/hudoc

olmasını da istemektedir; bu amaçta bireyi keyfiliğe karşı korumaktır...” şeklinde açıklık getirdiğini görüyoruz³⁰.

III. TÜRK ANAYASACILIK TARİHİNDE KİŞİ GÜVENLİĞİ

19. yüzyıla kadar Osmanlıda özgürlükler dine dayanıyor, insan hakları (ve güvenlik ilkesi) Allahın lütfu olan imtiyazlar olarak algılanıyordu. İslâmın zuhûrunda hiçbir otorite tanımayan insanların disiplinli ve güvenli bir yapıya kavuşturulması, insanların devlete karşı korunması fikrinden önce gelmişti. Osmanlı Devletinde insan hakları batıdaki gibi aşağıdan yukarıya hareketlerle değil ıslahatlar şeklinde yukarıdan aşağıya gelmiştir³¹. Genellikle, can, mal, ırz ve konut dokunulmazlığı anlamına gelen güvenlik ilkesi, ülkemizde oldukça geç gerçekleşmiş bir kavram olarak görülmektedir. 1839 Tanzimat Fermanı güvenlik ilkesini belirtecek herhangi bir hüküm taşııyordu. 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayûnunda “emniyeti-can ve mahfuziyet-i ırz-i namus” sözleri edilmişse de bunların gerçekleşmesi için bir tedbir alınması düşünülmemiştir. 1856 Islâhat Fermanına kadar Osmanlı İmparatorluğunda, hiç kimsenin kişi dokunulmazlığından kesin olarak söz açılmaz. 1856 Islâhat Fermanında “Gülhane’de kıraat olunan Hattı Hümayûnum ile ve Tanzimatı hayriyem mucibince her din ve mezhepte bulunan kâffei tebaayı şâhanem hakkında bilâ istisna emniyet-i can ve mal mahfuzieyti namus için tarafı eşref-i padişâhanemden, vaad ve ihsan olunmuş olan teminat bu kere teyit ve tekit kılındığından bunun kâmilen fiile çıkarıl-

³⁰ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s.223;

³¹ AVCI, Mustafa, Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:6, s.214, 1993

ması için tedabiri müessirenin ittihaz olunması...” denilmiş, güvenlik konusunda bazı tedbirlerin alınması gerektiği düşünülmüştür. Ne var ki, bütün bunlar yüzeysel sözlerdir. Aslında, bu konuda gerçek hiçbir şey yapılmamış ve yöneticiler hiçbir zaman kişi güvenliğinin gerçekleşmesi için yeteri kadar çaba göstermemişlerdir.

1876 Anayasasında güvenlik üzerine bir takım önemli hükümler görmek mümkündür. Nitekim bu Anayasanın 10 uncu maddesinde “hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz” denilmiş, ayrıca 22 nci madde “memalik-i Osmaniyede herkesin mesken ve menzili taarruzdan masun” denilerek konut dokunulmazlığı da benimsenmiştir.

1921 Anayasası Milli Mücadele yıllarında idarî ve siyasî teşkilatlanmayı düzenlediğinden temel hak ve özgürlüklere yer vermemiştir.

1924 Anayasasının Beşinci Fası’ında “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığında temel hak ve özgürlüklerden, güvenlikten söz açmış, 71 inci madde “can, ırz, mesken, her türlü taarruzdan masundur”, 72 inci madde “kanunen muayyen olan ahval ve eşkalden başka hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez”, 73 üncü madde “işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur” hükmünü koymuştur. Ayrıca 76 ncı madde de “kanun ile muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri edilemez” denilmekte konut dokunulmazlığı da belirtilmiştir. Ne var ki, bu maddeler de Habeas Corpus anlamında kişi güvenliğinin temellerini atamamışlardır.

1924 Anayasası iktidardaki yönetici kadronun özgürlüklere ve demokrasiye bağlı kalmaları şartıyla temel hak ve özgürlükler için hukukî bir çerçeve oluşturabilirdi. Bu böyle olmazsa etkisiz kalmaya mahkûmdu. Çünkü siyasal iktidarın denetimini sağlayacak ve yasanın yetki tecavüzünü önleyecek denge mekanizması kurulmamıştı. Temel hak ve özgürlükler (güvenlik dahil) güvencesiz kalmış, çok partili demokratik hayata geçtikten sonra bile seçim sistemleri iktidarların oluşumunu etkilemiş, Anayasanın gedikleri özellikle 1950-1960 arası belirginleşmiştir³².

Uzun yıllar kişi güvenliği ülkemizde bir kenara itilmiş, çok partili demokratik hayata geçişten sonra bile, seçim sistemleri iktidarların oluşumunu etkilemiş ve bekleneni vermemiş, bu yüzden de kişi güvenliğinin gerçek garantiye kavuşması ancak 1961 Anayasası ile mümkün olabilmıştır.

Habeas Corpus Act sistemi anlayışına yaklaşan ilk Türk Anayasası 1961 Anayasasıdır. Temel hak ve özgürlükler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, 1924 Anayasasının aksine güçlendirilmiştir. 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi ihdas edilmiş, temel hak ve özgürlüklerin bekçiliği ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin koruyuculuğu görevi AYM ne verilmiştir. Yani temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma olup olmadığına AYM karar verecektir³³.

³² AVCI, Mustafa, Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:6, s.220, 1993

³³ AVCI, Mustafa, Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı:6, s.220, 1993

Kişi güvenliğini doğrudan söz konusu etmeden önce, Anayasanın 14. maddesinin üstünde kısa da olsa durmada yarar vardır.

14. maddenin ilk fıkrası: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve hürriyetine sahiptir” diyor. 10. madde de kişilerin maddi ve manevi varlığının gelişimi konusunda gereğinin yapılması için Devletin ödevleri arasında olduğunu düzenliyor. Bu madde hem beden bütünlüğünü hem de kişi onurunu hedef olarak almaktadır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında kişi dokunulmazlığının yasanın gösterdiği hallerde ve yargıç kararıyla kayıtlanacağı esas belirtilerek söz konusu ilke yargı organının teminatına bağlanmıştır. 14. madde bir yandan kişinin özgürlüğünü, onun fikren gelişmesi için bütün olanaklardan yararlanması gerektiğini, öte yandan da iç huzurunun ancak beden bütünlüğü ve can emniyetinin kesin garantiye bağlanmasıyla sağlanabileceğini hükme bağlamaktadır.

Şimdi de bu maddeye pek yakından ilgili 30. maddede ki “Kişi Güvenliği” ilkesine bakalım.

Madde: 30 – “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmayı ve delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır.

Yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kimselere, yakalama ve tutuklama se-

beplerinin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına da bildirilir.

Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir.”

14. madde gerekçesinde, “tevkif ve yakalama ile ilgili 30. madde hükümleri dahi, şahıs hürriyetini sağlayan garantilerdendir” diyerek kişinin dokunulmazlığı ile güvenliği arasındaki bağa dikkat çekmektedir. Bu iki kavram birbirini tamamlar ve birbirinin “sine qua non” koşulunu oluşturur. Böylece 1924 Anayasasının 24. md. öngörülen eksik ifade düzeltilirken hangi hallerde yakalamaya ve tutukluluğa karar verileceği de Anayasa emri olarak düzenlenmiştir.

Burada tutuklama için öngörülen iki durum, 30. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişilerin, ancak kaçması veya delilleri yok etmesi veya değiştirmesini önlemek amacıyla yargıç kararıyla tutuklanması halidir. Böylece Anayasa, genel gerekçesinde belirttiği özgürlükleri sınırlamayı yasa koyucunun keyfine bırakmama ilkesine uygun tutumunu tekrarlamış olmaktadır.

1982 Anayasasının 19. maddesi doğrudan “Kişi Hürriyeti ve Güvenliğine” ayrılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında herkesin kişi güvenliği ve hürriyetine sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında bunun hangi hallerde ve hangi koşullarda sınırlanacağı açıklanmıştır. Yargıç kararının gerekliliği, özgürlüğü kısıtlanan kimseye bunun sebe-

bini yazılı olarak bildireceği gibi hususlar bu madde içinde yer almıştır.

Gene bu madde, yakalanan veya tutuklanan kişinin belli süreler içerisinde hâkim önüne çıkarılması gereğini ve bu süreler dolduktan sonra da hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı düzenlemektedir.

Bu konuda gerekçede de, “bu madde, hukuk dilinde Habeas Corpus güvencesi olarak adlandırılan güvenceyi getiriyor. Bu güvence, her ne surette olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişileri kapsamaktadır. Bu surette hürriyeti kısıtlanan kişi, bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı iddiasında bulunabilmek, bu iddiasını dinletebilmek amacı ile bir hâkime başvurma olanağından yoksun bırakılmayacaktır. Habeas Corpus güvencesinin diğer bir gereği de, önüne gidilen yargı merciinin, hürriyet kısıtlamasının kanuna aykırı bulunması halinde ilgilinin serbest bırakılmasını emretme yetkisine sahip olmasıdır. Kişinin hâkim kararıyla hürriyetinden yoksun kalması halinde Habeas Corpus güvencesi bir itiraz mercii yaratmakta, diğer hallerde ise ilk derece hâkim incelemesi getirmektedir” denilmektedir.

Gerekçedeki bu anlatımdan tam anlamıyla bir Habeas Corpus güvencesinden söz edebilmek zordur. Habeas Corpus güvencesi bir yargıcın önüne çıkabilme, yargıç kararı olmadan tutuklanamama gibi esasları kapsamak gibi, belirli sürelerde işlerin sona erdirilmesi ya da tutukluluk halinin kaldırılması gibi esasları kapsar. Ülkemizde pek çok faktörün etkisi ile hızlı muhakeme usulü uygulanamamaktadır. Yargıç önüne çıkma, haksız tutuklamaların kaldırılması çok önemli güvencelerdir. Ama Habeas Corpus bunlardan çok daha geniş esasları da beraberinde

getirmektedir³⁴.

IV. ULUSLAR ARASI BELGELERDE HAPİS

Tutuklama, kişi özgürlüğü ile ilgili olduğu için insanlar keyfi uygulamaların önüne geçmek ve bu kurumu sınırlandırmak için sürekli arayış içinde olmuşlar, insanlık tarihinin belli başlı devrim bildirgelerinin tümünde “güvenlik ilkesi” yani keyfi tutuklama ve cezalandırmayı önleme ilkesi yer almıştır.

1-Magna Carta Libertaum: 1215 yılında İngiltere’de ilan edilen Magna Carta Libertatum’un 39. maddesinde; “...kanunî bir hüküm veya bir memleket kanunu olmadan hiçbir hür kişi tevkif ya da hapis ve malları müsadere edilmeyecek, sürülmeyecek ya da herhangi bir kötü muameleye maruz bırakılmayacak” denmiştir. Ferman ilk olarak kişi güvenliği korumak amacıyla bir yargı güvencesine bağlanmış, yargıç tarafından verilmiş bir karar olmadan kişilerin tutuklanamayacakları, hapsedilemeyecekleri, yasa dışı ilan edilemeyecekleri, sürgüne gönderilemeyecekleri ve mallarına el konulamayacağını belirtmiştir.

2-Petition of Rights: 1628 yılında Kral 1.Charles ile parlamento arasında çıkarlar uzlaşmasını yansıtan Petition of Rights, Magna Carta’daki kişi güvenliğine ilişkin temel hakları tekrarlamakta ve ek olarak hiç kimsenin “savunması alınmadan” tutuklanamayacağı ve hapsedilemeyeceğini vurgulamaktadır.

3-Habeas Corpus Act: 1679 yılında İngiliz Parlamentosu, Habeas Corpus Act başlıklı belgeyi kabul etmiştir. Bu belge yurttaşları

³⁴ AKIN, İlhan, Genel Kamu Hukuku, 5. B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 1987, s. 321-333.

keyfi tutuklamadan korumu, Kral tarafından tutuklanan kimse vatana ihanet hali müstesna, bir yargı organına başvurarak yargılmasını isteyebileceğini, yargı organının başvuran kimsenin en geç 20 gün içinde mahkemeye getirilmesini cezaevi müdürüne bildirmek zorunda olacağı hükme bağlanmıştır. Yani bu belgede hâkim kararı olmadan özgürlüğü kısıtlananların durumunun mahkemece incelenmesi, tutuklu kalması gerekmiyorsa hemen salıverilmesi öngörülmüştür.

4-Bill of Rights: 1689 yılında yasaların üstünlüğünü savunan ve özel yetkili yargı organlarının kurulmasını yasaklayan Bill of Rights (Haklar Bildirisi) Awam ve Lordlar Kamarası tarafından hazırlanmıştır. Bu yasaya göre Krala dilekçe ile başvurma hakkını kullanan kimselerin bu hakkı kullanması sebebiyle tutuklanmalarının mümkün olmadığı, tutuklananların teminatla salıverilmelerinin mümkün olduğu ve bu hakkın kullanılmasının fiilen imkânsız hale getirilmemesi için teminat tutarının sanığın gücünü aşacak ölçüde aşırı olamayacağı hükme bağlanmıştır.

5-Virginia Haklar Bildirgesi: 1776 Virginia Haklar Bildirgesinin 8.maddesine göre ceza davalarında kişiye kendisine yöneltilen suçlamanın sebep ve niteliğini öğrenmek, suçlayan ve tanıklarla yüzleştirilmek, lehine delil göstermek hakkı tanınmıştır. Ayrıca sanığın tarafsız bir jüri önünde yargılanmasının süratle yapılması hükme bağlanmış, keyfi tutuklamanın kişiye acı veren bir fiil olduğu belirtilmiştir.

6-Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi: 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 7. maddesine göre:”Bir kimse ancak kanunen muayyen haller içinde ve kanunun emrettiği şekillere göre itham ve tevkif olunabilir. Keyfi emirler veren ve bu emri

yerine getirenler cezalandırılmalıdır. 9. maddeye göre, masumluk karnesi gereği tutuklanması gerekenlerin kaçmasını önleyecek kadardan fazla zorunlu olmayan şiddet (işkence) muamelelerinin cezalandırılması gerekir.

1791 Fransız Ceza Kanunu ile hapis cezalar sisteminin temeli haline geldi. Bununla birlikte basit bir hapis yeterli ceza olarak telakki edilmiyor, buna zincir, gıda mahrumiyeti vb. ilave ediliyordu.

7-İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi: 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 3. maddesine göre, yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği her ferdin hakkı olarak tanınmış, 9. maddeye göre de, hiç kimsenin keyfi olarak tutulamayacağı, alıkonulamayacağı ve sürülemediği belirtilmiştir.

8-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: 1950 tarihli AİHS nin 5. maddesi kişi güvenliği ile ilgilidir. Bu maddeye göre hâkim kararı olmadan sanığın tutuklanması, gecikmesinde sakınca bulunan haller hariç yakalanması, tutuklama ve yakalama işlemine karşı itiraz edebilmesi, tutuklanan kişilere isnatların en kısa zamanda bildirilmesi tutuklananların makul sürede yargılanması, teminatla salıverilmeyi isteme ve haksız tutuklama ve yakalama sebebiyle tazminat isteme hakkı kabul edilmiştir.

9-Paris Şartı: AGİT, Devlet Başkanları düzeyinde 19-21 Kasım 1990 tarihleri arasında Paris'te toplanmış konferans sonrası kabul etmiş oldukları Paris Şartı'nda keyfi tutuklama ve gözaltına alma yasağını içeren kişi güvenliği kavramı vurgulanmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

GÜVENLİK HAKKININ KAPSAMI

I. Gözaltına Alınan Kimsenin Derhal Bilgilendirilme Hakkı

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 2-5. paragraflarında, kişinin yakalanması ve tutuklanması halinde yapılacak işlemler somut bir şekilde belirtilerek, özgürlüğü kısıtlanan kişilere bazı yasal haklar tanınmıştır. Bu bölümde yer alan hükümler, sözleşmenin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesiyle çok yakından ilgilidir.

5. maddenin 2. fıkrası, hakkında 1. fıkra hükümlerinden her hangi biri uygulanan kişiye, tutuklanmasını gerektiren nedenlerin ve yapılan suçlamaların en kısa zamanda ve anlayacağı bir dil ile kendisine bildirilmesini emretmektedir. Hükümün amacı; olası bir maddi hatayı önlemekten öte, özellikle maddenin 4. fıkrasında yer alan *itiraz* hakkının etkili biçimde kullanılabilmesini sağlamaktır³⁵. Bu hak sadece sanıklara değil, herhangi bir nedenle özgürlükten yoksun bırakılan herkese tanınmıştır. Kişiye tanınan ve kişi güvenliğinin vazgeçilmez unsurunu oluşturan ve 1. fıkrada öngörülen tüm haller için geçerli bu güvencenin önemi özellikle suç kovuşturmasında ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında kendini gösterecektir.

³⁵ Karar özeti için bkz. DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), s. 124-126 "sözleşme organlarının içtihatlarına göre ikinci fıkradaki bilgi sözlü veya yazılı olarak verilebileceğinden, bu bilginin verilmiş olması için gözaltına alma anında bütün soruşturma dosyasının başvurucuya açık tutulması gerekmediğinden, olayda başvurucu isnad edilen suçlardan bir bölümünü kabul ettiğinden ve tutuklama müzakeresi kendisine hemen tebliği edildiğinden ve bu müzakerede özgürlükten yoksun bırakma sebepleriyle birlikte hakkındaki isnatlarda yer aldığından, gözaltına alınan kimsenin derhal bilgilendirilme hakkının ihlâl edilmediğine" karar vermiştir.

B. Bilgilendirmenin Mahiyeti ve Şekli

Verilecek bilginin içeriği, veriliş tarzı ve zamanı önemlidir. Kişiyeye yakalanmasının nedenleri ve yasal dayanağı, basit ve anlayacağı bir dille anlatılmalıdır. Tutma sırasında, yahut tutmayı hemen izleyen zaman dilimi içinde, bu işlemin nedeni ayrı bir açıklamayı gerekli kılmayacak şekilde anlaşılıyorsa fıkra hükmünün gereği yerine getirilmiş olur³⁶. Komisyon görüşüne göre, ilave olarak kişiye itham edildiği suçlamayı kabul edip etmediği de sorulmalıdır. Yapılacak bildirim hiçbir şekilde bağlı değildir. Hükmün uygulamasında rastlanan bu yumuşaklığa karşın, unutmamak gerekir ki, bildirim içeriği, her özel ve somut duruma göre amaca yani habeas Corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır³⁷.

C. Bilgilendirmenin Zamanı

En kısa zaman deyimi hemen anlamına gelmediği gibi sürenin gereksiz ve anormal bir şekilde uzatılmasına da engeldir. Kısa süre somut olayın özelliğine göre değerlendirilecek olup bu, kişinin yakalanmasıyla eş anlamlı olarak, o anda bilgilendirilmesi anlamına gelmemektedir.

D. Bilgilendirmenin Dili

Verilecek bilginin içeriği, veriliş tarzı ve zamanı önemlidir. Kişiyeye yakalanmasının nedenleri ve yasal dayanağı, basit ve anlayacağı bir dille anlatılmalıdır. Eğer kişi, verilen bilgileri anlayacak veya kavrayacak durumda değilse, bu bilgiler avukatı veya yasal temsilcisine veril-

³⁶ İHAM. Kararı, Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pa.51 ve son.

³⁷ ÜNAL a.g.e., s. 150

melidir.

II- Gözaltına Alınan veya Tutulan Kimselerin Derhal Bir Yargıç veya Hukuken Yargılama Yetkisine Sahip Diğer Bir Görevlinin Önüne Çıkarılma ve Makul Bir Sürede Yargılanma Süreken Salıverme Hakkı

A. Genel Olarak

Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrası görevlilere iki ayrı yükümlülük getiriyor: 1. fıkranın (c) bendi uyarınca yakalanan yahut tutuklanan kişi, işlemin denetimi amacıyla, hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya kanunen yetkili kıldığı başka bir memur önüne çıkarılacak ve tutukluluk durumu makul süreyi aşmayacaktır. Amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz tutuklamayı önlemektir³⁸.

3. fıkrada da açıkça belirtildiği gibi söz konusu hüküm 1. fıkranın (c) bendi ile bir bütün oluşturmaktadır ve bent dışındaki durumlarda (örneğin geri verme) uygulanamaz³⁹.

B. Derhal Yargıç veya Yargılama Yetkisine Sahip Bir Görevlinin Önüne Çıkarılma

1. Yargıç veya Yargılama Yetkisine Sahip Bir Görevli

3. fıkrada yer alan yargıç kelimesi bir mahkemeyi yahut çeşitli şekiller alabilen, yargısal yetkiye sahip kişiyi ifade eder; statüsü belli bir mesleğe ilişkin bulunması bakımından, yorumunda güçlükle karşılaşmayacaktır. Mahkemeye göre bu deyim, kanunun kendisine verdiği

³⁸ İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.54-55

³⁹ İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.160-162

adlî görevin gerekli kıldığı güvencelere sahip olmak kaydıyla yargıçtan başka kişileri de içermektedir. Bu hükümden de açıkça anlaşılacaktır ki, burada söz konusu olan özgürlük kısıtlaması, gözaltına alma gibi bir yargıç kararı bulunmadan gerçekleştirilen kısıtlamadır⁴⁰.

Adlî görevin gerekli kıldığı ilk güvence, bu memurun yürütme organı ve taraflar karşısındaki bağımsızlığıdır. Böylece, bu niteliğe sahip olmak -hiç kimseden emir almamak- koşuluyla davacı ve sorgu yargıçlığı görevlerinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde, bu tür görevlinin davacı (savcı) sıfatıyla hareket etmemesi, yahut etme olasılığının mevcut bulunmaması kaydıyla savcılık mensupları da bu kavrama dahil olabilecektir. Adli görev, yargısal görevle eş anlamlı olmayıp, daha geniş kapsamlı bir kavramdır⁴¹.

Görevin gerekli kıldığı güvencelerde sözü edilen “memur”un önüne getirilen kişiyi bizzat dinlemesi (şekil şartı); tutuklama önleminin gerekliliği ya da gereksizliği koşullarını inceleyip bu önlemleri meşru kılan nedenlerin varlığı konusunda hukukî ölçütlere dayanarak karar vermesidir. Bu nedenlerin yokluğu halinde kişi serbest bırakılacağına göre; görevlinin aynı zamanda “salıverme” yetkisine sahip bulunması da gerekmektedir⁴².

2. Derhal Yargıç Karşısına Çıkarılma

Sözleşmenin 5/3 maddesindeki “derhal” kelimesini yorumlayan

⁴⁰ Yargıçtan gayri kişiler konusunda bkz. İHAM. Kararı, Nikolova/Bulgaristan, 25.03.1999

⁴¹ İHAM. Kararı, Huber/İsviçre, 23.10.1990. Seri A, no.188, pa.43, karar özeti için bkz. DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), s.185-188

⁴² İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), s.185-188

Komisyon, hangi sürenin “derhal” kavramına uygun olacağı konusunda kesin bir kural getirmemekle birlikte, dört günlük süreyi azamî gözaltı süresi olarak kabul etmektedir. 3. fıkrada yer alan zamana ilişkin *hemen* kelimesi *derhal* anlamında değildir; deyim, somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmesi; gereksiz gecikmeye yer verilmemesi şeklinde anlaşılması daha doğru olur. Mahkeme somut durumun özelliklerine göre Brogan davasında dört gün altı saat, Vander Sluisj davasında 7 günü aşan süreleri gereksiz şekilde uzun ve fıkra hükmünü ihlâl eder nitelikte bulmuştur⁴³.

C. Makul sürede Yargılanma

3. fıkranın en önemli hükmü bir önlem olarak tutuklamayı suç yargılamasında istisna durumuna getiren koşuldur; tutuklanan kişinin *makul bir süre içinde yargılanmaya, yahut yargılama sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır*. Diğer bir deyimle, tutukluluk hali makul süre ile sınırlanmıştır.

Komisyon ve Mahkeme tutukluluk süresinin makul olup olmadığının belirlenmesinde, önesürülen mazeretlerin yeterli ve geçerli olup

⁴³ İHAM. Kararı, Aksoy/Türkiye, 1812.1996 , pa.78. “ Mahkeme, daha önceki birçok davada belirttiği gibi, terör suçlarının soruşturulmasının, yetkililer bakımından özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin on dört gün tutulmasını kabul edemez. Bu süre çok uzun bir süredir; ve başvurucuyu sadece kişi özgürlüğünün keyfi ihlâline değil, işkenceye karşı da aciz bırakmaktadır. Ayrıca Hükümet, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki terörizm ile mücadelenin neden yargısal denetimi imkânsız kıldığına dair ayrıntılı gerekçe göstermemiştir.

Bununla birlikte mahkeme, bu davada uzun zaman gözaltında tutulan başvuru sahibi için, güvencelerin yetersiz ve işe yarar olmadığını düşünmektedir. Özel olarak, avukat, doktor, akraba görme izni verilmemesi ve gözaltının yasallığını denetlemek için bir hâkimin önüne getirilme konusunda gerçekçi imkân olmaması, başvurucunun, tam olarak onu tutanların insafına bırakılması anlamına gelmektedir.

Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusundaki sorgulanamaz ciddilikteki terörizm problemini ve devletlerin buna karşı etkili önlemler almakta karşılaştığı güçlükleri dikkate almıştır. Bununla birlikte, bir yargısal güçle donatılmış yetkili veya hâkim önüne çıkarılmadan, kimseyle görüşülmeden, terörist saldırılara katılma şüphesiyle, başvurancın 14 gün veya daha fazla süreyle tutulmasının durumun gereği olduğu konusunda ikna olmamıştır.

Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşmenin 5/3 maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

olmadığı ve davanın gereksiz yere uzatılıp uzatılmadığı konuları üzerinde durmaktadır⁴⁴. Makul süre değerlendirmesinde göz önünde tutulacak zaman diliminin başlangıcı fiilen tutuklanma anı, sonu da fiilen serbest bırakıldığı ya da yargılama anında tutukluluk devam etmiş ise, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararının tebliği tarihidir; istinaf, temyiz gibi yargılama dereceleri, mahkeme içtihatlarına göre bu süreye dâhil değildir.

Mahkemeye göre tutukluluk süresinin makul niteliği somut olay göz önünde tutularak değerlendirilir. Sanık, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılacağı için, tutuklulukta makul süre emreden madde hükmünün amacı, tutuklu olarak geçen sürenin makul niteliğini kaybeder etmez, sanığın serbest bırakılmasıdır.

Mahkemenin yerleşmiş içtihatına göre, ulusal adlî merciler somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığına karar verirken, suçsuzluk karinesini de göz önünde tutarak, *kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının varlığını kabul ve redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp inceleyecekler; ve ilgilinin salıverilme işlemine ilişkin olarak verdikleri red kararında, reddin gerekçesini açıkça belirteceklerdir*. Nitekim Mahkeme, denetim görevini yerine getirirken, büyük ölçüde ve esas itibarıyla, söz konusu red kararlarında yer alan gerekçeler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin başvurularında ileri sürüp, yalanlanmayan olguya dayanarak 5. madde hükmünün çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktadır⁴⁵.

⁴⁴ ÜNAL, a.g.e., s.155

⁴⁵ İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.253-255. "Tutukluluğun makulluğu değerlendirilirken başvurucunun gözaltına alındığı tarihte başlayan ve bu dönem içinde başka bir suçtan hapis cezası yattığı süre çıkarıldıktan sonra salıverildiği tarih arasındaki dönemin dikkate

Komisyon ve Mahkeme'nin *makul süre* değerlendirmesinde koydukları diğer bir önemli ilke de, *sanığın suç işlediğine dair kuvvetli emarelerin mevcudiyeti, her ne kadar tutuklama önleminin olmazsa olmaz şartı ise de*, bu koşulun belli bir süre sonunda yetersiz kalacağı; tek başına tutukluluğa gerekçe teşkil edemeyeceğidir. Gerçekten Strasbourg denetim organları makul süre sınırının aşıldığı iddialarını incelerken, önce ulusal mercilerin tutukluluk halinin devamına karar verirken dayandıkları gerekçelerin hâlâ bu tedbiri meşru kılıp kılmadığına bakmakta; tutukluluk nedenlerinin yerinde ve yeterli olduklarının saptanması üzerine de yetkili ulusal mercilerin yargılama işlemlerini yaparken durumun gerektirdiği süratle hareket edip etmediğini araştırmaktadırlar⁴⁶.

Özet olarak diyebiliriz ki; ulusal adlî mercilerin sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaatiyle dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler (kaçmanın önlenmesi vb.) tamamen geçerli ve yerinde olabilirler; fakat bu merciler, işi sürüncemede bırakıp yargılamayı, tutukluluğu makul sınır aşar şekilde uzatmışlarsa, kendileri Sözleşme karşısında yine sorumludurlar. Benzeri durumlarda kamu düzeni adına ve yararına sanığa yüklediği özveri, suçsuz sayılan bir kişiden normal olarak beklenecek özveriden çok daha ağırdır.

alınması gerektiğinden, tutukluluğun devamı için sanığın suç işlediğine dair makul şüphenin varlığı olmazsa olmaz koşul olduğundan, ancak bu süre geçtikten sonra tutukluluğun devamıyla ilgili ve yeterli bazı ilave sebepler bulunması gerektiğinden, olayda sanığın başka suçlar işleyebileceğine ve kaçma tehlikesi bulunduğuna dair kaygı duyulması için makul sebepler bulunmasına ve olayda bu sebepler tutukluluğun devamı için ilgili ve yeterli olmasına rağmen, ulusal makamlar buna ilaveten tutuklu kişinin yargılanmasına özel bir özen gösterme şartını yerine getirmediklerinden, olay karmaşık ve istisnai nitelikte olmadığı halde başvuruçunun talebinin karara bağlanması için her defasında değişik bir mahkemeye orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresi uzadığından, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlaline" karar vermiştir.

⁴⁶ İHAM. Kararı özeti için bkzn. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.289-293.

5. maddenin güvence altına aldığı kişi özgürlüğü ile bunun kısıtlanmasına gerekçe teşkil eden nedenler arasındaki denge, tutukluluk süresi uzadıkça, özgürlük lehine bozulacak; bu nedenler artık geçerliliklerini kaybedeceklerdir.

Bununla beraber Mahkeme, işin karmaşıklığı gibi, somut olayın taşıdığı özellikleri de hesaba katmaktadır.

Tutukluluk süresinin her durumda güdülen amaçla sınırlı olması kişi güvenliğinin gereğidir.

1. Yargılama Süreken Salıverilme Hakkı

Sözleşmenin 3. fıkrasının son cümlesine göre sanığın yargılama sırasında kaçmasını önlemek için, salıverme bir güvenceye bağlanabilecektir.

Tutukluluk, ana kural serbestiye istisna getiren ağır bir önlem olduğuna göre, alternatifin bulunduğu hallerde bu önleme başvurmamak gerekir. Sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanması halinde bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır⁴⁷. Güvence teklifinin sistematik reddi 3. fıkranın ihlâlidir⁴⁸.

Alınacak güvencenin amacı suçtan doğan zararın tamir ve tazminini karşılamak değil; sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamaktır. Bu nedenle güvence miktarı saptanırken ilgilinin kişisel durumu her yönüyle gözden geçirilecek; kısacası kaçması halinde uğrayacağı zara-

⁴⁷ Caballero/İngiltere, 08.02.2000.

⁴⁸ Neumeister/Avusturya, 27.06.1968, Seri A, no:8, pa.13.

rın onda yapacağı etkiye bakılacaktır.

III. Tutulmanın Hukukilik Denetimi İçin Başvurma Hakkı

Sözleşmenin 5. maddenin 4. fıkrası, hukuk dilinde *habeas Corpus* olarak adlandırılan güvenceyi içeriyor. Bu hüküm uyarınca, tutuklanan kişi, özgürlüğü kısıtlama işleminin kanuna uygun yapıp yapılmadığını, kısa sürede bir mahkemeye incelemek; aykırılık durumunda, salıverilmesini istemek hakkına sahip kılınmıştır.

Sözleşmenin 5/3 maddesi polisteki gözaltı süresini kısıtlamakta ve yakalanan kişinin hemen hâkim önüne çıkarılmasını emretmektedir. Sözleşmenin 5/4 maddesi ise, süre, kişi hâkim önüne çıkarıldıktan sonra işlemeye başlayacaktır. Hâkim yakalamanın kanuna uygunluğu konusundaki kararını vakit geçirmeden en kısa süre zarfında vermelidir.

Burada kişinin yakalanması veya tutuklanmasına göre iki hali birbirinden ayırmak gerekir. Kişi polis tarafından yakalanarak gözaltına alınmışsa, *habeas corpus* ilkesi gereğince, özgürlüğünün kısıtlanmasının yasal olup olmadığını incelettirmek üzere mutlaka mahkemeye başvurmak hakkına sahiptir. Kişi görülmekte olan bir ceza davası dolayısıyla mahkemece tutuklanmışsa tutukluluk kararı ilke olarak, hakkındaki nihai hükümlerle beraber kanun yollarına başvuru dolayısıyla üst mahkemede incelenecektir. Bununla beraber Komisyon ve Mahkeme, yeni bazı durumların ortaya çıkması nedeniyle, tutukluluk halinin düzenli aralıklarla gözden geçirilmesini ve tutuklamayı gerektiren sebepler ortadan kalkmışsa salıverilmesini tutuklunun doğal bir hakkı olarak kabul etmektedir. Gerçekten tutukluluk süresi içinde bu durumun kanuna uygunluğu bakımından yeni koşullar ortaya çıktığı zaman, yeni durumun meşruluğunu aralıklarla gözden geçirilmesi doğru ve kişi özgür-

lüğünün korunması bakımından zorunludur⁴⁹.

Başvurulacak mahkeme, durumun kanuna uygunluğu hakkında karar verip ve durumu kanuna aykırı bulduğu takdirde ilgilinin salıverilmesini emredeceğine göre, kendisinin karar alma ve salıverme yetkisine sahip bulunması gerekir. Öte yandan tutuklu olan sanığın kendisini savunma ve salıverilmesini haklı gösterecek delillerini sunma hakkı çerçevesinde habeas corpus denetimi yapacak, mahkeme tarafından gerekirse duruşma yapılacaktır. İHAM, Sanchez-Reisse davasında, habeas corpus prosedürünün de duruşmalı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. İtiraz hakkını kullanan kişi, tutuklanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenleri çürütmek olanağına sahip bulunmalı, yani soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeter bilgiye ulaşabilmelidir. Bu imkânın kendisine tanınmaması halinde itiraz yolu tüm anlamını yitireceğinden, fıkra hükmü çiğnenmiş olur. İHAM, Belçika'yla ilgili *Lamy* davasında, savcı ve hakimin dosyayı ayrıntılı bir şekilde incelemesine rağmen, savunmaya bu fırsatın verilmeyerek kendilerine sadece sözlü bazı bilgiler verilmekle yetinilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur⁵⁰.

4. fıkarda öngörülen başka bir koşulda itiraz üzerine yapılacak in-

⁴⁹ İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.189-191.

⁵⁰ *Lamy/Belçika*, 30.03.1989, Seri A, no: 151, pa.29. "Başvurucunun avukatı, tutulmanın ilk otuz gününde iç hukukta mahkemeler tarafından yapılan yorum nedeniyle tutuklama müzakeresi dışında soruşturma dosyasının inceleyemediğinden, başvurunun tutukluluğa karşı itirazı inceleyecek ve tutuklama müzakeresini onaylayacak olan yerel mahkeme karşısına çıkarıldığı zaman da dosyayı inceleme imkânı bulunmadığından, başvurunun avukatı kovuşturmanın dayanağı olan dosyadaki beyanlara ve görüşlere karşı etkili bir biçimde itiraz etme hakkı bulamadığından, yerel mahkemenin başvurunun tutulmasına veya salıverilmesine karar vereceği muhakemenin bu önemli aşamasında dosyadaki belgelere başvuru tarafından ulaşılmaması esas olduğundan (...) öte yandan iddia makamı dosyanın bütününe hâkim olduğu halde, var olan usul başvurunun tutulmaya gereği gibi itirazda bulunması için fırsat vermediğinden, olayda izlenen usulde silahlarda eşitlik ilkesi ile muhalifli yargılama ilkesi yer almadığından, olayda tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlalini" karar vermiştir.

celemenin kısa bir zamanda yerine getirilmesidir. Sözleşmede ya da Komisyon ve Mahkeme kararlarında kısa süre kavramının kesin bir tanımı yapılmadığı için bu süre her olayın kendisine özgü şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bu deyim ne derhal yahut hemen anlamına gelebilecek kadar dar; ne de makul kavramı kadar geniştir. Amaç özgürlükten mahrumiyet gibi sonuçları bakımından, kişi için, ağır ve önemli bir tedbiri keyfilikten kurtarmak, kanuna aykırı kısıtlamanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır⁵¹.

IV. Tazminat Hakkı

Sözleşmenin 5. maddesinin 5. fıkrası uyarınca 5. madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir kişi özgürlüğünü kısıtlama işleminin mağduru olan şahsın tazminat istemeye hakkı vardır. Fıkroda söz konusu olan husus böyle bir işlemde kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazminidir. Bu fıkra Komisyon'un deymi ile, somut ve gerçek bir hakkı güvence altına aldığı cihetle sözleşmeye taraf devletler kendi iç hukuklarında bu hakkın varlığı ve sağlanması yollarını yeteri açıklık ve kesinlik ile saptamak zorundadırlar. Ulusal hukukta tazmin yolunun bulunmaması hükmün ihlalidir.

Sözü edilen tazmin zorunluluğu yalnızca 5.madde hükmünün ihlaline ilişkin olup, Sözleşme'nin genel hüküm niteliğindeki 41.maddesi hükmünden, hakkaniyete uygun tazminat isteminden (just satisfaction) tamamen bağımsızdır. Ancak, kişiye tanınan bu hak, Sözleşmenin 41.maddesindeki hak ile birbirini tamamlamaktadır. 5.maddede öngörülen tazminat talebi, milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler

⁵¹ İHAM. Kararı özeti için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, s.144-145.

önünde öne sürülebildiği halde, 41.madde de belirtilen hakkaniyete uygun tazmin yöntemi, sözleşmenin ihlali halinde İHAM. Tarafından kararlaştırılarak gereği yapılmak üzere devletlere bildirilmektedir. Doğrudan doğruya Sözleşme'ye taraf olan devletlere hitap eden bu hüküm, elbette gerekli şartların varlığı halinde, 41.maddenin mahkeme tarafından uygulanmasına da engel değildir. Mahkeme 5.maddenin ihlali halinde 41. maddeyi uygularken ilgilinin iç hukuk uyarınca aldığı tazminatı göz önünde tutmaktadır.

Sözleşmedeki yeri ve ifade ediliş biçimi itibariyle 5.fıkra hükmünün uygulama bulabilmesi için, her şeyden önce Strasbourg denetim organlarının 5.maddenin ihlal olduğu hususunu saptamış bulunmaları gerekmektedir. Bu saptamayı takiben ilgilinin, ulusal merciler önünde ileri sürdüğü tazminat istemine olumlu yanıt alamaması halinde bu sefer, 5.fıkra hükmünün ihlâlî iddiası ile mahkemeye yeni bir başvuruda bulunması elbette mümkündür.

İç başvuru yollarının tüketilmesi koşulu nedeniyle bu yolun, hiç de pratik ve tatmin edici olmadığı açıktır. Bu nedenle mahkeme 5.maddeye aykırılığın saptandığı davalarda, gerekiyorsa talep üzerine 41. madde uygulaması ile tazminata da hükmederek sorunu, kısa yoldan çözmektedir.

V. SONUÇ

Diğer bütün özgürlüklerin kullanımının esaslı bir koşulu olarak nitelenen kişi özgürlüğünün korunması, yalnızca onun kabul edilip tanınmasıyla değil fakat bu özgürlüğü güvence altına almaya yönelik usul ve prosedür gereklerinin yürürlüğe konmasını, bunu sağlamaya yönelik mekanizmaların oluşturulmasını ve bunlardan daha az olmamak üzere,

bu özgürlüğe getirilebilecek kısıtlamaların bağımsız ve tarafsız bir makamın denetimi altına yerleştirilmesini gerektirir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, bir insan hakkı olarak yalnızca göstermekle kalmamış, bu hakkın güvencelerini de uluslararası hukuk bağlamında, devletleri bağlayıcı olarak belirlemiştir. Bir başka deyişle Sözleşme'nin 5. maddesi, ilk olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını temel kural olarak düzenlemekte, daha sonra bu hakkın güvencelerini ortaya koymakta ve hangi nedenlerle kısıtlanabileceğini sınırlı olarak göstermektedir. Buna göre kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ulusal hukuk bazında İHAS'nin 5. maddesinde belirtilen nedenler dışında kısıtlanamayacaktır. Ulusal hukuklar bu alanda Sözleşme'ye uygun düzenlemeler yapmak zorundadırlar. Ulusal hukukun Sözleşme'de güdülen amaca uygun olması gerekmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu konuda ulusal hukuka uygunluğun bulunup bulunmadığını denetlediği gibi, özgürlüğü kısıtlayıcı işlemin ulusal hukuka uygunluğunun yanında Sözleşme'nin 5. maddesinde güdülen amaca uygunluğunu da denetlemektedir.

Kişi özgürlüğü yanında güvenlik hakkı, kişinin özgürlüğüne yönelik keyfi işlemlere karşı korunmasını ifade eder. Bu nedenle güvenlik hakkı mutlaktır; hiçbir sınırlamayı kabul etmez. Ancak özgürlük hakkı Anayasa'da ve sözleşmede belirtilen nedenlerle kısıtlanabilecektir. Sözleşme'nin 5.maddesi hükmü, kişi özgürlüğünü devlete karşı korumaktadır. Kişiden kişiye karşı özgürlük kısıtlamalarında 5.madde hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır. İHAS'ın 5.maddesi ile bir insan hakkı olarak belirlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, aynı Sözleşme'nin 15.maddesinin 1.fıkrasına göre askıya alınabilmesi olanaklıdır. Söz konusu 15.madde, savaş ya da ulusun yaşamını tehdit

eden başka bir olağanüstü durumda, sözleşmeci taraflardan her birinin, durumunun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde Sözleşme’de öngörülen yükümlülükleri askıya alan önlemleri alabileceğini belirtmektedir. Aynı madde de, söz konusu önlemlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle çatışmaması koşulu da aranmaktadır

5.maddeye bakıldığında kişi özgürlüğü ve güvenliği, sınırlamalar ile sınırlamalara karşı güvenceler şeklinde formüle edildiği görülmektedir.

Madde, sınırlı olarak sayılan nedenlerle özgürlüğün kısıtlanması- nı toplumun yaşamı ve düzeni için zorunlu ve kaçınılmaz kabul ettiği için, kişi güvenliğine aykırı saymamıştır.

Aynı maddenin diğer fıkralarında da güvenceler sayılmıştır. Maddenin 2.fıkrası,” tutuklanan her kişiye, tutuklanmasını gerekli kılan sebepler ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamalar en kısa zamanda ve anladığı bir dilde bildirilir.” Şeklinindedir. Bu hükmün amacı, olası bir maddi hatayı önlemekten öte, maddenin 4.fıkrasında yer alan itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamaktır. Bildirimin içeriği her özel ve somut duruma göre amaca yani habeas corpus güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmalıdır.

5.maddenin 3.fıkrasının üç ayrı hususu düzenlediği görülmektedir. Birinci husus, yakalanan veya tutuklanan şahsın hemen bir hâkim veya adli görevi yapmaya kanunen yetkili kılınmış bir diğer memur önüne çıkartılmasının zorunlu sayılmasıdır.

3.fıkarda öngörülen ikinci önemli husus da, makul bir süre içerisinde yargılama veya hazırlık soruşturması sırasında serbest bırakılma

hakkıdır. Burada tutuklulukta makul sürenin aşılması amaçlanmıştır. Buradaki makul süreden farklı olup tutukluluk süresinin makul niteliği somut olay gözönünde tutularak değerlendirilir. Ulusal adli merciler tutukluluk halinin makul süreyi aşmış olmadığına karar verirken suçsuzluk karinesini gözönünde tutacaklardır. Sanığın suç işlediğine dair kuvvetli emarelerin mevcudiyeti tutuklama önleminin sine qua non şartı olmakla birlikte belli bir süre sonunda tek başına tutukluluğa geçiş teşkil edemeyecek, yetersiz kalacaktır.

Üçüncü önemli husus ise teminat yatırmak suretiyle serbest bırakılma hakkıdır. Alınacak teminatın amacı, suçtan doğan zararın giderilmesi olmayıp, tamamen sanığın duruşmada hazır edilmesidir. Alınacak teminatın sanığın ekonomik ve sosyal durumu ile orantılı olması gerekmektedir.

5. maddenin 4. fıkrası habeas corpus güvencesini içermektedir. Bu hüküm uyarınca, tutuklanan kişi özgürlüğü kısıtlama işleminin kanuna uygun olarak yapıp yapılmadığını, kısa sürede bir mahkemeye incelemek, aykırılık durumunda salıverilmesini istemek hakkına sahip kılınmıştır.

5.maddenin 5.fıkrasında, 5.maddede öngörülen ilkelere aykırı olarak yakalanan veya tutuklanan herkese, maddi veya manevi tazminat isteme hakkı tanınmıştır İHAS'nin 41.maddesinden farklı olarak bu hükümde öngörülen tazminat talebi, milli makamlara karşı ve ancak milli mahkemeler önünde öne sürülebilir.

BİBLİYOGRAFYA

1-AKAD, Mehmet, Genel Kurul Hukuku, 2. B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.

2-AKIN, İlhan, “Genel Kamu Hukuku”, 5.B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 1987

3-AVCI, Mustafa, “Anayasa Kurumu Olarak Kişi Güvenliği Kavramı”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:6, Diyarbakır, 1993,

4-CENTEL, Nur-Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İst. 2003,

5-DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlar Rehberi (1960-1994)

6-DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, Fakülteler Matbaası.

7-GOMIEN, Dona, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, Law and practice of the European Convention on Human and the European, Social Charter, Strasbourg, Council of European Convention on Human and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing 1996.

8-GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s.221

9- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İnsan Haklarının İç Hukukta Uygulanması Kolokyumu, Ankara 1992.

10-GÜNEŞ, Seyithan, Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1998.

11-GOMIEN, Dona, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, Law and Practce of the European Convention on Human and the European Social Charter, Strasbourg, Councill of Europe Publishing. 1996.

12-JACOBS, Francis, G., WHITE, Robin C., The European Convention on Human Rights, Oxford, 1996,

13-KAPANI, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7.B., Ankara, 1993, Yetkin Kitabevi.

14-KESKİN, Serap, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Halkına İlişkin Anayasal Değişiklikler İ:Ü Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:1-2, İstanbul, 2002

15-KESKİN, Serap, “Kişi özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, Cogito, 1.Baskı, yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000

16-MURDOCH, J.L., Article 5 of the European Convention on Human Rights, the Protection of Liberty and Security of person, Strasborg, Council of Europe Publishing, 1996.

17-TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, Türkiyenin İnsan hakları Sorunu, 1.baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2002.

18-ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri, Ankara, 2001, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları

19-ÜNAL, Şeref, Temel hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara 1997

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

Akdeniz ve Öte./Türkiye, 31.05.2001, no.23954/94.

Aksoy/Türkiye,1812.1996.Rec.1996,Cilt.IV,fasc.26.

Bozana/fransa, 18.12.1986, Seri A, no.111,

Çakıcı/Türkiye , 08.07.1999, no.23657/94,CEDH 1999,IV

Dikme,Türkiye, 11.07.2000, no.20869/92,CEDH 2000, VIII.

Doğu Afrikalı Asyalılar v.Birleşik Krallık, 6 Mart 1978,
no,4626/70.

Huber/İsviçre,23.10.1990. Seri A,no.188

Kurt,Türkiye ,25.05.1998,Rec.1998,cilt.III,fasc.74.

Lamy/Belçika,30.03.1989, Seri A, no.151.

Neumeister/avusturya,27.06.1968, SERİ A,NO:8.

Nikolova/Bulgaristan,25.03.1999.no.31195/96,CEDH 1999,II.



**TEKNOLOJİ, KURUMLARIN ELEKTRONİK ORTAMDA
YARGIYA ENTEGRASYONU VE ETKİN YARGI**

Atilla PINAR (★)

ANLATIM DÜZENİ: I- TEKNOLOJİ, 1- HAYATI KOLAYLAŞTIRAN TEKNOLOJİ, 2- MODERN HAYAT VE TEKNOLOJİ, 3- TEKNOLOJİ VE DEVLET, 4- TEKNOLOJİ VE “GERÇEK” ADALETİN TESİSİ, II- ADİL YARGILAMA, 1- MAKUL SÜREDE YARGILAMA, 2- ETKİN (SERİ ŞEKİLDE SONUCA GÖTÜREN) YARGILAMA, 3-TEKNOLOJİNİN ETKİN YARGILAMAYA ETKİSİ (YANSITILMASI), III- TEKNOLOJİNİN YARGININ EMRİNE ADAPTE EDİLMESİ (ENTEGRASYONU), IV- TEKNOLOJİK ARGÜMANLARI BENİMSEYEN VE BÜNYESİNE İTHAL EDEN YARGI VE BUNUN YARGISAL HİZMETTEKİ MUHTEMEL YANSIMALARI, V- SONUÇ

(★) *Adalet Müfettişi.*

I- TEKNOLOJİ

1- HAYATI KOLAYLAŞTIRAN TEKNOLOJİ

Bugün teknolojinin hayatımızı ne kadar kolaylaştırdığını açıklamakta fazla zorlanacağımızı sanmıyorum. Örneğin eskiden bir ayda gidilen mesafenin bugün bir günde veya saatler ile ifade edilen sürede katedildiği, yazdığımız bir mektubun aylar sonra muhatabına gittiği günlerden aynı metnin e-mail yoluyla “anında” ulaştığı, aylarca sesine ve simasına hasret kaldığımız yakınlarımızın bugün cep telefonu vasıtasıyla sesini ve soluğunu canlı duyabildiğimiz vakıadır. Bu bahsi fazla uzatmanın pratik faydası olacağını sanmıyorum.

2- MODERN HAYAT VE TEKNOLOJİ

Teknoloji ile eskiden yeterli servete sahip bazı şahıslara özel olan giyim, araba ve sair araç gereçler, fabrikalar ve seri üretim ile bugün normal hale gelmiş, temini kolaylaşmış ve ucuzlaşmıştır. Matbaa ürünü kitap ve dergiler ve yine salt görüntüsüyle Televizyon sayesinde oturduğumuz yerden değişik kültürleri, coğrafyaları ve dünyayı tanımak kolaylaşmıştır. Yine uçak gemi veya araba ile dünya turu atmak hem de günlerle sayılacak sürede gezmek mümkündür. Son aşamada bugün teknolojik devrimler sayesinde uzay gemisi ile uzaya gerçekleştirilen ve milyon dolarla yapılabilen uzay turizmi de literatüre girmiştir.

3- TEKNOLOJİ VE DEVLET

Bilgisayar ve otomasyonun devlete ithali ile bugün kamu hizmetleri önceki zamanlara göre çok daha hızlı şekilde sunulabilir hale gelmiştir. Bu meyanda da birkaç örnek verilecek olursa şunlar söylenebilir. Memur adayları Kamu Personeli Seçme Sınavına hiçbir resmi dai-

reye gitmeden doğrudan ÖSYM'nin İnternet sitesi üzerinden ve sanal ortamda başvurabilmekte ve sınav sonrası yerleştirme sonuçlarını da yayınlandığı anda internet üzerinden öğrenebilmektedirler. Yine çalışanlar kıdemleri, ödedikleri prim miktarı, varsa prim borçları veya emeklilik için gerekli zamanı-kalan süreyi Sosyal Güvenlik Kurumunun internet sitesi üzerinden hiçbir resmi daireye gitmeksizin ve herhangi bir memur ile görüşmeksizin ve oturduğu yerden belki evinden öğrenebilmektedir. Yine herhangi bir kurumdan önceleri günler sonra alınabilen bir kayıt bugün saniyelerle ölçülen sürede alınmaktadır. Bu husus da somut olup zaten günlük hayatta birebir karşılaşmaktayız.

4- TEKNOLOJİ VE “GERÇEK” ADALETİN TESİSİ

Bu hususun iki ayrı örnekle açıklamasında fayda olacağı kanaatindeyim.

1. örnek; 100 yıl önce bir kasap müşterilerine etini satmak üzere dükkânının önünde bir koyunu bıçakla kesmiş ve o halde iken tiz bir çığlık sesi duyarak irkirmiştir. Akabinde sesin kime ait olduğu ve neler yaşandığını öğrenmek için apansız elindeki kanlı bıçak ile etrafı aramaya başlamıştır. Derken birkaç dakika içinde hemen yan sokakta bir çocuğu boğazı kesilmiş ve ölü olarak bulmuştur. Çocuğun boğazı bıçakla kesilmiş vaziyettedir ve etrafta cesetten başka hiçbir şey yoktur. Tam bu anda yani kasap “elinde koyunu boğazladığı kanlı bıçak ile” çocuğun başında ne olduğunu anlamaya çalışırken çığlık sesini duyan ve olayı merak eden birçok insan daha sokağa girmiştir. O günün şartlarında “görgü şahitlerinin beyanı ile sabit.!!!” elinde kanlı bir bıçak ve boğazı kesilerek öldürülmüş bir çocuk cesedinin başında yakalanan ‘!!!’ kasabın hangi savunmasına kim itibar eder?. Hâlbuki bugün geli-

şen teknoloji ve özelde ADLİ TIBBIN aldığı devasa mesafe ile kasabın elindeki bıçak üzerinde bulunan KANIN boğazı kesilerek öldürülen çocuğa mı yoksa kesilen koyuna mı ait olduğunun tespiti salt bir kan analizi yani DNA TESTİ ile mümkün hale gelmiştir.

2. örnek; Kötüniyetli davacı Z, Hazine aleyhine açtığı davada gerçekte evvelden beri ve halen orman olan bir yerin atadan ve öteden kendisine miras kalan ve zilyedi olduğu tarla olduğunu iddia ederek hazine adına olan tapunun iptali ile kendisi adına tescilini istemiştir. Akabinde yapılan keşifte de keşif heyetine davalı yeri değil aynı mevkide bulunan kendisine ait, dava dışı, üzerinde üzüm bağı olan başka bir yeri göstermiş ve gezdirmiştir. Kendisinin kötüniyetli olduğunu vurgulamıştık, bu meyanda mahalli bilirkişiye baskı yaptığını ve tanıkların da yönlendirdiğini kabul edelim. Hele bir de heyetle beraber gelen fen bilirkişisi de davalı taşınmazın gösterilmesini davacıdan istemişse artık bu keşifle varılacak sonucun ne kadar sağlıklı olacağı ve görünüşte değil gerçek adaletin ne oranda sağlanacağı malumdur. Bu örneği iyiniyetli, aynı mevkide birden çok taşınmazı olan ve gerçekte haklı ve fakat keşif sırasında heyete gerçek dava ettiği taşınmaz yerine yine sehven kendisine ait başka bir taşınmazı gezdiren davacıya da teşmil edebiliriz. Burada da gelişen teknoloji ve bunun yargıya yansıtılması sonucu salt sağlıklı keşif ve doğru yerin görülmesi, nihai sonuç olarak da gerçek adaletin tesis açısından “Taşınmaza ait Koordinatlı paftanın GPS CİHAZI kullanılarak mahalline uygulanması ile” davalı taşınmaz hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak ölçüde ve santimetrelerle kıyaslanacak hata payı ile belirlenip üzerindeki bitki örtüsü, muhdesat vs. yönünden saptanabilecektir. Tüm bunlar bugün adaletin tesisinde Hâki-

min ne kadar güçlü ve zengin olanaklara yani teknik altyapıya sahip olduğunun göstergesidir.

Tabii burada Büyük Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün "Hayatta en hakiki mürşit ilimdir" sözünün ne kadar anlamlı olduğunu hatırlamadan edemeyeceğiz.

II- ADİL YARGILAMA

1- MAKUL SÜREDE YARGILAMA

Mevzuatımızda;

a- 09/11/1982 tarih ve 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 141. maddesinde son fıkrası "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

b- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıcında atıf yaptığı ve temel dayanağı olan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesi "Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir."

c- 04.11.1950 tarihinde ve Roma'da kabul edilerek yürürlüğe giren, Devletimiz tarafından ise 19.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu ile tasdik edilerek iç mevzuatın bir parçası haline getirilen ve 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesi ile de normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri belirlenen İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin "Adil yargılanma hak-

kı” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası “Her şahıs gerek medeni hak ve vebeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanunî, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.”

d- 04/07/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77. maddesi “Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir.”, 377. madde 1. fıkra son cümlesi “Tayin edilecek gün, acele durumlar dışında yedi günden az olamaz.”

e- Mülga 20/04/1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun “Tebliğ ile duruşma arasındaki mehil” başlıklı 210/I. maddesi “Yukarıdaki madde mucibince celpnamenin tebliğiyle duruşma günü arasında en aşağı bir hafta geçmek icap eder.”, “Duruşma usulü” başlıklı 219. maddesi “Duruşma, hükme iştirak edeceklerin huzur ile ara vermeksizin cereyan eder.”

f- Meri 17/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağırılması” başlıklı 176/4 maddesi “Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kağıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.”, 190. maddede “Duruşmaya, ara vermeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir.” hükümleri mevcuttur.

Hal bu iken ve;

a- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi henüz daha ortada yok iken (Her ikisinin kabullerinden 21 ve 23 yıl önce) Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin engin basiret ve feraset sahibi kurucusu Ulu Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk ile çalışma arkadaşlarının 1927 yılında iktibas ettikleri 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 1929 tarihli 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanun'unda "makul süre" düzenlenmiş olduğu halde,

b- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesi hükmüne aykırı davranıldığı ve davanın makul bir süre içinde karara bağlanmadığı gerekçesiyle Devletimiz aleyhine tazminatla sonuçlanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin; 30 Ekim 2001 tarih ve 31960/96 sayılı Pekdaş/Türkiye kararı, (Yargı Mevzuatı Bülteni, 04 Haziran 2002, Sayı 180, Sayfa 37-41), 22 Aralık 2005 tarih ve 50165/99 sayılı Ali Rıza DOĞAN/Türkiye kararı, (Yargı Mevzuatı Bülteni, 14 Kasım 2006, Sayı 316, Sayfa 44-49) ve 22 Aralık 2005 tarih ve 40530/98 sayılı AYDOĞAN/Türkiye kararı, (Yargı Mevzuatı Bülteni, 28 Kasım 2006, Sayı 318, Sayfa 18-20) ile benzeri tazminat davaları,

Bir yargı mensubu olarak beni üzmektedir.

Hâlbuki Türk Yargı Teşkilatı, üreteceği üstün değerlerle insan hakları ve özgürlükler alanında uluslararası yargı camiası içerisinde emsal alınacak karar ve uygulamalara imza atabilecek yeterlilik ve olgunluğa sahiptir.

2- ETKİN (SERİ ŞEKİLDE SONUCA GÖTÜREN) YARGILAMA

Platon'dan beri tartışılan bir olgu da insanların ömrünün mahkemelere gelip gitmekle bitip tükenmeyen celselerle tüketilmesi, uzayan davalarla sonucun alınamamasıdır. Hatta hukuk felsefesinin önemli bir konusu da adaletin zamanında gerçekleşmesi olup, "zamanında gerçekleşmeyen adaletin adalet olamayacağı"ndan bahsedilmektedir.

3- TEKNOLOJİNİN ETKİN YARGILAMAYA ETKİSİ (YANSITILMASI)

Buna yönelik sadece bir örnek yeterli olur sanırım. Malumunuz daktilo ile çalışmış meslektaş sayısı hiç de az değildir. Ve ne kadar zaman aldığı, kâtibin yaptığı dilbilgisi yanlışının telafisi için ne meşakkatler çekildiği halen hafızalardadır. Hâlbuki bugün bilgisayar ile gü-rültüsüz ve seri duruşma yapılması bir yana karar yazılması da oldukça kolaylaşmış ve meslektaşlar büyük oranda rahatlamıştır.

III- TEKNOLOJİNİN YARGININ EMRİNE ADAPTE EDİLMESİ (ENTEGRASYONU)

- 1- Nüfus Kayıtlarının,
- 2- Tapu Kayıtlarının,
- 3- Mevduat hesapları dâhil Banka Kayıtlarının,
- 4- Askerlik Bilgilerinin,
- 5- Gemi Sicili ve Uçak Mülkiyeti Kayıtlarının,
- 6- Karayolu Motorlu Taşıtlarına ait Trafik Tescil Bilgilerinin,

7- Adli Sicil Kayıtları dâhil tüm Yargısal İşlemlerin,

8- Kamu alanında ve Yargının temas edebileceği (muhatap olabileceği) diğer Kurum ve Kuruluşların (Sosyal Güvenlik Kurumu, Başbakanlık Sosyal Haklar ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Mehmetçik Vakfı, vs.'nin) elektronik ortamda yargı teşkilatına entegrasi halinde hem devlet projesi bir şekilde uygulanmış olacak hem de şu an en güncel problemlerden biri olan her kurumun müstakil oluşu diğer anlamda başka kurumlardan habersiz, iletişimsiz ve koordinesiz çalışmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

IV- TEKNOLOJİK ARGÜMANLARI BENİMSEYEN VE BÜNYESİNE İTHAL EDEN YARGI VE BUNUN YARGISAL HİZMETTEKİ MUHTEMEL YANSIMALARI

Bu hususun da iki adet somut örnekle daha iyi anlaşılacağını düşünmekteyim.

1- Suça karışan veya suçta kullanıldığı düşünülen aracın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/2. maddesi gereği Trafik Tescil Kaydına "satılamaz şerhi"nin Cumhuriyet Savcısının Uyap üzerinden Tescil bilgilerine ulaşarak ve elektronik ortamda bilgisayarının "enter" tuşuna basarak saniyenin milyonda biri bir hızla "an"ında müdahalesi, seri işlem yapılması, aracı satışının engellenmesidir.

2- Hukuk Mahkemelerinden ve genellikle Değişik İş (Müteferrik) evrakı üzerinden verilen 1086 sayılı HUMK'un 101 ve devamı maddeleri gereği İhtiyati Haciz veya taşınmazın satışının yasaklanması gibi İhtiyati Tedbir kararlarının hâlihazır durumunun barındırdığı tehlike ve hukuki sakatlıkların aşılması yine Hâkimin elektronik ortamda bilgisayarının "enter" tuşuna basarak saniyenin milyonda biri bir hızla verdiği

kararın derhal ve seri şekilde “an”ında sonuçlanması, hâlihazırda olduğu gibi yazılı kararı alan alacaklının icra müdürlüğüne veya tapu müdürlüğüne gidene kadar borçlunun bütün malvarlığını kaçırmamasının, hesapları boşaltmasının veya taşınmazları devrinin önüne geçilmesidir.

Şöyle ki;

a- Örneğin Borçlusu Sakıp SABANCI veya Rahmi KOÇ ve toplam alacağı 100.000,00 YTL olan bir alacak iddiasıyla herhangi bir şahsın Mahkememize geldiğini ve İhtiyati Tedbir (İhtiyati Haciz veya taşınmazlarının satışının yasaklanması) kararı istediğini varsayalım.

Uygulamada mahkemelerin şu anki çalışma sistematiği; eğer dilekçede ilk aşamada haklılık payı varsa yani alacak senede (ispatlanabilen bir belgeye) dayanıyorsa talebin kabulü ile alacaklının alacağına yetecek kadar borçlunun taşınır ve taşınmaz malvarlığı üzerine tedbir konulmasından ibarettir.

Böyle bir kararın içinde barındırdığı sakatlık ve tehlikeler ise şunlardır;

aa- Öncelikle her iki şahıs da tanınmış işadamları olup, malvarlıkları yanında ulusal ve uluslararası “Ticari İtibarları” da vardır. Ki bu itibar salt yerel değil aynı zamanda küresel çaptadır. Bu şahısların veya benzerlerinin firmalarının ülke ekonomisine ve devletimizin uluslararası itibarına katkıları da hepimizin malumudur. Alacaklının alacağı ile sınırlı bir karar yerine malvarlığının tamamı üzerindeki tasarruflar mahiyette verilen tedbir kararı ile bu şahıs ve firmaların ve ülkemizin kaybedeceği prestij ve itibarı dikkate almak gerekir.

bb- Her iki işadaminin da malvarlığı aleni olup tespit edilebilir ve ulaşılabılır durumdadır. (Eğer Elektronik ortamda Yargı ile diğer tüm kurum ve kuruluşların sistemleri entegre edilebilirse Banka hesapları ve taşınmaz bilgileri vasıtasıyla)

cc- Katrilyonluk malvarlığı bulunan bir şahsın cüzi miktardaki borcu nedeniyle tüm malvarlığı üzerine tedbir koymak ne kadar adildir veya hakkaniyet ve nesafete uygundur.! Sorgulanmayan, tartışılmayan ve mutata hale gelen işbu uygulamanın ciddi anlamda hukuka aykırı olduğunu ve sorumluluğu barındırdığını düşünmekteyim. Bunun yerine güvenli bir şekilde bütün koruma duvarları örülerek kurumların elektronik ortamda yargı teşkilatına entegrasyonu halinde örneğimizdeki borçlulardan birinin malvarlığı bilgilerine Hâkimin elektronik ortamda ulaştığını ve birçok bankada birçok hesap veya aynı bankada birçok hesap veya tek bankada tek hesabı olduğunu veya birçok taşınmazı (yatı, katı, uçağı dahil malvarlığı) olduğunu gördüğünü varsayalım. Bu durumda Hâkim sadece borca yetecek miktarı girebilecek ve hatta sadece bir hesapta alacak kadar miktarı bloke edebilecek veya borca yetecek değerdeki sadece bir taşınmazın üzerine devir yasağı “ferağdan men şerhi” koyabilecektir. Bütün bunlar anında yapılacak ve borçlunun borca yeten malvarlığı dışındaki malvarlığı zarar görmeyecek, belki ekonomik sıkıntıya girmeyecek, bütün malvarlığı üzerindeki tasarrufu kısıtlanmak suretiyle iflasına yol açılmayacak, ailesi, iş ortamı ve çevresindeki itibarı zedelenmeyecek ve en önemlisi alacaklının hakkına kavuşması sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla her iki taraf açısından hak yerini bulacak ve adalet tecelli edecektir.

Adaletin bir tanımını da herkese (alacaklıya-borçluya) hakkının teslimi idiye burada da ne alacaklının alacağına kavuşması engellenmiş

olacak ne de belli bir borcundan dolayı borcundan çok daha fazla malvarlığına sahip borçlunun malvarlığı ve kişiliği üzerinde yıkıma yol açılmış olacaktır.

dd- En az bunlar kadar önemli bir diğer nokta ise “alacaklının alacağına yetecek miktarda borçlunun taşınır ve taşınmaz malvarlığı üzerine tedbir konulmasına” şeklindeki bir kararı KİM, NASIL VE NEYE GÖRE İNFAZ EDECEKTİR ?, !.

Böyle bir kararı kim uygulamalı sorusunun yanıtı olarak uygulama makamında olan iki kurum vardır. 1. İcra Müdürlüğü, 2. ise Tapu Müdürlüğüdür.

Bu karar nasıl ve neye göre infaz edilecektir sorusu ise son derece kritik olup net ve kesin cevap vermek hayli zordur. Çünkü işbu tedbir kararını (İhtiyati Haciz veya ferağdan men) infaz edecek her iki kurum da genelde malvarlığının tamamına yönelik tasarrufta bulunmaktadır. İcra müdürü şahıs adına mevcut veya yatacak paranın tamamına yönelik işlem yaptığı gibi tapu müdürü de aynı şekilde borçlu adına kayıtlı tüm taşınmazların kaydına ferağdan men şerhi düşmekte ve ‘meseleyi toptan hallettiğini ve risk almadan çözdüğünü’ düşünmektedir. Böylece açık ve net olup infazda da tereddüde yol açmaması gereken bir yargısal karar sonuçta infaz makamında bulunan kişinin şahsi yeteneği, öngörüsü ve hukuk bilgisine vukufiyetine (keyfilğine veya sübjektif uygulamasına!!!) terk edilmektedir. Deyim yerinde ise Hâkim yargı yetkisini infaz aşamasında terk ederek başkalarına devretmekte ve muğlâk kararın içinin doldurulmasını da hukuk formasyonu (disiplini) olmayan kişilerin ihtiyarına terk etmektedir.

Halbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25321/02 Başvuru Nolu, 26 Haziran 2007 tarihli ÜLGER/Türkiye kararı ile “AİHM, AİHS’nin 6 § 1. Maddesi’nin herkese, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili olarak, bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkı verdiğini yineler; bu yolla, hukuki konularda mahkemelerde dava açma hakkı anlamına gelen erişim hakkının bir yönünü teşkil ettiği “mahkemeye gitme hakkı”nı da çerçevesi içine alır. Öte yandan, Sözleşmeye Taraf Devletlerden birinin iç hukuk sistemi, nihai ve bağlayıcı bir kararın, taraflardan birinin zararına geçersiz kalmasına izin verirse, bu hak aldatıcıdır. AİHS’nin 6 § 1. Maddesi’nin, hâkim kararlarının uygulanmasını güvence altına almadan, davacılara tanınan usule ilişkin teminatları – hakkaniyete uygun, açık ve süratli davalar – ayrıntılı olarak tanımlaması düşünülemez. Bu Madde’nin yalnız mahkemelere erişim ve davaların idaresi ile ilgili olduğu biçiminde yorumlanması, Sözleşmeye Taraf Devletlerin AİHS’yi kabul ettiklerinde uymayı taahhüt ettikleri hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyuşmayan durumlara yol açabilir. Bu nedenle, mahkemelerin verdiği kararların uygulanması, AİHS’nin 6 § 1. Maddesi’nin amaçları doğrultusunda, “yargılama”nın tamamlayıcı parçası olarak değerlendirilmelidir (bkz. Hornsby – Yunanistan ve Burdov – Rusya, 59498/00).

AİHM, kararların uygulanmasının yargılamanın bütünüleyici parçasını teşkil etmesi gibi, “medeni hak ve yükümlülüklerin” belirlenmesi için ilk derece ve temyiz mahkemelerine erişim ile beraber mahkemeye gitme hakkının da (bkz. Kreuz – Polonya, 28249/95), icra dairesine erişim hakkını eşit derece koruduğu kanısındadır (bkz., gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Manolescu ve Dobrescu – Romanya,

60861/00).” değindiği gibi bir kararın infaz aşaması da yargılamanın ayrılmaz parçasıdır.

ee- Bunların yanında mevcut uygulamanın başka bir sıkıntısı da şudur ki; verilen tedbir kararını alan alacaklı taraf salt kararlar yetine-meyeceğinden bunu infaz etmelidir ki sonuç alsın. Ancak işte tam bu aşamada kararın alınışı ile icra veya tapu müdürlüğüne intikal edene kadar geçen sürede genellikle “Atı alan Üsküdar’a geçmektedir”. Alacaklıya ise kala kala neticelendirilememiş ve infaz kabiliyeti bulunma-yan salt bir Hâkim kararı kalmaktadır. Bunun ekonomik hayat, sosyal barış ve devlete olan güven duygusuna yansımaları ise son derece negatif olmaktadır. Hâlbuki etkili, adil yargılamadan amaç sonuç alan ve bunu en seri şekilde gerçekleştiren yargı olsa gerekir.

V- SONUÇ

Nüfus Kayıtlarının, Tapu Kayıtlarının, Mevduat hesapları dâhil Banka Kayıtlarının, Askerlik Bilgilerinin, Gemi Sicili ve Uçak Mülki-yeti Kayıtlarının, Karayolu Motorlu Taşıtlarına ait Trafik Tescil Bilgi-lerinin, Adli Sicil Kayıtları dâhil tüm Yargısal İşlemlerin, Kamu ala-nında ve Yargının temas edebileceği (muhatap olabileceği) diğer Ku-rum ve Kuruluşların (Sosyal Güvenlik Kurumu, Başbakanlık Sosyal Haklar ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Mehmetçik Vakfı, vs.nin) güvenli bir şekilde bütün koruma duvarları örülerek elektronik ortamda yargı teşkilatına entegresi halinde suçla mücadele ve hukuk alanında hakkın teslimi ve tespitinde velhasıl adaletin tecellisinde son derece seri hare-ket eden yargıya bizi ulaştıracakđı kanaatindeyim.



KORUMA TEDBİRİ OLARAK YAKALAMA VE GÖZALTI

Süreyya SAYGIN (★)

ANLATIM DÜZENİ: § Giriş, 1. İnsan Hakkı Olarak Özgürlük ve Güvenlik, 2. AİHS'nde Yakalama ve Gözaltı, 3. İç Hukukumuzda Yakalama ve Gözaltı, 3.1. Anayasa, 3.2. Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Yeni Duruma İtirazlar ve Terörle Mücadele Kanunundaki Değişiklik, § Sonuç

§ Giriş

Hukuk devletinin en önemli görevlerinden biri toplumsal adaleti tesis etmesidir. Kuşkusuz, bu adaletin gerçekleştirilmesinin başlıca koşullarından biri de bağımsız ve tarafsız yargı organlarının varlığı ve kişilerin özgürlük ve güvenlik haklarının bu yargı organlarınca güvenceye alınmasıdır.

Hukuk devletinde kişilerin özgürlüğü hususunda düzenlemeler gerek anayasa ile gerekse yasalarla teminat altına alınmış olmalı ve uygulama bu yasal çerçevelere uygun olmalıdır.

(★) *Hakim.*

Ancak kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılması veya geçici olarak elinden alınması durumu söz konusu olabilir. Bu hallerde hukuk devletinin, devletin otoritesinden kaynaklanan işlem ve eylemler önceden bilinir, bu yolla hukuki güvenlik ve belirlilik sağlanır⁽¹⁾ ilkesi uyarınca kişinin hangi hallerde özgürlüğünün kısıtlanacağına kanunlarca açık bir şekilde dile getirilmesi gerekmektedir. Özgürlük asıl, sınırlamalar istisna teşkil etmelidir.

Son dönemde ülkemizde Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum çerçevesinde ceza muhakemesinde koruma tedbiri kurumlarından sayılan yakalama ve gözaltı kurumlarında bir takım değişikliklere gidilmiş ve yeni bir uygulama dönemi başlamıştır.

Yazımızda yakalama ve gözaltı kurumu öncelikle insan hakkı bağlamında irdelenecek, daha sonra AİHS'nin öngördüğü durum ve ülkemizdeki mevzuat yapısı ile mevcut uygulama incelenecek olup son olarak bazı eleştirel yaklaşımlarda bulunulacaktır.

1. İnsan Hakkı Olarak Özgürlük ve Güvenlik

İnsan hakları insan ve hak kavramları üzerine kurulmuş bir hukuk disiplini olup terim olarak, hukuki yönden insan, daha ziyade gerçek kişileri ifade etmekte ve gerçek kişiliğin başlangıcı konusunda ise tam ve sağ doğum esas alınmaktadır. Ayrık olarak doğum öncesi varlıklar bağlamında da insan haklarını ilgilendiren önemli konular -cenin ve ceninin korunması gibi- bulunmaktadır. Tarihsel gelişim sürecinde insanın insan olarak kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, zaman

(1) Mustafa Kemal Tolunay, Demokrasinin Anahtarı: Hukukun Üstünlüğü

aşımına uğramaz hak ve özgürlüklerinin anayasalarda yer aldığı görülmektedir.⁽²⁾ Günümüz çoğul demokrasilerinde insan hakları, sadece kanunlarda yer verilmekle kalmayan yargısal olarak da koruma imkânı tanınmış bir güce kavuşmuştur.

Bireyin hakları konusunda, uluslararası hukukta, ülkelerin iç sorunu olarak ele alınması anlayışı II. Dünya Savaşı sonrası değişime uğrayarak, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına geçilmiş ve günümüzde iç hukukları etkileyen ve son başvuru mercii olarak görülen AİHM gibi uluslararası kurumlar kurulmuştur.

Hakların önceliği bağlamında İnsan hakları konusunda; klasik (koruyucu) haklar- isteme hakları, bireysel-kolektif haklar, koruyucu, isteme-katılma hakları gibi kategoriler oluşturulmuştur.

İnsan hakkı olarak özgürlük ve güvenlik hakları, klasik (koruyucu), bireysel haklar kategorisine girmektedirler. Bu hakların klasik özelliği, bireye tanınan güç ve yetki ile onu devlete ve diğer toplum bireyelerine karşı koruyan, bireyin devletçe aşlamayacak ve dokunulmayacak hak ve özgürlükleri olmalarıdır. Bu haklara negatif statü hakları denildiğini de görmekteyiz. İnsanın sahip olduğu bu doğal haklar, hak sahiplerini yetkili, yani aktif bir konuma getirirken, devleti ve diğer üçüncü kişileri o kişinin hakkına saygılı olma yükümlülüğü altına sokar. Bu görüş özellikle klasik liberal doktrinin devlet anlayışında bulunmaktadır.⁽³⁾

(2) Tezcan-Erdem-Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 10-11

(3) Tezcan-Erdem-Sancaktar, a.g.e., s. 16

Özgürlük ve güvenlik hakları, uluslararası belgelerde bir arada kullanılmakla birlikte güvenlik kavramının özgürlük hakkının yanında kendine özgü bir anlamı olmayıp, özgürlük kavramı ile bağlantılı anlaşılmalıdır. Çünkü bu hak mutlak bir hakkı ifade etmektedir. Zira ister özgür, isterse gözaltına alınan, tutuklanan, özgürlüğü kısıtlanmış herkes bu haktan yararlanır ve kendi isteğiyle olsa dahi bu haktan vazgeçemez.⁽⁴⁾

Öte yandan kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından, toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlüklerden istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir şeydir.

Öyleyse özgürlük ve güvenlik hakkı benzersiz bir haktır ve bu haklar bir bütün olarak değerlendirilmelidir.⁽⁵⁾

Kişi özgürlüğünün doğal sonucu olan güvenlik hakkı, bireyin bedeni hareket serbestliğinden alıkonulmaması demektir. Emniyet içinde olmak, keyfi olarak yakalanmamak, gözaltına alınmamak, tutuklanmamak, tam tersine gidip-gelme (dolaşım, seyahat) ve özel yaşam özgürlüğünden yararlanmaktır. Güvenliğin diğer kişiler karşısındaki gerekleri, medeni sorumluluk kuralları ile ve her türlü şiddete başvuranlara karşı ceza yasası yaptırımları ile karşılanır. Kamu makamları karşısında

(4) Tezcan-Erdem-Sancaktar, a.g.e., s. 167

(5) Monica Macovel, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 6

güvenlik gerekleri, bir hukuk devletinde ceza hukuku ve ceza yargılama-
masını yönlendiren belli ilkelerde kendini gösterir:

Öncelikle, bireyi keyfi yakalama ve gözaltına almaya karşı koru-
mak (dar anlamda güvenlik ilkesi)

Sonra, bireyin maddi ve manevi varlığını zedeleyici ceza ve aşağı-
layıcı işlemleri yasaklamak (vücut bütünlüğüne sahip olmak hakkı)

Nihayet bunları güvence altına almaya yönelik prosedür ve usul
gereklerini yürürlüğe koymaktır.⁽⁶⁾

Bu bilgiler ışığında yakalama ve gözaltına alma kurumlarının in-
sanın özgürlük ve güvenlik hakları içerisinde değerlendirilmesi gerekti-
ği anlaşılmaktadır.

2. AİHS’nde Yakalama ve Gözaltı

AİHS’nin Özgürlük ve güvenlik hakkı başlıklı 5. maddesi; “1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine bir kim-
senin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine

(6) İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 171-172

getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında

serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma 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.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.”

Hükümlerini öngörmüştür.

AİHS'nin 5. maddesi 1. paragrafında “Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” hükmü uyarınca herkesin özgürlük hakkından istifade etmesi gerektiği ve dolayısıyla kişinin bu hakkından yalnızca istisnai ve yasal olarak mahrum edilebileceği karinesini getirmiştir. Bu madde, bu hakkın koşulsuz, şartsız ve kesin bir şekilde ortaya konulması ile başlamakta ve özgürlüğün hangi hallerde kısıtlanabileceğini sınırlı bir şekilde alt fıkralarda saymış olup, yasal düzenlemelerle de kısıtlanabileceğini belirterek iç hukuka yollama yapmıştır.⁽⁷⁾

Yakalama ve alıkoyma terimlerinin sözleşmenin 5. maddesinin tüm hükümlerinde sık sık kullanıldığı görülmektedir. Bu terimler -

(7) Monica Macovei, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı. s. 8

ulusal hukukta anlamları ne olursa olsun- sözleşmede, temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir. AİHM, 5. maddenin 4. fıkrasında öngörülen yargı gözetimi teminat şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Özgürlükten mahrumiyete neyin yol açtığı ve bu uygulamanın ne zaman başladığının net olması gerekir. Zira 5. maddede de öngörülen koruma bu andan itibaren başlayacaktır. Ceza yargılamasında da kişinin ne zaman özgürlüğünden mahrum edildiği ve bu sürenin ne kadar olduğu önem arz etmektedir.

AİHM, kişi özgürlüğünün mahrum edilmesi halinde, öncelikle ilgili ulusal kanunun gereklerinin yapıp yapılmadığını tespit etmektedir. Bu tespitin temel bir usule uygun davranılıp davranılmadığının ya da alınan tedbire ilişkin yasada bir hüküm bulunup bulunmadığının belirlenmesi içindir. Raninen-Finlandiya (16 Aralık 1997) davasında kamu hizmetini yerine getirmeyi reddeden bir kişi tutuklanmıştır. Ancak kendisine daha önceden kamu hizmetini yerine getirmeyi reddinde ısrar edip etmediğinin sorulması gerektiği ve bu usulün yerine getirilmemesi nedeniyle AİHM Finlandiya devletini mahkum etmiştir.⁽⁸⁾

5. maddeye göre yakalama halleri şunlardır;

Mahkemece verilmiş bir mahkûmiyet kararının infazı için, (5/1-a)

(8) Monica Macovel, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 11

Kişinin yasaya uygun bir mahkeme kararına uymasını sağlamak ya da yasanın öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için (5/1,b),

Makul şüpheye dayalı olarak, bir kimsenin; suç işlendiğinden şüphe duyulması üzerine, suç işlemlerini önlemek için, suçu işledikten sonra kaçmasını önlemek için (5/1-c),

Küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla hukuka uygun bir kararla tutulması veya kendisini yetkili makamlar önüne çıkarılması için tutulması (5/1-d),

Genel sağlığın korunması amacıyla (5/1-e),

Yabancıların ülkeye girişinin önlenmesi, sınır dışı veya iadesi amacıyla (5/1-f),⁽⁹⁾

Sözleşmenin 5. maddesi özgürlüğünden alıkonulmuş kişiye bazı haklar tanımaktadır. Şöyle ki;

Sözleşmenin 5.maddesinin 2.fıkrası yakalanan kişiye, yakalama nedenleri ve yöneltilen suçlamaların en kısa zamanda ve anlayacağı bir dille bildirilmesini öngörmektedir. Bu hüküm AİHS'nin iç hukukumuzda birebir yansıyan maddelerindedir. Anayasamızın yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesine ilişkin eski metni "soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında" kaydını içerirken; 4709

(9) Gökhan Karaburun, AİHS'nin Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin 5. Maddesinin İncelenmesi,

sayılı Yasa ile 2001 yılında yapılan değişiklik sonucu “kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir” şeklinde olumlu bir nitelik kazanmıştır (Any. m.19/6).⁽¹⁰⁾

Bir diğer hak sözleşmenin 5.maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yakalanan veya tutulan kişinin hemen hâkim önüne çıkarılma hakkıdır. Bu maddede “hemen” ifadesi kullanılmış olup kesin bir süre belirlenmemektedir.

Üçüncü olarak 5.maddenin 4. fıkrasında düzenlenen yakalanmasına karşı serbest bırakılmayı istemek için hâkime başvurma hakkı düzenlenmiştir. (Habeas Corpus) Bu düzenlemeyle devletler tutulma veya yakalamanın yasaya uygunluğunun adli bir makam tarafından denetlenmesi konusunda ayrı bir ödev üstlenmişlerdir.

Son olarak da sözleşmenin 5. maddesine aykırı koşullarda yakalanması veya alıkonulması halinde kişinin tazminat isteme hakkıdır. Bu tür bir hakkın tanınmamış olması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açma hakkı doğar. Tazminat hakkı maddi ve manevi zararı kapsamaktadır.

Öte yandan kişi üzerinde herhangi bir özgürlükten yoksunluk doğuracak uygulamada hukuki zemin, bu yoksunluk devam ettiği sürece muhafaza edilmelidir. AİHM, çoğu kez ilk başta hukuka uygun olmakla birlikte, özgürlükten yoksunluk uygulamasında, hukuki zeminin bir süre sonra ortadan kalkmış olması sebebiyle ihlaller tespit etmiştir.

(10) Uğur Eriş, İç Hukukta AİHS'nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler

Anılan nedenle, yakalanan kişi hemen hâkim önüne çıkarılmalıdır. Hemen deyimi somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. AİHM, dört günü aşan gözaltı süresini gereğinden uzun ve bu nedenle de AİHS'nin 5. maddesini ihlal eder nitelikte görmektedir. Bu nedenle sanık sayısı ne kadar çok ve dava ne kadar karmaşık olursa olsun yakalanan kişi en fazla 4 gün süre ile gözaltında tutulabilir. AİHM 3.Daire Türkiye'ye karşı Filiz ve Kalkan kararında sekiz gün süren gözaltının, teröristlere yönelik soruşturma da olsa, her halde uzun bir süre olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁽¹¹⁾

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/1. maddesine göre özgürlüğün sınırlanmasına neden olan yakalanma veya tutuklanmaların "yasal usullere" (procedure prescribed by law) uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Ancak AİHS'deki "yasal usuller" sadece devletin milli mevzuatındaki kanun ve diğer düzenlemeler şeklinde anlaşılmalıdır. Ulusal mevzuatın da Sözleşmede yer alan ilkelere uygun olması gerekir.⁽¹²⁾

3. İç Hukukumuzda Yakalama ve Gözaltı

3.1. Anayasa

Yakalama ve gözaltına alma kurumları 1982 Anayasasının kişi hürriyeti ve güvenliği başlıklı 19. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddenin gözaltı süreleri, yakalananın yakınlarına haber verme hakkı ve tazminata ilişkin fıkralarında 2001 yılında değişiklikler yapılmıştır.

(11) Tezcan-Erdem-Sancaktar, a.g.e., s. 175

(12) Prof. Dr. A. Suat Bilgay, İnsan Hakları El Kitabı

Bu maddeye göre; Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik 1. cümle: 4709 – 3.10.2001 / m. 4) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik 6. fıkra: 4709 – 3.10.2001 / m. 4) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik son fıkra: 4709 – 3.10.2001 / m. 4) Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir. Hükmü getirilmiştir.

2001 yılında yapılan bu maddedeki değişiklikler esas itibariyle gözaltı süresinin toplu suçlarda 15 günden 4 güne indirilmesi ve tutuklama veya yakalanma halinde yakınlarına haber vermede belirlenmiş

olan sınırlamaların kaldırılarak her hangi bir şarta bağlanmaması kabul edilebilir.

Bu madde son değişiklikler ile AİHS'nin 5. maddesi ile benzerlikler göstermektedir.

3.2. Ceza Muhakemesi Kanunu

Soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki şüpheli ve sanık henüz masumdur. Belki atılı suçta işleme konusunda delil ve emareler vardır. Zan altındadır. Ancak hukuken masumdur. Yakalama, gözaltına alma, sorgulama yargılama hatta tutuklama ceza muhakemesi hukuku işlemidir. Tüm bunlar adil yargılamanın selameti için konulmuş birer koruma tedbiridir. Ceza değildir. Ceza mahkemesi tarafından hakkında verilen mahkumiyet kararı kesinleşene kadar şahsa ceza çektirilemez.

Şahsın kişilik haklarının korunması ve adil yargılanmasının sağlanması için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Türk Ceza Yasası'nda açık hükümler konulmuştur. Özellikle yakalama işleminden hâkim karşısına çıkarılma işlemine kadarki aşamada bilinçli olunmalıdır.

Yakalama ve gözaltı kurumları yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90-99. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK'da yakalama konusunda köklü değişiklik yoktur. Kural olarak şüpheli ancak hakkında çıkarılan yakalama emri üzerine yakalanabilir.

CMK'nın 90. maddesinde belirtilen hallerde herkesin geçici olarak yakalama yapabileceği belirtilmiştir. Bu haller;

Kişiyi suç işlerken rastlanması, (90/1-a)

Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması, (90/1-b)

Kolluk görevlilerinin, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahip olduklarına ilişkin hallerdir.

CMK'nın 90. maddesinin 4. fıkrasında belirtildiği üzere, "kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir". Bu haklar asgari olarak: yakalama nedenleri ile isnadı öğrenme hakkı, hakim önüne çıkarılmayı isteme ve yakalamaya karşı hakimden serbest bırakılmasını isteme hakkı, koruyuculardan yararlanma hakkı (Ör: Müdafii, doktor, kişinin yakınları.)

Ancak uygulamada Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin EK-A- olarak tabir edilen matbu formu Cumhuriyet başsavcılığına sevk ya da serbest bırakılma anında imzalatılarak şüphelilere verildiği görülmektedir.

CMK'nın 248/5. maddesi hariç, artık gıyabi tevkif mümkün değildir. Bunun yerini yakalama emri alacaktır. Bu husus CMK Yürürlük Kanunu 5. maddesi ile açıklanmıştır. Aynı maddede CMK'nın 248/4. maddesinin yabancı ülkede bulunan kaçaklar için uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu maddenin ilk fıkrasında CMUK hükümlerine göre

verilmiş gıyabi tevkif kararlarının yakalama emri niteliğine dönüşeceği düzenlenmiştir.

Avrupa Suçluların İadesi Sözleşmesinin 2/1 maddesine göre tutukluluk iade şartı olduğundan CMK m.248/4 hükmü kanuna dahil edilmiştir.

Yakalama emri düzenleme yetkisi Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimi ve kovuşturma aşamasında davaya bakan mahkeme veya hâkime aittir. (CMK m. 98/1–3)

Tutuklama talebinin reddi kararına itiraz edilmesi üzerine bu itiraza bakmakla görevli mercii de yakalama emri düzenleyebilir. (CMK m. 98/1)

Yakalama emrinde kişinin açık eşkâli, biliniyorsa kimliği, yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği gösterilir. (CMK m. 98/4)

Şüphelinin yakalandığı, Cumhuriyet Savcısının emriyle bir yakınına veya kendisinin belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. (CMK m.95/1)

Yakalananın, yakalandığını bir yakınına bizzat bildirme hakkı yoktur.

Yakalama bir tutanağa bağlanmalı ve tutanakta yakalananın hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, nerede, ne zaman, kim tarafından ya-

kalandığı, tespiti hangi kolluk görevlisinin yaptığı ve yakalanana haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılmalıdır.(CMK m. 97)

Yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet Savcısına hemen bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılır. (CMK m. 90/5)

Cumhuriyet Savcısı kişiyi serbest bırakmazsa gözaltına alınmasına karar verebilir. Ancak bunun için kişinin suç işlediği hususunda emarelerin varlığı ve gözaltına alınanın soruşturma açısından zorunlu olması gerekir. (CMK m. 91/2)

Yeni CMK eski ceza usul kanundan farklı olarak yakalama ve gözaltı kurumlarını ayrı ayrı düzenlemiştir.

Gözaltı süresi, kişinin yakalama yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saat geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre 12 saatten fazla olamaz. (5353 sayılı Kanunun 8. maddesi ile Değişik, CMK m. 91/1). Bu madde 01.04.2005 tarihinde sadece gözaltı süresini belirlemekte idi. Yol süresi bulunmamaktaydı. Bu hüküm yeni kanunların getirdiği tartışma ortamında değiştirilmiştir. Ülkemizde kolluk kuvvetlerinin anlayışı, bilgi düzeyi dikkate alındığında yakalama ile gözaltı kurumunun geçici birer tedbir oldukları dikkate alınmaksızın çok kısa mesafelerde dahi çeşitli bahaneler ile bu yol süresinin kullanılma ihtimalinin bulunması nedeniyle kolluk kuvvetlerince tedbirlerin ceza verme şeklinde uygulanması ihtimalini güçlendirmektedir.

CMK'nın 250. maddesi kapsamına giren suçlarda (eski DGM'ler yerine kurulan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda), yakalananlar için 91/1 deki 24 saatlik süre 48 saat olarak uygulanır. (CMK m. 250/5)

Gözaltı süresince kolluk kuvvetlerince yapılan işlemler:

Başka bir yerde alıkonulmuşsa kişinin karakola götürülmesi,

Kişiden adli kanıtlar temin edilmesi,

Kimlik tespiti için kişinin sorgulanması,

İlk şüphelerin geçerli olup olmadığına bakılması,

Yok edilme riski olan kanıtların yerinin tespiti,

Alıkonulacak diğer şüphelilerin uyarılarak kaçmalarının önlenmesi,

Kişinin karakoldan alınarak mahkemeye çıkarılmasıdır.

Bu sürelerin toplamının ne kadar olduğu olaydan olaya değişir. Personel yetersizliği, resmi tatil veya hafta tatili veyahut mesai saati sonrası gözaltına almış olma gibi sebepler kişinin mahkemeye ertesi gün çıkarılması için haklı gerekçe olamamalıdır. Çünkü ülkemizde adli yargı mercileri yirmidört saat esaslı nöbet usulüyle görev yapmaktadır.

Toplu işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük ve şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı her defasında bir günü geçmemek üzere gözaltı süresinin 3 gün uzatılmasına dair yazılı

emir verebilir. Bu uzatma emri şüpheliye derhal tebliğ edilir. Kişi haklarının korunması çerçevesinde Cumhuriyet savcısının kararında itiraz hakkı, merci ve yolu da gösterilmelidir.

Anayasa m.120'ye göre olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalananlar için 91/3'de 4 gün olarak belirlenen süre Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla 7 güne kadar uzatılabilir. Hâkim karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler. (CMK m. 250/5)

CMUK'un 128/2. maddesinde Cumhuriyet savcısı bir defada 4 güne kadar uzatmaya yazılı emir verebiliyordu.

Yakalama, gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatma şeklindeki Cumhuriyet Savcısının yazılı emirlerine karşı şüpheli, müdafii, kanuni temsilcisi, eşi, birinci veya ikinci derecedeki kan hısımları hemen serbest bırakılmasını sağlamak üzere sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hakimi evrak üzerinde incelemesini derhal ve nihayet 24 saat dolmadan tamamlar. Hakim başvuruyu haklı görürse şüphelinin soruşturma evrakı ile birlikte derhal Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir(CMK. m. 91/4).

Serbest bırakılmayan şüpheli en geç bu sürelerin sonuna kadar Sulh Ceza hakiminin önüne çıkarılmalıdır.

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan şüpheli aynı fiil ile ilgili olarak yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça yakalanamaz.(CMK m. 91/5)

Yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından haksız yakalamaya sebebiyet vermemesi için kolluktan yakalama emrinin iadesi istenir. (CMK m. 90/6)

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, bir yerden başka bir yere nakledilirken, kaçacaklarına dair ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike oluşturduğu hususunda belirtiler varsa kelepçe takılabilir. (CMK m. 93) Eski CMUK' da olmayan bu hükümle şüpheliye kelepçe takılması şartlara bağlanarak istisna haline getirilmiştir. Ancak uygulamada kelepçe takmanın engellenemediği hatta kelepçenin şüpheliye takılma biçimine kolluk kuvvetlerince farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir.

Gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneler, ifade alma odaları, bu kişilerin durumları, gözaltına alma neden ve süreleri, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemlerin Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenilmesi yeni kanunumuzca öngörülmüştür. Her ne kadar eski Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde bu tür hükümlere yer verilmiş idiyse de burada denetleme değil, inceleme söz konusu idi.

4. Yeni Duruma İtirazlar ve Terörle Mücadele Kanunu'ndaki Değişiklik

Bir kısım kolluk mensuplarının önde gelenlerinin ceza muhakeresi kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin talepleri basına şöyle yansımıştır;

* Gözaltı süresi dört gün olmalı, bu süre mahkeme kararıyla en az 15 gün daha uzatılabilmeli.

* Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama için yazılı emir yetkisi kolluk amirlerine de tanınmalı.

* Terör suçlarından yakalananların yakınlarına haber verilmesi zorunluluğu ve avukatlarla görüştürülmesi hakkı bir ila dört güne kadar ertelenebilmeli.

* Terör suçlarında el koyma işlemi mahkeme kararı olmaksızın kolluk güçleri tarafından yapılabilmeli.

* Terör suçlarında elde edilen belgeleri savcı değil kolluk güçleri incelemeli.

* Fotoğraf, parmak izi, DNA bilgilerinin yer aldığı bilgi bankaları oluşturulmalı.

* Sınırlarda giriş ve çıkış kayıtları tutulmalı, şahısların fotoğraf ve parmak izleri kaydedilmeli.

Öte yandan TBMM’ce 29.06.2006 tarihinde kabul edilen 5532 sayılı Kanun ile Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesindeki değişikliklere kısaca göz attığımızda;

Kanunun 10. maddesinin şu şekilde değiştirildiğini görmekteyiz.

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 250 ilâ 252 nci maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak;

a) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

b) Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafinin 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 alınamaz.

c) Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafii hazır bulunabilir.

ç) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır.

d) Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

e) 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 müdafisine 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.

f) Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

g) 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 92 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü bu Kanun kapsamında yer alan suçlar bakımından da uygulanır.

Bu duruma göre kolluk kuvvetlerinin taleplerinin yürütme organınca değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Yeni CMK da 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler ile bir kısım düzenlemelerde eskiye dönüş yapıldığı görülmüştür.

Bu talep edilen hususlarla örtüşen değişiklikle, yakalanan veya gözaltına alınan kişilerin belirlediği bir kişiye durumunu haber verme hakkının elinden alındığı ve bu hakkın “sadece bir yakınına” denilmek suretiyle sınırlandırıldığı, kolluk kuvvetlerine ilgilinin yakalama veya gözaltına alma durumu bildirilecek kişi hakkında takdir hakkının verildiği görülmektedir.

Öte yandan müdafinin şüpheli ile görüşme ve dosyayı inceleme haklarında önemli kısıtlamaların getirildiği bu düzenlemenin hukukun

ana ilkelerinden savunma bağlamında silahların eşitliği ilkesine açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

Yapılan değişikliklerle önemli teminatlardan olan iletişimin tespiti, gizli soruşturmacı görevlendirme ve teknik araçlarla izleme kurumlarında istisnalar getirilmektedir.

Kolluk kuvvetlerinin bir kısım temsilcilerinin talepleri değerlendirildiğinde; yaklaşık yirmi yıldır birçok mevzuatta yapılan değişiklikler ve uygulaması ile belli bir seviyeye gelmiş olan yakalama ve gözaltı kurumunda tamamen eskiye dönme arzusu görülmektedir. Gelişmiş ülkelerde mevcut olan adli kolluğun ülkemizde çeşitli bahaneler ve karşı koymalar nedeniyle bir türlü kurulamaması, kolluk kuvvetlerinin yenilenen mevzuata ilişkin olarak yeterli ölçüde bilgilendirilmemesi, geçmiş uygulamalardan kaynaklanan alışkanlıklar, Cumhuriyet başsavcılığı kurumu ile kolluk kuvvetleri arasında tam bir bağlantının olmaması bu durumun nedenleri arasında gösterilebilir.

İşkenceyle mücadelede en önemli noktanın gözaltı süresi olduğu bilinmektedir. Bu nedenle gözaltı süresinin uzaması bu durumu da olumsuz bir şekilde etkileyecektir.

Bu taleplerden de anlaşılacağı üzere ülkemizde meydana gelen adli olayların aydınlatılmasında kullanılan yöntemin delilden sanığa değil, alışlageldiği üzere tersi ve kolaycı yaklaşımla sanıktan delile olduğu ve bu yöntemin korunması için çaba gösterildiği anlaşılmaktadır.

5. Sonuç

AİHS'nin ulusal hukukumuzun bir parçası haline geldiği, Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle açıkça kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemelerin AİHS'in 5. madde hükümlerinin ihlalini tespit ettikleri hallerde ceza ve tazminat kararı verme yetkisine haiz olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur.

Varılan noktada yapılan değişikliklerin benimsenilip kabullenilmesinde öncelikli görevin Cumhuriyet savcılarında düştüğü ve uygulamayı şekillendirecek olanların bu görevliler olduğu dikkate alınarak; yeni kanunların uygulanmasına ilişkin olarak kolluk kuvvetlerine yönelik eğitimsel faaliyetlerde bulunulması, insan hakları konusunda kolluk kuvvetlerini bilinçlendirme ve bu doğrultuda kolluğun denetlenmesi ve yanlış uygulama yapılmasının önüne geçilmesinin öncelikle bu görevlilerce yerine getirilmesi gerekmektedir.

Ülkemizde yakalama ve gözaltı kurumlarının da uygulamada tedbir olarak değil ceza olarak düşünüldüğü ve bu kurumların konusu olan kişilerin kolluktaki işlerinin bitmesine rağmen sürenin sonunda mahkeme önüne götürüldükleri ve kişilerin gözaltından sonra çoğunlukla serbest bırakıldığı görülmektedir.

Bu nedenle ülkemizdeki uygulamalar da dikkate alınarak yeni kanunların zorunlu olmadıkça değiştirilmemesi ve uygulamasının oturması için süre tanınması, bu hususta sabırlı olunması, bu süreçte hizmet içi-dışı eğitime azami önem verilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

1. **Mustafa Kemal Tolunay**, Demokrasinin Anahtarı: Hukukun Üstünlüğü, www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/anayasa_hukuku_insan_haklari/mustafa_kemal_tolunay.htm, Ziyaret tarihi, 15.11.2005
2. **Ender Ethem ATAY**, İnsan Haklarını Gerçekleştirme Şartı Olarak Hukuk Devleti, Polis Dergisi, 36. Sayı
3. **Burhan Kuzu**, Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti, <http://www.academical.org/dergi/MAKALE/11sayi/KUZUBHukukDevletiVeHukukZihniyeti.doc>, Ziyaret tarihi, 12.12.2005
4. **Türk Yargı Sisteminin İşleyişi Hakkında 3 üncü İstisari Ziyaret Raporu**, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/3.istisariziyarettr.pdf> Ziyaret tarihi, 17.05.2006
5. **Monica Macovei**, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, 2003
6. **Tezcan D.-Erdem M.R.-Sancaktar O.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, 2004
7. **İbrahim Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1994

- 8. Naci Doğan,** Anayasal Düzenleme, Demokrasi Ve İnsan Hakları Uygulamalarında Sistem Yozlaşması , DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 7, Sayı 3, 2005
- 9. H.Tahsin Fendođlu,** Uluslararası Dokümanlarda Terörizm, Polis Dergisi, Sayı :40
- 10. Uğur Eriş,** İç Hukukta AİHS' nin 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/ugur_eriş.html, Ziyaret tarihi 13.05.2006
- 11. Vahit Bıçak,** Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı, <http://www.geocities.com/vbicak/anyargisi.htm>, Ziyaret Tarihi, 15.05.2006
- 12. Profesör Dr. A. Suat Bilge,** İnsan Hakları El Kitabı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı

KISALTMALAR

- a.g.e.** : *Adı Geçen Eser*
a.g.m. : *Adı geçen Makale*
AİHS : *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*
AİHM : *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*
Any. : *Anayasa*
CMUK : *Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*
CMK : *Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*
DGM : *Devlet Güvenlik Mahkemesi*
m : *madde*
s : *Sayfa*
TBMM : *Türkiye Büyük Millet Meclisi*
TCK : *Türk Ceza Kanunu*



HAKSIZ İHTİYATİ HACİZ NEDENİYLE TAZMİNAT

Mehmet AKBAL (★)

ANLATIM DÜZENİ: *A. GENEL OLARAK İHTİYATİ HACİZ, B. HAKSIZ İHTİYATİ HACİZ NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT DAVASI, I. Genel Olarak, II. Sorumluluğun Hukuki Niteliği, III. Sorumluluğun Şartları, 1. Alacaklının Almış Olduğu İhtiyati Haciz Kararını Uygulamış Olması, 2. Uygulanan İhtiyati Haciz Kararının Haksız Olması, 3. Haksız İhtiyati Hacizle Meydana Gelen Zarar Arasında İliyet Bağı Bulunması, 4. Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması, IV. İspat Yükü, V. Maddi Tazminat Davasında Görevli Ve Yetkili Mahkeme, VI. Zamanaşımı, VII. Zararın Teminattan Mahsup Edilmesi, SONUÇ*

A. GENEL OLARAK İHTİYATİ HACİZ

Çalışmamızın konusunu, borçlunun mallarına haksız ihtiyati haciz konulması nedeniyle doğan zararından alacaklının sorumluluğu oluşturmaktadır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ihtiyati

(★) *Yargıtay Tetkik Hakimi.*

hacze kısaca değinmek gerekir. Bu nedenle ihtiyati haciz konusuna genel olarak değinip daha sonra da ihtiyati haciz kararı nedeniyle alacaklının sorumluluğunu ayrıntılı ele alacağız.

Alacaklının alacağını almak için yaptığı takip veya açtığı dava sonucunda, borçlunun mallarına kesin haciz koydurma yetkisini elde etmesi uzun bir zamanın geçmesini gerektirmektedir. Dava veya takip sırasında borçlunun kendi malları üzerinde hukuki tasarrufta bulunma yetkisi tamdır. Bu itibarla borçlunun ilerde haksız çıkacağını tahmin ettiği bir dava veya takibin sonuçlarından kurtulmak için dava veya takip sırasında mallarını başkasına devretmesi veya kaçırması mümkündür. İşte ihtiyati haciz müessesesi, alacaklının, borçlunun mallarını kaçırmasını önlemek için gerekli tedbirleri almasına imkân tanımaktadır.

İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için, mahkeme kararıyla borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır¹. Alacaklı, borçlusunun borcunu zamanında ödeyeceğinden emin değilse önce borçlunun mallarına ihtiyati haciz koydurur. Ondan sonra davasını acar veya takip talebinde bulunur. Alacaklı açtığı davayı kazanır veya yaptığı takip kesinleşirse artık borçlunun mallarını haczettirmekle uğraşmaz. Dava veya takipten önce ihtiyaten haczedilmiş mallar icra dairesince satılır ve satış bedelinden alacaklının alacağı ödenir.

İhtiyati haciz, yalnız para ve teminat alacakları için uygulanan bir tedbirdir ve geçici hukuki himaye önlemlerinin bir çeşidi olarak kabul

¹ Kuru, B. : İcra ve İflas Hukuku, C.III, Ankara 1993, s.249; Kuru; B.:İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.880.; Saldırım, M. İhtiyati Haciz, Ankara 1997. s. 11.

edilmektedir. İhtiyati haczin geçici bir hukuki himaye tedbiri olma niteliği, her geçici hukuki himaye tedbiri gibi onun da geçici olması sonucunu doğurur. Alacağın güvence altına alınmasının gerekli olduğu durumlarda görevli ve yetkili mahkemenin kararı ile sağlanan ihtiyati haczi, zaman içinde geçerli kılmak ve kesinleştirmek, İcra-İflas Kanununun 264.maddesinde öngörülmüş tamamlayıcı merasimin yerine getirilmesine bağlıdır². İhtiyati haciz ile ilgili her merasim kanunda belirtilen süreler içinde yerine getirilmediği takdirde, ihtiyati haciz hükümsüz kalır.

İhtiyati haciz kararının alınmasından sonra alacaklı, açtığı dava veya yaptığı takip sonucunda haksız çıkabilir. Bu durumda, haksız ihtiyati hacizden dolayı zarar görmüş olan borçlu veya üçüncü kişiler, uğradıkları zararların giderilmesini isteyebilirler.

İhtiyati haciz kararının verilebilmesi için alacaklının ihtiyati haciz sebeplerinin varlığı hakkında mahkemeye kanaat verecek delilleri ibraz etmesi yeterli olmaktadır (m. 258). Bu nedenle ihtiyati haciz kararı genellikle alacağın varlığı hakkında yeterli inceleme yapılmaksızın ve borçlu dinlenmeksizin verilmektedir. Bu durum ise, borçlunun ticari itibarının ve ekonomik menfaatlerinin zedelenmesi riskini beraberinde getirmektedir.

Daha önceleri mahkemelerin, ihtiyati haciz talepleri hakkında verdikleri kararlara karşı, kararı veren mahkemeye yapılan itiraz dışında bir kanun yoluna yasalarımızda yer verilmemiş olması, eleştirilere

² Uyar, T.: İhtiyati Haczi Tamamlayıcı Merasim (İzmir BD 1990/2 s. 50 vd)

ve farklı uygulamalara neden olmaktadır³. Ancak 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Yasa ile İcra ve İflas Kanununun 258 ve 265. maddelerinde yapılan değişiklikle ihtiyati haciz talebinin reddi ve kabulü kararlarına karşı temyiz yolu açılmıştır⁴. Buna göre, ihtiyati haciz talebi mahkeme tarafından reddedilen alacaklı, bu kararı temyiz edebilir. Hukuk Genel Kurulu, red kararının temyizi üzerine Yargıtay dairesi tarafından verilen kararın kesin olmadığını, dolayısıyla bu karara karşı direnme kararı verilebileceğini kabul etmiştir⁵. İhtiyati haciz talebinin kabulü halinde ise, borçlu veya menfaati ihlal edilen 3. kişiler karara itiraz edebilirler. İtirazın reddi halinde ise temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay'ın temyiz üzerine vermiş olduğu karar ise yasa gereği kesindir (m. 265/son).

Çalışmamızda haksız ihtiyati haciz nedeniyle alacaklının sorumluluğu incelenecektir. Haksız ihtiyati haciz nedeniyle icra müdürlüğü personelinin sorumluluğu ayrı bir inceleme konusudur⁶. Doktrin ve uygulamaya ışık tutulmaya çalışılarak daha önce yayınlanmış Yargıtay kararlarına atıf yapmakla yetinilecek, ancak yayınlanmayan kararlara dipnotlarda yer verilecektir. Bu çalışma alacağın varlığı hakkında yeterli inceleme yapılmadan ihtiyati haciz kararının verilmesinin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

³ Uyar, T.: İhtiyati Haciz Kararına İtiraz, (Bursa BD 1990/8 s. 12 vd)

⁴ 18.03.2005 tarih ve 5311 sayılı Yasanın 16 ve 17. maddeleri ile yapılan değişiklikle Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçtikten sonra ihtiyati haciz kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulacaktır.

⁵ Bkz. HGK 23.11.2005 T, 2005/11-576 E, 2005/638 K. (YKD 2006/7 s. 1039 vd)

⁶ "...icra müdürünün hatalı işleminden dolayı Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davaya adli yargıda bakılması gerekirken idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi de doğru değildir..." 4.HD 2006/9873 E 2007/8004 K (UYAP Mevzuat, adalet.gov.tr)

B. HAKSIZ İHTİYATİ HACİZ NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT DAVASI

I. Genel Olarak

İhtiyati haciz, niteliği gereği çekişme konusunun özüne ilişkin değildir. Tam tersine geçici hukuki koruma tedbiri özelliğini taşımaktadır. Bu nedenle ihtiyati haciz kararının verilebilmesi için tam bir ispat aranmaz, yaklaşık ispat yeterlidir⁷. Yani gösterilen vakıaların gerçekleştiği kesin değil, kuvvetle muhtemeldir. Talebin haklılığı konusunda mahkemeye kanaat verecek delillerin ibrazı yeterlidir. İhtiyati haciz kararının verilmesi için borçlunun dinlenmesi yasal bir zorunluluk olmadığı gibi, yalnız alacaklının talebi ile ihtiyati haciz kararı verilmesi eğilimi de uygulamaya egemen olmuştur.

Alacaklının ihtiyati haciz kararını alması, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin haksız olarak sınırlaması veya tamamen ortadan kaldırılma olasılığını doğurmaktadır. Bu durumda, borçlunun ekonomik çıkarları haklı bir neden olmaksızın zarara uğrayabilir veya ticari itibarı zedelenebilir.

Alacaklı-borçlu dengesini sağlamak zorunda olan yasakoyucu yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı borçlunun haksız ihtiyati hacizden dolayı uğrayacağı zararların tazminini genel hükümlere bırakmamış, İcra ve İflas Kanununun 259. maddesinin 1. fıkrasında özel olarak düzenlemiştir⁸. Böyle bir hüküm olmasaydı dahi haksız ihtiyati haciz koyduran alacaklının vermiş olduğu zararlardan borçluya karşı genel

⁷ Pekcanitez,H/Atalay, O/ Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.350.

⁸ Oskay, M./ Koçak,C. / Deynekli, A / Doğan, A.:İcra ve İflas Kanunu Şerhi Ankara 2007, C IV, s.5364.

hükümlere göre (BK. m. 41 v.d.) sorumlu olacağından kuşku duymamak gerekirdi. Ancak yasakoyucu haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat sorumluluğunu özel olarak düzenleme gereğini duymuştur.

İhtiyati haczin uygulanmasından dolayı borçlunun zarara uğrama olasılığı olduğu gibi üçüncü kişilerin de zarara uğrama olasılığı vardır. Bu durum daha çok üçüncü kişilerin mallarının borçlunun elinde olması nedeniyle haczedilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Yasakoyucu borçlu ile üçüncü şahıs arasında tazminat isteme hakkı bakımından bir ayırım yapmamıştır (İİK. m. 259/I).

Haksız ihtiyati haciz nedeniyle zarara uğrayan borçlu veya 3. kişi maddi tazminat davası açabileceği gibi⁹, haksız ihtiyati haciz nedeniyle şahsiyet hakkı veya ticari itibarı zedelenmişse manevi tazminat davası da açabilir¹⁰. Çalışmamızda yalnız maddi tazminat davası incelenecek, manevi tazminat konusu ayrı bir çalışmaya konu edilecektir.

Hukukumuzda haksız ihtiyati hacizden dolayı zarara uğrayan borçlu ve üçüncü şahısların, ihtiyati haciz kararı aldırarak alacaklıya karşı tazminat davası açabilecekleri konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kaynak İsviçre İcra ve İflas Kanununun, İcra ve İflas Kanunumuzun 259. maddesine tekabül eden 273. maddesinde haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davasının kimin tarafından açılabileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu davanın yalnız borçlu tarafından açılabileceği, ihtiyati hacizden zarar gören üçüncü kişinin ise ancak Borçlar Kanununun maddelerine göre tazminat davası açabileceği ve

⁹ Yargıtay 11. HD 18.12.2006 T 2005/13133 E 2006/13403 K sayı kararında ihtiyati haciz kararının kaldırılması istenmeden tazminat istenmeyeceğini belirtmiştir (Oskay/Koçak/Deyneki/Doğan, s.5363)

¹⁰ Saldırım, M.: İhtiyati Haciz, Ankara 1997, s. 100.

dolayısıyla alacaklının kusurunu ispatlamak şartıyla tazminata hak kazanabileceği kabul edilmektedir¹¹. Bizim İcra ve İflas yasamıza göre ise, üçüncü şahısların da borçlu gibi 259. madde uyarınca tazminat davası açabilecekleri kabul edilmiştir. Yani üçüncü şahısların tazminat hakları genel hükümlere tabi kılınmamış, açıkça madde metninde düzenlenmiştir.

Haksız ihtiyati haciz nedeniyle açılan tazminat davasının davalısının ise haksız ihtiyati haciz koyduran alacaklı olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır (İİK. m. 259/I).

II. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Alacaklının maddi tazminat sorumluluğunun kusura dayanmadığı konusunda gerek doktrinde gerekse uygulamada görüş birliği vardır¹². Gerçekten de haksız ihtiyati haciz nedeniyle sorumluluğun düzenlendiği İcra ve İflas Kanununun 259. maddesinin I. fıkrasında alacaklının kusurlu olması sorumluluğun şartlarından sayılmamıştır. Alacaklının sorumluluğu kusura dayanan sorumluluk olarak düzenlenmek istenseydi, borçlunun ve üçüncü şahısların haksız fiil hükümlerine göre zaten zararlarının giderilmesini talep etme hakları olduğundan İcra ve İflas Kanununa özel bir hüküm koymaya gerek kalmazdı. Nitekim İsviçre hukukunda üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin etme hakkı İcra ve İflas Kanununda açıkça öngörülmediği için ancak haksız fiil esaslarına göre istenebildiğini yukarıda belirtmiştik.

¹¹ Amonn, K. : Grundriss des Schuldbetreibungs-und Konkursrecht (Kuru, s.2589'dan naklen).

¹² Kuru, s. 2583; Uyar, s.153; Berkin, s.74; İmre, Z. : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz sorumluluk Halleri, İstanbul 1949, s.196. Ayrıca bkz. 11. HD. 03.10.2006 T, 2005/6655 E, 2005/9663 K. (Oskay-Koçak-Deyneklidoğan, s.5363)

Alacaklının maddi tazminat sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandırılması isabetli olmuştur. Aksi halde haksız ihtiyati hacizden zarar gören borçlu ve üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesini isteyebilmeleri için haksız fiil şartlarının varlığını ve dolayısıyla her şeyden önce alacaklının kusurunu ispatlamaları gerekirdi. Alacaklının kusurunun ispatı ise ihtiyati haczin bir mahkeme kararına dayanması nedeniyle kolay değildir. Çünkü zarar sadece ihtiyati haciz isteyen talebinden doğmuş değildir. Zararın doğmasına, mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati haciz kararının uygulanması neden olmuştur. O halde zararın meydana gelmesinde ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin de payı olduğu iddia edilebilirdi¹³. Özellikle alacağını ciro yoluyla temlik etmiş alacaklının kusurunun ispatı neredeyse imkansızdır. Bu nedenle sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandırılması isabetli olmuştur.

Özel hukukta kusura dayanmayan sorumluluğun çeşitleri vardır. Haksız ihtiyati hacizden doğan maddi tazminat davasında alacaklının kusurunun aranmayacağı hususunda uygulamada ve öğretide görüş birliği olmasına karşılık, alacaklının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk türlerinden hangisine göre değerlendirilmesi gerektiği üzerinde pek durulmamıştır. Türk hukuk literatüründe önemli çalışmalardan biri sayılan Profesör Tandoğan'ın "Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku" adlı eserinde, alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu ve bu sorumluluğun şartları açıklanmış olmasına rağmen, bu sorumlulu-

¹³ Yılmaz, O. : İhtiyati Tedbirler, Konya 1963, s.179

ğün hangi kusursuz sorumluluk türüne girdiğine değinilmemiştir¹⁴.

Bir görüşü göre alacaklının sorumluluğu temerrüde düşmüş borçlunun sorumluluğuna benzemektedir. Burada da alacaklı tesadüfen meydana gelen zararlardan sorumludur¹⁵. Örneğin ihtiyaten haczedilen şey bir miktar para ise, ihtiyati haczin devam ettiği süre içinde paranın değerinin düşmesinden kaynaklanan zararlardan alacaklı sorumlu olur¹⁶. Diğer yazarlar sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmekle yetinmişlerdir¹⁷. Yargıtay da alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğunun tehlike ve kusursuz sorumluluk esasına göre değerlendirilmesi gerektiğine dair kararlar vermiş ancak hangi kusursuz sorumluluk türüne girdiği konusuna değinmemiştir¹⁸. Alacaklı kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olmasına rağmen, zarar hesaplanırken borçlu veya 3. kişinin kusurunun da dikkate alınması gerekir¹⁹.

¹⁴ Bknz. Tandoğan, H. :Kusura dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.16 v.d. ile 22.v.d.

¹⁵ Jaeger, C. / Daeniker, M. :Schuldbetreibungs und Konkurs praxis der Jahre 1911-1945, Zürich 1947, C.1, s.451 (Berkin, s.74'ten naklen)

¹⁶ Thurgau mahkemesi kararı 8Schw. JZ. C. 35, s.93) (Berkin, s.75'ten naklen)

¹⁷ Kuru, s.2583 v.d.; Uyar, s.153; Töre, H.F.: İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir Nedeniyle açılacak tazminat davaları (ABD, 1974/5, s.914).

¹⁸ 4.HD, 23.01.1986, 9453/395, (ABD, 1986/6, s.868,869); 4.HD,29.12.1959,2166/9688 (Sl, 1962/168, s.5053-5055); HGK, 04.05.1960, 4/27 (AD, 1961/1-2, s.179-180).

¹⁹ "...Davacı, her ne kadar kambyo senetlerine mahsus yolla icra takibi yapmış ve bu çeklere dayalı olarak ihtiyati haciz karar alınmışsa da, sözü edilen çeklerin çift tarih taşıdığından çek vasfında olmadığını, adi belge niteliğinde olduğunu ileri sürerek icra mahkemesine başvurmuş, yapılan yargılama sonucunda sözü edilen çeklerin kambyo senedi niteliğini yitirdiği anlaşılarak takibin iptaline karar verilmiştir.

Bunun üzerine davacı, uygulanan ihtiyati haczin haksız olduğunu ve bundan dolayı zarara uğradığını ileri sürerek görülmekte olan davayı açmıştır.

Taraflar arasında davaya konu çeklerde yazılı miktarda alacak ilişkisi bulunduğu konusunda bir çekişme yoktur. Bundan ayrı olarak, davacı firma adına çekleri keşide edenler hakkında karşılıksız çek vermek suçundan kamu davası açılmış, yargılama sonunda, davaya konu belgelerin çek niteliğini yitirdiğinden karşılıksız çek keşide etmek suçunun oluşmayacağı gerekçesi ile beraat kararı verilmiştir. Buna karşılık, bu kişilerin gizlemek suretiyle

Yargıtay haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davalarında zamanaşımı ile ilgili vermiş olduğu bir kararın gerekçesinde “ihtiyati haciz talebinde bulunan alacaklı İcra ve İflas Kanununun 259. maddesi gereğince borçlunun ve üçüncü şahsın zararını temin etmek için kefalet vermeğe mecbur olduğundan işbu hacizden doğan zararın tazmini davası, haksız fiilden doğan tazminat davaları zamanaşımına tabi değildir”²⁰ diyerek sorumluluğun akdi ilişkiden kaynaklandığını belirtmiştir. Bu karara göre, alacaklı ihtiyati haciz talebinde bulunurken borçlunun ve üçüncü şahsın ilerde uğramaları muhtemel zararlarını karşılamak için teminat yatırarak, bu şahısların zararlarına kefil olmaktadır. Bu nedenle haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davasını, haksız eylemden doğan tazminat davası niteliğinde saymamıştır. Haciz kefaletle dayanılarak yapıldığından alacaklı ile zarar gören arasında akdi bir ilişki doğmuştur²¹. Ancak Yargıtay daha sonra vermiş olduğu kararlarda ihtiyati hacizden doğan tazminat davalarının haksız fiile benzediğini kabul etmiştir²².

çeki ikinci bir imza atarak nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddiasıyla açılan davada mahkûm oldukları ancak, kararın henüz kesinleşmediği tespit edilmiştir.

Hal böyle olunca, uygulanan ihtiyati haczin haksız olduğu icra mahkemesi kararı ile saptanmasına karşın, ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin dahi sıkıştırılmış ikinci tarihi fark edememiş olması, infaz eden icra müdürlüğünün de durumu gözlemleyememiş bulunması karşısında, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacının uğradığı zararlardan davalı firmanın sorumlu bulunduğu yadsınamaz. O halde maddi tazminatın tespit ve tayini için davacı ve davalının tüm delilleri toplanmalı, bilirkişi incelemesi yaptırılmalı sonucuna göre karar verilmelidir. Bu nedenle davanın reddi doğru olmamıştır. Ne var ki, somut olayın özelliğine göre; davacının da bu zararının oluşmasında yukarıda açıklandığı gibi katkısının bulunduğu görüldüğünden ve dosya kapsamına göre iyiniyetli olduğunu söylemenin mümkün olmadığı saptandığından, zaten o dönemde bazı kişilere ve kamu kuruluşlarına olan borçlarını dahi ödeyemez halde ve dar boğazda bulunduğu, bu nedenle elektriklerinin dahi kesildiği anlaşıldığından, yerel mahkemece maddi tazminat konusunda karar verilirken Borçlar Kanununun 43 ve 44.maddesinin göz önünde bulundurulmasının da kaçınılmaz olduğu sonucuna varılmıştır...”. HGK 30.01.2008 T, 2008/11-42 E, 2008/45K. (yayımlanmamış)

²⁰ 4.HD, 15.12.1938, 323/335; Azman, N.: Haksız İhtiyati Hacizden Dolayı Zamanaşımı, İBD, 1987/4-6, s.361.

²¹ Azman, Haksız İhtiyati Hacizden Dolayı Zamanaşımı, İBD,1987/46, s.361

²² 2. HD, 12.12.1974,3464/3592 (ABD, 1976/2, s. 264); 2.HD, 22.03.1979, 113/1489 (YKD, 1979/10, s.1458).

Öğretide alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğunun kanundan doğan sorumluluk olduğu kabul edilmektedir²³. Federal mahkemeye göre, alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğu kanundan doğmakla beraber, bir haksız fiil vasfını taşır. Çünkü sorumluluğun nedeni alacaklı ile borçlu arasındaki bir sözleşmeye değil, haksız ihtiyati haciz sebebi ile borçlunun maddi menfaatlerine ika edilen haksız bir tecavüze dayanır²⁴.

Haksız ihtiyati hacizden dolayı alacaklının sorumluluğunun kanundan doğan kusursuz sorumluluk olduğu konusunda neredeyse fikir birliği mevcuttur. Ancak çoğu yazarlar bu sorumluluğun haksız fiile benzeyen bir sorumluluk olduğunu da belirtmekten çekinmemişlerdir.²⁵ Hatta bu yazarların bazıları, sorumluluğun Yargıtay kararlarında kullanılan bir ifadeyle “tehlike ve kusursuz sorumluluk esaslarına” dayandığını da belirtmişlerdir²⁶. Ancak Yargıtay son yıllarda verdiği kararlar da, isabetli olarak, ‘tehlike ve kusursuz sorumluluk’ kavramlarını birlikte kullanmaktan vazgeçmiş, yalnız ‘kusursuz sorumluluk’ kavramına yer vermiştir²⁷.

Haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğun hukuki niteliğinin en önemli özelliklerinden biri kusura dayanması olan haksız fiile benzetmek veya özel yasalarda istisnaen düzenlenmiş olan tehlike sorumluluğu ile açıklamaya çalışmak isabetli yaklaşımlar değildir. Aslında

²³ Akyazan, s.22

²⁴ Berkin, İhtiyati Haciz, İstanbul 1962, s.77,78.

²⁵ Kuru, s.2583; Uyar, s.153; Berkin, s.78; Azman, s.361.

²⁶ Kuru, s.2583 v.d.; Uyar, s.153.

²⁷ Bkz.11. HD. 03.04.2006 T, 2005/2907 E, 2006/3453 K.; 11. HD. 02 02.2006 T, 2006/704 E, 2006/828 K. (Oskay/Koçak/Deyneki/Doğan, s.5370 v-5372)

bunlara gerek de yoktur. Kanunkoyucu 259. maddenin 1. fıkrasında “ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 96. maddesinde yazılı teminatı vermeğe mecburdur” diyerek özel bir sorumluluk hükmü getirmiştir. Bu nedenle haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğun niteliğini özel hukukta bilinen haksız fiil veya tehlike sorumluluğu gibi sorumluluk türlerine benzetme ihtiyacı yoktur²⁸. Yani alacaklının mesuliyetini haksız fiilden doğan ve Borçlar Kanununun 41. maddesiyle düzenlenen hukuki esaslara göre değil de, İcra ve İflas Kanununun 259. maddesinin açık hükmü dairesinde değerlendirmek gerekir. Borçlar Kanununun 41. maddesi haksız fiilden doğan sorumluluğun ilkelerini ve kanunlarda özel olarak düzenlenmemiş haksız eylemlerden doğan zararların tazmin şartlarını belirlemesine karşın, İİK’nun 259. maddesi ihtiyati hacizde haksız çıkan ve sonuçta belli ve özel bir hukuki işlem nedeniyle başkalarına zarar veren alacaklının sorumluluğunu düzenlemektedir²⁹.

Yasakoyucu haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davasını bağımsız olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğun niteliğini, şartlarını ve ihtiyati hacizle ilgili diğer sorunları özellikle bu bağımsız sorumluluk hükümlerine göre çözmeye çalışmak, bu özel düzenlemenin yetersiz kaldığı durumlarda sorumluluk hukukunun bilinen kurumlarına ilişkin düzenlemelerden yararlanmak isabetli bir yaklaşım olacaktır.

²⁸ Akyazan, s.20.

²⁹ Akyazan, s.21.

İcra ve İflas Kanununun 259. maddesinin 1. fıkrasında “ İhtiyati haciz isteyen alacaklı haksız çıktığı takdirde...” denilmek suretiyle alacaklının sorumluluğu, daha sonra haksız çıkması şartına bağlanmıştır. Alacaklının sorumlu olması için ileride haksız çıkması yeterli olduğundan, kusurlu olması aranmaz. Kusur aranmadığı için alacaklı kusursuz olduğunu ispatlayarak da sorumluluktan kurtulamaz. Bu haliyle alacaklının sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğuna benzemekteyse de, haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğu bilinen kurumlara benzeterak açıklamakta yarar görmüyoruz. Yasalarımızda tehlike sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. Tehlike sorumluluğu özel yasalarla tehlikeli eylem ve faaliyetler için kabul edilmiş bir sorumluluk türüdür. Kaldı ki, ihtiyati haciz için mahkemeye başvurmak başlı başına tehlikeli bir eylem veya faaliyet sayılamayacağı gibi m. 259/I hükmü, haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğu tehlike sorumluluğu şeklinde de düzenlememiştir.

Sonuç olarak, öğretisi ve uygulamada kabul edildiği gibi alacaklının haksız ihtiyati hacizden doğan maddi tazminat sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul etmekteyiz³⁰. Ancak bu sorumluluğu özel hukuktaki diğer sorumluluk türlerine benzeterek açıklamakta bir yarar görmediğimiz gibi, kusursuz sorumluluğun hangi tütüne girdiğinin de sonuç açısından bir yararının olmadığına inanıyoruz.

³⁰ Yargıtay'ın bütün daireleri de haksız ihtiyati hacizden doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. 11. HD. 03.10.2006 T, 2005/6655 E, 2005/9663 K.; 11. HD. 03.04.2006 T, 2005/2907 E, 2006/3453 K. (Oskay-Koçak-Deyneki-Doğan, s.5363 ve 5370)

III. Sorumluluğun Şartları

1. Alacaklının Almış Olduğu İhtiyati Haciz Kararını Uygulamış Olması

Haksız ihtiyati hacizden dolayı alacaklının sorumlu tutulabilmesi için ihtiyati haciz kararının verilmiş olması yeterli değildir. İhtiyati haciz kararının uygulanmış olması da gerekir. Çünkü uygulanmayan bir ihtiyati haciz kararının zarara neden olduğu söylenemez³¹. Sorumluluğun bu şartı daha sonra inceleyeceğimiz “haksız ihtiyati haciz nedeniyle bir zararın meydana gelmesi” şartının doğal nedeni olmaktadır. İhtiyati haciz kararının uygulanması ile amaçlanan, ihtiyaten haczedilen mallar üzerinde borçlu veya üçüncü kişilerin tasarruf haklarının kısıtlanmasıdır. Bu kısıtlamanın ihtiyaten haczedilen malların muhafaza altına alınmasında olduğu gibi eylemli bir şekilde yapılması şart değildir. İhtiyaten haczedilen bir gayrimenkulün tapu kaydına şerh konulmasında olduğu gibi hukuki bir kısıtlama da bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.

2. Uygulanan İhtiyati Haciz Kararının Haksız Olması

İhtiyati haciz koydurana alacaklının bundan doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için daha sonra ihtiyati haczin haksız olduğunun anlaşılması gerekir³². İcra ve İflas Kanununun 259. maddesinin 1. fı-

³¹ Kuru, s. 2580

³² “Dava, haksız ihtiyati haciz sebebiyle maddi tazminat istemine ilişkindir...”

Davacının mevcut olan borcunun ödenmemesi sebebiyle yapılan hacizde bilgisayarın haczedilemez mallardan olup olmadığı takip sırasında çözümlenen bir konu olduğundan, davalının yaptırmış olduğu haczin haksız olduğunun kabulü mümkün değildir. Bu itibarla, davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” 4.HD. 01.03.2007 T, 2006/3087 E, 2007/2393 K. (yayımlanmamış)

rasında “İhtiyati haciz isteyen alacaklı haksız çıktığı takdirde...” denilerek bu koşula değinilmiştir. Alacaklının haksız çıkmış olmasından anlaşılması gereken alacaklının sonuçta haksız çıkmış olmasıdır. Bu da ihtiyati haczin tamamlanması sürecinin sonunda anlaşılacaktır.

Alacaklının haksızlığının saptanması çoğu zaman güç olmaz. Örneğin, borçlunun ihtiyati haciz kararına itirazının kabul edilerek ihtiyati haczin kaldırılması (İİK. m. 265) veya alacaklının ihtiyati haczi tamamlamak için açtığı itirazın iptali davasını kaybetmesi hallerinde alacaklının haksız çıktığı kolaylıkla söylenebilir. Ancak alacaklının almış olduğu ihtiyati haciz kararını uygulattıktan sonra süresi içinde ihtiyati haczi kesinleştirmek için dava açmaması veya takip yapmaması halinde alacaklının haksız sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre alacaklının ihtiyati haczi tamamlayan merasimi yerine getirmemiş olması nedeniyle ihtiyati haczin hükümsüz kalması halinde alacaklının haksız çıktığı kabul edilemez.³³ Haklı olarak belirtildiği gibi alacaklı bu süreleri geçirmekle alacağının ve koydurmuş olduğu ihtiyati haczin haksızlığını kabul etmiş demektir. Gerçi alacaklının bu süreleri geçirmesinden sonra da alacağı için dava açması veya takip yapması mümkündür. Ancak, alacaklı sonradan açacağı dava veya yapacağı takip nedeniyle de ihtiyati haciz isteyebileceğinden, sonradan açmış olduğu bu dava veya takip sonucunda haklı çıkmış olsa bile, sürelerin geçirilmesi nedeniyle hükümsüz kalmış olan birinci ihtiyati haciz nedeniyle, borçluya haksız olarak zarar vermiş olmaktadır. Bu yüzden İİK. m. 264’ün 1. ve 3. fıkralarındaki sürelerin geçirilmesi nedeniyle ihtiyati haczin hükümsüz kalması halinde, ihtiyati haczi haksız kabul etmek ve

³³ Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul1982, s.492.

alacaklıyı bundan doğan zarardan sorumlu tutmak menfaatler dengesine daha uygun düşer³⁴. Yargıtay da bir kararında isabetli olarak “Alınan ihtiyati haciz kararının haksız olup olmadığının 264. maddede belirtilen prosedür içerisinde yapılan itirazlar sonucu verilen kararlar veya açılacak dava sonucunda belirleneceğine, ihtiyati haczin hükümden düşmesi halinde ise düşme keyfiyeti ile birlikte ihtiyati haczin haksızlığının da kabul edilmesi gerektiğine...” karar vermiştir³⁵.

Alacaklının almış olduğu ihtiyati haciz kararına borçlunun itiraz etmemiş olması borçlunun daha sonra haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat davası açmasına engel değildir. Çünkü borçlu ihtiyati haciz kararı alıp uygulatan alacaklıya karşı menfî tespit davası (m. 72) açarak veya haczin tamamlanması için (m. 264/I) gönderilen ödeme emrine itiraz ederek ve itirazında haklı çıkarak alacaklının haksızlığını ispatlayabilir. Yine alacaklının ihtiyati haczin devamı için yapması gereken işlemleri süresinde yapmaması halinde, konulan ihtiyati haczin haksız olduğu kabul edildiğinden bu sürelerin geçirilmesi ile de borçlu, alacaklının haksız olduğunu ispatlamış olur³⁶. İhtiyati hacze itirazı inceleyen mahkeme alacağın esası hakkında bir inceleme yapmadığı için borçlunun ihtiyati hacze itiraz etmemiş olması, alacaklının haklılığını göstermez.

Alacaklı, haksız ihtiyati haciz kararını geri almış olmasına rağmen ihtiyati haciz kararının uygulandığı süre içerisinde borçlu veya 3. kişinin bir zararı meydana gelmişse bundan sorumludur. Yani ihtiyati

³⁴ Kuru, s.2581.

³⁵ 11.HD, 22.03.1979, 113/1469 (Uyar,s.169 v.d. İçtihat no:4/1).

³⁶ Uyar, s.152

haciz kararının geri alınması tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz³⁷.

İhtiyati haciz koyduran alacaklının alacağının iddia ettiğiinden daha az olması, bir başka anlatımla alacaklının koydurmuş olduğu ihtiyati hacizde kısmen haklı çıkmış olması halinde alacaklının haksız sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur³⁸. Jaeger'e göre alacak, ilke olarak mahkemece kabul edildiği halde alacaklının talep ettiği miktardan aşağı bir miktara hükmolünmüşsa ihtiyati haciz haksız sayılmaz ve alacaklı tazminatla yükümlü olmaz.³⁹ Bir görüşe göre, alacaklının ihtiyati hacizle temin ettiği alacak miktarının haklı çıktığı alacak miktarından fazla olması durumunda alacaklı haksız sayılmalıdır⁴⁰. Bu konudaki bir başka görüş, alacaklının iddia ettiği alacak miktarının çok az bir kısmının reddedilmesi halinde alacaklının tazminatla yükümlü olmaması gerektiğini savunmaktadır⁴¹.

³⁷ "Kural olarak haksız haciz uygulaması nedeniyle aleyhine haciz uygulanan kişi maddi ve manevi tazminat isteminde bulunabilir. Ancak bilerek veya ağır kusurlu olarak ihtiyati haczin dayanağı olan olay mahkemeye yanlış biçimde gösterilerek hak kötüye kullanılmış olursa haksız eylem söz konusu olur. Dava konusu olay bu kapsamda incelendiğinde, gösterdiği özellikler nedeniyle davalıyı tazminatla sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü ihtiyati haciz kararına dayanak olan çek üzerinde davacı şirket yetkilisi gibi hareket etmiş olan bir kişinin cirosu da bulunmaktadır. İhtiyati haczin kaldırılması da alacağın bulunmamasından değil, cirodaki imza sahibinin davacı şirketin yetkilisi olmamasından dolayıdır. Ancak dosya içindeki bilgilerden bu kişinin daha önceki tarihlerde davacı şirketin ortağı ve temsilcisi olduğu, sonradan bu sıfatları kalkmış olmasına rağmen halen davacı şirket yetkilisi gibi işlemler yapmış olması nedeniyle hakkında ceza davası açıldığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi davalının ihtiyati haciz kararı alıp uygulaması sırasında, hukuka aykırı bir davranışı bulunmadığı gibi, davacının imzaya ve borca itirazı üzerine durumdan haberdar olunca hacizden de hemen vazgeçmiştir. Bu durumda somut olayın özellikleri gözeticilerle davanın reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması bozma nedenidir...." 4.HD 5.02.2007 tarih 2006/929E 2007/995 K sayılı Kararı (yayımlanmamış)

³⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ihtiyati haciz koyduran alacaklının kısmen haklı çıkması halinde tazminatla sorumlu tutulmayacağını kararlaştırmıştır. Bkz. 11. HD. 20.09.2004 T, 2003/14133 E, 2004/8491 K. (Oskay/Koçak/Deynekl/Doğan, s.5375)

³⁹ Berkin, s. 76'dan naklen

⁴⁰ Bonnard, s.316 (Berkin, s.767dan naklen)

⁴¹ Piguet, J.-Fr, s.177 (Berkin s.77'den naklen)

Yargıtay ise alacaklının kısmen haklı olması durumunda tazminat talep edilemeyeceği görüşünü kabul etmiş görünmektedir⁴². Kanımızca alacaklının ihtiyati hacizle temin ettiği alacak miktarının, haklı çıktığı alacak miktarından fazla olması halinde alacaklının tazminatla yükümlü olması gerekir. Ancak bunun için borçlunun veya 3. kişinin bu fazlalığın oluşmasında bir kusurunun olmaması ve bu fazluluk nedeniyle ekstradan zarara uğramış olmaları gerekir. Çünkü alacaklının sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Ancak bu şekilde alacaklının alacağına karşılık daha fazla teminat elde etmek için ihtiyati haciz isterken yüksek meblağlar göstermesi engellenebilir.

3. Haksız İhtiyati Hacizle Meydana Gelen Zarar Arasında İliyet Bağı Bulunması

Haksız ihtiyati haciz nedeniyle alacaklının tazminattan sorumlu olması için borçlunun (veya üçüncü kişinin) iddia ettiği zararlar haksız ihtiyati haciz arasında nedensellik bağı olmalıdır. 259. maddenin 1. fıkrasında “ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın **bu yüzden** uğrayacakları zararlardan mesuldür” ifadesiyle haksız ihtiyati haciz ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Nedensellik bağı ile ilgili teorilerden uygun illiyet bağı teorisinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁴³ Bu teori uyarınca, olayların normal akışı, genel hayat tecrübelerine göre haksız ihtiyati haczin somut olaydaki zararı meydana getirmeye mahiyeti ve ana temayülü

⁴² Bkz ihtiyati hacizde alacaklı kısmen haklı çıksa bile tazminattan sorumlu tutulamayacağına ilişkin 11.HD 20.09.2004 tarih 2003/14133 E, 2004/8491 K sayılı Kararı (Oskay/Koçak/Deyneklil/Doğan, s.5375)

⁴³ Kuru, s.2583.

itibariyle elverişli olup olmadığına saptanması gerekir⁴⁴. Bu saptama zararın türü ve miktarı açısından da yapılmalıdır.

4. Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması

Alacaklının haksız ihtiyati haczi uygulatmış olmasından dolayı bir zarar doğmuş olmalıdır. 259. maddenin 1. fıkrasında “İhtiyati haciz koyduran alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün **zararlardan** mesuldür” hükmüyle alacaklının sorumlu olması için haksız ihtiyati haciz nedeniyle bir “zarar” doğması gerektiği belirtilmiştir. Haksız ihtiyati haczin bir zarara neden olmaması halinde alacaklı da sorumlu olmayacaktır. Bu “zararın olmadığı yerde sorumluluk da yoktur” şeklindeki genel hukuk ilkesine de uygundur.

Alacaklının tazminle yükümlü olduğu zarar, borçlunun veya üçüncü şahsın haksız olarak ihtiyaten haczedilen mallar üzerinde tasarruf hakkının kısıtlanmasından meydana gelen zararlardır. Mahkeme tazminatın miktarını tespit ederken, ihtiyaten haczedilen malların mahiyet ve kıymetini, ihtiyati haczin devam ettiği süreyi ve borçlunun veya üçüncü şahsın haczedilen mallar üzerinde tasarruf etmedeki yararını dikkate alır. Zarara uğrayan borçlu veya 3.kişinin fiilen haczedilen mallardan ne kadar süre ile yararlandığı önemlidir⁴⁵. İhtiyati haczin

⁴⁴ Tercier, P.: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Ankara 1983, s.31,32.

⁴⁵ “Davacının eşyalardan mahrum kalma zararı eşyaların muhafaza altına alınmasından iadesine kadar geçen süre gözetilerek belirlenmiştir. Oysa dosyadaki belgelerden davacının Fransa’da ikamet ettiği ve belli zamanlarda Türkiye’deki evine geldiği anlaşılmaktadır. Şu durumda davacının eşyalar hacizli iken Türkiye’de bulunduğu belirlenerek bu süre dikkate alınmak suretiyle eşya mahrumiyeti zararının belirlenmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmektedir.” 4.HD 28.03 2007 T, 2006/5486E, 2007/4041 K.

usulü dairesinde kaldırılması için borçlu tarafından yapılan masrafların da haksız ihtiyati haczi uygulatan alacaklı tarafından tazmini hakkaniyete uygun olacaktır⁴⁶.

İhtiyati haciz konulan malın değerinin azalması, borçlunun veya üçüncü şahsın ondan faydalanma imkanından yoksun bırakılması, haczolunan malların yokluğu sebebiyle yoksun kalınan karlar, hacedilen malların birtakım masrafların yapılmasına neden olunması hallerinde doğan zararlar tazminat konusu yapılabilir⁴⁷.

Maddi tazminat talep edebilmek için ihtiyaten hacedilen malın faydalanabilir durumda olması şart değildir. Bu durumda malın ne kadar bir süre içinde faydalanabilir duruma getirilebileceği (tamir edilebileceği) tespit edilip bu süre ihtiyati haczin süresinden düşülerek zararın hesaplanması gerekir.

İcra ve İflas kanununun 264. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen hallerde ihtiyati haciz, hiçbir hükme gerek olmaksızın kendiliğinden geçersiz kalacağından ihtiyati haciz süresinin bu maddeye göre belirlenerek zarar miktarının buna göre hesaplanması gerekir.

Hakim zararın miktarını Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uyarınca hal ve şartların icabına ve zarara uğrayanın kusur durumuna göre hesaplayacaktır⁴⁸.

⁴⁶ Berkin, s.75.

⁴⁷ Tandoğan, s.16.

⁴⁸ Bkz dipnot 19.

IV. İspat Yüğü

Haksız ihtiyati hacizden dolayı tazminat davasında yukarıda incelemiş olduğumuz sorumluluk şartlarının ispatı Medeni Kanunun 6. maddesi uyarınca davacı borçluya aittir. Davacı borçlu veya 3. kişi her şeyden önce alacaklının koydurmuş olduğu haksız ihtiyati haciz nedeniyle bir zararının doğduğunu ispat etmelidir. Davalı alacaklı ise, tazminat davasında kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacağı için ispat yükü altında değildir. Ancak davacının sorumluluk şartlarını ispat etmek için ileri sürdüğü delillere karşı delil sunarak davanın aleyhine sonuçlanmasını engellemeye çalışacaktır.

“İhtiyati haciz kararının uygulanmış olması” koşulunun ispatı herhangi bir zorluk arz etmez. Bu husus ihtiyati haciz tutanağı ile veya tapuya haciz şerhi konulması halinde olduğu gibi resmi kayıt ve belgelerle ispat edilebilir. İhtiyati haczin hangi hallerde haksız sayılacağı ve ihtiyati haciz ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının nasıl saptanması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Davacı alacaklının bütün bu hususları ispatlamanın yanında haksız ihtiyati haciz nedeniyle uğramış olduğu zararı da ispat etmek zorunda olduğunu belirtmiştik.

Borçlu aleyhine alınan ihtiyati haciz kararının icrası sırasında üçüncü kişinin malları da ihtiyaten haczedilmişse, üçüncü kişi süresinde istihkak iddiasında bulunabilir ve istihkak davası açabilir (m. 261, II; 96 v.d.). Üçüncü kişinin istihkak davasını kazanması halinde lehine en az %15 tazminata hükmolunur. Hükm edilen bu tazminat daha sonra haksız ihtiyati haciz davasında hükmolunacak tazminattan mahsup edi-

lir⁴⁹. Üçüncü kişinin haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat isteyebilmesi için istihkak davasını kazanması yeterli olup, ayrıca borçlu hakkında alınan ihtiyati haciz kararının da haksız olması gerekmez.⁵⁰ Üçüncü kişi istihkak davasını kazandığı halde alacaklının kötüniyetli olmaması nedeniyle %15 oranında kötüniyet tazminatı alamamış olsa bile haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat davasında tüm zararlarının tazminini isteyebilir. Çünkü haksız ihtiyati haciz nedeniyle alacaklının tazminata mahkum olması için alacaklının kusurlu olması gerekmez⁵¹. Borçluya karşı uygulanan ihtiyati haciz sırasında malı haczedilen üçüncü kişi süresinde istihkak davasında bulunmamış (m. 96, II) veya istihkak davası açmamış (m. 97, IV ve IX) ise, açmış olduğu haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat davasında hem malın kendisine ait olduğunu hem de alacaklının borçlu aleyhine almış olduğu ihtiyati haciz kararının haksız olduğunu ispat etmek zorundadır⁵².

V. Maddi Tazminat Davasında Görevli Ve Yetkili Mahkeme

İcra ve İflas kanununun 259. maddesinin son fıkrasına göre “Tazminat davası ihtiyati haczi koyan mahkeme de **dahi** görülür.” Bu şekilde tazminat davasında görevli ve yetkili mahkemenin tespitinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetki ve göreve ilişkin genel kurallarına yollamada bulunulmuştur. Bu nedenle haksız ihtiyati hacizden doğan maddi tazminat davasında görevli mahkeme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 1. ve devamı maddelerine göre, yetkili

⁴⁹ 11.HD, 17.03.1987, 186/1513 (Uyar, s. 159-160, içtihat no:2).

⁵⁰ Kuru, s.2591.

⁵¹ 4.HD, 11.02.1991, 274/867 (YKD, 1991/5, s.689-691).

⁵² Kuru, s.2591.

mahkeme ise aynı yasanın 9. ve devamı maddelerine göre tespit edilir. Alacaklının iflası halinde, iflas edenin mali ilişkileri ile ilgili bütün davalar iflas kararını veren mahkemede toplanacağından tazminat davasının da bu mahkemede açılması gerekir⁵³.

İcra ve İflas kanununun 259. maddesinin son fıkrası hem yetki hem de göreve ilişkin bir kural mı yoksa sadece yetkiye ilişkin bir kural mıdır? Doktrinde , “ihtiyati haczi koyan mahkeme” deyimi yetki kuralı olarak anlaşılmaktadır⁵⁴. Ancak “ihtiyati haciz koyan mahkeme” ifadesi ile bilfiil ihtiyati haczi koyan mahkeme kastedilmektedir. Burada yasakoyucu görevle ilgili genel kurala bir istisna getirmiştir. Bu nedenle ihtiyati haciz kararını veren mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun göreve ilişkin kurallarına göre görevli olmazsa bile tazminat davasına bakabilmelidir⁵⁵.

Tazminat davasına bakmaya yetkili mahkeme konusunda yasamız, İsviçre İcra İflas Kanunundan ayrılarak tazminat davasına bakma yetkisini ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye hasretmemiştir. Bu nedenle tazminat davasının borçlunun ikametgahı mahkemesinde veya ihtiyati haciz kararını veren mahkemede (HUMK m. 12) açılabileceği gibi, alacağın tespiti veya eda davasına karşılık dava olarak açılması da mümkündür. Dava karşılık dava olarak açılmadığı halde, aynı mahkemede açılmışsa hakim her iki davayı birleştirebilir⁵⁶.

⁵³ Berkin, s.79.

⁵⁴ Berkin, s.79; Kuru, s. 2584; Uyar, s. 154.

⁵⁵ Akyazan, s.31,32.

⁵⁶ Berkin, s.80.

VI. Zamanaşımı

Haksız ihtiyati hacizden doğan maddi ve manevi tazminat davalarının zamanaşımı süreleri ne mehz İsviçre İcra ve İflas Kanununda ne de İcra ve İflas Kanunumuzda düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu boşluğun doldurulması doktrin ve uygulamaya kalmıştır.

İsviçre’de bazı yazarlar bu davanın haksız fiile benzemesi nedeniyle haksız fiilden doğan tazminat davalarının tabi olduğu bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer bazı yazarlara göre ise kanunda aksine bir hüküm bulunmadığına göre Borçlar Kanununun 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresi burada da geçerli olmalıdır. Federal mahkeme ise bir yıllık zamanaşımının uygulanacağını içtihat etmiştir⁵⁷.

Doktrinimiz, buradaki sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna benzediği ileri sürülerek bir yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁵⁸. Yargıtay ise önceleri “İhtiyati haciz talebinde bulunan alacaklı, İİK’nın 259. maddesi mucibince borçlunun ve üçüncü şahsın zararını temin için kefalet vermeye mecbur olduğundan işbu hacizden doğan zararın tazmini davası haksız fiilden mütevellit tazminat davaları müruruzamanına tabi değildir” diyerek alacaklının ihtiyati haciz kararı alırken yatırmış olduğu teminatı kefalet akdine benzetmiş ve bu nedenle akitten doğan borçların tabi olduğu on yıllık zamanaşımının haksız ihtiyati hacizden doğan tazminat davasına uygulanması gerektiğini içtihat etmiştir⁵⁹. Ancak daha sonra Yargıtay bu görüşünü

⁵⁷ Berkin, s.77.

⁵⁸ Kuru, s. 2592; Uyar, s.154; Azman, s.361.

⁵⁹ Akyazan, s.22.

değiştirerek öğretide genel kabul gören bir yıllık zamanaşımı süresini uygulamaya başlamıştır⁶⁰. Biz de tazminat alacağının kanundan doğan bir borç olması sebebiyle Borçlar Kanununun 60. maddesinin kıyasen uygulanmasının isabetli olduğu kanısındayız.

Haksız ihtiyati haciz nedeniyle tazminat davasında zamanaşımının hangi tarihten itibaren başlayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sürenin başlangıç tarihi ihtiyati haczin kalktığına öğrenildiği tarihtir⁶¹. Diğer bir görüşe göre, zamanaşımı süresinin başlangıcı zarar öğrenme anı ise de ihtiyati haciz mevcut olduğu sürece bu süre işlemez. Bu durumda, tazminat davası ihtiyati haczin kaldırılmasına ilişkin kararın veya alacaklının ihtiyati hacizle temin etmiş olduğu alacağın reddine dair kararın kesinleşmesinden itibaren başlar⁶².

Kuru'ya göre ise zamanaşımı ihtiyati haczin kaldırılması (m. 265) veya hükümsüz kalması (m. 264, IV) tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.⁶³ Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁶⁴. Biz de bu görüşün isabetli olduğu kanısındayız. İhtiyati haczin kalkması veya hükümsüz kalması ile birlikte haczedilen mallar üzerindeki inisiyatif borçlu veya üçüncü kişiye geçmektedir (m. 264, IV). Dolayısıyla borçlunun veya üçüncü kişinin haksız ihtiyati haczi eylemli olarak sona erdirmesi ve zarar miktarını saptaması bu andan itibaren olanaklıdır. Borçlunun veya

⁶⁰ 11.HD, 22.03.1979, 113/1469 (YKD, 1979/10, s. 1458).

⁶¹ Şimşek, E.: Kambyo Senellerine Dayanan İhtiyati Haciz, AD, 1978/3-4, s.229.

⁶² Üstündağ, İcra, s.495.

⁶³ Kuru, s.2592.

⁶⁴ 11.HD, 12.12.1974, 3464/3592 (ABD, 1976/2, s.264-269), 11.HD. 22.03.1979 T 113/1469 (YKD 1979/10 s. 1458), Yargıtay 4. HD 31.05.2006, 2006/3984 E, 2006/6359 K. sayılı kararında; ihtiyati haciz kararını kaldıran istihkak davasının kabulüne ilişkin onama kararının tebliğinden itibaren zamanaşımı işleyeceğini kararlaştırmıştır (Oskay/Koçak/Deyneklil/Doğan, s.5367- 5368)

üçüncü şahsın bu yetkilerini hemen kullanmamalarından dolayı alacaklıyı sorumlu tutmak hakkaniyete aykırıdır. Ayrıca ispat kolaylığı açısından da ihtiyati haczin kalktığı veya hükümsüz kaldığı tarihin esas alınması isabetlidir.

İhtiyati haczin hükümsüz kalması İcra ve İflas Kanununun 264. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkralarındaki sürelerin geçirilmesi ile olmuşsa zamanaşımı bu sürelerin sona ermesi ile işlemeye başlar. Alacaklının 264. maddenin 1. ve 3. fıkralarına göre açmış olduğu alacak davasının reddedilmesi nedeniyle ihtiyati haciz hükümsüz kalmışsa zamanaşımı, kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Üçüncü kişinin 97. maddeye göre açmış olduğu istihkak davasını kazanması nedeniyle ihtiyati haciz kalkmış ise zamanaşımı istihkak davasının kabulüne ilişkin icra mahkemesi kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır.

VII. Zararın Teminattan Mahsup Edilmesi

Borçlu veya üçüncü kişi alacaklıya karşı açmış olduğu tazminat davasını kazanırsa, tazminat alacağı öncelikle alacaklının ihtiyati haciz kararını alırken yatırmış olduğu teminattan alınır (m. 259). Bu nedenle alacaklının yatırmış olduğu teminatın geri verilmemesi menfaatler dengesine uygun düşecektir. Ancak bu teminatın zamanaşımı süresine kadar bekletilmesi de doğru değildir. Zira bu durum alacaklıyı güç durumda bırakırken, borçlunun veya 3. kişinin keyfi olarak tazminat davasını zamanaşımının sonuna kadar açmamasına neden olabilecektir. Bu yüzden alacaklının talebi üzerine ihtiyati hacze karar veren mahkemenin borçluya veya üçüncü kişiye tazminat davası açması için uygun bir süre vermesi, bu süre içinde tazminat davası açmadığı takdirde te-

minatın serbest kalacağını bildirmesi uygun olacağı savunulmaktadır⁶⁵. Bu halde sadece teminat serbest kalır. Alacaklının sorumluluğu zamanasını süresine kadar devam eder⁶⁶.

İhtiyati haciz bir ilama veya ilam niteliğindeki belgeye dayanmıyorsa zaten teminat gösterilmeden ihtiyati haciz kararı verilemez⁶⁷. Bu durumda tazminatın teminattan ödenmesi de söz konusu olmayacaktır. Uygulamada ihtiyati haciz kararı verilirken takdir edilen alacağın % 10-15'i kadar teminat, daha sonra alacaklı haksız çıktığında borçlunun zararını karşılamaya yetmemektedir.

SONUÇ

Alacaklının haksız olarak borçlu veya 3. kişinin mal ve haklarına ihtiyati haciz koydurması nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, alacaklının kusurlu olup olmadığına bakmaksızın, zarara uğrayan borçlu veya 3. kişi İcra ve İflas Kanununun 259. maddesine göre alacaklıya karşı maddi tazminat davası açabilir.

Bu davanın, ihtiyati haczin düştüğü veya mahkeme kararı ile kaldırılmışsa bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde genel görevli ve yetkili mahkemelerde veya ihtiyati haciz kararını veren mahkemede açılması gerekir. Borçlu veya 3. kişi haksız ihtiyati haciz nedeniyle uğramış olduğu bütün zararlarını talep edebilir. Ancak Yargıtay uygulamasına göre alacaklının ihtiyati haciz kararında kısmen haklı

⁶⁵ Kuru, El kitabı, s. 919.

⁶⁶ Kuru, s. 2594

⁶⁷ Bkz. 11.HD. 16.04.2004 T 2004-4165/4130 ve 11.HD. 10.03.2005 T 2005-13067/2436 (Oskay-Koçak-Deynekli-Doğan, s.5377, 5374)

çıkması halinde tazminata hükmedilemez.

Zarar, Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerine göre hesaplanır. Alacaklı zarardan kusursuz sorumlu olmasına rağmen, zarara uğrayan borçlu veya 3. kişinin kusuru da zarar hesaplanırken dikkate alınacaktır. Alacaklı ihtiyati haciz kararı alırken teminat yatırmışsa zararın öncelikle bu teminattan mahsup edilmesi yerinde olacaktır.



CAS (SPOR TAHKİM MAHKEMESİ)

Ramis Onur YENİ (★)

ANLATIM DÜZENİ: I. GİRİŞ, II. GENEL OLARAK CAS TAHKİMİ, A. CAS (Spor Tahkim Mahkemesi), B. CAS'ın Tarihçesi, 1. CAS'ın Oluşumundan 1994' e Kadar Olan Süreç, 2. 1994 Reformu, 3. Paris Anlaşması, C. CAS ve ICAS'ın Yapısı, 1. ICAS (Uluslar arası Spor Tahkim Mahkemesi Konseyi), 2. CAS, D. CAS'ın Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklar, E. CAS'ın Yöresel Yetkili Daireleri ve Ad Hoc Tahkim Daireleri, III. CAS TAHKİM USULÜ, A. Birinci Derece Tahkim Usulü, 1. Hakemlerin Belirlenmesi, 2. Süre, 3. Davanın Esasına Uygulanacak Olan Hukuk, 4. Karar, 5. Gizlilik. B. Temyiz Tahkim Usulü. 1. Hakemlerin Belirlenmesi, 2. Süre, 3. Yürütmenin Durdurulması ve Diğer Geçici Tedbirler, 4. Davanın Esasına Uygulanacak Olan Hukuk, 5. Karar, 6. Gizlilik, IV. GÖRÜŞ BİLDİRME, V. CAS'IN ARABULUCULUK YETKİSİ, VI. SONUÇ

(★) Avukat.

CAS TAHKİMİ

I. GİRİŞ

Tahkim, taraflar arasındaki bir hukuki uyuşmazlığın devlet mahkemele-
rine giden yolun kapanması şartıyla üçüncü kişiler tarafından çözülmesidir.
Hukuki uyuşmazlığın üçüncü kişiler tarafından çözülebilmesi tarafların bu
konuda anlaşmalarına bağlıdır.¹

Tanımını verdiğimiz tahkim kurumu, bugünkü anlamı ve içeriğiyle ol-
masa da köklerini çok eski zamanlardan alan bir hukuki kurumdur. Bu kurum,
özellikle 19. ve 20. yüzyıllarda Avrupa ve Amerika'da modern ve çağdaş
şekliyle oluşturulup uygulanırken aslında bu oluşum için gerekli bilgiler Ba-
tı'ya özellikle yakın Asya ve Orta Doğu'dan göç eden kişilerden alınmıştır.

Örneğin, Osmanlı Devleti hukuk sistemi içindeki şer'i mahkemeler dı-
şında, örfi hukuk ile ilgili uygulamaların bulunduğu ve Osmanlı tebaasından
bulunan gayrimüslimlerin aralarındaki hukuki ihtilafların bu sisteme benzer
usullerle halledildiği bilinmektedir.²

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, özellikle 20. yüzyılda sanayinin ina-
nılmaz bir hızla gelişmesi ve dolayısıyla uluslar arası ticaretin sınırları aşım
yaygınlaşmasıyla beraber, tahkim gibi bir alternatif çözüm yolunun önem
kazanması, bu kurumun sadece uluslar arası kamu hukukundaki uyuşmazlık-
larda değil, uluslar arası ticari uyuşmazlıklarda da çok sık kullanılmasına yol
açmıştır ve 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren de tahkimin uygulama
alanı genişlemiş ve sadece uluslararası ticari ilişkiler ve işçilerle ilgili uyuş-
mazlıklarda değil, spor alanında doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yoluna

¹ Nevhis Deren Yıldırım, *Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul, Alkım Yayınevi, Mayıs 2004, s. 17.

² Türkiye Noterler Birliği ADR Araştırma ve İnceleme Komisyonu Raporu, "Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S. 128, 15 Kasım 2005, s. 53.

başvurulmaya başlanmıştır.

Çalışmamızın konusu olan CAS (Spor Tahkim Mahkemesi) tahkimi yukarıda bahsettiğimiz gelişmeye paralel olarak oluşturulmuş uluslar arası bir tahkim mahkemesidir.

Çalışmamızda, öncelikle CAS'ın tanımı, oluşumu, tarihçesi, yapısı ve görevlerine değinilecek, daha sonra bu tahkim türünün usulü anlatılacak, arabuluculuk yetkisi ve CAS'ın görüş bildirme yetkisi de alınarak çalışma tamamlanacaktır.

II. GENEL OLARAK CAS TAHKİMİ

II. Dünya Savaşı'ndan sonra ve Birleşmiş Milletlerin oluşumuyla beraber uluslar arası anlamda gerçekleştirilen birliktelik ve işbirliği spor alanına da yansımış, kökünü Antik Yunan'dan alan ve 1896 yılında birincisi yapılan Olimpiyat Oyunları dışında, takım halinde veya bireysel olarak yapılan her bir spor dalına has, uluslar arası federasyonlar oluşturulmaya ve yarışmalar organize edilmeye başlanmıştır. Bu uluslar arası organizasyonlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklara ve hukuk dışı eylemlere etkin ve süratli bir şekilde müdahalede bulunup çözüm üretecek bağımsız bir hukuki mekanizma gereksinimi doğmuştur. İşte bu gereksinime cevap olarak CAS oluşturulmuştur.

Aslında CAS'a neden ihtiyaç duyulduğu veya uyuşmazlıkların niçin CAS' a götürülebileceği sorusunun cevabı, niçin bir tahkim kurumuna ihtiyaç duyulduğu sorusunun cevabı ile benzerlik taşır. Sadece, CAS, spor uyuşmazlıklarına bakan bir tahkim kurumu olması nedeniyle ele aldığı konular ve usulü bakımından diğer tahkim kurumlarının arasında ayrı ve bağımsız bir şekilde yerini alır.

Öncelikle spor uyuşmazlıkları genellikle teknik bir konuya dayanan

özellikler barındırır. Bu sebeple genel mahkemelerin sahip olmadığı bir spor bilgisi yani ihtisaslaşma gerektirir. Ayrıca, kararların süratli alınması gereken durumlara bir çözüm oluşturur. Tarafların konunun esasına uygulanacak hukuku seçebilmeleri “bağımsızlık” ve “tarafsızlık” arayışları bu mahkemenin uluslar arası anlamda kabul görmesiyle beraber tercih edilen bir çözüm yolu olacağı şüphesizdir.³

A. CAS (Spor Tahkim Mahkemesi)

CAS (*The Court of Arbitration for Sport – Spor Tahkim Mahkemesi veya “TAS” Tribunal Arbitral du Sport*). Spor dünyasının kendisine has ve öznel ihtiyaçlarına uyarlanmış usul kuralları vasıtasıyla spor uyuşmazlıklarını tahkim veya arabuluculuk yolu ile çözen, tüm spor kurumlarından bağımsız, 1984 yılında oluşturulmuş ve ICAS (*The International Council of Arbitration for Sport – Uluslar arası Spor Tahkim Konseyi*) adlı vakfın idari ve mali yönetiminde bulunan bir kurumdur.⁴

CAS’ın verdiği kararlarının niteliği ve infaz kabiliyeti herhangi bir mahkemenin kararlarının niteliği ve infaz kabiliyeti ile aynı hükümdedir. Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi bazı koşullar altında uyuşmazlıkları arabuluculuk yolu ile çözmeye veya spor ile ilgili hukuki konularda görüş bildirme yetkisini haizdir.⁵

CAS’ın merkezi Lozan, İsviçre’dir. Ayrıca biri, Sydney, Avustralya diğeri de New York, ABD’de olmak üzere iki yöresel yetkili dairesi bulunmak-

³ John deMestre & Co, *CAS-The Court of Arbitration For Sport*, <http://www.ausport.gov.au/fulltext/2000/law/jdmcas.pdf>, 2000, s. 3.

⁴ Mark Conrad, *Sports Law Jargon: The Court of Arbitration For Sport*, <http://www.sportslawnews.com/archive/jargon/JARGONCAS.htm>, 2000, s.1.

⁵ Licdo. Jose Marxuach, *The Court of Arbitration For Sports*, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-13.html>, t.y., Puerto Rico, s.1.

tadır. Bu dairelere ilişkin ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağız.

CAS'ın muhakeme usulü İngilizce veya Fransızca dillerinden biri olabilir. Ancak belirli koşullar altında başka bir dil de kullanılabilir.⁶

B. CAS'ın Tarihçesi

20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren sporun hızlı gelişimi, uluslar arası sporların önemli ekonomik etkileri ve spor kulüplerinin, federasyonların, sponsorların vs. hukuki konularda talepkar davranmaları, gittikçe artan miktarlarda potansiyel uyuşmazlık kaynakları yaratmıştır. İşte CAS gibi bir oluşuma ihtiyaç duyulmasının sebebi, bu etkenlerin bir sonucudur ve bu sonuç yukarıdaki bölümlerde değindiğimiz avantajları nedeniyle yerinde bir çözüm olmuştur.

1. CAS'ın Oluşumdan 1994'e Kadar Olan Süreç

1980'lerin başlarında uluslar arası spor uyuşmazlıklarının artışı ve bu problemleri çözecek bağımsız ve bağlayıcı bir otorite boşluğu mevcuttu. 1981'de *Juan Antonio Samaranch* IOC (*Uluslar arası Olimpiyat Komitesi*) Başkanı seçildikten sonra, CAS oluşumunun fikir babası olmuştur. Aynı yıl IOC' un Roma'da gerçekleştirilen toplantısında, bir IOC üyesi olan Yargıç *Keba Mbaye*, bir spor tahkim mahkemesi statüsü hazırlamakla görevlendirilen bir çalışma grubuna başkanlık etmiştir.⁷

Doğrudan ya da dolaylı olarak spor uyuşmazlıklarının çözümü ile görevlendirilen bir tahkim yargılaması fikri, hem uluslar arası uyuşmazlıkların

⁶ Georgetown Law Library – Olympics & International Sports Law Commission, Court of Arbitration For Sports (CAS), <http://www.ll.georgetown.edu/int/guides/lawolympics.cfm> , t.y., s.2.

⁷ Court of Arbitration For Sport, http://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Arbitration_for_sport, 03.04.2006, s.1.

çözümünde özel yetkili bir kurumun varlığına duyulan ihtiyaç hem de bu kurumun esnek, çabuk ve ucuz bir usul öngörmesi nedeniyle çokça taraftar toplamıştı.

30 Haziran 1984 yılında yürürlüğe giren CAS Statüsü ile beraber usule ilişkin bir tüzük oluşturulmuştur. Bu kurallara göre CAS, her biri 15 tane olmak üzere IOC, uluslar arası spor federasyonları (*IF*), Ulusal Olimpiyat Komiteleri (*NOC*) ve IOC Başkanı tarafından, seçilen 60 üyeden oluşturulmuştur.

CAS 1991 yılında bir Tahkim Yönergesi yayımlamıştır. Bu yönerge, spor federasyonlarının, CAS'ı bir temyiz mahkemesi olarak kabul edebilmeleleri ve verdiği kararlara iyi niyetli olarak uymalarını öngören bir kloz içermektedir. Bu anlamda CAS'ı bir temyiz mahkemesi olarak gören ve verdiği kararları bağlayıcı nitelikte kabul eden ilk spor federasyonu Uluslar arası Binicilik Federasyonu (*FEI*)⁸ olmuştur. Bundan sonra birçok ulusal ve uluslar arası federasyon bu temyiz tahkim klozunu kabul etmiş ve böylece CAS'ın iş yoğunluğunda ciddi bir artış yaşanmıştır. Örneğin, 1991'den 1992'ye kadar, Atletlerin uyrukları ve hizmet akitleri, sponsorluklar, lisanslar, yayın hakları ve doping ile ilgili farklı konularda birçok dava CAS'ın önüne getirilmiştir.

Aşağıda Tablo 1'de, 22 Kasım 1994 Tarihli Spor Uyuşmazlıklarına Uygulanan Tahkim Kodu'nun yürürlüğe girmesinden 31 Aralık 2004 tarihine kadar olan sürede açılan davaların istatistikî bilgileri verilmiştir.⁹

⁸ Uluslar arası Tahkim Mahkemesi Nedir (CAS) ?, <http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>, 4.4.2006, s.4.

⁹ <http://www.tas-cas.org/en/stat/firmstat.htm>, 04.04.2005, s.3.

TABLO 1	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Toplam
Birinci Derece Tahkim Usulü	4	7	4	8	5	10	9	61	9	117
Temyiz Tahkim Usulü	10	11	33	24	55	32	66	46	252	529
İstisari Mütalaa Usulü	1	2	3	1	1	0	3	2	0	13
Ad Hoc Usulü	6	0	5	0	15	0	8	0	10	44
TOPLAM	21	20	45	33	76	42	86	109	271	703

2. 1994 Reformu

1994 reformu ile kastedilen şey aslında 1992 yılında binici Elmar Gundel tarafından açılan bir davanın neticelerinin yarattığı etkidir.

Uluslararası Binicilik Federasyonunun (*FEI*), statüsünde, yukarıda belirttiğimiz tahkim klotunu kabul etmesiyle Elmar Gundel, doping iddiaları neticesinde Federasyonun vermiş olduğu diskalifiye edilme ve para cezalarının-

dan memnun olmayarak kararın temyiz edilmesi için CAS'ta bir temyiz davası açmıştır. CAS'ın kısmen Gundel'i haklı bulması üzerine, Gundel bu sefer de CAS'ın bir tahkim mahkemesinde olması gereken tarafsızlık ve bağımsızlık niteliklerini taşımadığını iddia ederek İsviçre Federal Mahkemesi'nde bir temyiz davası açmıştır.¹⁰

Federal Mahkeme, 15 Mart 1993 tarihinde verdiği kararında, CAS'ın bir tahkim mahkemesi niteliğinde olduğunu ve Federasyon'a karşı bağımsız olduğunu kabul etmiş ancak IOC ile CAS arasındaki bağlantılara – CAS'ın büyük oranda IOC tarafından finanse edilmesi, IOC'un CAS statüsünde tadilat yapabilme ve CAS üyelerini seçebilme yetkisi vs.- dikkat çekerek CAS'ın IOC karşısında tam anlamıyla bağımsız olmadığına karar vermiştir. İşte bu olay neticesinde CAS'ın Statüsünde ve yapısında onu, kuruluşundan beri finanse eden IOC' tan bağımsız hale getirecek bir sürü değişiklikler yapılmıştır. Bu anlamda yapılan en büyük değişiklik ise IOC'un yerini alacak ve CAS'ı idari ve mali yönden idare edecek olan ICAS'ın kuruluşudur. Ayrıca CAS'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla batılı uyuşmazlıklar ile temyiz mahkemesi sıfatıyla baktığı uyuşmazlıklar arasında net bir ayırım yapabilmek için Birinci Derece Tahkim Dairesi ve Temyiz Tahkim Dairesi oluşturulmuştur.¹¹

3. Paris Anlaşması

ICAS'ın kuruluşu ve CAS'ın yeni yapısı 22 Haziran 1994 tarihili Paris Anlaşması ile kabul edilmiştir. Bu anlaşmanın Giriş bölümünde, spor uyuşmazlıkları ile görevli olarak CAS'ın oluşturulmuş olduğu ve tarafların CAS önündeki haklarının korunmasını sağlamak ve CAS'ın tam bağımsızlığının

¹⁰ Ian Blackshaw, *The Court of Arbitration For Sport: An International Forum For Setting Effectively Within The Family of Sport*, www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume2/number2/blackshaw.pdf, t.y., s. 4-5.

¹¹ James H. Carter, *The Law of International Sports Dispute*, www.asil.org/pdfs7carterspeech0411.pdf, s. 3-4.

güvencesi olarak tarafların, karşılıklı anlaşmalarla uluslar arası spor tahkimi adı altında Uluslar arası Spor Tahkim Komisyonu adı ile anılacak bir Vakıf kuracakları açıkça öngörülmüştür. Paris Anlaşmasının imzalanmasıyla biri hariç tüm uluslar arası olimpik federasyonlar ve çeşitli ulusal olimpiyat komiteleri CAS'ı tanıyarak statülerine, uyuşmazlıklarda CAS'ın yetkili olacağına dair bir tahkim klozu eklemiştirler.¹²

C. CAS ve ICAS'ın Yapısı

22 Kasım 1994 Tarihli Spor Uyuşmazlıklarına Uygulanan Tahkim Kodu,¹³ CAS'ın yapısı ve tahkim usullerini düzenler. 69 maddelik Kod iki bölüme ayrılarak; S1 maddesinden S26 maddesine kadar Spor Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Çalışan Organların Statüsü, R27 maddesinden R69 maddesine kadar olan bölümde Usule ilişkin hükümleri düzenlemektedir. 1999 yılında Kod'a bağlayıcı olmayan ve taraflara bir uzlaşma seçeneği sağlayan, Arabuluculuk (*Mediation*) kuralları eklenmiştir.

Dolayısıyla bu Kod, Birinci Derece Tahkim Usulü, Temyiz Tahkim Usulü, Görüş Bildirme Usulü ve Arabuluculuk Usulü olmak üzere dört temel usul kuralını içerir. Ayrıca hem yazılı hem de sözlü yargılama usulünü öngörür.¹⁴

1. ICAS

Asıl görevi CAS'ın bağımsızlığının ve tarafların haklarının korunması olan ICAS, CAS'ı idari ve mali yönden yöneten üst organdır. Spor hukuku ve

¹² <http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>, a.g.e., s.4; *Court of Arbitration For Sport*, http://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Arbitration_for_sport, s.1.

¹³ *Status of the Bodies Working For The Settlement of Sports-Related Disputes "CAS Tahkim Kodu"*, <http://www.tas-cas.org/en/code/codeAa.htm>.

¹⁴ *AS Tahkim Kodu*, md. R44.

tahkim konularında yetkin 20 üst düzey hukukçudan oluşur. CAS'ın bağımsızlığının sağlanması adına bu hukukçular hiçbir koşul altında CAS'ta görülen davalarda, hakem veya taraf vekili olarak yer alamazlar.¹⁵

CAS'ın görevleri arasında; Kod'un değiştirilmesi, CAS arabulucularının veya hakemlerinin listesini oluşturacak kişilerin atanması, CAS'ın finansmanı, ICAS bütçesinin ve CAS'ın yıllık hesaplarının onaylanması, CAS Genel Sekreterinin atanması ve Başkan'ın teklif üzerine görevden alınması, gerekli olduğu hallerde bölgesel veya yerel, kalıcı veya *Ad Hoc* tahkim yapısının kurulması vs.¹⁶

ICAS bu görevleri ya kendisi yerine getirir (tüm kurulun katılımıyla) ya da oluşturacağı bir kurul aracılığı ile yerine getirir. Ancak Kod'un değiştirilmesi ve ICAS bütçesi ve CAS yıllık hesaplarının onaylanması gibi bir takım görevlerini hiçbir koşulda kurula devredemez.¹⁷

2. CAS

CAS görevlerini en az 150 kişiden oluşan hakemleri vasıtasıyla yerine getirir. CAS'ın 1994 reformuyla getirilen ve Paris Anlaşmasıyla kabul edilen iki yeni oluşumu mevcuttur.¹⁸ Bunlar CAS'a yöneltilen ilk derece uyuşmazlıklarında görevli Birinci Derece Tahkim Dairesi (*Ordinary Arbitration Division*) ve sportif oluşumların aldıkları nihai kararların sonuçlandırılması için oluşturulan bir Temyiz Tahkim Dairesidir. (*Appeals Arbitration Division*).¹⁹

¹⁵ Matthieu Reeb, *The Court of Arbitration For Sport*, <http://www.tas-cas.org/en/histoire/histoireA.htm> , t.y. , s. 3.

¹⁶ CAS Tahkim Kodu, md. R6.

¹⁷ CAS Tahkim Kodu, md. R7/II.

¹⁸ Licdo. Jose Marxuach, a.g.e., s.3.

¹⁹ CAS Tahkim Kodu, md. S20.

CAS Hakemleri, ICAS tarafından 4 yıl için seçilirler. Sürenin bitiminden sonra bu hakemler tekrar seçilebilirler. CAS Hakemleri IOC, Uluslar arası Federasyonlar (IF) ve NOC'un (Ulusal Olimpiyat Komiteleri) gösterdiği adaylar arasından seçilirler. Her ne kadar CAS Hakemleri sportif organizasyonlar tarafından atanmış olsalar da, göreve başlarken imzaladıkları bildirme ile bağımsızlık ve tarafsızlıklarını sürdürürler. CAS heyetleri tek veya üç hakemden oluşur.²⁰ Tüm hakemler gizlilik yükümlülüğü altındadır.²¹

D. CAS'ın Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklar

CAS'ın görev alanına giren uyuşmazlıkların, spor nitelikli uyuşmazlıklar olduğundan daha önce de bahsetmiştik. Bu durum Kod'un R27 Maddesinde de belirtilmiştir.

Kural olarak CAS'a iki türlü uyuşmazlık götürülebilir: ticari nitelikli ve cezai nitelikli uyuşmazlıklar. İlk grup uyuşmazlıklar, özellikle sponsorluk, oyuncu transferleri, oyuncular ve teknik direktörler, koçlar, menajerler arasındaki ilişkiler olmak üzere, sözleşmelerin ifasıdır. Bir grup ticari uyuşmazlık var ki bunların çözümünde CAS ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Örneğin bir spor yarışmasında bir sporcunun sakatlanması nedeniyle oluşacak hukuki sorumluluklar gibi.²² İkinci kategoriyi oluşturan cezai nitelikte davaların çoğunu doping davaları oluşturur. Doping ve bunun gibi başka cezai nitelikli uyuşmazlıklarda genel olarak, yetkili spor mercilerinin verdiği ilk derece kararların temyiz mercii olarak görev yapar.

2000 yılında CAS'a yapılan başvuruların %65'ini bu çeşit cezai nitelikteki davalar oluşturmaktadır. 2004 yılından itibaren mevcut davaların çoğun-

²⁰ CAS Tahkim Kodu, md. S14.

²¹ CAS Tahkim Kodu, md. S18.

²² Matthieu Reeb, s.5.

luğunu doping davaları, profesyonel futbolcuların ve profesyonel bisikletçilerin doping davaları ve transfer ücretlerine ilişkin uyuşmazlıklar oluşturur.²³

E. CAS'ın Yöresel Daireleri ve Ad Hoc Tahkim Daireleri

1996 yılında, ICAS, Sydney Avustralya ve Denver ABD'de olmak üzere iki yöresel yetkili daire kurmuştur. Fakat aynı yıl Denver'deki daire New York'a transfer edilmiştir.²⁴ Bu daireler, Lozan'daki CAS Merkezi'ne bağlanmış olup, tüm usuli işlemleri kabul etmeye ve bildirmeye yetkilidir.

Aynı yıl ICAS, Atlanta Olimpiyat Oyunları sırasında meydana gelecek uyuşmazlıkları 24 saat içinde ve nihai olarak çözecek bir Ad Hoc (*geçici görevli*) mahkeme oluşturdu ve bu etkinlik için basit, esnek ve harçtan muaf bir usul yaratıldı. Atlanta'daki Ad Hoc Tahkimi'ne 6 dava sunulmuştur.²⁵

1998'da Nagano Kış Oyunları'nda ve İngiliz Devletler Topluluğu Oyunları (*Commonwealth*), Kuala Lumpur'da iki yeni CAS Ad Hoc Dairesi daha kurulmuştur. Organizasyonun yapısı ve usul, Atlanta oyunlarındaki ile aynıdır. UEFA'nın 2000 Avrupa Futbol Şampiyona'sında da Ad Hoc Yargısı'nı çalıştırmıştır. Bu bağlamda Portekiz'deki Avrupa Futbol Şampiyona'sı'nda da görev yapmıştır.²⁶

III. CAS TAHKİM USULÜ

Çalışmamızın bu bölümüne kadar, genel anlamda CAS Mahkemesinin yapısı, tarihçesi, statüsü, organları ve işleyişi ile ilgili açıklamalarda bulun-

²³ Licdo. Jose Marxuach, a.g.e., s.3.

²⁴ Mark Conrad, a.g.e., s.1.

²⁵ Brendan I. Koemer, *Where Do Athletes Go to Court?* <http://www.slate.com/Default.aspx?id=2103285>, 01.07.2004, s.3.

²⁶ Matthieu Reeb, a.g.e., s.6.

duk. Bu aşamadan itibaren, bir spor tahkim mahkemesi olan CAS' ta görülecek olan davalarda, başvuru sürecinden, CAS Mahkemesinin verdiği hükmün hukuki etkisine kadar, CAS Tahkim sürecini inceleyeceğiz.

Bütün gerçek kişilerle, tüzel kişiler CAS'a başvurma yetkisini haizdir. Örnekleme gerekirse, sporcular, spor kulüpleri, ulusal veya uluslar arası spor federasyonları, ulusal olimpiyat komiteleri ve bunlara karşı üyeleri, bir spor etkinliği veya yarışmasını organize edenler, sponsorlar vs.

Kod'un 27. maddesi uyarınca, bir uyuşmazlığın CAS' a götürülebilmesi için, taraflar; CAS'ın yetkisine ilişkin, aralarındaki sözleşmeye bir tahkim klotu ekleyebilir veya CAS Mahkemesini yetkili kılan bir tahkim anlaşması yapabilirler. Eğer uyuşmazlık bir federasyonun veya sportif teşkilatın kararından kaynaklanıyorsa, ilgili teşkilat veya federasyonun tüzüğünde veya kurucu belgesinde CAS'ın yetkisine ilişkin bir hüküm var ise o zaman, anlaşmaya gerek kalmadan, bu hüküm doğrultusunda CAS' a başvurulabilir.²⁷

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de vurguladığımız gibi, CAS'ın muhakeme dilleri İngilizce ve Fransızca'dır. Tarafların ifade vermeleri veya tanık dinlemesinde diğer dillerde tercümana başvurulabilir.²⁸

Taraflar, CAS Mahkemesindeki duruşmalara, bireysel olarak katılabilirler. Ayrıca tayin ettikleri bir kişi tarafından temsil edilebilirler. Bu kişilerin hukukçu olmalarına gerek yoktur.

Kod'a göre, misyonu, spor alanında oluşan hukuki ihtilafları tahkim yolu ile çözümlenmek olan CAS, spor ile ilgisi ister doğrudan, ister dolaylı olsun, bütün ticari ihtilafların – örneğin sponsorluk sözleşmesi- veya sporda disiplin

²⁷ bkz. Bölüm B2, Elmar Gundel davası

²⁸ CAS Tahkim Kodu, md. R29.

cezası kararları vermeye yetkili herhangi bir organın – örneğin UEFA Tahkim Kurulu-²⁹ kararlarına karşı veya bir spor teşkilatının kararına –örneğin bir uluslar arası federasyonun doping cezası- karşı, kararı alan merciin hukuki niteliğine göre BİRİNCİ DERECEDE MUHAKEME veya TEMYİZ başvuru merciidir.

Şimdi bu ayrıma göre, tahkim sürecinin nasıl işlediğini inceleyelim:

A. Birinci Derece Tahkim Usulü

Bu tahkim usulü, spor ile doğrudan veya dolaylı olan bütün ticari ihtilafların, ki bunlar genelde sözleşmelerden kaynaklı ihtilaflardır, CAS'ı yetkili kılan bir tahkim klotu barındırması veya uyuşmazlık doğduktan sonra, CAS'ı yetkilendiren bir anlaşmanın varlığı halinde başvuru olan bir yöntemdir.

Kod'un 38. md.'sine göre, CAS' a yapılacak tahkim başvurusunda, talebi içeren dilekçenin yanında, tahkim klotunu içeren sözleşmenin veya tahkim anlaşması var ise bunun bir örneğinin ve eğer tahkim anlaşmasında seçili hakemler yoksa heyeti teşkil edecek hakemlerin ve tarafın sunacağı hakem ile belgelerin de sunulması zorunludur. Yine aynı madde uyarınca bir harç yatırılmak zorundadır.

Harç, Kod 64. madde uyarınca, asgari 500 İsviçre Frangı tutarındadır. Bu tutar yatırılmadığı sürece, işlem yapılamaz.

Bu aşamadan sonra, CAS, davalı tarafa talebi iletir. Davalı taraf, bunun üzerine bir savunma layihası gönderir.³⁰

²⁹ <http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>, a.g.e., s.2.

³⁰ CAS Tahkim Kodu, md. R39

1. Hakemlerin Belirlenmesi

Kod'un md. 40/T'e göre, genel kural olarak CAS Tahkimi, üç veya bir hakemlik heyetlerden oluşur. Eğer tahkim anlaşması herhangi bir sayı belirtmiyorsa, Daire Başkanı, uyumsuzluğun önem derecesine göre hakem sayısını belirler.

Kod md. 40/II'ye göre eğer taraflar, hakemlerin belirlenmesine ilişkin bir yöntem belirtmemişler ise, tek hakemin belirlenmesi gereken durumlarda, taraflar, tebliğin kendilerine ulaştığı tarihten itibaren 20 gün içinde hakem belirleyip bu anlaşmayı CAS'a gönderirler. Eğer bu süre geçirilir ise, hakemi Daire Başkanı belirler. Üç hakemin seçilmesi gereken durumda, davacı, dilekçesinde veya CAS'ın Daire Başkanı'nın üç hakem tayin edilmesine ilişkin kararın kendisine tebliğ edilmesinden sonraki bir süre içinde, davalı taraf ise, kendisine talep iletildiği andan itibaren kendi hakemini belirlemelidir. Eğer taraflar kendi hakemlerini belirlemezlerse Daire Başkanı iki hakemi, tarafların da görüşü dahilinde belirler. Heyete başkanlık edecek hakem konusunda kararsız kalınması durumunda ise, Daire Başkanı üçüncü hakemi seçer.

Eğer hakemlerden birinin tarafsızlığı hakkında bir şüphe oluşursa, taraflardan biri, şüpheye düşülmesine neden olan sebebi öğrenmesinden itibaren yedi gün içinde hakemin reddini isteyebilir. Bu talep, ICAS tarafından değerlendirilir.³¹

Bu aşamadan sonra, Hakem heyeti başkanı, tarafları, delillerini sunmak, tanıklarını dinletmek ve savunmalarını yapmak üzere duruşmaya çağırır.

³¹ CAS Tahkim Kodu, md. R34.

2. Süre

Her ne kadar CAS Tahkim kodu ve diğer kaynaklarda, Birinci Derece Tahkim Usulü'nde kararın, başvurudan itibaren ne kadar zaman sonra verilmesi gerektiği veya bu usulün ne kadar sürdüğü ile ilgili bir açıklama olmasa da (Temyiz Tahkim Usulünde bu süre 4 aydır.), CAS'ın resmi Internet sitesinde bulunan "Tanıtım" bölümünde, Birinci Derece Tahkim Usulü'nün yaklaşık olarak 6 ile 12 hafta arasında sürdüğü belirtilmiştir.

3. Davanın Esasına Uygulanacak Olan Hukuk

Kod md. R 45 uyarınca, davanın esasına taraflarca seçilen hukuk uygulanır. Böyle bir seçim olmadığı takdirde, İsviçre Hukuku uygulanır.

4. Karar

Kod md. 46 uyarınca, karar, yazılı olarak verilir ve **aksi taraflarca öngörülmediği müddetçe** gerekçelidir. Kararlar çoğunluk oyu ile alınmalıdır. Eğer çoğunluk sağlanamıyor ise, Heyet Başkanı'nın oyu yönünde karar çıkar. Kararda Baş Hakem'in imzasının bulunması yeterlidir. Karar nihaidir ve tarafları bağlayıcı niteliktedir.

Yine maddeye göre, tarafların, İsviçre'de mutat meskenleri, ikametgâhları veya iş merkezleri yok ise ve tahkim anlaşmalarında veya sonradan yaptıkları bir anlaşmada açıkça karara itiraz edilemeyeceğini belirtmişler ise, karara itiraz edilemez.

Kararlara sadece çok sınırlı sayıda durumlarda itiraz edilebilir. Karara, tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde ve sadece İsviçre Federal Mahkemesi'nde itiraz edilebilir. CAS tarafından verilen bir kararın İsviçre Federal Mahkemesinde temyiz edilebilmesi için, Devletler Özel Hukukuna İlişkin İsviçre Federal Kanunu md. 190 uyarınca belirtilen durumların varlığı gerek-

lidir. 190. md. uyarınca bu nedenler: yetkisizlik, bazı temel Usul Kurallarını İhlal (Savunma hakkının sınırlanması gibi) ve kamu düzenine aykırı karar verilmesi gibi hususlar olabilir.³²

CAS kararlarına karşı İsviçre Federal Mahkemesi'ne 1993, 1996, 1998, 2000 ve 2003'te birer kez olmak üzere toplam 5 başvuru yapılmıştır. Bu temyiz başvurularının hepsinde de İsviçre Federal Mahkemesi, CAS kararını onaylamış ve temyiz talebi reddedilmiştir.³³

CAS kararlarını infazı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi uyarınca yapılmaktadır. Türkiye bu Konvansiyonu, 8.5.1991 tarih 3732 Sayılı Kanunla onaylamış ve bu sözleşme 25.9.1991 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.³⁴

5. Gizlilik

Kod md. R 43 uyarınca yapılan tüm işlemler gizlilik esasına tabidir. Taraflar, hakemler ve CAS uyuşmazlık veya işlemler ile ilgili hiçbir bilgi veya olayı üçüncü kişilere açıklayamazlar, kararlar aksi öngörülmedikçe veya taraflar bu yönde iradelerini sunmadıkça, aleni verilmez. Gizlilik ayrıca, karar verildikten sonra da süreci de kapsar. Şöyle ki, taraflar arasında bu yönde bir anlaşmaz olmadıkça hakemlerin kararı herhangi bir yerde yayınlanamaz.

B. Temyiz Tahkim Usulü

Temyiz Tahkim Dairesi'nin yetkisi, birinci derece tahkim dairesinin

³² Licdo. Jose Marxuach, a.g.e., s.8.

³³ <http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>, a.g.e., s.3.

³⁴ Cemal Şanlı, *Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3.bs., İstanbul, Beta Yayınevi, Haziran 2005, s.281; Licdo. Jose Marxuach, a.g.e., s.8.

yetkilerine oranla daha sınırlıdır. Temyiz Tahkim Dairesi'ne başvurabilmek için, başvuruyu yapanın tüm iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekir. Temyiz Tahkim Usulü, İdari mahkemelerin veya spor federasyon ve teşkilatlarının verdiği kararlardan kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda veya bu spor teşkilatlarının statülerinde ve tüzüklerinde veya tarafların yapacakları ayrı bir sözleşmede CAS Mahkemesi'ni yetkilendirmeleri halinde işletilir.

Kod md. R 48 uyarınca, başvuran taraf, CAS'a bir temyiz tahkim dilekçesi sunar.

Harç, Kod md R 65/II. uyarınca, asgari 500 İsviçre Frangı tutarındadır. Bu tutar yatırılmadığı sürece, işlem yapılamaz.

Kod md. R 52'ye göre, CAS, temyiz başvuru dilekçesini karşı tarafa gönderir ve Temyiz Tahkim Daire Başkanı da heyetin teşkili için işlemleri başlatır. Temyiz nedenlerinin tebliğinden itibaren 20 gün içinde karşı taraf, CAS'a savunmasını içeren cevabını sunar.

1. Hakemlerin Belirlenmesi

Heyet genelde üç hakemden oluşur. Eğer taraflar temyiz dilekçesi sunulmadan önce rızalarını yazılı olarak beyan etmişlerse veya Temyiz Tahkim Daire Başkanı davanın acil olduğuna kanaat getirirse heyet tek hakimden oluşabilir.

Kod'un R 54. maddesi uyarınca, eğer heyet üç hakemden oluşacaksa başvuruyu yapan taraf temyiz başvuru dilekçesinde hakemi belirlerken, karşı taraf da dilekçenin kendisine tebliğ edilmesinden itibaren 10 gün içinde kendi hakemini belirler. Üçüncü hakem olan heyet başkanını ise temyiz daire başkanı belirler. Heyet tek hakemden oluşacaksa, bu hakemi Temyiz Tahkim Daire Başkanı atar.

Kod'un R 57. md. uyarınca karşı tarafın savunmasını sunması ve dosyanın hakemlere gönderilmesi üzerine, Baş Hakem, tarafların, tanıkların ve bilirkişilerin dinleneceği bir duruşma günü tayin eder. Bu heyet, söz konusu uyuşmazlık ile ilgili olan tüm dosyaları, temyize konu olan kararı vermiş olan ilgili spor federasyon ve teşkilatından talep etme hakkını haizdir. Heyet, vakaları ve hukuku inceleme yetkisini de haizdir. Kararı veren makamların vaka değerlendirmesi ile bağlı değildir.

2. Süre

Kod md. R 49'a göre, tarafların sözleşmesinde ilgili federasyonun veya teşkilatın mevzuatında özel bir başvuru süresi belirtilmemişse, temyiz süresi kararın tebellüğ tarihinden itibaren 21 gündür.

Özel temyiz süresine bir örnek vermek gerekirse, UEFA'nın Statüsü 60. maddede bu süre 10 gündür.³⁵

3. Yürütmenin Durdurulması ve Diğer Geçici Tedbirler

Kod'un R 37, R 48 VE R 52 maddelerinde belirtilmiş olan durumları toplamak gerekirse; CAS'a başvuru kural olarak daha önce verilmiş olan kararda yürütmeyi durdurmaz. Ancak başvuruda bulunan taraf, yürütmeyi durdurma talebinde bulunmuş ise, CAS Temyiz Tahkim Daire Başkanı öncelikle, heyet hakemlerin seçilmesini beklemeksizin, istenilen durdurma veya tedbir hakkında bizzat karar verir ve taraflara bildirir.

4. Davanın Esasına Uygulanacak Olan Hukuk

Kod md. R 58 uyarınca, heyet, taraflarca seçilen hukuka göre karar verir. Böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, ilgili federasyonun, teşkila-

³⁵ <http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>, a.g.e., s.4.

tın veya kuruluşun bulunduğu ülkenin kanunu uygulanır.

5. Karar

Kod md. R 59 uyarınca, karar, yazılı ve gerekçeli olarak verilir. Kararlar çoğunluk oyu ile alınmalıdır. Eğer çoğunluk sağlanamıyor ise, Heyet Başkanı'nın oyu yönünde karar çıkar. Kararda Baş Hakem'in imzasının bulunması yeterlidir. Heyet, gerekçeyi bildirmeden önce, taraflara kararın kendileri açısından uymaları gereken kısmını bildirebilir. Karar, bu yazılı bildirimden itibaren icra edilebilir duruma gelir. Karar nihaidir ve tarafları bağlayıcı niteliktedir.

Yine maddeye göre, tarafların, İsviçre'de mutlak meskenleri, ikametgâhları veya iş merkezleri yok ise ve tahkim anlaşmalarında veya sonradan yaptıkları bir anlaşmada açıkça karara itiraz edilemeyeceğini belirtmişler ise, karara itiraz edilemez.

Aynı maddeye göre, CAS'ın kararı, başvuru tarihinden itibaren, bütün usul hükümleri ve duruşma gerçekleştirilerek, 4 ay sonunda taraflara bildirilir. Bu süre Baş hakemin isteği üzerine, Temyiz Tahkim Daire Başkanı'nın kararıyla uzatılabilir.

6. Gizlilik

Kod md. R 59 uyarınca taraflar, kararın gizli kalması konusunda, anlaşmış olmadıkça karar veya işlemlerin sonuçlarını açıklayan özet, CAS tarafından açıklanır.

IV. GÖRÜŞ BİLDİRME

CAS tahkime ilişkin kararlar verirken aynı zamanda da hukuki konularda görüş bildirebilir. CAS, Kod R 60 md. uyarınca CAS, IOC, IF, NOC,

WADA veya IOC ve OCOG tarafından tanınan kurumların talepleri üzerine bağlayıcı olmayan şekilde görüş bildirebilir. Bu kurumların görüş talep edileceği konular, sportif alandaki herhangi bir gelişme veya spor ile ilgili bir aktivite veya uygulamaya yönelik hukuki konulardır.

Kod R 61'e göre CAS'tan bir görüş talep edildiğinde, CAS Başkanı bu konu hakkında görüş verilip verilemeyeceğini inceler. Olumlu bir kaniya ulaşırsa bu inceleme sonunda, CAS Hakemleri arasından bir veya üç hakem seçerek ve Başkanı da belirleyerek heyeti oluşturur. Görüş istenen konuyu re'sen formüle eder ve cevaplanacak soruları heyete gönderir.

Heyet, Kod R 62. md. uyarınca görüş bildirmeden önce ek bilgi talep edebilir. Heyetin verdiği görüş, ancak görüş talep eden tarafın rızası ile yayınlanabilir. Verilen mütalaalar bağlayıcı nitelikte değildir.

V. CAS'IN ARABULUCULUK YETKİSİ

CAS Tahkim Kodu S 2 ve S 6/10 maddeleri uyarınca, ICAS aşağıda anlatacağımız CAS'ın arabuluculuk yetkisi için, "Arabuluculuk Kurallarını" kabul etmiştir. Bundan sonra sözünü edeceğimiz maddeler, bu arabuluculuk kurallarına ilişkindir.³⁶

Tıpkı birinci derece tahkim usulünde olduğu gibi, arabuluculuk usulünün uygulanması için de, söz konusu uyuşmazlıkların bir sözleşme ilişkisinden veya haksız fiilden kaynaklanması gereklidir.³⁷

CAS Arabuluculuk Kuralları md. 1'deki tanıma göre, CAS Arabuluculuk kurumu, bir tarafın diğer taraf ile iyi niyetle anlaşma yükümlülüğü altına

³⁶ CAS Mediation Rules "CAS Arabuluculuk Kuralları", <http://www.sportsrecht.org/EU-Recht/CASMediationRules.pdf>.

³⁷ Presentation, <http://www.tas-cas.org/en/present/presentG.htm>. , t.y., s.11.

girdiği bir arabuluculuk anlaşmasından kaynaklanan ve spora ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü için bir CAS Arabulucusunun yardımı ile gerçekleştirilen, BAĞLAYICI olmayan ve gayri resmi bir prosedürdür. CAS Arabuluculuğu sadece CAS birinci derece tahkim usulü ile ilişkili uyuşmazlık çözümlerinde uygulanır. Tüm cezai nitelikteki uyuşmazlıklar ve özellikle doping ile ilgili konular CAS Arabuluculuğunun açıkça konusu dışında kalır.

A.K. / 2 uyarınca, yukarıda bahsettiğimiz taraflar arasındaki arabuluculuk anlaşması, sözleşmelerinin içine “arbuluculuk” klozu eklenmesi suretiyle veya bu konuya ilişkin ayrı bir anlaşma ile oluşturulur.

Arbuluculuk kurumuna başvurmak isteyen bir kişi, 4. md. uyarınca yazılı olarak CAS’a ve bir kopyasını da karşı tarafa göndermek suretiyle başvuru da bulunur. Başvuru üzerine, başvuru da bulunan taraf, bir ücret öder. Bu başvurunun yapıldığı tarih, arabuluculuk işlemlerinin yapıldığı tarih olarak kabul edilir. Bunun üzerine CAS, ivedilikle arabuluculuğun gerçekleştirileceği bir tarih belirler ve karşı tarafa 14. md.’ye uygun olarak, söz konusu ücretin onun üzerine düşen kısmını ödemesi için zaman tanır.

Kuralların 5. md.si uyarınca, arabulucuyu seçme görevi ICAS’a aittir. ICAS bu arabulucuyu CAS Hakemlerinden veya CAS hakemi olmayan kişilerden seçer. 4 yıllık ve tekrar seçilebilecek şekilde arabulucular göreve getirilir.

Arbulucular, tüm CAS Hakemleri gibi taraflara karşı bağımsız olmalıdır ve arabulucunun bu özelliğine itiraz eden bir taraf olursa -ki arabulucu kendisi de görevi yapmaktan imtina edebilir-, arabulucu, A.K./ md. 5 uyarınca arabuluculuk faaliyetini derhal sona erdirerek durumu CAS Başkanı’na bildirir.

A.K./ md. 7, arabuluculuk işlemleri sırasında tarafların bir temsilci tu-

tabileceğini belirtir. Bu temsilci temsil ettiği tarafa danışmadan hareket edebilme yetkisine sahiptir.

Kuralların bir başka maddesi olan 8. md. uyarınca, arabuluculuk tarafların anlaştığı şekilde yapılır ve taraflar arasında böyle bir anlaşma yok ise arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde yürütüleceğine karar verir.

Arabulucunun, tarafların, tarafların temsilci ve danışmanlarının, bilirkişilerin veya görüşmelerde hazır bulunan diğer şahısların, kanunda aksi öngörülmedikçe arabuluculuk sırasında edindikleri bilgileri 3. şahıslara açıklamayacakları A.K. md. 10'da belirtilmiştir.

A.K./10 uyarınca, bir tarafça sağlanan bilgiler, sadece o tarafın rızası ile ve ancak arabulucu tarafından açıklanabilir. Görüşmeler kayıt altına alınmaz. Taraflardan alınan belgeler, arabuluculuğun sona ermesi halinde, alınan tarafa iade edilir ve hiçbir kopyası saklanamaz.

Arabuluculuk faaliyetleri, 11. md.'ye göre, faaliyetler devam ederken, herhangi bir zamanda, taraflardan biri veya arabulucu tarafından sona erdirilebilir. Arabuluculuk,

- a. Tarafların anlaşmaya varması
 - b. Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetlerinin devamına gerek kalmadığı yönündeki yazılı açıklaması veya
 - c. Arabuluculuk faaliyetlerinin sona erdirilmesi için, tarafların veya taraflardan birinin yazılı beyanı ile
- sona erer.

A.K. md. 12 uyarınca, arabuluculuk faaliyetinin sonucunda ortaya çı-

kan uzlaşma, arabulucu tarafından oluşturulur ve arabulucu ve taraflarca imzalanır.

13. md. uyarınca uyuşmazlığın, arabuluculuk ile çözülememesi halinde taraflar arasında bir tahkim anlaşması varsa tahkime başvurulabilir. Tahkim klozu arabuluculuk anlaşmasının içinde de yer alabilir. Böyle bir durumda CAS Tahkim Kodu R 44/ 4 uygulanır. Arabuluculuğun sonuçsuz kalması ve tarafların tahkime başvurması durumunda, arabulucu aynı uyuşmazlıkla ilgili olan süreçte hakem olarak görev alamaz.

VI. SONUÇ

CAS, çalışmamızın pek çok bölümünde belirttiğimiz gibi, sporla doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunan uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulmuş bir mahkemedir. Bu mahkeme, Gundel davası sonucunda yapısını ve işleyiş şeklini değiştirmiş, daha bağımsız, daha adil, daha etkili bir tahkim mahkemesi haline gelmiştir. Bu 1994 reformu, CAS'ın değerini arttırmış ve bu mahkemenin yeni yapısıyla oluşturduğu vizyonuna pek çok uluslar arası ve ulusal spor federasyonu güvenmiş ve tüzüklerinde CAS'ın yetkisini tanıyarak, CAS'ı günümüzün ve büyük ihtimalle geleceğin tek uluslar arası spor tahkim mahkemesi haline getirmiştir.

CAS, sadece birinci derece ve temyiz tahkim usulü ile değil, hukuki görüş bildirme ve arabuluculuk yetkileriyle de kendisine has bir tahkim mahkemesidir. Kaldı ki sadece İsviçre'deki merkeziyle değil, New York ve Sydney'deki ofisleri ve kurmaya yetkili olduğu ad hoc daireleriyle de etkisini ve erkini çok güçlü bir şekilde hissettiren bir tahkim mahkemesidir.

Bir başka husus ise, yargılamaların tıpkı diğer tahkim mahkemelerinde olduğu gibi ihtisaslaşmış hakemler tarafından yapılması ve kararların makul süreler içinde alınması gerekliliği de CAS'ı, ticaretin fazlaca hâkimiyetini

hissettirdiği uluslar arası spor federasyonlarının üstünde, hem gerçek hem de tüzel kişilerin güvенеbilecekleri ve başvurabilecekleri bir kurum olarak önemli bir noktaya getirmektedir.

CAS'ın Türkiye'nin gündemine yoğun bir biçimde gelmesi de ne yazık ki kötü bir olay neticesinde olmuştur.

2006 FIFA Dünya Kupası Avrupa elemeleri play-off mücadelesi ikinci maçı Türkiye-İsviçre karşılaşması sonrasında çıkan olaylar neticesinde FIFA, tarihinin en ağır ikinci cezasını çıkan olaylardan sorumlu tuttuğu Türkiye aleyhine vermiştir. Bu ceza neticesinde Türkiye FIFA Tahkim Kurulu'na cezanın indirimi için başvurmuştur ve olumlu bir sonuç alınamamıştır. Ancak, 2003 yılında FIFA, CAS'ın yargı yetkisini statüsüne aldığından Türkiye Futbol Federasyonu CAS'a başvurabilir ve büyük ihtimalle de başvuracaktır.

Unutulmamalıdır ki FIFA'nın verdiği bu ceza ile kamuoyunda geniş yer edinen CAS, ceza indirimi yapan bir kurum olarak görülmemelidir. Neredeyse yargı erkini evrensel nitelikte kullanabilme özelliğini kazanmış olan bu mahkeme, FIFA'nın kararını bozabilir, onaylayabilir, hatta cezayı arttırabilir. Bu sebeple, CAS'ın verdiği karar ne olursa olsun bağımsızlığı, adaleti ve etkisi kanıtlanmış olan bu mahkeme, itibarı zedelenmiş yerel veya uluslar arası spor teşkilat veya federasyonlarıyla aynı düzeyde görülmemelidir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR ve MAKALELER

- ŞANLI, C., Uluslar arası Ticari Akitleri Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3.bs., İstanbul, Beta Yayınevi, Haziran 2005
- TÜRKİYE NOTERLER BİRLİĞİ ADR ARAŞTIRMA ve İNCELEME KOMİSYONU RAPORU, “Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 128, 15 Kasım 2005
- YILDIRIM, D.N., Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, Alkım Yayınevi, Mayıs 2004

İNTERNET KAYNAKLARI

- BLACKSHAW, I., The Court of Arbitration For Sport: An International Forum For Setting Effectively Within The Family of Sport,
ww2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/eslj/issues/volume2/number2/blackshaw.pdf.
- CARTER, H. J., The Law of International Sports Dispute,
www.asil.org/pdfs7carterspeech0411.pdf.
- CAS ARABULUCULUK KURALLARI , CAS Mediation Rules
<http://www.sportsrecht.org/EU-Recht/CASMediationRules.pdf>.
- CAS TAHKİM KODU, Status of the Bodies Working For The Settlement of Sports-Related Disputes, <http://www.tas-cas.org/en/code/codeAa.htm>
- CONRAD, M., Sports Law Jargon: The Court of Arbitration For Sport,
<http://www.sportslawnews.com/archive/jargon/JARGONCAS.htm>, 2000

- COURT OF ARBITRATION FOR SPORT
http://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Arbitration_for_sport,
03.04.2006
- GEORGETOWN LAW LIBRARY – OLYMPICS & INTERNATIONAL SPORTS LAW COMMISSION, Court of Arbitration For Sports (CAS),
<http://www.ll.georgetown.edu/int/guides/lawolympics.cfm> t.y.
- JOHN DE/MESTRE & Co, CAS-The Court of Arbitration For Sport,
<http://www.ausport.gov.au/fulltext/2000/law/jdmcas.pdf>, 2000
- KOERNER, I. B., Where Do Athletes Go to Court?
<http://www.slate.com/Default.aspx?id=2103285>, 01.07.2004
- MARXUACH, J. L., The Court of Arbitration For Sports,
<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-13.html> ,
t.y., Puerto Rico.
- PRESENTATION, <http://www.tas-cas.org/en/present/presentG.htm> ,
t.y.
- REEB, M., The Court of Arbitration For Sport, <http://www.tas-cas.org/en/histoire/histoireA.htm> , t.y.
- STATISTICS, <http://www.tas-cas.org/en/stat/frmstat.htm>.,
04.04.2005
- ULUSLAR ARASI TAHKİM MAHKEMESİ NEDİR (CAS) ?,
<http://www.sporbilim.com/sporhukuku2.html>., 4.4.2006

KISALTMALAR

ABD:	<i>Amerika Birleşik Devletleri</i>
ADR:	<i>Alternative Dispute Resolutions</i>
a.g.e.:	<i>Adı geçen eser</i>
A.K.:	<i>Arabuluculuk Kuralları</i>
Bkz:	<i>Bakınız</i>
Bs:	<i>Bası</i>
CAS:	<i>The Court of Arbitration for Sport</i>
FEI:	<i>The International Equestrian Federation</i>
FIFA:	<i>The Federation of International Football Association</i>
ICAS:	<i>International Council of Arbitration for Sport</i>
IF:	<i>The International Sports Federation</i>
IOC:	<i>The International Olympic Committee</i>
md.:	<i>Madde</i>
NOC:	<i>The National Olympic Committees</i>
OCOG:	<i>Organizing Committees of The Olympic Games</i>
s.:	<i>Sayfa</i>
S.:	<i>Sayı</i>
t.y.:	<i>Tarih yok</i>
UEFA:	<i>The Union of European Football Associations</i>
vs.:	<i>Vesaire</i>
y.y.:	<i>Yayımcı yok</i>
WADA:	<i>World Anti Doping Agency</i>

