



KURULUŞ : OCAK — 1975, YIL : 16, SIRA SAYI : 63

# YARGITAY DERGİSİ



CİLT : 16

TEMMUZ - 1990

SAYI : 3

---

**Sahibi** : Yargıtay Adına Birinci Başkan **Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU**

**Yayın Müdürü** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **Ali Rıza GENİŞ**

---

#### **YAYIN KURULU**

**Başkan** : S. Necip **DEDA** ( 3. Ceza Dairesi Üyesi )  
**Üyeler** : Tahir **ALP** ( 2. Hukuk Dairesi Üyesi )  
Gönen **ERİŞ** ( 11. Hukuk Dairesi Üyesi )  
Ahmet Cemal **GÖĞÜŞ** ( 5. Hukuk Dairesi Üyesi )  
Şener **GÜNGÖR** ( 9. Ceza Dairesi Üyesi )

---

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
  - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödenmez.
  - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
  - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT. giderleri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
  - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
  - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- 

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce **üç ayda bir yayınlanır.**
  - **Yönetim ve yazışma adresi** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü 06658 Ankara.
  - **Telefon**: 1251632 - 1251649; 1175380/2385, 2484, 2486.
  - Katma değer vergisi içinde, **1990 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 14.700.— liradır.**
  - Dergi bedeli, **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 304/110 sayılı veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı hesaplarımızdan birine aktararak yada PTT. kanalıyla gönderilerek veya Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak abone olunur.**
  - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
  - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve C. Savcılarını ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %20 indirim uygulanır.**
  - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
-

## İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
<b>1 — GENEL KONULAR</b>	
a) Doç. Dr. Doğan SOYASLAN : Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu. ....	269 - 280
b) İbrahim ŞAHBAZ : Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası. ....	281 - 308
c) Mustafa Vasfi YÜCESAN : Yüksek Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine .....	309 - 312
<b>2 — CEZA HUKUKU</b>	
a) Prof. Dr. Albin ESER : Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu. ....	313 - 338
b) Prof. Dr. Faruk EREM : Ceza Hukukunda «Hakkın Kullanılması». ....	339 - 351
c) Vural SAVAS : «Kanun Önünde Eşitlik İlkesi» Geremediği Halde Bazı Eylemleri Suç Saymanın Hakkı Gereğesi Olabilir mi? .....	352 - 362
ç) Cengiz ERGEN : Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde İhracına Teşebbüs Suçu. ....	363 - 372
<b>3 — CEZA USULÜ</b>	
a) Doç. Dr. Sami SELÇUK : Toplu Yargılamada Görüşme Kuralları ve Sonuçları. ....	373 - 376
<b>4 — MEDENİ HUKUK</b>	
a) İrfan OKUR : Medeni Hukuk Tüzel Kişileri İle Ticaret Hukuku Tüzel Kişilerinin «Hak Ehliyeti» Yönünden Karşılaştırılması. ....	377 - 390
<b>5 — İNFAZ HUKUKU</b>	
a) Yusuf ÖZTÜRK : 3506 Sayılı Kanununun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanununun 4. Maddesinin 4. Fıkrasının Şartla Salıverilmeye, Ertelemeye ve Tekerrüre Olan Etkisi. ....	391 - 405

**6 — BANKALAR HUKUKU**

- a) Dr.Kemal DAYINLARLI : Dış Ticaret İşlemlerinde Akreditif. .... 406 - 423

**7 — FEDERAL MAHKEME İÇTİHA TLARI**

- a) Dr.Kemal DAYINLARLI : Uzun Süreli Bir Borcun Zaman İçinde Sınırlandırılması. 424 - 427

**8 — TÜRK HUKUKUNUN YABANCI MAHKEMELERCE UYGULANMASI**

- a) Doç. Dr. Şeref ÜNAL : Akde Muhalefet ve Cezai Şart ..... 428 - 430

**9 — YARGITAY'DAN HABERLER**

- a) Ali Rıza GENİŞ : Yeni Seçilenler, Emeklilik ve Vefat Nedeniyle Aramızdan Ayrılanlar. .... 431 - 436
- Yasalar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Tüzükler, Yönetmelikler. .... 437 - 448

● GENEL KONULAR

**TÜRK HUKUK DÜZENİ VE AÇLIK GREVİ YAPAN  
KİŞİLERE MÜDAHALE SORUNU**

Doç. Dr. Doğan SOYASLAN (\*)

● ANLATIM DÜZENİ: Giriş. I — İnsani Boyutu. II — Dini Boyutu. III — Hukuki Boyutu. A — Anayasa Hukuku Açısından. B — Özel Hukuk Açısından. C — İdare Hukuku Açısından. D — Ceza Hukuku Açısından. S o n u ç.

**GİRİŞ**

Ülkemiz cezaevlerinde bazı hükümlüler birtakım istekler ile infaz rejimi ve idareinn tutumunu protesto, kamuoyunun dikkatini cezaevleri ve hükümlüler üzerine çekmek için ölümü göze alarak açlık grevi yapmaktadırlar. Açlık grevi bugünün demokratik liberal dünyasında kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için başvurulan yollardan biridir.

Gerçekten günümüzde kişi özgürlükleri Yasama organına karşı Anayasa Mahkemesi, Yürütme Organına karşı İdare ve Adliye Mahkemeleri, başka kişilere karşı da Adliye Mahkemelerince korunmaktadır. Türk hukuk düzeni tarafından tanınmış olan bu gibi hukuki teminatların dışında hukuk dışı veya politik hukuka uygun başka teminatlar da vardır. Bunlar kişinin idare tarafından verilen emirlere uymayı reddi, baskıya karşı direnme, ihtilal, şiddet hareketlerine başvurma, toplu grev, açlık grevi yapmalar gibi şiddet içeren veya içermeyen yollardır (1).

Kriminolojik açıdan kişinin açlık grevi yaparak kendisine eziyet etmesi, özde başkasına yönelmesi gereken şiddeti grevci failin kendi kendisine yöneltmesi olarak tezahür etmekte, bu nedenle grevci failde mevcut bir suçluluk potansiyelini göstermektedir (2).

Ancak kişinin cezaevinde açlık grevi yapması bugün artık bir yandan kişinin hürriyetini koruma yollarından biri olarak kabul edilse de diğer yandan insani, dini, ahlâkî, idarî, hukuki boyutları olan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

(\*) **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.**

- (1) Robert Jacques, *Libertes Publiques*, Paris 1971, sh. 118-126 vd. *Mise a Jour au 1<sup>er</sup> Septembre 1975*, sh. 7.  
Colliard Claude-Albert. *Libertes Publiques*, Troisième edition. Paris Dalloz, 1968, sh. 129 vd. 160 vd.
- (2) Leaute Jacques. *Criminologie et Science Penitentiaire*. Thermis. Paris 1972, sh. 233-234.

## I. İNSANİ BOYUTU

Herşeyden önce belirtmek gerekirken açlık grevinin sonu ölümdür. Ancak insanoğlu hemcinsinin ölümüne seyirci kalamamaktadır. Çünkü günümüz insanı sırf insan olması dolayısıyla yaşaması gereken bir değerdir. Bu değer hür olup bunun maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamaz, baskı altına alınamaz, kanunlar ile yasaklanmayan her konuda istediğini yapabilir.

Hemcinsinin yaşamasını insanın doğası istemektedir. Çünkü birinin yaşaması diğerine güçlü olma duygusu vermektedir. Ayrıca kişiler birbirlerine karşı üretim bağları ile de bağlı olup birinin üretimini diğeri tüketmektedir. Toplum fertlerinden birinin ölümü özellikle ölüm anormal yollardan meydana gelmişse toplumda heyecan, benlik endişesi yaratmakta ve bu nedenle kamu düzeni bozulmaktadır.

Toplumun en küçük birimi ve temeli ailedir. Kişinin maddi ve manevi gelişmesi geniş ölçüde aile düzenine bağlıdır. Bu nedenle kişi ailesine karşı da sorumlu ve yaşamakla görevlidir. Aile fertlerinden birinin ölümü o ailede bir boşluk, ruhsal anormallik ve ekonomik sıkıntı doğurur.

İşte gerek toplum ve gerekse aile açısından mevcut olan bu insani ihtiyaç ve dayanışma duygusudur ki grevciye karşı diğer insanları kendiliklerinden yardıma itmekte, açlık nedeniyle ölümü muhakkak olan böyle bir kimseye yardım, insani ve ahlaki bir görev olmaktadır.

## II. DİNİ BOYUTU

Kişinin kendini aç bırakarak ölümü intihar etmesi demektir. İntihar eski hukuklar ve Roma Hukuku'nda cezalandırılan bir fiil değildi. Ancak intihar tüm semavî dinler tarafından reddedilmiş ve günah sayılmıştır. Gerçekten Yahudilik ve Hıristiyanlık intihar eden dinî törenden mahrum etmiş, Hıristiyan Krallıkların çıkardıkları kanunlar ile 1789 Fransız İhtilaline kadar intihar edenler (ölüler) önce toprak kalburu üzerinde yüzleri yere bakar şekilde, sonra ayaklarından asılı olarak sokaklarda dolaştırılmıştır (3).

İslam Hukuku da intiharı günah saymıştır. Gerçekten kişinin kendisini öldürmesi Allah'dan ümidini kesmesi demektir. Oysa İslam dine göre Allah'tan ümit kesilmez. Yaratıkların en şerefli ve mükemmel olan kişinin kendi üzerinde mülkiyet hakkı yoktur. Kendini öldüren

(3) Garraud R. Traite Theorique et Pratique du Du Droit Penal Français Tome cinquieme, Troisieme Edition, Sirey Paris, 1924, sh. 274-275.

kişi kendi üzerindeki Allah'ın hakkına tecavüz etmiş olur (4). İntihar eden kişinin cenaze namazı kılınmaz «Nisa Suresi - Sure 4, ayet 29, Ey iman edenler mallarınızı, aranızda batıl sebeplerle yemeyin... herhangi bir sebeble nefislerinizi öldürmeyin, şüphesiz ki Allah çok merhametlidir». «Ayat 30, kim, zulüm ve tecavüz yolu ile bu yasakları işlerse, yakında biz onu cehennem ateşine atacağız. Onu ateşe atmak da Allah'a pek kolaydır» (5).

### III. HUKUKİ BOYUTU

Hukuk kuralları kişiler, kişi ile devlet arasındaki münasebeti objektif, şahsa göre olmayan bir tarzda düzenler. Bunlar özde toplumun değer yargılarının ifadeleridirler. Bu yargılar da toplumun korunmasını istediği, kendisi için iyi saydığı, kişiye zevk veren, kötü olmayan, aksi yapıldığında kişiye acı veren dinî, insanî, ahlakî değerlerden oluşan maddi-vidanî gerçeklerdir. Hukuk Kuralları özde bu maddi olgulara şekil kazandırırılar. Bu nedenlerle hukukun kaynakları maddi kaynaklar, şekli kaynaklar olmak üzere ikiye bölünerek incelenir.

Suç işlemekle devlete karşı boyun eğme ve cezasını çekme yükümlülüğünü yerine getiren fail açlık grevi yaptığı zaman devlet ile kendisi arasında doğan hukuki sorunları düzenledikleri ilişkiler, korudukları değerler ve genel prensipleri farklı olan Anayasa Hukuku, Özel Hukuk, İdare ve Ceza Hukukları açısından ayrı ayrı incelemek uygun gözükmektedir. Ancak işaret edelim ki Anayasa Hukukunun çatısı altında adı geçen tüm bu hukuk dalları kendi açılarından kişinin korunması için, açlık grevi dolayısıyla kişinin vücut bütünlüğüne zarar verilmesi anından itibaren devlete veya herhangi bir kişiye müdahale yetkisi vermekte birleşmektedirler.

#### A. Anayasa Hukuku Açısından

Anayasa Hukuku açlık grevine, bir yandan siyasi bir davranış türü olarak cevaz verirken diğer yandan da grevin sağlığa zarar vermesi anından itibaren cevaz vermemektedir.

«Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir» (Ay. md. 25/1).

«Her ne sebep ve amaçla olursa olsun, kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz» (Ay. md. 25/2).

«Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir» (Ay. md. 26/1).

(4) Akdemir Salih. L'homicide Volontaire et L'homicide Preterintentionnel en Droit penal Musulman Et En Droit Penal Romain etude Comparée. Basılmamış Tez. Paris 1977. sh. 276.

(5) Yavuz Fikri. Kuran-ı Kerim ve İzahlı Meali Alisi, İstanbul, sh. 84.

Türk Anayasa Hukukuna göre herkes düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğüne sahiptir. Düşünce ve kanaat söz, yazı, resim gibi vasıtaların yanında başka vasıtalarla da açıklanabilir (6).

Anayasamız kural olarak düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü ve bunları yayma vasıtası hususlarında herhangi bir sınır koymamıştır. Ancak hiç kimse ülke bütünlük ve güvenliği, kamu düzenini tehlikeye düşürecek tarzda düşünce açıklama ve yayma özgürlüğüne sahip değildir (Ay. md. 13, 25, 26). Dolayısıyla açlık grevi Anayasa Hukuku açısından düşünce ve kanaat açıklama ve bu kanaati yayma özgürlüğü kapsamında mütalâa edilebilir.

Demekki kişi, siyasi iktidarın infaz politikasını protesto veya infaz rejimini kamuoyu nezdinde tanıtarak destek sağlamak amacıyla açlık grevine başvurarak düşüncesini açıklamaktadır. Siyasi bir davranış biçimi olarak bir hak olan açlık grevini kişi tek başına yapabileceği gibi, toplu olarak yapılan bir greve de iştirak edebilir. Buna batılı siyasi-hukuki düzenler gibi Türk siyasi-hukuki düzeni de cevaz vermiş sayılmalıdır.

Ancak her ne kadar açlık grevi, Anayasanın bu maddeleri kapsamında bir nevi düşünce ve kanaat açıklama hürriyeti şekillerinden biri olarak mütalâa edilebilir ise de aynı Anayasa başka maddeleriyle düşünce ve kanaatin bu yollarla açıklanmasını sınırlamıştır.

Gerçekten Anayasamız 12. maddesinde; «herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir»(7).

«Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma ve ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder» demektedir.

Bu haklar kişinin kişi olması dolayısıyla haiz olduğu haklar olup, kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Kişiyi kişinin de üzerinde bir değer olarak koruyan bu hakların kapsamını yaşama hakkı, vücut bütünlüğü hakkı, kendini geliştirme hakkı, özgür olma hakkı gibi haklar oluşturur. Bunlardan kişi vazgeçemeyeceği gibi başkasına da devredemez. Sahibinin rızası da olsa kimse bu haklara dokunarak zarar veremez. Çünkü bu haklar aynı zamanda kişi üzerindeki toplumsal haklardır. Hakkın konusu olan şahsın bu haklar üzerinde sahibinin zararına tasarruf yetkisi yoktur.

(6) Bu konuda bk. Aksoy Muammer. Türkiye'de İnsan Hakları. Ank. 1970, (Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, sh. 125 vd.)

Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

(7) Bu konuda bk. Teori ve uygulama açısından 1961 Anayasası'nın 10. Maddesi, İst. 1984.



Anayasanın 17. maddesinde de; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi olmayacağı, kimse- nin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutul- mayacağı, kimsenin kanunun belirttiği haller dışında tutuklanamayacağı ve idam edilemeyeceği, dolayısıyla yaşam hakkına dokunulamayacağı be- lirtilmiştir (8).

Demekki maddeye göre kural olarak kişinin maddi-manevi bütünlük ve özgürlüğüne dokunulamaz. Hiç kimse kişinin yaşamına son veremeye- ceği gibi hürriyetini de sınırlayamaz. Vücut bütünlüğüne ve yaşam hakkı- na ancak kanunun izin verdiği hallerde ve tıbbî zorunluluklar nedeniyle dokunulabilir. Rızası da olsa hiç kimse kişinin vücut bütünlük ve hayatına zarar verecek bilimsel ve tıbbi deneylere konu olamaz.

Kişinin yaşama hakkına sahip olması, daha iyi yaşaması, maddi-ma- nevi varlık ve kimliğini geliştirmesi kişi için bir haktır ama ölüm kişi için bir hak değildir. Kişinin kendi kendini öldürme hakkının tanınması kişinin kişi olmak itibariyle başlı başına bir değer olduğunu inkar etmek demektir. Bu nedenle açlık grevi yaparak kişinin kendi kendisini ölüme terketmesi, kabul edilemez, çünkü yaşama hakkı kişinin kişi olmasına bağ- li vazgeçmeyeceği temel bir haktır. Ayrıca bu hak kişinin ailesine ve top- luma karşı ödev ve sorumluluklarını da içerir (Ay. md. 12/2). Demekki kişi sadece ve sadece kendisi için yaşamamakta aynı zamanda aile ve top- lum için de yaşamakta dolayısıyla bunlara karşı da yaşam borcunu yerine getirmekle görevli olmaktadır.

Kısacası Anayasa Hukukuna göre insan hem insan olması dolayısıy- la ve hem de ailesi ve toplum için yaşamakla görevlidir. Bu nedenlerle kişi kendi hayatına son veremez.

Anayasanın 17/3. maddesi de, kimseye işkence ve eziyet yapılamaya- cağını, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tu- tulamayacağını belirtmektedir. Kişinin açlık grevi yapması kendi kendi- sine eziyet ve işkence yapması demektir. Nasıl ki insanların birbirine kar- şı işkence yapması tasvip edilemez ise, kişinin kendi kendine karşı da iş- kence yapması tasvip edilemez. Çünkü açlık grevi yapan kimsenin bu ko- nuda vücudu üzerinde subjektif hakkı yoktur. Kişi ancak vücut formunu korumak amacıyla yemek yemiyor ise o zaman subjektif hakkını kullanı- yor demektir.

(8) Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İst. 1972, sh. 12-23. Ayrıca bk. Alacakaptan Uğur, Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 1970, (Kişi Dokunulmazlığı-Kişi Güvenliği, sh. 73 vd.).

O halde, açlık grevi kişinin hayatına zarar vermeğe başladığı andan itibaren tıbbi zorunluluk doğmuştur. Grevcinin rızasını gözönüne almadan müdahale etmek mümkündür.

Keza başkasının hayatını kurtarmak için hayatı kurtarılanın rızasına bakmaksızın müdahale imkanı kanundan da doğmuş olabilir. Gerçekten meşru müdafaa ve ıztırar hallerine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 52, Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddeleri kişi için hayati bir tehlike söz konusu olduğunda her vatandaşa müdahale imkanı vererek bu tehlikeyi sona erdirme yetkisi vermektedir.

### B. Özel Hukuk Açısından

Kişinin açlık grevi yoluyla vücut bütünlüğüne zarar vermesi veya kendisini öldürmesi kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf etmesi anlamına gelir. Ancak özel hukuk kimsenin kendi hayatına kıymasını vücut bütünlüğüne zarar vermesini tasvip etmemektedir (9).

Bu hukuk dalına göre kişi vücut tamamıyeti üzerinde bazı hususlarda mutlak (subjektif) hakka sahiptir (10). Çünkü insan kendi başına insan olması nedeniyle bir değerdir. Bu değer üzerinde kişi kendi kendini daha iyi yaşatma ve geliştirme, daha iyi ve daha güzele yöneltme hakkına sahiptir ama kendi kendini öldürme hakkına sahip değildir.

Demekki kişi maddi manevi varlığını geliştirmese de en azından kişi olarak varlığını korumak zorundadır. Çünkü kişinin yaşamı ve vücut tamamıyeti üzerinde toplumun-devletin hakkı vardır. Hiç kimse o halde kendisine karşı, yaşamını tehlikeye atacak, vücut bütünlüğüne zarar verecek eylemler yapamayacağı gibi, başkası tarafından yapılmasına da rıza gösteremez (11). Bunun anlamı medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen de olsun vazgeçmektir. Böyle bir tasarruf yaşama hakkından vazgeçmek olup Medeni Kanun'un 23. maddesine aykırıdır. Demekki rıza ile de olsa başkasının vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına zarar veren şahıs yaptığı zararı tazmin ile mükelleftir.

Kişi vücudu üzerinde ancak kendi tedavisi veya kendi sıhhatine zarar gelmemek kaydıyla başkasının tedavisi amacıyla mutlak tasarruf yetkisine sahiptir. Gerçekten hasta olan kişi kendisini tedavi ettirmek mecburiyetinde değildir. Rızası olmadan kimseyi tedavi etmek mümkün değildir. Tedavi amacıyla da olsa hasta rızasını açıklayabilecek durumda ise

(9) Köprülü, Bülent. Medeni Hukuk Genel Prensipler, 2. Bası, İst. 1984, sh. 265.

(10) Özsunay Ergun. Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İst. 1986, sh. 252.

(11) Köprülü. age., sh. 270-271; Bayraktar, age., sh. 149-158.

rızası olmadan müdahale edilemez. Bu durum insanın kişilik ve hürriyetine saygının gereğidir (12). Ancak hasta rızasını açıklayabilecek durumda değil ise doktor kendiliğinden müdahale edebilir. Çünkü ıztırar halinin şartları olayda artık doğmuş bulunmaktadır. Demekki doktor hastanın şuurunu kaybetmesi anına kadar müdahale edemez (11 Nisan 1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md. 70).

Kişi başkasının sağlığını korumak ve kurtarmak için kan veya organ verme konusunda da mutlak tasarruf yetkisine sahiptir. Başkasını tedavi amacıyla da olsa zorla kimseden kan alınamaz. Ancak vericinin rızasıyla kan veya organ alınabilir (2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun md. 6 ve 14). Vericinin sıhhatine zarar verecek kan veya organ nakli hukuka uygun değildir (13). Çünkü bu durumda kişi başkası için yaşama hakkından vazgeçmiş demektir. Aksine bir çözüm esasen Medeni Kanununun 23. maddesine aykırı olurdu.

Kişi kendisini güzelleştirmek hususunda da mutlak hakka sahiptir. Çünkü güzellik insanın doğasına uygundur. Bu nedenle estetik müdahaleler toplumun kişi üzerindeki haklarına zarar vermekte sayılamaz. Ayrıca bu tür operasyonlar vücut bütünlüğüne zarar değil fayda vermektedirler. Kısacası özel hukuk kişiye yaşamı üzerinde tasarruf etme, kendi zararına vücut tamlığını bozma yetkisi vermemektedir.

O halde kişinin açlık grevi yaparak vücut bütünlüğünü bozma ve hayatına son verme hakkı yoktur. Kısacası özel hukuka göre yaşam hakkı kişiliği, maddi manevi varlığı geliştirme anlamında bir hak olup ölüm hakkını da kapsamaz. Çünkü yaşam kişiliğe bağlı temel, vazgeçilmez bir haktır.

O halde kişinin vücudunu geliştirmek maksadıyla açlık çekmesi, yemek yemesi veya yememesi bir haktır. Çünkü amaç sağlıklı yaşamaktır. Buna karşılık vücudu öldürmek amacıyla vücuda zarar vermek bir hak değildir. Bu nedenle açlık grevini sona erdirmek için üçüncü şahısların müdahalesi bu şahısları ıztırar haline sokar. Çünkü bu kişiler açlık grevine son vermekle veya grevciye zorla yedirmek ile grevcinin üzerindeki toplumun hakkını -kişinin yaşama hakkı- korumaktadırlar (BK. md. 52/2).

Keza grevcinin üzerindeki toplumun hakkını savunmak amacıyla grevciye zorla yemek yedirme durumunda olan şahıslara karşı grevcinin direnmesi müdahaleci şahısı meşru müdafaa haline koyar (BK. md. 52/1).

(12) Bayraktar Köksal, age., sh. 123.

(13) Bayraktar Köksal, age., sh. 189 vd.

Kaldı ki öte yandan Cezaevi idaresi, Cezaevindeki hükümlülerin hayatlarını korumakla yükümlü olduğundan böyle hallerde idarenin hareketsiz kalması idarenin hukuki yükümlülüklerini yerine getirmemeleri anlamına da gelecek ve idare ölen grevcinin mirasçılara tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

### C. İdare Hukuku Açısından

Bir suç işlendiğinde suçu işleyen fail ile devlet arasında bir hukuki ilişki doğar. Bu ilişki, devlet açısından faili cezalandırmak subjektif kamu hakkı, fail açısından da devletin koyduğu ceza normunun gereğinin yerine getirilmesine rıza göstermek görevinden ibarettir. O halde cezaevinde bir cezanın infazı için bulunan hükümlü ile devlet cezanın infazına ilişkin Ceza, İnfaz ve İdare Hukuku kurallarıyla birbirlerine karşı yükümlülük altına girmişlerdir (14).

Gerçekten Türk Ceza Kanunu çeşitli maddelerinde suçlu ve sanığı koruyarak bir kimsenin tevkif müzekkeresi olmadan tutuklanmasını, tahliye edilmesi gerektiği halde tahliye edilmemesini, kanunsuz hapsolüdüğü bilinen kimsenin bile bile hapiste tutulmasını, hükümlülerin muhafazasına memur kimselerin hükümlülere keyfi muamele yapmasını, kanun ve nizamın cevaz vermediği halde hükümlüye karşı şiddet kullanmasını, sanığa suçunu işletmek için işkence yapılmasını (TCK. md. 184, 185, 186, 243), memuru korumak amacıyla vazifesini yapması veya yapmaması için memura karşı cebir, şiddet, tehdit gösterilmesini, memura vazifesi esnasında cebir, şiddet, tehdit ile mukavemet edilmesini, memura vazifesi esnasında vazife dolayısıyla hakaret, vazife esnasında müessir fiil ika edilmesini cezalandırır (TCK. md. 254, 258, 266, 267, 271).

Aynı Kanun başka maddelerinde hükümlülerden görevlerini yerine getirmelerini istemekte, cezaevinden kaçan, kaçırılan hükümlüleri ve faal nedamet hallerini cezalandırmakta, bazı cezaların infaz şekli ve cezaların tecilini düzenlemektedir (TCK. md. 12-43, 89-95, 298-307).

Türk infaz mevzuatına ilişkin hükümler sadece TCK.nunda bulunan bazı maddelerden ibaret değildir. Gerçekten 13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve bu Kanunun uygulanması için çıkarılan 5.7.1967 tarihli Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük, Ceza ve Tevkif Evleri Umum Müdürlüğünün Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında 4358 sayı ve 1943 tarihli Kanun, Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında 1721 sayı ve 1930

(14) Dönmezer - Erman. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İst. 1983, sh. 417 vd.

tarihli Kanun ve Cezaların İnfazına dair Yönetmelik gibi kanun, tüzük ve yönetmelikler de İnfaz mevzuatını tamamlamaktadırlar.

Adalet Bakanlığı, 1960'lı yıllardan bugüne kendi imkanları içinde infaz rejimini, 1955 yılında Birleşmiş Milletler, 1973 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen hükümler ve tutukluların tretmanı hakkında «minumum kurallar»a uygun hale getirmek için cezaevindeki yaşam koşullarını iyileştirmekte, hükümlüleri topluma sağlıklı bir şekilde yeniden kazandırmayı amaç edinmiş bulunmaktadır.

Kısacası devlet hükümlü veya tutukluya karşı insan haysiyetine yaraşır bir tretman uygulamak ve onu sağlıklı bir şekilde serbest hayata iade etmek görevi üstlenmiştir.

Cezaevi personelinin istihdam nedeni bu amaca hizmet etmektir. Kısacası cezaevi idaresi - personeli hükümlünün yaşamından hukuken sorumludur (15).

Ceza infazının amacı bu olunca cezaevinde yapılan açlık grevleri ve bunun sonucundan İdare Hukuku kuralları gereğince devlet sorumludur. Gerçekten açlık grevi sonucu bir kişinin hayatına zarar gelmesi veya ölmesi halinde cezaevi personelinin ağır hizmet kusuru var demektir ve bundan da aynı zamanda idare sorumludur. Anayasanın 125. maddesinin ilk ve son fıkrası idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmakta, doğan zararı idarenin tazmin etmesi gerektiğini kabul etmektedir.

1975 yılında Fransız İstinaf Mahkemesi cezaevinde intihar eden bir kişi dolayısıyla cezaevi personeli müdahale etmediği için idareyi intihar edenin mirasçılara karşı tazminata mahkum etmiştir (16).

1913 yılında İngiliz cezaevlerinden birinde açlık grevi yapan bir kişiye cezaevi idaresi zorla serum vererek onu ölümden kurtarmıştır. Bu olay İtalya dahil bütün Avrupa ülkeleri cezaevlerinde bulunan siyasi suçlular tarafından taklid edilmiştir (17).

#### D. Ceza Hukuku Açısından

Ceza hukuku da açlık grevi yoluyla kişinin kendi vücut bütünlüğüne zarar vermesine, giderek ölmesine cevaz vermemektedir. Bu hukuk dalına göre adam yaralama suçu vücut bütünlüğünü, vücudun kişiden bek-

(15) Manzini Vincenzo. Trattato D-Diritto penale Italiano (A cura de Pisapia) Volume Seconda. UTET. Torino 1981, sh. 400.

(16) Robert Jacques, age., sh. 241.

(17) Manzini Vincenzo, age., 1981, sh. 400 dipnot 1.

lenen fonksiyonları yerine getirme, adam öldürme suçu da kişinin yaşama hakkını korumaktadırlar.

Kişinin kendi beden bütünlüğü üzerinde ceza hukuku açısından subjektif hakkı, tasarruf yetkisi vardır. Ancak bu yetki bedeni geliştirmek, sağlığı korumak, iyileştirmek ve güzelleştirmek için tanınmıştır. Kişi beden bütünlüğünü bozmak, vücudunun fonksiyonunu yerine getirmesini önlemek ve vücudu kötüleştirmek için vücudu üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Çünkü kişinin vücudu üzerinde ailesi ve devletin hakkı vardır (18). Bu nedenle kimse vücut organlarının kesilmesi ve bozulmasına rıza gösteremez. Rızası ile de olsa bir başka kişi, kişinin vücut tamliğini bozacak organ alamaz. Alır ise müessir fiil suçu işlemiş olur.

Kişi başka birisinin hayatını kurtarmak için kan bağışında bulunabilir. Organ nakline razı olabilir. Ancak eğer bu nakil kendi hayatını tehlikeye sokacak durumda ise buna rıza gösteremez. Çünkü kişi başkalarının sağlığı için kendi hayatını tehlikeye atamaz, kendi hayatından vazgeçemez. Demekki kişi ancak başkasının hayatını kurtarmak için vücudu üzerinde sınırlı bir subjektif hakka sahiptir.

Nasıl ki bir kişinin diğer bir kişiyi yeme ve içmeden mahrum ederek sağlığını bozması ve giderek öldürmesi halinde, failin fiili, birinci aşamada müessir fiili, ikinci aşamada adam öldürme suçunu oluşturuyor ve Türk Ceza Hukuku tarafından tasvip edilmiyor ise (19), kişinin kendi kendisini aç bırakma eylemi de kanunlara göre açıkça müessir fiil suçunu oluşturmaya da Ceza Hukuku tarafından tasvip edilebilen bir hareket değildir.

Kişinin rızası, kendine karşı başkası tarafından işlenen fiili hukuka uygun hale getiremediği gibi, kendi kendine karşı işlemiş olduğu fiili de -kanun açıkça cezalandırmamış da olsa- hukuka uygun hale getiremez. Çünkü açlık grevi yapan kişi kendine ait olmayan bir hak üzerinde tasarrufta bulunuyor demektir. Kanun kendi kendini aç bırakan ve vücudunu tahrip eden bu kişiye karşı herhangi bir ceza vermemiş de olsa, bu, fiili tasvip ettiği anlamına gelmez (20). Çünkü kanun kişinin kendi kendine karşı müessir fiil ika etmesinin mağduru olarak hem kişinin kendisini ve

- 
- (18) Önder Ayhan. Ceza Hukuku - Genel Hükümler. Cilt II, İst. 1989, sh. 238; Manzini Vincenzo. age., 1981, sh. 401.
- (19) Erem Faruk. Türk Ceza Hukuku. Özel Hükümler, Cilt IV, Ank. 1985. sh. 289-290; Dönmezer Sulhi. Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İst. 1981, sh. 30 vd.
- (20) Manzini Vincenzo, age., 1981, sh. 400 dipnot 2; Givanovitch Thomas. Le suicide est-il l'un des droits de L'homme? Reuve Internationale droit penal. Paris, 1952, No. 4. sh. 410.

hem de kendi kendine eziyet edecek, giderek öldürecek kadar kararlı insanın akli dengesinin yerinde olmayabileceğini düşünmüştür. Ayrıca kişinin intihar etmesini kişinin kendi özel faaliyet alanına giren bir hal saymış ve intihara girişen kimsenin cezalandırılmasıyla o kişinin yeniden intihar girişimi yapmasını teşvik etmekten korkmuş, kişiyi yaşadığı için cezalandırmak istememiştir (21).

Kişinin Türk Ceza Hukukunda kendi kendisini sakatlaması halinde cezalandırılmasına ilişkin olan tek hale Askerî Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre askere gitmemek için kendi kendini sakatlayan kişi cezalandırılmıştır. Bunun nedeni bu fiilde suçun mağduru fail ve toplum olmaktan başka aynı zamanda Millî Savunmanın oluşudur. Kanun özellikle Millî Savunmayı korumak amacıyla kişinin kendi kendisini sakatlamasını cezalandırmak gereğini duymuştur.

O halde açlık grevi yapan kişi başkasına ait bir hak üzerinde tasarruf yapmakta ve buna da hakkı olmamaktadır. Bu durumda başkasını hayati bir tehlikeden kurtarmak -ki bu hayat toplumundur- için grevciye karşı müdahale edilerek açlığa son verilmesi ki- bunun anlamı aynı zamanda hürriyeti tahdid suçudur. TCK.nun 49/3. maddesinde belirtilen ıztırar haline girer (22).

Keza, başkasına yönelik bir hayati tehlikeyi atlatmak için müdahale edildiğinde bu müdahaleye karşı koymak, engellemek, müdahale edeni meşru müdafaa haline koyar. O halde grevci karşı müdahalede bulunarak direnirse veya üçüncü bir şahıs müdahale ederse, greve son vererek grevciyi yaşatmak isteyen şahıs meşru müdafaa içinde olacaktır (TCK. md. 49/2) (23).

Demekki açlık grevi yapan şahıs hayati tehlikeye girdiği andan itibaren vücut bütünlüğüne zarar verir durumda olduğundan ceza hukuku açısından müdahale zarureti doğmakta ve yapılan müdahale hukuka uygun olmaktadır.

Öte yandan TCK.nun 476/2. maddesi hayati tehlikede olana yardım etmeyi emreder ve yardım etmemeyi suç sayar. Demekki açlık grevi yapan şahıs kurtarmak için hayati tehlikeye girdiği andan itibaren müdahale etmek gerekir.

Kaldı ki açlık grevi yaparak kendisini ölüme terketmiş olan grevciye karşı duruma müdahale ederek son vermek cezaevi personeli için de bir

(21) Garraud R. age., sh. 277 vd.

(22) Manzini Vincenzo. age., 1981, sh. 400.

(23) Manzini Vincenzo. age., 1981, sh. 401.

görevdir. Zira TCK.nun 476. maddesi herkese, dolayısıyla onlara da yükümlülük getirmektedir. Ayrıca cezaevi personeli infaz mevzuatı gereği hükümlülerin sağlıklı yaşamlarından sorumludurlar. Bir kişinin hayatını tehlikeye sokacak derecede açlığa girmesi halinde müdahale bir başka açıdan kanunun hükmünü icra veya görevin ifası anlamına da geldiğinden suç sayılamaz.

### **SONUÇ :**

Türk hukuk düzeni açlık grevi yapan şahıslara karşı, grevin vücut bütünlüğüne zarar vermesi anından itibaren herkese müdahale ederek greve son verme yetkisi tanımaktadır.



## MAHKEMELERDE ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI

İbrahim ŞAHBAZ (\*)

● ANLATIM DÜZENİ: I — Giriş, II — İtiraz Yolu. 1 — Koşulları. A — Yetki. B — Mahkeme. C — İddiada Süre. D — Konusu. E — Ciddilik. 2 — Re'sen Sevk. 3 — Aykırılık Usulü. 4 — Denetim Dışı Durumlar. a — Devrim Yasaları. b — Uluslararası Antlaşmalar. c — Cumhurbaşkanının Re'sen İmzaladığı Kararlar ve Emirler. d — Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları. e — Anayasanın 121 ve 122. Maddeleri. f — Geçici Maddeler. III — S o n u ç.

### I — GİRİŞ

Türkiye'de yasaların Anayasaya uygunluğuna ilişkin denetim Anayasaya ilk kez 1961 Anayasası'yla girmişdir. 1924 Anayasası'nda böyle bir düzenleme açık olarak yoktu; ancak, yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmişti (m. 103). Bu Anayasanın uygulandığı dönemde, Anayasaya uygunluk denetimini yapacak bir kurum belirtilmediği için, Yargıtay ve Danıştay def'i yoluyla denetim mekanizmasının işlemlerini sağlayamamışlardı. Nitekim o dönemde, Akşehir Hukuk Hâkimi'nin Anayasaya aykırı bulunduğu bir yasayı uygulamaktan kaçınma hakkının bulunduğu gerekçesiyle yasayı uygulamaktan kaçınmasına ve bununla ilgili hakkın hâkimlerde bulunduğunu açık ve kesin bir dille belirtmesine rağmen, Yargıtay kararı bu nedenle bozmuştu (1).

1961 Anayasası iptal davası ve itiraz yoluyla, yasaların Anayasaya uygunluklarının denetimini sağladı (m. 151). 1982 Anayasası da bazı farklılıklarla, bu denetim biçimlerini benimsedi (m. 150 ve 152). Ve 1961 Anayasasının, Anayasaya uygunluk denetimiyle ilgili olarak görevli ve yetkili Yüksek Mahkeme olan Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasında da yer aldı (m. 146 vd.). İşte bu araştırmamızda, yasaların Anayasaya uygunluğunun itiraz yoluyla denetiminin sağlanmasına ilişkin hususların, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmesini göreceğiz.

### II — İTİRAZ YOLU

Anayasamız, İptal Davasının yanında (m. 150), yasaların Anayasaya aykırılıklarının giderilmesi için mahkemelerde de Anayasaya aykırılık id-

(\*) **Türkoğlu Cumhuriyet Savcısı.**

(1) Hukuki İçtihatlar Dergisi, Eylül-Ekim 1950, sayı: 29; Kubalı, H. Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İst. 1971, s. 118.

diasında bulunulması olanağını vermektedir (m. 152). Yasaların Anayasaya aykırılıklarının giderilmesinin İptal Davası yoluyla giderilmesinin mümkün olmasına rağmen, bu denetimden geçmeyen veya bu denetimden geçmesine rağmen görülemeyen yahut zaman içerisinde Anayasaya aykırılığı hususunda kanaat oluşması nedenleriyle, bunun uygulama sırasında anlaşılması halinde, itiraz yoluyla bunların iptallerinin sağlanması amaçlanmaktadır. Çünkü, yargı yolunun benimsenmesindeki amaç, Anayasaya aykırı yasaların hukuk dünyasından ayıklanmasıdır. Hukuk Devleti ve Anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı (m. 2, 11), Anayasaya aykırı kuralların yürürlükte kalmamalarını gerektirir. İptal Davası (m. 150), yasama organının Anayasaya uygun kural koyma mecburiyeti (m. 11), Milletvekili ve Cumhurbaşkanının yemini (m. 81, 103), Cumhurbaşkanının, yasaların tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermesi (m. 104), meclis komisyonları ve meclis genel kurullarında yapılan çalışmalar ile halkın ve parlamento muhalefetine meclis üzerindeki etkileri, yasaların Anayasaya uygun olarak çıkarılmasını sağlayan hususlardır. Bunlara rağmen gözden kaçabilecek, Anayasaya aykırı kuralların, vatandaşlara ve mahkemelere de Anayasaya uygunluk denetimini tahrik etme hakkı ile konuyu Anayasa Mahkemesi önüne götürme olanağı İtiraz Yoluyla sağlanmaktadır.

Anayasamıza göre, «Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır..» (m. 152/1). Anayasaya aykırılık iddiasının mahkemelerde ileri sürülmesi ve konunun Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesine bazen İtiraz, bazen def'i, mahkemenin bu hususu kendiliğinden dikkate almasına da Re'sen sevk dendiği gibi, tarafların veya mahkemenin aykırılık iddiasına sadece Def'i veya İtiraz dendiği de oluyor (2). Çoğu kez somut norm denetimi de denmektedir (3). Bu denetim yolunun, Anayasaya aykırı kuralın Anayasa Mahkemesi'nce iptali ile sonuçlanması nedeniyle «Dolayısıyla İptal Davası» olarak adlandırıldığını da görmekteyiz (4).

Burada sözü geçen def'i ve itirazın özel hukuktaki anlamından farklı anlamlara geldiği ortadadır. Zira, özel hukuktaki def'i, davalının borcunu, özel bir nedenden dolayı yerine getirmekten kaçınmasına olanak veren

(2) Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, 1986, s. 375.

(3) Kıratlı, M.: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara, 1966, AÜSBF yayını, s. 35.

(4) Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986, s. 521.

bir kurumdur. Örneğin: Zamaşımı def'i gibi (5). İtiraz ise, bir hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren olgular olup, hâkim tarafından, taraflarca ileri sürülmesi bile, kendiliğinden dikkate alınan hususlardır. Örneğin: Sükut-u hak gibi. Görülüyor ki, ikisi arasındaki fark, itirazın, taraflar ileri sürmeseler bile hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilmesine karşın, def'ide böyle bir durum olmayıp, yalnız taraflarca ileri sürüldüğü takdirde hâkim tarafından dikkate alınması esastır. Oysa Anayasaya aykırılık konusunda def'i ve itiraz aynı anlamda kullanılmakta ve böyle anlaşılalmaktadır. Ayrıca, özel hukuktaki gibi, zamaşımı ve hâkdüşürücü süre gibi bir süreyle bağlı olarak Anayasaya aykırılık iddiası sona ermez (6). Çünkü, burada, tarafların ileri sürdüğü bir itiraz ve def'i olmasa da, yargılama yapan mahkemeye verilmiş bir yetki sözkonusu olup (7), bu yetki içersinde aynı zamanda mahkeme için görev de mevcuttur (8). Bu nedenlerle, özel hukuktaki anlamlarına başvurup, bu kavramları kamu hukuku alanına taşımaya gerek yoktur (9).

Öte yandan, mahkemelerde tarafların ileri sürdükleri aykırılık iddialarına «itiraz» dendiğini gördüğümüz gibi (10), Anayasanın gerekçesinde «itiraz yoluyla dava açan mahkeme» (m. 152) dendiğini de görüyoruz. Anayasa hazırlanırken, Danışma Meclisi'ndeki tartışmalarda, bir tek üye «...itiraz yolunda bendenizin ileri sürdüğü değişiklik evvela süreyi kısaltmak...» biçiminde itiraz kavramını kullanmıştır (11). 1961 Anayasası'nın uygulandığı dönemdeki kavram tartışmalarına karşın, hazırlık çalışmalarında bu konu tartışılmamıştır (12).

Görüldüğü gibi, «itiraz» ve «def'i» ayrı ayrı başvuru yolları olmayıp, aynı kurumu ifade için kullanılmaktadır. Bu iki kavramdan ayrı olarak, davaya bakan mahkemenin, tarafların iddialarına dayanmaksızın, davaya uygulanacak kuralın (yasanın) Anayasaya aykırılığına re'sen karar verip, konunun Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi hususu vardır ki,

(5) Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1976, s. 81 ve 177.

(6) İki kavram arasında fark gören, Köksal, M.: Hukuka Bağlı Devlet Kurma Açısından Kanunların Anayasaya Uygunlukları Denetiminde «defi», İHFM, C. XXVIII, C: 3-4, 1962'den ayrı bası.

(7) Armağan, S.: Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İst. İst. 1967, s. 75.

(8) Kubalı, age., s. 114.

(9) Armağan, age., s. 74.

(10) Armağan, age., s. 76.

(11) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 10, s. 224-225, s. 741-743.

(12) 1961 Anayasası görüşülürken çoğunlukla def'i sözcüğü kullanılmış. bkz. Tutanak Dergisi, C. 4, s. 214-215, 218, 220; bazende itiraz denmiştir, s. 234 ve 664'de.

bu konuda ne 1961 Anayasası ne de 1982 Anayasası hazırlanırken görüşme olmuştur; bu husus görüşme yapılmaksızın kabul edilmiştir (13).

### 1 — Koşulları

**A — Yetki :** Yasaların Anayasaya aykırılığının itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne «bekletici sorun» olarak götürülmesi, ya mahkemece re'sen ya da taraflarca ileri sürülüp mahkemece bu iddianın ciddi bulunmasıyla olur.

Anayasa, «...taraflardan birinin ileri sürdüğü...» aykırılık iddiası diyerek, kimlerin itirazda bulunabileceklerini belirtmektedir. Bir davanın tarafları ise, hukuk, ceza, idari, vergi ve askeri yargı organlarına göre değişmektedir. Buna göre davacı, davalı ve kamuyu temsilen C. Savcısı ilk akla gelen taraflar olmaktadır. Ceza davalarında yakıncı ve sanık da taraf kavramına dahildir. Anayasa Mahkemesi ve doktrin iddia makamını, işgal edilen makam itibariyle taraf kabul etmektedir (14). Müdafii de, şu veya bunu savunduğu için değil, işgal ettiği makam itibariyle taraf süjesi durumundadır (15). Suçtan zarar görenler, ya şahsi dava açarak veya kamu davasına katılarak ferdi iddia makamını işgal edebilir, yahut kamu davasına katılmayıp, şahsi dava da açmayıp şahıs itibariyle taraf olabilir. Sanık da, ya kendisini temsil ettirerek veya bizzat savunma suretiyle ferdi savunma makamını işgal ederek taraf olabilir. İddia ve müdafaa makamlarını işgal edenlerin birden fazla olması halinde, taraf da birden fazladır. Bu durumda HUMK: 44. m'de geçerli olan, tarafların birlikte hareket edeceklerine ilişkin kural burada geçerli olamaz (16). Çünkü, Anayasaya aykırılık iddiasında, bireylerin haklarının korunmasının yanında, kamu yararı düşüncesi de esas alındığından, aynı tarafın birlikte hareketi beklenemez. Ayrıca Anayasa, «taraflardan birinin» derken, taraflar çok sayıda olsalar da, «birinin» aykırılık iddiası yeterli olmaktadır; zira Anayasa, Anayasaya aykırı yasaların ayıklanmasında, tarafların oybirliğini de aramamaktadır. Anayasada birlikte hareket zorunluluğu olmayınca, Anayasaya taraflara verilen böyle bir yetkinin uygulamayla kısıtlanmasında korunacak bir yarar yoktur (Ay. m. 13).

Genellikle davalının aykırılık iddiasında bulunması mümkün gözükmekteyse de, davacının da gerek kendi dayandığı kuralın gerekse davalının karşı iddiada bulunarak dayanacağı kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunması mümkündür. Davanın taraflarının aynı yasa kuralına

(13) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C: 10, s. 224 vd. ve 741 vd.

(14) An. Mah. K. 6.4.1971, E: 71/2, K: 71/36, R.G. 22.10.1971, 13994; Kunter, age., s. 291; Erem, F.: Ceza Usul Hukuku, Ank. 1978, s. 356.

(15) Kunter, age., s. 291, No: 160.

(16) Armağan, age., s. 76.

birlikte aykırılık iddiasında bulunmalarına engel de yoktur. Davaya asli müdahilin, asli müdahale davasının tarafı olması nedeniyle, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunması mümkündür. Ancak, fer'i müdahil'in, davada taraf olmaması nedeniyle yalnız başına aykırılık iddiasında bulunması söz konusu olamaz; ancak, lehine katıldığı tarafla birlikte ileri sürmesi mümkündür. Fer'i müdahilin tek başına aykırılık iddiasını ileri sürmemesine karşın, böyle bir iddia diğer taraflarca ileri sürülmemişse, bu durum, «davaya bakan mahkeme için bir hatırlatma olabilir» (17). Mahkeme, fer'i müdahilin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu konuda red biçiminde ara kararı vermesine gerek yoktur; ancak mahkeme, bu iddianın ciddiliği kanaatindeyse, bu konuda re'sen başvuruda bulunabilmesine engel yoktur.

Şekil bakımından mecburi, ancak ihtiyari dava arkadaşlarından her biri tek başına Anayasaya aykırılık iddiasını taraf sıfatıyla ileri sürebilirler. Maddi bakımdan mecburi olan dava arkadaşlarından herbirinin de ayrı ayrı Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmeleri gerekir (18).

Genel dava teorisi gereği, dava vekilleri de taraf kavramına dahil olduklarından, vekaletnamelerinde aksine bir şart yoksa, vekillerin de aykırılık def'inde bulunabilmelerini kabul etmek gerekir. Kayyum, vasi veya bir mümessilin taraf olarak bulunduğu davada, bunların da Anayasaya aykırılık def'inde bulunmaları mümkündür. İflas masasının da dava açma yetkisinin bulunması nedeniyle, taraf olarak kabulü gerekir.

Taraf deyimi, gerçek kişilerin yanında tüzel kişileri de içerir. Gerçi, ceza davasında, tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi ceza görmekte ama, hukuk mahkemesinde tüzel kişi, temsilcisi aracılığıyla taraf olmaktadır.

Tanıkların davada taraf olmamaları nedeniyle, davaya uygulanacak yasanın anayasaya aykırılığını iddia etmemeleri gerekmekle beraber, tanığın böyle bir iddiası hâkim tarafından ciddi görülürse re'sen aykırılık iddiası dikkate alınarak konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülebi-leceği gibi, duruşmada tanığa uygulanacak yasa maddesinin Anayasaya aykırılığına ilişkin tanık iddiasının ciddi olması halinde mahkemece bu hususun dikkate alınması gerekir (HUMK. m. 245-274; CMUK. 46-64). Duruşmaya katılan birikişiler için de tanıkların iddiası için kabul edilecek usulün kabulü gerekir (HUMK. 275 vd.; CMUK. m. 65 vd.).

Yalnız çekişmeli değil, çekişmesiz yargıda da her ilgilinin Anayasaya aykırılık iddiasında bulunması mümkündür (19).

(17) Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. bs. 1984, C: IV, s. 4192.

(18) Armağan, age., s. 76.; farklı görüş, Kuru, B.: age., CIII, s. 2410 ve C: IV, s. 4192.

(19) Kuru, age., C: IV, s. 4193.

Tüm bunlardan anlaşılıyor ki, davayla ilgisi olmayan, kendisine uygulanacak bir yasa kuralı olmayan ve mahkemede görülmekte olan bir davası olmayan yurttaşların itiraz da bulunmaları mümkün değildir.

**B — Mahkeme :** Anayasa, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmesi için, bakılmakta olan bir davanın varlığını aramaktadır. Bu nedenle ,henüz davanın açılmadığı, soruşturma aşamasında aykırılık iddiasında bulunulamaz. Ancak hazırlık soruşturması aşamasında, tarafların böyle bir iddiaları olursa, mahkemede bu iddia tekrarlanmasa da, şayet ciddi ise mahkemenin bu iddiayı dikkate alması gerekir; ancak mahkemece böyle bir iddianın ciddi bulunması, tarafın mahkemede bunu tekrarlamaması halinde, tarafın hazırlık soruşturmasındaki iddiası hakkında ara kararı vermesine gerek yoktur, re'sen itiraz yoluna gidilebilir. Ancak taraflar hazırlık soruşturmasında belirttiği aykırılık iddiasını, gerek yeniden dile getirerek, gerekse kendisine hazırlık ifadesi okunurken bunu tekrarlıyarak (CMUK. 246 vd.) belirtirse, mahkemece bunun dikkate alınması gerekir. Zira, Anayasa, «...davaya bakmakta olan mahkeme... taraflardan birinin ileri sürdüğü...» aykırılık iddiasını derken, mutlaka duruşmada ileri sürülme koşulunu aramamaktadır. Mahkemede ileri sürebilme, mahkeme dışında kalan kuruluşlar vasıtasıyla itiraz yoluna başvuruyu engellemek içindir. Hazırlık soruşturması sırasında ileri sürülecek aykırılık iddiasının duruşmada ifade okunarak tekrarı artık duruşmada ileri sürülen aykırılık iddiası haline gelmektedir. 3206 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten sonra, bu yasanın 83. maddesine göre, artık Memurin Muhakematına göre yapılacak soruşturma hazırlık soruşturması niteliğini aldığından, burada ileri sürülecek aykırılık iddiasını da hazırlık soruşturması biçiminde düşünmek gerekir. Böyle bir iddia karşısında hazırlık soruşturması aşamasında konunun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi mümkün değildir. 3206 sayılı Yasayla değişiklik yapılmadan önce, ilk soruşturmayı yapan Sorgu Hâkimliği mahkeme olmadığından, Ay. M.'si Sorgu Hâkimliği'nin itiraz konusunu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürme yetkisinin olmadığı gerekçesiyle reddetmişti (20). Ay. M.'ne göre, İcra Tetkik Mercii, «...kendilerine sunulan şikayet ve itirazları, belli usule uyarak yargılamakta ve objektif hukuk kurallarını bu şikayet ve itirazlara uygulamak suretiyle hükme bağlamaktadır...» gerekçesiyle mahkeme kavramında görmüştür (21). Bir hâkimin hakem olarak baktığı bir iş nedeniyle yapılan başvuru, mahkeme kavramına dahil görülmeyp Ay. M.'ce reddedilmiştir (22).

(20) AMK, 12.1.1965, E. 1964/51, K. 1965/3, AMKD, sayı: 3, s. 17.

(21) AMK, 30.5.1967, E. 67/15, K. 67/15; AMKD, sayı: 5, s. 119.

(22) AMK, 28.2.1963, E. 63/46, K. 63/43; AMKD, sayı: 1, s. 93.

Ay. M.'ne göre, 152. madde anlamındaki mahkeme, «...bir davaya bakmakta olan hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen mercii şeklinde anlamak Anayasanın... maddelerine uygun düşer...» biçiminde tanımlanmıştır (23). Böylece Ay. M., bir görevin (yargısal) hâkim niteliğinde kimse tarafından yapılmasını, sadece bu yönü nedeniyle, mahkeme saymamaktadır. Ayrıca yargılamanın işlevine de bakmaktadır. Çünkü Ay. M., 152. madde anlamındaki mahkeme kavramına, yukardaki tanıma uygun olarak görev yapan her tür mahkemeyi dahil etmektedir (24). Bu anlamda Yargıtay, temyiz ve karar düzeltme aşamasında ve ilk derece mahkemesi görevi yaparken mahkeme kavramına dahildir (2797 s.Y.m. 13). Ay. M.'de Yüce Divan ve Parti Kapatma davasına baktığı sırada mahkeme kavramına dahildir. Anayasa Mahkemesi, baktığı davada, gerek tarafların iddialarının ciddiliği ve gerekse re'sen aykırılık kararı verince, bunu bekletici sorun yapar ve sonra, Anayasaya uygunluk denetimini yapan mahkeme sıfatıyla sorunu çözer (25). Ancak Ay. M., yasaların, yasa gücünde karar-namelerin veya TBMM. içtüzüğünün denetiminde yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM. üyeliğinin düşmesine ilişkin kararların denetiminde, Ay.'nın 152. m.'si anlamında mahkeme sayılamaz; bu hallerde o hususu bekletici sorun yapamaz. Ay. M.'ne göre bu durumda, «...uygulanacak bir yasa veya yasama meclisi içtüzüğü kuralını, Anayasaya aykırı görürse Ay. M.'nin başvuracağı tek yol, kuralı ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır...» (26).

1961 Ay.'sı döneminde, 832 sayılı Sayıştay Yasasının «Sayıştay'ca verilen ilamlar aleyhine Danıştay'a başvurulamaz» (m. 45) biçimindeki kuralının iptaliyle ilgili olarak yapılan incelemede Ay. M., Sayıştay'ın «...mahkeme kavramının kapsamına giren özel idari yargı mercii ve yüksek mahkeme niteliğini haiz bir Anayasa Kuruluşu...» (27) olması gerekçeyle, sadece yargı görevini yerine getirdiği sırada Ay. M.'ne başvurulabileceği görüşünderken, aynı konuda verdiği 6.3.73 günlü kararında, «...Sayıştayın gördüğü denetleme işinin hukuki nitelikce gerçekte bir yürütme ve yönetim işi olduğu ve bu işle Anayasa gereğince görevlendirilmiş bulunduğu ortadadır. Onun içindir ki Sayıştay'ın idari örgütün yapısı dışında bulunması onun 'kesin hüküm' adı verilen işlemlerin hukuki niteliklerine göre, idari işlem sayılmasına ve bunlara karşı Ay.'nın 114. m. kura-

(23) AMK, 30.5.1967, E. 1967/15, K. 1967/15; AMKD, sayı: 5, s. 99.

(24) AMK, 12.1.1965, E. 1964/51, K. 1965/3; AMKD, sayı: 3, s. 17.

(25) AMK, 19.8.1971, E. 1971/41, K. 1971/67; AMKD, sayı: 11, s. 66-67.

(26) Özbudun, age., s. 118.'de belirtilen karar.

(27) AMK, 16.1.1969, E. 1967/6, K. 1969/6; AMKD, sayı: 7, s. 157-197.

lından yararlandırılmasına engellik edemez...» (28) diyerek, anılan maddeyi iptal etmişti.

1982 Ay'sına göre Sayıştay, 1961 Ay'sındaki «İktisadi ve Mali hükümler» bölümünden çıkarılıp, yargı bölümünde, Yüksek Mahkemelerden sonra düzenlenmiştir (m. 160). Yeni Ay'nın gerekçesinde de, 1961 Ay'sı dönemindeki Ay. M. kararlarının farklılığından ve konunun uzun tartışmalara sebebiyet vermesinden dolayı Yüksek Mahkemeler arasında yer aldığı belirtilmiş olduğundan, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayıcı faaliyeti sırasında mahkeme olarak kabulü gerekir (29).

Ay. M.'ne göre, Askeri Mahkemeler nezdinde kurulan disiplin mahkemeleri de mahkeme kavramına dahildir (30).

Anayasamıza göre, adli, idari ve askeri yargı yerleri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluğuna bakmakla görevli Uyuşmazlık Mahkemesi, 152. m. anlamında mahkeme sayılamaz; çünkü, bu mahkemenin, önüne gelen olayla ilgili davanın esasına ilişkin bir karar verme yetki ve görevi yoktur, bu görev ilk derece mahkemesinin kararlarının denetimini yapan diğer yüksek mahkemelere verilmiştir.

Ay. M.'si, tutuklama kararını onamaya yetkili Asliye Ceza Hâkiminin yaptığı iş nedeniyle, 152. m. anlamında mahkeme saymamıştır (31). Mahkemenin geçici veya sabit olmasının önemi yoktur; yeterki işin esasına girip karar veren bir mahkeme olsun. Nitekim geçici arazi kadastro mahkemelerinin de bizzat kendileri «re'sen sevk» kararı vererek, konuyu Ay. M.'ne götürebilirler (32).

Burada aranan davaya bakan mahkemedir. Davaya bakan mahkeme ise, «adli, askeri ve idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek yoluyla anlaşmazlıkları çözen her derecedeki mahkemeleri anlatmaktadır» (33). Bu kararda Ay. M. özetle, şöyle diyor: Yargıtay, temyiz yoluna başvuru bir ceza davasına, bu davanın belli bir evresinde, yani temyiz incelemesi sırasında, davaya bakmakta olan mahkeme olmaktadır. Öyleyse bu evrede Yargıtay, uygulanan yasa kuralının Ay'ya aykırı olduğu kanısına varırsa işi kendiliğinden veya tarafların iddialarını ciddi görürse bu iddia üzerine konuyu bekletici sorun yapabilir demektir.

(28) AMK, 6.3.1973, E. 1972/56, K. 1973/11; AMKD, sayı: 11, s. 149.

(29) Özbudun, age., s. 119.

(30) AMK, 4.6.1970, E. 1970/6, K. 1970/29; AMKD, sayı: 8, s. 291-292.

(31) AMK, 26.2.1965, E. 1965/7, K. 1965/10; AMKD, sayı: 3, s. 40-43.

(32) 211/121 - 6.3.1963, 28/66 - 20.5.1963; Armağan, age., s. 79, dipnot: 32.

(33) Anayasa Yargısı, C. 1, 18/7; 15.6.1971, E. 71/17, K. 71/58.



Asıl görevi, ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuksal denetimini yapmak ve Yargıtay Ceza Daireleri arasında doğacak uyuşmazlıkları çözmek olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aynı zamanda Yargıtay Ceza Dairelerinden bir derece mahkemesi sıfatıyla verilecek kararları temyiz yoluyla incelemek ve Yargıtay Ceza Dairelerinden verilen kararlara karşı İtiraz yeri de olduğundan, Anayasaya aykırılık konusunda uygulanacak yasa için, bekletici sorun yapma yetkisi vardır (34).

3533 sayılı Yasa, kimi kamu kuruluşları arasında çıkan ve adalet mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların, zorunlu tahkim yoluyla çözümleneceğini belirtmektedir. Anılan yasadaki hakemlerin aynı zamanda hâkim oluşları, bu davaların bir mahkemede görüldüğünü göstermez gerekçesiyle, yasalar hakkında bekletici sorun yapma yetkilerinin olmadığına karar verilmiştir (35).

**C — İddiada Süre :** Anayasaya aykırılık iddiası için bir süre yoktur. Anayasa'nın, «...uygulanacak bir kanun veya kanun gücünde karar-namenin... (m. 152)» demesine göre, aykırılık iddiasının duruşma başlamadan ileri sürülemediği ortadadır. Duruşmanın başlamasından, mahkemenin eksiksiz olarak göreve başlamasını anlamak gerekir. Gerek mahkeme heyetinin oluşumu, gerekse duruşmaya başlayabilmek için gerekli diğer usul kurallarının eksiksiz tamamlanması gerekir. Örneğin: Takibi şikayete bağlı bir suçta, CMUK. 151. m.'deki şikayet koşuluna uyulmadan dava açılmışsa, yargılamanın durmasına karar vermek gerekirken (CMUK. 253/4), bu davayla ilgili hükmün Anayasaya aykırılığı üzerinde durulmaz. Keza davaya o an bakan mahkeme, davaya bakmaya görevli ve yetkili değilse, bu hususların bilahare düşünülmesi kaydıyla o hususta bekletici sorun çıkarılamaz.

Yargıtay bozmasından sonra yapılan duruşma da buradaki anlamda duruşmadır. Yine iade-i muhakeme (CMUK. 327, 330; HUMK. 445) halinde yapılan duruşma (CMUK. 341, HUMK. 450) da buna dahildir.

Duruşma yapılmadan verilen kararlarda ise (CMUK. 386; HUMK. 105/2, 371, 372; BK. 92/2. cümle), belirli olan süre içerisinde duruşma yapılmasına ilişkin itiraz ile birlikte aykırılık def'i ileri sürülebildiği gibi, bu süre içerisinde yalnız aykırılık def'inde de bulunulabilir. İtiraz üzerine yapılan duruşmada (CMUK. 390) ileri sürülmüşse, def'i de incelenir. İtiraz üzerine duruşma yapıldığı için, itirazdan önce def'i olmasa da, def'i ilk kez bu sırada da ileri sürülebilir. CMUK. 389-391. maddeleri def'i hakkında da uygulanır. Süresinde yapılan itirazdan sonra duruşma yapılması

(34) 15.6.1971, E. 71/17, K. 71/58.

(35) Anayasa Yargısı, C. 1, 18/1; 28.2.1963, E. 63/46, K. 63/43.

zorunlu olduğundan (CMUK. 390), def'i ileri sürme hakkı ortadan kalkmış sayılamaz. Duruşma isteğini içeren itirazla birlikte aykırılık def'inde bulunulmasına engel yoktur (36).

Anayasa Mahkemesine göre, hüküm kesinleştikten sonra ileri sürülen aykırılık iddiası dinlenemez (37). Dolayısıyla duruşmayla başlayıp, kesin hükme kadar geçen süre içerisinde def'i mümkün olduğu için bu süreden sonra re'sen de bu yola gidilemez. Yani Anayasaya aykırılık iddiası ön itirazlardan değildir; davanın, hüküm kesinleşinceye kadarki her hal ve derecesinde ileri sürülebilir.

Taraflarca ileri sürülüp, mahkemece ciddi bulunmayan ve ara kararla reddedilen aykırılık iddiasına karşı, yargı organlarına başvurulamayıp, esas hükümlerle birlikte temyiz merciince karara bağlanması mümkündür (Ay. m. 152/2). Mahkemenin red biçimindeki ara kararı yalnız başına temyiz edilemeyeceğinden, nihai kararın temyiz edilememesi halinde (CMUK. 305; HUMK. 428), anayasaya aykırılık iddiası da yalnız başına temyiz edilemeyecektir. Yargıtay bir kararında, yapılan yargılamada beraet eden sanıklara ilişkin kararın temyiz edilmeyip, sanıklar vekilinin sadece CMUK. 343. m.'nin Anayasaya aykırılığına ilişkin iddiasını reddeden ara kararına karşı temyiz yoluna başvurulmasını, «...CMUK. 306 ve sonraki maddeleri ile Anayasanın 151 (şimdiki Anayasanın 152.) maddesinde bu gibi kararların esas hükümlerle birlikte temyiz edilebileceği açıklanmış ve olayımızda esas hüküm de temyiz edilmemiş olmasına göre, tek başına temyizi mümkün olmayan karar için verilen temyiz dilekçesinin reddine karar verildi» diyerek reddetmiştir (38).

Mahkemenin ara kararından dönebilmesine karşın, aykırılık iddiasının ciddi görülmesine ilişkin ara kararından dönülmesi mümkün değildir (39).

Mahkemenin duruşmayı bitirip kararını açıklamasıyla duruşma bitmekle birlikte, karar kesinleşmiş olmadığından, Anayasa Mahkemesi, tefhimden sonraki itirazı reddetmemiştir (40).

**D — Konusu :** Anayasaya aykırılığın konusu, yasa ve yasa gücünde kararnamelerin tümü veya bazı maddeleri olabilir. Ancak, görülmekte olan davaya uygulanacak olan yasalar için aykırılık iddiasında bulunulabilir. Anayasa Mahkemesine göre, davaya uygulanmayacak olan yasa için aykırı-

(36) Armağan, age., s. 82, dipnot: 42'den.

(37) Ay. M.'nin, 2.5.1963, 274/40 sayılı kararı.

(38) Kuru, age., s. 4196, dipnot: 52'den naklen, 9.CD. 14.10.1975, 35/37.

(39) Kuru, age., s. 4195.

(40) Ay. M.'nin 2.5.1963, 274/40 sayılı kararı.

lık iddiasında bulunulamıyacaktır (41). Hatta yüksek mahkeme, uygulayacak yasanın bir çok maddesi hakkında aykırılık iddiasında bulunulmuşsa, sadece uygulanacak olan hükümleri dikkate almaktadır (42). Çünkü Anayasa, «...uygulanacak...hükümlerini...» derken, o davada uygulanacak hükümlerin, o dava için aykırılık iddiasının dışında kalacağını belirtmektedir. Bu nedenle, bakılmakta olan davayla ilgili olarak, daha önce idari makamlar tarafından uygulanmış olan yasa hükmünü gündeme getirmek, o dava nedeniyle itiraz konusu yapmak söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi verdiği birçok kararında (43), idarece Memurin Muhakematı Yasası gereğince lüzumu muhakeme kararı verdikten sonra, mahkemece lüzumu muhakeme kararına ilişkin maddelerin davada uygulanması mümkün olmadığından, itiraz konusu edilemeyeceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, idarenin uyguladığı Memurin Muhakematı Yasasının ilk yedi maddesinin, dava mahkemeye gelmeden önce, sanıkların memur olup olmadıkları ve suçun memurluk göreviyle ilgili bulunup bulunmadığını tesbit ve verilen kararın usule uygun olup olmadığını mahkemenin inceleme yetkisinin bulunduğunu; ancak, mahkemenin, son soruşturmadan önce mahkeme dışında kalan makamların uygulayabilecekleri ve uyguladıkları kuralları uygulama yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi «uygulanacak yasayı», hukuksal anlaşmazlığa temel alınarak o'nu çözümlen yasalar olarak kabul etmektedir (44). Ancak, gerek uygulayıcılar içersinde (45) bu ibareyi geniş yorumlayanlar, gerekse öğretide «davada uygulanacak veya vereceği kararı etkileyecek yasa...» biçiminde iddianın genişletilerek kaleme alınmasını savunanlar da var (46). Bilim adamlarından oluşan bu kurul hazırladığı metnin gerekçesinde, «...yurttaşların haklarını koruma bakımından büyük önem taşıyan somut norm denetiminde daraltıcı yorumları önleyici bir değişiklik yapmak gerekli olmuştur. Anayasa Mahkemesinin 'davada uygulanacak kanun' kavramını oldukça dar yorumladığı, çoğu kez başlangıç mahkemesinin tesbitiyle bağlı kalmaksızın davada uygulanacak kanunu bizzat belirlediği bir gerçektir. Maddede yapılan değişikliğe göre, «davada uygulanacak veya mahkemenin vereceği kararı etkileyecek yasa kuralları» itiraz davasının konusu olabilecektir. Getirilen bu açıklıkla Anayasa Mahkemesinin davada uygulanacak yasa hükümlerinin belirlenmesinde eskisi kadar sıkı davranılmıyacağı umulmaktadır» denmektedir. Anayasa Mahkemesinin uygulama-

(41) Ay. M.'nin 15/45, 24.10.1964; 36/77, 21.4.1965; 28/45, 4.11.1965.

(42) Ay. M.'nin 198/111, 24.1.1963; 277/34, 22.5.1963; 36/77, 21.4.1965.

(43) Ay. M.'nin E-K: 20/88, RG: 20.5.1963; 26.11.1970, E-K: 45/44 sayılı kararları.

(44) Ay. M.'nin 4.11.1963 t. E-K: 245/203 sayılı kararı.

(45) Ay. M.'nin E-K: 328/296, RG: 21.9.1964; 277/34, 22.5.1963 t. kararı.

(46) Gereğçeli Anayasa Önerisi, AÜSBF Yayını, 1982, s. 184-185.

larında, «uygulanacak yasa» kavramının dar tutulurken, adli makamların fuzuli yere işgal edilmemesi düşüncesinin ön plana çıkarılarak, bireysel hakların korunması amacının ikinci plana atıldığı da söylenmiştir (47).

Yargılama devam ederken, davaya uygulanacak yasa değiştiği takdirde, eski hukuksal tavsifin yapıldığı yasa değil, yeni yasa hakkında aykırılık iddiasında bulunulabilecektir. Bununla birlikte, hukuksal tavsif değişikliği, yeni bir olayı ortaya çıkarıyorsa, bu durumda, yeni bir dava açılması gerekeceğinden, Anayasaya aykırılık o dava için ileri sürülemez; çünkü, bakılmakta olan dava ortadan kalkmaktadır. CMUK.nun 257/2. maddesi karşısında, şayet yeni bir olay durumu ortaya çıkmıyorsa, yeni tavsife uyacak biçimde mahkemece olayın detayı belirlenir ve bu yeni tavsife göre aykırılık def'inde bulunulabilir.

Anayasa Mahkemesi «uygulanacak kural» deyimini geniş yorumlayıp, «yalnız davaya uygun düşen kuralları değil fakat aynı zamanda yerel mahkemenin kuruluş ve usulüne ilişkin kuralları bu kapsam içinde görmektedir» (48). Uygulanacak yasa, mahkemenin, «...bir kuralı, uygulamadan karar veremeyecek durumda ise, bu kuralı Anayasa Mahkemesine getirmesi gerekir» (49). Anayasa Mahkemesi, artık o davada uygulanmayacak duruma gelen yasa maddelerinin, mahkeme tarafından «uygulama durumunda olmadıkları» gerekçesiyle reddetmektedir (50). Yüksek Mahkemeye göre, CMUK. 343. m. gereğince yazılı emir yolunda, duruşmanın tekrarlanması gerekmediğinden, itiraz yoluna başvurmak mümkün değildir (51). Yine, «hak düşürücü süre»yle ilgili kuralın davada uygulanması sözkonusu olduğundan, uygulanacak kural olarak kabulü mümkün değildir (52). Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, olay tarihinde yürürlükte olan yasanın sonradan yürürlükten kalkmasına karşın, davaya uygulanacak yasa olma özelliğini koruduğu için, anayasal denetime tâbi olduğuna karar vermiştir (53). Nitekim, Ay. M., Tapulama Mahkemesindeki görevlilerin yolluklarını düzenleyen kuralların itiraz yoluna başvurulduktan sonra değiştirilmiş olması, bu kuralların artık davaya uygulanma özellikleri kalmadığı için, Ay.'nın 151. m.'nin (yeni 152. m.) uygu-

(47) Armağan, age., s. 85.

(48) Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı 27 Nisan 1987, Ay. M. yayını, 1988, sf. 184'de E. Özbudun ve Yılmaz Aliefendioğlu'nun görüşleri.

(49) Aliefendioğlu, Y.: Ay. Yargısı, Sempozyum, 1984, s. 123.

(50) AMK, 8.9.1964 günlü, E.: 1964/25, K.: 1964/57.

(51) AMK, 15.12.1964, E.: 64/49, K.: 64/73.

(52) AMK, 25.9.1980, E.: 80/59, K.: 80/53.

(53) AMK, 2.3.1971 günlü, E.: 1970/47 ve K.: 1971/24, AMKD, sayı: 9, s. 340.

lama yeri kalmadığından, itiraz konusu da ortadan kalkmış sayılacağından, konuyu incelememiştir (54).

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, Sıkıyönetim Komutanınca adliye mahkemelerinde bakılmasına karar verilen bir suçla ilgili yargılamada, Sıkıyönetim Komutanına bu yetkiyi veren kuralın bakılmakta olan davada uygulanacak hüküm sayılamıyacağına hükmetmiştir (55).

**E — Ciddilik :** Mahkemede ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi olması gerekmektedir. Ciddi olmayan bazı iddiaların önlenmesi için böyle bir düzenleme yerindedir. Ancak ciddilikten ne kastedildiği hususu tartışmalıdır. Mahkemenin re'sen aykırılık görmesiyle ciddilik farklıdır. Zira re'sen başvuruda mahkeme, kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanaatini taşıırken, taraf iddiasının ciddi olması itiraz için yeterli olmaktadır. Mahkeme, taraf iddiasının ciddiliği kanaatine varmışsa, re'sen aykırılık kanaatinde olmasa da konuyu ara kararıyla belirledikten sonra Anayasa Mahkemesine götürecektir. Ancak mahkeme, ciddilik iddiasıyla birlikte kendisi de kuralın aykırılığı kanaatini taşıyorsa, bu halde ciddilik ile re'sen başvuru birleşmiş demektir. Ancak re'sen başvuru halinde ortada ciddilik olmadığı gibi, re'sen başvurmayıp ciddilik nedeniyle konuyu Ay. M.'ne götürme sözkonusuysa, re'sen başvuru da yoktur. Çünkü Anayasaya göre, «...tarafardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa,...» mahkeme davayı geri bırakır (m. 152/1). Mahkeme kendisi kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısındaysa, ciddilik konusunu tartışmaya gerek yoktur; mahkeme, bu halde o kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısında demektir ve aykırılık gerekçesini bu kanı üzerine oturtmalıdır.

İddianın ciddiyetinin hukuksal anlamının olmadığı ve bu itibarla bu kavramın isabetsiz olduğunu, Anayasanın, Anayasaya aykırılık gibi bir iddianın ciddiyetini takdire dayalı bir sonuca bağlamasının haklı olamayacağını savunanlar vardır (56). Ancak uygulama ve öğretide, geçen süre içerisinde ciddilik kavramının ne anlama geldiği hususunda epey mesafe katedildiği söylenebilir.

Uygulanacak kuralın Anayasaya aykırılığı konusunda mahkemeye tam bir kanı gelmişse, mahkeme konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne götürecektir. Ancak mahkeme, kuralı Anayasaya uygun bulmakla beraber, taraflarca ileri sürülen iddianın ciddiliğine ve o hususun tartışılmaya de-

(54) AMK, 2.11.1982 günlü, E.: 1981/12, K.: 1982/7.

(55) AMK, 8.5.1973 günlü, E.: 73/15, K.: 73/19, AMKD, sayı: 11, s. 224-229.

(56) Erem, F.: *Ön Mes'ele (Meselei- Müstehire)* olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962, s. 8.

ğer olduğuna inanmışsa, dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne göndermek zorundadır. Zira ileri sürülen iddianın mutlaka haklı çıkması gerekmiyor. İddianın hâkimde, adaletin gerçekleştirilmesi amacıyla ve samimi olarak yapıldığı kanısını uyandırması yeterlidir (57). Burada asıl aranacak olan husus, sadece tarafların iddialarının biçimsel ciddiliği değil, o kuralın Anayasaya biçimsel ve öz (esas) yönünden aykırı olmasındaki isabet yönüdür. İddianın ileri sürülüşündeki gerekçenin ve bunun dayandırıldığı delillerin aykırılık hususunda ikna edici olmasıdır. Mahkemenin herne kadar Anayasaya aykırı görmesi söz konusu değilse, ileri sürülen iddianın bir de Ay. M.'ce incelenmesi halinde belki farklı bir sonuca varabilir demesi yeterlidir. Zaten Anayasaya %100 aykırılık arama mümkün olmadığı gibi, böyle bir oran aranması halinde, def'i kurumunun işlemesi mümkün olamayacağı gibi, böyle bir zorunluluk aranması halinde bunun bir yaptırımının olması gerekmekte olup, böyle bir yaptırım ne Anayasada ne de kuruluş yasasında vardır.

«...mahkemenin taraflarca ileri sürülmüş aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması, mahkemenin de anayasaya aykırılığın varlığına inanmasını gerekli kılmaz. Anayasaya aykırılık iddiasının «ciddiliğinden» anlaşılması gereken, konunun «hukuksal bakımdan tartışılmaya değer» bulunmasıdır. Taraflarca ileri sürülen bir aykırılık iddiasının hukuksal yönden tartışılmaya değer olup olmadığı da, -kural olarak- nesnel durumlara göre belirlenir» (58). Mahkeme ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasının ciddiyetini incelemek durumundadır. İddianın ciddiyetinden amaç, sorun'un hukuksal açıdan «gerçekten» tartışılmaya değer nitelikte bulunmasıdır (59). İlk derece mahkemesinin, bu nedenle, anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olup olmadığını belirlemesi gerekir; zira mahkemenin re'sen başvurma hak ve yetkisi olsa bile, tarafların böyle bir iddiasının ciddiliği konusunda gerekçeli karar vermesi gerekir (60). Aykırılığın «ciddi» olması, konunun hukuksal bakımdan «tartışılabilir» nitelikte olması demektir; hukuksal tartışılabilirlik dışındaki iddialar yalnız başına ciddilik için yeterli olamaz. Mahkeme, tarafların aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu husus esas hükümlerle birlikte temyiz konusu edilecektir. Temyiz mahkemesi, mahkemenin ciddi bulmadığı iddiayı ciddi görürse, bu kez temyiz mercii, ciddilik gerekçesini belirleyecektir. Ancak, ilk derece mahkemesi kararı temyiz edilemeyen kararlardan olduğu takdirde, ciddilik

(57) Armağan, age., s. 87.

(58) Tanilli, S.: Devlet ve Demokrasi, İstanbul-1981, s. 625.

(59) Cuhruk, C.: Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı, Sempozyum, Ankara, 1987, Anayasa Mah. Yayını, s. 14.

(60) Özbudun, E. - Aliefendioğlu, Y.: VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Mah. Yayını: 12, Ankara, 1988, s. 184.

konusu, ilk derece mahkemesinin red kararıyla son bulacak ve o dava için tekrar ele alınamıyacaktı; zira esas hüküm temyiz edilemeyince, ciddilik konusundaki red kararı yalnız başına temyiz edilemeyecek ve bu husus o dava için son bulmuş olacaktır. Bu durumda, ilk derece mahkemesinin ciddilik konusundaki red kararı için on yıllık bekleme süresi söz konusu olmayacaktır. Ancak esas hükümle birlikte temyiz edilen red kararı nedeniyle Yargıtay, sadece ciddilik konusuna dayanarak yerel mahkeme kararını bozmayacaktır. Çünkü, yerel mahkemenin ara kararıyla red ettiği aykırılık iddiası, CMUK.nun 307-308. maddelerinde sayılan yasa muhalefet hali değildir. Bununla beraber, yerel mahkemenin ciddi bulmadığı Anayasaya aykırılık iddiasını Temyiz Mahkemesi ciddi bularak konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürebilir, buna engel durum yoktur. Bu nedenle, böyle durumda Yargıtay'ın, davaya bakan mahkeme sıfatıyla olayı Anayasa Mahkemesinin önüne, gerek ciddilik nedeniyle, gerek re'sen götürmesine engel yoktur (61).

Anayasaya aykırılık iddiasının her zaman maddi olması gerekmez, biçimsel aykırılık iddialarını da buna dahil etmek gerekir. Gerçi, yasaların biçimsel yönden aykırılıklarının iddiası belirli süreyle sınırlı olup, bakılmakta olan davalar için böyle bir iddianın iptal davası niteliğine bürünmesi sonucunu doğurabilirse, şayet biçimsel aykırılık iddiası mahkemece ciddi bulunursa, bu hususun Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesine bir engel yoktur.

Mahkemeye taraflarca iletilen aykırılık iddiası hakkında mahkemenin mutlaka bir karar vermesi gerekir; ciddi görmediğini belirtmesi yetmeyip, mutlaka red kararı vermesi gerekmektedir. Mahkemenin böyle bir durumda, Anayasanın gerekçesinde belirtildiği gibi, «...ancak böyle bir iddianın bekletici mesele olabilmesi için hakikaten ciddi olması gerekir. Aksi takdirde mahkeme iddiayı reddederek davaya devam edecektir». Mahkemenin davaya devam edebilmesi, ancak, uygulanacak kuralın mahkemece Anayasaya uygun bulunmasıyla, ya da iddianın ciddi görülmesiyle mümkündür. İşte ciddi görmeme halinin mutlaka bir red kararıyla belirtilmesi gerekir.

Mahkeme tarafların aykırılık iddialarını ciddi görürse, ya tarafların aykırılık gerekçelerini aynen kabul eder ya da bunu genişleterek işler. Ancak mahkemenin yine de re'sen mi yoksa tarafların iddialarının ciddi olmasından dolayı mı bekletici mesele yaptığını gerekçeli kararında belirtmesi gerekir. Çünkü, Anayasa bu iki durumu «veya» diyerek birbirinden ayırmıştır. Ciddilik konusunun taraflarca ileri sürülecek aykırılık id-

(61) Aliefendioğlu, Y.: Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, Anayasa Yargısı, Ay. Mah. Yayını: 4, Ank. 1984, s. 125-126.

diaları için gerekmesinin ve ciddiliğın aranmasının sebebi, «aykırılığı ileri süreren tarafın, kasıtlı olarak davayı uzatmasını önlemek açısından, sorunun hukuki açıdan tartışılmaya değer olduğunu ifade eder» (62).

Mahkemelerin ara kararlarına karşı itiraz istisnadır; bu istisnalar arasında ciddiliğın reddi hususu yoktur. Ancak iddianın ciddi olmaması nedeniyle red halinde, sonradan, iddianın ciddiliğine karar vermeye engel de yoktur. Yani ciddilik konusundaki ara kararından dönerek, olumlu yönde, tekrar ciddilik kararı verilebilir. Ancak, mahkemece ara kararıyla ciddilik tesbit edilmişse, bundan, tarafların rızasıyla dahi dönüp, ciddiliğın reddine veya vazgeçilmesine karar verilemez. Zira, mahkemenin ciddilik konusundaki kararı üzerine işe el koymuş olan Ay. M.'nin kararlarına taraf iradelerinin etkisi olmadığı gibi (63), mahkemece, konu henüz Ay. M.'nin önüne götürülmemişken kararımdan döneyim biçiminde bir gerekçeyle, olumlu yöndeki ara kararından dönme söz konusu değıldir (64).

Anayasa, ciddilik veya re'sen halinde, mahkemenin «davayı geri bırakacağından» ve Ay. M.'nin bu konudaki kararının bekleneceğinden söz ederken (m. 152/1), esasen yargılamanın durdurulmasından, yani kollektif muhakeme faaliyetinin geçici bir süre için durdurulmasından bahsetmektedir (65). Çünkü, hukukumuzda durma kararı varken ve aynı anlama gelmekteyken, «geri bırakma» olarak yaklaşp, sanki farklı bir kurummuş gibi, durma kararı kavramını kullanmaktan kaçınmamak gerekir.

1962-1977 yıllarını içeren bir çalışmaya göre, itiraz yolu başvurularında red oranı oldukça yüksektir: % 81,7. Ay. M.'nin iptal kararı ise, % 18,3'dür. Yapılan itiraz sayısı toplam 568'dir. Bunun 303'ü, yani % 53,3'ü öze inilmeksizin, ya yetkisizlik, ya aykırılığı ileri sürülen yasanın daha önce iptal edilmiş olmasından, ya da devrim yasası olması nedeniyle Ay. M.'sine reddedilmiştir. Redle sonuçlanan başvurunun % 16,3'ü C. Savcılarınca, % 45,9'u taraflarca ve % 37,9'u re'sen ileri sürülmüştü. İptalle sonuçlanan başvurunun % 32,7'si re'sen sevk yoluyla, % 24'ü C. Savcılarınca ve % 43,3'üde taraflarca ileri sürülmüştü. Red ve iptalle sonuçlanan itiraz yoluyla başvurularda, tarafların def'isi büyük bir yekûn teşkil etmektedir. Başvuruda adli yargının ilk sırayı aldığı görülmektedir. İdari yargının da büyük bir rakkamla, iptalle sonuçlanan başvuruda yer aldığı, iptale oranla redle sonuçlanan başvurusunun daha az olduğu dikkati çekmektedir. Askeri/sivil yargının başvurusunda, redle sonuçlananlar ip-

(62) Teziç, E.: Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986, s. 203.

(63) Erem, F. Ceza Usul Hukuku, Ankara, 1978, s. 358.

(64) Bakınız, dipnot: 39.

(65) Kunter, age., s. 523.



talden daha fazladır. Aynı dönemler arasında açılan iptal davasında, toplam 62 başvurudan, 28'i red, 34'ünde iptalle sonuçlanmıştır (66).

**2) Re'sen Sevk :** Anayasamız itiraz konusunu taraflarca ileri sürülen ve mahkemece ciddi bulunan yol ile mahkemenin, tarafların böyle bir iddiaları olmasa da kendiliğinden uygulamakta olduğu kuralın Anayasaya aykırılığı kanısına vararak o hususu bekletici sorun yapmasını kabul etmiştir (m. 152/1). Gerek taraflarca iddia edilen ciddilik halini ve gerekse re'sen sevk durumunu, Anayasanın 138. md.'deki emredici hüküm çerçevesinde ele alırsak, mahkemeler bu hususta hem yetkili, hem de görevli olmaktadır. Zira Anayasmız, hâkimlerin görevlerini, «anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak» yerine getireceklerini belirtirken, «hüküm verirler» biçiminde kesin emredici bir düzenlemeyle bu hususa işaret etmekte ve 152. m.'yi bu yönden takviye etmektedir. Yargı yetkisini kullanan mahkemelerin (Ay. m. 9), yargı yetkisinin amacına uygun olarak ek bir yetkiyle yetkilendirildiği görülmektedir. Çünkü, yargı yetkisi, sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünden ibaret değil; aynı zamanda, üstün hukuk kuralları ve Anayasaya aykırı olan kuralların ayıklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu üstün hukuk kurallarına örnek olarak hukukun genel ilkelerini göstermekte ve bunun tanımını yapmaktadır: hukukun genel ilkeleri, Yüksek Mahkemeye göre, «hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerinden ibarettir (67). Yargı fonksiyonunun adalet ve toplum çıkarını sağlama amacı bunu gerektiriyor. Böyle bir amaca varabilmek için, yasama ve yürütme yollarıyla hareket etmek mümkün olmakla birlikte, ortaya çıkan sorunları çözmek için önceden konmuş kurallara göre hareket ederek, fiilen adaleti sağlama ve toplum çıkarını koruma açısından daha etkili bir yoldur. Bu yolla, davaya bakan mahkeme, önüne gelen ve davayla ilgili, o davaya uygulanacak kuralı, tarafların iddiaları olmasa da, Anayasaya aykırılık yönünden gözden geçirip, Anayasaya aykırılık kanısına varırsa, konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürecektir. Karine olarak, Anayasaya aykırılık «kanı»sını belirtmeyen veya tarafların aykırılık iddialarını «ciddi» görmeyen mahkeme, o kuralın Anayasaya uygunluğunu kabul etmiş demektir. Uygulamada, böyle bir uygunluk faraziyesiyle karar veren mahkemenin kararının Temyiz Merciiince, sırf bu yönden bozulacağı kanaatinde değiliz ve uygulama da böyle süregelmektedir. Mahkemeye böyle bir yetki ve görevin verilmiş olması, sırf temyiz merciiince bu gerekçeyle bozmama nedeniyle, anlamsız olduğunu düşünemeyiz; çünkü, mahkemeye, önüne gelen bir davaya uygulanacak kuralı heran, üstün hukuk kurallarına uygunluğu yönünden denetleme görevini hatırlatması anlamlıdır. Zira,

(66) Ünsal, A.: Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1980, s. 244, 247 vd.

(67) AMK, E.: 63/166, K.: 64/76, k.t.: 22.12.1964; AMKD, sayı: 2, 288 vd.

Anayasanın başlangıcında yeralan, «...Her Türk vatandaşının... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme... sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatla yorumlayıp uygulamak üzere...» biçimindeki ibare, hem yurttaşların böyle bir talepte bulunabilmelerini, hem de mahkemelerin buna uygun davranmalarını emreder.

Anayasamıza göre, «Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse..., Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır» (Ay. m. 152/1; 2949 s.K.m. 28). Mahkeme tâbirine Adli, Askeri ve İdari tüm mahkemeler dahildir. Mahkemenin baktığı davanın nizalı veya nizasız olmasının önemi yoktur. Çünkü, her iki çeşit davanın mahkemece sonuçlandırılması, o davaya kuralın uygulanması söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş amacı, hukuk devletinin yerleşmesi, birey hak ve özgürlüklerinin korunması içindir. Bu nedenle re'sen sevki sadece bir yetki sayarsak, bu amaçların gerçekleşmesine set çekilmiş olur. Onun için, böyle bir denetimi mahkeme için hem yetki ve hem de görev olarak nitelendirmek gerekir. Anayasa Mahkemesine «Anayasanın koruyucusu» isminin verilmesi bunun içindir sanırız. Mahkemenin re'sen sevk araştırmasını yapması, tarafların ileri sürdükleri aykırılık iddiasından bağımsızdır. Ancak davaya bakmakta olan mahkeme ancak, uygulayacağı bir kural için böyle bir yetkiye sahiptir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, «mahkemelerin, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri sürerek... başvurmaları için, bakmakta oldukları bir davanın bulunması ve iptali istenen kanun hükmünün de o davada uygulanması gerekir» (68). Örneğin: Hazırlık soruşturmasında uygulanıp, son soruşturmada uygulanmayacak olan bir yasa hakkında re'sen sevk kararı verilemeyecektir (69). Kunter'e göre, bu durumda, o normların Anayasaya aykırılığı hiç bir zaman ileri sürülemez demektir (70).

Re'sen sevk kararı verecek mahkemenin bu kararının gerekçeli olması gerekmektedir. Mahkeme tek üyeli ise bu üye, heyet halindeyse heyetin böyle bir kararı vermesi gerekir (71). Yazılı emir yolunda duruşmanın tekrarlanması söz konusu olmadığından, re'sen sevk de sözkonusu olamaz (72).

**3) Aykırılık Usulü :** Anayasanın 149/1. m.'de belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulü 2949 sayılı Yasayla dü-

(68) AMK, 303/277, 25.12.1963; 355/297, 14.2.1964.

(69) AMK, 39/72 - 6.3.1965; 50/14 - 25.6.1965.

(70) Armağan, age., s. 99/100.

(71) Armağan, age., s. 101, dipnot: 30.

zenlenmiştir. Bu yasanın 28. m.'si, konuyu, itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işler başlığı altında ele almıştır. Buradan anlaşılacağı gibi, ister tarafların aykırılık iddiası, ister mahkemelerce re'sen aykırılık görülmesi hususu, yasayla itiraz olarak nitelenmiştir. Öğretide de konu bu şekilde değerlendirilmiştir (73). Buna göre, «Bir davaya bakmakta olan mahkeme: 1 — O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yol-daki gerekçeli kararı; veya, 2 — Taraflardan birinin ileri sürdüğü (iki taraf da olabilir) aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı...» ...«tasdikli örnekleriyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir». «Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Mahkemenin Anayasaya Aykırılık iddiasını ciddi görmemesi halinde bu iddia temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz».

Bu hususla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına göz atalım :

— **Anayasaya aykırılık savını içeren dilekçe örneğinin de (74), diğer belgelerle birlikte, mahkemece Anayasa Mahkemesine gönderilmesi gerekir (2949, m. 28).**

— **Dava ve cevap dilekçeleriyle, kanunsözcüsünün (75) ve C. Savcısının düşüncesinin alındığını gösteren belgenin Anayasa Mahkemesine gönderilmesi gerekir (76).**

— **İlgili mahkemenin, dosyanın aşlını değil, « bu konuyla ilgili görülen örnekleri...» göndermesi gerekir (77).**

— **Anayasa Mahkemesine, doğrudan doğruya veya tarafların iddiası üzerine başvurulmuş olup olmadığının anlaşılmasını nedeniyle dosyanın geri çevrilmesine karar verilmiştir (78).**

— **«Mahkemenin gerekçeli kararında itiraz konusu yasa kuralının Anayasanın hangi madde ve ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle belir-**

(72) AMK, 49/73, 24.5.1965.

(73) Ünsal, A.: age., s. 247.

(74) AMK, 8.4.63, 63/16-83; AMKD, C: 1, s. 196, RG: 9.7.63, 11449.

(75) AMK, 22.4.63, 63/41-94; AMKD, C: 1, s. 232, RG: 31.7.63, 11468.

(76) AMK, 6.4.71, 71/2-36; AMKD, C: 9, s. 403-404, RG: 22.10.71, 13994.

(77) AMK, 19.6.63, 63/265-157; AMKD, C: 1, s. 317-18, RG'de y. yok.

(78) AMK, 3.5.66, 66/4-25; AMKD, C: 4, s. 169; RG: 11.7.66, 12345.

tilmemiş olduğundan... dosyanın geri çevrilmesine» karar verilmiştir (79).

— «İptali istenen kuralın itiraz gününden önce başka bir iptal davası üzerine iptal edilmiş olması« ...«..itirazın, konusu bulunmaması yönünden reddine...» karar verilmiştir (80).

— «Mahkemenin, Anayasaya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan gerekçeli kararının gönderilmemesi...» nedeniyle dosyanın geri çevrilmesine karar verilmişti (81).

— «Tarafların anayasaya aykırılık konusundaki iddia ve savunmalarını içeren belgelerin gönderilmemesi» nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (82).

— «Sanığın duruşmada bulunup bulunmadığı ve Anayasaya aykırılık konusundaki savunmasının ne olduğunun anlaşılması» nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (83).

— Yargıtay'ın bozma kararından sonraki tutanak örneklerinin gönderilmemesi ve mahkemenin görüşü başlıklı yazının karar niteliğini taşınamaması nedeniyle, dosya geri çevrilmiştir (84).

— Yasanın tümünün mü, yoksa belirli maddelerinin mi iptalinin istendiğinin anlaşılabilmesi nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (85).

— Belediye Encümenince verilen para cezasına itiraz edilmesine görevli mahkeme, Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında Yasanın (1608 sayılı Yasanın 3764 sayılı Yasayla değişik 1. m.'nin iptalini istemiş), Anayasa Mahkemesi ise, «Belediye Encümeninin kararının itirazcıya tebliğ günü ile itiraz dilekçesinin mahkemeye verildiği gün belli olmadığı için itirazın süresi içinde yapıp yapılmadığı anlaşılamadığından, eksikliğin giderilmesini» istemiştir (86).

— Dava dilekçesinin tümünün onanmış örneklerinin olmaması nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (87).

— Anayasaya aykırılık savına karşı sanığa diyeceğinin sorulmaması, işin esasın incelenmesini engelleyecek nitelikte eksiklik sayılarak evrak geri çevrilmiştir (88).

— «...mahkemenin gerekçeli kararına göre hukuksal durum yeterince aydınlanmış ve Anayasaya aykırılık sanık tarafından ileri sürülmeyip doğrudan doğruya mahkemece ortaya atıldığı için sanığın bu konudaki görüşlerinin sorulup öğrenilmesine ve bu yönün tutanağa

(79) AMK, 20.9.66, 66/15-33; AMKD, C: 4, s. 227; RG: 9.5.67, 12593.

(80) AMK, 12.2.65, 65/4-6; AMKD, C: 3, s. 27; RG: 24.5.65, 12005.

(81) AMK, 11.2.69, E: 68/33, K: 69/12; AMKD, C: 7, s. 241; RG: 2.7.69, 13238.

(82) AMK, 17.6.69, E: 68/60, K: 69/36; AMKD, C: 7, s. 356; RG: 18.5.70, 13497.

(83) AMK, 30.9.69, 69/24-50; AMKD, C: 7, s. 404-405; RG: 17.6.70, 13521.

(84) AMK, 14.10.69, 68/34, 69/55; AMKD, C: 7, s. 427; RG: 22.7.70, 13556.

(85) AMK, 13.5.69, 68/57, 69/29; AMKD, C: 8, s. 12-14; RG: 22.3.71, 13786.

(86) AMK, 6.1.70, 69/46, 70/2; AMKD, C: 8, s. 170-171; RG: 15.12.70, 13975.

(87) AMK, 20.1.71, E: 69/56, K: 70/4; AMKD, C: 8, s. 190; RG: 21.7.70, 13555.

(88) AMK, 4.6.70, 70/6-29; AMKD, C: 8, s. 293; RG: 31.5.71, 13851.

geçirilmesine 44 sayılı Yasanın 27. m'si uyarınca gerek bulunmamıştır» (89).

— Gerekçeli kararda Anayasaya aykırılık savının ciddi görüldüğünden söz edildiği halde, sevk yazısında itiraz konusu kuralların re'sen Anayasaya aykırı görüldüğünden söz edilmesi nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (90).

— Gönderilen belge fotokopilerinin onansız olması nedeniyle dosya geri çevrilmiştir (91).

— İddianamenin ve Yargıtay bozma ilamına uyulup uyulmadığına ilişkin kararın onanlı örneklerinin gönderilmemesi üzerine dosya geri çevrilmiştir (92).

— Yargıtay bozma kararına uyulup uyulmadığının bir kararla belirtilmeden dosyanın gönderilmiş olması nedeniyle geri çevrilmesine (93).

— Anayasa değişikliklerine karşı sadece biçim yönünden iddiada bulunulabilmesine karşın, öz yönünden aykırılık iddiasına ilişkin gerekçeyle yetinilerek, biçim yönünden başvurulamayacağı veya varsa biçime ilişkin iddianın belirtilmesine, gerekçeyle bağlı olmama gerekçesiyle, eksik sayılmamıştır (94).

— Gerekçeli karar düzenlenmeyip, sadece Anayasaya aykırılık gerekçelerinin duruşma tutanağında belirtilmesiyle yetinilmesine karar verilmiştir (96).

— Dava dilekçesinde Anayasaya aykırılık savının ileri sürülmesi ve mahkemenin bu savın ciddi olduğu üzerinde durmayarak, kendiliğinden Anayasa Mahkemesine başvurusu durumunda, davalının savunmasının alınmamış olması bir eksiklik sayılmamıştır (97).

— Gerekçeli bir başvuru yazısı ile Anayasa Mahkemesine başvurulmamış olması, başvurunun reddini gerektirmiştir (98).

— Yasayla temsil yetkisi sona ermiş olan vekilin davadan elini çekmemiş olması, o davada uygulanacak yasa kuralının Anayasaya aykırılığı savında bulunmasında yetkisini kaldırmış sayılamayacağına karar verilmiştir (99).

— Görev sorunu bir çözüme bağlanmadan Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (100).

(89) AMK, 20.4.71, E: 70/56, K: 71/45; AMKD, C: 9, s. 481 vd; RG: 16.12.71.

(90) AMK, 6.3.73, E: 72/56, K: 73/11; AMKD, C: 11, s. 134 vd.; RG: 9.11.1973.

(91) AMK, 22.3.73, 73/2-14; AMKD, C: 11, s. 188 vd.; RG: 29.8.73, 14640.

(92) AMK, 7.6.73, 73/12-24; AMKD, C: 11, s. 265; RG: 9.11.73, 14707.

(93) AMK, 25.12.73, 73/47-38; AMKD, C: 11, s. 365; RG: 20.2.74, 14805.

(94) AMK, 23.3.76, E: 75/167, K: 76/19; AMKD, C: 14, s. 129; RG: 12.8.76, 15675.

(96) AMK, 3.6.76, 76/31-30; AMKD, C: 14, s. 202; RG: 13.1.77, 15818.

(97) AMK, 27.9.77, 77/82-117; AMKD, C: 15, s. 452; RG: 14.1.78, 16169.

(98) AMK, 20.4.78, 78/29-32; AMKD, C: 16, s. 83-88; RG: 11.6.78, 16313.

(99) AMK, 14.12.78, 78/49-63; AMKD, C: 16, s. 347 vd.; RG: 31.3.79, 16595.

(100) AMK, 30.3.79, 79/4-16; AMKD, C:....., RG: 10.6.79, 16662.

— Sulh Ceza Mahkemesinde sanığın ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık savına karşı C. Savcısının da düşüncesinin alınması gerekir (101).

Dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderen mahkeme, gönderme gerekçesini yazacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, «taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık kararı verebilir» (2949, m. 29/1). Çünkü, Anayasa Mahkemesi, «ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından», «Anayasaya aykırılık kararında» taraf gerekçesiyle bağlı olmama nedeniyle, şayet karşı taraf gerekçesi varsa, uygunluk gerekçesinde de bununla bağlı değildir.

Anayasa Mahkemesi, başvuru üzerine, yasanın sadece belirli madde veya hükümlerinin iptali istenmiş olupda, bu belirli madde veya hükümlerin iptali o kuralın tümünü veya iddia olunandan başka hükümleri de içerecek biçimde aykırılık taşıyorsa, bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir (2949, m. 29/2).

1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği kararlar ilgili yasa için ancak beş yıl sonra tekrar başvurulabilirdi; 1982 Anayasası'nda bu süre on yıla çıkarılmıştır. 1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin kararının 6 ay (önceleri 3 ay idi) içinde gelmesi üzerine, itirazcı mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını «kendi kanısına göre» çözümlyerek davayı yürütüyordu; 1982 Anayasası'nda ise, bu süre 5 ayla sınırlandırıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi bu süre içinde kararını vermezse, itirazcı mahkeme, davayı «yürürlükteki yasa hükümlerine göre sonuçlandıracaktır». Buradaki beş aylık süre, eksiklikler varsa bunların giderilerek, tekrar Anayasa Mahkemesi'ne gönderilen evrakın, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği'nce kaleme havalesi ile işlemeye başlar.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı süresinde gelirse, bu karar itiraz eden mahkemeyi bağlar. İtiraz eden mahkeme, süresi içersinde Anayasa Mahkemesinin kararı gelmeyince yürürlükteki yasa hükümlerine göre davayı yürütür ve kararı henüz kesinleşmeden Anayasa Mahkemesi'nin kararı gelirse, bu karar itirazcı mahkemeyi bağlar. Ancak tartışılan husus, Anayasa Mahkemesi'nin kararının kesinleşmiş hükme etkisidir. Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi kararının kesinleşmiş kararlara hiç bir etkisi olamaz (102). İkinci bir görüşe göre, birinci görüşün savunulması mümkün değildir; zira, Anayasa Mahkemesi'nin uygun ve dava mahkemesinin aykırı görmesi halinde, böyle bir karar, özel hukuk alanına giren konular hakkında taraflar için kesin hüküm halini alacak ve Anayasanın gü-

(101) AMK, 22.5.80, 80/38;-34; RG: 2.9.1980, 17093.

(102) Armağan, age., s. 145.

vencesi altında bulunan meşru bir hak bu suretle ziyaa uğratılmış olacak ve hakkı olmayan kimseye bu yolla hak başıslanmış olacaktır (103). Üçüncü bir görüşe göre, bu konuda bir ayrıma gitmek gerekir: (104) a) Kesin hükümden sonra, bu hükme esas tutulan yasanın Anayasaya aykırılığına karar verildiği takdirde, beraet hükümleri varlığını korurlar. Çünkü kesin hüküm dokunulmazlığı kuraldır. b) Mahkumiyet hükümleri ise, bir fiili suç olmaktan çıkaran yasa değişikliğine ilişkin kurallara göre, bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Böyle bir durumda da, o fiilin bir başka yasa hükmünü ihlal etmesi halinde, yeni bir dava açılıp, önceki mahkumiyet kararından daha ağır sonuç doğurmayacak bir ceza verilebileceği; iptal edilen hükmün şiddet sebebi olması halinde ise, sadece şiddet sebebiyle ilgili hükmün uygulanamayacağı, ileri sürülmektedir. Dördüncü bir görüşe göre de, bu durumda muhakemenin iadesini isteme hakkının tanınması gerekmektedir (105). Esasen bu hususun Anayasa'da belirtilmesi gerekirdi ,ancak belirtilmemiştir. Bu durumda, gerek Anayasa yargısının kabul ediliş amacı, gerek kesin hüküm üzerine etkisinin olacağına ilişkin Anayasa'da bir düzenlemenin bulunmayışı ve gerekse «adalet» ve «ceza hukuku ilkeleri» doğrultusunda, iptalin kesin hüküm üzerine etkisini kabul etmek gerekir. Zira iptal üzerine ilgiliye daha hafif ceza vermek gerekirse, TCY.nin 2. m.'sinin gözönünde bulundurulması gerekecektir. İptalden sonra muhakemenin iadesini istemek hak ve yetkisini tanımak, bu hususun muhakemenin iadesi sebepleri arasında yeralmamış olmasının yanında (CMUK. 327), TCY.nin 2. m.'nin uygulanmasıyla çözülebilecek bir hususu (106 bazı takdirlere bırakarak Anayasa yargısının amacı dışına çıkarmak olur. Bu nedenlerle iptalin kesin hükme etkisini adalet ölçüleri içersinde kabul etmek gerekir.

**4) Denetim Dışı Durumlar :** Anayasamız itiraz yoluyla denetim usulünde bazı kuralların denetim dışı olduğunu çeşitli maddelerinde düzenlemiştir :

**a) Devrim Yasaları :** Anayasanın 174. m.'sinde (2949, m. 24), çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkmak ve lâikliği gerçekleştirmek için, Anayasanın Halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan devrim yasalarının hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemediğini kabul etmiştir.

Bu konuda Anayasada yeralan yasalar şunlardır :

1 — 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;

(103) Boyacıoğlu, agm., s. 721; Armağan, age., s. 145, dipnot: 213.

(104) Erem, Usul, s. 364.

(105) Kıratlı, age., s. 182-183; Armağan, age., s. 145-146.

2 — 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;

3 — 30 Teşrinisani 1341 tarih ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;

4 — 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle Kabul Edilen, Evlenme Aktinin Evlendirme Memurunun Önünde Yapılacağına Dair Medeni Nikâh Esası İle Aynı Kanununun 110. Maddesi Hükmü;

5 — 20 Mayıs 1928 tarih ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6 — 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;

7 — 26 Teşrinisani 1934 tarih ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Ünvanların Kaldırıldığına Dair Kanun;

8 — 3 Kanunuevvel 1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

**b) Uluslararası Antlaşmalar :** Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ay. m. 90/son; 2949, m. 23).

**c) Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler :** Anayasaya göre, «Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı merciilerine başvurulamaz» (Ay. m. 105/2). Anayasada bu hüküm olmasaydı da, Cumhurbaşkanının yaptığı işlemler, yasa ve yasa gücünde kararname olmadığı için Anayasa'nın 152/1. m.'si gereğince Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi olmayacaktı (Ay. m. 104). İdari yargı yoluna da başvurulamayacağı için, «bakılmakta olan davaya uygulanmakta olan yasa»ya girmeyecektir. Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanının «Anayasa ve diğer kanunlarda başbakan ve ilgili bakan'ın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır» (Ay. m. 105/1).

**d) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları (Ay. m. 159) :** Anayasa'nın 159. m.'de Yüksek Kurul'un düzenleniş biçimi belirtildiği gibi, 2835 sayılı kuruluş yasınının 12/son maddesi gereği Hâkimlerin özlük işleriyle ilgili olarak verdiği kararları kesindir. Kararların kesin olması karşısında, idari yargı yoluna veya diğer bir yargı yoluna başvuru-



lamıyacağı ve dolayısıyla itiraz yoluna gidilemeyeceği gibi, Yüksek Kurul'un bir mahkeme olmaması nedeniyle de itiraz yoluna gidilemeyecektir.

**e) Anayasanın 121 ve 122. maddeleri :** Anayasanın 148/1. m.'si, «Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz» demektir. Bu hususu Anayasa, 121 ve 122. m.'lerinde düzenlemiştir. Söz konusu maddelere göre, olağanüstü hal ve sıkıyönetim, yurdun bir veya birden çok bölgesinde veya bütününde ilan edilebilecektir. Anayasa maddesinde «...hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler...» denmesine göre, olağanüstü hal ve sıkıyönetimin ilan edildiği bölgelerde çıkarılacak ve çıkarılış amacı doğrultusundaki kanun hükmünde kararnameler, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak getireceği düzenlemeyle, Anayasanın «...Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir (Ay. m. 13/2-3)» biçimindeki hükmü karşısında, bu kanun hükmünde kararnamelerin denetim dışı kalması, itiraz yoluyla, Anayasaya aykırı yasaların ayıklanmasına bir istisna getirmektedir (2949, m. 19). Ancak, bu kararnamelerin çıkarılış amacının dışına taşması, ya da olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilen bölgelerin dışındaki yerler hakkında kural koyması halinde, Anayasanın 121 ve 122. m.'lerine göre de çıkarılmış olsalar, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan edilmemiş yerler yönünden Anayasal denetime tâbi olacaktır (107).

**f) Geçici maddeler :** Anayasanın geçici 15. m.'si, Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tuttuğu yazılı hukuk metinlerini bir bir saymıştır. Buna göre (2949, m. 25), 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçecek süre içinde, 2356 sayılı Yasa gereğince, Milli Güvenlik Konseyi'nce, bu Konsey'in yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Yasayla kurulan Danışma Meclisi'nin, çıkardıkları yasa ve yasa gücünde kararnameler, karar ve tasarruflar nedeniyle yargı organlarına başvurulamayacağı gibi; bu dönem içinde çıkarılan yasalar, yasa gücünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Yasa uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez. Böyle bir hükmün anlamı, bu metinlerdeki kuralların Anayasaya aykırı olmayıp, onun istisnalarını oluşturduğunun Anayasa tarafından kabulü demektir

(106) Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 391, dipnot: 41.

(107) Aliefendioğlu, sempozyum, s. 133.

(108). Adı geçen kuralların, yeni bir yasayla değiştirilinceye kadar, 1982 Anayasası'yla zımnen ilga edilmiş sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır: Anayasa Mahkemesi ilk kararlarında, Anayasanın denetim dışı bıraktığı yasaları, bu yasalardan sonra yürürlüğe girse de Anayasanın zımnen ilga etmiş sayılmayacağını (109) kabul ederken; daha sonra görüş değiştirerek, Anayasanın, daha önceki bir yasanın Anayasaya aykırı hükümlerini zımnen ilga edebileceğini kabul etmiştir (110). Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararları arasındaki farklılık daha sonra yine devam etmiş ve Anayasa Mahkemesi bir kararında, «...bunların Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemediği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden de söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak, Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir» demiştir (111). Esasen, Anayasaya aykırılığı iddia edilemeyecek olan yasaların (geçici m. 15), Anayasanın bir maddesiyle düzenlenmiş olması ve Anayasa maddeleri arasında üstünlük aranmaması nedeniyle, Anayasanın diğer maddelerine aykırı olan yasaların, geçici 15. m.'deki düzenlemeye rağmen, Anayasanın pratik uyuşumu dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda, Anayasa yargısının kabul edilmiş amacı, hukuk devleti ilkesi, anayasaya aykırı yasaların ayıklanması ilkesi karşısında, Anayasanın bu maddesinde belirtilen yasaların Anayasa tarafından zımnen ilga edildiğinin kabulü yerine (112), bu hususta denetim yetkisinin Anayasa Mahkemesi'nde olması nedeniyle, böyle bir aykırılığın varlığının tesbiti işini yine Anayasa Mahkemesi'ne bırakarak, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirtildiği gibi (113), Anayasanın «üstünlüğü» ve «bağlayıcılığı» ilkesi gözönüne alınıp, aykırı yasaların uygulanmaması gerekir. Ancak böyle bir yetkinin mahkemelerce kullanılması, Anayasa Mahkemesi'nin aykırılığı tesbitte tek yetkili oluşu ile özellikle 1982 Anayasası'nda yer almayan, mahkemelerin de Anayasaya aykırılığı «kendi kanılarına göre» çözmelerine ilişkin kuralın yer almaması karşısında, kabul etmek mümkün değildir. Yeni Anayasa, mahkemelere tanınan bu yetkiyi düzenlememekle, hele Anayasa Mahkemesi'nden süresi içerisinde karar gelmemesi halinde, mahkemelerin davayı «yürürlükteki kanun hükümlerine göre» sonuçlandıracaklarına ilişkin kural karşısında (m. 152/3), mahkemelere, Anayasaya aykırı kural yerine doğrudan doğruya anayasayı

(108) Kunter, age., s. 519, dipnot: 70.

(109) AMK, 63/205, 63/123, AMKD, sayı: 2, s. 20; 63/106, 63/270, AMKD, sayı: 1, s. 468 vd.

(110) AMK, 76/13, 76/31, AMKD, sayı: 14, s. 217 vd.

(111) AMK, 84/1, 84/1, k.t. 28.9.1984, RG: 14.2.1985, sayı: 18666.

(112) Kunter, age., s. 159, dipnot: 103/a.

(113) AMK, 64/22, 64/54, k.t. 3.7.1964, AMKD, sayı: 2, s. 206.

uygulama yetkisi tanımak bizce güç gözükmemektedir (114). Çünkü, Anayasaya böyle bir hükmün konuş amacı Anayasa gerekcesinde şöyle dile getirilmiştir: «İtiraz yoluyla dava açan mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'nden altı ay içinde bir karar gelmediği takdirde bakmakta olduğu davayı Anayasaya aykırılık bakımından kendi kanısına göre çözümlene yetkisinin kaldırılmasıdır. Bu yetkinin, kamuoyunda, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasaya aykırılık iddiasını inceleyip karara bağlamakta acele etmemek gibi bir tutum içine girebilmesine neden olduğu kuşkusunu yaratmıştır. Bundan başka anayasal yargı mercii varken yerel mahkemenin böyle bir yetkiyi kullanması memlekette adalet tevzii birliği ilkesini de zedeler...» (Ay. 152. m.'nin gerekçesi). Görülüyorki, bu hususta asıl kararı Anayasa Mahkemesi verecek ve mahkemeler buna uygun karar verecektir.

### III — SONUÇ :

Görüldüğü gibi, itiraz yolu, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davaya uygulanacak yasa veya yasa gücünde kararnamenin, davaya uygulanacak madde veya hükümlerinin mahkemece Anayasaya aykırı görülerek yahut tarafların aykırılık iddialarının mahkemece ciddiliği gerekçesiyle, mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurması üzerine yapılan bir denetim biçimidir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı gelene kadar mahkeme davayı geri bırakır (yargılamayı durdurur). Anayasa Mahkemesi, burada yerindelik denetimi değil, norm denetimi yapar. Anayasayla kurulan ve kendisine böyle bir görev verilen Anayasa Mahkemesi, adalet, insan haklarına saygı, demokratik toplum düzeninin gerekleri gibi hukuk devleti kavramı içersinde değerlendirilebilecek ilkelerin korunmasına hizmet etmektedir. Yüksek Mahkeme, kuruluşundan beri bu ilkeler çerçevesinde hizmet vererek, hukuk devletinin saygın bir kurumu olmuştur.

Ancak, Anayasada, itiraz yoluyla başvuruda şu hususlar eleştiri konusu olmuştur: 1 — Anayasa Mahkemesi'nce davanın reddolunmasından itibaren on yıl geçmedikçe tekrar başvurulamazlık ilkesi (m. 152/son). 2 — Olayla sınırlı karar verme olanağının kalkmış olması. 3 — Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde çıkarılan yasa gücünde kararnamelere karşı yargı yolunun kapalı oluşu (m. 121 ve 122) (115). 4 — Geçici 15. maddeyle getirilen yargı kısıntısı. 5 — İtiraz üzerine Anayasa Mahkemesine gönderilen davayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce beş aylık süre içersinde karar verilmediği takdirde yerel mahkemenin, Anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği veya taraflarca ileri sürülmesi

(114) AMK, 81/8, 82/3, k.t. 6.5.1982, RG: 30.11.1983, sayı: 18237.

(115) Özbudun, Sempozyum, s. 145-146.

üzerine Anayasaya ciddi olarak aykırı olabileceğine karar verdiği hukuk kuralını uygulamak zorunda olması ve böylece yerel mahkemenin Anayasaya aykırı gördüğü kuralın uygunluğu konusunda «kendi kanısına göre» uygunluk denetimi yapamaması.

### KAYNAKLAR

- 1 — Hukuki İçtihatlar Dergisi, Eylül-Ekim 1950, sayı: 29.
- 2 — Kubalı, H.N.: Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- 3 — Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986.
- 4 — Özbudun, E.: Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 138-147.
- 5 — Özbudun, Aliefendioğlu: 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1988, s. 181-206.
- 6 — Aliefendioğlu, Y.: Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 101-137.
- 7 — Kiratlı, M.: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara, 1966, AÜSBF. Yayını.
- 8 — Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1986.
- 9 — Yılmaz, E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 1976.
- 10 — Köksal, M.: Hukuka Bağlı Devlet Kurma Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetiminde «Def'i», İHFM, C: XXIII, C: 3-4, 1962'den ayrı bs.
- 11 — Armağan, S.: Anayasa Mahkemesinde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul, 1967.
- 12 — Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C: 7, 8, 9, 10.
- 13 — Tutanak Dergisi, C: 4.
- 14 — Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi.
- 15 — Erem, F.: Ceza Usul Hukuku, Ankara, 1978.
- 16 — Erem, F.: Ön Mes'ele (Mesele-i Müstehire) olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962.
- 17 — Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1984, C: IV.
- 18 — Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, C: I-II-III.
- 19 — Gerekçeli Anayasa Önerisi, AÜSBF Yayını, 1982.
- 20 — Tanilli, S.: Devlet ve Demokrasi, İstanbul, 1981.
- 21 — Cuhruk, S.: Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987, s. 5-15.
- 22 — Teziç, E.: Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986.
- 23 — Ünsal, A.: Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1980.

## YÜKSEK ANAYASA MAHKEMESİNİN BİR KARARI ÜZERİNE

Mustafa Vasfi YÜCESAN (\*)

● ANLATIM DÜZENİ : 1 — Uygulanacak Kanun. 2 — Failin Lehinde Olan Kanun. 3 — Genel Bir Ceza Prensibinin Anayasada Açıklanması. 4 — Yüksek Mahkemenin Son Bir Kararı.

Yüksek Mahkeme 10.1.1990 günlü Resmî Gazete'de yayınlanan bu kararlarında TCK.nun 438. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına çoğunlukla karar vermiş bulunmaktadır. Bu karar; 12.1.1989 gün, 1988/4-1989/3 sayılıdır.

### UYGULANACAK KANUN

Anayasamızın 152/1. maddesi (bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse..... Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır) demektedir.

Madde başlığında Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi denmiştir. Onun için madde metninde ayrıntısı verilmemekle beraber bu madde mahkemelerin itiraz davası açma hakkını düzenlemektedir. Öte yandan 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun ile iptal davasının açılma şekli düzenlenmiştir. 3.12.1986 günlü resmi gazetede yayınlanan Yüksek Mahkemenin içtüzüğü ile de yine iptal davalarının koşullarına temas kılınmıştır.

Ancak belirtelim ki kavram olarak mahkemeler iptal davası açmaya yetkili olanlar arasında sayılmayıp 28. maddede belirtildiği gibi bu haklarını itiraz yoluyla ileri sürmektedirler.

Mahkemelere itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvuru hakkının temel koşulu UYGULANACAK BİR KANUN HÜKMÜDÜR.

Bu ifadeden açıkça anlaşılmaktadır ki mahkemeler uygulamayacağı kanun hükümleri hakkında itiraz yolu ile Yüksek Mahkemeye başvuramayacaklardır. Daha açık anlatımla mahkemeler uygulamayacakları kanun hükümleri için başvurma hakkına sahip değildirler.

(\*) Zonguldak 2. İş Mahkemesi Hâkimi.

Uygulanacak kanun kavramı Yüksek Mahkemenin kuruluşundan itibaren tartışmalara konu olmuş, giderek 10 hal olumlu ve olumsuz yönden misal olarak tespit edilmiştir (tadadi).

Yüksek Mahkeme dava mahkemesinin yetkili olup olmadığını saptarken, itiraz konusu hükümleri uygulayıp uygulamayacağını titizlikle inceleyip araştırmakta ve bu hükümlerin önce davanın konusunu oluşturan olayda uygulama yeri ve olanağı bulunup bulunmadığını saptamaktadır. Bu koşulun gerçekleşmediği konusunda doğrudan doğruya inceleme yaparak karar vermek Anayasa Mahkemesinin salt yetkisi içindedir (Özbilgin-Oytan T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları 1977).

Bu hususta gayet titiz davranılmış, itiraz edilen hüküm iptal edildiği takdirde uygulama olanağı ve olasılığı doğacak diğer kurallar itiraz evresinde o davada uygulanacak hüküm niteliğinde sayılmamıştır (974/30-50 E. ve K. sayılı karar). Konumuzu ilgilendiren emsal sadece bundan ibarettir. Kolayca çıkarılacağı gibi itiraz sonucu verilecek karar behemahal yeni bir uygulama içermelidir.

Diğer bir anlatımla mahkeme, mevcut kanun hükmünü Anayasaya aykırı bulmalı, onu uyguladığı takdirde Anayasa ilkelerine, temel haklara aykırılık meydana geleceğine inanmalı, o hüküm iptal edildiği takdirde onu uygulamayabilmeli ve böylece Anayasaya aykırılığı bertaraf ederek ona uygun bir sonuca yönelmelidir.

Eğer o yasa hükmü iptal edilse bile onu uygulamak zorunda ise itiraz hakkı olmamalı, uygulayacağı bir hüküm var sayılmamalıdır.

### **FAİLİN LEHİNDE OLAN KANUN**

TCK.nun 2/2. maddesi: «Suçun işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur» demektedir.

YCGK.nun 16.12.1965 gün, E. 3/377, K. 412 sayılı ilamında: «6831 sayılı Kanununun 108. maddesinin 4. fıkrasındaki zorarım hükmüne istisna teşkil eden aynı maddenin 5. fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden bundan böyle 5. fıkrada gösterilen köylü çiftçilerin de araçlarının 4. fıkradaki genel hükme göre zorarımına karar verilmesi gerekirse de bu hükmün Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce işlenmiş suçlara uygulanması kazanılmış hakkı bozacağı nedeniyle mümkün değildir» denilmiş bulunmaktadır.

Esasen, Anayasanın 153/5. madde ve fıkrasına göre iptal kararları geriye yürümez.

Ancak, kanımızca Anayasa karşısında TCK.nun 2/2. maddesi temel bir ilke koymuş bulunmaktadır: (A. YASA 38/1).

### **GENEL BİR CEZA PRENSİBİNİN ANAYASADA AÇIKLANMAMASI**

O da bu fıkraya karşın TCK.nun anılan madde ve fıkrasıdır. Anayasamızın 38/1. maddesinin ikinci cümlesinde suçun işlendiği zaman kanunda bulunan cezadan daha ağır ceza verilemez hükmü vardır. Fakat bu hükümde TCK.nundaki gibi sonradan çıkan ve lehe olan kanunun uygulanacağı yazılı değildir. Öte yandan da Anayasa mahkemesinin kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi de vardır. Hal böyle olunca lafzı bakımından, ruhu bakımından değil, Anayasamızda sonradan çıkan lehe kanunun uygulanacağı ibaresi yoktur. Onun için Ceza Yasasının bu ilkesi ANAYASAMIZDA var sayılmalıdır. Çünkü hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Ve çünkü niteliği bakımından 2. maddeye göre Cumhuriyetimiz bir HUKUK DEVLETİDİR. Hukuk devletinde ise lehe kanunun uygulanması kanunsuz suç olmaz, kanunsuz ceza olmaz (Nillum penale sin é lege) (nillum crimen sin é lege) ilkelerinin bir sonucudur.

O halde Anayasa Mahkemesi lehe olan bir yasayı iptal etse bile önceki suçlara uygulanmayacaktır.

Böyle ise mahkemeler lehe olan yasa hükümlerinin iptali için itirazda bulunamayacaklardır.

### **YÜKSEK MAHKEMENİN SON BİR KARARI**

10.1.1990 günlü Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 12.1.1989 gün, 988/4 E., 989/3 K. sayılı ilamında (kararında) TCK.nun 438. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığı oyçokluğu ile sonuca bağlanmıştır.

Bu madde faillerin lehine olan bir maddedir. Mağdurlar arasında ayırım yapılmasından ötürü Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Olay ve eylem daha önce meydana gelmiştir.

Cezanın genel ilkesine göre hiçbir mahkemenin sanıklar lehine olan hükümleri iptal ettirerek aleyhe çevirdikten sonra uygulama olanağı bulunmamaktadır. Mahkemelerin önünde esastan dolayı böyle kesin bir engel var iken sırf Anayasanın lafzına dayanarak uygulanacak bir yasa hükmünün anayasaya aykırıdır diye usule dayanarak itiraz yoluna gitmeleri bizce olanaklı değildir.

Çünkü Anayasa Mahkemesi iptal etse bile yine de uygulanacak olan bir kanunun iptali sonucu etkilemeyecektir. Oysa uygulayacağı bir kanun

kavramı ile kanımızca bu yasa hükmünü uygulamayayım diyerek Mahkemelerimiz itiraz yoluna gidebilecektir (1).

Yüksek Mahkemenin bu kararlarında böyle bir öngörüme kısmı yoktur. O halde Yüksek Mahkeme de bizim bu görüşümüzü kabul etmemiştir.

O halde belki de sonuç değişirse bile MAHKEMELERİMİZE her fırsatta Anayasaya aykırılığı dile getirme hakkı tanınmıştır diye düşünebilir miyiz. Buna da katılmak Yüksek Mahkemenin diğer emsal kararları bakımından zordur.

Konunun sui jenere bir durumu olduğu kabul buyrulmuş olmalıdır. Ya da yasanın açık hükümleri karşısında bu şekilde bir yorum ile itiraz hakkı kısıtlanmak istenmemiştir diyebiliriz.



---

(1) UYGULANACAK bir yasa hükmünün iptali için itiraz davası açmaktan amaç iptal ettirmek ve o hükmü uygulamamaktır. İptal edilse bile uygulayacağı hüküm için itiraz yoluna gidilmesi bu amaca ters düşer. Eğer bakmakta olduğu davayı etkilemeyecek ise esasen mahkemenin itiraz yetkisi de yok demektir.



● CEZA HUKUKU

ALMAN VE TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA  
SANIĞIN HUKUKİ DURUMU (\*)

Yazan : Prof. Dr. Albin ESER M.Ç.J. (\*\*)

Çeviren : Doç. Dr. Nur CENTEL (\*\*\*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Konuya İlişkin Değişiklik Eğilimleri. II — Sanığın «Soruşturma Objesi» ve «Muhakeme Süjesi» Olarak İkili Konumu. III — Kendi Kendini Suçlamaktan Korunma: Olumsuz Söz Özgürlüğü Olarak Sanığın Susma Hakkı, 1 — Susma Hakkının Gelişmesi. 2 — Soruşturma Organlarının Sanığa Haklarını Öğretme Yükümlülüğü. 3 — Susma Hakkının Kapsamı: Esasa İlişkin Açıklamalar. IV — Sanığın Kendini Savunma Hakkı: Olumlu Söz Özgürlüğü. V — Müdafiden Yararlanma Hakkı. 1 — Hakkın Amacı. 2 — İsteğe Bağlı ve Zaruri Savunma. 3 — «Seçilmiş» ve «Atanmış» Müdafiyeye Savunma. 4 — Ortak Savunma. 5 — Müdafinin Önemli Hak ve Yükümlülükleri. VI — Sanığı Tehdit Eden Yeni Tehlikeler.

GİRİŞ

Sanığın hukuki durumunun Alman hukukunda gösterdiği gelişme ve günümüzde ulaştığı nokta, Türk hukuku bakımından da önemli olmaktadır. Çünkü, 1929 tarihli Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kaynağını oluşturan 1877 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanunu, geçirdiği çok sayıda değişikliklerle birlikte, Federal Almanya'da halen yürürlükte bulunmaktadır. Bu nedenle, aşağıda bu konu, Alman ve Türk ceza muhakemesi hukukunda birlikte incelenerek ele alınmaktadır.

I. KONUYA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK EĞİLİMLERİ

Ceza muhakemesi hukuku, özellikle sanığın hukuki durumu açısından, her devlet anayasasının en duyarlı bir sismografi olmaktadır (1). Çünkü, sanığın, muhakemenin sadece pasif bir objesi ya da az veya çok belirli haklarla donatılmış bir süjesi olarak kabul edilmesinden, o ülkede geçerli devlet anlayışını ortaya koymak mümkündür. Bu açıdan, bir ül-

(\*) Bu makale A. Eser tarafından yazılmış, anlama uygun çeviri ile Türk hukukuna ilişkin açıklamalar N. Centel tarafından yapılmıştır.

(\*\*) Frelburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Max-Planck Uluslararası Mukayeseli Ceza Hukuku Enstitüsü Müdürü.

(\*\*\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) C. Roxin, Strafverfahrensrecht-Ein Studienbuch, München 1987, 9.

kede meydana gelen siyasal değişikliklerle birlikte, ceza muhakemesi kanununda özellikle sanığın hukuki durumunu ilgilendiren hükümlerin de değişikliğe uğraması doğaldır. Sözgelimi, Federal Almanya'da bu süreç, son yüzyıl içinde imparatorluktan başlayıp Weimar Cumhuriyetine, nasyonal sosyalizmden günümüzün federal cumhuriyetine kadar uzanmıştır. İkinci dünya savaşından sonra ilk olarak 1950 tarihli «Birleştirme Kanunu»yla (2) 1933 öncesindeki hukuki yapı esas itibariyle yeniden kurulmuş; ancak, bu arada, nasyonal sosyalizm döneminde kötüye kullanılan sorgu uygulamasına tepki olarak «iradeyi ortadan kaldıran sorgu yöntemleri yasağı» (Alman CMUK m. 136a) getirilmiştir. 1964 Tarihli «Ceza Muhakemesi Küçük Tadilat Kanunu»yla da (3); özellikle tutuklamayı sınırlandırma, müdafinin hukuki durumunu güçlendirme ve söz özgürlüğü hakkında sanığın aydınlatılmasının kapsamını genişletme gibi, sanığın hukuki durumunu düzelteren değişiklikler getirilmiştir. Buna karşılık, 1974/1975 ceza muhakemesi reformu (4), sanığın hukuki durumunda oldukça olumsuz gelişmelere neden olmuştur. Şöyleki, konusu terörist eylemler olan çeşitli davalarda sanıkların müdafileriyle birlikte haklarını -kötüye değilse bile- aşırı biçimde kullanmaları nedeniyle, yasakoyucu, aynı müdafinin birden çok sanığı toplu savunmasını tamamen yasaklama (Alman CMUK m. 146), müdafi sayısını üçle sınırlandırma (Alman CMUK m. 137/1 cümle 2) yoluna gitmiştir. Ayrıca, duruşma ehliyetini kasten ortadan kaldıran sanığın yokluğunda muhakeme yapılabilmesi artık mümkündür (Alman CMUK m. 231a). Sanığın hukuki durumuna ilişkin diğer aleyhte hükümleri ise, terör örgütleri kurma veya bunları destekleme suçlarının (Alman CK m. 129a) muhakemesinde müdafi ile tutuklu sanık arasındaki yazışmaların hâkim denetimine tâbi tutulabilmesini (Alman CMUK m. 148a) öngören 1976 tarihli «Teröre Karşı Kanun» (5) getirmiştir. Hatta, daha da ileri gidilerek, «Görüşmeyi Engelleme Kanunu»yla (6), terör eylemleri devam ettiği sürece, gerektiğinde tutuklu sanıkla müdafininin ilişkisinin tamamen kesilmesi olanağı getirilmiştir. 1978

- 
- (2) 12.9.1950 Tarihli «Mahkemeler Esas Teşkilâtı, Medeni Muhakeme, Ceza Muhakemesi ve Masraflar Hukuku Alanlarında Hukuki Birliği Yeniden Kurmaya Dair Kanun» (BGBl I 455).
  - (3) 19.12.1964 Tarihli «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Mahkemeler Esas Teşkilât Kanununun Değişikliğine İlişkin Kanun» (BGBl I 1067).
  - (4) 9.12.1974 Tarihli «Ceza Muhakemesi Hukuku Reformuna İlişkin Kanun» ile bu kanunu tamamlayan 20.12.1974 tarihli kanun. (BGBl I 3393, 3686).
  - (5) 18.8.1976 Tarihli «Ceza Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Mahkemeler Esas Teşkilât Kanunu, Federal Avukatlık Kanunu, Federal İnfaz Kanununun Değişikliğine Dair Kanun» (BGBl I 2181).
  - (6) 30.9.1977 Tarihli «Mahkemeler Esas Teşkilât Kanununa İlişkin Yürürlük Kanununun Değişikliğine Dair Kanun» (BGBl I 1877).

Tarihli değişiklik yasası da (7) evlerin aranması (Alman CMUK m. 103) ve kimlik tespitinin (Alman CMUK m. 111, 173b, 163c) sınırlarını genişletmekle yine terörle mücadeleyi hedeflemiştir. Federal Alman Ceza Muhakemesi Kanununa (şimdilik) sonuncu olan müdahale ise, 1979 tarihli değişiklik yasasıyla yapılarak, muhakemenin hızlandırılması amacıyla yetki ve hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin itirazların ancak duruşma başlayınca kadar ileri sürülebilmesi (Alman CMUK m. 6a, 222a, 222b) öngörülmüştür (8).

Federal Almanya'da 1877 tarihli «İmparatorluk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu»nun ülkede yaşanan çeşitli siyasal değişikliklere paralel bir gelişme göstermesi gibi, 1929'da bu yasadan alınan «Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu» da, kaynak yasanın olumlu yeniliklerini izleyememekle birlikte, nasyonal sosyalizm döneminin olumsuz değişikliklerinden etkilenmeksizin, sosyal-siyasal olaylarla bağlantılı kendi öz gelişmesini sürdürerek (9), geçen süre içerisinde doğrudan veya dolaylı 21 kez değişikliğe uğramıştır. Bunlardan bazıları, sanığın hukuki durumunu yakından etkileyen değişikliklerdir. Sözelimi; tutuklama ve yakalamada hâkim önüne çıkarılmaya ilişkin üst süre üç kez değiştirilmiştir (10). Bunun dışında, 1973 yılında 1696 sayılı yasayla, sanığın bilincinin incelenmesinde bilirkişi incelemesi yaptırma ve müdafie sahip olma mecburiyetleri (CMUK m. 66, 74/II), bu inceleme nedeniyle gözaltında bulunmanın 6 aya kadar uzayabilmesi (CMUK m. 74/IV) öngörülmüş; sanığın dışında müdafinin de, sanığın duruşmadan varestede tutulmasını isteyebilmesine, va-

(7) 14.4.1978 Tarihli «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Değişikliğine Dair Kanun» (BGBl I 497).

(8) 5.10.1978 Tarihli «Ceza Muhakemesi Değişiklik Kanunu-1979» (BGBl I 1645). Ayrıntılı bilgi için ayrıca bak. **H. J. Vogel**, «Strafverfahrensrecht und Terrorismus-eine Bilanz», NJW (Neue Juristische Wochenschrift) XXXI, 25 (21.6.1978), 1217; **I. Müller**, «Neuestes und allerneuestes Strafprozessrecht» Kritische Justiz XV (1978), 301 vd.; **P. Riess**, «Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979» NJW XXXI, 45 (18.11.1978), 2265.

(9) Tarihçe için bak. **F. Yenisey**, «Ceza Yargılamasında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyettan Sonraki Gelişmeler», Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu-Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku-15-18 Aralık 1981 (yayınlayan: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi), İstanbul 1983, 41-65; Sanığın hukuki durumunun anayasa normları açısından gelişimi için bak. **E. Cihan**, «50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu» İHFM (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası) L, 1-4 (1984), 140 vd.

(10) Bak. **E. Yurtcan**, «Yakalanan veya Tutuklanan Kişilerin Hâkim Önüne Çıkarılmaları Konusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler», İHFM XL, 1-4 (1974), 207-217. Ayrıca bak. 1961 Anayasa m. 30/IV ile 1696 ve 3206 sayılı yasalar.

reste tutulmanın tüm suçlar için sözkonusu olmasına (CMUK m. 226), iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında bir haftadan az süre varsa sanığın duruşmanın talikini isteyebilmesine (CMUK m. 210) yönelik değişiklikler yapılmıştır (11). 1979 Yılında 2298 sayılı Yasayla, tutuklunun demire vurulmasına olanak tanıyan ve Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş bulunan (12) CMUK m. 116/II yerine, tutuklu hakkında gerektiğinde sağlığına zarar vermeyecek önlemler alınabileceği hükmü getirilmiştir (13). 1981 Yılında 2369 sayılı Yasayla hâkimin tarafsızlığına yönelik itirazların geri çevrilebileceği haller belirlenmiş (CMUK m. 29a); sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi olanağı artırılmış (CMUK m. 223/III; 226/VII), bazı durümler için ek savunmasız mahkûmiyet (CMUK m. 258/III) mümkün kılınmıştır (14). Nihayet 1985 yılında 3206 sayılı Yasayla, muhakemenin çabuklaşması amacıyla ilksoruşturma tümüyle kaldırılmış; yetkiye ve hâkimin tarafsızlığına ilişkin itirazların ancak duruşma başlayınca kadar ileri sürülebilmesi (CMUK m. 15, 17, 20, 24) öngörülmüştür. Yine aynı yasayla, tutuklu ve acele işlerde tanıkların doğrudan doğruya ihzarı (CMUK m. 45), hazırlık soruşturmasında tutuklu sanığın durumunun en geç otuzar günlük süreler içerisinde incelenmesi (CMUK m. 112) öngörülmüştür. Öne alınan muhakeme işlemlerinde sanık ve müdafinin hazır bulunabilmesi (CMUK m. 162), tutuklu işlerde duruşmaya en fazla 30 gün ara verilebilmesi de (CMUK m. 222) bu yasanın getirdiği değişikliklerden bazılarıdır (15).

- 
- (11) 5.3.1973 Gün ve 1696 sayılı «1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun» (RG. 15.3.1973, No. 14477). Ayrıntılı bilgi için bak. **E. Yurtcan**, Ceza Yargılaması Yasası 1973 Değişikliği, İstanbul 1978, 32 vd.; **E. Yurtcan**, «Sanığın Duruşmada Hazır Bulunmaktan Varestede Tutulması ve Müdafilerin Duruşmaya Alınmaları Konusunda Yeni CMUK Hükümlerine Bir Bakış» İBD (İstanbul Barosu Dergisi) XLVII, 7-8 (1973), 781-790; **F. Yenisey**, «Türk Ceza Hukukunun 24 Yılı: 1960-1984», İHFM L, 1-4 (1984), 302 vd.
- (12) Anayasa Mahkemesi Kararı: 15.6.1967-34/18 (RG. 26.1.1968, No. 12810).
- (13) 12.6.1979 Gün ve 2248 sayılı «1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerine Fıkra Eklenmesi... Hakkında Kanun» (RG. 22.6.1979, No. 16674).
- (14) 7.1.1981 Gün ve 2369 sayılı «Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Kanuna Yeni Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun» (RG. 10.1.1981, No. 17216).
- (15) 21.5.1985 Gün ve 3206 sayılı «1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun» (RG. 4.6.1985 No. 18774).

## II. SANIĞIN «SORUŞTURMA OBJESİ» VE «MUHAKEME SÜJESİ» OLARAK İKİLİ KONUMU

Ceza muhakemesinde sanık, önce «obje»dir (16). Çünkü sanık, bir suçla suçlandığından, hakkında hazırlık soruşturması yapılmakta ve dolayısıyla, soruşturmanın konusu olmaktadır. Bu durum, ayrıca, gerektiğinde, arama, elkoyma, yakalama, tutuklama gibi koruma tedbirlerine de sanığın katlanması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, sanık, kendi söz ve davranışlarıyla bizzat ispat vasıtası da olabilmekte; diğer her delil gibi, sanığın söz ve davranışı da, mahkemeye değerlendirilebilmektedir (17). Sanığın «obje» konumu; sözgelimi, Alman CMUK m. 81a uyarınca vücudunun incelenebilmesinde, açıkça ortaya çıkmaktadır (18).

Ancak, günümüz Alman ve Türk hukuklarında sanık, artık sadece bir «soruşturma objesi» değil, aynı zamanda «muhakeme süjesi»dir (19). Nitekim, haklarına zorunlu müdahalelerin belirli koşullara bağlanmış bulunmasının yanı sıra; sanığın, soruşturma organlarının usulüne uygun davetine icabet etme (Alman CMUK m. 133, 163a/III; CMUK. m. 132) ve kural olarak duruşmada hazır bulunma (Alman CMUK m. 230; CMUK m. 223/1) yükümünün dışında (20), hiç bir biçimde suçunun ispatına katılma zorunluğu yoktur. Bu açıdan, sanığın özellikle konuşma mecburiyetinin bulunmaması önemlidir (21). Bunun gibi, Alman hukuku bakımın-

- 
- (16) Kunter'e göre bu konum, «koruma tedbiri ve delil süjeliği» ya da «pasif süjelik»tir. (N. Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, 406, 412). Aynı doğrultuda: Cihan, 143.
- (17) H. Müller-Dietz, «Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess», ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) XCIII (1981), 1177-1216; Kunter, 406, 412; Cihan, 139 vd.
- (18) Özellikle, alkol muayenesi nedeniyle kan alınmasında önemli olan Alman CMUK m. 81a/I metni şöyledir: «Vücudun Muayenesi, Kan Alınması: I. Muhakeme için önemli olan olayların tespiti amacıyla, şüphelinin vücudunun muayene edilmesi kararı verilebilir. Sanığın sağlığı için bir sakınca doğurmasından korkulmuyorsa, sanığın rızası olmasa da, kandan örnek alınması ve bir hekim tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak, muayene amacıyla, vücuda diğer müdahalelerde bulunulması mümkündür».
- (19) Bak. K. Peters, Strafprozess, Heidelberg 1985, 203; T. Kleinknecht/K. Meyer, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 1989, 17 k. no. (kenar numarası) 80; Kunter, 291, 406 dn. 360; Cihan, 139 vd.; E. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1987, 116; F. Yenisey, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanunyolları (kısaltma: Yenisey, Duruşma..), İstanbul 1988, 95-96.
- (20) Sanığın hazır bulunma hak ve yükümlülüğünün istisnaları için bak. CMUK m. 224, 225, 226, 240, 223/3, 378, 379/I; Alman CMUK m. 231a-233.
- (21) Bak. aşağıda III.

dan, sarhoşluk suçlarında sanık; kendisinden kan alınmasına katlanmak zorunda olmasına (Alman CMUK m. 81a/1 cümle 2) karşılık, alkol balonuna nefesini üflemek zorunda değildir (22).

Sanığın sùjeliđi, ancak XIX. yüzyılın liberal reformlarının etkisiyle katı tahkik sisteminin aşılanmasından sonra kabul edilmeye başlanmış; sanık, giderek bağımsız haklarla donatılıp muhakemenin yürüyüşüne katılan bir faal muhakeme sùjesine dönüşmüştür. Anayasal güvence altındaki «insan onuru» (Alman Ay. m. 1) (23) sanık açısından da dokunulmaz olduğu (24) ve bu onur bir insanı iradesiz objeye dönüştürerek alçaltmayı yasakladığı için, sanığın sùjeliđi, günümüzde artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle sanık, diğer temel haklarından vazgeçmek zorunda olmayan, sadece gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi için belirli sınırlamalara katlanması gereken bir tür «özgü mağdur» durumundadır (25). Bu açıdan sanığa, sorular sorabilme, delil dilekçeleri verebilme veya savunma yapabilme yoluyla faal olarak muhakemeye katılma olanağı tanınmalıdır. Çünkü, günümüzde sanık; belli bir dereceye kadar zorunlu biçimde ispat vasıtası olsa da, ağır basan konumuyla belirli haklarla donatılmış bir muhakeme sùjesi durumundadır. Nitekim, Alman Yargıtayı da, daha 1954 yılında «sanık, ceza muhakemesinin konusu değil, katılıcıdır» ilkesini benimsemiştir (26).

Öte yandan, ceza muhakemesinde sanığın, bir yandan soruşturma objesi olarak aşırı devlet müdahalesinden korunması ve diğer yandan da, muhakeme sùjesi olarak durumunun güvencelenmesi için, bazı haklara sahip bulunması gerekmektedir. Bunlardan susma ve savunma hakkı, aşığıda incelenecektir.

- (22) Bayyera Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı, NJW XVI, 17 (25.4.1963), 772; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararları, MDR (Monatsschrift für Deutsches Recht) XXVIII, 6 (1974), 508, NJW XXVII, 16 (16.4.1974), 713.
- (23) Alman Anayasası m. 1 metni şöyledir: «İnsanın şeref ve onuru kutsaldır. Devlet otoritesini kullanma yetkisine sahip tüm görevliler, bunu korumak ve ona saygı göstermekle yükümlüdürler». Ayrıntılı bilgi için bak. **T. Maunz/G. Dürig**, Grundgesetz Kommentar I, München 1989, m. 1 3 vd.; **T. T. Yüce**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, 10. 1982 Türk Anayasasının başlangıcında da «onurlu bir hayat sürdürme» hak ve yetkisine doğuştan sahip olmadan sözedilmektedir.
- (24) BGHSt (Alman Yargıtayının Kararları) V (1954), 332-333.
- (25) **Müller-Dietz**, 1206.
- (26) BGHSt V (1954), 332-333. Karş. **Peters**, 82, 203. Ayrıca bak. **Eb. Schmidt**, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I: Die Rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1964, k. no. 98.

### III. KENDİ KENDİNİ SUÇLAMAKTAN KORUNMA: OLUMSUZ SÖZ ÖZGÜRLÜĞÜ OLARAK SANIĞIN SUSMA HAKKI

#### 1. SUSMA HAKKININ GELİŞMESİ

Kendi kendini suçlamaktan koruma (privilege against self-incrimination) İngiliz reform hareketinden kaynaklanmakta ve sanığa tanınan «söz özgürlüğünün» bir bölümünü oluşturmaktadır. Söz özgürlüğünün, olumlu ve olumsuz olmak üzere, iki yanı bulunmaktadır. Olumlu olanı, kendi kendini suçlamak zorunda kalmamak için konuşmama (susma) hakkını; olumlu olanı da, faal savunma yoluyla kendini suç ithamından kurtarabilmek için, açıklamalar yapma (konuşma) hakkını içermektedir (27).

Günümüzün çok doğal bir hakkı görünümündeki susma hakkının fiili bir olanak değil de, gerçek bir hak olarak elde edilmesi, kuşkusuz, uzun bir gelişme sürecini gerektirmiştir. Çünkü, ortaçağın katı tahkik usulünde «her ne pahasına olursa olsun gerçeğin ortaya çıkartılması» için sanık, sadece bir ispat vasıtası olarak kabul edilmiş; bu nedenle, gerektiğinde zor yoluyla konuşturulmasından kaçınılmamıştır. Ancak, ceza muhakemesinin amacının, gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil; sanığın insanlık onuruna dokunulmayacak biçimde elde edilmesi olduğu kabul edildikten sonradır ki, sanığa konuşma ya da susma konusunda tercih hakkı tanınmıştır.

Alman hukukunda, susma hakkının izine, ilk 1849 tarihli Braunschweig ceza muhakemesi yasasında rastlanmakta ve sözkonusu yasa da sanığa, kendisine yöneltilen sorulara cevap vermek veya açıklama yapmak zorunda olmadığına bildirilmesi öngörülmektedir. Buna karşılık, 1869 tarihli Hamburg ceza muhakemesi yasası ise, sanığa, soruşturma konusu hakkında bilgi verme yükümlülüğünü getirmekteydi (28). 1877 Tarihli İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanununda da, tasarı gerekçesinin hiç kimsenin iradesi dışında suçunun ispatına yardım etmeye zorlanamayacağı esasını içermesine karşılık (29), sanığın söz özgürlüğü henüz açıkça

(27) Bak. **A. Eser**, «Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozessrecht» - Deutsche Strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, ZstW 1974 Eki, 136; **K. Rogall**, Der Beschuldigte als Beweismittel Gegen Sich Selbst, Berlin 1977, 42 vd.

(28) Ayrıntılı bilgi için bak. **H. Rüping**, «Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten», JR (Juristische Rundschau) XXVIII, 4 (1974), 135 vd.

(29) Bak. Motive zu dem Entwurf einer deutschen Strafprozess-Ordnung, 1872, 93.

belirtilmiş değildi. 1877'lerin yasakoyucusu, ifade alan organın (kolluk, savcı ve hâkimin) sanığa söz özgürlüğünü hatırlatmasını öngörerek bu esas güvence altına almaktan henüz korkmakta; susma hakkı, o zaman ki anlatımıyla Alman CMUK m. 136'ya göre «suçlama hakkında bir şey açıklamak isteyip istemediğinin» sanıktan sorulmasından çıkarılabilmektedir. Ancak, bu soruyu da, savcı ile kolluk değil, sadece hâkim sorabilirdi. Nitekim, savcı ile kolluğun, sanığı ikrara zorlama yetkisi bile vardı (30). Bunun da ötesinde, o dönemde hâkimin de dolambaçlı yollarla «ikrar» elde etmek için uğraşması engellenmemiştir. Ancak, savcı ile kolluk, bu konuda daha rahat hareket etme olanağına sahip olduklarından; hâkim, esas itibarıyla, onların elde ettikleri ifade ve ikrarları değerlendirmek durumundaydı. Bu noktada, ancak 1950 tarihli birleştirme yasasıyla getirilen Alman CMUK m. 136a'yla açıklık sağlanmış; cebir, ikrah veya yasadışı çıkar vaadi yoluyla elde edilen ifadelerin, sanığın rızası bulursa bile değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür (31).

Türk hukukunda sanığın susma hakkının yasal dayanağı, Ay. m. 38/V ile CMUK m. 135/1'dir. Nitekim, Ay. m. 38/V'de, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı öngörüldüğü gibi; CMUK m. 135/1'de de, «sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu sanığa bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur» anlatımına yer verilmektedir. 1929 Tarihli ceza muhakemesi yasasının sadece hâkime yükümlülük getiren bu hükmünün yeteri kadar ayrıntılı olmayışı, Türk öğretisinde sanığın susma hakkının bulunduğu kabulünü engellemektedir (32). Bu konuda Kunter, «sanığın cevap verme mecburiyeti tezi tahkik sisteminin zaruri, fakat mahzurlu bir neticesi olup kabul edilemez. Gerçekten bu mecburiyet kabul edilirse, bunun müeyyidesi de olmak lâzım gelir. Sanığı söyletmek için işkence yo-

(30) Karş. **G. Radbruch**, «Grenzen der Kriminalpolizei», Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Berlin 1949, 121.

(31) Bak. **A. Eser**, «Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren» (kısaltma: **Eser**, Aussagefreiheit..), ZStW LXXIX (1967), 565 vd.

(32) Bak. **Kunter**, 424 vd.; **F. Erem**, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978, 167-168; **Cihan**, 145; **Yurtcan**, 125; **E. Yurtcan**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgil Mevzuat I, İstanbul 1988, 643; **S. Donay**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, 142; **Ö. Tosun**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, İstanbul 1984, 641-642; **F. Yenisey**, Duruşma., 97; **B. Öztürk**, Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku II, İzmir 1988, 37; Karş. **F. Gölcüklü**, «Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?», SBF D (Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi) IX, 4 (Aralık 1954), 145.



luna başvurulduğu çok görülmüştür, hâlâ da görülmektedir. Sanığı söyletmek için işkence.. kabul edilemez» demektedir (33). Öğretide ayrıca, uygulamada işkence ve diğer hukuka aykırı yöntemlerle sanığın konuşturulmasının önüne geçilebilmesi için, sanığın susma hakkının, muhakemenin tüm aşamalarında bulunduğu konusunda yasaya açıklık getirilmesi (34) ve tüm soruşturma organlarının sanığa bu hakkını hatırlatmakla ve hukuka aykırı sorgu yöntemlerine (35) başvurmamakla yükümlü kılınması önerilmektedir.

## 2. SORUŞTURMA ORGANLARININ SANIĞA HAKLARINI ÖĞRETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Alman hukukunda sanığın söz özgürlüğü, 1964 tarihli değişiklik yasasıyla yeniden düzenlenen Alman CMUK m. 136'da, hiç bir yanlış anlamaya yer bırakmayacak biçimde ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, daha ilk sorguda «suçlama hakkında beyanda bulunmada veya olaya ilişkin açıklama yapmamada yasa uyarınca serbest olduğu..» konusunda sanığın dikkati çekilecektir. Sözkonusu «belirginleştirme», Alman yasakoyucusunun, sanığın söz özgürlüğünü ne denli ciddiye aldığıнын bir göstergesidir.

Alman CMUK m. 136'ya göre, sanığın sadece susma hakkının bulunduğu konusunda değil, suçlamanın türü hakkında da aydınlatılması gerekmektedir. Çünkü, eşdeğerde olan susma ya da konuşma haklarından hangisini tercih edeceğine karar verebilmesi için, sanığın, neye karşı kendisini savunacağını bilmesi gerekmektedir. Ayrıca, yasa değişikliğinden önceki baskın görüşün tersine, artık sadece hâkim değil, aynı zamanda savcı için de bu yükümlülük vardır ve isnat edilen eylemin sadece maddi yönü hakkında değil, aynı zamanda bu eylem için hangi ceza hükümlerinin uygulanmasının sözkonusu bulunduğu hakkında da sanığın aydınlatılmasını kapsamaktadır (Alman CMUK m. 136/1 cümle 1). Kolluk açısından ise, sadece ithamın belirtilmesi yeterlidir; çünkü, kolluktan her

(33) **Kunter**, 424 vd.

(34) Reform önerileri için bak. **F. Yenisey**, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku - Hazırlık Soruşturması ve Polis, (kısaltma: **Yenisey**, Hazırlık..), İstanbul 1987, 9 vd.

(35) Bak. **F. Gölcüklü**, «Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı», **Sbfd X**, 2 (1955), 108 vd.; **E. Cihan**, «Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri», **MHAD (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi) Yeni Seri V**, 7'den Ayrı Bası, İstanbul 1971, 1 vd.; **E. Cihan**, «Narkoanaliz», **MHAD Yeni Seri III**, 5'den Ayrı Bası, İstanbul 1969, 1 vd.; **Yurtcan**, 124; **Yenisey**, Duruşma.., 168 vd.; **Öztürk**, 103 vd.; **A. Eser**, Einführung in das Strafprozessrecht, München 1983, 121 vd.; **B. Hilland**, Das Beweisgewinnungsverbot des P. 136a StPO, Stuttgart, 1981, 10 vd.; **B. Lindner**, Tauschungen in der Vernehmung des Beschuldigten, Tübingen 1988, 11 vd.

zaman çok iyi hukuk bilgisine sahip olması beklenememektedir (Alman CMUK m. 163a/IV). İthamın türü hakkındaki açıklamanın da ilk sorguda yapılması gerekmekte; eylemin bilinen tüm ayrıntılarını belirtme zorunluğunun bulunmasa bile, sanığın, beklenmedik bir biçimde asıl soruşturma konusu olan eylemden başkasıyla itham edilmekle karşı karşıya kalmasını sağlayacak bir açıklık getirilmesi gerekmektedir (36). Bu işlemler hazırlık soruşturmasında yapıldıktan sonra, duruşmada sanığa tekrar «savcı tarafından okunan iddianame hakkında beyanda bulunma veya olay hakkında açıklama yapma konusunda, yasa uyarınca serbest olduğu»nun (Alman CMUK m. 243/IV) anlatılması öngörülerek, aleni duruşmanın hazırlık soruşturmasından tamamen başka olan psikolojik ortamı da gözönünde bulundurulmaktadır.

Öte yandan, Alman CMUK m. 136'ya göre, sanığın, «suçlama hakkında beyanda bulunma veya olaya ilişkin açıklama yapmama konusunda yasa uyarınca serbest olduğu» hakkında dikkatinin çekilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük, sadece hâkim değil, Alman CMUK m. 163a'nın CMUK m. 136'ya yollaması dolayısıyla, savcılık ve kolluk için de sözkonusudur. Bu yükümlülüğün anlamı, sanığa, sadece soruşturma organlarından herhangi biri tarafından ilk kez ifadesi alınırken haklarının öğretilmesi değil, hangi soruşturma aşamasında olursa olsun, kolluk, savcı veya hâkim karşısına her ilk çıkışında haklarının öğretilmesi demektir (37). Buna göre, sanık; genellikle olduğu gibi, önce kolluk sonra savcı tarafından ifadesi alınacak, en sonra da hâkim tarafından sorguya çekilecek olursa, üç kez hakları öğretilenektir. Hatta, sanık, aynı soruşturma organı tarafından başka şüpheler eklendiği için suçlama konusunun değişip-gelişmesi nedeniyle tekrar sorguya çekilecek veya ifadesi alınacak olursa, hakları da tekrar öğretilenektir (38).

Alman hukukunda sanığın söz özgürlüğü, «her an, hatta sorguya çekilmesinden önce dahi, kendisince seçilecek bir müdafie danışma» hakkının tanınması ve bu konuda da haklarının öğretilmesinin gerekmesiyle (Alman CMUK m. 136/1 cümle 2), bir başka güvenceye kavuşmaktadır. «Kendi kendinin müdafii olan kişi, çılgın bir müvekkile sahiptir» biçimindeki İngiliz atasözü dikkate alınırsa; sanığın susma hakkını kullanma konusunda karar verirken de, hukuki yardıma sahip olmasında yarar var

(36) Karş. **Sarstedt (Löwe/Rosenberg)**, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1971, m. 136 k. no. 4.

(37) Karş. **Kleinknecht/Meyer**, m. 136 k. no. 1.

(38) **Eb. Schmidt**, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz II, Göttingen 1957, m. 136 k. no. 1, 2; **Meyer (Löwe/Rosenberg)**, (1976-1978), m. 136 k. no. 12.

demektir. Bu durum, sanığın, tartışmaya tamamen veya kısmen hazır olduğunu açıklamasında da geçerlidir. Çünkü, düşüncesiz veya belirsiz ifadelerle sanığın kendi savunmasını tehlikeye düşürmesi sözkonusu olabilir.

Sanığa haklarını öğretmeye ilişkin tüm bu yükümlülükler, Alman ceza muhakemesi hukukunda, sanığın söz özgürlüğünün ciddi tutulduğunu ve herkes için hukuki eşitliğin sağlanması gerektiğini, hiç bir yanlış anlamaya yer bırakmayacak açıklıkta ortaya koymaktadırlar. Zira, sadece soğukkanlı ya da deneyimli faillerin değil, hiç bir hukuk bilgisi olmayan, heyecanlı sanıkların da konuşup-konuşmamaya karar verebilmeleri için, hakları konusunda aydınlatılmaları gerekmektedir.

Alman hukukunda uygulamanın ise, öğretme kadar, sanığa haklarının öğretilmesine önem vermediği gözlemlenmektedir. Sözgelimi, öğretide baskın görüş, kolluk tarafından, sanığa haklarını öğretme yükümlülüğü ihlal edilerek alınmış bir ifadenin, soruşturmada mahkemece değerlendirilmemesi gerektiği yolunda olduğu halde (39), Alman yargıtayı, bu tür bir ifadenin delil olarak ileri sürülmesini son zamanlarda geçerli saymaktadır (40). Böylece, kolluğun, sanığa haklarını öğretme yükümlülüğünü ihlal etmesi, uygulamada müeyyidesiz kalmaktadır. Buna karşılık, mahkemenin bu yükümlülüğe uymaması (Alman CMUK m. 243/IV); yine Alman Yargıtayına göre, bu şekilde elde edilen beyanın delil olarak gözönünde bulundurulmaması sonucunu doğuracaktır (41). Sanığa haklarının öğretilmesi açısından kolluk ve hâkim için farklı uygulama kabul edilmesi çelişkili görülmekte ve Alman öğretisinde haklı olarak eleştirilmektedir (42).

Türk hukukunda sanığa haklarını öğretme yükümlülüğünün yasal dayanağı, CMUK m. 135/1'dir. 1877 Alman İmparatorluk Ceza Muhakemesi yasasından 1929'da alındığı biçimiyle halen yürürlükte bulunan bu hükme göre, «Sorgunun iptidasında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu sanığa bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur». Türk öğretisinde yetersizliği vurgulanan (43) bu hüküm, öncelikle, sanığın kendisine yapılan itham konusunda aydınlatılmasını öngörmektedir. Ancak, yasada ne sözkonusu aydınlatmanın sadece isnat edilen eylemin maddi yönünü değil, gözönünde tutulan ceza hükümlerini de

(39) Karş. Boujong (Karlsruher Kommentar) zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, München 1982, m. 136 k. no. 27 vd.

(40) BGH (Alman Yargıtayı), NJW 1983, 2205.

(41) BGHSt XXV, 325.

(42) Bak. özellikle K. Meyer, NstZ (neue Zeitschrift für Strafrecht), III, 12 (15.12.1983), 566.

(43) Bak. Donay, 136-137.

kapsaması gerektiği ve ne de kolluk ve savcılığa da aynı yükümlülüğün düştüğü konularında herhangi bir açıklık vardır. Buna göre, öğretide CMUK m. 135/1'deki bu kuralın en geniş biçimde uygulanması zarureti kabul edilmekte (44); Ay. m. 90/V uyarınca kanun hükmünde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m. 6/3a'ya göre de, sanığa, isnadın niteliği ile nedeninin ayrıntılı biçimde anlatılması gerekmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir kararında, «adil yargılanma hakkının, isnadın sadece maddi olaylara ilişkin kısmının değil, hukuki niteliğinin de bilinmesini gerektirdiğini» belirtmektedir (45). Yargıtay ise, bu ayrıntılara girmeksizin, suçlamanın sanığa bildirilmesine önem vermektedir (46).

CMUK m. 135/1, ikinci olarak, suçlama hakkında cevap vermek isteyip istemediğinin sanıktan sorulmasını öngörmektedir. Bu yükümlülük, sanığa, susma hakkının hatırlatılmasına ilişkindir. Ancak, yasadan, bu yükümlülüğün sadece hâkime ait olduğu anlamı çıkmaktadır. Türk öğretisinde, haklı olarak, bu durum eleştirilmekte, savcı ve kolluğun da, şüphelilerin ifadesini almadan önce, onlara cevap vermek isteyip istemediklerini sorma yükümlülüklerinin bulunması, şüphelide cevap vermek zorunda olduğu duygusunun uyandırılmaması önerilmektedir (47).

Haklarını öğretme yükümlülüğünün bir diğer gereği olarak sanığa, ifadesi alınmadan veya sorguya çekilmeden önce bir müdafie danışma hakkının bulunduğundan sözedilmesi ise, CMUK m. 135/1'de hiç yer almamakta, uygulamada da sanığa bu olanak tanınmamaktadır. Bu durum Türk öğretisinde haklı olarak eleştirilerek, şüpheli kişi ya da sanığa, hazırlık soruşturmasında da müdafiden yararlanma olanağının sağlanması ve bu olanağı hatırlatmanın soruşturma organlarının görevi olması gerektiği belirtilmektedir (48).

### 3. SUSMA HAKKININ KAPSAMI: ESASA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

Sanığın susma hakkı mutlak olarak kabul edilmiş değildir. Nitekim, Alman CMUK m. 136/1 cümle 2'de, sanığın, sadece «suçlama hakkında

(44) Erem, 165.

(45) Bak. Donay, 131 dn. 8.

(46) «CMUK 236 uyarınca iddianame okunmadan sanığın sorguya çekilmesi suretiyle bu madde ve 135. madde hükmüne uyulmaması.. bozmayı gerektirir», Y4CD, 21.6.1964-635/610, M. Alicanoğlu, Tarihçeli İzzahlı İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1971, 214. Aynı anlamda: Y9CD., 26.12.1984-6005/6414, Yurtcan, Şerh., 659.

(47) Yenisey, Hazırlık., 57.

(48) Bak. Yenisey, Duruşma., 109; N. B. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafie, İstanbul 1984, 128. Ayrıca bak. aşağıda V-5.

beyanda bulunmada veya olaya ilişkin açıklama yapmada» serbest olduğu belirtilmekte, dolayısıyla bu hükümden, sanığın da -her yurttaş gibi- şahsına ait bilgileri vermekle yükümlü bulunduğu sonucu çıkarılmaktadır (49). Ayrıca, Düzene Aykırılıklar Kanunu m. 111'de, adı, soyadı veya kızlık soyadı, doğum yeri veya tarihi, medeni durumu, mesleği, ikametgâhı, konutu veya vatandaşlığı hakkında yetkili resmi mercie (soruşturma organları ve mahkemeler de dahil) yanlış beyanda bulunan veya beyanda bulunmayı reddeden kişinin para cezasına çarptırılması öngörülmektedir.

Aynı şekilde, Türk hukukunda da, CMUK m. 135/1'de, sanığa, isnat edilen suçun neden ibaret olduğu bildirilerek, bu konuda cevap verip vermeyeceğinin sorulacağı öngörüldüğünden, isnat edilen suç dışındaki konularda sanığın cevap verme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir (50). Nitekim, Türk Ceza Kanununda da, memurların kimlik ve kişisel nitelikler hakkındaki sorularını cevapsız bırakmak suç olarak kabul edilmiştir (TCK m. 528).

Ancak, sanığın susma hakkının suçlamaya ilişkin bilgilerle sınırlanışı, haklı olarak eleştirilmekte, sanığın, savunması için kimliğini de gizleyebilmesi gerektiği, aksi takdirde, doğruyu söylemesi aranarak, doğru söylemezse ceza verileceği ve ayrıca, kimliğin bilinmesinin, tekerrür gibi nedenlerle cezanın artırılması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir (51). Failin önceden ismen bilinmesi durumunda sanığın kimliğini vermesi de, fiilen suçu ikrar anlamına gelecek ve bu da kendini suçlamama ayrıcalığıyla bağdaşmayacaktır (52). Bu durumda, kendikendini suçlamama ayrıcalığı gerçekten ciddiye alınıyorsa, sanığa sınırsız, yani şahsına ilişkin bilgileri de kapsayacak biçimde susma hakkı tanımaktan başka çıkar yol kalmamaktadır (53).

Öte yandan, susma hakkının sınırı konusu, farklı çıkarların çatışması için de çarpıcı bir örnek olmaktadır. Şöyle ki, burada, bir yanda, müşterek hukukun tahkik esasına dayanan sanığın kolayca dava objesi durumuna indirgenerek aşağılanması sonucunu doğurabilecek «maddi gerçeğin bulunması ilkesi» ve diğer yanda ise, insanlık onuruna saygı gösterilerek sanığın muhakeme süjesi olarak kabul edildiği, ancak bu şekilde de gerçeği bulmanın sınırlandırılabilirdiği çağdaş «kurallara uygun ada-

(49) BGHSt XXI (1968), 334 ve 364; XXV (1975), 13 ve 17.

(50) Bak. **Kunter**, 427; **Tosun**, 753; **Yurtcan**, Şerh., 643-644.

(51) **Kunter**, 427.

(52) Karş. **Roxin**, 151; **J. Wessels**, «Schweigen und Leugnen im Strafverfahren», JuS (Juristische Schulung) VI, 5 (Mayıs 1966), 169.

(53) Karş. **Eser**, Aussagefreiheit., 575. Ayrıca bak. **Peters**, 207.

let ilkesi» sözkonusu olmaktadır (54). Bunlardan hangisinin tercih edileceği, günümüzde çözümlenmiş değildir. Alman Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin hem bireysel özgürlükleri ve hem de adliyenin işlevini görmesini güvence altına almasının gerekmesi nedeniyle (55), her iki ilkede de hukuk devleti kavramının iki yanını görmektedir. Bu açıdan, sadece «bireye karşı» değil, ayrıca «yurttaşların tümüne karşı» da, «koruma yükümlülüğü» bulunmaktadır (56). Öğretinin bir bölümü tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, «bir davanın muhakeme usullerine uygun olarak yürütülmesinde» (57) ve «hiç kimsenin haksız olarak cezalandırılmamasında» (58) kamunun da çıkarı vardır.

#### IV. SANIĞIN KENDİNİ SAVUNMA HAKKI: OLUMLU SÖZ ÖZGÜRLÜĞÜ

Ceza muhakemesinde sanık, kendini ya bizzat ya da bir müdafii aracılığıyla (59) savunabilir. Her iki hakkın da öneminin büyük olması nedeniyle; İHAS m. 6/3c'de, sanığın kendi kendini savunması veya bir müdafii yardımından yararlanması, açıkca güvence altına alınmıştır (60). Gerçekten, günümüzde varlığı doğal görünen, ama kendine özgü bir değeri bulunan savunma hakkı; sanığın, ceza muhakemesi süjesi olarak sahip olduğu en önemli hakkıdır ve işkence edilmeme ile keyfi tutuklanmama haklarını da kapsamına alır (61).

Sanığın kendini savunma hakkı, söz özgürlüğünün olumlu yanıdır. Bu hak sadece anayasal hak arama özgürlüğünden (Alman Ay. m. 103; Ay. m. 36/1) değil, insanlık onurunun korunmasından da kaynaklanmaktadır (62). Çünkü, sanığın, muhakemenin sadece bir objesi olarak kal-

(54) Karş. **Riehle**, «Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien», *Kritische Justiz* 1980, 316 vd.

(55) BVerfGE (Alman Anayasa Mahkemesi Kararı) XXXIII (1973), 367 (383); XXXVIII (1975), 312 (320).

(56) BVerfGE NJW XXX, 49 (7.12.1977), 2255.

(57) **K. Seelmann**, «Die Ausschliessung des Verteidigers» NJW XXXII, 22 (30.5.1979), 1128-1131.

(58) **G. Grünwald**, «Anmerkung zur BVerfG-Rechtsprechung» JZ (Juristenzeitung) XXXI, 23/24 (10.12.1976), 767; **Vogel**, 1217.

(59) Bak. aşağıda V-4.

(60) 4.11.1950 Tarihli «İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme» (İHAS) m. 6/3c: «Her sanık ezcümle .. kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek.. haklarına sahiptir».

(61) **Kunter**, 420-421.

(62) Karş. **Roxin**, 91.

mayarak süjesi sıfatını da taşımasının en iyi göstergesi, kendini bizzat savunabilmesi hakkı olmaktadır.

Savunma hakkı, sanığın suçlamaya karşı açıklamalarda bulunabilmesi ve her şeyden önce, delil getirebilmesi olanağına sahip olmasını zorunlu kılar. Nitekim, Alman hukukunda sanığın bu olanaklara sahip olması, çeşitli hükümlerle güvence altına alınmıştır. Sözgelimi, Alman CMUK m. 163a/I, sanığa, hazırlık soruşturmasında kolluk ya da savcılıkla ifadesi alınırken, aleyhindeki suçlama konusunda görüşünü bildirme olanağını vermektedir. Gerçi, sanığın ne zaman ifadesinin alınacağı ve bu işlemin tekrarlanıp tekrarlanmayacağı yasa düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, ifadesi alındıktan sonra, sanığa karşı yeni suçlamalar ya da yeni deliller ileri sürüldüğünde, yeniden ifadesinin alınmasını zorunlu görmek gerekecektir (63). Ayrıca, sanığın, suçlamaya karşı koyma hakkı, yakalama ve tutuklamada da güvence altına alınarak, en kısa sürede hakim önüne çıkarılması öngörülmüştür (Alman CMUK m. 115, 128). Öte yandan, savcılığın iddianamesi üzerine soruşturmanın açılıp açılmayacağına mahkemenin karar vermesi işleminde de (Alman CMUK m. 199) sanığa, son soruşturmanın açılmasına karşı gelme hakkı tanınmıştır (Alman CMUK m. 201/I).

Alman hukukunda sanığın hak arama özgürlüğü ve bununla birlikte kendini savunma olanağı soruşturmada özellikle vurgulanmaktadır. Şöyleki, Alman CMUK m. 33 uyarınca, ilgililer ve doğal olarak öncelikle sanık, dinlenmedikçe soruşturmada hiç bir karar alınamayacaktır. Bir sanığın, bilirkişinin veya diğer bir sanığın ifadesinden veya belgelerin okunmasından sonra, sanığa bu konuda açıklayacağı bir şey olup olmadığı sorulacaktır (Alman CMUK m. 257/I). Sanığın, müdafinin yanında kendini savunma hakkı vardır (Alman CMUK m. 258/III). Son söz, sanığındır (Alman CMUK m. 258/II); muhakemeye katılanlardan birinin, -bizzat müdafii bile olsa-, sanıktan sonra konuşması durumunda, sanığa tekrar konuşma olanağı tanınmak zorundadır (64).

Öte yandan, sorular ve açıklamalar yoluyla savunmasına katkıda bulunma hakkı, delil dilekçeleri verme hakkıyla önemli ölçüde desteklenmektedir. Sanık bu hakka, hazırlık soruşturmasında (Alman CMUK m. 163a/II), soruşturmanın açılması muhakemesinde (Alman CMUK m. 201) ve özellikle soruşturmada (Alman CMUK m. 219, 244-246) sahiptir. Delil ileri sürme hakkı, hüküm açıklanıncaya kadar sınırsız olup, bir delil dilekçesinin, medeni muhakemedeki gibi, geç kalınma nedeniyle

(63) Karş. Peters, 204.

(64) BGHSı XXII (1969), 278.

reddedilmesi söz konusu değildir (Alman CMUK m. 246). Ancak, bu hak, 1979 tarihli değişiklik yasasıyla (65) oldukça sınırlandırılarak, bu tür delil dilekçelerinin reddedilmesi olanağı genişletilmiştir: İspat edilmek istenen olay daha önce ispatlanmışsa, gösterilen delil ile dava konusu arasında bir ilgi yoksa veya delil tamamen elverişsiz ya da muhakemeyi sürüncemede bırakmak amacıyla ileri sürülmüşse, reddi mümkündür (Alman CMUK m. 245/II). Sanığın, delil dilekçeleri verme hakkının yanı sıra, savcılıkta gösterilen tanıklara soru sorma hakkı da vardır (Alman CMUK m. 240/II).

Türk hukukunda da sanığa, suçlamaya karşı açıklamalarda bulunabilme ve delil gösterebilme olanakları tanınmıştır. Sözgelimi, CMUK m. 135/II'ye göre, sanığın sorgusu kendi lehine olup, söyleyeceği delillere engel olmamalıdır. CMUK m. 108, 128'e göre, tutuklanan ya da yakalanan sanık, yasada öngörülen kısa süreler içerisinde yetkili hâkim önüne çıkarılmak zorundadır. Duruşmada, kural olarak sanık dinlenmeden karar verilemeyecek (CMUK m. 31); her tanık ya da bilirkişi veya diğer sanığın dinlenmesinden sonra sanığa, söyleyeceği bir şey olup-olmadığı sorulacaktır (CMUK m. 250). Bunun gibi, son söz daima sanığa verilecek (CMUK m. 251/II), müdafii bulunsa bile, kendini savunmasına olanak tanınacaktır (CMUK m. 251/III). Ayrıca, sanık, duruşmada sorular sormak (CMUK m. 232, 233), delil dilekçeleri vermek (CMUK m. 212), ek savunma yapmak (CMUK m. 258) suretiyle savunmasını pekiştirebilecektir. Sanığın, bir delili geç ileri sürmesi bunun reddini gerektirmeyecek (CMUK m. 239), ancak yasada açıkça belirtilen hallerde, sanığın ileri sürdüğü delil reddedilebilecektir (CMUK m. 238).

## V. MÜDAFİDEN YARARLANMA HAKKI

### 1. HAKKIN AMACI

Sanığın ceza muhakemesinde kendi kendini savunma konusunda çeşitli olanak ve haklara sahip bulunması, bunların gerektiği biçimde kullanılması için yeterli olmamaktadır. Çünkü, sanıkların çoğu, hukuki konularda hiç bir deneyimi ve bilgisi olmayan kişilerdir. Bu yüzden, genellikle haklarını nasıl kullanacaklarını, kendilerini nasıl savunacaklarını bilemezler. Sanığın içinde bulunduğu ruhsal durum, onun, soruşturmaların sonucunu doğru değerlendirmesini, amaca uygun dilekçeler vermesini ve çoğu kez susmanın mı, yoksa konuşmanın mı lehine olacağı konusunda doğru karar vermesini engelleyecektir. Ayrıca, sorunlara kural olarak ihtiyatla yaklaşacak olan müdafii savunması da, duygusal hareket eden sanıktan çoğu kez, daha inandırıcı etki yapacaktır. Bu nedenle, ceza muha-

(65) Bak. yukarıda dn. 8.



kemesinde sanığın, kendi savunma yeteneğine güvenmek yerine, bir müdafie başvurması daha yararlıdır (66).

Öte yandan, ceza muhakemesinde savcılık ve mahkemenin, soruşturmayı çok yönlü, yani sanığın lehine de olabilecek biçimde yürütmekle görevli bulunmaları, sanığın haklarının üçüncü bir kişi tarafından savunulmasını gereksiz kılmayacaktır: Savcılık, sanığın lehinde ve aleyhindeki tüm delilleri toplamakla (Alman CMUK m. 160/II; CMUK m. 153/II), mahkeme ise sosyal devlet ilkesi gereğince sanığı gözetmekle yükümlüdürler (67). Ancak, bunların bir müdafiiin savunmasının yerine geçebileceği ve ayrıca artık bir müdafiiin faaliyetine gerek bulunmadığı düşünülmemelidir. Çünkü, mahkeme ile savcılığın ceza muhakemesindeki rollerini, müdafii rolüyle bağdaştırmak kolay değildir. Savcı, soruşturma göreviyle koşullanmış olduğundan, sanığın lehine durumları kolayca gözden kaçırabileceği gibi, objektif olma çabasındaki hâkim de, gerçeği aydınlatma görevini fazlaca abartarak, sanığın haklarını farkında olmaksızın kısıtlayabilir. Oysa, müdafii, faaliyetini, muhakemenin meşruiyetini gözetme ve -gerektiğinde tek yanlı da olsa- sanığın haklarına işlerlik kazandırma üzerinde yoğunlaştıracaktır (68). Bu nedenle, İHAS m. 6/3c'de güvence altına alındığı gibi (69); Alman CMUK m. 137 ile CMUK m. 136'da da, «muhakemenin her aşamasında bir müdafiiin yardımından yararlanma hakkı» sanığa tanınmıştır.

- 
- (66) Karş. **Müller-Dietz**, 1235. Federal Almanya'da yapılan bir çalışmada, müdafice başvuru 338 kanun yolundan (sanıklarca başvuru tüm kanun yolundan (sanıklarca başvuru tüm kanun yollarının %82,4'ünden) 145'inin (%42,9) başarıya ulaşmasına karşılık; müdafisiz sanıklarca başvuru 72 kanun yolundan sadece 18'inin (%25) başarılı olduğu belirtilmektedir (Bak. **J. Meyer**, *Dialektik im Strafprozess*, Tübingen 1965, 138).
- (67) Karş. **M. Maiwald**, «Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozess und ihren Grenzen», *Festschrift für R. Lange*, Berlin/New York 1976, 745.
- (68) Bu demek değildir ki, müdafii, sanığın menfaatlerinin tek yanlı temsilcisi olmalıdır. Müdafii, «sanığın yardımcısı» olma yanında, hem de «adli organ»dır, bu nedenle, gerçeğin aydınlatılmasını engelleyecek hukuka aykırı yollara başvurmadan (bilerek yalan söylemek gibi) kaçınmak zorundadır. Sanığın sözkonusu ikili konumu için karşı. Arbeitskreis Strafprozessreform, *Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung*, 1979; **E-W. Hanack**, «Arbeitskreis Strafprozessreform: Die Verteidigung...» *ZstW* 93, (1981), 559 vd.; **Roxin**, 96 vd.; **J. Welp**, «Rechtsstellung des Strafverteidigers», *ZStW* 90 (1978), 804 vd.; **Holtfort** (yay.), *Strafverteidiger als Interessenvertreter*, 1979.
- (69) Bak. yukarıda dn. 60.

## 2. İSTEĞE BAĞLI VE ZARURİ SAVUNMA

Alman CMUK m. 137/1'e göre, sanık bir müdafiden «yararlanabilir», ancak buna mecbur değildir. Demekki, müdafie başvurma kural olarak, sanığın özgür iradesine bağlıdır. Ancak, kendini savunacak durumda olmadığı açıkça belli bulunan sanığın zarar görmesini engellemek ve hukuk devleti ilkesi ile muhakemenin kurallara uygunluğunun gereklerini yerine getirmek için bir müdafii varlığı da kaçınılmaz olmaktadır. Bu tür bir «zaruri savunma», duruşmanın ilk derece mahkemesi olarak eyalet veya yüksek eyalet mahkemesinde görülmesi, sanığın bir cürümden yargılanması ya da uzun süreden beri tutuklu bulunması gibi, Alman CMUK m. 140/1'de sayılan hallerde sözkonusu olmaktadır. Ancak, Alman CMUK m. 140/11'deki genel kural daha da önemlidir; Buna göre, mahkeme başkanı, «fiilin ağırlığı yahut maddi veya hukuki durumun güçlüğü yüzünden bir müdafii katılması zorunlu görünüyorsa veya sanığın kendini savunamayacağı belli ise, istek üzerine veya kendiliğinden, bir müdafii atayacaktır. Fiilin ağırlığı, esas olarak beklenen cezanın veya (sözgelimi, şoförün ehliyetinin elinden alınması gibi) tedbirin sertliğine göre belirlenecektir. Maddi veya hukuki durumun özellikle güç olması ise, özellikle, sanığın lehine olan önemli delilleri sadece bir müdafii sağlayabileceğinin düşünüldüğü, emarelere dayalı davalarda sözkonusu olabilir.

Alman hukukunda, müdafii bulunmasının zaruri olduğu tüm hallerde, ilk ve istinaf mercii dahil, soruşturmanın tamamında müdafii hazır bulunması gerekmektedir. Hatta, hazırlık soruşturmasında da müdafii atanması sözkonusu olabilir. Gerçekten, Alman CMUK m. 141/III'e göre savcı, soruşturmada müdafii bulunmasının gerekeceği düşüncesinde ise, daha hazırlık soruşturmasında bir müdafii atanmasını isteyebilecektir. Ancak, bu hükmün, sanığı, hazırlık soruşturmasında gerçekten korumaya yeterli olup olmayacağı da tartışmaya açık bir konudur. Çünkü, hazırlık soruşturması genellikle soruşturmayı da etkileyecek biçimde yönlendirilmektedir.

Türk hukukunda ise, müdafii ile savunulma kural olarak isteğe bağlıdır (CMUK m. 136/1). Sanığın 15 yaşından küçük olduğu veya sağır ya da dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede vücut ya da akıl sakatlığının bulunduğu hallerde, müdafii yoksa, mahkemenin kendisine bir müdafii ataması sözkonusu olabilir (CMUK m. 138). Ancak, bu hallerde de müdafii atamak zorunlu olmayıp, mahkemenin takdirine bağlıdır. Türk hukukunda müdafii bulunmasının zaruri olduğu tek durum, 1973 değişikliğiyle getirilmiş bulunan, sanığın bilincinin incelenmesi için bir kurumda gözaltına alınmasına karar verilmesidir (CMUK m. 74/II). Ancak, öğretilerde, günümüzde, sanığın müdafisiz yargılanmasını önlemek amacıyla

la «müdafisiz sanık olmaz» (nullum reus sine advocato) biçiminde bir kuralın bile yaratılmak istendiği belirtilerek, zaruri müdafilik kurumuna Türk hukukunda gerektiği kadar yer verilmeyişi, haklı olarak eleştirilmektedir (70).

### 3. «SEÇİLMİŞ» VE «ATANMIŞ» MÜDAFİYLE SAVUNULMA

Zaruri savunma ile müdafiiin atanması, farklı kavramlar olmaktadır. Zaruri savunmanın, yukarıda belirtildiği gibi, müdafii bulunmasının sanığın isteğine bağlı olmaması anlamını taşımasına karşılık; müdafiiin atanması, müdafii kimin seçeceği konusuna ilişkindir. Müdafii, sanıktan başka bazen mahkemenin de belirlemesi sözkonusu olmaktadır.

Müdafiiini sanık kendisi seçtiğinde «seçilmiş müdafii»den sözedilmektedir. Alman hukukunda, sanığın, Federal Almanya'da avukatlık yapma yetkisi bulunan kişiler veya Alman yüksek okullarındaki hukuk öğretim üyeleri arasından, muhakemenin her aşamasında (sayısı üçü aşmayacak biçimde) müdafii seçmesi mümkündür. Hukuk davaları için seçilecek avukatların ilgili mahkemede görev yapabiliyor olmasının gerekmesine karşılık, müdafii seçiminde herhangi bir sınırlama sözkonusu değildir. Alman CMUK m. 137/l'e göre sanık, hazırlık soruşturmasında da bir müdafiiin yardımına başvurabilir. Bu nedenle sanığın, savcılık veya kolluk tarafından ifadesi alınırken müdafiiin hazır bulunmasına olanak sağlanması gerekir. Sanığın müdafiiini kendisinin seçmesi, kuşkusuz «güven» ilkesinin en yüksek düzeyde gerçekleşmesini sağlar. Sanık, bu müdafii her zaman azledebileceği gibi, müdafii de istediğinde görevi bırakabilir.

Türk hukukunda, sanığın, soruşturmanın her hal ve derecesinde avukatlık veya davavekilliği (71) yapmaya yasal olarak yetkisi bulunan kişiler arasından bir veya birden fazla müdafii seçmesi mümkündür (CMUK m. 136, 137). Yasada, «soruşturmanın her hal ve derecesinde» müdafii seçmekten sözedilmesine karşılık, uygulamada sanığın, hazırlık soruşturmasında bir müdafiiin yardımına başvurmasına olanak tanınmamaktadır. Aynı şekilde, müdafiiin, sanığın hazırlık soruşturmasında ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde hazır bulunması da sözkonusu olmamaktadır.

Müdafii mahkemenin görevlendirmesi durumunda ise, «atanmış müdafii» sözkonusudur. Müdafiiin atanması, genellikle, zaruri savunma durumunda sanığın bir müdafii seçmemesi üzerine gerçekleşir. Ancak, bunun dışında bazı durumlarda da mahkemenin (CMUK m. 138'deki gibi) müdafii ataması sözkonusu olabilir.

(70) Tosun, 493.

(71) Davavekilliği için bak. Centel, 77-78.

Alman hukukunda, zaruri savunma hallerinde müdafii bulunmaksızın muhakeme yapılamayacağından, mahkeme kendiliğinden bir müdafii atamakta (Alman CMUK m. 141) ve bazen bu atama, sanığın, hatta müdafii yapmakla görevlendirilen avukatın da isteği dışında gerçekleştiğinden, sözkonusu müdafie küçültücü anlamda olmak üzere «cebrî müdafii denilmektedir. Atanmış müdafii, mutlaka kötü bir savunucu olduğunu iddia etmenin mümkün olmamasına karşılık, seçilmiş müdafie oranla, atanmış müdafii açısından sanığın bazı dezavantajlara sahip olduğu gerçektir. Sözgelimi, Alman hukukunda hukuk öğretim üyeleri müdafii olarak (seçilebilir ama) atanamazlar, müdafii, (seçilmesi için böyle bir sınırlandırma bulunmamasına karşılık) mümkün olduğu kadar davanın görüldüğü mahkeme bölgesinde görev yapan avukatlar arasından atanmalıdır (Alman CMUK m. 142/1). Mahkeme başkanı, müdafii atarken, sanığın tercihini gözönünde (bulundurabilir ancak) bulundurmada zorunda değildir (72). Atanmış müdafii azil de, mahkemenin yetkisinde olup, bu konu, Alman hukukunda çok tartışılan bir sorunu oluşturmaktadır (73). Atanmış müdafiden sanık, ancak kendisi bir müdafii seçtiğinde kurtulabilmektedir (CMUK m. 143). Bununla birlikte sözkonusu durum için, Alman Yargıtayınca onaylanan bir uygulama gelişmiştir (74). Şöyleki; özellikle önemli, karmaşık davalarda, seçilmiş müdafii muhakemeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden korkuluyorsa, onun yanında bir de atanmış müdafii savunma makamını işgal etmektedir. Diğer bir dezavantaj, müdafii atanmasının (seçilmesinin aksine) muhakemenin her aşamasında değil, kural olarak sadece kamu davasının açılmasından sonra sözkonusu olmasıdır (Alman CMUK m. 141/1). Ancak savcılık, duruşmada zaruri savunmanın sözkonusu olacağı düşüncesinde ise, hazırlık soruşturmasında da müdafii atanmasını isteyebilmekte (Alman CMUK m. 141/III) ve ayrıca, üç aydan beri tutuklu bulunan sanığa da bir müdafii atanmaktadır (Alman CMUK m. 117).

Alman hukukunda temyiz aşamasında sanığın müdafiiyle savunulması da son zamanlarda olumlu gelişme göstermiştir. Daha önceki içtihatlarda temyizde duruşma için müdafii atanması, sadece Alman CMUK m. 140/II'deki sınırlı haller için (75) kabul edilirken; Avrupa İnsan Hakları Divanı, bu dar uygulamanın, İHAS m. 6/III'le bağdaşmadığını açıklamıştır (76). Buna göre, artık, ekonomik durumu iyi olmayan tutuksuz

(72) Karş. BVerfGE IX (1959), 36.

(73) Karş. **Arbeitskreis** Strafprozessreform, 59 vd.; **Peters**, 206.

(74) Karş. **Römer**, «Plichtverteidiger neben Wahlverteidiger?», ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik) X, 4 (1977), 92.

(75) Bak. yukarıda V 2.

(76) Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararı için bak. NStZ III, 8 (15.8.1983), 373. Ayrıca bak. Yenisey, Duruşma., 285.

sanık da, müdafii varlığı mahkemece gerekli görülürse, ücretsiz yardım isteme hakkına sahiptir.

Türk hukukunda müdafii mahkeme tarafından atanması CMUK m. 74/II ve 138 uyarınca sözkonusu olabilir. Nitekim, CMUK m. 74'e göre sanığın şuurunun incelenmesi için bir kurumda gözaltına alınmasına karar verilirken müdafii bulunması zorunlu olduğundan, müdafii bulunmayan sanığa mahkemenin yardım için kendiliğinden bir müdafii ataması öngörülmüştür. Bunun dışında, CMUK m. 138'de, sanığın, 15 yaşını bitirmemiş olduğu veya sağır ya da dilsiz veya kendini savunamayacak derecede beden ya da akıl sakatlığının bulunduğu hallerde, müdafii yoksa, mahkemenin kendisine bir müdafii ataması mümkündür. Bu müdafii, mahkemenin bulunduğu yerde görev yapan avukat veya davavekilleri arasından seçilecektir (CMUK m. 140). Sanığın sonradan kendisinin bir müdafii seçmesi halinde mahkemenin atadığı müdafii görevi sona ereceği (CMUK m. 139) gibi; görevlerini yerine getirmeyen atanmış müdafii yerine mahkemenin başka bir müdafii ataması mümkündür (CMUK m. 141). Temyiz duruşmasında ise, Türk Yargıtayı henüz, müdafii atanmasını kabul etmemektedir (77).

#### 4. ORTAK SAVUNMA

Alman hukukunda ortak savunma, daha önceleri mümkün olmasına karşılık, 1974/1975 ceza muhakemesi reformuyla yasaklanmış (Alman CMUK m. 146) ve özellikle terör eylemlerine ilişkin davalarda çok sayıda müdafii seçmenin muhakemeyi uzatmak amacıyla yapıldığı gözlemlendiğinden müdafii sayısı da «üç»le sınırlandırılmıştır (Alman CMUK m. 137/1 cümle 2). Ortak savunmanın yasaklanmasına gerekçe olarak; birden fazla sanığın aynı müdafiiyle savunulmasının, ilk bakışta belli olmasa da, genellikle sanıkların savunma çıkarlarının çatışmasına ve müdafiiin çelişkiye düşmesine neden olacağı ileri sürülmekte ve bu tür gizli çıkar çatışmalarını baştan itibaren önlemek amacıyla ortak savunmanın yasaklandığı (78), bunun, müşterek savunulan sanıklar arasında haber taşın-

(77) «..ceza usulünde adli müzaharete nailiyet hakkında hükümler yoktur. Hukuk usulündeki hükümlere göre de bu talep mahalli mahkemelere yapılabilir, bu kaide temyizen yapılacak duruşmalarda cari olmadığı gibi, ceza usulünün 138. maddesindeki şartlar da mevcut olmadığından maznunun kendisine müzaharet yoluyla dairece bir müdafii tayinine ait isteğinin reddine..», YICD 22.5.1959-3287/1841, M. Çağlayan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1960, 278.

(78) Bak. T. Kleinknecht, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 1979, m. 146 k. no. 2.

masını da engelleyeceği (79) belirtilmektedir (80).

Türk hukukunda ise, sanığın, bir veya daha fazla müdafii seçme hakkı vardır (CMUK m. 136/1). Birden fazla müdafii aynı anda duruşmaya katılabilecekleri gibi, işi aralarında sırayla paylaşmaları da mümkündür (CMUK m. 220). Müdafii sayısının savaş halinde askeri mahkemelerde sınırlandırılmasının mümkün olmasına karşılık (Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu m. 85/III); ceza muhakemeleri usulü kanununda herhangi bir sınırlandırma öngörülmuş değildir. Ancak öğretilde, bu durumun kötüye kullanmalara, muhakemenin sürüncemede kalmasına yol açtığı ileri sürülerek, müdafii sayısının üçle sınırlandırılması önerilmektedir (81). Türk hukukunda, Alman hukukunun tersine, bir müdafii, birden fazla sanığın savunmasını üstlenmesi mümkündür (CMUK m. 142). Ancak, ortak savunulan sanıkların çıkarları, birbirine uygun olmalıdır. Sözelimi, sanıklar suçu birbirlerinin üstüne atıyorlar (82), sanıklardan biri diğeri tarafından suç işlemeye yöneltildiğini ileri sürüyor (83) ya da bir sanığın savunulması ancak diğeri suçlanmasıyla sağlanabiliyorsa (84), çıkarlar çatışmakta olup, müdafilerin değişik kişiler olması gerekecektir.

##### 5. MÜDAFİİN ÖNEMLİ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sanığın sadece bir müdafiiin yardımından yararlanabileceğini belirtmek, kuşkusuz onun hukuki durumunu tam olarak ortaya koyabilmek için yeterli değildir. Ayrıca, sanığın ceza muhakemesindeki haklarını koruyabilmek için de, müdafiiin de hangi yetkilere sahip bulunduğunu belirlemek gerekir.

Özellikle özgür olmayan sanığın, müdafiiyle yazılı ve sözlü görüşme hakkı önemlidir. Çünkü, savunmanın yapılabilmesi, ancak sanıkla müdafiiinin doğrudan ve şahsen görüşmeleriyle mümkün olabilir. Söz konusu hak, Alman CMUK m. 148'de güvence altına alınmıştır. Bu madde hükümü, özgür olmayan sanığın müdafiiyle yazılı veya sözlü ilişki kurmasına izin verilmesinden söz etmekle, tutuklamadan başka yolla, sözelimi gözaltına alınmakla özgürlüğü kaldırılan sanığı da kapsamına almaktadır. An-

(79) Peters, 219; K. Rebmann, «Das Verbot der Mehrfachverteidigung nach P. 146 StPO», NSStZ I, 2 (15.2.1981), 41.

(80) Alman Anayasa Mahkemesi sözkonusu değişikliği Alman Anayasasına uygun bulmuştur. Bak. A. Kraemer, «Die gemeinschaftliche Verteidigung i.S.des P. 146 StPO», NJW XXIX, 37 (15.9.1976), 1664.

(81) Bak. Kunter, 232; Tosun, 498; Yüce, 48; Yurtcan, 141.

(82) Y4CD, 11.3.1930-1161, Alicanoğlu, 228.

(83) B. Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, 148.

(84) Eb. Schmidt, m. 146 k. no. 2.

cak, bu hak bazen sınırlandırılabilir. Nitekim, Alman CMUK m. 148/II'ye göre, terör birlikleri kurma (Alman CK m. 129a) suçlaması nedeniyle tutuklanan sanıkların müdafileriyle yazışmaları hâkim tarafından denetlenebileceği gibi; bunların tutukevindeki görüşmeleri de, cam bölme arkasından gerçekleştirilerek, birbirlerine herhangi bir şey verip-almaları engellenmektedir (85). Ayrıca, bu tür sanıkların müdafileriyle ilişkilerinin, terör hareketlerinin devamı süresince tamamen engellenmesi de, 1977 yılından beri mümkündür (Mahkemeler Esas Kurulu Kanununun Yürürlüğüne Dair K. m. 31-38).

Türk hukukunda da tutuklu bulunan sanığın müdafiiyle yazılı ve sözlü görüşme hakkı vardır (CMUK m. 144). Söz konusu hakkın hangi andan itibaren kullanılabilirliği, önemli bir sorundur. Türk hukukunda, gözaltında bulunan kişinin bir avukatla görüşmesi ve yazışması konusunda açıklık yoktur. Oysa, bir müdafie olabildiğince erken sahip olmanın, savunma açısından önemi büyüktür. Nitekim, Türkiye Barolar Birliği de, 1977 yılında CMUK m. 144/I'in, «gözaltına alınan veya tutuklu bulunan kişi müdafii ile her zaman görüşebilir ve muhabere edebilir» biçiminde değiştirilmesi önerisinde bulunmuştur (86).

Savunma hakkını gerçekleştirecek diğer bir önemli hak, müdafii hazır bulunma ve katılma hakkıdır. Alman hukukunda söz konusu hak, soruşturmada hemen hemen sınırsız olarak güvence altına alınmıştır. Buna karşılık, hazırlık soruşturmasında müdafii hazır bulunma ve katılma hakkı henüz tam değildir. Hazırlık soruşturmasında, ancak soruşturmanın başarısı tehlikeye düşmeyecekse, hâkimin sanığı sorguya çekmesi, savcılığın ifade alması ve keşif işlemlerinde müdafii hazır bulunması mümkündür (Alman CMUK m. 168c/I, II, V; 168d/I, 163a/III). Sanığın kolluk tarafından dinlenmesinde müdafii hazır bulunmasını ise, Alman CMUK düşünmemiştir. Ancak, Alman CMUK m. 136/I'de (CMUK m. 135/I'de öngörülmediği biçimde) sanığa, ilk kez dinlenmeden önce bile müdafiiine danışabilme hakkının açıkca verilmiş bulunmasından yola çıkılarak, müdafiiin, sanığın kollukta ifadesi alınırken hazır bulunabileceği ileri sürülmektedir (87). Bunun gibi, sanık, sadece bir müdafii ya-

- 
- (85) Alman Yargıtayının 23.5.1989 günlü kararına göre, Alman CMUK m. 148/II'deki sınırlandırmalar doğrudan doğruya değil, ancak hâkim kararıyla uygulanabilir. Bak. JZ XLIV, 20 (20.10.1989), 959 vd. Kararın yerinde olduğu konusunda bak. **H. Müller-Dietz**, JZ XLIV, 20 (20.10.1989), 961 vd.
- (86) Bak. Türk Pozitif Hukukunun Demokratikleştirilmesine İlişkin TBB Öntasarı ve Raporları - TBB İstanbul Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı (17-19 Haziran 1977), İBD Özel Sayısı, 40.
- (87) Bak. **H. Sieg**, «Zur Anwesenheit des Verteidigers bei Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren», NJW XXXVIII, 22 (28.5.1975), 1009.

nında bulunduğu takdirde ifade verebileceğini bildirdiğinde de, kolluk bunu kabul etmek zorunda kalacaktır.

Türk hukukunda da, müdafiiin soruşturmada hazır bulunma ve katılma hakkı kural olarak sınırsızdır. CMUK m. 136/1'de, sanığın soruşturmanın her hal ve derecesinde bir müdafiiin yardımına başvurabileceği öngörüldüğü halde, hazırlık soruşturmasında ise, müdafiiin hazır bulunma ve katılma yetkisinin sınırsız olmadığı kabul edilmekte (88) ve uygulama da bu yolda sürdürülmektedir. Oysa, hazırlık soruşturmasında müdafiiin, sanığın bulunacağı tüm işlemlerde hazır bulunma yetkisine sahip olması, sanığa savunması için güvence sağlayacağı gibi, ona baskı veya işkence yapıldığı iddialarına da son verecektir (89). Öte yandan, müdafiiin sözkonusu işlemlere ilişkin tutanakları okuma yetkisi CMUK m. 143/III'e göre zaten bulunduğundan, onun bu işlemlerde (özellikle sanığın sorguya çekilmesinde) bizzat hazır olmasından da herhangi bir sakınca doğmayacaktır.

Alman hukukunda müdafiiin, hazır bulunma ve buna bağılı olarak soru sorma ve açıklama yapma yetkilerinin ötesinde, kendisinin özel bazı araştırmalar yapması da mümkündür. Sözelimi, müdafii, olay yerini görebilir, savunma tanıklarını araştırabilir, bilirkişi mütalaaları hazırlatabilir, sanığın yakınlarına, tanıklıktan çekinme haklarının bulunduğunu hatırlatabilir. Müdafiiin, zor kullanma yetkisi ise yoktur. Bu nedenle tanıkların duruşmaya gelmesini, ancak adlarına davetiye göndererek sağlayabilir (Alman CMUK m. 219, 220).

Türk hukukunda da müdafiiin, tanık veya bilirkişi davet ettirmesi (CMUK m. 212, 213) veya duruşmaya getirmesi (CMUK m. 215) ya da delil toplanmasını istemesi (CMUK m. 212) mümkündür.

Öte yandan, müdafiiin dosyayı inceleme hakkı da, özellikle önemlidir. Çünkü müdafii, esas olarak savcılık ve kollukça toplanan leh veya aleyhteki delilleri değerlendirerek savunma yapmak durumundadır. Bunun için de, müdafiiin, dosyaya bakabilmesi gerekir. Bu konuda, Alman CMUK m. 147/1; mahkemeye sunulmuş evrakı ve resmen koruma altına alınan delilleri, muhakemenin her aşamasında müdafiiin incelemesine izin vermektedir. Bunun tek istisnası, hazırlık soruşturmasında, muhakemenin amacının tehlikeye girebileceği gerekçesiyle, (sözelimi, dosya içeriği bilindiğinde başvurulacak bir koruma tedbirinin etkisinin kalmayacağı durumda), müdafiiin dosyayı incelemesinin (sorgu ve ifade tutanakları hariç) engellenebilmesidir (Alman CMUK m. 147/II, III).

(88) Bak. Tosun, 512; Kunter, 781.

(89) S. Donay, «Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü», İHFM XLIII, 1-4 (1977), 405.



Bunun dışında Alman hukukunda dosyanın incelenmesi ve değerlendirilmesinde kolaylık sağlamak amacıyla kural olarak müdafie (deliller hariç olmak üzere) dosyayı evine veya bürosuna götürme izni de verilmektedir (Alman CMUK m. 147/IV). Bu yolla sanığın da dosyayı görmesi mümkündür, ancak, Alman hukukunda bu hak sadece müdafie tanınmıştır. Müdafii, dosyası hakkında sanığa ancak sözlü bilgi verebilir ki, bu da gerçek bir savunma için gereklidir. Müdafiiin dosyadan fotokopi ve suret alması ve kötüye kullanılması ihtimali yoksa bunları sanığa vermesi mümkündür (90).

Türk hukukunda müdafii, iddianame mahkemeye verildikten sonra dava ile ilgili her türlü evrak ve belgeyi inceleyebilir (CMUK m. 143/I). Bu aşamadan önce ise, müdafiiin dosyayı inceleme yetkisi, kural olarak izne bağlıdır. İzin için, müdafiiin dosyayı incelemesinin soruşturmanın amacına zarar vermeyeceğinin anlaşılmış olması gerekir (CMUK m. 143/II). Ancak, sanığın sorgusunu içeren tutanaklar ile bilirkişi raporu ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların müdafii tarafından incelenmesine hazırlık soruşturmasında dahi karşı çıkılmaz (CMUK m. 143/III). Ancak, Türkiye Barolar Birliği, hazırlık soruşturmasının gizli olduğu düşüncesiyle uygulamada, müdafiiin dosyayı incelemesine hemen hemen hiç izin verilmediğini belirterek (91), müdafiiin hazırlık soruşturmasında dosyayı incelemesini izne bağlayan hükmün yürürlükten kaldırılmasını önermektedir (92). Çünkü, öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, müdafiiin dosyayı inceleme yetkisinin izne bağlı olması, savcının davayla ilgili evrakı her zaman inceleme yetkisi bulunduğundan, iddia ve savunma makamları arasındaki dengeyi savunma makamı aleyhine bozacak niteliktedir (93). Diğer yandan, soruşturma dosyası mahkemeye verildikten sonra, müdafiiin suret alması da mümkündür (CMUK m. 143/IV). Türk hukukunda, Alman hukukunun tersine, müdafii bulunmayan sanığın da, yasada açıklık olmadığı halde, dosyasını inceleyebileceği kabul edilmektedir (94).

- 
- (90) Karş. **H. Dahs**, Handbuch des Strafverteidigers, Köln/Marienburg 1983, k. no. 227 vd.
- (91) Bak. «Türkiye Barolar Birliğinin 27.2.1970 Gün ve 24/303 Sayılı Genelgesi», ABD (Ankara Barosu Dergisi) 1 (1970), 161.
- (92) Türk Pozitif Hukukunun Demokratikleştirilmesine İlişkin TBB Öntasarı ve Raporları, 39.
- (93) Bak. **S. Keyman**, Ceza Muhakemesinde -Asıl Ceza Muhakemesinde- Savcılık, Ankara 1970, 52; **Erem**, 191.
- (94) Bak. **Yüce**, 46-47; **Donay**, 149; Y6CD, 30.1.1969-475/497-Y. **Günel**, «Bir Örnek Olay Nedeni İle Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü» SBF D XXIX, 1-2 (1974), 88.

## VI. SANIĞI TEHDİT EDEN YENİ TEHLİKELER

Sanığın, Alman ve Türk ceza muhakemesi hukuklarındaki durumu konusunda yukarıda ana çizgileriyle belirtilen tablodan, kuşkusuz bu konuda bazı eksiklikler bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Ancak, adliye karşısında sanığın, (özellikle Alman hukukunda) hiç bir zaman günümüzdeki kadar güçlü olmadığı da açıktır. Bu nedenle, sanığın kişiliği bakımından sözkonusu olabilecek tehlikeler, artık devletten çok kamuoyundan ve özellikle de kitle iletişim araçlarından kaynaklanma noktasındadır. Şöyleki; sanık, basında, radyo ve televizyonda olay ve yaşam öyküsü anlatılıp «pazara çıkarılma»kla, ceza almanın çok üstünde maddi ve manevi zararlara uğrayabilmektedir. Dahası, sonuçta beraat eden sanık da, kitle iletişim araçlarında sözkonusu olabilecek bir peşin «hüküm» nedeniyle özgü tehlikelerle karşı karşıya kalmaktadır ki, bu tür tehlikelere karşı sanığı korumak için, «masumluk karinesi»ne yeni ve ağır görevler düşmektedir (95).

---

(95) Bak. **K. Marxen**, «Medienfreiheit und Unschuldsvermutung», GA (Goldamers Archiv Für Strafrecht) 1980, 365 vd.; **H. Grave**, «Der von der Presse als Taeter bezeichnete Tatverdaechtige», NJW XXXIV, 5 (28.1.1981), 209 vd.; **J. Bornkamm**, «Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und die Persönlichkeit des Beschuldigten», NStZ III, 3 (15.3.1983), 102; **Eser/Meyer**, Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren (Beitraege und Materialien aus dem MaxPlanck-Institut für auslaendisches und internationales Strafrecht), Freiburg 1986.

## CEZA HUKUKUNDA «HAKKIN KULLANILMASI»

Prof. Dr. Faruk EREM (\*)

● ANLATIM DÜZENİ: I — G i r i Ő. 1 — Konu. 2 — Hakkın Kaynağı. 3 — Tasarının Öngördüğü Hüküm. II — Kuralın Analizi. 1 — Hak Kavramı. a — Hakkın Kökeni. b — Sübjektif Hak Kavramı. c — Hakkın Sahibi. d — Hak-Suç İlişkisi. 2 — Mesleğin İcrası. a — Sağlık İşleri. b — Savunma Dokunulmazlığı. c — Gazetecilik. d — Spor Hareketleri. 3 — Cezası Kalkacak Suçlar. 4 — Hakkın Kötüye Kullanılması. III — Rıza. 1 — Geçerli Rıza. 2 — Rızanın Niteliği. 3 — Rızanın İspatlanmamış Olması. IV — Sınırların Aşılması. 1 — Taksirli Sorumluluk. 2 — Taksirin Çeşitleri. 3 — Heyecan, Korku, Telaş

### I. GİRİŞ

#### 1) Konu :

Adalet Bakanlığınca hazırlanan yeni Ceza Kanunu Taslağında, bölüm başlığı olarak benimsenen «Hukuka uygunluk sebepleri» adı altında «Kanunun hükmünü ve âmirin emrini icra», «Meşru müdafaa», «Mecburiyet (zaruret) hali», «Hakkın icrası», «Mağdurun rızası» müesseseleri toplanmış ve hepsini kapsamak üzere «sınırın kast olmaksızın aşılması» haline yer verilmiştir (Tasarı m. 28-31). Biz bu yazımızda özellikle «Hakkın kullanılması»nı inceleyeceğiz. Yazımızda hukuka uygunluk sebeplerinden «âmirin emri», «meşru müdafaa», «zaruret hali» üzerinde durmayacağız. Tasarıda kabul edilen ve ceza kanununda henüz yer almayan iki halden «hakkın kullanılması», «rıza» müessesesinden sözedeceğiz.

Hukuka aykırılığın varlığını kaldıran sebeplerin başında «sosyal zarar»ın bulunmaması gelir (1).

Sayılan hallerin, bu arada «Hakkın Kullanılması ve rıza'nın fiili suç olmaktan çıkarması, cezasızlık sebebi sayılması önemlidir. Kanun hem «hak»ı kabul hem de diğer yandan hakkın yerine getirilmiş olmasını suç sayamazdı.

Bir hakkın kullanılması ve fiilin suç sayılması aynı mevzuat içinde gelişkili olurdu. Hakkın kullanılmasının cezaı kaldırması sebeplerinden biri de budur (2).

(\*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Antolisei (Elementi...), s. 49.

(2) Sabatini (G.), *İstituzioni di diritto penale* (Cantania, 1945), s. 58.

Kısaca bir hakkın icrası cezayı kaldırır (3).

Tasarının 30. maddesinde başlık «Hakkın icrası»ndan, Metin'de ise «Hakkın Kullanılması»ndan sözedilmektedir.

Bir ceza kuralına karşı fiilin suç olması nedeniyle hukuk ile fiil arası çatışma «hukuka aykırılık» diye anılan bir durum ceza hukukunda ilke sayılabilir. Bir çok yazarın kabul ettiği gibi hukuka aykırılık «suçun unsuru» değildir (4). Hukuka aykırılık «suçun karakteri», hem de «esaslı karakteridir» (5).

Her halde hukuka aykırılık konusunda «tipiklik»in açıkça gösterilmesi gerekir. Yasak olanla serbest olan açıkça anlaşılmalıdır (6). «Fiil evvela suç tipine uygun olacaktır. Sonra da hiç bir hukuk kolu tarafından müsaade edilmemiş olacaktır. Aksi takdirde fiilin hukuka aykırılığın bahsolunamaz. Fiil hukuka uygun olursa, suçun hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan, suç meydana gelmez» (7).

## 2) Hakkın Kaynağı :

Kullanılan ve kullanılması suç sayılmayan hakkın kaynağı nelerdir? Tasarının 30. maddesinde «Kanun ve nizamlar»dan, «bir mesleğin icrası»ndan doğan «Hak»dan söz edilmektedir. Yürürlükteki Kanunda ise (TCK. 49) sadece «kanundan» söz ediliyor.

«Kanun ve nizamdan doğan hak» formülü konuyu geniş tutmak eğilimini gösterir ise de «nizam»dan doğan hak deyimi yine de düşündürücüdür. Eğer bu ibareler «bir hukuk kuralı»ndan doğan hakkı kastediyor ise maksat daha iyi açıklanmış olurdu. Hukuk kuralı her daldan (Cezai, medeni, ticari, idari, vs.) olabilir.

Hukukun genel prensipleri, suçun cezasını kaldıran hukuk kuralı değil, yorum aracıdır (8).

Ceza Kanunu hükmü ile hakkı kabul eden ceza yargılama hukuku karşılaşabilir. Kişi hürriyeti aleyhine suç ile (TCK. 179) meşhut suç failinin yakalanması gibi (CMUK. 127). Usul Yasası hükmü «Hak» doğurmuş sayılır. Durum Medeni Kanun ile Ceza Kanunu arasında da meydana ge-

(3) Antolisei (F.), Manuale di diritto penale (4. Bası Milano, 1960) n. 110 s. 201

(4) Antolisei (F.) Elementi di diritto penale (Paris generale, Torino, 1944) s. 55.

(5) Antolisei (Elementi...), s. 55.

(6) Manfredini (M.), Manuale di diritto penale (Milano, 1931) n. 51 s. 54.

(7) Kunter (Suçun unsurları...), s. 41.

(8) Cavallo, s. 82, n. 10.

lebilir. Başkasının mülküne zaruri tecavüz (MK. 677), zilliyedin «müdafaa hakkı» (MK 894) gibi (9).

Karşılaşma hukukun her dalı arasında olabilir. Böylece «kuralların içtima» bahis konusu ise de «kurallar arası çatışma»dan söz edilemez.

Hakkın «kanun»dan, «nizam»dan, «mesleğin icrası»ndan doğmuş olması gereklidir. Tasarı böyle demektir. Bazı yabancı kanunlar tahdidi bir usul seçmemişler, «bir hakkın veya bir hukuk kuralının yüklediği bir görevin icrası» formülünü kullanmışlardır (Örneğin, İtalyan CK. 51).

Hakkını kullananın suç işlemiş olamayacağı kuralı oldukça uzun bir gelişmeden sonra doktrinde şekil kazanmıştır (10). Bu itibarla Türk Ceza Kanununda böylesine bir hüküm yoktu. Adalet Bakanlığı Tasarısında bu boşluk doldurulmuştur.

Hakkın kullanılması (icrası) cezayı kaldırır. Kanun hukuksal gelekte kısmen kabul edilmiş bir prensibi yasal kural haline getirmiştir (11).

### 3) Tasarının Öngördüğü Hüküm :

Tasarıda (m. 30) şu hükme raslanmaktadır: «Kanundan ve nizam-lardan veya bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez». Böylece tasarı bir «cezasızlık sebebi»ni öngörmüş, «hukuka uygunluk» halini açıklamak istemiştir. Tasarı gerekçesinde (sh. 186) yürürlükteki kanunda «yer almamış bulunmakla beraber, doktrinde ve Yargıtay içtihadlarında yeri bulunan iki hal, bu kerre öntasarıda hukuka uygunluk sebepleri olarak ifade edilmiş bulunmaktadır» denilmektedir.

Her hangi bir fiile suç denemez-Suç «hukuka aykırı bir fiil»dir (12), hukuka uygun olan suç sayılmaz.

Konu «hukuka aykırılık» veya aksi «hukuka uygunluk» olarak ele alınmalıdır (13).

«Hukuka uygunluk bütün hukuk nizamı bakımından, bahis mevzuudur. Herhangi bir hukuk dalının emir ve tecviz ettiği fiil, hukuka uygundur» (14).

Hak kavramının kökeni özel hukuktan geliyorsa bu durum özel hukukun ceza hukuku alanına taşıdığını gösterir.

(9) Dönmezer-Erman, II, s. 41.

(10) Cavallo (V.), L'esercizio del Diritto (Napoli, 1939), intraduzione.

(11) Mantovani (F.), Esercizio del diritto, enciclopedia del diritto XV, s. 627.

(12) Maggiore (G.), Principi di diritto penale (I. Bologna, 1937) ss. 253.

(13) Hippel (B.) Manuale di diritto penale (Napoli, 1936) s. 152.

(14) Kunter (N.) Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (İstanbul, 1954), s. 9.

Hakkın kullanılmasının tazminatı gerektirmeyeceği Borçlar Hukukunda da (BK. 52/3) kabul edilmiştir. Medeni Kanun dahi bu kurala yabancı değildir. O halde Özel hukuk veya hukukun diğer dallarında mevcut «hakkın kullanılma»sının ceza hukukunda daha açık ve genel hüküm niteliğinde gösterilmesi isabetli olmuştur.

Ana-babanın çocuklar üzerinde (tedip hakkı) (MK. 267) Medeni Kanundan gelir. Bu hakkın icrası suçun oluşmasına engeldir. Bu hakkın icrasının meydana getireceği müessir fiil, hürriyetten mahrumiyet gibi hal-ler cezayı gerektirmez, yeterki ifrata kaçılmasın (Bettiöl, s. 264).

Ana, babanın çocukları üzerinde terbiye yetkisi vardır. Bu yetki kanunlarda tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılması suçu kaldırır, fakat yetki sınırının aşılması suça meydan verir (TCK. 477-479). Çünkü «terbiye, nezaret hakkı» ifratı kapsamaz (15).

«Terbiye hakkı» (Ius Corrigendi) «kötüye kullanılmamışsa» bir «hak» olarak cezayı kaldıracaktır.

Cezaların infazı suç teşkil etmez. Kanundan gelen bir hakkın kullanılması bahis konusudur. Tevkif müzekkeresinin yerine getirilmesi, zabıt, müsadere, silah kullanılması, aynı sebeble suç sayılmamağa misallerdir (16).

## II. KURALIN ANALİZİ

### 1) Hak Kavramı :

**a) Hakkın kökeni :** Herhangi bir «hukuki kural» yeterlidir, bu kuralın kamu hukuku veya özel hukuk alanında olması mümkündür. Bu kural Kanundan, nizamdan (tüzükten), kararnameden, hukuki bir örften, hatta kanunun açıkça kabul ettiği hallerde «nasafet»den gelmiş olabilir (17).

Kanunun yolladığı bir örf, âdet kuralı, subjektif hak doğurabilir. Böyle örf ve âdet Ceza Hukukunda suçun cezasını kaldırmış olur. Bu açıdan «Kanunsuz suç ve ceza olmaz» kuralı işe karışır (18). Fakat suçun kanuni unsuru kalkmış sayılacaktır.

«Hukuk kuralı» Türk hukuku veya Türk hukukuna ilişkin kuraldır. Kanun ile kanun hükmünde kararname arasında -hatta kararnameler he-

(15) bk. Antolisei, s. 203.

(16) Logoz (P.), Commentaire du code pénal suisse (Partie generale, 1939), s. 128.

(17) Saltelli-Di Falco, s. 167.

(18) Cavallo, s. 74, n. 6 d.

nüz Meclisten geçmemiş olsalar dahi. suçu kaldıran hak sayılır. Fakat Meclisten henüz geçmemiş kararnamelerin cezai sonuçları olamayacağı tartışılabilir.

Hak kanundan doğmuş olabileceği gibi «örf, âdet, kuralı»ndan da gelmiş olabilir (19), yeterki gerçek, yerleşmiş bir örf ve âdet bahis konusu olsun.

Halkın müstehçen saydığı fiil ölçü olarak kabul edilirse bu ölçü dahi hak doğurucu bir örf ve âdet sayılır. «Ortak duyguya göre müstehçenliğin» saptanacağı (20) ileri sürülmektedir.

«Hak» kullanılmasından evvel veya kullanıldığı sırada ihtilâflı olmamalıdır, böyle olunca kullanılması için hâkime başvurmak gerekecektir (21).

Ahlâk kuralları, suçun cezasını kaldıran «hak» yaratmaz (22).

**b) Sübjektif hak kavramı :** Tasarının 30. maddesinde sadece «hak» dan bahsedilmemektedir. Bahis konusu olan «meşru bir yetkinin kullanılması»dır (23).

Sübjektif hak özel veya kamusal olabilir. Bu objektif hakkın niteliğine bağlıdır (24). «Subjektif bir hak bahis konusu olmalıdır» (25).

Sübjektif kamu hakkı bir kamu hukuku kuralından gelen haktır (26). Bu hak toplumun üyesi olarak fertlere aittir.

Özgürlük hakları, yürütmenin ferdin özgürlük alanına, kanunsuz müdahalesini önlemeği sağlar, bu itibarla sübjektif bir kamu hakkıdır (27).

**c) Hakkın sahibi :** Kullananın hakkın sahibi (veya zilyedi) olması gereklidir. Bununla beraber açık veya zimmi bir vekalet ile de hak kullanılabilir (28).

(19) Bettiol, s. 263.

(20) Mozanti (M.), L'aseno et diritto penale (Milano, 1956) s. 30 kşz. Erem, IV, s. 221.

(21) Bu konuda Kendiliğinden hak alma suçu hususunda bk. Cavallo, s. 106 n. 2: kşz. Erem, III ss. 593.

(22) Cavallo, s. 54, no. 5.

(23) Bk. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 9. Bası, II. s. 33.

(24) Bk. Cavallo, s. 54, no. I.

(25) İtalyan Yg. Kararı 7 navemllre 1952, Lattanzi (G.) i cadici penali (Napoli, 1962) m. 51.

(26) Cavalli, s. 55 n. 6.

(27) bk. Cavallo, s. 56.

(28) Cavallo, s. 108, n. 4.

Hakkın kullanılması «hukuka uygunluk» yaratır. Bunun için hak sahibinin «sübjektif hak»ın sahibi olması gerekir.

**d) Hak-suç ilişkisi :** Suç işlenmeden hakkın korunmasının olanak dışı olması gereklidir. Bu ise «hak» ile «suç» arasında bir ilişkinin (bir bağın) zorunlu olduğunu gösterir.

## 2) Mesleğin İcrası :

Tasarı (m. 30) «Bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez» demektedir. Mesleğin icrasını, düzenini, yetkilerini tanzim eden hukuk (kanun) kuralları cezasızlık sebebidir. Aşağıdaki kollar örnek olarak gösterilmiştir.

**a) Sağlık işleri :** «Tedavi maksadile olduğu kadar, başka maksatlarla, mesela estetik cerrahi maksadı dolayısıyla müdahalede bulunan hekim daima mesleki bir hakkını kullanmakta ve bu sebebedir ki, müdahalesinden hukuka aykırılık bulunmamaktadır (29).

Hekim, mesleği nedeniyle kullandığı hakkın sahibi olmalıdır. Hak sahibi değilse (ameliyatı veya o tür ameliyatı yapmağa mezun değilse) cezasızlıktan faydalanamaz.

**b) Savunma dokunulmazlığı :** «Savunma dokunulmazlığı» (TCK 486) «hakkın icrası»ndan başka bir şey değildir (30).

**c) Gazetecilik :** Gazeteci bir kişinin şerefine veya şöhretine yayınlarıyla zarar vermiş olabilir. Bunlara siyasal, kişisel, hatta bilimsel yerlerde rastlanır. Bunlarda «hakaret ve sövme» şartları mevcut değil ise «Basın Özgürlüğü»nü düzenleyen «hak»dan faydalanırlar (31).

Gazetecilik mesleğinin icrası haber toplamayı ve vermeği kapsar. Gazetecilik mesleğini düzenleyen yasalar gazeteciye bu yetkiyi tanımıştır. Fakat haberin «objektif» nitelikte verilmesi şarttır (32).

**d) Spor hareketleri:** Spor iki tür olabilir: Hasma karşı şiddet kullanmanın zaruri olduğu sporlar (Güreş, boks gibi) ve şiddet kullanılması yasak olanlar (Atletizm, tenis, futbol gibi). İkinci halde «manevi unsur»un bulunmadığı hasmın rızası, örf ve âdet gibi gerekçeler gösterilerek spor hareketlerinin yasaya aykırı olamayacağı savunulmuştur.

(29) Dönmezer-Erman, II, s. 54.

(30) bk. Erem, Özel Hükümler, IV, s. 605, Foschini (G.), Reattiet pene (Studi...), s. 99.

(31) Kşz. Antolisei, s. 203.

(32) Ayrıntılar için bk. Dönmezer, Basın hukuku, 4. Bası 976, 299.



Şiddete dayalı spor gösterilerinde «riski göze almak» esastır. Oyun kurallarına uymak veya uymamak önemlidir. Şiddet kullanarak oynanan sporda örf ve âdet'in cezayı kaldırdığı, rızanın aynı sonucu verdiği kabul edilir (33).

### 3) Cezası Kalkacak Suçlar :

Kullanılan hak ile cezasız kalacak suç arasında bir ilişki bulunmalıdır. Fakat uygulamada şöyle düşünülebilir: Eğer her suç için cezasızlık kabul edilirse bir çeşit «dokunulmazlık» yaratılmış olacaktır. Jandarmasının kaçan mahpusu öldürmesi, malını almak için mal sahibinin kaçan hırsızı öldürmesi gibi. Jandarma ve mal sahibinin hakları sınırsız değildir. Sınırların aşılması hakkı «haksızlık»a dönüştürür (35).

Tasarı «hakkın kullanılması»ndan sözettiğine göre bunun anlamı üzerinde durmak gerekir. Hakkın içeriğinin gerçekleştirilmesi, kişinin yetkiyi kullanmasıdır.

Suçun yok sayılabilmesi için «hak»ın özü, biçimi, kanunun kabul ettiği sınırlar içinde kullanılmış olması lazımdır. Ancak böyle kullanılırsa hak meşru olarak kullanılmış olur.

Her memleketin kanunu aynı genişlikte değildir. Bazı kanunlar konuyu belli suçlara indirgeli saymışlar, bazıları genel hüküm niteliğinde almıştır. Fransız Kanununun 327. maddesine göre adam öldürme, yaralama, darp kanun tarafından ve resmen emredilmiş ise suç yoktur. Böylece bir «görev»den söz edilmekte, «hakkın icrası» bunun dışında kalmaktadır. Çünkü kanun hükmü, resmi makamın emri «hak» sayılmaz.

Fransız yazarları oldukça dar olan formülü (m. 327) genişletmek bütün suçlara teşmil etmek çabası içindedirler (36).

İsviçre ceza kanunu (m. 32) şu hükmü getirmiştir: «Bir görev veya mesleğin gerektirdiği hareket suç teşkil etmez».

- (33) İtalyan Temyiz Kararı, Lattanzi (G.), i cadici penali (Milano, 1962) m. 5 not.
- (34) Dönmezer-Erman II, s. 49, Erem, Tandoğan, Bankalar Kanunu Şerhi (Ankara, 1989), ss. 327.
- (35) bk. Cavallo, s. 112, kşz. Carnelutti, teoria generale del reato, s. 142 Sallenti (C.), Di Falco (E.), Commentoteorico-pratico del nuove codice penale (I, Torino, 1931), s. 305, n. 166.
- (36) Garraud, Traite teorigne et pratigue de droit penal français (Paris, 1888, I, s. 391), Roux, Coursde droit criminel français (Paris, 1927, I. s. 182), Donnediee de Vabres Trcite elementaire de droit criminel et del egislation pimal compre (Paris 1938 s. 243).

#### 4) Hakkın Kötüye Kullanılması :

Hakkın sınırının aşılması ve hakkın kötüye kullanılmasının suç sayılması aynı mevzuat içinde ahengi sağlar.

Hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Tasarı «hakkın icrası»ndan söz ederken elbette bunu kasetmiştir» (37).

«Hükümete müsaevata muktedir» olmasına rağmen kendiliğinden hak alan kişi «hak»ını kötüye kullanmıştır (bk. TCK 308).

Kendi malını yakmak suç değil ise de başkasını şahsen veya malen zarar veya tehlikeye maruz bırakan kişi (TCK. 381) artık «kendi malını yakmak hakkı»ndan faydalanmış olamaz (38).

### III. RIZA

Yasal modele uygun bir fiil, yani suç hak sahibinin rızası ile bu teliğini yitirir (39). Suç vasfı kalkmıştır.

Bir anlayışa göre «tasarruf edilebilen hak» Devletin münhasıran ferdin serbestce kullanılmasına tanınmış haklardır (40). Bu anlayışa göre rıza konusu Devletin menfaati olan haklara (Devletin şahsiyetine, idare aleyhine, adliyeye karşı suçlar gibi) muayyen olmayan sayıda kişilere karşı işlenen suçlara ilişkin haklara (ammenin nizamı, selameti, ammenin itimadı, ekonomisi, ahlakına karşı suçlar gibi) ilişkin olanlara etkili değildir.

#### 1) Geçerli Rıza :

Tasarı şu hükmü öngörmektedir (m. 30/2): «Üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı da kimseye ceza verilemez».

Yeni İtalyan Kanununa göre (m. 50) «üzerinde muteber bir şekilde tasarrufta bulunulabilen bir hakka kişinin rızası ile zarar veren veya tehlikeye sokan kimse cezalandırılmaz». Bu hüküm tasarıdaki hükmün hemen hemen aynıdır.

Rızanın konusu zarar verilen veya tehlikeye sokulan «hak»dır. Bütün haklarımızı, yoksa bazı haklarımızı bahis konusudur? Tasarruf edilebilen

(37) Özlü bilgi için bk. Dönmezer-Erman, II, s. 38.

(38) bk. Antolisei, s. 203.

(39) Maggiore, s. 286, no: 10.

(40) Antolisei (Elementi..), s. 60.

haklar düşünölmüş, tasarıda bu haklar dahi «üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak» olarak açıklanmıştır. «Bunu tayin kolay değildir» (41). Tasarının Meclis Komisyonlarında tenviz edilmesi temenni olunur. Eğer bu yapılmazsa uygulamanın bir çözüm getirmesi beklenebilir. Bunun için ise «üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak»a ilişkin rıza yerine «gerçek rıza» denilmesi isabetli olur. Her ne kadar cinsi temasa gösterilen rıza geçerli ise de bu sırada müessir fiile rıza geçerli değildir (42).

Rıza ciddi ve gerçek olmalıdır. «irade beyanı»nda irade ile beyan arasında çelişki bulunmamalıdır (43).

Rızanın varlığı «zimnen» kabul edilebilir. «Mağdurun razı olduğu, hal ve durumundan anlaşıldığı taktirde, fiilin işlenmesine engel olmaması, ses çıkarmaması da rıza şeklinde kabul edilebilir» (44).

«Mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez» (Tasarı 30/2) kuralı ile «hakkın icrası» bir biri ile karışmış gibidir. Mağdurun «üzerinde mutlak surette tasarruf edemeyeceği bir hak» bahis konusu ise «hakkın icrası» mazereti etkili olabilir mi?

Rıza yeterlidir, anlaşma aranmaz. Rıza tek taraflı bir irade beyanıdır. Fail bilmese dahi rıza geçerlidir. Rıza şekle bağlanmamıştır. Kanunun veya örf ve âdetin kabul ettiği her şekil içinde rıza geçerlidir. Söz, yazı, jest, icabi, selbi fiil, hatta «sükut» biçiminde olabilir (45).

## 2) Rızanın Niteliği :

Geçerli rıza'nın nasıl olabileceği konusu tartışmalıdır.

Bir anlayışa göre ceza kuralının koruduğu çıkarın (menfaatin) sahibi olan kişi, diğeri bir deyimle suçun hukuki konusunu teşkin eden çıkarın ilgilisi, başka bir deyişle «suçun pasif sujesi» olan kişi rızanın sahibidir. Bu kişinin rızası geçerlidir. Yeterki bu kişinin rızası (küçüklük, akıl malûliyeti, temyiz kudreti yokluğu gibi) sakatlanmış olmasın (46).

Suçun mağdurları birden fazla ise her birinin beyanda bulunması gerekir. Hepsi rızalarını beyan etmelidirler ki fiil suç olmaktan çıksın.

(41) Maggiore, s. 290.

(42) İtalyan temyiz kararı, bk. Lattanzi, m. 50, nt.

(43) Foschini (G.), Reati e pene (Studi, Milano, 1960) s. 4.

(44) Dönmezer-Erman II, s. 77.

(45) Maggiore, s. 289.

(46) Bettiol (G.), Diritto penale (Palermo, 1962), s. 263.

«Rıza, suçun işlendiği sırada veya suçun işlenmesinden önce bulunmak gerekir» (47). Suçun işlenmesinden sonra rıza (icazet) etkili olamaz.

Tasarıda (m. 30/2) «üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak»ka ilişkin rızadan söz edilmektedir. Bu hükmün benzeri olan İtalyan Kanununda (m. 50) ise rızanın hukukten geçerli olması yeterli görülmüştür. O halde rıza işlenen suçta göre değil, hakkın vasfına göreler. O halde hakka zarar veren veya tehlikeye sokan fiile rıza göstermek değil, açıklanan rızanın üzerinde tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olmasıdır. Böyle olunca «icazet»in cezayı kaldırabileceği iddia olunabilir (48).

Halen Kanunumuzda rızaya ilişkin genel bir kural yoktur. Tasarı bu boşluğu doldurmaktadır.

Mağdurun rızasının ceza hukukunda geçerli olabilmesi için bazı koşullara uygun olması gerekir.

Tasarıda (m. 30/2) «üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, mağdur tarafından açıklanan rıza çerçevesinde, işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez» denilmektedir. Bu hüküm bütün suçlar için geçerlidir. Buna karşın «talep üzerine öldürme suçu» (Tasarı m. 135) mağdurun rızasından (Tasarı m. 30) ayrı bir hükümdür. Çünkü talep üzerine öldürme halinde üzerinde tasarruf edilebilmesi mümkün bir hak bahis konusu değildir.

Yürürlükteki kanunda rıza veya talep halinde öldürme suçu hakkında hüküm yoktur. Tasarıda ise (m. 135) şu hüküm yer almaktadır: «İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap veren bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadı ile öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir (49):

«Üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek hak» üzerinde durulacak bir konudur. Zira rızanın hukuka uygunluk doğurması ancak bununla mümkündür. Takibi şikayete bağlı suçlar bakımından tereddüde lüzum yoktur. Şeref ve haysiyete ilişkin suçlarda böyledir.

(47) Dönmezer - Erman, II, s. 78.

(48) Tartışma için bk. Maggiore, s. 287, n. 10.

(49) Talep, üzerine öldürme için bk. Erem, Özel Hükümler, II, s. 288, Florian, VI, s. 44, Antolisei, I, n. 12, s. Manzini VII, n. 2378, Badre, L'influence du consentement de la victim, Carrara (Programma...) I, s. 1087, Ferri, L'omicidiosuicidio (Torino, 1855).

Kanun koyucunun, rıza ile suç olmaktan çıkarılmasında sakınca görmediği hakların tasarının 30. maddesinde yer alan «tasarruf edilebilir hak» olduğu biçiminde bir anlayış kabul edilebilir (50).

Tıbbi ameliyatlarda rıza üzerinde durulmaktadır :

Tıbbi müdahalelerde de meslekin yasal kurallarından gelen «hak» ele alınır. Esasında bu «Kanun»dan gelen bir hak sayılabilir.

a) Tıbbi müdahalede (Örneğin, cerrahlıkta) «tipiklik» meydana gelmemiştir. Çünkü müdahale zarar vermek için değil, kurtarmak maksadı ile yapılmıştır.

b) Manevi unsurun yokluğu ile tıbbi müdahalenin cezasının yokluğunu savunanlara göre hekim suç işlemek kastı ile değil, hastasına iyilik getirmek için hareket eder. Kusurlu hareketi hekimin «taksirli sorumluluk» halini doğurur.

c) Diğer bir görüş toplumun yararının üstün tutulmasıdır. Genel olarak sağlığın korunması esastır.

d) Genellikle tıbbi müdahalenin geçerliliği mağdurun rızası ile açıklanmaktadır. Eğer hekimin mağdurun rızası olmaksızın veya rızaya karşı fiili işlemiş ise suçlu sayılacaktır.

### 3) Rızanın İspatlanmamış Olması :

Mağdurun rızayı açıklamak ehliyetine sahip olması, suç işlenmiş olsa idi zarar göreceğ hakkın sahibi olması gereklidir. Rızanın sakatlanmaması şarttır.

## IV. SINIRLARIN AŞILMASI

### 1) Taksirli Sorumluluk :

Tasarıda (m. 31) şu hüküm yer almaktadır: Yukarıda sayılan «Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde fiil, taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza altında biriden üçte birine kadar indirilebilecek hükmolunarak sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilemez».

Tasarı gerekçesinde (sh. 1871) şöyle denilmektedir: «31. madde hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ne suretle işlem yapılacağı» gösterilmiştir.

(50) Antolisei, s. 207.

Sınırın taksirle aşılması halinde evvela kullanılan hakka bakmak lazımdır. Eğer hak esasen mevcut değilse aşırılıkta sözkonusu olamaz. Bu objektif bir koşuldur.

Taksirle sınırın aşılmasını saptamak için hakkın kullanılmasının sübjektif ve objektif sınırları açısından failin psikolojik durumu üzerinde durmak lâzımdır (51).

Zabıta memuru yakaladığı kişinin kelepçe takarken şiddete kaçarak kolunu kırsa tedbirsizlikle müessir fiilden hüküm giyer (TCK 459). Başkasının arazisine hayvanını aramak için giren, ekine zarar veren kişi cezalandırılmaz. Çünkü fiil cezalandırılmamıştır. Tasarıdaki «sınırın kast olmaksızın aşılması» (Tasarı m. 31) böyle anlaşılmalıdır.

Kanunun koyduğu sınırın kast olmaksızın aşılması hak sahibinin taksirden ceza görmesini gerektirecektir. Kaçanı meşhut suç halinde yakalamakla birlikte müessir fiilde bulunan kişinin yakalananın zaruri kıldığı hareket dışında (yakalananın dövülmesi gibi) ceza verilmesi gerekecektir. Eğer sınır bilerek ve isteyerek, yani kasıtlı aşılmış ise, artık taksirden söz edilemez. Fail kastına göre ceza görür (52).

## 2) Taksirin Çeşitleri :

Tasarı (m. 22/3) Basit taksir ile «şuurlu taksir»i ayırmış, «failin tahmin ettiği neticeye istememesine rağmen, neticenin meydana gelmesi halinde»ni şuurlu taksir olarak tanımlamıştır. Acaba bu ikinci tür taksir bahis konusu ise çözüm nasıl olacaktır? Her halde «taksir» hakkındaki hükme itibar gerekecek, ceza üçte bir arttırılacaktır (Tasarı m. 22).

Hak sınırlarının «taksir» ile aşılması halinde fiil kanunda taksirle cezalandırılıyorsa ona göre fail (hak sahibi) ceza görür. Eğer kanun taksir görmüyorsa fiil cezalandırılmaz (53).

## 3) Heyecan, Korku, Telaş :

Tasarı gerekçesinde (sh. 188) şöyle denilmektedir : (31. maddenin son bendi ise (ikinci fıkrası) sınırın, mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaş sebebi ile aşılmasını bir cezasızlık sebebi saymaktadır). Böylece heyecan ve korku adalet psikolojisi konusu olarak tasarıya alınmış olmaktadır (54).

(51) Cavallo, s. 240, n. 4.

(52) İtalyan Yargıtay kararı. bk. Lattanzi, n. 55, nt.

(53) Cavallo, s. 239, n. 3.

(54) Erem, Adalet Psikolojisi.

Sınırı aşan kişinin psikolojik durumu üzerinde durmak gerekir. Böyle hallerde heyecan, korku, telaş nazara alınmak durumundadır (m. 31/2) o halde heyecan, korku, telaş «sınırın taksirle aşılması» halinde uygulanacaktır. Fakat madde «kasıt» olmaksızın aşılmak halinden söz eder. Bu kayıt tereddüt doğurmaktadır.

«Heyecan», «korku», «telaş» tabirleri gerekçede açıklanmış değildir. Esasında korku, heyecanın bir çeşididir. Bu itibarla ayrıca maddede yer alması lüzumsuzdur «telaş» ise teknik bir terim sayılamaz. Eğer «Heyecan» terimi nazara alınırsa buna «gazap» halı de (haksız tahrik) dahil olurki uygulamada garip sonuçlar meydana gelecektir (55).



---

(55) bk. Erem Adalet Psikolojisi, (8. Bası Ankara), s. 102-122), Heyecan'ın İzahı (s. 102), Heyecan-İrade (s. 108), Gazap (s. 111), Korku (s. 118).

## «KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK İLKESİ» GEREKMEDİĞİ HALDE BAZI EYLEMLERİ SUÇ SAYMANIN HAKLI GEREKÇESİ OLABİLİR Mİ?

**Vural SAVAS (\*)**

SHP Milletvekili ERDAL KALKAN'ın «Kadın ve erkeğin zina suçlarına verilen cezaların eşitlenmesini» öngören kanun teklifi, yakın bir gelecekte TBMM Genel Kurulunda görüşüleceğinden, güncel hale gelen bu konunun her yönü ile tartışılmasında yarar bulunmaktadır.

Yargıtay Temsilcisi olarak bulunduğum Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalar sırasında, farklılığın korunmasını isteyen bazı konuşmacılar, yıllardır yerli ve yabancı çeşitli bilim adamlarının yazıp, söylediklerini tekrarlamışlardır. Birkaç örnek vermekle yetiniyorum :

Karısının zinasının kocaya verdiği zararın, kocanın zinasının kariya vereceği zarardan çok daha ağır olduğu tartışma götürmez. İhanete uğrayan kariya yalnız acınır; ama ihanete uğrayan erkek, ihanete uğradığını bilmiyorsa gülünç, ihanete katlanmışsa namussuz, yok bunu umursamadan kabul etmişse haysiyetsizdir. Bütün bu hallerde aile sarsılmakta, itibarında görünür bir azalma olmaktadır. Şimdi, hukuk, nasıl olur da toplumsal bir değerlendirmeyi gözönüne almayabilir. Karının zinasının daha ağır görülmesinin nedeni, bundan daha büyük toplumsal zararın doğmasıdır. Bu fark da, karının ve kocanın zinası arasında ayırım gözeten kanunun sistemini haklı kılmaktadır -MAGGIORE, Diritto Penale, S. 632-.

Farkı kabul eden bilim adamlarına göre: Kadının zinası, evliliğe kocanın zinasından daha fazla zarar verir. Kadının tek zina fiili aileye şüpheli çocuk sokmaya müsaittir. Kadının tek cinsi münasebeti onu şerefsiz bir kimse haline getirir; halbuki erkeğin kadınlarla ilişkisi çapkınlık olarak nitelendirilir. Kadının tek zinası onu şerefsiz bir duruma sokmakla kalmaz, aynı zamanda kocayı ve çocuklarını da toplum içinde küçük düşürücü bir etki gösterir. Kocaya bir fahişenin kocası, çocuklarına da fahişe çocuğu gözü ile bakılır. Bu itibarla, erkeğin zinası basit değil, mevsuf hal aldığı zaman kabul edilmelidir -AYHAN ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1987, S. 579-.

Kanun teklifinin yasalaşmasını arzulayan konuşmacılar ise, daha ziyade Anayasanın 10 ncu ve 41 nci maddelerine dayanarak, kadın ve erkeğin zina suçlarına verilen cezaların eşitlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

---

(\*) Yargıtay 1. Ceza Dairesi Üyesi.



Tartışma konusuna bu şekilde açıklık getirdikten sonra, bu konuyla doğrudan ilgili «Kanun önünde eşitlik ilkesi, gerekmediği halde bazı eylemleri suç saymanın haklı gerekçesi olabilir mi?» sorunu konusundaki görüşlerimin tartışmaya açılmasında yarar bulunduğu kanaatindeyim.

1 — Herşeyden önce, bazı eylemleri suç saymanın; Devlete, insanların özgürlüklerini kısıtlamanın, başka bir deyişle onları hapse atabilme veya başka çeşit ceza verebilme hakkını vermenin haklı gerekçeleri nedir, şimdiye kadar bu konuda neler ileri sürülmüştür? Hangi hususlar gözönünde tutulmazsa haksızlık, hatta zulüm başlar... Bu hususlar, satır başlarıyla da olsa açıklığa kavuşturulmadan, konuya aydınlık getirilemeyeceği kanaatindeyim.

a) Ceza vermek hakkının esası, genel barış ve güvenliği, buna saldıranlara karşı savunma zorunluğuna dayanır. Toplumun iyiliği için hürriyetin bir kısmından fedakârlık edecek hiç kimse yoktur. İnsanları hürriyetlerinin bir kısmından fedakârlık etmeye zorlayan şey, zaruret veya mecburiyet olmuştur -BECCARIA-.

b) Ceza Kanunlarının hazırlanmasında manevi mülahazalara üstün değer tanımak lâzımdır. Suç sayılmasında hukuken zaruret olmayan fiillerin suç sayılması veya bir suça miktar ve mahiyet bakımından fazla ceza verilmiş olması, kanun yapma hakkının suiistimalidir. Bu hakkın suiistimali, kanunlara itimat duygusunu zayıflatır -FARUK EREM, Türk Cza Hukuku, Cilt 1, 1984, S. 51 -.

c) Devlet, toplum düzenini sağlamak için ceza vermek yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Ceza vermek hakkının devlet tarafından, toplum kültürü ile uyumlu bir biçimde kullanılması zorunludur (JECHECK, DEHLER). Toplum kültür düzeyinin kişilere sağladığı temel hak ve özgürlükleri hiçe sayan ceza hukuku kurallarına, bizzat toplum buna uymamak suretiyle tepki gösterir ve bu tepkinin sonucu olarak devlet gücünü yitirir.

Ceza hukukunun günümüzdeki özel fonksiyonunu, uzlaştırıcı teorilerin bugün ulaştığı çizgide aramak gerekir: ceza hukukuna özgü amaçlardan ilkinin «toplumsal yaşantı yönünden en önemli değerleri özel bir biçimde korumak» olarak belirtebiliriz... Cezanın azap verici ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini önemli biçimde kısıtlayıcı özellikleri, bu yaptırımın sadece sosyal yaşantı bakımından çok önemli olan çıkarların korunmasına hizmet etmesine olanak verir... Ceza hukukunun genel ve özel önleme hedeflerine yönelik olması, yani ceza yaptırımının korkutucu niteliği sayesinde suç işlenmesini önleme fonksiyonu görmesi, failé kusurunun gerektirdiğinden daha ağır bir cezanın uygulanmasını sonuçlaya-

maz... Ceza hukuku, eşit düzeydeki iki tarafı (suçlu ile mağdur) arasındaki sorunların çözülmesi amacıyla yönelik olmayıp, suç ile bozulan hukuk düzeyinin üst düzeydeki Devlet tarafından, suçlunun cezalandırılması suretiyle yeniden düzene sokulması esasına dayanır.

Ceza hukukunun, bireyleri toplumun ahlâk kurallarına uydurma gibi bir amacı bulunmamasına karşın, ahlâk normları ile ceza hukuku arasındaki ilişki inkâr edilemez. Şöyle ki; toplumun ahlâk normlarına tamamen aykırı ceza hukuku kuralları konulamayacağı gibi, yüksek ahlâki değerlere aykırı davranışları da ceza hukuku görmezden gelemez. İşte bu nedendir ki, ceza hukuku kanun koyucunun istediği biçimde davranabileceği, istediği normları koyabileceği bir hukuk dalı değildir. Kanun koyucunun bu alanda diğer hukuk dallarından daha da özenli hareket etmesi ve özellikle toplumun yüksek ahlâki değerlerini dikkate alması zorunludur -İÇEL/DONAY, Ceza Hukuku, 1988, S. 6-19-.

ç) Modern Ceza Hukukunun, suç ile mücadelede izlediği bir başka önemli prensip de faydacılık (pragmatisme)dir. Bunun içinde belirli saplantılardan sıyrılmak, metafizik kavramlara bağlanmaktan kurtulmak gerekir -DÖNMEZER/ERMAN, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 8. Bası, S. 15-.

d) Toplumsal bakımdan, bir fiilin suç sayılıp sayılmaması, esas itibarıyla kamu oyuna, kamunun hükmüne bağlıdır. Toplum nizamını bozan fiiller suç sayılmıştır. Bu itibarla suç, toplumsal bir olaydır -A.P., GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Açılması, 3. Bası, Cilt 1, S. 15-.

Ceza Kanunları bakımından, suç siyaseti itibarı ile en önemli konulardan birisi, suçların ve müeyyidelerinin halkın kabul ettiği sosyal değerler hiyerarşisine intibak ettirilmesidir. Bunun için ise, herşeyden önce Kamunun değişik suçların ağırlığı, belirli fiillerin suç teşkil edip etmemesi hususunda nasıl düşündüğünü tesbit etmek gerekir. Bu bakımdan Avrupa ve Amerika'da Kamuoyu yoklamaları yapılmaktadır -S. DÖNMEZER, Kriminoloji, 6. Bası, S. 20-.

e) Tecrübe göstermiştir ki, ceza adaletinin çağdaş bilincine ters düşen, kaba ve vahşi uygulaması kadar hiçbir şey, suça olan gizli eğilimleri kamçılayamaz. Ancak haklı ve eyleme uyan bir ceza, gerçekte cezanın genel önleme ödevini gerçekleştirebilecektir (MEZGER).

Bu düşünceler, cezanın şiddetinden ölçsüz yararlanmanın sakıncalarını ortaya koymaktadır. Gerçekten, gereğinden çok ağır, suçlunun kusura ile orantılı olmayan, suça uymayan cezaların umulan olumlu sonucu vermedikleri bilinmektedir. Şiddetli ve haksız cezaların, ceza terörizmine yol açmaktan başka bir şeye yaramadıkları söylenebilir.

Ceza bir araçtır, ilaç gibi yerinde ve dozunda kullanılmalıdır. İyi bir ceza politikası, özel ve genel önleme etkilerine göre cezaları tartar, hangi suç için hangi cezanın ne ölçüde verilmesi gerektiğini araştırır. Bilimsel ölçülere uymayan cezalandırma çabasının sonu başarısızlıktır.

Eylem özgürlüğü bir temel haktır ve ancak toplum düzeninin gerektirdiği yerde ve ölçüde sınırlanabilir. Özgürlüklerle, toplum düzenini gereksiz sınırlamalara yer vermeden bağdaştırmak hukuk politikasının başarı şartıdır. Kusurla orantılı olmayan bir ceza, doğruluk duygusunu zedeleyeceği için etkin olamaz.

Geleneğin, bir takım suçları anlamsız ve geçersiz bırakacağı düşüncesi doğrudur. Örneğin, aslında suç sayılan bir eylem, geleneksel karnaval gecesinde suç sayılmayabilir (JSCHECK). Eylemin hukuka aykırılığını kaldıran bir takım sebepler, gerçekten halk geleneklerinde oluşmuştur. Spor gelenekleri bu konuda en iyi örnektir. Cirit, güreş, boks gibi sporlarda oyun kurallarına uygun eylemler karşı oyuncuya zarar verse de, cezalandırılmazlar. Gelenek böyledir. Aile başkanının, ya da öğretmenin çocukları tedibi (dövmesi, azarlaması), makul bir ölçüyü aşmaması şartı ile geleneğin izin verdiği bir eylemdir. Ceza hukuku, bu hakkı tanımıştır. Yakın zamanlara kadar düello da böyle idi. Ancak ağır tehlikesi ve zararları anlaşıldığından, modern ceza hukuku düello geleneğini artık reddetmektedir. Zamanla değişen gelenekler, kadın-erkek ilişkilerinin daha serbestçe geçmesine izin vermektedir ve bu gelişim önceden suç sayılan eylemleri, suç olmaktan çıkarabilmektedir -T.T. YÜCE, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt 1, S. 19-82-.

Doktrin, ceza kanunlarının yorumu yönünden de örf ve adete büyük önem vermektedir. Özellikle, çeşitli sosyal ortamlarda, değişik biçimde değerlendirilen ve esnek, yani çeşitli yorumlara elverişli olan fiiller yönünden durum böyledir. Örneğin kanunun şereften, haysiyetten, genel ahlâk ve adaptan sözettığı durumlarda olduğu gibi -N. TOROSLU, Ceza Hukuku, 1988, S. 22-.

f) Her değerlendirme, değer ölçülerini zorunlu kılmaktadır. Menfaatler çatışması, irade ihtilafları üzerine eğer o değil de bu kural oluşturabiliyorsa, bu demektir ki, oluşturulan kural gayeyi sağlamaya yeterli görülmekte, başka bir deyişle adil ve doğru sayılmaktadır. Adalet ve doğruluk kavramları mahiyetleri bakımından toplumsal birer değerdirler. Bu nedenle, çatışan menfaatler, muhteva bakımından aynı da olsalar, bunları düzenlemede varılan sonuçlar farklı olabilmektedir -Z. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, 1987, S. 25-.

g) Hukukun ön planda, bir sınırlamalar düzenlemesi olarak ortaya çıktığı doğru ise de, günümüzde hukuk sadece bu işlevi yerine getir-

mekle yetinemez. Onu bir sınırlar ve frenler mekanizmasına indirgemek doğru olmaz. Hukuk, çeşitli organizasyonlar ortaya koyduğu ve sosyal hayatın gelişimini tahrik ettiği için, aynı zamanda organize edici, itici ve geliştirici bir ödevde de sahiptir. Bir başka deyişle çağdaş devlet, bireylerin menfaatlerini uyumlu hale getirmek ve bunlar arasındaki çatışmaları gidermek gibi, sadece negatif bir işlevle yetinemez. O, aynı zamanda, hem ortaklaşa hayat şartlarını korumak, hem bu şartları geliştirmek ve hem de belirli hedeflere yönelmek için toplumsal bilinci değiştirmek gibi amaçlarla, esas itibarıyla aktif bir davranış ortaya koyar -N. TOROSLU, adigeçen eser-.

h) Bu arada Türk Ceza Kanununun ilkelerine, özellikle «genel ahlâk ve aile düzeni aleyhine cürümler»in düzenlenişindeki, pekçok ülkeden ileri ve çağdaş hükümlere değinmekte yarar bulunmaktadır. Zira kanunumuzu doğru anlamadan, onda değişiklikler yapmak sakıncalıdır.

XVIII. yüzyılın sonlarına doğru başlayan felsefi hareketler, ceza hukuku alanında da devrim sayılabilecek büyük değişikliklere neden olmuştur. Türk Ceza Kanununun kaynağı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, CARRARA'nın görüşlerine, dolayısıyla ceza hukuku konusunda ileri sürülen çeşitli görüşleri bağdaştırıcı karma kurama dayanmaktadır.

Bu kuramı savunanların oluşturduğu okula, bazı yazarlar «Klasik Okul», bazı yazarlar «yeni klasik okul» adını vermişlerdir. Bu teoriye göre; ceza, hem adaleti yerine getirmek, hem de toplumu savunmak için verilmektedir. Cezanın ölçüsünün, iki sınırı bulunmaktadır. Adalet ve toplumsal yarar ölçüleri. Bu iki sınırın en ufak biçimde aşılması durumunda, toplumun ceza vermek hakkı durur -E. ARTUK, Ceza Hukuku El Kitabı, S. 1 ve sonrası-.

Türk Ceza Kanununun 2. Kitabının 8. faslında yer alan «Genel Adap ve Aile Nizamı Aleyhindeki Suçlar», aynı başlıkları taşımalarına rağmen mehzaz 1889 Kanunundan ayrılmış bulunmaktadır. Bunun yanında Türk Ceza Kanununun özellikle, değil kanunlaştığı tarihte, bugün dahi birçok uygar sayılan devletin ceza kanunlarından daha özgürlükçü bir anlayışla konuyu ele aldığı ve düzenlediği görülmektedir. Kişinin «özelinde» kafan konular, ahlâk açısından tasvip edilmese bile, kanun tarafından cezalandırılmamıştır. Mehzaz kanunda ve diğer birçok kanunlarda suç olarak ele alınıp karşılığında ceza öngörülen fücur (=inceste), homoseksüellik, tabiata aykırı davranışlar, fahişelik, fahişe dostluğu kanunumuzda suç olarak ele alınmamıştır. Gerçekte bu çok ileri bir adımdır. 1964 yılında yapılan 9. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması konusunda ceza hukukçuları arasında tartışmalar yapılmış ve halen de çeşitli ülkelerin öğretisi ve yasama alanında tartışmalar

yapılmaktadır. Bu davranış ceza kanunumuzun «liberal» çatısına uygun düşmektedir. -DUYGUN YARSUVAT, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği, Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, S. 645-.

Açıklamaya çalıştığım tüm bu hususlar gözönünde tutulmaksızın yasa değişikliği yapılarak, mademki kadının bir defa cinsel ilişkide bulunmasının zina suçu sayılmasında zorunluluk var, öyle ise erkeğin eylemini de aynı şekilde cezalandıralım. Böylece hem kanun önünde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda ileri bir adım atılmış gibi görünür, son günlerde sesi çok iyi çıkan feminist çevreleri memnun eder, hem de dinsel çevrelerden olumlu puan alırız düşüncesiyle bir taşla iki kuş vurulmak istenmektedir.

Bu konudaki tartışmalar bana iki özdeyişi hatırlattı. «Ey hürriyet (burada eşitlik) senin adına ne cinayetler işleniyor» ... «Altından kendini gözet, zehiri teneke kupa içinde sunmazlar».

Çağımız özgürlükler çağıdır. İnsan özgürlüğünün gerekmediği halde bilimsel olmayan gerekçelerle kısıtlanmasına, kanunumuzun liberal çatısında bir delik daha açılmasına asla izin vermemeliyiz. Yorumlarımız bu doğrultuda olmalıdır.

2 — «Kanun önünde eşitlik» ceza kanununun bir hükmü dolayısıyla ortaya çıktığında bile, ceza hukukunun değil, Anayasa hukukunun bir konusudur (MORTATI). Ceza hukukunun «kanun önünde eşitlik» adında bir meselesi yoktur. Böyle olunca, zina suçlarında koca bakımından sağlanan kanuni üstünlüğünün kanun önünde eşitlik ilkesinin bir ihlalini teşkil edip etmediği hususunun incelenmesi, doğal olarak bu araştırmanın sınırları dışında kalmaktadır. Ancak, ihtiyatlı olmak kaydıyla, bir yargı belirtmek gerekirse, doktrinindeki yaygın kanaate uyarak, evlilik dışı cinsel ilişki düzeyinde kariya nazaran kocanın pek geçerli bir nedene dayanmayan kanuni üstünlüğünün, «çağımızda egemen olması zorunlu kadın ve erkek eşitliğini» ihlal ettiği söylenebilir, denilmiştir. -ZEKİ HAFIZOĞULLARI, Zina Cürümleri, 1983, S. 192-; -F. EREM, Zina, S. 133-134-.

Bu düşüncelere, Anayasa hukuku açısından yaptığımız incelemede de katılma olanağı bulamadık. Şöyle ki;

a) Anayasamızın 10. maddesinde «Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar», 41. maddesinde «Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet,

ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatını kurar» hükümlerine yer verilmiştir.

Sadece bu hükümlere bakarak, gerekmediği halde suç ihdas edilemez, insanların hürriyeti kısıtlanamaz.

Benzeri hükümlerin yer almadığı çağımızda hiçbir Anayasa yoktur. Buna rağmen, Arjantin, Portekiz, İspanya, Amerika Devletlerinden bazıları kadın-erkek zinasını farklı hükümlere tabi tutmuşlar; Yunanistan, Romanya, Avusturya ve İsviçre gibi ülkeler farklı hükümler kabul etmemişler; Alman kanun koyucusu 1973 yılında, Fransa 1975 yılında zinayı suç olmaktan çıkarmıştır.

Görüldüğü gibi mesele, Anayasa meselesi değil, kültür ve suç siyaseti meselesidir.

b) Kişi dokunulmazlığı, kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve beden özgürlüğünü kapsadığından hak ve özgürlüklerin en önemlisi sayılmaktadır. Toplum içinde yaşayan kişinin herşeyden önce hayat hakkı, yaşama hakkı olmalı; kendisine eziyet ve işkence yapılamayacağından, insan onuruyla bağdaşmayacak cezaya mahkûm edilemeyeceğinden ve özellikle keyfi olarak tutuklanıp cezalandırılmayacağından emin olmalı, canını ve fiziki bütünlüğünü güven altında hissetmeli ki, diğer hak ve özgürlüklerin kendisi için bir anlamı olsun. GÜRBÜZ ÖZBİLGİN/MUAMMER OYTAN, T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları, S. 23-

1961 Anayasasına ilişkin Anayasa Komisyonu Raporunda «Temel hak ve özgürlüklerin en başında geleni, bir şahsın kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve fizik hürriyeti sağlanmadıkça ferden iç huzuruna kavuşmasına ve diğer birçok hürriyetlerin fiilen gerçekleşmesine imkân yoktur», Anayasa Mahkemesinin E. 1963/132, K. 1966/29 sayılı kararında «insan onuru (haysiyeti) kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler, gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış ve tanıma çizgisidir ki, ondan aşağı düşünülünce yapılan işlemler ve davranışlar yöneldikleri insanı insan olmaktan çıkarırlar... İnsan haysiyeti kavramı, insana sadece insan olması bakımından kazandırılmış ve tanınmış değerlerden ibarettir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmıştır» denilmek suretiyle, aynı hususlar vurgulanmıştır.

Bu ilkeleri gözönünde tutmayan bazı hukukçular, birkaç Anayasa maddesini ardarda sıralayıp, gerekmeyen hallerde bile, insan özgürlüğünün sınırlandırılmasına kolaylıkla razı olabilmektedirler.

c) Konuya ilişkin görüş açıklayan yazarların bir kısmı tam bir çelişkiyi sergilemişlerdir.

Meselâ, ZEKİ HAFIZOĞULLARINA göre (adıgeçen eser, S. 196) «TCK. nun 440 ve 441. maddelerinin Anayasanın 12. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu söylemek pek kolay olmakla birlikte, doktrinadaki düşüncelerin ışığında Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarını yerinde bulmak mümkün değildir».

DÖNMEZER ise, bir yandan «Biz kadın ve erkeğin zinasının ayrı şartlara tabi tutulmasının daha muvafık olacağı fikrinde bulunuyoruz. Bir ke-re memleketimizin sosyal şartları, kadın ve erkeğin tabi olduğu cinsiyet kotlarını ayrı surette tanzim eylemiştir: Kocasından başkasıyla münasebette bulunan kadın, hem muhitinde bütün şerefini kaybetmiş olur ve hem de koca ve çocuklarını küçük düşürür. Ayrıca bir tek münasebetle kadının gebe kalması ve nesep rabitalarını bozması tehlikesi vardır. Halbuki, erkeğin eşinden başkasıyla münferit bir cinsi münasebeti aynı derecede vahim telakki edilmemekte ve aynı tehlikeyi ortaya koymamaktadır» derken, diğer yandan «Anayasa Mahkemesi, aslında 440 ve 441. maddeleri birlikte iptal etmeli ve kanun koyucunun eşitliği sağlayıcı hükümler getirmesi için iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye ertelemeliydi» diyebilmiştir -DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 1975, S. 358-.

d) Aynı çelişki, yabancı Anayasa Mahkemesi kararlarında da mevcuttur. Bilindiği gibi, Yeni İtalyan Ceza Kanununun 559 ve 560. maddelerinde de kadın ve erkeğin zinası farklı şekilde düzenlenmişti.

İtalyan Anayasa Mahkemesi 23.11.1961 tarihli kararında «Ceza Kanununun 559. maddesi hükmü, Anayasanın 3 ve 29. maddelerinde düzenlenmiş olan kanun önünde eşitlik ilkesi, vatandaşların zararına keyfi ayrıcalıklar konulmasını önlemeye matuftur. Ancak, bu, kanun koyucunun herkes için aynı düzenlemeyi koymaya zorunlu olduğu anlamına gelmez. Tersine, bu, kanun koyucuya farklı durumlar için, farklı hükümler koyarak toplumsal hayatın muhtelif yönlerini ve hukuk normları uydurma imkânı veren yasama mantığının vazgeçilmez bir gereğine cevap vermektedir. Söz konusu bu yorum, yalnızca genel olarak eşitlik ilkesi için değil, ama aynı zamanda özel bir araştırmayı gerektiren her norm için, öyleyse Anayasanın 29. maddesi için de geçerlidir. Evlilikte sadakate hakkı olmak, karının zinasında cezai himayenin tek konusu değildir. Böyle olsa bile, bu, Ceza Kanunun 559. maddesinin ihlalin vahametine ve ağırlığına rağmen, Anayasaya aykırı olması için yeterli bir neden değildir. Ama, herhalde 560. maddeye nazaran 559. maddenin koyduğu farklı dü-

zenleme, ailenin birlik ve bütünlüğünün temini için kanunca konan sınırlar içine girmektedir» denilmesine rağmen;

16 Ekim 1968 tarihli kararında «Bugünkü toplumsal gerçeklik karşısında, yararlı olmaktan uzak cezalandırmanın, ailenin birlik, bütünlük ve uyumuna ağır zarar verdiğini kabul eder. Kanun, kocanın zinasına önem bahsetmeyip karının zinasını cezalandırırken, onuru zedelenen, sadakatsizlik ve hakarete katlanmaya zorlanan ve ceza hukuku alanında himayesiz bırakılan kadını daha aşağı bir düzeye koymaktadır. Bunun için, mahkeme, 559. maddenin birinci fıkrasında konulan cezalandırmanın ailenin birlik ve bütünlüğünü temin etmediğini, tersine kocaya bir ayrıcalık bahsettiğini ve bunun her ayrıcalık gibi eşitlik ilkesini ihlal ettiğini kabul etmektedir. Bunun için, Anayasa Mahkemesi, CK.nun 559. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmektedir» diyebilmiştir.

Her mahkemé gibi, Anayasa Mahkemelerinden de çelişkili kararlar çıkabilir. Ancak, sonraki kararın hukuka daha uygun olduğunu söylemek her zaman mümkün değildir. Kararlardan hangisinin daha isabetli olduğunu değerlendirme bakımından, kanaatimce NUVOLONE'nin düşünceleri büyük değer taşımaktadır.

NUVOLONE bu konuda şunu demektedir: Bizce, Anayasadaki anlamında «hukuki eşitlik ilkesi» en başta «hak eşitliği» anlamına gelir. Şimdi, bu bakış açısından bir eşin «basit zinadan» cezalandırılırken, diğer eşin «mevsuf zinadan» cezalandırılmasına bakarak, karı ve koca açısından bir eşitsizliğin bulunduğunu söylemek, tümünden anlamsızdır. Bunu savunmak, bir «sadakatsizlik hakkının», «zina etmek hakkının», yani bir «suç işlemek hakkının» bulunduğunu kabul etmeye eşittir. Her halde, bu, büsbütün hukuka aykırı bir beyan olur. Öte yandan, hukuki eşitlik ilkesi «ödev eşitliği» anlamına gelebilir. Ama kimsenin kuşkusu yoktur ki, hukuk düzenimizde sadakat yükümlülüğü, her iki eşe «eşit muamelede» bulunmaya ilişkin olamaz. Farklı bir müeyyidenin bulunması, ödevlerin de farklı olmasını gerektirmez. Gene, belirtmek gerekir ki, hak ve ödev eşitliği «aynı cezai muameleye» tabi olma hakkı anlamına da gelmez. Tamamen kamusal bir nitelikte olan cezai himaye «özel subjektif haklar»la zorunlu olarak çakışmayan hukuki değer veya menfaatlerin önemlerine göre bir sıralanması esasına (graduatorid) dayanmaktadır. Bu konuda, şunu düşünmek yeter: Herkes «vatani savunmada ödevli» olduğu halde, bizzat Anayasa bu ödevin, ceza hükümleriyle birlikte cinsiyet ve sosyal durum gözönünde tutularak bölüştürülebileceğini zımnen kabul etmektedir. O halde, açıktır ki, «cezai muamelede» farklılık, hak ve ödev eşitsizliği anlamına gelmemektedir. NUVOLONE'nin düşünceleri



ve anılan İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararları için bakınız ZEKİ HAFIZ-OĞULLARI, adigeçen eser, S. 193 ve devamı-.

Örnekleri çoğaltabiliriz, meselâ yasalarımıza göre kadınlar emeklilik hakkını, aynı işte çalışan erkeklere göre beş yıl önce kazanmaktadırlar. «Kanun önünde eşitlik» ilkesini, karşı görüşte olanların koyduğu ilkeler doğrultusunda anlarsak, eşitlik sağlanması gerektiği gerekçesiyle, Emekli Sandığı Kanununda konuya ilişkin hükümler iptal edilmeli ve kanun koyucunun eşitliği sağlayıcı hükümler getirmesi için iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih ileriye ertelenmelidir. Halbuki, eşimiz, sevgilimiz, çocuklarımızın annesi olan kadınlara daha pek çok konuda erkeklerden daha lehe yasal düzenlemeler yapılmalıdır. «Eşitlik» adına, sosyal zorunlulukları hasıraltı edemeyiz.

e) Anayasa Mahkememizin, kararlarında yalnız 440 veya yalnız 441. maddeyi inceleyip, bu maddeleri birlikte ele alıp, mukayeseli bir inceleme yapmaması yerinde olmamakla birlikte; 2.3.1967 gün ve 30/9 sayılı kararında «Anayasanın eşitlik ilkesiyle, zina eden kadını ve suç ortağı erkeği aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 440. madde arasında bir çelişme bulunmadığı herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır», 28.11.1968 gün ve 131/58 sayılı kararında «kanun koyucunun TCK.nun 440. maddesinde karı ile suç ortağı erkeğin, 441. maddesinde koca ile suç ortağı kadının zina suçlarının özel unsur ve şartlarını göstererek, karı ve kocanın zina fiillerini ayrı hükümlere bağladığını belirtmekte; itiraz konusu yapılan hükmün bunlardan 441. madde hükmü olduğuna, 440. maddeninse itiraz konusu dışında kalan ve başka gerekçelere dayanan bir hüküm olduğuna; nitelikleri farklı bu iki maddenin Anayasanın 12. maddesinin öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasına yer olmadığına; bunun için de ancak sözü geçen 441. maddenin Anayasaya aykırı bulunup bulunmadığının araştırılmasıyla yetinilmesine, 441. maddenin, suçlu erkek ile kadın arasında bir fark gözetmediğinden Anayasaya aykırı olmadığına» denildiğine göre, sorun yine de halledilmiş sayılmalıdır.

Kanaatimce, TCK.nun 440 ve 441. maddeleri, birlikte ele alınıp incelenirse de, ayrı ayrı incelenirse de, Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna varmak, yukarıda açıkladığım nedenlerle, kaçınılmaz bir zorunluluktur.

3 — Zinanın suç olmaktan çıkarılması konusunda, adam öldürme suçlarına bakan bir dairede görev yapan ve ülkemizde pekçok adam öldürme suçunun kadının zinası nedeniyle işlendiğini bilen bir kimse olarak düşünce açıklamam kolay değil. 1964 La Haye Kongresinde konu tartışıldı, ancak zinaya uygulanan ceza kaldırılmadı, toplantının temenni kararı olarak ilan edildi -DUYGUN YARSUVAT, adı geçen makale, S. 676-.

Bu yöndeki bir gelişimin ileride kaçınılmaz olduğunu ben de düşünüyorum ve zinanın suç olmaktan çıkarılması, hürriyet yolunda atılan her adım gibi beni gerçekten mutlu edecektir.

Ancak, AYHAN ÖNDER'in bu konuda yazdıkları güncelliğini ve haklılığını halen korumaktadır: Zinanın bir ülkede suç olup olmaması kültür meselesidir. Toplum belirli telâkkiler düzeyine çıktığında, bu fiilin suç olarak kabul edilmediği görülebilir. En güzel örnek İsviçre olarak gösterilebilir. 1983 yılında STOSS İsviçre Ceza Kanunu tasarısını hazırladıktan sonra, 1937 yılına kadar geçen 45 yıl içinde bu tasarı defalarca müzakere edilmiş ve her müzakere sırasında uzmanlar komisyonunda zinanın suç olmaktan çıkarılıp çıkarılmayacağı konusu tartışılmıştır. Tasarayı hazırlayan STOSS ile, zinanın suç olmaktan çıkarılmasını hararetle savunan GAUTIER arasında geçen konuşma ve tartışma ilginçtir. Sonuçta STOSS fikrini şöyle belirtmiştir: Bugün için zina, bu toplumda suç olarak kabul edilmelidir. Birgün gelecek, bu fiil suç olma niteliğini kaybedecektir. Ancak, bugün için suç olma niteliği korunmalıdır. O gün geldiğinde ben de meslektaşım GAUTIER'in fikrine katılıyorum. Biz de Prof. STOSS'un fikirlerini tekrarlamak isteriz: Ülkemiz bakımından zina fiili bugün için suç olma niteliğini kaybetmiş midir? Bütün mesele bunun tesbiti ile halledilebilir -AYHAN ÖNDER, adıgeçen eser, S. 570-

## TÜRK CEZA HUKUKUNDA UYUŞTURUCU MADDE İHRACINA TEŞEBBÜS SUÇU

Cengiz ERGEN (\*)

● ANLATIM DÜZENİ : Genel Açıklama. 1 — İhraca Teşebbüsün Ceza-ya Etkisi. 2 — İhraca Teşebbüs Suçunun Unsurları. 3 — Cezayı Artıran Uyuş-turucu Maddelerin Ceza Kanununda Belirlenmiş Bulunması. 4. — Cezayı Artırmayan Uyuşturucu Cinslerinin Ceza Kanununda Sınırlandırılmamış Ol-ması. 5 — İhraca Teşebbüste Diğer Cezayı Artıran Sebepler. A — Teşekkül Halinde İşlenmesi. B — Topluluk Halinde İşlenmesi. C — Onsekiz Yaşından Küçüklerin Kullanılması. D — Akıl Hastalarının Kullanılması. E — Her Çe-şit Nakil Vasıtalarında İşlenmesi. F — Belirli Meslek Mensuplarınca İşlen-mesi. G — Memuriyet Vazifesini Veya Nüfuzunu Suistimal Suretiyle İşlen-mesi. H — Umuma Açık Yerlerde İşlenmesi, I — Meslek, Sanat veya Maişet Haline Getirenlerce İşlenmesi. İ — Hastalanma, Yara, Berelenme Veya Ölü-me Sebebiyet Verilmesi. 6 — Bilirkişilik. 7 — Görev. A — Ağır Ceza Mah-kemesi. B — Devlet Güvenlik Mahkemesi. C — Sıkıyönetim Mahkemesi. 8 — Olumsuz Görev Uyuşmazlığı. 9 — Yetki. 10 — Yetki Uyuşmazlığı.

### GENEL AÇIKLAMA

Türk Ceza Kanununun 403/1. maddesinde şu hüküm yer almıştır: «Uyuşturucu maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç veyahut bu fiillere teşebbüs edenler on seneden aşağı ol-mamak üzere ağır hapis cezası ile birlikte istihsal mntıkları dışında ve polis teşkilatı bulunan kaza merkezlerinden birinde infaz edilmek ve bu müddet içinde emniyeti umumiye nezareti altında bulundurul-mak üzere üç seneden beş sene kadar sürgün ve uyuşturucu madde-nin her gram veya küsuru için on lira ağır para cezası ile cezalandırıl-ırlar. Şu kadarki, hükmedilecek para cezası bin liradan aşağı olamaz.»

Ceza Kanunumuz, yukarıdaki madde metninden de anlaşılacağı üze-re uyuşturucu maddelerin ihracına teşebbüs edilmesini de tamamlanmış suç kabul etmiştir. Teşebbüsün eksik veya tam olması arasında fark gö-zetilmemiştir. İhraca teşebbüs tamamlanmış suç kabul edildiğinden Türk Ceza Kanununun 61 ve 62. maddelerinin uygulama yeri yoktur. Cezadan teşebbüs sebebiyle indirim yapılamaz.

Türk Ceza Kanunu ile hususi kanunlarda yazılı sürgün cezaları kal-dırılmıştır (16.7.1965 tarih ve 647 sayılı Yasanın geçici 2. maddesi). Ya-salarda yer alan, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundu-

(\*) Yargıtay 5. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi.

rulma cezası ve tedbiri ile ilgili hükümler yürürlükten kaldırılmıştır (24.4.1987 tarih ve 3352 s.Y. madde 1).

### 1 — İHRACA TEŞEBBÜSÜN CEZAYA ETKİSİ

Uyuşturucu madde ihraç suçunun oluşması ile teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında cezanın tayini açısından fark bulunmamaktadır. Teşebbüs aşamasında dahi tam fiilden ceza tayin edilecektir.

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs edilmesinde olduğu gibi uyuşturucu maddelerin imaline veya ithaline kalkışılması durumlarında da tamamlanmış suç kabul edildiğinden tam fiilden ceza verilecektir. İmaline veya ithaline teşebbüs hallerinde de cezadan Türk Ceza Kanununun 61 ve 62. maddeleriyle indirim yapılamayacaktır.

Türk Ceza Kanununun 403/1. maddesi, uyuşturucu maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç veyahut bu fiillere teşebbüs edenleri cezalandırmıştır. Yasa metninde teşebbüs tamamlanmış suç olarak nitelendirilmiştir. Suçun sosyal tehlikesinden dolayı tam fiil gibi cezaya tâbi tutulmuştur. İki örnekle açıklanacak olması halinde ceza bakımından ihracın gerçekleşmesiyle, ihracın teşebbüs aşamasında kalmış olması arasında hiç fark olmadığı görülecektir.

**Örneğin :** 400 gram baz morfinin bir sanık tarafından ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak uçakla hava yolu ile İstanbul'dan Federal Almanya'ya götürülerek Alman gümrüğünde uyuşturucu ile yakalanması halinde verilecek ceza TCK.nun 403/2. maddesi gereğince Müebbet Ağır hapis cezası olacaktır. Baz morfin 403. maddenin ikinci bendinde şiddet sebebi olarak gösterildiğinden ceza 403/1. madde delaletiyle 403/2. bend mucibince netice itibariyle müebbet ağır hapis cezası olmaktadır. İkinci bendde para cezası gösterilmediği için uyuşturucu maddenin her gram ve küsuratı için ayrıca para cezasına hükmedilmeyecektir.

**Örneğin :** Sanık 400 gram baz morfini uçakla İstanbul'dan Federal Almanya'ya ihraç amacıyla havaalanına uyuşturucu ile geldikten sonra havaalanı gümrük sahasına alınıp, uyuşturucu madde bulunmadığını gümrükte beyan edip gizler ihbar üzerine eşyalarının arasında uyuşturucu maddelerden bazmorfin ele geçerse suç ihraca teşebbüstür. Sanığa verilecek ceza TCK.nun 403/1. maddesi delaletiyle TCK.nun 403/2. maddesi gereğince müebbet ağır hapis cezası olacaktır. Teşebbüsten dolayı cezadan indirim yapılmayacaktır. TCK.nun 61 veya 62. maddelerinin uygulama yeri bulunmayacaktır. 403/2. bendde para cezası gösterilmediğinden uyuşturucu maddenin her gram ve küsuratı için ayrıca para cezasına hükmedilmeyecektir.

Uyuşturucu maddenin cinsi şiddet sebebi sayılmayan bir uyuşturucu madde ise, örneğin; 400 gram ham afyon ise bir sanık tarafından ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak Türkiye'den Almanya'ya ihraç edilmesi ve yakalanılması halinde sanığa verilecek ceza TCK.nun 403/1. maddesi gereğince 10 yıl ağır hapis ve uyuşturucu maddenin her gram ve küsuratından ayrıca 10 lira ağır para cezasıdır.

Sanık 400 gram ham afyonu henüz ihraç etmeden, havaalanında gümrük sahasına alınıp uyuşturucu madde bulunmadığını beyan ettikten sonra ihbar üzerine eşyalarının arasında gizlediği ham afyon ile yakalanırsa suç, ham afyon ihracına teşebbüstür. Sanığa verilecek ceza 10 yıl ağır hapis ve uyuşturucu maddenin her gram ve küsuratı için 10 lira ağır para cezasıdır.

Özetle belirtmek gerekirse 400 gram baz morfini ihraç edenle, ihraça teşebbüs edene verilecek ceza aynı miktar ceza olmaktadır. Yine 400 gram ham afyonun ihraç edilmesiyle, ihracına teşebbüs edilmesi arasında bir fark bulunmamakta aynı cezalar verilmektedir.

14.12.1988 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 3506 sayılı Yasa 5435 sayılı Yasayı yürürlükten kaldırmış olduğundan ve aynı yasa ile TCK.nuna eklenen ek 1. madde ilede nisbi para cezaları misli arttırmaya tâbi tutulmadığından TCK.nun 403. maddesinde yazılı olan para cezalarında nisbi nitelikte olmakla arttırmaya tâbi tutulmayacaktır. 3506 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce uyuşturucu maddenin her gram ve küsuru için 2248 ve 2790 sayılı Yasalar gözönüne alınarak 300 lira ağır para cezası tayin ediliyordu. 2248 ve 2790 sayılı Yasalar ise 5435 sayılı Yasayı değiştiren Yasalar olduğundan ve 5435 sayılı Kanunda yürürlükten kaldırılmış olmakla artık uygulanmayacaktır. Uyuşturucu maddenin her gram ve küsuratı için ceza yasasının metninde bulunan 10 lira ağır para cezası misli arttırmaya tâbi olmayacaktır.

## 2 — İHRACA TEŞEBBÜS SUÇUNUN UNSURLARI

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs suçunun maddi unsuru Ceza Yasasının 403/1. maddesinde yazılı fiildir. Yani ihraca teşebbüs etmek, suçun maddi unsurudur. Manevi unsur ise ihraca teşebbüsün ruhsatsız veya ruhsata aykırı olmasıdır.

Teşebbüsün var olabilmesi için yurt dışına çıkış yapılacak yere uyuşturucu maddenin getirilmesi, gümrük sahasına alınması, gümrük kapısından çıkış yapmadan uyuşturucu maddenin gizlenmesi ve bulunmadığının beyan edilmesi gibi icrai hareketlerde bulunulması gerekir.

Karayolu ile ihraca teşebbüs suçunda henüz gümrük çıkış bölgesine itikal edilmemiş, gümrük sahasına alınmamış olması durumlarında uyuşturucunun imhası ve ihraçtan vazgeçme ihtimali olabileceğinden suç vasfı değişecek teşebbüs oluşmayacak, suç uyuşturucu madde nakletmekten ibaret kalacaktır (1).

Deniz yolu ile ihraca teşebbüste, geminin gümrük sahasına alınmamış olması, eşyanın beyannamesinin verilmemiş bulunması, geminin hareket izninin verilmemesi gibi durumlarda icrai hareketler yapılmamış olacağından suç ihraca teşebbüs olarak nitelendirilmeyecek ve nakletme vasfında olacaktır.

Hava yolu ile ihraca teşebbüs suçunda da, uyuşturucu maddenin bulunmadığının beyan edilmemesi, gümrük sahasına alınmaması gibi durumlarda ihraca teşebbüs oluşmayacak, suç uyuşturucu sevketmekten, nakletmekten vasıf değiştirecektir.

Yüksek Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 9.3.1988 tarih ve 5464/1759 sayılı kararında: Hollanda'ya eroin ihracı için uyuşturucularla birlikte TIR ile seyir halindeyken ihbar üzerine Konya-Ankara yol ayrımında yapılan aramada suç maddelerinin ele geçirilmesini, amaç ihraç olmakla beraber sınır bölgesine gelinmemiş olması ve her an ihraçtan vazgeçilerek uyuşturucunun imha edilmesinin mümkün olabilmesinden, suçu ihraca teşebbüs olarak nitelendirmeyen ve teşekkül oluşturularak eroin sevk etmekten mahkumiyet hükmü tesis eden Devlet Güvenlik Mahkemesi kararını onamıştır.

Yine Yüksek Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 24.4.1984 gün ve 762/1755 sayılı içtihatında: Ertesi gün yurt dışına sefer yapacak olan Denizcilik Bankası Deniz Nakliyatına ait Akdeniz yolcu vapurunda kumanyacı yardımcılığı ile görevli sanığın kamaradaki dolabında aralarında İtalya'ya ihraç hususunda önceden anlaştıkları söz konusu eroini saklayan sanıkların yanlarındaki eşyayı yasal olarak «denklere» zorunluluğunda buldukları zamana kadarki süre zarfında elde edilen eroini yok ederek ihraca kalkışmak suçundan vazgeçmeleri halinde suçun ihraca teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği cihetle «deklere» işlemlerinin bitirilip bitirilmediğinin ve gümrük idaresince Akdeniz gemisinin gümrük alanı içine alınıp gümrük kontrolüne başlanıp başlanmadığının araştırılması, gümrük alanına alınması veya deklere işleminin bitirildiğinin saptanması halinde ihraca ilişkin yapıcı davranışlara başlanmış olacağından bu takdirde teşekkül halinde eroin ihracına teşebbüsten aksi halde ise teşekkül halinde

(1) Cengiz Ergen, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde Suçları, 1988, sh. 27.

eroin nakletmekten hüküm kurulması gerekirken teşekkül oluşturularak eroin ihracına teşebbüsten eksik soruşturma ile tesis edilen hükmü ya-saya aykırı bularak bozmuştur.

Yüksek Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 14.12.1989 tarih ve 4585/6343 sayılı kararında: Denizcilik Bankası Deniz Nakliyat T.A.Ş.'ne ait Gaziosmanpaşa Gemisi'nde yağcı olarak görevli sanığın iki ayrı teşekkülle Hollanda'ya ihraç amacı ile İstanbul Kumkapı açıklarında gemiye yüklemiş olduğu eroinlerin, geminin yük almak üzere boş olarak İzmir Limanı'na hareketle, İzmir'e giriş yaparak yükünü aldıktan sonra liman açığında arıza nedeniyle tamire alındığı ve demirli bulunduğu sırada bu sanığın yurt dışına eroin ihraç edeceğinin ihbarının yapılmasıyla yakalanmış olmasını ve gemide tarif üzerine daha önce yapılan sıkı aramalara rağmen bulunamamış olan uyuşturucu maddelerin ele geçirilmesini, Gümrük Kanununun 39. maddesine göre harice gidecek gemilerin ancak izin verilmesi halinde çıkış yapıp hareket edebileceklerinden henüz bu yolda izin verilmeden eroinlerin bulunmasını ihraca teşebbüs olarak nitelendirme-yen, suçu karadan gemiye nakil, tedarik, gemide uyuşturucuyu gizlemek, İzmir'den ayrılışa kadar saklama hareketleri vasfında değerlendiren ve çıkış tarihine göre vazgeçme imkanlarının mevcut olduğunu, ihbar olun-ca vazgeçmenin kalktığını, izin alınmadan teşebbüsün oluşmadığını kabul ederek sanığın iki defa teşekkül halinde eroin nakletmekten Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce kurulan mahkumiyet hükmüne karşı, ihraca teşeb-büsün oluştuğuna ilişkin temyiz itirazını reddederek başka nedenlerle hükmü bozmuştur.

Uygulamada sadece uyuşturucu maddenin gümrük kapısına getiril-mesi ihraca teşebbüs için yeterli olmamakta, gümrük alanı içine alınıp gümrük kontrolüne başlanıp başlanmadığı, yasal olarak beyanda bulun-lup bulunulmadığı hususları aranmaktadır.

### **3 — CEZAYI ARTTIRAN UYUŞTURUCU MADDELERİN CEZA KANU-NUNDA BELİRLENMİŞ BULUNMASI**

Ceza Yasasının 403/2. maddesi, ihracına teşebbüs edilen uyuşturu-cu madde eroin, kokain, morfin, baz morfin veya esrar ise tek sanıklı suçlarda sanığa müebbet ağır hapis cezası vermektedir. Baz morfin 10.1.1981 gün ve 2370 sayılı Yasa ile ağırlaştırıcı uyuşturucu maddeler arasına alınmıştır. Maddede sayılmayan diğer bir uyuşturucunun ihraci-na teşebbüs edilmesi halinde cinsinden dolayı cezayı arttırmak mümkün olamaz. Örneğin, tıbbi afyon ihracına teşebbüs edilirse bu nitelikteki uyuşturucu 403/2. maddede yer almadığından cezanın şiddetlenmesine neden teşkil etmez.

Alman Adli Tıp Kurumu'nun Türkçe tercüme evraklarında dört kilogram eroinin yüz bin nüfuslu bir şehirin kullanma ihtiyacını karşılayacağı ve cemiyet için çok ağır ve tehlikeli sonuçlar meydana getireceğine ilişkin raporlara rastlanmaktadır. Saf eroin kullanmak ani ölümlere sebep olmaktadır.

#### 4 — CEZAYI ARTTIRMAYAN UYUŞTURUCU CİNSLERİNİN CEZA KANUNUNDA SINIRLANDIRILMAMIŞ OLMASI

Ceza Yasası ihracına teşebbüs edilen uyuşturucuları sınırlandırmamıştır. Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanununun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır (19.6.1986 tarih ve 3298 s.Y. madde 4). Yeni icad edilen uyuşturucu madde, 2313 veya 3298 sayılı Yasalar gereğince Bakanlar Kurulunca uyuşturucu maddeler kapsamına alınması ve ihracına teşebbüs edilmesi halinde TCK.nun 403/1. maddesinde yazılı ihraca teşebbüs suçu oluşur. Uyuşturucu maddenin doğal veya insan yapımı (sentetik) olması ihraca teşebbüs edilmesi durumunda suçun teşekkülü bakımından fark teşkil etmez.

Şiddet sebebi olarak gösterilen uyuşturucu maddeler ile şiddet sebebi sayılmayan uyuşturucu maddelerin ihracına teşebbüs edilmesi arasında çok önemli miktarda cezalar değişmektedir. Nitelikli uyuşturucu maddenin ihracına teşebbüse verilecek ceza müebbet ağır hapis cezası olmasına karşılık nitelikli olmayan bir uyuşturucu maddenin ihracına teşebbüs halinde ise tayin edilecek ceza 10 yıl ağır hapis cezasından başlamaktadır. Ayrıca her gram ve küsüru için 10 lira ağır para cezası verilmektedir.

#### 5 — İHRACA TEŞEBBÜSTE DİĞER CEZAYI ARTTIRAN SEBEBLER

İhracına teşebbüs edilen uyuşturucu maddenin cinsinden dolayı ceza şiddetlendiği gibi bu sebebin yanında diğer ağırlaştırıcı hallerin bulunması halinde ceza ayrıca arttırılır.

##### A — Teşekkül Halinde İşlenmesi

İhraca teşebbüs en az iki sanık tarafından önceden aralarında anlaşmak sureti ile gerçekleşirse ceza arttırılır (TCK.nun 403/5. maddesi).

##### B — Topluluk Halinde İşlenmesi

İhraca teşebbüs en az iki kişi ile önceden aralarında anlaşma olmadan işlenirse ceza arttırılır (TCK.nun 403/6. maddesi).



**C — 18 Yaşından Küçüklerin Kullanılması**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs eden sanık, 18 yaşını bitirmeyen küçükleri kullanırsa cezası arttırılır (TCK.nun 403/7. maddesi).

**D — Akıl Hastalarının Kullanılması**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs halinde ceza ehliyetine haiz olmayanların kullanılması durumunda ceza arttırılır (TCK.nun 403/7. maddesi).

**E — Her Nevi Nakil Vasıtalarında İşlenmesi**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs suçu her nevi nakil vasıtaları sahip ve müstahdemleri tarafından işlenirse ceza arttırılır (TCK.nun 406/2. maddesi).

**F — Belirli Meslek Mensuplarınca İşlenmesi**

İhraca teşebbüs suçu, tabip, veteriner, kimyager, eczacı, diş tabibi, dişçi, ecza ticarethanesi sahibi, mesul müdürü sivil ve askeri sağlık memurları, ebe, hemşire veya hastabakıcılar tarafından işlenirse ceza arttırılır (TCK.nun 406/1. maddesi).

**G — Memuriyet Vazifesini veya Nüfuzunu Suiistimal Suretiyle İşlenmesi**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs memuriyet vazifesini veya nüfuzunu suiistimal suretiyle işlenirse ceza arttırılır (TCK.nun 406/2. maddesi).

**H — Umuma Açık Yerlerde İşlenmesi**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs suçu, umuma açık yerlerin sahip ve müstahdemlerince işlenmesi halinde ceza arttırılır (TCK.nun 406/2. maddesi).

**I — Meslek, Sanat veya Maişet Haline Getirenlerce İşlenmesi**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs suçu, geçim vasıtası haline getirenler, sırf bu işlerle uğraşarak meslek haline getirenlerce işlenmesi halinde ceza arttırılır (TCK.nun 403/6. maddesi).

**İ — Hastalanma-Yara-Berelenme- veya Ölüme Sebebiyet Verilmesi**

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüste, hastalanma, yara, berelenme veya ölüme sebebiyet verilmesi halinde ceza arttırılır (TCK.nun 407. maddesi).

## 6 — BİLİRKİŞİLİK

Uyuşturucu madde suçlarında ele geçen maddenin uyuşturucu olup olmadığı, ne cins bir uyuşturucu olduğu, safi ağırlığı, uyuşturucu maddeler kapsamına alınıp alınmadığı gibi hususlar Adli Tıp Kurumunun görüşü alınarak tespit edilmektedir. Polis ve Jandarma kriminal laboratuvarlarında görevli kimyagerlerin raporları uzman bilirkişi olduklarından hükme esas alınır. Uygulamada Adli Tıp Kurumu son mercidir. Adli Tıp Kurumu raporları kesindir.

## 7 — GÖREV

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs suçlarında, Ağır Ceza Mahkemesi görevli olabileceği gibi, teşekkül veya topluluk halinde işlenmesi durumunda Devlet Güvenlik Mahkemesi veya T.C. Devleti'nin mali, siyasi, iktisadi, askeri veya idari güvenliğini sarsacak şekilde Sıkıyönetim Mahkemesinin el koyduğu bir cürümlerle irtibatlı ve Sıkıyönetim ilanına neden olan olaylarla ilgili ise Sıkıyönetim Mahkemesi'nde de bakılabilir.

### A — Ağır Ceza Mahkemesi

TCK.nun 403/1-2. maddelerinde yazılı uyuşturucu maddelere ihraca teşebbüs suçuna bakmak görevi ağır ceza mahkemesine aittir. Uyuşturucunun cinsi görevli mahkemeyi etkilemez.

### B — Devlet Güvenlik Mahkemesi

Uyuşturucu madde ihracına teşebbüs topluluk veya teşekkül halinde işlenirse Devlet Güvenlik Mahkemesi görevlidir. 2845 sayılı Yasanın göreve ilişkin hükümleri 1 Mayıs 1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

### C — Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi

Uyuşturucu madde kaçakçılığı T.C. Devletinin siyasi, mali, iktisadi, askeri veya idari güvenliğini sarsacak vasıfta veya sıkıyönetim ilanına sebep sayılan davalarla ilgili olması halinde sıkıyönetim mahkemesinde de bakılır (1402 sayılı Yasanın 15/d ve ek 4. maddeleri).

## 8 — OLUMSUZ GÖREV UYUŞMAZLIĞI

Ağır ceza mahkemesi ile Devlet Güvenlik Mahkemesi arasında olumsuz görev uyuşmazlığı çıkarsa, Yargıtay 3. Ceza Dairesi görevli mahkemeyi belirler. Adli yargı ile Askeri yargı arasındaki olumsuz görev uyuşmazlığında ise görevli mahkemeyi Uyuşmazlık Mahkemesi merci tayini suretiyle çözümler.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5.2.1990 tarih ve 1989/5-372 esas-1990-10 sayılı kararında, merci tayinine gidilmeden sanıklar hk. da toplu olarak uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan görevsizlikle ağır ceza mahkemesinden gelen davayı benimseyerek görevli olduğunu kabul eden Devlet Güvenlik Mahkemesinin yargılama sonunda bir sanığın beraatine diğer sanığında bireysel uyuşturucu madde kaçakçılığında mahkumiyet hükmü kurması üzerine özel dairece onanan karara karşı C. Başsavcılığının bireysel uyuşturucu ticareti suçlarında Devlet Güvenlik Mahkemesi görevli olmadığından, görevsizlik kararı vermesi gerekirdi gerekçesiyle Ceza Genel Kurulu'na yaptığı itiraz reddedilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı özetle şöyledir :

«Uyuşmazlığa konu olayda, sanığın beraat eden arkadaşı ile ve toplu olarak uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan Malatya Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararı ile gelen davayı Malatya DGM.si benimsiyerek görevli olduğunu kabul etmiş ve yargılamayı yaparak sanıklardan (M.K.) nin beraatine karar vermiş bu kararı ile topluluğu çözmüş ve eylemin bireysel nitelikte olduğunu kendisi belirlemiştir. Bu aşamada ağır ceza mahkemesi derecesinde bulunan DGM.sinin eylemin bireysel nitelikte bulunduğunu ileri sürerek sonuca gitmek yerine görevsizlik kararı vermesi mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen Anayasanın 138. maddesine uygun sayılamaz. Anılan madde: «Hiçbir organ, makam ve merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez. Genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz» hükmü konulmuştur. DGM.sinin kendisini görevli kabul ederek veya merci tayini yoluyla Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından görevli kılınması üzerine yargılama faaliyetlerini bitirerek, teşekkül veya topluluğu vereceği kararlarla çözdükten sonra, bazı sanıkların eylemlerinin bireysel nitelikte bulunduğunu bildirerek görevsizlik kararı verebileceğini kabul etmek, aynı derecede bulunan Ağır ceza mahkemesinin DGM. tarafından yapılan delil takdirine ve sonuç belirlenmesine bağımlı olarak uygulama yapılmasını doğururki bu husus Anayasanın yukarıda açıklanan 138. maddesiyle bağdaşmadığı gibi hukukun temel ilkelerine de ters düşer.

Bu kabul DGM.sinin görevlerinin özel kanunla saptanmış bulunması ilkesine de aykırı sayılamaz. Zira başlangıçta DGM.sinin iddianamede veya görevsizlik kararında gösterilen eylemin nitelendirilmiş biçimine göre kendisini görevli kabul ederek veya merci tayini yoluyla görevlendirilerek yargılama faaliyetine başlamış ve kanıtları toplayarak eylemin nitelendirilmesine girmiştir. Artık bu aşamada uygulamayı da yapması gerekir ki bu hal dava ekonomisine, adalet dağıtımındaki istikrar ve sürat ilkeleri ile hukuka da uygun olur.

Açıklanan nedenlerle C. Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmiştir».

**9 — YETKİ**

Davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Suçun işlendiği yer belli değilse sanığın yakalandığı yer ve yakalanmamışsa ikametgahı mahkemesi yetkilidir (CMUK. m. 9).

**10 — YETKİ UYUŞMAZLIĞI**

Davaya bakacak mahkeme yetkisizlik kararı vermiş ve yetkisizlikle davanın intikal ettiği yer mahkemesinde yetkili olmadığına karar vermişse, Yargıtay 3. Ceza Dairesi yetkili mahkemeyi belirler (8.2.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu madde 14 ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 18).

## ● CEZA USULÜ

### TOPLU YARGILAMADA GÖRÜŞME KURALLARI VE SONUÇLARI

Doç. Dr. Sami SELÇUK (\*)

Bilindiği üzere, yargılama her an ve aşamada diyalektiğin kurulması ilkesine dayanır. Bu doğrultuda sağlanan «dialogo» ilkesinin dinamik sürecinde tez-antitez ve sentez oluşacak; tarafların birbirleriyle savaşılarak değil, birbirlerini düzeltip tamamlayarak ve yanlışı birlikte yenerek (cum vincere) gerçeğe (logo) bir başka deyişle yüzde yüz yaşanan olayla çakışan gerçek (réalité) değil, gerçek konusundaki ortak kanıya (convincium, convincimento: conviction) ulaşılabilecektir (FOSCHINI, Sistema del diritto processuale penale, Milano, 1965. I.n. 94; SELÇUK, Ceza Adaletinde Bunalım, Ceza Yargılaması Diyalektiğinin Kurulması, Yasa Hukuk Dergisi, Ekim-1985, s. 1373-389).

Yukarıda özetlenen oluşu (processus) ve özellikle yargılama makamlarının kararlarında isabeti sağlamak için, insanlığın bulduğu en yetkin yöntem ise, kuşkusuz birden çok kişinin katıldığı toplu yargıç (juge collégial, giudice collegiale) sistemidir. Bu sistemin varlık nedeni, özlü ve yoğun bir anlatımla, birbirlerini aydınlatan ve düşüncelerini karşılıklı olarak aklın süzgecinden geçiren çok sayıdaki yargıcın kendi görüşlerini karşı görüşlerin ışığında tartarak, yani görüşüp tartışarak, dolayısıyla görüşme boyunca görüş (opinione) düzeyinde olan kişisel yargısını gerektiğinde düzelterek, böylelikle kendi kişisel düşüncelerine karşı bile bağımsız ve kişisellikten arındırılmış, bu yüzden de artık yargıca değil, makama ait bulunan, yani, nesnel (objektif), bir başka deyişle öznel (sübjektif) olmayan, ortak, anonim ve genel nitelikte bir hükmü oluşturmaktır (FOSCHINI, op. cit., n. 145, 153; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, n. 22, 91, 181). Bu nedenle en iyi, en sağlam, en nesnel ve en güvenceli adaletin toplu yargıç sistemiyle gerçekleştiği ileri sürülmüştür (STEFANI-LEVASSEUR-BOULOC, Procédure Pénale, Paris, 1987, n. 22; MERLE-VITU, Traité de droit criminel, Paris, 1973, II; n. 1322). Kuşkusuz, toplu yargıç sisteminin bütün bu üstünlüklerini sağlayan, görüşme (müzakere: délibération ya da tartışma: discussion) aşamasıdır. Yararı ve zorunluluğu tartışmasız olan görüşmenin (EREM, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, n. 42) ise, tek yargıç (Juge unique, giudice singolo, giudice monocratico) sisteminde olmadığını, o yüzden bu tür yargılamada kararların kişisellikten arındırılmadığını anlatmak için, tek yar-

(\*) Yargıtay 6. Ceza Dairesi Üyesi.

gıca İtalyanca'da «monokratik yargıç» ve biraz abartılı da olsa, «tek yargıç, haksız yargıçtır: juge unique, juge inique» dendiği belirtilmiştir (PI-SAPLA, Compendio di Procedura Penale, Padova, 1985, s. 72; RANIERI, Manuale di diritto processuale Penale, Padova, 1965, s. 184; MERLE-VITU, op. cit., n. 1322).

İşte toplu yargıç sisteminin yukarıda sergilenen amaç ve üstünlüklerinin sağlanması ve tek yargıç yargılamasına dönüşmemesi amacıyla, zincirin halkaları gibi, birbirlerini izleyen ve birbirlerine bağlı bir dizi ilke benimsenmiştir:

1 — Toplu yargıç yargılaması, birbirini izleyen iki bölümden (fase) oluşan bir bütündür: görüşme (müzakere) ve oylama. Bu oluş, yargılama morfolojisi açısından organiklik ilkesinin toplu yargıç sistemiyle sonuç çıkarma devresine (periodo) doğal bir yansımasıdır (FOSCHINI, Sistema..., 1968, II, n. 1, 2; KUNTER, op. cit., n. 405; MANZINI, Diritto Processuale penale, Torino, 1931, II, s. 108-117). Görüşme ve oylama, bu kronolojik sıraya göre ve kurallarına uygun olarak yapılmalı, bir başka deyişle, toplu yargılama makamlarında birden çok sayıdaki yargıçlar, her sorunu önce görüşüp tartışmalı ve daha sonra kurulun (makamın) kararı belli olmalıdır (KUNTER, Yargılama Makamlarında Dağılan Oyların Toplanması Sorunu, Yargıtay Dergisi, 1983-3, s. 359).

2 — Görüşme ve oylama, yasaca toplantı, yani hem görüşme hem oylama için öngörülen sayıda yargıçların katılmalarıyla yapılmalı ve oy çokluğuna uyulmalıdır.

3 — Görüşme, yargıların çokluğunu (pluralità dei giudizi), bir başka anlatımla oylamaya katılacak yargıçların görüş niteliğindeki ve düzeyindeki yargılarının karar niteliğindeki ve düzeyindeki yargıya, bir sözcükle oya dönüşmesini sağlayan kurallara uygun olarak biçimlendirilmeli ve gerçekleştirilmelidir. Gerçekten, görüşmede sergilenen düşünceler, görüşme sırasında henüz karar niteliğindeki yargı (giudizio) düzeyinde değil, her yargıcın oylama anındaki yargısını hazırlayan görüşler (opinionioni) niteliğindedir ve kolayca anlaşılacağı üzere bunlar arasındaki ayrılık çok büyüktür. Çünkü her yargıç tarafların görüşlerini dinlemeden nasıl karar veremiyorsa, birlikte karar vereceği öbür yargıçların da görüşlerini mutlaka dinledikten ve muhakkak değerlendirdikten sonra karar niteliğindeki hüküm (giudizio) demek olan oyunu verecek ve yargılama makamının kararı da bu oylara göre belirecektir. Esasen görüşme, bu görüşlerin (opinioni) sergilenmesidir. Ancak bu görüşlerin değil, bu görüşlerin ışığında tez-antitez-sentez geçidinden süzülüp gelen yargıların, yani oyların oluşturulması ve böylelikle oyların oylamaya hazırlanması için yapılmaktadır. Böyle olmasaydı, görüşmeye gerek kalmaz, doğru-

dan doğruya oylamaya geçilirdi (FOSCHINI, op. cit., I, n. 95; KUNTER, op. cit., n. 278). Tersine bir uygulama; görüşme aşamasının varlık nedenini yadsımak, yargılamanın sağlıklı sonuçlanmasına göz yummak ve de görünüşte toplu yargıçlarla ve fakat aslında oylamayla peçelenen tek yargıçlarla yargılama yapmak demektir.

4 — Toplantıya katılan yargıçların değişmemesi (immutabilità del collegio) gerekir (MANZINI, loc. cit.). Bu kural toplantıya görüşmenin başında katılan yargıçlarla oylamaya katılanların sayı ve kişi olarak aynı olmaları demektir. Bu gerçek herkesçe bilindiğinden, eski deyişle malûm ve maruf bir olgu olup kanıtlanmasına ve belirtilmesine gerek bulunmadığından (notoria non sunt probanda), çoğu ülke yasalarında düzenlenmeye bile zorunluluk duyulmamıştır. Bir toplantıdaki görüşmeye baştan beri katılmayan bir yargıcın, «3» numaralı bentte açıklanan diyalektik mekanizmasının içine girmesi, karşı görüşleri değerlendirmesi olanaksızdır. Olsa olsa, kendi kişisel düşüncesi olgunlaşmadan yargıya (oya) dönüşüp oy vermiş olacaktır. Konuyu önceden bilme iddiası ise, görüşmenin varlık nedenini yadsıyıcı ve aldatıcıdır; bu yüzden de geçerli değildir. Zira bu bilgi de, henüz düşünce (opinione) düzeyindedir ve bir düşüncenin de oylamada sergilenecek yargı (giudizio), yani açıklanacak oy sayılması olanaksızdır. Görüşme sırasında ileri sürülen bir cümlenin bile, düşüncelerin, görüşlerin birçoğunu, hatta tamamını değiştirdiği sık sık yaşanan olaylardandır. O nedenle, toplantıya sonradan katıldığı için bu görüşlerin bir bölümünü bile değerlendirme olanağını bulamayan bir yargıç, görüşmede yok sayılır ve oylamaya katılamaz. Toplu yargıç sistemi içinde, görüşme ve oylamayla oluşan bu çok öznel ve karmaşık işlemin adı, toplu işlemdir (atto collegiale) ve yukarıdaki kurallara uyularak gerçekleştirilmek gerekir (CORDERO, Procedura Penale, Milano, 1985, s. 396-398).

Bütün dünyada ve bizde Yargıtayda toplu yargıç ve yargılama uygulandığına göre, bu aşamada da yukarıdaki kurallara uyulması bir zorunluluktur. Özellikle içtihadı birleştirme görüşmelerinde yargıç sayısının çokluğu bunun önemini vurgulamaya yeterlidir. Nitekim, 2797 Sayılı Yargıtay Yasası, ancak «oylamaya katılacakların tümünün hazır bulunmaları (...) halinde» toplanılacağını (md. 39), «toplantıda bulunanların (...) çoğunluğuyla karar» verileceğini (md. 42; Yargıtay İç Yönetmeliği, md. 25, 26, 28) ve hukuk ve ceza yargılamalarının yanı sıra öncelikle (a fortiori) Yargıtay yargılamasında da uygulanacağı konusunda üzerinde görüş birliği bulunan Ceza Yargılama Yasası, «görüşmede ancak hükme (oylamaya) katılacak yargıçların bulunacağını» (m. 382) öngörmüştür. Yukarıda belirtildiği üzere, bu hükümler olmasaydı bile, eşyanın doğası gereği determinist biçimde aynı sonuca ulaşılabilecekti. Zira, her yar-

gıç, toplu yargılamada kararın oluşmasında payı bulunan her işleme katılmak zorundadır (MERLE-VITU, op. cit., n. 1321).

Unutulmamalıdır ki, toplu yargıç sistemine yöneltilen en güçlü eleştirisi, zorunlu oylamanın her zaman gerçeğe ve adalete ulaştırmadığıdır (EREM, op. cit., n. 42). Gerçekten, son çözümlemede, oylama olgusu, gerçeği yakalamaktan çok uyumsuzluğa son vermek için bulunmuş çaresizliğin çaresidir. İşte toplu yargıç ve toplu yargılamanın sonuç çıkarma devresinin son aşamasındaki oylamanın özünde bulunan bu sakıncayı önlemek, hiç değilse en aza indirmek için, yukarıdaki ilkelere sığınılmış ve uyumak gerektiği belirtilmiştir. Bunlara uyulmadığı takdirde, sonuçta ulaşılan toplu yargılama işlemi (atto collegiale) sakat ve sonuç da sağlıksız olacaktır.



## ● MEDENİ HUKUK

### MEDENİ HUKUK TÜZEL KİŞİLERİ İLE TİCARET HUKUKU TÜZEL KİŞİLERİNİN «HAK EHLİYETİ» YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

İrfan OKUR (\*)

● ANLATIM DÜZENİ : Giriş. I — Genel Olarak «Hak Ehliyeti» Kavramı ve Hak Ehliyetinin Tüzel Kişiler Açısından Gösterdiği Farklılıklar. 1 — Genel Olarak «Hak Ehliyeti» Kavramı. 2 — Hak Ehliyetinin Tüzel Kişiler Açısından Gösterdiği Farklılıklar. II — «Hak Ehliyeti»nin Kazanılması Açısından Medeni ve Ticaret Hukuku Tüzel Kişileri. 1 — Genel Olarak. 2 — Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin «Hak Ehliyeti»ni Kazanması. 3 — Ticaret Hukuku Tüzel Kişilerinin «Hak Arama Ehliyeti»ni Kazanması. III — Hak Ehliyetlerinin Kapsamı ve Sınırları Açısından Karşılaştırma. 1 — Genel Olarak. a — MK. 46 Karşısında TK. 137'nin Durumu. aa — TK. 137'nin MK. 46'dan Ayrık ve Özel Bir Hüküm Olduğu Görüşü. bb — TK. 137'nin MK. 46'yı Tamamladığı Görüşü. 2 — Yasal Düzenlemenin Benimsediği Teori Açısından Karşılaştırma. 3 — «Hak Ehliyeti»nin Sınırlanmasında Korunan Menfaatler Açısından Karşılaştırma. IV — «Hak Ehliyeti»ndeki Sınırlamada «Ultra-Vires Teorisi» Açısından Karşılaştırma. V — Ehliyetin Sınırlanmasında Kullanılan Kısıtlara Göre Karşılaştırma. 1 — Genel Olarak. 2 — Mevzu «Konu», Gaye ve Maksat «Maksat» Terimlerinin Anlamı. S o n u ç.

#### GİRİŞ

Kişi, hukuk düzeninde hak ve borçlara sahip olabilen varlıklar olarak tanımlanır. «Kişi» denilince ilk düşünülen insanlardır. Ancak hukuk düzeni toplum yaşayışının bazı gerçeklerini de gözönünde tutarak insanlar dışındaki bazı varlıklara da kişilik (1) tanımıştır. Bunlar «tüzel kişiler» (2) adıyla yasalarda düzenlenmiştir.

İncelememiz kapsamına bu tüzel kişilerden medeni ve ticaret hukuku tüzel kişileri yani özel hukuk tüzel kişileri girmektedir. Medeni hukuk tüzel kişileri hukukumuzda «dernek» (MK. 53-72) ve «vakıf» (MK. 73-

(\*) **Kozan Hâkimi.**

- (1) «Kişilik» kavramı «kişi» kavramından daha geniş anlamda olmak üzere kullanılmaktadır, «Kişilik» biri «kişi» kavramını belirten dar anlamda diğeri kişi kavramını da içine alan ve bunun dışında, kişiliğe giren tüm değerleri (Örneğin: kişinin özgürlüğü, onuru, adı ve resmi üzerindeki hakkı gibi) ve kişisel durumları (örneğin: nesep, yaş, kısıtlılık, evlilik gibi) de kapsayan bir kavramdır. (Zevkililer, A.: Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986, sh: 164).
- (2) Tüzel kişileri anlatmak için çeşitli ülke hukuklarında değişik terimler kullanılmaktadır. «Hükmi Şahıs» (MK. 45 vd.), «manevi şahıslar» (ZGB m. 52 vd. metin-), «Hukuki Kişiler» (ZGB m. 52 .Alm. metin-BGB m. 24 vd.) bu terimlere örnektir.

81/B) olmak üzere iki çeşittir. Ticaret hukuku tüzel kişileri ki bunlara ticaret ortaklıkları denmektedir. TK. 136'ya göre kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif ortaklıklar olmak üzere tüzel kişilik tanınan beş çeşit ticaret hukuku tüzel kişisi mevcuttur.

İnceleme yapılırken, tümüyle özel hukuk tüzel kişilerinin hak ehliyetinin incelenmesi yoluna gidilmeyecek; önce hak ehliyeti ve tüzel kişilerde hak ehliyeti konusunda bilgi verildikten sonra, tüzel kişiliğin ve dolayısıyla hak ehliyetinin kazanılması, hak ehliyetinin kapsamı ve sınırlandırılması açısından Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku tüzel kişilerinin karşılaştırılması yapılacaktır. Özellikle, hak ehliyetinin kapsam ve sınırlandırılması açısından sorun MK. 46 ve TK. 137'nin birbirlerine karşı konununun belirlenmesine dayanmaktadır. Bu nedenle incelemede MK. 46 ve TK. 137'nin yorumlanması ve ehliyetin sınırlandırılmasında kullanılan kıstasların değerlendirilmesi yapılacaktır.

## I. GENEL OLARAK «HAK EHLİYETİ» KAVRAMI VE HAK EHLİYETİNİN TÜZEL KİŞİLER AÇISINDAN GÖSTERDİĞİ FARKLILIKLAR

### 1. Genel Olarak «Hak Ehliyeti» Kavramı

Hak ehliyeti, kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır (3). Bazı yazarlar «hak ehliyeti» deyimi yerine MK. 8'in kenar başlığından esinlenerek «haklardan yararlanma (istifade) ehliyeti» deyimini yeğ tutmaktadırlar (4), (5). Biz burada bu farklı kullanımın nedenini tartışmadan «hak ehliyeti» deyimini kullanacağız.

Gerçek kişiler gibi, tüzel kişilerin de hak ehliyeti mevcuttur. Bu tüzel kişilerin hukuki kişiliğe sahip olmasının yani hukuk düzenince bir hukuk süjesi olarak kabul edilmelerinin doğal bir sonucudur. Çünkü hukukî kişilik ve hak ehliyeti kavramı daima birbirini izler. Hukukî kişiliğe sahip olan her varlık hak ehliyetine sahip olduğu gibi, hak ehliyetine sahip olan her varlık da hukukî bir kişiliktir (6). Bu nedenle tüzel kişile-

(3) Zevkliler, sh: 181; Oğuzman, M.K.-Seliçi, Ö.: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, sh: 23; Ataay, A.: Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2. Bası, İstanbul 19-71, sh: 229; Özsunay, E.: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, sh: 61.

(4) Farklı kullanımın nedenleri için bkz. Zevkliler, sh: 181.

(5) İmregün, O.: Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili, II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, sh: 275 vd.; Bilge, N.: Hükmi Şahısların Sahip Olabilecekleri Medeni Haklar, Adliye Ceridesi 1942, Sa: 1, sh: 22-43.

(6) Bilge, sh: 26.

rin hukuki niteliğini açıklayan bütün teoriler (7) ayrıntılar dışında onlara hak ehliyetini tanımaktadırlar. Teorilerin birbirlerinden ayırdıkları husus, ehliyetin kapsamının yani sınırlarının nerelere kadar uzayacağını belirlemesidir.

Hak ehliyeti, tüzel kişileri MK. 8 anlamında «haklara ve borçlara sahip kılar. Tüzel kişilerin hak ehliyeti ile fiil ehliyetini birbirinden ayırmakta yarar vardır. Fiil ehliyeti, kişinin kendi eylemleriyle lehine haklar, aleyhine borçlar yaratabilme ehliyetidir (8). Hak ve fiil ehliyetlerinin tanımından da anlaşılacağı gibi hak ehliyeti fiil ehliyetini birlikte getirmez. Bu nedenle hak ehliyetine sahip kişiye fiil ehliyetinin de tanınması zorunlu değildir. Tüzel kişilik kazanıldığı anda haklar ve borçlara sahip olabilme ehliyeti tümü ile pasif olarak elde edilir. Bu ehliyetin kullanılabilmesi, aktif hale getirilebilmesi ise tüzel kişilerde yetkili organların bulunmasına bağlıdır (9). Ancak teorik olarak birbirinden ayrı olarak incelenen hak ve fiil ehliyeti arasında gerçekte sıkı bir ilişki vardır (10). Fiil ehliyetinin sınırları, hak ehliyetinin sınırlarını aşamaz. Hak ehliyeti bulunmayan bir hususta fiil ehliyeti de yoktur. Bu nedenle tüzel kişilerin hak ehliyeti, bunların fiil ehliyetinin sınırlarını da en geniş anlamı ile belirler (11). Hak ehliyeti tüzel kişilerin ehliyetinde, fiil ehliyeti ise temsilinde kendini gösterir (12).

## 2. Hak Ehliyetinin Tüzel Kişiler Açısından Gösterdiği Farklılıklar

### a. Genel Olarak

Gerçeklik teorisini benimseyen Medeni Kanun tüzel kişilere yaradılış gereği sadece insanlara özgü olan hak kategorileri dışında tam bir hak ehliyeti tanımıştır (MK. 46). Tüzel kişilerin sadece insanlara özgü olan bazı hak kategorilerinden yararlanabilmelerine kesin olarak olanak yoktur. Bunlar genellikle aile hukukuna ilişkin hak kategorileridir. Örneğin, tüzel kişiler evlenemezler, vasi olamazlar, hakem ve bilirkişi olarak atanamazlar.

b. Tüzel kişiler özel hukuk alanında, malvarlığı hakları yönünden tam bir hak ehliyetine sahipse de kişilik hakları yönünden yaradılış ge-

(7) Tüzel kişilerin hukuki niteliğini açıklayan teoriler için bkz. Özsunay, sh: 46 vd.

(8) Zevkliler, sh: 187.

(9) Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku-A. Giriş, Adi Şirket, Ticaret Şirketleri-2. Bası, Ankara 1973, sh: 98.

(10) Öztan, B.: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, sh: 16.

(11) İmregün, sh: 289; Karayalçın, sh: 99.

(12) İmregün, sh: 275.

reği gerçek kişilerin sahip oldukları kişilik değerlerinin hepsine sahip değillerdir. Bunlar maddi bir varlığa sahip olmadıklarından insanlara özgü olan yaşam, sağlık, «bedensel tamlik» gibi maddi bedensel değerler'e sahip değillerdir. Buna karşılık, «ad», «saygınlık», «giz çevresi» gibi manevi kişilik değerlerine tüzel kişiler sahiptirler. Bundan başka «ticari saygınlık», «kredi», «ekonomik varlık» gibi «maddi ekonomik kişilik değerleri»ne sahiptirler (13).

c. Tüzel kişiler yapıları gereği, insanların sahip oldukları bazı haklara sahip olamayacakları gibi (örneğin, yaş, cins, hısımlık, erginlik, evlenme, boşanma, evlat edinme gibi aile hukuku hakları); insanların sahip olamayacakları bazı haklara (örneğin, «topluluk hakları» da denilen üyeleri ihraç (MK. 65/II); üyelerinden ödenti ve sermaye isteme hakkı (MK. 64, TK. 140 vd.); tüzüğü uygulama ve değiştirme hakkı (MK. 62, Dernekler K. 27); Kendi kendini feshetme hakkı (MK. 69, Dernekler K. 49) gibi haklar) da sahip olabilirler. Bazı haklar da tüzel kişilere kapalı tutulmamış bulunmakla birlikte, bunlar tüzel kişiler için değişik nitelikte düzenlenmiştir (Örneğin, ikametgah kurması, taşınmazların kazanılması gibi).

d. Bir diğer farklılık da medeni hukuk tüzel kişileriyle, ticaret hukuku tüzel kişilerinin hak ehliyetleri açısındanadır. Kural olarak, medeni hukuk tüzel kişileri MK. 46'daki istisnai durumlar dışında «tam hak ehliyetine» sahip buldukları halde, ticaret hukuku tüzel kişilerinin hak ehliyeti «işletme konusu» ile sınırlıdır. Bu nedenle medeni hukuk tüzel kişilerinin sınırsız ehliyetli, ticaret hukuku tüzel kişilerinin sınırlı ehliyetli olduğundan sözedilmektedir (14).

e. Yine, gerçek kişilerde hak ehliyetinin öğeleri olan «eşitlik» ve «genellik» ilkesinin tüzel kişilerin hak ehliyetindeki durumu biraz farklıdır. Tüzel kişiler amaçsal topluluklar olarak görülür (15). Tüzel kişinin

(13) Zevkliler, sh: 405.

(14) İmregün, sh: 279; Ancak İMREGÜN, ticaret ortaklıklarından şahıs şirketlerinde ana sözleşmenin bakanlık izni olmaksızın değiştirilebilmesi olanağı bulunduğu bunların da sınırsız ehliyetli sayılması gerektiği düşüncesindedir (İmregün, sh: 279). Buna karşılık KUNTALP, bu ayrıma şahıs ve sermaye ortaklıklarındaki farklılığın sermaye ortaklıklarında kişi unsurunun ikinci planda kalmasından kaynaklandığı, ana sözleşmeyi değiştirmek yetkisinin gene her iki ortaklıkta da ortaklara ait olduğunu, bu nedenle ehliyet sınırını belirlemek yetkisinin ortakların elinde bulunması nedeni ile temelde bir farklılığın bulunmadığı gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. (Kuntalp, E.: Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti II, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 11/12 Ocak 1985-sh: 12).

(15) Egger, A.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi-Kişinin Hukuku, 2. Kısım, Tüzel Kişiler-Ankara 1948, sh: 21 (Çev. Volf Çernis).

hak ehliyeti eşitlik yönünden her tüzel kişinin statüsünde açıklanan amaç ile sınırlandırılmıştır. Başka bir anlatımla tüzel kişilerin hak ehliyeti eşitlik yönünden her tüzel kişinin statüsüne göre bir özellik taşımaktadır (16). Zaten MK.nun «eşitlik» ilkesini koyan 8. maddesinin 2. cümlesinde hak ehliyeti konusundaki eşitlik «kanun dairesinde» deyimini kullanılarak sınırlandırılmıştır (17). Fakat, tüzel kişilerin hak ehliyetinin «genelliğinden» sözedilebilir (18).

## II. HAK EHLİYETİNİN KAZANILMASI AÇISINDAN MEDENİ VE TİCARET HUKUKU TÜZEL KİŞİLERİ :

### I. Genel Olarak

Bir tüzel kişinin hak ehliyetinden sözedebilmek için, herşeyden önce, bu tüzel kişinin var olması, teşekkül etmiş bulunması zorunludur. Bu nedenle bir tüzel kişinin kişilik kazanmasından önce veya bu kişiliği yitirdikten sonra hak ehliyeti yoktur. Tüzel kişinin hak ehliyetine sahip olabilmesi için gerekli tek koşul tüzel kişinin kişilik kazanmış olmasıdır (19). Ancak tüzel kişinin kuruluşu ile kişilik kazanmasını birbirinden ayırmak gerekir. Tüzel kişilerde tüzel kişilik bir hukuki işlemle kurulur, diğer bir hukuki işlemle de «kişilik» kazanılır (20). Bu açıdan tüzel kişiliğin ne zaman kazanıldığı sorunu, onun hak ve fiil ehliyetini elde ettiği anın saptanması anlamına geldiğinden bu konu hukuk açısından pratik bir önem ve değer taşımaktadır (21).

Türk Hukukunda tüzel kişilerin kişilik kazanma şekli tüzel kişilerin türlerine göre farklı düzenlenmiştir. Farklı düzenleme tüzel kişilerin hukuki niteliğini açıklayan teorilerin bir sonucu değil, tüzel kişinin türüne göre, toplum gereksinmesi, sosyal yapı, devletin üstün yararı hatta rejim açısından farklı değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır (22). MK. 45 hükmüne göre, tüzel kişiler dernekler dışında sicillerine tescillerini yaptırarak kişilik kazanırlar. Tescil tüzel kişiler için kurucu yenilik doğuran bir işlem niteliğindedir (23). Ticaret ortaklıkları açısından ticaret

(16) Köprülü, sh: 414.

(17) Ataay, sh: 231.

(18) Köprülü, sh: 414.

(19) Bilge, sh: 23; Tunçomağ, K.: İşletme Hukuku, C. I, İstanbul 1970, sh: 95.

(20) Doğanay, Ü.Y.: Hükmi Şahıslar (Ders Notları), İstanbul 1962, sh: 13.

(21) Köprülü, sh: 404.

(22) Doğanay, sh: 14.

(23) Köprülü, sh: 583.

sicili gazetesindeki ilan tüzel kişilik kazanılması açısından önemli değildir (24).

## 2. Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Hak Ehliyetini Kazanması :

### a. Dernekler

Dernekler için MK. 53. maddesi ile «serbest kuruluş» sistemini benimsemişken, özel yasa niteliğinde olan 2908 S. Dernekler Kanunu normatif sistemi benimsemiştir (25). Buna göre bir derneğin tüzel kişiliği kazanabilmesi için iki koşulun varlığı gerekir :

— Dernek olarak kurulma isteğinin tüzükte belirtilmesi, (MK. 53/1 m.).

— Kuruluş bildirisi ve eklerinin (dört adet kurucularca imzalı tüzük) merkezlerinin bulunduğu yerin en büyük mülki âmirliğine verilmesiyle tüzel kişilik kazanılır (2908 S. Dernekler K. m. 9).

### b. Vakıflar

Kuruluş açısından vakıflar için «tescil» sistemi kabul edilmiştir. Vakıflar, vakıf kuran kişinin, vakıf kurmak için malvarlığından ayırt ettiği malları vakfın amacına özgülemesi ve resmi senedi de yasada öngörülen biçim ve içerikte düzenlemesi sonucunda vakfeden kişinin ikametgahının bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesince tutulan sicile kaydedilmeleri ile tüzel kişilik ve dolayısıyla hak ehliyetini kazanırlar (MK. 74) (26).

## 3. Ticaret Hukuku Tüzel Kişilerinin Hak Ehliyetini Kazanması :

Türk Hukukunda ticaret hukuku tüzel kişilerinin kişilik dolayısıyla hak ehliyetini kazanabilmesi için merkezlerinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline ortaklık ana sözleşmesinin tescil edilmesi yeterlidir (TK. 174, 247, 301, 512; Koop. K. 7).

## III. HAK EHLİYETLERİNİN KAPSAMI VE SINIRLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

### 1. Genel Olarak :

Medeni Hukuk tüzel kişileri ile ticaret ortaklıklarının hak ehliyetlerinin kapsam ve sınırları karşılaştırılırken öncelikle birtakım soruların yanıtlandırılması gerekir. Bu açıdan şu sorular yanıtlandırılmalıdır: Tüzel

(24) Karayalçın, sh: 94.

(25) Zevkliler, sh: 403.

(26) Zevkliler, sh: 470.

kişilerin hak ehliyetini düzenleyen MK. 46'a göre ticaret ortaklıklarının hak ehliyetinin sınırını çizen TK. 137 onu tamamlayıcı nitelikte midir, yoksa özel ve ayrık bir hüküm müdür? Yine bununla bağlantılı olarak sınırsız ehliyete sahip olan Medeni Hukuk tüzel kişileri karşısında ticaret ortaklıklarının sınırlı ehliyetinden söz edilebilir mi? Bu sorulara verilecek yanıtlara göre Medeni ve Ticaret Hukuku tüzel kişilerinin hak ehliyetinin kapsamı (en geniş sınırı) değişebilecektir.

**a. MK. 46 Karşısında TK. 137'nin Durumu**

**aa. TK. 137'nin MK. 46'dan Ayrık ve Özel Bir Hüküm Olduğu Görüşü**

Önce her iki maddeye bir göz atmakta yarar var. MK. 46'a göre «hükmi şahıslar cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak ancak insana has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler»; TK. 137'e göre ise, «Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler». Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.» denilmektedir.

Her iki metin karşılaştırıldığında, iki noktada farklılık gösterdikleri gözlenmektedir. Birincisi; TK. 137, MK. 46'da olduğu gibi yaradılıştan kaynaklanan istisnalara hiç değinmemektedir. İkinci olarak, TK. 137 hak ehliyetini (27) şirket ana sözleşmesinde yazılı «işletme konusu» çevresi içinde sınırlamaktadır (28). Hak ehliyetinin işletme konusu içinde sınırlandırılmasını, tüzel kişilerin MK. 46'da belirtilen sınırsız ehliyet (tam ehliyet) (29) ilkesinin terkedilerek «sınırlı ehliyet» ilkesinin benimsenmesi olarak nitelenip nitelenemeyeceği üzerinde önemle durulması gereken bir

(27) Öğretide TK. 137'nin hak ehliyetini mi yoksa fiil ehliyetini mi sınırladığı tartışma konusudur. Ancak gerçek kişilerde hukuki ehliyetin iki türü kesinlikle birbirinden ayrılmasına karşın tüzel kişiler bakımından hak ehliyetini fiil ehliyetinden ayırmak mümkün değildir. (Franko, N.: Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu-11/12 Ocak 1985, sh: 39). Yine tüzel kişilerin kişilik elde ettikleri anda hak ve fiil ehliyetlerinin çevresinde belirmiş olur. Bu nedenle TK. 137'nin hak ve fiil ehliyetini birlikte sınırlaması hukuk mantığına uygundur. Çünkü kullanılmayan bir hak tüzel kişi için bir önem taşımaz. Ayrıca hak ehliyetinin sınırlandırılması kişiliğin kaybına yol açmaz (Öztaş, sh: 22).

(28) Kuntalp, sh: 6.

(29) Özsunay, Medeni Hukuk tüzel kişilerinin «tam hak ehliyetine» sahip oldukları düşüncesindedir (Özsunay, sh: 62); Aynı görüşte; Kuntalp, sh: 6.

konudur. Doğaldır ki, bu konu da TK. 137'nin MK. 46'ya göre ayrıık ve özel bir hüküm olup olmadığı sorununa bağlıdır (30).

TK. 137'nin, MK. 46'a göre ayrıık ve özel bir hüküm olduğunu savunan yazarlardan DOĞANAY, TK. 137'nin ticaret ortaklıklarının ehliyetinin saptanması yönünden «özel bir hüküm» niteliğinde olduğunu, bu nedenle hukukun «bir konuda özel hüküm varsa genel hüküm uygulanmaz» ilkesi gereğince ticaret ortaklıklarına MK. 46'nın uygulanamayacağı noktasından hareket etmektedir (31).

Bu konuda bir başka görüş, TK. 138'de ticaret ortaklarına uygulanacak MK. hükümlerinin madde numaraları belirtilmek yoluyla tek tek yol-lama yapıldığı; bunlar arasında MK. 46'nın yer almadığı; yasakoyucunun bilinçli olarak böyle hareket ettiği, bu nedenle ticaret ortaklıklarına MK. 46 değil, «özel bir hüküm» olarak konan TK. 137'nin uygulanması gerektiği görüşüdür (32).

Yine bir başka görüşe göre, MK. 46'da saptanan ehliyet ölçüsü ile TK. 137'deki ehliyet ölçüsü bir genellik-özellik ilişkisi değildir. Buna göre, MK. 46'ya girmiş olan bir hak veya buna dayanarak üslenilen bir borç, aynı zamanda TK. 137 çerçevesinde kazanılmış veya üstlenilmiş bir borç olmayabilir. Çünkü, TK. 137'ye göre bir hakkın kazanılması veya borcun üstlenilmesi için, bunun MK. 46'ya göre insan yaratılışından farklı olması yetmez, ayrıca TK. 137'ye göre konusuna da girmesi gerekir (33).

#### **bb. TK. 137'nin MK. 46'yı tamamladığı görüşü**

Bu görüşe göre, TK. 137 MK. 46 karşısında ayrıık ve özel bir hüküm değildir. Tersine, her iki hüküm birbirini tamamlar niteliktedir. Bir başka anlatımla TK. 137'nin varlığı ticaret ortaklıklarına MK. 46'nın uygulanmasını engellememekte; hatta bunların ehliyetlerinin belirlenmesinde her iki hükmün uygulanmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, ticaret ortaklıklarının ehliyeti de birer tüzel kişi olarak MK. 46 gereğince, yaratılıştan kaynaklananlar dışında, aynen gerçek kişilerininki gibidir. Tüzel kişilerin ehliyet yapılarının temelde gerçek kişilerle aynı derecede olmasına karşın,

(30) Kuntalp, sh: 6.

(31) Bkz. İsmail Doğanay; Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti İle İlgili Tartışmalar, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (11/12 Ocak 1985, sh: 18).

(32) Akyazan, S.: Türk Ticaret Kanunu'nun 137. m.'nin Anlam ve Kapsamı Üzerinde Bir İnceleme, BATIDER 1974, C. 6, Sa. 4, sh: 830; Aynı görüşte; bkz. Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti ile İlgili «Tartışmalar» Bölümü (Tic. Huk. ve Yargıtay Kararları Semp.-11/12 Ocak 1985-sh: 23).

(33) Franko, sh: 42.



farklılaşmasının nedeni tüzel kişilerin «amaçsal topluluk» olmalarında yatmaktadır (34). Amaç, tüzel kişilerin başlıca öğelerinden biridir. Amaç ögesinin ehliyeti de etkileyeceği doğaldır. İşte TK. 137, zaten MK. 46'da örtülü bir biçimde ifade edilmiş olan sınırlandırma ilkesini ticaret ortaklıklarına ilişkin olarak açıkça ortaya koymakta, böylece MK. 46'yı tamamlamaktadır. TK. 137 uyarınca kurucular veya ortaklar ehliyet alanının sınırlarını serbestçe takdir edebilecekler buna göre ehliyet alanı geniş veya dar olabilecektir (35). Sonuç olarak kuramsal açıdan ticaret ortaklığı ehliyetinin en kapsamlı sınırını MK. 46, en dar sınırını da tüzel kişi olarak varlık kazanabilmesi için var olması gereken en az ehliyet derecesi oluşturur (36). Bu sınırlar içinde ilgililer ehliyet alanını işletme konusu dar veya geniş tutmak suretiyle serbestçe belirleyebilirler.

## 2. Yasal Düzenlemenin Benimsediği Teori Açısından Karşılaştırma :

MK. 45-48, 53 ve 2908 sayılı Dernekler K.nun (m. 9) düzenlenmesinde «gerçeklik teorisi»nin benimsendiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık TK.'nin gerekçesinde ticaret ortaklıkları yönünden «varsayım (fiksiyon) teorisi»nin benimsendiği belirtilmiştir (37). Bu nedenle ticaret şirketlerinin ehliyeti, medeni hukuk tüzel kişilerine göre daha dardır. Hatta daha önce de söz ettiğimiz gibi ticaret ortaklıklarının sınırlı ehliyete sahip olduğu öne sürülmektedir (38).

## 3. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılmasında Korunan Menfaatler Açısından Karşılaştırma :

Bu konuda iki düşünce sözkonusudur. Bir kısım yazarlar ehliyete sınır çizilmesindeki amacın ticaret ortaklıklarının faaliyetini ülke ekonomisi açısından düzenlemek olduğunu bu nedenle TK. 137'nin kamu düzeni ile ilgili olduğunu ileri sürmektedirler (39). Sınırlamanın kamu düzeni ile ilgili olup olmamasının sonucu olarak ticaret ortaklığının işletme konusu dışında yapacağı her işlem hükümsüz yani batıldır. Bu sınırlama bir yasal sınırlamadır. Yasal sınırlamalar içinde de kamu düzeni

(34) Kuntalp, sh: 7.

(35) Kuntalp, sh: 9.

(36) Karayalçın, sh: 97; Kuntalp, sh: 9.

(37) «Medeni Kanun'da tüzel kişiler hakkında «hakikilik nazariyesi» kabul edildiği halde ticaret şirketleri hususunda «fiksiyon nazariyesi» kanunun esasını teşkil etmektedir. MK.nun 46. m.'e göre tüzel kişilerin medeni haklardan istifade ehliyeti esas itibariyle tahdit edilmediği halde ticaret şirketleri yalnız işletme konusunun çerçevesi dahilinde tüzel kişilikten istifade etmektedir (TK. Gerekçesi, sh: 27).

(38) Bkz. sh: 4, dn. 14.

(39) Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, sh: 480; Akyazan, sh: 833; Türk (Sempozyum), sh: 23.

düşüncesi egemendir. Kamu düzeni bağlantısı, bir davanın her aşamasında re'sen gözönüne alınmalıdır. Ayrıca kamu düzeninin olduğu her olayda «kazanılmış hak»a dayanılmaz (40) denilmektedir. Ancak, sınırlamada kamu düzeninin egemen olduğunu savunanların bazıları bunu, yalnızca sermaye şirketlerine yani anonim, limited ve kooperatif ortaklıklarına özgülemektedirler (41).

Bu konuda diğer bir görüş ise sınırlamanın kamu düzeni ile ilgili olmadığını savunmaktadır. Dayanak olarak, ekonomik yaşamın plan ve programlara bağlanmasının emredici nitelikte değil, özel sektör açısından yol gösterici ve özendirici nitelikte olduğu; TK.nun ortaklıkların kuruluşunda varsayım teorisinden esinlenen «izin sistemi»ni değil, «normatif sistem»in benimsenmiş olması (ki bu sistemle ortaklık sözleşmesinin yalnızca emredici kurallara uygunluğu araştırılmakta, uygun olduğu takdirde bu kuruluş kabul edilmekte ve bunun ötesinde bir araştırma ve kabulden kaçınma sözkonusu olmamaktadır) gösterilmektedir (42). Sınırlamanın kamu düzeni ile ilgili olmadığını benimsenmesinin sonucu olarak sınırlamanın kural olarak sözleşmesel nitelikte (43) ve sınırlamanın yasadan kaynaklanmadığı sürece gerçek kişilerden farklı olarak zayıfı değil, genelde ortaklık ortaklıklarının ve alacaklılarının korunmasına yönelik olduğu savunulmaktadır (44).

Kanımcı da ikinci görüşe katılmak gerekir. Çünkü, yasaları salt yasakoyucunun yasayı yaparken sahip bulunduğu amaca göre yorumlamak (subektif yorum) günümüzde ekonomik yaşamda görülen dinamizme uygun düşmez. Bu nedenle TK. 137'nin uygulanma zamanındaki koşullara göre yorumlanması (obektif yorum) daha yerinde olacak; bu kabul günümüzde devletin ekonomik yaşama müdahaleci karakterinin zayıflaması eğilimine paralellik sağlayacağı gibi, ortaklıkla işleme girişen iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması yönünden de değer taşıyacaktır.

Öte yandan ehliyet konusu ile yasalara aykırı davranış konusunu ya da yasalar dışına çıkmak konusunu birbirinden ayırmak gerekir. Ehliyet ile statü dışına çıkmak konusu da birbirinden ayrılmalıdır. Eğer, kamu düzeni amacı ile yapılan yasal düzenlemeye aykırı hareket edilmişse, bunun sonuçları zaten yasadaki belirtilmiştir. Eğer statüde yazılı olan sınır dışına çıkmışsa, bunu bir organ yapmış ise o kişi veya ki-

(40) Doğanay, (TTK. Şerhi), sh: 480.

(41) Doğanay, (TTK. Şerhi), sh: 482.

(42) Kuntalp, sh: 10.

(43) Kuntalp, sh: 8.

(44) Kuntalp, sh: 13.

şiler iç ilişkide kendi yetkisini aşmış bir durumda oldukları için sorumlu olurlar (45).

#### IV. HAK EHLİYETİNDEKİ SINIRLAMADA «ULTRA-VİRES» TEORİSİ AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMA

Ultra-vires, şirketlerin hukuki ehliyetini ancak şirket ana sözleşmesinde yazılı konu ile sınırlandırılması düşüncesine dayalı bir teoridir. Bu teori İngiliz Hukukundan gelmiş ve orada en katı uygulama alanını bulmuştur. Bu teoriye göre şirketlerin hak ehliyeti (dar anlamda hukuki ehliyet) ana sözleşmede yazılı konu ile sınırlıdır. Konu içinde yapılan işlemler (intra-vires) ortaklığı bağlar. Şirket ana sözleşmesinde konuyu aşan işlemler ehliyet dışı (ultra-vires) işlemlerdir. Şirketi bağlamaz ve yoklukla sakattır (46), (47).

TK. 137, ticaret ortaklıklarının ehliyeti bakımından ultra-vires teorisini benimsemiş gözükmektedir (48). TK. 137'nin bu niteliği hem sermaye şirketleri hem de şahıs şirketleri açısından farklılık göstermez (49).

Medeni hukuk tüzel kişilerinin hak ehliyetlerinin sınırlandırılmasında ultra-vires teorisi geçerli olacak mıdır? Yani medeni hukuk tüzel kişilerinin hak ehliyetleri de konuları (gayeleri) ile sınırlandırılmış mıdır? Buna olumlu yanıt verenler bulunduğu gibi (50) olumsuz yanıt verenler de vardır (51).

Kanımcı, MK. 46'da istisnalar dışında tüzel kişilere geniş bir hak ehliyeti tanınmışsa da, dernek ve vakıfların belli bir gayeyi gerçekleştirmek üzere kuruldukları gözönünde tutulduğunda sahip olacakları hak eh-

- 
- (45) Bkz. Yaşar Karayalçın; «Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti» İle İlgili «Tartışmalar», II. Tic. Huk. Yargıtay Kararları Sempozyumu, 11-12 Ocak 1985, sh: 21.
- (46) Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (Ders Kitabı), İstanbul 1982, sh: 79.
- (47) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslanlı, Halil: İngiliz Şirketlerinde Ultra-Vires Nazariyesi, Adalet Ceridesi 1942, sh: 483-507.
- (48) Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), sh: 78; Franko, sh: 44; Ansay, T.: Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti, II. Tic. Huk. ve Yargıtay K.ları Semp. - 11-12 Ocak 1985, sh: 365; Buna karşılık ultra-vires teorisinin Türk Hukukuna yabancı olduğu da ileri sürülmektedir: ÖZTAN, MK.da hak ve fiil ehliyetinin sınırlandırılmadığı, gerekecek sınırlamanın uygulamaya bırakıldığı, ayrıca MK. Tasarısı ve açıklamalardan yasa koyucunun teoriye yer vermemiş olduğunu belirtmektedir (Öztan, sh: 23).
- (49) Franko, sh: 44.
- (50) Egger, (Şerh), sh: 44; Öztan, sh: 620.
- (51) Ansay, Anonim Şirketler, sh: 26; İmregün, sh: 276; Öztan, sh: 23).

liyetinin de gaye çerçevesi içinde olduğu sonucuna varılabilir (52). Özellikle gayesine ulaşmak için ticari şekilde çalışan derneklerde (MK. 54/2) bu sınırlama daha da önem kazanmaktadır. Çünkü yasa koyucu MK. 54/2 gereği bu nitelikteki derneklerin ticaret siciline kaydını isteyerek bir yerde onları ticaret ort.ları hükümlerine tâbi tutmaktadır.

## V. EHLİYETİN SINIRLANMASINDA KULLANILAN KISTASLARA GÖRE KARŞILAŞTIRMA

### 1. Genel Olarak

Her tüzel kişinin zorunlu olarak bir kuruluş amacı vardır. Tüzel kişilerin ehliyetlerinin sınırlandırılmasında mevzu (konu), gaye, maksat (amaç) gibi terimlere yer verilmiştir. Acaba bunlar aynı anlamda mı yoksa farklı anlamda mı kullanılmışlardır? Bu terimlerin kullanımında medeni hukuk tüzel kişileri ile ticaret ortaklıkları açısından bir ayrıma gidilmeli midir?

### 2. Mevzu (Konu), Gaye ve Maksat (Amaç) Terimlerinin Anlamı

Önce bu kavramlardan hangilerinin MK. ve TK.'de hangi maddelerde kullanıldığını görelim. Türk Ticaret Kanunu açıkça «mevzu (konu)» terimine çeşitli maddelerde yer vermiştir. TK. 155/4, 279/2, 300/3'de «maksat» terimi ile birlikte, TK. 137, 311, 314, 335, 388, 451, 232'de tek başına kullanılmıştır. MK. ise mevzu (konu) terimine yer verilmemiştir (53).

Maksat (amaç) terimi MK.nun hiçbir yerinde kullanılmamıştır. Ancak 2905 S. Dernekler K. m. 1 kenar başlığı «amaç» terimini taşımaktadır. Yine anılan Kanunda 38. m.'de amaç terimi kullanılmaktadır. Amaç sözcüğü Türkçemizde maksat sözcüğü ile eş anlamda olduğundan «amaç» ve «maksat» terimleri aynı kavramı anlatmak üzere kullanılmaktadır.

Bu analitik işlemin verilerini şöyle toplayabiliriz. Yasa koyucu ticaret hukuku tüzel kişileri için «mevzu» (konu) ve «maksat» (amaç) terimlerini tercih etmiştir. Buna karşılık, medeni hukuk tüzel kişilerinde nirengi noktası «gaye»dir.

Bu saptamadan sonra bu terimlerin bilinçli olarak mı yasaya konuldukları sorusunu yanıtlamak gerekir. TK.'yı hazırlayan HİRŞ eski Ticaret Kanunu döneminde bu terimleri şöyle anlamlandırmıştır. «Gaye» deyimi bir faaliyetin son hedef ve mahiyetini; «maksat» deyimi, bir faaliyet ara-

(52) Özkan, sh: 620.

(53) Özkan, sh: 365.

cılığıyla doğrudan doğruya elde edilmek istenen neticeyi; «konu» (mevzu) ise faaliyetin yol ve araçlarını anlatır (54).

Şimdi tüzel kişilerin ehliyetlerinin sınırlandırılmasında bu terimlerden hangisi temel alınacaktır? Öğretide, «maksat» ve «gaye» terimlerinin eş anlamlı olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle TK. ile MK. arasında terminolojik uygunluğu sağlamak için TK.'deki «maksat» teriminin kaldırılması önerilmektedir (55).

Kanımcı «gaye» teriminin «idealleştirilmiş amaç» olarak anlaşılması medeni hukuk tüzel kişilerinin ilke olarak ideal toplulukları olmasına daha uygun düşmektedir. Bu nedenle medeni hukuk tüzel kişileri için «gaye» teriminin temel alınması yerinde olacaktır.

ANSAY, «mevzu» (konu)'nun yapılacak faaliyetleri somut; «maksat»ın ise soyut (genel) olarak gösterdiği düşüncesindedir. Bu nedenle ticaret ortaklıkları için «maksat»ın temel alınmasını önermektedir (56). Kanımcı bu konuda da «konu» terimini geniş yorumlamak yoluyla, yani şirket konusu ile «makul bir ilişkisi olan işlemlerin de konu içinde (intra-vires) alınması ile ticari yaşamın gerektirdiği gereksinimler karşılanabilecek; böylece ortaklık ile işlemde bulunmuş olan iyiniyetli üçüncü kişilerin bir ölçüde korunması sağlanmış olabilecektir. Çünkü, uyuşmazlık halinde yargıcın konuyu belirlemede geniş bir takdir yetkisinden söz edilebilecektir.

## S O N U Ç

İnceleme yapılırken «Giriş»te de belirtildiği gibi tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin tümüyle incelenmesi yoluna gidilmemiş; Medeni ve ticaret hukuku tüzel kişilerinin bu ehliyet yönünden gösterdikleri farklılığa değinilmeye çalışılmıştır. Aradaki çelişkilerin çözümlenmesinde günümüz ekonomik ve ticari yaşamının gerekleri doğrultusunda yasa maddelerinin yorumunun yapılması (objektif yorum) üstünde durulmaya çalışılmıştır. Ayrıca ehliyetlerin sınırlandırılmasında belirtilen tüzel kişilerle işleme giren iyiniyetli üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması yönünde yorumlama yapılması gereğine değinilmiştir.

(54) Hırş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, sh: 186.

(55) Akipek, J.: Le But Des Associations en Droit Turc et Son Importance Juridique Ankara 1963, sh: 21-22 (Naklen; Özkan, sh: 367).

(56) Ansay, T.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, sh: 117.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYAZAN, S. : Türk Ticaret Kanunu'nun 137. maddesinin Anlam ve Kapsamı Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER 1974, c. 6, sh: 829-840.
- ANSAY, T. : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982.
- ANSAY, T. : Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (11-12 Ocak 1985), Ankara, 1985, sh: 363-371.
- ATAAY, A. : Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2. bası, İstanbul 1971.
- BİLGE, N. : Hükmi Şahısların Sahip Olabilecekleri Medeni Haklar, Adliye Ceridesi 1942, sh: 22-43.
- DOĞANAY, Ü.Y. : Hükmi Şahıslar (Ders Notları), İstanbul 1967.
- DOĞANAY, İ. : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, c. I.
- EGGER, A. : İsviçre Medeni Kanun Şerhi-Kişinin Hukuku, İkinci Kısım, Tüzel Kişiler-Ankara 1948 (Çev: Wolf Çernis).
- FRANKO, N. : Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti, II. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1985, sh: 22-43.
- HİRŞ, E. : Ticaret Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1948.
- İMREGÜN, O. : Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyet ve Temsili, 11. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası (12 Mayıs 1961) Ankara 1962, sh: 275-306.
- KARAYALÇIN, Y. : Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. bası, Ankara 1973.
- KÖPRÜLÜ, B. : Medeni Hukuk, İstanbul 1984.
- KUNTALP, E. : Ticaret Ortaklıklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (11-12 Ocak 1985), Ankara 1985, sh: 5-31.
- OĞUZMAN, K.-SELİÇİ, Ö. : Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1979.
- ÖZKAN, I. : Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye ile Sınırlanması, Adalet Dergisi 1975, sa: 3-4, sh: 359-371; sa: 5-6, sh: 616-638.
- OZSUNAY, E. : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.
- ÖZTAN, B. : Medeni Hukuku Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.
- POROY, R.-TEKİNALP, Ü.-ÇAMOĞLU, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 2. bası, İstanbul 1982.
- TUNÇOMAĞ, K. : İşletme Hukuku, c. 1. İstanbul 1970.
- ZEVKLİLER, A. : Medeni Hukuk, Diyarbakır 1986.

## ● İNFAZ HUKUKU

### 3506 SAYILI KANUNUN ALTINCI MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN DÖRDÜNCÜ MADDESİNİN DÖRDÜNCÜ FIKRASININ ŞARTLA SALIVERİLMEME, ERTELEMEME VE TEKERRÜRE OLAN ETKİSİ

Yusuf ÖZTÜRK (\*)

● ANLATIM DÜZENİ : I — Giriş. II — 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesinin Geçirdiği Evreler. a — 647 Sayılı Kanunun 1712 Sayılı Kanunla Değişik 4/4. Maddesi. b — 647 Sayılı Kanunun 3355 Sayılı Kanunla Değişik 4/4. Maddesi. c — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesinin Gerekçesi. d — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesi. e — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesi Bir Maddi Hukuk Hükmüdür. III — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesinin Şartla Salıverilmeye Etkisi. a — Şartla Salıverilme Nedir? b — Değişikliğin Şartla Salıvermeye Etkisi. c — İlgili İçtihat. IV — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesinin Tekerrüre Etkisi. a — Tekerrür Nedir? b — Değişikliğin Tekerrüre Etkisi. c — İlgili İçtihatlar. V — 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesiyle Değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. Maddesinin Ertelemeye Etkisi. a — Erteleme (Cezaların) Nedir? b — Değişikliğin Ertelemeye Etkisi. c — İlgili İçtihatlar. VI — Değişikliğin Olumlu Yönleri. VII — Sonuç ve Görüşümüz.

#### I — GİRİŞ

Kanunun adı: 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Ek Maddeler İlâve Edilmesine, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve 10 Haziran 1949 Tarihli 5435 Sayılı Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun'dur. Kanun No: 3506 olup, kabul tarihi: 7.12.1988'dir. Resmî Gazete'de yayın tarihi: 14.12.1988 olup, yürürlük tarihi de 14.12.1988'dir. Konumuzla ilgili değişiklik «...Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez» şeklindedir (1).

3506 Sayılı Kanunun 6/son maddesi, 3355 Sayılı Kanunu değiştirmiştir. 3355 Sayılı Kanunun adı: 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 4 üncü Maddesinin 4 üncü Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun 24.4.1987 tarih ve 19940 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış olup, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 3506 Sayılı Kanunun

(\*) Ermenek Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı.

(1) RG., Sayı: 20019, tarih: 14.12.1988.

6/son maddesi, 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4/4. fıkrasını değiştirmiştir. Daha doğrusu 3355 Sayılı Kanunla yapılan değişikliğe «...Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez.» cümlesini ilâve etmiştir.

Bu yazımızda 3506 Sayılı Kanunun 6/son maddesiyle getirilen değişikliğin yukarıda belirtilen kurumlara etkisi incelenirken, önce kurum hakkında kısaca bilgi verilmiş, değişikliğin etkisi incelenmiş ve uygulamadan örnekler verilmiştir.

Önceki yazımızla 3355 Sayılı Kanunla yapılan değişikliği Yargıtay yoluna başvurulamıyan yani kesin olan hükümler de belirtilmişti. CMUK. yoluna başvurulamıyan yani kesin olan hükümler de belirtilmişti. CMUK. nun 305. maddesi üçyüz bin liraya kadar (üçyüzbin lira dahil) olan hükümlerin kesin olduğunu buyurmaktadır. 3355 sayılı değişiklikte de asıl mahkûmiyetin çevrilen para cezası kuralı getirilmiş olduğundan, kimi ayrı kuralların dışında üçyüzbin liraya kadar olan (üçyüzbin lira dahil) hükümler Yargıtay'a götürüleliyordu.

3506 Sayılı Kanunun 6/son maddesindeki değişiklikte, asıl ceza çevrilen para cezası olarak kabul edilecek; kanun yollarına başvurmada ise para cezasının çevrildiği hürriyeti bağlayıcı ceza gözönüne alınacaktır. Bu husus 3506 Sayılı Kanunun 6. maddesinin gerekçesinde aynen «...hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi halinde, kanun yollarına başvurulurken cezanın değil, hürriyeti bağlayıcı cezanın esas alınması ilkesini taşımaktadır» denilmek suretiyle açıklanmıştır (2).

## II — 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİNİN GEÇİRDİĞİ EVRELER

14.12.1988 gün ve 20019 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan ve aynı gün yürürlüğe giren 3506 Sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesinin, 3506 Sayılı Kanundan önceki geçirdiği evreler bahsedilen makalemizde genişçe açıklanmıştır (3).

### a) 647 SAYILI KANUNUN 1712 SAYILI KANUNLA DEĞİŞİK 4/4. MADDESİ :

«Uygulamada asıl ceza, bu madde hükümlerine göre para cezasına veya tedbire çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır.»

### b) 647 SAYILI KANUNUN 3355 SAYILI KANUNLA DEĞİŞİK 4/4. MADDESİ :

«Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir.»

(2) 3506 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin Gerekçesi.

(3) ÖZTÜRK, Y., agm.



**c) 3506 SAYILI KANUNUN 6. MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİNİN GEREKÇESİ :**

«647 Sayılı Kanunun 4. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmekte ve mer'i fıkra 'Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmaya engel teşkil etmez' şeklinde bir cümle ilâve edilmiştir.

Bugün mer'i olan dördüncü fıkra göre, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi durumunda asıl ceza olarak çevrilmiş olan para cezası kabul edilmektedir. Bu hüküm getirilirken diğer gerekçeler yanında Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi de amaçlanmıştır.

Ancak, CMUK.nun 305. maddesinde temyiz şartı olarak para cezaları için getirilmiş olan sınırın altına düşen cezayı havi pek çok ilâm hakkında, bu defa Kanun yollarından biri olan yazılı emir yoluna başvurulmaya başlanmıştır. Nitekim, her yıl 1500-1800 arasında değişen yazılı emirle bozma talebi sayısı söz konusu mer'i fıkranın yürürlüğe girmesiyle yılda ortalama 3000 miktarını geçmektedir.

Tasarıyla yapılan yeni düzenleme, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi halinde, kanun yollarına başvurulurken çevrilen cezanın değil, hürriyeti bağlayıcı cezanın esas alınması ilkesini taşımaktadır.»

**d) 3506 SAYILI KANUNUN 6 INCI MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİ:**

«Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez.»

**e) 3506 SAYILI KANUNUN 6. MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİ BİR MADDİ HUKUK HÜKMÜDÜR :**

Muhakeme normları geçmişe uygulanmazlar. Aksine hüküm olmadıkça her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan muhakeme kanununa göre yapılır (4).

TCK.nun 2. maddesindeki 'kanun' terimi ile maddi ceza hukukuna ait kanunlar kastedilmiştir. Sonradan yürürlüğe giren kanun, suçun işlendiği zamanın kanununa göre sanığın lehinde olduğu takdirde, sonraki kanunun, evvelce işlenmiş olan fiillere uygulanmasına 'lehteki kanunun makale şümülu' denilir (5).

TCK.nun 2. maddesinde geçen 'KANUN' tâbiri ile maddi ceza hukukuna ilişkin bütün kaynakları anlamak gerekir. Böylece tüzük, yönetmelik, kararname bakımından da lehte olan metnin geçmişe yürürlük (makale şamil) olarak uygulanması gerekir (6).

(4) KUNTER, N., age., Sh: 528-530.

(5) ÇAĞLAYAN, M., Türk Ceza Kanunu, Cilt: I, Sh: 29.

(6) MOLLAMAHMUTOĞLU-SAVAŞ, age., Cilt: II, Sh: 51 (DÖNMEZER-ERMAN'dan Naklen).

Bu konuya ilişkin olarak önceki yazımızda ayrıntılı bilgi verilmiştir (7).

### III — 3506 SAYILI KANUNUN 6. MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİNİN ŞARTLA SALIVERİLMEME ETKİSİ :

#### a) Şartla Salıverme Nedir?

Mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezalardan, kanunun gösterdiği bir kısmını iyi hal ile ve konulan kurallara tam uyarak geçirmiş bulunan hükümlünün konulmuş olan koşullara her bakımdan uymadığı takdirde geri alınması koşulu ile, hükümlülük süresini tamamiyle bitirmeden, merciiince alınacak bir kararla salıverilmesini ve böylece serbest yaşama dönmesini ya da bu yaşama geçişini kolaylaştırmasını belirleyen bir kurumdur (8).

TCK.nun 17/1. maddesi 14.12.1988 gün ve 20019 sayılı Resmî Gazete'de yürürlüğe giren 3506 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle; «Şartla salıverilmiş olan hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir cürümden dolayı şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olur veya mecbur olduğu şartları yerine getirmeyen ise, şartla salıverme kararı geri alınır. Bu takdirde suçun işlendiği tarihten sonraki kısım hükümlünün ceza süresine mahsup edilmeyerek aynen çektirilir ve şartla salıverilmeye esas teşkil eden hükmün infazı ile ilgili olarak bir daha şartla salıvermeden yararlanamaz.» şeklinde değiştirilmiştir.

3506 Sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemede, koşulla salıverilme süresinin aynen çektirilmesi esasından vazgeçilmiş, ikinci suçun işlendiği tarih esas alınarak, bu tarihten itibaren birinci suça ait bihakkın salıverilme tarihi arasındaki sürenin infazı öngörülmüştür. Örneğin; hükümlünün koşullu salıverilme tarihi 14.12.1988, bihakkın salıverilme tarihi de 20.8.1989 olsun. Hükümlü 10.4.1989 tarihinde yeni bir suç işlemiş bulunsun. Eski düzenlemede, 14.12.1988-20.8.1989 tarihleri arasındaki süre geri alınıp aynen çektiriliyor idi. Yeni düzenlemede ise; 10.4.1989-20.8.1989 tarihleri arasındaki süre geri alınıp aynen çektirilecektir. Bu düzenlemenin hakkaniyete daha uygun olduğu söylenebilir.

#### b) Değişikliğin Şartla Salıvermeye (=Koşullu Salıverme) Etkisi :

TCK.nun 3506 Sayılı Kanunla değişik 17/1. maddesi «Şartla salıverilmiş olan hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir cürüm-

(7) ÖZTÜRK, Y. agm.

(8) DÖNMEZER-ERMAN, age., Sh: 64.

den dolayı şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olur...» hükmünü taşıdığına göre, ikinci suçun hürriyeti bağlayıcı bir ceza olması gerekmektedir.

Değişiklik; asıl ceza hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezasıdır, kuralını getirdiğine göre; ikinci suçun hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezası olması halinde koşullu salıverilme (= şartla tahliye) kararı geri alınamıyacaktır.

### c) İlgili İçtihat :

«Hükümlü, Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2.12.1975 gün ve 119/291 sayılı kararı ile 8 sene ağır hapis ve 1 ay 5 gün hapis cezası ile cezalandırılmış, bu ceza ile ilgili olarak 24.5.1974 tarihinde infaza başlanmış, 27.9.1978 tarihinde şartla salıverilmiş olup, bihakkın tahliye tarihi 29.6.1982'dir. Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.11.1985 gün ve 1984/190 esas, 1985/123 sayılı kararlar ile 1 yıl 8 ay ağır hapis cezası ile cezalandırılmış, suç tarihi 28.10.1981 olup, 3.2.1982 tarihinde infaza başlanmış, 26.10.1983 tarihinde tahliye edilmiş olup, bihakkın süresini de tamamlamıştır. Adana 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 9.1.1986 gün ve 1985/725 esas, 1986/1 sayılı karar ile 2 yıl 11 ay hapis cezası ile cezalandırılmış, 15.9.1985 tarihinde infaza başlanmış, ancak Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.9.1978 tarihli kararı ile şartla salıverilme kararının geri alınması üzerine esrar ile ilgili verilen infaz 9.4.1986 tarihinde durdurularak 8 yıl 1 ay 5 günün bakiyesinin infazına başlanmış bulunup, bu bakiye infaz 11.12.1986 tarihinde bitmiş, 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin verdiği cezanın kalan kısmının infazına 11.12.1986 tarihinde başlanmıştır. Hükümlü (A.G.)'in 16.12.1988 tarihli dilekçesi ile dilekçe ekindeki infaz evraklarının yapılan incelenilmesinde; Geceği Düşünüldü: 14.12.1988 tarihli ve 20019 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanıp aynı tarihte yürürlüğe giren 3506 sayılı Kanununun 1. maddesi 765 sayılı TCK.nun 17/1. maddesini değiştirmiş olup, «...suçun işlendiği tarihten sonraki kısım hükümlünün ceza süresine mahsup edilmeyerek aynen çektirilir...» amir hükmünü getirmiş bulunmasına, bu hükmün de hükümlü lehine ciddi bir indirim getirmiş bulunmasına göre hükümlünün yukarıda açıklanan hükümleri, infaz evrakları, infaz evraklarının ekleri, infaza başlama tarihleri, bitme tarihleri, tutukluluk süreleri ve ayrıca cezaevi idaresince alınan iyi hallilik kararı incelenmiştir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, maddedeki «Bir daha şartla salıvermeden yararlanamaz» deyimini koşulla salıverme kararının geri alınmasına neden olan suçla ilgili cezaya ilişkin olup, sonradan işlenen başka bir suçtan ötürü koşulla salıverilmeye engel olmaz. Yine Kanunda «...Aynen çektirilir...» ibaresinden de anlaşılacağı gibi şartla salıverilme kararı geri alındıktan sonra kalan cezadan 647 sayılı ve ayrıca 2148 sayılı Yasalarla öngörülmüş bulunan indirimlerin uygulanmıyacağı açıktır. Hükümlü A.G., 8 sene 1 ay 5 günlük cezasının infazına 24.5.1974 tarihinde başlamış, ve 27.9.1978 tarihinde şartla salıverilmiştir. İçeride yattığı süre 4 yıl 4 ay 3 gündür. Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1 yıl 8 ay ağır hapislik kararma ilişkin

suçunu 28.10.1981 tarihinde işlemiş olup, ilk mahkûmiyetinin bihakkın tahliye tarihi 29.6.1982'dir. 2. mahkûmiyetinin 28.10.1981 olan suç tarihi ile birinci mahkûmiyetinin 27.9.1978 olan şartla tahliye tarihi arasındaki kalan süre 3 yıl 1 ay 1 gündür. 4 yıl 4 ay 3 gün ile 3 yıl 1 ay 1 günü toplarsak 7 yıl 5 ay 4 gün eder. Hükümlünün birinci mahkûmiyetine konu olan 8 sene 1 ay 5 günü 7 yıl 5 ay 4 günden çıkarırsak geriye, geri alınan saliverilmesi nedeni ile 246 gün yatması gerekecektir.

Adana Birinci Ağır Ceza Mahkemesi 24.3.1986 tarih ve 61/30 sayılı kararı ile Bursa İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının geri alınmasına karar vermiş olup, bu kararın ekindeki Adana İkinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararından anlaşıldığı üzere sanık bu kararla 1 yıl 8 ay ağır hapis cezası almış bulunup, suç tarihi 28.10.1981, tutuklama tarihi 3.2.1982, tahliye tarihi de 26.10.1983'tür. Bu duruma göre hükümlü bu mahkemeden aldığı ceza-yı 1 yıl 8 ay 25 gün olarak fazlası ile yatmıştır. Adana Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin geri alma kararı üzerine Adana 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2 yıl 11 aylık verdiği ve 15.9.1985 tarihinde infazına başladığı cezasının 9.4.1986 tarihinde infazı durdurularak geri alınan kararın infazına başlanmış ve geri alınan şartla saliverilme kararının infazı 11.12.1986 tarihinde bitmiş bulunup, esrar suçundan geri kalan 222 günlük süre 21.7.1987 tarihinde tamamlanmış olduğundan, hükümlünün durdurulup 11.12.1986 tarihinde tekrar başlatılan 2 yıl 11 aylık cezasının şartla saliverilmesi 21.7.1987 tarihine tekabül eder. Bihakkın tahliyesi ise 15.4.1989 tarihine tekabül eder. Hükümlü esrarla ilgili olarak 15.9.1985 ile infazın durdurulduğu 9.4.1986 tarihleri arasında 206 gün yatmıştır. Yatması gereken süre de 428 gün olup, 222 gün için infaza da 11.12.1986 tarihinde başlanmış ve 21.7.1987 tarihinde şartla tahliye edilmesi gerekmiştir. Açıklandığı üzere hükümlünün geri alınan cezası 11.12.1986 tarihinde bitmiş, daha önce infaza başlanan ve durdurulan esrar suçundan verilen cezasının da 21.7.1987 tarihinde şartla saliverilmesi gerekmiş olup, 1 yıl 8 ay ağır hapisle ilgili cezasını da tamamen çekmiş olduğundan aşağıda yargı kurulmuştur: Sonuç: Bu itibarla; 1 — Yukarıda geniş olarak açıklandığı üzere Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24.3.1986 gün, 61/30 sayılı kararına konu olan geri alma kararı üzerine 3506 sayılı değişiklik de nazara alınarak 8 yıl ağır hapis, 1 ay 5 gün hapis cezasının infazının tamamının 11.12.1986 tarihinde bittiği sübuta erdiğinden bu tarihten itibaren bihakkın tahliyesine, 2 — Adana 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 9.1.1986 gün ve 1985/725 esas, 1986/1 sayılı kararına konu 2 yıl 11 ay hapis cezasının 15.9.1985-9.4.1986 tarihleri ile 11.12.1986-21.7.1987 tarihleri arasında toplam olarak 428 gün cezaevi idaresi tarafından verilen ve tasvip edilen karar gibi iyi halle geçirdiği anlaşıldığından 21.7.1987 tarihinden itibaren hükümlü (A.G.)'in şartla saliverilmesine.....oybirliğiyle karar verildi» (9).

(9) Ermenek Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17.12.1988 gün ve müt. 1988/34 Sayılı Kararı.

#### IV — 3506 SAYILI KANUNUN 6. MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİNİN TEKERRÜRE ETKİSİ :

##### a) Tekerrür (= Yineleme) Nedir?

Bir cürümden dolayı mahkûmiyeti kesinleşen kimsenin, cezasını çektikten veya ceza yasal bir nedenle düştükten sonra, belli bir süre içinde yeniden cürüm işlemesidir. Tekerrür failin cezadan korkmadığını, uslanmadığını, suç işlemekte ısrarını belirttiği ve evvelce verilmiş olan cezanın yetersizliğini gösterdiği için, ceza ağırlatıcı bir hal kabul edilir. TCK. madde: 81 (10).

— Tekerrür; bir suçtan dolayı kesin surette mahkûm olduktan sonra yeniden suç işleyen kimsenin kişisel durumu olarak tanımlanabilir. Kanunumuzdaki sonucu, işlenen yeni suçun cezasının artırılmasından ibarettir. Birinci mahkûmiyetten itibaren belirli bir süre içinde ikinci suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin işlenmesini kabul eden kurala, süreli tekerrür denir. Kanunumuz süreli tekerrürü kabul etmiştir (11).

— Tekerrür, fiile matuf bir hal olmadığı için, ikinci suçun ağırlatıcı nedeni değildir. Bu suçun cezasını ağırlatılması sonucunu doğuran, sanığın kişiliğine ait bir durumdur. Yeniden bir suç işlenmesi, hükümlünün önceki mahkûmiyetten ve uğradığı cezadan uslanmadığını, ıslahı nefis etmediğini, suç işlemekte inat ve ısrarını, ahlakî düşkünlüğünün fazlalığını gösterir. Bu itibarla mükerrirlerin, ilk defa suç işleyenlerle bir tutulmamaları, haklarında her halde daha farklı işlem yapılmasını gerektirir (12).

##### b) Değişikliğin Tekerrüre Etkisi :

TCK.nun 81-88. maddeleri tekerrür hükümlerini düzenlemektedir. Cürümlerde beş ve on yıllık süreler ile kabahatlerde bir yıllık süreler konmuştur. Cürümden cürüme tekerrür olduğu gibi kabahatten kabaha da tekerrür hükümleri uygulanmaktadır (TCK.nun 81/1 ve 647 Sayılı Kanunun 7/A maddesi).

CMUK.nun 305/1. bendi, 2. ve 3. bentlerinde belirtilen hükümlerin tekerrüre esas alınmayacağı, aynı maddenin son fıkrası ile hüküm altına alınmıştır. Bu duruma göre üçyüzbin liraya kadar (üçyüzbin lira dahil) olan para cezalarına ilişkin hükümlerde tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Bu kural, doğrudan doğruya verilen para cezalarına iliş-

(10) USLU, T. Azmi, age., Sh: 307.

(11) DÖNMEZER-ERMAN, age., Sh: 129, 136.

(12) ÇAĞLAYAN, M.M., age., Sh: 932.

kin hükümlere aittir. Açmak gerekirse, 'asıl mahkûmiyet' para cezası olan hükümler içindir.

24.4.1987 günlü Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren ve 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesini değiştiren 3355 Sayılı Kanun «uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası...» kuralını getirmiştir. Önceki makalemizde de genişçe açıkladığımız gibi hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezası üç-yüzbin lirayı aşmamişsa tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.

647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesini değiştiren 3506 Sayılı Kanunun 6. maddesi «...Bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez» hükmünü getirmiştir. Bu hüküm CMUK.nun 305/1-son maddesini değiştirmemiştir. Bu nedenle de CMUK.nun 305/1'de belirtilen miktar kadar tutan hükümlerde tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezası ise KANUN YOLU'na başvurulabilecektir.

### c) İlgili İçtihatlar :

— «...Sanığın sabıkasını oluşturan ilamda 647 Sayılı Yasanın 4. maddesiyle sonuçta para cezasına mahkûm edilmiş bulunmasına, 24.4.1987 gün ve 3355 Sayılı Yasa ile değiştirilen 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinin 4. fıkrasındaki uygulamadaki asıl cezanın bu madde ile çevrilen para cezası olduğuna ilişkin buyurucu hükmüne, sanığın mahkûm olduğu para cezasının CMUK.nun 305. maddesi gereğince kesin olup tekerrüre esas teşkil edemeyeceğine ve TCK.nun 2. maddesi açıklığına göre tekerrür hükmünün uygulama olanağının bulunmadığının düşünülmemesi...» (13).

— «...3355 Sayılı Yasa ile 647 Sayılı Yasanın 4. maddesinde yapılan tadil, hem ceza nevinde değişiklik yapması ve hem de tekerrür hükümlerinin uygulanmasını engellemesi yönünden maddi hukuk hükmüdür. Usul hükmü değildir. Bu itibarla sanık yararına olup, TCK.nun 2/2. maddesi uyarınca sanık hakkında uygulanmalıdır (14).

— «...3355 Sayılı Yasa ile 647 Sayılı Yasada değişiklik tekerrür hükümlerinin uygulanması yönünden sanık lehine olup TCK.nun 2/2. maddesi uyarınca sanık hakkında uygulanmalıdır (15).

— 24.4.1987 günü yürürlüğe giren 3355 Sayılı Yasa ile 647 Sayılı Yasanın 4/4. maddesi 'uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükmüne göre çevrilen para cezası veya tedbirdir' biçiminde değiştirilmiş olması karşısında sanığın tekerrüre esas alınan hükümlülüğü 6.000.— TL. ağır para cezası olup TCK.nun 2/2 ve CMUK.nun 305/1-son

(13) 3.C.D.-19.9.1988 gün ve E. 26695, K.: 10391, Yayınlanmamıştır.

(14) CGK.,-20.6.1988-6-221/280 (YKD., Cilt: 14, Kasım-1988, Sayı: 11, Sh: 1573).

(15) CGK.-18.5.1987-1-55/283 (UYGUN-MOLLAMAHMUTOĞLU-SAVAŞ, age., Sh: 37.

maddeleri açıklığına göre tekerrüre esas alınmayacağı cihetle hükmün bozulmasına, bu husus yeni bir yargılamayı gerektirmediğinden CMUK.nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak tayin olunan cezanın TCK.nun 81. maddesiyle artırma yapılmadan sonuçta 3 yıl hapse indirilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına...» (16).

— «Sanığın tekerrüre esas kabul edilen sabıkasının, 6831 Sayılı Orman Yasasının 91/1. maddesi uyarınca 7 gün hapis ve 1000 lira ağır para cezasının 647 Sayılı Kanununun 4. maddesi ile hapis cezasının bir günü 100 liradan 700 lira ağır para cezasına çevrilerek 1700 lira ağır para cezasından ibarettir.

3506 Sayılı Yasa ile değişik CMUK.nun 305. maddesi (...300.000 liraya kadar dahil para cezalarına dair olan hükümler... teyiz olunamaz. Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olamaz...) hükmünü içermekte olup, 647 Sayılı Kanununun 4/4. maddesinde gösterilen «uygulamada asıl ceza para cezasına çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır» hükmünün 24.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3355 Sayılı Yasa ile değiştirilerek «uygulamada asıl mahkûmiyet, bu maddede hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir.» denilmiş, tekerrürle ilgili TCK.nun 88. maddesi doğrultusunda yeni bir kural getirilmiştir.

TCK.nun 2. maddesinin 2. fıkrasında «bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirinden farklı ise, lehe olan kanun hükmü tatbik ve infaz olunur.» denilmekte olup, esas olan, fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan, yahut sonradan yürürlüğe giren yasalardan en ziyade fail lehine olan yasanın uygulanacağıdır. Bu kural CGK.nun 15.12.1980 gün ve 339/430 sayılı kararı ile de benimsenmiş bulunmaktadır.

Şu hale göre, 26.9.1980 tarihinde infaz edilen önceki hükümlülüğün 300.000 liradan az para cezası uygulamasına ilişkin bulunmasına nazaran, tekerrür nedeniyle yapılacak uygulamada TCK.nun 2/2. maddesine göre, sabıkanın kesinleşme biçimine bakılmaksızın sanık lehine tekerrüre esas olmayacağına kabulünde yasal zorunluluk bulunması, bozmayı gerektirmiştir» (17).

— «24.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren ve 647 Sayılı Yasanın değiştirilen 4. maddesine göre, özgürlüğü bağlayıcı cezanın çevrildiği para cezasının esas olduğunu hükme bağlamıştır.

Ceza Yargılama Yasasının 305. maddesinin kesinleşmeye ilişkin bendi yargılamanın yürütmesiyle ilgili bulunduğundan bir yargılama hukuku hükmüdür. Yargılama Yasasını ilgilendiren işlemler ise yapıldıkları anda yürürlükte bulunan yasaya göre kristalize olurlar. Ve lehe de olsa yeni yasa geriye uygulanmaz.

Aynı maddenin tekerrüre ilişkin son fıkrası ise, esasla ilgilidir ve buna ilişkin lehe değişiklikler elbette geriye uygulanır. Ancak, maddenin de anlaşılacağı üzere, bu maddenin geri yürüyebilmesi için geç-

(16) 5.C.D.-25.5.1987-600/3067, (ERDURAK, Y.G., age., Sh: 557).

(17) 8.C.D. 25.5.1987-3520/4612, (ERDURAK, Y.G., age., Sh: 557-558).

mişteki hükümlülüğün ilk bende göre kesin olması zorunludur.

İşte bu koşul olayda gerçekleşmemiştir. Zira tekerrüre esas olan hükümlülük kararına ait dönemdeki Yargılama Yasasına göre bu karar kesin değil, temyiz yolu açık bir karardır. O nedenle de tekerrüre esas olacaktır. Belirtilen nedenlerle C. Başsavcılığının karar düzeltme isteğinin reddine...» (18).

#### V — 3506 SAYILI KANUNUN 6. MADDESİYLE DEĞİŞİK 647 SAYILI KANUNUN 4/4. MADDESİNİN ERTELEMEME ETKİSİ :

##### a) Erteleme (Cezaların) Nedir?

İlk defa hafif bir cezaya mahkûm olan bir kimsenin cezasını çek-tirmeyip ileride bir zamana bırakmaktır. Mahkûm, belli bir süre içinde (kabahatlerde bir, cürümlerde beş sene) tekrar mahkûm olmazsa, ev-velki ceza ve onu gerektiren suç ortadan kalkmış olur. Eğer bu arada bir suç işlerse, erteleme kalkar. Eski ceza yenisine eklenir (19).

İlk defa suç işleyenler hakkında daha merhametli davranarak, on-ları cezaevlerine sokmaktansa, bir kere daha serbest yaşamda denemek ve belirli bir süre içinde yeniden suç işlemezlerse mahkûmiyetlerini ba-ğışlamak yolundaki 'ceza siyaseti' düşünceleri, bu kurumun esasını teş-kil eder. İnfazı geri bırakılmış ceza, deneme süresi içinde hükümlüyü tehdit altında tutar. Bu tehdit, hükümlüyü kendi kendini ıslah yolunda çabaya sevkeder. Onu, cezaevine düşmüş olmak ayıbından korur. Fakat hükümlünün bu durumu geçicidir (20).

Erteleme, işlediği suçtan dolayı mahkûm edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlu bu süre içinde ye-niden bir suç işlemediği takdirde, suçun ya işlenmemiş veya hükümlülü-ğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır (21).

14.12.1988 tarih ve 20019 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanıp yürür-lüğe giren 3506 Sayılı Kanunun 8. maddesiyle 647 Sayılı Kanunun 6. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

«Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mah-kûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl da-hil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmiş-teki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ile-

(18) 6.C.D. 28.1.1988-559/878 (YKD., Cilt: 14, Temmuz-1988, Sayı: 7, Sh: 1000-1001.

(19) USLU, T. Azmi, age., Sh: 49.

(20) ÇAĞLAYAN, M.M., age., Sh: 963, (EREN, Sh: 233 den naklen)

(21) DÖNMEZER-ERMAN, age., Sh: 8.



ride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükümlenabilir. Bu halde ertelenmenin sebebi hükümde yazılır.

Suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış olanlar ile 65 yaşını ikmal etmiş bulunanların mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki yıldan, hapis veya hafif hapis cezası üç yıldan fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanabilir.»

Erteleme kurumu cezaların kişiselleştirilmesi kuralının bir sonucudur. Ertelemeye engel eski mahkûmiyetin bir ceza mahkûmiyeti olması aranır. Ceza mahkûmiyeti niteliğinde olmıyan belirli tedbirler hükmedilmesi ertelemeye engel değildir. Belirli bir süre geçtikten sonra dahi evvelki mahkûmiyet ertelemeye engeldir. Her ne kadar Kanunumuzda bu konuda açık veya kapalı bir hüküm yoksa da, hukukumuzda bu sorun Yargıtay içtihatları ile aydınlanmaktadır. Yargıtay birçok içtihatlarında önceden verilen ve ertelemeye engel olan adliye mahkemelerinden verilen mahkûmiyet hükmünün aradan ne kadar zaman geçmiş olursa olsun ertelemeye engel olacağı kanısındadır-CGK. 21.9.1931, E. 97, K. 94; 4CD. 24.9.1949, E. 8470, K. 10053; 4CD. 28.3.1945, E. 359, K. 3475 (22).

Evvelki mahkûmiyet, bütün sonuçlarıyla genel bir aflu ortadan kalkmışsa, hükümlünün cezasının ertelemeye engel bir hali kalmamıştır-2CD. 30.5.1964, E. 3958, K. 4166 (23).

Yüksek Yargıtay bir kararında «saniğin geçmiş hükümlülüğü araştırılmadan cezanın ertelenmesine karar verilmesi»ni bozma nedeni saymıştır (24).

#### b) Değişikliğin Ertelemeye Etkisi :

14.12.1988 gün ve 20019 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe giren 3506 Sayılı Kanunun 8. maddesi 647 Sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasını «Adliye mahkemelerinde para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmıyan kimse...» şeklinde değiştirmiştir. 24.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren ve 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesini değiştiren 3355 Sayılı Kanun ile 14.12.1988 de yürürlüğe giren ve 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesini değiştirip bir cümle ekleyen 3506 Sayılı Kanun» Uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir» hükmünü getirmiş bulunmaktadır.

(22) EDİS, T. Refik, agm., Sh: 284-285.

(23) EDİS, T. Refik, agm., Sh: 289.

(24) BARDAK, C., agm., Sh: 71.

3355 Sayılı Değişiklikten önce erteleme için önceki hükümlülüğe bakılıyordu. Hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûmiyetin bulunması halinde, bunun para cezasına çevrilmesinin önemi yoktu (25). Bu durum ertelemeye engeldi. Değişiklikten sonra esas ceza çevrilen para cezasına dönüştürüldüğü için ERTELENEBİLİR bir duruma getirildi. Ancak, ertelenebilirlik Kanundaki birtakım koşulların oluşmasına bağlıdır. Bu koşullar oluştuğunda hâkimin kanaati ile birlikte ertelemek olanaklıdır. Takdir keyfiyeti, maslahata uygunluk (=oportünite) olup, keyfilik değildir. Derecata (Kanun yolu denetimine) tâbidir. Özetle; yapılan değişiklikle, çevrilen para cezası ESAS CEZA haline dönüştürüldüğü için önceki mahkûmiyetin para cezası olması halinde ikinci cezanın ertelenmesi olanaklı duruma getirilmiştir.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ile taksirli suçlardan dolayı hükümlenilecek hürriyeti bağlayıcı cezaların 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi gereği para cezasına çevrilebileceği hüküm altına alınmıştır. 647 Sayılı Kanunun 6. maddesiyle de bu cezaların ertelenebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak taksirli suçlardan para cezasına çevrilen hürriyeti bağlayıcı ceza miktarının bir yılı geçmesi halinde ertelemeye olanak bulunmamakta idi. Son değişiklik ile asıl cezanın para cezası olması bu engeli kaldırmıştır (26).

### c) İlgili İçtihatlar :

— Ermenek Asliye Ceza Mahkemesi 29.5.1986 gün ve 1985/143 esas, 1986/60 sayılı kararı ile Sanık K.K.'nin eylemine uyan TCK.nun 455/son, 59/2, 647 Sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca 187.750.— TL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, kararın sanık vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Özel Daire «...24.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren 647 Sayılı Kanunun 4/4. maddesinin uygulamada asıl mahkûmiyetin bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası olduğunu öngörmüş bulunması karşısında TCK.nun 2/2. maddesi hükümü de nazara alınmak suretiyle erteleme konusunda yeni bir takdir ve değerlendirme yapılması gerekeceğinden ve sanık vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden...» gerekçesiyle hükümü bozmuştur (27).

— Ermenek Asliye Ceza Mahkemesi, 18.12.1986 gün ve 11/115 Sayılı kararı ile Sanık A.F.yi, eylemine uyan TCK.nun 416/son, 418/2, 59. maddeleri uyarınca 7 ay 15 gün hapis ve ayrıca alıkoyma suçundan eylemine uyan TCK.nun 430/2, 59., 647 Sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca 45.000.— TL. ağır para cezası ile cezalandırmış ve her iki ceza 647 Sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca ertelenmiş olup, kararın C. Savcısı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Özel Dairece hüküm;

(25) AKTAN, H. Yaver., agm. Sh: 135.

(26) MUTLU, Mehmet; agm., Sh: 95.

(27) 9.CD.22.5.1987-1448/2810-Yayınlanmamıştır.

«...24.4.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3355 Sayılı Yasa ile değişik 647 Sayılı Yasanın 4/4. maddesi uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir' biçiminde değiştirilmiş olmasına göre hürriyeti bağlayıcı ceza ve ağır para cezalarının tecilinin bu itibarla mümkün hale geldiğinden bozma isteyen düşünceye iştirak edilmediği gibi C. Savcısının temyiz itirazları da yerinde görülmediğinden reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına» gerekçesi ile hükmü onamıştır (28).

— Hükümden sonra 24.4.1987 gün ve 19940 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3355 sayılı Yasa ile, 647 sayılı Yasanın 4. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilerek «uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir» hükmüne yer verilmiş olması karşısında, sanık hakkında hükümlenen para cezasının ertelenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu itibarla, tecil gerekip gerekmediği hususunda yerel mahkemenin takdir hakkını kullanmasına ve bu hususta bir değerlendirme yapmasına imkân sağlamak için, hükmün itiraz yazısında belirtilenden değişik bir gerekçe ile bozulmasına karar verilmelidir» (29).

## VI — DEĞİŞİKLİĞİN OLUMLU YÖNLERİ

Değişiklikten önce şartla (=koşullu) salıvermede bihakkın salıverilme tarihine kadar suç işlenmesi halinde bihakkın salıverilme tarihine kadar olan sürenin tümü geri alınıp, bu süre hükümlüye çektiriliyordu.

Değişiklikle iki yenilik getirilmişti: Birincisi ve en önemlisi; koşullu salıverilme süresi içinde suç işlenmesi halinde, suç tarihi ile bihakkın salıverilme tarihi arasında kalan süre çektirilmek suretiyle hükümlü lehine büyük bir yenilik getirilmiştir. İkincisi ise; hükümlü koşullu salıverilme süresinde bir suç işlediği ve bu suç da paraya çevrilirse, koşullu salıverilme kararı geri alınamayacaktır. Çünkü esas mahkûmiyet, çevrilen para cezasıdır.

Değişiklik nedeniyle koşullar oluşursa erteleme olanağı doğmaktadır. Çünkü 647 Sayılı Yasanın 6. maddesi «...para cezasından BAŞKA bir ceza ile...» hükümlülüğü aradığından önceki cezanın para cezası olması halinde erteleme olanağı tanınmaktadır. Ayrıca, ertelemede ceza süreleri artırılarak kişilerin ilk suçlarında cezaevlerine alınışları daha yüksek cezalara bırakılarak uslandırma tehdidi altına alınarak, bir nev'i ihtarla, uslandırma prensibi benimsenmiştir.

Esas ceza para cezası olarak alınacağı için ikinci suçun işlenmesi halinde, tekerrür (=yineleme) hükümleri uygulanmayacak, böylelikle az

(28) 5.CD.-8.12.1987-2201/7138-Yayımlanmamıştır.

(29) CGK.-4.5.1987-9-45/247, (UYGUN-MOLLAMAHMUTOĞLU-SAVAŞ), age. Sh: 208-209.

ceza tertibi cihetine gidilecektir. Bu da hükümlü lehine düşünülmüş atıftır (CMUK. 305/1. bent-son).

Metindeki «uygulama» teriminin; erteleme, tekerrür v.s. gibi uygulamalara ilişkin halleri kapsamına aldığı bildirilmiştir (30).

Değişiklik; maddi hukuk normu olduğu için lehe bir uygulama getirmiştir.

## VII — SONUÇ VE GÖRÜŞÜMÜZ :

Bu yazımızın konusu başlıktan da anlaşılacağı gibi 3506 Sayılı değişikliğin şartla salıverilmeye, tekerrüre ve ertelemeye olan etkisidir. Ancak; uygulamaya ışık getirmek için 3506 Sayılı Kanunun incelediğimiz kurumlara etkisi incelenirken 3355 Sayılı değişiklikle kıyaslama yapılmıştır. Her iki değişiklikle doğabilecek duraksamalara, uygulamadan örnekler vererek dokunulmuştur. Yasa değişiklikleri üzerine yapıcı tartışma yaratmak bilinmeyenleri ve güçlükleri yenecektir. Sunduğumuz kararların önemli bir kısmı yayınlanmamıştır.

Satır aralarına sıkıştırmaya çalıştığımız görüşlerimizden de anlaşılacağı üzere, gerek koşullu (=şartla) salıverilme, gerek erteleme, gerek tekerrür ve gerekse asıl mahkûmiyetin para cezası olduğuna ilişkin değişiklik; ceza adaletinin genel ilkelerine uygun olarak suçlunun topluma kazandırılmasına yöneliktir. Bu nedenle değişikliklerin yasallaşmasına emeği geçenleri yürekten kutlarım. Uygulayıcı olarak yaptığımız çalışma ile yararlı olduksa, kendimizi mutlu sayacağız.

## KISALTMALAR

Adı Geçen Eser	: agc.
Adı Geçen Makale	: agm.
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	: CMUK.
Ceza İşleri Genel Müdürlüğü	: Ce. İş.
Yargıtay Kararları Dergisi	: YKD.
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı	: CGK.
Ceza Dairesi	: CD.
Türk Ceza Kanunu	: TCK.
Sahife	: sh.
Resmi Gazete	: RG.

## KAYNAKÇA

- 1 — Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. Prof. Dr. Nurullah **KUNTER**, Kazancı Hukuk Yayınları: 51, İst.-1986.
- 2 — Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: III, 7. Bası, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. İst.-1976. Ord. Prof. Dr. Sulhi **DÖNMEZER**-Prof. Dr. Sahir **ERMAN**.
- 3 — Yeni Hukuk Lügatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, T. Azmi **USLU**, Site Yayınları, Hukuk Dizisi: No: 1, İst.-1964.
- 4 — 647 Sayılı Kanununun 3355 Sayılı Kanunla Değişik 4. Maddesinin 4. Fıkrasının Yargıtay Yoluna Başvurmaya Olan Etkisi. Yusuf **ÖZTÜRK**.
- 5 — 647 Sayılı Kanunda Yapılan Değişikliğin Bazı Sonuçları. Hamdi Yaver **AKTAN**, Adalet Dergisi, yıl: 79, Temmuz-Ağustos-1978, Sayı: 4.
- 6 — Ertelemenin Şartları ve Düşmesi Üzerine Bir İnceleme. Cengiz **BARDAK**, Adalet Dergisi, Yıl: 78, Ocak-Şubat-1987, Sayı: 1.
- 7 — Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 Sayılı Kanununun Cezaların Ertelenmesi İle İlgili 6. Maddesi Üzerine İnceleme. T. Refik **EDİS**, Adalet Dergisi, Yıl: 69, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos-1978, Sayı: 3-4.
- 8 — En Son Değişiklikleriyle Notlu-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu. Yılmaz Güngör **ERDURAK**, Feryal Matbaacılık, Ank.-1988.
- 9 — 647 Sayılı Kanununun Değişik 4. Maddesinin Tesirleri Üzerine Bir İnceleme. Mehmet **MUTLU**, Adalet Dergisi, Yıl: 79, Mayıs-Haziran-1988, Sayı: 3.
- 10 — Yargısal ve Bilimsel İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu. Cilt: II. Sadık **MOLLAMAHMUTOĞLU**-Vural **SAVAŞ**, Sevinç Matbaası-Ank.
- 11 — En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt: I, Genişletilmiş 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ank-1984. M. Muhtar **ÇAĞLAYAN**.
- 12 — Ermenek Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17.12.1988 gün ve 1988/34 müt. Sayılı Kararı.
- 13 — Ceza Genel Kurulu Kararları (1987), Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ank-1987. Mehmet **UYGUN**-Sadık **MOLLAMAHMUTOĞLU**-Vural **SAVAŞ**.
- 14 — Yayınlanmamış Yargıtay Kararları.
- 15 — Yargıtay Kararları Dergileri.
- 16 — Resmi Gazeteler.

## ● BANKALAR HUKUKU

### DIŞ TİCARET İŞLEMLERİNDE AKREDİTİF

Dr. Kemal DAYINLARLI (\*)

● ANLATIM DÜZENİ: § I — Akreditif Kavramı. 1 — Genel. a — Akreditife İlişkin Kuralların Oluşumu. b — Milletlerarası Ticaret Odasınca Oluşturulan Kurallar ve Adetler. 2 — Akreditifin Hukuki Niteliği. a — Milletlerarası Ticaret Odası Yeknesak Kurallarının Hukuki Niteliği. b — Akreditif Açan Banka İle Teyit Eden Banka Arasındaki İlişkiler. 3 — Akreditifin İşlevleri. 4 — Akreditifin Unsurları. § II — Akreditifin Çeşitleri. 1 — Kabilî Rücu (Dönülebilir) Akreditif. 2 — Gayrı Kabilî Rücu (Dönülemez) Akreditif. § III — Akreditif Sözleşmesi. 1 — Akreditif Sözleşmesinin Hukuki Niteliği. 2 — Akreditif Sözleşmesinin Şekilleri. a — Vesaik Mukabili Akreditif. b — Kabilî Rücu veya Gayrı Kabilî Rücu Akreditif. c — Back to Back Akreditif. d — Gecikmeli Ödemeli Vesaik Mukabili Akreditif. § IV — Akreditif Açma İşlemleri. 1 — Akreditif Açma Talimatı. 2 — Akreditifle İlgili Ön Bilgiler. a — Kesin ve Tam Olmayan Talimat. b — Tele İşlem İle Akreditif Açma. 3 — Mektupla Veya Başka Bir Vasıta İle Akreditif Açma. 4 — Akreditif Belgeleri. § V — Akreditifin Temliki. 1 — Akreditifin Temlik Edilebilirliği. 2 — Temliki Kabil Olmayan Akreditif. § VI — Akreditif Açan Bankanın Vecibeleri ve Sorumluluğu. § VII — Akreditifin Haczi. 1 — Talimat Veren (Alıcı) Bir Alacaklısı Tarafından Haciz. 2 — Lehdarın (Satıcının) Bir Alacaklısı Tarafından Haciz. § VIII — S o n u ç.

#### I. AKREDİTİF KAVRAMI

##### 1 — GENEL

###### a) Akreditife İlişkin Kuralların Oluşması

Akreditif, özellikle sanayi bakımından gelişmiş ülkelerin üçüncü dünya ülkeleri ile yaptığı mal ve hizmete ilişkin işlemlerde ödemeyi sağlayan bir vasıta dır. Bu vasıtaya ilişkin Paris Milletlerarası Ticaret Odasının geliştirdiği yeknesak kurallar ve adetler hemen hemen tüm ülkelerin bankaları tarafından kabul edilmiştir (1). Milletlerarası Ticaret Odası ilk defa bu kuralları 1933 yılında tespit etmiş ve uygulamaya koymuştur. Daha sonra 1951, 1962 ve 1974 yıllarında gözden geçirilen bu kurallar 1983 yılında yeniden kaleme alınmış ve Milletlerarası Ticaret Odasının 400 nolu yayını olarak 1.10.1984 tarihinde uygulamaya konmuştur (2). Bu kurallar ile milletlerarası modern ticaret tekniği arasında yakın bir ilişki vardır.

(x) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) SCHAER, W.: age., sh. 12.

(2) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 3.

Öyle ki akreditif çağımızın olayıdır. Temeli ticari ilişkilerdeki liberalizm'e dayanır.

#### **b) Milletlerarası Ticaret Odasının Oluşturulan Kurallar ve Teamüller**

Bu kurallar, uygulamaya yönelik olup sözleşmelerin genel şartlarını, bankacılar için ana hatlarıyla hükümleri ve tedvin edilmiş ticari teamülleri bir araya getirmiştir. Bu kurallar her ne kadar yasa niteliğinde hükümleri içermemekte ise de bankacılar bu kuralları ve teamülleri kabul etmektedir. Milli mahkemeler de sık sık bu kural ve teamüllere atıf yapmaktadır: İlk kez 1933'de tedvin edilen kurallar 1951, 1962, 1974 yıllarında gözden geçirilmiştir. 1974 değişikliğini içeren hükümler 17 Nisan 1975 tarihli toplantısında Milletlerarası Ticaret Hukuku Birleşmiş Milletler Komisyonu tarafından tavsiye edilmiştir (3).

### **2 — AKREDİTİFİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

#### **a) Milletlerarası Ticaret Odası Yeknesak Kurallarının Hukuki Niteliği**

Milletlerarası Ticaret Odası özel bir teşkilat olup yasama yetkisi yoktur. Bu nedenle oluşturduğu kurallar âmir hüküm değildir. Öğretide bazı yazarlara göre akreditife ilişkin yeknesak kuralların şekli kurallar olduğu hususunda bir eğilim vardır. Diğer bazı yazarlara göre ise tespit edilen milletlerarası teamüllerin özel niteliğinin kullanılması söz konusudur. Gerçekten, yeknesak kurallar bazı uygulamaları içermektedir. Bu kuralları akreditif sözleşmesinde tali kurallar olarak yorumlamak gerekir (4).

#### **b) Akreditif Açan Banka İle Teyit Eden Banka Arasındaki İlişkiler**

Federal Mahkemeye göre, bu ilişki vekâlet olarak nitelendirilir (5). Akreditifi açan banka vekâlet veren, ikinci banka ise vekildir. Bu iki banka arasındaki ilişki akreditif talimatı veren ile akreditif açan banka arasındaki ilişki ile aynı niteliktedir. İlk banka ile ikinci banka arasındaki bu ilişki çerçevesinde taraflar akreditife istedikleri muhtevayı verebilirler. Her iki banka arasında yeknesak kurallar uygulanır (6).

### **3 — AKREDİTİFİN İŞLEVLERİ**

Akreditifin her şeyden önce satıcı için ödemeyi güvence altına alan bir işlevi vardır. Çünkü, akreditif sayesinde uzak ülkede bulunan ve hat-

(3) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 4.

(4) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 170.

(5) ATF, 87 II 235, JdT 1962 I 206. GUGGENHEIM Daniel'den naklen, age., sh. 174.

(6) GUGGENHEIM-D.: age., sh. 175.

ta satıcının büyük ihtimalle tanımadığı alıcıya ödeme için müracaat etme yerine, emin bir bankaya müracaat edilir. Bu güven, alıcı için de sağlanır. Zira ödemeyi yapan banka bu ödemeyi malı temsil eden sevk evrakının bankaya ibrazında yaptığı için bir güven fonksiyonu vardır.

Akreditifin ikinci işlevi kredi temin etmiş olmasıdır. Böylece satıcı sattığı mala tekabül eden meblağ kadar bir kredi temin etmiş olur.

Akreditifin üçüncü işlevi ise bazı koşullarda akreditif lehdarının kendi satıcıları ile giriştiği işlemleri finanse etmede büyük bir kolaylık sağlamaktır.

#### 4 — AKREDİTİFİN UNSURLARI

Bir akreditif 4 esaslı kıstası içerir (7).

##### 1) Akreditifde taraf adedi üçtür.

Bir akreditifte zorunlu olarak en azından üç taraf bulunur. Tarafardan biri alıcıdır. Alıcı muhtemelen banka olan ikinci tarafın müdahalesini ister. Satıcı ise üçüncü tarafı oluşturur. Dördüncü taraf da muhtemelen bankayı temsil eden muhabir bankadır.

##### 2) Sözleşme adedi ikidir.

Birinci sözleşme alıcı ile banka arasında olup konusunu akreditifi açtırma talimatı teşkil eder. Diğer sözleşme banka ile akreditif lehdarı arasında yapılmış olur.

##### 3) Belgeler

Akreditif lehdarı ancak akreditif talimatında yazılı bazı şartları yerine getirdikten ve bazı belgeleri bankaya tevdi ettikten sonra mal bedelinin ödenmesini isteyebilir.

##### 4) Ticari işlemin bağımsızlığı

Ticari sözleşme ile akreditif işlemleri birbirinden bağımsızdır. Banka tarafından ancak akreditifte zikredilen belgeler ve koşullar kontrol edilebilir. Bu kontrol satıcının sevkıyatı akreditif koşullarına göre yapıp yapmadığını incelemektir.

(7) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 16.



## 2. AKREDİTİFİN ÇEŞİTLERİ

### I. KABİLİ RÜCU (DÖNÜLEBİLİR) AKREDİTİF

Alıcı tarafından bankası nezdinde ve satıcı lehine açtırılan akreditiften her an cayma mümkünse bu tür akreditife rücuu kabil akreditif denir.

Akreditifin kabili rücu veya gayrı kabili rücu olması taraflar arasındaki iç ve dış ilişkiler yönünden bir farklılık göstermez. Zira her iki tür akreditifte akreditif karşılığı, muhasebe kayıtları, borçlu veya alacaklı olunan hesaplar aynıdır.

Akreditiften cayma normal olarak alıcıya aittir. Bazen banka da cayabilir. Ancak bu takdirde sorumluluk bankaya aittir (8).

### II. GAYRI KABİLİ RÜCU (DÖNÜLEMEZ) AKREDİTİF

Bu tür akreditif açıldıktan sonra bundan caymak mümkün değildir. Gayrı kabili rücu akreditifte banka mutlaka ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

## 3. AKREDİTİF SÖZLEŞMESİ

### I. Akreditif Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Federal Mahkeme, akreditifi BK.nun 457. maddesiyle düzenlenen havaleye dahil etmektedir.

Akreditifi açtıran kişi havale eden (talimat veren), akreditifi açmakla yükümlü banka havale ödeyicisi ve lehtar ise havale edilendir. Bu havale ilişkisinin yanında, akreditifi açtıran banka ile akreditifi açan banka arasında vekâlet ilişkisi mevcuttur.

Federal Mahkemeye göre bu temel ilişki bir akreditifin açıldığının birinci bankaca görevlendirilen ve lehdara teyit eden ikinci bir bankanın dahil edilmesiyle daha karmaşık olmaktadır. İkinci banka lehdara akreditifi teyit ettiği zaman onunla hukuki bir ilişkiye girmektedir. Bu varsayımda, iki akreditif söz konusu olmaktadır. Buna göre birinci banka havale eden, ikinci banka havaleyi ödeyen, akreditif lehdarı da malın satıcısı olarak kalmaktadır.

Buradan çıkan sonuca göre birinci banka gibi ikinci bankanın yükümlülüğü lehdar için havale ödeyiciliğini kabul etmekle doğmaktadır. Bu yükümlülüğe ancak BK. madde 457/1'de kabul edilen def'ileri ileri sürebilir.

(8) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 27.

Federal Mahkemeye göre bu iki akreditif aynı işleve sahiptir. Satıcıyı yani havale lehdarını memnun etmek. Havale lehdarı daima borçlu olarak karşısında alıcıyı ve onun bankasını görmeyecektir. Bunların yerine kendi ülkesinde tanıdığı bir bankayı görecektir. Bu nedenle bu bankaya ödeme için kolayca müracaat edebilir. Federal Mahkemeye göre akreditifin teyidi sebebi işte satıcı için bu çift emniyet unsurunda yatmaktadır. Yeknesak kurallara göre her iki banka lehdara karşı müteselsilen sorumludur (9).

— Eğer akreditif satıcının bankası tarafından teyit edilmiş ise bu takdirde herhangi bir sebeple alıcının bankası kendisine ödemesi bile, bu banka akreditif miktarını satıcıya ödemeyi taahhüt eder.

Bankanın müdahalesinin gerçek kapsamını değerlendirebilmek için alıcı ve satıcının aşağıdaki hususları bilmesi gerekir:

— Banka için, sadece belgeli akreditifte yazılanlar geçerlidir: O halde, akreditifin menşesinde yatan ticari sözleşmenin şartlarını banka hesaba katmak durumunda değildir.

— Banka münhasıran belgelere bakar. Teslim edilen malın akreditifte yazılı olan mal olup olmadığına bakmaz.

— Banka belgelerin şekline, doğruluğuna ve hukuki muhtevasına ilişkin hiç bir sorumluluk taşımaz. Bununla birlikte, bankanın belgelere ilişkin «makul bir özen» gösterme yükümlülüğü vardır.

— Belgeli akreditifin cereyanına iştirak eden üçüncü şahısların faaliyetleri için banka sorumlu değildir. Örneğin, vukua gelen gecikmelerden forsmajör ve onun sonuçlarından sorumlu değildir.

## II. Akreditif Sözleşmesinin Şekilleri

Genel olarak akreditif bankası, müşterisinin cari hesabında, akreditif miktarı kadar nakit veya kıymetli evrak karşılığına sahiptir. Eğer banka akreditif talimatı veren kişiden bunun karşılığını almadan akreditif açarsa, akreditif açma sözleşmesi çerçevesinde, lehdara karşı vecibesinin doğduğu andan itibaren alacak dâvası açma hakkını kazanır. Bu vecibe belgelerin ibrazı ile doğar. Gerçekten akreditifin temel ilkesi belgelerin ibrazı mukabilinde ödeme yapmaktır (10).

Bu takdirde burada BK. nun 394. maddesindeki hükümlerle karşı karşıya kalırız. Bu hükme göre müvekkilin, vekilin yaptığı esas masrafı faizleri ile birlikte ödemesi, vekilin normal vekâlet işleri için yaptığı harca-

(9) GUGGENHEIM, D.: *agc.*, sh. 172.

(10) ATF, 78 II 52 ss; JdT 1952 I 514.

malari karşılması ve deruhte ettiği borçlardan onu kurtarması gerekir (11).

Sözleşmedeki şartları tespit etmek taraflara ait bir husustur. Bu nedenle, belli bir tarihe kadar akdi vecibe yerine getirilmese dahi leh-dara gene de akreditif meblağının ödeneceği hususu kararlaştırılabilir. Böylece, akdi bir primin ödenmesini garanti altına almak mümkündür. Çünkü, Borçlar Hukukunun genel ilkelerine göre ahlâka adaba veya kamu düzenine yahut kişi haklarına aykırı olmayan hususlarda BK. madde 19 hükmüne göre taraflar istedikleri gibi serbestçe sözleşmeye hüküm koyabilirler. Bütün mesele iyiniyetle hareket etmek ve varılması düşünölen hedefi dikkate alarak iyiniyet kuralları uyarınca şartları değerlendirmektir.

#### a) Vesaik Mukabili Akreditif

Bu özel kredi tekniği dünya ticaretinin gelişmesinden ve bu ticarete ilişkin pratik sorunlardan doğmuştur. Milletlerarası mübadeleye güven kazandırmak için Paris'de Milletlerarası Ticaret Odası «Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires» «Akreditife ilişkin yeknesak kurallar ve teamüller» adı altında bir tedvin işlemini gerçekleştirmişdir. Bu kural ve teamüller bugün dünyada yüz yetmiş beş ülkenin bankalarında kabul edilmiş ve uygulamaya konmuştur. Bu kural ve teamüller düzenli bir tarzda yeni koşullara uyarlandı; bunun doğal sonucu olarak birçok kez gözden geçirildi.

Bu tür akreditifin doğumuna sebep, alıcının ve satıcının birbirinden uzak coğrafi bölgelerde veya ülkelerde oluşu, birbirlerini tanımamaları, alıcının peşinen ödeme yapmak istememesi, satıcının da veresiye olarak malı teslim etmek istememesi gibi hususlardır. Çeşitli ülkelere mensup taraflar arasındaki sözleşmelerde bankalar önemli rol oynamaktadır. Çünkü bankalararası milletlerarası ilişkiler gelişmiştir. Bankaların akreditif işlemlerine müdahalesi ise şöyle olmaktadır :

Alıcı, kendi bankasına bir talepte bulunarak muhabir bankası vasıtasıyla satıcı lehine bir akreditif açmasını ister. Bu belgeli akreditif, belli şartlarda, mutabık kalınan bir meblağın muhabir banka nezdinde satıcının emrine hazır bulundurduğuna dair mutabakatı ifade eder. Banka, istenen belgelerin ancak satıcı tarafından kendisine ibraz edilmesi halinde ödemeyi yapar. Bu belgeler, genel olarak malın faturası, sevk evrakların-

(11) ATF 51 II 562 gerekçe 4; ATF 78 II 42, JdT 1952 I 514; OSER/SCHÖNENBERGER, sub. art. 402 no 2; GAUTSCHI sub. 407 no 4; GÜGGENHEIM Daniel'den naklen age., sh. 173.

dan konişmento, hamule senedi vs. ile, malın sũresinde ve ˆngˆrũlen Şartlarda teslim edildiğini gˆsteren diğer belgelerdir.

Satıcı bˆyle bir akreditif lehdarı olduğu zaman mallar sevk edilip, yazılı belgeler bankaya ibraz edilir edilmez mal bedelinin bağımsız bir tarafça ˆdeneceđi hususunda gũvenceye sahiptir.

Alıcı da ancak kendisi tarafından belirtilen belgelerin ibrazı halinde satıcıya ˆdeme yapılacağı hususunda gũvence iēindedir.

Şimdi de belgeli akreditif muamelelerinin nasıl cereyan ettiğini gˆrelim :

SipariŐten sonra alıcı kendi bankasına bir talimat verir. Bu talimat-ta satıcı lehine bir akreditif aēılmasını ister. Bu akreditifin aēılmasını satıcının bulunduğu ũlkedeki muhabir bankalardan biri aracılığı ile ister. Fakat, belgeli akreditif aēılmadan ˆnce, akreditifi aēan banka, akreditifin kullanılması anında, mũterisinin hesaplarının bu ˆdemeyi gerēekleŐtirip gerēekleŐtirmeyeceđini kontrol eder (12).

Vesaik mukabili akreditifin kullanılması mal teslim edilir edilmez işleme konabilir duruma gelir. Bu dũŐnce ile kendisine tebligatta bulunan bankaya belgeleri ibraz eder. Bu banka da, sˆzũ edilen belgeleri kontrol ettikten sonra akreditif bedelini ˆder. Banka ise, bu defa, ˆdemeyi kendisine sağlayacak olan alıcının bankasına belgeleri gˆnderir.

En ˆok mũracaat edilen akreditif tũrũ vesaik mukabili akreditiftir. Buna gˆre, bir satıŐ bedeli veya istisna akdinden doğan bir ˆdeme sˆz konusu olduğunda, banka ˆdemeyi ancak belli belgelerin bankaya ibraz edilmesi durumunda yapar. Genel olarak, buradaki belgeler sˆzleŐme hũkũmleri uyarınca sipariŐ edilen malların sevkiyatını gˆsteren belgelerdir. Bu belgeler milletlerarası satıŐlarda Şunlardır :

- Fatura aslı (Connaissance original)
- Koli listesi (Bordereau de colisage)
- Hamule senedi (Lettre de voiture)
- MenŐe Őahadetnamesi (Certificat d'origine)
- Muayene tutanağı (Certificat d'inspection)
- Garanti belgesi (Certificat de garantie)

Buna ilaveten eğer mal CIF olarak satılmıŐsa sigorta poliēesi de (Certificat d'assurance) belgeler arasında yer alır. Eğer satıŐ FOB satıŐ ise sigorta poliēesini yaptırma alıcıya ait olduğundan sevk evrakı arasında sigorta poliēesi bulunmaz.

Ayrıca, satılan mal Avrupa menşeli ise Avrupa menşeli malların dolaşımına ilişkin (ATR Certificat de circulation des Marchandises) istenir. Zira bu belge gümrüklerde vergi indiriminden istifadeyi sağlar.

Bankanın inceleme vecibesi sadece şekli yönden olur. Belgelerin akreditif şartlarına uygun olup olmadığını ve tamam olup olmadığını inceleyer. Eğer banka teyit eden banka niteliğinde hareket ederse, akreditifi açan bankanın talimatına uymak zorundadır. Eğer banka doğrudan doğruya müşteri ile irtibatlı ise o takdirde bu müşterinin talimatına uymalıdır.

Vesaik mukabili akreditifte bankanın ödeme vecibesinin soyut niteliği üzerinde durmak gerekir. Bu borç ilke olarak temeldeki ticari işlemin geçerliliğinden bağımsızdır. Bu ilişkiden dolayı bankanın def'i ileri sürmesi mümkün değildir (13).

#### **b) Kabili Rücu Veya Gayrıkabili Rücu Akreditif**

Satıcı-ihracatçı için en emniyetli akreditif şekli «gayri kabili rücu ve teyitli akreditif» (lettre de crédit irrévocable et confirmée) dir. Yani alıcının bankası, tüm şartların yerine getirilmiş olması halinde gayri kabili rücu olarak edayı yerine getireceğini taahhüt eder (14).

Akreditif ya kabili rücu olur veya gayrıkabili rücutur. Kabili rücu akreditif de akreditif açan için ödeme yükümlülüğü getirmektedir. Fakat satıcı tarafından belgelerin ibrazına kadar rücu edilebilir. Buna karşın gayri kabili rücu akreditif talimatı vereni bağlar. Banka akreditifin açıldığını lehdara tebliğ ettikten sonra artık bu akreditiften rücu edemez.

#### **c) Back to Back Akreditif**

Eğer akreditifi temlik etmek imkânı olmazsa taraflar back to back akreditifi kullanırlar. Burada lehdar, satıcısının lehine bir akreditif açmasını ister. Esas akreditif diye adlandırılan bu akreditifin bizzat kendisi lehdarıdır ve bu back to back kredisinin karşılığını teşkil eder.

Burada ortaya çıkan sorun, her iki vesaik mukabili akreditifin yan yana geliş ekonomisinin her ikisi arasında bir hukuki ilişki meydana getirip getirmediğini bilmektir.

Bu sorunun pratik bir önemi vardır. Çünkü, bizzat kendisi gayrıkabili rücu bir akreditifin lehdarı olan üçüncü şahıstan malı satın alan ihracatçı, kusurları halinde üçüncü şahsa veya onun bankasına karşı taz-

(13) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 174.

(14) SCHAER, W.: age., sh. 14.

minat için dava açabilsin. Örneğin, ilk banka ikinci akreditifin ödenmesini şartlayan gemi isminin tayinini reddederse durum böyledir; veya ilk bankanın reddetmesine karşı satıcının ona karşı doğrudan doğruya dava açabilmesi bakımından önemlidir (15).

#### d) Gecikmeli Ödemeli Vesaik Mukabili Akreditif

Bazen alıcı malın sevkinden belli bir gün sonra ödenmek üzere akreditif açtırabilir. Örneğin, belgelerin bankaya ibrazından 90 gün, 120 gün sonra ödenmek üzere gibi. Bu durumda, uygun olan belgelerin ibrazından sonra akreditif açan bankanın veya akreditifi teyit eden bankanın taahhüt altına girdiğine ve vadesi gelince bedelin ödeneceğine dair bilgi alır. Vadesi gelince banka ödemeyi yapar. Her halükarda, lehdar alacağı üzerinden bir avans verilmesini kabul ettirebilir. Bu tarz bir işlem bedelsiz olarak teslim edilen mallarda sorun yaratabilir.

Bu tür bir akreditif Federal Mahkemeye göre geçerlidir. Gerçekten akreditifin soyut bir nitelik taşıdığı kabul edildiği ölçüde, akreditif gecikmeli ödemeyi de içerir. Bu durumda banka temel ilişkiden kuşku duymaksızın akreditif bedelini ödemek zorundadır. Aynı şekilde BK.nun 81/1. maddesi hükmüne dayanarak vadeden önce bankanın ödeme yapması da mümkündür (16).

Hile halinde banka ödeme yapmayı reddedebilir. Gayet tabiidir ki hilenin çok açık bir şekilde olması gerekir. Bu durumda banka exceptio doli'yi kullanabildiği gibi vekil olarak da BK.nun 390. maddesince emredilen özen vecibesini yerine getirmekle mükelleftir. Diğer yandan, tali olarak uygulanan kurallar gereğince bankaların sorumsuzluğuna uzanan bir sistem asla kabul edilemez. Hele bankaya ibraz edilen belgelerde bir tahrifat varsa akreditifin selameti için bu durum daha da önem kazanır. Diğer yandan, acaba akreditif açan bir bankanın zarar halinde sorumlulukları nelerdir, onu incelemek gerekir.

## 4. AKREDİTİF AÇMA İŞLEMLERİ

### I. AKREDİTİF AÇMA TALİMATI

Akreditif açma talimatı alıcı tarafından kendi bankasına verilir. Diğer yandan banka ile akreditif lehdarı arasında bir muamele vardır. Her ne kadar ticari sözleşme ile akreditif sözleşmesi hukuki yönden birbirinden bağımsız iseler de akreditifin açılışında alıcının ticari sözleşmeye da-

(15) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 177.

(16) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 178.

yanarak bankasına verdiği talimata bankanın uyması zorunludur. Aksi takdirde alıcı akreditif talimatından sorumlu tutulamaz.

## II — AKREDİTİFLE İLGİLİ ÖN BİLGİLER

### a) Kesin ve Tam Olmayan Talimat

Milletlerarası Ticaret Odasının akreditifle ilgili yeknesak kurallarına göre akreditif talimatı verenin bankaya verdiği bu talimat kesin ve tam «*précises et complètes*» olmalıdır. Banka kesin olmayan ve noksanlıkları bulunan bir talimat aldığı zaman ya bu talimatı lehdara ön bilgi olarak disine talimat verenden gerekli bilgileri isteyebilir. Talimat sahibi de vaverir veya bu talimatı lehdara hiç bildirmez. Her halükârda, banka kenkit kaybetmeksizin istenen bilgileri vermekle mükelleftir. Tam ve kesin olmayan talimata istinaden banka akreditif açarsa bunun sorumluluğu bankaya ait olur (17).

### b) Teleişlem İle Akreditif Açma

Günümüzde belgeli akreditifler telex veya merkezi Belçika'da bulunan SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) gibi özel milletlerarası teşkilat kanalı ile açılabilir. Bu teşkilat üyesi olan bankalara mali mesajlarının gönderilmesi hizmetini sunmaktadır.

Teleişlem «Akreditiflere ilişkin yeknesak kurallar ve teamüller»in 12. maddesinde, verilen talimat aksini içermedikçe akreditifin kullanılmasına müsaade eden bir belge olarak kabul edilmektedir (18).

### c) Mektupla Veya Diğer Bir Vasıta İle

Genel olarak akreditifle finanse edilen milletlerarası ticari işlemlerin normal yapısı gereği akreditif açan banka ile lehdarın bulunduğu yer arasında belli bir mesafe bulunmaktadır. İlke olarak akreditif açan bankanın iki seçimden birini yapma imkanı vardır. Birincisi, doğrudan doğruya akreditifin açıldığını lehdara mektupla bildirir. Geçen asırda uygulanan bu usul artık zamanımızda kullanılmamaktadır. İkincisi ise, birinci bankanın muhabiri durumunda olan aracı bir bankanın müdahalesini istemektedir. Bu banka akreditif açılışının son aşamasında akreditifin açıldığını lehdara bildirme işini üzerine alır. Bu görevini yerine getirirken yaptığı önemsiz bildirme hatalarından dolayı banka sorumlu olmaz. Fakat ağır kusuru halinde banka sorumludur.

(17) MTO Yeknesak Kurallar ve Adetler no 400 madde 14.

(18) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 56.

### III — AKREDİTİF BELGELERİ

Çeşitli sebeplerden dolayı ihracatçı-satıcı akreditifin açılması ile temin edilen garantileri elde etmiş olabilir. Bu takdirde bazı önlemler almak zorundadır. Örneğin, ancak bedeli ödedikten veya bedele karşılık olan poliçenin imzalanmasından sonra malın zilyetliğinin alıcıya geçmesine izin verir.

Bu durumda, satıcı ithalatçının ülkesinde bulunan ve parayı tahsil etmekle yükümlü olan bankaya talimat vermek kaydıyla kendi bankasına sevk belgelerini tevdi eder.

Bankanın sorumluluğuna gelince, belgeli bir akreditifle yükümlü olan banka müşterisine karşı sadece onun talimatlarını yerine getirmekten sorumludur. Bu demektir ki, özellikle müşterinin aceze düşme veya ödemenin transfer edilmesi riskleri ile ticari satımın tüm riskleri satıcı üzerindedir (19).

### 5 — AKREDİTİFİN TEMLİKİ

Akreditif lehdarı olan ihracatçı nadiren malı teslim eden kişidir. Ekseriyetle, onun az bir sermayesi ve belli bir hizmeti vardır. Fakat ihracat hakkında uygulamadaki bildiklerini emre hazır tutar. Eğer hukuki olarak tacir sıfatını haiz ise görevi çoğu kez aracılık yapmaktır. Bu nedenle akreditif sonucu doğan hakkı malı temin ettiği kişiye bırakması menfaati icabıdır.

Yeknesak kuralların 54. maddesi bu amaçla akreditifin temlikini öngörmektedir. Eğer taraflar akreditifin temlikini düşünüyor ise bunu akreditif şartında belirtmek zorundadır. Böylece, akreditif talimatı veren, bankaya buna ilişkin talimatı verirken açık bir akreditifin temlik edilebilir (transferable) olduğunu da bildirir (20). Buna göre banka akreditifin temlik işlemini de yapar. Bu takdirde ikinci lehdar sevk belgelerini ve faturasını bankaya ibraz ederek akreditif bedelini tahsil eder.

Akreditif temlikinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre bu ikinci lehdarın bankasına karşı birinci lehdarın hakkının terkidir. Diğer yandan, hakkını terk edenin banka ile ilk lehdar arasında mevcut olan def'ileri ileri sürebilmesi gerekir. Oysa, uygulamaya göre ikinci lehdarın en az birinci lehdar gibi bu def'ilerden korunmuş olması gerekir.

Diğer bir düşünceye göre, banka ilk lehdarın havalesini yaptıktan sonra ikinci lehdara ödemeyi yapma zorundadır. Her halükârda, uygula-

(19) SCHAER, W.: age., sh. 15.

(20) Yeknesak Kurallar madde 54/b.



mada havale belgelerini ikinci lehdara birinci lehdar vermez; sadece banka temlikten ikinci lehdarı haberdar eder.

Başka bir görüşe göre -Alman görüşü- burada bir soyut vaad söz konusudur. Bu teoriye göre ikinci lehdar hiçbir def'iyeye tâbi olmayan bankaya karşı bağımsız bir hakkı elde eder (21). Schönle'ye göre ilk lehdar tarafından bankaya verilen mutabakat ve bankanın kabul beyanı, vesaik mukabili akreditifin temlikini yüklenen akreditif bankasının temlike ilişkin irade beyanı olarak kabul edilmelidir. İkinci lehdara bağımsız bir ödeme vaadi ile banka temlik mutabakatı sonucuna bağlı vecibesini yerine getirmiş olur (22).

Akreditifin temliki sadece bir kez yapılabilir (23). Eğer malların gönderilmesi için kısmi sevkiyat öngörülmüş ise başka bir formaliteye ihtiyaç olmaksızın tali lehdarın varlığı kabul edilir. Ancak akreditif şartlarında malların kısmi sevkiyatla gönderilebileceğine dair bir hüküm yoksa; o takdirde akreditifin temliki tüm meblağ üzerinden ve bir sefere mahsus olmak üzere (MTO Yeknesak Kurallar ve teamüllerin 54/e maddesine göre) yapılabilir. Temliki yapmakla yükümlü olan banka eğer mutabık kalınan sınırlar ve şekil içinde değilse temlik işlemini yapmak zorunda değildir.

## 6 — AKREDİTİFİ AÇAN BANKANIN VECİBELERİ VE SORUMLULUĞU

Akreditifi açan bankaya, temlik eden bankaya veya yetkili herhangi bir bankaya akreditif koşullarına uygun belgelerin tevdi edilmesi anına kadar riziko lehdar üzerindedir. Eğer lehdar belgeleri yetkili olmayan bir bankaya tevdi etmiş ve yolda belgeler kaybolmuş ise bunun sorumlusu lehdardır (24). Belgelerin yalnızca yetkili bankaya tevdi edilmesi yetiştir. Aynı şekilde zamanında tevdi edilmesi gerekir. MTO Yeknesak Kuralları ve teamüllerinde, akreditifin belgelerinin zamanında tevdi edilmesi gereğini düzenleyen maddeler vardır (25). Ayrıca belgelerin bankaya normal iş saatlerinde tevdi edilmesi gereği MTO 400 nolu broşürün 49. maddesinde belirtilmiştir.

Yeknesak kuralların 7. maddesi gereğince bankalar akreditifin koşullarıyla uygunluk görünümü gösterdiğini teminen makul bir özenle tüm belgeleri incelemek zorundadır. Bu vecibe BK.nun 390. maddesinin birin-

(21) SCHÖNLE, P. 126, GUGGENHEIM, D.: age., sh. 176'dan naklen.

(22) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 176.

(23) MTO Yeknesak Kurallar madde 54/e.

(24) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 77.

(25) MTO Yeknesak Kurallar ve Teamüller no 400 madde 47/a, 47/b.

ci ve ikinci fıkralarının ışığı altında yorumlanmalıdır. Lehbara yapılacak ödeme hususunda banka, akreditif talimatı verene, belgelerin ibrazı karşılığında ödemeyi yapacağını taahhüt etmektedir. Öğreti burada bir sonuç elde etme durumundan bahseder.

Akla gelen sorun acaba bankanın kusuru varsa ne ölçüde sorumluluktan kurtulabilir. BK.nun 99. maddesi çerçevesinde bu sorumluluktan kurtulma ancak hafif kusur halinde mümkündür (26).

Hatta öğretilerde bu sorumluluktan kurtulmanın kabul edilemeyeceği görüşünde olanlar vardır. Çünkü, böyle bir durum BK.nun 390. maddesinde düzenlenen özen vecibesi ile ters düşer (27).

Eğer bu tezi kabul edersek o takdirde yeknesak kurallar ve teamül-lerin 9 ve müteakip maddelerinde öngörülen genel kurtuluşun yok farzedilmesi veya en azından kısmen geçerli olmasını kabul etmek gerekecektir.

Diğer bir sorun da akreditif lehdarı ile talimat veren arasında yapılan ticari sözleşmeye nazaran bankanın hukuki durumunun ne olduğudur. Yeknesak kurallara göre bankanın ticari sözleşmeden endişe etmesi gerekir. Her halükârda, bu ilke ancak BK.nun 390. maddesinde tesis edilen borçlarla uygunluk halinde tatbik edilebilir.

## 7. AKREDİTİFİN HACZİ

Uygulamada, düzensizlikler arz eden belgeleri bankanın kabul ettiği de görülmektedir. Bu durumda ödenen akreditif meblağı şartlı olarak ödenir. Eğer bu belgeleri akreditif bankası kabul etmezse, lehdar teyit bankasına aldığı meblağı iade eder. Teknesak kuralların 8. maddesi teyit bankası ile lehdar arasındaki ilişkilerde sınırlı olan bu durumun geçerli olduğunu öngörmektedir.

### 1) Akreditifin Haczi ve Yed-i Emine Teslimi

Haciz konusunda bazı durumların tespit edilmesi gerekir.

#### 1 — Talimat Veren (Alıcı) Bir Alacaklısı Tarafından Haciz

Vekil eden tarafından akreditif masraflarını karşılamak üzere bankaya ödenen veya hesapta bloke edilen meblağı alacaklı haczettirebilir. Genel olarak, böyle bir durum akreditif meblağı kullanılmadığı sürece mümkündür. Örneğin, henüz malların sevk belgeleri bankaya ibraz edilmiş olabilir veya akreditiften rücu edilebilir. Bu durumlarda, talimat

(26) ATF 41 II 207, JdT 1916 I 41; ATF II 153, JdT 1921 I 450; OSER/SCHÖNENBERGER, sub. art. 398 no I.

(27) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 179.

verenin iade edilen alacağı haczedilir. Şartlı olan bu alacağın ancak şartların gerçekleşmesi halinde haczi mümkündür. Bu varsayımlar dışında, banka paranın maliki olduğundan veya rehin hakkı nedeniyle tercihlî bir hakkın lehdarı olduğundan pratik olarak haczin yapılması mümkün olmaz.

Eğer banka kendisine akreditif meblağının yatırılmasından veya teminat almaktan vazgeçerse, bu takdirde talimat verene kredi vermiş olur.

Alacaklı, banka tarafından verilen kredi miktarını haczetmeyi denebilir; her halükârda, bu meblağ borçlunun mülkünde olmadığından bu haciz talebi başarısız kalır. Gerçekten, eğer akreditif talimatı veren acze düşmüşse, banka BK.nun 310. maddesine dayanarak ödemeyi reddedebilir. Banka bu hakkını haciz halinde kullanır (28).

Alacaklı nihayet belgelerin temlik hakkı üzerinde haciz talep edebilir. Ancak mal sevk edildikten sonra belgeler alınabildiğinden malı temsil eden belgelerin ibrazı ile akreditif talimatı verenin bir hakkı doğmaktadır. Belgelerin teslimiyle doğan bu hak akreditif şartıyla temel sözleşmenin yapılması esnasında doğmuş olmaktadır: Bankaya belgeler ibraz edildiği zaman bu hak son bulur. Eğer belgeler henüz bankaya ibraz edilmemiş olursa haciz yerine getirilir.

Pratik görüş açısından, böyle bir tedbir ancak haciz anından önce akreditif açılmış ise değer ifade eder. Durum böyle değilse, lehdar belgelerin ibrazını reddedebilir ve hak ancak belgelerin ibrazı ile doğacağından haciz mümkün olmaz. Diğer yandan, bankanın rüçhanlı rehin veya takas iddiasında bulunmaması için akreditif meblağının avans olarak ödenmiş veya akreditif talimatı veren tarafından garanti edilmiş olması gerekir (29).

Belgeler bankanın zilyedliğine geçince akreditif talimatı verenin mülküne geçtiğinden onları haczetmek mümkündür. Her halükârda banka, talimat verene bir kredi açtı ise bu takdirde MK.nun 864/1. maddesi uyarınca hapis hakkını kullanabilir.

Nihayet, belgeler akreditif talimatı verenin elinde bulunursa böyle bir sorun ortaya çıkmaz. Buna karşın, vesaik mukabili akreditif malı temsil eden belgelerin varlığı ile ortaya çıktığından mal doğrudan doğruya haczedilemez (30).

(28) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 181.

(29) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 181.

(30) MICHALEK, P. 139 et s.; STEINER Hans, Die Pfandung von Warenpapieren und von durch Warenpapiere vertretenen waren, dans RSJ 34, 1938, p. 305 et ss; ATF 78 II 68, 71 JdT 1953 II 18; GUGGENHEIM, Daniel: age., sh. 182'den naklen.

## 2 — Lehdarın (Satıcının) Bir Alacaklısı Tarafından Yapılan Haciz

Lehdarın alacaklıları satıcının akreditif talimatı veren nezdindeki bedel alacağını haczettirebilirler. Bu alacak haczedilebilir bir alacaktır; satım akdi ile doğan bu hak ifadan sonra ortadan kalkar. Haciz, İİK.nun 89. maddesi mucibince, ifayı ancak icra dairesine yapabileceği alıcıya tebliğ edilerek yerine getirilir. Her halükârda, eğer alıcı 96. ve müteakip mad-ditif yolu ile ödeme zorunda olmadığını da ileri sürülebilir. Satıcının (lehdar) alacağı bedelin ona ödenmesi anından itibaren ortadan kalkar.

Gayet tabiidir ki böyle bir haczin başarı şansı azdır. Lehdarın alacaklıları belgeleri haczettirme yolunu seçeceklerdir. Böyle bir haciz mülk değeri varsa haczedilebilir ve lehdarın mülkündedir. Zilyedi olduğu sürece bu mallar kendi mülkiyetinde kalır. Belgeler ancak bankaya verildiği zaman akreditif talimatı verene geçer.

Belgelerin mülk değerine gelince, öğretideki baskın görüşe göre, belgelerin ibrazı ancak akreditif bedelini ödeme hakkının bir yansımasıdır. Buradan çıkan sonuca göre, temel hak olan ödeme hakkı ancak belgeler-in ibrazı ile gerçekleşmektedir. O halde, belgeleri ve bedel alacağını hac-zettirmek uygun bir hal tarzıdır.

Akreditif talimatı verene karşı lehdarın alacağının vesaik mukabili akreditif düzenlenmesinde de durum aynıdır. Gerçekten, bu alacak öde-me alacağına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu sonuncu haczedilmeksizin akreditifi düzenleyen alacağın mülk değeri yoktur (31).

Bu durumda akla şu fikir de gelmektedir. Acaba lehdarın alacaklı-ları akreditif meblağının ödenmesine ilişik esas alacağı haczettirebilir-ler mi?

Federal Mahkemeye göre (32) banka akreditifin açılmasıyla BK.nun 459/1. maddesi hükmü gereğince bağımsız bir borç altına girmektedir. Banka belgelerin ibrazı karşılığında ödeme yapmak zorundadır ve bu belli bir sürede olmalıdır. Belgelerin ibraz edilebilmesi için malın sevke-dilmesi gerekir. Oysa, alacağı haczedilen lehdarın bu borcunu yerine ge-tirdiğini görmek zordur. Aynı şekilde alacaklının da lehdara halef olması zordur. O halde, malın lehdar tarafından sevk edilmesinden önce, akre-ditif bedeline ilişkin alacağın ödenmesi gerçekleşemez. Bu da hacze im-kân vermez (33).

Haciz zamanında mal sevk edildi ise kabul etmek gerekir ki, İsviçre hukukunda haczi düzenleyen kurallara göre, takip dairesinden istenirse

(31) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 183.

(32) ATF 78 II 46 ss, özellikle sh. 49, 50, JdT 1952 I 514.

(33) GUGGENHEIM, D.: age., sh. 183; MICHALEK, p. 144 et s.

belgeler haczedilebilir. Bu şekilde, belgelerle ödeme alacağının gerçekleşme değeri vardır.

Haciz, borçlunun (lehdarın) belgelerin maliki olduğu anda yapılmalıdır. Başka bir deyişle, mal sevk edildiği ve belgeleri ibraz için süre sona erdiği ve lehdarın belgeleri ibraz ettiği zaman yapılmalıdır.

İİK.nun 74. maddesi hükmü gereğince, borçlu kendisine ait olan mallarının tümünü bildirmek zorundadır. Bankaya da ancak icra dairesine ödeme yaparak borçtan kurtulacağı bildirilecektir.

Nihayet borçlu (lehdar) tarafından bankaya belgeler ibraz edilince, bankadaki alacağı haczedilebilir ve bu durum ödeme zamanına kadar devam eder.

Banka, icra dairesi tarafından haberdar edilir ve İİK.nun 99. maddesine göre ancak icra dairesine ödeme yapabileceği hususunda bankaya bilgi verilir.

Diğer yandan, yed-i emine teslimi gereken bir husus vaki olursa, kanunda sayılan hallerde bir yed-i emin tayini de mümkündür.

## 8. SONUÇ

Akreditifli bir işlemde lehdara ödemeyi temin eden malın gönderildiğini gösteren belgelerdir. Günümüz ticareti baş döndürücü bir biçimde gelişmektedir. Hatta kırk kadar ülkede artık bankalar herhangi bir talimat ve mesaj göndermek için SWIFT teşkilatının aracılığından faydalanmaktadır. Çok uluslu şirketlerin mali yönetimini yürüten çok büyük müesseselerin bazıları uluslararası ticarete yabancı ülkelerdeki mali pozisyonu müşterilerine anında vermek için uydulardan istifade etmektedir. Buna bağlı olarak bilgisayarlarla donatılmış bürolar eurotitres ve diğer mali değerler üzerinden işlem yapmaktadır (34).

Akreditif ödemeleri dahi bilgisayarlarla olmaktadır. Ancak buna rağmen gene de belli belgelerin bankaya ibrazı gerekmektedir. Bu belgeler çeşitli kaynakların tanzim ettiği muhtelif belgelerdir. Nakliyeciler, irsalyeciler, bağımsız nezaretçi kuruluşlar ve Ticaret Odaları.

Uygulamada meydana gelen sorunların çözümleri sözleşmelere bırakılmıştır. SWIFT üyeleri bu teşkilâtın sistemine bağlanmaları için mutabakatlarını verirler. CNUDCI teşkilatı da bu konuya eğilmiştir. Bir hukuk rehberi hazırlamaktadır. Aynı sorunlar bugün ticari belgelerin yerine bil-

(34) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 106.

gisayardan alınan belgelerin ikame edilmesi hususunda da ortaya çıkmaktadır. Deniz konişmentosu buna bir örnek teşkil eder.

Üstelik taşıma koşullarına ilişkin bu belge, malların üzerindeki hakkın temliki için kullanılabilir ve alınan avansın garantisi olarak bir bankanın emrine ciro edilebilir (35).

Mevcut yasalar karşısında devri kabil bir senet teşkil edebilmesi amacıyla bir konişmento matbu bir şekilde olmalıdır. Oysa Amerika'daki NCITD ve Norveç'de Norpro teşkilatı ticareti geliştirmek için bilgisayara bağlı eşdeğer bir sistemi teklif etmişlerdir. Buna göre bu sisteme bağlanan iştirakçiler hak ve borçlarını ve devir usullerini içeren kurallarla bağlıdırlar.

Durum böyle olmakla birlikte, bu kurallar milli kanunlarla kısıtlanabilir. Özellikle, gümrük ve kambiyo mevzuatı özel bazı matbu evrak isteyebilir. Egemenlik endişesi nedeniyle bazı devletler bu durumlara kısıtlama getirebilirler.

Bazı milletlerarası kuruluşlar bu sorunlar üzerine eğilmişlerdir. Bunlar arasında (Conseil de cooperation douaniere et l'Organisation pour la Cooperation et le Developpement Economique) Gümrük İşbirliği Konseyi ve Ekonomik Gelişme ve İşbirliği Teşkilatı vardır.

Deniz taşımacılığına ilişkin 1978 yılında imzalanan fakat henüz yürürlüğe girmemiş olan bir anlaşmaya göre konişmento üzerine elektronik olarak atılan imzaların geçerliliği kabul edilmektedir. Ancak, bu mevzuatın ilgili milli kanunların âmir hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir (36).

Akreditifin esas rolü, alıcı ile satıcının farklı menfaatlerini, ikisi arasına tarafsız bir aracıyı koyarak bağdaştırmaktır. Bilgi işlem her iki taraf arasındaki bu ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. İleride konacak yeni sistemleri ve bunların değişme seyrini kimse öngöremez. Eğer ticari taraflar bir aracıya -ki bu aracı bir banka olsun veya olmasın- ihtiyaç duyarlarsa serbestçe kararlaştırılan milletlerarası kurallar (37) ilgili taraflar arasında daima önemli rol oynayacaktır.

(35) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 107.

(36) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 108.

(37) EISEMANN, F./BONTOUX, ch./ROWE, M.: age., sh. 108.

## KAYNAKÇA

Akreditif İşleminde Özellikle Türk İhracat Mevzuatı Açısından  
Yerel (Aracı) Bankaların İhracatçı Karşısındaki  
Hukuksal Durumu ve Sorumlulukları  
Belgeli Akreditifin Hukuki Mahiyeti ve  
Yargıtay'ın Bir İçtihadı

- BATİDER : Cilt IV, sayı: 4, Temmuz 1968. I — Akreditif alacaklısının (satıcının) doğrudan doğruya muhabir bankadan talepte bulunabilmesi, ancak akreditifin teyitli olması ile mümkündür. II — Akreditifin gerek teyitli gerekse teyitsiz şekillerde muhabir bankanın akreditif alacaklısına ödemede bulunabilmesi için akreditif şartlarının gerçekleşmesi ve karşılaştırılan belgelerin ibraz edilmesi lazımdır. III — Akreditif mektubunun niteliği ve muhabir bankanın sorumluluğu konularında Ticaret Odası Meslek Grubundan mütalaa alınması gerekir. Akreditif işleminde özellikle Türk İhracat Mevzuatı Açısından Yerel (aracı) Bankaların İhracatçı karşısındaki hukuksal durumu ve sorumlulukları.
- BATİDER : Cilt IX, sayı: 1, Haziran 1977.
- BATİDER : Cilt XIII, sayı: 1, Haziran 1983.
- CCI No 400 : Crédit documentaires.
- DOHM, Jürgen : Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne 1986.
- EISEMANN, F./BONTOUX ch./ROWE, M.: Le crédit documentaire dans le commerce extérieur.
- GÖGER, Erdoğan : Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti. 2. Bası Ankara 1980.
- GUGGENHEIM, Daniel : Les contracts de la pratique Bancaire Suisse, Geneve 1981.
- MATTER, Alfred : Les Banques. Berne, 1979.
- ONUR, Vedat : Banka Muamelelerinin Hukuki Mahiyetleri, İktisadi Fonksiyonları ve İşletme Hususiyetleri, Ankara 1959.
- SCHAER, Willy : La pratique du crédit Bancaire en Suisse Neuchâtel 1977.
- Yargıtay Kararları Dergisi: Cilt IV, s: 8, Ağustos 1978.

● **FEDERAL MAHKEME İÇTİHA TLARI**  
(Medeni Hukuk)

**UZUN SÜRELİ BİR BORCUN ZAMAN İÇİNDE SINIRLANDIRILMASI**  
(Medeni Kanun Madde: 2)

Çeviren  
**Dr. Kemal DAYINLARLI (\*)**

Echallens ve civarından Belediyelerarası Su Getirme Derneği-ne karşı Bavois Belediyesi'nin açtığı dâvada, II. Hukuk Dairesinin verdiği 4 Mayıs 1987 tarihli kararın özeti (Karar Düzeltilmesi istemi yolu).

Sırf borca ilişkin niteliği olan bir anlaşma «sonsuz süre için» yapılamaz ve devam ettirilemez (Öğretiden ve içtihatdan hatırlatma). İyi niyet kurallarını dikkate alarak bir belediye, diğer bir belediye ile özel hukuk alanında «daimi nitelikli» yaptığı su temini sözleşmesini, tazminat ödemeksizin 63 yıllık bir uygulamadan sonra, müşterek âkit olan belediyenin yatırımlarının 22 yıldan beri amorti edilmiş olduğu bir durumda feshetme hakkına sahiptir.

A — 14 Ekim 1919'da, yapılan bir anlaşma ile Goumoens-la-Ville belediyesi daimî nitelikli olarak 70 litre/dakika içme suyunu Bavois belediyesine 76.000 Frank karşılığı bırakmıştır. Karşılıklı olarak edalar o zamandan beri yerine getirilmiştir. 15 Nisan 1971 tarihinde Vaude (Luzan) Kantonu kamu hukuku uyarınca Echallens ve civarından Belediyelerarası Su getirme derneği (AİAE) adı altında tüzel kişiliği haiz bir dernek kurulmuştur. Bu dernek Bavois Belediyesine karşı 14 Ekim 1919 sözleşmesinden doğduğu şekliyle Goumoens-la-Ville belediyesinin hak ve borçlarını üzerine almıştır.

26 Ocak 1983'de bu AİAE derneği yaptığı bir ihbarla 31.7.1983 tarihi itibarıyla sözleşmeyi bozduğunu bildirmiştir. Taraflar bir anlaşmaya varamadığından Bavois Belediyesi mahkemeden aldığı bir ihtiyati tedbir kararı ile eskisi gibi su almaya devam etmiştir. Bunun üzerine Bavois Belediyesi AİAE derneğine karşı dâva açmıştır. Bu dâvada tarafların son istemlerinin içeriği şöyle idi :

(\*) **Ankara Barosu Avukatlarından.**

**KAYNAK:** Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel (Lausanne 29.2.1988) 11 éme partie, sh. 209-213.



**«I. Esas olarak:**

a) Echallens ve civarından Belediyelerarası Su Getirme Derneği'nin kendisini Bavois Belediyesine bağlayan «su verme sözleşmesini» tek taraflı olarak feshetmeye hakkı yoktur».

b) Bu nedenle, dernek zamanla sınırlı olmaksızın sözleşmede öngörülen miktarda suyu, sözleşmede belirlenen şartlarda temin etmeye devam etmek zorundadır.

**II. Tali olarak:**

Dâvalı, bu fesihden dolayı dâvacıya 700.000 Frank (yedi yüz bin) tazmin etmelidir ve bu meblâğı hüküm gününden itibaren %5 faizi ile birlikte derhal ödemelidir».

Dâvalı bu taleplerin reddini istemiştir. Tali olarak, sözleşmenin fesihinin haklı olduğu görülürse bunun ilke olarak hükme bağlanmasını ve bu fesihden dolayı dâvacıya verilmesi gereken tazminatın tespitini istemiştir.

B — 7 Ekim 1986'da, Vaud (Lozan) Kanton Hukuk Mahkemesi dâvacının taleplerini ret ve dâvalının taleplerini ise kabul etti.

C — Bavois Belediyesi, Kanton Mahkemesinde öne sürdüğü gerekçelerle Federal Mahkeme nezdinde karar düzeltilmesi müracaatında bulundu. Federal Mahkeme düzeltilmesi istenen kararı onadı.

**Gerekçelerin Özeti:**

4 — Temyizde dâvalı tarafın su verme mecburiyetinin 31 Temmuz 1983'den sonra mevcut olmadığını söylemek için, Kanton Mahkemesi borç niteliğinde bir sözleşmenin «sonsuz süre için» yapılamayacağı ve bunun devam ettirilemeyeceği ilkesine dayanmıştır (ATF 97 II 399 consid. 7, 93 II 300 consid. 7 et les références; cf. notamment Merz, n. 246 et 332 ad art. 2 CC; Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, thèse Fribourg 1968, p. 24 et les références de la note 1; Engel, Traité des obligations en droit civil suisse, p. 94; Grossen, Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, tome II, p. 14). Müracaat sahibinin MK.nun 2. maddesi anlamına ve kapsamına ilişkin ileri sürdüğü hususlar doğru değildir.

a) Merz'i tenkit ederken (Loc. cit.), müracaat sahibi, uzun süreli borçların zaman içinde sınırlandırılmasının Clausula Rebus Sic Stantibus kuralına dayandırılmayacağını ispata çalışmaktadır. Bu tenkit yerinde değildir: Sözleşmeden doğan borçların zaman içinde sınırlandırılması ilkesi Clausula Rebus Sic Stantibus'ün ancak kısmî bir sonucu olsa bile, borç-

lar hukukunun bağımsız bir ilkesine göre akdî borç, niteliği icabı zarurî olarak sona ermelidir, çünkü insanoğlunun her faaliyeti zamanla sınırlı olup ebediyete kadar süren bir borç altına girme, hürriyetin devrini zorunlu kılar (cf. Gauch, loc. cit.). Bu ilkenin MK.nun 2. maddesinden doğması haklıdır. Bu hüküm muhtelif hukuk ilişkileri yöneten kurallara, onları tamamlamak ve onları yorumlamak için ilâve edilen ahlâki kabullerden doğan temel bir norm olarak görünür (ATF 83 II 348/349 consid. 2) : Bu hüküm, örf ve adet, hakkaniyet, kişilik hakları gibi çok genel değerleri hukukun uygulanmasına getirir (Deschenaux, Le Titre préliminaire du Code Civil, Traité de droit civil suisse, Tome II, 1, p. 140). MK. nun 2/1. maddesinden doğan iyiniyet kurallarının işlenmesi MK.nun 2/2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanılmasının müeyyidesinden net bir şekilde daima ayırt edilemez (cf. Deschenaux, op. cit., p. 152).

Bu dâvada, Kanton Mahkemesi Clausula Rebus Sic Stantibus'ü öne sürmekle iyiniyet kurallarına ilgide bulunmuştur. Kanton Mahkemesi için bilinen husus, 14 Ekim 1919 tarihli sözleşmenin taraflarının her ikisinin de kamu hukuku tüzel kişisi olduğu ve böylece akdedilen sözleşmenin o tarihte hakkaniyete uygun bulunduğunu düşünmeye izin vermesidir. Kanton mahkemesi, 63 yıldan daha fazla bir ifadan ve 22 yıldan daha fazla bir süreden beri tamamen kendini amorti etmiş olan yatırımları için karşı tarafça tebliğ edilen fesih ihbarına uymasını temin için dâvacı ve temyiz edene karşı açıkca MK.nun 2/1. maddesini öne sürmüştür.

b) Müracaat sahibi bu mülâhazalara karşı hiçbir ağırlıklı delil öne sürememiştir.

Herşeyden önce öne sürdüğü husus, Kanton Yargısının düşüncesinin aksine, dâvalı (temyizde) suyu parasız temin etmemektedir; 56.000 Franklık bir meblağ verilen suya karşılık olmak üzere ödenmiştir. Diğer yandan, zaman geçtikçe müracaat sahibinin bir defada yapılan mukabil edasının değeri, dâvalının edasının devam etmesi sebebiyle gittikçe azalmaktadır. Herhalükârda, müracaat sahibine düşen belli bir eda ile dâvalının hiç durmadan büyüyen bir edimi vardır: Bu edimin karşılığı zamanın akışı içinde (sıfıra) yaklaşmakta ve gittikçe evvelce yapılmış ödemeler sözleşme devam ettikçe daha hafif kalmaktadır. 1919 yılında ödenen meblağın şimdikine göre değeri hissedilir derecede yüksekti. Dâvalının, Goumoens-la-Ville belediyesinin borçlarını aynen devraldığı zaman bu durumun mevcut olduğu hususuna gelince, dâvalı taraf, dâvacı tarafın sözleşmenin feshinden on iki yıl önce, 1971 yılında iyiniyet kurallarına aykırı davrandığını iddia etmediği için dâvacının görüşü tutarlı değildir.

1919 yılında âkitlerin, sonsuza kadar su verilmesinin «tam bedelinin» 56.000 Franklık bir meblâğ olduğunu takdir etmiş olmalarının önemi yok-

tur. Dâva konusu olan, ödenen bedel değildir, fakat dâvalı tarafından dâimi bir yükümlülük altına girilmiş olmasıdır. Böyle bir taahhüt altına girmenin imkânsızlığı, görüldüğü gibi, taahhüt altına girdiği zaman düşülmüş olup olmadığına bakılmaksızın herkes için söz konusudur.

Müracaat sahibinin savunmasına göre, kamu hukuku vecibesi olarak, belediye sınırları içinde ikamet edenlere su verme vecibesi daimilik arz etmektedir. İşte temyiz eden bu vecibesini yerine getirmek için 1919'daki sözleşmeyi yapmıştır. Bu kanıt doğru değildir. Burada dâvanın konusu olan müracaat sahibinin kamu hukuku vecibesi değildir; burada sorun özel hukuk olarak, dâvalının, müracaat sahibine su temin etme vecibesidir. O halde, müracaat sahibinin sahip olmada devam ettiği menfaat dâvayı belirleyici değildir. Belirleyici olan husus, dâvalıyı dâimi taahhüdünde ifaya zorlayarak bu menfaatini devam ettirebilip ettiremeyeceğinin bilinmesidir. Oysa ki, böyle bir zorlama gördüğümüz gibi, örf ve âdet kurallarına riayet etmede MK.nun 2. maddesinden doğan borçların zaman içinde sınırlandırılması ilkesine aykırıdır.

5 — Müracaat sahibi tazminata hükmedilmesine yönelik tali taleplerini, sınırlı aynî haklar konusunda uygulanabilir kuralların olayımızda gayrimenkul mükellefiyetine dair hükümlerin kıyasen tatbik edilmesini teklif etmek suretiyle ispat etme yoluna gitmektedir. Bu yol geçerli olmaz. Kanton Mahkemesinin hükmettiği gibi 14 Ekim 1919 tarihli anlaşma, su verilmesi hususunun tapuya şerh verilmemiş olması nedeniyle tamamen borç ilişkisine dayanmaktadır (ATF 108 II 45 consid. 4b). Bu hususa zaten itiraz edilmiş değildir. Nisbî hakların niteliğinden doğan borçların zaman içinde sınırlandırılması ilkesi MK.nun 2/1. maddesince müeyyidelendirilmiş olduğundan, buna başka bir dayanak araştırmanın gereği yoktur.

Üstelik 1960'dan 1983'e kadar sözleşmenin ifasından, kazançlı bir işlem yaparak, müracaat sahibi net bir kâr elde etmiştir (m.<sup>3</sup> maliyet fiyatı 0,28 Frank ile 0,43 Frank olan suyu abonelere m.<sup>3</sup> 0,70 Franktan satmıştır). Hal ve şartlara uyarlanan bir sürenin geçmesi ile borç sona ermiş olmadığından, ademi ifa için herhangi bir tazminat ödeme zorunluluğu söz konusu olmayıp, dâvalı taraf borcundan tamamen kurtulmuştur.

#### Karşılaştırma İçin

<u>İMK</u>	<u>TMK</u>
2	2
2/1	2/1
2/2	2/2

● **TÜRK HUKUKUNUN YABANCI  
MAHKEMELERCE UYGULANMASI**  
(Borçlar Hukuku)

**AKDE MUHALEFET VE CEZÂİ ŞART**

**Doç. Dr. Şeref ÜNAL (\*)**

**I. KONU**

Almanya'da iki Türk vatandaşı, Türkçe olarak aralarında bir sözleşme yapmışlar ve taraflardan biri, sahip olduğu bedelsiz ithalat permi hakkını 60.000.— TL. bedel karşılığı diğer tarafa satmıştır. Permi hakkını devreden, sözleşmeden caydığı takdirde, aynı meblağı karşı tarafa ödemeyi kabul etmiştir. Ancak, kendisi taahhüdünü yerine getirmediği için aralarında uyuşmazlık çıkmış ve olay Alman mahkemesine intikal etmiştir.

Mahkeme, tarafların Türk vatandaşı olmaları, aralarındaki sözleşmenin Türkçe yapılmış olması, cezaî şartın Türk para birimine göre kararlaştırılmış bulunması ve nihayet akdin ifa yerinin Türkiye olması karşısında milletlerarası özel hukuk ilkelerine göre isabetli bir şekilde, davada Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiş ve bu konuda Adalet Bakanlığı'ndan hukukî görüş bildirmesini istemiştir.

Nitekim, dava sırasında henüz yürürlükte olmayan, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda da bu ilke benimsenmiştir. Kanunun 24. maddesine göre, irade muhtariyetinin bir sonucu olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların seçtiği hukuka tabî tutulmuştur. Tarafların bir seçim yapmamaları halinde ise, borcun ifa yeri hukuku uygulanacaktır.

Somut olayda taraflar uygulanacak hukuku belirlemedikleri için, ifa yeri olarak Türk hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla borcun teşekkülü, kapsamı ve sona ermesi şartları Türk hukukuna göre belirlenecektir.

Dava sırasında yürürlükte olan, 17-7/13948 sayılı, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kararname ve buna bağlı olarak çıkarılan tebliğlere göre, yabancı meblağlarla alınmış malların Türkiye'ye ithal hakkı kişisel bir haktır ve devri mümkün değildir. Öte yandan, Borçlar Kanununun 19. maddesinde akdin muhtevasının kanunun âmir hüküm-

---

(\*) **Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu  
Koordinasyon Dairesi Başkanı.**

lerine aykırı olamayacağı belirtilmiş ve 20. madde ile de bu tür akitlerin batıl olduğu hükme bağlanmıştır.

Heilbronn Eyalet Mahkemesi, davada Adalet Bakanlığı'nın görüşüne uygun olarak Türk hukukunun söz konusu hükümlerini uygulamış ve aşağıdaki kararı vermiştir.

## II. Heilbronn Eyalet Mahkemesi'nin 15.12.1978 tarihli kararı

Davacı : C.A.

Davalı : S.M.

Heilbronn Eyalet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 1.12.1978 tarihli oturumunda, Besiegheim Sulh Mahkemesi'nin 13.7.1977 tarihli infaz emrinin kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermiştir.

### O L A Y

Dava tarafları Türk vatandaşları ve Almanya'da yaşamaktadırlar.

Davalı Almanya'daki kazancından yaptığı tasarrufları ülkesinde Merkez Bankası'na depo etmiş ve bunun karşılığı olarak da bir kamyon ve bir inşaat makinesinin Türkiye'ye ithali için permi hakkı kazanmıştır. Kendisi bu permisini 22.6.1977 tarihinde Türkçe olarak kaleme alınan bir sözleşme ile 60.000.— lira bedelle davacıya satmış ve sözleşmeden caydığı takdirde aynı miktarı maddi tazminat olarak ödemeyi kabul etmiştir.

Davalı kısa bir süre sonra sözleşmeden caydığını davacıya bildirmiştir.

Davacı kararlaştırılan maddi tazminatı talep ederek, Besiegheim Sulh Mahkemesi'nden 12.7.1977 tarihinde ödeme emri ve 13.7.1977 tarihinde de 8.000 Marklık bir infaz emri çıkartmıştır.

Davalı infaz emrine süresi içinde itiraz etmiş ve dava mahkememize intikal ettirilmiştir. Davacı aralarındaki yazılı sözleşmeye dayanarak, davalının itirazının reddiyle Besiegheim Sulh Mahkemesi'nin kararının onaylanmasını, davalı da anılan mahkeme kararının kaldırılmasını talep etmektedir.

Davalı, davacı ile akdettikleri yazılı sözleşmenin Türk hukukuna aykırı ve batıl olduğunu, ithal müsadeseinin devri kabil olmayan kişisel bir hak olduğunu iddia etmektedir.

Davacı ise, akdettikleri sözleşmede Türk hukukuna aykırı bir husus bulunmadığını hukukî işlemin Türkiye'de yapıldığını, ithal müsadeseinin de Alman makamlarına değil Türk makamlarına sunulacağını ifadeyle, davalının iddialarını reddetmiştir.

Mahkeme sözleşmenin hukukî niteliği ve geçerli olup olmadığı konusunda, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair 7 Haziran 1968 tarihli Avrupa Sözleşmesine dayanarak Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'ndan hukukî mütalaa almıştır.

### GEREKÇE

Besiegheim Sulh Mahkemesi'nin 13.7.1977 tarihli infaz emri kaldırılmalı ve dava reddedilmelidir. Çünkü taraflar arasında yapılan hukukî işlem Türk hukuk kurallarına aykırı olup batıldır. Böylece davacının iddiası mesnetten yoksun kalmıştır.

Dava konusu olan hukukî işlem Türk hukukuna tâbidir. Taraflar Türk vatandaşlarıdır, sözleşme Türkçe olarak akdedilmiş ve tazminat da Türk para birimine göre kararlaştırılmıştır. Sözleşme iktisadî sonuçlarını Türkiye'de doğuracaktır. İfa yeri Türkiye'dir ve mallar satın alınan ithal müsadeseine istinaden Türkiye'ye sokulacaktır.

Davacının talebi, davalının da iddia ettiği üzere, sözleşmenin Türk hukukuna aykırı olup olmadığının tesbitine bağlıdır. Türk Adalet Bakanlığı'nın hukukî mütalaaasında da belirtildiği gibi, Türk Parasının Kıymetini Koruma hakkındaki 17-7/13948 Sayılı Kararname ve buna bağlı olarak Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan tebliğlere göre, yabancı meblağlarla alınmış malların Türkiye'ye ithal hakkı kişisel bir hak olup, devri mümkün değildir. Ayrıca tarafların akdettikleri sözleşme konusu itibarıyla Borçlar Kanununun 19. maddesine aykırı olup, bunun sonucu olarak da aynı kanunun 20. maddesine göre batıldır.

Böylece davacının iddiası kanunî dayanaktan yoksun olduğu için davanın reddi gerekmiştir. Davacı lehine, sözleşmenin ifa edileceğine güvendiği ve bu güvencinin sarsıldığı için bir tazminat hükmetmek de mümkün değildir. Aksi halde butlan hükümleri sonuçsuz kalmış sayılır.

## ● YARGITAY'DAN HABERLER

### YENİ SEÇİLENLER EMEKLİLİK VE VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

Ali Rıza GENİŞ (\*)

### YENİ SEÇİLENLER

#### ● Ali İsmet ARSLAN

24.6.1936 günü Elazığ'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1960 yılında bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1963 senesinde göreve başlayan Arslan, daha sonra sırasıyla; Gürpınar Hâkimliği, Kulu Hâkimliği ve Polatlı Hâkimliği ile Ankara Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur. 1978-1979 döneminde, Ankara Hukuk Fakültesi'nde «Medeni Hukuk» ve «Borçlar Hukuku» dalında master yapan Ali İsmet Arslan'ın, «1073 Sayılı Yasanın Getirdiği Yenilikler» ve «Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminatlarla Etkisi» adlı eserleri ile çeşitli dergilerde yayınlanan mesleki yazıları vardır.

21 Şubat 1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Arslan, Dördüncü Hukuk Dairesi Üyeliği ile Onüçüncü Hukuk Dairesi Üyeliği görevlerinde de bulunmuş, 17.5.1990 günü Üyesi bulunduğu Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığına seçilmiştir.

#### ● Altan SAYSEL

1935 yılında Tokat'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1959'da bitirdikten sonra, Konya Hâkim Adayı olarak 1961 senesinde mesleğe başlayan Sayse, bu mesleğini sırasıyla; Mazgirt Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Elazığ Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Ereğli (Konya) Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdür Muavinliği, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Donatım ve Sosyal İşler Dairesi Başkanlığı ile Ankara Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunarak sürdürmüştür.

«Fransız İnfaz Sistemi», «Çocuk Suçluluğu ve Anatomik Yapısı», «Kalem Mevzuatı Ders Kitabı» adlı eserleri bulunan ve 12 Kasım 1987 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Altan Sayse, Beşinci Ceza Dairesi Üyesi iken, 30.4.1990 günü Yargıtay Genel Sekreterliğine atanmıştır.

### EMEKLİLİK NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

#### ● Dr. Ali Suad DURA

1925 yılında Taşköprü'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, Kastamonu Hâkim Adayı olarak 1949 senesinde mesleğe başlayan Dura, daha sonra sırasıyla; Pınarhisar Sulh Hâkim-

(\*) Yargıtay Yayın Müdürü.

liği, İstanbul Ticaret Mahkemesi Üyeliği ile İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

22.9.1967 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen ve Almanya'da Hukuk Doktorası yapan Ali Suad Dura, Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyesi bulunduğu sırada 14.9.1982 tarihinde seçildiği Onüçüncü Hukuk Dairesi Başkanlığından, 13.5.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

#### ● Edip ŞİMŞEK

1925 yılında Siirt'de doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, Siirt Hâkim Adayı olarak 1950 senesinde mesleğe başlayan Şimşek, daha sonra sırasıyla; Pazar Hâkimliği, Sivas Hâkimliği, Elazığ Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği ile Yargıtay Üye Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

«Gümrük ve Tekel Kaçakçılığı, Uyuşturucu Maddeler Kaçakçılığı», «Ticari Senetler», «Kooperatif Ortaklıklar», «Hukukta ve Cezada Ticari Senetler» ile «İcra İflas Kanunu» adlı eserleri ile çeşitli mesleki konularda yayınlanmış onbeşe yakın makalesi bulunan ve 16.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Edip Şimşek, Onbirinci Hukuk Dairesi ile Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 13.7.1987 tarihinde seçildiği Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkanlığından, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

#### ● Burhan Cahit BELİBAĞLI

1341 yılında Gaziantep'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949 yılında bitirdikten sonra, Kahramanmaraş Hâkim Adayı olarak 1949'da mesleğe başlayan Belibağlı, daha sonra sırasıyla; İmranlı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Denizli Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Bitlis Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

28.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Burhan Cahit Belibağlı, Yedinci Ceza Dairesi ile Dördüncü Ceza Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 2.7.1987 tarihinde seçildiği Dördüncü Ceza Dairesi Başkanlığından, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

#### ● Emin BAŞAKLAR

1925 yılında Ankara'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, Bolu Hâkim Adayı olarak 1949 senesinde mesleğe başlayan Başaklar, daha sonra sırasıyla; Bozkır Hâkim Yardımcılığı, Çubuk Gezici Kadastro Hâkimliği ve Yargıtay Ticaret (11. Hukuk) Dairesi Üye Yardımcılığı ile Ankara Asliye Hukuk Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

«Nafaka Davaları» adlı eseri, İsviçre'de «Trafikte Hukuki Sorumluluk» konusunda yaptığı araştırma ve incelemeye dayanan Yargıtay Dergisi'nde yayınlanmış raporu ile çeşitli meslek dergilerinde yayınlanmış makaleleri bulunan ve 17.9.1973 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Emin Başaklar, İkinci Hukuk Dairesi ile Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.



● **Mustafa Vedat ARTUÇ**

1 Nisan 1925 günü İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1950 yılında bitirdikten sonra, Adapazarı Hâkim Adayı olarak 1952'de mesleğe başlayan Artuç, daha sonra sırasıyla; Burhaniye Cumhuriyet Savcılığı, Silvan Cumhuriyet Savcılığı, Dursunbey Cumhuriyet Savcılığı ile Gediz Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

29.4.1975 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Mustafa Vedat Artuç, Beşinci Ceza Dairesi ile Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 1 Nisan 1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Recai SARAÇ**

1925 yılında Zile'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, Samsun Hâkim Adayı olarak 10 Mart 1952 günü mesleğe başlayan Saraç, daha sonra sırasıyla; Kastamonu Hâkimliği, Mesudiye Hâkimliği, Rize Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

25.1.1979 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Recai Saraç, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyeliğinden, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Hilmi APAYDIN**

1925 yılında Ardahan'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, Ardahan Hâkim Adayı olarak 1953 senesinde mesleğe başlayan Apaydın, daha sonra sırasıyla; Malazgirt Hâkimliği, Vakfikebir Hâkimliği ve Şereflikoçhisar Hâkimliği ile Yüksek Hâkimler Kurulu Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

20 Şubat 1980 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Hilmi Apaydın, Birinci Ceza Dairesi ile Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Necmettin Ekrem ALPDOĞAN**

1925 yılında Sarıkamış'ta doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, Kars Hâkim Adayı olarak 1951 senesinde mesleğe başlayan Alpdoğan, daha sonra sırasıyla; Osmaniye Hâkimliği, Gürpınar Hâkimliği, Hakkari Hâkimliği, Ağrı Hâkimliği, Erciş Hâkimliği, Kadirli Hâkimliği ve Amasya Hâkimliği ile Yargıtay Tetkik Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

21 Eylül 1982 günü Yargıtay Üyeliğine seçilen Necmettin Ekrem Alpdoğan, Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi iken, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Mebrure GÖZDEMİR**

1341 yılında Mersin'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, 1948 senesinde mesleğe avukat olarak başlayan Gözdemir, daha sonra sırasıyla; Van Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Bur-

dur Sulh Hâkimliği ve Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı Görevlerinde bulunmuştur.

7 Mart 1983 günü Yargıtay Üyelğine seçilen Mebrure Gözdemir, Yedinci Ceza Dairesi ve Beşinci Ceza Dairesi ile Üçüncü Ceza Dairesi Üyeliklerinde bulunduktan sonra, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Mehmet Zeki KARACAGİL**

1925 yılında Kemah'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947'de bitirdikten sonra, 28 Haziran 1951 günü Kemaliye Cumhuriyet Savcısı olarak göreve başlayan Karacagil, daha sonra sırasıyla; Kemaliye Sorgu Hâkimliği ile Gebze Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ile Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde de bulunan Mehmet Zeki Karacagil, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Arif Hikmet ABUŞOĞLU**

1925 yılında Kiğı İlçesi'nde doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, 31 Aralık 1949 günü mesleğe giren ve staj sonunda 30.3.1952 tarihinde Kars Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak göreve başlayan Abuşoğlu, daha sonra sırasıyla; Digor Cumhuriyet Savcılığı, Sarayköy Cumhuriyet Savcılığı, Bitlis Ceza Hâkimliği ile Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı ve Kırkkale Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1973 senesinin Mart ayında Yargıtay Üye Yardımcılığına atanan ve yeni Yargıtay Yasasının yürürlüğe girmesiyle de Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimliğine getirilen Arif Hikmet Abuşoğlu, bu görevinden 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **İbrahim Ali AKSOYOĞLU**

7 Mayıs 1925 günü Üsküdar'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948 yılında bitirdikten sonra, Tekirdağ Hâkim Adayı olarak 12.4.1950 tarihinde mesleğe giren ve staj sonunda 31.7.1952'de Çıldır Hâkimi olarak göreve başlayan Aksoyoğlu, daha sonra Kandıra Hâkimliği görevinde de bulunmuştur.

13 Kasım 1967'de Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan İbrahim Ali Aksoyoğlu, Beşinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 7.5.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Raşit ATASOY**

1925 yılında Kilis'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1949'da bitirdikten sonra, 1953 senesinde Tokat Hâkim Yardımcısı olarak mesleğe başlayan Atasoy, daha sonra sırasıyla; Çukurca Hâkim Yardımcılığı ile Osmaniye Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1962 yılında Yargıtay'a atanan Raşit Atasoy, Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı ve Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunduktan sonra, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Necati Orhan ALPAY**

7 Nisan 1925 günü İnebolu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1947 yılında bitirdikten sonra, Savur Cumhuriyet Savcısı olarak 1953'de mesleğe başlayan Alpay, daha sonra sırasıyla; Erciş Cumhuriyet Savcılığı, Tatvan Cumhuriyet Savcılığı, Cihanbeyli Cumhuriyet Savcılığı, Kuyucak Cumhuriyet Savcılığı ve Tirebolu Cumhuriyet Savcılığı ile Ankara Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

1979 senesinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan Necati Orhan Alpay, Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 1 Nisan 1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Halim Nihat ERGEN**

12 Ocak 1925 günü Ordu'da doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1951'de bitirdikten sonra, Ordu Hâkim Adayı olarak 16.7.1953 günü mesleğe giren ve staj sonunda 23.9.1954 tarihinde göreve başlayan Ergen, sırasıyla; Ağın Hâkimliği, Görele Hâkimliği ve Erzincan Hâkimliği ile Trabzon Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1971 senesinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan Halis Nihat Ergen, Üçüncü Ceza Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 12.1.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Mehmet GÜNEYÇAL**

1925 yılında Kayseri'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1953'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 31.5.1955 senesinde mesleğe giren ve staj sonunda 30.7.1956 tarihinde göreve başlayan Güneyçal, sırasıyla; Karlıova Cumhuriyet Savcılığı ile Tosya Ceza Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

1 Haziran 1963 günü Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanan Mehmet Güneyçal, Dokuzuncu Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliğinden, 1.7.1990 günü yasal yaş sınırı nedeniyle emekliye ayrılmıştır.

● **Fatma Özay ÖZDEN**

1935 yılında Zonguldak'ta doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1962'de bitirdikten sonra, bir süre orman avukatlığı yapan ve daha sonra 1967 senesinde Beyşehir Hâkimliği ile mesleğe başlayan Özden, 1987 yılında Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanmıştır.

Beşinci Hukuk Dairesi ile Yedinci Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimliği görevlerinde de bulunan Fatma Özay Özden, 6.9.1989 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

● **Hatice Sezen ÖZ**

1938 yılında Korkuteli'de doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1961'de bitirdikten ve bir süre öğretmenlik ve avukatlık yaptıktan sonra, 13.6.1978 günü Haymana Cumhuriyet Savcı Yardımcısı olarak göreve başlayan Öz, daha sonra Adalet Bakanlığı Müşavirliğine ve oradan da 1980 senesinde Yargıtay Tetkik Hâkimliğine atanmıştır.

Uzun yıllar Tasnif Kurulunda çalışan Hatice Sezen Öz, Yargıtay Birinci Başkanlığı Tetkik Hâkimliğinden, 26 Aralık 1989 günü kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

### VEFAT NEDENİYLE ARAMIZDAN AYRILANLAR

#### ● SEYİT HAYDAR KARAKAŞ

1927 yılında Kalecik'te doğmuştur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1948'de bitirdikten sonra, Ankara Hâkim Adayı olarak 1949 senesinde mesleğe başlayan Karakaş, daha sonra sırasıyla; Hekimhan Hâkimliği, Yenicağa Hâkimliği, İnegöl Hâkimliği, Bursa Hâkimliği ve Ankara Hâkimliği ile Ankara İş Mahkemesi Hâkimliği görevlerinde bulunmuştur.

Çeşitli dergilerde mesleki yazıları yayınlanan ve 17 Eylül 1973 günü Yargıtay Üyelğine seçilen Seyit Haydar Karakaş, İkinci Hukuk Dairesi Üyesi iken, 12.4.1990 tarihinde yaşama gözlerini yummuştur.

Yeni seçilen; ARSLAN ve SAYSEL'e görevlerinde başarılar, emeklilik nedeniyle aramızdan ayrılan; DURA, ŞİMŞEK, BELİBAĞLI, BAŞAKLAR, ARTUÇ, SARAÇ, APAYDIN, ALPDOĞAN, GÖZDEMİR, KARACAGİL, ABUŞOĞLU, AKSOYOĞLU, ATASOY, ALPAY, ERGEN, GÜNEYÇAL ve ÖZDEN ile ÖZ'e sağlık ve mutluluklar, vefat eden **KARAKAŞ**'a da Tanrı'dan rahmet dileriz.

● **YASALAR, KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER,  
TÜZÜKLER, YÖNETMELİKLER**

**Y A S A L A R**

<b>Tarihi :</b>	<b>Resmi Gazete No :</b>	<b>Sayfa:</b>	<b>Yasanın Adı :</b>
15.12.1989	20373	1	<b>Kanun No. 3593</b> <b>Kabul Tarihi: 7.12.1989</b> 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun.
30.12.1989	20388 (Mük.)	1	<b>Kanun N. 3595</b> <b>Kabul Tarihi: 27.12.1989</b> 1990 Mali Yılı Bütçe Kanunu
5.1.1990	20393	1	<b>Kanun No. 3594</b> <b>Kabul Tarihi: 21.12.1989</b> 2919 Sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilât Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna iki Ek Madde ile İki Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun.
5.1.1990	20393 (Mük.)	1	<b>Kanun No. 3597</b> <b>Kabul Tarihi: 27.12.1989</b> Katma Bütçeli İdareler 1990 Mali Yılı Bütçe Kanunu.
5.1.1990	20393 (Mük.)	340	<b>Kanun No. 3596</b> <b>Kabul Tarihi: 27.12.1989</b> 1988 Mali Yılı Kesinhesap Kanunu.
5.1.1990	20393 (Mük.)	374	<b>Kanun No. 3598</b> <b>Kabul Tarihi: 27.12.1989</b> 1988 Mali Yılı Katma Bütçeli Daireler Kesinhesap Kanunu.
24.1.1990	20412	1	<b>Kanun No. 3600</b> <b>Kabul Tarihi: 17.1.1990</b> 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 19 uncu Maddesinin Değiştirilmesi ve Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun.
26.1.1990	20414	1	<b>Kanun No. 3601</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun.
26.1.1990	20414	2	<b>Kanun No. 3604</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ve Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda

Resmi Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa:	Yasanın Adı :
			Adli Yardımlaşma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
26.1.1990	20414	2	<b>Kanun No. 3605</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
26.1.1990	20414	2	<b>Kanun No. 3606</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
26.1.1990	20414	3	<b>Kanun No. 3607</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
26.1.1990	20414	3	<b>Kanun No. 3608</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
26.1.1990	20414	3	<b>Kanun No. 3609</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
26.1.1990	20414	4	<b>Kanun No. 3610</b> <b>Kabul Tarihi: 18.1.1990</b> Nükleer Kaza Halinde Erken Bildirim Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
1.2.1990	20420	1	<b>Kanun No. 3611</b> <b>Kabul Tarihi: 24.1.1990</b> 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 3221 Sayılı Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabulü Hakkında Kanun.
16.2.1990	20435	1	<b>Kanun No. 3612</b> <b>Kabul Tarihi: 7.2.1990</b> Bazı Kanunların Bakanlar Kuruluna Yetki

Resmi Gazete			Yasanın Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
			Veren Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Bazı Kanunların Bakanlar Kuruluna Yetki Veren Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.
15.3.1990	20462	1	<b>Kanun No. 3613</b> <b>Kabul Tarihi: 7.3.1990</b> 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü ile Aynı Kanunun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Ek Maddeler Eklennesine İlişkin Kanun.
15.3.1990	20462	2	<b>Kanun No. 3614</b> <b>Kabul Tarihi: 7.3.1990</b> 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında 398 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun.
15.3.1990	20462	3	<b>Kanun No. 3615</b> <b>Kabul Tarihi: 7.3.1990</b> 22.4.1925 Tarih ve 657 Sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
15.3.1990	20462	4	<b>Kanun No. 3616</b> <b>Kabul Tarihi: 8.3.1990</b> 3466 Sayılı Uzman Jandarma Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.
27.3.1990	20474	1	<b>Kanun No. 3617</b> <b>Kabul Tarihi: 15.3.1990</b> Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanuna Bir Ek Madde Eklennesine Dair Kanun.
27.3.1990	20474	1	<b>Kanun No. 3618</b> <b>Kabul Tarihi: 21.3.1990</b> Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.
6.4.1990	20484	1	<b>Kanun No. 3620</b> <b>Kabul Tarihi: 28.3.1990</b> Türkiye Büyük Millet Meclisinin Dış İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

Resmi Gazete			
Tarihi :	No :	Sayfa:	Yasanın Adı :
10.4.1990	20488	1	<b>Kanun No. 3619</b> <b>Kabul Tarihi: 22.3.1990</b> Danıştay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun.
10.4.1990	20488	3	<b>Kanun No. 3622</b> <b>Kabul Tarihi: 5.4.1990</b> 6.1.1982 Tarih ve 2577 Sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
17.4.1990	20495	1	<b>Kanun No. 3621</b> <b>Kabul Tarihi: 4.4.1990</b> Kıyı Kanunu.
17.4.1990	20495	5	<b>Kanun No. 3623</b> <b>Kabul Tarihi: 11.4.1990</b> 22 Mayıs 1987 Tarih ve 3374 Sayılı Kanunun Adı ile 1 inci Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
20.4.1990	20498	1	<b>Kanun No. 3624</b> <b>Kabul Tarihi: 12.4.1990</b> Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun.
4.5.1990	20508	1	<b>Kanun No. 3628</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Mal Bildiriminde Bulunması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu.
8.5.1990	20512	1	<b>Kanun No. 3629</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tayland Krallığı Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	1	<b>Kanun No. 3630</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Oman Sultanlığı Hükümeti Arasında Kendi Ülkeleri Arasında ve Ötesinde Yapılacak Hava Ulaştırmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğu Hakkında Kanun.
8.5.1990	20512	2	<b>Kanun No. 3631</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Lüksemburg Büyük Dükalığı Hükümeti Arasında Hava Ulaştırma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	2	<b>Kanun No. 3632</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hindistan Hükümeti Arasında Kendi Ülkeleri Ara-



Resmi Gazete				
Tarihi :	No :	Sayfa:	Yasanın Adı :	
				sında ve ötesinde yapılacak Hava Ulaştırmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	2	<b>Kanun No. 3633</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alman Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	3	<b>Kanun No. 3634</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ve Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma ve Suçluların İadesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	3	<b>Kanun No. 3635</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hindistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Cezaî Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
8.5.1990	20512	3	<b>Kanun No. 3636</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma, Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
8.5.1990	20512	4	<b>Kanun No. 3637</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Hükümlülerin Nakline İlişkin İşbirliği Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.
8.5.1990	20512	4	<b>Kanun No. 3638</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Adli İşbirliği Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun.
8.5.1990	20512	4	<b>Kanun No. 3639</b>	<b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma ve Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.

Resmi Gazete			Yasanın Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
8.5.1990	20512	4	<b>Kanun No. 3640</b> <b>Kabul Tarihi: 19.4.1990</b> Türkiye Cumhuriyeti ile Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.
9.5.1990	20513	1	<b>Kanun No. 3641</b> <b>Kabul Tarihi: 3.5.1990</b> Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yükseköğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun.

## KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Resmi Gazete			Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
27.12.1989	20385	1	<b>Karar Sayısı: KHK/393</b> Sürekli Kamu Görevlerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırılması Hakkında Kanunun Uygulama Süresinin Uzatılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname.
28.12.1989	20386	1	<b>Karar Sayısı: KHK/395</b> 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
29.12.1989	20387	3	<b>Karar Sayısı: KHK/394</b> Türkiye Radyo-Televizyon Gelirleri Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
29.12.1989	20387	5	<b>Karar Sayısı: KHK/396</b> Aile Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
29.1.1990	20417 (Mük.)	1	<b>Karar Sayısı: KHK/399</b> Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.

<b>Resmi Gazete</b>			
<b>Tarihi :</b>	<b>No :</b>	<b>Sayfa:</b>	<b>Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :</b>
1.2.1990	20420	3	<b>Karar Sayısı: KHK/398</b> Yüksek Öğretim Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
9.2.1990	20428	1	<b>Karar Sayısı: KHK/397</b> Doğal Gazın Kullanımı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
12.2.1990	20431	1	<b>Karar Sayısı: KHK/401</b> Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
15.2.1990	20434	1	<b>Karar Sayısı: KHK/402</b> 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
16.2.1990	20435	11	<b>Karar Sayısı: KHK/392</b> Arsa Ofisi Kanununun Bazı Maddeleri ile 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
16.2.1990	20435	14	<b>Karar Sayısı: KHK/400</b> Çevre Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
23.2.1990	20442	1	<b>Karar Sayısı: 403</b> Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında 219 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci Maddesinin (d) Fıkrasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
16.3.1990	20463	1	<b>Karar Sayısı: KHK/404</b> 78 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
16.3.1990	20463	2	<b>Karar Sayısı: KHK/407</b> 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında

Resmi Gazete				
Tarihi :	No :	Sayfa:	Kanun Hükümünde Kararnamenin Adı :	
				Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname.
27.3.1990	20474	3	<b>Karar Sayısı: KHK/405</b>	375 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin 28 inci Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname.
28.3.1990	20475	1	<b>Karar Sayısı: KHK/408</b>	T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname.
6.4.1990	20484	5	<b>Karar Sayısı: KHK/406</b>	2443 ve 3056 Sayılı Kanunlarla 190 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname.
10.4.1990	20488	9	<b>Karar Sayısı: KHK/409</b>	Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümünde Kararname.
10.4.1990	20488	11	<b>Karar Sayısı: KHK/412</b>	Toplu Konut Kanununa Bazı Maddeler Eklenmesi ve 190 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükümünde Kararname.
10.4.1990	20488	15	<b>Karar Sayısı: KHK/413</b>	2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname.
10.4.1990	20488	18	<b>Karar Sayısı: KHK/414</b>	Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun ile 190 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Eki Cetvellerde ve 223 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükümünde Kararname.
11.4.1990	20489	1	<b>Karar Sayısı: KHK/415</b>	4792 Sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 17 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Kanun Hükümünde Kararname.

<b>Resmi Gazete</b>			
<b>Tarihi :</b>	<b>No :</b>	<b>Sayfa:</b>	<b>Kanun Hükmünde Kararnamenin Adı :</b>
11.4.1990	20489	2	<b>Karar Sayısı: KHK/417</b> Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
11.4.1990	20489	5	<b>Karar Sayısı: KHK/418</b> Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
12.4.1990	20490	1	<b>Karar Sayısı: KHK/416</b> 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
13.4.1990	20491 (Mük.)	1	<b>Karar Sayısı: KHK/411</b> 190 ve 355 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
13.4.1990	20491	7	<b>Karar Sayısı: KHK/419</b> Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 179 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
13.4.1990	20491	8	<b>Karar Sayısı: KHK/420</b> Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
13.4.1990	20491	11	<b>Karar Sayısı: KHK/421</b> 2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.
13.4.1990	20491	13	<b>Karar Sayısı: KHK/423</b> Aile Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname.
20.4.1990	20498	1	<b>Karar Sayısı: KHK/422</b> 1211 Sayılı Kanun ile 2547 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Kadının Statüsü ve Sorunları Başkanlığının Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

## T Ü Z Ü K L E R

Resmi Gazete			Tüzüğün Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
6.1.1990	20394	2	<b>Karar Sayısı: 89/14894</b> Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimce ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'ün Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Tüzük.
13.4.1990	20491	1	<b>Karar Sayısı: 90/217</b> Türk Hava Kurumu Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük.

## Y Ö N E T M E L İ K L E R

Resmi Gazete			Yönetmeliğin Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
2.1.1990	20390	2	1615 Sayılı Gümrük Kanunu'nun uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin; 233 üncü Maddesine Bir Bend Eklenmesi, 741 inci Maddesinin Son Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
2.1.1990	20390	23	İhracat Yönetmeliğinin 20, 24, 33, 34, 43 ve 44 üncü Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
6.1.1990	20393	6	<b>Karar Sayısı: 89/14841</b> Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin 16 ncı Maddesinin Son Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
17.1.1990	20405 (Mük.)	167	İthalat Yönetmeliği.
18.1.1990	20406	16	Karayoluyla Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkındaki Yönetmeliğe Bazı Ek ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Yönetmelik.
18.1.1990	20406	17	Karayoluyla Şehirlerarası Yolcu Taşımaları Hakkında Yönetmelik.
24.1.1990	20412	4	Karayoluyla Uluslararası Yolcu ve Eşya Taşımaları Hakkında Yönetmelik'in Geçici 2 nci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.

Resmi Gazete			Yönetmeliğin Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
8.2.1990	20427	3	Kesin İnşaat Yasağı Getirilen Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Bulunduğu Sit Alanlarındaki Taşınmaz Malların Hazineye Ait Taşınmaz Mallar ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
12.2.1990	20431	5	6.3.1988 Tarih, 19746 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Gıda Katkı Maddeleri Yönetmeliğinin 21 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
23.2.1990	20442	2	11.3.1989 Tarih ve 20105 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Tarım Alanlarının Tarım Dışı Gaye ile Kullanılmasına Dair Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
25.2.1990	20444	8	1615 Sayılı Gümrük Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin 1 No'lu Ekinin Değiştirilmesine Dair Kanun.
26.2.1990	20445	2	506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2167 Sayılı Kanunla Değiştirilen 102 nci Maddesinde Belirtilen Yol Paraları ile Zaruri Masraf Karşılıklarına İlişkin Yönetmelik'in Değişik 4 üncü Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
5.3.1990	20452	21	Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliğinin 4 üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi ile Yönetmeliğe İlişkin Bölgeleri Gösteern Cetvelin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
13.3.1990	20460	21	Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yardımları Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.
19.3.1990	20466	10	Adli ve İdari Yargıda Adaylık Yazılı Sınav ve Mülakat Yönetmeliğinin Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Yönetmeliğe Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik.
28.3.1990	20475	3	Gümrük Yönetmeliğinin 1190 ıncı Maddesi ile İlgili (23) No'lu Eki Oluşturan Zati Eşya Muafiyeti Listesinin Tüketim Maddeleri Bölümünün ...No'lu Bendinin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik.

Resmi Gazete			Yönetmeliğin Adı :
Tarihi :	No :	Sayfa:	
29.3.1990	20476	35	16.6.1985 Tarih ve 18786 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.
20.4.1990	20498	11	Karayoluyla Şehirlerarası Yolcu Taşımaları Hakkında Yönetmelik'in Geçici 1 inci Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik.