

YD

KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 29, SIRA SAYI:110



YARGITAY
DERGİSİ



CİLT : 29

TEMMUZ 2003

SAYI 3

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Eraslan ÖZKAYA**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H.Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : **Dr. E. Işıl KOÇHISARLIOĞLU** (6. Ceza Dairesi Üyesi)
Nazım KAYNAK (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Sedat BAKICI (11. Ceza Dairesi Üyesi)
Mustafa KICALIOĞLU (4 Hukuk 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, gideri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Gerek görüldüğünde yazının özüne değinmeyen yazın ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayımlanır.**
- **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No:3) 06658 Ankara.
- **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
- **Abone servisi:** (0312) 417 44 60/3504, 3505, 3506
- **Faks:** (0-312) 419 41 11
- **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 50 (5 hat)
- %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2003 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 20.000.000.-liradır.**
- Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** numaralı hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak** abone olunur.
- Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
- Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %30 indirim uygulanır.**
- **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**

ISSN 1300-0209

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR

Sayfa

Mustafa KUTLU

Hukuk Devletinde Yargı ve Yargıç
Meşruiyeti229-243

2- MEDENİ HUKUK

a) Ömer Uğur GENÇCAN

4721 Sayılı Türk Medeni
Kanununa Göre Vasiyeti Yerine
Getirme Görevi244-251

b) Mustafa ŞİMŞEK

Soybağının Kurulması252-262

c) Fatma AKYÜZ ÖZTÜRK

4320 Sayılı Ailenin Korunması
Kanunu263-268

3- CEZA HUKUKU

a) Necati MERAN

Cürüm İşleyenleri Saklama ve
Kanıtları Yok Etme Suçu Üzerine Bir
İnceleme269- 277

b) Çetin ARSLAN

Göçmen Kaçakçılığı Suçları 278-310

c) Ersan ŞEN

Türk Ceza Yargılanmasının Yeniden
Yapılanması Üzerine Değerlendirme
.311-323

2- BORÇLAR HUKUKU

Mustafa KILIÇOĞLU

Haksız Fiillerde Zamanaşımı 324-340

3- İŞ HUKUKU

F.Kerim ANADOLU

Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık
Sigortası341-353

4- MİLLETLERARASI HUKUK

Cemil ÇELİK

Uluslararası Sözleşmeler
Işığında Milletlerarası Tahkim
Kanunu354-382

HUKUK DEVLETİNDE YARGI VE YARGIÇ MEŞRUIYETİ

Mustafa KUTLU()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, Hukuk Devletinde Yargı ve Yargıç Meşruiyeti, Sonuç.

GİRİŞ

Tarihsel olarak insan üzerindeki tahakküm araçlarını ve uygulamalarını ortadan kaldıran, insana, yeni bir sosyal düzen tasarımını yaşama uyarlama imkanı veren hukuk devletinin gerçekliği, onun yaşamsal bir değer haline geldiğini ortaya koymaktadır. Hukuk devleti, demokratikleşip sosyalleştikçe, insana yönelen değerler sistemini kapsamlı bir yaşam sunumuna doğru geliştirmiştir. Hukuk devletini var eden üstün değerlerin, kamu yaşamına tutarlı ilkeler düzeyinde yansımaları yanında, insan hakları değerlerinin hukuksal hale gelmesi, bir iktidar alanını da beraberinde getirmiştir. İnsan haklarının etkin hale gelmesinde ve geliştirilmesinde, demokratik sosyal hukuk devletinin, kendi yapısını oluşturduğunu, siyasal iktidarı sınırlayarak, devlet eliyle gerçekleştirilebilecek zorbalığın ve tahakkümün insan hakları ihlalleri yaratmasını engellediğini görmekteyiz. Hukuk devleti gerçekliğinde yargı iktidarının, nesnel bir erk haline gelerek, hukuk devletinin üstün değerlerini, kamusal yaşamın hukuksallığı içinde uygulayarak, insan haklarının oluşturulmasında, belirleyici hale geldiği çeşitli biçimlerde doğrulanmaktadır. Burada üzerinde durulacak sorun, yargı iktidarının bir hukuk devletinde alacağı biçimin ve yönelimin izlenmesi, kendisine yüklenen ödevin gerçekte var olup olmadığıyla ilişkili olacaktır. Yargı iktidarı içinde konumlanışı itibarıyla yargıç'ın yüklendiği ödevin önemi vurgulanarak, yargıç'ın sadece bir seraptan ibaret olmadığını; insan haklarının, evrensel adalet biçimlerinin, insanlığın ortak vicdanının, her insan ediminde hakkaniyetin, ölçülülüğün, ahlak değerlerinin aranmasını

(*) Kemaliye Hakimi

da ve hukukun üstün değerlerinin yargıç kimliğinde ve içselliğinde ne kadar yer ettiğini, bu istencin kamu yaşamına ne şekilde yansiyarak toplumu adalet çerçevesinde birleştirdiğini görmeliyiz. Bu aktör doğrudan haklarımıza hükmetmektedir ve bu hükmün yanılığdan ibaret olmadığını bilmek, görmek ve göstermek zorundayız. Eğer bu istenç yanılığdan başka bir şey değilse, yapılacak tek şey onu ayakları üzerine yeniden dikmek ve sürekli bu istemi canlı tutmak olacaktır. Çünkü yargıç'ın kaderi budur. Yazının konusu bu ek-sen üzerinden hareketle daha çok Türkiye gerçeği göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir.

HUKUK DEVLETİNDE YARGI VE YARGIÇ MEŞRUIYETİ

Hukuk Devletini, insan haklarına yönelik nesnel bir çabanın ürünü olarak tanımlayan siyasal düşünce, liberal bir ifadeyle özgürlük değerlerinin yaşamsallaşmasını anlatmaktadır. Hukuk devletinin varlık kazanma süreci, İngiliz ve Amerikan Hak Bildirileri ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinden bu yana zorunlu olarak yurttaş kimliği, ulus kavramı ve halk egemenliği anlayışıyla birleşmektedir. Kul, teba ve etnik kimliğinden kurtulan insanın öznel varlığı, kendi başına bir değer haline gelerek, insanoğlunun bireyselleşmesinin önü açılmıştır. Kamusal anlamda insanın değer haline gelmesi, yurttaş kimliğiyle belirlenen eşitlik üzerinde biçimlenmektedir. Yurttaşın egemenliğin tarafı olarak hakta ve onurda eşitliği, zaman içinde hukuk devletini insan onurunu ayımsız tüm insanlar için gerçekleştirme amacına yöneltmiştir.

I

Yaşamın nesnel varoluş sürecinin yarattığı aydınlanma isteğinin sonucu olarak bireysel ilişkilerden sosyal ilişkilere kadar insan aklı ve duygulanımının arayışının ahlak değerleri zamanla kendini yaptırımın kesinliğine dayanan, bir kamu otoritesi aracılığıyla tanınan ve yaşatılıp korunan hukuk ilkelerine yöneltmiştir. Özellikle devletin örgütlü gücü nedeniyle kamu mekanizmalarına hükmeden iradenin kayıt altına alınması gerekmiştir. Kamu gücünün, yurttaşlar arasındaki sosyal barışı adalet aracılığıyla sağlamasına yönelik sorunlar zaman içinde önemli hale gelmiştir. Bu noktada yurttaşlar açısından uyrukluğun, emre itaatin ve yasal şiddetin açıklanmasında kamu gücünü içeriklendiren meşruiyetçi iradeye gereksinim vardır. Yurttaşın somut varoluşu, bu iradenin belirleyicisi olmakla hukuk sistemini ayakta tutmaktadır. Yurttaş, egemenlik kaynağı olarak, devleti ve iktidar kullanıcıları olan yurttaşları, temsili kimlikle donatarak, genel irade çerçevesinde, hukukun belirleyiciliğine

başvurarak, halk istencinin yaşam koşullarının oluşturulmasına yöneltmektedir. Bunun aracı olarak hukuk devleti, yasayı ve yasanın üstünlüğünü kullanarak, yasa biçimine getirdiği hukuksal ilkeler aracılığıyla hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmektedir. Böylece Hukuk Devletinin işlevselliği, yasallıkla işleyen, üstün iktidar kullanımını kurumsallaştıran siyasal iktidar-devlet aracılığıyla kurulmaktadır.

Monarşinin ya da oligarşinin aksine, tüm insanların hukuksal ve sosyal eşitliği üzerine inşa edilen kamusal düzenin, zorunlu olarak haklara dayanması gerekir. Hukukun biçimini, içeriğini ve yönelimini insanın öznel, bireysel ve kamusal özelliklerinin belirlemesinin siyasal sistemlere göre değişiklikler göstermesine karşılık⁽¹⁾, en ayrıntılı kamusal ve bireysel ilişkilerde bile yüzyıllarca varlığı aranan tutarlı bir ölçü isteğinin olduğu görülmektedir. İnsan vicdanında yer ederek, geleneklerin ve yaşamın tarihselliği içinde yoğrulup günümüzde değişik biçimler alan, ancak özünde bir töze dayanan adalet algılaması hukuk devletinin mihenk taşı anlamını içermektedir. Hukuk devletinin yasallığının içini dolduran hukuk tasarımının özüne de, hukuk aracılığıyla gerçekleştirilen adalete uygunluk yerleşmiş bulunmaktadır. Adalete uygunluk insan haklarıyla birleşerek kamu idaresinin ve insan ilişkilerinin tümünü, siyaset ve ahlak ilkelerinin üzerine taşıyarak, kurumsallaşmış yapısıyla sosyal yaşantıyı düzenler; tüm yurttaşlarının haklarını tanıyarak, örgün organizmasıyla hukuk güvenliğini kurar ve koruyup yaşatır. Bu tasarımdan meşruiyet ögesi ortaya çıkar. Çünkü "yurttaşın somut varoluş şansı ve kalitesi "adalet" in gücüne bağlıdır"⁽²⁾.

II

Hukuk Devletinin, tahakküm aracına dönüşmemesi için yurttaş özgürlüğünü insan onurunun vazgeçilmez unsuru olarak kabul edip yaşatması gerekir. Yurttaşların eşitliğinin yol açtığı benzerliğin, kışla tarzı eşitlik disiplinine dönüşmemesi zorunludur. İnsan haklarının kullanımında bireylerin haklarına eşit koşullarda ulaşmasının yanında, öznel yaşamını, bireysel etkinliği, kişisel mutluluk arayışlarını ve insanın bugününü ve geleceğini inşa etme istencini

-
- 1) Sovyetler Birliği Cumhuriyeti, Ceza Yasasının 590. maddesi, "Hukuk egemen sınıfların çıkarlarına hizmet eden ve bunların örgütlü gücüyle yani devletçe korunan bir sosyal ilişkiler sistemidir.", aktaran, Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları**, Yeni Türkiye, Mayıs-Haziran 1998, sayı: 21, s.130; Stanley W. Moore, **Marx, Engels, Lenin'de Devlet Kuramı**, Simge, Çev. A. C. Aytulun, 2. basım, İstanbul 1989, s.40 vd.; Theo Friedenau, **İki Farklı Noktai Nazardan Hukuk Devleti**, Çev. Turgut Kalpsüz, A.Ü.H.F.D., cilt: XIII, 1956, sayı: 3-4, s.1 vd..
 - 2) Hayrettin Ökçesiz, **İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması**, Ekokitaplığı, 2. baskı, İstanbul 2001, s.18; Metin Kıratlı, **Yargının Sorumluluğu**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, A.Ü.S.B.F.Y., Kasım 1995, cilt: III, sayı: 3, s.2 vd..

özgürce gidermesi gerekmektedir. Bu aynı zamanda hukuk devletinin gelişmesi ve kapsayıcı yanını oluşturmaktadır. Devlet eliyle gerçekleştirilebilecek zorbalığın ve baskı yöntemlerinin önüne engel çekilebilmesi için özgürlük değerlerinin kamuoyu tarafından savunulması ve yaşatılması kaçınılmazdır. Bunun yanında siyasal iktidarın ve idarenin yozlaşmasının engellenmesi, insanların kendi türdeşlerini, toplumu ve sosyal düzeni sorgulamaları ile sağlanacak sağlam bir sosyal düzen için özgürlük kanallarının yurttaşlar tarafından açıkça kullanılması ve korunması gerekir.

Hukuk devletinde bir yurttaşın haklarının ihlali toplumun tüm üyelerine yapılmış bir haksızlık olarak görülür. Yurttaş haklarının ihlali olarak görülen her haksız edim, aslında sistemin kendini inkar etmesi anlamına gelmektedir. Bu yüzden hukuk devletinin kavranmasında ve varoluşunda, her türlü haksızlık ve ihlal adil yollardan giderilmelidir. Bu yolla hukuk devleti, kendini yeniden inşa etmektedir. Hukuk devleti, yurttaşları arasında dayanışma ilkeleri belirleyerek, genel istencin bile dokunamayacağı, genel oyun asla ulaşamayacağı, ulaşacaksa bile adaletin gösterdiği dokunulmaz bir kamu alanı oluşturmak zorundadır. Bu kamu alanı hukuk devletinin en önemli temasıdır. Böylece her türlü azınlığın yurttaş olmaktan doğan hakları ve ortaklığı asla tehdit altında olmayacaktır. Hukuk devleti, toplumun ve onu oluşturan yurttaşlarının somut ve güncel gereksinimlerini, sosyalleşmiş yapısıyla karşılayarak, yurttaş etkinliğinin koruyucu çerçevesini hukuk yoluyla belirler. Hukuk devleti, toplumsal dayanışmayı kendine ilke edinerek; yurttaşı sosyal devlet olarak kapsar; böylece insan onurunun gerçekleştirilmesinin en önemli aracı haline gelir. Hukuk devleti, doğası gereği demokrasiyle birleşerek, halkın istencinin geçerliliğini ve meşruluğunu sağlamaktadır.

III

Hukuk devleti refleksi olarak nitelendirilebilecek savlar, onun ilkelerini de belirlemektedir. Hukuk devletinin şekli özelliklerinden olan anayasallık, kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bağımsızlığı, idarenin yasallığı, yargısal korunma, devletin mali sorumluluğu³⁾ ilkeleri, hukuk devletinin varlığını temellendiren amaçlar doğrultusunda gerçeklik kazanarak uygulanmaktadır. Somut bir gerçeklik olarak siyasal sisteme ve toplumsal yaşama hükmeden söz konusu ilkelerin, insan haklarını gerçekleştiren üstün değerler olduğu anlaşılmaktadır. Bu üstün ilkelerde dikkati çeken olgu, toplumsal düzenin ve kişisel iliş-

3) Ernst Ruđolf Huber, **Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet**, Çev. Tuğrul Ansay, A.Ü.H.F.D., cilt: XXVII, 1970, sayı: 3-4, s.30-31; Hayretin Ökçesiz, **Sivil İtaatsizlik**, Ekokitaplığı, 3. baskı, İstanbul 2001, s.93-94.

kilerin barışçı zemine oturtulması, eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma değerlerinin korunması ve güvence altına alınması ile siyasal iktidar gücünün hukuk kuralları aracılığıyla düzenlenerek sınırlanması olarak ifade edilebilir.

Hukuk devletinin en önemli özelliği, ilke edindiği değer boyutundaki kuralları somutlaştırarak, bu değerlerin ihlalini yaptırıma dönüştürmesi ve hak arama özgürlüğünü tanıyarak, yargısal korumayı sisteminin özüne yerleştirmesidir. Hukuk devleti, yargısal korumanın esenlikle yürümesi için mahkemelerin bağımsızlığı ile yargıç güvencelerini düzenleyerek, mahkeme kararlarının kişileri ve tüm kamu otoritelerini bağlamasını sağlamıştır. Bu haliyle hukuk devletinde yargı gücü üstün erke dönüşmüş durumdadır. Hak arama özgürlüğü sonucu elde edilebilecek, adil yargılanma hakkı doğrultusunda, hukuk devletinin düzen arayışının meşru görüntüleri varlık kazanmaktadır. Bu aynı zamanda, siyasal yargı ya da sınıfsal yargı konumunu ortadan kaldırarak, yurttaşın hak arayışının adalete özgülenmesi yollarını açmaktadır. Burada sınıf çıkarlarından daha büyük bir evrensel yararın aranması ile öznel, etnik, ahlaki ya da dinsel algılamaları aşan geniş bir katılımın oluşturduğu, her sosyal olguyu kapsayan, yargısal gerçeğin insan haklarına ve adalete göre belirlendiği süreçlere gereksinim vardır. Böylece yurttaş bireyinin hiçleşmesinin engellenmesi, adalet aracılığıyla üstün bir değere dayanarak halk egemenliğinin somut ve denetlenebilir verilerine ulaşma olanakları sağlanmış olmaktadır. "Adalet Devletin Temelidir" anlayışının altında böyle bir kavrayışın yattığını düşünebiliriz.

Hukuk devletinin anayasallığı içinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasal norma dönüştürülerek siyasal iktidarın sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Yargı iktidarı, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle hukuk devletinde yapısal bir kamu gücüne dönüşmüş durumdadır⁴⁾. Bu haliyle yargı iktidarı devlet kurumsallaşması içinde işlevsellik göstermesine karşın, sivil toplum ile devlet arasında bir yerde konumlanmak zorundadır. Demokratik bir cumhuriyette devletin sivil toplumla birleştiği göz önünde bulundurularak, adalet dağıtıcı niteliğindeki yargı iktidarı, doğal olarak bağımsız bir olgusallıkla gerçeklik kazanacaktır. Yargı bağımsızlığı, yurttaş bireyinin güvencesi olarak, yansızlıkla hukuku uygulamak, adalete ulaşma yolunda saptırıcı her türlü etkiye karşı bağışık olmayı ifade etmektedir. Burada aranan ilke, yargı iktidarının devlet ya da sivil toplum otoritelerinin güdümünden kurtarılarak otonom bir duruşa sahip olarak özgünleşmesidir. Buna dayalı olarak yargıç güvencesinin sağlanmasında; doğal yargıç, azledilemezlik, coğrafi güvence, aylık, ödenek ve özlük hakla-

4) Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin, Ankara 2001, s.198 vd.; **Kıratlı**, a.g.m., s.2.

rının korunması, soruşturma ve denetim yöntemlerinin özelliği, emeklilik koşulları, yargısal bağımsızlık, emir, yönerge ve genelge ile tavsiye ve telkin yasağı, yasamaya ve yürütmeye karşı bağışıklık, yargı kararlarının bağlayıcılığı, duruşmaların açıklığı, gerekçeli karar gibi somut ilkeler uygulanmaktadır⁽⁵⁾. Yargıç güvencesini gerçekliğe dönüştüren kurallar, aynı zamanda yargısal güvencenin araçlarını da ifade etmektedir.

IV

Çoğulcu demokratik parlamenter sistemlerde, yargıç etkinliğinin üstün erk olarak algılanması ve kamu düzenini yönlendiren hukuk sisteminin içeriğinde yer alması, 20. yüzyılın başlarından itibaren oldukça önemli hale gelmiştir. Hukuk devletlerinde, siyasal partiler aracılığıyla yasama ve yürütme gücünün, seçim sistemi, parti disiplini ve parti liderlerine sıkı bağlılık olguları nedeniyle birleştiği gözlemlenmektedir. Siyasal partiler disiplinli çoğunluklarıyla yasamanın, hükümet olarak da yürütmenin gündemine egemen olmaktadır⁽⁶⁾. Yargı kurumlaşması, hükümetin bir üyesi ve kısmı olan adalet bakanlıkları içinde yürütmenin bir kanadıyla bağlanmaktadır. Bu bağlantı sakıncalı bir birlikliği beraberinde getirmektedir. Yargı gücünün bu biçimiyle konumlanışının altında, otonom ve özgün olması gereken yargının iktidar alanı yürütmenin güdümüne sokulmaktadır. Bununla da yetinilmeyerek yargıç'ın denetim ve gözetimi adalet bakanlığı aracılığıyla siyasal iradenin kararına bırakılmaktadır⁽⁷⁾. Yürütmedeki bu yönelim, yargıçların memurlaşmasının

5) 1982 Anayasası'nın 138, 139, 140, 141. vd. maddelerinde, yargının konumlanışı Anayasal olarak belirlenmiştir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının 4, 44. maddelerinde, yargının konumlanışı yasal olarak belirlenmiştir.

6) İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, İmge, Ankara 1994, s.136 vd.; Arsev Bektaş, **Demokratikleşme Sürecinde Liderler Oligarşisi, CHP ve AP (1961-1980)**, Bağlam, İstanbul 1993, s.195 vd.; **Kutlu**, a.g.e., s.132 vd..

7) 1982 Anayasası'nın 144. md., Hakim ve Savcılar denetimi Adalet Bakanlığı ve Bakanının iznine bağlanmıştır; 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının 5. md., Adalet Bakanının yargısal işlemler dışında Hakim ve Savcılar üzerindeki gözetim hakkı ve idari yönden Hakim ve Savcıların Adalet Bakanlığına bağlı oldukları, 82. maddesinde, soruşturma izninin Adalet Bakanlığından verileceği düzenlenmiştir; 19.3.1989 tarihli Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 4. md., Teftiş Kurulu'nun doğrudan Adalet Bakanlığına bağlı olduğu, müfettişlerin işlemlerini Bakanlık adına yaptıkları, müfettişlere Bakanlık makamı ve Bakana bağlı Teftiş Kurulu Başkanı dışında hiçbir yerden emir verilemeyeceği, 5. md. ise, izin işleminin Adalet Bakanlığının yetkisinde olduğu düzenlenmiştir; Bkz., Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS, 3. baskı, İstanbul 1994, s.237; Bakır Çağlar, **Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı"**, Anayasa Yargısı, Ankara 1998, sayı: 15, s.60; Raymond Aron, **Özgürlükler Üzerine Deneme**, Kesit, Çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 1995, s.183-184; Bkz., Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, "S" Yayınları, Ankara 1989, s.32; Bu konuda geniş açıklamalar için bakınız, Çetin Aşçıoğlu, **Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!**, kendi yayını, 2. baskı, Ankara 1995, s.93 vd.; Çetin Aşçıoğlu, **Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor?**, C.B.T, sayı: 825, 11.1.2003, s.7; "Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısını değiştirecek bir taslak hazırlayan Yargıtay, hakimlerin bakana bağlı olmamasını, Köşk'ten kurula üye atama yetkisinin alınmasını istedi", **Yargıtay'ın Bir Teklifi Var**, Radikal, 2.1.2003, s.7.

önemli bir gerekçesini oluşturmaktadır. Böylelikle yargı etkinliği, içerdiği iktidar olgusundan uzaklaşarak, yargıç'ı çeşitli kaygıların tetiklediği uymacılığın rahatlığına itmektedir; yargıç yasanın sözlerini söyleyen dilden başkası olmayarak hiçleşmektedir⁽⁸⁾.

Yargıç'ın yasayı söyleyen dilden başkası olmadığı düşüncesi, tarihsel olarak Montesquieu tarafından ifade edilmiştir. Montesquieu, kuvvetler ayrılığı kuramındaki yargı ve yargıç düşüncesini, soylular sınıfının çıkarlarına hizmet eden içerikte tasarlamıştı ve özü itibarıyla soylular sınıfının oligarşik çıkarlarını koruma amacı gütmekteydi⁽⁹⁾. Benzer şekilde sınıflı toplum ve kamu düzeni yapısında, yargıç imgelemi, oligarşik bir araca dönüşmektedir. Ulusal egemenlik kaynağından biçimlenen halk tasarımı ise, yargıç halkın yararını gerçekleştiren iktidar olarak belirlemektedir. Burada halk çoğunluğunun istenci belirli bir biçimsellikte ele alınarak kavranmaktadır. Çünkü kimi durumlarda halk yararı kavramı, tehlikeli biçimlerde çoğunluk çıkarıyla birleşmektedir. Bu nedenle insanın, bireyin ve yurttaşın eşitlik, özgürlük, güvenlik ve dayanışma haklarından oluşan insan haklarının uygulanmasında kamu yararı, "yansız ve bütün insan bireylerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak iyiliği dile getirmelidir"⁽¹⁰⁾. Bu tanım, hukuk devletinde, yargıç'ın nesnel varoluş edimini, kamu yararı kavramıyla açıklayan önemli bir yaklaşım tarzı olma özelliği göstermektedir.

Her demokratik düzende, çeşitli biçimlerde kendini gösteren oligarşik eğilimler vardır. Çoğulcu toplumların ve farklı biçimlerdeki toplulukların doğasında var olan baskı grupları, siyasal partiler, güncel çıkarlar, parlamento çoğunluklarının istemleri, yöresel anlayışlar, ideolojik ve dinsel yaklaşımlar gibi etkenler gününbirlik önemlerini karar mekanizmalarına hükmederek kamu düzenine dayatabilirler⁽¹¹⁾. Toplumun değişik katmanlarından ve bireylerden gelen, karışık ve iç içe geçmiş hak istemlerinin bir ilkeye dayandırılarak, ege-men istençle meşru bir biçimde uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu

8) Montesquieu, **Kanunların Ruhu**, M.E.B.Y., Çev. F. Baldaş, cilt 1, Ankara 1963, s.304; **Kutlu**, a.g.e., s.114.

9) Louis Althusser, **Politika ve Tarih**, V Yayınları, Çev. A. Şenel-Ö. Sezgin, Ankara 1987, s.73; Alain Touraine, **Demokrasi Nedir?**, Y.K.Y., Çev. Olcay Kunal, İstanbul 1997, s.51; Cemal Bali Akal, **Yasa ve Kılıç**, Afa, İstanbul 1991, s.124 vd.; **Kutlu**, a.g.e., s.114-115.

10) Hayrettin Ökçesiz, **Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi**, Afa, HFSA, Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, s.121 ; Mustafa Kutlu, **İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölümlü Cezası Sorunu Üzerine Tezler**, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002, s.76.

11) Necati Doğru, **Yahılama! Kafesleme! Cingillama! Zırlama!**, Cumhuriyet, 20.4.2002, s.8; Mine G. Kırkkanat, **Kleptokrasi**, Radikal, 22.12.2001, s.7; **Kimi Yer Kimi Öder**, Radikal, 30.10.2000, s.1; **Büyük Soygun**, Cumhuriyet, 22.2.2001, s.1 ve 17;

uyumun belirlenmesinde ve ortaya koyulmasında adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği arasındaki gerilimin giderilmesi ile insan haklarının sürekli yeniden üretilmesi gerekmektedir. Çoğunluğun totaliter ya da otoriter dayatmasının karşısına, tekil bireyin düzeyine inecek, hak algılamalarının koyulması ve bunun insan haklarına dayalı olarak yapılması gerekmektedir¹²⁾. Kamu düzeninin yarattığı gerilimin aşılmasında, yargıç, hukuk devletinin işlevselliği içinde, hukuk değerleri ve araçlarını kullanarak "esenlik tekniği" elde etmektedir.

V

Hukuk devleti tasarımında sosyal sözleşme kuramından yararlanmak, yargıç iktidarını algılamamızı daha nesnel hale getirebilir mi? Özellikle yargıç meşruiyetinin sağlanmasında doğal hal ya da insan, insanın kurdudur soyut çıkarımlarının ötesinde yurttaş istemi aracılığıyla yargı iktidarı sosyal sözleşmenin daha doğrusu bir adalet sözleşmesinin tarafı olabilir mi sorusunun sorulması gerekmektedir¹³⁾. Toplum halinin ilkel kökenlerine inmeden, demokratik hukuk devletinde her bireyin yurttaşlığının birer ortaklık ilişkisi olduğunu göz önünde bulundurarak, devlete mutlak teslimiyet yerine, yurttaş ile kamu otoriteleri arasında karşılıklı statülerin belirlendiği, insan haklarına dayanan demokratik bir toplum düzeninin oluşturulmasına varmak olası mıdır? Bu noktada hukuk devletinin sağladığı yargısal güvencenin içeriğinden hareketle gelişen, uluslararası mahkemeler uygulamasında anlamını bulan ve ulusal mahkemeleri de etkileyip yönlendiren, temel hak ve özgürlüklerin tartışıldığı ve toplumsal birlikteliğin hukuk kalıplarına döküldüğü, kristalize edilmiş yargı uygulamaları bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı kararlarıyla kurduğu ve somutlaştırdığı "Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere" kavramı, yargıç'ın hukuk devletlerindeki işlevini nesnelleştirerek bir iktidar algılamasıyla karşılamaktadır. Burada bir öz değer ifade edilmektedir: Ulusların aralarında yaptıkları sözleşmeyle yurttaşların bir arada, dayanışma içinde, barışçıl usullerle yaşamasını sağlamak. Mahkeme bu somut veriyi çeşitli hukuk ilkeleri ve hukuk devleti kayıtları kullanarak gerçekleştirmektedir.

Çeşitli biçimlerde varlık kazanan azınlık haklarının meşruluğu ile çoğunluk haklarıyla azınlık haklarının çelişmeksizin bir kamu düzeninde birlikte var

12) "Partiler demokrasi için kaçınılmazdır, ama toplumsal öbeklerin çokluğunun, halkla özdeşleştirilmiş ve dolayısıyla bireysel istençler üzerinde sınırsız bir yetki kurma hakkı kazanmış devleti reddetmesi çok daha önemlidir." Kelsen'den aktaran **Touraine**, a.g.e., s.62.

13) Gülriz Özkök, **İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls**, HFSA, İ.B.Y., 4. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Şubat 2002, s.35; **Touraine**, a.g.e., s.62; **Kutlu**, a.g.m., s.52.

olmaları; hiçbir yurttaş ortağının haklarının çiğnenmeyeceği; kimsenin kimseye hakta ve onurda üstünlüğünün olmadığı; sözleşmenin sözleşenlerce kurulduğu, savaş, baskı ya da zorbalığa dayanmayan, ancak hukuksal etkinlik ve barışçı yöntemlerle yapılan, yurttaş haklarını hiçbir şekilde ortadan kaldırmayarak, sözleşmeyi dönüştürme; muhalefet ve düşünce özgürlüğü kanallarını kullanarak karşı iktidar uygulaması yoluyla varlığını ve haklarını dile getirme: kısacası bir adalet sözleşmesi hali. Yargıç bu etkileşimin tam ortasında, demokratik toplum düzeninin gereklerini ve hukukun genel ilkelerini tanıyıp uygulayarak barışlandırma etkinliğinde bulunmaktadır. Bu nedenle yargıç sosyal sözleşmenin tarafı yurttaş olarak, bireyin ya da yurttaşın yanında yer alır; çatışan yararlar arasında üstünlük ayrımı yapmaksızın hakkaniyete uyar; yansız ve bütün insan bireylerine istisnasız dağıtılabilen bir ortak iyiliği her biçimde arar. Böylece yargıç, sözleşmenin tarafı olarak insanları ve kamu otoritelerini bağlayan sözleşmeyi korumuş olur. Yargıç, çeşitli zıt istekleri, bir düzen ve denge içinde, meşruiyet ögesini de gözeterek, her insan bireyinin yararını somutlaştırır. Böylece yargının üstünlüğü, siyaset karşısında, hukukun üstünlüğüyle birleşmiş olur¹⁴⁾.

VI

Hukuk devleti egemen bir halka atfedilmiş devlet biçimini anlatmaktadır. Hukuk devletinin salt biçimsel özelliklerle varlık kazanması, meşruiyet ögesinde bir eksikliğe yol açmaktadır. Hukuk devleti, onu oluşturan ve dayanağı olan halkı, "Hukuk Toplumu"na¹⁵⁾ dönüştürmediği sürece, yarım kalmış bir proje tasarımıdır; toplum ve bireyler için ise, bir kör dövüşünün zeminini oluşturmaktadır¹⁶⁾. Hukuk toplumu yurttaşlarında, toplumun güdülmesi gereken

14) İbrahim Özden Kaboğlu, **Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi**, T.O.D.A.I.E.Y., İnsan Hakları Yılı, cilt: 12, 1990, s.144.

15) "Günümüzde nasıl ki, demokratik, laik ve insan haklarına saygılı devletin hukuksal çerçevesi *hukuk devleti* ise, sivil toplum da ancak *hukuk toplumunda* varolabilir. *Siyasal liberalizm olmaksızın, yalnızca iktisadi liberalizmle 'demokratik yönetim' oluşturulamayacağı gibi, hukuk toplumu olmadan da hukuk devleti kurulamaz.* Kuşkusuz birincisi, öncelikle *hukuka inanan* bireylerin çoğunlukta olduğu bir toplumda, ikincisi de, *hukukun üstünlüğüne saygılı* yöneticilerle kurulabilir.", İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa ve Toplum**, İmge, Ankara 2000, s.34; "Ülkemizde hukukun üstünlüğünü sağlamak ve demokratik hukuk devleti toplumu olmak...", Hayrettin Ökçesiz, **Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları**, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002, s.155; Hasan Bülent Kahraman, **Hukuksuz Toplumun Devleti**, Radikal, 20.7.2001, s.9; **Kutlu**, a.g.e., s.201; **Temiz Toplum İstenmiyor**, Cumhuriyet, 7.6.2001, s.5; **Uçurum Çok Derin**, Radikal, 13.7.2001, s.7.

16) Orhan Bursalı, **Strekli Camı Yananlar Ülkesi**, Cumhuriyet, 1.2.2001, s.6; Nuray Mert, **Hepimiz 'Kader Kurbanı'yız!**, Radikal, 19.12.2000, s.6; M. Emin Ceylan, **Türk İnsanının Özellikleri Üzerine...**, C.B.T., sayı: 498, 5.10.1996, s.10; Erol Göka, **Toplum Ruhsal Bir Hastalığa Yakalanabilir mi ?**, Radikal İki, sayı: 247, 1.7.2001, s.7; Ümit Zileli, **Kör ve Duyaraz Bir Toplum**, Cumhuriyet, 7.6.2001, s.15.

bir sürü olmadığı, farklılıkların ortak yararlar uyumlu olması gerektiği, hukukun herkes için, her yerde ve her zaman geçerli kılındığına ilişkin, güçlü bir bilincin olması şarttır. Kamuoyunca paylaşılan, "sağduyu" olarak adlandırılan bilinç düzeyinin, hukuk toplumu gerekleriyle biçimlenmesi, yurttaşın, devlet yönetimine katılma ve örgütlenme haklarının tanınması ve barışçı yöntemler kullanarak eyleme geçme yeteneğiyle donatılması gerekmektedir¹⁷⁾. Bu beklentinin meşru bireysel hak arayışına ya da direnme hakkına dönüşmesi için yargısal kanalların yurttaş istemlerine çeşitli biçimleriyle açık olması gerekmektedir. Özellikle haksız yasalara karşı itiraz kanallarının anayasal sınırlarının oldukça daraltılması, yurttaşın doğru yasanın oluşumuna katılımını engellemektedir. Yurttaşın iki seçim dönemi arasında edilgen olma yerine, temsilcilerinin işlemlerine katılma kanallarının açılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine yurttaşın bireysel başvuru hakkının tanınmaması nedeniyle yasanın oluşumu, daha çok siyasal partilerin siyasi onayına bırakılmıştır; oysa genişletilmiş ya da sürekli demokrasi yasanın oluşumuna yurttaş da katkı sağlayabilir¹⁸⁾.

VII

Yargıç algılamasında hukuk devleti, içeriksel olarak "Adalet Devleti"ne dönüşmüş durumdadır. Yargıç için hukuk tasarımı, uyguladığı normu kuru bir nesnellik içinde yaşama uyarlamak değildir. Yargıç vicdani kanısını yargımanın özünde bulurken, hukuk devleti ilkesinden hareket ederek yansız bir biçimde yargı iktidarını kullanmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ve yargısal koruma, yargıç'a önemli bir edimin güncelliğini sistem içinde sürekli canlı tutma iktidarı sağlamaktadır. Bu edim, hukuk aracılığıyla insan haklarının gerçekleştirilerek, yurttaşın temel beklentisi olan adaletin yaşamsallaştırılmasıdır. Yargıç, hukuk devletinde hukukun üstün ilkelerinin tarafı olarak, adalet değerlerinden ayrılmamak zorundadır. Yargıç'a yüklenen değer, bu istemle aynı doğrultudadır. Yargıç, "Hukuk Toplumu" nun güven kaynağı olmakla adaletten ve insan haklarından sapmalara karşı yurttaş için bir tür direnme odağıdır. Yargıç aracılığıyla yurttaş, özgürlüğünün, eşitliğinin ve güvenliğinin takipçisi olarak insan haklarını sürekli isteme dönüştürme yeteneğiyle donatılmıştır. Bu istemin karşılanmadığı bir kamu düzeninde, yargıç meşruiyetini kaybetme tehdidiyle yüzleşmek zorundadır. Söz konusu yüzleşmeyi yaşamayan yargıç'ın memurlaştığından söz edebiliriz. Yargıç'ın, yargı iktidarının kullanıcısı olmaktan uzaklaştığı ve memurlaştığı yerde, üstün değer olmaktan

17) Sivil itaatsizlik eylemleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz., **Ökçesiz**, Sivil İtaatsizlik, s.123.

18) İbrahim Özden Kaboğlu, **Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları**, Anayasa Yargısı, sayı:10, Ankara 1993, s.404; **Kurtu**, a.g.e., s.168.

çaktığını görürüz⁽¹⁹⁾. Bu evrede yargıç; egemenin istencini gölgeleyip, toplumsal barışın ve insan haklarının ihlale açık hale gelmesine yol açarak, genel istence aykırı davranmış olmaktadır. Bir hukuk devletinde yargı açığı diyebileceğimiz olgunun tehlikesi karşısında, sadece bir söz akla gelmektedir: "İktidar boşluk kabul etmez". Yargının iktidar açığının sadece yargı etkinliğiyle doldurulabileceğinin mutlaklığı karşısında, adalet değerlerinden uzaklaşmanın bedeli bir toplum için çok ağır olabilmektedir⁽²⁰⁾. Bu nedenle yargısal güvencenin bir hukuk devletinde kaçınılmazlığı karşısında, yargıç'ın görevi, yüksek bilinç düzeyiyle bu güvencenin özünde yer alarak, kamu düzeninin ve sivil toplumun dirlik ve düzeninin oluşumunu sağlamaktır. Hukuk devletinde yargı iktidarının yargıç'ın elinde toplanmasının anlamı da budur: Meşruiyet öğesine dayanarak, hukukun ne olduğunu söylemek, sosyal barışın sürekliliğini sağlayarak, bireyleri ve kamu düzenini her türlü haksızlığa karşı korumak.

SONUÇ:

Yargıç meşruiyetinin sorgulanması, yargıç etkinliğinin egemenlik işlemi olup olmadığıyla doğrudan ilgilidir. Seçim sistemleri seçilenlere halkın onaylayıcı gücünü verir. Bu yolla seçilenler, egemen iradenin seçim hukuku tekniğiyle belirlenen iradesini üzerlerinde taşırlar. Yargıçlar çoğunlukla atama yoluyla göreve gelirler ve bu anlamıyla seçilenler karşısında meşruiyet iklemi yaşarlar. Bir hukuk devletinde meşruiyet sadece meşru seçimlerin verdiği iktidardan kaynaklanmaz. Bu çerçevede "sandık meşruiyeti" yanında, demokrasiyi, hukuk devletini, insan hak ve özgürlüklerini koruyan "yargıçlar hukuku" ya da "cüppe meşruiyeti" de vardır⁽²¹⁾. Hukuk devleti, sayısal olarak çoğunluk ilkesinin ortaya çıkardığı, tek başına toplumdaki egemen güç ve etkinlikleri yansıtamama ve farklı ve birbirleriyle değişik biçimlerde eşgüdüm içinde olması gereken yararların düzenli bir biçimde uyumunu sağlama yeterliliğini gösterememesi hallerini⁽²²⁾ Yargıç etkinliğiyle gidermektedir. Yargıç çeşitli zit istekleri göz önünde bulundurarak, bu isteklerden doğan anlaşmazlıklara

19) Aşçıoğlu, a.g.m., s.7; Karşılaştırınız, Kıratlı, a.g.e., s.9 vd..

20) Emre Kongar, **Kamuda Rüşvetin Toplumsal Nedenleri**, İ.B.Y., HFSA, 5. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Haziran 2002, s.129 vd.; Sami Selçuk, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni T. Y., Ankara 1998, s.509 vd.; Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Devleti ve Yargıç**, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, sayı: 17, s.356; Sema T. Pişkinsüt, **Yaşayan Susurluk**, Cumhuriyet, 9.11.2000, s.2; **Yolsuzluğa Bulaşmamış Bir Yönetim Arıyor**, The Wall Street Journal, 4.11.1996, s.7; **Sarmaşık Gibi Rüşvet**, Radikal, 9.11.2001, s.12.

21) Bakır Çağlar, **Hukukla Kavranan "Demokrasi" ya da Anayasal Demokrasi**, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, sayı: 10, s.242.

22) İlhan Özay, **Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti**, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, sayı: 9, s.72.

meşruiyet ögesinin aracılığıyla çözümler getirerek sosyal sistemdeki gerilimi hafifletmektedir⁽²³⁾. Bu yolla hukukun devlet ve bireyler üzerinde etkin olması sağlanarak, insanın insan olmasından doğan, insan onurunun geliştirilmesi yolları açılmaktadır⁽²⁴⁾. Yargıç "hukukun ne olduğunu söylemekle yasama ve yürütme iktidarlarından ayrılarak, sivil toplumun gereksinimlerini yargılama etkinliğiyle gidererek, egemen iradenin istencini karşılamaktadır. Adalet arayışının mekanı olarak mahkemeler, hukuk devletini var ederek, insan haklarını siyasal sistemin esası haline getirmektedirler."⁽²⁵⁾

Hukuk devleti ile yargıç meşruiyeti arasında iç içe geçmiş bir amaç benzerliğinin olduğu görülmektedir. Yargıç'a yüklediğimiz anlamın gerçekliğe dönüşmesi beklentisinin altında, insan onurunun gerçekleştirilmesine ilişkin bir tutum vardır. Hukuk devletinin bütün amacı, insan onurunun gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir. Hukuk devletinin tüm ilkeleri ve yarattığı sosyal düzenin en önemli meşruiyet kaynağı insan onurudur. İnsan onurunun yaşamsallaşması için devlet, sosyal adaleti gerçekleştirmenin en önemli aracına dönüşmüştür. Bu anlam hukuk devletinde bütün kamu otoritelerinin varmak istediği noktadır. Özellikle yargıç, her koşul ve durumda insan onurunu gözeterek meşruiyetini kurmakta ve buna uygun davrandığı ölçüde meşru klabilmektedir. Bir hukuk devletinde yargıç meşruiyeti, insan onurunu kamu düzenine dayattığı, insan onurunun vazgeçilmezliğini her şekliyle ortaya koyduğu ve adaleti yeryüzüne indirdiği oranda gerçekleşmiş olmaktadır.

Yargıç kendisine yönelen her türlü etkinin altında bir değer araştırması yapmak zorundadır. Hukuk devleti ilkeleri, yargı kültürü ve yargıç etiği, yargıç'ı sokağın heyecanlarına kapılmadan sakinlik ve dinginlikle olaylara yaklaşmasını gerekli kılmaktadır. Yargıç olaylara seyirci kalmaktan çok, sosyal gerçeklerin ve oluşumların izlerinde, hukukun yeni yapı taşlarını bulmak amacıyla olmalıdır. Yargıç, her toplumsal olayın içinde, hukuksal bir yanın olduğunu, katledilen ya da onanan bir hakkın barındığını bilmelidir. Yurttaş olan biteni görmekte, sadece bir yerden umutlu olma hakkını saklı tutarak, yargıç ve savcısını izlemektedir.

- 000 -

23) Artun Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara 1980, s.24.

24) Mustafa Kutlu, **Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı**, Adalet Dergisi, Ekim 1999, sayı: 1, s.137.

25) **Kutlu**, Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı, s.138.

KAYNAKÇA

AKAL, Cemal Bali, **Yasa ve Kılıç**, Afa, İstanbul 1991.

ALTHUSSER, Louis, **Politika ve Tarih**, V Yayınları, Çev. A. Şenel-Ö. Sezgin, Ankara 1987.

ARON, Raymond, **Özgürlükler Üzerine Deneme**, Kesit, Çev. Turhan Ilgaz, İstanbul 1995.

AŞÇIOĞLU, Çetin, **Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!**, kendi yayını, 2. baskı, Ankara 1995.

AŞÇIOĞLU, Çetin, **Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor?**, C.B.T., sayı: 825, 11.1.2003.

BEKTAŞ, Arsev, **Demokratikleşme Sürecinde Liderler Oligarşisi, CHP ve AP (1961-1980)**, Bağlam, İstanbul 1993.

CEYLAN, M. Emin, **Türk İnsanınin Özellikleri Üzerine...**, C.B.T., sayı: 498, 5.10.1996.

ÇAĞLAR, Bakır, **Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: "Yargıçlar Zamanı"**, Anayasa Yargısı, Ankara 1998, sayı: 15.

ÇAĞLAR, Bakır, **Hukukla Kavranan "Demokrasi" ya da Anayasal Demokrasi**, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, sayı: 10.

FRIEDENAU, Theo, **İki Farklı Noktai Nazardan Hukuk Devleti**, Çev. Turgut Kalpsüz, A.Ü.H.F.D., cilt: XIII, 1956, sayı: 3-4.

GÖKA, Erol, **Toplum Ruhsal Bir Hastalığa Yakalanabilir mi?**, Radikal İki, sayı: 247, 1.7.2001.

HUBER, Rudolf, **Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet**, Çev. Tuğrul Ansay, A.Ü.H.F.D., cilt: XXVII, 1970, sayı: 3-4.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı**, İmge, Ankara 1994.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Anayasa ve Toplum**, İmge, Ankara 2000.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi**, T.O.D.A.İ.E.Y., İnsan Hakları Yıllığı, cilt: 12, 1990.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları**, Anayasa Yargısı, sayı: 10, Ankara 1993.

KIRATLI, Metin, **Yargının Sorumluluğu**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, A.Ü.S.B.F.Y., Kasım 1995, cilt: III, sayı: 3.

KONGAR, Emre, **Kamuda Rüşvetin Toplumsal Nedenleri**, İ.B.Y., HFSA, 5. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Haziran 2002.

KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, "S" Yayınları, Ankara 1989.

KUTLU, Mustafa, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin, Ankara 2001.

KUTLU, Mustafa, **Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Kurucu Unsuru Olarak Yargı İktidarı**, Adalet Dergisi, Ekim 1999, sayı:1.

KUTLU, Mustafa, **İnsan Hakları ve Hukukun Sınırlarında Ölüm Cezası Sorunu Üzerine Tezler**, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002.

MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhu**, M.E.B.Y., Çev. F. Baldaş, cilt 1, Ankara 1963.

MOORE, Stanley W., **Marx, Engels, Lenin’de Devlet Kuramı**, Simge, Çev. A. C. Aytulun, 2. basım, İstanbul 1989,

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Hukuk Felsefesi Yönünden İnsan Hakları**, Yeni Türkiye, Sayı:21, Mayıs-Haziran 1998,

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması**, Ekokitaplığı, 2. baskı, İstanbul 2001.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Sivil İtaatsizlik**, Ekokitaplığı, 3. baskı, İstanbul 2001.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Hukuk Devleti ve Yargıcı**, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, sayı: 17.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Özgür Düşünmenin Hukuk ve Devlet Felsefesi**, Afa, HFSA, Düşünce Özgürlüğü, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, **Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları**, HFSA, İ.B.Y., Haz. Hayrettin Ökçesiz, 4. kitap, İstanbul, Şubat 2002.

ÖZAY, İlhan, **Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti**, Anayasa Yargısı, Ankara 1993, sayı: 9.

ÖZKÖK, Gülriz, **İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls**, HFSA, İ.B.Y., 4. kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Şubat 2002.

SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni T. Y., Ankara 1998.

TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS, 3. baskı, İstanbul 1994.

TOURAINÉ, Alain, **Demokrasi Nedir?**, Y.K.Y., Çev. Olcay Kunal, İstanbul 1997.

ÜNSAL, Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara 1980.

MEDENİ HUKUK

4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE VASİYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ

Ömer Uğur GENÇCAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, A- Atanması, I- Atanma ve Ehliyet, II- Birden Çok Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, B- Görev ve Yetkileri, I- Genel Olarak, II- Tereke Malları Üzerinde Tasarruf, C- Görevin Sona Ermesi, D- Denetlenmesi, E- Sorumluluğu.

GİRİŞ

Mirasbırakan kendi son arzularını yerine getirmekle bir **kişi** ya da **makamı** görevlendirebilir. Bu amaçla TMK. m. 550-556 hükmüyle **vasiyeti yerine getirme görevlisi**¹ (=eski söyleyişle vasiyeti tenfiz memuru) düzenleme konusu yapılmıştır.²

Vasiyeti yerine getirme görevlisi Alman örf ve adetinden gelmektedir.³ Roma Hukukunda mirasçılardan hak ve yetkilerin sınırlandırılan bir müessese kabul edilmediğinden bu müessese Roma Hukukunda yer almamaktadır.⁴

TMK. m. 556 hükmüne göre vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevini yerine getirirken özen göstermekle yükümlüdür; ilgililere karşı bir **vekilgi** **bi** sorumludur. Bu hüküm nedeniyle bundan sonra vasiyeti yerine getirme görevlisi bir **vekil** olarak nitelendirilmelidir.⁵

(*) Yargıtay 2. HD. Tetkik Hakimi

1 Exécuteur Testamentaire, Willensvollstrecker, Testamentsexekutor.

2 İngiliz Hukukunda executor kurumu karşılık gelmektedir.

3 AYİTER, Nüşin, Miras Hukuku, Ankara-1974, s. 96, İNAN, Ali Naim- ERTAŞ, Şeref, Miras Hukuku, Ankara-1995, s. 195.

4 Aksini savlayanlar da vardır. İMRE, Zahit- ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul-1995, s. 145.

5 AYAN, Mehmet; Miras Hukuku, Konya-2002, s. 107, ANTALYA, O. Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul-2003, s.173.

Hemen belirtilmelidir ki vasiyeti yerine getirme görevlisi bir kamu görevlisi⁶/resmî bir memur⁷ değildir.

A. ATANMASI

I. ATANMA VE EHLİYET

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin **atanması** TMK. m. 550-551 hükmüyle düzenlenmiştir.

Mirasbırakan tarafından kendi son arzularını yerine getirmekle görevlendirilmiş olan **kişi** ya da **makam**⁸, **vasiyeti yerine getirme görevlisi** olarak adlandırılmaktadır. Mirasbırakan, bu amaçla **bir veya birden çok** vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.⁹

Olanaksızlığa karşı **yedek** vasiyeti yerine getirme görevlisi de atanabilir.¹⁰ Vasiyeti yerine getirme görevlisinin herhangi bir nedenden görevi yerine getiremeyecek duruma düşmesi durumunda yedek atama da yoksa mirasçılar oybirliği ile vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.¹¹

Vasiyeti yerine getirme görevlisi **gerçek kişi** olabileceği gibi **tüzel kişi** de olabilir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi **vasiyetnameyle** atanır.¹² Bu nedenle vasiyeti yerine getirme görevlisinin mahkeme tarafından atanması olanaksızdır.¹³

Vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması mirasbırakanın serbestçe dönme olanağı bulunan¹⁴ ve tek taraflı hukuki işlem niteliği olan bir **miras sözleşmesi** içinde de yer alabilir.¹⁵

6 SEROZAN, Rona, Miras Hukuku, İstanbul-2000, s. 146.

7 OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, İstanbul-1995, s. 185.

8 Resmî makam da vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabilir. İzmir 3. Noteri, Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı gibi isim bildirilmeden de atama yapma olanağı vardır.

9 TMK. m. 592 f. II hükmüne göre mirasbırakan terekenin tamamını üzerinde yetkili olmak üzere vasiyeti yerine getirme görevlisi atamış ise, önemli bir engel bulunmadıkça **terekenin yönetimi** ona verilir.

10 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul-1987, s. 296.

11 Y2HD, 14.7.1982, 5704-6311.

12 Vasiyetnameye katılan tanıkların yanı sıra bizzat düzenleyen noter de vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanabilir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 296.

13 Y2HD, 10.6.1982, 4696-5208.

14 SEROZAN, s. 147.

15 İMRE, Zahit: Türk Miras Hukuku, İstanbul 1972, s. 226, AYAN, s. 105, OĞUZMAN, s. 185. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 295.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin **atama sırasında** fiil ehliyetinden yoksunluğunun önemi yoktur. Yeter ki vasiyeti yerine getirme görevlisi **göreve başladığı** sırada **fiil ehliyetine** (TMK. m. 9-10) sahip olsun.

4722 SK. m. 5 hükmüne göre fiil ehliyeti, Türk Medenî Kanunundaki hükümlere tâbidir. Ancak, Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte eski hukuka göre fiil ehliyetine sahip olup da, bu Kanuna göre sahip olamayanların ehliyetleri devam eder.

Vasiyeti yerine getirme görevlisine **sulh yargıcı** tarafından bu görevi bildirilir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi görevi kabul etmemiyorsa bildirim tarihinden başlayarak **onbeş gün içinde** görevi kabul etmediğini sulh yargıcına bildirmelidir. Bu sürede görevin kabul edilmediği sulh yargıcına bildirilmezse/susulursa¹⁶ görev kabul edilmiş sayılır.

Görev örtülü olarak ta¹⁷ kabul edilebilir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi hizmetinin karşılığında **uygun bir ücret** isteyebilir. Verilecek ücret vasiyetnamede de gösterilebilir.¹⁸ Vasiyeti yerine getirme görevlisi ücretin yetersizliğini ileri sürebilir. Yargıç tarafından vasiyetnamede belirtilen ücret **azaltılmaz**.¹⁹

II. BİRDEN ÇOK VASİYETİ YERINE GETİRME GÖREVLİSİ

TMK. m. 551 hükmüyle **birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi** düzenleme konusu yapılmıştır.

TMK. m. 550 f. I hükmüne göre mirasbırakan, vasiyetnameyle birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.

Mirasbırakan tarafından vasiyetnameyle birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış olması durumunda tasarruftan veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça bunlar görevi **birlikte** yürütürler. Birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi birlikte hareket etmek üzere atanmış olsa bile **acele durumlarda** vasiyeti yerine getirme görevlilerinden her biri gerekli işlemleri yapabilir.

16 BERKİ, Şakir, Miras Hukuku, Ankara-1975, s. 89, SEROZAN, s. 147, İNAN, Ali Naim- ERTAŞ, Şeref, s. 197.

17 Onbeş gün dolmadan işlerin yapılmaya başlanması gibi. BERKİ, s. 89.

18 OĞUZMAN, s. 189.

19 BERKİ, s. 90.

Atanmış olan vasiyeti yerine getirme görevlilerinden biri;

- görevi kabul etmez,
- görevi kabul edemez,

- herhangi bir sebeple görevi sona ererse, mirasbırakanın tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça **diğerleri** göreve devam eder.

B. GÖREV VE YETKİLERİ

TMK. m. 552-553 hükmüyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin **g ö r e v ve yetkileri** düzenleme konusu yapılmıştır.

I. GENEL OLARAK

Vasiyeti yerine getirme görevlisi/görevlileri mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli **bütün işlemleri** yapmakla görevli ve yetkilidir. Mirasbırakan, vasiyetnamede aksini öngörebileceği gibi **sınırlı bir görev** de verebilir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, **özellikle;**

- **Liste düzenleme:** Göreve başladıktan sonra gecikmeksizin terekedeki malların, hakların ve borçların listesini düzenler. Liste düzenlenirken olanak varsa mirasçılar hazır bulundurulur.

- **Terekeyi yönetim:** Terekeyi yönetir ve yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin²⁰ kendisine devrini ister.²¹ Vasiyeti yerine getirme görevlisi/görevlileri zilyetliğin korunması (TMK. m. 981 vd.) hükümlerinden yararlanır. Tereke alacaklarını tahsil eder, borçlarını öder.

- **Vasiyetleri yerine getirme:** Vasiyetleri yerine getirir.

- **Plân hazırlama:** Terekenin paylaşılması için plân hazırlar.

- **Temsil:** Tereke ile ilgili dava²² ve takiplerde miras ortaklığını temsil eder. Mirasçılar tarafından açılmış davalardan görevi ile ilgili olanlara **müdahil** olarak katılabilir.²³ Vasiyeti yerine getirme görevlisi tenkis davasında

20 Devir yapıldığında **fer'i zilyet** olur. Bilindiği üzere TMK. m. 974 hükmüne göre zilyet, bir sınırlı aynı hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan aslı zilyet, diğeri fer'i zilyettir.

21 ANTALYA, s. 174.

22 Aktif ya da pasif dava ehliyeti.

23 Mirasçılar vasiyeti yerine getirme görevlisinin açtığı davalara müdahale (=fer'i müdahale, HUMK. m. 153 vd.) edebilir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 297.

miras ortaklığını temsil edemez.²⁴ Başka bir anlatımla gerek davacı gerekse davalı sıfatına sahip olamaz.²⁵

- **Bildirim:** Açtığı veya aleyhine açılan davalar ile yapılan takipleri **mirasçılara bildirir.**

Vasiyeti yerine getirme görevlisi yapmakla görevli ve yükümlü olduğu bir şeyi yapmak için ayrıca mahkemeden istemde bulunamaz.²⁶

II. TEREKE MALLARI ÜZERİNDE TASARRUF

TMK. m. 553 hükmüyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin **tereke malları üzerinde tasarrufu** düzenleme konusu yapılmıştır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi mirasbırakan taahhüt etmiş olmadıkça aşağıdaki işlemler için **sulh yargıcından** yetki almalıdır;

- terekeye dahil malların **devri**,
- terekeye dahil mallar üzerinde **sınırlı aynî haklar** kurulması.

Sulh yargıcı yetki vermeden önce olanak bulunduğu takdirde mirasçılardan dinledikten sonra karar verir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin **olağan giderleri** karşılayacak ölçüdeki tasarruflar için yetki almasına gerek yoktur. Vasiyeti yerine getirme görevlisi olağan giderleri karşılayacak ölçüdeki tasarrufları kendiliğinden yapabilir.

C. GÖREVİN SONA ERMESİ

TMK. m. 554 hükmüyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin **görevinin sona ermesi** düzenleme konusu yapılmıştır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi,

- Ölümü,
- Atanmasını geçersiz kılan bir sebebin varlığı hâlinde **kendiliğinden** sona erer.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin fiil ehliyetini kaybetmesi de görevini sona erdirir.²⁷

24 Vasiyeti yerine getirme görevlisinin ölüme bağlı tasarrufun iptalini istemesi olanaksız ise de kendisi hasım gösterilerek ölüme bağlı tasarrufun iptali istenebilir.

25 İMRE, s. 234.

26 Y2HD, 19.4.1999, 3729-3762.

27 BK. m. 397, f. I.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi sulh yargıcına yapacağı bir **b e y a n l a** görevinden ayrılabilir. Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisi görevini **u y g u n s u z o l a n** (TMK. m. 2) bir zamanda bırakamaz.²⁸

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetersiz olduğu, görevini kötüye kullandığı veya ağır ihmali tespit edilirse, sulh yargıcı tarafından **g ö r e v i n e s o n v e r i l i r**.

D. DENETLENMESİ

TMK. m. 555 hükmüyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin **d e n e t l e n m e s i** düzenleme konusu yapılmıştır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevini **s u l h y a r g ı c ı n ı n** denetimini altında gerçekleştirir.²⁹

Sulh yargıcı, vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında yapılan **ş i k â y e t** üzerine şikayet konusunu inceleyerek gerek gördüğü her türlü önlemi alır.

Sulh yargıcı, vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında şikayet bulunmasa bile vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında **k e n d i l i ğ i n d e n** gerek gördüğü önlemleri alabilir. Sulh yargıcı tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine aşağıdaki durumlarda **s o n v e r i l i r**;

- yetersiz olduğu anlaşılırsa,
- görevini kötüye kullandığı saptanırsa,
- ağır ihmali tespit edilirse.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin eylemleri aynı zamanda bir suçun konusunu oluşturuyorsa vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında gerekli suç duyurusunda bulunulur.

Sulh yargıcının göreve son verme kararına karşı tebliğinden başlayarak **o n b e ş g ü n i ç i n d e** itiraz edilebilir. İtiraz **a s l i y e h u k u k m a h k e m e s i n e** yapılmalıdır. İtiraz üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen karar **k e s i n d i r**. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

28 BK. m. 396, f. II.

29 BGE 94 II 141; 101 II 47.

E. SORUMLULUĞU

TMK. m. 556 hükmüyle vasiyeti yerine getirme görevlisinin **s o r u m l u l u ğ u** düzenleme konusu yapılmıştır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevini yerine getirirken **ö z e n g ö s t e r m e k l e** yükümlüdür. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, ilgililere karşı aynen bir **v e k i l g i b i** sorumludur.

Sorumluluktan kurtulmak isteyen vasiyeti yerine getirme görevlisi kusuru bulunmadığını kanıtlamak zorundadır.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin eylemelerinden dolayı devlet sorumlu değildir.³⁰

- 000 -

30 İMRE, s. 239. BGE 47, II, 38.

KAYNAKÇA

ANTALYA, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul-2003.

AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Konya-2002.

AYİTER, Nûşin, Miras Hukuku, Ankara-1974.

BERKİ, Şakir, Miras Hukuku, Ankara-1975.

İMRE, Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul 1972.

İMRE, Zahit- ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul-1995.

İNAN, Ali Naim- ERTAŞ, Şeref, Miras Hukuku, Ankara-1995.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul-1987.

OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, İstanbul-1995.

SEROZAN, Rona, Miras Hukuku, İstanbul-2000.

SOYBAĞININ KURULMASI

Mustafa ŞİMŞEK(*)

ANLATIM DÜZENİ: Önsöz, A) Genel Hükümler, B) Soybağının Reddi, C) Tanıma, D) Babalık Hükmü, E) Soybağının Hükümleri.

Önsöz: 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "Soybağının Kurulması" bölümü 743 sayılı Türk Kanunu Medeni-sinden birçok yönlerden farklı olarak düzenlenmiştir. Daha eşitlikçi ve çağdaş bir anlayışın sonucu olarak "düzgün soybağı", "düzgün olmayan soybağı" ay-rımına son verilmiş, uygulamada " tam babalık ", "mali sonuçlu babalık" ola-rak bilinen ve sonuçları birbirinden farklı iki dava yerine tek bir "babalık hük-mü" kabul edilmiştir. Bu yazının üç amacı bulunmaktadır: 1) Soybağının ku-rulması bölümünü önemli değişiklikler yönünden incelemek 2) Soybağının reddi davalarının mümkün olan en kısa ve en sağlıklı şekilde nasıl sonuçlan-dırılabilirliği konusuna değinmek 3) Medeni Kanunumuzun bütününde göze-tilen eşitlikçi ve çağdaş anlayışıyla bağdaşmadığını düşündüğümüz; evli ol-mayanların çocuklarının soyadlarıyla ilgili madde yönünden (m. 321) konu-ya eleştirel bakış açısı getirmek

A) Genel Hükümler

Çocuk ve anası arasında doğum ile kurulan soybağı, çocuk ile baba ara-sında: 1) Ana ile evlilik 2) Babanın çocuğu tanıması 3) Hakim hükmü (Ba-balık hükmü) 4) Akdi yolla (evlat edinme) kurulur.

Soybağına ilişkin davalarda taraflara kolaylık sağlamak amacıyla yetki

(*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

kuralı genişletilmiş, bu davaların taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. (m. 283)

Bu davaların kamu düzeniyle ilgili bulunmaları, toplum için taşıdığı önem dikkate alınarak yargılama usulünde bazı özel düzenlemelere yer verilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası uygulanırken iki önemli istisnaya dikkat etmek gerekecektir: 1) Hakim maddi olayları re'sen araştırmak ve kanıtları serbestçe takdir etmek durumundadır. 2) Taraflar ve üçüncü kişiler soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. (m. 284) Mahkemenin belirleyeceği kurumda (hastane, Adli tıp vb.) gereken araştırmalara (kan, doku testi, D.N.A incelemesi vb.) ilgililer rıza göstermekle yükümlüdürler. Kişiliğin korunması ile ilgili 23/2. Maddesinde yer alan "yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür." hükmünün soybağının belirlenmesi davalarında uygulama yeri yoktur. Bu davalarda hakim bu yönde vereceği karar yeterli olup ayrıca ilgilinin "yazılı rızası" aranmayacaktır. Ancak; ilgili rıza göstermezse, hakim kolluk gücü vb. yardımıyla zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır. Hakim ilgili kişi yapılacak araştırma ve incelemeye rıza göstermezse durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilecektir. Burada sonuçları açıklanarak usulüne uygun şekilde ilgilinin "bizzat" uyarılması gerekmektedir.

B) Soybağının Reddi

Soybağının reddi davalarının kısa zamanda ve sağlıklı şekilde sonuçlandırılabilmesi için öncelikle "babalık karineleri"nin incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Birinci karine: Çocuğun ne zaman doğduğu ile ilgilidir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.(m. 285) Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması ancak; ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatı ile mümkündür. Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde bu süre hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır? Eski kanunumuzda bu sorunun yanıtı bulunmuyordu. Bu boşluk yeni kanunumuzda doldurulmuş; üçyüz günlük sürenin "ölüm tehlikesi" veya "son haber tarihinden" başlayacağı açıklanmıştır. (m. 285) İkinci karine: çocuğun ana rahmine düştüğü tarihle ilgilidir. Çocuk "evlilik içinde" ana rahmine düşmüşse, bu çocuğun babası kocadır. Evlilik içinde ana rahmine düşen çocuk: evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuktur. (m. 287) Bu iki karine davalının lehinedir. Çocuğun babasının koca olmadığını iddia eden davacının bunu kanıtlaması gerekir. Üçüncü karine: evlenmeden önce veya "ayrı yaşama sırasında" ana

rahmine düşen çocukla ilgilidir. Bu karine davacı lehine olup, davacının bu durumda başka bir kanıt getirmesi gerekmez. Örneğin çocuk evlenmeden yüzyetmişdokuz gün sonra doğmuşsa (yüzseksen günden az bir sürede) bu çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmemiş sayıldığından davacının sadece: "çocuğun babası koca değildir, soybağının reddine karar verilsin" demesi yeterli olacak, başka bir kanıt getirmesi istenemeyecektir. Davalının bu karinenin aksini ispat yönünde kanıt getirmemesi halinde başka hiçbir inceleme yapılmadan davanın kabulü gerekecektir.

"Ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşme" ifadesinin (m. 288), eski kanunumuzdaki "ayrılığına hükmedilmiş olduğu" (T.K.M.m.244) ifadesinden farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Yeni kanunumuza göre artık "ayrılık kararı" şart olmayıp, tarafların fiilen ayrı yaşadıkları sırada ana rahmine düşme yeterlidir. Gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa üçüncü karine artık davacıya yarar sağlamayacak ve kocanın baba olduğuna dair davalı lehine olan birinci karine geçerli olacaktır. Bu durumda kanıt getirme yükü yeniden davacıya geçecektir.

Bazen iki karinenin çakıştığı durumlar söz konusu olabilir. Örneğin kadın birinci evliliğinin sona ermesinden bir ay sonra yeniden evlense ve çocuk birinci evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş bulunsa hangi koca baba sayılacaktır? Çocuk, birinci evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğduğundan birinci koca, birinci babalık karinesi nedeniyle baba sayılır ancak; ikinci evlilikten yüzseksen gün geçtikten sonra doğum gerçekleştiğinden ikinci koca da ikinci babalık karinesi nedeniyle baba sayılır. "Karinelerin çakıştığı" bu durumda hangi kocanın baba sayılacağına yanıtı da eski yasamızda mevcut değildi. Bu boşluk, yeni yasamızda dolduruldu ve ikinci evlilikteki kocanın baba sayılacağı hükmü getirildi. Eğer bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılacaktır. (m. 290)

Soybağının reddi davasında taraflar: Bu davayı asıl olarak koca ve çocuk açabilir. Ancak; dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi de açabilir. Koca dava açma süresi geçtikten sonra öldüyse, diğer ilgililerin açacağı dava davacının dava açma sıfatı bulunmadığından reddedilecektir. Koca davayı ana ve çocuğa karşı açabilir. Çocuk ise davayı ana ve kocaya karşı açar.

Dava açma süresi: Bu süre hak düşürücü nitelikte olup hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerekir. Eski kanunumuz-

daki (T:K:M.m. 242,246) bir aylık sürenin çok kısa olması nedeniyle yeni kanunumuzda bir, beş yıllık süreler ve gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde ek süre (bir yıllık) öngörülmüştür. (m. 289, 291) Koca bu davayı doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, "her halde" doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır. Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açabilir. Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar. (m.289) Kocanın dava açma süresi geçmeden ölmesi, gaipliğine karar verilmesi, ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde; kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmesinden başlayarak bir yıl içinde bu davayı açabilir. Burada, kocanın yakınlarına tanınan hakkın, miras yoluyla geçen bir hak olmayıp doğrudan onların kişiliğinden doğan bir hak olduğunu, ikinci derecedeki bu hakkın, kocanın dava açmadığı durumlarda söz konusu olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Kocanın yakınlarının dava hakkı birbirlerinden bağımsızdır. Bu kişiler ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi her biri tek başına da dava açabilir. Davanın kabulü halinde bunun sonucundan dava açmayan diğerleri de yararlanacaktır.

Ergin olmayan çocuk adına atanacak kayyım bu davayı, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açabilir.

Kocanın "her halde" doğumdan başlayarak beş yıl içinde dava açması gerektiğini ilişkin ifadeyi, "gecikmenin haklı bir sebebe dayanması" durumunda nasıl yorumlayacağız? Çocuğun doğumundan on yıl sonra koca, dava açmadaki gecikmesinin haklı bir nedeni dayandığını kanıtlaması halinde, bu haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde dava açabilecek midir? Yasadaki "her halde doğumdan itibaren beş yıl içinde" ifadesini mutlak ve lafzi yorumlayıp, hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle dava dinlenmeyecek midir? "Kanunun bir kuralı yorumlanırken o kural tek ve soyut olarak değil, onunla ilgili diğer kurallara ve bütün kanunda hakim olan ana istikametle birlikte ele alınmalıdır. Bu yapılmazsa o kuralın gerçek anlamı ve ruhu bulunamaz".¹ Bu maddedeki süreyi yorumlarken yasa koyucunun amacını, tarihsel gelişmeyi, soybağının kurulması türlerinden özellikle tanıma, babalık hükmüyle karşılaştırmalı incelemek doğru olur. Soybağının reddine iliş-

1 Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku sayfa 62, İstanbul 1963

kin hükmün sonuçları geçmişe doğru etkili olacağı ve çocuğun doğduğu andan itibaren hüküm ifade edeceğinden maddenin doğru yorumlanmasının önemi büyüktür. Bu karar baba yönünden bozucu ana yönünden değiştirici etkiye sahiptir.

Tarihsel gelişimi incelendiğinde; önceleri soybağının reddi davasını açabilecek olanların günümüze göre daha sınırlı olduğunu ve dava açma sürelerinin daha kısa düzenlendiğini görürüz. İsviçre'de önceleri çocuğun dava açma hakkı bulunmuyordu. Ailenin korunması düşüncesiyle, anne ile kocanın devam etmekte olan bir evliliği varsa sırf çocuğun doğal babasına bağlanmasını sağlamak için ailenin zarar görmesi engellenmek isteniyordu. 1976 yılındaki değişiklikle evlilik hukuken veya fiilen bitmişse çocuğun bu davayı açabileceği kabul edildi. 1998 yılında ise bu sınırlama da kaldırıldı. Almanya'da çocuğa bu davayı açma hakkı ilk olarak 1961 yılında sınırlı olarak tanındı. Alman Anayasa Mahkemesi çocuğun kişilik hakkının bir parçası olan onun gerçek (genetik) babasına bağlanması hakkını sadece istisnai durumlarda sınırlandırmayı anayasaya aykırı buldu. 1997 yılında yapılan değişiklikle çocuğa da sınırlama olmaksızın soybağının reddi davasını açma hakkı tanındı.

Önceleri dava açma hakkının sınırlı, sürelerin kısa olmasının temelinde o günlerin "kamu düzeni", "ailenin korunması"na ilişkin anlayışın bugünkünden farklı olması yatmaktadır. Aile hukuku ilişkilerinde ahlak ve kamu düzeninin bireysel hak ve özgürlükler karşısında üstün tutulması, ailenin ne pahasına olursa olsun korunması anlayışı günümüzde geçmişten farklı değerlendirilmeye başlanmış, bireysel hakların gelişimiyle paralel olarak insanların gerçek (genetik) babalarını, evlatlarını bilme hakkı en temel kişilik haklarından olarak görülmeye başlanmıştır.

Eski kanunumuzda bir aylık dava açma süresinin iki istisnası öngörül-müştü. Bunlar: 1) Koca, çocuğu tanımak veya süresinde reddetmemek hususunda iğfal edildiğini iddia ve ispat ederse, iğfal edildiğini öğrenme tarihinden itibaren red için yeniden bir aylık süre başlar. (T.K.M.m. 246/2) 2) Davanın süresinde açılmaması haklı bir sebepten ileri gelmişse sürenin geçmesine bakılmaksızın dava dinlenir. Burada davanın gecikmeksizin açılması gerektiği öğretilmiş kabul edilmekteydi. Örneğin kocanın bulaşıcı hastalık, savaş , temyiz kudretini kaybetmesi gibi haklı bir sebebin bulunması halinde bir aylık hak düşürücü süre geçse dahi, bu haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren gecikmeksizin dava açılabilirdi kabul edilmekteydi.

Yeni kanunumuzda dava açma süresi daha uzun olarak kabul edildi. T.M.K.m 289'daki "her halde beş yıl" ifadesini gecikmenin haklı bir nedene

dayanmadığı durumlar için kabul etmek doğru olur. Aksi durumda; örneğin dava açma süresi dolmadan komaya giren ve çocuğun doğumundan beş yıl geçtikten sonra komadan çıkıp sağlığına kavuşan veya çocuk sahibi olamayacağına ilişkin tıbbi rapor kendisinden saklandığı için gerçeği bu sürede öğrenemeyen kocanın daha sonra açacağı dava hak düşürücü süre yönünden reddedilecektir. Bu da bizi eski yasadan daha geriye götüren ve yasanın amacına aykırı bir yorum olur. Tanımanın iptali ve babalık hükmündeki hak düşürücü ek sürelerle de karşılaştırıldığında; soybağının reddi davacısının aleyhine, yasa koyucunun amaçlamadığı bir sonucun doğmasına neden olur. Yeni kanunumuzdaki "haklı bir sebep" in içine eski kanunumuzdaki "iğfal" in da girdiğini belirtmek gerekir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir kararında, gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren yeniden bir yıllık süre içinde dava açılabilirliğini kabul etmiştir. (31.3.2003 t. 2003/2855 E, 4470 K.)

Soybağının reddi davalarında: 1) Öncelikle davacının bu davayı açma sıfatının bulunup bulunmadığı, 2) Davanın hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı, 3) Davada babalık karinelerinden hangisine dayanıldığı, buna bağlı olarak ispat yükünün kime düştüğü belirlenirse bazı davaların esasa girilmeden sonuçlandırılması mümkün olabilecektir. Esasa girilmesi halinde, ispatla ilgili özel hüküm niteliğindeki 284. Maddenin yukarıda açıklandığı gibi doğru bir şekilde uygulanması halinde bu davaların mümkün olan en kısa sürede ve en sağlıklı şekilde sonuçlandırılmasına katkı sağlayacaktır.

C) Tanıma

Evlilik dışı doğan çocuğun tanınması, babanın nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusuyla, resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur. (T.M.K.m 295) Nüfus memuruna başvuru yoluyla tanıma, eski kanunumuzda mevcut olmayan bir yeniliktir. Eski kanun döneminde, birbiriyle evlenmeleri yasak olan veya zina sonucu doğan çocukların tanınmayacağına dair hüküm, çocukların menfaati düşünülerek yeni yasamıza alınmamıştır. Başka bir erkekle soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz. Tanıma beyanında bulunulan nüfus memuru veya diğer yukarıda belirtilen görevliler, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirirler. Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir.

Tanımanın iptali istenebilir mi? Tanıyan, yanlış olduğunu, aldatıldığını veya korkutulduğunu ileri sürüp tanımanın iptalini isteyebilir. Dava hakkı, iptal se-

bebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl, her halde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşer.

Tanımanın iptalini ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde altsoy, Cumhuriyet Savcısı, hazine ve diğer ilgililer de isteyebilirler. Bunlar tanımayı ve tanıyanın çocuğun babası olamayacağını öğrenme tarihinden başlayarak bir yıl ve her halde tanımadan itibaren beş yıl içinde isteyebilirler. Cumhuriyet Savcısının da bu davayı açabileceği yeni kanunumuzda getirilen bir değişikliktir. Çocuğun dava hakkı ergin olmasından başlayarak bir yıl geçmekle düşer. Bu süreler de hak düşürücü niteliktedir. Belirtilen süreler geçtiği halde, gecikmeyi haklı kılan bir sebep varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir. (m. 299) Bu ek süre kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda dahi bulunmayan, çağdaş gelişmelere paralel bir hükümdür.

Tanımanın iptali davasında ispat yükü davayı açana göre değişiklik gösterir. Ana veya çocuk tarafından, tanıyanın baba olmadığı iddiası ile açılan iptal davasında ispat yükü tanıyana aittir. Önce tanıyan, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtlar getirmelidir. Ana veya çocuk tarafından açılacak davada davalı ispat yüküyle ilgili genel kuralın uygulanmasını ister ve: "Davacı davasını kanıtlasın, sunacağım bir kanıt yok, dava reddedilsin" şeklinde bir savunmayla yetinirse, ilk oturum dava kabul edilerek tanımanın iptaline karar verilebilecektir. Çünkü; burada ispat yükü davalıya aittir. Eğer davalı, gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtlar getirirse, ispat yükü bu defa davacıya geçecektir. Diğer ilgililerin dava açması halinde ise; tanıyanın baba olmadığını ispat yükü davacıya aittir.

D) Babalık Hükümü

Yeni yasamız, eski yasa dönemindeki mali ve şahsi sonuçlu babalık davası ayırımına son vererek tek bir babalık hükmünü kabul etmiştir. Bu davayla çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesi istenir. Davayı ana ve çocuk ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler. Ana tarafından açılmışsa, çocuğa atanacak kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anneye ihbar edilir. Uygulamada karşılaşılan ve bozma nedeni yapılan yanıtlardan biri: çocuğa ananın kayyım atanması veya kayyım ile ananın aynı vekille temsilinde görülmektedir. Çocuk ile ana-baba arasında çıkar çatışması olasılığı bulunduğundan, çocuğa mutlaka ananın dışındaki bir kişinin kayyım atanması, ana ve kayyımın ayrı vekillerle temsil edilmesi gerekir. Bu dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır.

Yeni yasamızla getirilen değişik bir hüküm de: bu davanın Cumhuriyet

Savcısı'na ve hazineye ihbar zorunluluğu ile ilgilidir. (m. 301) Ancak bunların kararı temyiz edebilmeleri için H.U.M.K.'na uygun davaya müdahil olarak katılmaları gerekmektedir.

Babalık davasında davalının çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılır. Bu sürenin dışında olsa bile, fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse aynı karine geçerli olur. Eski yasamızda bulunan: 1) Babanın anaya cinsel ilişkiden önce evlenme vaadinde bulunmuş olması, 2) Cinsel ilişkinin bir cürüm veya ana üzerindeki nüfuzun suistimali sonucu gerçekleşmesi koşullarına yeni yasamızda yer verilmemiştir. Davalı çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa bu karine geçerliliğini yitirir.

Babalık davasındaki süre de hak düşürücü niteliktedir. Ana; çocuk doğmadan önce bu davayı açabileceği gibi doğumdan itibaren bir yıl içinde de açabilir. Çocuğa kayyım atanmışsa, bu atama kararının kayyım tebliği tarihinden itibaren bir yıl, hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde açılması gerekir. Ancak; çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Soybağının reddi ve tanımanın iptali davalarında olduğu gibi gecikmeyi haklı kılan bir sebep varsa, bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren ek bir süre bulunmaktadır. Bu süre babalık davası için bir aydır.

Görüldüğü gibi babalık davası ve tanımanın iptali davalarında "ek dava açma süresi" gecikmeyi haklı kılan sebebin bulunması halinde, dava açma hakkı bulunan tüm ilgililere tanınmıştır. Soybağının reddi davasında da bunun böyle kabulü yasanın amacı ve bütünü düşünüldüğünde doğru olur. Soybağının reddi davasında ilk anda bizi duraksamaya yönelten durum, kanatımca yasanın yazım tekniğinden kaynaklanmaktadır. Tanıma ve babalık davalarında hak düşürücü süreler aynı maddeler içinde gösterildiği halde (m. 300,303) soybağının reddi davasında iki ayrı maddede gösterilmiş olması (m. 289, 291) ilk anda bir duraksamaya yol açıyorsa da; bu dava içinde ek dava açma süresinin tüm ilgililer için, gecikmeyi haklı kılan sebebin bulunması halinde geçerli olacağı görüşümdedir.

Babalık davalarında, soybağının belirlenmesi için yapılan kan testi vb. araştırmalar sonucunda % 99,73 oranından daha az oranda davalının baba olabileceği saptanmışsa mutlaka D.N.A. tiplemesi ve tıbbın olanaklı kıldığı di-

ğer incelemelerin yapılması gerekir. Bu davanın kabulü için %99,73 den daha yüksek oranda davalının baba olabileceğinin belirlenmesi gerekir.

Ana, babalık davası ile birlikte veya daha sonra ayrı bir dava ile baba veya mirasçılardan doğum giderlerini, doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerini, gebelik ve doğum giderlerini isteyebilir. Uygulama yönünden önem taşıyan nokta: babalık davasıyla birlikte bu giderlerin istenmesi halinde bunun ayrı harca tabi olmayacağı, ayrı dava ile istenmesi halinde ayrı harç yatırılması gerekeceğidir.

Babalık davası ile birlikte ana manevi tazminat da isteyebilir mi? Eski kanunumuzda (m. 305) yer alan manevi tazminata yeni yasamızda yer verilmediğini görmekteyiz. Ancak; bundan ananın babalık davasında bundan böyle manevi tazminat isteyemeyeceği sonucun çıkartmamız doğru olmaz. Eğer kişilik haklarının ihlali niteliğinde bir davranışın varlığı kanıtlanabilirse, genel hükümler uyarınca manevi tazminat istenebilir.

Çocuk için babalık davasıyla birlikte nafaka da istenebilir. Hakim babalık olasılığını kuvvetli bulursa hükümden önce uygun bir nafakaya hükmedebilir. Kuşkusuz ileride babalık davasının reddedilmesi durumunda ödenen bu nafakalar sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir.

E) Soybağının Hükümleri

Ana, baba ve çocuk birbirlerine yardım etmek ve saygı göstermekle yükümlüdürler. Ana ve babadan her biri velayeti altında bulunmayan ve kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir. (m. 323) Yeni yasamız ana-baba dışındaki diğer kişilerin, özellikle hısımların da çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunduğunu hükme bağlamıştır. Eski kanunumuzda açıkça ifade edilmeyen bu hak Yargıtay kararlarıyla, özellikle büyükbaba, büyükanne, dayı, hala, teyze gibi hısımlar için tanınmaktadır iken artık açık bir yasa kuralı olarak yerini almıştır. (m. 325) Ancak; yasa maddesinde bu hakla ilgili "olağanüstü haller mevcutsa" kişisel ilişki kurulabileceği yazılmış olup, kanaatimizce bu ifade yerinde olmamıştır. Çünkü; özellikle yakın hısımların örneğin büyükbaba, büyükannenin çocukla kişisel ilişki kurulmasını istemeleri için olağanüstü bir halin bulunmasına gerek yoktur. İnsani ve çok doğal olan bu hakkın kullanımında çocuğun menfaatine uygun düştüğü takdirde bu ifadenin esnek yorumlanması gerektiğine inanmaktayız.

Küçüğe fiilen bakan ana veya baba diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilir. Çocuk, ayırt etme gücüne sahipse bu davayı kendisi de açabilir. Bu kişiye bağlı bir hak olduğundan herhangi bir izne gerek olmadan bu dava açılabilir. Hakim nafakanın gelecek yıllarda tarafların ekonomik ve sos-

yal durumlarına göre ne miktarda ödeneceğine de karar verebilir. Ancak; bunun için: 1) İstek olmalıdır, 2) Gelecek yıllardaki artış miktarı infazda duraksamaya yol açmayacak netlikte bulunmalıdır. Hakim tarafından soybağı tespit edilirse, davalının uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine de karar verilebilir. (m. 322)

Soybağının hükümlerinden üzerinde en çok tartışma bulunanı, çocuğun soyadı ile ilgili olan 321. maddedir. Bu maddede: Ana ve baba evli ise çocuğun ailenin; evli değil ise ananın soyadını taşıyacağı belirtilmektedir. Madde gerekçesinde: Baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulduğu halde dahi çocuğun ananın soyadını taşımaya devam edeceği yazılıdır. Maddenin gerekçede açıklandığı şekilde yorumlanması İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Çocuk Hakları Bildirgesine, 1990 tarihinde ülkemiz tarafından da imzalanıp 1994 yılında yürürlüğe giren Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye aykırı olacaktır. Tüm bu sözleşme ve bildirgelerde çocuklar arasında doğuştan veya başka herhangi bir nedenle ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Bir çocuğun soybağı hukuken belirlenen babasının soyadını alması en temel insan haklarından biridir. Yeni Medeni Kanunumuzun bütününde egemen olan eşitlikçi anlayış çocuklar ve kadınlar yararına getirilen yeni haklar düşünülürken bu madde gerekçesi yasanın tümüne egemen olan anlayış ve ruha aykırıdır. Bu gerekçedeki gibi maddenin yorumu bizi bu konuda Türk Kanunu Medenisinden daha geriye götürür. Çünkü; eski kanunumuzun 312. maddesinde babalık hükmü veya tanıma ile çocuk ile baba arasında soybağının kurulması halinde, çocuğun babanın aile ismini taşıyacağı ve onun vatandaşlık haklarını kazanacağı belirtilmekteydi. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 12. Maddesinde: Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce "sahih olmayan nesepli çocukların" yürürlük tarihinden (1.1.2002) başlayarak bu kanunun (yeni kanun) soybağına ilişkin hükümlerine tabi olacağı, 13. Maddesinde ise: Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davalarının, bu kanun hükümlerine (yeni kanun) göre karara bağlanacağı, Türk Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan "mali sonuçlu babalık davalarında" çocuğun soybağının yürürlük tarihinden (1.1.2002) başlayarak bu kanun hükümlerine göre kurulmuş olacağı belirtilmiştir. Yasa koyucu bu ifadeleri, yeni kanunumuzdaki hükümlerin, eski kanunumuzdan daha ileri ve çocuğun daha menfaatine olduğu gerçeğinden hareketle kaleme almıştır.

Kanaatimizce 321. madde en kısa sürede değiştirilmeli, çocuk ile baba arasında hukuken soybağının kurulması halinde çocuğun babanın soyadını

alacağı maddede açıkça belirtilmelidir. Bu değişik gerçekleştirilinceye dek ne yapılabilir? Bir yasa maddesini yorumlarken metnin ruhunu saptamak büyük önem taşır. Yasa kuralının, yasanın bütününe izlediği amaç gözden uzak tutulmamalıdır. Yasa maddesi, o yasanın amacına aykırı yorumlanamaz. "Yargıç, normun ancak lafız itibariyle uyduğunu, ruh ve gayesi itibariyle uymadığını tespit ederse ortada bir boşluk var demektir."² 321. maddenin gerekçesi yasanın bütününde gösterilen amaca ve diğer maddelerindeki hükümlere açıkça aykırı olduğundan kanaatimizce uygulamada dikkate alınmaması gerekir. 321. maddenin metnini de; yasanın bütününde "sahih-sahih olmayan soybağı", "mali-kişisel sonuçlu babalık" ayrımlarına son verildiği gerçeği ve özellikle 4722 sayılı yasanın yukarıda belirtilen 12. Ve 13. Maddeleriyle birlikte yorumlamak gerekir. Maddedeki boşluğu: Soybağının, tanıma ve babalık hükmüyle kurulması halinde çocuğun babanın soyadını taşıyacağı şeklinde doldurmak gerekir görüşümdedir. Bu yorum, Türk Kanunu Medenisi gerekçesinde de belirtilen: "Türk ulusunun kararı çağdaş uygarlığı kayıtsız ve koşulsuz bütün ilkeleriyle kabul etmektedir."³ ifadesinde belirtilen amaca da uygundur.

- 000 -

KAYNAKÇA

- Acabey Mehmet Beşir, Soybağı, İzmir, 2002
- Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku
- Egger, Hacb, Esceher, Oser, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Ankara, 1947
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul, 1963
- Zevkililer Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1989

2 İsviçre Medeni Kanun Şerhi, cilt 1, Dr. A. Egger, R. Hacb, A. Esceher, H. Oser, Ankara, 1947

3 Mahmut Esat Bozkurt, Türk Kanunu Medenisi Gerekçesi

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASI KANUNU

Fatma AKYÜZ ÖZTÜRK (*)

ANLATIM DÜZENİ: Yasanın Kabulü ve Gerekçesi, Yetki, Görev ve İtiraz Hususları, Tedbir Talebinde Kimler Bulunabilir?, Tedbir Talebinin Araştırılması, Uygulanacak Tedbirler, Tedbire Uyulmaması Halinde Uygulanacak Yaptırım, İnfazı, Uygulama, Sonuç.

YASANIN KABULÜ VE GEREKÇESİ:

Ailenin Korunması Kanunu 14.1.1998 tarihinde kabul edilmiş; 17.1.1998 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun düzenleniş amacı aile içi şiddetin önlenmesidir. Zira aile içi şiddet, sevgi, şefkat ve merhamet göstermesi gereken bir kişi tarafından uygulandığından şiddete maruz kalan aile bireyinin ruhi yapısında silinmesi zor izler kalmaktadır. Aile içi şiddet "aile içinde aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden birinin diğerine sözlü, fiziki ya da duygusal kötü davranışıdır. Aile içi şiddet olaylarına genellikle eş ve çocuklar maruz kalmaktadırlar. Bu nedenle 4320 sayılı Yasa hükümleri konulmuştur.

Anayasanın 41. maddesi "devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" hükmü gereği koruyucu yasal tedbirlerin alınması düzenlenmiştir. Bu yasanın düzenlenmesi sonucunda ülkemizde de şiddete uğrayan kadın ve aile bireylerinin mahkemelere başvurarak koruma emri alabilmelerini sağlayacak hükümler Türk hukuk sistemine dahil edilmiştir.

(*) Küçükçekmece Hakimi

YETKİ, GÖREV VE İTIRAZ HUSUSLARI:

4320 sayılı Ailenin Korunması Kanunu tedbir hükmünde olduğundan ve kamu düzenini sağlayıcı hükümler niteliğinde olduğundan Sulh Hukuk Haki mi ihbar üzerine dahi gerekli tedbirleri alır ve tedbir istemi konusunda taraflar takip etmese dahi HUMK 409. maddesindeki hükümleri uygulamayıp, mutla ka esas hakkında resen inceleme yaparak bir karar verir. Tedbir niteliğinde olan bu kararların temyizi mümkün değildir, kesin kararlardandır. Hakkında tedbir kararı verilen eşin genel hükümlere göre tedbir kararını veren Sulh Hu kuk Mahkemesinden tedbir kararının kaldırılmasını istemek hakkı vardır. Aleyhine tedbir kararı verilen eş koşulların değişmesi ya da iddianın doğru ol madiğı yolunda yapılan savunma ile mahkenmenin vermiş olduğu geçici ted bir kararının yeniden incelenmesini yada kaldırılmasını istemesi mümkündür. Ancak bu talep HUMK 105 ve devamı maddelerinde düzenlenen itiraz mahi yetinde değildir. 4320 sayılı Yasa uyarınca verilen kararlar HUMK 105,106,107 ve 108. maddelerinde düzenlenen prosedür ile oluşturulan ve 109. madde gereğince 10 gün içinde dava açılacak kararlardan olmayıp, Hakim in tayin ettiği süre ile geçerli, temyiz incelemesine tabi olmayan geçici tedbir niteliğinde kararlardandır. Tedbir istemi harca tabi değildir. Tedbir iste minde bulunan bu istemi herhangi bir Sulh Hukuk Mahkemesinden isteyebi lir. Yetki konusunda kanunda özel bir düzenleme yapılmamıştır ancak görev li mahkemenin Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu düzenlenmiştir.

TEDBİR TALEBİNDE KİMLER BULUNABİLİR?

4320 sayılı Yasanın 1. maddesinde yapılan düzenlemeye göre eşlerden biri, çocuklar, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin aile içi şiddete maruz kaldıklarında kendileri yada Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi ha linde Sulh Hukuk Hakiminin resen bu maddede belirtilen tedbirleri alacağı dü zenlenmiştir. Cumhuriyet Savcılığına, karakol veya jandarmaya aile içi şiddet olaylarından birinin bildirilmesi halinde talep olmasa dahi ve eylem T.C.K.da başka bir suç oluştursa dahi Cumhuriyet Savcılığı tedbir istemini Sulh Hukuk Hakimine bildirmelidir. Örneğin etkili eylem, hakaret, tehdit, aile efradına sui muamele suçlarından hazırlık tahkikatı yapan Cumhuriyet Savcısı aile içi şid dete maruz kalındığını belirlediği an tedbir hususunda bir karar verilmesi için Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunmalıdır. Burada dikkat edilmesi ge reken ilk husus Kanunun düzenlemesinde aile içi şiddete maruz kalmanın; eş

ve çocuklar ile sınırlandırılmayıp aynı çatı altında yaşayan tüm aile bireyleri denildiğine göre büyükbaba, büyükanne, teyze, dayı gibi aile bireylerinin de bu tedbirleri isteyebileceği sonucuna varılmaktadır. Yine eşlerden biri denildiğine göre bu düzenlemenin sadece kadınlara özgü olduğu söylenemez ancak Türk toplumunda aile içi şiddete en çok kadınlar uğradığından uygulamada sıklıkta kadınlar tedbir isteminde bulunmaktadır. 1998 yılından itibaren Kanunun uygulanmasına başlanılmışsa da kadınların ve aile içi şiddete maruz kalan diğer bireylerin Kanundan ve Anayasal haklarından haberleri olmayıp toplumun örf ve adeti sonucu oluşan değer yargıları nedeni ile çevre baskısından dolayı bu şiddetin dozu artmadığı sürece talepte bulunmadıkları mahkemelere gelen taleplerin istatistiki incelemesinden anlaşılmıştır. Örneğin K.Çekmece Sulh Hukuk Mahkemesine 1998 yılında 9, 1999 yılında 18, 2000 yılında 15, 2001 yılında 17, 2002 yılında 30 adet tedbir istemi içeren talep olmuştur. Bu taleplerden 56'sı tedbir isteminin kabulü ile, 23'ü tedbir isteminin vazgeçme yada sabit olmadığından reddi ile sonuçlanmıştır. Tedbir isteminde bulunan eşin kimi kez dilekçeyi verdikten kısa bir süre sonra eşi ile barıştığı yada eşinin şiddete bulunmadığını bildirerek tedbir isteminden vazgeçtiğini Mahkememize bildirdiği bu nedenle mahkememizce ret kararı verildiği anlaşılmıştır.

TEDBİR TALEBİNİN ARAŞTIRILMASI:

4320 sayılı Yasanın 1. maddesinde alınacak tedbirlerin tek tek sıralandığı ve bu tedbirlerin kusurlu eşe uygulanacağını düzenlendiği görülmektedir. Kusurlu eş deyiminin burada kullanılmasının yanlış olduğu açıktır. Kanunun gerekçesi ve 1. fıkradaki aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri denilmekle buradaki şiddeti uygulayan kişinin kastedildiği anlaşıldığından "kusurlu aile bireyi" denilmesi daha doğru olurdu düşüncesindeyim. Kanunun konuluş amacı ve gerekçesi talebin varlığının bu kanundaki tedbirlerin alınmasına yeterli olduğunu göstermektedir ancak tedbir isteminin kötüye kullanılmasını önlemek için uygulamada talepte bulunan kişi yani tedbir isteminde bulunan eş ile aleyhine tedbir istenilen eşe meşruhatlı davetiye (yada ihzarla) ile çağrılarak dinlenmesi yoluna gidilmektedir yine yasa kusurlu eşe yönelik tedbirler alındığından istemde bulunan kişi eş olduğu takdirde kadın ve erkek arasında nikah akdi olup olmadığı tespiti gerektiğinden aile nüfus tablosu istenilmektedir bu durum imam nikahı ile yaşayan çiftlerin toplumumuzda çok sayıda olması itibarı ile kanunun bunlar hakkında ne şekilde uygulanacağı sorusunu da gün-

deme getirmektedir. Ancak tedbirlerin kusurlu eşe uygulanacağı düzenlendiğinden nikah gerektiği sonucuna varılmaktaysa da aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin aile içi şiddete maruz kalması halinde tedbir isteminde bulunacakları belirtilmekle bunları da nikah olmasa bile aile olarak kabul etmek gerekir düşüncesindeyim. Zira resmi nikah olmaması diğer aile bireylerinin kusuru değildir. Diğer aile bireylerinin tedbir isteminde bulunması halinde nikah olup olmadığı hususunun araştırılması gerekmeyeceği de açıktır. C.Başsavcılığının ihbari halinde ihbar yazısı ile birlikte Hazırlık evrakı gönderildiğinden taraflara tebligat yapılması dışında başkaca araştırmaya gerek kalmamaktadır zira hazırlık evrakı içerisinde çoğu kez tanık beyanları yada mağdura ait şiddete maruz kaldığını gösterir doktor raporları mevcuttur.

UYGULANACAK TEDBİRLER:

Yapılan ihbar yada tedbir isteminin gerçekliğini araştırıp tedbir alınması gerektiği sonucuna varan Hakim aşağıdaki tedbirlere hükmedebilir:

a- Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması,

b- Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması,

c- Diğer eşin çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi,

d- Diğer eşin çocukları veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini iletişim vasıtaları ile rahatsız etmemesi,

e- Varsa silah ve benzeri araçlarını zabıtaya teslim etmesi,

f- Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak ortak konuta gelmemesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanmaması,

Hakim bu tedbirlerden herhangi birine yada tümüne olayın oluşu talebin içeriğini dikkate alarak hükmedebilir, verilen kararlar tedbir hükmündedir.

Bu hükümlerin tatbiki için öngörülen süre 6 ayı geçemez ve Hakim kararında hükümlerin uygulanacağı süreyi belirtir talep var ise Hakim mağdurların yaşam düzeylerine göre tedbir nafakasına da hükmedebilir. Nafakaya hükmedilirken tarafların mali ve içtimai durumlarının araştırılması uzun süreceğinden bu durumda Hakimin makul ve hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmetmesi uygun düşecektir.

TEDBİRE UYULMAMASI HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIM:

Kararda tedbirlere uyulmaması halinde kusurlu eşe tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceği hususu ayrıca ihtar olunur.

İNFAZI:

Koruma kararının infazı için kararın bir sureti C.Başsavcılığına gönderilir infaz Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından zabıta marifeti ile yaptırılır kusurlu eşe zabıta marifeti ile yaptırılan tebligatın bir sureti mahkemeye dosyasına gönderilir bu tedbirlere uyulmaması halinde zabitanın yaptığı soruşturma sonucu bu husus sabit olursa Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararına uymayan eş hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde dava açar bu dava 3005 sayılı Yasa Hükümlerine göre yürütülür kusurlu eşin fiili başka bir eylem oluştursa bile 3 aydan 6 aya kadar hapis cezası uygulanacağından Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hakkında dava açılır. Ancak Cumhuriyet Savcısı arkadaşlarımla yaptığım görüşmeler sonucu infazı yerine getiren Emniyet görevlilerinin ailenin korunması Kanununu bilmedikleri, nasıl infaz edileceği konusunda tereddütler oluştuğunu bildirmişlerdir. Burada "adli kolluk'un gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle infazda Cumhuriyet Savcılarının görev düşmekte ve kolluk kuvvetlerinin bu kanun hakkında bilgilendirilmeleri gerekmektedir.

UYGULAMA:

Ancak yukarıda açıklandığı üzere Kanunun uygulamasında farklılıklar oluşmakta şöyle ki kimi Mahkemelerde evrak üzerinden tedbir isteminin kabulüne karar verilmekte kimi Mahkemelerde ise talep duruşmalı olarak incelenmektedir. Medeni Kanun 2. maddesinde hakların kullanılırken dürüstlük kurallarına uyulacağı belirtilmekte bu nedenle talep tedbir niteliğinde olduğundan talepte bulunanın dürüstlük kurallarına uyduğunu kabul etmek zorundayız. Ancak evrak üzerinden yada duruşmalı olarak yapılan incelemede talebin gerçekliği hususunun araştırılması gerektiği düşüncesindeyim.

SONUÇ:

Toplumumuzda halen bu Kanunun varlığından ve uygulamasından haberi olmayan kadın, çocuk ve aile bireylerinin olduğu yapılan çalışmalar sonucunda anlaşılmıştır.

Yasanın öngördüğü tedbirler geçici netilektedir, süreler bitince aile ortamında benzer olaylar gerçekleşebilir. Tedbir kararının verilmesi ile birlikte failin psikolojik bakımından da denetiminin yapılması uygun olur. Psikolojik bakımdan hasta ise Türk Ceza Kanununda nasıl belirli sürelerle akıl hastalarının tedavisi öngörülüyor ise bu kişiler içinde bu yönden yasal düzenleme yapılması gerekir. Kaldığı bu kanunun birinci maddesinde hakimün uygun göreceği benzeri başka tedbirlerin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle şiddet uygulayan eşin psikolojik kontrolü yaptırılabilir, alkol bağımlısı olan aile bireyinin bu yönde kontrolü yaptırılıp, tedavisi için hastaneye gönderilebilir. Yine tacize uğrayan çocukların bakım ve güvencesi için tedbirler alınabilir.

Yasal uygulama daha çok şiddet eylemine yönelik olarak gerçekleşmekte ise de aile bireylerinin aç bırakılması, soğukta kapının önüne atılması, tuvalet yada banyoya kilitlenmesi gibi durumların doktor raporu ile teyidi zor olmakla birlikte bunların da diğer delillerin toplanması ile birlikte uygulama kapsamında düşünülmesi yerinde olur. Diğer taraftan şiddete uğrayan aile bireyinin de ruhsal yönden raporunun alınarak gerekirse devlet eli ile tedavisi sağlanmalıdır. Çünkü ruh sağlığı bozulmuş birinin ekonomik yapısı da uygun değil ise tedavisiz bırakılması yasal uygulamayı yetersiz kılar. Amaç şiddet uygulayanın da şiddete uğrayanın da topluma kazandırılması olmalıdır düşüncesindeyim.

**CÜRÜM İŞLEYENLERİ SAKLAMA VE
KANITLARI YOK ETME SUÇU ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Necati MERAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, A- Suçun Önkoşulu, B- Suçun Faili, C- Suçun Öğeleri, 1- Maddi Öge, a- Kişisel Koruma, b- Eylemli (Maddi) Koruma, 2- Manevi Öge, D- Yaptırım, E- Cezayı Kaldıran Durum.

Giriş

Suç faillerinin yapılan araştırma ve takiplere karşılık ele geçmemeleri amacına yönelik yardım niteliğindeki eylemlerin, suç işlenmesini teşvik edici olması nedeniyle kamu düzeni ve asayişini bozduğu, kovuşturma makamlarının işlerini güçleştirdiği açıktır.

Ceza Yasamızın Adliye idaresine karşı işlenen cürümler bölümünde yer alan "suç işleyenleri saklama ve suçun izlerini yok etme" suçu Yasanın 296. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde suçun işlenmesinden sonra faile yardım edilmesi eylemlerini cezalandırmaktadır.

A-Suçun Önkoşulu

Suç failine yardım suçu, önceden işlenmiş olan bir suçta bağlı ikinci bir eylemdir. Bu nedenle birinci suç var olmadan bu suçun işlenmesi mümkün değildir.¹ Asıl suçun faili ile suç sonrası yardımda bulunan kimse arasında, asıl suçun işlenmesine ilişkin anlaşma bulunmamalı ve yardım, eylemi başka bir sonuca taşıma kastıyla yapılmış olmamalıdır. Asıl cürmün işlenmesinden önce yapılan suçlunun korunmasına, gizlenmesine ya da suçtan yararlanma-

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi

1 Gözübüyük, s.468,

sını sağlamaya yönelik yardım vaadi, suçtan sonra gerçekleştirilmemiş olsa bile cezalandırılmayı gerektirir.² Yardım vaadinde bulunan kimse, önceki suçun asli failine suçtan sonra yardımda bulunmuş ise, bu hareketiyle hem önceki suça katılma (TCY 65), hem de suçtan sonra yardım (TCY 296) eylemlerini işlemiş olacağından tek eylemle birden fazla hükme aykırılık nedeniyle TCY 79. maddesi uyarınca uygulama yapılması yerinde olur.³ Çünkü "suçtan sonra yardım" cürmünün oluşumunda yardımın, asil cürmü daha ileri sonuçlara götürmemesi, bir başka deyişle faile "cürmü neticelendirmekte yardımı dokunmuş olmama" koşulu⁴da aranmaktadır. Bir kimsenin imal ettiği sahte parayı sürümde zor duruma düşmesi üzerine bir başka kimseye başvurması ve o kimsenin de bu paraları sürmesi eyleminde başvuruyu kabul eden kişi, asli failin suç ortağıdır. 296. maddede belirtilen yardımcı değildir. Çünkü, fiilin sonuçlandırılmasına yardımı dokunmuştur.⁵

Öğretide hem önceki suça katılma hem de suçtan sonra yardım eylemlerini işleyen fail hakkında suçların içtimaı hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır.⁶

Maddenin 1.fıkrasında "suç"un değil, bir "cürmün" işlenmesinden sonraki eylemlerin cezalandırılması öngörülmüş ise de, son bölümde "sair fiiller" için belirlenecek cezalara yer verilerek, yalnızca cezası "hapis"ten aşağı olan cürümlerin değil, kabahat eylemleri sonrasındaki yardımların da madde kapsamında bulunması öngörülmüştür. Ancak kabahat failini koruma eyleminin "cürüm" oluşturması bir haksızlık olarak kabul edilebilir ki Yargıtayın, 296. maddenin kabahatlere ilişkin olarak uygulanamayacağı görüşüne karşılık bazı kararları aksi yöndedir.⁷

2 Majno,s.278,

3 Majno s.278, no.1155,

4 "Cürüm eşyasını yok etme suçunun (cürüm işlememe ya da işlenmesine katılmama)önkoşulunun gerçekleşmemesi karşısında, sağlığa zararlı besin maddesi üretme suçunu işleyen sanığın, kendisine bırakılan ikinci numuneyi mahkemeye teslim etmemekten ibaret eyleminde suç öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi"4.CD, 9.10.1997,7125/8217,

5 Majno, s.278

6 (Erem,s .571, Gözübüyük, s.469)

7 Erem, s.573, Malkoç, s.2364, Gözübüyük, s.470,

"TCK.nun296. maddesi sadece "cürüm" delillerini yok etmeye münhasır olup, kabahat fiillerinde uygulama yeri olmadığı halde, sanığa anılan madde ile ceza verilmesi" 4.CD, 19.9.1980, 5259/5210,(Bkz. Yaşar, s.479)

"1- Sanığın Jandarma tarafından yürütülen soruşturmada, oğlu tarafından işlendiği halde kaza yapan ve traktörü kullanan kişinin kendisi olduğunu belirterek soruşturmayı yanlış yöne sevk etme eyleminin TCK.nın 296/1-son maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması,

2- Kabule göre uydurulan suçun kabahat türünden olması ve sanığın C.Savcılığında gerçeğe döndüğünün anlaşılması karşısında TCY.nın 285.maddesinin son fıkrası son cümlesi hükmünün uygulama olanağının tartışılmaması,"4.CD,13.5.2002,5774/8449

Kalkışma aşamasında kalmış bir cürmün failine yardım eylemi de 1. fıkranın 2. cümlesinde belirtilen "sair fiiller" deyişi içerisinde değerlendirilmelidir. Önceki suçun failinin "fer'i fail" olması ya da suçun "taksirli suç" olmasının önemi yoktur. Önceden işlenmiş bir suçun failine yardım edilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bu suçun işlendiğinin hüküm altına alınması şart değildir. Ancak önceki eylemin suç oluşturmadığı durumlarda aynı sonuca varılamaz.⁸

Kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda suçun işlenmesinden sonra, fakat kovuşturmanın önkoşulu olan şikayetten önce suçluya yardım eylemlerinin cezalandırılması mümkün değildir.⁹ Kovuşturmaya başlandıktan sonra zamanaşımı ya da genel af gibi davanın ortadan kaldırılması sonucuna götüren durumlarda yardım suçunun faili eylemini gerçekleştirmiş ise, kovuşturmanın tamamlanmasına engel nedenlerle önceki suçun cezalandırılmamış olması, yardım suçunu işleyen kimsenin de cezadan bağışık tutulmasını gerektirmemelidir.¹⁰ Bunun yanında davanın ortadan kaldırılması sonucunu doğuran durumlarda asıl eylemin suç niteliğinin ortadan kalkmış ve 296. maddenin adliyenin yanıltılmasına yönelik eylemlerin cezalandırılması için düzenlenmiş olduğu gözetildiğinde, asli failin eylemi "genel af", "ön ödeme", "şikayetten vazgeçme" ya da "dava zamanaşımı" gibi nedenlerle kovuşturulmadığından adliyenin ve öbür kovuşturma makamlarının da yanıltılması söz konusu edilemeyeceği ve dolayısıyla suçluya yardım cürmünün oluşmayacağı görüşü de savunulmaktadır.¹¹

TCY'nın 296. maddesinde, "önceki cürüm failine yardım" yerine "bir kimse" deyişi kullanıldığından kendisine yardım edilenin suçun gerçek faili olması gerekmez. Masum olduğu düşünülen kişiye yapılacak yardım da bu suçu oluşturabilir. 296. maddenin amacı adaletin tam olarak sağlanmasıdır ve kendisine karşı kovuşturma yapılan kişinin gerçekte suçlu veya masum olmasının önemi bulunmamaktadır. Suç işlediği iddiasıyla hakkında kovuşturma yapılabilecek kimseye yapılan yardımın ise adaletin gerçekleşmesine olumsuz etki yapacağı açıktır.¹²

Yasanın 296. maddesi, yalan tanıklık yapma (TCY 286), suç faillerine TCY'nın 64 ve 65. maddelerine uymayacak biçimde yardım ve yataklık (TCY 169), tutuklu ya da hükümlünün cezaevinden kaçmasına yardım (TCY 301)

8 Erem, s.574,

9 Erem,s.574,

10 Carrara,Ferroni-Ferranti,(Bkz.majno, s.280,no.1159)

11 Majno,s.280,Gözübüyük,s.470,

12 Logoz,(Bkz.Gözübüyük, s.471),

resmen saklı tutulan evrakı yok etme, bozma (TCY.275) suçları gibi diğer bazı hükümlere göre genel¹³, bunun yanında memurun görevde yetkisini kötüye kullanarak (TCY 240) suçluyu gizlemesi suçuna kıyasla özel hüküm niteliğindedir.¹⁴ Bir başka deyişle 296. maddeye konu olan yardım niteliğindeki eylemlerin Ceza Yasasının ya da ceza hükümleri taşıyan başka bir özel Yasa maddesinde tarif edilen, cürüm vasfı taşıyan eylem niteliği taşıması gerekir. Aksi halde bu gibi eylemler özel hükümlere tabi olup 296. madde kapsamında değerlendirilemezler.¹⁵

Suçun Faili: Bu suç her hangi bir kimse işleyebilir. Maddedeki "her kim" deyişi içine asıl cürmü işleyen kişiler¹⁶ girmez. Çünkü, asıl cürmü işleyen failin yakalanmamayı amaçlayan bazı eylemlerde bulunması, işlediği cürümden yarar sağlama ve cürmün sonucunu elde etmeye yönelik doğal hareketlerdir.¹⁷

Önceki suç işlemiş olan failin kendi kendisine yardımını bu suçun oluşumuna yol açmaz ise de, eylemin ayrıca suç oluşturması durumunda içtima (TCY m.78) hükümleri uygulanır. Failin, soruşturmayı yanlış yola yönlendirmesi için memura rüşvet vermesinde ya da failin cezaevinden kaçmak için cezaevi görevlilerine şiddet uygulamasında (TCY m.298) olduğu gibi.¹⁸

Suçluyu koruma cürmünü önceki suçun mağduru da işlemiş olabilir. Mağdurun dahi suçların kovuşturulması ve suçlunun cezalandırılmasındaki kamu yararını engellemeye hakkı yoktur. Ancak önceki suç kovuşturulması şikayete bağlı bir suç ise şikayetini geri alabilir.¹⁹

Suç, müdafî tarafından da işlenebilir. Savunma, suç değil sanığın haklarını korumak için var olan bir kurumdur. Adliyei aldatmak ya da yanlış yola yönlendirmek için kullanılamaz. Bu nedenle savunmanın dokunulmazlığı müdafinin cezasız bırakılması sonucunu doğurmaz. Suçu "usul, fûru ile kârı veya kocanın ve kardeşinin" yararına işleyen kimseye ceza verilememesi Yasanın 296. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanır.²⁰

13 Erem, s.573,

14 Bkz.Dipnot 24

15 Özütürk, s.119,

"Bir yıl süre ile başkasına ait silahı saklamanın 6136 sayılı kanununun 1373. maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilmeden TCK.nun 296. maddesiyle ceza tayin edilmiş olması"8.CD, 1.2.1985,5488/317 (Bkz.Yaşar, s.480)

16 "Kasten öldürdüğü kişinin cesedini saklayan ve adam öldürmek suçundan mahkum olan sanığın, üzerine atılı ölenin cesedini saklamak suçunun oluşmayacağı nazara alınmadan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi" 2.CD, 25.1.199911651/141,(Bkz.Malkoç, s.2363)

17 Özütürk, s.117,

18 Erem, s.571, Gözübüyük, s.469.

19 Erem,s.572,

20 Erem, s.572,

Failin memur olması durumunda TCY. nın 281. maddesi uygulanır²¹

Suçun Öğeleri :

A-Maddi Öğe: Önceden sanıkla anlaşmış veya yardımı dokunmuş olmaksızın asıl cürmün işlenmesinden sonra faili, kişisel ya da eylemli (maddi) koruma suçun maddi öğesini oluşturur.

a-Kişisel Koruma: Cürmü işleyenin, işlemiş olduğu cürümden yararlanmasını sağlamak ya da kovuşturma makamlarının araştırmalarını yanlış yola yönlendirmek veya hükmün yerine getirilmesini engellemek için faili gizlemeye yönelik yardım niteliğindeki her türlü eylemdir. Yardım, aktif nitelikte olmalıdır ki, bir cürmün işlenmesine engel olmamak ya da işlenmiş cürmü mercisine bildirmemek gibi hareketsiz kalma biçimindeki ihmali davranışlar cezayı gerektirmez.²² Yasanın suçu bildirme görevi yüklediği memur ya da hekim ebe gibi sağlık görevlisi kişilerin, kendi görev alanlarına giren konularda, durumu ilgili makama bildirmeme ya da bildirmede savsama ve gecikmeleri ise, eylemlerin işleniş biçimlerine göre özel maddelerinde (TCY 235, 530. mad.) belirlenen suçları veya koşulları varsa 296. maddedeki suç oluşturabilir.

Yasanın 296. maddesinde belirtilen amaçlarla hareket etmek ölçüsü, suçluyu koruma cürmünü benzeri (TCY 235., 530.mad.) suçlardan ayırır.²³

Kişisel yardımın çeşitleri maddede sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Bunların dışındaki yardımlar cezayı gerektirmez.

aa-Suçtan yararlanmayı sağlamak: Failin amacının gerçekleşmesine yönelmiş her türlü yardım bu niteliktedir.²⁴ Yararlanmanın ekonomik olması koşulu bulunmadığı gibi, bu tür yardımın yalnızca mala karşı suçlara ilişkin olabileceği de düşünülmemelidir.²⁵ Yararlanmayı sağlamak, yalnızca yarar konusu olabilecek "şey" in koruma altına alınması onun kaybının önlenmesi değildir.

21 Yaşar, s.477,

"1-Gece bekçisi olan sanığın Hasan A. adlı kişiye 6136 sayılı Yasa hükümlerine göre bulundurulması yasak olan tabancaya ilişkin olarak "bunun yerine oyuncak tabanca getirin değiştirilim" demesi ve bu değiştirme eyleminin tamamlanamaması karşısında suçun eksik kalkışma aşamasında kaldığının gözetilmemesi,

2-Suç tarihinde devlet memuru olan sanığın görevine (memurluğa) ilişkin gücü kullanmasında, ayrıca TCY.nın 281. maddesinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi"4.CD, 16.9.1998,7244/7866,

22 Özütürk, s.119,

23 Eren, s.578,

24 Gözübüyük, s.471,

25 Eren.s.576

bb-Soruşturmayı yanlış yola yönlendirmek: Maddedeki "tahkikat" deyişi kovuşturma makamlarının her aşamadaki soruşturmasını içine alır.

Cürüm işleyeni koruma suçu kimi zaman TCY.nın 283. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kendi kendine suç yükleme eylemiyle ile karıştırılabilmektedir.

Bir kimsenin, adliye makamları huzurunda başkasının eylemini kendisinin işlediğini söyleyerek üzerine alması TCY.nın 283/2. maddesinde öngörülen suçu oluştururken, adliyeye yardımcı soruşturma makamlarındaki yüklenmeler TCY.nın 296. maddesine uyar.

Yasanın 283.maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kendi kendini suçlama eyleminde, failin işlediğini açıkladığı suçun uydurma olup olmadığı, bir başka ifadeyle işlenip işlenmediği değil, failin o suçla ilişkisinin uydurma olup olması üzerinde durulmalıdır.²⁶

Bir kimsenin işlenmemiş bir suçun faili ya da ortağı olduğunu **adliye huzurunda açıklamasıyla** suç olduğu gibi, suça katılmamasına karşılık katılmış gibi açıklamada bulunmakla da suç uydurma eylemi meydana gelir ki, kendi kendine suç yüklemeye ilişkin açıklamanın adliye dışındaki makamlarda yapılması Yasanın 283. maddesine göre genel hüküm niteliğindeki TCY.nın 296. maddesinde öngörülen suçun oluşum nedenidir.²⁷

cc-Faili gizlemek: Tutuklanmak ya da yakalanmak için veya cezanın çektilmesi amacıyla aranan sanık ya da hükümlünün gizlenmesi ya da kaçırılmasıdır. Geçici bir süre gizlemek ile suç tamamlanır. Asıl suç failini kendi evinde veya bir başka yerde gizleme ile yakalanmasını önlemek için gürültü veya kargaşa çıkarma eylemlerinin ya da kaçmasını kolaylaştırmanın suçu oluşturduğu kabul edilmelidir.²⁸

26 Erem,s.525

27 "Yaralanmayla sonuçlanan bir trafik kazasında; aracı babası kullandığı halde onu cezadan kurtarmak amacıyla kendisinin kullandığını adliye huzurunda söyleyen kimsenin eylemi TCK.nun 283/2. maddesine, soruşturma evresinde kollukta bu doğrultuda bildirimde bulunulması durumunda da aynı Yasanın 296. maddesine uyan suçu oluşturacağı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi"6.CD,7.5.2002, 3784/5913

28 Erem,s.576

"Dinar Jandarma Bölük Komutanlığında görevli olan sanıkların dosya içeriğindeki belge ve tanıklar anlatımlarından, asker firarisi olup, hakkında başka suçlardan yakalama ve giyabi tutuklama kararı çıkarılmış olduğunu bildikleri Kerem Sancak isimli kişiyi yakalamayıp, onu yakalamak için gelen polis memurlarına bir süre teslim etmemekten ibaret eylemlerinin TCY.nın 296.maddesinde açıklanan hükümetin araştırmalarına ve hükmün icrasına karşı "faili gizlemeye yardım etme" suçunu oluşturduğu gözetilmeden, anılan Yasanın 230/1.madde ve fıkrası uyarınca hükümlülüklerine karar verilmesi," 4.CD, 7.5.2002, 4895/8052

b-Eylemli (maddi) Koruma:

Bir suçun iz ve kanıtlarını yok etmek, değiştirmek veya bozmaktır. Bu eylemlerin adli soruşturmayı yanıltmak ya da engellemek amacıyla yapılması gerekir.

Kanıtları değiştirmek bozmak ya da yok etmek için kullanılan aracın önemi yoktur.²⁹

Suç kanıtlarının yok edilmesi, saklanması ya da değiştirilmesi nedeniyle masum bir kimsenin cezalandırılmasına yol açılabilir. Bu durumda, 296. maddenin uygulanması sırasında kanıtları gizleyen sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde cürümden doğan zarar da gözetilmelidir.³⁰

Suçluyu koruma, suça katılma değildir. Bununla birlikte suçluyu koruma cürümüne katılma mümkündür. Suç kanıtlarını yok eden faile araç sağlamak, v.b eylemler gibi. Suç kanıtını suçu işleyen failin yok etmesi için yardımda bulunan kimsenin eylemi de bu biçimde değerlendirilmelidir. Kanıtları yok etme eyleminde, asıl suçu işleyen kişiliğine bağlı nedenlerle cezasız kalması, yardım edenin cezalandırılmasına engel olmaz.³¹

Manevi Öğe: Suçun oluşumu için genel kast yeterlidir.

Bir "kimse"ye işlenmiş bir suç eylemi nedeniyle yardım edildiğinin fail tarafından "bilinmesi" zorunludur. Basit kuşku yeterli değildir. Yararına yardımda bulunan kimsenin suçlu olması gerekmiyip hakkında kovuşturma açılmış bir kimse olması ve yetkili makamlarca arandığının bilinmesi suçun oluşumu için yeterlidir.³² Yargıtay bazı meslek sahiplerinin kendilerinden istenen işlerde bir suçun gizlenmesi ve kanıtları yok etme amacını öngörmeleri gerektiği düşüncesindedir.³³

Yardım saikinin önemi yoktur. Bir yarar karşılığı yardımda bulunulabileceği gibi arkadaşlık, saygı veya sevgi nedeniyle de yardımda bulunulmuş olabilir.³⁴

Tehdit ile önceki suçun faili suç kanıtlarını yok ettirmiş ise yok eden kimse zaruret hali (TCY49/3) nedeniyle cezalandırılmamalıdır.³⁵

29 Erem, s.577,

30 Erem, s. 577,

31 Erem, s.578,

32 Erem, s.578, Majno, s.282,

33 (Hırsızlığa konu) "aracın motor ve şase numaralarında değişiklik yapan sanıkların eylemlerinin TCY.nin 333. maddesindeki suçu oluşturmadığı ve aynı Yasanın 296. maddesine uyduğu gözetilmeden, ..hüküm kurulması"4.CD, 21.3.2000,253/1920

34 Majno, s.282,

35 Erem, s.578,

Suçun tamamlanması için adliyenin yanıltılmış olması gerekmez.³⁶ Yardım eylemlerinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır.

Suçu gizleme ve suçluya yardım eylemi "biçimsel" bir suç değildir. Asıl failin öldürdüğü kimseyi gömen kişi, yardım suçunun faili olur. Ancak gömeceği sırada yakalanması durumunda kalkışma hükümlerinin uygulanması düşünülmelidir.³⁷

Yaptırım: Faile verilecek cezayı belirlemek için önceki suçun cezasının hapis veya daha ağır bir ceza olup olmadığına bakılmalıdır. Önceki suçun cezası hapis cinsinden ise altı aydan iki yıla kadar hapis, ağır hapis cinsinden ise iki yıldan dört yıla kadar ceza ağır hapis cezasıyla fail cezalandırılmalıdır. Belirlenecek ceza önceki suç için "kanunda tayin edilen cezanın üçte birini geçemez".³⁸ (TCY 296) Yasadaki cezası hapisten az olan "sair fiiller" nedeniyle yalnızca ağır para cezası öngörülmüştür.³⁹

Cezayı Kaldıran Durum: İşlenen suçun failine yardım suçunu usulî, fûru, karı, koca veya kardeşi yararına işleyen kimseye ceza verilmez.(TCY 296/2)Yasanın bu hükmü, insanın yakınlarını koruma duygusuna dayanır ve zaruret halinin özel bir biçimi olarak kabul edilir.⁴⁰

- 000 -

36 Majno, s.282,

37 Majno, s.282,

38 " TCK. nun 296. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, sanığa cürüm eşyasını saklama suçundan verilecek cezanın asıl cürüm için yasada öngörülen özgürlüğü bağlayıcı cezanın üst sınırının üçte birini geçmeyeceği gözetilmeden, asıl suça ilişkin cezanın alt sınırı esas alınarak eksik belirlenmesi"4.CD, 31.12.1997, 11042/11704 (Bkz.Malkoç, s.2369)

"TCK.nun296. maddesine yanlış anlamı verilerek.asıl cürüm için kanunda tayin edilen ceza yerine sonuç olarak hükmolunan cezanın esas alınarak sanıklara eksik ceza tayini"6.CD. 19.1.1988, 9358/5158 (Bkz. Yaşar, s.479)

39 Erem, s.579,

40 Gözübüyük, s.475

KAYNAKÇA

A Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu açılımı, Cilt 3, dördüncü Baskı, Kazancı yayınları, 1976, İstanbul,

Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, Cilt 3, Seçkin Kitabevi, Ankara,

İsmail Malkoç, Türk Ceza Kanunu, Cilt 2, Yetkin Yayınevi, 2002, Ankara,

Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Sevinç Matbaası, 1978, Ankara,

Nejat Özütürk, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt 2, Balkanoğlu matbaacılık 1966, Ankara,

Osman Yaşar, Asliye Ceza Davaları, Adil Yayınevi, 1996, Ankara.

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI (TCK md. 201/a)

Dr. Çetin ARSLAN(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, I-Göçmen Kaçakçılığı Suçları ve Düzenlendiği Fasıl Hakkında Genel Açıklama, II-Göçmen Kaçakçılığı Suçlarının Konusu, A- Hukuki Konu (Korunan Hukuki Menfaat), B- Maddi Konu, III-Fail, A-Genel Olarak, B-Göçmenlerin Ülkeye Girmelerini, Ülkede Kalmalarını ve Ülke Dışına Çıkmalarını Sağlama veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunun Faili, C-Kaçak Şekilde Ülkeye Sokulan veya Giren Göçmenlerin Ülkede Kalmalarını Olanaklı Kılmak veya Ülkeden Çıkarmak ve Bu Amaçla Sahte Belge Düzenlemek veya Temin Etmek veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunun Faili, IV- Mağdur, A-Genel Olarak, B-Mağdurun Niteliğine İlişkin Bazı Kavramlar, 1-Vatandaşlık ve Vatandaş Kavramları, 2-Yabancı Kavramı, A-Vatansızlar, B-Özel Statülü Yabancılar ve Türk Vatandaşlığından Çıkarılanlar, C-Çifte veya Çok Vatandaşlığı Olanlar, D-Göçmenler ve Mülteciler, V-Maddi Unsur, A-Göçmenlerin Ülkeye Girmelerini, Ülkede Kalmalarını ve Ülke Dışına Çıkmalarını Sağlama veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunun Maddi Unsuru (f.1), B-Kaçak Şekilde Ülkeye Sokulan veya Giren Göçmenlerin Ülkede Kalmalarını Olanaklı Kılmak veya Ülkeden Çıkarmak ve Bu Amaçla Sahte Belge Düzenlemek veya Temin Etmek veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunun Maddi Unsuru (f.2), VI-Manevi Unsur, VII-Suçun Özel Görünüş Şekilleri, A- Teşebbüs, B- İştirak, 1-Göçmenlerin Ülkeye Girmelerini, Ülkede Kalmalarını ve Ülke Dışına Çıkmalarını Sağlama veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunda (f.1) İştirak, 2-Kaçak Şekilde Ülkeye Sokulan veya Giren Göçmenlerin Ülkede Kalmalarını Olanaklı Kılmak veya Ülkeden Çıkarmak ve Bu Amaçla Sahte Belge Düzenlemek veya Temin Etmek veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunda (f.2) İştirak, C-İçtima, VIII-Suçta Etki Eden Sebepler, A-Ağırlatıcı Sebepler, B-Hafifletici Sebepler, VIII-Müeyyide ve Usul Hükümleri, A-Müeyyide, B-Usul Hükümleri, 1-Görevli Mahkeme, 2-Yetkili Mahkeme, 3-Kovuşturma, 4-Şahsi Haklar, Sonuç.

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ

Çağdaş demografi tarihinin en önemli olgularından biri de kuşkusuz, yoksul ve az gelişmiş ülkelerden dünyanın gelişmiş ülkelerine, özellikle Batı Avrupa'ya yönelen göç hareketleridir. Bu ülkelerden özellikle Federal Almanya, İsveçre, Fransa, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerin II. Dünya Savaşı sonrası, hızlı kalkınma sürecinde ihtiyaç duyması nedeniyle özendirildiği bu hareket, bu yöndeki gereksinimin sona ermesiyle 1970 yılların ortalarından itibaren artık istenmeyen ve önlenmesi için bütün çarelere başvurulması gereken büyük bir sorun olarak algılanmaya başlanmıştır.¹ Bu nedenle sorunun çözümüne yönelik olarak ulusal mevzuatların yeniden düzenlenmesi yanında bölgesel ve uluslararası anlaşmalar yapılmış, göç kaynağı (menşe) olan veya transit geçiş sağlayan ülkelere de, mevzuatlarını bu yönde düzenlemeleri için çeşitli yöntem ve şekillerde etki yapılmaya ve baskı uygulanmaya başlanmıştır.

Ülkemiz, yasadışı göç konusunda söz konusu ülkeler tarafından hem menşe hem de transit ülke olarak kabul edildiğinden, özellikle **Avrupa Birliği'ne** girme süreci çerçevesinde, mevzuat ve uygulamasında bir dizi düzenleme yapması ve tedbir alması konusunda taleplere muhatap olmaktadır. Bu bağlamda Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımı yönünde Avrupa Birliği Konseyince hazırlanan katılım ortaklığı belgesinde (8 Kasım 2000) kısa vadeli hedefler içerisinde, konumuzla ilgili olan yasadışı göçün önlenmesi için Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamasının benimsenmesi, iltica konusunda 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesindeki coğrafi rezervimizin kaldırılması ve adli ve idari kapasitenin artırılması gibi hususlarda öngörülmüştür.

Karşılıklı olarak yürütülen çalışmalar çerçevesinde Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının uygulanması kabul edilmiş ve yukarıda kısaca değinilen yaklaşım çerçevesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yasalaştırdığı 4771 sayılı "**Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**" 3.8.2002 tarihinde kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanının onayını takiben Resmi Gazete'de² yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

1 Bkz. **Gökdero, Ahmet**. Yabancı Ülkelere İşgücü Akımı ve Türk Ekonomisine Etkileri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, No.96, Ankara 1978, s.1-2; Yurtdışı göç hareketleri hakkında ayrıca bkz.; **Abadan-Unat, Nermin**, Batı Avrupa ve Ortadoğu'ya Göç Eden Türk İşgücünün Sosyal Yasalar ve Toplum Yapısı Üzerindeki Etkileri, İbrahim Yasa'ya Armağan, AÜSBF Yayınları No.519, Ankara 1983, s.381 vd; **Çiçekli, Bülent**, The Legal Position of Turkish Immigrants in The European Union, Ankara 1998; Yurtdışı Göç Hareketleri ve Vatandaş Sorunları, Dışişleri Bakanlığı Ekonomik ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü Yayını (basım yeri ve tarihi belli değil)

2 Bkz.RG, 9.8.2002/ 24841.

Bu Yasa ile gerek TCK' de, gerekse diğer kimi yasalarda değişiklik yapılmıştır.³ Söz konusu değişikliklerin içeriklerine ilişkin olarak bir çok eleştiri ileri sürülebilir. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki, son yıllarda sıkça başvurulan bir yöntem olarak, tek bir yasa ile içerikleri/konuları birbirlerinden tamamen farklı bir çok normda topluca değişiklik yapılması yöntemi, bu Yasada da uygulanmıştır. Bu keyfiyet, yasa yapma tekniğine uygun olmadığı gibi, uygulamada bir çok sorun ve zorluk yaratabilecek ve daha da önemlisi, yasanın düzenlenme amacına uygun düşmeyecek yorum ve uygulamalara neden olabilecek bir yapıyı ihtiva etmektedir.⁴

Çalışmamızda TCK'ye 201/a maddesi ile eklenen **"göçmen kaçakçılığı suçları"** incelenecektir. **"Göçmen kaçakçılığı suçları"** ibaresini kullanmamız sebepsiz değildir. Gerçekten ileride üzerinde daha ayrıntılı şekilde durulacağı üzere, oldukça karmaşık bir üslupla maddenin birinci fıkrasında **"göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkmalarını sağlama veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**, ikinci fıkrasında ise **"kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suçu"** vazedilmiştir. Yasa koyucunun maddeyi düzenlerken kullandığı tanımlamalardan ve hazırlık çalışmalarındaki gerekçelerinden, söz konusu suçları **"göçmen kaçakçılığı suçu"** olarak isimlendirmek istediğini söyleyebiliriz. Sözlüklerde kaçakçılık **"kaçakçının yaptığı iş, gümrükten gümrük ödemedi mal kaçırma işi"**⁵ **"Devlete vermeye mükellef olduğu vergi ve resmi vermemek, alım satımı yasak maddeleri gizlice alıp satmak ve bu surette menfaat temin etmek..."**⁶ şeklinde tarif edilmektedir. Görüldüğü gibi kaçakçılık tabirinin özünü, menfaat temin etmek için yasaya aykırı davranmak oluşturmaktadır. Göçmenlerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak veya bu suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarmak, ülkede kalmalarını olanaklı kılmak, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlamak ve-

3 Bu yasa ile onüç ayrı kanun ile bir kanun hükmünde kararnamenin bazı maddelerinde değişiklikler yapılmış, bazı yasalara yeni maddeler eklenmiş,dört ayrı yasadaki bazı maddeler yürürlükten kaldırılmıştır.

4 Bkz. **Özel, Cevat**, "4771sayılı Uyum Yasası'nın Basın Düzenlemeleri" <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=5217>, 29.9.2002.

5 **Doğan, D.Mehmet**. Büyük Türkçe Sözlük, 7.Baskı, Ankara 1990, s.562.

6 **Türk Hukuk Lügati**, Türk Hukuk Kurumu, 4. Baskı, Ankara 1998, s.182.

ya temin etmek filleri, "**doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla**" yapıldığından, bu eylemlere "**göçmen kaçakçılığı suçu**" denmesi isabetli olmuştur.⁷

Söz konusu düzenlemenin yeni olması nedeniyle, konuyla ilgili doktrinde her hangi bir çalışma olmadığı gibi, Yargıtay denetiminden geçmiş bir karar da mevcut değildir. Bu nedenle çalışmanın amacı, ilk uygulamalara ve tartışmalara (az da olsa) katkı sağlayabilmekle sınırlı olacaktır.

I- GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI VE DÜZENLENDİĞİ FASIL HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

"**Göçmen Kaçakçılığı Suçları**" 4771 sayılı Kanunun 2.B maddesiyle Türk Ceza Kanununun 201 inci maddesinden sonra gelmek üzere 201/a maddesi eklenmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, Türkiye tarafından da imzalanmış bulunan "**Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol**"ün gereğinin yerine getirilmesi amaçlanmıştır.⁸

Söz konusu düzenleme şöyledir:

MADDE 201/a. – Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanla-

7 Nitekim doktrinde bu isimlendirmeye itibar edilmeye başlandığını görüyoruz: Bkz. **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener**, Gerekçeli Ceza Kanunları Güven Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 2003; **Demirbaş, Timur/Özbek, Veli Özer/ Eker, Behiye**, İçtihatlı Ceza Kanunları, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.144.

8 Bkz. **İkinci madde gerekçesi**, T.B.M.M., Dönem : 2 Yasama Yılı : 4, Sıra Sayısı : 890; TCK Öntasarısı (2001) 131. Madde Gerekçesi, s.62 (yayınlanmamıştır); **Söz konusu sözleşme 4800, keza bu sözleşmeye ek protokol ise 4803 sayılı Kanun ile TBMM tarafından uygun bulunmuştur (Bkz. RG, 4.2.2003/ 25014).**

ra veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluşturursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler müsadere edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınmalarına neden olduğu hâllerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillelere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.

Bu madde bazı yazıların belirttiği gibi 201. maddeye ek bir düzenleme olmayıp,⁹ tamamen bağımsız bir hükümdür.

Bilindiği gibi TCK, üç kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitapta (md.1-124) genel hükümler, ikinci (md.125-525 d) ve üçüncü (md.526-592) kitaplarda ise özel hükümler düzenlenmiştir. Özel hükümlere ayrılan ikinci kitapta "*cürümler*", üçüncü kitapta ise "*kabahatler*" düzenlenmiştir.

Kanun Koyucu, düzenlediği "*Göçmen Kaçakçılığı Suçları*"nı Kanun'un 2. kitabının "*Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler*" başlıklı 2.babının "*İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler*" ismini taşıyan 6. faslına "*201/a*" maddesi olarak dahil etmeyi uygun görmüştür. Söz konusu "*bap*" altı fasıldan meydana gelmekte olup, birinci fasılda "*Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler*" (md.174), ikinci fasılda "*Din Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*" (md.175-178), üçüncü fasılda "*Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler*" (md.179-192), dördüncü fasılda "*Mesken Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" (md.193-194), beşinci fasılda "*Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler*" (md.195-200) ve nihayet altıncı fasılda "*İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler*" (md.201) (Değişik: 28/9/1971-1490/2 md.) düzenlenmiştir. 4771 sayılı Kanunla bu son fasla, 201/a maddesiyle, inceleme konumuz olan "*Göçmen Kaçakçılığı Suçları*", 201/b maddesiyle de "*İnsan Ticareti Suçu*" derç edilmiştir.

Hukuki menfaatleri korumanın bir aracı olan Ceza Hukuku, genel esasları düzenledikten sonra, bu menfaatlerin özel olarak korunmasını sağlayan

9 İlkiz'in "*İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan 'İş ve çalışma hürriyeti aleyhine cürümler' başlığı altındaki 201. maddeye ekleme yapılmıştır*" şeklindeki düşüncesi bu yanlış saptamaya örnektir (Bkz. İlkiz, Fikret, "Gerekçeli Durum Saptaması", http://eu. ibsresearch. com/news_display.asp?upsale_id=2069, 29.09.2002).

suç tiplerini de kapsamına almak ve böylece suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerine uymak zorundadır.¹⁰ Söz konusu korumanın somut bir şekilde organize edilmesi, ceza kanunlarında suç tiplerinin gösterilmesiyle sağlanabilmektedir.¹¹ Gerçekten ceza kanunlarının özel kısmı, suç denilen hukuka aykırı fiillerin bir tablosu görünümünde olmakta, genel kısmında ise, söz konusu fiillere uygulanacak ortak kurallar yer almaktadır. Çok eskilere uzanmayan bu sistemleştirme yapılmadan önce, her suçta uygulanacak genel prensipler birbiri içinde/yanında düzenlenmekteydi. 17. Yüzyılda başlatılan doktrin çalışmaları sonucunda suçların gelişigüzel değil, belirli bir model içinde sistemleştirilmesi hususu baskın görüş olarak benimsenmeye başlandı. Ancak bu sistemleştirmenin hangi esasa göre yapılması gerektiği hususunda uzlaşmaya varılamamakla birlikte, "**suçun hukuki konusu**" kıstası büyük bir oranda kabul görerek, bu usul izlenmeye başlandı. Buna göre suçlar üst kavramdan alt kavrama doğru bir "**vetire (oluşum, süreç)**" izlemektedir. Bu amaçla kanunlar genellikle bap ve fasıl sistemini takip etmektedirler. TCK da bu planı benimsemiş ve suçun hukuki konusuna bir bap ayrılarak, baplar daha alt kavramlar olarak fasıllara bölünmüştür.¹² Bununla birlikte TCK hareketin niteliği (2. Kitap, X.Bap), failin sıfatı (2. Kitap, III.Bap) ve suçun maddi konusu (2. Kitap, VI.Bap) kriterlerine de gruplandırmalarında yer vermiştir.¹³

Cürümlerin konusunu teşkil eden hukuki varlıklar genel olarak, kişiye ait hukuki varlıklar, aileye ait hukuki varlıklar, topluma ait hukuki varlıklar, devlete ait hukuki varlıklar ve devlet topluluklarına ait hukuki varlıklar olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁴

Aşağıda açıklanacağı üzere "**Göçmen Kaçakçılığı Suçları**"nın, hukuki konusu, topluma ait "**kamu düzeni ve kamu güveni**" ile kendileri üzerinden doğrudan veya dolaylı şekilde maddi menfaat temin edilmek için, genellikle

-
- 10 **Manzini**, Istituzioni di Dritto Penale Italiano, C.1, 9. Bası, Padova 1958, s.4 (zkr.**Tümerkan**, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşide etme Fiilleri) Kazancı Yayınları, İstanbul 1987, s.15); **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15; **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2001, s.3; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1999, s.17 vd.
- 11 **Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku**, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.Basım, Ankara 1983, s. 2 vd.; **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15.
- 12 **Bkz.Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, Ankara 1994, s.XXI-XXIV; **Dönmezer**, Kişilere, s.3; **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15; **Soyaslan**, s.19-23; Benzer içerikte: **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2002, s.1.
- 13 **Bkz. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2002, s.43.
- 14 **Bkz. Toroslu, Nevzat**, Cürümlerin Tasnifi Bakımında Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, No:273, Ankara 1980, s.307-369.

suç örgütleri marifetiyle başka ülkelere kaçırılan, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulan ve bu kişi ya da örgütlerin eline düşerek "**malvarlıkları**" ellerinden alınan veya vücut bütünlükleri ile şerefleri zedelenen insanların (göçmenlerin), "**maddi ve manevi bütünlükleri ile genel ve objektif malvarlığı**"nın korunmasıdır. Oysa "**Göçmen Kaçakçılığı Suçu**"nun düzenlendiği Kanun'un 2. kitabının "**Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler**" başlıklı 2. babının "**İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler**" ismini taşıyan 6. faslında bulunan md. 201'deki "**Çalışma Özgürlüğüne Karşı Suçlar**" da **[(Çalışma özgürlüğünün tahdit veya men'i(f.1), iktisadi amaçla işi bırakmaya zorlama (f.2) işyeri işgali(f.3)]**.¹⁵ korunan hukuki yarar, "**bireyin her türlü cebir ve şiddetten bağımsız olarak çalışabilmesini iş ve sanatını icra edebilmelerini sağlamak**" tan ibarettir. Burada genel anlamda çalışma özgürlüğü değil, sanayi ve ticaret faaliyetinde çalışma özgürlüğü korunmaktadır. Başka bir anlatımla hükümde söz konusu olan, bir sanayi ve ticaret faaliyetinde işveren durumundaki sanayici veya tüccar ile bu faaliyetlerde çalışan işçilerin sübjektif çalışma özgürlüğüdür. Bununla birlikte Kanunumuzda çalışma özgürlüğü aktif yönü itibarıyla koruma konusu oluşturmaktadır.¹⁶

Kendileri üzerinden maddî menfaat sağlanmak üzere, şiddet veya tehdit kullanılmaksızın genellikle suç örgütleri marifetiyle başka ülkelere kaçırılan, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulan ve bu kişi ya da örgütlerin eline düşerek malvarlıkları ellerinden alınan insanların (göçmenlerin) suçla korunmak istenen değerleri, ne iş ve çalışma hürriyeti, ne de şahsi hürriyet hakkıdır. Gerçekten, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulan, ülkede kalması veya ülkeden çıkması sağlanan mağdur, herhangi bir maddi veya manevi cebre maruz kalmamakta, ticaret veya sanayi faaliyetinde bulunma hakkı ve özgürlüğü elinden alınmamaktadır. Faillerin fiili sonucunda mağdurun "**maddi ve manevi varlığı (vücut bütünlüğü)**" zarara uğramakta veya "**genel ve objektif malvarlığı**"nda azalma meydana gelmektedir. Bu nedenle söz konusu suçun burada değil, ya "**Şahıslara Karşı Cürümler**" başlıklı Dokuzuncu Bap "**Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**" alt başlıklı İkinci Faslında, ya da Onuncu Bap'da, "**Mal Aleyhinde Cürümler**" içindeki "**Dolandırıcılık ve İflas**" başlıklı Üçüncü Faslında düzenlenmeliydi.

15 **Bkz. Ersoy, Yüksel**, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK .m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri) Ankara 1973, s.82-86; Son fıkraya ise her üç suç için bazı ağırlatıcı nedenlere yer vermiştir: **Bkz. Tezcan/Erdem**, s.117-120.

16 **Ersoy**, Çalışma ,s.82-86;**Tezcan/Erdem**, s. 117-120.

Nitekim bu hüküm 2001 TCK Öntasarısında, "**Özel Hükümler**"ın düzenlendiği İkinci Kitabın "**Kişilere Karşı Suçlar**" başlıklı Birinci Kısımının İkinci Bölümünde "**Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti**" alt başlığı ile düzenlenmiş ve bunun gerekçesi olarak ihlal edilen/korunan hukuki yararın niteliğinin göz önüne alınması gösterilmiştir. Tasarı bu gerekçeyle, söz konusu suçun topluma ve toplumun en büyük örgütlenmesi olan Devlete karşı değil, kişiye yönelik olduğunu kabul etmiştir.

II-GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇLARININ KONUSU

A- HUKUKİ KONU (KORUNAN HUKUKİ MENFAAT)

Suçun hukuki konusu, fiille ihlal edilen hak ve menfaat olarak tanımlanabilir.¹⁷ Gerçekten, Ceza Hukuku, ceza tehdidiyle, belirli bir hak ve menfaatin, muhtemel saldırılara karşı korunmasını hedef tutmaktadır¹⁸. Ancak, bu hak ve menfaatin ne olduğunu saptamak oldukça tartışmalı bir sorun olup, öğretilerde de çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.¹⁹ Genel olarak hak ve menfaat "**bize hizmet edebilen her türlü yarar**" olarak tanımlanmış,²⁰ "**bir insan gereksinimini tatmin eden herhangi bir şey**" olarak açıklanmıştır.²¹

Gerçekte, herhangi bir suçun tek bir hukuki değeri ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü her suç, asli ve tali nitelikteki çok çeşitli hukuki yararları ihlal edebilir. Bu açıdan, bir suçun koruduğu özel hukuki yarar tespit edilirken, kuşkusuz ki o fiil bakımından ön planda bulunan yararın ne olduğu araştırılmaktadır.

Devlet, ekonomik, sosyal, kültürel veya siyasi nedenlerle ülkesine giren, kalan veya transit olarak geçen göçmenlerin beraberinde getirdikleri sorunlarla uğraşmak zorunda kalmakta, bu kişilerin işledikleri veya işleyecekleri suçları kovuşturmaya veya önlemeye çalışmakta, bulaşıcı vs. hastalıkların tedavisi sağlamak ve yayılmasını önlemek için, vatandaşlarından onların ihtiyaçlarının sağlanması amacıyla aldığı vergi ve diğer kamu gelirlerini harcamak zorunda kalmakta, gerek iç, gerekse sınır güvenliği kaçak göç nedeniyle ortaya çıkabilecek yukarıda zikredilen hususlar ve buna benzer sayısız ne-

17 **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.234.

18 **Antolisei**, Manuale di Diritto Panale, Parte Generale, 7.Bası, Milano 1975, s.136 (zkr: **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15.)

19 **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 9.Bası, İstanbul 1985, s.379; **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15.

20 **Jhering** (zkr: **Antolisei**, s.135 ve **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15.)

21 **Antolisei**, s.137 (zkr: **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15).

denlerle bozulmakta veya bozulma tehlikesine maruz kalmakta ve bu şahısların sebep olduğu ucuz iş gücü nedeniyle vatandaşlarının iş kayıplarını telafi etmeye çalışmaktadır.²² Zikredilen ve dolaylı kabul edilebilecek olan bu hususların yanında, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek maksadıyla **"sahte kimlik veya seyahat belgeleri hazırlanması veya temini"** ile bu belgelere yönelik güven duygusu sarsılmakta ve özellikle de söz konusu suçun **"suç örgütleri"** tarafından işlenmesi halinde topluma ait birer varlık olan **"kamu düzeni ve kamu güveni"** ihlal edilmektedir. Bu durumda **"Göçmen Kaçakçılığı Suçları"**nın ihdas edilmesiyle korunan hukuki menfaatin ilki, **"kamu düzeni ile kamu güveninin korunması"**dır.

Bu suçla korunan ve ön planda olan ikinci hukuki menfaat ise kendileri üzerinden maddî menfaat sağlamak üzere, genellikle suç örgütleri marifetiyle başka ülkelere kaçırılan, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulan ve bu kişi ya da örgütlerin eline düşerek malvarlıkları ellerinden alınan, ekonomik ve psikolojik nedenlerle çaresiz kalan ve bu nedenlerle genellikle fiziksel ve manevi (ruhsal) acılar çeken ve bazen yaşam ve beden bütünlükleri bakımından onarılamayan zararlara uğrayabilen insanların (göçmenlerin) **"maddi ve manevi varlığı (vücut bütünlüğü) ile genel ve objektif malvarlığı"**dır. Bu nedenle suç, **"birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu"** bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten söz konusu suç mağdurları maddî menfaat sağlanmak üzere, insan onuruna yakışmayacak şekil ve koşullarda başka ülkelere kaçırılmakta veya yasal olmayan yollarla ülkeye sokulmakta ve çaresizliklerinden faydalanılarak malvarlıkları ile maddi ve manevi vücut bütünlüklerini kısmen veya tamamen kaybetmektedirler.

B- MADDİ KONU

Suçların hukuki konusu, onların maddi konularından kaynaklanmakla beraber, farklılık arz etmektedir. Gerçekten suçun maddi konusu, **"suçun cismini oluşturan insan veya şeydir"**.²³ **"Göçmen Kaçakçılığı Suçları"**nın maddi konusu suç mağduru göçmenin bizzat kendisi/bedeni ve malvarlığı değeridir. Bu değer (malvarlığı değeri), taşınır veya taşınmaz bir mal olabileceği gibi, ala-

22 Nitekim 2001 TCK Öntasarısında (s.62) bu husus **"...göçmen kaçakçılıkları sadece göçmen mağdurlara değil ve fakat ilgili devletlere de büyük zararlar vermektedir; madde bu suç faaliyetini önlemek amacıyla kaleme alınmıştır...."** şeklindeki ibare ile vurgulanmıştır.

23 **Dönmezet/Erman**, C.I, s.379; Gianniti, L'oggetto Materiale del Reato, Milano 1966, s.170 vd (zkr. **Tümerkan**, Dolandırıcılık, s.15); **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Temel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.459.

cak ve borçlardan doğan, hukuki işlemlere elverişli her türlü unsurdur. Bu bağlamda, kişinin evi, arabası, para veya mücevherleri, muaccel veya müeccel alacakları suçun maddi konusunu oluşturur. Belirtelim ki kişinin muaccel veya müeccel alacakları suç işlendiği anda somut (fiziki) olarak mevcut olmamakla birlikte, suçun maddi konusunu oluşturabilecek bir nitelik ve muhtevaya sahiptir. Sayılan malvarlığı değerleri, mağdurun malvarlığında azalmaya neden olan "**doğrudan maddi menfaat**" olarak değerlendirilmelidir.

III-FAİL

A-GENEL OLARAK

Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen "**göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkmalarını sağlama veya bu suça teşebbüs etmek suçu**" ile ikinci fıkrasında düzenlen "**kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suçu**"nın ilk farkı "**fail**" hususundadır. Bu nedenle her iki suçun failleri ayrı ayrı incelenecektir.

B-GÖÇMENLERİN ÜLKEYE GİRMELERİNİ, ÜLKEDE KALMALARINI VE ÜLKE DIŞINA ÇIKMALARINI SAĞLAMA VEYA BU SUÇA TEŞEBBÜS ETMEK SUÇUNUN FAİLİ

Bu suçun "**faili**" herhangi bir kimse olabilir. Bu nedenle söz konusu suç sadece belirli sıfat ve niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen mahsus (özel) bir suç olmayıp, herkes tarafından işlenebilecek genel bir suçtur. Bunun yanında fiilin işlenebilmesi için tek bir fail yeterli olduğundan, yani birden fazla kimselerin fail olarak bulunması zorunlu olmadığından suç tek failli bir suçtur.

Fail kamu idaresiyle arsında bir istihdam bağı bulunan bir memursa verilecek ceza diğer şartlarının da varlığı halinde TCK'nin 251 ve/veya 281. maddeleri gereğince arttırılır. Bu durumda failin fiilin aynı zamanda bir başka suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olmasının önemi yoktur. Zira göçmen kaçakçılığı suçu, ilerde içtima kısmında da belirtildiği üzere diğer suçlarla gerçek içtima kurallarına göre birleşmektedir. Bunun yanında göçmen kaçakçılığı suçlarında, failin memur olması, suçun unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüş değildir. Fail memurun göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkmalarını sağlama hususlarında yetkili olup

olmamasının bir önemi yoktur. Örneğin Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88/1.maddesine göre **"Ağır Cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez..."**. hükmü nedeniyle sınırdan geçerken aracı aranmayan bir hakim veya savcının bir kaçak göçmeni yurda sokması durumunda cezası TCK'nin 281. maddesi gereğince arttırılmadadır. Belirtelim ki, failin yetkili olması durumunda, örneğin rüşvet karşılığı söz konusu eylemleri gerçekleştirmesi durumunda, hem bu suçtan hem de rüşvet almak suçundan cezalandırılacaktır.

Temyiz kudretinden yoksunluk ve diğer isnadiyet halleri ile ilgili sorunlar genel ilkeler çerçevesinde çözümlenmelidir.

Tüzel kişi suçun faili olamaz.²⁴ Zira tüzel kişiler suç işleyebilecek maddi bünyeye ve hareket yeteneğine sahip değildirler. Bununla birlikte tüzel kişilerin yetkili organlarını oluşturan şahısların, yönetici veya temsilcilerinin söz konusu suçu işlemeleri halinde, kendi fiillerinden suç faili olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

C-KAÇAK ŞEKİLDE ÜLKEYE SOKULAN VEYA GİREN GÖÇMENLERİN ÜLKEDE KALMALARINI OLANAKLI KILMAK VEYA ÜLKEDEN ÇIKARMAK VE BU AMAÇLA SAHTE BELGE DÜZENLEMELİK VEYA TEMİN ETMEK VEYA BU SUÇA TEŞEBBÜS ETMEK SUÇUNUN FAILİ

Maddenin ikinci fıkrası **"göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkmalarını sağlama veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**nun faillerine verilecek ceza ile birlikte ayrıca **"kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**nu da tanımlamaktadır. Buna göre birinci fıkrada öngörülen bir suça iştirak etmiş olmaksızın, bu suç yoluyla ülkeye sokulmuş kaçak göçmenlerin maddi yarar elde etmek amacıyla yasal olmayan yollarla yurt dışına çıkarılmalarını veya yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılmak suç sayılmaktadır. Bu suçun **"ön koşulu"**, kaçak göçmenleri yurda sokmak suçuna önceden iştirak etmiş olmaktır; suça iştirak edilmiş ise ikinci fıkrada belirlenen eylemleri ayrıca gerçekleştirmek veya bunlara teşebbüs etmek suç oluşturmaz. O halde bu

24 Belirtelim ki hükümdeki müsadereye ilişkin özel düzenleme, bu duruma bir istisnadır (Bkz. Çalışmamızın VIII-A başlıklı yerine).

suçun faili olabilmek için **"önceki suçun asli veya ferî faili olmaması bir önkoşuldur"**. Başka bir anlatımla bu suçun faili **"göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkmalarını sağlama veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**na hiç bir şekilde iştirak etmemiş olan herhangi bir kimse olabilir. Bu durum dışında yukarıda (III-B) fail için söylediklerimiz burada da geçerlidir.

IV- MAĞDUR

A-GENEL OLARAK

Her suçta **"zarar gören bir tarafın (parte lase)/mağdurun"** olması zorunludur. Suç hem toplumu, yani teşkilatlanmış bir toplum olarak **"devleti"**, hem de **"fertleri"** zarara sokar. Bu zararların derecesi suça göre değişmekle birlikte, her suçta az veya çok her ikisi de bulunur. Belli bir şahsa karşı gözükmeyen suçlarda fertler, toplumun bir üyesi olarak, zarar gördükleri gibi; sadece fertlere karşı işlenmiş gibi gözükken suçlarda da, Devletin hukuk düzeni bozulduğu için toplumun zararı da mevcuttur.²⁵ Bu nedenle bütün suçlarda olduğu gibi **"göçmen kaçakçılığı suçu"**nun da tabii ve zorunlu mağduru **"Devlet"**tir.

"Korunan Hukuki Menfaat" başlıklı yerde de belirttiğimiz gibi, **"göçmen kaçakçılığı suçu"**, birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olup, koruduğu bir başka hukuki menfaat de, maddede nitelikleri genel anlamına göre farklı ve daha dar kapsamlı olarak **"göçmen/muhacir"** olarak nitelenen veya tanımlanan kimselerdir²⁶. Mağdur ancak nitelikleri tanımlama suretiyle belirlenen ve belli hukuki sıfatlara sahip (ör.vatansız, yabancı) bulunan **"göçmen/muhacir"**ler olabileceğinden bu suç **"mağdur bakımından özel/mahsus suç"**tur. Burada hemen belirtelim ki, **"aynı amaçla"** ve **"yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmaları sağlanan Türk vatandaşları"** da, maddede tarif edilen **"göçmen"** kavramı içindedir.

Maddedeki tanımdan yola çıkarak bir kimsenin bu suçun mağduru olabilmesi ve bu anlamda göçmen sayılabilmesi için;

- Yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunması veya

25 **Kunter, Nurullah**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1986, s.s.298 vd.

26 **"Suçun mağdurunu"**, **"suçun konusu"** ile karıştırmamak gerekir. Gerçekten suç teşkil eden harekete ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak ve yararın sahibi aynı kişi ise, suçun konusu ile mağdurun birleştiği görülmür. Örneğin müessir fiil suçlarında durum böyledir. Ancak bazı hallerde, suçun konusunu oluşturan kişi ile, ihlal edilen hak ve menfaatin sahibi farklı olabilir; örneğin küçüğün rızadan alıkonulmasında veya kaçırılmasında suçun konusu alıkonulan veya kaçırılan küçük olduğu halde, mağduru velayet hakları ihlal edilen ana ve babadır (**Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983, s.453-454).

- *Vatansız olması veya*

- *Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmiş bulunan bir kimse olması ve nihayet*

- *Yasal olmayan yollardan Türkiye’den çıkmaları sağlanan bir Türk vatandaşı* olmasının zorunlu olduğunu söyleyebiliriz. Hemen ilave etmek gerekir ki, tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar.

İlerde manevi unsur kısmında da değineceğimiz üzere bu kişilerin suç mağduru olabilmesi için **"doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde edilmek maksadıyla"**, Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmeleri veya ülkede kalmaları veya yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmaları sağlanmalıdır. Yoksa örneğin yasal prosedür izlenmeden, turistik amaçla ülkeye sokulan, burada kalması veya ülke dışına çıkması sağlanan kimse suç mağduru olamaz. Keza terör amacıyla veya sırf acıma duyguları nedeniyle herhangi bir maddi menfaat temin etmeksizin söz konusu fiillerin işlenmesi durumunda suç oluşmayacağından, ülkeye sokulan, burada kalması veya ülke dışına çıkması sağlanan kimsenin suç mağduru olması düşünülemez.

Belirtelim ki, **mağdurunun rızasının varlığının, yani faille anlaşmış olmasının suçun oluşumuna bir etkisi yoktur.** Ancak söz konusu rızasının olmaması bu suçun oluşumunu engelleyecektir. Zira mağdurun örneğin, başkası yararına zorla çalıştırılmak ve hizmet ettirilmek suretiyle elde edilecek maddi menfaat için şiddet veya tehdit uygulamak suretiyle, Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmeleri veya ülkede kalmaları veya yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmaları sağlanmışsa bu suç değil TCK md 201/b’ de düzenlenen **"insan ticareti suçu"** oluşur.

B- MAĞDURUN NİTELİĞİNE İLİŞKİN BAZI KAVRAMLAR

1-Vatandaşlık ve Vatandaş Kavramları

"Vatandaşlık (uyrukluk, yurttaşlık)", belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ²⁷ olduğuna göre **"vatandaş"**, zikredilen şekilde devletle arasında hukuksal bağ olan kişidir.

3.10.2001 t. ve 4709 s.K’la değişik 1982 TC Anayasasınının 66. maddesi Türk vatandaşlığını, **"Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk’tür. Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtti-**

27 **Aybay, Rona**, Vatandaşlık Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul 2001,s.5 vd; Bu kavram **"bir gerçek kişiyi devlete bağlayan hukuki veya siyasi bağ"** (Bkz.Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s.3) şeklinde de tanımlanmaktadır.

len hallerde kaybedilir..." şeklinde tanımlamakta ve kazanılma ile kaybedilme hallerini düzenlemektedir.

2- Yabancı Kavramı

Devletler Hukuku Enstitüsünün 1982 Cenevre Toplantısında kabul edilen tarife göre "**yabancı**" "**bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddia hakkı olmayan kimsedir**".²⁸ Yabancı, başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi vatansız, özel statülü yabancı, birden çok vatandaşlığı olan (biri Türk vatandaşlığı olmamak üzere) bir kişi veya bir mülteci de olabilir.²⁹

a- Vatansızlar

Vatansız, hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan ve herhangi bir devletin yasalarına göre vatandaş sayılmayan kişidir.³⁰

b-Özel Statülü Yabancılar ve Türk Vatandaşlığından Çıkarılanlar

Diplomatik temsilciler, NATO mensupları gibi, diğer yabancılardan farklı birtakım ayrıcalıklara sahip veya yasal düzenlemeler nedeniyle özel bir statüye tabi kişilere "**özel statülü yabancılar**" denir.³¹

Türk vatandaşlığını kaybedenler esas itibarıyla yabancı statüsünde olmalarına rağmen, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup ta sonradan Bakanlar kurulunun izniyle yabancı bir devlet vatandaşlığını alarak vatandaşlıktan çıkan kişiler ve bunların kanuni mirasçıları, milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler ile TVK' nin 33 ve 35. maddeleri saklı kalmak koşuluyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal edinme ve ferağı konularında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler (TVK md.29). O halde zikredilen bu kişilere (yabancılarla) de özel statülü yabancı diyebiliriz.

c- Çifte veya Çok Vatandaşlığı Olanlar

Bir kimsenin birden çok vatandaşlığı söz konusu olabilir. Bu durumda vatandaşlıklardan hiç biri bulunduğu devletin vatandaşlığı değilse kişi yabancı sayılır.³² Ancak kişinin sahip olduğu **vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise**, çifte/çok vatandaşlığa sahip bu kişiler, Türk hukuku bakımından Türk vatandaşı olarak işlem görürler. Türk Anayasasında ve Türk Vatandaşlığı Kanununda çifte vatandaşlığa engel bir hüküm olmadığından Türk vatandaşının

28 Bkz. **Çelikel, Aysel**, Yabancılar Hukuku, 7. Başkı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ocak 1997, s.16 ve dn.10.

29 Bkz. **Çelikel**, s.16; **Özbek, Nimet**, Türkiye'deki Yabancıların Öğretim ve Öğrenim Özgürlüğü, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, No:25, Ankara 2000, s.2-3 ve oradaki dipnotlar.

30 Bkz. **Çelikel**, Yabancılar Hukuku, s.17.

31 **Özbek**, s.3 dn.7.

32 **Özbek**, s.3 dn.8.

aynı zamanda yabancı bir devletin vatandaşı olması mümkündür. Söz konusu kişi aynı zamanda yabancı devlet vatandaşı da olsa, vatandaşlık sıfatına bağlı olan tüm haklardan, bu arada ülkeye girme, ülkede kalma ve yasalara uygun olarak ülkeden çıkma hakkından da yararlanabileceği açıktır.³³

d-Göçmenler ve Mülteciler

"Göçmen (ler) (muhacir)" (ing.immigrant)³⁴ sözlük anlamıyla "kendi ülkesinden ayrılarak, yerleşmek için başka ülkeye giden kimse, aile veya topluluk"dur.³⁵ Ülkeden ayrılma yani muhaceret çeşitli nedenlerden (ör.ekonomik, siyasi, coğrafi, askerî, dini vs.) kaynaklanmış olabilir.³⁶

Vatandaşı olduğu ülkeyi terk etme eyleminin aynı olması nedeniyle göçmen kavramına yakın olan ve çoğu zaman birbirleriyle karıştırılan "mülteci (ing. refugee)" kavramı ise, genel sözlüklerde "iltica eden, sığınan, himaye isteyen, diğer bir memlekete kaçıp sığınan kimse";³⁷ hukuk sözlüğünde, "herhangi bir cezai takibat veya mahkumiyetten kurtulmak ve mücrimlerin iadesi hükümlerine tabi olmamak maksadıyla tebaasından bulunmadığı devlet ülkesine kaçan kişi...,"³⁸ ve 14.6.1934 Tarihli İskan Kanunu'nda ise "Türkiye'de yerleşmek maksadı ile olmayıp, bir zaruretle muvakkat oturmak üzere sığınanlar" olarak tanımlanmaktadır. Türkiye'nin taraf olması³⁹ nedeniyle Türk hukuku için bağlayıcı olan başka bir tanım ise, 1951 tarihli "Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme" de mevcuttur. Buna göre "ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal guruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da yararlanmak istemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs" mültecidir.⁴⁰

33 Çifte Vatandaşlığa sahip kişilerin haklarına, özellikle milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin olarak bkz. **Gözler, Kemal**, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği", <http://www.20.uludag.edu.tr/~gozler/niv.html>, 02.11.2002

34 **Redhouse Sözlüğü**, İngilizce-Türkçe, Otuzuncu Baskı, Sev Matbaacılık ve Yayıncılık, İstanbul 2000, s.484; Belirtelim ki İngilizce'de içe göçen kişiye "immigrant", iç göçe "immigration", dışa göçen kişiye "emigrant" ve dış göçe ise "emigration" denildiği işaret edilmektedir (Bkz. **Gökdere**, s.11 dn. (*)) işaretine; **Aybay**, s.108 dn. 56).

35 Bkz. **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük**, <http://www.tdk.gov.tr/sozluk.html>, ilgili madde: **Aybay**, s.107.

36 Bkz. **Çelikel**, s.20; **Aybay**, s.107-108; Nedenlerinin, şeklinin, boyutunun vs. yönlerinin değişiklikler göstermesi, araştırmacılar da kendi amaçlarına yönelik tanımlar yapma yoluna gitmeleri nedeniyle "göç (ing.migration)" kavramının üzerine uzlaşmaya varılmış bir tanımı yoktur. Bununla birlikte en genel anlamıyla göçü, kişilerin oturdukları yerleri nispeten sürekli olarak ve kayda değer uzaklıklar içerisinde değiştirmesi olarak tanımlayabiliriz (**Gökdere**, s. 10).

37 **Redhouse**, s.815; **Doğan**, s.816.

38 **Türk Hukuk Lügati**, s.159.

39 Bkz. RG, 5.6.1961, 10898.

40 Tanımda yer alan unsurların tahlili için bkz. **Odman, M.Tevfik**, Mülteci Hukuku, Ankara 1995, s.84-123.

Görüldüğü gibi uluslararası hukukta özel bir anlamı ve buna bağlı olarak kendine has sonuçları olan ve hukuki bir kavram olarak ortaya çıkan mülteci kavramı ile özellikle ülkeyi terk etme/göç eylemi nedeniyle eşdeğer nitelikte algılanan göçmen kavramlarının tamamen farklı içerik ve sonuçları mevcuttur.

Burada hemen belirtelim ki "**göçmen (muhacir)**" kavramının sözlük anlamı maddenin (TCK md.201/a) kapsamına alınan ve suça özgü olarak tanımlanan göçmen kavramına göre oldukça geniştir. Gerçekten maddede göçmen kaçakçılığı "**Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.**" şeklinde tanımlanırken, göçmen olarak kabul edilebilecek kimselerin nitelikleri de belirtilmiştir. Bu tanımda yola çıkarak suç mağduru olabilecek "**göçmen/muhacir (ler)**"i "**doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddî menfaat elde edilmek maksadıyla, Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmeleri veya ülkede kalmaları veya yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmaları sağlanan, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimseler**" şeklinde tanımlayabiliriz.

V- MADDİ UNSUR

A-GÖÇMENLERİN ÜLKEYE GİRMELERİNİ, ÜLKEDE KALMALARINI VE ÜLKE DIŞINA ÇIKMALARINI SAĞLAMA VEYA BU SUÇA TEŞEBBÜS ETMEK SUÇUNUN MADDİ UNSURU (f.1)

Bu suçun maddi unsuru;

- Yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya
- Vatansız olan veya
- Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan bir kimselerin, maddî menfaat temin edilmek maksadıyla,

1. Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya

2. Ülkede kalmalarını veya

3. Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak,⁴¹

4. Ya da 1,2,3’deki fiillere (suçlara) teşebbüs etmektir.

41 Bkz. ve karşı. 2001 TCK Öntasarısı, s.63.

Belirtmek gerekir ki, yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatan-sız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin ve-rilmemiş bulunan kimselerin yanında Türk vatandaşlarının da **"yasal olma-yan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamak"** suçun vatandaşlar açı-sından maddi unsurunu oluşturur. Vatandaşın ülkeye girmesi ve ülkede kal-ması onun Anayasa ve uluslararası hukuk tarafından tanınmış doğal ve tem-el hakkı olduğundan (AY.md.23/son; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md.13; Temel Haklar ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md.12/4; AİHS 4. Nolu Ek Protokol md.3)⁴², bu hususlarda yasaya-aykırı davranılmış olması yani, **"ül-keye girme ve ülkede kalma"** eylemlerinde yasal prosedüre uyulmaması, bu fiillerin **"göçmen kaçakçılığı suçu"**nu oluşturmasını gerektirmez. Ancak bu durum diğer koşullarının varlığı halinde başka suçların oluşmasına da en-gel olmaz.

Yasal olmayan yollarla ülkeye giriş veya ülkeden çıkış genel olarak sah-te pasaport, vize veya kimlikler kullanılarak hudut kapılarından veya yürüye-rek, yüzerek, hayvan ya da araçlarla sınır bölgelerinden veya sürat botları, küçük tekneler ya da eski büyük gemilerle deniz yoluyla, TIR, kamyon vb. araçlarda gizlenerek karayoluyla kaçak olarak geçiş şeklinde gerçekleştiril-mektedir.⁴³

42 Bkz. **Aybay**, s.27-32; Ülkeye girme ve ülke dışına çıkma özgürlüğü konusunda monografik bir çalış-ma için bkz. **Aybay, Rona**, Amerikan, İngiliz ve Türk Hukuk Sistemlerinde Yurtdışına Çıkma ve Yur-da Girme Özgürlüğü, Ortadoğu Teknik Üniversitesi İdari İlimler Fakültesi Yayınları, No.26, Ankara 1975; Belirtelim ki milletlerarası hukukta **"devletin vatandaşı kabul ödevi"** nedeniyle vatandaşın ül-keye girişi koşullara bağlanamamakla birlikte, bu hususun ispatı için bazı normlar öngörülebilir. Örneğin Pasaport Kanunundaki vatandaşların ülkeye girişine ilişkin hükümler, **"vatandaşlığın ispatı"** ile ilgilidir.

43 İstanbul Emniyet müdürlüğünün kaçakçıların kullandığı yöntem ve güzergahlar konusundaki tespiti şöyledir:

-Havayoluyla Bosna Hersek gibi vize uygulamayan ülkelere yasal yoldan çıkış yapılması, daha son-ra temin edilen ve Avrupa ülkelerindeki ikamet ve seyahati kolaylaştıran sahte pasaport veya belge-lerle Avrupa ülkelerine geçilmesi.

-Karayoluyla otobüs, tr, kamyon gibi ulaşım araçlarında gizlenilerek giriş-çıkış yapılması.

-Kara sınırından yürüyerek veya binek hayvanı vasıtasıyla giriş-çıkış yapılması.

-Meriç gibi sınır nehirlerinden yüzerek veya botla çıkış yapılması.

-Türk vatandaşları veya Ülkemize çeşitli yollardan girmiş olan yabancı uyruklu şahısların otobüsler-le denizde kıyısı bulunan il ve ilçelerimize götürülerek buralardan Yunan adalarına illegal geçiş ya-pılması.

-Ege ve Akdeniz kıyılarından gemilere bindirilen göçmenlerin Yunanistan ve İtalya kıyılarına götü-rülmesi veya kıydan teknelerle açıkta bekleyen büyük gemilere göçmenlerin aktarılması.

-Hudut kapılarından sahte veya değiştirilmiş belgelerle giriş-çıkış yapılması.

-Batı Avrupa Ülkelerine ulaşan vatandaşlarımız sırf o ülkede kalabilmek için terör örgütleriyle irtiba-ta geçmeleri ve örgütçe tanzim edilen sahte belgelerle ilgili makamlara başvurarak siyasi suçlu oldu-ğunu veya işkence gördüğünü beyan ederek siyasi iltica talebinde bulunulması.

-Geçerli bir pasaportu olan, ancak vize alamayan kimselerin pasaportlarına sahte vizeler tatbik edile-rek yurt dışına çıkışlarının sağlanması (Bkz.http://www.iem.gov.tr/mali/mali_insankac.asp, 23.02.03)

B-KAÇAK ŞEKİLDE ÜLKEYE SOKULAN VEYA GİREN GÖÇMENLERİN ÜLKEDE KALMALARINI OLANAKLI KILMAK VEYA ÜLKEDEN ÇIKARMAK VE BU AMAÇLA SAHTE BELGE DÜZENLEMELİK VEYA TEMİN ETMEK VEYA BU SUÇA TEŞEBBÜS ETMEK SUÇUNUN MADDİ UNSURU (f.2)

Bu suçun maddi unsuru, "*daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri*", kendilerinden maddî menfaat elde etmek maksadıyla;

1. *yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarmak veya*
2. *Yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya*
3. *1 ve 2' deki maksatlarla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlamak veya temin etmek ya da*
4. *1, 2, 3' deki fiillere (suçlara) teşebbüs etmektir.*

Buradaki suçun oluşabilmesi için;

1. *Yukarıda 1.fıkıradaki tanımlanan suç yoluyla sokulmuş veya herhangi bir şekilde ülkeye girmiş kaçak bir göçmenin bulunması,*
2. *Failin 1. fıkradaki suçun faili olmaması veya söz konusu suçun herhangi bir şekilde iştirak etmemiş olması,*

olmak üzere iki ön koşul mevcut olmalıdır. Dolayısıyla ülkeye *yasal yollardan giren bir yabancıya yasal olmayan yollarla ülkede kalmalarını veya yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkılmalarını sağlamak veya bunlara teşebbüs etmek bu suç (f.2)* değil 1. fıkradaki suç oluşturur.

Her iki suç, zikredilen fiillerin birinin yapılmasıyla oluşacağından seçimlik hareketli ve fiillerin işlenme şekli önemli olmadığından serbest hareketli birer suçtur. Keza her iki suçun da ani suç veya mütemadi suç olarak karşımıza çıkması olasıdır. Zira fail göçmenin ülkede kalmasını olanaklı kılıyorsa, örneğin bu amaçla Türkiye içinde çeşitli yerlere kaçırarak saklıyorsa, ortada mütemadi bir suç vardır. Bu durumda suç temadinin kesildiği yer ve zamanda tamamlanmış olur.

Maddede zikredilen ülkeye girme ve çıkma fiilleri, Türkiye sınırlarından girildiği veya çıkıldığı anda gerçekleşmiş olacağından ve bu durumlarda ani bir suç söz konusu olur ve suç Türkiye'ye girilen veya çıkarılan yer ve zamanda oluşur.

Hükümde söz konusu olan "*ülke*" kavramı ile kastedilen "*Türkiye*" yani "*Türk Ülkesi*" dir. Türk ülkesi, Türk topraklarından, iç sularından (nehirler, göller, koylar, limanlar, kapalı denizler), karasularından ve bunların üzerindeki hava tabakasından teşekkül eder.⁴⁴

44 **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.155

Göçmen kaçakçılığı suçlarının maddi unsuruna ilişkin olarak "**ülkeye girmek**", "**ülkede kalmak**" ve "**ülkeden çıkmak**" kavramları üzerinde durmak zorunludur.⁴⁵

"**Ülkeye girmek**", "**Türkiye**"ye geçerli ve usulüne uygun olarak dahil olmak demektir. Her devlette olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti de ülkesine giriş ve çıkışı devlet olmanın gereği olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeler çerçevesinde yabancıların ülkeye alınıp alınmaması tamamen Devletin takdirindedir.⁴⁶

Türkiye'ye geçerli ve usulüne bir giriş yapabilmek için su şartlar bulunmalıdır:

- Türkiye'ye giriş, "**Giriş Kapılarından**" olmalıdır. Giriş kapılar Bakanlar Kurulu tarafından tayin edilir (PK md.1)⁴⁷.

- Pasaport veya pasaport yerine geçen bir belge ibraz edilmelidir(PK md.2)⁴⁸.

- Ülkeye girmek isteyen kişi Türkiye'ye girişi yasak olan kişilerden olmalıdır (PK md.8).

- Giriş vizesi alınmış olmalıdır (PK md.25).⁴⁹

"**Ülkede kalmak**" yani Türkiye'de "**bulunmak**" çeşitli nedenlerle ikamet etmek, çalışmak, gezmek, öğrenim görmek vs. şeklinde olabilir. Her ne şekil-

45 Bu konularda geniş bilgi için bkz: **Göğer, Erdoğan**, Pasaport Hukuku, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.63 vd.: **Tiryakioğlu, Bilgin**, Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı, İn: Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler (Bilimsel Toplantı) AÜHF, İstanbul 24-25 Eylül 1998, s.149-170.

46 Bu konudaki temel düzenleme 5682 s.PK olmakla birlikte başkaca düzenlemeler de vardır. Gerçekten Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar bir tarafa bırakılırsa, 5683 s. YİSHK, 2510 s. İskan Kanunu, 403 s.TVK, 2461 s. Mültecilerin Türkiye'ye Kabulü ve Yerleştirilmesine Dair Kanun, Savaşan Taraf Silahlı Kuvvetler Mensuplarından Türkiye'ye İltica Edenler Hakkında Kanun ile Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınmak Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, konumuza ilişkin önemli hükümler ihtiva etmektedir (Bu hususta bkz: **Ümit, Ceyda**, Mülteci Hukukuna Temel Bakış ve İltica-Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama, AD, yıl 92. Sa.8, Ankara Temmuz 2001, s.42-44).

47 (Değişik: 19/6/1984 - KHK 240; Aynen kabul: 7/11/1984 - 3073/1 md.) Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilirler. Gümrük kapılarının açılışında İçişleri Bakanlığının görüşü alınır.

48 (Değişik: 19/6/1984 - KHK 240; Aynen kabul: 7/11/1984 - 3073/2 md.) Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş - çıkış kapılarından polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar. Gümrük ve diğer işlemlerin yapılabilmesi için polis makamlarınca giriş veya çıkış işlemlerinin bitirilmesi şarttır. Kanunlar ve milletlerarası anlaşmalarla tespit edilenlerden başka, Türk vatandaşları ile yabancılar için, ne gibi belgelerin pasaport yerine geçerli kabul edilebileceği hususunda İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları müştereken karar almaya yetkilidirler.

49 Türkiye'ye giriş vizesi Türkiye sınırlarından içeriye girmeyi sağlamağa matuf bulunup ikamet müddetine müteallik bir şerhi havi bulunmadığı takdirde bu vizeyi hamil bulunan yabancıların Türkiye'de ikamet edebileceği müddet hakından her hangi bir hüküm ifade etmeyip bu husus yabancıların ikamet ve seyahatlerine müteallik mevzuat hükümlerine tabidir (Bu kuralın istisnası için bkz: PK md.5/II, 6/1,18/II).

de ve nedenle olursa olsun **Türkiye'de kalmanın/bulunmanın ön koşulu, "ülkeye" geçerli ve usulüne uygun bir şekilde girmiş olmaktır.** Ancak bu ön koşulun varlığı halinde ülkeye giren kimse, otomatik olarak ülkede ikamet etmek, çalışmak, gezmek, öğrenim görmek vs. hakkına sahip olmaz. Bu husus başta YISHK olmak üzere, çeşitli ilgili mevzuata tabidir. Belirtelim ki bu konudaki temel kural Türkiye'de bir aydan fazla kalacak yabancıların⁵⁰ ikamet teskeresi almalarıdır (YISHK md.3/1, 8,9,19).

Yabancıların Türkiye'de çalışma hakları bulunmakla birlikte⁵¹ bunların çeşitli koşulları ve sınırlamaları vardır (Bkz. AY md.16, 48). Bu konudaki temel ilke YISHK'de, **"Yabancılar Türkiye'de ancak kanunun men etmediği işleri tutabilirler"** (md.15) şeklinde ifade edilmiştir.

"Ülkeden çıkmak" açısından vatandaşlar ile yabancılar açısından farklılıklar vardır. Anayasaya göre herkes seyahat hakkına sahip olmakla birlikte (md. 23) bu hususlar kanunla sınırlanabilir. Ancak nasıl ki vatandaşın ülkeye giriş hakkı varsa, yabancıların ülkeden çıkış hakkı vardır. Bununla birlikte ülkesine girilen devletin bu konuda çıkarları zedelenmemelidir. Bu nedenle bu konuda sınırlamalar getirilmesi doğaldır. Bu bağlamda Türkiye'den çıkış PK md. 7'de düzenlenmiştir. Keza vatandaşların da ülkeden çıkış hakkı olmakla birlikte bu konuda sınırlamalar mevcuttur (PK md.7, 22-23).⁵²

50 İstisnalar için bkz: YISHK md. 4-6.

51 Bu konuda monografik bir çalışma için bkz. **Ökçün, Gündüz**, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti (Doktora Tezi), Ankara 1962.

52 Madde 7-Türkiye'den çıkış vizeye tabi değildir. Ancak, on sekizinci madde gereğince ita olunan pasaportlardan (B) nevinden olanların hamilleri bu pasaportu verilmiş tarihinden itibaren bir ay zarfında Türkiye'den çıkış suretiyle kullanmadıkları takdirde çıkış vizesi alacaklardır. (Üçüncü ve dördüncü fıkralar mülga: 28/5/1988 - 3463/5. md.)

Madde 22 - (Değişik: 28/5/1988-3463/3. md.) Yurt dışına çıkmaları; mahkemelere yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilene, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Ancak, yabancı memleketlere gitmeleri mahkemelere yasaklananlar dışında kalanlara, zaruri hallerde İçişleri Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile pasaport veya pasaport yerine geçen seyahat vesikası verilebilir. Bu durumda olanların açık kimlikleri (adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, ana ve baba adı ile nüfusa kayıtlı olduğu yer) ve tahdit sebebi, ilgili daireler tarafından mahallin polis makamlarına bildirilir. İlgili polis makamları da bu bilgileri alır almaz bağlı bulunduğu il emniyet müdürlüğü kanalıyla en seri haberleşme aracıyla yazılı olarak hudut kapısı bulunan emniyet müdürlüklerine, şahsın nüfusa kayıtlı olduğu il emniyet müdürlüğüne ve Emniyet Genel Müdürlüğüne bildirir. Bunların yurt dışına çıkışları engellenir ve kendilerine pasaport veya vesika verilmez, verilmişse geri alınır. Birinci fıkrada yazılı makamlar tarafından pasaport verilmesi veya yurt dışına çıkması yasaklananlarla, yurt dışında kalmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu tespit edilenlerin süreleri dolan pasaportları yenilenmez, kendilerine Türkiye'ye dönmeleri için seyahat vesikası verilir. Pasaport veya pasaport yerine geçen vesikalari kaybedenlerden, bunu haklı bir sebebe dayandırmayanlarla buldukları ülkelere sınır dışı edilmiş olanlara, bu ülkelere çıkarılış sebepleri gözönünde tutularak pasaport veya vesika verilmeyebilir.

Madde 23 - (Değişik: 25/2/1981 - 2418/4 md.) Bakanlar Kurulu, harp tehlikesi veya memleket güvenliğine veya sağlık durumuna dokunan diğer olağanüstü haller dolayısıyla Türk vatandaşlarının yabancı memleketlere gitmelerini kısmen veya tamamen men edebileceği gibi, siyasi ve ekonomik mülahazalarla sadece belli ülkeler için geçerli pasaport düzenlenmesine de karar verebilir. Harp tehlikesi, yabancı memleketlerde zühur edebilecek dahili karışıklıklar veya salgın hastalıklar sebebiyle veya siyasi veya ekonomik nedenlerle dış memleketlerdeki pasaport vermeye yetkili Türkiye Cumhuriyeti makamları, Dışişleri Bakanlığının talimatı veya muvafakati ile Türk vatandaşlarına verecekleri pasaportları, yalnız belli memleketlere gitmek için muteber olmak üzere tanzim edebilir. Yabancı memleketlerde bulunan Türk vatandaşlarından Türkiye'de haklarında bir cürümden dolayı kovuşturma yapılanlara, Türk mahkemelerince mahkum edilmiş bulunanların, Adalet Bakanlığının talebi üzerine veya muvafakatiyle Dışişleri Bakanlığınca verilecek talimata dayanılarak yabancı memleketlerdeki pasaport vermeye yetkili Türkiye Cumhuriyeti makamlarınca pasaportları iptal edilir ve yalnız Türkiye'ye dönmeleri için ve verilmiş tarihinden itibaren en fazla bir ay içinde sahibi tarafından bulunduğu memlekete ve bilahare geçeceği memleketlerden ayrılmak suretiyle kullanılmak şartıyla seyahat belgesi verilir.

VI-MANEVİ UNSUR

Her iki suç da kasıtlı suçlardan olup fail, **"yabancı bir devlet tâbiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamalı"** ve bu fiilleri **"bilerek ve isteyerek"** yapmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, sanık bu fiillerini **"doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla"** işlemelidir. Gerçekten bu suçtaki asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları yani ekonomik zorlukları nedeniyle kendilerine bir gelir kapısı açmak veya daha iyi bir yaşam seviyesi elde etmek için çıkar yol arayan insanlardır. Bu durumda suç, genel kastın yanında **"özel kastın da bulunmasıyla işlenebilen"** bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu unsur, suçu örneğin terör maksadıyla bazı kişileri ülkeye sokmak fiillerinden ayırmak olanağını vermektedir.

Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Örneğin zorunlu sebeplerle veya yanılığ sonucu Türk karasularına (ülkesine) giren bir gemi kaptanı bu suçtan sorumlu tutulamaz.

VII- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- TEŞEBBÜS

Failin kastettiği eylemi gerçekleştirmek üzere icra hareketlerine başladığı halde, elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamaması haline teşebbüs denmektedir (TCK md.61, 62). Maddenin ikinci fıkrasında bu suçlara teşebbüsün de tamamlanmış suçlar gibi cezalandırılması açıkça öngörüldüğünden TCK md.61, 62 anlamında teşebbüsün hiçbir hali düşünülemez ve fail tam olarak ceza görür. Örneğin TIR aracı içinde ülkeye sokulmak istenen kaçak göçmenler sınırda yapılan kontroller sırasında görevlilerce yakalanırsa veya kaçak göçmenler için kullanılmak üzere bir atölyede hazırlanan kimlik belgeleri güvenlik görevlilerince ortaya çıkarılırsa fail maddedeki özel düzenleme gereğince tamamlanmış suçlar gibi cezalandırılacaktır.

Failin, **"Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını sağladığı kişilerin, yabancı bir devlet tâbiyetinde veya vatansız veya Türkiye'de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimseler"** olduğunu zannetmesi, ancak bunların örneğin Türk vatandaşı veya oturmasına izin verilmiş bir kişi olması durumunda, ortada suçun konusunun bulunmaması nedeniyle dayalı tipik bir işlenemez suç söz konusu olur ki, bu durumda eylem suç oluşturmaz. Gerçekten icra

hareketlerin başladığı anda ülkeye girmesi veya kalması yasak olan bir göçmen değil, tam tersine bu konuda ki temel haklara sahip bir vatandaş söz konusudur. Hemen belirtelim ki şartların varlığı durumunda fiilin başkaca suçları oluşturması olasıdır.

B- İŞTİRAK

1- Göçmenlerin Ülkeye Girmelerini, Ülkede Kalmalarını ve Ülke Dışına Çıkılmalarını Sağlama veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunda (f.1) İştirak

Bu suça iştirakin her türü mümkün olup, genel kurallar uygulanır. Ancak fail kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin bilahare ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek fiillerini ika ettiği takdirde bu suça iştirak ettiği için değil, **"kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**nu(f.2) işlediği için cezalandırılır. Başka bir anlatımla kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin bilahare ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suretiyle suça iştirak mümkün değildir. Zira söz konusu fiil maddenin ikinci fıkrasında ayrıca cezalandırılmaktadır.

2- Kaçak Şekilde Ülkeye Sokulan veya Giren Göçmenlerin Ülkede Kalmalarını Olanaklı Kılmak veya Ülkeden Çıkarmak ve Bu Amaçla Sahte Belge Düzenlemek veya Temin Etmek veya Bu Suça Teşebbüs Etmek Suçunda (f.2) İştirak

Bu suça da iştirakin her türü mümkün olup, genel kurallar uygulanır. Ancak fail **"göçmenlerin ülkeye girmelerini, ülkede kalmalarını ve ülke dışına çıkılmalarını sağlama fiilinin faili"** (f.1) ise bu suça iştirak edemez. Zira önceki suçta asli veya ferî fail olması nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir. Başka bir anlatımla, ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin bilahare ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek fiillerini ika ettiği takdirde, fail bu suça iştirak ettiği için değil, **"kaçak şekilde ülkeye sokulan veya giren göçmenlerin ülkede kalmalarını olanaklı kılmak veya ülkeden çıkarmak ve bu amaçla sahte belge düzenlemek veya temin etmek veya bu suça teşebbüs etmek suçu"**nu(f.2) işlediği için cezalandırılır.

C- İÇTİMA

TCK'nin 201/a-2. maddesine göre göçmen kaçakçılığı suçlarının faillerine **"fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca⁵³ iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir..."**. Bu durumda bu suçta fikri içtima (TCK md.79) hükümleri uygulanmaz ve fail gerçek içtima kurallarına göre (TCK md.78) her fiilinden ayrı ayrı sorumlulu tutulur. Yani fail fiili ile ihlal ettiği tüm yasa hükümleriyle ayrı ayrı cezalandırılır. Örneğin şartların oluşması durumunda rüşvet veya dolandırıcılık suçundan veya pasaport kanununa aykırılıktan ayrıca cezalandırılır. Ancak müteselsil suç hükümlerinin uygulanması (TCK md.80) şartların varlığı halinde mümkündür.

Suçlar seçimlik hareketli birer suç olduğundan, maddede tarif edilen eylemlerin birinin icrasıyla tamamlanacaktır. Ancak hemen belirtelim ki, birinin veya birkaçının icrası suçun teklifiğini etkilemez. Örneğin fail tarafından ülkeye kaçak bir şekilde sokulup, bir süre burada kalması sağlandıktan sonra yine kaçak bir şekilde ülkeden çıkarılmasında eylem birden fazla ise de tek bir suç vardır ve bu nedenle fail de bir kez cezalandırılır.

Suçla korunan hukuki yarar topluma ait **"kamu düzeni ile kamu güveninin korunması"** yanında, genellikle suç örgütleri marifetiyle başka ülkelere kaçırılan, yasal olmayan yollarla ülkeye sokulan ve bu kişi ya da örgütlerin eline düşerek malvarlıkları ellerinden alınan, ekonomik ve psikolojik nedenlerle çaresiz kalan ve bu nedenlerle genellikle fiziksel ve manevi (ruhsal) açılar çeken ve bazen yaşam ve beden bütünlükleri bakımından onarılamayan zararlara uğrayabilen insanların (göçmenlerin) ayrı ayrı **"maddi ve manevi varlığı ile genel ve objektif malvarlığı"** olmakla birlikte, bu husus müteselsil suç (TCK md.80) hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağından,⁵⁴ diğer şartların varlığı halinde **"birden çok göçmenin aynı anda veya farklı zamanlarda kaçırılması"** durumunda tek ceza verilmeli ve bu ceza TCK md.80 gereğince arttırılmalıdır.

53 TBMM Genel Kurulunda Yasası bu hükmünün görüşülmesi sırasında bu husus tartışılmış ve **"fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca"** ibaresinin fıkra metninden çıkarılması teklif edilmiş ise de kabul edilmemiştir. Söz konusu önergeye hükümet adına Adalet Bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami Türk verdiği cevapta **"..... Türk Ceza Kanununun 79 uncu maddesine göre, bir kimse, işlediği bir fiille kanunun çeşitli hükümlerini ihlal ettiği zaman, bunlardan en şiddetlisiyle cezalandırılır; ancak, suçla etkili mücadele için, kanunun çeşitli hükümlerinde bu kuralın istisnaları vardır. Nitekim, Türk Ceza Kanununun 264, 536 ve 537 nci maddelerinde, şimdi çıkarılması istenen hükme benzer hükümler vardır. Bu suçla etkili bir biçimde mücadele edebilmek için, aynı zamanda, hem yeni düzenleme konusu olan bir suç hem örneğin Pasaport Kanununa muhalefet gibi bir suç işlemişse, her ikisinden dolayı ceza verilmesi amaçlanmaktadır."** şeklindeki ifadesiyle, bu hususu söz konusu suçla etkili şekilde mücadele edebilmek açısından benimsediklerini belirtmiştir.

54 Yargıtay'ın genel eğilimi kişiye karşı işlenen suçlarda TCK'nin 80. maddesinin uygulanmaması yönündedir (Bkz. İBK. Haziran 1929, 26/10; CGK, 27.3.1995, 8-58/86)

VIII- SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

A- AĞIRLATICI SEBEPLER

Maddenin ikinci fıkrası göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine verilecek cezayı 3. ve 4. fıkraları ise ağırlatıcı sebepleri tanımlamaktadır. Buna göre söz konusu suçlar;

1. Kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu takdirde⁵⁵ veya,

2. İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınmalarına neden olduğu hâllerde,⁵⁶

faillere verilecek cezalar, yarısı oranında veya;

3. Ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak ve ayrıca,

4. Örgütlü olarak işlendiği takdirde, faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.

Tüm bunların yanında TCK'nin 29. maddesindeki esaslar çerçevesinde, failinden kaynaklanan arttırıcı nedenler de (ör.TCK md.251, 281) uygulanacaktır.

B-HAFİFLETİCİ SEBEPLER

Yasa özel bir hafifletici sebep öngörmemekle birlikte, genel hafifletici sebeplerin uygulanmasını engelleyen bir hüküm de vazetmemiştir. Bu nedenle ilke olarak genel hafifletici nedenlerin, şartlarının varlığı halinde uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Suç kişinin maddi ve manevi varlığının yanında aynı zamanda malvarlığına karşı işlenen bir cürüm olmasına rağmen "**Mal Aleyhinde Cürümler**" başlığını taşıyan onuncu bapta düzenlenmediği için, sağlanan maddi menfaatin değerinin azlığının bir önemi yoktur ve bu nedenle TCK'nin 522. maddesindeki hafifletici neden uygulanmaz.⁵⁷ Ayrıca kanımca bu suç tipinde mağdurun sanığa karşı ağır ve haksız bir tahrikte bulunarak, onun bu nedenle gazap ve elem duymasına sebep olabilmesi olası görünmediğinden genel haksız tahrik hükümleri de uygulanamaz.

55 Örneğin taşıma kapasitesinin çok üzerinde bir gemiye veya uçağa göçmen yüklenmesiyle, kaçak göçmenlerin yaşam veya vücut bütünlüklerinin tehlikeye sokulması, hastalanmalarına veya yaralanmalarına sebep olunması veya bu olasılığın geminin batma, uçağın düşme şeklinde bir tehlike atlatmasında olduğu gibi ciddi olarak ortaya çıkması hali.

56 Örneğin aç-susuz halde veya yük taşımaya mahsus olan yerlerde vs. taşınması.

57 Yasa Koyucu'nun suçun TCK'deki yerini belirlerken gösterdiği özensizliğin ve/veya isabetsizliğinin olumsuz yönü, burada açık olarak kendisini göstermektedir. Gerçekten, sağlanan maddi menfaatin hafif veya pek hafif olması durumunda cezanın indirime tabi tutulmaması adalet duygusunu rencide edebilecek nitelik ve boyuttadır.

VIII- MÜEYYİDE VE USUL HÜKÜMLERİ

A- MÜEYYİDE

Maddenin ikinci fıkrası göçmen kaçakçılığı suçlarının faillerine verilecek cezayı da tanımlamaktadır: Buna göre suçların faillerine, **"fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler müsadere edilir. Söz konusu suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınmalarına neden olduğu hâllerde failere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur. Bunun yanında adı geçen suçlar örgütlü olarak işlendiğinde failere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur".**⁵⁸

Maddedeki **"ağır para cezası"**nın üst sınırı gösterilmediği için miktar 2002 yılı için 54.526.024.800 TL'dir. Zikredilen bu para cezalarının (alt ve üst sınırların) 4421 s. Kanun uyarınca her yıl **"yeniden değerlendirme oranına"** göre atırılacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken ve önemli olan husus, maddede zikredilen (f.2) **"....suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler müsadere edilir...."** şeklindeki hükmüdür. Hüküm TCK' nin 36/1. maddesinde de öngörülen hüküm gibi, bir **"fer'i ceza"** hükmüdür.⁵⁹ Fakat bu hüküm, uygulanma koşulları açısından TCK'nin 36. maddesinden farklıdır⁶⁰; vazedilmesi sebepsiz değildir ve Türk

58 Örneğin suç, örgütlü olarak ve öncelikle kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye sokarak veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınarak işlenmişse temel cezanın alt sınırdan belirlendiği varsayımıyla ceza şu şekilde tayin edilmelidir: **(2 yıl ağır hapis ve bir milyar TL ağır para cezası) + (2 yıl ağır hapis ve bir milyar TL ağır para cezası) x1/2= 3 yıl ağır hapis ve bir milyar beş yüz milyon TL ağır para cezası, suç örgütlü işlendiği için, (3 yıl ağır hapis ve bir milyar beş yüz milyon TL ağır para cezası) x2= 6 yıl ağır hapis ve üç milyar TL ağır para cezası olur.** Bu varsayımında ayrıca ölüm meydana gelmişse temel ceza kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye sokarak veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tâbi kılınarak işlenmesi nedeniyle değil doğrudan ölüm nedeniyle bir kat artırılarak hükmedilir. Yani: **(2 yıl ağır hapis ve bir milyar TL ağır para cezası) x2= 4 yıl ağır hapis ve iki milyar TL ağır para cezası, suç örgütlü işlendiği için, (4 yıl ağır hapis ve iki milyar TL ağır para cezası) x2= 8 yıl ağır hapis ve dört milyar TL ağır para cezası olur.**

59 Yargıtay TCK' nin 36/1. hükmünü fer'i ceza değil, tedbir olarak kabul etmektedir(ör.bkz.CGK; 04.12.1989, 3-330/386).

60 TBMM Genel Kurulunda Yasamı bu hükmünün görüşülmesi sırasında bu husus tartışılmış ve **"suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar"** ibaresinin hükmünden çıkarılması teklif edilmiş ise de kabul edilmemiştir. Söz konusu önergede gerekçe olarak bu hükmün **"taşıt sahibinin bilgisi olmadan işlenen eylemler nedeniyle söz konusu taşıtların müsadere edilmesine neden olacağı"** gösterilmiş; hükümet adına Adalet Bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami Türk verdiği cevapta **"Sayın Başkan, burada, söz konusu taşıtların müsadere söz konusudur; ancak, müsadere, Türk Ceza Kanununun 36 ncı maddesi anlamında kullanılmıştır. İzin verirsiniz, tutanaklara geçmesi bakımından, 36 ncı maddenin birinci fıkrasını okumak istiyorum: 'Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikâbından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkûmece zabıt ve müsadere olunur.' Görüldüğü gibi, eğer, kullanılan taşıt başkasına aitse, o zaman müsadere söz konusu değildir."** şeklindeki gerekçeyle önerenin reddini istemiştir. Bu düşünce aşağıda açıklanacağı üzere doğru ve özellikle mantıklı kabul edilemez. Her şeyden önce 36. maddeden farklı değilse, niçin bu hükmeye ihtiyaç duyulduğunun mantıklı olarak izahı imkansızdır.

hukukunda benzer özel müsadere hükümleri (ör.6831 sayılı Orman Kanunu md.108/4; Kaçakçılık Kanunu md. 47) mevcuttur.⁶¹

Hükmün TCK'nin 36. maddesinden farkını anlayabilmek için, öncelikle 36.maddeye göz atmalıyız:

MADDE 36 - (Değişik: 2275 - 8.6.1933) Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikâbından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabıt ve müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabıt ve müsadere olunur.

Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabıt ve müsadere olunur.

Maddenin ilk fıkrasında mahkumiyet halinde, mahkumun malvarlığının bir kısmının mülkiyetinin "**fer'i ceza**" olarak; ikinci ve üçüncü fıkralarında bizzatîhi kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden bir eşyanın bulunması halinde de bunun mülkiyetinin "**tedbir**" olarak Devlete geçmesi düzenlenmiş olup, buna "**müsadere**" denmektedir.⁶²

TCK'nin 36/1. maddesindeki fer'i ceza olan müsadereye hükmedebilmek için;

- 1- Müsadereye konu olacak bir eşya bulunmalı ve bu eşya;**
 - a- Kasten işlenen bir cürüm veya kabahatte kullanılmalı veya**
 - b- Bu cürüm veya kabahatte kullanılmak üzere hazırlanmalı veya**
 - c- Fiilin işlenmesinden meydana gelmeli ve ayrıca,**
- 2- Faile ait olmalı veya**
- 3- Başkasına aitse söz konusu kişinin rızası bulunmalı ve nihayet,**
- 4- Fail asıl suçtan mahkum olmalıdır.**

TCK' nin 201/a maddesinin de (f.2) öngörülen müsadere şartlarının bir kısmı bu hükümle aynı olmakla birlikte bazı önemli farklılıklarda vardır. Bu madde hükmüne göre;

- Göçmen kaçakçılığı suçlarının işlenmesinde kullanılan;

1- Taşıtlar,

61 Bu hususta ve genel olarak müsadere hususunda geniş bilgi için şu monografik çalışmaya bakınız: **Gedik, Doğan**, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Adil Yayınevi, Ankara 2001.

62 Bkz. **Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa, R/ Özbek, Veli Ö.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler,(Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Ankara 200, s.136.

**2-Bu fiil nedeniyle elde edilen maddî menfaatler,
müsadere edilir.**

Görüldüğü üzere burada söz konusu olan taşıtların faile ait olması veya olmamasının veya faile ait değilse, taşıt sahibi üçüncü kişinin faile methali olmamasının bir önemi yoktur. Başka bir anlatımla **suçta kullanılan taşıtlar fiili bilmeyen üçüncü kişilere ait olsa bile müsadere edilecektir.** Ancak bu konuda, Anayasamızda da zikredilen **"Ceza sorumluluğu şahsidir"(AY md.38/6)** ve **"kusursuz suç ve ceza olmaz"** şeklindeki evrensel ve temel ceza hukuku prensiplerine aykırı bir yorum ve uygulamaya gidilmemelidir. Gerçekten ceza hukukunda failin ancak kendi fiilinden sorumlu tutulması ve bunun içinde en az taksir derecesinde kusurlu olması gerektiğine göre, bu hükmün uygulamasında da failin fiilinden üçüncü kişilerin en az taksir derecesinde kusurlu olmasını aramak zorunludur.⁶³ Aksi halde hükmün Anayasaya açık şekilde aykırı olması söz konusu olur ki Yasa Koyucunun bilerek böyle bir düzenlemeyi öngördüğü düşünülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeye benzer nitelikteki 6831 s.K. 108/son. maddesini 1961 Anayasasının 33. maddesindeki (1982 Anayasası md 38.) **"ceza sorumluluğu şahsidir"** hükmüne aykırı görmezken,⁶⁴ belirttiğimiz bu mülahalalara dayanmıştır.

O halde burada üçüncü kişinin, kendisine ait taşıtların, en azından genel kullanıma yönelik olarak rızası/bilgisi dahilinde failin zilyetliğinde olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Bu durumda söz konusu taşıtların failce çalınma, gasp veya esaslı bir hataya düşürülme sonucu ele geçirilmiş olması durumunda⁶⁵ en az taksir derecesinde dahi sorumluluk mevcut olmadığından, müsadere de düşünülemez.⁶⁶

Tüzel kişilerin organlarını oluştururken ve temsilcilerini seçerken basiretli davranmaları gerektiğinden, taşıtlarını suçta kullanan organ veya temsilcilerinin eylemlerine en az taksir derecesinde iştirak etmiş sayılır ve bu nedenle söz konusu taşıtları müsadere edilir.⁶⁷

63 6831 s.K. 108/son. maddesi açısından bkz. ve karşı. **Gedik**, s.97.

64 21.9.1966; 30.9.1969, 17/49. Bu karar hakkındaki bir değerlendirmeye için bkz. **Centel, Nur**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.570.

65 Yargıtay bu hükmü büyük aranda benzeyen Orman Kanunu md 108/4 ve kaçakçılık kanunu md.47 açısından sadece **"hırsızlık veya gasp gibi zorla elden çıkma durumlarında"** araçların müsadere edilemeyeceğini kabul etmektedir (ör bkz.YİBK, 5.4.1950, 21/7; CGK; 18.3.1979, 69/132; 3.CD. 25.3.1987,2885/4279).

66 **Centel** (s.571), Kaçakçılık ve Orman Kanunundaki müsadereye ilişkin görüşünü belirlerken, kasti bir suçla taksirle iştirakin mümkün olmadığını, bu nedenle gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi gerekçesiyle üçüncü kişiye ait aracın müsaderesinin cezanın kişiselliği ilkesi ile bağdaşmadığı düşüncesindedir.

67 İnceleme konumuz olan suçla ilgili olarak belirtilmemiş olmamakla birlikte tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan ve suçta kullanılan eşyaların müsadere edilemeyeceğini savunan bir görüş için bkz.**İçel,Kayhan/Sokulu-Akıncı, Püsun/ Özgenc, İzzet/ Sözlür, Adem/Mahmutoğlu, Selami F/Ünver, Yener**. İçel Yaptırım Teorisi, 3.Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.143.

Maddenin TCK'nin 36. maddesine göre dar olan yönü ise, müsadereye konusunun **"taşıtlar ve fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler"** ile sınırlı olmasıdır. Bunun dışında suçta herhangi bir eşya kullanılmışsa bu maddeye göre değil, genel hüküm olan 36. maddeye göre müsadere edilecektir. Suçta kullanılan sahte kimlikler veya bunların yapımında kullanılan araçlar bu hususa örnek verilebilir.

Belirtelim ki burada zikredilen **"taşıtlar"** ibaresinden **"kara, deniz ve hava"** yoluyla taşıma (eşya, yolcu vs.) için kullanılan her türlü vasıta. Söz konusu taşıtın kullanım amacı, şekli ve diğer hususları önemli değildir. Hatta canlı hayvan olmasının da bir önemi yoktur. Zira burada önemli olan husus, söz konusu vasıtalarla insanların fiili olarak taşınabilmesidir.

B- USUL HÜKÜMLERİ

1- Görevli Mahkeme

Maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza **"ağır hapis"** olduğundan, görevli mahkeme **"ağır ceza mahkemesi"**dir (bkz.469 s.K md.4/1; 825 s.K.md.27/1). Ancak suç görevi nedeniyle bir memur tarafından işlenmişse 4483 s. Kanun md. 12 ve 13 göre belirlenecek mahkemelerdir.

2-Yetkili Mahkeme

Suçun işlendiği yer mahkemesidir (CMUK md.8). Suçun işlendiği yerden maksat, hareketin gerçekleştirildiği veya neticen ortaya çıktığı yerdir. O halde kaçak göçmenlerin;

- **Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerinin sağlandığı yer mahkemesi veya**
- **Yasal olmayan şekilde ülkede kaldığı/barındırıldığı yer mahkemesi/ mahkemeleri veya**
- **Yasal olmayan yollardan ülke dışına çıktıkları/çıkarıldıkları yer mahkemesi ya da**
- **Yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılmak için sahte kimlik veya seyahat belgelerinin hazırlandığı yer mahkemesi**

yetkilidir.

Suçun işlendiği yer mahkemesi belli değilse sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa ikametgahı mahkemesi yetkilidir (CMUK md.9/1). Sanık Türkiye' de ikamet etmiyorsa sanığın Türkiye'deki en son ikametgahı mahkemesi (CMUK md.9/2), bu şekilde dahi görevli mahkeme tayin edilemiyorsa,

muhakeme usulüne ait ilk usulü muamelenin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir (CMUK md.9/son).

3- Kovuşturma

Şikayete veya şahsi davaya tabii değildir. Re'sen takip edilir.

Suç görevi nedeniyle bir memur tarafından işlenmişse soruşturma 4483 s. Kanun gereğince yürütülmelidir.

"Göçmen Kaçakçılığı Suçları", çıkar amaçlı suç örgütleri marifetiyle işlenemez. Zira örgüt hedefine ulaşmak üzere insanları yıldırma ve korkutma yahut sindirme gücünü kullanarak suç işlerse bu suç değil, diğer şartların varlığı halinde, TCK md 201/b' de düzenlenen "insan ticareti suçu" oluşur.

4-Şahsi Haklar

Mağdur suçtan doğrudan zarar gördüğünden davaya müdahil olabilir (CMUK md.365-372), maddi ve manevi tazminat isteyebilir (TCK md. 37, 38). Mahkeme CMUK' nin 358. maddesi gereğince bu talep hakkında karar verir.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere Türk Ceza Hukukuna ilk defa giren göçmen kaçakçılığı suçu ile ilgili özet olarak şunları söyleyebiliriz:

- TCK'ye eklenen bir suçun, ilgisi olmayan bir çok düzenleme ile birlikte yapılması, yasalasma sürecinde üzerinde yeterince tartışılmamasına neden olmuş ve bu husus çalışmamız boyunca izah ettiğimiz olumsuzlukların nedenlerinden biri olmuştur.
- Hükmün kaleme alınışı uygulamada sorun yaratacak derecede karmaşık ve başarısızdır.
- Hükmün düzenlendiği yer isabetsizdir. Bu husus, özellikle sağlanan menfaatin hafif veya pek hafif olması durumunda, TCK'nin 522. maddesi gereğince cezadan indirim yapılamamasına ve bu nedenle adalet duygusunun rencide olmasına neden olacak niteliktedir.
- Müsadereye ilişkin hüküm, ceza sorumluluğunun şahsiliğine ve kusursuz suç olmaz ilkelerine aykırı uygulama yapılmaya neden olacak şekilde müphemdir.

BİBLİYOGRAFYA*

Abadan-Unat, Nermin, Batı Avrupa ve Ortadoğu'ya Göç Eden Türk İşgücünün Sosyal Yasalar ve Toplum Yapısı Üzerindeki Etkileri, İbrahim Yasa'ya Armağan, AÜSBF Yayınları No.519, Ankara 1983

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2002

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener, Gerekçeli Ceza Kanunları Güven Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 2003

Aybay, Rona, Amerikan, İngiliz ve Türk Hukuk Sistemlerinde Yurtdışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü, Ortadoğu Teknik Üniversitesi İdari İlimler Fakültesi Yayınları, No.26, Ankara 1975

Aybay, Rona, Vatandaşlık Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul 2001

Centel, Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2001

Çelikel, Aysel, Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Beta yayınevi, İstanbul, Ocak 1997

Çiçekli, Bülent, The Legal Position of Turkish Immigrants in The European Union, Ankara 1998

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Temel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

Demirbaş, Timur/Özbek, Veli Özer/ Eker, Behiye, İçtihatlı Ceza Kanunları, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

Doğan, D.Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 7.Baskı, Ankara 1990

Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2001(Kişilere)

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 9.Bası, İstanbul 1985

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.Basım, Ankara 1983

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997

Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK .m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri) Ankara 1973

Gedik, Doğan, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Adil Yayınevi, Ankara 2001.

Göger, Erdoğan, Pasaport Hukuku, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1973

Gökdere, Ahmet, Yabancı Ükelere İşgücü Akımı ve Türk Ekonomisine Etkileri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, No.96, Ankara 1978

Gözler, Kemal, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği", <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/mv.html>, 02.11.2002

* Dipnotlarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali, AÜHFD, C.28, 1971, Sa.1-4

Hafizoğulları, Zeki, Zina Cürümleri, İstanbul 1983(Zina)

İçel, Kayıhan/ Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Hukukuna Giriş, in: Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 1989 **İçel, Kayıhan/Sokulu-Akıncı, Fusun/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Selami F/Ünver, Yener**, İçel Yaptırım Teorisi, 3.Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul 2000

İlkiz, Fikret, "Gereğçeli Durum Saptaması", http://eu.ibsresearch.com/news_display.asp?upsale_id=2069, 29.09.2002.

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1986

Ökçün, Gündüz, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti (Doktora Tezi), Ankara 1962

Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, Ankara 1994

Özbek, Nimet, Türkiye'deki Yabancıların Öğretim ve Öğrenim Özgürlüğü, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, No:25, Ankara 2000

Özel, Cevat, "4771 sayılı Uyum Yasası'nın Basın Düzenlemeleri" <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=5217>, 29.9.2002.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa, R/ Özbek, Veli Ö., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Ankara 2001

Odman, M.Tevfik, Mülteci Hukuku, Ankara 1995

Redhouse Sözlüğü, İngilizce-Türkçe, Otuzuncu Baskı, Sev Matbaacılık ve Yayıncılık, İstanbul 2000

2001 TCK Öntasarısı (yayınlanmamıştır).

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı İzmir 2002

Tiryakioğlu, Bilgin, Türk Hukukunda Yabancıların Oturma Ve Çalışma Hakkı, İn:Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler (Bilimsel Toplantı) AÜHF, İstanbul 24-25 Eylül 1998

Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımında Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, No:273, Ankara 1980

Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşide etme Fiilleri) Kazancı Yayınları, İstanbul 1987

Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, 4. Baskı, Ankara 1998

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara 1998

Ümit, Ceyda, Mülteci Hukukuna Temel Bakış ve İltica –Sığınma Konularında Türkiye'deki Uygulama, AD, yıl 92, Sa.8, Ankara Temmuz 2001

Yurtdışı Göç Hareketleri ve Vatandaş Sorunları, Dışişleri Bakanlığı Ekonomik ve Sosyal İşler Genel Müdürlüğü Yayını (basım yeri ve tarihi belli değil)

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
AC	:Adliye Ceridesi
AD	:Adalet/Adliye Dergisi
AIHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K	:Avukatlık Kanunu
AY	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
b	:bent
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz	:bakınız
C	:cilt
CD	:Ceza Dairesi
CGK	:Ceza Genel Kurulu
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CUH	:Ceza Umumi Heyeti
Çev	:çeviren
E	:esas
f	:fıkra
HD	:Hukuk Dalresi
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirmesi Kararı
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
in	:içinde
İng	:İngilizce
İÜHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K	:karar
Karş.	:karşılaştırınız
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
md	:madde
MK	:Medeni Kanun
PK	:Pasaport Kanunu
RG	:Resmi Gazete
s	:sayfa
Sa	:sayı
t	:tarih/tarihli
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TVK	:Türk Vatandaşlık Kanunu
vb	:ve benzeri
vd	:ve devamı
Y	:Yargıtay
YISHK	:Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun
YD	:Yargıtay Dergisi
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
zkr	:zikreden

TÜRK CEZA YARGILANMASININ YENİDEN YAPILANMASI ÜZERİNE DEĞERLENDİRME

Doç.Dr. Ersan ŞEN()*

Anlatım DİZENİ: Giriş, I- Devletin Görev ve Sorumluluğu, II- Ceza Yargısı Sistemi, A- Adli Kolluk, B- Yargılama Birliği, Sonuç.

GİRİŞ

Topluluk halinde yaşayan bireyler ülke ihtiyacı duyarlar. Yaşamlarını sürdürdükleri ülke üzerinde ise, bir düzenin oluşturulması gerekir. Bu düzen, elbette önceden belirlenmiş emredici normlarla sağlanabilir. Bu normları oluşturacak, uygulanmasını takip edecek ve ihtilaf çıkması halinde de çözecek bir organa ihtiyaç vardır. Günümüzde bu organ, tüzel kişiliği haiz devlettir. Devlet, bir ülke üzerinde yaşayan topluluğun ortak menfaatlerinin korunması, düzenin sağlanması, en önemlisi kişi hak ve hürriyetlerinin kullanılabilmesi ve korunabilmesi için oluşturulan müessesedir. Topluluk halinde yaşayan bireylerin, bir devlet çatısı altında birleşmeden kendi güçleriyle düzen sağlamaları, ihtilafı çözmeleri ve haklarını almaya çalışmaları, sonuçta düzensizliği, kargaşayı ve güçlünün zayıfı ezdiği bir ortamı beraberinde getirecektir. Oysa devlet, topluluk halinde yaşayan bireylerin kendi dışında oluşturdukları bir tüzel kişilik olarak ve genel menfaat ile kamu yararını gözeterek faaliyet göster-

(*) İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Öğretim Üyesi
Not: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin "Annales de la faculté de Droit d'Istanbul" Dergisi'nin Cilt:33, Sayı:50, 2001 yılında, s.69-86'da, "An Account for the Restructuring of the Turkish Criminal Judicial System" başlığı ile İngilizce olarak yayımlanan makele, bu defa gözden geçirilmiş, güncelleştirilmiş ve bazı değişikliklerle düzenlenmiş şekilde Yazarı tarafından Türkçe olarak yayıma hazırlanmıştır.

rir. Bireyler, devletin varlığını, gücünü ve onun "hukuk devleti" ilkesi¹ çerçevesinde vereceği her kararı kabul ederler, uyarlar, uyulmaması halinde de haklarında müeyyide uygulanacağını bilirler. Kısacası bireyler, kendi aralarındaki düzeni sağlayacak ve koruyacak bir müessese olan devlete güvenirler, güvenmek isterler.

I- DEVLETİN GÖREV VE SORUMLULUĞU

Devlet faaliyetlerini, benimsediği yönetim sistemine göre oluşturduğu organları vasıtasıyla yürütür. Bu açıdan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, "kuvvetler ayrılığı" prensibini benimsemiş ve üçlü kuvveti kabul etmiş demokratik bir yönetim sistemini izlemekte, bunu da "hukuk devleti" ilkesi çerçevesinde yapmaktadır. Bunlardan "yasama organı", Türkiye Büyük Millet Meclisi olup, düzenin sağlanması ve korunmasına yönelik kanunlar yapar. İkincisi "yürütme organı", konulan kanunlar uyarınca devlete ait faaliyetleri ve idari hizmetleri yerine getirir. Üçüncüsü olan "yargı organı" ise, gerek kanunların ve gerekse yürütme organının faaliyetlerinin "hukukilik denetimi"ni yapar, ayrıca bireylerin birbirleriyle ve devletle olan münasebetlerinden doğabilecek anlaşmazlıkları çözer. Bu üç kuvvet görev ve yetkilerini kullanırken, hem birbirlerine karşı ve hem de kendi aralarında, önceden belirlenmiş hukuk kurallarının kendilerine verdiği hak ve yetkiler ile yüklediği sorumluluklar çerçevesinde hareket ederler. Bir başka ifadeyle, bir hukuka aykırılığı giderirken, bir başka hukuka aykırılığa sebebiyet vermemelidir.

Devlet sorumluluk alanına giren tüm bu faaliyetleri, "vergi" adı altında o ülke üzerinde yaşayan bireylerden elde ettiği geliri kullanmak suretiyle yerine getirir. Elbette devlet ve o devlette kabul edilen hukuk sistemi, sırf düzen sağlansın anlamında düzeni değil, kişi hak ve hürriyetleri kullanılabilsin, korunabilsin, keyfi müdahalelerden uzak tutulabilsin ve kağıt üzerinde yazılı kalmasın anlamında düzeni sağlar ve korur.

Günümüzde, toplumu oluşturan bireyin devlet için değil, devletin birey için varolduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, hukuk kurallarında ve özellikle Anayasada kişi hak ve hürriyetlerinin ön plana alınması gerekmektedir. Ül-

¹ Hukuk devleti ilkesi için bkz. Kayıhan İÇEL-Süheyl DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I, İstanbul, 1993, s. 71-72-Pernev BİLGİN, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1995, s. 23-48-Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, s. 7-14-Bahri ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1994, s. 76-79.

ke şartlarını gerekçe göstermek suretiyle devletin güvenliğini öncelikle ele alan ve gözeten, fakat kişi hak ve hürriyetlerine Anayasanın ön kısmında yer vermeyip, sonraki kısımlarında düzenleyen bir uygulamanın "evrensel demokratik hukuk devleti" anlayışı içinde yer bulması mümkün değildir. Ülkedeki değişimin mecburen Anayasadan başlaması, kişi hak ve hürriyetlerini esas alan düzenlemelerin öncelikle burada yapılması ve devamında bu değişim ve gelişimin alt normlara ve uygulamaya yansımaları yerinde olacaktır. Elbette iyi bir hukuk devleti, sadece modern çağa uygun kuralların kabul edilmesiyle sağlanamaz. Bunun yanında, kuralları bilen, kuralları uygulayan, kurallara uyan, uymadığı zaman sorumlu olan, rüşvetten ve haksız kazançtan uzak durabilen kişilerin de, kamu kudretini kullanmakta görevlendirilmeleri ve yetkilendirilmeleri şarttır.

II- CEZA YARGISI SİSTEMİ

A- Adli Kolluk

Günümüzde yargı sistemi denildiğinde, kapsamına hakimlerin yanında cumhuriyet savcılarını ve hatta zabıta kuvvetleri dahil edilmektedir. Bu anlayış yanlıştır, çünkü savcı ve zabıta kuvveti asla yargı organını temsil edemezler. Cumhuriyet savcısı ve emrindeki zabıta kuvveti (adli görev yaptığı esnada polis ve jandarma), devletin cezalandırabilme yetkisini kullanmasını sağlayan ajanlardır. Bu nedenle, savcı ve zabıta kuvveti mensupları bağımsız olmayıp, Hükümette yer alan Adalet Bakanına bağlı olarak çalışırlar. Bu durum uygulamada farklı ve hatta yanlış anlaşılabilir, savcıların hakimlerle aynı binada ve duruşma salonunda aynı yerde bulunmaları gibi sebeplerle savcılarının yargı makamı gibi değerlendirilmelerine neden olmaktadır. Oysa savcı, yürütme organının ve dolayısıyla idarenin bir mensubudur. Savcının birlikte ve iç içe olması gerektiği kişiler, savcının adli vazifesini yerine getirirken yardımcıları olan zabıta mensuplarıdır.

Hakimler ile cumhuriyet savcılarının hatalı olarak birlikte değerlendirilmelerinin birkaç nedeni vardır. 1982 Anayasası'nın 139., 140. ve 159. Maddelerinde, hatalı olarak "Hakimlik ve savcılık teminatı", "Hakimlik ve savcılık mesleği" ve "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" adı altında hakimler ve savcılar birlikte yer almış ve kanun koyucu da birbirlerinin mesleklerine kolayca geçiş imkanı sağlamak suretiyle hakimler ve savcılarının özlük işleri birlikte değer-

lendirilmiştir². Oysa 1961 Anayasasında olduğu üzere, hakimler ve savcılarını farklı yerlerde ve şekillerde ele alınmaları gerekirdi. 1961 Anayasası'nın 137. Maddesinde savcılar, 132-134 ile 143. ve 144. Maddelerinde hakimler hakkında düzenlemeler öngörülmüş ve bu ayrı maddelerde iki makam arasındaki farka işaret edilmiştir. Hakim, toplum adına davranan bağımsız ve tarafsız bir kişi iken savcı için aynı özellikleri söyleyebilme imkanı olamaz, çünkü savcı, bir davanın tarafı olma sıfatını taşımakta ve bu özelliği sebebiyle de "cezalandırabilme yetkisi"ne sahip olan devlet adına iddia makamı olarak bir davada yer almaktadır³. Yine savcılarının, duruşmalarda hakim veya hakimler heyetinin yanında oturması ve celse aralarında duruşma salonunu sanık ve vekilinden farklı olarak terketmemesi, savcının biraz önceki dipnotta izah ettiği-

2 1982 Anayasası'nın 140/III. Maddesine göre, "Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, ...mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir". Anayasanın bu hükmüne dayanan kanun koyucu 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 36. Maddesinin I. fıkrasının a ve b bentlerinde, hizmetin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre adli yargıda görevli hakimlerin, adli yargıda savcılık; idari yargıda görevli savcılarının da, adli yargıda hakimlik; idari yargıda hakimlik yapabileceklerini düzenleme altına almıştır. Bizce bu düzenleme son derece hatalı olup, birbirinden farklı olan hakimlik ve savcılık mesleğinin karıştırılmasına neden olmakta, bağımsız görev yapan ve toplum adına karar veren hakimlik mesleğinin zedelenmesine yol açmaktadır. Bu hukuka aykırı uygulama, aşağıda izah edeceğimiz "yargılama birliği" prensibine de ters düşmektedir, çünkü bu prensibin önemli unsuru olan ve Türk Anayasa Hukuku'nda en iyi şekilde 1961 Anayasası'nın 32. Maddesinin ilk halinde yer alan (1488 sayılı, 20.9.1971 tarihli Kanunla yapılan değişiklikten önceki haliyle) "tabii hakim güvencesi"ni ihlal etmektedir. 1961 Anayasası'nın 32. Maddesinde yapılan değişiklik ve yine 1982 Anayasası'nın 37. Maddesinde öngörülen "kanuni hakim güvencesi" ile kanun koyucu, kişilerin kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmayacağına öngörmüş ve böylelikle tabii olmasa dahi kanunla yapılan hakim atanmalarının Anayasaya uygun olmasını istemiştir. Bu konudaki tartışmalar ve düşüncemiz için bkz. Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, s. 398-422. Dolayısıyla, birkaç gün önce Cumhuriyet savcısı olan ve taraflı hareket eden bir kişi, Anayasanın ve 2802 sayılı Kanunun sağladığı imkan nedeniyle hakim olabilmektedir.

2802 sayılı Kanunun 36. Maddesine dayanak olarak gösterilen 1982 Anayasası'nın 140. Maddesinin III. Fıkrası ve hakimler ile savcılar birlikte ele alan diğer hükümleri hatalıdır. Bununla birlikte, yine de Anayasanın 140. Maddesinin III. Fıkrasını, 2802 sayılı Kanunun adigeçen hükmüne dayanak olabileceğini düşünmemektediriz. 140/III. Madde ve gerekçesi adli ve idari yargıda hakim ve savcı olarak görev yapanların yine hakim ve savcı olarak görev değiştirmelerine ve bunun da sadece kendi yargı kollarında mümkün olduğu sonucunu verebilecek anlamı taşımaktadır, çünkü hakim ve savcılarının görev değişikliğinden sadece adli ve idari yargı kolları arasında gerçekleşeceği anlamını çıkartmamak gerekir. Adli yargı ve idari yargı içinde hakimlerin görev değişikliği mümkündür. Şöyle ki, bir sulh ceza hakiminin asliye ceza hakimi, bir ağır ceza mahkemesi başkanının Yargıtay üyesi veya bir bölge idare mahkemesi başkanının Danıştay üyesi olması görev değişikliği demektir. İşte 140. Maddenin esasında işaret ettiği görev değişiklikleri bu şekilde olanlardır. Yoksa adli ve idari yargı arasında yapılacak görev değişikliklerine Anayasa izin vermemiştir, çünkü 140. Maddenin kendisi adli ve idari yargı ayırımını yapmıştır. Anayasanın 140. Maddesi, hakimler ile savcılar arasındaki olabilecek görev değişikliklerine de izin vermemiştir. Gerek maddede ve gerekse gerekçesinde, hakimlik ve savcılık mesleğinin birbirinden ayrı meslekler olduğu açıkça işaret edilmiştir. Dolayısıyla, 2802 sayılı Kanunun 36/a ve b maddelerinin de Anayasanın 140. Maddesine uygun düşmediğini belirtmek isteriz. Bu düşüncemiz için bkz. Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, s. 355-356. Esasında, 2802 sayılı Kanunda birlikte düzenlemeye tabii tutulan hakimlik ve savcılık mesleklerinin ayrı kanunlarda düzenlenmeleri gerektiğini de, bu konudaki düşünce ve açıklamalarımızdan çıkartmak mümkündür. Bu bakımdan, hakimlik ve savcılık mesleklerinin birbirinden ayrı düzenleyen ve adı geçen mesleklerin taşıdıkları özellikler itibarıyla değerlendirilen iki ayrı kanuna ihtiyaç vardır.

3 Bkz. Anayasa Mahkemesi, 22.9.1964, 1963/140 E., 1964/62 K.-Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:2, Anayasa Mahkemesi, 20.4.1970, 1970/39 E., 1971/44 K.-Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 9, Ankara, 1972, s. 462. Bkz. Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, s. 351.

miz üzere maalesef kolaylıkla hakimlik mesleğine geçebilme imkanının olabilmesi gibi sebeplerle de savcılık makamının, hakimlik makamı ile karıştırılmasına sebebiyet verilmektedir. Bu hata önemlidir ve bu nedenle, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda her iki makam arasındaki farkı gösteren düzenleme ve uygulamalara geçiş yapılması bir zorunluluktur. Bu geçiş, öncelikle Anayasadaki konu ile ilgili maddeler ele alınarak başlanmalıdır⁴.

Sistemimizde ayrı bir adli kolluk kuvveti bulunmamaktadır. İdari kolluk görevi yürüten polis ve jandarma aynı zamanda adli kolluk görevi de yürüttüğünden, savcılarının dışında, ayrı binalarda ve İçişleri Bakanı ile Jandarma Genel Komutanının emrinde olan zabıta kuvveti kendisini göstermektedir. Böylece, bir suç işlendiği iddiasından sonra yapılacak tahkikatta herşey birbirine karışmakta, kimin kimin emrinde olduğu belirlenememekte, doğruyu yaptığını iddia etse bile bazı kişi ve kurumlar yetkileri dışına taşan davranışlar içine girebilmektedirler. Örneğin, Hükümetin Adalet Bakanı sadece tutukevi ve cezaevleri, af gibi konularla uğraşmakta, adli tahkikatları ise, idari kolluktan sorumlu İçişleri Bakanı takip etmektedir. Bu durum, savcılar ile zabıta kuvvetleri arasında olması gereken iletişimi zedelemekte, tahkikatlara hukuka aykırılıkların karışmasına neden olmakta ve hazırlık tahkikatından itibaren başlayacak ve yargılama sürecinde devam etmesi gereken "dürüst yargılanma" ilkesinin ihlaline yol açabilmektedir.

Günümüzde işlenen suçlarda dikkati çeken en önemli özellik, birçok suçun bilim-teknik alandaki gelişmeleri kullanmak suretiyle organize olan kişiler tarafından işlenmesi ve bu sayede çok önemli ve hatta sistemi tehdit edecek boyutta hukuka aykırı gelirin elde edilmeye çalışılmasıdır.

4 Doktrinde Centel, hakimlerin özlük işlerinin yürütülmesinin 1961 Anayasası'nın 144. Maddesinde öngörülen Yüksek Hakimler Kurulu eliyle yürütülmesinin olumlu olduğunu, fakat bu düzenlemeye 1982 Anayasasında aynı şekilde yer verilmediğini belirtmiş, Kurulun artık sadece hakimlerin değil savcılarının da özlük işlerini yürüttüğünü, dolaşısıyla bağımsız olmayan savcılara ne derece güvence sağlanabilirse, hakimlere de o kadar sağlanabileceğini, hakimlerin de savcı gibi idari yönden Adalet Bakanlığına bağlandığına, bunun da hakim bağımsızlığı ile bağdaşmayacağına değinmiştir. Müellif, 1982 Anayasası'nın ortaya koyduğu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda (1982 Anayasası m. 159) Adalet Bakanının başkan, Adalet Bakanının Müsteşarının da doğal üye olmasının, bunun yanında Kurul üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin sakıncalı olduğuna ve "kuvvetler ayrılığı" prensibine ters düştüğüne açıklamalarında yer vermiştir. Yine müellif, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesini ve hakimlerin denetiminin Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılmasını da bağımsızlığı zedeleyici durumlar arasında saymıştır. Bkz. Nur CENTEL, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku", Prof. Dr. Nurullah KÜNTER'e Armağan, s. 45-57, İstanbul, 1998, s. 52-53. Yine bkz. Serap KESKİN "Yargıç Bağımsızlığı", Prof. Dr. Nurullah KÜNTER'e Armağan, s. 129-154, İstanbul, 1998, s. 140-141-Yener ÜNVER, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", İ.Ü.H.F.M., Cilt: LIII, Sayılar: 1-4, Yıllar: 1988-1990, s. 153-196, İstanbul, 1991, s. 189-191.

Suçun önlenmesinde izlenecek yol, bu alanda ciddi yatırımların yapılması ve bu amaçla kaynak ayrılmasıyla başlar. Bu yatırım ve reform süreci, bir fiili suç sayan normun kanunlaştırılması anında başlamalı, bu normun ihlal edildiğinin tesbit edilmesiyle gerçekleşen hazırlık tahkikatından itibaren yargılamanın son aşaması olan hüküm safhasını ve verilen cezaların çektirilmesini de kapsamalıdır. Böylece, toplum düzenini bozan fiilleri suç sayan iyi ve amaca hizmet eden kanunlar akademisyenlerin katılımıyla hazırlanabilir, bu normların ihlaline sessiz ve seyirci kalınmamış olur, suçu işleyenlerin cezasız kalmasının önüne geçilebilir, mağdurlar korunabilir, en önemlisi cezalar tam manasıyla fonksiyonlarını yerine getirebilecek şekilde infaz edilebilir.

Ceza sistemimizdeki en önemli sorun, ceza yargılaması normlarını, sanık haklarını bilen ve uygulayan Adalet Bakanı ile savcılarının emrinde ayrı bir adli kolluk teşkilatının bulunmayışıdır. Bu teşkilatın oluşumu uzun bir süreçte gerçekleşecek ise, belki bu sorunu da aşan ve çözüm bekleyen acil bir sorun, teknik delil elde etme, değerlendirme metodlarının bilinmeyişi, kullanılmayışi, süratli bir şekilde delil elde etmeyi ve değerlendirmeyi sağlayan araç ve gereçler ile kalifiye elemanlardan yoksun olunuşudur. Ayrıca, yukarıda işaret ettiğimiz gibi Türk Ceza Yargılaması Sisteminde cumhuriyet savcılarının yeri doğru bir şekilde belirlenmeli, bu makamın adli tahkikatın delil toplayan, iddiada bulunan, suç şüphelerini, faillerini ve delillerini araştıran ve elde etmeye çalışan makam olduğu, hem teoride ve hem de uygulamada tesbit edilmelidir ki, kanaatimizce bu anlayış, bir taraftan mağdurların korunmasının ve diğer taraftan da sanık haklarının zedelenmemesinin en geçerli yolu olacaktır. Maalesef kağıt üzerinde varolan bu düşünce, ülkemizde uygulamaya yansımamakta, daha ziyade polis ve jandarmanın yaptığı tahkikatlarla veya devletin kurum ve kuruluşlarında bulunan birtakım denetim organlarıncı gerçekleştirilen birçoğu sözde araştırmalarla suç takipleri yapılmaya çalışılmaktadır. Oysa olması gereken, bir ülke üzerinde yürürlükte bulunan ceza normlarından kamuyu ilgilendiren hangi norm ihlal edilmiş olursa olsun, cumhuriyet savcılarının o işe el atması ve tahkikatı hukuk kuralları çerçevesinde yürütmesidir. Bugün "kırık pencere metodu" adıyla adli sisteme giren takip anlayışı, bireyleri ve toplumu rahatsız eden veya edebilecek her türlü norm ihlaline karşı tahkikat yapılmasını ve faillerinin cezalandırılmasını kabul etmektedir. Örneğin, bir mahallede evin yakılmasını veya evden hırsızlık yapılmasını beklemeden, daha evin camının kırılması veya konut dokunulmazlığını

ihlal ya da ihlale teşebbüs hallerinde dahi, cumhuriyet savcısı ve emrindeki kolluk kuvveti harekete geçmeli, delilleri toplamalı, faileri yakalamalı ve cezalandırılmalarını sağlamalıdır. İşte "kırık pencere metodu"nun amacı, ihlaller büyümeden, tehlike henüz zarara, küçük zarar da büyük zarara dönüşmeden işe el atmayı benimsemiş ve bu şekilde toplumda işlenen veya işlenebilecek suçların önüne geçmek istemiştir.

Ülkemizde işlenen ve bireylerin adalete ve sisteme güvenini sarsabilecek suç iddialarının araştırılmasında ve failerinin cezalandırılmasında izlenecek yol, elbette İnsan Hak ve Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi ile 1982 Anayasası'nda kabul edilen "sanık hakları" çerçevesinde tahkikatlar yapmak ve gerçeklere ulaşmaktan geçer. Bu işe, modernleşen ceza yargılamasının dışladığı ve yanlış sonuçlara ulaşmaya neden olabilecek "zor kullanma ve baskı" gibi metodlarla asla olamayacağı gibi, hukuka da uygun düşmez. Bir başka ifadeyle, sanıktan delile değil, delilden sanığa ulaşmak gerekir. Hukuka uygun tahkikatlar ve adaletin bozulmasını önleyecek gerçekler, ancak bir bütünde uygulanması şartıyla suç organizasyonlarıyla aynı ve hatta üstün imkanlara sahip delil elde etme ve kullanma metodları ile elde edilebilir. Tabiki bunun için, sadece kalifiye olan değil, aynı zamanda suç organizasyonları ile menfaat ilişkisine girmemiş kişiler lazımdır.

B- Yargılama Birliği

Yargı gücü, bağımsız olup, yargılama yetkisini millettten alıp, millet adına kullanırlar (1982 Anayasası m. 9). Hernekadar çalışma ücretini devletten alıyormuş gibi görünen hakimlerin yargı makamlarında yer aldığı düşünülse dahi, vergi toplama yetkisine sahip olan devlet, hakimler için ayrılan maddi kaynağı millettten toplamaktadır. Sadece bu nedenle, yani maaş ödemelerini devletin yaptığından bahisle yargı makamlarının bağımsız olmadıklarını söyleyebilmek doğru değildir. Bunun dışında, devletin sahip olduğu üç kuvvetten yargı gücünü kullanan yargı organının devletten tümüyle ayrılması da teorik olarak mümkün gözükmemektedir. Ülke, millet ve devlet üçgeni içinde yer alan yargı organı, "hukuk devleti" ilkesini kabul eden devletin, gerek kendi ve gerekse bireylerin hukuk kuralları karşısındaki denetimi için oluşturulmuş ve bağımsızlaştırılmıştır.

Günümüzde organize suçlara karşı yapılan takiplerde ciddi hukuk ihlalleri gündeme gelebilmektedir. Devletin, suçu önlemek ve işlendiği iddia edi-

len bir suçu ve faillerini tesbit etmek konusunda çalışma yapması doğaldır ve kendisinden beklenendir. Bununla birlikte, Devletin suça ve faillerine karşı yapmış olduğu takiplerde hukuka bağlı olması da "hukuk devleti" ilkesinin ortaya koyduğu bir zorunluluktur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, asla bir polis devleti değil, aksine demokratik bir hukuk devletidir. Herhangi bir suçu işlediği iddia edilen kişiye keyfi muamele yapılamaz. Örneğin, ortada elde edilmiş bir delil veya ciddi şüphe bulunmamakta iken, sırf aranan bir kişinin akrabası, ortağı veya arkadaşı olduğundan yola çıkılarak suça karışmış olabileceği iddia edilip, gözaltına almak tümüyle hukuka aykırıdır. Devlet, suça karşı yaptığı takiplerde öncelikle kendisi hukuka bağlı kalmalı ve hukuka aykırılıklara sebebiyet vermemelidir. Bugün maalesef bu noktalarda suçu ve faillerini belirlemek amacıyla hukuka aykırı davranıldığını, bir tarafı düzeltmeye çalışırken diğer tarafın bozulduğunu görmekteyiz. Örneğin devlet güvenlik mahkemelerinin görevi kapsamına girmeyen bir suç, sırf avukat yardımından sanıkların yararlanmasını engellemek ve belki tümüyle masum olan kişilerin hak ve hürriyetlerinin biraz daha fazla kısıtlamak adına 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemeleri Hakkında Kanun'a göre takip edilmeye çalışılmaktadır. Artık Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda, iki farklı tahkikat şeklini öngören ve "yargılama birliği" ilkesini, hem mahkemeler ve hem de uygulanan usul normları açısından bozan ikili uygulamadan vazgeçilmelidir.

Mahkemeleri ve hakimleri bağımsız yapmak suretiyle "dürüst ve eşit yargılama" ilkesi korunamaz. Bunun yanında, "yargılama birliği" esasını benimsemek, yani ceza yargısının her alanında aynı usul normlarını tatbik etmek de (hazırlık tahkikatı dahil) son derece önemli olup, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından gereklidir. Bugün "yargılama birliği" ilkesi adıyla el almaya çalıştığımız Türk Yargısının tümünün tek bir çatı altında, yani piramit şeklinde mümkün mertebe aynı usul ve esaslar dahilinde faaliyet göstermesi, mahkeme ve hakim bağımsızlığının yanında ve hatta öncesinde olması gereken zorunluluktur. Yargılama birliğinden verilecek tavizler, her zaman istisnai mahkemelerin veya farklı usul ve esaslarla çalışan yargı makamlarının kurulmasına yolaçmıştır. Bu durum da, "tabii hakim güvencesi" ilkesinin ihlal edilmesine, işlenen aynı veya benzer suçlar nedeniyle faillerin farklı usul ve esaslarda yargılama yapan farklı yargı makamlarının önüne çıkmalarına, "senin mahkemen-benim mahkemem" kavramının hukuka aykırı olarak uygulamaya yerleşmesine neden olabilmektedir. Bu gibi sonuçlar ise, farklı usul ve esaslarla çalışan mahkemelere ve hakimlere bağımsızlık verilse dahi sanık hakları ve adalet bakımından olumsuz sonuçlar vermekte, farklı uygulama ve

kararların ortaya çıkması ile sonuçlanmaktadır⁵. Yargılama birliği ilkesi zede-
lenmeden de, aynı usul ve esaslara bağlı, fakat uzmanlaşmış mahkemeler iş-
bölümü esasına bağlı kalınarak, aynı yargı çatısı altında düzenlenebilir ki,
bizce bu uygulama hukuken kabul edilebilecek olandır. Bu yöndeki düşünce-
mize yukarıdaki dipnotun son bölümünde yer vermiştik.

Farklı usul ve esaslara bağlı olarak çalışan, bazı suçların ve/veya kişile-
rin yargılanmalarını (hazırlık tahkikatı dahil) gerçekleştiren yargı makamları-
nı kabul edebilmemiz mümkün değildir. Bu bir ülkede aynı çatı altında ve ay-
nı usul-esaslara göre çalışması gereken "yargı gücü" kavramına ters düşer.

Günümüzde Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama
Usulleri Hakkında 2845 sayılı Kanun ile öngörülen suçların ve faillerinin yar-
gılanmasını yapan devlet güvenlik mahkemeleri, yine 353 sayılı Askeri Mah-
kemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu uyarınca kurulan askeri ceza
mahkemeleri, işaret ettiğimiz ters duruma verilecek birkaç örnek arasında yer-
alır. Örneğin 6.12.2001 tarih ve 4723 sayılı Kanunun 1. Maddesiyle yapı-
lan değişiklikten önce 2845 sayılı Kanunun 9/I,a maddesine göre, devletin
güvenliğine karşı iddia olunan suçların ve faillerinin yargılanması amacıyla
kurulan devlet güvenlik mahkemeleri, Türk Ceza Kanunu'nun "cürüm işlemek
için teşekkül oluşturmak" suçunu düzenleyen 313. Maddesinin ihlali sayılabi-
lecek fiillerin ve faillerinin yargılanması ile de görevlendirilmişti. Esas itibariy-
le bir suçun hazırlık hareketi olan ve daha da önemlisi henüz eyleme dönüş-

5 "Yargılama birliği" prensibine bağlı olarak tüm mahkemelerin bir çatı altına toplanmasını ve aynı bağımsızlık esası-
na bağlı olmasını savunduğumuz düşünce için bkz. Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İs-
tanbul, 1998, s. 307-311. Doktrinde Kunter, Tosun ve Erem ise, yargılama birliğindeki esas meselelerin yargılama
makamlarını aynı çatı altında toplamak değil, yargılamanın bağımsızlığını sağlamak olduğunu ifade etmişlerdir.
Bkz. Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 142-144 - Öztekin TOSUN, Türk Suç Mu-
hakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, s. 326-328 - Faruk EREM, Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Kasım
1986, s. 47. "Yargılama birliği" prensibinin esas aldığı ve yargı yetkisi kullanılırken yargılamanın bağımsız olması
gereği (1982 Anayasası'nın 138. Maddesinde belirtildiği üzere, hiçbir organ, makam veya kişi, yargı yetkisinin kul-
lanılmasında mahkemelere ve hakimlere müdahale edemez ve onları etkileyici davranışta bulunamaz), aynı zaman-
da 1982 Anayasası'nın 9. Maddesi uyarınca millet adına (bir kuvvet veya zümre adına değil) yargılama yapan ba-
ğımsız yargılama makamlarının bir olması, yani aynı çatı altında toplanması sonucunda tam anlamıyla sağlanabilir.
Tosun da, o veya bu zümrenin faydasına yargılama yapılmaması ve millet adına yapılması gerektiğini savunmuş,
fakat yargılama bağımsız olduğu sürece aynı konuda aynı makamların iş görmesinin ve "yargı" adı altında farklı ça-
tılarda faaliyette bulunmalarının "yargılama birliği" esasına aykırı düşmeyeceğini belirtmiştir. Örneğin aynı konu-
da olan ceza işlerinde, askeri ve adli mahkemelerin bulunmasının yargılama bağımsızlığı sağladığı sürece "yargıla-
ma birliği"ne aykırı düşmeyecektir. Bkz. Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984,
s. 327. Kanaatimizce, aynı ülke üzerinde yapılan yargılamaların mutlaka bir ad ve aynı çatı altında toplanması, en
azından aynı veya benzer işler bakımından aynı yargılama usullerine ve en önemlisi yargılama makamlarına seçi-
len ve/veya tayin olanların da Anayasamızın "yargı" için tek olarak belirleyeceği bağımsızlık ve teminat esasları da-
hilinde aynı usul ve esaslara tabi olmaları gerekir. Bu anlayış, yargı yetkisini kullanırken tam bağımsız ve tarafsız
yargılamaya hizmet edecek, neticede "senin mahkemen-benim mahkemem" ayırımına izin verilmemiş olacak ve
"yargılama birliği" esası ülkedeki yargı teşkilatı için sağlanabilecektir. Yargılama konularında farklılıklar olabilir ve
bu hallerde aynı çatı altında olmak şartıyla iş bölümü esasına göre düzenleme yapılmasında "yargılama birliği" pren-
sibi açısından bir sakınca da yoktur, çünkü sonuçta yargılama makamları yine aynı çatı altındadırlar ve aynı güven-
celere tabidirler, fakat gördükleri davalar farklı konuları içermektedir (ceza hukuku, özel hukuk, idare hukuku gibi).
Bu düşünce için bkz. Ersan ŞEN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, İstanbul, 1998, s. 311.

memiş, düşünce açıklama aşamasında ve muhtemel kast derecesinde bulunan, dolayısıyla icra hareketi sayılmayacağı için eylem ayrıca başka bir suç teşkil etmemekte ise, faillerine ceza verilmemesi gereken 313. Madde nedeniyle ceza verilebilmekte ve bu yanlışlıklara ek olarak "ne bis in idem" (bir suçtan iki ceza verilemez) prensibi de hiçe sayılmaktadır⁶. Hatta amaçlanan suça teşebbüs edilmiş veya işlenmiş ise, görev ve yetkisine giren ağır veya asliye ya da sulh ceza mahkemeleri veyahut ilgili devlet güvenlik mahkemesi tarafından ayrıca ceza verilmekteydi. 313. Madde, gerek devlet güvenlik mahkemelerinin görevi kapsamında kalması ve gerekse düzenleniş itibariyle hazırlık hareketini cezalandırması sebebiyle bu gibi farklı, tuhaf ve yargılama birliğini bozan uygulamalara yolaçabilecek durumdaydı. Uygulamada, hangi cürüm için çete oluşturulmuşsa birden fazla defa suçun işlenmesi halinde, hem 313. Maddeden ve hem de hakkında teşekkül oluşturulan suça ilişkin maddeden ceza verildiğini ve böylece sadece 313. Maddeden ceza verilmesinin önüne geçilmek istenildiğini görmekteyiz. Tabi bu tarz düşünce ve uygulamalar, sadece 313. Maddeden ceza verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla geliştirilmeye çalışılan ve "suçta ve cezada kanunilik" prensibini ihlal eden sonuçlar doğurabilmektedir, çünkü eğer bir fiil daha düşünce aşamasında ve/veya hazırlık hareketi dahi olsa suç sayılmışsa, o fiili icra edeni veya teşebbüse müsaitse teşebbüs edeni cezalandırmaktan başka bir yol olamaz. Bizce, bu maddeyi bağımsız bir suç olmaktan çıkartmak ve lüzumlu olan cürümler açısından ağırlatıcı sebep yapmak gerekmektedir. Aksi takdirde, "ne bis in idem" kuralı ihlal edilmiş olacak, ayrıca ceza hukukunun kişi hak ve hürriyetlerine ölçüyü aşan sınırlamalar getirmesine sebep olabilecek, biraraya gelen kişilerin her düşünce açıklamasının ve hazırlık hareketinin cezalandırılması uygulaması devam edecektir.

Şuan için TCK'nun 313/1. maddesi, görev itibariyle devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanının dışına çıkartılmış olsa bile, bu madde hala yürürlükte olduğundan, kişi hak ve hürriyetlerine yönelik kısıtlayıcı fonksiyonunu sürdürmektedir. Ayrıca, çalışma konumuzu esas ilgilendiren konu olarak "yargılama birliği" prensibini ihlal eden, fakat Anayasadan dayanağını aldığından, 2845 sayılı Kanununun 9. maddesinde yer alan diğer suçlarla ilgili ve yine 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 11. maddesinin atfı sebebiyle bu Kanunda gösterilen suçlar bakımından görevini sür-

6 Doktrinde Gözübüyük'e göre, genel ilkenin hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması şeklinde olacağıdır, ancak cürüm işlemek için teşekkül kurulması bir tehlike suçu olduğundan, toplum yaranna, bu suça ait hazırlık hareketlerinin iki kişiden fazla kimseler tarafından icra edilmesi ayrı ve özel bir cürüm sayılmıştır. Bkz. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhü, Cilt: 3, İstanbul, Ocak, 1988, s. 195.

düren devlet güvenlik mahkemelerinin "şekli hukuka uygunluğu"nun, bu mahkemelerin ayrı usul ve esaslarla çalışması ve "yargılama birliği" prensibini bozması sebebiyle kesinlikle ceza yargısı sistemi ve ceza yargısı ilkeleri açısından kabul göremeyeceğini söylemeliyiz.

Yukarıda açıkladığımız aykırılıkların yanında, ayrı usul ve esaslara bağlı olarak çalışan devlet güvenlik mahkemeleri ile diğer adli ceza mahkemeleri arasında farklı uygulama ve kararlar kendisini gösterebilmektedir. Yine mahkemelerdeki farklı uygulamalar sebebiyle (özellikle hazırlık tahkikatı aşamasında), bazı durumlarda aynı suç iddiası devlet güvenlik mahkemesi kapsamında ve başka bir durumda örneğin ağır ceza mahkemesi kapsamında ele alınabilmekte veya hazırlık tahkikatı devlet güvenlik mahkemesi savcılığınca yürütüldükten sonra görevsizlik açısından adli ceza mahkemelerine gönderilebilmekte, aynı suç nedeniyle aynı usul ve esaslara göre yargılanmaları ve haklara sahip olmaları gereken failler farklı uygulama ve kararlara maruz kalabilmektedirler.

Yine askeri ceza yargısı alanında, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu kapsamına alınan askeri suçlar kapsamına girmeyen bazı durumların askeri mahkemeler ve Askeri Yargıtay tarafından askeri ceza yargısının görevinde sayıldığı, farklı usul ve esasların uygulandığı askeri ceza yargısının keyfi uygulamalarla sınıf mahkemesine dönüşme tehlikesi gösterdiği anlaşılmakta, bu durumda bize "yargılama birliği" prensibine bağlı kalınmasının ne derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır⁷.

7 Askeri Yargıtay 1. Dairesi 1.3.2000 tarihli ve 2000/135 E.- 2000/131 K. sayılı kararında, ortada korunması gereken bir amirlik vaziyeti ve mağdurun sanığın üstü olmasından kaynaklanan (astlık-üstlük veya amir-memur) bir üste fiili taarruz ve müessir fiilin olmadığı bir olayda ve taraflar arasındaki tartışmanın ve devamındaki kavganın özel bir ilişkiden kaynaklanmasına rağmen, silahla üste fiilen taarruz suçunu düzenleyen 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 91/2. Maddesinin ihlal edildiğinden bahisle verilen ceza kararını onamıştır. Askeri Yargıtay 1. Dairesi kararının gerekçesinde, "Sanık S'nin, diğer sanık H'nin kendisinin üstü olduğunu bilmesi, asker kişinin asker kişiye karşı işlediği suçlardan olan astın üstüne, üstün astına karşı işlediği müessir fiil suçunun özel kanun niteliğindeki Askeri Ceza Kanunu'nda üste fiilen taarruz ve asta müessir fiil suçu olarak düzenlenmiş olmasından dolayı,...sanık müdaafinin bu konuya yönelik temyizi yerinde değildir." İfadelerini kullanmıştır. Karara konu olayda, tarafların yeni tanışmaları, aralarında meydana gelen olayın görevle ilgili olmadığı kabul edildiği ve mağdurun sanığı özel hayatıyla ilgili bir konuda yalancılıkla itham etmesinden dolayı kavganın çıktığı, hem esas mahkemesince ve hem de Askeri Yargıtay 1. Dairesince tesbit olunmuş, fakat askerlik görevi ile ilgili bir durumda işlenen veya teşebbüs edilen müessir fiilleri suç sayan Askeri Ceza Kanunu'nun 91. Maddesini, Türk Ceza Kanunu'nun 456/1 ve 457/1. maddelerinin yerine bizzet hatalı olarak uygulamıştır. Kanaatimizce, bir üst ile astı arasında veya bir amir ile memur arasında meydana gelen müessir fiil askerlik görevinden kaynaklanmayıp, göreve ilişkin olmayan ve tümtüyle özel bir nedenden ortaya çıkmışsa, bu eylemin Türk Ceza Kanunu kapsamında kalması ve adi müessir fiil olarak kabul edilmesi gerekirdi. Askeri Ceza Kanununun özel bir kanun olarak kabul edilmiş amacı ve bu Kanunun 91. Maddesinin suç saydığı fiil, bir askeri görev ve hizmet esnasında meydana gelen müessir fiilleri içermektedir. Aksine uygulama ve kararlar, "senin mahkemem-benim mahkemem sonucunu doğurabilir. Bu gibi olumsuz sonuçların önüne geçmek için, tüm mahkemeleri aynı yargı çatısı altında toplamak ve herkes tarafından bilinebilecek ve öğrenilebilecek aynı usul ve esaslara bağlı tutmak gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımız, yargılama birliğine bağlı kalınmaması sebebiyle ortaya çıkan ve devam edebilecek sakıncalara işaret etmektedir. Mesele, sadece yargı ve hakim bağımsızlığı ile çözülebilecek basitlikte olmayıp, aynı düşünce ve uygulama içinde kalınması halinde sakıncaların daha da büyümesine yolaçabilecek niteliktedir. Günümüzde yürütme organı ve idare, ayrı usul ve esaslara göre çalışan adli kolluk ve mahkemeler ister hale gelmiştir. Kara paranın aklanması, organize suçla mücadele konularında yapılan düzenlemeler ve bu konulara ilişkin yapılması istenilen düzenlemelerde "yargılama birliği" ilkesini ihlal eder tarzda talepler mevcuttur. Bu gibi düzenleme ve uygulamalara başvurulması halinde, kişi hak ve hürriyetlerinin gereğinden fazla sınırlandırılması, keyfi uygulamalara maruz bırakılması ve "hukuk devleti" ilkesinde kişi hak ve hürriyetlerine karşı olması gereken bağlılık ve müdahale ölçüsünün kaçırılması daima sözkonusu olacaktır. Biraz düşünüldüğünde, ceza normlarını ihlal edenleri cezalandırmak ve caydırıcı mahiyette suçu önlemek konusunda her suç çeşidine göre değişebilen olağanüstü yöntemlere başvurma gereği olmadığı, mevcut teknolojik imkanlar ve kalifiye elemanlar kullanılmak suretiyle de kişi hak ve hürriyetleri hakkında kabul edilen ortak müdahale sınırları aşılmadan ceza tahkikatları yapılabilir.

Hazırlık tahkikatını yürüten savcı ve emrindeki kolluk kuvveti sanığın avukatı vasıtasıyla hukuki yardım almasından çekinmemeli, günümüzün "sanık hakları"nda öngördüğü gelişmeleri benimsemeli ve yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, "sanıktan delile değil, belli bir süreçte uygulanan ve hukuka uygun düşen teknik delil elde etme metodları yoluyla toplanan delillerden sanığa ve sonuca ulaşılmalıdır".

Yukarıdaki açıklamalarımızın önemi şu noktadadır; suçun önlenmesi ve failerin yakalanmaları, neticede cezalandırılmaları adaletin gerçekleşmesi adına hukuka bağlı olan herkesin ortak dileğidir. Ancak bunu yaparken, kişilerin hak ve hürriyetlerine hukuka aykırı müdahalelerde bulunmamak gerekir. Hukuka aykırı müdahalelere göz yumulacak olursa, o toplumda hak ve hürriyetlere sağlanan güvenceler zedelenmiş ve en önemlisi bireylerin devlete olan güvenleri azalmış olur. Eğer normlar yeterli değilse veya teknik delil elde etme yöntemleri zayıfsa, bunları geliştirmek yegane çözüm olacaktır. Bunun dışında, suçu ve failini yakalamak ve cezalandırmak amacıyla yapılan keyfi uygulamalara sessiz kalmak, hukuk ve adalet adına yanlış sonuçlara yol açacaktır.

Bugün Devleti yönetmeye talip olan ve mevcut hukuk kurallarına karşı gelen, onları hiçe sayan, kuralların uygulanmamasını veya farklı uygulanmasını sağlamak için metodlar geliştiren suç organizasyonlarına ve faillerine karşı delil elde etme ve değerlendirme yöntemlerine ve bu yöntemleri kullanacak kişilere yapılacak yatırımlarla, yani suç delillerini toplamakta ve değerlendirmekte teknolojinin sağladığı son imkanları uygulamaya sokmak, mevzuatı geliştirmek ve bu teknikleri uygulayabilecek hukuku bilen elemanlarla başarılı olunabilir. Aksi halde, yapılan soruşturmalar başarısızlıkla, göstermelik olmakla ve birçok hukuka aykırılıkla sonuçlanmaya, eleştirilmeye ve gerçekte o suçu işlemiş olsa dahi sırf yetersiz delil toplama ve değerlendirme tekniklerinin uygulanması sebebiyle sanığı haklı ve ezilen konumuna getirmeye mahkumdur.

Devlete ve organlarına güvenme duygusunun kişilere aşılması gerekir. Bu ise zorla değil, kuralları ihlal eden ve bu şekilde elde ettiği gelir sayesinde dürüst kişilerden daha iyi konumda yaşayanların cezalandırılmasıyla mümkündür.

HAKSIZ FİLLERDE ZAMANAŞIMI

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU()*

ANLATIM DÜZENİ: Zamanaşımına İlişkin Temel Esaslar. I-Kavram ve Huku-ki Niteliği. II-Sözleşme Dışı Sorumlulukta Zamanaşımı. III-Zamanaşımı Def'inden Kaçınma ve Süreyi Değiştirme. B-Bir Yıllık ve On Yıllık Zamanaşımı Süreleri(BK m 60). 1-Bir Yıllık Zamanaşımı Süresi(Nispi Süre).1-Ön Bilgiler. 2-Sürenin Başlangıcı. a-Zarardan Haberdar Olma.b-Tazminat Yükümlüsünden Haberdar Olma.II-On Yıllık Zamanaşımı Süresi(Mutlak Süre). 1-Ön Bilgiler. 2-Kusur Sorumluluğunda Zamanaşımı Başlangıcı. 3-Sebep Sorumluluğunda (Olağan ve Tehlike)Zamanaşımı Başlangıcı. III-Bir ve On Yıllık Zamanaşımı Süresi Arasındaki İlişki. C- Ceza Zama-naşımı Sürelerinin Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna Uygulanması(BK m 60/ c.2). 1-Ön Bilgiler. II-Zamanaşımı Süresinin Uygulanma Koşulları .1-Cezalandırılabilir Bir Davranış.2-Ceza Zamanaşımı Süresinin Daha Uzun Olması.3-Ceza Zama-naşımı Süresinin Üçüncü Kişi Karşısında Uygulanabilirliği.a-Organın Sorumlulu-ğunda Zamanaşımı. b- Sorumluluk Sigortası Karşısında Zamanaşımı. c-Zarar Göre-nin Mirasçıları Karşısında Zamanaşımı. d-Sebep Sorumluluklarında Ceza Zamanaşımı. III-Ceza ve Özel Hukuk Zamanaşımı Süreleri Arasındaki İlişki. D-Borçlar Kanu-nu m 60/III de Düzenlenen Özel Hüküm(Zarar Görenin Daimi Def'i Hakkı). E-Rü-cu Hakkı Sahibinin Alacağına Zamanaşımına Uğraması.

A. ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

I. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuk güvenliği; alacaklının dava hakkını kullanmada fazla gecikmeme-sini zorunlu kılar. Zamanaşımını durduran ya da kesen durumlar dışında be-lirli bir sürenin geçmesi halinde borçlu defide bulunabilir. Yargıç davayı *red eder (Deschaneaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 162)*. Özetle zamanaşımı bir

(*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

alacağı isteme hakkını zaman *itibarıyla sınırlar* (*Von Tuhr*, Çev. Edege, s. 687).

Zamanaşımı süresinin gerçekleşmesi ile alacak hakkının güç kaybetmesiyle zaman yönünden oldukça geride kalan olaylarla bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek *riskler* bu yolla giderilir (*Rey*, s. 353).

Zamanaşımının dayandığı esas şudur: Çeşitli eski olaylardan çıkarılan haklar üstün olasılıkla ya asla vücut bulmamış ya da varlıkları sona ermiştir. Alacaklı süresinde talepte bulunmamakla ihmalde bulunmuştur. Bunun sonucu oluşan zarara da katlanacaktır (*Von Thur*, Çev. Edge, s. 687).

Zamanaşımı kurumu alacaklının alacağını zamanında ileri sürmeye zorlar (*Rey*, s. 353). Alacaklının birkaç yıl süre ile *hareketsiz kalması* borçludan kendisine ait olan alacağı ileri sürmek yönünden artık *ciddi bir iradenin* olmadığı yönünde *güven* uyandırır (*Rey*, s. 354). Alacaklının hakkını istememesiyle borçluda oluşan *güven* durumu, alacağını belirli bir zaman dilimi içerisinde ileri sürmeye zorlar (*Rey*, s. 354).

Zamanaşımı bir taraftan hakkın güvenliğini artırır, mahkemelerin işini azaltır özellikle kişilerin eski iddialara hedef alınmasını önleyerek onları korur (*Von Tuhr*, Çev. Edge, s. 687). Başka bir anlatım ile zamanaşımı kurumu ile alacaklı üzerinde yaratılan bu *baskı* temelde borçlunun etkili bir şekilde *ko-runmasına* yöneliktir. Fakat aynı zamanda hukuk güvenliği ve hukuk teorisinin tesisine hizmet eder (*Rey*, s. 354). *Federal Mahkeme* özellikle geçmişte kalan olaylardan dolayı borçlunun ya da mirasçılarının sorumlu tutulmalarının kamu yararına aykırı düşeceğini kabul etmiştir (BGE 90 II 428 = JdT 1955 I 263; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1031 dn 1a).

Zamanaşımı bir def'dir. Yargıç tarafından kendiliğinden (resen) dikkate alınamaz (BK m 140).

Borçlar Kanunu m 60'daki bir yıllık subjektif/nispi, on yıllık objektif/mutlak zamanaşımı ile ceza zamanaşımı süresini bir sözleşmeyle taraflar kısaltabilirler veya uzatabilirler. BK m 127 burada uygulanamaz (*Eren*, Genel, I, s. 823).

II. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUKTA ZAMANAŞIMI

Sözleşme dışı sorumlulukta *tazminat* talebine ilişkin temel norm BK m 60 dır. Özellikle zamanaşımının başlangıç süresini belirleyen bir normdur (*Rey*, s. 354). Kusur ve sebep sorumluluklarını içerir. Tehlike sorumluluğuna ilişkin

düzenlemeler farklıdır. Örneğin işverenin cismani zarardan doğan (İş K. m. 73, BK m 332) tazminat davalarında bu süre BK m 125'e göre on yıldır. Karayolları Trafik Kanunu m 109'a göre işletenin sorumluluğu *iki yıllık* zamanaşımına tabidir. Zamanaşımını durduran ve kesen sebepler BK m 132, 133 vd hükümlerine tabidir (*Rey*, s. 354). Borçlar Kanunu m 60 *Federal Mahkemeye* göre şu alanlarda uygulanır: Haksız fiil faili ve rücuda (ATF 55 II 118); haksız fiil ve benzerlerinde (ATF 51 II 385); Culpa in contrahento da (ATF 101 II 266); yakınların manevi tazminata ilişkin bağımsız taleplerinde (başka bir anlatımla doğrudan zarar görenin sorumluya karşı talepleri IBK 127'ye tabi olsa dahi) uygulanır (ATF 123 III 204); (Kararlar için bknz *Scyboz/Gilleron*, C.II).

III. ZAMANAŞIMI DEF'İNDEN KAÇINMA VE SÜREYİ DEĞİŞTİRME

Borç doğmadan zamanaşımından *feragat* olunamaz (BK m 139/I).

Borçlar Kanunu m 127 (IBK m 129)a göre üçüncü bapta belirtilen zamanaşımı süreleri tarafların iradeleri ile değiştirilemez. Ancak sözleşme dışı sorumluluk için geçerli olan zamanaşımı süreleri BK m 127 kapsamında değerlendirilemez. Anılan süreler değiştirilebilir (*Rey*, s. 356). Zamanaşımı süresinin geçmesinden evvel feragatin geçerli olup olmadığına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. *Bir görüşe göre* bütün modern hukuklarda olduğu gibi zamanaşımı süresi içerisinde yapılan feragat yalnız *geçmişe ilişkin* olarak mümkündür (*Becker*, OR 141 N 1, 3; *Gauch/Schluemp/Rey*, NR 3505; *Nak Rey*, s. 356).

Diğer görüşe göre BK 127 (IBK 129), 134 (IBK 141) için sınırlandırma gerekir. Zamanaşımından önceden feragat *üçüncü bab* ile sınırlandırılır. Borçlar Kanunu 125 (IBK 127), 126 (IBK 128) maddesine ilişkin olarak *geçersiz* addedilir. Bu yolla sözleşme dışı sorumlulukta zamanaşımından önce feragat mümkün olmalıdır (*Bucher AT*, s. 448; *Gauch/Schluemp/Rey*, NR 3501, 3505; BGE 112 II 233 E. 3, 99 II 191; *Rey*, Nak s. 356). *Üçüncü görüşe göre* tek taraflı irade beyanı yeterlidir (*Bucher AT*, s. 448; BGE 99 II 191; *Nak Rey*, s. 356). Ancak bu görüşte de zamanaşımı süresinden önce feragati süre ile sınırlandırmışlardır. Aksi halde süreye bağlı olmadan feragat zamanaşımı kurumunu ortadan kaldırır (*Oftinger/Stark*, II/1, 16 N 389e, Nak s. 356, 357).

B. BİR YILLIK VE ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRELERİ (BK m 60)

I. BİR YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ (NİSPİ SÜRE)

1. Ön Bilgiler

Haksız eylemden doğan maddi ve manevi tazminat davalarında tazminat talebi, zarar görenin *zararı ve tazminat sorumlusunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl* geçmesiyle *zamanaşımına* uğrar (BK m 60/1).

Borçlar Kanunu m 128 (BK m 130)'a göre *zamanaşımı* başlangıcı gene) olarak alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. Borçlar Kanunu m 60 ise zamanaşımı başlangıcını *zararın meydana geldiği* tarih olarak kabul ederek ileri ertelemiş, bu yolla mağdurun menfaati gözetilmiştir (*Rey*, s. 360). Borçlar Kanunu m 60 bir taraftan zarar verici olayın sorumluluk hukuku yönünden teferruatlı bir şekilde değerlendirme olanağı tanımış; diğer taraftan tazminat yükümlüsünün kişiliği hakkında yeterli bilgi sahibi olması gereğini vurgulamıştır (*Rey*, s. 360).

Uygulamada *kısa süre* olarak da adlandırılır.

Zamanaşımının oluşması için zararın ve tazminat sorumlusunun *birlikte* öğrenilmesi gerekir. Biri eksikse süre başlamaz.

2. Sürenin Başlangıcı

a. Zarardan Haberdar Olma

Normatif düzenlemedeki (BK m 60/1) "zarar" terimi, "zarar doğurucu eylemi değil eylemin sonuçlarını amaçlamaktadır (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 164). Sonucun haksız eylemlerdeki anlamı zarardır. Zararın in-sanda ya da nesnede gerçekleşmesidir.

Borçlar Kanunu m 60/1 *maddi hukuk* anlamında zarar kavramıyla ilişki kurmaktadır. Zamanaşımının alacaklıyı koruma fonksiyonu göz önüne alındığında mağdurun, keza kanuni veya iradi temsilcisi ya da organın zarar hakkında bilgi sahibi olması, ancak, zararın mevcudiyeti ve onun bütün esaslı öğeleri hakkında tazminat talebini mahkeme önünde ileri sürebilmesini *sağlayacak kadar bilgi sahibi olması* halinde söz konusu olabileceği söylenebilir (BGE 112 II 123 E. 4; BGE 111 II 57 E. 3, Nak *Rey*, s. 360).

Sürenin başlaması için zarar verici olay *sona ermeden* bir yıllık sürenin işlemeye başlaması mümkün değildir (*Rey*, s. 361).

Vücut bütünlüğünün ağır *ihlali* sonucu belirli bir süre devam eden zararlarda bu durum önem taşır. Eğer mağdur yoğun bir tıbbi müdahale altında ise

sakatlığının derecesi henüz yeteri kadar belirlenemez ise BK m 60/I deki süre henüz işlemeğe başlamaz (BGE 112 II 123 E4, *Rey*, s. 361).

Zarar görenin, adalet önünde ciddi bir tazminat isteminde bulunabilmesi için, *zararın varlığı, niteliği ve kapsamı hakkında yeterli bilgi* sahibi olması gerekir. Buna *zararda birlik* (tehlike) denir (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 164). *Federal Mahkemeye* göre, zararın öğrenilmesi; zarar görenin zararın *varlığı, niteliği, ölçeleri*, yargı önünde bir talebe temel oluşturma ve onu gerçekleştirmeye elverişli durum ve koşulların bilinmesiyle mümkündür. (Fakat hukuki yönden *tam nitelendirme* istenmez). İddianın ispatı zamanaşımı def'inde bulunan tarafa düşer (ATF 111 III 55; *Scyboz/Gilleron*, C.II). Zararın bütünlük arz etmesinin önemi şundan ileri gelir. Zarar *ani (keskin)* ya da *devamlı* bir eylem sonucu oluşabilir. Bu önemli değildir. Önemli olan eylemin *sona ermesidir*. Eylemin daha sonra tekrarlanma olasılığı önem taşımaz. Başka bir anlatımla zararın teklifinde gerçekleşen her bir zarar ya da zararlar toplamı değil zararın *kesin* olarak gerçekleştiği zaman öğrenilmiş olunur (*Eren*, Genel, I, s. 824). Öğrenilmesi gereken zarar *tamamlanmış zarardır* (*Becker*, Çev. Olcay ve ark. s. 361). *Federal Mahkemeye* göre; zararın kapsamı, evrim geçiren bir durumundan kaynaklanıyor ise, zamanaşımı *evriminin/gelişiminin* tamamlanmasından önce işlemeğe başlamaz (ATF 112 II 118; *Scyboz/Gilleron*, C.II).

Zarar verici olay sona ermeden bir yıllık süre başlamaz. Özellikle vücut bütünlüğünün *ağır bir şekilde* ihlali durumlarında eğer mağdur *yoğun* bir tıbbi müdahale altında ise sakatlığın/malullüğün derecesi henüz yeterince belirlenemeyeceğinden BK m 60/I deki süre işlemeye başlatılamaz (BGE 112 II 123 E4; *Rey*, s. 361). *Federal mahkeme akut* durumun sona ermesinden sonra zarar hakkında yeterli bilgi olunabiliyor işgöremezlik/maluliyet derecesi %10-%25 arasında ölçülebiliyor ise zararın öğrendiği kabul edilmektedir (BGE 93 II 503 E2, *Rey*, s. 361). Eğer mağdurun vücut bütünlüğünün ihlali onun *özel ve sosyal sigortalar* hukukuna ilişkin *maluliyet/işgöremezlik aylığı bağlanmasıyla* sonuçlanmış ise onun zararın varlığı hakkında bilgi sahibi olduğu kabul edilmelidir (*Keller/Gabi*, s. 161; *Oftinger/Stark* II/1, § 16 N 352; *Brehm*, OR 60 N 44; *Naklen Rey*, s. 361).

Eşyaya ilişkin zararlarda en geç tazmine ilişkin faturaların kendisine verildiği anda yeteri kadar bilgi sahibi olduğu kabul edilir. Bu hesabın ihtimali yani tahmine ilişkin yapılması zamanaşımını istisnai başlatabilir (BGE 112 II 58 E3; *Rey*, s. 362).

Yargıtay'a göre, devam eden zararlar da zamanaşımı cereyan etmez. (Y. HGK, 10. 11. 1999 T, 1999/4-940E, 1999/937 K)

Cismani zararlar da zamanaşımı sorumluluk hukuku bakımından, önem arz eden doğal ve uygun illiyet bağı ile sebebiyet verilen en son zarar kaleminin gerçekleşmesi ile başlar (Rey, s. 361).

Tedavi masraflarıyla ilgili olarak hastahane ve eczane faturalarının mevcudiyeti ile zarar hakkında yeterli bilgi sahibi olduğu kabul edilir (Brehm, OR 6 ON 36; Nak Rey, s. 362).

Geçici iş göremezlik kayıplarında, öğretide mağdurun zarar verici davranıştan kısa bir süre sonra kendisinin uğradığı mümkün olan *en yüksek zararı somut olarak belirleyebilme* ve bunu *ileri sürebilme* durumunda olacağı kabul edilmelidir (Brehm, OR 60 N 37; Nak Rey, s. 362).

Sürekli iş göremezliğin mevcudiyeti durumunda hukuki durum farklıdır. Tıbbi açıdan iş kaybının gelecekteki gelişimi hakkında *belirsizlikler* mevcut ise meydana gelen zararın *kapsamı ve muhtevası* yeterli ölçüde belirlenemez. Mağdurun iş gücünün *kesin/mutlak kaybı* sonucunda zararın esaslı kısımları hakkında bilgi sahibi olduğu; ancak *nihai tıbbi raporun zararın kapsamını tespit ettiği anda kabul edilmelidir*. (Brehm, OR, 60, N 38 vd).

Tedavi süresince mağdurun sağlık durumunda *ilaveten bir kötüleşme/artma* söz konusu ise bu gelişme önceden *öngörülebiliyor* ise zarar sona ermediğinden zamanaşımı başlamaz; bu durum *öngörülemiyor/beklenmedik* ise bu defa *yeni bir zararın* gerçekleştiğini kabul etmek, bu bölüm zarar için *bağımsız* başlatmak gerekir (Brehm, OR 60 N 46; A. Keller II, s. 286; *Oftinger/Stark* II/1, § 16 N 353; Nak Rey, s. 362).

Ölüm olaylarında (BK m 45) zamanaşımı, *ölüm olayından bilgi sahibi olma* ile zamanaşımı başlar (Brehm, OR 60, N 50; *Oftinger/Stark*, II/1, § 16 N 354; Nak Rey, s. 362).

Tek bir zarar verici davranışla farklı türde zarar oluşuyor ve bu mağdur tarafından *farklı anlarda* algılanmış ise zamanaşımı süresi mağdurun gerçekleşen en son zarar kaleminden bilgi sahibi olduğu anda işlemeğe başlar. Çünkü zamanaşımının fonksiyonu alacaklıyı korumaktır (Brehm, OR 60 N 57; Nak Rey, s. 363).

Kanaatimizce zararı öğrenme tazminatı belirleyebilme yeteneği/bilgisi ile de ilgilidir. Zarar görenin zararı sağlıklı bir şekilde *ölçümleyebildiği* takdirde zararı öğrenmiş/öğretilmiş olur. Bu da zararın *maddi niteliği ve kapsamının* bilinmesiyle mümkündür. Bir yıllık zamanaşımı süresi kısa bir süredir. Özel-

likle *bedensel zararlarda* bu konuda *katı* bir yoruma gitmemelidir. *Kesin rapor* alınmadan *tedavi* devam ederken zarar göreni dava açmaya zorlamak *hak-kaniyete* uygun olmaz. Çünkü, zararın tamamlanmasının delili kesin sonu-
cun/raporun alınması ile mümkündür. Zarar görenden tıp bilgisi beklenemez.

Yargıtay, önceki kararlarındaki düşüncelerden esaslı bir dönüşümle zararlı öğrenme anının kuşku bırakmayacak şekilde belirlenmesini koşul say-
mıştır. Karar şu şekildedir:

b. Tazminat Yükümlüsünden Haberdar Olma

Zarar görenin sorumluyu dava edebilmesi için *yeterli* bilgiye sahip olma-
sı gerekir. Sebep ve tehlike sorumluluğunda *sorumluluk sujesini* yükümlüsün-
nü (istihdam eden hayvan tutucusu ev başkanı, işveren haksız fiil sorumlulu-
ğunda ise eylemi yapanı) öğrenmesinden/bilmesinden sonra süre başlar. Ha-
reket noktası subjektiftir (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 163-165).
Yasa tazminat yükümlüsünün öğrenme/bilme kuşkuya yer verilmeden *öğre-
nilmesini/bilinmesini* amaçlamıştır (*Eren*, Genel, I, s. 825).

En önemli koşuldur. Kanun koyucu burada sırf *zarara sebep olanın bilin-
mesini* değil, tazminat talebinin yöneltileceği şahsın *kimliğinin de* bilinmesini
arar (fail ve tazminat talebinin muhatabı için bkz *Brehm*, OR 60, N 62, *Nak
Rey*, s. 363).

Federal Mahkemeye göre; zarar failinin basit bir tahmin ile belirlenmesi
yeterli değildir. Kesin olarak öğrenilmesi gerekir (ATF 82 II 43; *Scyboz/Gille-
ron*, C.II).

II. ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ (MUTLAK SÜRE)

1. Ön Bilgiler

Borçlar Kanunu m 60 da yer verilen ikinci süre *on yıllık* süredir. *Mutlak/en
uzun* süredir. Bu süre açıldıktan sonra açılan davalar zamanaşımı def'i ile
karşılaştığında red olunur.

Kanun koyucu mağdurun menfaatini *bir yıllık nispi süre* ile korumuştur.
Zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesiyle başlayan bu süre belirsiz bir
zamanaşımı süresi ile korunamaz. Bütün hukuk sülhelerinin hukuki işlemlerde-
ki *belirlilik ve açıklılık* olan ortak menfaati belirli bir andan itibaren *borçlunun
menfaatinin mağdurun menfaatlerine* oranla daha tercihe sayan olmasını ge-
rektirir (*Brehm*, OR 60 N 64; *Nak Rey*, s. 364).

Yardımcı bir öneldir. Eğer *bir yıllık zamanaşımı süresinin koşulları on yıllık süre içinde gerçekleşmişse artık on yıllık süreden yararlanılamaz* (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 166). *Eren'e* göre on yıllık zamanaşımı süresinin diğer zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi kesilmesi mümkündür (BGE 112 II 233 E. 3e aa; *Rey*, s. 364). On yıllık zamanaşımı süresinin kesilmesi (BK m 133) için tazminat yükümlüsünün *bilinmesi* ve *mağdurun kendi zararından haberdar* olması gerekir (*Rey*, s. 364). Zamanaşımını kesen nedenler kural olarak bu süreyi uzatamaz. Ancak bir yıllık süre içinde zamanaşımını kesen sebepler oluşursa mutlak süre on yılı aşabilir (*Eren*, Genel, I, s. 827).

Borçlar Kanununun 60/1'deki on yıllık süre başlangıcı zarar verici *davranışın icra edildiği* gün başlar. Zarar ve failin bilinmesi aranmaz. Bazı olaylarda bu sonuç *adalet hissini* incitebilir. Fakat hukuk *güvenliği menfaati*, *bu sonuca katlanmayı gerektirir* (*Brehm*, OR 60 N 64; *A. Keller II*, s. 283; *Keller/Gabi*, s. 161; *Oftinger/Stark*, II/1, § 16 N 366; BGE 119 II 219 E 4a aa, 106 II 136 E. 2a, 84 II 209 f ; *Nak Rey*, s. 365).

2. Kusur Sorumluluğunda Zamanaşımı Başlangıcı

Haksız fiilin olduğu gündür. Doğaldır ki fiil tamamlanmış olmalıdır. *Federal Mahkemeye* göre; sürekli haksız fiil halinde zamanaşımı, *sonuncu* haksız fiilden itibaren başlar (ATF 92 II 1); veya yapmama yoluyla haksız fiil söz konusu ise kusurlu davranışın *sona ermesinden* başlar (ATF 112 II H2). (Her iki karar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.II).

Başka bir anlatım ile sürenin başlangıcı açısından *yapma veya kaçınma* şeklinde oluşan zarara sebep olan *insani davranış* ölçüttür (*Rey*, s. 366). Eğer sorumluluğu tesis eden davranış bir kaçınma davranışı şeklinde ortaya çıkmış ise bu taktirde sorumlu kişinin en geç; davranması gerektiği belirli bir *davranışta bulunmasının gerekli olduğu zaman noktası* belirleyici olur (*Rey*, s. 366).

Zarar verici davranışın tekrar etmesi ve süreklilik arz etmesi durumunda *Federal Mahkemenin* yukarıda anlatılan kararında ifade edildiği gibi öğretilen *en son hukuka aykırı davranışın yapıldığı* gün başka bir anlatımla bu *davranışın sona erdiği* gün ölçü alınabilir (*Oftinger/Stark*, II/1, § 16 N 366; *Nak Rey*, s. 367).

Zarar verici *davranışla*, *hukuken korunan menfaatin* ihlali (zararlı sonuç) arasında uzunca bir süre (on yılı aşkın) geçmiş ise; *hakim görüş* zamanaşımını başlangıcını davranışın icra edildiği an olarak görmektedir. *Adalet hissini*

incinmesi bahasına hukuk güvenliğine üstünlük tanınmıştır (Brehm, OR 60, N. 64; Spiro I, s. 60; BGE 106 II 138, 139 E2 c; Nak Rey, s. 365). Bizimde katıldığımız diğer görüşe göre zamanaşımı başlangıcı zararın "objektif" olarak ilk çıktığı (tebarüz) tarihin ölçü alınması gerekir (Bknz. Deschenaux/Tercier, BGE 106 II 138 E. 2b; Nak Rey, s. 366, 367).

3. Sebep Sorumluluğunda (Olağan/Tehlike) Zamanaşımı Başlangıcı

Sebep sorumlulukları zorunlu olarak bir insan davranışına değil *zarar verici olaya* bağlanmaktadır. Borçlar Kanununun m 60/I'deki zarar verici davranış, sebep sorumluluğunda sorumluluk tesis eden olay şeklinde anlaşılmalıdır (Rey, s. 367). On yıl başlangıcı için sorumluluğu tesis eden olay ölçü alınır zararın meydana geldiği an önem arz etmez (Rey, s. 367). Eğer zarar *zaman itibarıyla uzun süren bir olaydan* kaynaklanmış ise sürenin başlangıcı için *bu olayın sona erdiği tarih* ölçü alınmalıdır. Meğerki bu süre zarfında *tamamlanmış bir zarar olsun* (Oftinger/Stark, II/1, § 16 N 367 dipnot 533; Schwonder, s. 24; BGE 109 II 421, 107 II 140, 81 II 448; Nak Rey, s. 367).

Aksi görüşte olan Deschenaux/Tercier bizimde katıldığımız düşüncesine göre *zararlı etkilerin* olduğu günün başlangıç olarak ele alınması daha tatminkârdır. (Deschaneaux/Tercier, Çev. Özdemir, s. 166, Eren, Genel, I, s. 826). Çünkü radyasyon sızıntıları ya da nükleer felaketlerde felaket günün esas alınması zarar görenin aleyhine durum yaratır. Zararlı sonuçlar on yılı aşkın daha uzun zaman alabilir. Örneğin, Çernobil Nükleer Santralinin patlaması gibi olaylar sonuçları hala devam ettirmektedir.

III. BİR VE ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

On yıllık süre *mutlak/yardımcı* süredir. Ek süredir. Asıl süre bir yıllık süreye *nispi* süredir. Olağan süredir. Bir yıllık sürenin koşulları oluştuğunda on yıllık süreye başvurulamaz.

Bir öncelik sonralık ilişkisi vardır. Bunun *istisnası* bir yıllık süre bitmemesine rağmen on yıllık süre bitmek üzere mağdur on yıllık süre içinde dava açmalıdır (Rey, s. 369).

Zararın ve failin öğrenilmesi on yıllık sürenin bitimine örneğin bir ay kala öğrenilmesi halinde bir yıllık süre yeniden başlamaz. Bir aylık sürede davanın açılması gerekir. Aksi halde on yıllık sürenin mutlaklığı ve zamanaşımı kurumunun niteliği ile bağdaşmaz (Eren, Genel, I, s. 825).

Başka bir deyimle, bir ve on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını gerektiren koşulların tamamı hangi süre için gerçekleşmiş ise o zamanaşımı süresi uygulanır. Diğerinin uygulanma ihtimali ortadan kalkar (*Rey*, s. 369).

Örneğin (A), (B)'yi bir yumrukla 1 Ocak 1993'da yaralar. (B) tedavi görmek zorunda kalır. *On yıllık* mutlak süre 1 Ocak 2003'de sona erer. (B) davasını mağdurun kimliğini ve zararı öğrendiği tarihten itibaren *bir yıl* içerisinde dava açmak zorundadır. En son ileri sürme tarihi 1 Ocak 2003'dür. Ya da bu süreyi kesmelidir (*Rey*, s. 369 aynen).

C. CEZA ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HUKUKUNA UYGULANMASI

1. Ön Bilgiler

Borçlar Kanunu m 60 c. 1'de bir yıllık ve on yıllık süre ve koşullarına yer verilmiştir. *İkinci cümlede* ise "ceza zamanaşımı" (olağanüstü süre) yer alır. Ceza Kanununda tanınan zamanaşımı süresi şahsi davadan *daha uzun* ise ceza kanununda belirtilen süre esas alınır.

Bu hükmün amacı, zarar veren kişi ceza hukukuna ilişkin müeyyidenin katı sonuçlarına hala tabi olmasına rağmen mağdurun talebinin zamanaşımının gerçekleşmesi sebebiyle ileri sürememesinin *adalet duygusuyla* bağdaştırılamamasıdır (*Brehm*, OR 60 N 67; *Deschenaux/Tercier*, § 20 N 37; A. Keller II, s. 269 f; *Oftinger/Stark II/1*, N 373; *Oser/Schönenberger*, OR 60 N 15; BGE 106 II 220, 101 II 321, 100 II 334; Nak *Rey*, s. 370).

Borçlar Kanunu 60/I c.2 mağdur yakınlarının açacağı bağımsız tazminat talepleri için de geçerlidir (BGE 122 III 8.f E. 2d; *Rey*, s. 371). Böylece ağır yaralı mağdurun yakınlarının açacağı manevi tazminatlar için dahi bu hüküm uygulanır (BGE 124 I 5 E 4c; *Rey*, s. 371). Yargıtayın görüşü de aynı doğrultudadır. (*Y.4 HD, 14.10.1999 T, 1999/6551 E, 1999/8518/K*)

II. CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

1. Cezalandırılabilir Bir Davranış

Zarara neden olan davranışın ceza kanununca cezalandırılan ve suç teşkil etmesi zorunludur. Ancak zarar verenin mahkum olması koşul olmayıp mahkum olma olasılığının bulunması yeterlidir (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 168). Ceza Kanunundaki suç tipinin *objektif ve subjektif* koşullarının gerçekleşmesi şarttır (*Rey*, s. 371). Daha uzun ceza zamanaşımının uygulanması için cezayı müeyyideye tabi davranış ile meydana gelen zarar ara-

sında *doğal ve uygun illiyet* bağı şarttır (*Brehm*, OR 60 N 69, 71, 74; *A. Keller* II, s. 235/236; *Keller/Gabi*, s. 162; *Oftinger/Stark*, II/1, § 16 N 375; *Schwonder*, s. 27, 29; *Spiro*, I, s. 211/212; BGE 122 III 8E. 2c; und d, 112 II 86 E. 4a i.f; *Nak Rey*, s. 371; 372).

Somut olayda ihlal edilen ceza *normunun* ihlal edilen *hukuki varlığın korunmasını* amaçlaması gerekir (*Rey*, s. 372). Zarar verici davranış bir muhakeme konusu olmamış ya da ceza davası maddi anlamda kesinlik kazanmış bir hüküm yok ise tazminat davasını gören yargıç eylemin ceza kanunu anlamında tipiklik öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır (*Brehm*, OR 60 N 71; *Deschenaux/Tercier*, § 20 N 41; *A. Keller* II, s. 271; *Schwonder*, s. 29; BGE 118 V 197 E 4a, 112 II 188 E. 2b, 106 II 216 E. 3a A., 93 II 501 E. 1; *Nak Rey*, s. 372). Eğer eylem şikayete konu olabilecek bir nitelikte olur zarar gören ceza davası açmamış ise eylemin suç teşkil edip etmediğinin takdiri hukuk hakimine aittir (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 168). Böyle durumlarda esas olan eylemin ceza normları içerisine girip girmediğidir. Ceza davasına konu olmadığına göre doğaldır ki eylemin ceza kanununda belirtilen eylemlerinden birine girip girmediğini hukuk yargıcı belirleyecek. Bu bağlamda ceza zamanaşımı süresi dikate alınacak ya da alınmayacaktır.

Yargıtay, suç teşkil eden eylemle ilgili olarak ceza davası açılmamış olması durumunda BK.nun 60/2. maddesi karşısında ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğine karar vermiştir.(Y. 4. HD .7.3.1996 T,1996/1033E. 1996/1461 K)

Temel esas eylemin/davranışın fiilin cezayı gerektirmesidir. Bu esasa göre şu neticeler çıkar: i) Eylem ceza mahkemesinde de görülüyor ise hukuk yargıcı eylemin cezayı gerektirip gerektirmediğini serbestçe inceler (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 362) ii) Ceza davası açılmış mahkumiyet kararı kesinleşmiş ise, hukuk yargıcı bu mahkumiyet hükmüyle bağlıdır (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 168; *Tandoğan Sorumluluk*, s. 362). iii) Ceza davasında fail *suçun öğelerinin oluşmaması, ceza ehliyetinin bulunmayışı* nedeniyle beraat etmiş ise hukuk mahkemesinde bu konu bir daha incelenemez. *Delil yetersizliğinden beraat kararı* verilir ise yargıç fiilen cezayı gerektirip gerektirmediğini serbestçe belirler (*Eren*, Genel, I, s. 828). *Savcılıkça* verilen *takipsizlik kararı bir mahkeme kararı* olmayışı nedeniyle hukuk mahkemesinde olayın cezayı gerektirip gerektirmemesinin incelenmesini ve takdirini engellemez. *Federal Mahkeme* kararlarına göre; hukuk yargıcı fiilin ceza yasasına göre suç olup olmadığı konusunda serbestçe karar verir. Serbest

bırakma, takipsizlik, eğer ki objektif-veya subjektif olarak (içtihat değişikliği; ATF 106 II 213) *cezalandırılabilir değil ise* hukuk yargıcı bağlıdır (ATF 101 II 321; ATF 100 II 332; *Scyboz/Gilleron*, C.II).

Genel af halinde ceza zamanaşımı uygulanmaz. BK m 60 da öngörülen tazminat zamanaşımı uygulanır (YİBKK, 7.12.1955, 17/26 RG n. 9231). Af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tazminat davasının açılması gerekir. *Özel af* durumunda sadece cezaya ilişkin olup fiilin suç niteliğini kaldırmadığından ceza zamanaşımı süresi uygulanır (*Eren*, Genel, I, s. 828).

Ceza davasında beraat kararı delil yetersizliğinden verilmiş ise zarar gören müdahil olmuş miktar belirterek tazminat isteğinde bulunmuş ise, zarar gören beraat kararının *kesinleşmesinden* başlayarak *bir yıl* içinde tazminat davası açabilir. Çünkü ceza davasında zarar gören faili ve zararı öğrenmiş olup ceza (tazminat istemi) ile BK m 133'e göre zamanaşımı kesilmiş olur. Hakaniyet ve özellikle *kasıt/ihmal farklılıkları* bu talebinin yeniden muhakemesini haklı kılar. Eğer ceza davasına *müdahil olup tazminat talebinde bulunulmamış* ceza davası devam ederken BK m 60/l deki *bir yıllık süre geçmiş ise* hukuk mahkemesinde *tazminat davası açılmaz*. Çünkü zarar görenin tazminat iradesi bulunmamaktadır. Faile ve zarara vakıftır.

2. Ceza Zamanaşımı Süresinin Daha Uzun Süre Olması

Ceza zamanaşımı(CK) süresi özel hukuk normlarındaki (BK) süreden daha uzun olmalıdır. Çünkü BK m 60/c.2'nin amacı zarar göreni *korumaktır*.

Federal Mahkemeye göre, ceza yasasındaki süre, zarar görenin çıkarına öngörülmüş ise uygulanabilir (ATF 71 II 147; *Scyboz/Gilleron*, C.II).

Borçlar Kanunu m 60/l c.2 deki süre başlangıcı Ceza Kanununda öngörülen kriterlere göre belirlenir (*Brehm*, OR 60 N 91; *Deschenaux/Tercier*, § 20 N 144; *Oftinger/Stark*, II/1, § II/4; § 16 N 383; BGE 100 II 342 E. 1b, 111 II 441 I E. 2d; *Nak Rey*, s. 373).

Sürenin başlangıcı sorumlu kişi ve zararın öğrenilmesinden başlatan BK m 60/l.c.1 den farklı olarak ceza zamanaşımı süresi *fiilin işlendiği günden başlar* (*Rey*, s. 373). Temadi eden suçlarda cezalandırılabilir davranışın sona erdiği tarihten başlar (*Rey*, s. 374). Ceza zamanaşımı süresinin kesilip kesilmediği BK m 133 (BK m 135) ve devamına göre çözümlenir (*Brehm*, OR 60 N 93; *Deschenaux/Tercier*, § 20 N 44; *Keller/Gabi*, s. 162; *Oftinger/Stark*

II/1, § 16 N 380; *Spiro*, I s. 198; BGE 124 IV 51-52 E. 4c, 100 II 342 E. 1b, 97 II 140/141 E 3a, *Nak Rey*, s. 374).

Ceza zamanaşımı süresi *olağan/nispi* hukuk zamanaşımı ve olay zamanaşımı süresinin işlevine sahiptir. Ceza hukuku kuralları sadece önelin *başlangıcına* ve *süresine* uygulanır. *Zamanaşımının kesilmesi* (BK m 133) ve *durdurulması* (BK m 132) *Borçlar Kanunu* hükümlerine tabidir (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 168). *Federal Mahkemeye* göre hukuk yargıcı, ceza zamanaşımının başlangıcı ve süresi hususlarıyla bağlıdır. Zamanaşımı süresi özel hukuk kurallarına tabidir (IBK 127 vd); bu böyle olmasaydı zarar görenin talebinin akıbeti kendisinin hiçbir şekilde etkilemeyeceği cezai takibin tesadüflüğüne bağlı olurdu. Bu nedenle ceza davasının ne vakit ve nasıl son bulduğu önemsizdir. Şu durumda ceza davasının zamanaşımına uğrayarak takipsiz kalması hukuk yargıcını bağlamaz (ATF 101 II 321; ATF 100 II 332; *Scyboz/Gilleron*, C.II). Öte yandan zarar görenin ceza davasında özel hukuk bakımından taraf olduğu andan itibaren *ceza davasının zamanaşımının kesilmesi* aynı anda hukuk davasının zamanaşımı süresinin kesilmesine neden olur (ATF 124 IV 49; *Scyboz/Gilleron*, C.II). Ceza zamanaşımı süresi *suçun işlendiği günden* başlar (JdT 1971 358, JdT 1971/I 431; *Oğuzman/Öz*, Genel, I, s. 526).

Borçlar Kanunu m 60/I.c.2'deki sürelerin bir yıllık ya da on yıllık süreye mi uygulanacağı konusu öğretide tartışmalıdır. *Çoğunluk görüşü/hakim görüş* her ikisi için uygulanacağıdır (*Brehm*, OR 60 N 68; *von Büren* AT, s. 426; *Deschenaux/Tercier* § 20 N 45; *A. Keller* II. s. 234; *Nak Rey*, s. 374). Azınlık görüşünce ise ceza zamanaşımının sadece mutlak zamanaşımı (on yıllık) için uygulanacağı, nispi zamanaşımı (bir yıllık) süresi için uygulanamayacağı savunulur (*Spiro*, I, s. 203-204; *Nak Rey*, s. 375).

Federal Mahkeme de ceza zamanaşımı süresinin her iki (nispi-mutlak) süreler için uygulanacağı düşüncesindedir (BGE 49 II 359 E 2d., BGE 111 II 440 E2d; *Rey*, s. 375).

Örneğin Ceza Kanunundaki zamanaşımı süresi 15 yıl ise ceza zamanaşımı süresi olan 15 yıl uygulanır. 4 yıl ise bu süre *olağan/nispi* öneldeki bir yıllık sürenin *işlevine* sahiptir. Zarar gören ikinci veya üçüncü yılda dava açabilir. Bu süre *suçun işlendiği günden* başlayacağı için *olağanüstü mutlak* süre açısından *on yıllık* süre koşulları var ise uygulanmasına engel yoktur. Ancak ceza zamanaşımı süresi on yılı aşkın ise en kısa ve uzun süre için on yılı aşkın süre dikkate alınır (Bkz. *Oğuzman/Öz*, Genel, s. 526; *Karahasan*, s. 472).

3. Ceza Zamanaşımı Sürelerinin Üçüncü Kişi Karşısında= Uygulanabilirliği

a. Organın Sorumluluğunda Zamanaşımı

Yeni öğreti organın tüzel kişinin bir parçası olduğudur (*fonksiyonel organ kavramı*). Organların davranışı tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilebileceğine göre mağdurun tüzel kişi karşısında BK m 60/l. c2 anlamında *daha uzun süre/ceza zamanaşımına* dayanmasına engel yoktur (*Brehm*, OR 60 N 99; *Deschenaux/Tercier*, § 20 N 38; *Hess*, PrHG 9 N 35; *Kellre/Schöb*, IV, s. 146; *Nak Rey*, s. 376).

Federal Mahkeme ilk önceleri tüzel kişiler karşısında BK 60/1 c.2 (IBK 60/II)nin uygulanmasını ancak organın menfaat sahası ile tüzel kişinin menfaat sahasının hukuki olmasa da en azından *ekonomik* açıdan bir birlik teşkil etmesi halinde, keza organ ile şirket arasında *sıkı bir iktisadi* bir bağlantının mevcudiyeti halinde mümkün görür iken (BGE 107 II 156 E 4c, BGE 55 II 28; *Rey*, s. 376); sonraki kararlarında *açıkça* organların cezalandırılabilir davranışları sebebiyle tüzel kişi karşısında BK m 60/l.c.2 (IBK m 60/II)nin uygulanması uygun görmüştür (BGE 112 III 227 E. 4a 112 II 190 E 1c, BGE 111 III 440 E 2d; *Aksi görüş Becker* OR 60 N 4; *Rey*, s. 376).

Türk öğretisinde de tüzel kişilerin organlarının suç oluşturan haksız fiilinde ceza zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Çünkü organların eylemlerinden tüzel kişi sorumludur. (*Eren*, Genel, I, s. 829; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 725).

Yargıtay bu uygulamayı eylemi yapan için uygulamaktadır. Ancak TCK 465. maddesi ayrıktır; Örneğin bir kararında anılan madde uyarınca sorumlular yönünden de ceza zamanaşımı süresinin geçerli olduğunu kabul etmiştir. (Y. HGK. 27.6.2001 T,2001/4-472E ,2001/547 K) *Yargıtay* TCK m 465 bağlamında malca sorumlular hakkında ceza zamanaşımı süresini ceza mahkemesi süresi ile (olay tarihinden başlayarak bir yıllık nispi sürenin geçmesi koşuluyla) sınırlamıştır. Bu düşüncesinin temel esası kanaatimizce ceza zamanaşımının konuluş amacıdır. Buna göre ceza mahkemesi tehdidi altında bir kişinin doğal olarak tazminat istemini bu süre içinde sürebilme hakkının doğal sonuç olacağıdır. Başka bir anlatımla ceza mahkemesi devam ederken maddi tazminat isteminin her zaman mümkün olabileceğine göre mahkemenin sonuçlanması ile bu hakkın kalkacağıdır. Mağdur davaya müdahale et-

seydi zamanaşımı kesileceğinden ceza mahkemenin tazminat hakkında karar *vermemesi* durumunda ya da *beraat* halinde *ceza kararının kesinleşmesinden* itibaren *bir yıl* daha süre uzar.

b. Sorumluluk Sigortacısı Karşısında Zamanaşımı (KTK m 91, 97)

Zarar görenin araç işletenin sigortacısına karşı açtığı doğrudan davada *ceza zamanaşımı* süresi uygulanır. Federal Mahkeme son kararları da bu düşüncededir (BGE 112 11 79 vd; *Eren*, Genel, I, s. 829).

Öğretinin de bu soruna yanıtı olumlu olmuştur. Mağdurun pozisyonun kanunkoyucu tarafından güvence altında alınmasının amacı: Mağdurun doğrudan doğruya sorumluluk sigortası tarafı olan sigortacı karşısında ileri sürülecek tazminat taleplerinin; mağdurun (zarar veren) kapısında ileri sürülecek tazminat taleplerinden daha önce zamanaşımına uğramamasını gerektirmesidir (*Rey*, s. 377).

c. Zarar Görenin Mirasçıları Karşısında Zamanaşımı

Zarar gören kişinin ölümü durumunda, mağdurun tazminat istemini ölenin mirasçılara yöneltildiğinde BK m 60/I.c.2 deki ceza zamanaşımı süresine dayanılabilir. İsbetli görüş *miras hukukunda* geçerli olan *halefiyet* ilkesidir (*Rey*, s. 378). Ölenin şahsi borçları mirasçıların şahsi borçları haline gelir (*Rey*, s. 378). Başka bir anlatımla; BK m 60/I c.2'nin hukuki himayesi tazminat talebinin muhatabı olan kişinin cezalandırılabilirliği ile ilgili olmadığı, aksine zararın gerçekleşmesi illeti olan davranışın cezalandırılabilirliği ile ilgili oluşudur (*Rey*, s. 379).

Ceza zamanaşımı faile ve ölümü durumunda mirasçılara uygulanır (*Eren*, Genel, I, s. 828; *Oğuzman/Öz*, Genel, s. 527 ve dn 203 de belirtilen *Yargıtay* kararları).

d. Sebep Sorumluluklarında Ceza Zamanaşımı

Sebep sorumluluklarında sorumluluğun sujesine (adam çalıştıran, ev başkanı) ceza zamanaşımı uygulanmaz. Ancak ek kusur durumunda uygulanır (*Eren*, Genel, I, s. 829; *Oğuzman/Öz*, Genel, s. 527).

Federal Mahkemeye göre; failin cezalandırılabilirliği (istihdam edilen, aile başkanının sorumluluğu altındaki kimse), zamanaşımı hukuku açısından *üçüncü kişiye* (istihdam eden, aile başkanı) ceza zamanaşımı uygulanmaz (BGE 122 III 228-229; *Rey*, s. 379).

III. CEZA VE ÖZEL HUKUK ZAMANAŞIMI SÜRELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Mağdurun, ceza zamanaşımı süresinin geçmesinden hemen sonra fakat *on yıllık* mutlak zamanaşımı süresinin geçmesinden önce *zarar ve tazminat yükümlüsünden* haberdar olduğu zaman sonucun ne olacağı tartışmalıdır (Rey, s. 380). Eğer ceza zamanaşımının özel zamanaşımı yerine geçtiği var sayılır ise tazminat davası zamanaşımına uğrar. Çünkü BK m 60/I.c.2 deki zamanaşımı c.1 yerine de geçirilir hükmünü içerir (Rey, s. 380). Buna karşılık ceza zamanaşımı hükmü *mağdurun menfaatini* koruma amacı dikkate alınırsa ceza zamanaşımı özel zamanaşımı *yerine geçmez onu tamamlar*. Mağdur, ceza zamanaşımı dolsa dahi özel hukuk zamanaşımına dayanır (Rey, s. 380). Öğretide ceza zamanaşımı süreleri mağdurun tazminat talepleri için ancak özel hukuka ilişkin zamanaşımı süreleri dolduğunda uygulanabilir (Brehm, OR 60 N 95; *Oftinger/Stark* II/1, § 16 N 384; *Steiner*, s. 69; *Nak Rey*, s. 381).

D. BORÇLAR KANUNUN M 60/III DE DÜZENLENEN ÖZEL HÜKÜM (ZARAR GÖRENİN DAİMİ DEF'İ HAKKI)

Borçlar Kanunu m 60/III özel bir durumu düzenlemiştir. Buna göre zarar gören bir kişinin haksız fiil sonucu (hile veya tehdit) bir *sözleşme yapmasıdır*. Kural olarak böyle durumlarda BK m 31 gereği sözleşme ile bağlı olmadığını beyan etmesi gerekir. İşte bu beyan yapılmasa, alacaklı da sözleşme konusu parayı isterse, *borçlu/haksız eylem mağduru* bu isteği BK m 60/III'e göre red eder. Bu def'i *süreye de bağlı değildir*. (*Deschaneaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 169). Ancak ileri sürülmesi koşuldur zamanaşımına bu hak uğramaz (Rey, s. 382).

Federal Mahkemeye göre de, tehdite ilişkin defi zamanaşımına uğramaz. Tehditin ortadan kalkmasından sonraki bir icazet saklıdır (ATF 84 II 621, *Scyboz/Gilleron*, C.II).

E. RÜCU HAKKI SAHİBİNİN ALACAĞININ ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

Aksi düzenlenmediği müddetçe rücu davasında zamanaşımı asıl alacağın bağlı olduğu zamanaşımı *süresine* bağlıdır. Kural olarak *ödeme tarihinden* başlar (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 392).

KAYNAKÇA

Deschenaux, H/Tercier, P: Sorumluluk Hukuku (Çev. Salim Özdemir), Ankara 1983

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku ,Genel Hükümle C.I B.6 İstanbul 1998

Karahasan, Mustafa Reşit:Tazminat Davaları ve Yargılama Usulü, 1996

Keller,Alfred: Haftplich im Privatrecht Bd I. 4 Auf, 1979

Oftinger, Karl:Federal Mahkeme İçtihatları (Çev.Kemal Dayınlarlı) Ankara 1985

Oğuzman, Kemal/Öz,Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.3 İstanbul 2000

Oser, Dr. H/Schönenberger, Dr. W:Borçlar Hukuku, (Çev.Recai Seçkin),Ankara 1947

Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftplichterchht, 2. Auflage,Zürich 1998

Scyboz, Georges/Gilleron, Robert: Code civil suisse et Code des obligations annotes sixieme edition misse a jour Introduction de Jean Gauthier Lausanne 1999

Tandogan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku,Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993

Tuhr, Andreas Von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983

SOSYAL GÜVENLİK VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI

Dr. F.Kerim ANADOLU(*)

ANLATIM DÜZENİ: I. Genel Olarak, II. Sosyal Güvenliğin Vasıtaları, III. Genel Sağlık Sigortası ve Yeşil Kart Uygulaması, IV. Genel Sağlık Sigortasının Finansmanı ve Özelleştirme, V. Sosyal Güvenlik ve Sağlık Kurumlarının Tek Çatı Altında Birleştirilmesi, VI. Sonuç.

I. GENEL OLARAK

Devletimizin ve Cumhuriyetimizin nitelikleri AY. M.2'de vurgulanmıştır. Bunları; çağdaş uygarlık, demokratik cumhuriyet, Atatürk ilkelerine bağlı, laik, karma ekonomi, eşitlik ve konumuzla ilişkisi bakımından eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkeleri... olarak sıralanabilir¹.

Bizim konumuzla yakın ilişkisi olan "Sosyal Hukuk Devleti ise²; sosyal adalet, ekonomik kalkınma ve kamu hukuku içerisinde inceleme konusu yapılan "Sosyal Güvenlik" kavramlarını kapsamaktadır³.

Sosyal adalet; herkese hakkını vermektir⁴.

Kalkınma; refah seviyesinin yükseltilmesi çalışmalarıdır⁵.

(*) Selçuk Üniversitesi Öğretim Elemanı

1 **ARSLAN/ATAR/AYAN/KARAHAN/SÜMER/ULUKAPI**, Hukuk Bilmine Giriş, Konya 1994, s. 107-113; **TUNCAY**, A. Can, Sosyal Güvenlik Dersleri, 9. Baskı, İstanbul 1999, s. 1 - 53

2 **EROĞLU**, Hamza, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1984, s. 62; **ARSLAN** Süleyman, İdare Hukuku (Ders Notları), Konya 1995, s. 11-21; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s. 1 vd.; **TALAS**, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara 1993, s. 336-341; **ARSLAN**, vd., a.g.e. 132-133; **SÖZGER**, Ali Nazmi, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s. 7-11; **CIVAN**, Turnagil (Çev.) Uluslararası Çalışma İlkeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara 1983, s. 31-33; **HART**, H. L. A. The Concept of Law, Oxford 1972, s. 38.

3 **GÜVEN**, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, Eskişehir 1994, s.401, 591.

4 **ARSLAN**, Süleyman, s. 11-21.

5 **TALAS**, Cahit, sosyal Ekonomi, s. 336-341.

İnceleme konumuz olan sosyal güvenlik ise, "kişinin yarınından diğer bir anlatımla geleceğinden emin olmasını sağlayan önlemlerin alınmasıdır". Buna göre, sosyal güvenlik, gelirleri ne olursa olsun, kişilere belirli sosyal riskler (tehlike) karşısında ekonomik güvence sağlama görevine sahip kurum ve kurumlar topluluğudur. Bireyler, özel ve meslek yaşamı süresince çeşitli mesleki (iş kazası ve meslek hastalığı), fizyolojik (hastalık, analık, sakatlık, ölüm) ve sosyo-ekonomik (işsizlik evlenme, çocuk sahibi olma ve konut ihtiyacı) risklerle karşı karşıya kalabilir. Sosyal güvenlik yukarıda vurgulanan riskler nedeniyle kısmen ya da tamamen çalışamaz duruma düşen ve bu nedenle gelir kaybına muhtaç duruma düşenlere insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam sürmelerini sağlayacak ölçüde gelir sağlamayı amaçlar hastalık ya da sakatlık sebebiyle çalışma gücünü kaybeden kişilere gerekli sağlık yardımlarında bulunur⁶.

Sosyal güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesinde başvurulacak iki temel araç vardır. Bunlar ise; sosyal sigortalar ile, sosyal yardım ve hizmetleridir⁷.

II. SOSYAL GÜVENLİĞİN VASİTALARI

Sosyal güvenliğin vasıtaları; sosyal sigortalar, devletçe bakılma, sosyal yardımlardır⁸.

A. Sosyal Sigortalar

Sosyal sigortalar prim esasına dayanır. T.C. Emekli Sandığı, SSK. ve BAĞ-KUR'a ait tabi olanların, sosyal güvenlik kurumlarında uygulama olanığı bulunmaktadır⁹.

Sosyal Sigortalar, en gelişmiş ve yaygın olan sosyal güvenlik tekniğidir. Bir ülke çalışanların karşılaşabilecekleri riskleri karşılamak amacıyla zorunlu olarak işçi ve işverenlerin katılmasıyla devlet tarafından kurulmuş ve örgütlenmiş bir kurumdur. Sosyal Sigortaların temel finansman aracı, prim olması nedeniyle bu sisteme "Primli Rejim" de denilmektedir¹⁰.

6 EROĞLU, Hamza, s. 62 vd.

7 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik, s.401-591.

8 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, s.401-591.

9 GÜZEL, Ali/OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1982, s. 82.; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 131-133, TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, İstanbul 1992, s. 14, 37, 50, 59-82; BAŞARAN, Ayhan, Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Klavuzu, İstanbul 1986, s. 1-199.

10 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü, GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s.401-591.

Türkiye'de primli sosyal güvenlik rejimini yürüten üç ana sosyal güvenlik kurumu mevcuttur. Bunlardan ilki, işçilerin sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK), ikinci kamu çalışanı memurların sosyal güvenliğini sağlamakla görevli olan T.C. Emekli Sandığı, sonuncusu ise bağımsız çalışanların sosyal güvenliğini sağlayan Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur)dur. Bunlara ayrıca bazı banka, sigorta şirketi, ticaret ve sanayi odaları çalışanlarına sosyal güvenlik sağlayan sandıkları da eklemek mümkündür¹¹.

Türk hukukunda bir kişinin ancak bir sosyal güvenlik kurumunun kapsamında yer alabileceği kuralı benimsenmiştir. Buna "Sosyal Güvenlikte Teklik Esası" denilmektedir¹².

Sosyal Güvenlik Hukuku bir Kamu Hukuku dalıdır. Çünkü, Sosyal Güvenlik Hukuku ile oluşan sigortacılık ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir. Sigortacılık ilişkisi yasa gereği oluşur. Sigortalı olma yükümü, sigortalının iradesi dışında emredici nitelikteki hukuk kurallarıyla ortaya çıkar¹³. Sigortalılık ilişkisinde yasadan kaynaklanan işverenin yükümlülükleri de vardır. İşverenin bu yükümlülüklerden kaçınabilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak; sigortalı, işveren ve sigorta kurumu arasında Kamu Hukuku niteliğinde üçlü bir sigorta ilişkisi bulunmaktadır¹⁴.

Yapılan sosyal sigorta ilişkisi sonucunda; işkazası ve meslek hastalıkları sigortası, analık sigortası, hastalık sigortası, malullük sakatlık sigortası, yaşlılık sigortası, ölüm sigortası, aile sigortası ve işsizlik sigortası ödemeleri yapılmaktadır¹⁵.

B. Sosyal Yardım ve Hizmetleri

Sosyal Yardımlar; toplumun kendi elinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireylerin ve dar gelirliilerine insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyleri sağlamak amacıyla yapılan parasal yardımları vurgular¹⁶.

Sosyal hizmetler ise; bir ülkede kendi elinde olmayan nedenlerle, yoksul muhtaç, bedenen veya ruhça sakat duruma düşen bireylere insana yaraşır bir yaşam sürdürecekleri sosyal ortamı yaratma amacı taşırlar¹⁷.

11 AKINCI/AKYILMAZ/BALİ/BİLİR/DOĞAN/ERCAN/KAYA/SUNAY/USAN/YALMAN/AK-SAN, Hukuka Giriş, Konya 2001, s. 239-241.

12 GÜVEN vd., s. 401-591.

13 AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001, s. 36-71.

14 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, Sosyal Güvenlik, s. 401-591.

15 AKINCI, vd., s.239-242.

16 SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal İlişkiler, s. 8.

17 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

Sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanabilmek için prim ödeme katkısı aranmaz. Bu nedenle bu rejime "Primsiz ve Sosyal Güvenlik Rejimi" de denir¹⁸.

1. Sosyal Yardımlar

Bunlar prim esasına dayanan T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur ... dışında karşılıksız ve ancak bütçe transfer harcamaları yoluyla yapılan ödemelerdir.

Her toplumda kendi gücü ile ve kendi imkanlarıyla, yapılan ve ailesinin geçimini sağlamayan veya yeterli ölçüde sağlayamayan insanlar bulunmakta iseler, sosyal güvenlik kurumundan veya kendilerine bakmakla yükümlü nafaka yükümlü kimselerden herhangi bir destek görmüyor iseler, onlara devlet yardım etmek durumundadır. Bu nedenle sosyal yardım yokluğa ve tehlikeye maruz kişilerin devletçe sağlık ve ekonomik bakımdan korunması olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Bu görev, devlet için bir bakıma çatisızların gözetimi ve polisiye bir görevdir. Gözetime konu, yeni fakir kişiler²⁰ şöyle tanımlanmaktadır: Mahalli adetlere göre, kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin geçimini kendi gücü ve imkanlarıyla hiç veya yeterli ölçüde sağlayamayan, diğer yandan MK.na göre, nafakasını sağlamakla yükümlü kimselerce de geçimi sağlanamayan kişi yardıma muhtaçtır²¹.

Yardımlar bir nedene bağlı olmaksızın, hatta kişilerin şahsi kusuru durumunda da sağlanır. Amaç, muhtaç kişilere, insanın onuruna yaraşan bir yaşam düzeyi sağlamaktır. Yardım konusu edimin verilip verilmeyeceği ve içeriğini bu konuda yetkili bir makam belirler. Bunun için gereksinim sahibinin tüm ekonomik durumu, iş görebilme yeteneği sağlığı, yaşı, ailevi durumu değerlendirilir²².

Özellikle sosyal güvenliğin bozukluklarının varlığında önem taşıyıp sosyal güvenlikte son ağı, son istasyon olarak nitelenen sosyal yardımlar gereksinim sahibi kişi bakımından genellikle bir hak olarak nitelenmektedir²³. Buna göre bu ödemeler yardım ve hizmetler, takdire bağlı değilse, hak sayılır²⁴.

18 AKINCI vd., s. 239-242.

19 TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 336-337; SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigortalar, s. 8.

20 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

21 DİLİK, Sait, Yöntem, s. 75; SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 8 vd.

22 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9; TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, İstanbul 1987, s. 8.

23 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

24 Aksinè görüş ise; Hak sayılmadığı yolundaki görüş için ise bkz. TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s.337; SÖZER, Ali Nazmi, s. 9, dn. 5.

Ülkemizde aktarılan anlamda sosyal yardımlara konu olan yasalara örnek olarak 2022 sayılı 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına bağlanan aylıklar hakkında Yasa²⁵, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmaya Teşvik Yasası²⁶ 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Yasası²⁷ Şehit aile ve yetimlerine yapılan para yardımları, muhtaç asker ailelerine yapılan yardımlar, vatan hizmetinde bulunmuş İstiklal madalyası verilmiş bulunanlara bağlanan şeref aylıkları ... sosyal yardım niteliğindeki yardımların bazılarıdır²⁸.

2. Sosyal Hizmetler

Sosyal hizmetler ise, muhtaç çocuk ve yaşlılara sağlanan sosyal hizmetler (huzur evleri, çocuk yuvaları, sağlık hizmetleri örneğin yeşil kart uygulaması vb. ... ve konut edinme hizmetleri örnek gösterilebilir²⁹.

Türkiye'de sosyal hizmetleri yürütme görevi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna verilmiştir³⁰.

Bizim de tam üye olarak katılmak istediğimiz AB normlarına ve bir Avrupa Birliği ülkesi Federal Almanya'daki uygulamaya göre kişilerin insan onuruna yaraşır düzeyde bir yaşam sürdürülebilmeleri haklarının yanında ayrıca sosyal gelişim yardımlarına da hak sahibi olduklarının sosyal yasayla kabulü ile, sosyal yardım terimi yetersiz kalmıştır³¹.

Bu nedenle sosyal gelişmeyi sağlayan yardımlar olarak nitelenen çocuk parası, mesken parası, öğrenimi teşvik gibi yardımları da içermek üzere daha kapsamlı olan "Sosyal Telafi" terimi, "Sosyal Yardım" terimi yerine kullanılır olmuştur.

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASI VE YEŞİL KART UYGULAMASI

Yeşil kart ödeme gücü olmayanların ve sosyal güvenlikten yararlanacak hiçbir hizmeti bulunmayanların, yeşil kart ile sağlık giderlerinin sağlanması-

25 TUNÇOMAĞ, Kenan, Sosyal Güvenlik, 1987, s. 71; TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, s. 51, SÖZER, Ali Nazmi, s. 9.

26 DİLİK, Sait, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Çimento İşveren Mart 1987, s. 2, s. 8 vd.

27 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9.

28 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

29 ODYAKMAZ, Zehra/SÜMER, Haluk, Hadi/EVREN, Sami/AYTÜR, Arif, Çalışma Yaşamı Sosyal Güvenlik ve Yeşil Kart Uygulaması, Konya 20.4.2002 (Panel)

30 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9 vd.

31 SÖZER, Ali Nazmi, a.g.e., s. 9, dn. 9.

dir. Bu uygulamadan T.C. vatandaşları yararlanır. Asgari ücretinin 3/4 geçen tutarda geliri olanların ve bu oranları sonradan aşanların yeşil kartları alınır.

Yeşil kart il ve ilçe idare kurulları verir. Aksi beyanın yaptırımını ise alanlara kendilerinden veya velilerinden iki kat cezalı olarak geri alınmasıdır.

Şahsın istemi üzerine form doldurtulur. İlgili makamlarca geliri olmadığı ve sosyal güvenden yararlanmadığını anlaşılınca, kaymakam, vali, mal müdürü vs. ilgili makam kararı üzerine yeşil kart istemi kabul veya reddolunur. Bunun için karardan önce, doldurulan forma dayanılarak, bir yandan kuruluşundan veya sosyal güvenlik kurumundan aylık almadığına ilişkin olarak, SSK, Bağ-Kur, Tapu, Banka ve Vergi Dairesi, Muhtarlık, Karakol gibi ilgili görülen idari mekan vs. yerlerden sorularak, yardım ve sosyal güvenlik ve gelir durumu araştırılır. Nüfus kaydı oturlan yer dışında ise oraya sorulur.

Yeşil kartta prim yatırılmaz. SSK'da olduğu gibi prim yatırma sorunu yoktur. Yalnız ailenin toplam gelir düzeyi 3/4 oranında asgari ücreti geçmeyecektir. Ancak uygulamada, yeşil karta hastaneye başvurulmadan başvurulma işlemlerinin yapılmadığı görülmektedir. Oysa, hastaneye başvurmadan önce yeşil kart çıkarılmalıdır. Yeni doğan çocuk nüfusta kayıtlı değilse, yeşil karttan yararlanamaz.

2022 sayılı Kanundan yararlananlar, yeşil kart yardımlarından yararlanmamaktadırlar. Hastaneler, yeşil kart fonundan döner sermayelerine gelir sağlamak için, yeşil kart sahipleriyle daha çok ilgilendikleri ve sağlık tedavilerini ve giderlerini üstlendikleri ilgilendikleri ve sağlık tedavilerini ve giderlerini üstlendikleri halde, yaşlılık ve muhtaç aylığı olan ve 2022 sayılı Yasaya tabi olanların tedavisiyle ilgilenmedikleri uygulamada görülmektedir. Gerekçe olarak, anılan yasaya göre, Muhtaçlık ve Malul aylığı gelirlerinin bulunması ileri sürülmekte ise, bu yoldaki gelirlerle yeşil kart sahibi kişilerin yararlandıkları sağlık yardımları arasında bir uyarılık yoktur. Bunların giderleri de, yeşil kart fonundan sağlanması eşitlik ve adalet ve sosyal güvenlik ve sosyal devlet ilkelerine uygun olacağı kanısındayız. Bu kişilerin, sağlık giderlerinin, Sağlık Bakanlığınca karşılanmaması ve aksine durumların hukuk devleti ilkelerine de uygun olmadığına değinmek yerinde olacaktır³².

Biz burada genel sağlık sigortası ve dolayısıyla prim esasına dayanan yardımardan yeşil kart uygulaması üzerinde duracağız³³.

32 ODYAKMAZ, cd. Panel, Konya 20.4.2002.

33 ODYAKMAZ, vd. Panel, Konya 20.4.2002; ÇUBUKÇU, Ali, Sosyal Politika ve Sosyal Güvenlik, Ankara 1983, s. 59; İZVEREN, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968, s. 159; TALAS, Cahit, sosyal Ekonomi, s. 323-341, dn. 1; FISHER, Allan, C. B., Progres Eçonomique et Securite Sociale, Paris 1947, s. 136.

Bu nedenle, uluslararası sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla, devleti küçültmeyi öngören neo-liberalizm görüşlerin aksine³⁴ devletimiz Anayasa madde 2'ye göre sosyal bir hukuk devletidir³⁵. Bunun sonucu olarak, ekonomik hak ve ödevler "başlığı altında Üçüncü Bölümünde madde 56 ile, sağlık hizmetleri ve çevre korunması düzenleme konusu yapılmıştır³⁶. Buna göre "Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimini artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kurumlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu özel kesimlerindeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir" Çünkü, sağlık sigortası ve bunun uygulanması yeşil kart deneyimi sosyal güvenlik haklarından birini oluşturur³⁷.

A. Sosyal Güvenlik Hakları

Sosyal güvenlik hakları ise, Anayasa, madde 60, 61'de düzenlenmiştir. Bunlardan sosyal güvenlik ise, Anayasa madde 60'a göre düzenleme konusu yapılmıştır³⁸. Buna göre sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

B. Özel Olarak Korunması Gerekenler

Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler ise, Anayasa madde 61'de düzenleme konusu yapılmıştır.

1. Vatandaşlar ve Dul-Yetimleri

"Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle malul gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar."

2. Sakatlar

"Devlet sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirler alır."

3. Yaşlılar

Yaşlılar Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

34 İŞIKLI, Alparslan, İş Hukuku, 3. Baskı 1999, s. 1 vd.

35 ARSLAN, Süleyman, s. 17-18.

36 SÜZEK, Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, 1994, s. 20 vd.

37 TUNCA, A. Can, Sosyal Güvenlik, 9. Baskı, s. 71 vd.

38 KOCAOĞLU, Mehmet, İş Hukuku Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politika, Ankara 1983, s. vd.; Aynı yazar, Askeri Yasalar, Ankara 1989, s. 32-33.

4. Korunmaya Muhtaç Çocuklar

Korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için Devlet her türlü önlemleri alır. Bu amaçla gerekli tesisler ve teşkilatlar kurar veya kurdurur.

C. Eşitlik İlkesi ve Yeşil Kart Uygulaması

1. Eşitlik İlkesi

Anayasanın 10 uncu maddesi Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemiştir. Buna göre, "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşittir ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır."

2. Eşitlik İlkesine Aykırılığın Yaptırımı

Eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımı³⁹; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin II inci maddesiyle düzenleme konusu yapılmıştır⁴⁰. Buna göre ise, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Durum böyle iken, sosyal devlet uygulamalarının aksine, prim esasına göre düzenleme yapılan sosyal sigorta ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve diğerleri benzeri sandık ve kuruluşların sağlık sigortası dışında, prim esasına dayanmayan ve Anayasa madde 56/son fıkrasında düzenleme konusu yapılan yeşil kart sağlık uygulamasında bazı eşitsizliklerin yaratıldığı görülmektedir⁴¹.

Buna göre, yeşil karttan yararlananlar Devlet hastanelerinde tedavi almakta, buna karşın üst ve bilimsel sağlık kurumu Üniversite hastanelerinde tedavileri, devlet hastanelerince sevkleri mevzuata göre yapılamadığından tedavi olunmadığı gibi, giderleri de karşılanmamaktadır. Buna ilişkin sağlık

39 ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, 1994, s. 113.

40 ATAR, Yavuz, "Anayasa'nın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları" (Anayasa m. 11) SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, s. 181-209.

41 ODYAKMAZ vd. Panel, Konya 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 113, 131-132; TUNÇAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, 1992, s.50-59; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza, s. 443; TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik, s. 7; ANADOLU, F. Kerim, Kıdem Tazminatının Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması (Doktora Tezi) Ankara 2001, s. 519-525; ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara 1989, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması (Doktora Tezi) Ankara 1976, s. 1 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yöneltilmiş Yargı, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.

yardımları devlet hastaneleri döner sermayesine kullanılabilmekte, üniversite hastanelerine sevkleri uygulamada yapılmadığından bunlar bu yardım fonundan yararlanamamaktadır.

Amaç, yeşil kart, fonu tedavi ve ilaç parasının Sağlık Bakanlığı Hastaneleri Döner sermayesine aktarılması ve personelince paylaşılmasıdır. İthal ilaçlar yazılmamakta, yerli ilaçlarla ise, hasta bazen şifa bulamamaktadır.

Bu işlem ve uygulama ve dayanağı irtibatı objektif ve subjektif tasarruf vs. idari eylemler, Anayasa madde 10, 2, 125, 56/son 2577/İdari Yargılama Usulü K.'nun 2'nci maddesi ile düzenleme konusu olunup, yaptırımı vurgulanan eşitlik ilkesine ve TCK. 230 ve 240 maddelerine ve ilgili özel mevzuata aykırı olduğu, kanısındayız⁴².

Türk vatandaşları arasında eşitlik esastır. Kamu hizmetlerinde yararlanmada, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerinden yararlanmada, para esasına göre ve yardım esasına göre verilen sağlık hizmetleri arasında mali nedenle eşitsizlik ve farklılık Anayasa 2, 56/son göre sağlık sigortası ve sosyal hukuk devleti ilkelerine Anayasa 5, 17 aykırıdır. Bunun yaptırımı yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa madde 10 ve 11 ile düzenleme konusu edilmiştir⁴³.

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ FİNANSMANI VE ÖZELLEŞTİRME

Yeşil kart uygulamasının finansmanı, batık bankalar finansmanı, işsizlik sigortası, iş güvencesi ve kıdem tazminatı gibi Avrupa Birliği normlarına göre devlet güvencesinde olmalıdır. Çünkü, Anayasa madde 2, 56/son maddesine göre, sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için genel sağlık sigortasının uygulanması vurgulanmaktadır.

A. Sağlık Sigortasının Finansmanı

1. Primli Sigortada

Sosyal sigortalarda, sağlık yardımı T.C. Emekli Sandığı, SSK, Bağ-Kur ve benzeri sandıklarda; işveren, devlet, işçi gibi yararlananlarca prim ödeme yoluyla sağlanmaktadır⁴⁴.

42 ÖDYAKMAZ, vd. Panel, 20.4.2002; ARSLAN vd., Hukuk Bilmine Giriş, s. 113, 131-133; GÖZÜ-BÜYÜK, A. Şeref, 7. Baskı, Ankara 1990, s. 1 vd.; ONAR, Erdal, Meclis Araştırması, Ankara 1976, s. 1 vd.

43 ATAR, Yavuz, Anayasa m.11, SÜHFD, s. 181; ÖDEN, Merih, Eşitlik İlkesi, 1989, s. 1 vd.

44 GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer Zühtü/GEREK, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 1994, s. 429-457.

2. Primsiz Sigorta ve Yardımlarda

Sosyal yardımlar buna ilişkin yeşil kart uygulamasında devlet katkısı, Anayasa madde 65'e göre sınırlı kalmaktadır. Çünkü, sosyal ve ekonomik hakların sınırını düzenleyen Anayasa madde 65'e göre "Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" katılmak istediğimiz Avrupa Birliği normlarına ve demokratik hukuk devleti anlayışına ve sosyal hukuk devleti düzenlemesine de aykırı düşmektedir⁴⁵.

B. Özelleştirme ve Genel Sağlık Sigorta Fonu

Özelleştirilen kurumların satışından elde edilen, batık banka zararlarının kapatılmasında olduğu gibi devlet katkısı, işçi ve işveren katkısı ile kurulacak, Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasında yarar vardır. Akla yatkın en uygun olanı da budur. Çünkü, özelleştirilen bu KİT'ler milletin tasarrufuyla, fedakârlığıyla kurulmuşlardır. Bunların satışından sağlanacak mali kaynaklar, amacına uygun olarak vatandaşların Anayasa, madde 17, 5, 42 göre Temel hak olarak Eğitim hizmetlerine ve Üniversitelere ve Anayasa madde 56, 61, 62 göre Sosyal Güvenlik ve Yardım hizmetlerinde, haklarında kullanılmasından ve kurulacak Genel Sağlık Sigorta Fonuna aktarılmasından başka akla yatkın bir yol yoktur. Çünkü, özelleştirme satış kaynaklarının katrilyonlar bulan banka zararlarının kapatılması kadar, vatandaş yeşil kart giderlerinin karşılanması için kurulacak devlet güvencesindeki genel sağlık sigorta fonuna tıpkı işsizlik sigorta fonu düzenlemesinde olduğu gibi aktarılmasında yarar olduğu kanısındayız. Bu Anayasamızca düzenlenen Sosyal, Laik, Demokratik, Atatürkçü, Hukuk Devleti olmamızın bir gereğidir⁴⁶.

V. SOSYAL GÜVENLİK VE SAĞLIK KURUMLARININ TEK ÇATI ALTINDA BİRLEŞTİRİLMESİ

Genel sağlık sigortası ve sosyal güvenlik kurumlarının tek çatı altında toplanmaları ve enflasyonun etkisinden korunması gereken genel sağlık sigortası fonundan bütün vatandaşların eşit yararlanmaları, sosyal yardım ve sigortalı olanlar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi gerekir⁴⁷.

45 ARSLAN vd. Hukuk Bilimine Giriş, s. 429-457, GÜVEN, Ercan/ALTAN, Ömer, Zühtü/GEREK, Nuvit, a.g.e., s. 423; ANADOLU, Tez, s. 519-525.

46 ARSLAN, Süleyman, s. 11-12; TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, s. 332-341; SÜRAL, Ayşe, Nurhan, "Son Gelişmeler Işığında UÇO ve AT Boyutunda Sürekli Çalışma İlişkileri, Ankara 1991.

47 NEW HOUSE, Josep, H., The Economics of Medical Care: A Policy Perspective, Reading MA Addison Wesley, co. 1978; CENTEL, Tankut, Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim, İstanbul 1997, s. 129-130; OD-YAKMAZ vd. Panel, 20.4.2002; KÜRTÜLMÜŞ, Sevgi, "Sağlık Ekonomisinin Adalet ve Etkinlik Prensipleri Çerçevesinde Hükümetlerin Sağlık Hizmetlerindeki Rolü", Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1978, s. 685-705; BROWN, Richard, E. "Public Hospitals the Brink Their Problems and Their Option" Jurnal of Health politics, And Low Vol.7, No. 4 Winter 1983, s. 927-908; JOHN, Bengt, "Health Economics in the Nordic Contries prospect for the Future" Health Economic prospects for the Future George T. Simith (ed.) London Croom Helm 1987, s. 42-52.

VI. SONUÇ

Milletin malı özelleştirme kaynaklarının genel sağlık sigortasına ve milli eğitime Anayasa, madde 2, 42, 56 göre aktarılmasıyla, Avrupa Birliği (AB) normlarına uygun, küreselleşme, iktisadilik (Productivite), kârlılık (rantebilite) ve kamu yararı sağlanmış olur. Sosyal devlet, refah devletinin ileri aşaması ve eşitlik ilkeleri yakalanmış olup, çağdaş devlet normlarına uygun biçimde vatandaşlarımıza sosyal güvenlik ve bunun sonucu olarak sağlık güvencesi fark gözetilmeden sağlanmış daha mutlu bir toplum yaratılmış olur. Bu suretle, demokrasinin amacı eşitlik ve mutluluk hassas dengesi sağlanarak, yeşil kart sahibi kişilerin de sağlık giderleri prim esasına dayananlarınkı gibi güvenceye kavuşturulur. Bu suretle, buna ilişkin bürokratik engellerde ortadan kaldırılmış olur. Bunun için genel sağlık sigortasının tek çatı altında toplanmasıyla, bunun "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca" üstlenmesinin yerinde olacağı kanısındayım. Bu yoldaki hizmetler ise, Sağlık Bakanlığı personeline yerine getirilmesi, hastanelerin kurum farkı gözetilmeksizin, bu yolda organize edilmesi amaca uygun bir yol olacağı kanısındayım⁴⁸.

- 000 -

48 TALAS, Cahit, "Türkiye'de Sosyal Devlet Düzeninin Bunalımı" Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s. 641-649; SÖZER, Ali Nazmi, "Sosyal Yardımların Yeniden yapılandırılmasına İlişkin Bir Değerlendirme", Prof.Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000, s. 693-709.

KAYNAKLAR

AKINCI/AKYILMAZ/BALI/BİLİR/DOĞAN/ERCAN/KAYA/SUNAY/USAN/YALMAN/AKSA, Hukuka Giriş, Konya 2001.

AKYILMAZ, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001.

AKYILMAZ, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat, İdare Hukuku Mevzuatı (Teşkilat) Konya 2001.

AKYILMAZ, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat, İdare Hukuku Mevzuatı (Personel-Faaliyet) Konya 2001.

AKYILMAZ, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat, İdare Hukuku Mevzuatı (Yargı) Konya 2001.

ANADOLU, F. Kerim, Kıdem Tazminatının Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması (Doktora Tezi) Ankara 2001.

ARSLAN, Süleyman, İdare Hukuku, (Ders Notları) Konya 1995.

ARSLAN/ATAR/AYAN/KARAHAN/SÜMER/ULUKAPI, Hukuk Bilimine Giriş, Konya 1994, Aynı Yazarlar Hukukun Temel Kavramları, Konya 1997.

ATAR, Yavuz, "Anayasa'nın Bağlıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları" (Anayasa m. 11) SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989.

BAŞARAN, Ayhan., Sigortalılar İçin Yaşlılık, Mamullük, Ölüm Aylığı Klavuzu, Babiben Yayın No: 9, İstanbul 1986.

BROWN, Richard, E. "public Hospitals the Brink Their Problems and Theier Option" Jurnal of Healt politics polic, And Low Wol.7, No. 4 Winter 1983.

CENTEL, Tankut, Sosyal Güvenlikte Yapısal Değişim, İstanbul 1987.

ÇUBUKÇU, Ali, Sosyal Politika ve Sosyal Güvenlik, Ankara 1983.

DANS, Peter, E. "Peer Review Organizations: Promises and Petential Pit Falls" The New England Journal of Medicine October 31.1985 vd. 13, No: 18.

DİLİK, Sait, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Çimento İşveren Mart 1987,

EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1984,

FISHER, Allan, C. B., Progres Eçonomique et Securite Sociale, Paris 1947,

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 1983.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmel Yargı, 7. Baskı, Ankara 1990.

GÜVEN, Ercan/**ALTAN**, Ömer Zühtü/**GEREK**, Nuvit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, AÖF, Eskişehir 1994.

GÜZEL, Ali/**OKUR**, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1982.

HART, H. L. A. The Concept of Law, Oxford 1972.

IŞIKLI, Alparslan, İş Hukuku, Ankara 1994, 3. Baskı, Ankara 1999.

İZVEREN, Adil, sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1968.

JOHN, Bengt, "Healt Economics in the Nordic Contries prospect for the Future" Healt Economic prospects for the Future George T. Simith (ed.) London Croom Helm 1987.

KOCAOĞLU, Mehmet, İş Hukuku Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politika, Ankara 1983.

KOCAOĞLU, Mehmet, Askeri Yasaklar, Ankara 1989.

KURTULMUŞ, Sevgi, "Sağlık Ekonomisinin Adalet ve Etkinlik Prensipleri Çerçevesinde Hükümetlerin Sağlık Hizmetlerindeki Rolü", Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1978.

NEW HOUSE, Josep, H., The Economics of Medical Care: A. Policy Perspective, Reading MA Addison Wecley, co. 1978.

ODYAKMAZ, Zehra/**SÜMER**, Haluk, Hadi/**EVREN**, Sami/**AYTÜR**, Arif, Çalışma Yaşamı Sosyal Güvenlik ve Yeşil Kart Uygulaması, Konya 20.4.2002.

ONAR, Erdal, Meclis Araştırması (Doktora Tezi) Ankara 1976.

ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara 1989.

SÖZER, Ali Nazmi, Sosyal Sigortalar, İzmir 1991.

SÖZER, Ali Nazmi, "Sosyal Yardımların Yeniden yapılandırılmasına İlişkin Bir Değerlendirme", Prof.Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan, İzmir 2000.

SÜRAL, Ayşe, Nurhan, "Son Gelişmeler Işığında UÇO ve AT Boyutunda Sürekli Çalışma İlişkileri, Ankara 1991.

TALAS, Cahit, Sosyal Ekonomi, Ankara 1993.

TALAS, Cahit, "Türkiye'de Sosyal Devlet Düzeninin Bunalımı" Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998. **TUNCAY**, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, İstanbul 1992, 9. Baskı, İstanbul 1997.

TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik, 5. Baskı, İstanbul 1992.9. Baskı, İstanbul:1999

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER IŞIĞINDA MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU

Cemil ÇELİK()*

ANLATIM DÜZENİ: I. Genel Olarak Tahkim, A. Genel Olarak Tahkim, B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile İlgili Düzenleme, C. Yabancı Hakem Kararı Kriterleri, D. Hakem Kararlarının Hukuki Niteliği, E. Tahkimi Resmî Yargı Usulünden Üstün Kılan Hususlar, II. Uluslararası Sözleşmeler Işığında Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi, A. Türkiye'nin Kabul Ettiği Uluslararası Sözleşmeler, B. Türk Hukukunda Tahkime İlişkin Yeni Düzenlemeler, C. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulaması, Sonuç.

I. GENEL OLARAK TAHKİM

A. Genel Olarak Tahkim

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununu¹ değerlendirmeden önce, tahkimin ne olduğu hususunda durmak gerekir. Kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerinden ve devletle aralarındaki ilişkilerinden doğan problemleri çözmek maksadıyla resmî mahkemeler kurulmuştur. Ancak, devletin sadece kendi vatandaşları arasında değil de, başka ülkelerin vatandaşları ile kendi vatandaşları arasında uyuşmazlıklar çıktığında bunları hangi mahkemelerin çözmesi gerektiği, çözecek mahkeme belirlense de bu mahkemelerin kararlarının ne kadar adil olacakları hususlarında tartışmalar olmuştur².

Yabancı kişi, vatandaşı olmadığı bir devletin kurduğu mahkemenin yargılama yapmasına ve yargılama sonucu verdiği karara çoğunlukla güvenme-

(*) Hakim Yüzbaşı Yrd. Askeri Savcı

1 RG. 5.7.2001/24453

2 Bkz. KAPLAN, Yavuz : Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s.23 vd.

mekte verilen kararı kuşkuyla karşılamaktadır. Özellikle, ticarî ilişkilerde bu durum kendini daha fazla hissettirmektedir. İşte tahkim ile bir hukuk nizamı içerisinde karar verme yetkisi özel irade beyanlarıyla resmî mahkeme yerine resmî olmayan organlara (bir veya birden çok hakeme) havale edilmiştir³. Tahkimi "*Millî Tahkim*", "*Yabancı Tahkim*" ve "*Milletlerarası Tahkim*" olarak üçe ayırabiliriz. Millî Tahkim; "*İç Tahkim*", "*Mahalli Tahkim*" ve "*Yerli Tahkim*" şeklinde de adlandırılmaktadır⁴.

Ancak, bizim konumuz Milletlerarası Tahkim ile ilgili olduğu için Millî Tahkim üzerinde durmayacağız. Milletlerarası Tahkim kavramı yerine "*Milletlerarası Ticarî Tahkim*" kavramı da kullanılmaktadır. Bu kavram devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan ve aslında Devletler Genel Hukukunun konusunu oluşturan tahkimleri de kapsayan bir "*üst kavram*" izlenimi de vermektedir. Bu nedenle yanlış anlaşılmaya müsait olan bu kavram yerine, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerle ilgili tahkimleri ifade etmek için "*Milletlerarası Ticarî Tahkim*" kavramı tercih edilmektedir⁵.

Gerek millî olsun gerekse milletlerarası olsun genel olarak tahkimi; kanunun menetmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı denilen bir akit hükmü uyarınca devlet yargısına başvurmadan taraflarca veya yetkili şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan gerçek kişiler (hakemler) tarafından hakem yargılaması sonunda verilen bir hakem kararıyla çözülmesi olarak tarif edebiliriz⁶.

B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile İlgili Düzenleme⁷

MÖHUK'da kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararlarının tenfizi düzenlenmiş, fakat yabancı hakem kararı kavramının tarifi yapılmamıştır⁸. MÖHUK'un 45'nci maddesinde tenfiz talebinin hangi hallerde yerel mahkeme tarafından reddedilebileceği açıklanmıştır.

MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin 43 ve 45 nci maddeleri uygulanırken hangi hakem kararının yabancılık unsuru taşıdığı hususlarında tartışmalar olmuş, Yargıtay'da bu hususlara çözüm getirmeye ça-

3 NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1993, s.452.

4 ÖZTEK, Selçuk: "*İç Hukukta Tahkim*", Avrasya Günleri Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözülmesi Sempozyumu, 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s.110.

5 NOMER, Ergin-EKŞİ, Nuray-GELGEL, Günseli : *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, s.3-4.

6 ASLAN, Neşe-KARAÇAM, Levent: "TOBB Tahkimi" <http://www.tobb.org.tr/yeni/tahkim/tobbtahkimi.html>, 8.11.2002, s.1.

7 RG.22.5.1982/17701.

8 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s.96.

lıştır. Ancak yabancılık unsuruna daha sonra ayrıntılı olarak değineceğimiz için burada girmeyeceğiz.

C. Yabancı Hakem Kararı Kriterleri

1. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanuna

Göre

Yukarıda belirtildiği gibi, MÖHUK'ta yabancı hakem kararı tarif edilmiştir. İlgili tenfiz hükümlerinde (m. 45 f, g ve i) öncelikle taraflarca "*tahkimin tâbi tutulduğu usul kanunu*" prensibinden hareket edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumdan kanunun hakem kararlarının milliyetini tayinde irade serbestisine ağırlık verdiği kolayca söylenebilir⁹.

2. Yargıtay Uygulamaları

YHGK'nun 7.11.1951 tarihli kararında, "*kararın verilmesinde uygulanan hukuk*"un etkili olacağını kabul etmiştir¹⁰.

Yargıtay 1976 yılında vermiş olduğu Keban Davasıyla ilgili kararında, "*kararın verildiği ülke*" kriterini esas almıştır¹¹. Bu kriter hakemlerin ve tarafların vatandaşlığından bağımsız bir husustur. Buradaki "*yabancılık*" unsuru hakemlerin tabiiyetinde değildir¹².

Taraflar hakemlerce karara bağlanacak uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilecekleri gibi, tahkim usulüne uygulanacak hukuku da seçebilirler. Bu durumda yabancı bir usul hukukuna göre verilmiş hakem kararı, yabancı hakem kararı olacaktır¹³. Diğer bir deyişle, tahkim usulüne Türk Hukukunun uygulanmadığı hakem kararları yabancı hakem kararları olacaktır¹⁴. Yargıtay bu kriteri "*yabancılık*" unsuru açısından uygulamaya devam etmektedir¹⁵.

9 NOMER, s.459.

10 YHGK'nun 7.11.1951 tarihli kararında "... bir hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş ise, o kararı yabancı hakem kararı sayılabileceği ..." şeklinde karar verilmiştir; Bkz. ÇELİKEL, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1992, s. 409.

11 Yargıtay 5 nci HD.nin 10.3.1976 Tarihli Kararı "...İşverenin Lozan şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararın Yargıtay'ın devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetime tâbi tutulması olanaksızdır. Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararın yabancı hakem kararı olarak nitelemek gerekir..." (ÇELİKEL, s. 409)

12 ALTUĞ, Yılmaz : Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul 1979, s. 164.

13 NOMER EKŞİ-GELGEL, s. 97, Bkz. KAPLAN, s.27 vd.

14 NOMER, s. 459.

15 Yargıtay 11 nci HD.nin 2000/3992-4704 Esas-Karar sayılı 26.5.2000 tarihli kararı (Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 2000, Sayı 9). Kararda özetle; taraflar serbest iradeleri ile ihtilafın çözümünü yabancı bir otoriteye bırakmakla o otoritenin usul hukukunun uygulanmasını da kabullenmiş olduklarının tâbi bulunmasına, MÖHUK'un 45/b ve New York Sözleşmesinin V. maddesinde belirtilen tenfiz istemini reddi sebeplerinin oluşmamış bulunmasına, MÖHUK'un 45/i maddesi gereğince "kararın kesinleşmediği yahut icra kabiliyetini kazanmadığı" hususu ispat edilmediğine göre, tenfiz isteminin kabulü doğrudur.

Yargıtay kararlarında belirtilen ülke kriteri ve kanun otoritesi kriteri yanın-da tarafların veya hakemlerin vatandaşlığı¹⁶ ve yer kriteri ile hakem kararları-nın otoritesi altında verildiği kanun kriterinin birlikte uygulanması¹⁷ kriterleri de "yabancılık" unsurunun tespitinde kullanılabilir.

Ancak, yabancı hakem kararlarının tespitinde genel olarak kabul edilen görüşe göre taraflar uygulanması gereken hukuku kararlaştırmışlarsa bu hukuk, hakem kararının yabancı olup olmadığını tespit edecektir. Taraflar kararlaştırmamışlarsa hakem kararının verildiği yer hakem kararının milliyetini tespit edecektir¹⁸.

D. Hakem Kararlarının Hukukî Niteliği

Hakem kararlarının hukukî niteliği hakkında üç görüş vardır. Bunlardan birincisine göre; hakem kararları akti mahiyettedir. İkinci görüşe göre; hakem kararları kazaî mahiyettedir¹⁹. Üçüncü görüş ise; hakem kararlarının sui generis yani kendine özgü bir mahiyette olduğu şeklindedir²⁰.

Taraflar hakemleri belirlemekle birlikte, seçildikten sonra hakemlerin verdiği kararlar bir mahkeme kararı gibi infaz edilebildiğinden hakem kararı bir mahkeme kararı niteliğinde görülmektedir. Ancak, tarafların seçmesi dolayısıyla uyuşmazlık çıkmadan önce uyuşmazlığı çözecek hakemin belli olması bu kararların kazaî niteliğini azaltmaktadır. Çünkü hakemlerin nasıl seçileceğini taraflar "tabii hakim" ilkesine aykırı olarak önceden belirleyebilmektedirler. Ancak bu durumun hakem kararlarının kazaî niteliğini tam olarak ortadan kaldırdığını da söyleyemeyiz. Çünkü "tabii hakim" ilkesine aykırı olmakla beraber tarafların iradesi ile bir seçim yapılmaktadır. Hakem kararlarının sui generis yani kendine özgü nitelikte olduğu kabul edilmekle beraber kazaî niteliğinin de olduğunun göz ardı edilmemesi gerekir. Kısaca hakemli-ği özel bir yargı biçimi olarak açıklayabiliriz²¹.

E. Tahkimi Resmî Yargı Usulünden Üstün Kılan Hususlar

Tahkim, hem ulusal hem de uluslararası ilişkilerde sık sık başvuru olan bir özel yargı yoludur²². Özellikle iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözümede yetersiz kalması vakası karşısın-da milletlerarası tahkim bu eksikliği giderici bir kurum olarak gelişmiştir²³.

16 ALTUĞ, s. 163.

17 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 98.

18 ÇELİKEL, s. 410, NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 101

19 ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.52.

20 ALTUĞ, s. 166.

21 ÇELİKEL, s. 405.

22 ÇELİKEL, s. 404.

23 ÇELİKTAŞ, İlyas : Millî ve Milletlerarası Tahkim Karşılaştırması, s. 6, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/tahkim.htm> 8.11.2002

Resmî yargıda kişilerin önceden davaya bakacak Hâkimi seçmeleri mümkün değildir. Tabii Hâkim ilkesi gereği uyuşmazlık ortaya çıkmadan hangi hâkimin olayı çözümleneceği belirlenmiştir. Taraflar anlaşarak uyuşmazlığı hangi mahkemenin çözümleneceğini belirleyebilir iseler de, bu hak sınırlı olarak tanınmıştır. Dolayısıyla davaya bakacak hâkimin olayla ilgili yetersiz olması ihtimal dahilindedir. Ancak tahkim yolu seçilmesi halinde taraflara hakemi seçme hakkı tanınmaktadır. Taraflar da bu hakkı kullanırlarken olaya çözüm getirebilecek ehil birisini seçme imkanına sahip olmaktadır.

İkinci olarak tahkim resmî yargılamadaki davayı uzatıcı usul hükümlerinden uzak kalarak uyuşmazlığı kısa sürede çözüme imkanı sağlamaktadır. Ayrıca, kısa sürede uyuşmazlığın çözülmesi tahkim yolunu resmî yargıya göre daha pratik hale getirmektedir²⁴.

Özellikle yabancı yatırımcının en çok çekindiği noktalardan birisi, bilmediği bir kanun maddesinin uyuşmazlık durumunda karşısına çıkmasıdır. Ancak tahkim yolunda bu korkudan taraflar kurtulmaktadır. Çünkü bildikleri bir kanunun uygulanmasını isteme ve sözleşmeye bu hususu koyma hakkına sahiptirler. Bu nedenle yabancı yatırımcı kamu ile olan ilişkilerinde doğal olarak yerel mahkemeleri değil, kendi belirleyeceği hâkemlerden oluşan gerek usul gerekse maddî hukuk kurallarını daha iyi tanıdığı tahkime gitmeyi tercih etmektedir²⁵.

II. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER İŞİĞİNDA MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türkiye'nin Kabul Ettiği Uluslararası Sözleşmeler

1. New York Sözleşmesi

New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, evrensel anlamda büyük kabul görmüş ve en önemli hukuki düzenlemeyi içeren bir milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilebilir²⁶. 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta imzalanmıştır. Türkiye tarafından 8.5.1991 tarihinde 3731 Sayılı "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" ile kabul edilmiştir²⁷.

²⁴ ÇELİKEL, s. 404.

²⁵ ARBAK, Galip : Dış Ticaret Anlaşmaları ve Uluslararası Tahkim, s.8, <http://www.waydinlanma1923.org/sayi/30/30-08.htm>. 8.11.2002.

²⁶ KAPLAN, s.61.

²⁷ RG. 25.9.1991-21002.

2. Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi

Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine katkıda bulunmak ve bu ülkeler arasında tahkimin daha teşkilatlı bir şekilde yaygınlaşmasını sağlamak amacıyla 21 Nisan 1961 tarihinde hazırlanmıştır. Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonunun çalışmaları sonucunda ortaya çıkmıştır. Türkiye'de 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3730 SK'la kabul edilmiştir²⁸. New York Sözleşmesinden farklı olarak tanıma ve tenfiz aşamasından daha önceki kısmı, yani taraflar arasındaki tahkim kaydı ve sözleşmesine istinaden hakemlerin uyuşmazlığa müdahalede bulunmalarından, kararın verilip kesinleştiği aşamaya kadar olan kısmı ele almaktadır²⁹.

3. Washington Sözleşmesi (ICSID Tahkim Kuralları)

Devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi maksadıyla 18 Mart 1965 yılında imzalanmıştır. Washington'da imzalanması nedeniyle Washington Sözleşmesi olarak da anılmaktadır. Bu sözleşme ile, yatırım konusundaki uyuşmazlıkların giderilmesi için bir Uluslararası Merkez (International Centre For The Settlement of Investment Disputes) kurulmuştur. Merkezin amacı, sözleşmenin adından anlaşılacağı gibi, taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları uzlaştırma ve tahkim yoluyla çözümlü için gereken çabayı göstermektir³⁰. Türkiye, bu sözleşmeyi 27.5.1988 tarihinde 3453 SK'la onaylanmasını uygun bularak yürürlüğe koymuştur³¹.

B. Türk Hukukunda Tahkime İlişkin Yeni Düzenlemeler

1. Genel olarak

4686 Sayılı MTK kabul edilmeden önce, Türk Hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler sınırlıydı. MÖHUK'un 43 ve devamı maddelerinde yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesine ilişkin hükümler mevcuttur. HUMK'un 516-536'ncı maddeleri arasında Türk Hakem Kararlarının tenfizi düzenlenmiştir.

Aslında Türkiye, 1988 yılında Dünya Bankası ve WTO'nun Tahkim Kurulu olarak çalışan ICSID'e³² 3460 SK'la katılmış, 21 Nisan 1961 tarihli Ticarî Hakemlik Hakkında Cenevre Sözleşmesini³³ kabul etmiş, 10 Haziran

28 Sözleşme metni için bkz. RG. 23.9.1991/21000. Çalışmamızda Avrupa - Cenevre Sözleşmesini "Cenevre Sözleşmesi" olarak ifade edeceğiz.

29 KAPLAN, s. 71.

30 KAPLAN, s. 79.

31 Sözleşme metni için bkz.RG.6.12.1988/20011.

32 Sözleşme metni için bkz.RG. 6.12.1988/19830

33 3730 SK'la kabul edilmiştir. Bkz.RG.23.9.1991/21000. 21 Nisan 1961 tarihinde yapılan "Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Avrupa Cenevre Konvansiyonu" olarak adlandırılmaktadır. Milletlerarası tahkimin teşkilatlandırılmasını ve en iyi şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesini³⁴ 1991 yılında onaylayarak ticarî uyuşmazlıkların uluslararası tahkimde çözümünü açmıştır.

Ne var ki, uluslararası tahkime konu olan davalar doğrudan Anayasal hükümlerde bir değişiklik getirmediğinden ve de elektrik gibi kamu hizmeti sayılan tekstil ürünleri gibi üretimin ve ihracatın temel sektörlerini doğrudan hedef almadığından Türkiye gündeminde yer bulamamıştı³⁵. Ancak büyük projelerin (enerji, otoyol gibi) yerli kaynaklarla yapılmasının güç oluşu ve yerli kaynakların yetersiz kalması nedeniyle iç hukuktaki katı kurallar yüzünden yatırım yapmada sorunlar yaşayan yabancı sermayenin ülkeye girişini sağlamak için kamu hizmetleriyle ilgili milletlerarası tahkim yolunu açmak maksadıyla gerek Anayasa da gerekse Danıştay Kanununda değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkeler Dair Kanun³⁶ yürürlüğe konmuştur. Bu değişikliklere bakacak olursak;

2. Anayasada Yapılan Değişiklikler

Kamu hizmetleri yürütülürken kamu kurum ve kuruluşlarının gerek yerli gerekse yabancı yatırımcılarla özel hukuk kurallarına uygun sözleşme yapabilmesi, uyuşmazlık olması halinde de resmî mahkemelerin yargı yetkisinden uzaklaşarak tahkim yoluna gidilebilmesi için, öncelikle Anayasada değişiklik yapmak gerekmektedir.

Anayasanın 47. maddesinde devletleştirmenin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. 13.8.1999 tarihinde yapılan değişiklikle³⁷ özelleştirmenin önünü açmak için eklenen fıkradan ayrı olarak maddeye eklenen son fıkrada; Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceğinin veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasanın yargı yolunu düzenleyen 125. maddesinin 1. fıkrasının sonuna kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların Millî ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği, milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği hükmü eklenmiştir.

34 RG. 25.9.1991/21002.

35 MINİBAŞ, "Tahkim Yasası Hakkında" http://www.toplumsal bellek.org/tahkim_yasasi_nedir.htm. 8.11.2001.s. 1

36 RG. 22.1.2000/23941.

37 RG. 13.8.1999/4446.

Ayrıca Danıştay'ın kamu sözleşmelerindeki denetim görevini kaldırmak için, Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek görevi kaldırılmıştır. Yalnızca bu sözleşmeler hakkında düşünce bildirme görevi yüklenmiştir³⁸. Anayasada yapılan bu değişikliklerle kamu hizmetleri alanındaki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde uluslararası tahkimin yolu açılmıştır. 155 nci maddede yapılan değişikliklerle de Danıştay tahkim yolunda etkisiz bırakılmıştır. Dolayısıyla Danıştay'ın bu sözleşmelerle ilgili görevi "*görüş bildirme*"den öteye geçemeyecektir.

3. Danıştay Kanununda Yapılan Değişiklikler

13.8.1999 tarihinde Anayasada yapılan Danıştay'ın görevleriyle ilgili değişiklik üzerine Danıştay Kanununu Anayasa ile uyumlu hale getirmek için, Danıştay Kanununda da değişiklik yapılmıştır³⁹. Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 23. maddesini d bendi; Danıştay'ın tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleyeceği şeklindeydi. Anayasadaki değişiklik üzerine 4492 SK'la bu hüküm 18.12.1999 tarihinde değiştirilerek Danıştay'ın tüzük tasarılarını inceleyeceği, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildireceği şekline dönüştürülmüştür.

Aynı şekilde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalarla ilgili 24. maddenin 1. bendinin son fıkrasında; Danıştay'ın, karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarıyla ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümleneceği belirtilmekteydi. 18.12.1999 tarihli kanunla bu hüküm değiştirilerek tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlayacağı belirtilmiştir. 4575 SK'la 2.6.2000 tarihinde yapılan değişiklik sırasında da bu hüküm korunmuştur. Danıştay Kanununun 46 ve 48. maddelerinde de benzer değişiklikler yapılmıştır.

38 Anayasa'nın 155/2 maddesi; "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyumsuzlukları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" şeklinde iken 13.8.1999 tarihinde eklenen 155/2 nci maddesi ile: "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*" şeklinde değiştirilmiştir.

39 RG. 22.12.1999/23914.

4. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleriyle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

Anayasa da kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı sözleşmeler de tahkim kaydı konulmasını engelleyen hükümlerin ortadan kaldırılmasından ve tahkime gidişi kolaylaştırıcı hükümler konulmasından sonra kamu kurum ve kuruluşlarının istedikleri şekilde tahkime ilişkin sözleşme yapma yetkisi de verilmiştir. 21.1.2000 tarihinde kabul edilen "*Kamu Hizmetleriyle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun*" ile tahkim kaydı konulurken nelere uyulması gerektiği, sözleşmede hangi unsurların bulunması gerektiği açıklanmıştır. Dolayısıyla kamu adına hareket eden, kamu yetkisi kullanan kamu temsilcileri özel teşebbüs temsilcileri gibi istedikleri şekilde tahkim sözleşmesi yapamayacaklardır.

Öncelikle sözleşmelerin denetlenmesinde Danıştay'ın yetkisi kaldırılmakla beraber düşünce bildirme görevi devam etmektedir. Bu da dolaylı bir sınırlamanın olduğunu göstermektedir. 4501 SK sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin gerekli ilke ve esasları düzenlemiştir⁴⁰. Yabancılık unsuru taşımayan kamu sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulamayacağı kanun metninin mefhumu muhalifinden ortaya çıkmaktadır.

Tahkim yolunun kabul edilmesi halinde tahkim sözleşmesi, sözleşmeye konulacak tahkim şartı ile yapılabileceği gibi ayrı bir tahkim sözleşmesi halinde de yapılabilecektir (4501 SK. madde 4).

Taraflar tahkim sözleşmesiyle doğacak uyuşmazlığı Türkiye'de toplanarak Türk Hukukuna veya yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda çözümlenmesini kabul edebilecekleri gibi, yabancı ülkede toplanarak Türk Hukukuna veya yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda çözümlenmesini isteyebilirler. Taraflar ülke hukukunu kabul etmemeleri halinde, uyuşmazlığı kendine özgü tahkim usulü bulunan milletlerarası bir tahkim kurulunda da çözümlenmesini kararlaştırabilirler (4501 SK. madde 3).

Yapılacak tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıkların, uygulanması istenilen tahkim kurallarının, tahkim yerinin, hakem yada hakem kurulunun seçimin ve sayısının, hakemlerin niteliklerinin, hakem kurulunun yetkisinin, yargılama usulünün, kullanılacak dilin,

40 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 89.

maddî hukukun seçiminin vekalet ücreti vb. konuların ayrıntılı biçimde düzenleneceği belirtilmektedir (4501 SK.madde 4/2).

Kanunun 5. maddesine göre; verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay'da, tanıma ve tenfizi ise Asliye Hukuk Mahkemelerinde yapılması gerekliydi. Ancak MTK' nın 17/2 maddesiyle bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹.

C. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulanması

1. Genel Olarak

Anayasa da ve Danıştay Kanununda yapılan değişiklikler ile kamu kurum ve kuruluşlarının da yaptığı imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilebilmesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla tahkim yoluna gidilebilmesini engelleyecek bir yasa hükmü kalmamıştır. MÖHUK'da tahkimle ilgili hükümler bulunmakla beraber bunlar yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yöneliktir. Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı uluslararası sözleşmelerde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin usulleri düzenliyordu. Ancak Türkiye de tahkim usulünü düzenleyen bir kanun bulunmaktaydı. İşte 21.6.2001 tarihli MTK bu eksikliği gidermiştir.

2. Milletlerarası Tahkim Kanununa Getirilen Eleştiriler

Bu Kanun, özelliği itibariyle TBMM'nde çıkan diğer kanunlardan farklı etkiler meydana getirmiştir. Çıktığı dönemdeki ekonomik ve siyasal durum nedeniyle lehinde ve aleyhinde yoğun eleştiriler yapılmıştır.

Öncelikle gelişmiş ülkelerin hukuk mevzuatına girmekle beraber Türkiye'de tahkim usulünü düzenleyen bir kanunun olmaması nedeniyle, mevzuattaki bu konuda yer alan boşluğun doldurulması önemli bir gelişme olarak değerlendirilmiştir⁴².

Ayrıca Türkiye'nin kültürel ve coğrafi açıdan bulunduğu konum itibariyle doğu ülkeleri için en yakın batılı ülke, batılı ülkeler için en yakın doğu ülke olması Türkiye'yi uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız ve cazip bir tahkim merkezi haline getirebileceği ileri sürülmüştür⁴³.

Bunun yanında ulus devletinin temel gereklerinden biri olan ulusal yargının egemenliğinin tahrip edildiği, ulusal varlıklarımızın, bankalarımızın ve en değerli madenlerimizin elden gideceği⁴⁴, milletin kararlar üzerindeki egemen-

41 Bkz.KAPLAN, s.128, 202

42 AKINCI, Ziya : "Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı", s. 1, http://izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_say/04_02.htm, 22.11.2002

43 AKINCI, s. 1.

44 SERTEL, Yıldız : Felaket Kaçınılmaz mıydı? Cumhuriyet Gazetesi, 23.07.2001, <http://www.toplumsalbellek.org/felaket.htm>, 8.11.2002.

liğinin ulus ötesindekilerin egemenliğine devredileceği⁴⁵ gerekçeleriyle de eleştirilmiştir.

3. Tahkim Kaydı ve Tahkim Sözleşmesi

a. Genel Olarak

Tahkim prosedürü özel bir irade beyanına, kaide olarak bir tahkim sözleşmesine dayanır. Bu tahkim sözleşmesi, müstakil olarak ana sözleşme yanında yer alır ve normal yargının bertaraf edilmesi maksadını taşır. Bununla tahkim sözleşmesine konu teşkil eden uyuşmazlık sebebiyle açılacak davayı engelleyici bir "itiraz hakkı" da tesis edilmiş olur⁴⁶. Bu sözleşme yapılmadan kendiliğinden tahkim yoluna gidilmesi mümkün değildir. Tahkim yolunun kullanılabilmesi için taraflar arasında muhakkak bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. MTK' unda tahkim sözleşmesinin şekli belirlenmiştir.

b. Tahkimin Unsurları

Tahkim yolunun seçilmesi için muhakkak bir sözleşme gerektiğini belirtmiştik. Ancak tek tip bir tahkim sözleşmesi de bulunmamaktadır. Uluslararası sözleşmelerde tahkimin unsurları olarak üç tip sözleşme öngörülmüştür. Bunlar tahkim sözleşmesi, ana sözleşme ve hakem sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

aa. Tahkim Sözleşmesi

Tarafların mevcut veya ileride doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların çözümünü hakem denen ve kendi seçtikleri kişi veya kişilerin kararına bırakan sözleşmeye tahkim sözleşmesi denmektedir⁴⁷. İsminden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin yapılış maksadı resmî yargı organları yerine tahkim yolunu seçmektir. Tahkim sözleşmesi yalnız tahkimle ilgili hususları içermektedir. Ancak, taraflar tahkimle ilgili olmayan belirli bir konuda yaptıkları sözleşme hükümleri arasına çıkacak uyuşmazlıklar halinde uyuşmazlığı hakem yoluna başvurarak çözmeyi kararlaştırmışlar ise, bu kayıt tahkim şartı olarak adlandırılmaktadır⁴⁸.

MTK' unda da tahkim sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Tahkim sözleşmesi; tarafların sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkide doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma olarak tarif edilmiştir (MTK madde 4/1).

45 MINİBAŞ, Türkel: Kriz ve Ulusal Egemenlik, http://www.toplumsalbellik.org/medyadan_kriz_tminas.htm, 8.11.2002.

46 NOMER, s. 453.

47 NOMER, s. 454.

48 ÇELİKEL, s. 404.

Tarafların tahkim sözleşmesini asıl sözleşmeye konan bir tahkim şartı ile yapabilecekleri gibi, ayrı bir sözleşme ile de yapabilecekleri belirtilmiştir (MTK madde 4/1).

Milletlerarası ticari hakemlik konusunda 21 Nisan 1961 tarihinde yapılan Cenevre Sözleşmesinde⁴⁹, tahkim sözleşmesine ilişkin aynı hükümler mevcuttur (Cenevre Sözleşmesi madde 1-2/a). Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinde de yukarıda belirtilen şekillerde bir tahkim sözleşmesi aranmıştır (New York Sözleşmesi madde II/1,2).

MTK' unda tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının yazılı olarak yapılması gerektiği kabul edilmiştir (MTK madde 4/2). Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telefax gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması yada dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.

Görüldüğü gibi, MTK'da tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması kabul edilmiştir. Ancak yeni kanunda elektronik ortamda akdedilen tahkim sözleşmelerinde de yazılı tahkim şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiştir⁵⁰.

Tahkim sözleşmesinin bu şartlara uygun olmaması, MTK' nın 15/A maddesinin 1 (a) bendi gereği bir usul ihlâli sayılmış ve iptal nedeni kabul edilmiştir⁵¹.

New York Sözleşmesinde de tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması aranmıştır (New York Sözleşmesi madde II/1). Yazılı şekilden ne anlaşılması gerektiği açık olarak belirtilmiştir (New York Sözleşmesi madde II/2). Demek oluyor ki, New York Sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin şekli geçerlilik meselesini sözleşmenin tâbi olduğu hukuka bırakmadan doğrudan düzenlemektedir⁵². Ayrıca yazılı olma şartını da zorunlu olarak aramaktadır. Bu şart karşılıklı gönderilmiş mektupla yerine getirilebileceği gibi, telgraf aracılığıyla da yerine getirilebilir. MTK' da ise; "yazılılık" şartına esneklik getirilmiştir. Şöyle ki elektronik ortama geçirilmiş bir sözleşmenin varlığı kabul edildiği gibi, ortada olmayan bir yazılı sözleşmeye davalının itiraz etmemesi halinde de sözleşmenin olduğu varsayılmıştır.

49 RG. 23.9.1991/21000.

50 AKINCI, s.1.

51 KAPLAN, s. 204.

52 NOMER EKŞİ-GELGEL, s.126

Cenevre Sözleşmesi ise, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin şekli konusunda oldukça esnek bir düzenleme getirmiştir⁵³. Buna göre tahkim sözleşmesi veya kaydının adi yazılı biçimde olması yeterlidir.

Tahkim sözleşmesi veya kaydının taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf veya teleskriptör metni içinde bulunması gerekir. Ancak istisnai olarak kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan ülkeler arasındaki ilişkilerde bunların kanunlarına uygun şekilde yapılan tahkim sözleşmesi de geçerlidir⁵⁴.

Aynı şekilde MTK hazırlanırken esinlenen UNCITRAL⁵⁵ Tahkim Yönetmeliğinin 1/1 maddesine göre, tahkim sözleşmesinin yazılı olması gerekir. Ancak, yazılı olmaktan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Bu konu sözleşmeye uygulanacak hukuka bırakılmıştır⁵⁶.

bb. Ana Sözleşme

Tahkim sözleşmesi dışında, tarafların birbirleriyle ilişki kurmasını sağlayan konuya ilişkin yapmış oldukları sözleşme ana sözleşmedir. Tahkimin diğer bütün unsurlarından farklı olarak kendi hukukuna tâbidir⁵⁷. MTK'nın 4/son maddesinde; tahkim sözleşmesine karşı, tarafların asıl sözleşmesinin geçerli olmadığı itirazında bulunamayacakları belirtilmektedir.

cc. Hakem Sözleşmesi

Taraflar ile hakem veya hakemler arasında yapılan sözleşme hakem sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesinden nitelik itibarıyla farklı olmakla beraber ona nazaran çok daha saf bir borçlar hukuku karakteri gösterir⁵⁸. MTK'da tarafların hakem yada hakemlerle hakem sözleşmesi yapıp yapamayacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 7/A maddesinde tarafların hakem sayısını belirlemede serbest oldukları belirtilmiştir. 7/B maddesinde aksi kararlaştırılmadığı takdirde hakem seçiminin bu maddeye göre yapılacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce veya uyuşmazlık sırasında hakemi veya hakemleri belirleyerek aralarında sözleşme yapmalarına bu Kanun açısından bir engel bulunmamaktadır.

53 NÖMER EKŞİ GELGEL, s. 24.

54 KAPLAN, s. 72.

55 United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu)

56 KAPLAN, s. 76.

57 NÖMER, s. 455.

58 NÖMER, s. 455.

4. Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı

a. Genel Olarak

MTK' nun 1/2 maddesinde, bu Kanunun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, veya bu kanun hükümlerinin taraflar yada hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı belirtilmektedir. Görüldüğü gibi uyuşmazlığa bu Kanunun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olması, taraflar veya hakemlerce tahkimin bu Kanunun hükümlerine tâbi olduğunun kararlaştırılması gerekmektedir⁵⁹.

Maddenin 2. fıkrasına lafzi olarak bakıldığında, "veya" sözcüğünün yabancılık unsuru taşımasa dahi tarafların seçmesi halinde uyuşmazlığa bu Kanunun uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Ancak Kanunun adı ve çıkartılış maksadı göz önüne alındığında tamamen yerli nitelikte bir tahkimde sadece tarafların aralarında kararlaştırmasıyla MTK' nun uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır⁶⁰.

b. Yabancılık Unsuru

MTK yürürlüğe girmeden önce tahkim yargılamasında yabancılık unsuru kavramı olmakla beraber gerek MÖHUK'ta gerekse HUMK'ta yabancılık unsurun ne anlama geldiği açıklanmamıştır⁶¹. Yargıtay'da uygulamalarında zaman zaman farklı kriterlere dayanmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kararlarında hükmün verildiği ülke kriteri benimsediği gibi⁶², kararın verilmesinde uygulanan hukuk kriterini de benimsemiştir⁶³. Doktrinde de "yabancılık" kriteri hususunda tam bir görüş birliğine varılamamıştır. MTK' da ise hukukumuzdaki bu boşluk giderilerek "yabancılık" kriteri tanımlanmıştır. Ancak, hakem kararının yabancılığı hususunda birçok kriter esas alınmıştır.

aa. Tarafların İkâmetgahı, Yerleşim Yeri, İş Yeri Kriteri

MTK' nın 2. maddesinin 1. fıkrasında; tahkim sözleşmesinin taraflarının yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin yada iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması halinde yabancılık unsurunun gerçekleşeceği, dolayısıyla tahkimin milletlerarası nitelik kazanacağı belirtilmektedir. Bu hükümden de açık olarak anlaşılacağı üzere kanun koyucu "yabancılık" unsurunu geniş tutmaya çalışmıştır. Tarafların yerleşim yerinin veya oturma yerinin ayrı devletler-

59 AKINCI, s. 2.

60 AKINCI, s. 2.

61 AKINCI, s. 2.

62 Yargıtay 5.HD. 10.3.1976 tarihli kararı için bkz. ÇELİKEL, s.409

63 YHGK. 7.11.1951, 129/109 Esas-Karar sayılı kararı

de olması halinde yabancılık unsuru gerçekleşecektir. Tarafların ikametgah ve mutlak meskenlerinin ayrı devletlerde olması Türk Hukuku bakımından kabul edilen bir kriterdir⁶⁴. Taraflar Türk vatandaşı olmakla beraber birisi yabancı bir ülkede ikamet ediyorsa, bu durumda yabancılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Aynı şekilde, taraflar Türk vatandaşı olmakla beraber tahkime konu olan işyerleri farklı ülkelerde ise, yine yabancılık unsuru gerçekleşecektir.

bb. Tahkim Yeri

Tarafların yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin yada iş yerlerinin; tahkim sözleşmesinde belirtilen veya bu sözleşmeye dayanılarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden farklı bir devlette olması halinde "*yabancılık*" unsuru gerçekleşecektir (MTK madde 2/2-A). Uygulanan hukukun milliyeti önemli değildir. Önemli olan tahkim yerinin farklı bir ülkede olmasıdır. Ancak maddenin lafzına göre tahkim yeri tahkim sözleşmesinden anlaşılamiyorsa veya sözleşmeye dayanılarak tespit edilemiyorsa bu durumda tahkim yeri "*yabancılık*" unsurunu belirleyemeyecektir. Hakemlerin tahkim yerini belirlemeleri bu madde dışında kalmaktadır⁶⁵.

cc. Uyuşmazlık Konusunun En Çok Bağlantılı Olduğu Yer ve İfa Yeri Kriteri

Tarafların yerleşim yerinin veya olağan oturma yerinin yada işyerinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden farklı bir devlette olması halinde yabancılık unsuru gerçekleşecektir. Ancak, Kanuna bu hükmün eklenmesinin 2/4. maddesi karşısında gereksiz olduğu ileri sürülmektedir⁶⁶. Gerçekten de asıl sözleşmenin veya hukukî ilişkinin bir ülkeden diğerine sermaye ve mal geçişini sağlaması halinde, ifa yeri veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu ülke kriteri de gerçekleşmiş olacaktır.

dd. Yabancı Sermaye Girişi Kriteri

Tahkim sözleşmesinin yer aldığı asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması halinde "*yabancılık*" unsuru gerçekleşecektir. Yabancı sermaye getirmemekle beraber sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması maksadıyla kredi veya güvence sözleşmesi yapılmasının gerekli olması halinde de yabancılık unsuru söz konusu olacaktır (MTK madde 2/3). Uyuşmazlığa taraf olan şirketin yabancı sermayeli olmasının ya-

64 AKINCI, s. 2.

65 AKINCI, s. 3.

66 AKINCI, s. 3

bancılık unsuru olarak kabul edilmesi (merkezi neresi olursa olsun) bir yeniliktir⁶⁷.

ee. Sermaye ve Mal Nakli Kriteri

Asıl sözleşmenin veya hukukî ilişkisinin bir ülkeden diğerine sermaye ve mal girişini sağlaması halinde de yabancılık unsuru gerçekleşecektir (MTK madde 2/4). Bu kriter bir hukukî ilişkisinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını belirlemede kabul edilebilecek en geniş kriterdir⁶⁸.

5. Tahkim İtirazı

Tahkimi ilgilendiren bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir. Bu durumda mahkeme HUMK'daki ilk itirazla ilişkin hükümleri uygulayarak tahkim itirazını veya tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin uyuşmazlığı çözümlenecektir. İtirazı kabul etmesi halinde davayı usulden reddedecektir (MTK madde 5/1)

Avrupa (Cenevre) Sözleşmesinin VI/1 maddesinde de aynı hüküm yer almaktadır. Ayrıca maddede tahkim itirazının en geç esasa ilişkin savunmaların sürülmesi ile birlikte ileri sürülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu sürenin geçirilmesi itiraz hakkının düşmesi sonucunu doğurur. Ancak mahkeme tahkim sözleşmesini kendiliğinden nazara alamaz. Karşı tarafın buna itirazda bulunması gerekmektedir⁶⁹.

New York Sözleşmesinin II. maddesinin 3. fıkrasında; bir âkit devlet mahkemesinin uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında öngörülen bir meseleye taalluk ettiğinin anlaşılması ve sözleşmenin hükümden düştüğünü, tesirsiz veya tatbiki imkansız olduğunu tespit etmedikçe taraflardan birinin talebi üzerine hakemliğe sevk edeceği belirtilmektedir. Bu hüküm emredici niteliktedir. Zira "sevk edebilir" denmemektedir⁷⁰.

6. İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Haciz

Taraflardan biri tahkim yargılamasından önce ve tahkim yargılaması sırasında mahkemeden⁷¹ ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz isteyebilir (MTK madde 6). Tahkim yargılaması başladıktan sonra aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin talebi üzerine hakem veya hakem kurulu ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verilebilir. Hakem veya hakem kurulu ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeye uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Ta-

67 AKINCI, s. 3.

68 AKINCI, s. 3.

69 KAPLAN, s. 75.

70 ÇELİKTAŞ, s. 5.

71 MTK' nun 3. maddesinde, görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı belirtilmektedir.

raflardan biri hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmemezse, karşı taraf ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir(MTK madde6).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğine göre de; hakem mahkemesi talep üzerine her türlü ihtiyatî tedbir kararını almaya yetkilidir.

7. Hakem Mahkemesinin Oluşturulması

a. Hakemlerin Sayısı ve Seçimi

Taraflar hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler Ancak, bu sayı tek olmalıdır (MTK madde 7/A). Karar verilirken oylamada çoğunluğun sağlanması maksadıyla hakem sayısının tekli rakam olması aranmıştır⁷².

Taraflar hakem sayısını belirtmemişlerse üç hakemin seçilmesi gerekmektedir. Üç hakemli hakem mahkemesinde taraflar birer hakem seçtikten sonra bu iki hakem üçüncü hakemi seçecektir. 30 gün içinde bu üçüncü hakemin seçilmemesi halinde seçim taraflardan birinin talebi üzerine Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Üçüncü hakem aynı zamanda hakem mahkemesinin başkanlığını da yapar. Tek hakemli hakem mahkemesinin hakemi konusunda tarafların anlaşamaması halinde seçim Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılır. Hakem mahkemesinin oluşturulmasında bu kurallara riayet edilmemesi MTK' nın 15/A maddesinin 1 (b) bendi gereği usul ihlâli olarak değerlendirilmiş ve iptal sebebi kabul edilmiştir⁷³.

Avrupa Cenevre Sözleşmesinin 4 ncü maddesinde de hakemlerin seçimi düzenlenmiştir. Taraflar uyuşmazlığın daimi tahkim kuruluşu tarafından halledileceğini kararlaştırmışlarsa bu durumda hakem heyeti belirtilen kurumun tüzük hükümlerine göre oluşacaktır. Taraflar uyuşmazlığın özel olarak seçilen bir hakem heyeti (Ad hoc) tarafından karara bağlanacağını kararlaştırmışlarsa bu durumda taraflar hakemlerin kimler olacağını serbestçe kararlaştırabilirler (Cenevre Sözleşmesi madde II/I-b).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de hakemin seçilmesi benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak, taraflar hakem konusunda anlaşmaya varamamaları durumunda yönetmeliğe göre "*tayin eden merci*" olarak adlandırılan merci hakemleri belirleyecektir. Bu belirleme artık taraflar için bağlayıcıdır. Taraflar tahkim sözleşmesini yaparken veya uyuşmazlığın doğmasından sonra sözünü ettiğimiz bu mercii de belirleyebilirler. Ancak bu konuda sessiz kalmış-

72 KAPLAN, Yavuz : "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları", Prof.Dr.Aysel Çelikel'e Armağan, 1999, s.473 vd.

73 KAPLAN, s. 206.

larsa taraflardan birinin müracaatı ile Lahey'deki Daimi Hakem Mahkemesi Genel Sekreterliği mercii belirler⁷⁴.

b. Hakemin Reddi ve Usulü

Taraflar sözleşmede seçilecek hakemin niteliğini kararlaştırabilirler. İşte hakem kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilirler (MTK madde 7-C/2b). Bu düzenleme Alman ve İsviçre düzenlemeleleriyle tam olarak örtüşmektedir⁷⁵.

Taraflar hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin veya hakem kurulunun seçiminden yada hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içinde ret isteminde bulunabilir. Ret isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf bu tarihten itibaren karara karşı 30 gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir (MTK madde 7/d). Asliye Hukuk Mahkemesinin bu konuda verdiği karar kesindir. Bu mevzuda yapılacak ihlaller MTK'nın 15/A maddesinin 1 (g) bendi gereği usul ihlali olarak görülmüş ve iptal sebebi sayılmıştır⁷⁶.

Hakemlerin tarafsız ve adil bir yargılama yapabilmeleri için hakemlerin reddi hususunda UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de düzenleme yapılmıştır (UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği madde 9-12). Hakemi reddetmek isteyen taraf hakemi veya ret sebebini öğrendiği andan itibaren 15 gün içinde diğer tarafa reddedilen hakemi, ret sebepleriyle birlikte yazılı olarak bildirmelidir. Bu ret tarafça kabul edilebileceği gibi hakem de ret üzerine çekilebilir. Eğer tüm bu ihtimaller gerçekleşmezse ret hakkında merci karar verecektir⁷⁷.

8. Tahkim Yargılamasına Hakim Olan İlkeler

a. Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi

"Bağımsızlık" karar verirken hür olmak, hiçbir baskı ve etki altında kalmamak demektir⁷⁸. Hakem veya hakemler, hakimin aksine davanın tarafları veya onların uygun görecekları bir kurul tarafından atansalar da atandıktan sonra bağımsız hareket etmeleri yani, tarafların baskılarına boyun eğmeme-

74 NÖMER-EKŞİ-GELGEL, s. 45.

75 KAPLAN, s. 206.

76 KAPLAN, s. 206.

77 NÖMER-EKŞİ-GELGEL, s. 45.

78 YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuk, İstanbul 1994, s.57.

leri zorunludur. Aynı şekilde tarafların seçimi dışında atanan hakemlerin olduğu gibi tarafların seçimiyle de atanan hakemler, atandıktan sonra tarafsız hareket etmek, yani kendisini seçen tarafla arasındaki bağı koparıp her iki tarafa da eşit uzaklıkta hareket etmek zorundadır. MTK'nın 7. maddesinin B-son fıkrasında da; Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılırken, hakemde bulunması gereken vasıflardan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

b. Eşit Muamelede Bulunma İlkesi

Taraflar tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler (MTK madde 8/B-1). Taraflara iddia ve savunma vasıtalarını eşit olarak ve yeterince sunma olanağı tanınmalıdır. Mevcut HUMK hükümleri çerçevesinde de özellikle 73. madde gereği hakemin, tarafların iddia ve savunmalarını dinlemedikçe hüküm veremeyeceği prensibinin tahkim yargılaması bakımında da geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁷⁹.

MTK'nın 8/B maddesi uyarınca eşit muamelede bulunmak ilkesine aykırı davranıldığı zaman MTK'nın 15/A maddesinin 1 (g) bendi gereği hakem kararının iptali söz konusu olacaktır.

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinin 15/1. maddesinde de bu husus düzenlenmiştir. 15/1. maddesi gereği hakem mahkemesi taktir hakkını kullanırken taraflara eşit muamelede bulunmak ve onlara yargılamanın her aşamasında iddia ve savunmalarını ileri sürebilme imkanı tanınmalıdır⁸⁰.

9. Yargılama

a. Tahkim Yeri

Tahkim yolunun belirlenmesinde tarafların anlaşması asıl olduğu gibi, bu yola gidilmesine karar verilmesinden sonra da tarafların iradesi ön plana çıkmaktadır. Taraflar tahkim yerini serbestçe kararlaştırabilecekleri gibi, seçtiği tahkim kurumunca da serbestçe kararlaştırılabilir. Bu konuda tarafların bir anlaşması yoksa tahkim yerini, hakem veya hakem kurulu olayın özelliğine göre belirleyecektir.

Tahkim yeri belirlenmesinden sonra, hakem veya hakem kurulu yargılamanın gerektirmesi halinde önceden taraflara bildirmek şartıyla başka bir yerde de toplanabilir (MTK Madde 9).

79 KAPLAN, s. 207.

80 ALONGOYA, Yavuz : "UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında", Prof.Dr.İlhan E.Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 17.

Yine Avrupa Cenevre Sözleşmesinin IV/1-5 maddesinde tarafların uyuşmazlığı özel olarak seçilen bir hakem heyeti (Ad Hoc) tarafından karara bağlanacağını kararlaştırmamışlarsa hakemliğin cereyan edeceği yeri serbestçe kararlaştırabilecekleri belirtilmektedir.

b. Davanın Açılması

Tahkim yolunun başlatılması, tarafların yaptığı tahkim sözleşmesinin içeriğine göre farklılıklar arz etmektedir. Kural olarak, taraflar yargılamanın nasıl başlayacağını kararlaştırabilirler. Ancak böyle bir anlaşma yapmamışlarsa hakemlerin seçimi için Asliye Hukuk Mahkemesine başvurulması gerekiyorsa o tarihte dava açılmış sayılacaktır. Tarafların anlaşmasına göre hakemi seçecek olan kişi kurum veya kuruluşa başvurduğu anda dava açılmış sayılacaktır. Hakemlerin seçimi taraflara ait ise davacının hakemini seçip diğer tarafa da hakemini seçmesini bildirmişse talebin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılacaktır (MTK madde 10/A-1).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde tahkim yargılamanın tahkim ihbarının davalıya tebliğ edilmesiyle başlayacağı belirtilmektedir. Ancak bu ihbar dava dilekçesi değildir. Bu ihbar ile birlikte dava dilekçesi verilebilir⁸¹.

c. Yargılama Dili

Kullanılan dili belirlemede taraflar serbesttirler. Tahkim yargılaması Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmî dili ile yapılabilir. Taraflar Türkçe'yi veya Türkiye'nin tanıdığı devletin resmî dilini seçebilirler. Taraflar kararlaştırmazlarsa hakem veya hakem kurulu kullanılacak dili tespit eder. Ancak birden fazla dil de yukarıdaki prosedüre göre seçilerek kullanılabilir (MTK madde 10/C).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de dilin seçiminde aynı usul belirlenmiştir⁸².

d. Uygulanacak Hukuk

Taraflar yargılama kurallarını MTK'nın emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla serbestçe kararlaştırabilirler. Ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak tespit edebilirler.

Taraflar arasında bu hususta anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu yargılamayı bu Kanun hükümlerine göre yürütür (MTK madde 8/A). Bu hükme uyulmaması, MTK'nın 15/A maddesinin 1 (f) bendi gereği bir iptal sebebi olarak kabul edilmiştir⁸³.

81 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 45.

82 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 45.

83 KAPLAN, s. 207.

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinin 33. maddesinde de hangi maddî hukukun uygulanacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre taraflar bu konuda anlaşamazlarsa veya anlaşmamışlarsa hakem mahkemesi uygulanacak hukuku tespit edecektir⁸⁴.

Cenevre Sözleşmesinin IV/1-b,ac maddesinde tarafların uyuşmazlığın çözümünü özel olarak seçilen bir hakem heyeti (Ad hoc) tarafından karara bağlanacağını kararlaştırmışlarsa bu durumda hakemlerin takip edecekleri usul kurallarını da seçebilecekleri belirtilmektedir.

e. Tarafların Temsili

Tahkim yargılamasında taraflar tek bir avukat tarafından temsil edilebilecekleri gibi yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler (MTK madde 8/B-2). Yabancı avukatla temsil edilebilme MTK' nın getirdiği yeniliklerdendir⁸⁵.

f. İtirazların Karara Bağlanması

MTK' nın 7/H maddesine göre hakem mahkemesi tahkim sözleşmesinin mevcut olup olmadığı veya geçerli olup olmadığı konularındaki itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Hakem mahkemesinin yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç ilk cevap dilekçesinde yapılacak ve tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Hakem mahkemesi yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal yapılması gerekir. Aksi takdirde kabul edilmeyecektir. Hakem mahkemesi ancak yapılmış itirazların haklı sebeplere dayandığına kanaat getirmesi halinde itirazı kabul edebilecektir. Bu konudaki bir usul ihlâli MTK'nın 15/A maddesinin 1 (d) bendi gereği iptal sebebi olarak görülmüştür⁸⁶.

Cenevre Sözleşmesinin 5. maddesine göre, hakem veya hakemler öncelikle eğer varsa kendilerinin yetkisizliğine ilişkin olarak ileri sürülen iddiaları inceleyeceklerdir. Hakemlerin yetkisizliğini gerektiren bir itiraz öne sürmek isteyen bunu hakemlik anlaşmasının yokluğuna, butlanına veya hükümden düşmüş olduğuna dayandırmak isterse tahkim usulünün cereyanı sırasında en geç esasa ait müdafaası ile birlikte ileri sürmesi gerekmektedir. Eğer itiraz ihtilafı meselenin halinin hakemlerin yetkisi dışında olduğu hususuna ilişkin ise, yetkiyi aşan meselenin tahkim usulü sırasında ortaya atıldığı anda derhal öne sürülmesi gerekir. Tarafların söz konusu itirazı öne sürmede gecik-

84 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 45-46.

85 AKINCI, s. 2.

86 KAPLAN, s. 207.

mesi, hakemin geçerli saydığı bir sebepten ileri gelmiş ise, hakem itirazı kabul edebilir⁸⁷.

g. Duruşma Yapılması

Hakem veya hakem mahkemesi delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklanma istenmesi gibi sebeplerle resen duruşma yapılmasına karar verebilir. Hakem veya hakem mahkemesi böyle bir karar vermediği takdirde ve taraflar da duruşma yapılması konusunda anlaşmamışlar ise; taraflardan birinin talebi üzerine yargılamanın uygun olan aşamasında duruşma yapılır (MTK madde 11/A).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de; taraflardan birinin talebiyle bazen de hakemlerin lüzum görmesi halinde duruşma yapılabileceği belirtilmektedir⁸⁸.

e. Bilirkişi Dinlenmesi ve Keşif Yapılması

Hakem veya hakem kurulu belirlediği konularda bir veya birden fazla bilirkişi atanmasına karar verebilir. Aynı şekilde davayla ilgili keşif yapabilir (MTK madde 12/A). Burada hakemlerle bilirkişiler arasındaki en esaslı farkın, bilirkişilerin haklar ve hukukî ilişkiler hakkında değil de olaylar hakkında karar verme keyfiyeti olduğunu belirtmekte yarar vardır. Ayrıca zaman zaman başvuru hakem bilirkişileri hukukî konuları ile bilirkişilerin hukukî konuları da birbirinden farklıdır. İkisi arasındaki en önemli fark ise, bilirkişi kararlarının hakem mahkemesini bağlamasına karşılık, hakem bilirkişi kararlarının tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Böylece, hakem bilirkişilerin, bir hukukî meselesinin çözümünün kendisine bağlı olduğu bir olayı tespit ve tayin etmekle yükümlü olmaları söz konusudur⁸⁹.

10. Hakem Kararı

a. Kararın Verilmesi, İmzalanması ve Gerekçe Yazma Zorunluluğu

Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakem kurulu oy çokluğuyla karar verir (MTK madde 13-A). Verilen karar hakem veya hakemler tarafından imzalanır. Ancak hakem kurulu tarafından verilen kararda imza eksiği varsa yani bir veya birkaç hakem kararı imzalamamış ise bu durumda ne olacak? Bazı yazarlar ve Yargıtay kararda imza eksikliği olması halinde kararın yok hükmünde kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁹⁰. Bazı yazarlar ise, kara-

87 NOMER EKŞİ-GELGEL, s. 27

88 NOMER EKŞİ-GELGEL, s. 45.

89 KAPLAN, s. 207.

90 İMREGÜN, Oğuz : "Hakem Kararlarının İcrası ve Tekamülü" 4. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 169-170.

rın aleyhine sonuçlanacak tarafın bazı hakem ve hakemlerin duruşmaya katılmaması yönünde etkilemeye çalışmalarını netice vereceği için çoğunluğun imzasının şekli anlamda yeterli olması gerektiğini ileri sürmektedirler⁹¹.

Hakemlerin verecekleri kararın bir de kazaî niteliği söz konusudur. Bu nedenle muhalif kalan olsa da verilen kararın bütün hakemler tarafından imzalanmasının bir kurucu unsur olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca MTK' ya göre hakemlerin kararı imzalaması bir zorunluluktur (MTK madde 14/A-4). Bu nedenle imzasız veya eksik imzalı hakem kararlarının yok hükmünde olduğu kanaatindeyiz. Ancak kendi kanaatleri doğrultusunda çıkmadığı için verilen kararı imzalamaktan kaçınan hakem ya da hakemlerle ilgili olarak tazminat veya cezai şart gibi değişik müeyyideler getirilebilir. Verilen kararın gerekçeli olması da gerekmektedir.

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de kararın çoğunlukla verileceği belirtilmektedir. Ancak MTK' nın aksine, taraflar kararın gerekçeli olmaması hususunu kararlaştırabilirler⁹².

Cenevre Sözleşmesinin 8. maddesinde de kararın kural olarak gerekçeli olacağı kabul edilmiştir. Ancak taraflar gerekçesiz olması hususunda anlaşmış iseler veya uyuşmazlığın çözümü hakem kararı, gerekçe ihtiva etmesi mutlak olmayan bir hakem usulüne tâbi kılınmış ise gerekçeli olmayabilir. Bu durumda da taraflar, kararın dayanaklarının gösterilmesini açıkça talep ederlerse karar gerekçeli verilmelidir.

b. Kararın Şekli ve İçeriği

Hakem kararlarında tahkim yeri ve tahkim tarihinin, varsa tarafların avukatlarının ad ve soyadlarının, unvanlarının ve adreslerinin bulunması gerekir. Tazminat talebi üzerine tazminata hükmedilmiş ise tazminatın miktarının da kararda belirtilmesi gerekir. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere hakemlerin imzalarının, muhalif kalan olmuş ise karşı oylarının bulunması gerekir. Hakem kararına karşı iptal davası açılabilmesinin de kararda not olarak belirtilmesi gerekir (MTK madde 14/A).

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde de verilen hükümde tahkim yeri ve karar tarihinin bulunacağı belirtilmektedir. Ancak bulunmaması halinde müeyyidenin ne olacağı Yönetmelikte düzenlenmemiştir⁹³.

91 KAPLAN, s. 208.

92 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 46.

93 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 46.

11. Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu

a. İptal Davası Açılması

Hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası Asliye Hukuk Mahkemesinde açılır. Diğer davalara nazaran öncelikle ve ivedilikle görüşülür (MTK madde 15/A).

MTK' da iptal sebepleri de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 15. maddenin A fıkrasına göre; iptal talebinde bulunan taraf: Taraflardan birinin ehliyetsiz olduğunu, tahkim sözleşmesinin tâbi kılınan hukuka (böyle bir hukuk yoksa Türk Hukukuna) göre geçersiz olduğunu, hakem yada hakemlerin seçiminde usule uyulmadığını, kararın tahkim süresi içinde verilmediğini, hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, hakem yada hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında karar verdiğini veya yetkisini aştığını, yargılamanın usule uygun olarak yürütülmediğini, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini ispat ederse hakem kararı iptal edilebilir.

Aynı şekilde dava açılması üzerine mahkemede karara konu uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını veya kararın kamu düzenine aykırı olduğunu tespit ederse kararı iptal edebilir. Bu durumda mahkeme tarafların talepleriyle bağlı olmaksızın re'sen karar verebilecektir.

İptal davası kararın tebliğinden itibaren 3 ay içerisinde açılmalıdır. İptal davasının açılması hakem kararının icrasını kendiliğinden durduracaktır.

Cenevre Sözleşmesine göre de, hakem kararlarının iptali mümkündür. Ancak hakem kararını iptal etme yetkisi sadece hakem kararının verildiği yerin bulunduğu devlete veya hakem kararı hangi devletin usul hukuku uygulanarak verilmiş ise o devlete tanınmıştır⁹⁴.

Ayrıca geçerli iptal kararının verilmesi ancak Avrupa Sözleşmesinin IX ncu maddesinde belirtilen nedenlerden birinin mevcudiyeti halinde mümkündür. Bu nedenleri kısaca belirtmek gerekirse;

Tahkim sözleşmesinin tarafları millî hukuklarına göre ehliyetsiz ise veya tahkim sözleşmesi taraflarca tâbi kılındığı hukuka veya taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,

İptal talebinde bulunan taraf hakemin veya hakemlerin tayininden veya hakem yargılamasından usulüne uygun olarak haberdar edilmemiş veya diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ileri sürme olanağı elde edememiş ise,

94 NOMER-EKŞİ-GELGEL, s. 28.

Hakem kararı, tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında belirtilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise veya tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının kapsamını aşan hükümler taşıyorsa,

Hakem heyetinin oluşturulması veya tahkim usulünün uygulanması tarafların anlaşmasına ve anlama yapılmayan hallerde hakem heyetinin oluşturulmasını düzenleyen IX. maddeye uygun değilse hakem kararı iptal edilebilecektir⁹⁵.

b. Temyiz Yolu

İptal davası açılması üzerine verilen karara karşı HUMK hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Ancak karar düzeltme yolu kapalıdır. Yargıtay'da da bu başvurunun öncelikle ivedilikle görüşüleceği belirtilmektedir.

New York Sözleşmesine göre, yapılan tenfiz talepleri üzerine verilen mahkeme kararlarına karşı taraflar temyiz yoluna gidebilirler. Bu durumda HUMK'un temyize ilişkin hükümleri uygulanır. HUMK'a göre de; verilen karara karşı karar düzeltme yolu kapalıdır.

SONUÇ

MTK' yı değerlendirmeden önce, bu Kanunun yürürlük öncesi ülkenin ekonomik durumuna bakmak gerekmektedir. Enerji, otoyol gibi büyük yatırım projeleri iç kaynaklarla gerçekleştirilememekteydi. Başlamış olan projelerde kaynak sıkıntısı nedeniyle tamamlanamamıştı. Bu projeleri hayata geçirmek için yabancı sermayeye ihtiyaç duyulmaktaydı. Ancak yerli mevzuat nedeniyle yabancı sermayede yatırım yapmada istekli değildi. Yabancı sermayenin ülkeye girişini sağlamak maksadıyla gerekli olan yasal düzenlemeler de yapılamamıştı. Özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kapalı olması nedeniyle yabancı şirketler resmî yargı yolundan çekindikleri için uzun vadeli yatırımlara giremiyorlardı.

Yabancı sermayenin de zorunlu bir unsur haline gelmesi nedeniyle uluslararası tahkim yolunu açmak için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekiyordu. Bu maksatla öncelikle Anayasa'da ve Danıştay Kanunu'nda düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile kamu kurum ve kuruluşlarının yapmış oldukları sözleşmeler için tahkim yolu açılmıştır. Ancak gelişmiş ülkelerde olduğu gibi ayrı bir tahkim kanunu bulunmamaktaydı. Bu noktada mev-

95 KAPLAN, s. 74.

zuatımızda bir boşluk olduğu kabul edilmekteydi. Bu boşluğun doldurulması maksadıyla UNCITRAL Model Yasası da kaynak alınarak MTK yürürlüğe konmuş ve bu mevzudaki hukukî boşluk da giderilmiştir.

Kamu kurum ve kuruluşları, yapacakları sözleşmelerde tahkim kaydı koyarak MTK'nın uygulanmasını isteyebilecekleri gibi, diğer gerçek ve tüzel kişiler de yabancı ülke gerçek ve tüzel kişileri ile veya yabancı devlet kurumlarıyla yapabilecekleri sözleşmelerde tahkim kaydı koyarak MTK'nın uygulanmasını isteyebileceklerdir. Türkiye'de yürürlüğe konulması, ayrıca Türkçe olması nedeniyle bu Kanunun uygulanmasını istediklerinde kendileri için bir avantaj teşkil edecektir. Çünkü Kanunun içeriğini, getirdiği yenilikleri rakiplerine göre daha iyi bileceklerdir.

Ayrıca bu Kanunla mevzuatımızda çok tartışılan yabancılık unsuruna yeni kriterler getirilmiştir. Yabancılık unsuru çok geniş anlamda belirlenerek ortaya çıkacak boşluklar giderilmeye çalışılmıştır. Ayrıca bu kanunla yabancı avukatla temsil edilebilme imkanı da getirilmiştir.

Türkiye'nin jeopolitik durumu da dikkate alındığında yabancıların kendi aralarında ki uyuşmazlıklarda bu Kanunun da uygulanması durumu mümkün olabilecektir. Bu durumda Türk Hukukunun tanınmasında önemli bir rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya** : Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı,
http://.izmirbarosu.org.tr/dergi/2001_sayi/04_02.htm.
22.11.2002
- ALONGOYA, Yavuz** : "UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında",
Prof.Dr.İlhan E.Postacıoğluna Armağan, İstanbul 1990
- ALANGOYA, Yavuz** : Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi,
İstanbul 1973
- ALTUĞ, Yılmaz** : Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul 1979
- ARBAK, Galip** : Dış Ticaret Anlaşmaları ve Uluslararası Tahkim,
<http://www.yaydinlanma1923.org/sayi/30/30-08.htm>.
08.11.2002.
- ASLAN, Neşe-KARAÇAM, Levent** : "TOBB Tahkimi"
<http://www.tobb.org.tr/veni/tahkim/tobbtahkimi.html>, 08.11.2002
- ÇELİKEL, Aysel** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1992
- ÇELİKTAŞ, İlyas** : Millî ve Milletlerarası Tahkim Karşılaştırması,
<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/tahkim.htm>.
8.11.2002
- İMREGÜN, Oğuz** : "Hakem Kararlarının İcrası Ve Tekamülü" 4.Ticaret ve Banka
Hukuku Haftası, Ankara 1965
- KAPLAN, Yavuz** : Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002
- KAPLAN, Yavuz** : "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve
Sonuçları", Prof.Dr.Aysel Çelikel'e Armağan, 1999
- MİNİBAŞ, Türkel** : Kriz ve Ulusal Egemenlik
http://.toplumsalbellek.org/medyadan_kriz_tmnisbas.htm.
- MİNİBAŞ Türkel** : "Tahkim Yasası Hakkında"
http://www.toplumsalbellek.org/tahkim_yasasi_nedir.htm.
08.11.2001.

Cemil ÇELİK

381

NOMER, Ergin : Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1993,

NOMER, Ergin-EKŞİ, Nuray-GELGEL, Günseli : Milletlerarası Tahkim,
İstanbul 2000,

ÖZTEK, Selçuk : İç Hukukta Tahkim, Avrasya Günleri Ekonomik ve Finansal
İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilafların Çözümlemesi
Sempozyumu, 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999

SERTEL, Yıldız : Felaket Kaçınılmaz mıydı? Cumhuriyet Gazetesi, 23.07.2001,
<http://www.toplumsalbellek.org/felaket.htm>, 08.11.2002.

YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994

KISALTMALAR

- Bkz.** : Bakınız
- ICSID.** : International Centre For The Settlement of Investment Disputes
- H.D.** : Hukuk Dairesi
- HUMK.** : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- MÖHUK.** : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
- MTK.** : Milletlerarası Tahkim Kanunu
- RG.** : Resmi Gazete
- s.** : Sayfa
- S.K.** : Sayılı Kanun
- UNCITRAL.** : United Nations Commission on International Trade Law
- YHGK.** : YHGK
- vd.** : Ve Diğerleri
- WTO.** : World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)

YARGITAY YAYINLARI

- İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ
(İkinci Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri-Madde:184-551)
Dr.Herman BECKER, Çeviren: **Dr. A. Suat DURA**.....7.560.000.-TL.
- BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI
Andreas von TUHR, Çeviren: **Av. Cevat EDEGE**.....7.560.000.-TL.
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza).....5.400.000-TL.
- YARGITAY I. BAŞKANLARININ ADALET YILI
AÇIŞ KONUŞMALARI (1943-1993).....5.400.000.-TL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I),
Yıl: 1975-1981.....5.400.000.-TL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II),
Yıl:1982-1986.....5.400.000.-TL.
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (III),
Yıl:1987-1991.....5.400.000.-TL.
- YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARLARI
HUKUK BÖLÜMÜ CİLT:6.....7.560.000.-TL.
- 125. YILINDA YARGITAY-ALBÜM.....5.400.000.-TL.
- 130. YILINDA YARGITAY-ALBÜM.....10.800.000.-TL.
- YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARAR
ÖZETLERİ (Hukuk-Ceza) 1926-1998.....7.560.000.-TL.
- ATATÜRK VE HUKUK.....7.560.000.-TL.
- 1990-1999 YKD CD (Bilgisayar Programı)..... 50.000.000.-TL.
- 1926-2000 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları CD
(Bilgisayar Programı)75.000.000.-TL
- **YARGITAY KARARLARI DERGİSİ**
Cilt:18, Yıl:1992, Sayı:1-12.....10.100.000.-TL.
Cilt:19, Yıl:1993, Sayı:1-12.....10.100.000.-TL.
Cilt:20, Yıl:1994, Sayı:1-12.....10.100.000.-TL.
Cilt:23, Yıl:1997, Sayı:1-12.....10.100.000.-TL.
Cilt:24, Yıl:1998, Sayı:1-12..... 10.100.000.-TL.
Cilt:25, Yıl:1999, Sayı:1-12..... 10.100.000.-TL.

Cilt:26, Yıl:2000, Sayı:1-12.....	15.000.000.-TL.
Cilt:27, Yıl:2001, Sayı:1-12.....	24.000.000.-TL.
Cilt:28, Yıl:2002, Sayı:1-12.....	38.400.000.-TL.
Cilt:29, Yıl:2003, Sayı:1-12.....	60.000.000.-TL.

• **YARGITAY DERGİSİ**

Cilt:18, Yıl:1992, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:19, Yıl:1993, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:20, Yıl:1994, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:21, Yıl:1995, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:22, Yıl:1996, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:23, Yıl:1997, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:24, Yıl:1998, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:25, Yıl:1999, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:26, Yıl:2000, Sayı:1-4.....	5.050.000.-TL.
Cilt:27, Yıl:2001, Sayı:1-4.....	8.000.000.-TL.
Cilt:28, Yıl:2002, Sayı:1-4.....	12.800.000.-TL.
Cilt:29, Yıl:2003, Sayı:1-4.....	20.000.000.-TL.

- 1- Yayın bedellerine dergilerde %1, kitaplarda%8 ve CD'lerde %18 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.
- 2- Süreli yayımlarla, YİBK., Hukuk Bölümü Cilt:6, Yargıtay I. Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları ve İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi adlı kitaplarda, Hakim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine %20; 1999,2000,2001, 2002, 2003 yılları Yargıtay Kararları Dergisi ve Yargıtay Dergisi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri (Hukuk-Ceza), Atatürk ve Hukuk adlı yayınlarda %30 indirim uygulanır.
- 3- Süreli yayınlarda indirim uygulaması, yıllık abone olma koşuluna bağlıdır.
- 4- Ödemeli gönderilmez. Hiçbir yerde temsilcimiz yoktur

HESAP NUMARALARIMIZ: 1- T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, 216826 ANKARA
2- Posta Çekleri Merkezi, 92932

YAZIŞMA ADRESİMİZ : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası)

Vekaletler Caddesi No:3 06658 Bakanlıklar/ANKARA

HABERLEŞME İÇİN TEL : 0-312- 425 16 49 - 425 16 32

ABONE SERVİSİ : 0-312- 417 44 60 / 3505-3506

FAKS : 0-312- 419 41 11