

Yıl: 33

Sıra Sayı: 122



KURULUŞ: OCAK - 1975

# YARGITAY DERGISİ



Cilt : 33

TEMMUZ 2007

Sayı : 3

*Sahibi*

Yargıtay adına  
**Osman AASLAN**  
Yargıtay Başkanı

*Yayın Müdürü*

**Ersin DAMAR**  
Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

*Yayın Kurulu**Başkan*

**Abdullah Vehbi AKSOY**  
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

*Üyeler*

**A. Nazım KAYNAK**  
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi

**Sedat BAKICI**

Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

**Sevgi SAKA**

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

**Ali EM**

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

*Yönetim ve Yazışma Adresi*

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

*Telefon*

(0-312) 425 16 32 — 425 16 49

*Faks*

(0-312) 419 41 11

*Abone Servisi*

(0-312) 416 11 38

*Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni*

**Ersin DAMAR**

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce  
**Üç Ayda Bir yayımlanır.**

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 2 Mart 1987 tarih ve 19388 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsalcimiz yoktur.**

%1 Katma Değer Vergisi dahil,  
**2007 yılı Yargıtay Dergisi**  
Abone Bedeli **40,00 YTL'dir.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

**Abone Olmak İçin;**

Abone bedeli (40,00 YTL)  
Yayın İşleri Müdürlüğümüzün  
**TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki**  
**39009014-5001**  
nolu banka hesabına veya  
**Posta Çekleri Merkezindeki 92932**  
nolu posta çeki hesabına ya da bizzat  
**Müdürlüğümüz Veznesine**  
yatırılmalıdır.

Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze  
başvurulmalıdır.

# İÇİNDEKİLER

Sayfa

## MEDENİ HUKUK

*Yusuf ULUÇ*

Hazine'nin Tapusuz Taşınmazlar  
Bakımından İhdasen (İdari Yol'dan)  
Adına Oluşturduğu Tapu Kaydı  
"Yolsuz Tescil Niteliğinde"  
Değildir. ....221-244

## İŞ HUKUKU

*Dr. Mustafa KILIÇOĞLU*  
*Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK*

Geçersiz Feshin Başka  
Bir Hukuki İşleme Dönüşmesi  
(Konversion).....245-256

*Utkan ARASLI*

Rücu Davalarında Tavan  
Sınırlamasının İptali ve  
Ortaya Çıkardığı Sorunlar  
ve 01.07.1994 Günlü  
YJBBGKK .....257-286

## CEZA HUKUKU

*Dr. İlhan AKBULUT*

Yeni Türk Ceza Kanunumuza  
Göre Ülkemizde Kan Gütme  
Olayları.....287-326

## CEZA USUL HUKUKU

*Mehmet KAHRAMAN*

Koruma Tedbiri Olarak  
Adli Arama.....327-390

## YARGITAY'DAN HABERLER

*Ersin DAMAR*

Yeni Seçilenler ve Yeniden  
Seçilenler, Emeklilik  
Nedeniyle Yargıtay'dan  
Ayrılanlar.....391-408

RESERVATIONS

RESERVATION NO. 123456

DATE: 12/15/2023

Customer Name: John Doe  
Address: 123 Main St  
City: New York, NY  
State: NY  
Zip: 10001

RESERVATION NO. 123457

DATE: 12/16/2023  
TIME: 10:00 AM  
ROOM: 223 (1000) (1000)

Customer Name: Jane Smith  
Address: 456 Elm St  
City: Los Angeles, CA  
State: CA  
Zip: 90001

RESERVATION NO. 123458

Customer Name: Bob Johnson  
Address: 789 Oak St  
City: Chicago, IL  
State: IL  
Zip: 60601

RESERVATION NO. 123459

DATE: 12/17/2023

Customer Name: Alice Brown  
Address: 101 Pine St  
City: San Francisco, CA  
State: CA  
Zip: 94101

RESERVATION NO. 123460

DATE: 12/18/2023

Customer Name: Charlie Davis  
Address: 202 Cedar St  
City: Boston, MA  
State: MA  
Zip: 02101

RESERVATION NO. 123461

DATE: 12/19/2023

Customer Name: Diana White  
Address: 303 Birch St  
City: Seattle, WA  
State: WA  
Zip: 98101

## HAZİNE'NİN TAPUSUZ TAŞINMAZLAR BAKIMINDAN İHDASEN (İDARİ YOL'DAN) ADINA OLUŞTURDUĞU TAPU KAYDI "YOLSUZ TESCİL NİTELİĞİNDE" DEĞİLDİR.

Yusuf ULUÇ (\*)

**ANLATIM DÜZENİ: BİRİNCİ BÖLÜM:** 1-Genel olarak, a-İhdas Kelimesinin Sözlük-Lûgat Anlamı, b-Tescil Nedir, 2-Konu, 3-Konuya İlişkin Yargısal Kararlar, 4-Yargısal Kararlarda Öngörülen İlkeler, 5-Hazine'nin Açtığı Tescil Davasının Hukuki Niteliği ve Yasal Dayanağı, 6-Kamuya Ait Mallar, 7-Özel Mülkiyete Konu Olmayan Taşınmazlar, 8-Özel Mülkiyete Konu Olabilecek Taşınmazlar, 9-Hazine'nin Tescil-Müdahalenin Önlenmesi Davası Açması, **İKİNCİ BÖLÜM:** 1-Hazine'nin İhdasen (İdari Yoldan) Adına Tapu Oluşturması (Tapusuz Taşınmazlar İçin), A-Hazine'nin İdari Yoldan Adına Tapu Oluşturmasının Yasal Dayanakları, B-Tapusuz Taşınmazların Yargıç Kararıyla Tapuya Tescilini Öngören 1515 ve 5519 Sayılı Kanun Maddeleri, C-2644 Sayılı Tapu Kanununun 1 ve 5519 Sayılı Ek Kanunun 1. Maddeleri Arasındaki Amaçsal Farklılık, 2-Hazine Adına Tescil İşleminin Yapılmasında İzlenecek Yöntem, A-Hazine Adına Tescil Ettirme Yetkisini Haiz Kuruluşlar, B-Hazine Adına Tescil Edilecek Taşınmaz Mallarda Aranacak Koşullar, 3-5519 Sayılı Ek Kanunun 1. Maddesi ile, 2644 Sayılı Tapu Kanununun 1. Maddesinin Zimmen Ortadan Kaldırıldığı Söylenbilir mi?, **SONUÇ**

---

(\*) Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi Üyesi.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### 1-GENEL OLARAK

#### *a-İhdas Kelimesinin Sözlük-Lûgat Anlamı;*

1. İhdas: Ortaya çıkarma, meydana getirme, kurma<sup>(1)</sup>.
2. İhdas Etmek: Ortaya çıkarmak, meydana getirmek, kurmak<sup>(2)</sup>.
3. İhdas: 1-Yeni bir şey ortaya koyma, 2-Bir şeyi tesis etme, kurma, 3-İhdas etmek; Ortaya koymak, kurmak, bir usul ihdas etmek, kurulmak<sup>(3)</sup>.

#### *b-Tescil Nedir?*

1. Tescil: Sicile geçirme, kütüğe geçirme<sup>(4)</sup>.
2. Hususi hukukta hakların veya imkân ve durumların ortaya çıkması için kanunda yazılı sicillere kayıtlanmasıdır. Taşınmazla ilgili bilgilerin aynı hakların ve şerhlerin tapuya tescil ve şerhin siciline kayıtlanmış bulunması tescil işlemidir. Hukukumuzda tescil ve şerh; hakkın doğum şartı olarak öngörülmüştür. (4721 sayılı TMK. m. 706, 712, 713, 716, 724, 725, 726, 727, 731, 735, 736, 747, 748, 780, 1009, 1016, 1021, BK. m. 242, 255 ve 277)

Dernek, vakıf, şirket vs.nin de kendi sicillerine kayıt olunması gerekir. Ayrıca mahkeme ilamının veya kararının da ilgili sicil defterine veya resmiyet

(1) 1-Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara, 1988 bası, 2-Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 2004 bası,

(2) 1-Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara, 1988 bası, 2-Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 2004 bası,

(3) Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi, Milliyet (Gazetesi), 1986 bası, Sh: 5585-5586

(4) Develioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 2004 bası,

kazandırılmak istenen hususların özel defterlerine kaydına da tescil denir.

Tescil Devleti; Bir ticaret gemisinin “gemi siciline” kayıt edildiği yer (Devlet) demektir<sup>(5)</sup>.

## 2-KONU

Hazine'nin tek taraflı tasarrufu ile tapusuz taşınmazı kendi adına tapu siciline tescil ettirmesi isteminin gerçekten “Yolsuz tescil niteliğinde” olup, olmadığına ilişkindir. Yani Hazine'nin tapusuz taşınmazlar bakımından ihdasen (İdari yoldan) adına tapu oluşturması işleminin “Yolsuz tescil niteliğinde” sayılıp sayılmayacağını “irdelenmesi” olayıdır.

## 3-KONUVA İLİŞKİN YARGISAL KARARLAR;

**A-Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.02.1964 gün ve 1979/D-8 E, 1064/123 Sayılı Kararı:**

### **a-8. Hukuk Dairesinin Bozma Gerekçesi;**

Taraflar arasındaki tescil davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; 8 nolu parsel hakkındaki Hazinenin tescil isteğinin reddine, diğer taşınmaz malların Hazine adına tapuya tesciline dair Kırşehir Asliye Hukuk Hakimliğinden verilen 02.12.1959 gün ve 355/1005 sayılı hükmün incelenmesi Hazine ve müdahil avukatları tarafından istenilmiş olmakla Yargıtay 8. Hukuk Dairesince; Hazine; hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin tescili için MK.nın 639. maddesine istinaden dava ikamesine lüzum ve zaruret olmayıp, bu gibi yerlerin idareten tapu dairelerince tescili mümkündür. Bu cihetin mahkemece, nazara alınmaması, sureti kabule göre, tescili istenilen yere muterizin zilyet bulunduğu anlaşıldığından “Meni

(5) Şener, Esat, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001 bası, Sh: 797

müdahale davası açılmadıkça" tescil davasının dinlenemeyeceğinin düşünülmemesi yolsuz, muterizin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde olduğundan hükmün bu sebeplerden BOZULMASINA karar verilip yerine geri çevrilmekle, yeniden yargılama sonunda; evvelce verilen hüküm usul ve kanuna uygun görüldüğünden DİRENME kararı verilmiştir.

(Not: Davalı Köy Tüzel kişiliği olup, hükmü temyiz etmemiştir).

Temyiz eden: 1-Müdahil Mustafa Karataş vekili,  
2-Davacı Maliye Hazinesi vekili

### **b-Hukuk Genel Kurulunun ONAMA Gerekçesi;**

Hukuk Genel Kurulunca; direnme hükmünün temyizi üzerine yapılan incelemede; Davacı Hazine vekili, mahkemenin 1956/144 esas sayılı dava dosyasıyla tespit edilen 12 parça taşınmaz malın Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallardan olduğunu ileri sürerek Hazine adına tescilini istemiştir.

Davaya katılan Mustafa Karataş vekili, Hazinesinin tescilini istediği yerlerin müvekkili adına 1937'den beri vergide kayıtlı olduğunu, Hazinesinin zilyet bulunmadığını savunmuştur.

Mahkeme, krokide 8 numara ile gösterilen 15000 m<sup>2</sup> yerin davaya katılan Mustafa Karataş'a ait olduğunu, vergi kaydı bulunduğunu, söz konusu ederek Hazinesinin bu yere ilişkin tescil isteğinin reddine, diğer taşınmaz malların hükümde belirtildiği gibi, Hazine adına tesciline karar verilmiştir. Taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Daire a-Hazinesinin; hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler için tescil davası açması gerekmediği, bu gibi yerlerin Tapu İdaresince idari yolla tescili mümkün olduğu, b-Kabule göre de; bu yerlere itiraz edenin zilyet bulunması sebebiyle müdahalenin önlenmesi



davası açılmadıkça tescil davasının dinlenemeyeceği, sebepleriyle hükmü bozmuş, mahkeme eski hükümde direnmiştir.

1-Hazinenin tescil davası, MK.nın 639/1. maddesine dayanan bir dava olmayıp, sözü edilen kanunun, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin kişilerin malı olamayacağı esasını benimseyen 641. maddesine dayanmaktadır. Söz konusu madde karşısında 639. maddede yazılı şartlar aranmaz. Bunları ispat yükümlülüğü yoktur. 5519 sayılı Kanun “her türlü tescil için mahkeme kararını şart kıldığından, Hazine Tapu İdaresine başvurarak bir yeri kendi adına idari yoldan tapuya tescil ettiremez.

2-Bir taşınmaz malın zilyetliği geri alınmadıkça; o taşınmaz malın Medeni Kanunun 639. maddesine göre, tescili istenilemez. Mahkemelerin uygulamaları ve kökleşmiş Yargıtay İçtihatları da bu yoldadır. İddialarıyla birbirlerine karşı olan kimseler bir tescil davasında birleştikleri takdirde birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bütün iddiaları ortaya atma imkânını elde etmiş olurlar ve böylece müdahalenin önlenmesi davasının açılması gerekmez. Buna rağmen, yukarıda birinci maddede açıklandığı üzere bu olayın bir özelliği bulunmaktadır. Hazinenin 641. maddeye dayanan tescil davası sebebiyle, müdahalenin önlenmesi davasını açması için bir sebep yoktur.

3-Yukarıda açıklandığı üzere mahkemenin “DİRENME KARARININ” doğru olduğuna, diğer yönlerin incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine 12.02.1964 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**B-8. Hukuk Dairesinin 11.04.2006 gün ve 2006/737 E, 2006/2424 Sayılı Kararı;**

**a-Daire Çoğunluğunun Konuya İlişkin Bozma Gerekçesi;**

“...Tescile konu taşınmaz 1968 yılında yapılan kadastroda TAŞLIK

olarak tespit dışı bırakılmış, 29.09.2003 tarihinde idari yoldan 31.918.74 m<sup>2</sup> yüzölçümü ile 1656 parsel numarası verilerek Hazine adına tescil edildikten sonra, 01.04.2005 tarihinde takas yolu ile Ahmet Yıldırım adına tescil edilmiştir. Davacı tapu iptali ve tescil davasını yeni malik Ahmet Yıldırım'a karşı sürdürmüştür. ... davanın reddine karar verilmiştir..."

Bundan ayrı; "5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, her türlü tescil mahkeme hükmü ile olur. Yasal dayanağı olmadan Hazinesinin tek taraflı tasarrufu ile tapusuz taşınmazı kendi adına tapu siciline tescil ettirmesi, YOLSUZ TESCİL MAHİYETİNDEDİR. Taşınmazı bu yolla davaya katılan Ahmet Yıldırım, tapuda takas yolu ile edinmiştir. Kayıt maliki Ahmet'in ediniminde kötü niyetli olduğu hususunda davacı tarafın delilleri toplanmamıştır. Bu yöne ilişkin olarak taraf delillerini sunmaları için süre ve imkan verilmeli, bildirmeleri halinde intikal tarihinde alıcının ediniminde kötü veya iyi niyetli olup olmadığı araştırılması, bundan sonra toplanan delillere göre karar verilmesi gerekirken, bu yön üzerinde de durulmadan karar verilmesi isabetli görülmemiştir... Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile ... hükmün oy çokluğuyla BOZULMASINA..."

### **b-Azınlığın Karşı Oy Gerekçesi;**

"...1515 sayılı Kanunun ek madde 1'de; (25.01.1950 tarih ve 5519 sayılı Ek Kanunun 1. maddesi hükmü olup, ek madde haline getirilmiştir). Gayrimenkul malların 1515 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, yapılacak tescilleri ile tapuda kayıtlı olmayıp da kişilerin tasarrufu altında bulunan gayrimenkul malların tapuya tescilleri yargıç kararıyla yapılır..." denilmektedir. Bu olgu doğrudur.

Ancak, ne var ki; 2644 sayılı Kanunun 1. maddesinde ise; "Gayrimenkullerin tescilinde, o gayrimenkul Devlete ait ise, bulunduğu yerdeki mal memuru, hususi idareye ait ise Vali, Evkafa ait ise evkaf müdürü

veya memuru, Belediyeye ait ise reisi, Köye ait ise muhtar ve mahsus kanunla teşekkül etmiş diğer hükmü şahıslara ait ise bunların kanuni mümessilleri salahiyetindedirler” hükmüne yer verilmiştir.

Bundan ayrı, 7269 sayılı Afet Kanununun 17, 3083 SK.nun 6, 3202 SK.nun 2, 3402 SK.nun 22/2, 6831 SK.nun değişik 2 ve 2/B maddelerinde de benzer hükümler yer almış ve tüm bu maddelerde idari yoldan tescil öngörülmüştür.

Şu halde, 5519 sayılı Kanunun açık hükmüne karşın, 2644 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda yer alan ve yukarıda gösterilen madde metinleri gözetildiğinde, Hazine adına idari yoldan yapılan tapuya kayıt ve tescilin TMK.nın 1025. maddesi anlamında yolsuz tescil niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.

#### **4-YARGISAL KARARLARDA ÖNGÖRÜLEN İLKELER**

##### **A-8. Hukuk Dairesinin Kararlarında Öngörülen İlkeler;**

##### **1-Hukuk Genel Kurulunun 12.02.1964 gün ve 1979/D-8 E, 1964/123 sayılı Kararında Yer Alan 8. Hukuk Dairesinin Bozma Gerekçesine Göre Saptanan İlkeler;**

a-Hazine, hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin tescili için Medeni Kanunun 639 (4721, TMK.nın 713). maddelerine dayanılarak tescil davası açmasına gerek yoktur.

b-Bu gibi yerlerin Tapu Sicil Müdürlüklerince; İdari yoldan Hazine adına tescil edilmeleri mümkündür.

c-Kabule göre de; dava konusu yapılan yerler üzerinde katılanın (itiraz edenin) zilyetliği söz konusu olduğundan, bu nedenle müdahalenin önlenmesi davası açılmadıkça tescil davasının dinlenemeyeceğinin düşünülmemesi

yolsuzdur, düşüncesi benimsenmiştir.

**2-8. Hukuk Dairesinin 11.04.2006 gün ve 2006/737 E, 2006/2424 sayılı Kararında; Çoğunluğun Gerekçesine Dayanak Yaptığı İlkelere;**

a-5519 sayılı Kanun hükmüne göre, her türlü tescil mahkeme hükmü ile olur.

b-Tapusuz taşınmazların İdari yoldan (İhdasen) Hazine adına tapuya tescillerinin yasal dayanağı yoktur.

c-O halde, Hazinesinin tek taraflı tasarrufu ile tapusuz taşınmazı kendi adına Tapu Siciline tescil ettirmesi "Yolsuz tescil" niteliğindedir, görüşüne yer verilmiştir.

**B-Hukuk Genel Kurulunun 12.02.1964 gün ve 1979/D-8 E, 1964/123 Sayılı Kararına Dayanak Yapılan İlkelere;**

1-Hazinesinin tescil davası, Medeni Kanununun 639/1. maddesine dayanan bir dava değildir.

2-Hazine tarafından açılan tescil davası; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin kişilerin malı olamayacağı esasını benimseyen Medeni Kanununun 641. maddesine dayanmaktadır.

3-Medeni Kanununun 641. maddesi karşısında, 639. maddede yazılı şartlar aranmaz. Bunları kanıtlama yükümlülüğü de yoktur.

4-5519 sayılı Kanun, her türlü tescil için mahkeme kararını şart kıldığından, Hazine Tapu İdaresine başvurarak bir yeri kendi adına idari yoldan tapuya tescil ettiremez.

5-Bir taşınmaz malın zilyetliği geri alınmadıkça, o taşınmaz malın Medeni Kanununun 639. maddesine göre tescili istenemez.

6-Hazinenin MK.nın 641. maddesine dayanan tescil davası sebebiyle, müdahalenin önlenmesi davasını açması için bir sebep yoktur, görüşü vurgulanmıştır.

Yargısal kararlarda belirtilen ve saptanan görüşler (ilkeler) karşısında; aşağıdaki hususlara ve bazı kanun maddelerine değinmekte yarar vardır.

### **5-HAZİNE'NİN AÇTIĞI TESCİL DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE YASAL DAYANAĞI**

Hazine tarafından açılan tescil davası; TMK.nın 713/1. maddesinde öngörülen kazanmayı sağlayan zilyetliğe dayalı bir tescil davası niteliğinde olmayıp, kaynağını ve dayanağını TMK.nın 715. maddesinden alan mülkiyet hakkına dayalı olarak açılan bir tescil davası niteliğindedir. Hazine, tapusuz taşınmaz malın gerçek maliki yani mülkiyet hakkı sahibi sıfatıyla tescil davasını açma olanağına sahiptir.

Olağanüstü zamanaşımı yoluyla tapusuz taşınmaz edinilmesini öngören TMK.nın 713/1. madde ve fıkrasında; “Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi, o taşınmazın tamamı, bir parçası veya bir payı üzerindeki mülkiyet hakkının tapu kütüğüne tesciline karar verilmesini isteyebilir”

Aynı kanunun ve maddenin üçüncü fıkrasında ise; “Tescil davası, Hazine ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya ...’a karşı açılır” Yine aynı kanunun 713/6. fıkrasında da; “Davalılar ve itiraz edenler, aynı davada kendi adlarına tescile karar verilmesini isteyebilirler” denilmektedir.

Görülüyor ki, 4721 sayılı TMK.nın 713/6. fıkrası ile çok açık bir biçimde, tescil davasında davalı gösterilen Hazineye de dava konusu taşınmazı adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesini isteyebilme olanağı tanınmıştır.

Benzer durum eski TMK'nın 639/4. fıkrasında şöyle yer almakta idi; Fıkra; "Son ilandan itibaren 3 ay içinde bir itiraz davası açılmaz veya açılıp da reddedilir ve iddia sabit olursa tescile karar verilir" denilmekteydi. Durum TMK'nın 713/6. fıkrasındaki gibi çok açık olmamakla birlikte eski TMK'nın 639/4. fıkrasında da; "...bir itiraz davası açılmaz veya reddedilir ve iddia sabit olursa..." ibaresi ile, tescil davasında davalı gösterilenlerle, dava dışı üçüncü kişilerinde adlarına aynı taşınmazın tesciline karar verilmesini isteyebilme olanağı verilmişti.

Hazine, her iki halde de, adına tescil isteyebilme olanağına sahip olduğu gibi, mülkiyet hakkı sahibi olarak, tek başına açacağı bağımsız bir tescil davası ile de, taşınmazı adına tapuya bağlayabilir. Hazine, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13/j maddesi uyarınca tescil isteğine ilişkin beyanını yöntemine uygun bir biçimde yargılama tutanağına geçirmesi yeterli olup, ayrıca dilekçe dahi verilmesine gerek bulunmamaktadır. Diğer davalılar ile üçüncü kişilerin ise, tescil isteğini içeren yöntemine uygun bir dilekçeyi mahkemeye vermeleri ve dava harcını yatırmaları gerekmektedir. İsteklerinin incelenebilmesi için bu zorunludur.

09.03.1954 tarih ve 6333 sayılı Kanundan önce eski MK'nın 639/1. maddesine dayalı tescil davaları hasımsız açılırdı. Ancak, 6333 sayılı Kanunla eski MK'nın 639. maddesine üçüncü fıkra eklendi ve böylece, "Tescil davası, Hazine ve ilgili âmme hükmü şahsiyeti aleyhine açılır" denildi. Aynı hüküm 4721 sayılı TMK'nın 713/3. fıkrasında yer aldı. Böylelikle, tescil davalarında; Hazine ve ilgili kamu tüzel kişileri "Kanuni=yasal" hasım durumuna getirildi.

## 6-KAMUYA AİT MALLAR

TMK'nın 715. maddesi; Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar başlığını taşımaktadır.

TMK madde 715/1. fıkrada; Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait

mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

2. fıkrada; Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

3. fıkrasında ise, sahihsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir, hükmüne yer verilmiştir.

Şu halde, TMK'nın 715 (eski MK'nın 641). maddesinde açıklanan malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler olduğu, mülkiyeti Devlete ve dolayısıyla onun iç uzantısı olan Hazineye ait olduğunun kabulü gerekir. Esasen kanun da bunu öngörmektedir.

### **Kadastro Kanunu (3402 Sayılı) Madde 16;**

Kamunun ortak kullanılmasına veya bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerlerle Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahihsiz yerlerden;

A-Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi, bina ve tesisler (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgâh, cami, genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına göre, Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adlarına tespit olunur.

B-Mer'a, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı

veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır. Parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır.

Bu sınırlandırma, tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler.

Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise, haritasında gösterilmekle yetinilir.

C-Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir. İstisnalar saklıdır.

D-Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir.

### **3402 SK.nun Madde 17:**

Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14. maddedeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi takdirde Hazine adına tespit edilir.

İl, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlarda kalan taşınmaz mallarda bu hüküm uygulanmaz.



**3402 SK.nun Madde 18:**

Yukarıdaki maddelerin hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler Hazine adına tespit olunur.

Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunlar uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapu kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez.

**7-ÖZEL MÜLKİYETE KONU OLMAYAN TAŞINMAZLAR**

Kural olarak; 4721 sayılı TMK.nın 715 ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. maddelerinde açıklanan taşınmazların TMK.nın 713/1. maddesi gereğince kazanmayı sağlayan zilyetliğe dayanılarak edinilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

TMK.nın 715. maddesinde yer alan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan “tarıma elverişli olmayan arazi, kayalar, dağlar ve tepeler (bunların ne şartlarla özel mülkiyete konu olabileceği kanunlarla tayin edilecektir)<sup>(6)</sup> dışında kalan taşınmazlar ve sahipsiz yerler ile, 3402 SK.nun 16/B, D, 18/2, 4342 SK.nun 4. maddelerinde açıklanan taşınmazlar ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu hükümleri uyarınca Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyıların TMK.nın 713/1. maddesi gereğince kazanmayı sağlayan zilyetlikle edinilmeleri hiç mümkün değildir.

(6) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Özer Sellçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku 11. bası, İstanbul 2006, Sh: 13

**8-ÖZEL MÜLKİYETE KONU OLABİLECEK TAŞINMAZLAR****a-TMK.nın 715, 3402 SK.nun 16 ve 17. Maddeleri;**

TMK.nın 715. maddesine göre, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu kabul edilen "tarıma elverişli olmayan arazi, dağlar ve tepeler" ile, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/A maddesinde açıklanan "...kapanmış olan yollar, aktif olmayan (kullanılmayan=metruk olan) mezarlıklar, yol fazlalıkları, boşluklar ve benzeri yerler herhangi bir kamu hizmetine tahsis edilmemiş (özgülenmemiş) iseler, bu gibi tapusuz yerlerin TMK.nın 713/1, 996, 3402 SK.nun 14, 17 ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 21. maddelerinde aranan tüm koşulların oluşması halinde kazanmayı sağlayan zilyetlik, imar ve ihya (bayındırlama) ile edinilmeleri mümkündür.

Çünkü, bir malın Devlete ait olması, o malın mutlaka özel mülkiyet konusu olmadığı anlamına gelmez. Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin mal varlığında yer alan ancak, kamu hizmetine tahsis edilmeyen (özgülenmeyen) mallar özel mülkiyete tabidir<sup>(7)</sup>.

MK.nın 641 (TMK.nın 715). maddesinin son cümlesindeki "sahipsiz şeyler" geniş anlamdaki gayrimenkulleri ifade eder. Dar ve teknik anlamdaki sahipsiz gayrimenkuller de geniş anlamdaki sahipsiz gayrimenkullerin özel bir kategorisini oluşturduğundan özel mülkiyete konu teşkil edinceye kadar, devletin hükmü ve tasarrufu altında bulunur<sup>(8)</sup>. O halde, sahipsiz şeylerin de gerekli koşulların varlığı halinde zilyetlikle edinilmelerine engel bir durum yoktur.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 17/1. maddesinde; "Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine

(7) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Özer Sellçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku 11. bası, İstanbul 2006, Sh: 13

(8) Dr. Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Birinci Kitap, Ankara 1972, Sh: 47

tahsis edilmeyen arazinin..." imar ve ihya (bayındırlama) yoluyla edinilebileceği açıkça vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi madde yalnızca Orman sayılan yerleri ayırık tutmuştur. Bu durumda, 3402 SK.nun 16 ve 17. maddeleri, TMK.nın 715. maddesine göre geniş anlamda bir istisna oluşturduklarını söylemek mümkündür. Amaç; tapusuz taşınmazları tarımsal açıdan verimli hale getirmek ve ekonomiye katkı sağlamaktır.

### **b-Taşınmaz Niteliği;**

Öte yandan tapusuz bir taşınmazın zilyetlikle edinilebilmesi yani özel mülkiyete konu olabilmesi için, nitelik itibariyle kazanmaya elverişli yerlerden olması gerekir. Şayet taşınmaz, özel mülkiyete konu olabilecek elverişli yerlerden değilse, bu taşınmaz her nasılsa tapuya kaydedilmiş olsa bile; yapılan işlem yolsuz tescil niteliğinde bulunduğundan, bu tapu kaydına dayanılarak mülkiyet kazanılamaz<sup>(9)</sup>. Taşınmazın niteliği gereği yapılan işlem temelden sakat doğmuştur ve yok hükmündedir.

## **9-HAZİNE'NİN TESCİL-MÜDAHALENİN ÖNLENMESİ DAVASI AÇMASI**

### **a-Zilyede Karşı Müdahalenin Önlenmesi Davası Açılmadıkça, Hazinenin Açtığı Tescil Davası Dinlenebilir mi?**

Hazine; başka kişiler tarafından açılan tescil davalarında TMK.nın 713/3. fıkrasına göre, kanuni hasım durumunda bulunduğundan, aynı maddenin 6. fıkrası gereğince uyuşmazlık konusu yapılan taşınmazı adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesini isteyebileceği gibi, mülkiyet

(9) Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku 11. bası, İstanbul 2006, Sh: 200, ve dipnot: 669 "...Yargıtay 1. HD. 01.02.2002 T. 931/943'de 3367 SK.da, 3367 sayılı Kanunun amacına uygun olarak kullanılmak üzere Köy tüzel kişiliği adına kayıt oluşturulduktan sonra davalı gerçek kişiye tahsis edilen nızalı taşınmaza ilişkin olarak, taşınmazın öncesinin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer olması ve ilgili Köy tüzel kişiliği veya Belediyenin dava açmaması hususları göz önünde tutularak, Hazine'nin, Köy tüzel kişiliğinin usulsüz yaptığı iddia edilen dağıtımın düzeltilmesini ve amacına uygun olarak kullanılmak üzere Köy/Belediye adına tekrar tescilini istemek hakkı ve yetkisinin bulunduğu kabulü zorunludur" yönünde hüküm kurmuştur (YKD. 2002/6 Sh: 847).

hakkına dayanarak davacı sıfatıyla tescil ve müdahalenin önlenmesi davasını birlikte de açabilir. Aynı zamanda her iki davayı birbirinden bağımsız olarak da açabilir. Her üç seçenekten birini tercih etmek tamamen Hazinenin takdirine bağlıdır. Bu konularda Hazinenin tercih hakkını engelleyen hiçbir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Şu halde; Zilyede karşı müdahalenin önlenmesi davası açılmadıkça, Hazinenin açtığı tescil davasının dinlenemeyeceği yolundaki görüşün hiçbir kanuni dayanağı ve hukuki gerekçesi de yoktur.

**b-Hazinenin Açtığı Tescil Davasında; TMK.nın 713/1, 3402 SK.nun 14 ve 17. Maddelerindeki Koşullar Aynen Aranacak mı?**

Öncelikle şunu belirtmekte yarar vardır. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan tüm tapusuz taşınmazların mülkiyeti, devletin bir iç uzantısı olan Hazine'ye ait bulunmaktadır. O halde mülkiyet sahibi olan Hazine bakımından TMK.nın 713/1, 3402 SK.nun 14 ve 17. maddelerinde açıklanan koşulların aranması düşünülemez. Ne var ki, tapusuz bir taşınmazın, Hazine adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmesi halinde, söz konusu taşınmaz, özel mülkiyete konu yapılmış olmaktadır. Öyle ise, özel mülkiyete konu olabilecek bir taşınmazın öncelikle nitelik itibariyle kazanmaya elverişli yani tapu tescili mümkün olan taşınmazlardan olması zorunludur. Hazine açısından sadece bu koşul aranmaktadır. Çünkü, "özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynı hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunamaz" (4721 sayılı TMK m. 999)

Yapılan bu açıklamalar karşısında; Hukuk Genel Kurulunun 12.02.1964 tarih ve 1979/D-8 E, 1964/123 sayılı onama kararı ile bu karara konu olan 8. Hukuk Dairesinin bozma gerekçesinde saptanan ilkelerin tümüne katılmak mümkün değildir. Zaten bugünkü Yüksek Yargıtay uygulaması da eskisinden farklı olarak yürümektedir.

Hazinenin tescil isteği bu şekilde açıklandıktan sonra esas konumuz olan, Hazinenin ihdasen (idari yoldan) adına tapu oluşturma konusunu açıklamaya çalışacağım.

## İKİNCİ BÖLÜM

### 1-HAZİNE'NİN İHDASEN (İDARİ YOLDAN) ADINA TAPU OLUŞTURMASI (TAPUSUZ TAŞINMAZLAR İÇİN)

Hukuk Genel Kurulu, 12.02.1964 tarih ve 1979/D-8 E, 1964/123 Sayılı Kararında; “5519 sayılı Kanun, her türlü tescil için mahkeme kararını Şart kıldığından, Hazine, Tapu İdaresine başvurarak bir yeri kendi adına idari yoldan tapuya tescil ettiremez” ilkesini (görüşünü) benimsemiştir. Aslında direnme kararının onanmasına konu olan 8. Hukuk Dairesinin bozma gerekçesinde; “Hazinenin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler için tescil davası açması gerekmediği, bu gibi yerlerin Tapu İdaresince idari yolla tescili mümkün olduğu” görüşünü isabetle belirtmiştir. Ne var ki, 8. Hukuk Dairesi 11.04.2006 gün ve 2006/737 E, 2006/2424 sayılı oy çokluğu ile verilen kararında ise; “5519 sayılı Kanun hükmüne göre, her türlü tescil mahkeme hükmü ile olur. Yasal dayanağı olmadan Hazinenin tek taraflı tasarrufu ile tapusuz taşınmazı kendi adına tapu siciline tescil ettirmesi yolsuz tescil mahiyetindedir” ilkesine vurgu yapmıştır. Oyle görülüyor ki, çoğunluk; az önce tarih ve sayısı verilen HGK kararında açıklanan ilkeyi benimsemiştir.

İŞte burada Hukuk Genel Kurulu kararı ile 8. Hukuk Dairesinin yeni kararında benimsenen ilkeler irdelenecek ve sonuca varılacaktır.

## A-HAZİNE ADINA İDARİ YOLDAN TAPU OLUŞTURMASININ YASAL DAYANAKLARI

### a-22.12.1934 T. ve 2644 Sayılı Tapu Kanunu:

**Madde 1:** Gayrimenkullerin tescilinde, o gayrimenkul Devlete ait ise, bulunduğu yerdeki en büyük Mal memuru, Hususi idareye ait ise Vali, Evkafa ait ise Evkaf müdürü veya memuru, Belediyeye ait ise Belediye reisi, Köye ait ise muhtar ve mahsus kanunla teşekkül etmiş diğer hükmü şahıslara ait ise bunların kanuni mümessilleri salahiyetlidirler. Bu mümessillerin salahiyetlerini kullanma şeklini gösteren kanunlar hükmü yerinde durmaktadır.

### b-ÖZEL KANUNLARDA BULUNAN 2644 SAYILI TAPU KANUNUNUN BİRİNCİ MADDESİ PARALELİNDE HÜKÜMLER

#### 1-Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair 7269 Sayılı Kanun:

**Madde 17 (değişik; 2.7.1968 T. 1051 SK.nun m. 1):** Afet gören yerlerde hasara uğrayan kısımlar içinde bulunan taşınmaz mallarla, yine aynı yerde, üzerine bina yaptırılmak üzere İmar ve İskan Bakanlığınca tespit edilen taşınmaz malların kıymetleri aşağıdaki maddelerde gösterildiği şekilde takdir ve tespit edilir (Yeniden yerleşme yapılmayacak afet yerlerindeki taşınmaz mallar için kıymet belgesi düzenlenmez).

Bu kıymetlere göre taşınmaz mallar için birer kıymet belgesi tanzimine ve bu belgelerin sahiplerine verilmesi karşılığında sözü geçen taşınmaz malları Hazine adına tescil ettirmeye İmar ve İskân Bakanlığı yetkilidir.

#### 2-Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair 3083 Sayılı Tarım Reformu Kanunu (22.11.1984, Yür.T: 01.12.1984)

**Madde 6/4. fıkra:** Toplulaştırma sonunda dağıtılan veya sahibine bırakılan tarım arazisi malikleri adına, geriye kalan arazi ise Hazine adına

**uygulayıcı kuruluşun talebi ile tapuya tescil edilir.** Malikleri adına tescil edilen arazi bu kanun hükümleri dışında o bölge için tespit edilen dağıtım normundan daha küçük parçalara rızaen veya hükmen taksim edilmez ve ifraz işlemlerine konu olamaz. Bu husus tapu siciline şerh verilir.

### **3-Köye Yönelik Hizmetler Hakkında 3202 Sayılı Kanun:**

**Madde 2/p:** Kiraya verilecek Hazine arazisi genişliğini, kira bedelini ve kiralayacak olan topraksız veya yeterli toprağı olmayan çiftçileri tespit etmek ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazinin tespit, tayin ve her türlü ölçü işlemini yapmak ve **Hazine adına tescil işlemlerini yaptırmak** ve evvelce dağıtılan arazilerde tashih, ıslah ve istirdat işlemlerini yapmak, mera, yaylak ve kışlakların tespit, tahdit ve tahsisini yapmak, ayrıca lüzumlu hallerde bunlardan ihtiyaç fazlalarının tespiti ile Hazine adına tescilini sağlamak, biçimindedir.

### **4-3402 Sayılı Kadastro Kanunu (21.06.1987 T. Yür.T: 09.07.1987)**

**Madde 22/2. fıkra:** Tapulama veya kadastro çalışmalarında tespit dışı bırakılan tapuda kayıtlı taşınmaz mallar ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin bu kanun hükümleri gereğince kadastro yapılr.

Görülüyor ki, madde açıkça "...tespit dışı bırakılan kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerin tescilinin yapılmasına" vurgu yapmaktadır. Tescilin İdari yoldan yapılması esasını benimsemiştir.

5-1744 sayılı Kanunla değişik 6831 SK.nun 2, aynı biçimde 3302 sayılı Kanunla değişik 6831 SK.nun 2/B maddeleri gereğince, orman kadastro komisyonlarınca orman niteliklerini kaybetmeleri nedeniyle Hazine adına orman sınırları dışına çıkartılan yerlerin herhangi bir mahkeme hükmüne gerek duyulmaksızın belirlenen yol ve yöntemlere uygun olarak doğrudan idari yoldan Hazine adına tapuya tescilleri öngörülmüştür.

## B-TAPUSUZ TAŞINMAZLARIN YARGIÇ KARARIYLA TAPUYA TESCİLİNİ ÖNGÖREN 1515 VE 5519 SAYILI KANUN MADDELERİ

**1515 SK.nun Madde 1:** Tapu defterlerinde mukayyet olup da gayri resmi surette aharın mülkiyetine geçen ve Kanunu Medeninin mer'iyeti tarihine kadar müsakkaf ve bu hükümde bulunan bağ ve bahçe veyahut arsaların on beş, diğer arazinin on sene malik sıfatıyla nizasız ve hüsnüniyetle tasarruf altında bulunduranları zilyedleri namına tapu dairesince tescil ile tapu senetleri verilir.

Ek madde 1- (25.01.1950-5519 sayılı ek Kanununun 1. maddesi hükmü olup, ek madde haline getirilmiştir).

Gayrimenkul malların 1515 sayılı Kanunun birinci maddesine göre yapılacak tescilleri ile **"tapuda kayıtlı olmayıp da kişilerin tasarrufları altında bulunan gayrimenkul malların tapuya tescilleri yargıç kararıyla olur"**

## C-2644 SAYILI TAPU KANUNUNUN 1 VE 5519 SAYILI EK KANUNUN 1. MADDELERİ ARASINDAKİ AMAÇSAL FARKLILIK;

Her iki Kanunun ilgili maddeleri arasında amaçsal bakımından farklılık bulunduğu açıkça söylenebilir. 2644 sayılı Tapu Kanununun 1. maddesi ile, "Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine ait tapusuz taşınmazların sözü edilen tüzel kişiler adına tescili kimler isteyebilecek" konusu düzenlenmiştir. İstek resmi kuruluşlarca yapılırsa, kuruluşların ve temsilcilerinin yetkilerinin olup olmadığı araştırılacaktır<sup>(10)</sup>.

5519 sayılı Ek Kanunun 1. maddesinde ise; Tapuda kayıtlı olmayan,

(10) Prof. Dr. M .Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul 2006, Sh: 174 ve dipnot: 571, Tapu Sicil Tüz. 13/f.7



ancak “kişilerin tasarrufunda bulunan taşınmazların” yargıç kararıyla tapuya tescilleri öngörülmüştür<sup>(11)</sup>. Görüldüğü gibi madde metinleri birbirinden farklı düzenlenmiş olup, güttükleri amaçlar da farklıdır. Tapu Kanununun 1. maddesi Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine ait tapusuz taşınmazlardan söz ederken, 5519 sayılı ek Kanunun 1. maddesinde, kişilerin tasarrufunda bulunan tapusuz taşınmazlar hedeflenmiştir. Madde metnindeki “kişileri” tabirinden gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri biçiminde anlamak gerekir.

O halde, saptanan bu somut ve hukuki olgular gözetildiğinde, tapusuz taşınmazların Hazine adına tapuya tescilinde yargıç kararına gerek olmadığı açıktır. Doğrudan İdari yoldan (İhhasen) tescilin yapılması mümkün olup, bunu engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Yasal dayanaklar açıklandığı gibidir.

## 2-HAZİNE ADINA TESCİL İŞLEMİNİN YAPILMASINDA İZLENECEK YÖNTEM

Hazine adına tescil işleminin yapılmasında izlenecek yöntem, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 1996/6 sayılı genelgesinde açıklanmıştır<sup>(12)</sup>.

### A-Hazine Adına Tescil Ettirme Yetkisini Haiz Kuruluşlar

#### a-Maliye Bakanlığı;

2644 sayılı Kanunun 1. maddesinde açıklandığı gibi; Özel kanunlarda hüküm bulunmaması durumunda, Hazine adına tescil ettirme yetkisi, taşınmaz malın bulunduğu yerin en büyük Mal memuruna (Defterdar veya Mal Müdürü) aittir. Bu genel nitelikte bir yetkidir. Büyükşehir Belediyelerinin

(11) Dipnot (10) gibi Sh: 20

(12) Ayrıca Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 7 Kasım 1985 gün ve 1477, 1 Mayıs 1989 gün ve 1498, 14 Nisan 1992 gün ve 1513, 15 Eylül 1993 gün 1993/5 sayılı genelgeler de aynı konularla ilgilidir (bkz.)

bulunduğu yerlerde bu yetkiyi, merkez ilçeler mal müdürü değil, bu mal müdürlüklerin bağlı olduğu defterdarlar kullanmaktadır.

### **b-Diğerleri**

Orman Bakanlığı, Orman Genel Müdürlüğü, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, bunlardan Orman Bakanlığı ve Orman Genel Müdürlüğüne tescil ettirilmesi gereken Devlet ormanları ile, 6831 sayılı Kanununun 2. maddesi uyarınca orman sınırı dışına çıkarılan yerler hakkında yapılacak işlemler TKGM.nün 2 Temmuz 1996 gün ve 1996/4 (1532) sayılı genelgesinde açıklanmıştır.

### **B-Hazine Adına Tescil Edilecek Taşınmaz Mallarda Aranacak Koşullar**

#### **a-Genel Şartlar;**

Hazine ile şahıslar arasında sınır ve mülkiyet yönünden bir uyumsuzluk bulunmaması, (taşınmazın bulunduğu yerde tutulacak bir tutanak olmalıdır).

Mer'a, yaylak, kışlak ve harman yeri gibi orta malı taşınmaz mallardan olmaması, tescili istenen taşınmaz malın bulunduğu sahada içme suyu temin edilen göl ve baraj varsa bunların su toplama havzası olarak belirlenen sahası dışında kaldığının DSİ mahalli kuruluşunca veya ilgili belediyesince bildirilmiş olması,

Kadastrosu tamamlanmış çalışma alanlarında taşınmaz malın tespit harici bırakılmış olması, kadastro paftasına tersim edilebilecek şekilde ölçümünün yapıp komşu parsellerle irtibatının sağlanması,

Kadastro yapılamayan çalışma alanlarındaki yerlerle ilgili taleplerde, hangi amaçla tescil istendiğinin belirtilmiş olması, yani MK.nın 912 (TMK.nın 999) maddesinde belirtildiği üzere tescili gerektirir aynı bir hakkın

doğması (Köy konağı, Okul, Karakol yapımı veya satış, kiralama gibi) ve ayrıca Büyük Ölçekli Haritalar Yapım Yönetmeliği esaslarına göre harita düzenlenmesi,

Gerekmektedir.

### **b-Özel Koşullar;**

Tescili istenen taşınmaz mal, deniz, göl ve nehir gibi kamuya ait sulara mücavir ise kıyı kenar çizgisi dışında (kara yönünde) kalmış olması,

Nehir ve dere metrukatı yerlerde, tescili istenen yerin suyun akışına engel bir hal teşkil etmediğinin ve Hazine adına tescilinde bir sakınca bulunmadığının DSİ mahalli kuruluşunca bildirilmiş olması,

Tescili istenen yerin Tarım Reformu Uygulama Alanı veya Bölgesi ilan edilen yerlerde bulunması halinde, Hazine adına tescilinde sakınca olmadığı ilgili Tarım Reformu Bölge Müdürlüğüne veya Tarım Reformu Genel Müdürlüğüne bildirilmiş olması, kapanmış Devlet karayolunun Hazine'ce tescilinin istenmesi halinde, ilgili Karayolları Bölge Müdürlüğünün veya Karayolları Genel Müdürlüğünün olurunun bulunması,

Gerekmektedir.

### **3-5519 SAYILI EK KANUNUN 1. MADDESİ İLE, 2644 SAYILI TAPU KANUNUNUN 1. MADDESİNİN ZİMMEN ORTADAN KALDIRILDIĞI SÖYLENEBİLİR Mİ?**

Bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Çünkü 2644 SK.nun 1. maddesi; Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine ait tapusuz taşınmazlarla ilgili olduğu halde, 5519 sayılı Ek Kanunun 1. maddesi, kişilerin tasarrufu altında bulunan tapusuz taşınmazlarla ilgili bulunduğundan 2644 SK.nun 1. maddesinin zimmen ortadan kaldırıldığı söylenemez. Bundan duraksamamak gerekir.

## SONUÇ:

2644 sayılı Kanununun 1. maddesi ile diğer özel kanunlarda yer alan hükümler ortada durduğu sürece, yargıç kararına gerek duyulmaksızın, Hazine; her zaman mülkiyet hakkına dayanarak tapusuz taşınmazları İdari yoldan adına tescil ettirebilir. Bunu engelleyen hiçbir kanun hükmü yoktur. Eylemli uygulama da halen bu yöndedir. 1996/6 sayılı genelge bunun açık kanıtı olmaktadır.

## KAYNAKÇA

1-Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, C: 1, Ankara 1988

2-Develioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 2004

3-Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi: Milliyet, 1986

4-Esat Şener: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001

5-Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir: Eşya Hukuku, 11. bası, İstanbul, 2006

6-Dr. Jale G. Akipek: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) 1. Kitap, Ankara, 1972

7-İlgili Kanunlar



## GEÇERSİZ FESHİN BAŞKA BİR HUKUKİ İŞLEME DÖNÜŞMESİ (KONVERSİYON)

*Dr. Mustafa KILIÇOĞLU* (\*)  
*Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK* (\*\*)

**ANLATIM DÜZENİ:** *A-Genel Olarak, B-İkale (Ortadan Kaldırma) Sözleşmesine İlişkin İcap Beyanına Dönüşme (Tahvil), C-Fesih Beyanının Sözleşmenin İptali Beyanına Dönüşmesi (Tahvil), D-Haksız Feshin Süreli Feshe Dönüşmesi, E-Geçersiz Süreli Feshin Derhal Feshe Dönüşmesi*

Aşağıda geçersiz olan bir feshin geçerli başka bir hukuki işleme dönüşmesinin mümkün olup olmadığı; mümkünse şartları üzerinde durulacaktır.

### **A-Genel Olarak**

Hukukta, aynı ya da benzer bir amaca ulaşmaya veya aynı yahut benzer bir sonuç doğurmaya yönelik çeşitli hukuki işlemler vardır. Geçersiz (batıl) bir hukuki işlem veya bir sözleşme yerine bu sözleşmenin gerçekleştirmek istediği amacı veya doğurmak istediği sonucu, başka bir hukuki işlem doğurabilecek durumda ise -şekil yönünden geçersizlik söz konusu ise- söz konusu şekil de bu işlem için yeterli ise, tarafların iradesinin bu merkezde

---

(\*) *Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi.*

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

olması halinde batıl işlem geçerli bir işlem yerine geçer. Hukukta bu işleme dönüşme veya tahvil adı verilir<sup>(1)</sup>.

Hâkim, tahvile karar verirken tarafların farazi iradelerini araştırmalıdır<sup>(2)</sup>. İlk önce, tarafların hangi amacı gerçekleştirmek istediği sorusuna cevap aramalıdır. Daha sonra, diğer hukuki işlemin bu amacı gerçekleştirmek için uygun bir araç olup olmadığını tespit edecektir. İrade özerkliği ilkesine hizmet eden tahvil kurumu, tarafların istediklerinden daha fazlasına, ya da istediklerinden farklı bir durumun doğmasına yol açmamalıdır<sup>(3)</sup>. Buna göre, taraflar, iş sözleşmesini sona erdirmek için seçtikleri hukuki yola özel bir önem vermişlerse, tahvil caiz değildir<sup>(4)</sup>.

Fesih, tek taraflı bir hukuki işlem olduğundan, tahvil değerlendirmesinde, sözleşmeyi fesheden tarafın, fesihle ulaşmak istediği amaç önem kazanacaktır<sup>(5)</sup>. Ancak bu amacın da sözleşmenin karşı tarafına fark edilebilir olması gerekir<sup>(6)</sup>.

Sözleşmenin feshi halinde, tahvil, sözleşmeyi feshedenin ortaya koyduğu vakıalardan iş ilişkisini her halükarda sona erdirmek istediği sonucu çıkarılabiliyorsa mümkün olabilecektir<sup>(7)</sup>. Bu şekilde değerlendirme, fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibarıyla yapılmalıdır<sup>(8)</sup>. İşverenin bu

- (1) Bkz. ve karşı. Eren, sh. 266; Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsgrecht, Teil 1 Rz. 827, sh. 222-223.
- (2) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 472 sh. 179; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 111, sh. 91.
- (3) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 472 sh. 179; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 111, sh. 91.
- (4) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 111, sh. 91; BGH, 15.12.1955, BGHZ, 19, sh. 273.
- (5) Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsgrecht, Teil 1 Rz. 833, sh. 224.
- (6) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 111, sh. 91; Dorndorf, E./Weller, B./Hauck, F./Höland, A./Kriebel, V./Neef, K., Heidelberger Kommentar zum Kündigungsgrechtsgesetz, § 13KSchG Rdnr. 62, sh. 687. BAG, 13.8.1987, AP § 6 KSchG 1969, Nr. 3 = NJW 1988, sh. 581.
- (7) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 473 sh. 179-180.
- (8) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 111, sh. 91.

şekildeki farazi iradesi, fesih bildiriminin işçiye ulaştığı anda, işçi açısından fark edilebilir olmalıdır<sup>(9)</sup>. Uygulamada tahvilin söz konusu olduğu en sık hak, süresiz feshin süreli feshe dönüşmesidir. Dolayısıyla, işçi, somut olayın özelliklerinden işverenin her halükarda iş ilişkisini sona erdirmek istediği için daha hafif çare olan süreli fesih yolunu da seçebileceği sonucunu çıkarmaya hakkı varsa, tahvil gerçekleştirilmelidir<sup>(10)</sup>. Şüphesiz, tarafların gerçek iradesi tespit edilmişse, gerçek irade, farazi iradeye oranla öncelikli olarak tahvilde esas alınmalıdır. Hâkim, işverenin iş sözleşmesinin fesih sebebi olarak ortaya koyduğu vakıalardan açıkça onun bu ilişkiyi hiçbir şekilde devam ettirmek istemediği sonucunu çıkartmışsa, geçersiz olan feshi, işveren açıkça talep etmese dahi tahvil edebilecektir<sup>(11)</sup>. Çünkü ortaya konulan vakıaların uygulanacak hükmün kapsamına girip girmediğini hâkim re'sen araştırmakla yükümlüdür<sup>(12)</sup>. Ancak, hâkim, işveren tarafından ortaya konulmayan vakıaları re'sen araştırarak tahvil yoluna başvuramaz. Sadece, işveren tarafından açıklanan vakıalardan hareket etmesi zorunludur<sup>(13)</sup>.

Ancak şu unutulmamalıdır ki, tahvil, ancak, hukuki işlemle güdülen ekonomik amacın ve bu amaca ulaşmak için seçilen hukuki aracın hukuk düzenince meşru görülmesi halinde mümkün olacaktır<sup>(14)</sup>. Dolayısıyla, ahlaka aykırı hukuki işlemlerde tahvil caiz değildir<sup>(15)</sup>.

- 
- (9) KR/Etzel,G., § 13 KSchG Rdnr. 77, sh. 735; Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 472 sh. 179. BAG, 15.11.2001, EZA § 140 BGB, Nr. 24; BAG, 31.3.1993, EZA § 140 BGB, Nr. 5
- (10) Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungsgesetz, Teil 1 Rz. 833, sh. 224; BAG, 31.3.1993, NZA 1994, sh. 409 = DB 1994, sh. 839; BAG, 13.3.1987, NZA 1988, sh. 129 = NJW 1988, sh. 581 = DB 1988, sh. 813.
- (11) Alman Federal İş Mahkemesinin bu yönde kararları için bkz. BAG 13.8.1987 EZA § 140 BGB Nr. 12 = NJW 1988, sh. 581; BAG 1.5.1979 EZA § 4 KSchG n. F. Nr. 16 = RdA 1979, sh. 319; LAG Köln 14.7.1987 LAGE § 140 BGB Nr. 5.
- (12) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 474 sh. 180; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 113, sh. 91.
- (13) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 113, sh. 91.
- (14) Roth, H.: J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil §§ 134 - 163, Berlin 2003, § 140 Nr. 2, sh. 479.
- (15) Alman Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. BGH, NJW 2001, sh. 817.

## B-İkale (Ortadan Kaldırma) Sözleşmesine İlişkin İcap Beyanına Dönüşme (Tahvil)

Feshin, ikale sözleşmesine tahvilinin mümkün olup olmadığı sorusuna kolaylıkla olumlu cevap vermek zordur. Zira ikale sözleşmesine yönelik icap ile fesih, hukuki açıdan iki farklı sonuca yönelmiş kurumlardır. Fesihle, iş ilişkisi tek taraflı olarak sona erdirilmesi söz konusu iken, ikale sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshе tahvil edilemez<sup>(16)</sup>. Tam tersi durumu ise, Alman Federal İş Mahkemesi, yalnızca sözleşmenin süresiz feshinin ikale sözleşmesinin akdine yönelik icaba tahvilini kabul etmiştir<sup>(17)</sup>. Buna karşılık, Hesse, herhangi bir ayırım yapmadan, geçersiz feshin, ikale sözleşmesine tahvilini mümkün görmektedir<sup>(18)</sup>.

Ancak bunun için, sözleşmeyi fesheden işverenin farazi iradesinin, süresiz feshе imkân verecek ağırlıkta bir süresiz fesih nedeninin bulunmaması dahi, her halükarda iş ilişkisini süresiz sona erdirmek yönünde olmalıdır<sup>(19)</sup>. İşverenin farazi iradesinin bu yönde olduğunun kabulü halinde, anlaşmaya dayalı olarak sözleşme ilişkisini ortadan kaldırılabilmesi için, işçinin bu icabı kabul iradesini beyan etmesi şarttır. Dolayısıyla, işçinin ikale sözleşmesine yönelik icabı kabul etmesiyle, iş ilişkisi sözleşme ile ortadan kalkar. Demek ki, bu şekilde ikale yoluyla iş sözleşmesi ilişkisinin sona erdirilebilmesi için, hem işçinin hem de işverenin sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik hukuki işlem iradesine sahip olması, yani her iki tarafın hiç bir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde sözleşme ilişkisinden kurtulmayı istemesi

(16) Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legeriotz, C./Laber, J., Kündigungsrecht, Teil 1 Rz. 362, sh. 94.

(17) BAG, 13.4.1972, DB 1972, sh. 1784; BAG, 13.8.1987, EzA § 140 BGB, Nr. 12.

(18) Rebmann, K./Sacker, F.J./Rixercker, R./Hesse, D.: Münchener Kommentar, Vor § 620 Rdnr. 113 sh. 666. Süreli feshin ikale sözleşmesine yönelik icap olarak açıkça kabul eden görüş için bkz. Henssler, M./Willemsen, H.J./Kalb, H.-J., § 1 KSchG Rdnr. 36, sh. 2423.

(19) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 120, sh. 94.



zorunludur<sup>(20)</sup>. Bu bağlamda ifade etmek gerekirse, işçinin susması kabul beyanı olarak nitelendirilemez<sup>(21)</sup>. İşçinin feshe katlanması da ikale sözleşmesinin kabulü için yeterli değildir<sup>(22)</sup>. Bununla birlikte, açık irade beyanı da zorunlu değildir<sup>(23)</sup>. Fakat işçi, hukuki işlem beyanında bulunmak istemeli ve bunun bilincinde olmalıdır. Bu şart, işçinin feshin geçersizliğini bilmesinin ve işverenin sözleşme ile iş sözleşmesini ortadan kaldırma yani ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik farazi iradesine icabet etmeye ve uygun davranmaya hazır olmasını gerektirir<sup>(24)</sup>.

### C-Fesih Beyanının Sözleşmenin İptali Beyanına Dönüşmesi (Tahvil)

Geçersiz bir fesih beyanının iptal beyanına dönüşmesi mümkün değildir; zira kendisine tahvil edilen hukuki işlem, geçersiz hukuki işleme oranla daha geniş kapsamlı sonuçlara sahip olamaz<sup>(25)</sup>. Gerçekten de, iptal ile sözleşme geçmişe etkili olarak ex-nunc sona ererken, süreli fesih ile sözleşmesel ilişki, bildirim süresinin geçmesiyle veya derhal; fakat ileriye etkili olarak ex-tunc sona ermektedir. Bununla birlikte, işveren derhal fesih sebebi olarak açıkladığı vakıalar, Borçlar Kanunu uyarınca, özellikle hile nedeniyle sözleşmenin iptalini haklı kılabılır. Bu durumda, işverenin beyanı, sözleşmenin iptali şeklinde yorumlanması mümkündür. Bir başka deyişle,

- (20) Neumann, D./Oetker, H./Preis, U., Staudingers Kommentar, Vorbem. zu § 620 BGB Rdnr. 91, sh. 366; Rebmann, K./Sacker, F.J./Rbcercker, R./Hesse, D., Vor § 620 Rdnr. 113 sh. 666.
- (21) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 481 sh. 183; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 120, sh. 94.
- (22) Alman Federal İş Mahkemesinin bu yönde kararı için bkz. BAĞ, 13.4.1972, AP § 626 BGB Nr. 64; Rebmann, K./Sacker, F.J./Rbcercker, R./Hesse, D., Vor § 620 Rdnr. 113 sh. 666; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 120, sh. 94.
- (23) Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 120, sh. 94; Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 481 sh. 183.
- (24) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 481 sh. 183; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 120, sh. 94.
- (25) Rebmann, K./Sacker, F.J./Rbcercker, R./Hesse, D.: Münchener Kommentar, Vor § 620 Rdnr. 118 sh. 667; Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 482 sh. 183; Mues, W.M./Eisenbeis, E./Legerlotz, C./Laber, J., Kündigungrecht, Teil 1 Rz. 859, sh. 233. BAG, AP § 9 MuSchG, Nr. 4.

somut olayın tüm özelliklerinden ve işverenin derhal fesih sebebi olarak açıkladığı vakılardan, iş sözleşmesinin hile nedeniyle feshinin istendiği sonucu çıkarılabiliyorsa, sözleşmenin haklı nedenle fesih beyanı sözleşmenin iptali beyanı şeklinde yorumlanabilir<sup>(26)</sup>.

### **D-Haksız Feshin Süreli Feshe Dönüşmesi**

Alman hukukuna göre, olağanüstü derhal fesih geçersiz ise, caiz olan en yakın kanuni sürede geçerli olacak olağan feshe dönüşmesi mümkündür<sup>(27)</sup>. Tahvil için önemli olan, işverenin farazi iradesinin iş ilişkisini her halükarda sona erdirmeye yönünde olması ve işçi açısından da işverenin bu yöndeki iradesinin fark edilebilir olmasıdır. Burada da işverenin açıkça tahvile dayanması zorunlu değildir. Anlattıklarından, farazi iradesinin iş ilişkisini mutlaka sona erdirmeye yönünde olduğunun çıkarılması yeterlidir. Bu irade işçi açısından da fark edilebilir olduğunun tespitinden sonra olağan feshin geçerli olup olmadığı üzerinde durulur<sup>(28)</sup>. Zira tahvilin en önemli şartı, geçersiz olan işlemin tahvil edilecek şartlarına uygun olmasıdır<sup>(29)</sup>. Dolayısıyla, haklı nedenle yapılan feshi, geçerli feshe tahvil ederken, işverenin İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinde öngörülen şekle riayet edip etmediğinin araştırılması gerekir. Süreli fesih, yazılı olarak yapılmamış veya fesih nedeni açık ve seçik yapılmamış ya da duruma göre, işçinin savunması alınmamışsa, tahvil mümkün olmayacaktır<sup>(30)</sup>. Süresiz feshin süreli feshe dönüştürülmesinde, süreli feshe ilişkin bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile getirilen meşru sınırlandırmalara da dikkat edilmelidir. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde işverenin süreli fesih yoluna gidebilmesi için disiplin kurulu kararının

(26) Bkz. Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 482 sh. 183 - 184; Rebmann, K./Sacker, F.J./Rbcercker, R./Hesse, D.: Münchener Kommentar, Vor § 620 Rdnr. 118 sh. 667-668.

(27) Hennsler, M./Willemsen, H.J./Kalb, H.-J., § 1 KSchG Rdnr. 37, sh. 2423.

(28) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 476 sh. 181; Fiebig, S./Gallner, L./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nagele, S./Pfeifer, G., HaKo, § 13 KSchG Rz.35, sh. 752.

(29) Fiebig, S./Gallner, L./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nagele, S./Pfeifer, G., HaKo, § 13 KSchG Rz.35, sh. 752.

(30) Bkz. Süzek, S., sh. 533; Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 474 sh. 180.

varlığının şart kılınması halinde, bu kurulun kararı olmaksızın işveren haklı fesih yoluna gitmiş; fakat gösterdiği neden haklı feshi gerektirecek ağırlıkta bulunmamışsa, süreli feshe tahvil mümkün olmayacaktır.

İşveren, iş ilişkisinin kendisi açısından artık katlanılamaz hale geldiğini iddia etmişse, bu iddia onun farazi iradesinin, derhal fesih için gösterdiği sebebin İş Kanunu'nun 25'inci maddesi anlamında haklı sebep ağırlığında görülmesi dahi iş ilişkisinin sona ermesini istediği yönünde olduğu söylenebilir. Ancak, fesih sebebi, İş Kanunu'nun 18'inci madde anlamında geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebiliyorsa, bu durumda işçinin işe iade isteği reddedilmelidir; kıdem-ihbar tazminatı istekleri şartları varsa hüküm altına alınabilir.

Nihayet şu husus vurgulanmalıdır ki, işverenin derhal fesih için gösterdiği sebep, gerçekte mevcut değilse, işverenin her halükarda işçiyi işten çıkarmak iradesi kabul edilemez<sup>(31)</sup>. Dolayısıyla tahvil böyle bir durumda mümkün değildir.

Aşağıda, haksız feshin süreli feshe tahviline ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi'nin 15.11.2001 tarihli bir kararından<sup>(32)</sup> bir örnek verilecektir. Geçersizliği ileri sürülen derhal fesih bildiriminde işveren:

“Bu yazı ile şu andaki iş durumuz nedeniyle, firma ile olan iş ilişkisini sona erdirmeyi zorunlu görmekteyim (12.10.1998 tarihli iş sözleşmesi).

Sözleşmenin sona ermesinden önce tüm işlerimizi kaybettiğimizden fesih süresiz olarak vuku bulacaktır. ...Her şeye rağmen, gelecekteki mesleki yaşamınızda başarılar diliyorum”. Karara konu teşkil eden olayda, davacı, geçersiz derhal feshin süreli feshe tahvilinin de mümkün olmadığını; zira

(31) Stahlhacke, E./ Preis, U./Vossen, R., Nr. 478 sh. 182; Dorndorf, E./Weller, B./Hauck, F./Höland, A./Kriebel, V./Neef, K., Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 13KSchG Rdnr. 63, sh. 687.

(32) BAG, 15.11.2001, EzA § 140 BGB, Nr 24.

davalının bu yönde bir irade beyanının bulunmadığını, tahvilin gerçekleştirilmesinin re'sen de mümkün olmadığını ileri sürmüştü. Federal İş Mahkemesi, sözleşmesi feshedilen duvar işçisinin ilk derece mahkemesinin aleyhe kararını temyiz istemini reddederken gerekçe olarak özetle şu hususlara dayanmıştı.

“...Federal Mahkeme BGB § 626/Fıkra 1'e göre geçersiz feshedilen süresiz feshin her zaman geçerli ve muhtemel olan süreli feshe dönüştürülebileceğini isabetli olarak kabul etmektedir (BAG 18.09.1975-2 AZR 311/74-BAGE 27, 263; 7. Dezember 1979-7 AZR 1063/77-AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 42; 13. August 1987-2 AZR 599/86-AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12). ...Tahvilin şartları BHB § 140'ya göre belirlenmelidir. Olağanüstü feshin olağan feshe tahvili, olağan feshin, feshedenin iradesine uygun olmasını ve bu iradenin fesih bildiriminin ulaştığı anda muhatapça açıkça fark edilebilir olmasını şart kılar (BAG 13.08.1987 aaO; 31. März 1993-2 AZR 492/92-BAGE 73, 42; KR-Friedrich 6. Aufl. § 13 KSchG Rn. 76; Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 9. Aufl. § 123 Rn. 163).

b) Tahvil, feshedenin ne özel bir talebine (ErfK/Müller-Glöge 2. Aufl. § 626 BGB Rn. 293; KR-Friedrich aaO § 13 KSchG Rn. 83; Stahihacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 7. Aufl. Rn. 338; RGRK/Corts 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 242; BAG 10.05.1984-2 AZR 87/83-RzK I 6 h Nr. 2) ne de açıkça tahvile dayanmasına (APS-Biebl § 13 KSchG Rn. 40; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 340) bağlıdır. Tahvil, maddi hukuk açısından ne def'i ne de itirazdır (Erman-Palm BGB 10. Aufl. § 140 Rn. 18; RGRK/Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rn. 3; BGH 28. November 1962-V ZR 127/61-). Hukuk ve İş Mahkemeleri yargılamasında, kendi hukuki görüşleri hakkında bilgi vermek tarafların görevi de değildir. Sadece, hukuki değerlendirme için gerekli olan vakıaları mahkeme önüne getirmek ve sunmak zorundadırlar (Vollkommer Anm. zu BAG AP KSchG § 13 Nr. 3; Staudinger/Neumann

BGB 13. Aufl. vor § 620 Rn. 94). Mahkeme, mevcut olan vakıalardan hareketle, hukuki işlemin tahvilinin söz konusu olup olmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır (BAG 13.08.1987 aaO; BGH 28. November 1962-VZR 127/61-aaO; ErfK/Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 293; RGRK/Corts § 626 Rn. 242; Stahihacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 340). Bu yüzden tartışmasız gerçek durum ile tarafların somut olay ile ilgili anlatımları, feshedenin farazi iradesini ortaya koyacak vakıaları içermelidir. Mahkemeye aktarılan ve kesin olarak belirlenmiş vakıaların uygulanacak hukuk normunun unsurlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini mahkeme artık kimsenin iznine gerek kalmaksızın tespit etmelidir (BGH 28.11.1962-V ZR 127/61-; APS-Biebl § 13 KSchG Rn. 40; Haubrock Kündigungskonversion im Arbeitsverhältnis Teil 1 S 272 und 275; KR-Friedrich §13 KSchG Rn. 83; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 366; Stahihacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335). ...Ancak, taraflarca getirilmesi (hazırlama) ilkesinin sonucu olarak, iş mahkemeleri, tahvili doğuracak vakıaları re'sen araştıramazlar (KR-Friedrich § 13 Rn. 83; Stahihacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335).

Alman Federal İş Mahkemesinin iki ve beşinci dairesinin içtihatları bu anlatılanlarla uyumludur (14.08.1974-5 AZR 497/73-AP KSchG 1969 § 13 Nr. 3 = EzA BGB § 615 Nr. 26), Siebten (7. Dezember 1979-7 AZR 1063/77-AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 21 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 42). Özellikle bu konuda karar veren daire, 18 Eylül 1975 tarihli kararında (-2 AZR 311/74-AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 10 = EzA BGB § 626 Druckkündigung Nr. 1), münhasıran fesih bildirim yazısının içeriğinin geçersiz olağanüstü derhal feshin, caiz olan en yakın kanuni sürede geçerli olacak olağan feshe dönüşmesinin tetkikinde yeterli hareket noktası olacağını kabul etmiştir. Daire, davalı işverenin, tahvile açıkça dayanmış olmasını aramamıştır. Daire, geçersiz olağanüstü feshin, süreli feshe tahvilinin özel bir talebi gerektirmediğini, tahvile izin veren vakıaların mevcudiyeti halinde tahvilin yapılacağını, özellikle, 10 Mayıs 1984 tarihli kararında (bkz. yukarıdaki atfa)

vurgulamıştır. ...son olarak, Daire, 13 Ağustos 1987 tarihli kararında (-2 AZR 599/86-AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12), tahvilin şartlarının BGB § 140 tarafından belirlendiğini belirtmiştir. Bu hükmün uygulamasında, sadece, sözleşmeyi feshedenin tahvile yönelik farazi iradesine ve bu iradenin sözleşmesi feshedilince açıkça fark edilebilir olduğuna işaret eden vakıaları mahkeme önünde sunup sunmadığı önemlidir...

...Karara konu teşkil eden olayda, 29 Ekim 1998 tarihli fesih bildirim yazısındaki ifadeler davalının, davacı tarafından da fark edilebilen mutlak sona erdirmeye iradesini ortaya koymaktadır. Davalı, sadece, sözleşmenin sona ermesinden önce bütün işlerini kaybettiğine işaret etmemiş, aynı zamanda davacıya gelecekteki mesleki yaşamında başarılar dilemiş ve bu suretle sürekli ayrılığa ilişkin arzusunu açıkça ifade etmiştir.

c) Fesih bildiriminde bulunan işverenin sözleşmeyi münhasıran olağanüstü fesih yoluyla sona erdirmek istediğine ve tahvili istemediğine dair bir sonucun çıkarılmasını haklı kılacak özel durumlar (Schaub aaO § 123 Rn. 163; KR-Friedrich § 13 KSchG Rn. 80; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 342), davalı tarafından ileri sürülmemiştir”.

Yargıtay tahvili kabul eden çeşitli kararlarında haklı olarak, haklı fesih için altı işgünlük sürenin kaçırılmasına, geçerli feshe tahvil için bir engel olarak görmemektedir. Örneğin, Yarg. 9. HD., 31.01.2005 tarihli kararında<sup>(33)</sup> bu görüşü şu şekilde ortaya koymaktadır:

“Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu nedenlerle fesih hakkının hak düşürücü süre içerisinde kullanılmaması, feshin geçerli nedenlerle yapılmadığı anlamına gelmez. Başka bir anlatımla, 6 günlük hak düşürücü süre içinde fesih hakkı kullanılmadığı takdirde, fesih haksız hale gelir, ancak geçersiz hale gelmez”.

(33) Yarg. 9. HD., 31.01.2005 tarih ve E. 2004/17355- K. 2005/2619

Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin haksız feshi geçerli feshe tahvil ederken, İş Kanunu'nun 19'uncu maddesinin aradığı geçerlilik şartlarının varlığını aramayan 24.02.2003 tarihli kararına, bu maddedeki usule uymaktan kaçınmak için haklı neden iddiasına dayanarak feshetmek suretiyle söz konusu maddeyi dolanmalarına yol açacağından<sup>(34)</sup> katılmak mümkün değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararına göre<sup>(35)</sup>:

“İş Kanunu'nun 26. maddesindeki hak düşürücü süre, hizmet akdinin Yasanın 24/2 ve 25/2 maddelerinde düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeni ile fesihlerde söz konusudur. Sınırlı sayılan bu fesihler dışında 26 maddelerin uygulanma olanağı yoktur.

İşveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi 25/2 maddesine dayandırılmış, ancak 26 maddedeki altı işgünlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminat talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı Yasanın 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır.

Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin ret edilmesi gerekir”.

Mahkemece, haksız feshin geçerli feshe tahvilinin kabul edilmesiyle, iş

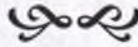
(34) Süzek, S., sh. 533.

(35) Yarg. 9. HD., 24.2.2003, E. 2003/22581, K. 2004/3229

sözleşmesinin derhal sona ermediği, işçinin kıdemine göre, İş Kanunu'nun 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tespit edilecek bildirim sürelerine uygun sona erdiği sonucuna varılacaktır. Ayrıca, haksız fesih nedeniyle, büyük ihtimalle, usulsüz fesih de söz konusu olacağından, ihbar tazminatına hak kazanma gibi usulsüz feshin sonuçları da doğacaktır. Keza, işverence İş Kanunu'nun 25/II hükmüne dayalı olarak yapılan haksız fesih, yukarıda anlatılan şartların gerçekleşmesi ile geçerli feshe tahvil edilmişse, işçi, bir yıldan fazla çalışmış olması koşulu ile kıdem tazminatına da hak kazanır.

### E-Geçersiz Süreli Feshin Derhal Feshe Dönüşmesi

Toplu iş sözleşmesinde veya bireysel iş sözleşmesinde işverenin 17'nci maddeye göre süreli fesih imkânı elinden alınmış; işveren buna rağmen iş sözleşmesini süreli feshetmişse, süreli feshin, derhal feshe dönüştürülmesi mümkün değildir. Çünkü her şeyden evvel, işçi, feshi ihbar süresinin tahvil suretiyle ortadan kaldırılmasını hesap etmek zorunda değildir<sup>(36)</sup>. Ayrıca, kendisine tahvil edilen yeni hukuki işlemin hukuki sonuçları, asıl niyetlenen hukuki işleminkinden daha geniş kapsamlı olamaz<sup>(37)</sup>. İşveren, iş sözleşmesini haklı sebepten ötürü süreli feshetse dahi, tahvil mümkün olmayacaktır<sup>(38)</sup>. Bir başka deyişle, işveren 25'inci madde anlamında sözleşmeyi haklı fesih imkânı doğmuş olmasına rağmen iş sözleşmesini süreli feshedebilir. İşte bu durumda, süreli fesih geçersiz ise, süreli feshin derhal feshe tahvili artık mümkün olmaz. Çünkü derhal fesih hakkını tüketmiştir. Ayrıca, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde öngörülen hak düşürücü süre de çoğu kere geçirilmiş olacaktır.



(36) BAG AP MuSchG 1968 §Nr. 4 = NJW 1976, sh. 592.

(37) Stahlhacke, E./Preis, U./Vossen, R., Nr. 479 sh. 182-183; Rebmann, K./Sacker, F./J/Rbcercker, R./Hesse, D., Vor § 620 Rdnr. 117 sh. 667; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Grundlagen D Rdnr. 119, sh. 94.

(38) LAG Köln 4.7.1996 LAGE § 620 BGB Kündigungserklärung (Fesih bildirim) Nr. 6 = NZA - RR 1997, sh. 277; LAG Köln 29.4.1994 LAGE § 620 BGB Kündigungserklärung Nr. 2.



**RÜCU DAVALARINDA TAVAN SINIRLAMASININ İPTALİ VE  
ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR  
ve 01.07.1994 GÜNLÜ Y.İ.B.B.G.K.K.**

*Utkan ARASLI (★)*

**ANLATIM DÜZENİ:** *I.GİRİŞ, II.RÜCU DAVALARI VE DAYAN-  
DIĞI HUKUKSAL ESASLAR, a)Genel Olarak Rücu Davaları, b)Davanın  
Amacı, c)Davanın Hukuki Esasları, III.26/1. MADDENİN İLK ŞEKLİ VE  
YARGITAY TAVAN UYGULAMASI, IV.26.06.1987 GÜNLÜ 3395 SAYILI  
YASANIN 2. MADDESİ İLE KABUL EDİLEN TAVAN KURALI VE 26/1.  
MADDENİN SON ŞEKLİ, V.ANAYASA MAHKEMESİNİN 26/1.  
MADDESİNE İLİŞKİN RET KARARLARI, a)Tavan Sınırlaması Öncesinde  
Verilen Kararlar, b)Tavan Sınırlaması Sohrası Verilen Kararlar,  
VI.01.07.1994 GÜNLÜ E:1992/3 K:1994/3 YARGITAY İÇTİHATLARI  
BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURULU KARARI VE ORTAYA  
KOYDUĞU İLKELER, VII.TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARININ ANAYASA  
MAHKEMESİ, YARGITAY GENEL KURUL VE DAİRELERİ DAHİL TÜM  
MAHKEMELERİ BAĞLAYICILIĞI, VIII.YARGITAY 10. HUKUK  
DAİRESİNİN 28.01.2003 GÜNLÜ ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU  
KARARI, IX.BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ, X.ANAYASA  
MAHKEMESİNİN 23.11.2006 GÜNLÜ E:2003/10 K:2006/106 SAYILI İPTAL  
KARARI, XI. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ, XII.İPTAL KARARININ  
ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR, XIII.SORUNUN ÇÖZÜMÜ*

---

(★) *Yargıtay Yirmibirinci Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.*

## I. GİRİŞ

Sosyal Sigortalar Kurumunun iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalısı veya hak sahiplerine; herhangi bir sınırla oağlı olmaksızın yaptığı ve ileride yapması gerekli harcamaların kusurlu işverenden, ancak belli bir sınıra kadar istenmesini düzenleyen kuralın Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 günlü kararı ile iptali ortaya yeni sorunlar çıkarmıştır.

Gerçekten Kurumun, işverenden rücu hakkını düzenleyen 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesi Hukuk Dünyamızda bir süre tartışma konusu olmuştur. Sorun dört kez Anayasa Mahkemesine taşınmış ve İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmuştur. Ne var ki; Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması ve Anayasa Mahkemesinin soruna sosyal sigortalar hukuk sistemine uygun yaklaşımı sonucu çözümlenmiştir.

Sorunun temeli; kurumun bağladığı gelir ve bunların sonradan artırılması durumunda; işverenden, ne oranda isteneceği konusunda düğümlenmektedir. Yasa bu alanda; ilk düzenlemede herhangi bir sınır öngörmemişken, Yargıtay'ın uygulamasına paralel yasa koyucu bir tavan sınırlaması öngörerek 26/1. maddeyi Anayasa Mahkemesi'nin 2006 yılında verdiği iptal kararından önceki biçiminde düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği ve iki ret kararında ileri sürdüğü görüş ve maddeyle ilgili kısmen maddi yanılıya dayalı yorum bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda farklı karar çıkmasına neden olmuşsa da 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Büyük Kurul Kararı soruna son noktayı koymuştur. Bu kararla; Kurumun bağladığı gelir ve artışlarının her birini ayrı dava konusu olabileceği ancak bunların tavan sınırına kadar hükme bağlanacağı belirlenmiştir.

Uygulama bu yönde devam ederken, Birleştirme Kararında kabul görmeyen ve işvereni sadece ilk peşin değerle sorumlu tutulması yolundaki

azınlık görüşü Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından tekrar Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararından azınlık görüşü doğrultusunda yeni bir uygulama getirme yolunda farklı görüşe ulaşan Yüksek Daire sorunu; yasal merci olan Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Kuruluna taşıma yerine Anayasa Mahkemesi'ne götürmüş ancak konuyla doğrudan ilgisi bulunmayan ve işveren yararına getirilmiş onun üst sorumluluğunu belirleyen kuralın iptalini istemiştir.

Gerçekten; Anayasa Mahkemesine 2003 yılında yaptığı başvuru ile kurumun rücu hakkının 1994 tarihli içtihatları birleştirme kararı tersine bir görüşle sadece bağladığı ilk peşin değerle sınırlı olması gerektiğini ileri süren Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi; Kuruma, ileriye yönelik bağladığı gelirlerin peşin değerleri yolunda dava hakkı veren 26/1. maddenin... “Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarife göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı ... Kurumca işverene ödettirilir” kuralı yerine; istemle doğrudan ilgili bulunmayan “...Sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere...” kuralının iptalini istemiş ve Anayasa Mahkemesi de bu istem doğrultusunda karar vermiştir.

Ne var ki, Kuruma doğrudan bağladığı gelir ve artışlarının sermaye değerlerini sorumluluğu oranında kusurlu işverenden isteme hakkını veren yasal düzenleme maddede aynen muhafaza edilmiş, bunun yerine, işveren sorumluluğunun üst sınırını belirleyen kural iptal edilmiştir. 26/1. madde bu iptal üzerine aldığı yeni şekli ile, ilk düzenleme biçimine dönmüş ve işverenin sınırsız sorumluluğu gündeme gelmiştir. Böylece istemle uygun neden-sonuç ilişkisi bulunmayan bir durüm ortaya çıkmıştır.

Maddenin aldığı bu yeni durum karşısında uygulama nasıl olacaktır?

1. İşverenin üst sınır sorumluluğu kalkınca Kurum ileriye yönelik yaptığı tüm gelir harcamalarını işverenden talep edebilecek midir?

2. Rücu davalarına ilişkin temel ilke ve esasları belirleyen 1994 tarihli içtihatları birleştirme kararı bu iptalden etkilenecek midir? Giderek 26/1. maddenin aldığı bu yeni şekil karşısında salt yorum yoluyla işverenin ilk peşin değerle sorumlu tutulması yönünde ve sözü edilen birleştirme kararına ters bir sonuca ulaşılabilecek midir?

3. Nihayet sigortalı veya hak sahipleri tarafından iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan ve işverene karşı açılan tazminat davalarında peşin değer uygulaması nasıl yapılacaktır?

İşte bu inceleme yazımızda sorunların cevabı verilmeye çalışılacaktır.

Önce tavan sınırlaması nedir ve yasaya nasıl girmiştir? Konunun geçirdiği evreleri açıklayarak incelemeye başlamak yararlı olacaktır.

Aşağıda daha geniş biçimde açıklanacağı üzere üst sınır sınırlaması denilen yasal düzenleme bir zorunluluktan doğmuştur. Bu sınırlama 26/1. maddenin son bölümünde aynen şöyle ifade edilmiştir. “Kurumca... her türlü giderlerin tutarı... gelir bağlanırsa bu gelirlerin peşin değer toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyeabilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere kurumca işverene ödettirilir”

Bilindiği üzere iş kazaları ve meslek hastalıkları sigorta dalı sosyal sigortalar hukukunun temel dallarındır. Birini oluşturur. Bu sigorta kolu ile, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalılar ile bunların ölümü halinde hak sahiplerine zararları Kurumca karşılanır. Gene bilinmektedir ki bu kaza ve hastalıklar genelde işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymaması sonucu meydana gelmektedir. Her yıl binlerce sigortalının sakat kaldığı veya hayatını kaybettiği bu olaylar sonucu bir yandan büyük sosyal ve ekonomik sorunlar ortaya çıkmakta öte yandan

kurumca karşılanması büyük külfetler yaratan harcamalar ortaya çıkmaktadır. Örneğin işe yeni başlamış bir sigortalının bir günlük prim ödemesi bulunmamasına karşın uğradığı bir iş kazası sonucu Kuruma getirilen mali yük son derece büyük boyutlara ulaşmaktadır.

Yasa Koyucu bu istenmeyen tabloyu dikkate alarak henüz 506 sayılı Yasanın yürürlüğe girmedeği bir dönemde bir yanda en kutsal varlık olan insanı bu tür zararlardan korumak diğer taraftan kurumun uğradığı çok büyük boyutlardaki zararları bir ölçüde telafi etme düşüncesi ile işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymamak suretiyle işçisini zarara uğratan işverenden; Kurumun yaptığı ve ileride yapması gerekli her türlü harcamaların geri alınmasını kabul etmiştir. Bu tür bir geri isteme durumunda işveren sorumluluğu yönünden bir sınırlama öngörmemiştir. 1965 yılında yürürlüğe giren 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesi işvereni sınırsız bir şekilde sorumlu tutmuştur.

İşverenin bu tür sorumluluğu karşısında sorun Anayasa Mahkemesine taşınmış ve sözü edilen Yüksek Mahkeme 1972 günlü verdiği ilk kararında aşağıda gösterileceği üzere Kurumun sınırsız rücu hakkını Anayasa'ya uygun bulmuş ve aynen "Kurumun gerçek zararı asar nitelikte alacak hakkını sosyal güvenlik ve sosyal sigortalar hukukunun temel ilkelerini belirlemek üzere ortaya koymuş ve Anayasa'ya aykırılık verinde bulunmamıştır."

Ancak Anayasa Mahkemesi 1976 ve 1983 yıllarında 26/1. maddede yer alan ve Kuruma ileriye yönelik yaptığı harcamaya ve gelirleri işverenden geri isteme hakkı veren "... ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderler ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü edilen sermaye değerleri toplamı işverenden alınır" kuralına yapılan itirazı yerinde bulmamış ancak ret kararının gerekçesini 1. karardaki gerekçeleri tekrarlamakla birlikte bir yoruma dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu yorumuna göre 26/1. maddede sözü edilen ileriye yönelik istem hakkı Kurumun ilk davasıyla sınırlı olmalıdır.

Ne var ki Yargıtay; Anayasa Mahkemesinin bu yorumuna itibar etmemiş ve maddeyi ileriye yönelik uygulamıştır. Ancak Yargıtay bu tür davalarda işveren yükümlülüğü yönünde daha adil ve hafif bir sonuç sağlamak amacıyla; Kurum isteme hakkını “Halefiyet ilkesine” dayandırmak suretiyle Borçlar Kanununda gösterilen ve haksız fiilden doğan zararların tazmini yönünde uygulanan gerçek zarar tutarı ile sınırlanması gerekeceğini, kısaca bu yönde bir üst sorumluluk sınırının zorunluluğunu içtihatlarıyla kabul etmiştir. Yasa Koyucu da Yargıtay’ın bu içtihadını esas alarak tavan uygulamasını kabul etmiş ve böylece 1987 tarihinde tavan ilkesi Yasaya girmiştir.

Bu düzenlemeden sonra 1991 yılında Anayasa Mahkemesi’ne yeniden başvurulmuşsa da Anayasa Mahkemesi bu kere 1976 ve 1983 tarihli kararlarındaki yorumuna yer vermeksizin 26/1. maddeye yönelik Anayasa’ya aykırılığı reddetmiş ve Yargıtay içtihatlarıyla oluşan uygulamayı aynen benimsemiştir.

Uygulama bu şekilde sürüp gitmekte iken 1992 yılında bir hukuk genel kurulu kararında; Anayasa Mahkemesinin 1976 ve 1983 tarihli kararlarından esinlenen ve uygulamaya ters bir karar çıkmış ancak sorunu çözmekle yükümlü Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, Yargıtay’ın oturmuş ve 10. Hukuk Dairesi Görüşlerine uygun olan uygulamasını aynen kabul etmiş ve gelirler peşin değerindeki artışların ayrı ayrı istenebileceğini hükme bağlamıştır.

İşte Yargıtay 10. Hukuk Dairesi böylece oluşan uygulamayı devam ettirirken 2003 yılında vardığı bir sonuçla 1994 tarihli tevhide içtihat kararını değiştirmek yönünde Yargıtay Yasasının öngördüğü prosedürü uygulamak yerine dolaylı bir yöntem seçmiş ve 26/1. maddede öngörülen tavan sınırlamasının iptali ile ileriye yönelik peşin değerlerin istenmemesi yolunda bir uygulama ortaya koymak istemiştir.

Bu durum ise yukarıda gösterilen sorunları ortaya çıkarmış ve bunların çözümünü gerektirmiştir. Sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için öncelikle rücu davalarını ortaya koymak ve rücu davalarına olanak veren yasal düzenlemenin ilk şekli ile bu davalarda tavan sınırlamasını öngören Yargıtay uygulamalarını ve buna bağlı tavan sınırlamasının hangi yasayla kabul edildiğini belirlemek Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği kararları açıklayarak 1994 tarihli birleştirme kararının esaslarını belirlemek ve daha sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru ve iptal kararı ile bunun ortaya çıkardığı sorunları ve nihayet çözümü göstermek yararlı olacaktır.

## II. RÜCU DAVALARI VE DAYANDIĞI HUKUKSAL ESASLAR

### a) Genel Olarak Rücu Davaları:

Sosyal Sigortalar Kurumunun iş kazası ve meslek hastalığı dolayısıyla yardım ve ödemelerin bunlara neden olan işverenden geri alma hakkı rücu hakkı ve bu hakka dayanılarak açılan davalara rücu davaları denilir. Bu davalar yukarıda gösterildiği üzere 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesinde düzenlenmiştir.

İşverenlerin sorumluluk koşulları belirlenirken bir ayırıma gidilmiş işverenler ve üçüncü kişiler farklı esaslara tabi kılınmıştır.

Bu tür düzenleme getirdiği ilke ve esaslarla kendine özgü bir sistem ortaya çıkarmış kimi durumlarda; klasik sorumluluk ilke ve esaslarından ayrılmıştır. Madde ile ilgili içtihatlarla baktığımızda, kimi durumlarda, gerçek zararı aşkın tazminatların söz konusu olduğu, kimi durumlarda Borçlar Kanununu sistemiyle bağdaşmayan zaman aşımı ve faiz uygulamasının ortaya çıktığı, çoğu kez Kurum rücu hakkının geleceğe uzandığı ve kimi durumlarda tazminat hukukuna ilişkin esaslardan uzaklaşıldığı özel sigorta sisteminden farklı durumlar ortaya çıktığı gözlenmiştir. Böylece denilebilir ki Kuruma tazminat hukuku ilkelerinin öngörmediği kimi haklar tanınmış ve bu durum hukuk dünyamızda uzun süren tartışmalar yaratmıştır.

### b) Maddenin Amacı:

Kuruma rücu hakkının tanınması üstelik ayrıcalıklı kuralların kabulü muhtelif nedenlere dayanır.

Bu nedenlerin başında insan canı ve sağlığı yönünde önlem alma ve bu yolda bir düzenleme yapma ihtiyacı gelmektedir. Gerçekten hukuk sisteminde korunan en önemli varlık insandır. Onun vücut bütünlüğü ve sağlığı maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme görevi Devlete verilmiştir. İşverenin Kuruma karşı sorumlu tutulmakla çalıştırdığı kişilere karşı daha dikkatli ve tedbirli davranılması istenilmiş ve olabildiğince zararların önlenmesi amaçlanmıştır. Bu arada ilave edilmelidir ki ülkemiz açısından iş kazası ve meslek hastalığı yönünden ortaya çıkan tablo hiç de iç açıcı bulunmamaktadır. Sosyal Sigortalar Kurumunun 2005 yılı istatistiklerine göre ülkemizde sözü edilen yılda 73.923 iş kazası olmuş 519 meslek hastalığına rastlanmıştır. Bunlardan 1.096'sı ölümle sonuçlanmış ve kaybedilen iş gücü sayısı 1.797.917 güne ulaşmıştır. (Prof. Dr. Tankut Centel, Sicil Dergisi Mart 07 Yıl 2 Sayı 5 Sayfa 10)

Maddenin gerçekleştirmek istediği ikinci amaç ise doğrudan Kurumun mali kaynaklarına yöneliktir. Kaynakları sorumsuz kişilerin davranışları yüzünden azalan ve uzun süreli büyük meblağlar ödemek zorunda bırakılan bir kuruluşun zamanla güçsüz kalması ve işlevini yerine getirmemesi söz konusu olabilir. Bu yönde Kurum zararlarının belli ölçülerde geri alınması zorunludur.

Öte yandan bu tür geri alma hakkının tanınması hukuksal eşitlik yönünden dahi zorunludur. Kurum, kusurlu işverenden belirli zararları istemekle, sigortalılarına karşı tüm yasal yükümlülüklerini yerine getiren ve onları koruyan işverenlerin haklarını korumakta ve eşitliği sağlamaktadır. Aksine bir durum görevini yerine getiren işverene karşı haksızlık ortaya



çıkartır. (Bkz: Utkan ARASLI, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt: 1 sh. 495 vd.)

### c) Maddenin Dayandığı Hukuki Esaslar:

Zararlandırıcı sigorta olayında zarara uğrayanın zararlarını karşılayan Kurumun yaptığı harcamaları, zarara neden olandan geri istemesi biçiminde ortaya çıkan bu tür davaların hukuksal dayanağını belirlemek uygulamada ortaya çıkacak sorunların çözümü yönünden büyük önem taşır

26/1. madde bu yönde bir esas veya ilkeye yer vermemiştir. Ne var ki Yargıtay başlangıçta ve bu güne değin uygulamasında maddeyi “halefiyet” esasına dayalı çözmüş ve içtihadını buna göre oluşturmuştur.

Nitekim 26. maddenin dayandığı 4772 sayılı Yasanın 37. maddesiyle ilgili Yargıtay Daireleri arasında çıkan aykırılığın giderilmesi yönünde Yargıtay Büyük Genel Kurulu 31.03.1954 günlü 18/11 sayılı kararda aynen şu ilkeye yer vermiştir. “Sigortacı, sigortalıya ödediği tazminat nispetinde sigortalının yerine geçer ve onun kanunu halefi olur. Halefiyetin kanunda zikredilmemiş olması da bu esastan ayrılmayı icap ettirmez. İşçi Sigortaları Kurumunun zarardan sorumlu olanlar aleyhine rücuun açacağı tazminat davalarının, sigortalının bu gibi kimselere karşı açabileceği davaların zaman aşımı müddetine tabidir.” görüşünü benimsemiş, aynı günlü 17/10 sayılı başka bir birleştirme kararında bu ilkeyi tekrarlamıştır. Yargıtay 29.06.1960 günlü 13/15 sayılı başka bir İçtihadı Birleştirme Kararında halefiyet ilkesini mahkemelerin görevi yönünden tekrar benimsemiş 17.01.1972 günlü 2/1 nolu Birleştirme İçtihadın da aynı görüşü devam ettirmiştir.

Uygulamanın böylece oluşması yanında Doktrinde de halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Sayın Prof. Dr. Kenan Tunçomağ: “Sosyal Sigortalar Kurumunun, Kurumun 26. ve diğer maddelere dayanan hakkının bir halefiyet (alacaklı yerine geçme) olarak yorumlama daha isabetlidir. Çünkü Sosyal Sigortalar Kurumuna sigortalıya yaptığı ödeme bir yasa hükmüne

dayanmaktadır. Yasa bu ödeme nedeniyle kurumun işverene başvurabilmesini açıkça kabul etmiştir. Bu başvurma hakkının etkili kılınması isteniyorsa, bunun bir halefiyet hakkı olarak kabulü gerekir. Aksi halde, kurumun başvurma hakkını vekaletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme kurallarına dayandığını söylemek gerekecektir. Oysa, yasa koyucunun amacı bu olamaz. (Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, Sayfa 363) görüşüne yer vermiş, Sayın Prof. Dr. Yaşar Karayalçın; “Rücu davasında, Kurum ödediği sigorta bedeli nispetinde sigortalının kanunu halefi olur” demek suretiyle halefiyet prensibini açıkça kabul etmiştir (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Mesuliyet Sigortası Hukuk Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960, Sayfa 99). Ayrıca Prof. Dr. Ali Bozer ve Tandoğan aynı görüşleri ileri sürmüşler ve Kurum açtığı rücu davasında sigortalı yerine kaim olmaktadır. Kurum sigortalının bütün haklarına halef olur. İşçi sigortaları, şahıs sigortası mahiyetine haiz olmakla beraber bunlarda, sigortalının hakiki zararının tazmin gayesi ön plandadır ve sigortacının mağdurun halefiyeti bahis mevzuudur (Profesör Doktor Ali Bozer, Türk Hukukunda Sosyal Sigortalara Genel Bakış), Profesör Doktor Haluk Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, Sayfa 271, Dipnot: 32).

Bu arada ilave edelim ki Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kurucusu ve Sosyal Güvenlik Hukukunun büyük uygulayıcılarından Mustafa Çemberci Kurumun halefliği tartışmasızdır görüşünü ileri sürmek suretiyle halefiyet ilkesine destek vermiştir. (Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Sayfa 880)

Ayrıca Profesör Doktor Ali Güzel ve Rıza Okur doktrinde hakim olan görüşün halefiyet ilkesi olduğunu açıkça belirlemişlerdir. (Prof. Dr. Ali Güzel–Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Baskı, Sayfa 271)

Buna karşın Sayın İzveren ve Sayın Atabek ve Sayın Tekinay gibi hukukçular 26. maddeden doğan rücu davalarını yasadan doğan bir rücu hakkı

olarak görmüşler ve halefiyet ilkesine dayanmadığını söylemişlerdir. (Resul Aslanköylü; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, sh. 296).

Ne var ki yukarıda sözü edilen 1994 tarihli içtihatları birleştirme kararı bu yönde son noktayı koymuş ve rücu davalarının kendine özgü bir halefiyet hakkına dayandığını açıkça kabul etmiştir.

### III. 26/1. MADDENİN İLK ŞEKLİ VE YARGITAY TAVAN UYGULAMASI

Kurumun işveren ve üçüncü kişilere başvurma hakkı ilk kez 4772 sayılı “İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanunun” 37. maddesiyle düzenlenmiş, 5564 ve 6917 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramış, 506 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesiyle 26. madde olarak getirilmiştir. Maddenin ilk şekli tavan sınırlaması öngörmeksizin aynen şöyledir:

Madde 26: “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı Kurumca işverene ödettirilir.”

Görüldüğü üzere maddede işverenden istenilecek rücu alacağı konusunda bir sınırlama olmaksızın talep hakkı öngörülmüştür.

Ancak Yargıtay oluşturduğu içtihatla bu hakkın sınırlandırılması gerektiğini kabul etmiş bu yönde istikrarlı bir uygulama oluşturmuştur.

Bu konuda Yargıtay’ın örnek içtihatları aşağıda aynen verilmiştir:

“Sosyal sigorta yardımında bulunan kurumun önceki rücu davasında bağladığı gelir peşin sermaye değeri ve yaptığı masraf tutarı ile sigortalının (veya hak sahiplerinin) işverenden elde ettikleri tazminat miktarı toplamı şayet işverenin sigortalının (veya hak sahipleri) zararlarına karşı ödeme sorumlu bulunduğu paranın altında ise, kurum zaman aşımı süresi içinde bulunmak ve aradaki farktan çok olmamak üzere **yeni yasanın öngördüğü artış miktarını istemek hakkına haizdir**” (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 18.03.1983, 1180/1342; HGK, 14.06.1978, 37/663).

“Zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle Kurumca gelir bağlanmasından sonra yürürlüğe giren ve gelirlerle sair sosyal sigorta yardımlarını artırıcı nitelik taşıyan yasalar uyarınca yapılan yardımların da zaman aşımı hudutları içerisinde ve haleflik ilkesi çevresinde sigortalı veya hak sahiplerince işverenden istenebilecek miktarları aşmamak üzere, rücu alacağına konu teşkil edebileceği Yargıtay’ın ve Dairenin yerleşmiş görüşleri gereğidir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 16.03.1982, 1352/1575) (Kararlar için bkz., Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985, Sayfa 239).

Böylece denilebilir ki, Yargıtay Anayasa Mahkemesinin 1976 ve 1983 tarihinde yorum yoluyla vardığı görüşü kabul etmemiş ve maddenin ileriye yönelik artışları tavan sınırıyla ilgili olmak koşuluyla kabul etmiştir.

#### **IV. 20.06.1987 GÜNLÜ 3395 SAYILI YASA İLE KABUL EDİLEN TAVAN KURALI VE 26/1. MADDENİN SON ŞEKLİ**

Yasa Koyucu Yargıtay uygulamasından etkilenmiş ve yukarıda verilen 26/1. maddenin ilk şekline aynen “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere...” sözcüklerini 3395 sayılı Yasanın 2. maddesi ile eklemiştir. Böylece Borçlar Kanununun 41 ve müteakip maddelerinde belirtilen esaslara uygun gerçek zarar miktarına ilişkin uygulama üst sınır olarak 26/1. maddeye eklenmiş ve 26/1. madde son şeklini almıştır.

Yasa Koyucu tavan sınırlamasını böylece kabul ederken Anayasa Mahkemesinin 1976 ve 1983 tarihli kararlarındaki yorumuna katılmamış ve Yargıtay'ın ileriye yönelik ancak belirtilen tavan sınırlamasıyla ilgili uygulamasını kabul etmiştir. (Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 20.06.1987 günlü birleşimine ilişkin Tutanak Dergisi ve 586 sayılı Basma Yazı 2. sayfa)

## V. ANAYASA MAHKEMESİNİN 26/1. MADDEYE İLİŞKİN RET KARARLARI

### a) Tavan Sınırlaması Öncesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi 3395 sayılı Yasanın 2. maddesi ile getirilen tavan sınırlaması öncesi 1972, 1976 ve 1983 yıllarında olmak üzere 26/1. maddeye ilişkin üç ret kararı vermiş ve bu maddeye ilişkin itirazları yerinde bulmamıştır. Bu kararların ilkinde soruna salt Anayasal sosyal sigorta ilkelerinden yaklaşan Yüksek Mahkeme diğer iki kararında yorum suretiyle sonuca gitmek istemiştir. Bu kararlar şöylece belirlenmiştir:

aa) Anayasa Mahkemesinin 23.05.1972 gün E:1972/2, K:1972/28 sayılı kararı:

Rücu davalarına ilişkin Anayasal Sosyal Sigortalar Hukuku alanında temel görüşlerin yer aldığı bu karar çok özel bir konuma sahiptir.

Anayasa Mahkemesinin bu alanda ortaya koyduğu temel ilke ve görüşler aynen şöyledir:

“Tartışma konusu kuralda işverenin işçi sağlığı ve güvenliğini titizlikle koruma durumunda bırakılarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği vardır. Herkes yaşama maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Devlet insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlar. Kuralın dayandığı temel ilkenin, başka bir deyimle kişinin canının ve sağlığının devletçe her türlü zarardan korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça

görülmektedir. Devletler bu ödevlerini hukuk alanında ceza veya tazminat gibi yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedirler. İşin özüne bakılırsa hukukça korunması gerekli en büyük değer insan canı, insan sağlığı konusunda görüş birliği vardır. Hukuk kurallarının gerek konuluşlarında gerekse yorumlarında insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin göz önünde tutulması zorunludur.”

“...Daha açıkçası işçinin canını ve sağlığını etkin biçimde korumak üzere işverene yerine göre gerçek zararı aşkın olduğu varsayılabilecek bir tazmin borcunun yükletilmesi, Anayasa'nın toplumsal Devlet ilkesine ve bunun sonucu olan 42. ve 48. maddelerine uygun düşmektedir. Gerçekten tartışma konusu kural işveren üzerinde etkili olur ve işveren titizlikle gerekli tedbirleri alır da işçiler bu tedbirler sonucunda ölümden, hastalık veya sakatlıktan korunmuş olurlarsa sağ veya sağlam kalan bu kişilerden toplum büyük yararlar sağlar. Tartışma konusu kural işveren üzerinde etkisiz kalır da bunun sonucunda işçi ölür, sakatlanırsa o zaman Sosyal Sigortalar Kurumu hak sahiplerine gelir bağlayıp itirazda bulunan mahkemenin kabulü üzere uğradığı zarardan çok bir parayı işverenden alarak alacaklı gücünü korumuş ve böylece sigortadan yararlananlar topluluğuna karşı olan borçlarını eksiksizce ve kolayca yerine getirip işçilere yeterince yararı dokunmuş olur ve toplumsal dengeyi böylece sağlamış bulunur.”

“...Burada bir yandan kasıtlı olarak işçiyi zarara sokmuş veya ağır kusur ile zarara yol açmış bir işverenin yararı öte yandan da işverenin kasıtlı davranışının veya ağır kusurunun sonucuna katlanma durumunda bulunan işçi topluluğunun ve onların arkasında Sosyal Sigortalar Kurumunun yararı söz konusudur. Anayasa'nın 2, 42, 48. maddeleri kuralları böyle bir durumda işçilerin ve onların koruyucu bulunan Sosyal Sigortalar Kurumunun yararının üstün tutulmasını gerekli kılmaktadır” (Anayasa Mahkemesinin 23.05.1972 gün ve 1972/2-28 sayılı kararı, AYMKD, Sayı 10, Sayfa 406 ve devamı).

bb) Anayasa Mahkemesinin “İleride yapılması gerekli her türlü giderler tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye gelirleri toplamı” ibaresine ilişkin 18.03.1976 gün E:1975/198, K:1976/18 sayılı kararı ve 20.12.1983 gün E:1982/4 K:1983/17 sayılı kararları:

Yüksek Mahkeme söz konusu kararlarında yukarıda belirtilen ibareye ilişkin Anayasal denetim yapmış ve sonuçta bu ibarelerin Anayasa’ya aykırı olmadığını birinci kararında olduğu gibi kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme her iki kararda da 1972 yılında verdiği kararda gösterilen ilke ve esasları aynen kabul etmekle birlikte ayrıca bir yoruma girmiştir. Bu tür bir yorumla maddenin ileriye yönelik Kuruma hak vermediğini kabul etmiş ve aynen şu görüşe yer vermiştir. “Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin bir nitelik kazanmış hukuki işlemlere etkili olmaması hukukun temel kurallarından biridir. İş kazası ve meslek hastalığı gibi sigorta dalları nedeniyle Kuruma ve dolayısıyla Devlete ait bir yükümlü işverenin sorumlu tutulması hukukça benimsenmez... sonradan yasa ile artırım yapılmasınının 26. maddenin 1. fıkrasında ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin biçiminde yer alan ibarenin kapsamı dışında kaldığı ve niteliği itibariyle itiraz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığı” görüşüne yer vermiş ve buna dayalı karar oluşturmuştur (AYMKD, Sayı 14, Sayfa 97 ve devamı, AYMKD, Sayı 20, Sayfa 129 ve devamı).

**b) Tavan Sınırlaması Getirildikten Sonra 26/1. maddenin Bütününe Yönelik Anayasa Mahkemesinin 02.05.1991 gün E:1990/28, K:1991/11 sayılı kararı:**

Yüksek Mahkeme 26/1. maddeye yönelik 4. kez yapılan Anayasa’ya aykırılık başvurusunu bu kez bir kere daha reddetmiş ancak bu kararında 1972 yılında vermiş olduğu kararında ki görüş ve esasları aynen tekrarladığı gibi 1976 ve 1983 yılındaki kararlarında yer alan ve yorum yoluyla getirilen ret görüşüne itibar etmemiştir.

Bu kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

“İtiraz konusuna ilişkin kuralda hukuksal yönden öncelikli bulunan insan ve insan sağlığını korumak, zarar gelmesini önlemek amacı başta gelmektedir.

Sosyal Sigortalar Kurumunun sigortalıya ve hak sahibine yaptığı yardımlar dolayısıyla işverene başvurması rücu hakkını kullanmaya yönelik olup, Kurumun işverene başvurma hakkı, yasal ardıllık (kanuni halefiyet)tir.

Basit rücu hakkına sahip olan kimse, alacaklıya ait imtiyazlardan, yetkilerden ve ferî haklardan yararlanamaz. Buna karşılık, yasal ardıllıkta alacak hakkına bağlı olarak alacaklının sahip bulunduğu ayrıcalıklar, yetkiler ve ikinci haklar ödemedede bulunana geçmektedir.

Yasal ardıllık ilkesi, işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun sınırlarını da belirler. Kurumun ödettirme hakkının en üst sınırı, sigortalının ve onun hak sahibi kimselerinin sorumlularından isteyebileceği miktar olup bu miktarın üstünde bir meblağ istenmez.”

“...Kurumun zarardan sorumlu olanlar aleyhine açacağı rücu davaları, sigortalının bu kişilere açacağı davaların zaman aşımına bağlıdır... Kurum, yani alacağı devralan, devraldığı tarihteki duruma göre alacaklı yerine geçerek bu davalarda faizin yapılmış giderler için ödeme tarihinden, bağlanmış gelirler için de tahsisin onay tarihinden itibaren yürütülmesi Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarındandır.”

“...Kimi batı ülkelerinin kendilerine özgü koşullarından kaynaklanan rücu etmeyi yalnızca kasıt halinde tanıyan uygulamaları ülkemiz koşulları ve sosyal güvenlik anlayışıyla bağdaşamaz. İşverene ödettirilen giderler dışında gelirin sermaye değeri Sosyal Sigortalar Kurumunun zenginleşmesi sonucunu her zaman doğurmaz. ...Sosyal Sigortalar Kurumunun aldığı primleri ve



sermaye değeri biçimindeki tazminatı çok aşan ödemeler yapmak zorunda bırakabileceği bir gerçektir.”

Sözü edilen kararda Anayasa Mahkemesinin 1972 tarihli kararında gösterilen temel ilke ve esaslar ve Yargıtay kararlarındaki görüşler birlikte benimsenmiş ve Yargıtay kararlarıyla Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararı arasında tam bir birlik sağlanmıştır. (AYMKD, Sayı 27, Cilt I, Sayfa 343 ve devamı)

#### **VI. 01.07.1994 GÜNLÜ E:1992/3, K:1994/3 KARAR SAYILI YARGITAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURUL KARARI VE ORTAYA KOYDUĞU TEMEL İLKELER:**

Sözü edilen kararla 26/1. maddede Kurumun rücu hakkının dayandığı temel esas ve tavan miktarı zaman aşımı faiz konuları ve özellikle madde kapsamı çok açık biçimde ortaya konmuş ve uygulamayı belirlemiştir. Birleştirme kararı 1992 yılında bir genel kurul kararının Yargıtay'ın yerleşmiş görüşüne aksi yönde karar almasıyla ortaya çıkmış ve bunun sonucu uygulama belirlenmiştir. Sözü edilen kararda ilkeler şöylece belirlenmiştir:

“...Kurumun rücu hakkı, yasal koşullar gerçekleştiğinde doğan, kanunun saptadığı halefiyete davanan, işçinin hakkında bağımsız nitelikte kendine özgü bir halefiyet hakkıdır. Bu hakkın niteliği, sosyal güvenlik sistemi özelliklerine bağlı olarak düşünölmek ve saptamak gerekir.”

“...Yasa Koyucu 506 sayılı Kanunun 26/1. maddesinde peşinen alınan ödemeleri yapılan Sosyal Sigortalar Kurumunun kusurlu işverene rücu konusunu, özel bir şekilde düzenlemiştir.”

“ Bilindiği gibi Medeni Yasanın 1. maddesine göre Kanun lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün meselelerde meridir. Bu nedenle öncelikle kanunun lafzına önem vermek lazımdır. 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesinde bu konuda açıkça “...Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir

bağlanırsa bu gelirlerin... sermaye değerleri toplamı... işverene ödettirilir..” denilmiştir. Bu sözcükler gayet kapsamlı ve çoğul sözcüklerdir. Çeşitli zamanlarda, değişik nedenlerle bağlanan tüm gelirleri ve gelir artışlarını kapsamaktadır. Maddede, gelir artışlarının nedenleri yönünden hiçbir ayırım yapılmamış, ödeme konusunda, kanun, kararname ve kat sayı artışlarıyla gerçekleşen gelir artışı ödetilmez öteki nedenlerle gerçekleşenler ödetilir şeklinde bir ayırım yapılmamış istisnai bir kurula yer verilmemiştir. Mantık ve dil bilgisi kuralları maddenin kapsamını bu şekilde belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Zira sigortalıya veya hak sahibine başlangıçta ilk kez bağlanan gelir, yukarıda değinilen her türlü sebeplerle değiştirilebilir. Yeni duruma göre, yeniden gelir bağlanır. Konunun doğasında bu değişkenlik var olduğu için ödeme konusundaki kural da bu şekilde ayrımsız ve istisnasız biçimde konulmuştur. “Gelirler”, “Sermaye Değerleri”, “Toplamı” gibi çoğul ve kapsamlı sözcüklerin kullanılmasına özen gösterilmiştir. Bu nedenle, yasa metni açıktır. Kanun, kararname, kat sayı artışı nedeniyle gerçekleşen artışları içermektedir.”

“...Başlangıçta düşük ve yetersiz olan veya sosyo ekonomik koşullara göre yetersiz kalan yardımlar zaman içerisinde iyileştirilebilir. Bu anayasa ve yasaların buyruğudur ve bu istikamette kuruma verilen görevin sonucudur. Bütün bu birbirine bağlı işlemler işverenin kusurlu eylemleri nedeniyle gerçekleştiği için rücuun ödetilmesine imkan sağlanmıştır.”

“...Kaldı ki yukarıda değinildiği üzere tüm gelir artışları, işçinin veya hak sahiplerinin işverene yönelttiği maddi tazminat davalarında düşülmekte ve orada sigorta tahsisıyla karşılanmayan zararlar için işveren tazminata mahkum edilmektedir. Sigorta tahsisleri kusurlu işverenden alınmaz ise, işveren aslında sorumlu olduğu miktardan tahsisler nispetinde kurtulmuş olacağı gibi, sigortalı ve hak sahipleri de icabında hem işverenden tazminatın tümünü almak, hem de kurumdan gelir almak yoluyla haksız iktisapta bulunan kişiler durumuna düşürülebilirler. Bu sebeple, mükerrer ödemeleri önlemek bakımından artışlar rücuun istenilebilmelidir.”

“...Öte yandan 3395 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 26. maddeye getirilen tavanla sınırlı ödetme yöntemi artışların istenebileceğinin bir kanıtıdır. Zira Yasa Koyucu tavan sınırına kadar her türlü gelir artışının rücu tahsilini mümkün kılmıştır... Ayrıca söz konusu tavanın ilk bağlanan gelire matuf olduğu da söylenemez. Böyle olsa, ilk gelir için diye, madde metnine açıkça yazılırdı. İlk gelir ve artış nedeniyle bağlanan gelir şeklinde bir ayırım yapılmadığı madde metninde açık-seçik bellidir.”

“...Yasa Koyucu, 3396 sayılı Kanunla Bağ-Kur Yasasının 63. maddesine dayanan rücu davalarında gelir artışlarının rücu tahsilini engellemiştir. Bunun hemen öncesinde kabul edilen 3395 sayılı Kanunda ise sosyal sigortalar alanında böyle bir engellemeye gitmemiştir. Sadece tavan sınırı getirmekle yetinmiştir... Bağ-Kur’da işçi işveren ilişkisi yoktur. Hizmet akdi söz konusu değildir. Bağ-Kur sigortalısının zarara uğratanlar işverenler değil üçüncü kişilerdir. Bunların takibi ve bunlardan rücu tazminatının tahsili konularında Bağ-Kur başarılı olamamıştır. Ayrıca orada işverenlerin işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem almaya teşvik eden amacı da yoktur. Onun için Yasa Koyucu Bağ-Kur konusunda siyasi takdirini alan gerekçelerle böyle kullanmıştır. Yasa Koyucu Bağ-Kur’da olduğu gibi ilk peşin değer için rücuya imkan verir anılan nedenlerle gelir artışlarının geri alınmasını yasaklardı. Böyle yapmayarak Yargıtay içtihatlarıyla yaratılan tavan sınırını 26. madde metnine sokarak bu konudaki Yargıtay uygulamasını ve görüşünü benimsemiş Anayasa Mahkemesinin son 3 kararındaki görüş ve gerekçelere iltifat etmemiştir...”

Sözü edilen içtihadı birleştirme kararı şöylece sonuçlanmıştır:

“SONUÇ : İş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan, Sosyal sigortalar Kurumunca bağlanan gelirlerde, Kanun, Kararname ve Katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, 506 sayılı Kanunun 26/1. maddesi çerçevesinde sorumlulardan geri istenebileceği bu

bağlamda açılacak rücu davalarının, 506 sayılı Kanunun 26/1. maddesinden doğan ve içeriğinde geri alma hakkı bulunan kendine özgü nitelikteki haleflik hukuki temeline dayandığı ve 10 yıllık akdi zaman aşımına tabi olduğu ve zaman aşımının her bir gelir artışının Kurumun yetkili organının onayladığı tarihten başlayacağına, içtihatların bu yolda birleştirilmesine 01.07.1994 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiye geçen çoğunlukla karar verildi.” (Y.İ.B.B.G.K.K.1.7.1994 günlü, E:1992/3, K:1994/3 R.G.,20.10.1995, 22439)

### **VII. TEVHİDİ İÇTİHAT KARARLARININ ANAYASA MAHKEMESİ, YARGITAY GENEL KURUL VE DAİRELERİ DAHİL TÜM MAHKEMELERİ BAĞLAYICILIĞI:**

04.02.1983 günlü 2797 sayılı Yargıtay Yasasının 45. maddesi sözü edilen kararların bağlayıcılığı ve değiştirilmesi yönünde açıkça düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme aynen şöyledir:

“İçtihatların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı:

Madde 45–İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur.

Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır.

İçtihadı birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerin ve adliye mahkemelerini bağlar.

İçtihadı Birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet Savcılıklarına bu kararları gecikmesizin duyurur...”

Öte yandan Anayasa'nın 154. maddesinin 1. fıkrası da Yargıtay'ın temel fonksiyonunu ve görev alanını aşağıdaki biçimde düzenlemiştir.

“B. Yargıtay

Madde 154–Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir...”

Bu konuda değerli bilim adamlarımızdan Profesör Doktor Necip Bilge Yargıtay'ın kuruluşunun 125. yıl dönümü için yayınladığı Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı konusundaki incelemesinde şu görüşlere yer vermiştir.

“...Yargıtay dairelerinin yerleşmiş içtihatlarından dönmek istemleri halinde, meselenin içtihat birleştirme kurullarına götürülebileceğine ilişkin hükmün, özel nitelikli bir hüküm olduğu düşünülebilirse de, buradan küçük kurulların İçtihat Birleştirme Kararlarıyla bağlı olmayacağı sonucuna varmanın doğru olmayacağı kanısındayız. Nitekim, 1983 yılında çıkan 2797 sayılı Kanunda bu görüşü pekiştirecek biçimde şöyle denilmektedir. “İçtihat Birleştirme kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adalet mahkemelerini bağlar (m. 45, f.5). Daha sonra çıkan kanunlar bu esası değiştirmemişlerdir...”

“...İçtihatları Birleştirme Kararlarının Anayasa Mahkemesi'ni bağlayıp bağlamayacağı hakkında, kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bu

tür kararların Anayasa Mahkemesi'ni de bağlayacağını savunan bir görüş ileri sürülmüştür. Gerçekten, Yargıtay Birinci Başkanlığı ve Anayasa Mahkemesi üyeliği yapmış bulunan Dr. Recai Seçkin bu konuda şöyle demektedir: "Bir hükmün; Yargıtay, Danıştay veya Askeri Yargıtay'ca verilmiş bir İçtihadı Birleştirme kararı karşısında, Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya uygun biçimde yapılacak yorumun, mahkemelerce uygulanması olanak dışı bulunursa, o zaman Anayasa Mahkemesi'nin kendi yapacağı yoruma göre değil, İçtihadı Birleştirme kararının ışığı altındaki yoruma göre Anayasa'ya aykırılık bulunup bulunmadığını belli etmesi gerekecektir". Gerekçesi biraz karışıkça ifade edilmiş olan bu görüşü şöyle özetleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi bir kanunu kendi görüşüne göre, Anayasa'ya aykırı bulmadığı için iptal etmezse, uygulamada mahkemeler, kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu biçiminde yorumlayan İçtihadı Birleştirme kararlarına, Yargıtay Kanunu gereği olarak uymak zorunda bulduklarından, yargısal uygulama Anayasa'ya aykırı biçimde sürüp gidecek demektir. İşte bu durumu önlemek üzere, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde, Yüksek mahkemelerin, Anayasa'ya aykırı sonuç verebilecek İçtihat Birleştirme kararlarını dikkate almalıdır..." (Prof. Dr. Necip Bilge, Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı, Sayfa 6, 7 ve müteakip).

### **VIII. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİNİN 28.01.2003 GÜNLÜ ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU KARARI VE GEREKÇELERİ:**

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi; tavan sınırlaması hükmünün Anayasa'ya aykırılığı konusunda şu gerekçelere dayanmıştır:

a) Anayasa Mahkemesi 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesine yönelik kararlarında; maddeyi yorumlarken sigortalıya bağlanmış ilk gelir peşin değerinin madde hükmüne göre istenebileceğini kabul etmiştir. Bu görüş ile

Yargıtay kararlarına ters düşürmüş iki yüksek mahkeme arasında yasanın yorumunda çelişki yaratılmıştır.

b) Öğretideki baskın görüş; Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal yorumunun yargı yerlerini bağlayacağı yönündedir.

c) Doktrindeki ağır basan görüş; rücu hakkının Yargıtay görüşünün aksine "Halefiyet esasına" değil "Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına" dayandığı yönündedir.

d) 1994 tarihli Birleştirilmiş Karar; "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlıdır." hükmüne dayandırılmıştır.

e) 2934 sayılı Yasayla sonradan eklenen tavan kuralı Anayasa Mahkemesi ret kararlarında irdelenmemiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek aykırılık davasına bakması gerekir (Resmi Gazete, 21.03.2007 günlü, Sayı 26469).

### IX. BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuruda ileri sürdüğü gerekçeler ve vardığı sonuç yukarıda yapılan açıklamalara ve ortaya konulan hukuksal gerekçelere uyumlu bulunmamaktadır.

Bu yönler şöylece ortaya konulabilir:

a) Anayasal sistemimiz Yüksek Mahkemelerin görevlerini belirlerken her yüksek mahkemenin, kendi görev alanına giren konularda, en yüksek yargı yeri olduğunu açıkça belirlemiş ve 154. maddesinde gösterdiği üzere Yargıtay'ın adli mahkemeler yönünden en yüksek karar organı olduğunu hükme bağlamıştır. Uygulamada adli yargı alanında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta bir yasa kuralının uygulanması ve ortaya çıkacak uyuşmazlığın

çözümünde son sözü söylemek görev ve yetkisi Yargıtay'a ait olduğu gibi; idari yargı alanında da bu yetki Danıştay'a aittir (Anayasa madde 155).

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesinin bir hükmü Anayasa'ya aykırılığı yönünde vermiş olduğu iptal kararları da tüm mahkemeleri bağlar. (Anayasa madde 153)

Görüldüğü üzere yüksek mahkemelerin görevleri ve yetkileri yönünden aralarında bir aslık-üstlük değil iş bölümü söz konusudur. Aksine durum yargısal bir kaosa neden olur ki Anayasal sistemde kesinlikle savunulamaz.

Öte yandan birleştirilmiş kararların bağlayıcılığı Yargıtay Yasasının 45. maddesinde açıkça belirlenmesine karşın Anayasa Mahkemesi'nin ret kararında ortaya koyduğu yorumun bağlayıcılığı yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Yukarıda bilimsel olarak açıklandığı ve doktrin yönünden ortaya konulan bu görüşün aksine doktrinde bir görüşe rastlanmamıştır.

Nitekim Yargıtay Birleştirilmiş Kararında da aynı görüşü açıkça vurgulamıştır.

b) Rücu davalarında ve bu davaların hukuksal dayanağı yönünde doktrinde ağır basan görüş halefiyet ilkesidir. Yukarıda ayrıntılarıyla bu konu ortaya konmuştur.

c) 1994 tarihli birleştirilmiş kararın gerekçesi sorumluluk üst sınırını belirleyen tavan ilkesine değil maddenin içeriğine, amacına ve getirdiği düzenlemeye dayandırılmıştır. Kararın temel ilke ve açıklaması yukarıda gösterilmiştir.

d) Tavan sınırlanması başvuruda belirtildiği gibi 2934 sayılı Yasayla değil 3395 sayılı Yasayla getirilmiştir.



e) İlk gelir peşin değeri gerçek zarar değildir. Zararın ancak %70'idir. Bu noktada her nasılsa gerek Anayasa Mahkemesi'nin 1976 ve 1983 tarihli ve yoruma dayalı kararlarında dikkate alınmadığı gibi, Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru gerekçesinde de göz ardı edilmiş ve açıkça bu yönde maddi yanılığa düşülmüştür. Gerçekten 506 sayılı Yasa'nın 20/2. maddesi bu yönü açıkça ortaya koymuştur.

#### **X. ANAYASA MAHKEMESİNİN 23.11.2006 GÜNLÜ E:2003/10, K:2006/106 SAYILI KARARI:**

Anayasa Mahkemesi bu kararında diğer dört kararın aksine konuyla ilgili yeterli açıklama ve veriler ortaya koymamış ve doğrudan şu görüşe yer vermiştir.

“Kuralla, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlaması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. maddesinde sözü edilen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere” bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 01.07.1994 günlü, E:1992/3, K:1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır....”

“...Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında

bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır...” (AYMK, 23.11.2006 günlü E. 2003/10, K. 2006/106, R.G. 21.03.2007, s. 26469).

## XI. İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tavan sınırlamasının hangi nedenlere dayalı olarak kabul edildiği, içeriğinin ne olduğu ve bu yönde hukuksal gelişim evreleri göz ardı ederek bir sonuca ulaşmıştır. Giderek 1994 tarihli Birleştirilmiş Kararda gösterilen gerekçe ve nedenleri de irdelemeden ve dikkate almadan bir sonuca ulaşmıştır. Yukarıda gösterildiği üzere 1994 tarihli Birleştirilmiş Kararın dayandığı gerekçe ve ilkeler ile Anayasa Mahkemesinin bu kararı değerlendirmesi arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Daha doğrusu Anayasa’ya aykırılık gerekçesiyle iptal edilen bir kural arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmamaktadır. Birleştirilmiş karar açıkça 26/1. madde içerisinde yer alan ve tavan sınırlamasının dışındaki hükümlere yönelik olarak verilmiş ve ileride yapılması gereken harcamalarla, gelir bağlanması halinde bu gelirlerin geleceği yönelik artışlarının maddenin açık hükmü olduğu belirlenmiştir.

Ayrıca, ilave edilmelidir ki, gelir sermaye değerine ilişkin yorum yukarıda açıklandığı üzere, 506 sayılı Yasa’nın 20/2. maddesini açıkça göz ardı etmiştir. Gerçekten Sosyal Sigortalar Kurumu’nun bağladığı ilk gelir ileriye yönelik olarak yasa, katsayı, kararname gibi ve genelde yapılan yıllık değişikliklerle ileriye yöneliktir. Ve Yasa’nın 20/2. maddesinde gösterildiği gibi, zararın tamamını değil, ancak %70’ine yakın bir bölümünü karşılamaktadır. İlk gelir değeri ile kurumun yükümlülüğü bitmediğinden, ilişkinin sona ermesi mümkün bulunmamaktadır. Bu yön dahi dikkate alınmamış sanki, ilk gelir değerinin alınmasıyla tüm ilişkilerin kesildiği gibi bir varsayımdan hareket edilmiştir.

Bu nedenle iptal kararı sonucuyla gerekçesi birbirine uygun düşmemiştir.

## XII. İPTAL KARARININ ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

İptal kararı uygulamada gerçekten bir tartışma çıkarmıştır. Bir tarafta iptal kararıyla maddenin aldığı yeni şekil diğer tarafta iptalin dayandırılmak istendiği gerekçe her ikisi arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığından ortaya bir karmaşa çıkmıştır.

İptal kararıyla oluşan maddenin yeni şekli dikkate alındığında madde içeriği tamamen değişecek aksi durumda değerlendirildiği taktirde farklı sonuçlar çıkacaktır. Her iki duruma göre ortaya çıkacak sonuçları şöylece belirleyebiliriz:

a) İptal Kararının Yasanın aldığı yeni şekil üzerine ortaya çıkardığı durumlar:

1. İptal Kararı ile tavan sınırlaması ortadan kaldırıldığından madde yepyeni bir şekil almış ve ilk duruma dönüşmüştür. İşverenin bundan böyle bir tavan sınırlamasına gerek kalmaksızın kurumun yaptığı tüm harcamalarda sorumlu tutulması gerekecektir.

2. İşveren yönünden getirilen ve Borçlar Kanununda yer alan esaslara göre belirlenen gerçek zarar sınırlaması ortadan kalkınca işverenin daha ağır sorumluluğu oluşacak ve davalar sonsuza uzayacaktır.

3. Birleştirilmiş Kararın dayandığı ilke ve gerekçeler değiştirilmemiş aksine tavan sınırlaması kalkması nedeniyle tüm gelirlerin istenmesi söz konusu olacak ve İçtihadın değiştirilmesi bir yana yeni gerekçe ile güçlendirilmesi söz konusu olacaktır.

b) İptal Kararının gerekçesine dayalı olarak yorumlanması durumunda ortaya çıkacak sorunlar:

Yorum yoluyla İptal Kararı, Kurumun ilk bağladığı gelir peşin değeri isteneceği yolunda bir sonuca ulaşılacak şu sonuçlar ortaya çıkacaktır:

1. 1994 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı tamamen ortadan kaldırılmış olacaktır.

2. Sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene karşı açılacak davalarda bir uygulama karmaşası yaratılacaktır.

Gerçekten sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene açılan tazminat davaları Kurumca karşılanmamış zararın tazminine yönelik bulunmaktadır. Bu davalar temelini Borçlar Kanununun 41 ve müteakip maddelerden almaktadır.

Birden fazla gelir bağlanmak suretiyle zararın karşılandığı durumda; ilk peşin değer dikkate alınması durumunda sistem ters-yüz edilecek ve yukarıda belirlendiği üzere bir yandan kusurlu işverenin sorumluluktan kurtarılması sağlanırken öbür yanda sigortalının hem Kurumdan hem de işverenden mükerrer tazminat alması söz konusu olacaktır.

3. 26/1. maddenin yukarıda belirlenen amacı tersyüz edilecek,

4. Kurum açıklarının daha artmasına neden olunacak

5. Özellikle yasalara aykırı davranan işveren ödüllendirilmiş olacak, görevini yerine getiren işverenlerin yaptığı ödemeler yasaya aykırı davranışları karşılama kullanılmayacak,

6. Tazminat hukuk sisteminde bir eşitsizlik yaratılacak, Borçlar Kanununda gerçek zararlı sorumlu tutulan bir kişi karşısında kusurlu işverenin daha az zararlı sorumlu tutulması gündeme gelecek böylece bir eşitsizlik yaratılacak,

7. Bunların ötesinde yargı kararlarına karşı duyulması gereken saygınlık ortadan kaldırılacak, dolaylı bir yorumla yasa hükmü gücündeki Birleştirilmiş Kararın hükmü yok edilecek,

8. Yargıtay Yasası'nın 45. maddesinde öngörülen İçtihatları Değiştirme yöntemi bir kenara itilecektir.

9. Belirtilen sorunlara ilaveten, ilk peşin değer ile ilgili yorum ve maddi yanılığın sürdürülmüş olacaktır.

### XIII. SORUNUN ÇÖZÜMÜ

1. Öncelikle şu husus belirlenmelidir ki 26/1. maddedeki tavan sınırının iptal edilmiş olması bu yönde uygulamaya temel teşkil eden Borçlar Kanununun 41 ve müteakip maddelerini yürürlükten kaldırmadığı gibi bunların uygulanmasını engelleyecek bir durum yaratmamıştır.

2. Sigortalı veya hak sahipleri tarafından işverene karşı açılacak tazminat davalarında sözü edilen Borçlar Kanununda yer alan kurallar uygulandığından bu yönde iptal kararının etkisi bulunmamaktadır.

3. Ne var ki Anayasa Mahkemesi iptal kararı yorum suretiyle Kurumca bağlanan gelir ilk peşin değerine dayandırıldığı ve bu yönde bir uygulamaya başlanması durumunda yukarıda belirtildiği içinde bir karmaşa ortaya çıkacağından 1994 tarihli Birleştirilmiş Kararın yürürlüğü yönünden Yargıtay Yasası'nın 45. maddesi uyarınca sorunun İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu gündemine getirilmesi ve sözü edilen Kararın yürürlüğü ve bağlayıcılığı yönünde yeni bir kararın alınması zorunlu olacaktır.

## **KAYNAKÇA**

**Prof. Dr. Ali GÜZEL–Prof. Dr. Rıza OKUR**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Baskı, Sayfa 271

**Prof. Dr. Tanku CANSEL**, Sicil Dergisi Mart 07, Yıl 2, Sayı 5, Sayfa 10

**Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ**, Sosyal Sigortalar, Sayfa 363

**Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN**, Mesuliyet Sigortası Hukuk Bakımından Başlıca İşletme Kazaları, Ankara 1960, Sayfa 99

**Prof. Dr. Ali BOZER**, Türk Hukukunda Sosyal Sigortalara Genel Bakış,

**Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN**, Mesuliyet Hukuku, Sayfa 271,

**Mustafa ÇEMBERCİ**, Sosyal Sigortalar Kanun Şerhi, 1985, Sayfa 239

**Prof. Dr. Necip BİLGE**, Birleştirilmiş İçtihatların Bağlayıcılığı, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı

**Utkan ARASLI**, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar Cilt I

**Resul ASLANKÖYLÜ**, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu 2003

**Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, Sayı 10, 14, 20 ve 27, Cilt I



## YENİ TÜRK CEZA KANUNU'MUZA GÖRE ÜLKEMİZDE KAN GÜTME OLAYLARI

*Dr. İlhan AKBULUT (\*)*

**ANLATIM DÜZENİ:** GİRİŞ, I-TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ, I-Tanımı, 2-Tarihi Gelişimi, II-KAN GÜTME VE KAN GÜTME SAİKİNİN NİTELİĞİ, 1-Düşmanca İlişki: Kan Gütme, 2-Saikin Niteliği, III-CEZA KANUNUMUZDA KAN GÜTME SAİKİ İLE ADAM ÖLDÜRMEİNİN DÜZENLENİŞİ, 1-Genel Olarak Adam Öldürme Cürümü, 2-Ceza Kanunumuzda Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme Cürümü, 3-Kan Gütme Saiki Nedeniyle Adam Öldürme Cürümünün Hukuki Özellikleri, IV-NEDENLERİ VE ÇARELERİ, 1-Nedenleri, A-Ekonomik Sebepler, B-Toplumsal Sebepler, C-Siyasal Sebepler, D-Hukuksal Sebepler, E-Eğitsel Sebepler, 2-Çareleri, A-Ekonomik Tedbirler, B-Hukuksal Tedbirler, C-Eğitsel Tedbirler, SONUÇ

### GİRİŞ

Adam öldürme fiilleri çok eski zamanlardan beri yasak eylemlerden sayılmıştır. İnsan topluluklarının henüz devlet şeklinde örgütlenmediği devirlerde, kabile reisi yöneticilik hakkına dayanarak suç işleyen kabile mensubuna cezasını kendi verirdi. Kableden kovulmak ve öldürülmek gibi cezalar verirdi. Fiil, çeşitli klân, kabile ve aileler arasında işlenirse, müşterek bir yöneti-

(\*) *Hakim Albay (E) Diyarbakır 3 Nolu DGM Eski Başkanı. Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu Başkan V. ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurul Üyesi*

ci bulunmadığından şahsi öç usulü uygulanırdı. Bu usul kan davalarına yol açardı.

Genelde, gelişmemiş topluluklara mahsus bir gelenek olan kan davaları, halen dahi ülkemizin bazı bölgelerinde görülmektedir. Bu olayların meydana gelmesinde sosyolojik faktörlerin varlığı inkâr edilemez. Aynı soydan meydana geldiğini kabul eden toplumlarda, soyun müşterek özelliklerini ifade eden hüküm ve kanaatler gelenekleri oluşturur. Bu gelenekler daima o soyu methedici, yüceltici vasıfta hükümlerdir. Bu gelenekler, toplumun ömrünü geriye doğru uzatarak aynı toplum üyeleri arasındaki bütüne dahil olma durumunun, eski köklü, sağlam olduğunu benimsetirler.

Herhangi bir nedenle öldürülmüş olan kimsenin kan hısımlarından olan erkekler kan gütme yani öç alma saiki ile öldürenin veya kan hısımlarının bir erkek kimseyi öldürmek kastıyla cürümler işlemekte ve böylece karşılıklı adam öldürme cürümleri devamlı tekrarlanmaktadır. Şahsi intikama dayanan bu kötü geleneğin tesirinden henüz kurtulamamış olan bu ilkel düşüncedeki aileler arasındaki sürüp giden kan gütme, ülkemizin özellikle Karadeniz, Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde yoğunlaşmaktadır. Bu olayları az da olsa İç Anadolu ve Güney Anadolu bölgelerinde de görmek mümkün olmaktadır.

## I-TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

### 1-Tanımı

Kan Gütme, bir aile, kabile veya aşiretin üyelerine karşı, başka bir aile, kabile veya aşiret üyelerinin çeşitli nedenlerle duydukları kin dolayısıyla birbirlerinin hayatlarına son vermeleridir<sup>(1)</sup>.

(1) TEZCAN, Mahmut, "Türkiye'de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri", Adalet Dergisi, Yıl: 65, Ağustos 1974, Sayı: 8, s. 667; Kan gütme konusunda yabancı dilde şu eserlere bakılmalıdır: Paul Bohannan, Social Antropology,



Kan gütme, kan davası olarak belirtilen olay, iki alt insan grubu arasında, belirli sebeplerle, karşılıklı olarak kişiler üzerinde devamlı teselsül eden cebir ve şiddete başvurulması demektir<sup>(2)</sup>.

Kan gütme, failin evvelce öldürülen bir kimsenin intikamını almak maksadıyla, ilk öldürme fiilinin husule getirdiği elem ve hiddetin tesiri altında olmaksızın, öldüren tarafa mensup bir şahsı kasten öldürmesidir<sup>(3)</sup>.

Kan gütme, genellikle akrabalık ilişkilerine dayalı topluluklar arasında intikam güdüsünden kaynaklanan, karşılıklı misilleme biçimindeki cinayetlere dönüşen ve süreklilik gösteren çatışma durumu şeklinde de tanımlanmaktadır<sup>(4)</sup>.

Çeşitli açılardan yapılan muhtelif tanımlamalardan çıkan ortak nokta, kan gütmenin de bir bakıma terör eylemleri gibi cebir ve şiddete dayalı eylemler olduğudur.

Kan davası konusu, ülkemizde bilhassa geçmiş yıllarda sinemada sıkça ele alınmıştır. Bu arada edebiyat ve şiirde de çok değerli ve topluma iyi yönde mesajlar verecek eserler bastırılmıştır.

## 2-Tarihi Gelişimi

Kökeninde, henüz devlet düzeninin ortaya çıkmadığı kabile sisteminde, klanlar ve kabileler arasındaki ilişkiler alanının tümünü düzenleyerek üstün

---

New York 1963; Elizabeth Colson, *The Plateau Tonga of Northern Rhodesia*, 1962. Manchester University Press; Evans-Pritchard, *The Nuer of the Southern Sudan (in African Political System)* Oxford University Press 1940; Hoebel Adamson, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, 1954, Harvard University Press; Harold Lasswell, *Feuds (Encyclopedia of the Social Sciences)* New York 1931; Robert Lowrie, *Primitive Society*, New York 1947; Radcliff-Brown, *Structure and Function in Primitive Society Essays on Addresses*, London 1952. Zikreden Sulhi DÖNMEZER, *Kriminoloji*, 8. Bası, İstanbul 1994, s. 211.

(2) DÖNMEZER, Sulhi, *Kriminoloji*, 8. Bası, s. 211.

(3) GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, İstanbul 1981, s. 355.

(4) *Ana Britannica Genel Kültür Ansiklopedisi*, C. 18, İstanbul 1994, s. 38.

bir otoritenin ve hukukun bulunmaması, dolayısıyla her klanının kendi üyelerini korumak ve onlara diğer klanlardan gelebilecek saldırıları cezalandırmakla yükümlü tek merci olması yatar.

Gelişmemiş toplumlarda, merkezi bir siyasal otoritenin bulunmadığı dönemlerde, adaletin sağlanması konusunda kolektif sorumluluk esasının yani herkesin meydana gelen olaydan suçluyu bulmaları konusunda bir bakıma mükellefiyet yüklendiği görülmektedir. Bu toplumlarda, suçluya veya mensubu bulunduğu gruba karşı öç alma hakkının bulunduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur.

Toplumların gelişmesiyle, kan davalarını durdurmak amacıyla kısas, diyet, uzlaşma gibi usullere başvurulduğu görülmektedir. En nihayetinde de, devletin oluşturulmasıyla, ceza vermek yetkisinin sadece devlete bırakılmasıyla, diğer usullerin ortadan kalktığı bilinmektedir<sup>(5)</sup>.

Devlet toplumu içindeki bireylerin düşünce yapılarının çağın ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte otomatik olarak geliştiği ve değiştiği neticesine varmamak gerekir. Günümüzde bile, insanoğlunun aya ayak bastığına veya uzaya gidildiğine inanmayanlar vardır. Toplumlarda sayıları fazla olmamakla birlikte, hâlâ öç almanın gerekli olduğunu düşünenler vardır. Bu düşüncede olan insanlar için bir bakıma zaman durmuş gibidir. Babasının, dedesinin yıllar önceki düşüncelerini aynen korurlar. Bir bakıma tutucu tabir ettiğimiz aile çeşidinin muhafaza ettiği töre geleneğinin sürdürülmesidir. Toplumumuzda Töre cinayetleri olarak belirtilen bu olaylarla ilgili olarak toplumun çeşitli kesimlerinde araştırmalar yapılmaktadır<sup>(6)</sup>.

(5) DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1974, s. 42.; YALKUT, Necdet, "Çeşitli Yönleriyle Kan Gütme" Yargıtay Dergisi, Cilt 4, Sayı: 1-2 Ocak Nisan 1978, s. 83.

(6) Geniş bilgi için Bkz. Yalçın DOĞAN, "Onlar Töreden Kurtulmayı Başaran Kadınlar" Hürriyet Gazetesi, 17.04.2005, s. 17.

Günümüzde ise kan davası, uyuşmazlıkların iki taraf açısından kabul edilebilir bir çözüme kavuşturulmadığı toplumlarda ortaya çıkar ve geleneksel yapının güçlü olduğu yerlerde çeşitli biçimler altında varlığını sürdürür.

Kan davası genellikle haksızlığa uğrayan taraftan bir kişinin intikamını alma, onurunu kurtarma ya da misillemede bulunma biçiminde başlar. Düşman toplulukların aynı siyasal ya da kültürel birimin üyeleri olmak gibi ortak özellikleri vardır. Her topluluk içinde, tek tek üyeleri dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı koruyan güçlü bir kolektif dayanışma anlayışı hakimdir. Benzer yapıda bir başka topluluğun üyelerinin yol açtığı zarardan bu yabancı topluluğun bütün üyeleri kolektif biçimde sorumlu tutulur. Her iki tarafın ilk cinayete karşılık bir intikam cinayetini “hakkın yerine gelmesi” olarak görmesi durumunda kan davası doğmaz.

Türkiye’de kan gütme suçlarıyla ilgili olarak fazla oranda suç işlendiği söylenemez. En azından istatistiklerde fazla oran görülmemektedir. Bu tip suçların daha ziyade kırsal kesimlerde, jandarma adli yetki sahasında olduğu göz önüne alındığında, tam bir bilgiye ulaşılamadığı ortaya çıkmaktadır.

## II-KAN GÜTME VE KAN GÜTME SAİKİNİN NİTELİĞİ

### 1-Düşmanca İlişki: Kan Gütme

İnsanlar, ortak amaçlara varmak için, aralarında belirli derecede bir dayanışma kurup birbirleriyle sosyal ilişkilere girişmekte ve bundan sosyal grup kavramı doğmaktadır. Grup genel olarak, yapı ve büyüklüğü çok değişik olabilen sayısı az ya da pek çok insanlardan oluşmuş birlikleri ifade etmektedir. Böylece grup ile “kuvvet”, “güç” kavramları arasında bir iştirak bulunduğu da görülmektedir. Gruplaşmak sözcüğü, ayrı buldukları zaman kendilerini güçsüz hisseden bireyler arasında karşılıklı olarak birbirlerini güçlendirmek niyet ve kastını da belirtmektedir. Böylece meydana çıkan kolektif güç, insana

güven verirken bir yandan da grup dışındakileri tehdit edebilmektedir<sup>(7)</sup>.

Toplumlarda yaşayan insanlar ve sosyal gruplar arasındaki ilişkiler bir bakıma, dostça ve düşmanca olmak üzere iki kategoriye ayrılır. İnsan toplumları içinde bölücü ve birleştirici kuvvetler aynı zamanda işlerler. Kan gütmeye, düşmanca bir ilişki şeklindedir. Fakat mensupları birbirine yakın, içtenlikle bağlı iki ayrı grup arasında meydana gelen bir düşmanlık ilişkisidir. Bu ilişki grup mensupları arasında devamlı birbirlerini rahatsız edici hareketler, hatta müessir fiilden adam öldürmeye kadar varan cebir ve şiddet hareketleri şeklinde kendini gösterir. Kan gütmeye, bir bakıma, kişisel ve özel bir misillemeyi oluşturmaktadır. Kan gütmeye bir zamanlar aralarında yakın hatta bazen samimi ilişkiler bile bulunan iki hısımlık grubu arasında meydana gelmiş bir düşmanlık ilişkisidir. Her iki alt grup aynı bir geniş kültür ünitesi içinde yer almış durumdadırlar. Bu itibarla düşmanca kan gütmeye ilişkisinin olduğu iki grup insanları arasında sihri bağların bile var olduğu tespit edilmektedir.

Araştırmalar, toplumda siyasal otoriteyi kontrol eden güç ne derece zayıf olursa, kan gütmelerin de o oranda devam ettiğini, önlenmesinin hayli zor olduğunu ortaya çıkarmıştır. Demek oluyor ki, sistem, hısımlık grupları içinde yer alan kişileri, bu sosyal dayanışma görevini hiç tereddüt göstermeden ifa edebilecek şekilde, sosyalleştirmekte, yapılan telkinler çocuk yaşlarda başlatılmaktadır. Bu yapılan telkinlerle öç alma duygusu devamlı gündemde tutulmaya çalışılmaktadır. Ölenin bazı eşyalarını zaman zaman ortaya çıkartıp, olayın hafızalarda yeniden canlanmasının sağlanması gibi<sup>(8)</sup>.

Sosyoloji ve kriminoloji bakımından kan gütmeye, hısımlık grupları arasında yer alan ve şiddet hareketleri ile kendini gösteren bir düşmanlık ilişkisi-

(7) DÖNMEZER, Sulhi, Sosyoloji, 9. Baskı, Ankara 1984, s.185.

(8) DÖNMEZER, Sulhi, "Kriminoloji Açısından Kan Gütmeye Salkıyla İşlenen Suçlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 40. Yıl Sayısı Cilt: XL, Sayı: 1-4, s. 6; Kan Davası Seminer Çalışması, 25 Mayıs 1974, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 9.

dir. Ancak her türlü şiddet hareketi kan gütme olarak nitelendirilemez. Kan gütmenin söz konusu olabilmesi için, şiddet hareketlerine öç almak, misli ile karşılıklı bulunmak, bağlı olduğu grup için zafer kazanmak amaçları ile girişilmesi söz konusu olmalıdır. Bir bakıma kişi için amaç grupta takdir edilmek, yücelmektir.

Ceza hukukçularının Fransızca'da "Motif, Raison, Mobile", İngilizce'de "Motive, Reason", İtalyanca'da "Motivo", Almanca'da "Grund", Latince'de "Mobilis" deyimleriyle ifade ettikleri Saik, faili suç işlemeye yönelten duygu veya menfaattir. Diğer bir deyişle, saik failin harekete geçmesine yol açan sebeptir. Suçun ne için işlendiğinin anlaşılması failin saikinin tespiti ile mümkün olur. Saik hırs ve tama, intikam, kıskançlık, yoksulluk, vahşet, merhamet, aşk gibi duygulardan olabilir. Maksat, kanuni tarifte belirtilen tipe uygun bulunan ve failin gerçekleşmesini istediği neticedir. Amaç ise, bu neticenin ötesinde failin elde etmek istediği yarardır. Görüldüğü üzere, maksat daha çok bilgiye ilişkindir. Ancak failin elde etmek istediği neticeyi önceden görmesi halinde bulunur. Saik ise, harekete geçiren etken anlamında olup psikik olgunun irade aşamasını ilgilendirir. Saik olaydan olaya değişir. Her kişiye mahsus özellik gösterir. Saik genel olarak, egoist, iğrenç hırs ve tamaha ilişkin bir duygu aşılabilir. Ancak bazen üstün, yüksek bir duyguyu aşıl原因 saikler de vardır<sup>(9)</sup>.

Kanun koyucunun failin, fiili bilerek ve isteyerek işleminin yanında fiili işlerken belirli bir amaçla yani saikle hareket etmesini cezalandırma yetkisinin kullanılmasında için bir şart olarak aradığı hallerde özel kastın varlığından söz edilir. Genel çizgileriyle suçun saiki ister iyi, ister kötü olsun, kanun açısından fark yaratmaz. İyi saik ancak sanık lehine takdiri indirim sebebi sağlar. Bundan başka kanun, iyi saikle işlenmiş suçlardan bazıları hakkında da cezanın düşürülmesini düzenlemektedir.

(9) DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahr, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 275.

## 2-Saikin Niteliği

Ceza hukukunda, doktrinde bazı suçlarda saike önem verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Kanunumuzun bir suç unsuru olarak saike önem verdiği haller vardır: Mesela: 82. maddede düzenlenen, “Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla”, “Kan gütmeye saikiyle”, “Töre saikiyle” işlenmesi halinde, suçun basit (temel) şekline nazaran kanunda öngörülen ceza, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır.

Yargıtay, bazı suçlara ilişkin kanuni tarifte yer almamasına rağmen, failin işlediği eylem dolayısıyla cezalandırılabilmesi için “özel kast”la hareket etmesini aramaktadır. Mesela görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK.nun 257. maddesinde aranmadığı halde, Yargıtay’a göre, bu suçun oluşabilmesi için failin “özel kast”la hareket etmesi gerekmektedir<sup>(10)</sup>.

Saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu, düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir. Kişisel hesaplardır. Suç tipindeki belirlenen eylemin yapılmasına yönelik kararın alınmasındaki etkendir<sup>(11)</sup>.

Kural olarak saik suçun meydana gelmesi için aranan bir unsur değildir. Genel olarak kanun, fiilin sadece bilerek ve istenerek işlenmesini aramaktadır. Ancak kanun koyucu bazı hallerde genel kasta ek olarak failin cezayı gerektiren fiilin işlenmesi anında özel bir amaç gütmesini (özel kast) şart koşmuştur<sup>(12)</sup>.

Kan gütmeye saikinin söz konusu olduğu hallerde TCK.nun 62. maddesi uygulanabilir. Ceza Kanunu, suçların işlenmesinde ve gerek suçlularda bulu-

(10) CGK 02.03.1992, 9-38/61; CGK 17.02.1986, 4-431/48.; CGK 19.03.1984, 4-396/99. Zikreden İÇEL, Kayıhan, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, S. ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 1999, s. 246.

(11) YÜCE, T. Tufan, Ceza Hukuku Dersleri, C. I, Manisa, 1982, s. 334.; ARTUK, Emin, Suç Genel Teorisi, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 225.; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 304.

(12) ARTUK, Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İst. 2002, s. 603.

nabilecek özelliklerin hepsini önceden belirleyemeyeceği için, hakime cezayı hafifletici sebeplerin bulunması halinde, cezayı indirebilme yetkisini vermiştir. Ancak, indirim sebebi yapılacak halin, kan gütme saikinin niteliği ile ilişkili olmaması gereklidir. Mesela olayda kan gütme saiki ile öldürülenin evvelce failin babasını öldürmüş olması takdiri indirim sebebi olarak kabul edilemez. Çünkü babanın öldürülmesi sebebiyle ikinci adam öldürmenin gerçekleşmiş olması esasen kan gütme saikinin varlığını kabul için zorunludur. Bu itibarla bir bakıma unsur niteliğinde olan bir halin takdiri indirim sebebi sayılması hukuk mantığı ile bağdaşması mümkün değildir<sup>(13)</sup>.

### III-CEZA KANUNUMUZDA KAN GÜTME SAIKİ İLE ADAM ÖLDÜRMEİNİN DÜZENLENİŞİ

#### 1-Genel Olarak Adam Öldürme Cürümü

Bilindiği gibi adam öldürme bir kimsenin hayatına kasten son vermektir. Çok çeşitli sebeplerle yapılan bu eylemin cezalandırılması çok eski çağlardan beri uygulanmaktadır. Arz ettiği vahamet itibariyle suçlar sıralamasında en önde yer alır. Ferdin yaşam hakkını korumak Devletin en önemli görevidir. İnsanı diğer canlı varlıklardan ayıran özellik, onun şahsiyetidir. Şahsiyet, insanın kendi kendisine, davranışlarına iradesiyle hakim olmasını ifade eder. İnsanın sahip olduğu yaşama hakkı, soyut bir hak olmayıp, güvenlik içinde bir yaşama hakkıdır. Adalet esasına dayalı ilişkilerin hakim olduğu bir toplumda fertlerin sahip olduğu haklar arasında bir çatışma söz konusu olmaz. Hukuken koruma altına alınan, kişilerin hukuka uygun menfaatleridir. Hukuk aynı zamanda, kişinin bedeni ve akletme kabiliyeti üzerinde amacı dışında tasarrufta bulunmasına da müsaade etmez. Aynı şekilde insan, kendi hayatıyeti üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmaz.

(13) DÖNMEZER, Sulhi, "İçtihatlarla Kan Gütme Saiki", s. 12; Ayrıca Bkz. Sulhi DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, İstanbul 1995, s. 69.

Modern toplumların ceza kanunlarında, cezaların belirliliği yönünden kişiler için önde gelen güvence, suç sayılan fiillerin ve bu fiiller için öngörülen yaptırımların belirtilmiş olmasıdır.

Türk Ceza Kanunumuzda Adam Öldürme Suçları, 81 ve 82. maddelerde düzenlenmiştir. Ceza Kanununun “Hayata Karşı Suçlar” başlığını taşıyan Birinci Bölümün 81. maddesinde “Kasten Öldürme” düzenlenmiştir. Eski Türk Ceza Kanunumuzun 448.maddesi yerine geçen bu maddede, kasten öldürme suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Maddede yapılan düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, suçun temel şekli açısından müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, kişinin hayat hakkına verilen önem vurgulanmıştır.

Adam öldürme cürümü; tabanca, bıçak, taş vs. gibi araçlarla vurarak yani maddi eylemlerle ika edilebileceği gibi, mağduru korkutmak, üzüntü vermek gibi manevi eylemlerle de oluşabilir. Ancak manevi eylem ile ölüm olayı arasındaki illiyet bağının ispat edilmesi gerekir. Yine adam öldürme cürümünün oluşması için, failin kastının öldürme olması gerekir. Eğer failin amacı etkili olup, mağdurun bu etkili eylem sonucu öldüğü anlaşılırsa, failin hakkında TCK. 81. madde değil, 87/4. maddenin uygulanması gerekecektir. İşte, kasten adam öldürme suçunun oluşmasında önemli unsur olan “kast”ın mevcut olup olmadığının tespiti önemlidir. Bu durum olayın özelliğine, elde edilen delillere, gerektiğinde failin davranış ve hatta konuşma tarzına vs. gibi durumlara göre bir sonuca varılır. Kastın varlığı veya yokluğu, yapılan darbenin sayısına ve şiddetine, kullanılan silahın cins ve özelliği ile kullanılma tarzına, hedef alınan vücut nahiyesine, araç veya silahın yöneltildiği ve kullanıldığı mesafeye, eylemin nedenine, yaraların özelliği ve olayın cereyan tarzına göre tespit edilmeye çalışılır. Kastın, adam öldürme veya müessir fiile yönelik olduğunun tayin ve tespiti esas mahkemesine ait ise de, mahkemenin ne sebeple adam öldürme veya müessir fiil kastını kabul ettiğini doyurucu gerekçe ile açıklaması gerekir ve bu husus Yargıtay’ca kontrol edilmekte-



dir<sup>(14)</sup>.

## 2-Ceza Kanunumuzda Kan Gütme Saiki İle Adam Öldürme Cürümü

Kan gütme saiki ile öldürme cürümünde, "saik" kötü bir duygunun tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu suçun kesin olarak oluştuğu neticesine varılabilmesi için, saikin doğru olarak saptanması gerekmektedir. Yapılacak araştırmada kan gütme saiki tespit edilecektir. Kan gütme saiki demek, fiilin sadece kan gütme, öldürülenin intikamını alma, bir görevin yerine getirilmesi bilinci ile işlenmesi demektir (CGK. 11.03.1991, 1/36/76). Kan gütmede görev bilinci vardır. Fail şiddet hareketlerine öç almak, misli ile karşılıklıta bulunmak, bağlı olduğu grup için zafer kazanmak amaçları ile başlamakta. Fail bu fiili yerine getirirken içinde bulunduğu grupta egemen olan bir görevi yerine getirdiği şuur ve iradesi ile ve ölenin kanma karşılık olmak ve onun öcünü alma duygusu ile hareket etmekte olduğunu bilir. Bu bilgi ve şuur saikin varlığının kabulü için yeterlidir<sup>(15)</sup>. Kan gütme saiki, aynı zamanda, kural olarak başka saiklerin bulunmamasını da gerektirir. Adam öldürme fiili adeta bir görevin ifası maksadıyla işlenmiş olmalıdır. Başka maksatlarla işlenen şiddet hareketleri kan gütme teşkil etmez.

Failde kan gütme saikinin kabul edilebilmesi için, daha önce iki taraf arasında bir adam öldürme olayının var olması ve ayrıca ilk olayla ikinci olay arasında bir zaman fasılasının geçmiş bulunması aranmaktadır (1. CD, 01.07.1971, 2568/2474).

Kan gütme, ferdin kişiliğini etki altına alan bir bakıma sağlıklı düşüncesini etkileyen bir tutku niteliğindedir (1. CD, 04.06.1973, 332/458).

(14) ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 9.; YÜKSEL, Turgut, age, s. 125.

(15) DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, 8. Bası, İstanbul 1994, s. 215.; ÖNDER, Ayhan, age, s. 35.; Kan Davası Seminer Çalışması, İstanbul 1975, s. 11.

Failin üzerinde ilk adam öldürmenin yarattığı infial ve elemin, hiddetin etkisi geçtikten ve böylece arada bir zaman fasılası geçtikten sonra, adam öldürme fiili işlendiğinde, kan gütmeye saiki kabul olunabilir. Fail ile maktulün mensup oldukları farklı aile çevreleri arasında kan davası bulunsa bile, failin kapıldığı ani bir tehevür ile yada başka bir nedenle öldürme fiilini gerçekleştirdiği hallerde, kan gütmeye saiki yine de kabul edilmeyebilir (1. CD, 18.08.1969, 634/2360).

Kan gütmeyenin en önemli özelliği, şiddet hareketlerinin, iki ayrı hısımlık grubunun titizlikle uydukları, gelenek ve görenekler marifetiyle düzenlenmiş olmasıdır. Kan gütmeyenin kabulü için, fail ile mağdur arasında akrabalığın bulunması şart değildir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.02.1961 gün ve 1/4-4 sayılı ilamında bu hususa açıklık getirmiş ve akrabalığın bir unsur olmadığını belirtmiştir.

Kan gütmeye saiki ile adam öldürme suçunu adiyen adam öldürme suçundan ayıran özellik, birincisinde söz konusu olan acı ve öfke duygusunun değil, öç almak şeklinde beliren ahlaka aykırı düşünce ve tutkunun etken oluşundandır (YCGK 04.06.1973 gün ve 1/32/458).

Yargıtay içtihatlarına göre, Eski TCK.nun 450/10, Yeni Ceza Kanunumuzun 82/i bendi sadece kan gütmeye saikinin bulunduğu hallerde uygulanır. Olaya başka saikler de karışacak olursa, artık kan gütmeye saikinin varlığından söz edilemez. Nitekim Yargıtay 1. CD. 04.05.1936 gün ve 2613/1049 sayılı kararında: "Olaya başka sebepler katılmadığı hallerde, kan gütmeye saikinden söz edilebilir: denmektedir. Bu nedenle kan gütmeye saikinin varlığını kabul edebilmek için, hakim, olayda başka herhangi bir saikin söz konusu olup olmadığını araştırmak zorundadır. Yargıtay 1. CD. 12.05.2005 gün ve 2004/1684 E., 2005/1245 sayılı kararında:" Süreklilik kazanan Yargıtay İçtihatlarına göre kan gütmeye saikiyle adam öldürme suçunun kabul edilebilmesi için öldürmenin münhasıran bu saikle işlenmesi gerektiği, öldürenin öldürül-

mesi olayında önceki olayın elem ve öfkesinin göz ardı edilemeyeceği ve inzimam eden tahrik nedeninin kan gütme saikini bertaraf edeceği kabul edildiği, incelenen olayda sanığın 1998 yılında babasını öldüren ve Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.12.1998 tarih 1998/343-438 sayılı kararı ile mahkum olup 2001 yılında 4616 sayılı Kanun'dan yararlanarak tahliye olan maktulü bu nedenle tasarlayarak öldürdüğü olayda sanığın önceki olayın etkisinden kurtulup, duyduğu üzüntü ve kırgınlıkları sona erdirip münhasıran kan gütme saiki ile hareket ettiği anlaşılmadığından TCK.nun 450/4, 51/1, 59/2, maddeleri gereğince cezalandırılması yerine yazılı şekilde hüküm tesisi BOZMAYI gerektirmiştir” denilmiştir.

Kan gütme saiki ile Eski TCK 52, Yeni TCK 30. maddesinin uygulanmasını gerektirir biçimde hedef tuttuğu mağdur yerine, hata, ya da inhiraf sebebi ile başka bir kimseyi öldürmesi halinde, hakkını kan gütme saikinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. 1. CD. 25.12.1975 gün ve E.975/3006, K.975/4139 sayılı kararında “hedefte inhiraf sonucu kendisine karşı suç işlenmek istenen kişi ile beraber gitmekte olan mağdura sıkılan kurşunların isabet ederek, böylece esas mağdurdan başkasının yaralanması halinde mevcut bulunduğu anlaşılan kan gütme saikinin, fiilen zarar gören mağdura sirayet etmeyeceği” saptanmıştır<sup>(16)</sup>.

Yine Yargıtay 1. CD. 18.05.2005 gün ve E.2004/1083, K.2005/1358 sayılı kararında “Sanıklar M ve T.A'nın mensup oldukları aile ile müdahil sanık H.H.Ç.'ın mensubu olduğu aile arasında karşılıklı öldürmeler sonucu kan davasının oluştuğu, olay tarihinde her iki sanığın H.H.Ç.'ı kan saikiyle öldürmek için misafir olarak bulunduğu eve geldikleri ancak kapıyı açan mağdur A.Ü'a H.H.Ç.zannıyla sanık M.'nin ateş ettiği, bu sırada seken kurşunlarla küçük A.Ç.'ın da yaralandığı olayda; sanıklar kastettiklerinden farklı kişiye

(16) DÖNMEZER, Sulhi, İçtihatlarla Kan Gütme Saiki, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İstanbul 1977, s. 11.; Ayrıca Bkz. Turgut YÜKSEL, Son Yargıtay Kararları ile Birlikte Tatbikatta Adam Öldürme Cürümleri, İstanbul 1982, s. 193.

karşı suçu işlediklerinden ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulamayacakları nazara alındığında kan saikinde önceden aynı aileden öldürmenin olması yeterli olup belli bir sürenin geçmesi aranmadığından, mahkemenin belli sürenin geçmemesine dayalı olarak suçun tehevvrle işlendiği yönündeki gerekçedeki zaafiyet, suç vasfı dosya kapsamına göre sonuçta doğru tayin edildiğinden bozma nedeni yapılmamış, tebliğnamede suç vasfına ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir” denilmiştir.

Demek ki, tasarlamadan farklı olarak, kan gütme saiki, failin esas kastettiği kişinin sıfatından doğan bir ağırlatıcı sebeptir. Böyle olunca da, şahısta hata veya sapma durumunda bu ağırlatıcı sebebin, 30. maddenin çeşitli hata hallerini düzenleyen açık metni karşısında uygulanamayacağını kabul etmek gerekir.

Kan gütme saiki ile işlenen suçlarda da TCK.’nun tahrikten bahseden 29. maddesinin uygulanması da mümkündür. Nitekim bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş bulunduğu karar vardır<sup>(17)</sup>.

Kan gütme cürmünde önem arz eden bir nokta da, Aileler veya gruplar arasında meydana gelmiş olan ilk suçun adam öldürme suçu olması gerekir. Bu suç adam öldürme kastı ile gerçekleştirilmiş ancak teşebbüs derecesinde kalmış olması halinde, ikinci suçun kan gütme saiki ile işlenmiş olduğu kabul edilmez (1. CD., 08.04.1966, 2368/814). Öldürülenin, ilk öldürme suçunun faili olması gerekmez. Hatta bu kişi, ilk suçtan beraat etmiş olsa dahi, sanığın onun fail olduğuna dair kanaat beslemesi yeterlidir (CGK, 28.12.1964, 1/505/1). İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan hısımlığı şart olma-

(17) Bkz. CGK 04.06.1973, 332/458: “Kan gütme saiki ile adam öldürme suçlarında 51. maddenin uygulanmaması gerektiği genellikle benimsenmiş yargı görüşleri arasında yer almıştır. ...Haksız tahrikin bu özellikler dışındaki davranışlarda aranması gerekir”. Bu içtihadı haklı olarak eleştirenler bulunmaktadır. Bkz. Kan Davası, Seminer Çalışması, 25 Mayıs 1974, Sevinç Matbaası Ankara 1975, s. 67.: GÖZÜBÜYÜK, “Kan gütme saiki halinde haksız tahrik hükmü uygulanamaz. Zira kan gütmede fail, evvelki öldürme cürmünden duyulan elem ve hiddet ile değil, sadece ve yalnız intikam almak saiki ile işlenir” demektedir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pul Türk Ceza Kanunu Açılması, C. IV, İstanbul 1981, s. 357.

yıp, suçun kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir<sup>(18)</sup>.

Bu arada zaman açısından da, ilk ölüm olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmelidir. Bu zaman içerisinde fail ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme bilinci ile hareket etmelidir (CGK., 05.03.1990, 1-28/45). Mahkeme, adam öldürme fiilinin bu kızgınlık içinde mi, yoksa girilen görev bilinci içinde mi işlenmiş olduğunu tespit edecektir. Aradan geçen süre uzun dahi olsa, bazı olaylarda ikinci suçu işleyen, ilk suçun üzerinde bıraktığı acı, üzüntü ve kızgınlıktan kurtulmamış olabilir. Mesela, çocuğunun öldürülmesinden sonra bir yıl yedi ay geçmiş olsa dahi, bu acı ve kızgınlık saiki ile öldürme fiilini işlemiş olan kişide kan gütme saiki ve görev bilinci oluşmamış olabilir ve bu durumda suçun ağır tahrik altında işlenmiş olduğu kabul edilecektir (CGK, 18.02.1991, 1-1/41)<sup>(19)</sup>.

Gerçekten bir hadisede eğer hakikaten kan gütme saiki müessir olmuş ise, bu saikin oluşturduğu öldürme kararı, fiilin işlendiği anda değil, ondan daha evvel verilmiş demektir. Oğlunu veya kardeşini öldüren bir şahsa hemen bu fiilin işlenmesini takiben yapılan öldürme olayında bu kişi kan gütme saiki ile hareket etmiş olamayıp, tahrik üzerine ve intikam hissi ile harekete geçmiştir. Bu kan gütme değildir<sup>(20)</sup>.

### 3-Kan Gütme Saiki Nedeniyle Adam Öldürme Cürmünün Hukuki Özellikleri

Kan gütme saiki ile adam öldürme cürümünün ülkemizin özellikle bazı yörelerinde işlenmekte olması sebebiyle 1937 yılında 3236 sayılı ve 8 madde-

(18) DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 69.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 35.

(19) DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 69.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 35.

(20) TANER, Tahir, "Türk Ceza Kanununun 09.07.1953 Tarihli ve 6123 sayılı Kanunla değiştirilen hükümleri" İÜHF. C. XIX, S. 3-4 İstanbul 1953, s. 572.

den oluşan "Kan gütme sebebiyle işlenen adam öldürme ve buna teşebbüs cürümleri failleri, hısımları hakkında tatbik olunacak muameleye dair kanun çıkarılarak, bu suçların işlenmesine engel olunmaya çalışılmıştı. Bu kanun 10 maddeden oluşuyordu. Bu kanunda öngörülen tedbir, esas itibariyle, kan gütme sebebiyle adam öldürme suçu faillerinin, bu suça azmettirenlerin veya tahrik edenlerin ve belli derecedeki yakınları ile öldürülen bir kimsenin belli derecelerdeki hısımlarından birinin, kan gütme saiki ile adam öldüreceğine veya öldürteceğine dair kuvvetli emareler mevcut olduğu takdirde, ikamet ettikleri yerden en az beşyüz kilometre mesafede bulunan başka bir yere nakillerinden ibarettir. Kanunun uygulanacağı yerler 23 Kasım 1937 tarihli bir kararname içinde ve bir liste halinde belirtilmişti. Ancak, kanunun 1961 Anayasasına aykırılık itirazı üzerine, Anayasa Mahkemesi 11.02.1964 tarih ve 330/15 sayılı kararı ile, Anayasa'nın 33.maddesinde ifadesini bulan ceza sorumluluğunun şahsiliği, yine 18.maddede belirtilen herkesin dilediği yerde yerleşme hürriyetine sahip olduğu ilkesine aykırılığı gerekçesi ile 1 ve 2.maddelerinin iptaline karar vermişti. Bu kanuna göre, haklarında nakil kararı verilenlere uygulanacak güvenlik tedbiri, belirli bir bölgede ikamet yasaklanmasından ibarettir. Bakanlar Kurulu tarafından 23 Kasım 1937 tarihinde kabul edilen 2/7719 numaralı kararname, 11 Haziran 1937 tarihli ve 3236 sayılı yasanın uygulanacağı yerleri belirtmektedir. Bu yerler: Tunceli, Elazığ, Siirt, Artvin, Bingöl, Muş, Bitlis, Trabzon, Diyarbakır, Mardin, Urfa, Osmaniye, Gaziantep, Malatya, Rize ve Bolu'dan oluşan 16 ayrı bölge olarak sıralanmıştır. Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine suçun işlendiği yerin bağlı olduğu Ağır Ceza Mahkemesince evrak üzerinde yapılacak inceleme sonunda ilgililerin nakli karar altında alınmaktaydı<sup>(21)</sup>.

(21) DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, s. 216.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 34.; GÜRELLİ, Nevzat, "Kan Davası Nedeniyle Adam Öldürmeler Konusunda Alınması Gereken Sosyal, İdari ve Hukuki Tedbirler Hakkında Rapor", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 3-4, cilt: XLI İstanbul 1976, s. 113; YALKUT, Necdet, Çeşitli Yönleriyle Kan Gütme, s. 88.; GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat "Kan Gütme Cürümleri" Adalet Dergisi, Yıl 43, Sayı 10, Ekim 1952 s. 1186.; PEKİNER, Visalettin, "Kan Gütme Cürümleri ve 3236 sayılı Kanun" Ankara Barosu Dergisi, Yıl 17, sayı 3, Ankara 1960, s. 87.

Kanun koyucuyu bu önlemleri almaya götüren düşünce şudur: Kan gütmenin sebebi, mağdurun ailesinin, katilin ailesine her gün küçük çevrelerde rastlamaları halidir. Bu nedenle, katilin ailelerinin mensuplarını, yakınlarını, mağdurun ailesi çevresinde uzaklaştırmak yararlıdır<sup>(22)</sup>.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunumuzda, 1953 yılına kadar uygulamada böyle bir suç türü mevcut değildi. 6123 sayılı kanunla Ceza Kanununun 450.maddesine eklenen 10.bent ölüm cezasını “kan gütme saiki ile” işlenen adam öldürme suçlarına da uygulanmak üzere genişletti. 6123 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce, kan gütme saiki ile adam öldürme halinde, olayın mahiyetine göre TCK 450/4 veya 448. maddeleri uygulanmakta idi. Bilindiği üzere TCK 450/4. maddesinde Adam öldürme suçunun cezasını artıran sebeplerden biri olarak “Taammüd” düzenlenmişti. Taammüd veya Tasarlama olarak nitelediğimiz bu ağırlatıcı sebebin ne anlam ifade ettiği konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği sağlanamamıştır.

Ceza hukukumuzda Tasarlama yani Taammüdden bahsedebilmek için iki unsurun bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, suç işleme kararı ile harekete başlama arasında bir zaman fasılasının bulunması, ikincisi, failin soğukkanlılıkla hareket etmesidir. Ceza Kanunumuz Taammüden adam öldürmede, sanığın belirli bir süre içinde düşünüp taşınması, ana hatlarıyla plan kurmasını aramaktadır. Nitekim Yargıtay 1. CD, 01.07.1971 gün E.2153, K.2474 sayılı kararında “Tasarlama, failin işlemeyi niyet ettiği bir suçu işlemezden önce soğukkanlılıkla ve sükûnetle düşünüp taşındıktan sonra, bu niyetinden vazgeçmeyerek fiili işlemesidir” şeklinde tanımlamıştır. Yine Yargıtay 1. CD., 21.12.1982 gün ve E.1982/3465, K.1982/4255 sayılı ilamında, “sanığın eyleminde karala icra arasında çok kısa süre geçtiği gözetilmeden TCK. 448 mad-

(22) KEYMAN, Selahattin, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemeler. Editörler: Adnan GURİZ/Peter BENEDICT, Ank. 1974 s. 403: CİHAN, Erol, “Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği”, TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, Sermet Matbaası İst. 1977 s. 735 vd.

desi yerine 450/4 maddesinin uygulanması doğru değildir” demektedir.

Kanunda tanımlanmamış olan tasarlanmanın varlığı, olayın özelliklerine göre, Mahkemece takdir edilir. Uzunca bir zaman fasılası içerisinde soğukkanlılıkla tasarlanmış, hazırlanmış ve tertiplenmiş bir kararın sonucu olup olmadığı araştırılır. Araştırmada, geçen süre, suçun saiki, olayın meydana geliş tarzı, cürümün işlenmesinde kullanılan vasıtalar, tasarlanmanın kabul veya reddinde mahkemeye önemli ölçüde yardımcı olurlar.

Kan gütme saiki ile hareket eden kişide ise, kendisini tutku altına alan ve daha önceden işlenen bir suça bağlı olan infial dolayısıyla tam bir irade serbestisi yoktur. Kin ve husumet, intikam alma duygusu kişinin benliğini o derecede kaplamıştır ki, her şeyi göze alarak, birinci suç failini yada onun mensubu olduğu gruptan, aileden başka birisini tutkusu altına girdiği ihtirasın etkisi ile öldürmekte ve bunu adeta bir görev bilinci ile yapmaktadır<sup>(23)</sup>.

Kan gütme saikiyle işlenen adam öldürme cürümlerinde manevi iştirak durumu özellik arz etmektedir. Genellikle asli veya feri iştirak yaygın niteliktedir. Mesela bir çocuğa hemen bütün aile fertleri aynı intikam duygusunu devamlı olarak telkin etmiş olabilirler. Bu durumda, en fazla ve devamlı bir şekilde teşvik veya azmettirme durumunda olanın da sorumlu tutulmasında gereklilik bulunmaktadır. Olayın özelliklerine göre, bu hususu yargılama organı araştırarak ve değerlendirecektir.

Türk Ceza Kanunumuzda, Kan Gütme Saikiyle Adam Öldürme Cürümü 82. maddenin (i) fıkrasında düzenlenmiş ve Kasten Adam Öldürme Suçunun nitelikli hali olarak gösterilmiştir. Bu suçun işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır. TCK.nun 82. maddesinin (i) bendi gerekçesinde: “Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da kabul edil-

(23) DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 69.; Ayrıca Bkz. Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, Kan Gütme Cürümleri, Vatan Gazetesi, 25 Temmuz 1952, s. 2.



diği üzere, kan gütme saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilmesi, fiilin sadece kan gütme saikine bağlı olarak işlenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak, belirtilmelidir ki, haksız tahrikin koşullarının bulunduğu hallerde, bu bent hükmü uygulanmaz” denilmiştir.

#### IV-NEDENLERİ VE ÇARELERİ

##### 1-Nedenleri

Genelde gelişmemiş topluluklara mahsus bir gelenek olan kan davaları, bugün dahi ülkemizin birçok bölgelerinde görülmektedir. Ülkemizin özellikle Karadeniz, Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde yoğunlaşan bu olayları az da olsa İç Anadolu bölgelerinde de görmek mümkün olmaktadır.

İnsanın grup içinde bulunması toplumsal varlık olmasının kaçınılmaz sonucudur. Grubun ortak amaçları, beklentileri, duyguları, düşünceleri, istekleri, inançları ve kuralları vardır. Aile, arkadaş, ev ve iş ilişkilerinde grup dinamiği söz konusudur.

İnsan içinde yaşadığı toplumun gelenek, görenek, din, eğitim, hukuk düzeni gibi temel toplumsal kurumlarıyla ve bunları içeren kültürleriyle çatışma içinde olabilir. Çocuk ve genç toplusallaşma sürecinde içinde yaşadığı kültürün, gelenek, görenek, din, eğitim, hukuk düzeni gibi temel toplumsal kurumlardan gelen kimi davranış kalıbını benimser. Bu kalıplar insanın yaşamında bireysel ilkeleri, kuralları, idealleri, inançları oluşturur. Özellikle gençler benimsedikleri ideallerine sıkı sıkıya bağlıdırlar. Bundan ödün vermek istemezler. Esneklik göstermezler. Uyum sağlamak için çaba harcamazlar. Ancak, ideallerle içinde yaşanılan toplumun gerçeği arasındaki uyumsuzluk oldukça, çatışma ortaya çıkar<sup>(24)</sup>.

(24) KÖKNEL, Özcan, Genel ve Klinik Psikiyatri, İstanbul 1989, s. 105.; ARAL, Vecdi, Hukukta İnsan, İstanbul

Birçok memleketlerde olduğu gibi, ülkemizin muhtelif bölgelerinde insanlar, yaşam imkânlarını, devletin gücüne rağmen, çeşitli sebeplerle, küçük otarşik grupların varlığına bağlı görmekte ve buna inanmaktadırlar. Bir bakıma sözde devlet içinde devlet diyebileceğimiz grubun korunması, savunulması mensuplar için vazife addedilmektedir.

Kabul etmek gerekir ki, çok partili hayat, Türkiye'de ağa ve şeyhlerin devlet üzerindeki nüfuzunu arttırmıştır. Oy depoları olarak, ağalar, siyasi partilerin itibarlı kişileri olmuşlardır. Ne var ki, ağa ve şeyhlerin itibarlarının artışı, onları köylüler önünde büsbütün kudretli kişiler yapmıştır. Beyler ve ağalar, köylüyü tam bir çember içine almışlardır. Köylü yalnız ekonomik bakımdan değil, bütün yaşantısında denetim altında tutulmaktadır. Köylerde "kahve" yoktur, yalnız "ağanın odası" vardır. Köylü burada toplanmaktadır. Büyük aşiretler şehirlerde oteller yapmışlardır. Aşiret mensubu köylü, şehir gidince bu otellerde kalmak zorundadır. Malını aşiretin şehirdeki dükkânına satmak, bor. Para ve mal ihtiyacını oradan karşılamak zorundadır<sup>(25)</sup>.

Araştırmalar, toplumda siyasi otoriteyi kontrol eden güç ne derece zayıf olursa, kan gütmene de, o oranda sürüp gittiğini ve ortadan kaldırılmasının da o denli güç olduğunu ortaya çıkarmıştır.

Çeşitli durumlar, ülkemizde kan davası sonucu adam öldürmelerin nedenleri olarak gösterilmektedir. Bunlardan bazıları: arazi ihtilafları, kız ve kadın kaçırma olayları, evlilik dışı ilişki kurmalar, dini kurallara aykırılıklar şeklinde sıralanabilir. Ancak, genelde toplumda kan davası sebebi olarak gösterilen bu sebepler, netice itibarıyla adam öldürme fiillerinin sebebi olabilirler. Özel olarak kan gütmeye sebebiyle adam öldürmeler konusunda esas itibarıyla kan davasına konu olabilecek sebeplerin olması gereklidir. Diğer nedenler,

Barosu Dergisi, Cilt: 71, Sayı: 1, Mart 1997, s. 10.

(25) AVCIOĞLU, Doğan, Türkiye'nin Düzeni, Cilt: 2, Bilgi Yayınevi, Ankara 1969, s. 428.

kan davasını tahrik eden ilk adam öldürmenin nedeni olabilirler. Zaten bu haldeki adam öldürmeler kan davası nedeniyle işlenmemiş fiillerdir.

Demek ki, araştırılması gereken konu kan davasına sebep olabilecek olaylardır. Bu olayların ilk başlangıç nedenleri olabilecek sebepleri şu şekilde toplamak mümkündür.

### A–Ekonomik Sebepler

Aslında ekonomik sıkıntılar genelde tüm suçların ana nedenidir. İşsizlik konusu kan gütmünün sürmesini etkileyen ekonomik nedenler arasındadır. Çalışmayan, boşa gezen insan tehlikeli insandır diye bir söz vardır. Belirli bir işte çalışma insanı meşgul eder. Ruhsal hayatları sağlıklıdır. İş gücü olmayan kimselerin ise, boş zamanları çok olacağı için temas ettiği kişilerle, kan gütmeye konularını konuşup, olayların devamlı gündemde kalmasını sağladıkları görülmektedir.

Bir diğer neden de, toprak anlaşmazlıklarının sebep olduğu husumetler olmaktadır. Bunlar, aynı toprak üzerinde hak iddia etme, sınır ihtilafları, hisseli tapu satışlarında iyi veya kötü konumda yer alan arazilerin maliki olan kişilerin anlaşmazlıkları gibi çeşitli nedenler olabilir<sup>(26)</sup>.

Kan davalarının sıkça rastlandığı illerimizden Mardin’de kan davaları ile ilgili olarak şu müşahedelere varılmıştır: “Mardin’de kan davaları, şehir ve ilçe merkezlerinden çok köylerde görülür. Nedenleri çok değişik olan kan davalarının oluş sebeplerini şöyle açıklayabiliriz: Kız kaçırma, riya, küçük münakaşaların büyümesi, arazi anlaşmazlıkları, çekememezlik gibi. Çoğu kez hiç yoktan çıkan münakaşalar büyümekte yıllar sonra kan davalarına dönüşmektedir. Bu kan davaları da zamanla mahalli particiliklere ve gruplaşmalara yol açmaktadır. Birbirlerine cephe alan aileler genelde köyü terk etmektedir-

(26) TEZCAN, Mahmut, Kan Gütmeye Olayları Sosyolojisi, s. 32 vd.

ler. Köyü terk eden ailenin malı köyde kalan hasmı tarafından yağma edilmektedir. Günümüzde köylerdeki kan davalarının çoğu sonuçlanmıştır, bu davalar asgariye indirilmiştir. Patlaklık veren davalar üzerine etkin bir şekilde gidilmekte, aileler karşılıklı oturtulup barıştırılmakta olay büyümeden tatlıya bağlanmaktadır. Türkiye düzeyinde tüm illerde olduğu gibi, bugün için Mardin ilinde de ekonomik gelişme, nüfus artışı, mahalli huzursuzluklar ve köyde ekilecek arazinin sınırlı olması neticesinde köylerden merkezlere, Mardin'den büyük illere sürekli göç bulunmaktadır<sup>(27)</sup>.

Yine bu bölgelerdeki yoksulluk; Olayların devamlılığını sağlayan diğer ekonomik nedenler arasındadır.

### **B-Toplumsal Sebepler**

Toplumsal yapı, toplumsal grupların ve kurumların belli başlı bireyler toplamını içinde buldukları sosyal yapıya dahil etmektedir. Sosyal yapı ve sosyal ilişkiler ise bir toplumun modeli ve manevi birikiminin ortaya koyduğu belirli değer yargılarının himayesinde toplumsal sınıflar tarafından gerçekleşmekte ve şekillenmektedir. Bir toplumda sosyal yapının hep canlı ve dinamik kalmasını sağlayan, toplumsal değişime hareket veren temel unsur nüfustur. Çünkü; nüfus, demografik (nüfus bilimiyle ilgili), kültürel, ekonomik, sosyal ve siyasal yönleri ile ele alınabilen bir özellik taşımaktadır. Nüfusun toplumsal sınıflar arasındaki dağılımı ise toplum yapısının belirlenmesini sağlamaktadır<sup>(28)</sup>.

Toplumların zaman süreci içinde meydana gelen değişiminde, değişme hızları birbirinden farklılık gösterir. Geleneksel toplumlarda değişme daha

(27) **MARDİN İL YILLIĞI**, Mardin Valiliği Yayını, 1987, s. 132.

(28) **KARATAŞ, Muhammed**, "Sosyoekonomik Gelişimde Yapısal Değişim", Stratejik Araştırmalar Dergisi, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayını, Sayı: 1, Ankara 2003, s. 170.; Ayrıca **Bkz. Sami ŞENER**, Sosyoloji, Sosyal Bilimlere Alternatif Yaklaşım, 3. Baskı, İstanbul 1998, s. 24; **Mustafa ERKAL**, Sosyoloji, 7. Baskı, İstanbul 1996, s. 184.

yavaş olurken, sanayileşmiş toplumlarda daha hızlı olmaktadır. Toplumsal değişmeyi, toplumsal şartlar, teni keşifler, icatlar ve kültürel değerler etkilemektedir. Ekonomi, toplumsal, teknik ve sosyal yapı, eğitimle yakından ilgili olarak bu farklılaşmayı gelişme boyutuna taşımaktadırlar. Toplumda sosyal yapı ve sosyal ilişkiler “değer yargıları”na göre gerçekleşir ve şekillenir. Toplumun yapısı üç temele dayanmaktadır: a.Alt yapı ve üst yapı olarak toplumsal yapı, b.Değerler, adetler, gelenekler ve kurallar olarak kültürel yapı, c.Toplumsal yapı ve kültürel yapıya bağlı olan siyasal yapı, Toplumsal değişme, bu üç temele dayanan toplumsal yapıyı oluşturan ilişki ve kurumların bir dönemden diğerine değişmesidir<sup>(29)</sup>.

Toplumsal ilişkinin uyum içerisinde devam etmesini sağlayan en temel öğelerden birisi gelenek ve görenektir. Bir anlam ifade eden insan davranışının yaygınlaşarak benimsenip tekrarlanması gelenek ve göreneğin ortaya çıkmasını sağlar.

İnsanların, duygusal ya da bilinçli olarak bağlı bulunduğu birtakım doğüstü kudretlere ya da varlıklara inanmasına ve bunlara ibadet etmesine din denilmektedir. Din kuralları insanın Tanrısıyla olan ilişkilerini düzenlediği gibi insanın insanla, insanın toplumla olan ilişkileri konusunda da düzenlemeler getirir. Din kurallarının gündelik yaşama uygulanması aile, miras paylaşımı, hak ve vecibelere ilişkin dini tutumlar zaman içerisinde yaygınlaşarak örf ve adet ilkeleri niteliğini alırlar ve kendiliğinden uygulama alanına yansırırlar.

Toplumsal yaşamı düzenlemeye yönelmiş olan örf ve adet kuralları, hukuk kurallarının belirlenmesinde olduğu gibi en ideal olan kuralın bulunup çıkarılması gerektiği tarzında bir yaklaşımdan hareket etmez. Örf ve adet kuralları çevre ve gruplara göre kişisel olarak, uluslara ve ülkelere göre de uygulama alanı açısından değişik olan toplumsal alışkanlıklar biçiminde ortaya çıkar.

(29) KARATAŞ, Muhammed, agm.s. 171.; Ayrıca Bkz. Fuat ERCAN, Toplumlar ve Ekonomiler, 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 189.

Ulusal uygulamamızdan rasyonaliteye dayalı olmamanın örneği olarak şunu verebiliriz: Cumhuriyetin kurulmasıyla yapılan birçok yeniliklerden birisi olarak ağırlık ölçülerinin, standartlarının değiştirildiği bilinmektedir. Bu ölçü kilodur. Ancak eski tartı birimlerinin bıraktığı alışkanlık kolay kolay silinmemiştir. Bunun etkisiyle yurdumuzun birçok yerlerinde sekiz kilo üzerinden (sekiz kilo bir batman karşılığıdır) yapılan tartıya önem verildiğini görüyoruz. Uzunluk ölçüsü olarak da metre kabul edilmiş arşın bırakılmıştır (arşın metrenin üçte ikisine yakın bir uzunluğu anlatır). Hacim ölçüsü olarak kullanılan ve tahılları ölçmeye yarayan şinik ise bazı yerlerde bırakılmış, onun iki veya dört katını karşılayan teneke veya kilo ölçülerine bağlanmıştır. Ancak şinik ölçü olarak İç Anadolu'da hala yaşamaktadır. Bu örneklerden de görülebileceği gibi kesin bir standarda bağlanmış ve her yerde aynı özelliklere sahip olan ölçü birimleri bile, büyük bir kolaylık sağlamalarına rağmen eski örf ve adetleri kolaylıkla ortadan kaldıramamaktadır. Tıpkı kan gütmelerin sebep olduğu kan davalarında olduğu gibi<sup>(30)</sup>. Görüldüğü gibi örflerin yaptırım gücü bazen öyle bir hal alır ki, yazılı hukuk kaidelerinden daha etkili olur. Daha çok duygusal muhteva ile dolu olarak bilinen örfler müeyyideleri takviye ederler<sup>(31)</sup>.

İslamiyet öncesi Araplarda kadının miras hakkı yoktur. Ancak İslam dini ile beraber, Arap kadınları bu hakkı elde etmiştir. Bu konuda Kur'an-ı Kerim'de bazı ayetlerde çeşitli bilgiler verilmiştir. Mesela Nisa Suresinin 7, 8, 11, 12, 13, 19, 33, 127, 176, Ahzab Suresinin 6. ve Teci Suresinin 19. ayetleri mirasla ilgilidir. Bu ayetlerde kadına miras verilmesi emredilmiştir. Anadolu'da yüzyıllardan beri birçok İslam devleti hüküm sürmüştür. Fakat bu gerçeğe ve Kur'an'da yer alan ayetlerdeki hükümlere rağmen, bugün bile Anadolu'nun bazı yerlerinde kadınlara miras hakkı verilmediği ya da sembolik olarak verildiği, son zamanlarda ise kadınların her şeye rağmen miras almaya

(30) İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, Kazancı Hukuk Yayını, No: 116, İstanbul 1992, s. 19.

(31) AKSOY, Mustafa, Kültür Sosyolojisi Açısından Doğu Anadolu, İstanbul 1996, s. 143.

başladıkları tespit edilmiştir.

Toplumsal değişimde şehirleşme olgusu, tüketim alışkanlıklarının değişimini eğitim, sanat ve yaşam tarzlarında yoğunlaştırmaktadır. Şehirleşme, toplumun sosyal ilişkilerinde ve sosyal yapısında da değişiklik yaparak tüketim alışkanlıklarındaki değişiklikleri hızlandırmaktadır<sup>(32)</sup>.

Kan gütmelerin sıkça görüldüğü illerimizden biri olan Diyarbakır'ın toplum hayatında iki grup halk meydana gelmiştir. Birinci grup, modern yaşayışa oldukça ayak uydurmuş ve modernleşme çabasına girip şehirli niteliğini kazanmış olanlardır. Bunlar, çoğunlukla devlet memurları, ticaret ve sanayi erbabı kimselerdir. İkinci grup ise, gecekondulu topluluklarında yaşayan ailelerdir. Bunlar, yaşayış alışkanlıkları itibariyle köylerle şehirlerin bazı özelliklerini taşırlar. Bu topluluklarda meslek grupları ise vasıflı işçi, düz işçi, müstahdem, küçük esnaf tarzındadır<sup>(33)</sup>.

Bu modernleşme ve şehir hayatının icabı ve ayrıca ekonomik baskının sonucu olarak aileler bölünmüş, çalışma hayatına girmeye koyulan kadın, aile içindeki önemli yerini alamaya başlamıştır. Gecekondulu topluluklarında ise, kadının daha çok ev işleri görerek aileye yan gelir sağlamada yardımcı olduğu görülmektedir<sup>(34)</sup>. Gerçeğe ve Kur'an'da yer alan ayetlerdeki hükümlere rağmen, bugün bile Anadolu'nun bazı yerlerinde kadınlara miras hakkı verilmediği ya da sembolik olarak verildiği, son zamanlarda ise kadınların her şeye rağmen miras almaya başladıkları tespit edilmiştir.

Kan gütmeye olaylarının toplumsal nedenlerinden en önemlisi olarak, kız kaçırma olayları gösterilmektedir. Kan güdülen bölgedeki ailelerin başlık

(32) KARATAŞ, Muhammed, agm.s.182.; Geniş bilgi için Bkz. Emre KONGAR, Toplumsal Değişme Kurumları ve Türkiye Gerçeği, 4. Baskı, İstanbul 1985.; Emre KONGAR, 21.Yüzyılda Türkiye,Remzi Kitabevi, 25. Basım, İstanbul 2000, s. 549 vd.

(33) YASA, İbrahim, "Gecekondulu Topluluklarında İş-Güç Çeşitleri ve Ekonomik Düzen" Ankara 1966, s. 162.

(34) Diyarbakır İli Yıllığı 1967, s. 213 vd.

parasını hayli fazla talep etmeleri veya hediye isteklerinin aşırılığa kaçması nedenleriyle kız kaçırma olayları meydana gelmekte, bu da kan davalarına yol açmaktadır. Bunun yanında kadın kaçırma ve zina olayları da kan gütmeye yol açabilmektedir.

Kan gütmeye olaylarının en büyük etkenlerinden biri de çevrenin baskısıdır. Özellikle küçük yaşta, ailelerin telkinlerine daha kolay adapte olmaktadır. Yapılan teşvik ve telkinlerle kişinin bir bakıma beyni yıkanmakta, kendi iradesinin yerini teşvik edenlerin iradeleri almaktadır. Toplumsal baskının iradesi bireye yansımaktadır. Babasının veya en yakın bir akrabasının öcünü almayan kimse artık o çevrede şerefli ve haysiyetli olarak yaşayamaz. Çevresinde daima hor görülür.

Bir toplulukta insan yerine konup sözleri bile dinlenmez. Cezaevlerinde yapılan mülakatlarda, "Niçin kan güdüyorsunuz?" sorusuna verilen cevaplar hayli ilgi çekicidir. Şöyle ki bir tutuklu, "Bizim orada adettir, öç mutlaka alınır". Diğer bir hükümlü, "Vurmazsam kimsenin yüzüne bakamazdım", bir başkası ise, "Öç almayı bizim oralarda erkekten saymazlar" demişlerdir<sup>(35)</sup>.

Namus-Şeref anlayışı da, toplumsal nedenlerin diğer bir görünümüdür. Herhangi bir kimse, ailesinden birisine karşı girişilecek adaba aykırı hareket, namusunu temizlemek için gerektiğinde hayatı pahasına da olsa suç işleyebilmektedir. Bu durum da kan gütmeye olaylarına yol açabilmektedir. Çünkü namus meselesi Türk değerler hiyerarşisinde en başta gelenler arasındadır<sup>(36)</sup>.

Ülkemizin örf ve geleneklerinde, ırzına geçilen ve tasaddi olunan kimselerin kamu oyununda vakar ve haysiyetlerinden çok şey kaybettikleri ve bu

(35) TÜRKBEN, Yücel, "Kan Gütmeye Olayları ve Mülki İdare Amirleri" Türk İdare Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 357, Ankara 1977, s. 128.; TEZCAN, Mahmut, "Türkiye'de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri", s. 668.

(36) DOĞAN, Yalçın, "Namus Nedir? Anketi" Hüriyet Gazetesi, 17.04.2005, s. 17; İrz ve Namus Kavramı Hakkında Geniş Bilgi İçin Bkz. Ahmet HEKİMOĞLU, "İrz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme" Adalet Dergisi, Yıl: 79, Sayı: 2 Mart-Nisan 1988, s. 106.



bakımdan, hemen daima, ayıplı bir insan gibi sayıldıkları bilinmektedir<sup>(37)</sup>.

Türk Ceza Kanunumuzda, Altıncı Bölümde, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” yer almaktadır. 102. maddede “Cinsel Saldırı” adı altında belirtilen fiiller suç kapsamına alınmıştır. Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.

103. maddede “Çocukların Cinsel İstismarı”, 104. maddede “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, 105. maddede, “Cinsel Taciz” suçları yer almaktadır.

Diyarbakır ve Şanlıurfa'nın bazı yörelerinde bir kızın akrabaları ve onların oğulları varsa, o kızı dışarıdan kimse isteyemez. Aksine bir davranış kavgaya, kan dökülmesine neden olur<sup>(38)</sup>.

Kocası ölen kadını, evli ve çocuk sahibi de olsa, kayınbiraderi ile evlendirmek, gelenek göreneği olağan sayılır. Bu durumda yenge, eve kuma olarak gelmiş, böylece yengenin ve çocuklarının bakımı, gözetimi güven altına alınmış olarak kabul ediliyor. Resmi nikah dışında dini nikah kıyma hususu da Diyarbakır'da geçerliliğini korumaktadır. İslam hukukunda nikah akdi nedeniyle erkeğin kadına vermek zorunda olduğu bir miktar para ödemesi vardır. Buna “Mehir” denilmektedir. Tutucu çevrelerde İslam hukukunun dini kuralları halen uygulamada tutulmaktadır<sup>(39)</sup>.

(37) DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1975, s. 115; Konu ile ilgili Yargıtay kararlarından örnekler için Bkz. Sedat BAKICI, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, s. 1

(38) TEZCAN, Mahmut, Kırsal Topluluklarımızda Tercihli Evlilik Tiplerinin işlevsel Çözümüne, Aile Yazıları, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayını, Bilim Serisi 5/4 İkinci Bası, 1991.

(39) Geniş bilgi için Bkz. Halil CİN, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974; Güneydoğu Anadolu Evlenme Adetleri hakkında Bkz. Ziya GÖKALP, Kürt Aşiretleri Hakkında Sosyolojik Tetkikler, Baskıya hazırlayan: Şevket BEYSANOĞLU, İstanbul 1992; Yine Bkz. Basri KONYAR, Diyarbakir Yıllığı, Ankara 1936, s. 40; Şevket BEYSANOĞLU, Diyarbakır Folklorunda-Gelenekler-Görenekler-Adet ve İnanmalar, San Matbaası, Ankara 1995, s. 86 vd.

### C–Siyasal Sebepler

Ülkemizde bazı bölgelerimizde silah taşıma geleneğinin bulunduğu bir gerçektir. Bilhassa Karadeniz, Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu'da genellikle bireyler yanlarında silah taşır ve evlerinde bulundurlar. Hatta Karadeniz bölgemizde birkaç ilimizde kaçak silah imal edildiği bilinmektedir.

Devletimiz, vatandaşların silaha tutku derecesindeki merakı nedeniyle, kaçak silah taşımalarını önlemek amacıyla, mevzuatımızda bazı değişiklikler yaparak koşullara uyan her vatandaşa ruhsatlı silah edinebilme olanağını sağlamıştır. Devlet, toplumun huzur ve güvenliğini sağlama şeklindeki geleneksel görevleri yanında, vatandaşlarına hizmet sunma, onları çeşitli yollarla destekleme ve gerektiğinde kendilerini koruyabilme imkanlarını sağlamak amacıyla buna müsaade etmiştir.

Buna rağmen, kötü niyetli bazı kişilerce çeşitli sebeplerle, kişilere baskı yapılarak silahın kötü amaçlarla kullanılması sağlanmaktadır. Sosyal hayat içerisinde mütalaa edilen bütün faaliyetlerde az veya çok bu psikolojik baskılar kendilerini hissettirmekte, belli zamanlarda sosyal patlamalara neden olmaktadır. Toplum içinde meydana gelen sosyal hadiseleri bir tek sebebe bağlayarak izah etmek mümkün değildir.

Devletin etkin gücünü tam anlamıyla gösteremediği bölgelerde, ağa, şeyh, aşiret reisi gibi kişiler kendi çıkarları açısından mahiyetleri altındaki kişileri kan gütmeye olaylarına kadar götürmektedir<sup>(40)</sup>.

Aşiret, kan bağı esasını öne çıkaran, siyasi bir birliktir. Hareket alanı diğer aşiret sınırlarında biter. Özellikle göçer aşiret geleneğinden kaynaklanıp da yerleşik düzen boyutu olmayan dar ekonomik yaşamın dayattığı bu sosyopsikolojik yöneliş, aşiretler arası rekabeti sürekli öne çıkarmış, karşılıklı çe-

(40) TEZCAN, Mahmut, "Türkiye'de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri", s. 669.

kişmelerini körüklemiştir.

Ağaların, aşiret reislerinin nüfuz bölgelerini artırmak için birbirleriyle sürekli olarak mücadelelerinde halkı aracı olarak kullanmaları kan gütmelerin devamlılığını sağlamaktadır.

Feodal ya da yarı feodal toprak düzeni, Diyarbakır'da “beylik” temeline, Şanlıurfa ve Mardin'de aşiret temeline dayanmaktadır. Bu nedenle Şanlıurfa ve Mardin'de kişisel bağımlılık ilişkileri daha yoğundur. Aşiret yapının dönüşümüyle geçilen feodal sistemde, toprak sahibi üretimin önemli bir dilimine Rant biçiminde el koyarken, değerlerin transferinde ortaya çıkabilecek anlaşmazlığı, “hoşnutsuzluğu” kan bağı ilişkileriyle de geliştirilen ve bir bakıma mekanizmaya dönüşmüş bulunan akrabalık duygusuyla aşabilmektedir. Bu ise, bu yapılarıdaki üretim ortamında, feodale bağlı aşiret mensubunun, “teslimiyet” noktasına kadar taşındığını düşündürmektedir. İşlerin bazen “iyi gitmediği” durumlarda ise, yani aşiret mensubunun bağlılığı konusunda ayrışma yaşandığı gibi bir endişenin doğmuş olduğu durumlarda ise ağa, milisler edinebilmektedir. Milis, gerektiğinde, dışa dönük bir güç olarak da kullanılabilir<sup>(41)</sup>.

### D-Hukuksal Sebepler

Kan davalarının henüz gelişmemiş bölgelerimizde sıkça görülmesinin nedeni, devlet gücünün bu bölgelerde yetersizliği gelmektedir. Yapılan araştırmalarda, kan gütmeye geleneğinin en zayıf olduğu bölgelerin aynı zamanda Türkiye'nin en gelişmiş bölgeleri olduğu; genellikle orta ve az gelişmiş bölgelerimizde ve köy düzeyinde ise kan gütmeye olaylarının yoğunlaştığı sonucuna varılmıştır<sup>(42)</sup>. Kan gütmeye olaylarının yoğunlaştığı kırsal alanlardaki köyler,

(41) DAĞ, Rıfat-GÖKTÜRK, Atilla, GAP Yeniden Yapılanmalıdır, Diyarbakır Ticaret ve Sanayi Odası Yayını, (tarih yok) Ankara, s. 72.

(42) TÜRK BEN, Yücel, agm. s.127.; Ayrıca Bkz. A. ÜNSAL, Kan Gütmeye Geri Kalmışlığın Alın Yazısı mı? Cumhuriyet Gazetesi, 13.06.1973

dağlık ve ormanlık arazide kurulmuş, alt yapı tesisleri, özellikle yol, içme suyu gibi hizmetlerden yeterince istifade edemeyen yerleşim bölgeleridir. Ayrıca bu yörelerin insanları toprak genişliği ve yıllık gelir düzeyleri yönlerinden sınırlı bir ekonomi düzeyine sahiptir.

Gelişmemiş bölgelerde devlet otoritesinin gerek personel, gerekse araç gereç eksiklikleri nedeniyle zamanında olayın meydana geldiği yere ulaşamamaları faillerin kısa sürede yakalanmalarını engellemektedir.

Faillerin yakalanmamaları veya olayla ilgili hazırlık soruşturması sırasında dinlenen tanıkların mahkeme safhasında çeşitli sebeplerle bulunamamaları gibi mahkemenin sonuçlanmasını engelleyecek olayların ortaya çıkması yargılamayı olumsuz yönde etkilemektedir. Bu hal ise, mağdur tarafın kamu adaletine olan inancını sarsmaktadır. Yine, bazı politik düşüncelerle sık sık çıkartılan af yasaları, yeni kan davalarına zemin hazırlamaktadır.

### E-Eğitsel Sebepler

Kan gütmeye olaylarının meydana geldiği bölgelerimizde, bölge halkının büyük çoğunluğunun cahil olduğunu görmekteyiz. Ülkemizde ilköğretim mecburi olmasına rağmen, bu tahsili tamamladıktan bir müddet sonra kişilerin öğrendiklerini zaman içerisinde kullanmamaları nedeniyle yeniden cahil duruma düştükleri görülmektedir.

Kan gütmeye olaylarından mahkum olanların eldeki istatistiklere göre % 80'i olay sırasında ilköğretim ve daha aşağı bir eğitim düzeyinde, % 56'sı 19 yaşından, % 83'ü de 26 yaşından küçüktür. Ayrıca % 80'i bekar, % 20'si de evlidir. Bu rakamlardan da anlaşılacağı gibi hasım aileler arasında sürdüren kan davalarında daha çok genç ve bekarların ön plana çıktıkları göze çarpmaktadır. Bunun sebebi, iki şekilde açıklanabilir. Birincisi Türk Ceza Kanunu'nun 18 yaşını doldurmamış suçlulara daha az cezalar tertip etmesi, ikincisi ise, büyüklerin cezaevlerine girmelerinin aileleri ekonomik ve sosyal

yönden yıpratacağı endişesidir. Hem intikam hissine veya telkinlere daha çabuk kapılan, hem de ailevi sorumlulukları fazla olmayan genç ve bekarların aile şerefine bekçiliğini yapmaları kolaylaşmaktadır<sup>(43)</sup>.

Güneydoğu Anadolu bölgesi illerimizden olan Siirt ilinde Valilikçe yapılan araştırmada; “Siirt ilinde, ilköğretim çağında olmalarına rağmen okula gitmeyen büyük çoğunluğu kız olmak üzere binlerce çocuk tespit edilmiştir. Bunların yaşamlarında güzel Türkçe konuşma ve anlama gücünü çektikleri, halkın genelde yoksul olduğu, gençlerin çoğunun işsiz olduğu, bunların yanı sıra, ilköğretim çağında olup da okula gidemeyen ya da okul öncesi yaş grubunda olup, Türkçe’yi dahi konuşamayan çocukların aile şefkatinden yoksun bir şekilde sokaklarda çamur içinde oynadıkları müşahade edilmiştir” denilmektedir<sup>(44)</sup>.

Kan gütme olaylarının faillerinin ülkemizin az gelişmiş bölgelerinden ve cahil kimselerden çıktığı artık herkesçe bilinmektedir. Gerek Televizyon ve gerekse basın sayesinde, tüm toplumsal olaylar bütün ayrıntılarıyla anında topluma aktarılmaktadır.

## 2-Çareleri

Kan gütme olayları, çok yönlü toplumsal bir olgudur. Tek bir sebeple kan davalarını açıklamak mümkün değildir.

Anadolu’nun birçok bölgesinde, çeşitli sebeplerle adam öldürme olaylarına rastlanmaktadır. Ancak bunlar kan gütmeye dönüşmemektedir. Buna rağmen kan gütme olaylarına sıkça rastladığımız bölgelerde, herhangi bir adam öldürme kan gütme dönüşebilmektedir. Çünkü çeşitli sebepler olayların sürekliliğini sağlamaktadır.

(43) TÜRK BEN, Yücel, agm. s. 128.

(44) Cumhuriyetin 75. Yılında Siirt, Siirt Valiliği Yayını, Ankara 1998, s. 163.

Kan gütmeye olaylarının önlenmesi için devletimizin alması gereken tedbirleri şu şekilde toplamak mümkündür.

### A–Ekonomik Tedbirler

Olumsuz ekonomik koşulların doğurduğu bunalımların suçluluk ile yakın ilişkisi olduğu bilinmektedir. Genellikle ekonomik bunalımların işsizliğe yol açtığı ve mülkiyete karşı suçları çoğalttığı kitle haberleşme araçlarından öğrenilmektedir.

Fakirliği, suç işlemeye yönelten toplumsal etmenlerin başına saymak gerekir. Fakirliği belirleyen göstergelerin başında işsizlik ve toprak mülkiyeti gelmektedir. Kan güdülen bölgelerdeki toprağın azlığı, toprağa ve dolayısıyla mülkiyete insan sevgisinden üstün değer verilmesi sonucunu doğurmuş, “namus” kavramına değişik anlamlar verilerek kültürel yoksunlukların da etkisiyle bölge insanının ruhsal yaşantısı diğer yörelerden kolaylıkla ayırt edilebilir sinirli, hırçın, inat bir insan tipinin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Kan gütmeye nedeni ile adam öldürme eylemlerinin kökeninde, küçük bir alacak meselesi, yanlış anlama gelebilen bir söz, küçük çapta sınır ve toprak ihtilaflarının yattığını görmek olasıdır<sup>(45)</sup>.

Toprak ihtilaflarının önlenmesi için, Tapu kadastro hizmetlerini özellikle kırsal ve kan gütmeye bölgelerinde öncelikle ele alma ve hızlandırma yoluna gitmek gerekir. Toprak mülkiyeti kesin kayıtlara bağlanarak, kadastro konusunda alınacak hukuksal tedbirlerle birlikte sınır ve benzeri çekişmeler en aza indirilmelidir.

Bölgede zaten az olan arazilerin verimli hale getirilmeleri açısından üretim ıslahı gibi konular üzerinde titizlikle durulmalı, bölge halkının kısa

(45) Kan Davası Seminer Çalışması, s. 74.; Ayrıca Bkz. H. Yaver AKTAN, “Suç ve Suçluluk Üzerine Kriminolojik Bir Yaklaşım”, Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1988, Yıl: 79 Sayı: 2, s. 96 vd.

sürede daha verimli uğraş ve gelir düzeyine ulaşması sağlanmalıdır.

Ülkemizin şu anda en büyük sorunu olan işsizliği önleyici tedbirlere öncelikle yer vermek gerekir.

### **B–Hukuksal Tedbirler**

Kan gütmelerin sıkça görüldüğü bölgelerde, başarılı idare personeli ile başarılı ve çalışkan Adliye personelinin görev yapmasına özen gösterilmelidir. Bu bölgelerde görev yapan ve başarılı olan personel görev bitiminde mümkün olduğunca istekli buldukları bölgelere atandırılmalıdır. Bu suretle yerlerine gelen personele de, iyi çalışmalarının karşılığının verildiği gösterilmelidir.

Bilhassa Adliye mekanizmasının seri ve adil olarak çalışması toplumda devlete olan güveni artırır. Böyle bir uygulama, kan gütmeye zincirinin de başlamasına engel olur.

Yine bu bölgelerde görev yapan güvenlik güçlerinin, tam kadro ve en gelişmiş teknolojiye sahip araç gereçle çalışmaları temin edilmelidir.

Kişilere silah ruhsatı verilmesinde daha titiz davranılmalı, bilhassa taşıma ruhsatı verilmesi iyi bir inceleme neticesi olmalıdır.

Bu tür suçlulara cezaevinde özel eğitim uygulanmalıdır. Suçluya toplumsallık duygu ve düşüncesi aşılmalıdır. Çocuğu suç işlemeye azmettirenlerin de mutlaka cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

### **C–Eğitsel Tedbirler**

Kan gütmeye olaylarının sık görüldüğü bölgelerde, eğitim hizmetleri hiç-bir aksaklığa uğramayacak şekilde verilmelidir.

Milli Eğitim Bakanlığının önderliğinde bütün kitle haberleşme araçları ile kan gütmeye ilişkin meşru bir davranış olmadığı hakkında halkı bilgilendirme

yayımları yapılmalıdır.

Kan davası güdülen bölgelerdeki camilerde, kan davasının dini esaslara aykırı bulunduğunu telkin üzere din görevlilerine görev verilmeli ve bu husus takip edilmelidir. Zira bu bölgelerde “intikam alanın cennete gideceği” inancı hakim bulunmaktadır.

Kan davası güdülen bölgelerde görevli idarecilerin, adliye görevlilerinin, eğitimcilerin sahip oldukları, otorite ve itibarlarından faydalanarak, aralarında kan davası bulunan aileleri barıştırmak, kan gütmenin meşru olmadığı hakkında bu kişileri bilgilendirmek gibi çalışmalar yapmaları yararlı olacaktır.

Öngörülecek bütün bu tedbirlerin; özellikle kan gütme saikiyle adam öldürmenin bir nevi vazife şeklinde benimsendiği, gençlere bu telkinin yapıldığı yörelerde bir nevi yenedünya görüşü getirecek biçimde seçilmesi ve uygulanması gerekir.

## SONUÇ

Kan gütme bir zamanlar aralarında yakın hatta bazen samimi ilişkiler bile var olan genellikle iki hısımlık grubu arasında meydana gelmiş bir düşmanlık ilişkisidir.

Kan gütme olayları, genellikle ülkemizin kırsal kesimlerinde zaman zaman meydana gelen ve birçok aileleri etkileyen çağdışı bir davranıştır. Kan gütme, aynı zamanda ülkemizin sosyal, ekonomik ve kültürel kalkınmasını menfi yönden etkileyen acı bir gerçektir.

Kan gütme olayları, nitelikleri nedeniyle bölgede huzursuzluğu ciddi şekilde arttıran bir olgudur. Asayişci ciddi bir şekilde olumsuz yönde etkiler.

Öldürme fiillerinde kan gütmenin süregelmesinin nedeni tek değildir. Çok yönlü toplumsal sorundur. Çevrenin kan güden kimseleri çeşitli biçim-



lerde öç almaya teşvik etmesi önemli bir sebeptir. Çevrenin teşvik ve telkinleri neticesi bireyin iradesi tamamen yok olmakta adeta kişinin iradesini çevrenin iradesi almaktadır.

İnsanları tanımak güç bir iştir. Her insanın bir kişilik yapısı vardır. Kişilik bir insanı başkalarından ayıran ve bireye özgü olan bedensel ve ruhsal özelliklerin bütünü olarak kabul edilmiştir. Kişilik bir insanın bütün ilgilerinin, tutumlarının, yeteneklerinin, konuşma tarzının dış görünüşünün ve çevresine uyum biçiminin özelliklerini içeren bir terimdir. Fiziki kusurlar kişide değer eksikliğini şiddetlendiren, ruhsal yapısının normal seyrini bozan bir etken olarak varlığını hissettirir. Olumlu yönde çalışma ve eğitim, ruhsal bünyenin tamirinde önemli rol oynar. Ekonomik şartların elverişsizliği, kişide değer eksikliğini kuvvetlendiren önemli bir etkidir.

Maddi ve manevi sorunlarla dolu bir ailenin bireylerinin devamlı birbirleriyle tartışma ortamında bulunmaları, dışa da yansiyarak geçmişte yaşanan olayların kin, nefret, intikam duyguları ile yeniden canlanmasını ve kan gütme ortamına sokması mümkündür.

Ayrıca, işsizliğin yarattığı sinir gerginliğinin de, kişilerin ufak ağız kavgalarını şiddetli kavgaya dönüştürmesinde önemli rolü vardır. Bunun için biz, suç ve suçlulukla mücadele de ülke ekonomisinin en mükemmel olmasının amaçlanması gerektiği görüşünderiz.

Silahın, eğitim seviyesi ayırt etmeden her elde öldürücü bir alet olduğu gerçeği kabul edilmelidir. Öfke ve şiddet duygusu her insanda bulunmaktadır. Ancak eğitim sadece bunu bastırmaya yarar. Bu nedenle silah ruhsatı verilirken, öfke kontrolü konusunda problemi olan kişilere silah ruhsatı verilmemelidir. Genelde silah ruhsatı için müracaat eden kişilere, sadece ruhsatı neden almak istediği sorulmakta, muayene ise çok kısa bir sürede tamamlanmaktadır. Bunun yanında kendilerine olumsuz rapor verilen kişilerce şiddete, tehdit-

de maruz kalan birçok psikiyatri uzmanı da bulunmaktadır.

Önemli bir konu da, Türk Ceza Kanunu'nda 82. maddede; kasten adam öldürme suçunun, “Kan Gütme Saikiye” işlenmesi halinde, kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş, kan gütmenin tanımı yapılmamış olduğundan; mahkemelerin ve Yargıtay'ın bu maddeyi tatbik ederken çok titiz olmaları gereğidir. Bilhassa Yargıtay denetleme görevini yaparken mahalli mahkemenin kanaatine önem vermelidir. Zira mahalli mahkemenin faili gözlemesi ile dosya üzerinden karar veren Yargıtay'ın dosyayı incelemesi arasında mahalli mahkeme lehine bir fark vardır. Mahalli mahkeme sanığı birebir görür. Suçtan sonraki davranışlarını birebir müşahade eder ve buna göre suç öncesi davranışları ile suç sonrası davranışları arasında bağlantı kurar. Değerlendirmesini ona göre yapar.

### **KAYNAKÇA**

**AKTAN, H. Yaver:** “Suç ve Suçluluk Üzerine Kriminolojik Bir Yaklaşım” Adalet Dergisi, Yıl: 79, Sayı: 2, Mart-Nisan 1988.

**AKSOY, Mustafa:** Kültür Sosyolojisi Açısından Doğu Anadolu, İstanbul 1996.

**ARAL, Vecdi:** “Hukukta İnsan” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 71, Sayı: 1, Mart 1997.

**ARTUK, Emin:** “Suç Genel Teorisi”, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.

**ARTUK, Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2002.

**AVCIOĞLU, Doğan:** Türkiye'nin Düzeni, Cilt 2, Bilgi Yayınevi, Ankara 1969.

**BAKICI, Sedat:** Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994.

**BEYSANOĞLU, Şevket:** Diyarbakır Folklorunda-Gelenekler-Görenekler-Adet ve İnanmalar, San Matbaası, Ankara 1995.

**CİHAN, Erol:** “Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50. Yılı ve Geleceği” TCK’nın 50. Yılı ve Geleceği, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.

**CİN, Halil:** İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974.

**DAĞ, Rifat-GÖKTÜRK, Atilla:** GAP Yeniden Yapılanmalıdır, Diyarbakır Ticaret ve Sanayi Odası Yayını (Tarih yok), Ankara.

**DOĞAN, Yalçın:** “Onlar Töreden Kurtulmayı Başaran Kadınlar” Hürriyet Gazetesi, 17.04.2005.

**DÖNMEZER Sulhi:** Kriminoloji, 8. Baskı, Beta Yayını, İstanbul 1994.

**DÖNMEZER Sulhi:** Sosyoloji, 9. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1984.

**DÖNMEZER Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Baskı, Beta Yayını, İstanbul 1995.

**DÖNMEZER Sulhi:** Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.

**DÖNMEZER Sulhi:** “Kriminoloji Açısından Kan Gütme Saiki ile İşlenen Suçlar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 40. Yıl sayısı, Cilt: XL, Sayı 1-4, İstanbul 1974.

**DÖNMEZER Sulhi:** “İçtihatlarla Kan Gütme Saiki” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, İstanbul 1977.

**DÖNMEZER Sulhi-ERMAN, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1974.

**DÖNMEZER Sulhi-ERMAN, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, 2. Bası, İstanbul 1981.

**ERCAN, Fuat:** Toplumlar ve Ekonomiler, 1. Baskı, İstanbul 1996.

**ERKAL, Mustafa:** Sosyoloji, 7. Baskı, İstanbul 1996.

**GÖKALP, Ziya:** Kürt Aşiretleri Hakkında Sosyolojik Tetkikler, Baskıya hazırlayan: Şevket BEYSANOĞLU, İstanbul 1992.

**GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat:** Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. IV, İstanbul 1981.

**GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat:** “Kan Gütme Cürümleri”, Vatan Gazetesi, 25 Temmuz 1952.

**GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat:** “Kan Gütme Cürümleri”, Adalet Dergisi, Yıl: 43, Sayı: 10, Ekim 1952.

**GÜRELLİ, Nevzat:** “Kan Davası Nedeniyle Adam Öldürmeler Konusunda Alınması Gereken Sosyal, İdari ve Hukuki Tedbirler Hakkında Rapor” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 3-4, Cilt: XLI, İstanbul 1976.

**HEKİMOĞLU, Ahmet:** “İrz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme” Adalet Dergisi, Yıl: 79, Sayı: 2, Mart-Nisan 1988.

**İŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, Kazancı Yayını No: 116, İstanbul 1992.

**İÇEL, Kayıhan-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, Fatih, S.-ÜNVER, Yener, İÇEL Suç Teorisi,** İstanbul 1999.

**Kan Davası Seminer Çalışması (25 Mayıs 1974 Trabzon), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 17, Sevinç Matbaası, Ankara 1975**

**KARATAŞ, Muhammed:** “Sosyoekonomik Gelişimde Yapısal Değişim”, Stratejik Araştırmalar Dergisi, Genel Kurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüd Başkanlığı Yayını, Sayı: 1, Ankara 2003.

**KEYMAN, Selahattin:** Kan Gütme Saiki İle Adam Öldürme, Türk Hukuk ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Editörler: Adnan GÜRİZ-Peter BENEDICT, Ankara 1974.

**KONGAR, Emre:** 21. Yüzyılda Türkiye, Remzi Kitabevi, 25. Basım, İstanbul 2000.

**KONGAR, Emre:** Toplumsal Değişme Kurumları ve Türkiye Gerçeği, 4. Baskı 1985.

**KONYAR, Basri:** Diyarbakır Yıllığı, Ankara 1936.

**KÖKNEL, Özcan:** Genel ve Klinik Psikiyatri, İstanbul 1989.

**ÖNDER, Ayhan:** Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

**ÖNDER, Ayhan:** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

**PEKİNER, Visalettin:** “Kan Gütme Cürümleri ve 3236 sayılı Kanun” Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 3, Ankara 1960.

**ŞENER, Sami:** Sosyoloji, Sosyal Bilimlere Alternatif Yaklaşım, 3. Baskı, İstanbul 1998.

**TANER, Tahir:** “Türk Ceza Kanununun 09.07.1953 Tarihli ve 6123 sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XIX, Sayı: 3-4, İstanbul 1953

**TEZCAN, Mahmut:** Kan Gütme Olayları Sosyolojisi, Eğitim Fakültesi Yayını, Ankara 1972.

**TEZCAN, Mahmut:** “Kırsal Topluluklarımızda Tercihli Evlilik Tiplerinin İşlevsel Çözümüne, Aile Yazıları” T.C Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayını, Bilim Serisi, 5/4, 2. Bası 1991.

**TEZCAN, Mahmut:** “Türkiye’de Kan Davası ve Önlenmesi Çareleri” Adalet Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 8, Ağustos 1974.

**TÜRKBEN, Yücel:** “Kan Gütme Olayları ve Mülki İdare Amirleri” Türk İdare Dergisi, Cilt: 48, Sayı: 357, Ankara 1977.

**ÜNSAL, A.:** “Kan Gütme Geri Kalmışlığın Alın Yazısı mı?” Cumhuriyet Gazetesi, 13.06.1973.

**YALKUT, Necdet:** “Çeşitli Yönleriyle Kan Gütme”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan, 1978

**YASA, İbrahim:** “Gecekondu Topluluklarında İş-Güç Çeşitleri ve Ekonomik Düzen” Ankara 1972.

**YÜCE, Turhan Tufan:** Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: 1, Manisa 1982.

**YÜKSEL, Turgut:** Son Yargıtay Kararlarıyla Birlikte Tatbikatta Adam Öldürme Cürümleri, İstanbul 1982.



**KORUMA TEDBİRİ OLARAK ADLİ ARAMA**

*Mehmet KAHRAMAN* (\*)

**ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I-ARAMA KAVRAMI, II-ADLİ ARAMA, A-ARAMANIN HUKUKİ DAYANAKLARI, 1-ULUSLARARASI BELGELERDE, a-İHEB, b-MSHS, c-AİHS, 2-ULUSAL BELGELERDE, a-Anayasa, b-Ceza Muhakemesi Kanunu, c-Sıkıyönetim Kanunu, d-Olağanüstü Hal Kanunu, e-Kaçakçıkla Mücadele Kanunu, f-Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, g-Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, h-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, B-ARAMANIN ŞARTLARI, 1-ŞÜPHE BAKIMINDAN, 2-KİŞİ BAKIMINDAN, a-Genel Olarak, b-Arama Kararını Vermeye Yetkili Merciler, aa-Olağan Yetki, aaa-Arama Kararının Şekli, bbb-Arama Kararının İçeriği ve İlgiliye Tebliği, bb-İstisnai Yetki, aaa-Gecikmede Tehlike Bulunması, bbb-Cumhuriyet Savcısının Arama Emri, ccc-Kolluk Amirinin Yazılı Emri, ddd-Arama Emri veya Kararı Gerekmeyen Haller, eee-Aramanın Hâkim Onayına Sunulması, c-Aramaya Maruz Kalanlar, aa-Gerçek Kişiler, aaa-Şüpheli, bbb-Sanık, ccc-Üçüncü Şahıslar, ddd-Avukatların Üst ve Bürolarında Arama, eee-Hâkimler ve Savcılar Hakkında Arama, fff-Diplomatik Dokunulmazlığı Olan Kişilerin Aranması, ggg-Milletvekillerinin Aranması, bb-Tüzel Kişiler, 3-ZAMAN BAKIMINDAN, a-Genel Olarak, b-Gündüz Yapılacak Aramalar, c-Gece Yapılacak Aramalar, 4-YER BAKIMINDAN, a-Konut ve İşyerlerinde Arama, b-Üst ve Eşyada Arama, c-Araçlarda Arama, d-Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, e-Askeri Mahallerde Yapılacak Aramalar, C-ARAMA KARARI/EMRİNİN İCRASI, 1-Hâkim ve Savcı Tarafından Arama, 2-Kolluk tarafından Yapılan Arama, 3-Aramada Hazır Bulunacak Kişiler, a-Arama Yapılan Yerin veya Eşyanın Zilyedi, b-İşlem Tanıkla-**

(\*) Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi Hakimi

*rı, c–Avukatlar, 4–Aramadan Önce Kişinin bilgilendirilmesi, 5–Aramada Zor Kullanma, 6–Arama Tutanağı ve İlgiliye verilecek Belgeler, 7–Aramada Ele Geçirilen Eşyaların Kayıt Altına Alınması, D–ARAMANIN SONA ERMESİ, III–HUKUKA AYIKIRI OLARAK YAPILAN ARAMANIN SONUÇLARI, A–Delil Olarak Kabul Edilmemesi/Delil Yasağı, B–Cezai Sorumluluk, C–Ölçüsüz Yapılan Arama Nedeniyle Tazminat Hakkı ve Tazmin Sorumluluğu, IV–ARAMA KORUMA TEDBİRİNDE KANUN YOLU MUHAKEMESİ, V–SONUÇ, KAYNAKLAR*

## GİRİŞ

Suç ve suçlularla mücadele ile insan hakları arasında sıkı bir ilişki vardır. Suçun önlenmesi veya işlenen suçun iz ve emarelerinin ortaya çıkarılması amacıyla bazı hallerde kişi hak ve özgürlükleri kısıtlanmaktadır. Bir taraftan kişilerin özel hayatına ve özgürlüğüne müdahale edilirken diğer taraftan toplumu ve bireyleri korumak ve sosyal yaşamı düzeni sağlama amacı çatışmaktadır. Bu iki yararın bir arada sağlanması zaman zaman güç olmakta ancak dengenin kurulması da bir zorunluluktur. Özel hayata müdahale sayılabilecek eylemlerden bir tanesi de kişilerin, üstü, evi, eşyaları, arabası, işyeri ve yakınlarına ait yerlerin aranmasıdır. Arama hem suçluların yakalanması hem de suça ilişkin delillerin aranması amacı ile yapılabilir. Her iki durumda da kişilerin masuniyeti kabul edilen özel alanlarına müdahale edilmektedir.

Anayasamızın 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile değişen 20 ve 21. maddelerinde yer alan, “özel hayat”, “aile hayatı” ve “konut masuniyeti” hakkına dokunulamayacağı belirtilerek söz konusu haklar güvence altına alınmıştır. Ancak istisnai olarak Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği durumlarda yönteminde verilmiş yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı makamın yazılı emri ile bu özgürlüklerin sınırlandırılacağı ve dokunulmazlığın kaldırılacağı öngörülmüştür. Anayasamızda yapılan değişikliklerden sonra, Polis Vazife ve Salahiyetleri



Kanunu'nun 9 ve 13. maddeleri değiştirilmiş, aramaların nasıl yapılacağına ilişkin kanun boşluğunu doldurmak üzere 24 Mayıs 2003 tarihli 25117 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" yürürlüğe girmiştir. 01.06.2005 tarihinde 1412 sayılı CMUK yürürlükten kaldırılarak 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmiştir.

Arama işlemi Ceza Muhakemesi Hukukunda bir koruma tedbiri olarak benimsenmiştir. Arama, suçun işlenmesini önlemek için yapılabileceği gibi suçun delillerinin ortaya çıkarılması veya yakalanılması istenen bir şahsın yakalanması amacıyla yapılabilir. Suç nedeniyle yapılan adli arama, 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>(1)</sup> Birinci Kitap'ın "Koruma Tedbirleri" başlıklı Dördüncü Kısım'ın "Arama ve El Koyma" alt başlıklı Dördüncü Bölümünde, 116-134 maddeleri arasında düzenlenmiştir. CMK'da yapılan bu ayrıntılı düzenlemeler ile adli aramalarda yasal zemin sağlanmıştır. Kurallar açıkça ortaya konulmuş ve eski kanunlarda yer almayan ihtiyaçlara cevap verecek yeni hükümler getirilmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde yer alan hükümlerin pek çoğu CMK'ya alınmıştır. Bazı düzenlemelerde ise yönetmeliğin dışında hükümler getirilmiştir. CMK ile yönetmelik pek çok noktadan çatışır duruma geldiğinden artık adli aramalarda yeni CMK'ya uygun yeni bir yönetmelik çıkarılması zorunlu hale gelmiştir. Bu amaçla CMK ile birlikte 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliği yürürlüğe konmuştur.

Arama sadece suç işlendikten sonra yapılmaz. Bazen suç işlenmesinden önce suç işlenmesini önlemek genel asayiş ve düzenin korunması amacı ile denetleme ve kimlik kontrolü şeklinde de arama yapılabilir. Bu durumda artık adli arama yerine "önleme araması" (İdari Arama) kavramı kullanılmaktadır. Tabii ki arama sonucu adli bir vakaya ilişkin bir tespit yapılmışsa idari aramaktan çıkıp adli bir soruşturma başlamış olacaktır. Adli ve önleme aramaları

(1) Bkz. Resmi Gazete Tarih: 17.12.2004, Sayı: 25673.

ile ilgili düzenlemeler benzerliklerine rağmen farklı düzenlemeler içermektedir. Ancak çalışmamızın konusu adli soruşturma kapsamında aşağıda tanımı ve özellikleri belirtilen ve koruma tedbirlerinin bir parçası sayılan arama işlemidir. Suç işlenmesi amacıyla idari aramalar da denilen Önleme araması bu çalışmanın konusu dışındadır. Çalışmamızda adli aramanın şartları, icrası, usulleri, aramanın özellikleri, sonuçları ve hukuka aykırı yapılan aramaların sonuçları açıklanmaya çalışılacaktır.

## I-ARAMA KAVRAMI

Sözlük anlamı itibariyle *taharri*, *araştırma* anlamına gelen “*arama*” gözle görülemeyen, kulakla işitilemeyen, koklamayla hissedilemeyen (üç temel duyu ile algılanamayan) bir nesnenin veya kişinin araştırılması faaliyettir<sup>(2)</sup>. Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama, doktrinde, yakalama veya delil elde etmeye amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü kişinin konut veya sair yerlerinde üstünde eşyasında yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır<sup>(3)</sup>.

Arama tedbiri kavramı 5271 sayılı CMK’da tanımı yapılmamış, sadece aranacak kişileri ve nerelerde arama yapılacağı ifade edilmemiştir<sup>(4)</sup>. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5. maddesinde Adli Arama başlığı altında “adli arama” ve kapsamı şu şekilde tanımlanmıştır. “*Adli arama; bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yaka-*

(2) Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, c. 1, Ankara-1987.

(3) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12. Bası, İstanbul-2003, s. 770; ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Ankara, 1999, s. 17, YENİSEY, Feridun: “İnsan Hakları Açısından Arama El Koyma Yakalama ve İfade Alma”, Ankara-1995, s. 61, YURTCAN, Erdener: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat”, c. 1 s. 736, İstanbul-1986

(4) Ancak Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin m. 113/1’te “Jandarmanın Adli Göreve İlişkin Arama Yetkisi” başlığı altında aramanın bir tanım yapılmıştır: “... şüphelinin, sanığın ve delil olabilecek ya da zorunlu konuları eşyaların elde edilmesi için yürütülen araştırma faaliyettir.”

*lanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle bir kimsenin, özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.”*

Arama Anayasal olarak güvence altına alınan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir koruma tedbiridir.<sup>(5)</sup> Bu bakımdan, Arama ile ilgili sorunlar birer insan hakları ihlali olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasaya uygun olarak yasalarda hangi hallerde aramanın yapılacağı özel olarak öngörülmektedir.

Teknik olarak “arama” için, gizli ve saklı bir eşya veya kişinin meydana çıkarılması için Devlet tarafından bir araştırma yapılması gerekir. Ortada bulunan bir şey, “el koyma”, kişi “yakalama” işlemine muhatap olur. Zabıta memurunun, gözüyle gördüğü koklayarak algıladığı veya işiterek varlığını anladığı suç emareleri arama kavramı dışında kalır<sup>(6)</sup>. Anayasamızın arama hukuku ile ilgili olarak öngördüğü sınırlamaların uygulanabilmesi için, yapılan işlemin, teknik anlamda “arama” olması gerekir<sup>(7)</sup>. Mesela, “denetim” veya “kimlik sorma”, arama değildir.

Arama koruma tedbiri, amacı bakımından ikili bir ayrıma tabi tutulabilir: Birincisi şüpheli ve sanığın yakalanması, ikincisi de delil elde etme amacıdır. Ancak arama faaliyeti sırasında usulü işlemler bakımından, “amaç” bir farklılık yaratmamakla birlikte aramanın yapılma usullerinde farklılıklar orta-

(5) CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 1. Bası, İstanbul, 2003, s. 274, ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 6. Bası, Ankara, 2001, s. 620, ÖZBEK, V.Özer: age, s. 18,

(6) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 684

(7) SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara-1995, s. 616.

ya çıkmaktadır.

Arama Koruma tedbiri olduğu için diğer koruma tedbirlerinin özelliklerini ve bunlara hâkim olan ilkeleri içerisinde barındırır<sup>(8)</sup>. Diğer koruma tedbirleri gibi arama işlemi de suçluluğu ispat edilmemiş kişilerin temel hak ve hürriyetlerini kısıtlar. Bu nedenle bir ceza olmayıp geçici olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca yargılamanın sağlıklı olarak yapılmasını sağlamak, yakalama ve el koyma için amaç değil araçtır. Arama kararı veya emri verilirken veya arama yapılırken, Anayasanın temel ilkeleri olan hukuk devleti, temel hayatın korunması ve özel hayatın masuniyeti ilkeleri gözetilerek amaç ile orantılı olacak şekilde, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla yapılması gerekir. Ayrıca yakalama bir yana delillerin araştırılması yasal ve ahlaki olmalıdır<sup>(9)</sup>.

## II-ADLİ ARAMA

### A-ARAMANIN HUKUKİ DAYANAKLARI

#### 1-ULUSLARARASI BELGELERDE

Arama koruma tedbiri, devletin yetkili organlarınca, egemenlik haklarına dayanılarak adli birimlerce yapılsa da, temel hak ve özgürlüklere ilişkisi nedeni ile uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlemeler getirilmiştir. Aşağıda kısaca belirtilecek üç uluslararası belgede de arama koruma tedbiri, özel hayata müdahale kapsamında değerlendirilerek keyfiliğe yol açmayacak şekilde yapılması ilkesi benimsenmiştir.

#### a-İHEB

10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, ülkemizde

(8) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 21

(9) SELÇUK, Sami: "Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti", Yargıtay Dergisi, S. 2, Ocak 1987, s. 87

kabul edilmiş, 27 Mayıs 1949 tarihli resmi gazete ile yayınlanarak iç hukukun bir parçası olmuştur. Bu belge, doğrudan bağlayıcı hükümler ve yaptırımlar öngörmemekle beraber temel hak ve özgürlükleri evrensel anlamda düzenlemiştir. Beynamede, arama koruma tedbiri ile ilgili doğrudan bir düzenleme yapılmamış olup 12. maddesi “Kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu tür karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır” denilerek kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliği taşıyan arama işleminde de keyfiliğe izin verilemeyeceği kabul edilmiştir.

### b-MSHS

Birleşmiş Milletler Medeni Ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen “Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi”ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladı. Sözleşmenin 17. maddesinde “Mahremiyet Hakkı” başlığı altında,

“1.Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2.Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.” düzenlemesi yapılmıştır.

### c-AİHS

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi<sup>(10)</sup> özel hayatı, aile hayatı-

(10) AİHS Madde 8-Özel hayatın ve aile hayatının korunması

ni ve konut dokunulmazlığını güvenceye almış; hangi durumlarda sınırlanacağına dair temel kuralları belirlemiştir. Sözleşmenin 8/2 maddesindeki istisnalar dışında Özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir arama işlemi sözleşmenin de ihlali sayılacaktır.

AİHS'in 3 maddesi ile insan onuru koruma altına alındığından, insan onuruna yakışmayacak şekilde arama yapılması yine sözleşmenin ihlali niteliği taşır.

Anayasamızın 90/1 ve 2 maddesine göre iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), temel hak ve hürriyetler noktasında hem Anayasamızı hem de yasalarımızı etkileyip şekillendiren bir belgedir. AİHS temel hak ve hürriyetleri saymakla beraber bunları koruyucu uluslar üstü kurumlar da öngörmüştür. İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmeye taraf olan devletlere karşı, insan hakları ihlalleri ile ilgili devletlerin ve bireylerin başvurularını karara bağlayıp taraf devletlere karşı yaptırım uygulayabilmektedir.

## 2-ULUSAL BELGELERDE

### a-Anayasa

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası; özel hayatın, aile hayatının ve konut dokunulmazlığının korunmasını 20 ve 21. maddede<sup>(11)</sup> AİHS'in 8. mad-

1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makâmın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir.

#### (11) A. Özel hayatın gizliliği

**AY. MADDE 20.**—Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 03.10.2001-4709/5 md.)

(Değişik: 03.10.2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca

desine paralel olarak düzenlemiştir. Ancak başlangıçtaki düzenleme, arama emri bakımından yazılılık koşulunu öngörmediğinden yasal güvenceler yeterince hayata geçirilememiş, böylece keyfi uygulamalar yaygınlığını korumuş, insan haklarının sürekli ihlale uğradığı bir alan olmuştur. Ancak, 03.10.2001–4709/5 madde ile yapılan değişiklikle yazılılık şartı getirilmiş, bu aşamadan sonra yapılan yasal düzenlemeler ve yönetmeliklerin hazırlanması çok tartışılan bir hukuki sorun olmuştur. CMUK'un 97. maddesindeki aykırı düzenleme 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girişine kadar geçerliliğini korumuştur.

### **b–Ceza Muhakemesi Kanunu**

Adli aramalar konusunda temel düzenleme usul kanunlarında yapılmıştır. Anayasanın doğrudan uygulanması ve uygulayıcılar tarafından yorumlanması güç olduğu göz önüne alınırsa önemi daha da belirginleşecektir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m. 116–121), 1412 sayılı CMUK'un 94. ve 95. maddelerindeki düzenlemelere paralel olarak, fakat bundan daha anlaşılabilir ifadelerle, kişi özgürlüğünü koruyacak şekilde, şüpheli veya sanıkla ilgili aramayı bunlar dışındaki diğer kişilere yönelik aramadan ayırt ederek ayrıntılı olarak düzenlemiştir. CMK'da, CMUK'dan farklı düzenlemelere de yer verilmiş ve uygulamada ortaya çıkan tereddütleri giderecek şekilde arama koruma tedbirinin icrası bir takım şartlara bağlanmıştır. Böylece, kanun koyucu, şüpheli veya sanıkla ilgili arama ile diğer kişilere yönelik arama ve

bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

#### **B. Konut dokunulmazlığı**

**AY. MADDE 21.–(Değişik: 03.10.2001–4709/6 md.)** Kimsenin konutuna dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

avukat yazıhanesinde gerçekleştirilecek arama hususlarında dengeli bir şekilde düzenleme yapmak suretiyle savunma hakkını ve aranan kişinin hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlamıştır.

CMK'ya göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüphelinin veya sanığın<sup>(12)</sup> üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (m.116). Böylece, CMUK m. 4'deki "umulan haller" kavramı yerine, yeni kanunda, yerinde bir düzenleme yapılarak, daha çok şüphenin yoğunluğunu içeren "makul şüphe" ibaresi konulmuştur.<sup>(13)</sup>

CMK m. 117 uyarınca, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Maddede bu hallerde aranmanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuştur. Ancak bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığı da ifade edilmiştir. Böylece, örneğin, meşhut suçun söz konusu olduğu sıcak takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya diğer bir delili üçüncü kişinin konutuna atması halinde buralarda da arama yapılması mümkün olabilecektir<sup>(14)</sup>.

Yeni CMK m. 118, daha önce olduğu gibi, kural olarak geceleyin konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapılamayacağını hükme bağlamış ve ancak suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ya-

(12) Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa göre (m.1/a, b, e, f), şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi; sanık ise, iddianamenin kabul edilmesi ile suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir.

(13) SOKULLU AKINCI, Füsün: "Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları", İstanbul, 1986, s. 139.

(14) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: "Ceza Muhakemesi Hukuku", 6. Bası, Ankara, 2001, s. 628.



kalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar bakımından buna izin vermiştir<sup>(15)</sup>. Maddeden de anlaşılacağı gibi, firar eden yakalanan veya gözaltına alınan kimsenin yakalanması amacıyla da geceleyin konut dâhil kapalı yerlerde arama yapılması mümkün hale getirilmiştir.

### c-Sıkıyönetim Kanunu

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun “görev ve yetki” başlıklı 3 maddesinde “Sıkıyönetim Komutanı; Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla görevlidir. Ayrıca, gerektiği hallerde aşağıda yazılı tedbirleri almaya yetkilidir.” dedikten sonra arama ve el koymaya ilişkin (a) bendinde; “Konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaları, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz (Özerk müesseseler dâhil) müesseseler ve bunlara ait müştemilat ve her türlü kapalı ve açık yerleri mektup, telgraf ve sair mersuleleri ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlardan sübut vasıtaları olan yahut zor alıma tabi bulunan eşyayı zapt etmek” olarak arama işlemini sıkıyönetim komutanının iznine bağlamıştır.

Bu kanunun 18. maddesinde ise usul hükümleri düzenlenmiştir:

a) Sıkıyönetim bölgesi dışında işlenen suçlarla ilgili davalara ilişkin sıkıyönetim askeri mahkemelerinin yetki sınırları sıkıyönetim ilanını müteakip Milli Savunma Bakanlığınca genel hükümlere göre saptanır ve ilan olunur.

b) Sanığın soruşturma sırasında tutuklanıp tutuklanmayacağına veya tutukluluk halinin devamına ilişkin kararı, sıkıyönetim askeri mahkemesinde hâkim sınıfından olan üyelerden birisi verir. Bu kararlara karşı itirazı incelemeye, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu-

(15) ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Ankara, 1999, s. 102.

nun 74, 75'inci ve bu Kanunun 19'uncu maddesinde belirtilen askeri mahkemelerin hâkim sınıfından olan üyelerinden birisi yetkilidir.

Zapt ve arama kararları hakkında da bu hüküm uygulanır.

#### **d–Olağanüstü Hal Kanunu**

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu 11. maddesi, “Şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler” başlığı altında:

“Bu Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9'uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir:

a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak,

b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak,

c) Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak” ve diğerleri olmak üzere 16 bent halinde düzenleme yapmıştır. Buna göre Olağanüstü hal bölgelerinde arama sınırları konusunda çok ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Olağanüstü Hal ilan edilen yerlerde arama yapılması konusunda 14 madde uyarınca il valisi veya bölge valileri yetkili ve görevlidir.

#### **e–Kaçakçıkla Mücadele Kanunu**

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz (Yönetmelik madde 7). Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Mülki amirler, gümrük ve gümrük muhafaza amir ve memurları, Emniyet, Jandarma

ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel bu Kanunun suç saydığı fiilleri önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlüdür.” Kanunun 17/1 maddesi “16 maddede sayılanların bu kanuna göre aramalara da yetkili olduğunu”; 17. maddesinin 2. fıkrası ise, “Kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılabileceğini”; 17. maddesinin 3.fıkrası da “Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılmasının... bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile olabileceğini, Mülki amirin veya Cumhuriyet Savcısının verdiği yazılı emrin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağını, Hâkimin, kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağını, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağını...” belirtmiştir.

#### **f-Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu**

Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu (PVSK) polise hem idari hem de adli aramaya ilişkin yetki vermiştir. Adli aramalar hususundaki yetkisi 03.08.2002 tarihli değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir. Ancak buradaki düzenlemeler genel olarak aramanın diğer türü olan, asayiş, kamu düzenini sağlamak, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kolluk görevlilerince yapılan önleme aramasıdır. Önleme araması; idari bir işlemdir. Bu konuda karar mercii yine hâkimdir. Bu halde mülki makamların arama talebi üzerine ilgili Sulh Ceza Hâkimince (kabul veya redde) karar verilebilir. Bu karar adli aramada olduğu gibi itirazı kabildir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise arama emri verme yetkisi, illerde vali, ilçelerde ise kaymakama aittir.

Ancak inceleme konumuz Ceza Muhakemesindeki koruma tedbiri olan adli arama ile sınırlı olduğundan önleme aramasına ayrıntılı olarak değinil-

memiş, sadece ilgili yasa maddesi aşağıya alınmakla yetinilmiştir<sup>(16)</sup>.

### g–Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği

10.03.1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu'nun (JTGYK) 7/b maddesine göre Jandarmanın “İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.” ile görevli olduğu belirtilmiş ancak arama ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Yönetmeliğinde 31, 32 ve 33. maddelerinde jandarmanın arama yetkisi düzenlenmiştir. Ancak buradaki düzenlemeler önleme aramasına ilişkin düzenlemelerdir. Ancak Ceza soruşturması nedeni ile aramalarda CMUK'un ve diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir (JTGYK 31/son ve 33/son).

(16) PVSK Madde 9-(Değişik madde: 03.08.2002–4771 S.K./10. md.) Polis, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle;

A) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

B) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

C) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

D) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve 20. maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşulla uygun olarak girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,

E) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

F) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

G) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,

Suçun önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; suç unsurlarına el koyar ve evrakı ile birlikte Cumhuriyet Savcılığına tevdi eder.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır.

5680 sayılı Basın Kanunu kapsamına giren basılı eserlerin arama ve zaptı, genel hükümlere tabidir.

## **h-Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği**

İlk Adli ve Önleme aramaları yönetmeliği 24.05.2003 tarihinde 25117 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmesi ile birlikte Danıştay tarafından yönetmeliğin rıza ile arama hükmü iptal edilmiştir. Ancak 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmesi ile yönetmeliğin omurgası korunarak CMK ile uyumlu yeni yönetmelik kabul edilerek yürürlüğe konmuştur<sup>(17)</sup>. Çalışmamızda arama hukukuna ilişkin açıklamalarımız CMK ve yönetmelik hükümleri esas alınarak yapılmış olup yönetmelik denildiğinde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği kastedilmektedir.

## **B-ARAMANIN ŞARTLARI**

### **1-ŞÜPHE BAKIMINDAN**

Arama yapılabilmesi için öncelikle aranılan kişi veya eşyanın orada olduğunu gösteren basit<sup>(18)</sup> fakat “makul” bir şüphe bulunmalıdır. Şüphenin olumlu nedenlere dayanması, yani makul olması şarttır. “Makul şüphe” kavramı, yoruma ve takdir yetkisini kullanmaya açık esnek bir kavramdır<sup>(19)</sup>. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde m. 6’da bu kavram şöyle tanımlanmıştır: “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanaca-

(17) Bu yönetmelik için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/23170.html>, ayrıca R.G. Tarihi, 01.06.2005, Sayı: 25832.

(18) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 686

(19) ERYILMAZ, M. Bedri: age. s. 90.

ğını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.” Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; oto hırsızlığı suçundan dolayı sabıkalı olmak, tek başına aranmak için makul şüpheyi oluşturmazken, bu kimsenin uygun olmayan bir saatte araba parkında görülmesi, bu şüpheyi oluşturur<sup>(20)</sup>.

Arama işleminin yapılmasının en önemli şartı bir suç işlendiği veya suç delili elde edilebileceği yönündeki şüphenin varlığıdır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır<sup>(21)</sup>. Bu nedenlerin bulunup bulunmadığının takdiri yargıca ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına aittir. Arama için kişinin bir suçu işlemesinden başka, suça her hangi bir şekilde katıldığı ya da yataklık etmesi kuşkusu da yeterlidir.

Yasanın aradığı makul şüphenin bulunmaması halinde arama yapılamayacağı gibi elde edilen delillerde yasak delil kategorisine girecektir. Anayasa Mahkemesi de CMUK’un 94 maddesinin iptali istemi üzerine verdiği bir kararında arama yapılabilmesi için, gerekli olan şüphenin bazı olgulara dayanması ve bazı makul şüphe sebeplerinin bulunması gerektiği görüşünü belirtmiştir<sup>(22)</sup>.

Bir arama kararı verilirken, muhbir beyanına dayanılacaksa, bu takdirde tutanakta muhbirin güvenilir bir kişi olup olmadığı açıklanmalı ve muhbirin verdiği bilgiler makul şüpheyeye dayanmalı ve bu karar bağımsız bir hâkim tarafından verilmelidir. Hâkim arama kararını verirken kendisine sunulan bilgilerin tamamını değerlendirecektir. Ayrıca muhbirin güvenilir bir kişi olup olmadığına bakacak, buna kendi bilgisini de ilave edecektir. Muhbirin olay hakkında ciddi bir malumatının olması ayrıca verilen bilgilere ilişkin onu

(20) ERYILMAZ, M. Bedri: age. s. 149.

(21) ÖZBEK, Veli Özer: s. 61 Arama için basit fakat yaşanmış olaylara dayanan somut şüpheden bahsetmektedir. KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age. s. 688

(22) AYM. 31.03.1987 T., 27/8 sayılı kararı. Nakleden, KAYMAZ, Seydi: age. s. 163.

doğrulayan yan gerçeklerin mevcut olması birlikte değerlendirilerek, muhbirin güvenilir, ihbarın da ciddi olması halinde makul şüphenin varlığı kabul edilebilecektir<sup>(23)</sup>.

Arama işlemi, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi anayasal güvence altındaki hakları ihlal ettiğine göre makul şüphe şartının aranması yerindedir. Hayatın olağan akışı içinde somut olgulara dayanmayan sadece tahminden ibaret bulunan şüphe arama yapılması için yeterli sayılmayacağından buna dayanılarak arama yapılması hukuka aykırı sayılmalı, elde edilen delillerde hükme dayanak alınmamalıdır. Aksi takdirde kolluğun faaliyetlerinde keyfilik önlenmesi mümkün değildir<sup>(24)</sup>.

## 2-KİŞİ BAKIMINDAN

### a-Genel Olarak

Kolluk arama kararına ihtiyaç duyduğu durumlarda bir rapor hazırlamak mecburiyetindedir (Yönetmelik m. 7/1). Bu raporda makul şüpheliyi açıklayan bilgi ve şüphe sebebi açıklanmalıdır. Kolluk bu bilginin kaynağını da açıklamalı, aranan şey veya kişinin orada olduğuna neden inandığını izah etmelidir. Aranan şeyin ne veya kişinin kim olduğu bildirilmelidir. Aranan şey müsadereye tabi bir eşya ise, bu da ayrıca açıklanmalıdır. Kolluk hazırlamış olduğu raporu C. Savcısına sunacaktır. Savcı durumu takdir eder ve gecikmede tehlike varsa, kolluğa arama emri verir veya arama kararı almak için, Sulh Ceza Hâkimine başvurur<sup>(25)</sup>.

Kolluk, prensip olarak, kendiliğinden hâkime başvuramaz. Bunun sebebi, adli soruşturmayı yürütme yetkisine sahip Savcının takdir yetkisini kul-

(23) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 690

(24) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age, s. 555

(25) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 698

lanmasıdır. Fakat Cumhuriyet Savcısının bulunmaması veya ulaşılamaması gibi hallerde, kolluk doğrudan hâkime başvurabilir. Cumhuriyet Savcısı arama işleminin bizzat takdir edecek ivedi ise kendisi arama emri verecek, ivedi değilse hâkimden karar almak için talepte bulunacaktır (CMK m. 119/1, Yönetmelik m. 7/2).

Kanunda, aramanın şüpheli ve sanık ile diğer kişilere yönelik olması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Başka bir deyişle, tüm bu hallere ilişkin arama bakımından hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekli sayılmıştır. Ancak hâkimin karar vermesi için beklenemeyecek bir halin varlığında, Cumhuriyet Savcısına, Savcıya ulaşılmadığı hallerde ise Kolluk amirine belli durumlarda arama izni verme yetkisi tanınmıştır. Kararı veren mercie göre düzenlemeler farklılık arz etmektedir. Hâkimin karar vermesi için beklenmesinde “gecikmede tehlike” bulunmamalıdır. Gecikmesinde tehlike doğacaksa C. Savcısı arama emri verebilecektir. Ancak bu durumda yapılan aramanın kanaatimizce 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekecektir.

Arama konusunda yazılılık ilkesinin benimsenmesi, kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Zira yazılı bir karar veya emir olmamasına rağmen, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürüst işlem ilkesine aykırıdır. Yazılılık şartına uyulmaksızın yapılacak arama, hukuka aykırı olduğundan, aramayla elde edilen delillerde hukuka aykırı olacak ve hükme dayanak olamayacaktır.

## **b–Arama Kararını Vermeye Yetkili Merciler**

### **aa–Olağan Yetki**

CMK ve Yönetmeliğe göre arama işleminin yapılabilmesi için “olağan yetki” kuralına göre hâkim kararı gerekir (CMK m. 119, Yönetmelik m. 4-b,



7/1)<sup>(26)</sup>. Bu suretle, arama, belirli bir şekilde yargısal güvenceye bağlanmış; kişi hak ve hürriyetlerinin teminatını oluşturan hâkim kararı, kural olarak kabul edilmiştir. Buna göre arama yapılmadan önce Cumhuriyet Savcısı yetkili hâkimden arama talebinde bulunacak, hâkim karar verdikten sonra bu karara dayanarak arama yapılabilecektir. Arama kararı verme yetkisi Anayasa m. 20 ve 21'deki düzenlemeye bağlı olarak usulünce yetkilendirilmiş hâkime aittir. Soruşturma evresinde karar verme yetkisi Sulh Ceza Hâkimine aittir<sup>(27)</sup>. Sulh ceza hâkiminin soruşturma işlemlerini yaptığı hallerde (CMK.163/1) soruşturmayı üstlenen sulh ceza hâkimi kendiliğinden arama kararı verebilir. Kovuşturma evresinde ise, talep üzerine veya resen ilgili hâkim veya mahkeme karar verilir<sup>(28)</sup>.

Hâkim, kendisine yapılan müracaatı değerlendirerek kısa süre içinde karar vermesi gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere Hâkimin karar vermesinin beklenmesinde, herhangi bir şekilde gecikmede tehlike bulunmamalıdır. Ancak ne kadar sürede bir karar verilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme mevcut

(26) YENİSEY, Feridun: "Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu", STRAFPROZESSORDNUNG Tercümesi", Ankara-1979, s. 64, StPO m. 105/1 "Aramaya sadece hakim emir verebilir; gecikmede tehlike varsa Savcılık ve yardımcı memurları da emredebilirler "

(27) TAŞDEMİR, Kubilay-ÖZDEMİR, Ramazan: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu", Ankara-2000, s. 222

(28) Madde 119-(1) (Değişik 25.05.2005 - 5353/15 md.) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Baş Savcılığına derhal bildirilir.

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,  
b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,  
c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

Açıkça gösterilir.

(3) Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. (Mülga ikinci cümle: 25/05/2005 - 5353/15 md.)

(4) Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

(5) Askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

olmadığından şayet hâkim kararını açıklamada gecikirse Cumhuriyet Savcısı kendiliğinden arama emri verebilir. Uygulamada adliyede nöbetçi Savcı gibi nöbetçi hâkimde bulundurulmakta ve arama kararları gecikmeksizin derhal verildiği görülmektedir.

Hâkimin verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu takdirde mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir (CMK m. 267, 268, 269). Keza, arama kararma karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir (CMK m. 309). Belirtelim ki, CMK'da, aramaya özgün olarak itiraz yolu düzenlenmemiştir. CMK'da ki kanun yollarına ilişkin hükümler, şartları çerçevesinde arama kararı bakımından da geçerli olabilecektir.

### aaa-Arama Kararının Şekli

Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine, hâkim tarafından; aramanın yapılmasına karar verilmesine ya da arama talebinin reddedilmesine ilişkin mutlaka yazılı olarak karar verilecektir. Her ne kadar doktrinde hâkimin sözlü karar verebileceği öne sürülmüş<sup>(29)</sup> ise de CMK m 119/1-2. cümlesi karşısında bu görüşün geçerli olmadığı açıktır. Hâkim karar verirken arama işleminin yapılmasını haklı gösteren bir makul şüphe veya makul sebep ile somut tehlikenin varlığını arayacaktır.(Yönetmelik m. 6, 15) Hâkimin vereceği adli arama kararı açısından “belirlilik”, “ölçülülük” ve “adil yargılanma hakkı” ilkeleleri geçerlidir. Hâkimin kararında bu noktaların gerçekleştiği hususunda gerekçe bulunmalıdır.

Uygulamada, arama kararı, Cumhuriyet Savcısının talep yazısı, varsa soruşturma dosyası yoksa kolluğun arama talebine ilişkin raporun incelenmesi

(29) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 69

üzerine duruşma yapmaksızın evrak üzerinden verilir<sup>(30)</sup>. Sulh Ceza mahkemesinin Müteferrik (değişik iş) defterine kaydı yapılarak arama kararına bu sıra numarası verilecektir (Kalem Hizmetleri Yönetmeliği m. 53).

### **bbb–Arama Kararının İçeriği ve İlgiliye Tebliği**

Arama kararı veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, kararın verildiği tarih, kararı veren makam, aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir (CMK m.119/2, Yönetmelik m. 7).

Kanunda söz konusu arama kararının bir suretinin aranılacak kişiye verileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak arama sonunda aramaya maruz kalan kişiye istem halinde bir belge verilebileceği CMK'da (m.121/1) belirtilmektedir. Uygulamada da çoğu kez arama emrinin bir kopyası ilgiliye teslim edilmekte veya en azından gösterilmektedir. Kuşkusuz, arama tutanağında hâkim kararının mevcut olup olmadığı ve gecikmesinde sakınca olup olmadığı hususlarına yer verilmesi nedeniyle, bu tutanak haksız aramanın varlığında ispat aracı olarak kullanılabilir<sup>(31)</sup>. Ancak arama kararının ilgiliye gösterilmesi gereklidir<sup>(32)</sup>. Bu durumun da arama öncesi olması önemlidir.

### **bb–İstisnai Yetki**

Anayasamız, katı bir arama düzenlemesi yapmıştır. Bütün aramaların önceden alınmış bir hâkim kararı veya gecikmede tehlike olan hallerde de önceden alınmış bir yazılı emir şartına bağlamıştır. Bununla birlikte, hukuk

(30) KUNTER, Nurullah–YENİSEY, Feridun: age. s. 785.

(31) ERYILMAZ, M. Bedri: Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, s. 90; ÖZBEK, Veli: age, s. 168

(32) ÖZTÜRK, Bahri–ERDEM, Mustafa Ruhan–ÖZBEK, Veli Özer: age, s. 630

düzeni bir bütün olduğu için, bu düzenleme “zorunlu” istisnaları da içinde saklamaktadır. İstisnai durumlarda Savcı ve kolluk amirlerine arama emri verme yetkisi tanınmış, bunun dışında Hâkim kararı veya yazılı emir olmaksızın hangi hallerde arama yapılabileceği CMK’de sayılmayıp yönetmelikle düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 8).

### aaa–Gecikmede Tehlike Bulunması

Gecikmesinde sakınca bulunan hal tabiri, kanunda tanımlanmamıştır. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde bu deyim şu şekilde açıklanmıştır. Buna göre, “gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini” ifade etmektedir.

Gecikmede tehlike bulunmasından maksat, hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi hatta olanaksız kılmasıdır<sup>(33)</sup>. Devletin suçla mücadelesi bakımından Savcı ve kolluğa bu tür hallerde sınırları belirlenerek yetki verilmesi gerektiği aşikârdır. Ancak bu yetkinin başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere insan hakları evrensel değerleri çerçevesinde kullanılması zorunludur.

Soruşturma evresinde kanunla yetkili kılınan merci (CMK m. 160/1, 2) Cumhuriyet Savcısıdır. Cumhuriyet Savcının arama emri verme yetkisi acele hallerde geçerlidir. Gecikmede tehlike bulunması, somut olaydaki şartlar içinde değerlendirilir; o sırada arama işlemi yapılmadığı takdirde, kişi kaçabilecek veya delil yok olabilecek ise, gecikmede tehlike vardır. Gecikmesinde sakıncalı durumun takdiri Cumhuriyet Savcısına aittir. Gecikmede tehlike yok iken,

(33) KUNTER, Nurullah–YENİSEY, Feridun: age, 698; “Kolluğun Savcıdan emir, Savcının da Hâkimden karar almasının beklenemeyeceği hal...”

hâkim kararı yapılan arama, “Anayasaya aykırı arama” haline gelir.

### bbb–Cumhuriyet Savcısının Arama Emri

Suç Soruşturmasının çabuk yapılabilmesinin bir gereği olarak, gecikmesinde sakınca olan hallerde “olağan yetki” kuralının ilk istisnası olarak Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle de aramanın gerçekleştirilebilmesi kabul edilmiştir (CMK m. 119/1, Yönetmelik m. 7). Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayıp Cumhuriyet Savcısına başvuracaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kolluk, makul şüphe sebeplerini, iletişim araçlarından da yararlanarak ivedi şekilde Cumhuriyet Savcısına intikal ettirir. Cumhuriyet Savcısı, gerekli gördüğü takdirde verdiği yazılı emri, iletişim araçlarından da yararlanarak ilgili kolluğa iletebilir. Başka bir anlatımla Cumhuriyet Savcısı, kolluğun arama istemini yerinde görüp, yazılı emir verilmesi işleminin gecikmeye yol açacağı kanısına varırsa, arama emri verdiğini iletişim araçlarından da yararlanarak aramayı yapacak kolluk görevlilerine bildirip, yazılı kararını da seri iletişim aracı ile kolluğa gönderebilecektir. Bu yönü ile hâkimin yazılı arama kararından farklılık arz etmektedir.

Cumhuriyet Savcısının aramaya ilişkin yazılı emrinin yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması hususuna ise Anayasa ve Kaçakçılık Kanunu’nda açıkça belirtilmesine rağmen (AY m. 20, Kaçakçılık Kanunu m. 17/3), CMK’da yer verilmemiştir<sup>(34)</sup>. Bir bakıma, suç soruşturmasında Cumhuriyet Savcısına takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak hâkim onayı gerekip gerekmediği, ileride bu konuya tekrar dönülmekle birlikte, olması gereken açı-sından tartışılan bir konudur<sup>(35)</sup>.

(34) CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide: age. s. 274.; Hâlbuki Yeni CMK’da el koyma tedbiri bakımından bu husus açıkça öngörülmüştür. Doktrinde arama bakımından da, hâkimin onayının anayasal bir zorunluluktur.

(35) ÖZBEK, V. Özer: age, 75

Arama işleminin başlangıcında zorunlu durumlar nedeniyle olmasa bile, sonrasında mutlaka, Cumhuriyet Savcısının, adli kolluk görevlilerine emirlerini yazılı, acele hallerde ise sözlü olarak vereceği, CMK 161/3.maddesinde açıkça ifade edilmektedir. O halde, Cumhuriyet Savcısı tarafından e-mail ve cep telefonu mesajı gibi şekillerle verilen emirler, en azından arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmelidir. Uygulamada ise kolluk görevlilerinin arama için Cumhuriyet Savcısından yazılı emir almaksızın arama yapmadığı görülmektedir.

### ccc-Kolluk Amirinin Yazılı Emri

5271 s. CMK'un 119. maddesinde, 5353 S.Y. değişikliği yapılarak kolluk amirlerine de sınırlı şekilde yazılı arama emri verme yetkisi tanınırken, amir kavramı tanımlanmamıştır. Ancak Yönetmelik m. 4'te *Kolluk âmiri*: "Konuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin âmiri" olarak tanımlanmıştır. Kanaatimizce kolluk amirinden maksat kendi teşkilat kanunundaki hiyerarşik yapıya göre mahallinde en üst düzeydeki yetkili olarak düşünülmelidir. Çok istisnai durumda kullanılacak olan bu yetkinin yardımcı veya daha alt birim amirlerince kullanılması hukuka aykırı olacaktır. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabileceğinden, kolluk amirinin yetkisi bu hususta yoktur. Bu sınırlamaya uyulmaksızın verilen arama emri de hukuka aykırı olacaktır.

Soruşturma evresinin asli amiri Cumhuriyet Savcısıdır. Kolluk makam ve memurlarının konumu soruşturma işlemlerinde Cumhuriyet Savcısına yardımcı olmaktır. (CMK'nin 160/1, 2. md.) Anayasa'nın 20/2 ve 21/2. maddelerinde öngörülen "kanunla yetkili kılınmış merci" den maksat soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısıdır. Bununla birlikte arama konusunda 5271 sayılı CMK 119 md.'de sadece Cumhuriyet Savcısına yazılı arama emri verme yetkisi tanınmışken, bazı çevrelerin baskı ve talepleriyle C.Savcısına ulaşılama-

yan durumlarda kolluk amirine de yazılı arama emri verme yetkisi verilmiştir. Ancak diğer kolluk görevlilerinin arama emri verme yetkileri yoktur.<sup>(36)</sup>

Kolluk amirinin yetkisi, konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışında kalan yerler ve kişilerle sınırlıdır. (25.05.2005 T. 5353 sayılı Yasanın 15. madde ile değişik 119/1 md.). Bu durumda arama işleminin derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi zorunludur. Kolluk amirine sınırlı da olsa verilen arama emri verme yetkisi soruşturmada seri bir şekilde ve ivedilikle amaca götüreceği düşünülse de Cumhuriyet Savcısının kolluk üzerinde gerekli denetim ve gözetimi yapmadığı takdirde kötüye kullanılabilecek bir yetkidir. Kolluk suç ve suçluları araştırırken ilgili ilgisiz birçok kimseyi araştırma ihtiyacı hissetmesi doğaldır. Bu nedenle kolluk amirlerinin arama emri vermesi hususunda ki yetkisine olabildiğince sınırlama getirilmesi kanımızca hukuk devleti olmanın gereğidir.

### **ddd–Arama Emri veya Kararı Gerekmeyen Haller**

Kolluk tarafından yapılan işlem sırasında “özel hayatın gizli alanına” girilmiyorsa, kavramlarda açıklandığı üzere hâkim kararı alınmaz<sup>(37)</sup>. Mesela, oturulmayan boş bir evin içinin araştırılması, teknik olarak “arama” değildir. Benzer bir şekilde, bir bavulun köpeğe koklatılması da arama değildir, zira bavul açılmamaktadır<sup>(38)</sup>. Sıvazlama suretiyle yapılan “yoklama biçiminde inceleme” de klasik bir arama işlemi değildir.

Teknik anlamda “arama” sayılan durumlarda, arama öncesinde alınmış bir aydınlatılmış rıza varsa, hâkim kararına gerek olmadığı şeklinde ki yönetmelik hükümleri, Danıştay 10. Dairesi tarafından<sup>(39)</sup> yürütmesinin durdurul-

(36) KUNTER, Nurullah–YENİSEY, Feridun: age, s. 698

(37) TAŞDEMİR, Kubilay: age, s. 222

(38) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 18

(39) Danıştay Onuncu Dairesi ilk olarak 21.11.2003 T. ve Esas No: 2003/3396 s. kararında; “Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın

masına karar verilmesi nedeni ile rıza ile arama yapılması mümkün değildir. Yine suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için ayrıca bir arama emri veya kararı gerekmez.

Karar veya emir aranmayan hallerin varlığı kusursuzluk veya hukuka uygunluk sebepleri ile izah edilebilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, bir eylemin tüm hukuk dalları bakımından uygunluğunu gösterir. Buna karşılık kusursuzluk sebepleri sadece ceza sorumluluğunu ortadan kaldırırken, özel hukuk bağlamındaki sorumluluk devam etmektedir.

– Kanun hükmü ile amirin hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (TCK m. 24). Eğer herhangi bir kanunda, belli bir yerde “arama yapılması mecburiyeti gereken” açık bir hüküm varsa, orada arama yapmak için ayrıca bir hâkim kararı alınması veya yetkili mercinin yazılı emrinin alınması gerekmez (Arama Yönetmeliği m. 8, Hapishanelerin İdaresi Hakkında Kanun m. 6). Kaçakçılık Kanunu’nun 19. 18. ve 17. maddesinde olduğu gibi, ayrıca hâkim kararına gerek yoktur. Kanunun verdiği emir, hâkimin verdiği kararın yerine geçer ve ayrıca bir arama kararı gerekmez.

– Meşru Savunma ve Zorunluluk hali (TCK m. 25). İztırar halinde yapılacak önleme araması ve adli arama için, önceden hâkim kararı almak imkânsız olduğu için, hâkim kararı alınmaz (PVSK 20, Arama Yönetmeliği m. 8/h).

– Hakkın İcrası ve İlginin Rızası (TCK m. 26). İlginin rızasının hukuka uygunluk sebebi olması için rızanın özgür iradeye dayanması, rıza açıklayanın buna ehil olması, fiilden önce en geç fiil işlenirken açıklanmış olması

gizliliği ve 'konut dokunulmazlığı' hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen 'rıza ile arama' müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceği” ne işaretle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin rıza ile aramayı düzenleyen 9 ve 20 maddelerine ilişkin yürütmeyi durdurulması istemini kabul etmiştir. 19.01.2006 tarih ve 2005/6392 sayılı kararı ile de yeni yönetmeliğin 8, 27 ve 30 maddelerinde rıza ile arama hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir.



gerekir. Buna göre aramada ilgilinin (suç şüphesi altındaki kişinin) rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmesi kanaatimizce (İHAS 6/2 m. ile güvence altına alınan masumiyet karinesi karşısında ) mümkün değildir. Zira masumiyet karinesi kişinin kendi aleyhine olan delilleri ortaya koymama hakkını güvence altına alan bir ilkedir. Dolayısıyla, suçun ispatı kamu makamlarına (Savcılık-kolluk) düşen bir görevdir. Rızanın aramaya dayanak kılınması, rızanın temini konusunda hileli yollara, hatta iradesini doğrudan doğruya baskı altına alma yönündeki kolluk davranışlarını özendirebilecek niteliktedir<sup>(40)</sup>.

– Suçüstü hâlinde<sup>(41)</sup> yapılan aramalarda, Anayasa ve diğer İnsan Hakları Belgeleri özel kişilere ve Devlete yakalama yetkisi vermiştir. Yakalama yetkisi doğarsa, yakalama sonrasında arama yetkisi de doğar. Yakalama aramasında, tehlikeyi önlemek için arama yapılır. Sıcak takip hallerinde şüphelinin 3. bir kişinin konutuna girmesi veya suç aletini veya başkaca bir delili 3. kişinin konutunun içine atması durumunda buralarda arama yapılabilecektir<sup>(42)</sup>.

– Toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.

– Hata (TCK m. 30): Hata, şartların varlığı halinde, kastı ortadan kaldırır. Polis eğer eline aldığı arama kararının hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa

(40) AÖAY'in rıza ile arama hükümlerinin iptaline kadar uygulamada çok yoğun olarak aramaların kişilerin rızası ile yapıldığı görülmüştür. Bu durum kolluk görevlilerinin bir takım süistimallerinin olabileceği kanısını güçlendirmiştir. Bu nedenle, birey hak ve hürriyetlerinin korunması ve idarenin keyfilüğünün önüne geçilmesi bakımından rıza ile aramaya müsaade edilmemesi yönündeki Danıştay'ın yukarıdaki kararı yerinde bir karardır (MK).

(41) CMK m. 1/f'de, suçüstü hali, 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk veya suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç 3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade ettiği açıklanmıştır.

(42) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age, s. 601

ve iyi niyetle hareket ediyorsa, bu karara dayanarak yaptığı aramadan elde edilen deliller hukuka uygun olur.

Yönetmelikte sayılan (m. 8) karar veya emir gerekmeyen haller:

– Eğer, bir kişi hakkında yakalama emri varsa<sup>(43)</sup>: Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında giyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramalarda,

– Üst arama bakımından: Kolluk memuru, kendisine gelecek zararı önlemek için, yakalama sırasında kaba arama yapabilir. Kaba arama, dokunmadır, yoklamadır. Bunu yapmak için hâkim kararına ihtiyaç yoktur. Yakalama sırasında üst yoklaması, üst araması yetkisi de beraber doğar. Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının (ya da kolluk amirinin) yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

– Nezarethaneye almadan evvel, bir kişinin iyice aranması için ayrıca hâkim kararına gerek yoktur: Yakalanan kişinin gözetilmesine ilişkin emrini verecek olan Savcının emri aramayı da kapsar niteliktedir. Bunun için ayrıca emre gerek yoktur. Gözetilmesine ilişkin emrin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

– Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kol-

(43) EROL, Haydar: "İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Kanun", s. 320, Ankara-2000. Yargıtay 4. CD, Kolluk görevlisinin 765 sayılı Yasanın 194. maddesi uyarınca mahkûmiyetine ilişkin bir kararında "oluşa ve CMUK 97. maddesinde öngörüldüğü üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde zabıta memurlarının arama yetkileri bulunmasına göre, çeşitli suçlardan yakalanması istenilen (...)’ı saklandığı evde aramaktan ibaret sanığın eyleminde hukuka aykırılık ögesi bulunmadığı gözetilmeden mahkûmiyet hükmü kurulması ..." diyerek anılan mahkûmiyetin bozulmasına karar vermiştir. Böylece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama yapıldığında hukuka aykırılığın söz konusu olamayacağı kabul edilmiştir. (4 CD.; 18.03.1999; 1281/2038)

luk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

Özel kanunlarda belirtilen arama halleri:

– 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

– 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

– 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında, karar veya emir aranmaz.

### eee–Aramanın Hâkim Onayına Sunulması

CMK'da, Savcının verdiği arama emrinin ve bunun sonucunda yapılan işlemlerin hâkim onayına sunulmasına ilişkin düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle yukarıda da değinildiği üzere Savcının yazılı emri ile yapılan aramanın hâkim onayına sunulmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak kanaatimizce bu durum Anayasa hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Çünkü

Anayasada bu konuda açık hüküm bulunmaktadır. Anayasanın açık ve uygulama yeteneği bulunan 20/2 maddesi<sup>(44)</sup> hükmü karşısında Savcının verdiği arama emrine dayanılarak yapılan aramanın hâkim onayına sunulması gerekecektir. Anayasa kurallarının genel normatif hükümler getirdiği, uyum yasası olmadan hayata geçirilemeyeceği de söylenemez. Zira Anayasa'nın yukarıya aynen alınan hükmü ayrıca bir uyum yasasını gerektirmeyecek kadar açık bir uygulama maddesi şeklindedir.

Esasen Savcının emri ile yapılan arama işleminin hâkim onayına sunulması kabul edilmese bile Savcının yaptığı bu işlemdeki usulsüzlüklere karşı ilgililerin itiraz hakkı bulunduğu, itirazı inceleyecek olan sulh ceza hâkimi arama emrinin ve arama işleminin hukuka uygun olup olmadığını inceleyecektir. Ayrıca, arama sonunda el koyma işlemi için daha önce hâkim kararı alınmamış ise, hâkim onayı gerekmektedir (CMK m. 127/3). Buna göre, arama sonunda suç ve suçluya ait bir şey ele geçirilmiş ise ve buna el konulmuşsa, el koyma işleminin 24 saat içerisinde, hâkim onayına sunulması gerekmektedir. Bir bakıma Cumhuriyet Savcısının emri üzerine, aramada şayet bir şeyler ele geçirilmiş ve bunlara el konulmuşsa, el koyma kararının hâkim denetimine tabi tutularak aramanın da hukuka uygun olarak yapıp yapılmadığı denetlenmiş olmaktadır. Şayet herhangi bir şeye el konulmamışsa, arama emrinin hâkim onayına sunulmasına gerek olmadığı sonucu çıkarılabilir. Ancak kanımızca aramanın hukuka uygun olarak yapıp yapılmadığı kolluk görevlilerinin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi ve özel hayatın dokunulmazlığı ve hâkim güvencesini sağlanması için karar alınmaksızın yapılan aramanın onaya sunulması gereklidir.

### c-Aramaya Maruz Kalanlar

Arama işleminin icra edildiği kişiler yer ve eşyalar çeşitli olup, suç

(44) Anayasa 20/2 metni için Bkz 11 nolu dipnot

şüphesi altındaki kişiler ile suç şüphesi altında olmayan kişilerin üstleri, konutları, konutlarının eklentileri, eşyaları, umuma açık yerler ve sair yerler (CMK 116/1, AÖAY m. 28) aramaya konu olabilir<sup>(45)</sup>.

### *aa- Gerçek Kişiler*

### *aaa- Şüpheli*

CMK m. 116'ya göre, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. CMK m 2'de Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi olarak tanımlanmıştır<sup>(46)</sup>. Arama kararında ismi belirtilen şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin aranması CMK m. 117 hariç olmak üzere mümkün değildir. Şüphelilerin aranmasında makul şüphe yeterli iken diğer kişilerin aranmasında somut olayların varlığı zorunludur. Şüpheli kavramı soruşturma aşamasına ait bir kavram olması nedeni ile arama karar ve emrinde sulh ceza hâkimi ve Savcı yetkilidir. Esasen sanık sıfatını alamayacak kişinin örneğin 12 yaşından küçük bir kişinin şüpheli sıfatını da kazanamayacağı için bu kişilerin ancak diğer kişilerin aranması usullerine tabi olacaktır<sup>(47)</sup>. Yine Şüpheli ile ancak şüpheli sıfatını haiz olmayan ve tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin arasındaki mektuplar bunların nezdinde ise arama ve el koyma işlemine konu olamaz (CMK m. 126, Yönetmelik m 16/son).

CMK m. 134 ve Yönetmelik m. 17 bilgisayar, bilgisayar kütük ve programlarında arama için sadece şüpheliden bahsetmektedir. Ancak burada sanıktan bahsedilmemiş olması sanıkların bilgisayarlarında arama yapılamayacağı

(45) KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, ANKARA-1997, s. 152.

(46) ÖZBEK, V. Özer: age, 83. "Şüpheli, bir suç işlemek veya buna iştirak etmek veyahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kişidir."

(47) ÖZBEK, V. Özer: age, 84

anlamı çıkarılmayacaktır. Arama kararı veya emri kim hakkında verilmişse sadece onun araç konut veya üstü aranabilir. Aksi takdirde hukuka aykırı arama yapılmış olacaktır.

### bbb–Sanık

Sanık kavramı, CMK m. 6'ya göre Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi olarak tanımlanması nedeni ile iddianamenin mahkemece kabul edilmesi ile şüpheli sanık sıfatını alır. Bu aşamada arama kararını yargılamayı yapmakta olan mahkeme verecektir. Mahkeme arama kararını re'sen veya tarafların talebi üzerine vererek, doğrudan kolluktan arama yapılmasını isteyebilir. Bu hallerde arama sonunda ele geçirilen eşya için el koyma kararına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Sanığın CMK m. 147–148'de belirtilen hakları arama sırasında da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin sanığın aleyhine yapılan bir aramada, suç eşyasını vermeye (disiplin hapsi gibi) zorlanamayacaktır (CMK m. 124/2). Bu ayrımlar dışında şüphelinin aranmasındaki usul ve esaslar sanıklar içinde geçerlidir.

### ccc–Üçüncü Şahıslar

CMK m. 117 ve AÖAY m. 30. uyarınca, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Maddede bu hallerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuştur. Ancak bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında yukarıda açıklandığı üzere geçerli değildir. CMK m. 116. yakalanma olasılığı veya kanıtların elde edilmesinin umulması yeterli olmasına karşın CMK m. 117. aramayı haklı

gösterecek olayların varlığı gerekmektedir<sup>(48)</sup>. Böyle bir sınırlama yapılması aramanın suçla ilgisi bulunmayan kişiye ilişkin olması ve 3. kişilerin gereksiz yere rahatsız edilmelerini önlemek amacıyla getirilmiştir. Ancak unutulmaması gereken husus bu kişiler hakkında arama yapılması da arama kararı veya emrine bağlıdır. Örneğin hakkında yakalama emri bulunan birinin, herhangi bir kişinin konutunda kaldığına ilişkin ihbar üzerine, o konutta arama yapmak için arama kararı ve emri zorunludur. Şüpheli veya sanığın yakalandığı veya izlendiği sırada girdiği yerdeki aramada bu sınırlama söz konusu değildir. Şüpheli veya sanık o yerde tutuluyor ya da o yere girmiş ise aramanın doğrudan yapılması olanaklıdır. Zira bu hallerde söz konusu olaylar esasen vardır. Örneğin suçüstü söz konusu olduğunda yapılacak sıcak takipte şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi veya suç aletini veya başkaca delili başka bir kişinin konutunun içine atması durumunda buralarda başka bir şart aranmaksızın arama yapılabilecektir.

Arama kararı veya emrinin, konutun aranması ile birlikte orada bulunan kişilerin üzerlerinin de aranmasını kapsamaması halinde, bunlara yönelik olarak da arama gerçekleştirilebilir. Ancak, aranan şeyin o sırada konutta bulunanların üzerlerinde saklanmış olması maddeten imkânsız ise, kolluğun o kişilerin de üzerlerini araması, insan haklarına ve kanuna aykırıdır<sup>(49)</sup>.

### ddd-Avukatların Üst ve Bürolarında Arama

Avukatlık Kanunu madde 36'ya göre avukatların "*sır saklama yükümlülüğü*" vardır. Avukat-müvekkil ilişkilerinin kapsamına göre, savunma ve temsil görevi sebebiyle avukatın çoğu zaman müvekkiline ait ailevi ve ticari sırlara vakıf olduğundan, bu konulara ilişkin belge ve resim gibi ispata yöne-

(48) YENİSEY, Feridun: <<STRAFPROZESSORDNUNG>> age, StPO m. 103/1 "Diğer şahıslarda arama sadece, sanığın yakalanması veya bir suçun izlerinin takip edilmesi veya belirli eşyalara el konulması için ve sadece eğer aranan şahıs iz ve veya şeyin aramanın yapılacağı yerlerde bulunduğunu gösteren vakıalar mevcut ise kabul edilmiştir."

(49) SOKULLU AKINCI, Füsün: age. s. 146-147.

lik eşyalara sahip bulunması doğaldır. Savunma ve temsil görevi sebebiyle sahip olunan belgelerin sır saklama<sup>(50)</sup> yasağına rağmen el değiştirmesi, başkalarının bilinmesi, avukatı ya mesleğini yapamaz hale getirecek, ya da çok zorlaştıracaktır. Dolayısıyla, hak arama bilinç ve cesaretinin hayata geçirilmesinde çok önemli bir amaca sahip olan avukatlık mesleğinin her türlü müdahaleden uzak bir şekilde korunması<sup>(51)</sup> gereklidir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m 58'e göre<sup>(52)</sup> avukatların görevleri sırasında işledikleri suçlar dolayısı ile soruşturmaları için Adalet Bakanının iznine tabidir. Soruşturması yapılamayan kişinin bu izin olmaksızın Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali hariç olmak üzere aranmaları evleviyet kuralı çerçevesinde yapılamamak gerekir. Avukatlık Kanunundan farklı olarak arama bakımından görevle bağlantılı olarak görev dolayısıyla veya görev sırasında şeklindeki bir ayırım, CMK'da öngörülmemektedir. Bu nedenle, CMK'daki düzenleme, avukatların işledikleri görevle bağlantılı olmayan kişisel suçlar ile diğer kişilerin bu şekildeki suçları bakımından da uygulama alanına sahip olabilecektir.

CMK m. 130'a göre Avukatların, avukatlık görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yazıhaneleri veya konutları ancak hâkim kararıyla, kararda belirtilen olay ve iddialarla sınırlı olarak Savcısının

(50) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age. s. 791

(51) DONAY, Süheyl: "Meslek Sırını Açıklama Suçu", İstanbul-1978, s. 95; EREM, Faruk: "Avukat Bürolarında Arama", YARGI, Şubat-1977, S. 11, s. 2; ÖZBEK, V. Özer: age. 92, ALHM 16.12.1992 tarih ve 72/1992/324/396 nolu Almanya/Niemietz kararı ile avukatların bürolarının ALHS 8. maddesi kapsamında koruma altında olduğu belirtilerek "Bir avukat bürosunda arama yasal bir amaçla yapılmış olsa dahi arama emri genel ifadelerle geçiştirilmiş özel bir arama yöntemi öngörülmemiş ve meslek sırrına ağır bir saldırı oluşturuyorsa yasa dışı kabul edileceği" sonucuna varmıştır.

(52) Av. K. madde 58. Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz...

Av. K. madde 61. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde hazırlık soruşturması, bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır



nezaretinde ve baro başkanı veya temsilcisinin de katılımı ile aranabileceği belirtilerek güvenceye bağlanılmıştır.

Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından büro-sunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunla-rın avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden veya kovuşturma evresinde mahkemesinden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen ka-rarlar, yirmi dört saat içinde verilir.

#### eee-Hâkimler ve Savcılar Hakkında Arama

Yasanın 88. maddesi; “Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve Savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildi-rilir. Sıkıyönetim Kanunu hükümleri saklıdır.

Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet Savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

Hâkimler ve C.Savcılar hakkında, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri hariç, arama yapılması mümkün değildir. HSK'nin 82. m. Uyarınca<sup>(53)</sup> ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında, hâkim ve Savcılar hakkında soruş-turma yapmak için Adalet Bakanlığından izin alınması şarttır. İnceleme ve

(53) HSK. Madde 82-Hâkim ve Savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakan-lığının iznine bağlıdır.

soruşturmanın dahi izne bağlı olduğu durumda arama içinde izin alınması öncelikle gereklidir. Teoride hâkim ve savacılar hakkında izin alınmadan arama yapılabileceğini belirten görüşlerin öncelik kuralı karşısında geçerliliği yoktur<sup>(54)</sup>.

Nitekim Sıkıyönetim Komutanlığın genel arama işlemi sırasında evi zorla aranan hâkim tarafından idare aleyhine açılan tam yargı davasında Danıştay, izin alınmadan yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna işaretle idareyi tazminata mahkûm etmiştir<sup>(55)</sup>. Hâkim bağımsızlığı ve teminatı, yargılama işlevini yerine getiren hâkimler için bir ayrıcalık olmayıp, yargılananlar için adil yargılanma hakkının güvencesidir. Bağımsız ve teminatlı olmayan bir mahkemenin adalet dağıtması, temel insan hak ve özgürlüklerini koruması mümkün değildir. Hâkim bağımsızlığı ve teminatı hukuk devleti olmanın, “olmazsa olmaz” şartını oluşturmaktadır. Bağımsız, tarafsız, adil ve hızlı işleyen bir yargı; sosyal barışın, güven ve huzurun teminatı olduğu kadar Devletin de varlık nedenidir<sup>(56)</sup>.

### fff–Diplomatik Dokunulmazlığı Olan Kişilerin Aranması

Diplomatik dokunulmazlığı olan kişiler hakkında 1961 tarihli Diplomatik ilişkiler hakkında Viyana sözleşmesinin 22. maddesi uyarınca soruşturma–kovuşturma yapılamayacağından, haklarında arama kararı veya emri verilmesi mümkün değildir. Bu yolda verilmiş bir karar veya emir de, yapılan arama işlemi de hukuka aykırıdır<sup>(57)</sup>. Bu nitelikler bilinmeden verilmiş bir arama kararı veya emri icra edilirken durum fark edildiğinde arama işlemine derhal son verilmelidir. Yine aynı sözleşmenin 22. maddesi uyarınca misyon binalarında da arama yapılamayacağı kabul edilmiştir.

(54) Uygulamada aykırı görüşler için bkz. KUNTER, Nurullah–YENİSEY, Feridun: age. s. 770.

(55) KAYMAZ, Seydi: age, s. 165. Danıştay 18.D.E.22.03.1977, E.1975/2395, K.1977/842.

(56) [http://www.yargitay.gov.tr/basin/basin\\_aciklamalari](http://www.yargitay.gov.tr/basin/basin_aciklamalari), 13.09.2006

(57) KAYMAZ, Seydi: age, s. 149

### ggg–Milletvekillerinin Aranması

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır (AY m. 83/2). Anayasa'da hem "tutuklama" hem de "tutma" tabirlerine yer verildiğine göre, "tutma" ile kastedilen, tutuklama dışında, yakalama dâhil hareket hürriyetini sınırlayan diğer her türlü tedbirdir<sup>(58)</sup>.

Her ne kadar madde içeriğinde arama açıkça sayılmamış ise de öncelik kuralı gereğince milletvekillerinin aramaya tabi tutulamayacakları düşünülmelidir. Çünkü yakalama ve tutuklama kişi hürriyetini sınırlama noktasında daha ağır koruma tedbirleridir. Dokunulmazlık, daha ağır tedbirleri dahi engelleme sonucu doğurduğuna göre arama tedbirini öncelikle engelleme sonucunu doğurur. Yasama dokunulmazlığının parlamenter demokrasilerde, esas itibarıyla, muhalefetteki milletvekillerini koruduğu açıktır. İçişleri bakanlığı kadrolarındaki kolluk makam ve memurlarının adli görev yaparlarken, Cumhuriyet Savcılarını yanılmaları ve açılmaması gereken soruşturma ve kovuşturmanın açılmasına sebebiyet vermeleri de bir ihtimal olarak göz önünde bulundurulmalıdır<sup>(59)</sup>.

### bb–Tüzel Kişiler

Ceza Yasalarımız açısından Tüzel Kişiler, şüpheli veya sanık olamazlar. Bu nedenle bunlar hakkında arama yapılması söz konusu değildir. Ancak tüzel kişilere ait yerlerde arama yapılmasında herhangi bir engel yoktur. Fakat

(58) FEYZİOĞLU, Metin: Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler. [http://turkhukuk sitesi.net/hukukforum/art\\_showarticle.php?s=3cffe11d905aaa7ebbc9ec66eac47a9&id=114](http://turkhukuk sitesi.net/hukukforum/art_showarticle.php?s=3cffe11d905aaa7ebbc9ec66eac47a9&id=114), 03.08.2006

(59) FEYZİOĞLU, Metin: age, s. 2

bu durumda aramanın muhatabı sanık veya şüpheli kişidir<sup>(60)</sup>. Yoksa tüzel kişinin kendisi doğrudan aramanın muhatabı olmaz. Şüpheli veya sanık aynı zamanda tüzel kişinin bir organı veya bu organın faaliyetleri çerçevesinde işlenmiş bir suç nedeni ile soruşturma olsa bile taraf yine gerçek kişi olup tüzel kişi sadece katılan sıfatını alabilecektir.

### 3-ZAMAN BAKIMINDAN

#### a-Genel Olarak

Arama, kararda veya yazılı emirde, gün ve saat ile belirlenen süre içerisinde yapılır. Kararda belirtilen zaman diliminin geçmesi ile kolluğun arama yetkisi kalkar. (AÖAY m. 31). Aramanın hangi zaman dilimi içinde yapılacağı, ilgili karar veya emirde mutlaka belirtileceğine göre aramanın belirtilen süre içinde başlanıp bitirilmesi esastır. Kural olarak arama gündüzün ve bir defaya mahsus olmak üzere yapılır. Her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez ve acil bir durum olmadığı takdirde gündüz vaktinde bir defaya mahsus olmak üzere arama yapma yetkisi verir. CMK m. 118 ve CMUK m. 96/1'de olduğu gibi, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. Ancak usulüne uygun olarak, gündüzün başlayan aramaya, zorunluluk halinde geceleyin de devam edilebilir. Geceleyin arama yasağı üst ve araçlardaki aramalar için uygulanmaz.

Arama zamanı ile ilgili bir sorun uygulamada ortaya çıkmaktadır. Adli aramalarda pek olmasa da önleme aramalarında kolluğun 1 ay veya 3 ay gibi uzun bir zaman aralığında yer ve saat sınırlaması olmaksızın belirsiz bir şekilde arama yetkisi verildiği gözlemlenmektedir. Zannımızca bu, aramalarda hâkim güvencesini kaldıracak niteliktedir. Çünkü bu şekilde hâkimler kendilerine ait yetki ve görevi kolluğa devretmektedir. Sonuçta birey hak ve özgürlüklerinden özel hayatın gizliliği sınırlandırılması yetkisi kolluğa devredil-

(60) ÖZBEK, V. Özer: age, 94.

mektedir.

### b-Gündüz Yapılacak Aramalar

Gündüz kavramı kanunda tanımlanmamış ancak, TCK gecenin tanımı yapılmış<sup>61</sup> olup bu tanımdan yola çıkıldığında mefhumu muhalifinden, gündüz; “güneşin doğmasından 1 saat evvelinden başlayarak güneşin batmasından bir saat sonrasına kadar devam eden zaman dilimini ifade eder”. Arama işlemi, kural olarak gündüz yapılır<sup>62</sup>. *Aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa adli arama gündüz yapılır* (Yönetmelik m. 31). Ayrıca konut işyeri ve diğer kapalı yerlerde istisnaları olmakla birlikte mutlaka gündüz aranacaktır (CMK m. 118).

### c-Gece Yapılacak Aramalar

Kural olarak, Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz (CMK m. 118/1). Gece arama yapılması sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Dolayısıyla gündüz için alınan arama kararı gece icra edilemez. Gece arama yapılmasından maksat, aramaya gece başlanmasıdır. Bu yüzden gündüz başlayan bir aramanın geceye sarkması halinde de aramaya devam edilerek bitirilmelidir<sup>63</sup>. Bununla birlikte gündüz başlanıp bitirilebilecek iken aramanın bilerek geceye sarkıtılarak sürdürülmesi<sup>64</sup> hem yapılan

(61) Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda gece vaktinin tanımına yer verilmemiştir. Kanımızca bu hususta Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 6/e. maddesinde öngörülen tanım geçerli olmalıdır. Bu kanuna göre, gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman süresi anlaşılır.

(62) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M. Ruhan-ÖZBEK, V. Özer: age, s. 601

(63) KAYMAZ, Seydi: age, s. 159.

(64) TAŞDEMİR, Kubilay-ÖZDEMİR, Ramazan: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara-2000, s. 222. 4 CD. 14.02.1996 8744/1466. “Köy muhtarı ve ihtiyar kurulu üyesi olan sanıkların, Orman Muhafaza Memuruna kuşkulunun evlerini, gece olduğu ve yazılı emir olmadığı gerekçesi ile göstermedikleri, oluşa uygun kabul edilmesi ve Orman Kanunu m 79, 83 ve CMUK 96 karşısında sanıkların durumlarının irdelenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken ...”

aramayı hem de elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir<sup>(65)</sup>.

Gece arama yapılması yasağının istisnaları kanunda ve yönetmelikte açıkça belirtilmiştir (CMK m. 118/2, Yönetmelik m. 31/3). Buna göre, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar bakımından buna izin vermiştir<sup>(66)</sup>. Maddeden de anlaşılacağı gibi, firar eden yakalanan veya gözaltına alınan kimsenin yakalanması amacıyla da geceleyin konut dâhil kapalı yerlerde arama yapılması mümkün hale getirilmiştir. Yine Yönetmeliğin 31. maddesi gereğince; Geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7. maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde, gece adli arama yapılabilir.

#### 4-YER BAKIMINDAN

##### a-Konut ve İşyerlerinde Arama

Arama sıklıkla kişilerin konutlarında icra edilmektedir. Bir yerin konut sayılması için orada oturulması yeterlidir<sup>(67)</sup>. Konutun taşınır veya taşınmaz nitelikte olması, şüpheli veya sanığın konut sayılan yerde hukuka aykırı veya uygun şekilde bulunması sonucu değiştirmez. Arama ister konut sayılan yerde, ister onun eklentilerinde ya da eşyalarında yapılsın kural olarak hâkim kararı gerekir. Oturulan yerlerin Medeni Kanundaki kavramlara göre eklentisi sayılan yerler içinde aynı kurala uymak gerekir. İş yerleri de konutlara ilişkin hükümlere tabidir (CMK 116, 117/1, 118/1 ve 119/1).

(65) KAYMAZ, Seydi: age, s. 159 (Sokulu-Akıncı'dan naklen)

(66) CMK'nin 118. maddede, geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerler, mahkûmların toplanma veya sığınma veya suç ile elde edilen eşyayı saklama yeri veyahut gizli kumar yerleri veya genelevler gibi yerler hakkında daha önce CMUK'un 96/2, 97/3 ve 98/son maddelerindeki düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak AÖAY m. 30/son'da düzenlenmiştir.

(67) ÖZBEK, V. Özer: age, 106

Aramanın icrası amacıyla konutta sadece, arama kararında tanımlanmış olan eşyanın bulunması ve buna el konulması için, zorunlu olan süre kadar kalınabilir. Bu zorunlu süreyi olayın kendi makul şartları belirleyecektir. Mesela, çalınmış olan bir televizyon aranıyorsa, bu televizyonu bulmak için gereken zaman, evde uyuşturucu madde numunesi saklandığı şüphesi ile yapılan aramaya nazaran çok daha kısa olacaktır.

Konutta arama kararında belirtilen eşya aranırken, başka bir suçun delili olan veya bulundurulması suç olan müsadereye tabi bir eşyaya rastlanırsa, buna da el konulması hukuka uygundur (Yönetmelik m. 10). Ancak, bu başka suç bulgusunun, “ayrıca yapılan bir arama” sonucunda ele geçmiş olmaması da gerekir<sup>(68)</sup>. Mesela, çalınmış olduğu iddia edilen televizyonu ararken, çalındığı şüphesi olan bir kaç yeni deri cekete rastlanırsa, bu ceketlere de arama kararında özellikle belirtilmemiş olmasına rağmen el konulabilir. Fakat televizyon bulmak için verilen arama kararına dayanılarak yataklar karıştırılarak arasındaki tabanca bulunursa, bu “hukuka aykırı bir yöntem” oluşturur.

Bir konutta arama yapmak için karar verilmiş ise, girilen konutta bulunan bütün bireylerin üstlerinin aranması yetkisi doğmaz. Ancak, kolaylıkla saklanabilecek veya cebe atılabilecek bir eşya aranıyorsa, bu takdirde konutta bulunan herkesin orayı terk etmemesi emredilir ve üstleri de aranılabilir. Bulundurulması suç teşkil eden eşyanın arandığı evde bulunan kişilerin üstü, güvenlik veya suç eşyasının elde edilmesi amacıyla aranır. Arama, bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir. Aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken azamî özen gösterilir. Kasa gibi, açılması özellik isteyen eşya, kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin o yerde yapılmasının masraflı, külfetli veya oraya zarar verebilecek olması durumunda, eşya kolluk tarafın-

(68) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 700

dan muhafaza edilen başka bir yere götürülerek de açılabilir.

Arama sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içerisinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler sahibinin rızası olmaz ise okunamaz. Konutta, işyerine ve kapalı yerlerde gece arama kural olarak yapılamaz, ancak istisnai durumlarda (CMK 118/2 sayma usulü ile) yapılabileceği belirtilmiştir.

### b-Üst ve Eşyada Arama

Burada özellikle üst kavramı önem kazanmaktadır. Kişinin özel alanının nerede başladığının belirlenmesi aramanın başlangıcını ve sınırlarını da belirlemede bize yardımcı olacaktır. Kişinin üzerinde bulunan her türlü giysi, aksesuar, peruk, protezler üst kavramı içindedir ve aramaya konu olabilirler. Üst araması kişinin vücudunun dış yüzeyi ile sınırlı olmak zorundadır. Mahrem yerlerin aramaya konu olması mümkün değildir. Bu konuda yönetmelik utanma duygusunu en az ihlal edilecek şekilde yapılmasını benimsemiştir<sup>(69)</sup>. Bu bölgeler ancak şartların varlığı halinde hâkim kararıyla beden muayenesine konu olabilir<sup>(70)</sup> (CMK m. 75 ). Arama, elbise ve vücudun dışında, yüzeyinde sona ermelidir.

Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır (JTGY m. 115/k). Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.

Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır. Kişi direndiği takdirde üst ve

(69) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 700

(70) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 116



eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir. Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerekğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir. Bu işlemler gece de yapılabilir.

### **c–Araçlarda Arama**

Yönetmeliğin 29. maddesine göre; araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu işlemler gece de yapılabilir.

### **d–Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama**

Bilgisayar ve internet üzerinden gerçekleşen suçların, bilgisayar verilerinden işlendiğinin ortaya çıkarılması bakımından bu verilerin elde edilmesi ve iletişimin dinlenmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Sanal ortamda işlenen

suçlara ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma usullerinin yasalarda detaylı bir şekilde düzenlenmesi ve tüm usulü işlemlerin yargıç kararına bağlı kılınarak yargı denetiminde hukuksal güvenceye kavuşturulması<sup>(71)</sup> amacıyla CMK'da, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramaya ilişkin hükümler konulmuştur. Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir (CMK m.134/1). Uygulamada önceleri Cumhuriyet Savcıları ile kolluğun hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildikleri böyle durumlar, artık, yargıç güvencesine bağlanmıştır. Bu tedbirlere, insan hak ve hürriyetlerine saygı ve orantılılık ilkesi gereğince başvurulabilmelidir<sup>(72)</sup>.

#### e-Askeri Mahallerde Yapılacak Aramalar

Askeri mahallerde aramanın nasıl yapılacağı CMK 119/5'de düzenlenmiş ayrıca yönetmelikte tek bir madde ile belirlenmiştir. Buna göre yapılacak aramalarda, Cumhuriyet Savcısının aramaya katılması zorunludur. Ancak askerî mahallerde yapılacak arama, askerî makamlar tarafından yerine getirilecektir (AÖAY m. 14). CMK'da daha önce Cumhuriyet Savcısı veya hâkim huzurunda arama yapılır derken yapılan değişiklikle "Hâkim veya" kısmı kanundan çıkarılmıştır.

Askeri mahal, 211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 12. maddesinde tarif edilen, kıt'a, taktik birlik, idarî birlik, karargâh ve askerî kurumlar ile aynı Kanunun 51. maddesinde açıklanan kışla ve benzeri yerler

(71) KESKİN, Serap: "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası", Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001. s. 180. Nitekim Avrupa ülkelerindeki durum da bu doğrultudadır.

(72) KESKİN, Serap: age., s.160.

bu nitelikleri bakımından askerî mahallerdir. Aynı Kanununun 100. maddesinde de “orduevleri, askerî gazinolar ve kışla gazinoları”nın da askerî bina olup askerî mahal niteliğine haiz olduğu açıklanmıştır. Öte yandan, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasında, Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı askerî mahaller açıklanmıştır. Askeri Yargıtay içtihatlarına göre; askerlerin bizatihi eğitim ve barınma amacıyla kullandıkları ve etrafı çevrilerek sınırlandırılmış alanlar askerî mahal sayılmaktadır. Buna göre askerî lojmanlar, kışla içinde yer alıyorsa askerî mahal, dışında ise, örneğin şehir içinde ise askerî mahal sayılmayacaktır.

### ***C-ARAMA KARARI/EMRİNİN İCRASI***

#### **1-Hâkim ve Savcı Tarafından Arama**

Arama sırasında, arama kararı veren Hâkim veya Savcının hazır bulunmasına dair mevzuatımızda, kural olarak bir zorunluluk yoktur<sup>(73)</sup>. Bunlar olmaksızın kolluk kuvvetleri tarafından arama yapılması yasaldir. Ancak CMK 119/4 maddesinde konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde Savcı arama da hazır olmadığı takdirde işlem tanığı bulundurulmasının gereğinden bahsedilmiştir. Mefhumu muhalifinden Savcının buralarda yapılan aramada hazır bulunabileceği anlamı çıkarılabilir. Ancak adliyelerimizin iş yükü düşünüldüğünde Savcılarının aramaya katılması makul karşılanmamaktadır. Yine CMK 119/5 maddesinde askerî mahallerde yapılan aramalarda Savcılarının katılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. CMK 5353 sayılı değişiklikle hâkimlerin de aramada hazır bulunabileceğine dair “hakim veya” hükmü madde metninden çıkarılmıştır. Aynı şekilde avukat bürolarında yapılan arama da Savcı nezaretinde yapılması gerekmektedir.

Savcının katıldığı aramada kanun lafzı uygulandığında işlem tanığı bulundurulması gerekmemekte ise zannımızca bu düzenleme yerinde değildir.

(73) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 123.

Çünkü Savcının da kamu ajanı olduğu düşünülürken arama sırasında tarafsız kişilerin hazır bulundurulması gereği yadsınamaz. İşlem tanıkları başlığı altında belirttiğimiz üzere yapılan işlemlerde şeffaflığın sağlanması için işlem tanığının bulunması gereklidir. Ancak yasa koyucu burada işlem tanıklarının bulunmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Savcı arama faaliyetine katıldığında kâtibin de katılması zorunluluk arz edecektir<sup>(74)</sup>. Çünkü yapılan işlemin neticesi zabta geçirilmek ve kâtip tarafından imzalanması zorunludur.

## 2-Kolluk Tarafından Yapılan Arama

Aramanın nasıl yapılacağına dair CMK'da düzenleme yapılmamış olup AÖAY'de düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 27-31). Aramanın kolluk tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Yönetmeliğin 4. maddesinde; "Kolluk: Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri" olarak tanımlanmıştır. Burada, bahsi geçen kişilere zannımızca orman muhafaza memurları<sup>(75)</sup> da dâhil edilmelidir. Ancak, özel güvenlik görevlileri, kolluk sayılmadığı için üst arama yetkisi bulunmamaktadır. Arama uygulamada genel olarak jandarma ve polis tarafından icra edilmektedir.

Kolluk arama kararı veya yazılı emirdeki koşullara uyarak aramayı gerçekleştirir ve buna ilişkin bir arama tutanağını düzenler. Arama Kararının icrası, olayın koşullarına göre belirlenecektir. Prensip olarak, evde yapılacak aramalarda, konutta oturanların rızasını alınarak ile başlamalıdır. Önceden rıza aldıktan sonra, hâkim kararı okunacak, karşı gelinirse, zor kullanarak arama ve el koyma yapılacaktır (Arama Yönetmeliği 27-30). Tehlikeli du-

(74) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 701, ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 631.

(75) Orman Kanunu m. 79-(Değişik fıkra: 23.09.1983 - 2896/34 md.) Orman memurlar orman suçlarına ilişkin delilleri bir zabıt ile tespit ve nakil vasıtaları ile suç aletleri ve suç mahsulü malları zapt ve icabında suç işleyenleri yakalamak salahiyetini haizdirler.

rumlarda ise, önceden izin istemeğe gerek yoktur.

### 3-Aramada Hazır Bulunacak Kişiler

#### a-Arama Yapılan Yerin veya Eşyanın Zilyedi

Yeni CMK aramada hazır bulunabilecekler konusunda eski (CMUK m. 98) ile benzerlik taşımakla birlikte, bazı yeni hükümler de içermektedir. Gerçekten, bu kanuna göre, (CMK m. 120/1,2) arama işleminde aranan yerin sahibi ya da eşyanın zilyedi hazır bulunabilirler. Sahibi bulunmadığı takdirde temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip bulunan yakını veya kendisi ile birlikte oturan bir kişi ya da komşusunun hazır bulundurulması gerekir. Başka bir ifadeyle aramanın yapılabilmesi için aranan yerin sahibi bulunamıyorsa anılan kişilerin bulundurulması şarttır. Ancak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi orada bulunmakla birlikte aramaya katılamazlar veya çıkıp giderlerse diğer kişilerin onların yerine hazır bulundurulmalarına gerek yoktur. Şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilere yönelik arama hâllerinde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir. Aramanın amacının bildirilmemesi veya eksik yahut yanlış bildirilmesi halinde arama hukuka aykırı olur<sup>(76)</sup>.

#### b-İşlem Tanıkları

Konut, işyeri veya diğer kapalı bir yerde arama yapılacak ise; arama sırasında C. Savcısı hazır olmalıdır. Ancak C. Savcısı aramada hazır olması mümkün değil ise, konutlar, iş yerleri ile kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin işlem tanığı<sup>(77)</sup> ola-

(76) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 631.

(77) YENİSEY, Feridun: <<STRAFPROZESSORDNUNG>> age, s. 63, StPO m. 105/2 "Evin, İşyerinin veya Özel mülkiyetinin (befriedete Besitztum) hâkim veya Savcı hazır bulunmadan araması yapılıyorsa, bu takdirde imkan varsa bölgelerinde arama işlemi yapılmakta olan belediyenin bir memuru (Gemeindebeamter) veya belediyenin iki üyesi çağrılmalıdır. Belediye üyesi olarak çağrılmış olan şahıslar polis memuru veya Savcılığın yardımcı memuru olamaz.", İşlem tanığı terimim için bkz. ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 603, ÖZBEK, V. Özer: age, s. 125.

rak bulundurulması gereklidir. Kanun her ne kadar işlem tanığının bulundurulmasını Savcının olmaması şartına bağlamış ise de doğrusu her halükarda işlem tanığının bulundurulmasıdır. Bu iki kişi yalnız komşulardan oluşturulabileceği gibi yalnız ihtiyar kurulu üyelerinden de oluşturulabilir. Her ikisinden birer kişi alınmak suretiyle de oluşturulması mümkündür. Geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez.

İşlem tanığı bulundurulması arama faaliyetinin şeffaf olmasını sağladığı gibi daha sonraki aşamalarda hukuka aykırı delil elde edildiğine ilişkin iddiaların önüne geçebilecektir. Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere şüpheli ve sanıklar, ev, işyeri veya konutta ele geçirilen suç eşyasının kolluk kuvvetleri tarafından söz konusu yere bırakıldığına ilişkin iddialarının önüne geçilebilir. Aynı şekilde kolluk kuvvetlerinin arama sırasında ölçülü davranmasını sağlayacaktır.

### c-Avukatlar

CMK m. 120/3 göre, şüpheli veya sanığın avukatı, arama konusunda kendisine önceden haberdar edilme hakkı olmaksızın, hazır bulunma yetkisine sahiptir. Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir gelişmedir. Zira daha önceleri, açıkça maddede öngörülmediği için avukatın hazır bulunması kabul edilmemekteydi<sup>(78)</sup>. Ancak buna genel hükümler çerçevesinde çözümler önerilmiş, muhakemenin her aşamasında avukatın hazır bulunabileceği ilkesi çerçevesinde yaklaşanlar da olmuştur<sup>(79)</sup>. CMK 120/3 maddesi uyarınca avukatların katılmasına engel olunamayacağı hükmü karşı-

(78) ERYILMAZ, M. Bedri: age, s. 171-172.

(79) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 132

sında tartışma kalmamıştır. Avukatların soruşturma evresine etkin katılımı İHAS 6. maddede güvence altına alınan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir<sup>(80)</sup>.

#### 4-Aramadan Önce Kişinin Bilgilendirilmesi

Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmasına çalışılır, kolaylık gösterilmesi istenir. Arama için gelinen konutta kapı çalınınca, kapı açılmazsa veya içerden sesler geldiği halde cevap verilmezse, bu takdirde kolluk memurları kendilerinin kolluk olduğunu bildirecek ve arama kararı bulunduğunu söyleyeceklerdir. Gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hâlinde, bilgilendirme içeri girdikten sonra da yapılabilir. Yönetmeliğin 28. maddesine göre; aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.

Arama işlemi gerçekleştirilmeden önce arama yapan birim tarafından ilgiliye arama sebepleri bildirilmelidir. Arama işleminin dayanağı olan karar veya emir ilgiliye okunmalı ve aramaya ondan sonra başlanılmalıdır<sup>(81)</sup>. Uygulamada arama kararı veya emrinin bir sureti ilgiliye verilmekte veya en azından gösterilmektedir. Bunun istisnası 5237 sayılı TCK m 25/2 düzenlenen zorunluluk halleri ve Yönetmelik m 30/4'te sayılan istisnalardır<sup>(82)</sup>. Bu durum-

(80) GÜLŞEN, Recep: "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", www.ceza-bb.adalet.gov. tr, 03.08.2006

(81) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age. 701, ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer, age. s. 699. Arama işlemine maruz kalan kişinin arama konusunda bilgilendirilmesi Adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir. AİHS m 6/3 "İsnadı Öğrenme Hakkı", kapsamında arama sebebinin en kısa zamanda anlaşılır bir şekilde söylenmemesi halinde yapılan arama hukuka aykırı olur.

(82) Yönetmelik m 30/4. Aşağıdaki hâllerde iletişim kurmadan arama amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilir:

Arama yapılacak olan yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi,

Arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması,

ların varlığı, bilgi verilerek vakit kaybedilmesi sonucu, delillerin saklanması veya kaçırılmasına sebebiyet vermesi veya kişinin kaçması gibi çok istisnai hallerde aramanın amacını tehlikeye düşürmesi ihtimali doğduğu durumlarda kabul edilmektedir. Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını göstereceklerdir.

Arama konusunda bilgi verilmemesi gibi eksik veya yanlış bilgi verilmesi de aramanın hukuka aykırı olması sonucunu doğurur<sup>(83)</sup>. Arama yapılacak kişiye kolluğun kendini tanıtmayı, aramanın sebebi ve amacı hakkında bilgi verilmesi, ilgili kişinin işbirliğine yanaşmasına yardımcı olacaktır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde içeri girildikten sonra bilgi verilmelidir (Yönetmelik m. 30/6).

### 5-Aramada Zor Kullanma

Kolluk aramanın yapıldığı yerde aramanın disiplin, düzen ve yürütülmesini sağlamak için alınan önlemleri kasten ihlal eden ya da yetki içinde alınan önlemlere karşı çıkanlara karşı, aramanın amacı çerçevesinde ölçülü olarak zor kullanılabilir. Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracaklardır. Örneğin arama sırasında bulunan delil niteliğinin eşyayı zilyet vermek istemezse zorla el koyabilir (CMK m. 123-124).

Kolluk, arama yapılacak kapalı yerlerde ve eklentilerinde gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalar (Yönetmelik 30/2). Kolluğun kendini tanıtır ve bilgilendirme yapmasından sonra, güç kullanılacağı ihtar edilir, kapı açılmadığı takdirde zorla kapı kırılarak eve girilir<sup>(84)</sup> ve arama gerçekleştirilir.

Bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin, delil karartmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması.

(83) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 135

(84) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age. 699



(Yönetmelik m. 30/7). Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir. Ayrıca bu kişiler hakkında tanıklıktan çekilme hakkı olanlar hariç olmak üzere disiplin hapsi de uygulanabilir<sup>(85)</sup>. Arama işlemi sırasında ölçülülük ilkesine uyulmalı gereğinde fazla güç kullanılmasından kaçınılmalıdır. Aksi halde arama hukuka aykırı hale gelebileceği gibi, 5237 sayılı TCK'nin 256/1 maddesi kapsamında cezai sorumluluk doğabilir. Örneğin bir çilingir yardımı ile açılacak bir kapının kırılarak açılması ölçülülük ilkesinin aşılması anlamına gelecektir.

Kolluk kendisini tanıttıktan ve aramanın "amacını" da bildirdikten sonra içeriye kabul edilmemesi durumunda, zor kullanma yetkisi doğar<sup>(86)</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, arama öncesinde hâkimin verdiği arama kararının gösterilmesi, okunması veya bir suretinin verilmesinin gerekmediğidir. Arama kararının mevcut bulunduğu söylenmesi yeterlidir. Arama sırasında, birden fazla memur hazır bulunuyorsa, memurlardan bir tanesinin arama kararı bulunduğunu söyleyerek eve girdikten sonra, diğer memurların da içeriye girmeleri için, her birinin tek tek, arama kararı bulunduğunu ifade etmelerine gerek yoktur. Ancak, konutun birden fazla giriş kapısı varsa ve diğer kapıyı açan bir başka kişi ise, buna da izin alma, hâkim kararı olduğunu söyleme gibi gerekli işlemlerin yapılması söz konusu olacaktır.

## 6-Arama Tutanağı ve İlgiliye Verilecek Belgeler

Olay yeri tespit tutanağı olarak da adlandırılan Adli arama tutanağında (Yönetmelik m. 11); arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci; aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat; aramanın konusu; aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri; araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve ek-

(85) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 604.

(86) ÖZBEK, V. Özer: age, s. 136

lentilerinin açık adresi, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevki; aramanın sonuçları açıkça belirtilecektir. Aramada suça ait eşya veya delil bulunmuşsa buna el konulacaktır. Arama neticesinde, muhafaza altına alınan veya zapt edilen eşyanın tam bir listesi yapılır. Bu listenin sureti arama tutanağı ile birlikte ilgiliye verilir. Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanaklar, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 21'inci maddesine göre düzenlenecektir<sup>(87)</sup>.

El konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler; aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri; arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği, arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, hususları yer alır. Yine el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin arama işlemi uygulanan kişinin beyanları da tutanağa geçirilmek zorundadır. Bu şekilde açıkça, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına yer verilmesinin öngörülmesi dolayısıyla kişinin kendisini savunma hakkı benimsenmiştir. Zira bir kişinin el konulan eşyanın kendisine ait olmadığını veya başkasına ait olduğunu belirtmesi, savunma hakkının kapsamı içinde değerlendirilmektedir.

Arama sonunda, arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri ya-

(87) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 21--Kaçakçılık suçlarının izlenmesine ilişkin tutanakların;

- Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hakim kararının tarih ve sayısı ile mülki amirin veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,
- Olay ve kanıtlarını, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını,
- Zanlının kimlik, iş ve ikamet yeri ile ifadesini,

Kapsaması ve düzenleyen memur ile zanlının ve varsa hariçten hazır bulunan iki kişi tarafından imza edilmesi gereklidir.

Bu koşulları bütünü ile taşıyan ve 16 ncı maddede yazılı memurlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi kanıtlarıncaya kadar geçerlidir.

zılır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır ve tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. Arama sonucunda bazı eşyaya el koyma söz konusu olduğunda 127. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır (Yeni CMK m. 119/3). Yani bu takdirde, kolluk görevlileri ancak hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle el koyma işlemini yapabilirler.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine adli arama tutanağının bir sureti ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir (CMK m. 121/1). Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK m. 121/2, 3).

#### **7-Aramada Ele Geçirilen Eşyaların Kayıt Altına Alınması**

Arama sonucunda bazı eşyaya el koyma söz konusu olduğu takdirde CMK m. 127/1. maddesi gereğince hâkim kararına, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine ihtiyaç vardır. Bu durum, kolluğun arama için karar veya yazılı emir alıp yaptığı aramada el konulacak eşya bulması halinde el koyma için ayrıca karar ya da Cumhuriyet Savcısından yazılı emir alması zorunluluğunu getirmektedir. Bu durum uygulamada gecikmelere ve sıkıntılara yol açacaktır. El koyma da Cumhuriyet Savcısının vereceği yazılı emre veya hâkim kararına dayanmalıdır. Bilindiği gibi el koyma, suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemidir. Yani el koyma el konulacak eşyanın zilyedin rızası hilafına yapılan bir işlemdir.

Ancak söz konusu eşyanın alınmasına zilyedi rıza gösteriyor ise bu durumda koruma altına alma söz konusudur. Yönetmeliğin 4. maddesine göre

koruma altına alma, suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tâbi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya el konulana kadar geçici olarak alıkoymayı ifade etmektedir. Koruma altına alma söz konusu ise hâkim kararına veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine ihtiyaç yoktur. Ancak el koyma için bu kararlara ihtiyaç vardır. Bu biraz zaman alacak gibi görünse de Hâkim veya Savcı verdiği arama kararında veya yazılı arama emrinde arama izni yanı sıra aramada elde edilecek eşyalara el konulmasına da karar verilebilir. O takdirde, arama kararı veya emri aynı zamanda el koyma yetkisi de verecektir. Kanımca, arama ve el koyma kararlarının birlikte alınmasına her hangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Yönetmelikte arama kararı ve emrinde “aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağına açıkça gösterilmesi” öngörülmüştür (Yönetmelik m. 7/d).

Bir suç nedeniyle mağdur olan kimseden o suç sebebiyle alınmış olan eşya, arama sonunda ele geçirildiğinde Savcının talimatı ile en kısa zamanda bu hususta ayrı bir hükme gerek kalmaksızın resen malikine teslim edilmelidir<sup>(88)</sup>. Ancak bunun için mülkiyetin ihtilafsız olması gerekir. Üçüncü kişilerin itirazı varsa iade edilmeyip hukuk davasının açılması için süre verilmesi ve bu sürede yedi emine teslim edilmesi daha uygundur.

Arama sonunda bulunan *belgeleri* hâkim veya Savcı hazır değilse, kolluk, sadece ilgilinin rızası ile inceleyebilir. Aksi takdirde hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve hâkime ait olup, bu belgelerin, imkân varsa zilyedinin önünde bir zarfa konup ağzı mühürlenerek (Yönetmeliğin m. 16) hâkime veya C.Savcısına verilmesi gerekir<sup>(89)</sup> (CMK m. 122). İleride mührün kaldırılması ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında

(88) ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 606

(89) KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age. 704

hazır bulunmak üzere, zilyedin veya temsilcisinin ya da müdafinin veya vekilin çağrılacağı; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılacağı ve inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtların ilgisine geri verileceği belirtilmiştir. Kolluk memurları, hakkında arama işlemi uygulanan kişinin rızası da olsa belge ve kâğıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır. Maddeden anlaşılacağı gibi, 1412 sayılı CMUK m. 102'den farklı olarak Cumhuriyet Savcısına da kâğıt ve belgeleri inceleme yetkisi verilmiş, bunun için zilyedin rızasına gerek görülmemiştir.

Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45 ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulunduğu sürece el konulamaz.

Tesadüfen Elde Edilen Deliller Dolayısıyla İşlenen Başka Bir Suça İlişkin yapılacak işlemler, CMK'da 1412 sayılı CMUK m. 100'den farklı şekilde ve daha geniş bir ölçüde bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten, CMK m. 138'e göre arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir. Bu hüküm, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma bakımından da geçerlidir. Yine, bu maddenin 2. fıkrası uyarınca, bu durum telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında olursa, ancak 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse aynı işlem yapılır. Bu nedenle, bu düzenleme, sadece CMK'nin 135/6. maddesindeki suçlarla sınırlı olup, diğer suçlara yönelik olarak genişletilemez; aksi takdirde delil yasakları kapsamına girecek ve ispat bakımından geçerli sayılmayacaktır. Zira CMK m. 217/2'ye göre ancak "yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir".

### **D-ARAMANIN SONA ERMESİ**

Arama, şüpheli veya sanığın yakalanması ya da delil elde edilmesi ile sona erecektir. Herhangi bir suç eşyası veya müsadereye tabi bir şey ele geçirilmişse el konulacaktır. Arama kararında el koyma konusunda bir husus belirtilmemiş ise bu konuda mahkemeden karar alınmalı aksi durumda ise el koyma kararına gerek yoktur. Ancak, arama emri üzerine yapılan aramada herhangi bir şeye el konulmuş ise mutlaka el koyma kararı için mahkemeden karar alınmalıdır. Mahkemeden 24 saat içinde el koyma kararı istenmez veya mahkemece 48 saat içinde karar verilemez ise el koyma kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu durumda ise ele geçirilen delil hukuka aykırı olduğundan hükme esas teşkil edemeyecektir.

Yakalama amacı ile yapılan aramada kişinin yakalanması üzerine hukuki durumuna göre tutuklanmak üzere hâkim önüne çıkarılmalıdır. Diğer taraftan arama sonunda herhangi bir delil elde edilememiş ise ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmemesine rağmen yine sona erecektir. Bu durumda görevlilerin herhangi bir zarar vermeksizin gerekli tutanaklar tanzim edilerek arama mahallinden ayrılması gerekecektir. Kolluk tarafından arama makul bir sürede bitirilerek kişilerin uzun süre rahatsız edilmemesi gerekir.

### **III-HUKUKA AYIKIRI OLARAK YAPILAN ARAMANIN SONUÇLARI**

#### ***A-Delil Olarak Kabul edilmemesi/Delil Yasağı***

Suç şüphesi altındaki kişilerin veya sanıkların hem kendilerini suçtan korumak istemeleri hem de delilleri gizlemek hatta yok etmek istemeleri insan doğasının bir sonucudur. Ceza Yargılamasının amacı ise hukuka uygun yöntem ve delillerle suç işleyen kişileri tespit etmek yargılamak ve mahkûm etmektir. Ceza Yargılaması hukuku, diğer bir ifade ile insan haklarının uygulama hukukudur. Arama konusunda yazılılık ilkesinin benimsenmesi, kişi hür-

riyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Zira yazılı bir karar veya emir olmamasına rağmen, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürüst işlem ilkesine aykırıdır<sup>(90)</sup>. Böylece bu şarta uyulmaksızın yapılacak arama, hukuka aykırı bir arama olacağından, hukuka aykırı delil söz konusu olacaktır<sup>(91)</sup>.

Aramanın sonunda, bulgu veya iz, eser, emare, delil elde edilmiş olması, yakalama yapılmış olması, yapılmış olan “hukuka aykırı” aramayı meşrulaştırmaz. Hukuka aykırı aramalardan elde edilen deliller, “yasak aykırı delil” kategorisine girerler. Bunların hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağına, prensip olarak ileride son soruşturmada mahkeme karar verecektir. Ancak CMK daha önceden olduğu gibi hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme esas teşkil etmeyeceğini, bu hallerde reddolunacağını kabul etmiştir (CMK m. 206/2-a).

### ***B-Cezai Sorumluluk***

Usulünce verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın arama yapan kamu görevlisi bakımından TCK'nin 120/1 m. uyarınca 3 aydan bir yıla kadar ceza sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>(92)</sup>.

Kişilerin üzerinin veya eşyasının aranması insan haysiyetine bir tecavüz teşkil ettiği gibi kişi dokunulmazlığının bir devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da bir saldırı oluşturur. Kişinin örneğin ceplerinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı bir surette aranması bu suçu oluşturacaktır. Bu arama olgusunun yetkisiz olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçu (TCK 116 m.) oluşur ve bu

(90) ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 32-33.

(91) ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 154

(92) GÜLŞEN, Recep: “Hürriyeti Tahdit Suçları” (TCK m. 179-187), Ankara, 2002, s. 155 vb.

nedenle, gerçek içtima hükümlerine göre sorumluluk cihetine gidilmesi gerekir<sup>(93)</sup>.

CMK'nin 116 ve 117 maddelerine aykırı olarak, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle konutta arama yapan görevli hakkında da TCK'nin 116.maddesi uygulanır.

### *C-Ölçüsüz Yapılan Arama Nedeniyle Tazminat Hakkı ve Tazmin Sorumluluğu*

CMK'nin Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı Yedinci Bölümünün 141/i maddesine göre, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını isteyebilirler<sup>(94)</sup>. Her ne kadar arama kararı denmiş ise de kanaatimizce, herhangi bir arama kararı veya emri olmadan yapılan aramalar bakımından da tazminat istenebilmek gerekir<sup>(95)</sup>. CMK'da, haksız yakalama ve tutuklama halleri dışında, belirli ölçülerde olsa dahi, aramaya ilişkin olarak tazminatın kabulü, ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak düşünülmelidir. Zira uygulamada, yıllardır ne yazık ki, adli aramanın gereksiz ve ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgililer, İdareye karşı veya haksız yakalama ve tutuklamada olduğu gibi bir dava açamıyorlardı<sup>(96)</sup>. Gerçi doktrinde, İdare'nin personelini yeterli düzeyde eğitmemesi ve denetim sağlamaması nedeniyle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almaması dolayısıyla ihmalden kaynaklanan hizmet kusurunun varlığından bahisle İdareye karşı tam yargı davasının açılacağı ileri sürülmekte ise de gerçekte bu hususta yasal bir boşluğun olduğu da haklı olarak ifade edilmek-

(93) Yasa Gerekçesi için bakınız, ÖZGENÇ, İzzet: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, s. 225, 226, Ankara-2004.

(94) YAŞAR, Osman: "Uygulamalı ve Yorumlu 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", s. 547, Ankara, 2005.

(95) GÜLŞEN, Recep: "Hüriyeti....", s. 11

(96) HAKERİ, M. Hakan: "Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi", Ankara, 1999, s. 19 vb.



tedir<sup>(97)</sup>. Nitekim adli aramanın adli bir işlem olması dolayısıyla uygulamada İdare aleyhine davanın açıldığına ilişkin bir içtihadı rastlamak mümkün olmamıştır.<sup>(98)</sup>

Diğer yandan, devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği de bu kanunda açıklanmıştır (CMK m.143/2). Madde gerekçesinde bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkûmiyetinin şart olup olmadığına ilişkin bir açıklamaya rastlanmamaktadır.<sup>(99)</sup>

Bu düzenlemelerin hukuk düzenimize kazandırılması, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından çok olumlu bir gelişmedir. Ayrıca, aramayı yerine getirirken kolluk görevlilerinin verdikleri ölçsüz davranış sonucu verilen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, kendilerine ödettirmesini içeren bu hüküm, aramanın daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.

#### IV-ARAMA KORUMA TEDBİRİNDE KANUN YOLU MUHA- KEMESİ

Kolluğun yaptığı arama işleminin hukuki denetimi öncelikle Cumhuriyet Savcılığınca yapılacaktır. Daha sonrada aramanın yasal unsurları taşıyıp taşımadığı yargılama aşamasında mahkemece denetlenecektir. Ayrıca Hâkim kararları da itiraza tabi olup sulh ceza mahkemesince verilen aramaya ilişkin kabul veya ret kararlarına karşı CMK 261-271 maddelerde belirtilen merci-

(97) ÖZBEK, Veli Özer: age. s. 162.

(98) Gerçekten, ülkemiz idari yargı uygulamasında, yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça, devletin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, idari eylem ve işlem olarak düşünülmesi mümkün olmayan ceza yargılaması nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Oysa kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri bakımından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. GÖZLER, Kemal: "İdare Hukuku", Cilt: II, Bursa, 2003, s. 960 vd. Bu konuda beklide tek örnek; hâkimin evinde arama yapmak için Yüksek Hâkimler Kurulundan izin alınmamasını ağır hizmet kusuru olarak nitelendiren Danıştay 18.D. 22.03.1977 T., E. 1975/2395, K.1977/842 sayılı kararıdır. KAYMAZ, Seydi: age, s. 165, KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun: age, s. 790

(99) NOYAN, Erdal: "Ceza Muhakemesi", Ankara, Adil Yayınevi, 2005, s. 335.

lerce burada açıklandığı şekilde incelemeye tabi olacaktır. Ancak aramaya dair verilen kararlara yapılacak itirazların arama işlemini durdurmayaacağı kanaatindeyiz.

Arama kararını veren hâkim, aynı zamanda talebin hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Aramanın makul sebep veya makul şüpheye dayanmadığını ve gecikmede tehlike de bulunmadığını belirlerse, aramanın hukuka aykırı olduğu anlaşılacağından talebi ret edecektir. Fakat arama yapılmış ise yapan veya emri veren kolluk memur veya amiri hakkında, suçun diğer unsurları da gerçekleşmişse, TCK 183 veya TCK 194 uygulanabilir, Elde edilen bulgular da muhakemede delil olarak kabul edilemez (AY 20, 21, 38), (bkz hukuka aykırı aramanın sonuçları).

## V-SONUÇ

Ülkemizde yıllardan beri gelişen terör olaylarına karşı alınan kural dışı tedbirlere paralel olarak, toplumda kolluğa karşı bir güvensizlik oluşmuştu. Önceki yıllarda, kolluğun genellikle arama kararı almadan ve keyfi diye nitelendirilebileceğimiz bir biçimde aramalar yaptığı ulusal mahkeme ve AİHS kararları ile kanıtlanmış bir gerçektir<sup>(100)</sup>. Geçmiş dönemde hazırlık tahkikatı, CMUK'un 153 ve 154 maddedeki amir hükümlere rağmen çoğunlukla ya C. Savcısına rağmen yapılmış, ya ona rağmen yapılmamış, ya da C. Savcısının tahkikatın amiri olduğu, hiç akla dahi getirilmeden yanlış alışkanlıklara göre yapılmıştır. Hatta hazırlık tahkikatının C. Savcısından gizli yapıldığı durumlar dahi pek çoktur. Bu nedenle "gecikmede tehlike olduğu gerekçesiyle" yapılan aramalara şüphe ile yaklaşmıştır. Ayrıca aramalarda yapılan istatistiklere göre % 90'a varan oranlarda rıza ile yapıldığı gözlemlenmiş, bunun sonunda da rıza ile aramalara imkân veren düzenlemeler, uygulamadan yukarıda da bahsi geçtiği üzere Danıştay kararı ile kaldırılmıştır.

(100) HACIOĞLU, B. Caner: "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'unda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Tedbiri Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, C. IX, S. 1-2, Erzincan-2005

Anayasa değişiklikleri ve uyum kanunları ile mevzuatımızda yapılan değişiklikler sonucunda yeniden yapılanan arama hukukumuzda göre, aramanın Anayasa'ya uygun olması için, somut olaylara bağlı "makul sebep" veya "makul şüphe" mevcut olmalı, gecikmede tehlike olduğunu gösteren "olay" mevcut olmalıdır. Yine aramanın hâkim kararı ile yapılması, olmadığı takdirde en azından yargısal denetime tâbi kılınması sağlanmıştır. Her ne kadar bir kısım çevrelerde kolluğun yetkileri kısıtlandığı, eleştirileri yapılmış ise de yeni arama hukukumuz kolluğun yetkilerini kısıtlamamış, sadece denetim altına almıştır. Denetim altındaki bu güç, Demokratik ve Laik Hukuk Devletimizin ihtiyaç duyduğu bir güçtür. Kanımızca, bu durumlarla, soruşturmanın fiilen Cumhuriyet Savcısının emir ve talimatları altında yapılmasını sağlamak amaçlanmıştır. Böylece hukuka aykırı iş ve işlemlerden kolluk görevlilerinin kaçınması, buna karşılık soruşturmanın Cumhuriyet Savcısı tarafından hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi istenmektedir. Kuşkusuz, yasadışı aramaların önüne ancak bunu yapan kolluk görevlilerine yönelik cezai yaptırımlar söz konusu olması, bu şekilde elde ettikleri delillerin hukuka aykırı delil sayılması ve bunların daha iyi eğitilmesi ile mümkündür.

Soruşturma evresinde rolü olan herkesin (kolluk, Savcı, Hâkim olmak üzere) bu değişimi iyi algılaması, alışkanlıklara bağlı, çoğu zaman keyfi uygulamalar yerine hukuka ve insan haklarına saygılı bir soruşturmayı benimsemeleri gerekir. Kolluk makam ve memurlarının soruşturma evresinde C.Savcısı ile sağlıklı iletişim kurması onun emir ve talimatlarına göre işlem yapmayı, çalışma tarzı haline getirmesi gerekir.

### **KAYNAKÇA**

**AÇIKGÖZ, A. Nevzat:** "Arama-Denetim ve kontroller ve El Koyma"  
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>

**AKINCI, Füsün Sokullu:** "Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi

Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları”, İstanbul, 1986

**BAKICI, Sedat:** “Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler”, Ankara–1996

**CENTEL, Nur–ZAFER, Hamide:** “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Aralık 2005

**ÇOLAK, Haluk–TAŞKIN, Mustafa:** “Açıklamalı–Karşılaştırmalı–Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu”, Haziran–2005

**DONAY, Süheyl:** “Meslek Sırrını Açıklama Suçu”, İstanbul–1978

**EREM, Faruk:** “Avukat Bürolarında Arama”, YARGI, Şubat–1977

**ERYILMAZ, M. Bedri:** “Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama”, Ankara, 2003

**FEYZİOĞLU, Metin:** “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, [http://turkhukuksitesi.net/hukukforum/art\\_showarticle.php?s=3cffe91d905aaa7ebbc9ec66eac47a9&id=114](http://turkhukuksitesi.net/hukukforum/art_showarticle.php?s=3cffe91d905aaa7ebbc9ec66eac47a9&id=114)

**GÖZLER, Kemal:** “İdare Hukuku”, Cilt:II, Bursa, 2003.

**GÜLŞEN, Recep:** “Hürriyeti Tahdit Suçları”, (TCK m. 179–187), Ankara, 2002

**GÜLŞEN, Recep:** “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr)

**HAKERİ, M. Hakan:** “Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi”, Ankara, 1999

**HACIOĞLU, B. Caner:** “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun’unda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, C. IX, S.1 – 2, Erzincan – 2005

**KAYMAZ, Seydi:** “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller”, Seçkin Yayınevi, 1997

**KESKİN, Serap:** “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhake-

mesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”, Cilt: LIX, Sayı:1 – 2, 2001

**KOPARAN, M. Reşat:** “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>

**KUNTER, Nurullah–YENİSEY, Feridun:** “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, İkinci Kitap, 12. Bası, İstanbul, 2003

**MALKOÇ, İsmail–GÜLER, İsmail:** “Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara–1998

**NOYAN, Erdal:** Ceza Muhakemesi, Ankara, Adil Yayınevi, 2005

**ÖZBEK, Veli Özer:** “CMK Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, İzmir–2005

**ÖZBEK, Veli Özer:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Ankara, 1999

**ÖZTÜRK, Bahri–ERDEM, Mustafa Ruhan–ÖZBEK, Veli Özer:** “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 6. Bası, Ankara, 2001

**ÖZGENÇ, İzzet:** “Gerekçeli Türk Ceza Kanunu”, Ankara – 2004

**SAVAŞ, Vural–MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık:** “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara–1995

**SELÇUK, Sami:** “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, Yargıtay Dergisi, S. 2, Ocak 1987

**SOYASLAN, Doğan:** “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara–2006

**ŞAFAK, Ali–BIÇAK, Vahit:** “Ceza Muhakemesi Hukuku Ve Polis”, Ankara–2005

**TAŞDEMİR, Kubilay–ÖZDEMİR, Ramazan:** “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara–2000

**VURALDOĞAN, Kemal:** “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu Ve Avukat Vuraldoğan Davası”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_187.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_187.htm)

**YAŞAR, Osman:** “Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Ankara–2005

**YENİSEY, Feridun:** “İnsan Hakları Açısından Arama El Koyma Yakalama ve İfade Alma”, Ankara–1995

**YENİSEY, Feridun:** “Yeni Arama Hukukumuz”,  
<http://asayis.iem.gov.tr/files/makaleler/yeniarama.doc>

**YENİSEY, Feridun:** “Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu”, <<STRAFPROZESSORDNUNG>> Tercümesi”, Ankara–1979

**YİĞİT, Nuri:** “Arama, El Koyma ve Gizli Koruma Tedbirleri”,  
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>

**YURTCAN, Erdener:** “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu”, İstanbul–2005.

**YURTCAN, Erdener:** Ceza Muhakemeleri Usulsü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat”, c.1, İstanbul–1986

<http://www.belgenet.com/arsiv.html>, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 01.11.2006

**Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, c.1, Ankara–1987**



### YENİ SEÇİLENLER ve YENİDEN SEÇİLENLER, EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILANLAR

*Ersin DAMAR* (\*)

#### ❖ YENİ SEÇİLENLER ve YENİDEN SEÇİLENLER<sup>(1)</sup>

##### ***Abdurrahman YALÇINKAYA***

10.03.1950 tarihinde Şanlıurfa'da doğmuştur. Ankara Yıldırım Beyazıt Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1973 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Yalçinkaya*; sırasıyla Acıpayam, Bulanık Hakimliği, Gürün Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Gürün Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı, Silifke Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

14.04.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Abdurrahman Yalçinkaya*, Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca 21.06.2004 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilliğine, bu görevini sürdürür iken

---

(\*) *Yargıtay Yayın İşleri Müdürü*

(1) Sıralama Kıdeme göre yapılmıştır.

yine Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca 01.05.2007 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na seçilmiş ve 21.05.2007 tarihinde görevine başlamıştır. Halen bu görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

### ***Kublay ÖZKAN***

11.06.1948 tarihinde İzmir'de doğmuştur. İzmir Özel Türk Kolejini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1970 yılında mezun olmuştur.

İzmir hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Özkan**; sırasıyla Akçadağ Hakim Yardımcılığı, Çameli, Aydın-Yenipazar Hakimliği, Iğdır Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Fethiye Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

04.02.1999 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Kublay Özkan**, Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi Üyesi iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca 30.05.2007 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilliğine seçilmiş ve 31.05.2007 tarihinde görevine başlamıştır. Halen bu görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

### ***Muhittin MIHÇAK***

1945 yılında Mersin'de doğmuştur. Mersin Tevfik Sırrı Gür Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1967 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Mihçak**; sırasıyla Silopi Hakim Yardımcılığı, Mut ve Silifke Hakimliği, Kozan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Adalet Müfettişliği, Kayseri ve Ankara Devlet Güvenlik Mahke-



mesi Üyeliği, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı, Silifke Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı ve Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkanlığı ile Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

15.08.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Muhittin Mihçak*; Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 23.05.2007 tarihinde Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

Fransızca bilen *Mihçak*'ın, Yargıtay Dergisi'nde yayımlanmış, "Türk Ceza Kanunu-Madde 312" adlı makalesi ile Daily News'de yayımlanmış, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak Suçları" adlı yayımlanmış eseri bulunmaktadır.

### **Ersan ÜLKER**

1948 yılında Çaycuma'da doğmuştur. Zonguldak Mehmet Çelikel Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1972 yılında mezun olmuştur.

Zonguldak hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Ülker*; sırasıyla Ordu ve Gündoğmuş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Çiçekdağı Cumhuriyet Savcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

29.03.1994 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ersan Ülker*, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 26.05.2003 tarihinde ilk kez, 28.05.2007 tarihinde ikinci kez Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

### ***Necdet GÜRBÜZTÜRK***

23.01.1950 tarihinde Kaman'da doğmuştur. Kabataş Erkek Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan ***Gürbüz Türk***; sırasıyla Tokat, Susuz, Gülşehir, Bandırma ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

02.11.2000 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ***Necdet Gürbüz Türk***; Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na 28.06.2007 tarihinde Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiştir. Halen bu görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

### ***Ahmet Ceylani TUĞRUL***

21.12.1950 tarihinde Anamur'da doğmuştur. Mersin Tevfik Sırrı Gür Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1973 yılında mezun olmuştur.

Mersin hakim adayı olarak mesleğe başlayan ***Tuğrul***; sırasıyla Sarıcakaya, Kadirli, Kars ve Gaziantep Cumhuriyet Savcılığı, Kadirli, Akşehir, Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Müfettişliği, Adana ve Aydın Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

21.03.2000 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen ***Ahmet Ceylani Tuğrul***, Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Üyesi iken, 11.05.2007 tarihinde Yargıtay Birinci Başkanı'nca Yargıtay Genel Sekreterliği'ne seçilmiş olup, halen bu görevini sürdürmektedir.

Fransızca bilen ***Tuğrul***'un, Yurtdışı mesleki inceleme raporları vardır.

**Mustafa ACIR**

27.08.1950 tarihinde Tarsus'ta doğmuştur. Tarsus Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1972 yılında mezun olmuştur.

Mersin hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Acir*; sırasıyla Adıyaman, Lice, Kulu, Niğde, Gaziantep ve Mersin Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Mustafa Acir*, halen Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

**Kemalettin YÜKSEL**

1949 yılında Çayeli'nde doğmuştur. Rize Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1973 yılında mezun olmuştur.

Muğla hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Yüksel*; sırasıyla Konya-Ereğli, Bozova (Ş.Urfa), Mesudiye (Ordu), Keşan, Gebze ve Kadıköy Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Kemalettin Yüksel*, halen Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir. İngilizce bilen ve Master (L.L.M) yapan *Yüksel*'in "Kooperatifler Hukuku"(L.L.M) adlı bir eseri ile çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır.

**Nuray DURANOĞLU (TAŞCIOĞLU)**

01.07.1952 tarihinde Erzincan'da doğmuştur. Yenimahalle Kız Lisesi (Halide Edip Lisesi)'ni bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1974 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Duranoğlu (Taşcioğlu)**; sırasıyla Aksaray Hakimliği, Aksaray Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi, Yerköy Ceza Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Nuray Duranoğlu (Taşcioğlu)**, halen Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Mehmet Gündüz İPEK**

24.06.1948 tarihinde Diyarbakır'da doğmuştur. Diyarbakır Ziya Gökalp Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1974 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **İpek**; sırasıyla Bozkurt (Kastamonu), Samandağ (Hatay), Of (Trabzon), Karasu (Adapazarı) ve Eskişehir Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Mehmet Gündüz İpek**, halen Yargıtay Onikinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, Fransızca bilmektedir. Çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır.

### **Osman BAŞ**

10.06.1951 tarihinde Ordu-Mesudiye'de doğmuştur. Trabzon Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olmuştur.

Ordu hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Baş**; sırasıyla Çorum-Ortaköy, Aşkale ve Niksar Ceza Hakimliği, Bingöl ve Rize Ağır Ceza Mahkemesi

Başkanlığı, Ankara Hakimliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Osman Baş**, halen Yargıtay Onuncu Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Saniye TARHAN**

20.11.1953 tarihinde Kırklareli’de doğmuştur. Yozgat Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1975 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Tarhan**; sırasıyla Artvin ve Bala Sorgu Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliği, Ankara Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemesi Hakimliği ile Ankara Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Saniye Tarhan**, halen Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Ayşe İnci ÖZDEN**

04.02.1955 tarihinde Ankara’da doğmuştur. Yenimahalle Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1976 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Özden**; sırasıyla Sungurlu, Karapınar, Havran Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Bolu ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Ayşe İnci Özden**, halen Yargıtay Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Ahmet KARAYİĞİT**

23.02.1952 tarihinde Dörtyol'da doğmuştur. Osmaniye Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1977 yılında mezun olmuştur.

İskenderun hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Karayığit**; sırasıyla Pervari, Ardahan, Çamlıhemşin ve Şebinkarahisar Cumhuriyet Savcılığı, Vezirköprü, Çanakkale, Gaziantep ve Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Ahmet Karayığit**, halen Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, Fransızca bilmektedir.

### **Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ**

01.10.1955 tarihinde Divriği'de doğmuştur. Ankara Yüksek Öğretmen Okulu Hazırlık Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1980 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Şahbaz**; sırasıyla Sorgun, Kiğı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Türkoğlu ve Hacıbektaş Cumhuriyet Savcılığı, Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **İbrahim Şahbaz**, halen Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir. Fransızca bilen **Şahbaz**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Master, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Doktora yapmıştır. Üniversiteler arası Kurul tarafından Anayasa Hukuku (Kamu Hukuku Anabilim Dalında) alanında Doçent unvanı ve yetkisi verilmiştir.

“Anayasa’da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, “Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye”, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası” adlı eserleri ve çeşitli dergilerde yayımlanmış çok sayıda makalesi bulunmaktadır.

### ***Satı ATEŞEL***

01.05.1953 tarihinde Haymana’da doğmuştur. Bursa Kız Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1979 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Ateşel*; sırasıyla Çaykara ve Alaca Hakimliği, Yargıtay Tetkik Hakimliği, Düzce Hakimliği ile Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi Başkanlığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Satı Ateşel*, halen Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### ***Günsal ALBAYRAK***

08.02.1957 tarihinde Muş’ta doğmuştur. Ankara Etlik Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1979 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Albayrak*; sırasıyla Akçadağ ve Kozaklı Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Boğazlıyan ve Gümüşhane Cumhuriyet Savcılığı, Vezirköprü Cumhuriyet Başsavcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Günsal Albayrak*, halen Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Haydar METİNER**

10.02.1956 tarihinde Tunceli'de doğmuştur. Tunceli Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1980 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Metiner*; sırasıyla Araban, Çayıralan, Iğdır Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Haydar Metiner*, halen Yargıtay Ondördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde "Kamu Yönetimi Uzmanlık Programı"nı bitirmiştir.

### **Sadık DEMİRCİOĞLU**

08.04.1956 tarihinde Kurşunlu'da doğmuştur. Pertevniyal Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1979 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Demircioğlu*; sırasıyla Adana, Çorum, Hassa Hakimliği, Develi Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı, Adalet Müfettişliği, Adalet Başmüfettişliği ile Personel Genel Müdürlüğü görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Sadık Demircioğlu*, halen Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.



**Bahri DEMİREL**

16.05.1955 tarihinde Samsun'da doğmuştur. Samsun 19 Mayıs Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1980 yılında mezun olmuştur.

Balıkesir hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Demirel*; sırasıyla Koyulhisar, Adıyaman-Gölbaşı, Kaş Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Bahri Demirel*, halen Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

**Ayşe ALBAYRAK DOĞAN**

16.12.1959 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. Cibali Kız Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Albayrak Doğan*; sırasıyla Siirt, Sarıoğlan, Gülşehir, Kırşehir, Ankara-Gölbaşı ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ayşe Albayrak Doğan*, halen Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir.

**Mahmut KAMACI**

02.04.1958 tarihinde Konya-Hacınuman'da doğmuştur. Konya Karatay Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Konya hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Kamacı**; sırasıyla Kayseri, Ardanuç, Aksaray-Güzelyurt ve Divriği Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Mahmut Kamacı**, halen Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, Fransızca bilmektedir. "Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Özel Hukuk Alanına Giren Çok Taraflı Diğer Uluslar arası Sözleşmeler"(2 cilt) adlı eseri ile çok sayıda yayımlanmış mesleki inceleme yazıları ve makaleleri vardır.

### **Mesut BALCI**

14.06.1956 tarihinde Seyitgazi'de doğmuştur. Ankara Erkek İlköğretmen Okulunu bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Eskişehir hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Balci**; sırasıyla Manisa, İliç, Türkoğlu, Gümüşhane Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Mesut Balci**, halen Yargıtay Yirmibirinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir. Çeşitli dergilerde yayımlanmış makaleleri bulunmaktadır.

### **Ayşe Zehra TEPEDELENLİOĞLU**

13.09.1961 tarihinde Anamur'da doğmuştur. Kilis Öğretmen Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Tepedelenlioğlu*; sırasıyla Zonguldak, Pötürge, Osmancık Hakimliği ve Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ayşe Zehra Tepedelenlioğlu*, halen Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### ***Ramazan ÖZKEPİR***

02.01.1955 tarihinde Aksaray'da doğmuştur. Aksaray Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Aksaray hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Özkepir*; sırasıyla Bolu, Şirvan, Sarıkaya, Erzin Cumhuriyet Savcılığı, Yargıtay Tetkik Hakimliği ile Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ramazan Özkepir*, halen Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

“Mala Karşı Suçlar”, “Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar”, “Hırsızlık Suçları”, “Kasten Adam Öldürme Suçları”, “Ağır Ceza Davaları”, “Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, “İçtihatlı Türk Ceza Kanunu”, “Belediye Mevzuatı”, “Yeni TCK-CMK-CGİK Ceza ve Yargılamada Temel Yasalar” ve “Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi” adlı yayımlanmış eserleri bulunmaktadır.

### ***Filiz PINARCI***

10.11.1961 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Etimesgut Mehmetçik Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1982 yılında mezun

olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Pınarcı**; sırasıyla Tunceli Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Ayaş, Yerköy Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Filiz Pınarcı**, halen Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Ayşe Ayten GÜLLÜOĞLU**

05.12.1959 tarihinde Ankara'da doğmuştur. Ankara Kurtuluş Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Güllüoğlu**; sırasıyla Rize, Kırklareli, Lalapaşa, Pasinler, Beypazarı Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Ayşe Ayten Güllüoğlu**, halen Yargıtay Onaltıncı Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### **Ahmet DURU**

11.05.1957 yılında Niğde-Fertek'te doğmuştur. Niğde Kız Öğretmen Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1983 yılında mezun olmuştur.

Niğde hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Duru**; sırasıyla Bozova, Şabanözü, Gerede Hakimliği ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Ahmet Duru*, halen Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

### ***Rıza SARITAŞ***

03.05.1959 tarihinde Konya'da doğmuştur. Konya Karatay Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1984 yılında mezun olmuştur.

Konya hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Saritaş*; sırasıyla Tokat ve Eflani Cumhuriyet Savcılığı ile Yargıtay Tetkik Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

15.04.2007 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen *Rıza Saritaş*, halen Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte olup, İngilizce bilmektedir..

### **❖ EMEKLİLİK NEDENİYLE YARGITAY'DAN AYRILAN BAŞKAN ve ÜYELER<sup>(2)</sup>**

### ***Behçet ÖZKAYA***

1942 yılında Hacıbektaş'ta doğmuştur. Ankara Gazi Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1970 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan *Özkaya*; sırasıyla Yusufeli Hakim Yardımcılığı ile Hakimliği, Avanos Hakimliği ve Yargıtay Tetkik

(2) Sıralama emeklilik tarihine göre yapılmıştır.

Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

07.06.1992 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Behçet Özkaya**, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 25.04.2007 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU**

02.07.1944 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. Haydarpaşa Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olmuştur.

İstanbul Barosu'nda kısa bir süre avukatlıktan sonra, İstanbul hakim adayı olarak mesleğe başlayan **İbrahimhakkioğlu**; sırasıyla Mazıdağı ve Muş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Pasinler ve Terme Cumhuriyet Savcılığı, Uşak, Kastamonu, Yozgat, Eskişehir ve Mersin İl Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı Müsteşarlığı, Bakanlık Yüksek Müşavirliği ve tekrar Müsteşarlık görevlerinde ve bu görevi nedeniyle de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Asıl Üyeliğinde bulunmuştur.

14.04.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Uğur İbrahimhakkioğlu**, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi iken, 08.07.1999 tarihinde birinci defa; 06.12.2004 tarihinde ikinci defa Yargıtay Birinci Başkanları'nca Yargıtay Genel Sekreterliği'ne seçilmiştir. Bu görevini sürdürmekte iken, kendi isteğiyle 08.05.2007 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **Yusuf Kenan DOĞAN**

09.01.1944 tarihinde Malatya'da doğmuştur. Malatya Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1966 yılında mezun olmuştur.

Malatya hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Doğan**; sırasıyla Derik, Akdağmadeni Hakimliği, Yüksek Hakimler Kurulu Müfettiş Hakimliği, Adalet Müfettişliği ve Başmüfettişliği, Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcılığı ve Müsteşarlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği, Basın İlan Kurulu Üyeliği ve Yönetim Kurulu Başkanlığı ile Adalet Bakanlığı Yüksek Müşavirliği görevlerinde bulunmuştur.

27.05.1996 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Yusuf Kenan Doğan**, Yargıtay İkinci Ceza Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 22.02.2006 tarihinde Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken kendi isteğiyle 08.05.2007 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **Nuri OK**

10.11.1942 tarihinde Tarsus'ta doğmuştur. Tarsus Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Ok**; sırasıyla Tomarza Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Karataş Cumhuriyet Savcılığı, Gaziantep Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı görevlerinde bulunmuştur.

16.08.1991 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Nuri Ok**, Yargıtay Onbirinci Ceza Dairesi Başkanı iken, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca 29.04.2003 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına seçilmiş ve 21.05.2003 tarihinde görevine başlamıştır. Bu görevini sürdürmekte iken, kendi isteğiyle 20.05.2007 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **Hakkı DİNÇ**

27.06.1942 tarihinde Kemaliye'de doğmuştur. Yozgat Lisesini bitirmiş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1966 yılında mezun olmuştur.

Ankara hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Dinç**; sırasıyla Şırnak, Akdağmadeni ve Ankara Hakimliği görevlerinde bulunmuştur.

23.11.1989 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **Hakkı Dinç**, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 11.07.2006 tarihinde Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanlığı'na seçilmiştir. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanlığı ile Yargıtay Yayın ve Tasnif Kurulları Başkanlığı görevlerini sürdürmekte iken, yaş sınırı nedeniyle 27.06.2007 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

### **M. Ünal BAŞOĞLU**

17.11.1944 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. Sakarya Lisesini bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1969 yılında mezun olmuştur.

Adapazarı hakim adayı olarak mesleğe başlayan **Başoğlu**; sırasıyla Solhan, Siirt Cumhuriyet Savcılığı, Muş Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuştur.

28.05.1996 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen **M. Ünal Başoğlu**, Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Üyesi iken Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca 31.05.2004 tarihinde Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Başkanlığı'na seçilmiş olup, bu görevini sürdürmekte iken 16.07.2007 tarihinde kendi isteğiyle emekliye ayrılmıştır.

