

Yıl: 35

Sıra Sayı: 128



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGISİ

YARGITAY DERGISİ



Cilt : 35

TEMMUZ 2009

Sayı : 3

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

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI
Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKR
Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ali EM
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

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

Telefon

(0-312) 419 34 17 — 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni
Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğüne
Üç Ayda Bir yayımlanır.

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

Hiç bir yerde ***temsalcimiz yoktur.***

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

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

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüze bizzat **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

ÖZEL HUKUK

Erol TATAR

Hukuk Uyuşmazlıklarında
Arabuluculuk Kanun Tasarısı
Üzerine Bir Değerlendirme..... **245-272**

CEZA HUKUKU

Mustafa ALBAYRAK

Kasten Yaralama Suçları,
Uygulama ve Sorunlar..... **273-314**

CEZA USUL HUKUKU

Süleyman TÜRKARSLAN

Mülga 1412 Sayılı Ceza
Muhakemesi Usulü Kanununda
Yer Alan Gıyabi Tevkif Müessesesi
ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi
Kanununda Yer Alan Yakala Emri
Müessesesinin Karşılaştırılması .. **315-346**

MEDENİ HUKUK

Bhattin ARAS

Boşanma Davalarında Tarafların
Tazminat ve Nafaka Taleplerinin
Karara Bağlanması..... **347-368**

GENEL KONULAR

*Prof. Dr. Zerrin TOPRAK
Araş. Gör. Ahu KARAKURT*

Türkiye'de Yabancı
Mezarları ve Stratejik
Yaklaşımlar **369-396**

Adem ÇELİK

Yargı Bağımsızlığı ve
Tarafsızlığı..... **397-414**

**HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUN
TASARISI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**

Erol TATAR (★)

ANLATIM DÜZENİ: I.GİRİŞ, II.TASARININ GETİRDİKLERİ, 1.ARABULUCU, ARABULUCULUK ve ARANAN NİTELİKLER, 1.1.Arabulucu ve Arabuluculuğun Tanımı, 1.2.Arabuluculuğun Tarihçesi, 1.3.Arabuluculuğa Benzer Uygulamalar,1.4.Arabulucunun Nitelikleri, 1.5.Arabulucunun Ücreti, 2.KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI, 2.1.Arabuluculuk Sürecinin İşletilebileceği Uyuşmazlıklar, 2.2.Kapsam Dışında Kalan Uyuşmazlıklar, 3.ARABULUCULUKTA TEMEL İLKE- LER, 3.1.Gönüllülük(İradi Olma) İlkesi, 3.2.Eşitlik İlkesi, 3.3.Gizlilik İlkesi, 4.ARABULUCULUKTA İZLENECEK USÛL, 4.1.Arabulucunun Seçimi, 4.2.Arabuluculuk Sürecinin Başlaması, 4.3.Arabuluculuk Sürecinde Usûl, 4.4.Arabuluculuk Sürecinin Son Bulması, 4.4.1.Arabuluculuğun Anlaşmayla Son Bulması, 4.4.2.Arabuluculuğun Anlaşma Sağlanamadan Son Bulması, III.SONUÇ

I.GİRİŞ

T.C.Anayasası'nın 36.maddesi "Herkes, meşru vasıta ve yollar-
dan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı
olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne

(★) *Ankara Hakimî.*

yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma hakkını güvence altına almıştır. Bu temel düzenlemeler devlete, adalete erişim hakkının korunması amacıyla, çabuk ve ucuz bir yargı sürecinin oluşturulması konusunda önemli görevler yüklemektedir. Bu amaçla birçok ülke, uyuşmazlıkların daha kısa sürede, daha az masrafla ve mahkeme önüne götürülmeden çözülmesini hedefleyen alternatif düzenlemeler yapmaktadır¹.

Arabuluculuk(Mediation), işte bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir²; bir tür, tarafların kendi başlarına uyuşmazlığı çözme usûlüdür. Bu yöntemde taraflar, mahkemelerde yapıldığı gibi yasal hakların belirlenmesi üzerinde değil, sorunların çözümü üzerinde yoğunlaşmaktadır³. Diğer bir deyişle arabuluculuk, yasal hakların belirlenmesine değil, taraflar arasındaki anlaşmaya dayalı bir çözüm yöntemidir⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözüm türü olan arabuluculuk, başta ABD ve Avrupa ülkeleri olmak üzere birçok ülkede uygulanmaktadır⁵. ABD’de ve Avustralya’da hukuk uyuşmazlıklarının %90’ından fazlasının mahkemeye gidilmeden çözüldüğüne ilişkin bilgiler⁶; uyuşmazlıkların, özellikle ticari şirketlere ait sınırların mahkemelere sunulmadan ve

- 1 Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternative Dispute Resolution, ADR) çalışmalarına örnek olarak İngiltere’de 1995 yılında Lord Woolf öncülüğünde yapılan çalışmalar gösterilebilir. İngiltere ve diğer ülkeler ile özellikle ABD uygulamaları için bkz. Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi"; "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", <http://www.ankarabarosu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008
- 2 Pekcanitez, H., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, s.12 v.d., 2005/5.
- 3 İldır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü(Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler),s.31 v.d., Ankara 2003.
- 4 Özekeş, M., "Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi", s.42, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006/7.
- 5 Kuzey Amerika ve AB ülkelerindeki uygulamalar için bkz. Özbek, M., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD., 2007/68.
- 6 Özbek M., "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD.,c.56,2007/1,s.187; ABD’de alternatif çözüm yollarının gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", GSÜHFD., Prof Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, 2004/1, s.261 v.d.

aleniyet kazanmadan çözülmesi; yargılama giderlerine kıyasla oldukça ucuz bulunması; kısa sürede icra edilebilir bir sonuca ulaşabilmeyi ve mahkemelerin iş yükünü⁷ hafifletmeyi vaat ediyor olması, bu kuruma alıcı gözle bakmamızı zorunlu kılmaktadır. Öte yandan, ceza uyuşmazlıklarında benzer bir kurum olarak düzenlenen CMK'daki "uzlaşma", 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 35.maddesi⁸, Hakemlik Kanunu, HUMK'da yer alan "Sulh" yolu, İş Kanununda "arabuluculukla uzlaşma yöntemi", İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi⁹ gibi düzenlemeler ile bunların sonuçlarına baktığımızda, yine işlevselliği hakkında şüphe bulunan bir yasayla karşı karşıya kaldığımız düşüncesi doğmaktadır.

Bu çalışmada, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk kurumunun uygulanması için hazırlanan ve 14.05.2008 tarihinde TBMM'e sunulan, ancak henüz kanunlaşmamış olan tasarı değerlendirilecektir. Ayrıca, ülkemizde yürürlükte olan benzer yasal düzenlemelerin sonuçlarına göre, yeni bir yasaya ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve tasarının uygulanabilirlik derecesi tartışılacaktır.

7 İstanbul'da bulunan mahkemelerin günlük ortalama duruşma sayısı 29'dur.Kalem,S./Galma,J./Elveriş,I."Adliye Gözlemleri; İstanbul Mahkemeleri: Fiziksel Koşullar, Duruşmalar ve Gecikmeler", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s.13.

8 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 'Uzlaşma Sağlama' başlıklı 35. maddesi şöyledir: "Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir."

9 İYUK'un 11.maddesine göre, idari işlemlerin iptali davasından önce veyahut zararın giderilmesi için tam yargı davası açılmadan önce, idareye başvurulmalıdır.

II.TASARININ GETİRDİKLERİ

1.ARABULUCU, ARABULUCULUK ve ARANAN NİTELİKLER

1.1.Arabulucu ve Arabuluculuğun Tanımı

Genel olarak arabuluculuk(mediation), uzlaşma sağlamak için araya girmek veya aralarında anlaşmazlık bulunan iki tarafı uzlaştırmaya çalışmak; arabulucu(mediatör) ise “uyuşmazlık yaşayan iki tarafı uzlaştırmak için seçilen kimse” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Yeşil Kitapta¹¹ arabuluculuk, ‘tahkim dışında¹², tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yönetilen yargı dışı uyuşmazlık çözüm usûlleri’ olarak tanımlanmıştır. Bu tanım esas alındığında bilirkişi görüşleri; tüketicilere sunulan şikâyetleri inceleme sistemleri; şirketlerce oluşturulmuş otomatik müzakere düzenlemeleri arabuluculuk kapsamına girmeyecektir¹³. Çünkü, anılan sistemler, uyuşmazlığın tarafları arasında doğrudan görüşmeleri kolaylaştırmak için oluşturulmuştur ve bu sistemlerde üçüncü kişilerce yönetilen uyuşmazlık çözüm süreci işletilmemektedir.

Avrupa Birliği Komisyonunca yapılan çalışmalar kapsamında “Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Yönerge İçin Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğünce Önerilen Ön Taslak”da ise arabuluculuk, ‘ne şekilde adlandırılırsa adlandırılısın ve usûlün taraflarca başlatıldığına, mahkemece emredildiğine veya bir Üye Devletin ulusal hukukunda öngörüldüğüne bakılmaksızın, bir uyuşmazlığın çözülmesinde, uyuşmazlığın

10 Büyük Larousse, Milliyet Gazetecilik A.Ş., II. C., s.736-737.

11 Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Komisyonundan, ADR'nin mevcut durumunu inceleyen ve bu konuda alınan tedbirler hakkında kapsamlı görüş ve tavsiyeler içeren Yeşil Kitap hazırlanmasını istemiştir. Avrupa Komisyonu da 9 Şubat 2000 tarihli “Medeni Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap” adlı çalışmayı yapmıştır. Bkz. Özbek,M., “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD., 2007/68.

12 Yeşil Kitapta, hakem kararı bir yargı kararının yerini tuttuğundan, alternatif uyuşmazlık çözüm usulü olarak kabul edilmemiştir. Bkz. Özbek,M., a.g.m.

13 Özbek,M., a.g.m., s.265 v.d.

tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, anlaşmaya varmalarına üçüncü bir kişi tarafından yardım edilmesini sağlayan bir usûldür'¹⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Kanun tasarısında arabuluculuk¹⁵, 'aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları görüşebilme ve konuşabilmelerini sağlamak için bir araya getirmek, aralarındaki iletişimi kolaylaştırmak, bu suretle uyuşmazlığa çözüm bulmak' olarak vurgulanmıştır.

Yapılan bu açıklamalar ışığında arabuluculuk, özetle, uyuşmazlığın tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişinin yönetiminde çözülmesi olarak tanımlanabilir. Bu amaçlarla geliştirilen yöntemlere ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri denilmektedir¹⁶.

1.2. Arabuluculuğun tarihçesi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin(ADR) kullanılması aslında yeni değildir. Bugün kullanılan ADR yöntemlerinin bir çoğu yıllardan beri kullanılmaktadır. Özellikle 1970'lerden sonra hızla yaygınlaşmaya başlamıştır. En çok bilinen yöntemler müzakere, arabuluculuk ve tahkimdir¹⁷.

15-16 Ekim 1999 tarihlerinde Tampere'de yapılan Avrupa Birliği zirvesinde, üye ülkeler, adalete daha iyi erişim için mahkeme dışı alternatif çözüm yöntemleri düzenlemeye davet edilmiştir. Ayrıca, 2002 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu(UNCİTRAL), "Uluslararası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun" düzenlemiştir. Bu

14 Bkz. Özbek, M., a.g.m.

15 HUAK Tasarısı 2/1-a.maddesi: "Bu Kanunun uygulanmasında; arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarlı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini...ifade eder."

16 Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", s. 201 v.d., 2004.

17 Özbek M., "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD.,c.56,2007/1,s.184.

kanunla Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerde hazırlanacak yasaların benzer olması amaçlanmıştır. 2004 yılında Avrupa Parlamentosunun “Hukuk ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı” ile, üye ülkelerin zor ve karmaşık olan hukuk ve idare sistemi yerine, kolay ve daha basit biçimde, anlaşma yoluyla uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmıştır.

1.3. Arabuluculuğa benzer uygulamalar

Arabuluculuk, Kuran’da Hücurat süresinde, aralarında anlaşmazlık ve çatışma bulunanları uzlaştırıp barıştırmak amacıyla, müslümanlara görev olarak yüklenmiştir. Taraflardan birisinin düşmanlık ve zorbalıkta direnmesi halinde, arabuluculara zor kullanma yetkisi de verilmiştir¹⁸.

Uluslar arası hukukta, arabulucu üçüncü kişi konumundadır; bir devlet olabileceği gibi, uluslar arası bir örgüt veya özel hukuk kişisi de olabilir. Bu arabulucular, hasım taraflara zorlayıcı gücü olmayan, ancak uyuşmazlığın çözümüne temel olabilecek öneriler sunmakla yetinirler.

İş hukukunda, arabuluculuk yoluna, tarafların görüşlerini birleştirerek anlaşmayı sağlamak amacıyla, grev ya da lokavta gidilmeden önce başvurulmaktadır. Ancak, arabulucunun önerileri bağlayıcı değildir; tarafların önerilere uyma zorunluluğu yoktur.

İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11. maddesine göre, idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan istenir. Ancak zorunlu değildir. İdarî eylemlerden doğan tam yargı davalarında ise, kanunun öngördüğü süre içinde idareye başvurarak bir ön karar alınması zorunludur. Amaç, idareyle vatandaşın uzlaşmasını sağlamak, anlaşmazlığı dava açılmadan sonuç-

18 Büyük Larousse, Milliyet Gazetecilik A.Ş., II. C., s.736-737.

landırmaktır¹⁹.

Vergi hukukunda, idare ile yükümlü(mükellef), doğmuş olan vergi veyahut verilen ceza miktarından belli bir oranda indirim yapmak suretiyle uzlaşma yoluna gitmektedir. Böylece uyuşmazlık yargı önüne gidilmeden, tarafların iradesiyle çözülmektedir.

Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde, karşılıklı görüşme yöntemi²⁰ öngörülmüştür. Anılan maddeye göre avukat, kendi iradeleriyle sonuç alabilecekleri konularda tarafları uzlaşmaya davet yetkisini haizdir. Ancak bu davetin en geç ilk oturuma kadar yapılması gerekir. Ayrıca avukatın sınırsız yetkisi bulunmamaktadır; yetki sınırlarını taraflar belirlemektedir. Avukat, belirlenen bu yetki sınırları içerisinde kalarak hareket etmektedir.

Küçük uyuşmazlıkların mahkeme önüne gidilmeden ayıklanması ve böylece daha ağır nitelikteki suçlara daha fazla zaman ayrılması amacını²¹ güden Ceza Muhakemeleri Kanununun 253-254 maddelerinde düzenlenmiş “uzlaşma”²², beklenen sonucu doğurmamıştır; kullanı-

19 Bu konuda ve özellikle Belçika, Estonya ve Litvanya’da idari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü hakkında daha geniş bilgi için bkz. Özбек, M., “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Yollar Konulu Tavsiye Kararı” <http://www.ankarabarasu.org.tr/download/adrarabuluculukuyusmazligi.doc9.11.2008>

20 Gürseler, G., “Avukatlar ve Alternatif Çözüm Yolları” <http://www.barobirlik.org.tr/ui/faaliyetler/roma/index.aspx>.

21 Karaaslan, E., “Ceza Yargılamasında Uzlaşma”. Adalet Dergisi, s.29.

22 CMK’nun Uzlaşmaya ilişkin 253 maddesi: (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur: a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar. b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları. (2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir. (3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmede, teklifi reddetmiş sayılır. (5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır. (6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da

mı çok sınırlı kalmıştır. Yargılama sürecinin genelde uzun olmasına rağmen uzlaşmaya başvurulmaması, yeterince bilgilendirilmeme ve

soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır. (7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. (9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. (12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir. (13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. (14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir. (15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. (16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. (17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder. (18) Uzlaşmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. (19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Ertelme süresince zamanaşımı işlemeyebilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır. (20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. (21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemeyebilir. (22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır. (23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir. (24) Uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.

Madde 254 (1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usule göre, mahkeme tarafından yapılır. (2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemeyebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanır.

mağdurun psikolojik nedenlerle uzlaşmaktan kaçınmasına bağlanmaktadır²³.

Uzlaşma, bazı yönleriyle arabuluculuk kurumuna benziyorsa da, gerçekte ondan farklıdır²⁴. Uzlaşma, genel olarak şikâyete bağlı suçlar için öngörülmüş ve mağdurun zararının giderilmesi koşuluna bağlanmıştır. Yaptırım benzeri bir kurumdur²⁵. Uzlaşma kapsamına giren, ancak şikâyete bağlı olmayan suçlar maddede tek tek sayılarak belirtilmiştir. Ayrıca, kapsama giren suçlarda uzlaşma dava ön şartı sayılmış ve uzlaşma halinde devletin ceza verme hakkının ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Yani, uzlaşma kurumuyla ceza yargılamasına alternatif getirilmiştir²⁶; uzlaşma halinde hapis cezası verilmesi engellenmiştir. Arabuluculuk ise, tarafların sulh suretiyle sona erdirebilecekleri tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında, alternatif çözüm yöntemi olarak öngörülmüştür. Hukuk yargılamasını tamamlayıcı niteliktedir.

1.4. Arabulucunun nitelikleri

Arabulucu, yargıç değildir; ama tarafsızdır. Taraf vekili değildir; ama görüşmeler sırasında tarafların ortak çıkarlarını ön plâna çıkartmakla yükümlüdür. Özetle arabulucu, iletişim teknikleri uygulayarak uyuşmazlıkların taraflarca çözülmesini sağlayan tarafsız ve bağımsız²⁷ bir uzmandır.

Arabulucu, her iki tarafa eşit yaklaşmalıdır. Taraflardan biriyle

-
- 23 Kalem, S./Galma, J./Elveriş, İ., "Adalet Barometresi; Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s.25.
- 24 Ünsal, H.C., "Uzlaşma ve Arabuluculuk Kurumlarının Özünde Karşılaştırılması", <http://www.arabulucum.blogcu.com/uzlasma-23070731.html>, 01.10.2008
- 25 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1212.
- 26 Daha fazla bilgi için bkz. Özbek, M., "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk' Konulu Tavsiye Kararı", <http://www.ankarabarasu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc9.11.2008>
- 27 Tarafsızlık ve bağımsızlık, arabuluculara ilişkin etik kurallar içinde düzenlenmekte ve tarafları eşit şekilde yaklaşılmasını ifade etmektedir. Özbek M., "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD., c.56, 2007/1, s.214.

arasında yarar çatışmasının bulunması veya böyle bir izlenimin doğması halinde, görevi kabul etmemeli, başlamışsa bırakmalıdır.

Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme yetkisi yoktur. Bilimsel yöntemler, aldığı eğitim ve kazandığı deneyim ile taraflar arasındaki müzakereyi başlatmak; görüşmenin ilerlemesini sağlamak; her iki tarafın ortak çıkarlarını ön plâna çıkartarak, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olmakla görevlidir.

Arabulucu olarak görev yapabilmek için, sicile kayıtlı olmak ve arabuluculuk eğitimi almış olmak gerekir²⁸. İyi bir eğitim, arabuluculuk sürecinde kullanılacak teknikleri başarıyla uygulayabilmek için zorunludur²⁹. Sicile kayıt için başvuran kişinin, öncelikle dört yıllık lisans diploması sahibi olması gerekir. Lisans eğitiminin hukuk olması zorunlu olmadığı gibi³⁰, tercih nedeni de değildir. Bu yönüyle düzenleme, hukuki bir faaliyetin, hukukçu olmayanlarca yerine getirilecek olmasından ötürü eleştirilmektedir^{31, 32}. Ne var ki, arabuluculuk kurumu da zaten bu yönüyle diğer kurumlardan ayrılmaktadır. Bir hukukçu ya da

28 ABD ve özellikle Orta ve Kuzey Avrupa ülkelerinde, mediatör ünvanını almaya hak kazanma ve mediation eğitiminde gerekli diploma ve sertifika koşulları kanunla belirlenmiştir. Bkz. Sıpka, Ş., "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.169, 2007/2.

29 Arabuluculuk eğitiminin en gelişmiş olduğu ülkelerden biri olan ABD'de, arabuluculuk hünelerinin öğrenme eğitimine hukuk fakültelerinden başlanmaktadır. Hukukçuların hukuk bilgisi yanında, kişiler arasındaki ilişkiler, kişisel bilinç, soğuk kanlılık ve empati, dinleme sanatı, anlaşmazlık çözümü ve işbirliği gibi temel beşerî yeteneklerini kazanmaları için de çaba gösterilmektedir. Daha geniş bilgi için bkz. Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi", <http://www.ankarabaru.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008

30 Almanya'da hukuki hizmetlerin yerine getirilmesinde avukatlara tekel hakkı tanınmıştır. Bu nedenle bir mahkeme, arabuluculuğu da avukatların tekelinde olan hukuk hizmeti olarak kabul etmiştir. Bkz. Özbek, M., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD., 2007/68

31 İstanbul Barosu tasarı hakkında oluşturduğu görüşte, sistemin diğer lisans eğitimlerine açık hale getirilmiş olmasının, hukuki bir faaliyetin sair meslek mensupları tarafından yapılmasına yol açacağını; bu durumun, çok ciddi sonuçlar doğuracağını; hukuka aykırı olan ve ilâm hükmünü haiz bulunan belgelerin "infaz" edilmek üzere, istihsal edilmesinin kaçınılmaz olacağını belirtmiştir. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/01.10.2008>

32 İstanbul Barosu, Tasarının geri çekilmemesi halinde, 'arabuluculuk sıfatının kazanılmasının dört yıllık hukuk fakültelerinden birisini bitirmiş olmak koşuluna bağlanmasını ve diğer meslek mensuplarından gerektiğinde "bilirkişi" olarak yararlanılması esasının getirilmesini" önemmiştir. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/01.10.2008>

avukat değil, uzlaştırma konusunda yetenekli ve deneyimli üçüncü bir kişi yardımıyla uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır.

Dört yıllık lisans eğitiminden sonra en az yüzelli saat³³ arabuluculuk eğitimi alınmalıdır³⁴. Başvuran kişinin hukuk lisans diploması yoksa, ek olarak yüz saatlik temel hukuk eğitimi alması gerekir. Yani, dört yıllık hukuk lisansı diploması olmayanların, en az ikiyüzelli saat eğitim alması zorunludur. Eğitimi başarıyla tamamlayanların, Adalet Bakanlığınca yapılan yazılı ve uygulamalı sınavdan da başarıyla çıkması gerekir³⁵. Bu sınavda başarılı olan kişi sicile kaydedilir. Sicile kayıt tarihinden itibaren arabuluculuk unvanı kazanılır.

Eğer tarafların üzerinde anlaştıkları kişinin arabulucu unvanı yoksa, geçici olarak görev yapan bu kişi arabulucu sıfatını kazanmaz. Sadece o uyuşmazlığa hasren görev yapar. Ama arabulucunun yetkilerini kullanamaz.

1.5. Arabulucunun ücreti

Arabulucunun ücreti^{36, 37}, 'Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenir. Taraflar ücretin nasıl ödeneceğini kararlaştırabilirler. Eğer aksi kararlaştırılmamışsa, ücret ve masraflar taraflarca eşit olarak karşılır³⁸; alacak miktarlarının önemi yoktur³⁹.

33 Avusturya'da, eğitim süresi 360 saat olarak belirlenmiştir. <http://www.tumgazeteler.com/?a=2222304> 01.10.2008

34 Zaman Gazetesinin 25.10.2008 tarihli haberine göre, Sabancı, 9 Eylül ve Mersin gibi pek çok üniversite, düzenledikleri sertifika programlarıyla arabulucu yetiştirmeye başlamıştır. Ne var ki, HUAKT'nın 23. maddesine göre, arabuluculuk eğitimi veren kuruluşlar, Daire Başkanlığından izin almak zorundadır. Oysa henüz tasarı yasallaşmamış ve izin verecek Adalet Bakanlığı'nın ilgili Daire Başkanlığı da kurulmamıştır.

35 Arabuluculuk eğitimi sonunda yapılacak olan sınavın, mediatör için en önemli nitelik olan ikna kabiliyetini ölçmeyeceği dile getirilmektedir. Bkz. Sıpka, Ş., a.g.e., s.171.

36 ABD'de arabuluculuk için az miktarda yönetim gideri ve 200-400 USD arasında değişen arabulucu ücreti verilmektedir. Özbek M., "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD., c.56, 2007/1, s.193.

37 2004 yılında arabuluculuk kurumunun uygulamasına başlanan Avusturya'da, bir saatlik arabulucu ücreti 130-180 Euro olarak belirlenmiştir. Bkz. <http://www.tumgazeteler.com/?a=2222304> 01.10.2008

38 Bazı ülkelerde, örneğin Fransa'da arabulucuya ücret ödenmemekte; bazı ülkelerde ise, örneğin İrlanda'da ücret resmi makamlarca veya İsviçre'de olduğu gibi, meslek kuruluşlarca ödenmektedir. Bu konuda bkz. Özbek, M., "Av-

Hazırlanacak ücret tarifesinde, yeterli maddi gücü olmayanlara, masrafları da kapsayacak şekilde adli yardım olanağı sağlanması⁴⁰, taraflara eşit konumda buldukları duygusunu kazandıracak, eşitlik ilkesinin gerçekleşmesine katkı sağlayacaktır. Böylece örneğin, işveren karşısında işçi, çekinmeden arabulucuya gitmeyi deneyebilecektir. Zaten Avrupa Konseyi Komitesinin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararının üçüncü ilkesinin dokuzuncu maddesi, üye devletleri, vatandaşlara tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk olanağı sunmaya ve özellikle taraflardan birinin menfaatlerinin özel olarak korunmayı gerektirmesi halinde, arabuluculuk için adli yardım olanağı sağlamaya davet etmektedir⁴¹.

2.KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

Tarihi gelişimde açıklandığı gibi, mahkemelerin gittikçe artan dava sayısı, yargılama giderlerinin yüksekliği, kısa sürede sonuç alınmasına elverişli olmayan usûl kuralları, uyuşmazlıkların mahkemelere götürülmeden önce çözümü konusunda arayışları gündeme getirmiştir. Bu amaçla çeşitli ülkelerde uygulamaya konulan arabuluculuk, devletin yargı yetkisindeki mutlak egemenliğine zarar vermeden, uzlaşmazlıkları daha kolay ve ucuz biçimde çözmeyi amaçlamaktadır. Arabuluculuk, alternatif bir çözüm yöntemi olarak, yargı sistemine rakip değildir; onun destekleyicisi ve tamamlayıcısıdır⁴²; devletin yargı yetkisi devam

rupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" s.265 v.d., TBBD., 2007/68.

- 39 Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi hazırlanırken, arabulucu ücretini ödeyemeyecek tarafa, arabuluculardan toplanan aidatlardan karşılanmak suretiyle, avukat tutma gücü olmayanlara uygulandığı gibi, maddi yardım sağlanması, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine ilgiyi artıracaktır.
- 40 Avrupa Birliğine üye bazı ülkelerde, örneğin Fransa'da, arabuluculuk sürecinin ve hukuki temsilin gerektirdiği masrafları kapsayacak şekilde adli yardım imkanı sağlanmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. Özbek, M., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD., 2007/68.
- 41 Özbek, M., "Avrupa Konseyi Komitesinin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı" <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008
- 42 Tanrıver, S., "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış" Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, s.822, Ankara,2006.

etmektedir⁴³.

Avrupa Birliğine uyum süreci çerçevesinde hazırlanan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”, dava yoluyla çözüm yerine, tarafların uzlaşarak anlaşmazlıklarını çözmesini, böylece toplumsal barışın korunmasını amaçlamıştır. Diğer bir deyişle, taraflar saygı ve dürüstlük çerçevesinde kalarak, psikolojik yaralanmaya, suçlamalara, imaj tahribine, ilişkilerde maddi ve manevi kayıplara uğramadan, anlaşmazlıklarını çözecektir⁴⁴.

2.1. Arabuluculuk Sürecinin İşletilebileceği Uyuşmazlıklar

Arabuluculuk, kamu düzenine ilişkin olmayan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanabilir⁴⁵. Bu uyuşmazlıklar yabancılik unsuru içerse de, eğer özel hukuk uyuşmazlığı ise, yine arabulucuya (mediatöre) gidilebilecektir. Ancak, özel hukuktan doğan uyuşmazlığın, aynı zamanda üzerinde taraflarca serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte olması gerekir. Bu kapsamda kalan her uyuşmazlıkta, arabuluculuk süreci başlatılabilir⁴⁶.

Burada akla şu soru gelmektedir: Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir özel hukuk uyuşmazlığı nasıl saptanacaktır? Çünkü, özel hukuk uyuşmazlıkları içinde, kamu yararı açısından önemi bulunan alanlar da mevcuttur. Örneğin, boşanma nedenlerinin olduğu konusunda taraflar arasında yapılacak anlaşma, geçerli olacak mıdır? Tasarıda hangi uyuşmazlıkların kapsama gireceği konusunda yeterli açıklığın bulunmadığını görüyoruz. Ancak gerekçede, tarafların üzerinde serbestçe

43 Sıpka, Ş., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.166.

44 Sıpka, Ş., a.g.m., s.164.

45 HUAK Tasarısı 1.madde: “Bu Kanun, yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.”

46 Zaman Gazetesinin 25.10.2008 tarihli haberine göre, ücretsiz arabuluculuk hizmeti sunan bir internet sitesinden en çok boşanma davaları ile kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için çözüm istenmiştir.

tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan kastın, 'sulh olmak suretiyle sona erdirilebilecek uyuşmazlıklar' olduğu vurgulanmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 'uzlaşma sağlama' başlıklı 35. maddesinde, "... tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla..." denilerek kapsam belirlenmeye çalışılmıştır. Avrupa Konseyi Komitesinin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararında ise, özel hukuk uyuşmazlığının, ticaret, tüketici ve iş hukuku kökenli uyuşmazlıkları ifade ettiği belirtilmiştir⁴⁷.

Bu açıklamalar karşısında, yasal bir kısıtlama olmaksızın⁴⁸, özgür iradeleriyle, özel hukuka ait bir uyuşmazlığı çözebilme yetkisine sahip olan tarafların, aynı zamanda arabuluculuk yöntemini de tercih edebileceklerini söyleyebiliriz. Ancak, Tasarıya 'kamu düzenine aykırılık teşkil etmemek koşuluyla' şeklinde bir ibare eklenerek sınırlama getirilmesi, infaz sırasında doğabilecek sorunları giderecektir⁴⁹.

2.2.Kapsam Dışında Kalan Uyuşmazlıklar

Bazı hallerde arabulucuya gitmek yararlı ve uygun değildir⁵⁰:

-Arabuluculuk süreci sonunda bulunan çözüm, yalnızca taraflar için geçerlidir. Eğer sonradan ortaya çıkacak benzer uyuşmazlıklar için bir emsal karar gerekiyorsa, bu durumda arabulucuya değil, mahkemeye veyahut hakeme gidilmelidir.

-Arabuluculuk süreci, uygulanacak gizlilik nedeniyle kamuoyu

47 Ancak, bu tavsiyenin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki Tavsiye Kararını etkilemeyeceği de belirtilmiştir. Bkz. Özbek, M., "Avrupa Konseyi Komitesinin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı" <http://www.ankarabarasu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008

48 Örneğin, Borçlar Kanununun 18-20. maddeleri kapsamına giren uyuşmazlıklarda, arabuluculuk süreci işletilemeyecektir.

49 İstanbul Barosu'nun Tasarı hakkındaki görüş ve önerileri. Bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/01.10.2008>

50 Tanrıver, S., "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları:Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış" Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, s.838, Ankara, 2006.

tepkisi doğuracaksa, bu durumda da isabetli bir tercih olmayacaktır.

-Uyuşmazlığın çözüm sürecinde açıklık gerekiyorsa, arabuluculuk yöntemi bu durumda da kullanılmamalıdır.

Daha çok kamu yararının gerektirdiği bu hâller dışında, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucuya gidilebilecektir.

3.ARABULUCULUKTA TEMEL İLKELER⁵¹

3.1.Gönüllülük(iradi olma) ilkesi

Tasarıya göre, arabuluculuk sürecini başlatmak, devam ettirmek veya sonuçlandırmak, tamamen tarafların iradesine bağlıdır. Süreci başlatan taraf, sonuna kadar gitmek zorunda değildir; yarıda kesebilir, vazgeçebilir. Bu gönüllülük ilkesinin gereğidir. Zaten zorla taraflardan birini sürece dahil etmek, başarısızlığı başından kabul etmek demektir. Öte yandan, ülkemizde özellikle adli yargıdaki hukuk uyuşmazlıklarına bakıldığında, dava açılmadan önce noterler aracılığıyla gönderilen protesto veyahut ihtarnamelerle karşı tarafın uyarıldığı, buna rağmen bazen kötü niyetle, bazen de umulan çıkarlar nedeniyle çoğunlukla tarafların uzlaşmaya yanaşmadığı görülmektedir. Bu nedenle, dava ön şartı olarak öncelikle arabuluculuk yönteminin işletilmiş olmasını zorunlu görmek⁵², tarafların anlaşamadığını gösteren arabulucu tutanağının ibrazından sonra davayı dinlenebilir kılmak, hem bu alternatif çözüm yönteminin denenmesini zorunlu hale getirecek, hem de tarafların bir de uzman arabulucu huzurunda uyuşmazlıklarını çözme konusunda dü-

51 Avrupa Komisyonu, milli ve milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünü görevli yargı dışı kuruluşların itibarını artırma amacına yönelik olarak iki tavsiye kararı almıştır. İlk tavsiye kararında kabul edilen ilkeler: bağımsızlık, karşılıklık(hasımlı), şeffaflık, etkinlik, serbestlik(gönüllülük), yasallık ve temsil. Daha fazla bilgi için bkz. Özbek,M., a.g.m.s., 64, <http://www.ankarabarosu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008

52 Örneğin Finlandiya'da, hukuk davalarının tümünde hâkimler öncelikle tarafların uzlaşmalarını sağlamaya çalışmakla görevlidir. İtalya'da ve Yunanistan'da sulh hâkiminin uzlaştırma görevi bulunmaktadır. Alman Hukuk Usulü Kanununa göre ise, mahkeme yargılama boyunca taraflar arasındaki uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmeye gayret etmek zorundadır. Bu konuda diğer örnekler için bkz. Özbek,M., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD., 2007/68.

şünmelerini sağlayarak başarı olasılığını artıracaktır.

Arabuluculuk sürecinin işletilmesini dava ön şartı olarak görmek, bu kurumun ruhuna aykırı görülmemelidir. Aksine, bir teşvik olarak algılanmalıdır. Çünkü, arabulucuya giden taraflar, anlaşıp anlaşmamakta yine serbesttir. Taraflar sürece devam etmeye, vazgeçmeye, kısmen anlaşmaya her an özgür iradeleriyle karar verebilecektir. Nitekim, Almanya ve Yunanistan'da, dava açılmadan önce tarafların arabulucuya gitmelerini zorunlu kılınmıştır⁵³.

3.2.Eşitlik ilkesi

Taraflar bu sürece başvurmakta eşit kabul edilmiştir. Eşitlik ilkesi, zaten hem Anayasa'da öngörülmüş, hem de yargılama sırasında kabul edilmiştir. Bu ilke gereğince, kanun önünde eşit olan taraflar, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesi gereğince, arabuluculuk sürecinde de eşit hak ve olanaklara sahiptir. Bir tarafın işveren veya geniş maddi olanaklara sahip olması, sürece başvurmakta kendisine üstünlük sağlamayacaktır.

Arabulucu eşitlik ilkesini titizlikle uygulamalı, taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidermeli, taraflardan birinin baskı yoluna başvurmamasını engellemelidir. Arabulucu eşitlik ilkesinin gereği olarak, süreç boyunca bağımsız kalmalı; diğer bir deyişle, taraflardan biri tarafından etki altına alınmamalıdır.

3.3.Gizlilik ilkesi

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, hem taraflar hem de arabulucu, süreç boyunca sunulan bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür⁵⁴. Gizliliğe aykırı davranan tarafa veya arabulucuya cezai yaptırım uygu-

53 Bkz.HUAK Tasarısı Genel Gerekçesi.

54 CMK'nun 253/11 maddesinde, ceza uyuşmazlıklarında da arabuluculuğun gizlilik ilkesi uyarınca yürütüleceği belirtilmiştir.

lanacaktır⁵⁵. Gizlilik ilkesi, sürecin başarıya ulaşması için önemlidir. Sırlarının saklandığından emin olan taraflar, uyuşmazlığın çözümüne odaklanır; daha rahat bilgi sunar; görüşmelerde açık sözlü ve samimi davranır.

Bu gizlilik ilkesi gereğince, uyuşmazlık mahkemeye ya da tahkime götürüldüğünde:

- Arbuluculuk sürecinde yapılan davet veya sürece katılma isteği,
- Taraflarca ileri sürülen görüşler ve öneriler,
- Bir iddianın, vakianın kabulüne ilişkin beyanlar,
- Süreç kapsamında hazırlanan belgeler,

Delil olarak ileri sürülemez; bunlar hakkında tanıklık yapılamaz⁵⁶. Bu yasağa rağmen delil olarak mahkemeye sunulmuş olsalar bile, hükme esas alınamaz.

Yine, gizlilik ilkesinin işlerliği açısından, bu bilgi ve belgeler mahkeme, hakem veya başka bir makam tarafından istenemez. Ne var ki, bir kanun hükmü tarafından emredilmişse ya da arbuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması için gerekliyse, bu yasak uygulanamayabilecektir. Bu halde bile, ancak gerekli olduğu ölçüde deliller kullanılabilir.

55 HUAKT madde 33: "4 üncü maddedeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır."

56 HUMK'nun 253/1 maddesine göre tanıklık yapmak zorunludur. Bu ilke uygulanmadığı takdirde, bir taraf tanık gösterdiğinde, arbulucunun tanıklık yapması kaçınılmaz olacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Özbek M., "Avrupa Konseyi Arbuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD.,c.56,2007/1,s.217-218.

4.ARABULUCULUKTA İZLENECEK USÛL

4.1.Arabulucunun seçimi

Arabulucuyu taraflar birlikte seçer. Eğer kendileri seçmemişse, bir üçüncü kişinin yada kurumun arabulucuyu seçmesi yöntemini de belirleyebilirler. Arabulucuya başvurma ve seçim konusunda taraflar birbirlerine baskı yapamaz. Arabulucu olarak bir kişi saptanacağı gibi, birden çok kişi de belirlenebilir. Arabulucunun kişisel özellikleri ön plânda olduğundan, seçilen arabulucu, bu görevin yerine getirilmesini bir başkasına devredemez.

Arabulucu, tarafların güvenerek ve tarafsız kalacağına inanarak seçtikleri kişidir. Taraflar arasında iletişimin kopmaması için, arabulucunun kendisine duyulan güveni sarsmaması, her iki tarafa eşit davranması ve işini özenle yapması gerekir. Taraflarla empati kurmalı ama sempati kurma yoluna gitmemelidir.

4.2.Arabuluculuk sürecinin başlaması

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk sürecinin başlaması için iki tarafın anlaşmış olması yeterlidir. Taraflar ne zaman kararlaştırırsa, süreç o zaman başlar; dava açılmadan önce olabileceği gibi, dava açıldıktan sonra da bu yöntem kullanılabilir. Dava açıldıktan sonra hâkim, anlaşma zemininin olduğu kanaatine varırsa, tarafları bu yola teşvik edebilir. Taraflar dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuracaklarını birlikte mahkemeye beyan etmeleri durumunda, yargılama üç ay süreyle ertelenir. Üç aylık süre yetmez ve taraflar birlikte talep ederse, yeniden üç ay süre verilerek dava ertelenir.

Tasarıda yer alan bu düzenlemeye göre, yargılama aşamasında arabulucuya gidilmişse, iki kez üçer aylık erteleme kararı verilebilecektir. Ama anlaşma sağlanamaması durumunda her hangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle, davayı uzatmak gayesiyle uzlaşma tekli-

fini kabul edip, altı ayın sonunda anlaşmaya yanaşmayacak olan kötü niyetli taraflara, aslında yargılamayı uzatacak yeni bir olanak sağlanmıştır. İlk üç aylık sürenin bir aya indirilmesi ve arabulucunun ön raporuna göre, tarafların anlaşma olasılığı hâkim tarafından görülüyorsa ikinci bir aylık sürenin verilmesi, tarafları hem iki celse arasında süreci bitirmeye, hem de anlaşmaya teşvik edeceğinden, yerinde olacaktır.

Taraflardan yalnızca birisi süreci başlatmak istiyorsa, öncelikle arabuluculuk istemine ilişkin teklifini karşı tarafa tebliğ eder. Tebligatı alan taraf, teklife otuz gün içinde olumlu cevap vermezse, öneriyi kabul etmemiş sayılır. Otuz günlük süre bağlayıcı değildir. Taraflar anlaşarak süreci kısaltıp, uzatabilir⁵⁷.

4.3. Arabuluculuk sürecinde usûl

Arabulucu, tarafları en kısa sürede ön görüşmeye⁵⁸ davet eder. Yaptığı ilk oturumda, öncelikle ünvanını belirtir. Arabuluculuğun esasları, sonuçları ve sürecin nasıl devam edeceği, gizlilik yükümlülüğü konusunda taraflara aydınlatıcı açıklama yapar. Varsa tarafların sorularını cevaplandırır, görüşme takvimi belirler. Bu ilk görüşmede tarafların arabuluculuk sürecini ve arabulucunun işlevini anladıklarından emin olmalıdır.

Her iki taraf sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşır, bu durum bir tutanakla belgelenir. Arabuluculuk süreci, işte bu belgelenme tarihinden itibaren başlar. Eğer yargılama aşamasında arabuluculuk yoluna başvurulmuşsa, yazılı beyanlarını ibraz ettikleri veyahut beyanlarını tutanağa geçirttikleri tarihte süreç başlamıştır.

Sürecin başlama tarihlerinin belirlenmesi, uyumsuzluk konusu

57 HUAKT Madde 13/2: "Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır."

58 Ön görüşmeye ilişkin detaylı açıklama için bkz. Özbek M., "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD., c.56, 2007/1, s.190.

hakka ilişkin öngörölmüş zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesabında önem taşımaktadır. Tasarının 16/2 maddesine göre, süreç boyunca zamanaşımı veyahut hak düşürücü süre işlemeyecektir. Bu hüküm yerinde bir düzenlemedir. Aksi halde, dava açılmadan önce⁵⁹ işletilen arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, kalan süre dava açmak için yetersiz olabileceğinden veyahut hak düşürücü süre dolmuş olacağından, hak kaybı gündeme gelecektir.

Ön görüşmeden sonra ilk arabuluculuk oturumu yapılır. Bu görüşmede, arabulucu tarafları uyuşmazlık konusunda açıklama yapmaya davet eder. Böylece her bir taraf, diğer tarafın taleplerini ilk kez öğrenmiş olur. Arabuluculuk görüşmelerine, kural olarak taraflar bizzat katılmalıdır. Yanlarında vekilleri de bulunabilir. Tarafların görüşmelere katılması, hem iletişim sürecini hızlandıracak, hem de anlaşma taraflarca bizzat düzenlemiş olacağından, çözümü kalıcı kılacaktır. Eğer taraflar kendileri katılmayacaksa, vekilleri de süreci yürütebilir. Bu durumda, taraf temsilcilerinin yetki sınırları, ne kadar miktar için tasarrufta bulunabilecekleri açıkça belirlenmelidir. Aksi durumda, süreç sırasında karşı taraftan gelen bir teklif hemen değerlendirilemeyecek ve bundan ötürü süreç uzayacaktır.

Arabulucu, taraflarla görüşmeyi tek tek yapabileceği gibi, birlikte de gerçekleştirebilir. Tercihini, tarafların durumuna ve yürütölen sürece göre belirler. Örneğın, taraflardan birisi, diğer tarafın bilmesini istemeyeceği bir bilgi verecekse veyahut bir çözüm teklifine yapılacak tepki ölçölmek isteniyorsa, arabulucu özel oturum yapabilir⁶⁰. Eğer süreç içerisinde iletişimsizlik başlarsa, arabulucu böyle anlarda tarafları yeniden bilgilendirir; onları masada tutmaya çalışır.

Arabulucu, müzakere sürecinde kendi görüş açısını ve düşüncesi-

59 Yargılama aşamasında arabulucuya gidilmişse, BK'nın 133.maddesine göre dava açılmakla zamanaşımı süresi kesildiğinden, hak kaybı söz konusu olmayacaktır. Özbek M., a.g.m., s.219.

60 Özbek M., "a.g.m.", AÜHFD., c.56,2007/1,s.191.

ni ortaya koyamaz; tarafları anlaşmaya zorlayamaz; bir çözüm empoze edemez. Arabulucu, yer temin etmek, diyalogu canlı tutmak ve iletişim tekniklerini uygulamak suretiyle tarafların kendi çözümlerini bulmasına yardımcı olmakla yetinir. Haklıyı ya da haksızı bulmak gibi bir görevi yoktur. Sorumluluk ve çözüm taraflara aittir. Arabulucunun süreç içerisinde kontrolü arttıkça, tarafların uyuşmazlığın çözümündeki kontrol gücü azalır⁶¹. Zaten zorlamayla elde edilen bir anlaşmaya, taraflar uymayacaktır. Arabulucunun, hakemden farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Hakem, tarafları bağlayıcı bir karar verebilirken, arabulucu böyle bağlayıcı karar veremez; var olan anlaşmazlığı çözmeleri için taraflara yardımcı olmakla yetinir.

Arabulucu yargıç olmadığından, bir hâkimin yargılama sırasında kullandığı keşif, bilirkişi dinleme, zorla getirme gibi işlemlerine başvuramaz.

Arabuluculuk usûlünün saptanması taraflara aittir. Ancak bu serbestlik, şu soruyu akla getirmektedir: Arabulucuya giden taraflar aşiret töreleri, etnik gelenekler, cemaat ilişkileri veya mafya kuralları uygulayarak bir çözüme ulaşırsa, arabulucu yine de bu çözümü belgelendirecek midir? Yasa tasarısında, Cumhuriyet'in yargı birliği ilkesini zedeleyecek⁶² bu tür uygulamalara bir engel bulunmamaktadır. Bu endişelerin⁶³ giderilmesi için görüşme usûlünün yasa tasarısına eklenmesi yerinde olacaktır.

61 Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s.261 v.d.

62 Dinç, G., "Şeriat mı Geliyor", Cumhuriyet, 19.09.2008.

63 İstanbul Barosu, Tasarının TBMM gündemine alınması olasılığına karşılık hazırladığı değişiklik önerilerinde, müzakere usûlünün saptanmaması halinde çifte hukukun doğabileceğini, usûl olmadan bir uyuşmazlığın çözümünün hukuki temellere inhisar edemeyeceğini vurgulamıştır. Bkz. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/01.10.2008>

4.4. Arabuluculuk Sürecinin Son Bulması

4.4.1. Arabuluculuğun Anlaşmayla Son Bulması

Anlaşma halinde süreç başarıyla sonuçlanmış demektir. Anlaşmanın belirlenmiş bir şekli yoktur⁶⁴. Taraflar kısmen anlaşabilecekleri gibi, her konuda tam uzlaşma da sağlamış olabilirler. Anlaşmanın kapsamı ve şekli, tamamen tarafların iradesine kalmıştır; sözleşme serbestisi vardır. Ancak, sonuçta yapılan anlaşmada, tarafların başlangıçtaki taleplerinden ne ölçüde vazgeçtikleri, uzlaşma koşulları, gerçek arzuları yer almalıdır. Aksi takdirde, uyuşmazlığın gerçekten çözülmesi ve toplumsal uzlaşma sağlanması şeklindeki temel amaç gerçekleşmeyebilecektir⁶⁵. Bu nedenle, gerekiyorsa, taraflara anlaşmanın imzalanmasından önce düşünme süresi verilmelidir⁶⁶.

Anlaşma üzerine arabulucu, tarafların istemleri doğrultusunda tutanağını düzenler; tarafların veya temsilcileri olan vekillerinin imzalarını alır. Tutulan bu anlaşma belgesi, genel hükümlere tâbi olarak icraya konulabileceği gibi, 'icra edilebilirlik şerhi'⁶⁷ verilmek suretiyle ilâm niteliği de kazandırılabilir⁶⁸. Anlaşma belgesine ilâm niteliğinin kazandırılmak istenmesi durumunda⁶⁹, asıl uyuşmazlığa bakmakla yetkili icra mahkemesine başvurulacaktır.

64 Özellikle taraflar arasında ekonomik yönden bir güç dengesizliği varsa, anlaşmanın imzalanması aşamasında, bazı şekil şartlarına uyulmalıdır. Bkz. Özbek, M., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", TBBD, 2007/68.

65 Özbek, M., a.g.m., TBBD, 2007/68.

66 2001 tarihli tavsiye kararında "Taraflara, uyuşmazlığın çözülmesi için önerilen bir çözümü kabul etmeden önce, bu çözümü düşünceleri için makul bir süre tanınmalıdır" denilmiştir. Bkz. Özbek, M., a.g.m., TBBD, 2007/68.

67 Şerh, bazı ülkelerde mahkemece "onaylama" şeklinde, bazı ülkelerde ise noter işlemiyle yapılmaktadır. Özbek, M., "Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi", <http://www.ankarabarosusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc> 9.11.2008

68 İcra İflas Kanununun 38.maddesinde ilâm hükmündeki belgeler sayılmıştır.

69 Avrupa Birliği Yönerge Tasarısında, bu belgenin ilâm niteliğinde olması gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bkz. Sipka, Ş., a.g.m., s.171.

İcra mahkemesi böyle bir talep geldiğinde, çekişmesiz yargı işlemi kabul ederek, incelemesini dosya üzerinde yapacaktır. Hâkim, icra edilebilirlik şerhini vermeden önce anlaşmanın içeriğine bakacaktır. Eğer tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir işlemse ve icraya elverişli ise, şerhi verecektir⁷⁰. Uzlaşma tutanağının ilâm niteliğinde belge sayılması için ayrıca notere onaylattırılması zorunlu değildir. Ama buna engel de bulunmamaktadır⁷¹.

4.4.2. Arabuluculuğun anlaşma sağlanamadan son bulması

Asıl olan, arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşmasıyla son bulmasıdır. Anlaşma sağlanamamışsa ve arabulucu sürecin devam ettirilmesinin artık gereksiz olduğunu tespit ederse veya taraflardan biri arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirirse ya da arabuluculuk girişiminin sonlandırılması konusunda taraflar anlaşırsa, bu durumlarda da süreç son bulmuş olacaktır.

Sayılan bu üç halde arabulucu yine, sürecin nasıl sonlandırıldığını açıklayan ve tarafların imzalarını içeren bir tutanak düzenler. Taraflara, tutanak içeriği ve sonuçları hakkında yine aydınlatıcı bilgi verir ve sonlandırma belgesi ile diğer belgeleri, tutanak tarihinden itibaren beş yıl süreyle saklar. Yargılama sırasında arabulucuya gidilmişse, sürecin son bulmasıyla birlikte, yargılama kaldığı yerden devam eder.

Süreç anlaşmayla sonuçlanmazsa bile, taraflar dava öncesinde iletişim kurmuş ve karşılıklı taleplerini öğrenmiş olduklarından, kısmen umulan yarar sağlanmış olacaktır.

70 Belçika, İtalya ve Fransa'da, belgenin emredici hukuk kurallarına uygunluğu incelendikten sonra, icra edilemeyeceğine karar verilmektedir. Bkz. Öztekin, S., "Arabuluculuk Küreselleşmenin Bir Aracı mıdır?" <http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=183> 01.02.2008.

71 Sıpka, Ş., a.g.m., s.169.

III. SONUÇ

Arbuluculuk, başarıyla uygulandığı ülkelerde, mahkemelerdeki derdest dava sayısını azaltmak yanında, tarafların iradesiyle anlaşma ortamını doğurduğundan, toplumsal uzlaşmanın sağlanmasına da yardımcı olmaktadır. TBMM'ye sunulan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanun Tasarısı, benzer bir amaçla, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda tarafların yargıya gitmeksizin ve kendi iradeleriyle çözümlerini bulma usûlünü yerleştirmeyi hedeflemektedir. Yani, bir tür usûl düzenlemesidir. Bundan ötürü, düzenlemenin ayrı bir yasa yerine, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içinde yer alması, kurumun uygulanabilirlik düzeyini artıracaktır⁷². Eğer ayrı bir yasal düzenleme yapılacaksa, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Yasa" adıyla adlî, idarî ve hatta cezaî uyuşmazlıklar için tek bir temel yasa düzenlenmeli; her bir yargı alanında, kapsama giren uyuşmazlıklar için, bu temel yasaya atıfta bulunulmalıdır. Böylece kanun karmaşası önlenmiş olacak ve uygulamada kolaylık sağlanacaktır.

Her ülkenin hukuk anlayışı ve sosyolojik yapısı farklıdır. Anket sonuçları, bilgilendirme olmadan getirilen yeni bir hukuki kurumun hemen toplumda benimsenmediğini göstermektedir⁷³. Türkiye'de vatandaşların %41,4'ü hukuk sistemi ve hukuka ilişkin konular hakkında tamamen bilgisizdir⁷⁴. Örneğin, vatandaşların %30'u mahkemelerde jüri sistemi uygulandığını düşünmektedir⁷⁵. Öte yandan, hâlâ yurdumuzun bazı bölgelerinde aşiret yapısı varlığını korumaktadır. Aşirete men-

72 Benzer görüş için bkz., Özbek, M., "Avrupa Konseyi Arbuluculuk Yönergesi Önerisi", AÜHFD., c.56, 2007/1, s.222-223.

73 Yeni TCK ve CMK ile uygulamaya sokulan ve arbuluculuğa benzer bir kurum olan "uzlaşma"nın ne olduğunu doğru bilen katılımcı sayısı sadece %7.7'dir. Bkz. Kalem,S./Galma,J./Elveriş,İ. "Adalet Barometresi; Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s.25.

74 75 Kalem,S./Galma,J./Elveriş,İ. "Adalet Barometresi; Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s.5.

sup kişilerin, aşiret liderinin iki dudağı arasında çıkacak söze göre hareket ettikleri ise tartışmasızdır. Aynı durum, dinî bir cemaat veya mafya benzeri yasa dışı örgütlerin etkin olduğu yaşam alanlarında da geçerlidir. Böyle bir sosyal yapıda yaşayanların, özel hukuk uyuşmazlıklarını, her şeye rağmen özgür iradeleriyle belirleyecekleri arabulucuya götüreceklerini beklemek, aşırı iyimserliktir. Bu nedenle, yasa tasarısı öncelikle ve özellikle bu yönüyle topluma anlatılmalı, kamuoyu yoklamaları yapılmalı; arabulucu olabilecek meslek gruplarının bağlı olduğu odaların, baroların görüşleri⁷⁶ alınmalı, sosyal ve kültürel yapısı farklı yerlerde pilot bölge uygulamasına geçilmeli; sonucu olumluysa, tasarımın uygulanması yoluna gidilmelidir.

Başka ülkelerde olumlu sonuçlar alınan bir uyuşmazlık çözüm yönteminin, ülkemizde de aynı sonucu doğuracağını beklemek, hayal kırıklığı yaratabilir. Anlaşmazlıkları kronikleşmiş, mahkemelerde karşılıklı dava açma aşamasına gelmiş ve vekillerini saptamış olan tarafların, dava açmaktan vazgeçip ya da açılmış dava sırasında yargılamayı durdurmayı talep edip, bir kez de arabuluculuk yöntemine kendiliklerinden başvuracaklarını ummak, mevcut uygulamaya baktığımızda, gerçekleşmesi zayıf bir beklentidir. Bu nedenle, kapsama giren uyuşmazlıklar için öncelikle arabuluculuk sürecinin işletilmesi, anlaşma sağlanamadığı takdirde davanın dinlenebilir kılınması ve bunun ön şart olarak getirilmesi, yasayı daha işlevsel hâle getirecektir. Aksi hâlde arabuluculuk, sadece ticari sırlarını açık etmek istemeyen şirketlerin başvuracağı bir yol olmaktan öteye gidemeyecektir.

76 İstanbul Barosu, esas itibarıyla tasarımın geri çekilmesi yönünde görüş oluşturmuştur. Ancak, Tasarının TBMM gündemine alınması olasılığına karşılık, değişiklik önerileri belirlemiştir.
<http://www.istanbulbarosu.org.tr/01.10.2008>

KAYNAKÇA

Büyük Larousse, Milliyet Gazetecilik A.Ş., c. II.

DİNÇ, Güney, “Şeriat mı Geliyor?”, Cumhuriyet, 19.09.2008.

GÜRSELER, Güneş, “Avukatlar ve Alternatif Çözüm Yolları”
<http://www.barobirlik.org.tr/ui/faaliyetler/roma/index.aspx>.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü(Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

KALEM, Seda/GALMA, Jahic/ELVERİŞ, İdil, “Adalet Barometresi, Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

KALEM, Seda/GALMA, Jahic/ELVERİŞ, İdil, “Adliye Gözlemleri; İstanbul Mahkemeleri: Fiziksel Koşullar, Duruşmalar ve Gecikmeler”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

KARAASLAN, Erol, “Ceza Yargılamasında Uzlaşma”. Adalet Dergisi, s.29.

KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku.

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, AÜHFD.,c.56,2007/1,s.183-231.

ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004.

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD 2007/68,s.265-320.

ÖZBEK, Mustafa, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Gelişimi ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi” <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc> 9.11.2008

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Konseyi Komitesinin Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk Konulu Tavsiye Kararı” <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc> 9.11.2008

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Yollar Konulu Tavsiye Kararı”; <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc> 9.11.2008

ÖZBEK, Mustafa, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ Konulu Tavsiye Kararı”; <http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc> 9.11.2008

ÖZBEK, Mustafa, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, GSÜHFD, Prof.Dr.Erden Kuntalp’e Armağan, 2004/1, s.261-292.

ÖZEKEŞ, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD 2006/7, s.40-45.

PEKCANITEZ, Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5 s.12-16.

SIPKA, Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2.

TANRIVER, Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış” Prof.Dr.

Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.821-842.

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=2&ID=2906>(1.10.2008)

<http://www.tumgazeteler.com/?a=2222304> (1.10.2008)

<http://www.mediatorler.org/showthread.php?t=183>, (01.02.2008)

<http://www.arabulucum.blogcu.com/uzlaşma-23070731.html>,
(01.10.2008)

http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/29_sayi.htm

<http://www.ankarabarusu.org.tr/download/adr/arabuluculukuyusmazligi.doc>9.11.2008



**KASTEN YARALAMA SUÇLARI,
UYGULAMA VE SORUNLAR**

Mustafa ALBAYRAK ()*

ANLATIM DÜZENİ: *Giriş, 1-Davaların Kısa Sürede Bitirilmesi, 2-Yaralama Suçlarının Düzenleniş Şekli, 3-Temel Cezanın Alt Ve Üst Sınır Arasında Tayini, 4-Yaralama Suçlarının Olası Kastla İşlenmesi, 5-Görevli Mahkeme, 6-Uzlaşma, 7-Birden Fazla Failin Katıldığı Yaralama Suçlarında Faillerin Cezalandırılması, 8-Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralamada Sorumluluk, 9-Ceza Mahkumiyetinin Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, 10-Sonuç*

Giriş

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'unda yaralama suçları 765 sayılı TCK'undan kısmen farklı olarak düzenlenmiştir. Yaralama suçlarının temyiz incelemesini Yargıtay 3.Ceza Dairesi yapmaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen yaralama suçlarına ait ilk gelen dosyalar arasından 100 adet dosya esas alınarak bu yazı kaleme alınmıştır.

* *Yargıtay Tetkik Hakimi.*

1-Davaların kısa sürede bitirilmesi.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun en önemli amaçlarından biri, belki de en önemlisi soruşturma evresinin mükemmel yakın bir şekilde yapılarak kovuşturma evresinde yargılamanın bir oturumda bitirilmesidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/1 ncı maddesine göre, "her şahıs... bir mahkeme tarafından davasının makûl bir süre içinde hakkaniyete uygun ve alenî surette dinlenmesini istemek hakkına haizdir" Anayasamızda da, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının, yargının görevi olduğu açıklanmaktadır (m. 141/son). Ceza muhakemesinin, hukuk devleti ilkesinden vazgeçmeksizin hızlandırılabilmesi için yeni CMK'da şahsî dava kaldırılmış, soruşturmanın çok iyi yapılmasını sağlayabilmek ve duruşmalarda "tek oturum" kuralını uygulayabilmek için iddianamenin iadesi imkânı getirilmiş; adli kolluğun kurulması öngörülmüş; mecburî müdafî sistemi büyük ölçüde kurulmuş; sanığın, ifade ve sorgudan itibaren değil suç haberinin alınmasından başlayarak, muhakemenin sonuna kadar müdafî yardımından yararlanabilmesi sağlanmış; kabahatler suç olmaktan çıkartılarak idarî yaptırım gerektiren fiiller haline getirilmiş; bilirkişilik kurum büyük ölçüde yenilenmiş; doğrudan soru sorma hakkı yani çapraz sorgu sistemi öngörülmüştür.¹

Bunun yanında 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklikle iddianameyi hazırlayan Cumhuriyet savcılarında not fişi düzenlenmesi getirilerek iddianamenin iyi hazırlanması için uygulayıcılar teşvik edilmiştir.²

1 Kanunun genel gerekçesinden

2 2802 Sayılı Kanun-Yargıtay, Danıştay İle Bölge Adliye Ve Bölge İdare Mahkemeleri Nottarı-Madde 28 - (Değişik fıkra: 22/12/2005-5435 S.K./12.mad) Yargıtay ve Danıştay daireleri; yaptıkları kanun yolu incelemeleri sırasında tek veya toplu olarak karar veren hâkimler ile iddianameyi düzenleyen, hükmün verildiği duruşmaya katılan ve

İncelemiş olduğum 100 dosyanın tamamına yakını birinci veya ikinci duruşmalarda (oturumlarda) sonuçlandırılmıştır. Bazı dosyalarda ise suç tarihi ile karar tarihi arasında çok az bir süre geçmiştir. Bu dosyalar içinde (soruşturma ve kovuşturma evresinin toplamı) 37³, 41⁴, 43⁵, ve 53⁶ gün olan dosyalarda vardır.

İncelediğim bu 100 adet dosyanın ortalama sonuçlanma süresi yani suç tarihi ile karar tarihi arasındaki süre 155 gündür.

Buda gösteriyor ki belki yeni CMK'nun ilk uygulamaları olan bu dosyalar bakımından en azından yaralama suçları için tek oturumda davanın sonuçlandırılması hedefinin başarılmış olduğu söylenebilir. Bundan dolayı çok büyük bir fedakarlık ve çalışma azmi gösteren meslektaşlarımızı kutluyor ve Yüksek Yargıtay'ın iddianamenin iadesi konusundaki kanun yararına bozmalarda bu amaca hizmet eden uygulamalarının devamını diliyoruz.

2-Yaralama suçlarının düzenlenişi

Yeni TCK'nun 86/1.maddesinde kasten yaralama suçunun temel şekli tanımlanmış ve kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış, yaralama olarak kabul edilmiştir.

kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcılarını hakkında çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not verirler. Not verirken; kararda sağlanan isabet, davanın hızlı yürütülmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılarak gereksiz gecikmelere neden olunmaması, usul hükümlerinin eksiksiz ve zamanında yerine getirilmesi, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi, gerekçeli kararın yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında gösterilen başarı, emsal kararların gözetilmesi, soruşturmanın niteliği, iddianame içeriğinin buna uygunluğu gibi hususlar göz önünde tutularak değerlendirme yapılır ve buna göre not belgesi doldurulur.

- 3 Bafra Asliye Ceza mahkemesi, 2005/649 E, 2005/746 K. (Onanmıştır)
- 4 Saimbeyli Asliye Ceza Mahkemesi, 2007/7 E, 20007/6 K. (Onanmıştır)
- 5 Karşıyaka 1.Asliye Ceza Mahkemesi, 2006/642/E, 2006/644 K. (Onanmıştır)
- 6 Şişli 5.Asliye Ceza Mahkemesi, 2006/734 E, 2006/468 K. (Onanmıştır)

Aynı maddenin ikinci fıkrasında yaralama suçunun en hafif şekli, üçüncü fıkrasında ise ağırlaştırıcı sebepler düzenlenmiştir.

Kanununun 87.maddesinde ise neticesi sebebiyle yaralama suçları sayılmıştır.

Görüldüğü gibi yaralama suçlarının temel tanım ve ceza maddesi 86/1.maddedir. Bütün yaralamalar bu fıkra üzerine bina edilmiştir.

Eski kanun uygulamasından farklı olan yeni düzenlemenin daha iyi anlaşılması için bu suçları şu şekilde gruplandırabiliriz.

1.GRUP, TCK'nun 86/1.maddesindeki yaralama suçu	YAPTIRIM 1 yıldan 3 yıla kadar hapis
2.GRUP, TCK'nun 86/1 ve 86/3.maddelerindeki yaralama suçu	YAPTIRIM 1 yıl 6 aydan 4 yıl 6 aya kadar hapis
3.GRUP, TCK'un 86/2.maddesindeki yaralama suçu	YAPTIRIM 4 aydan 1 yıla kadar hapis veya 120 günden 365 güne kadar adli para cezası
4.GRUP, TC'un K 86/2 ve 86/3.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 6 aydan 1 yıl 6 aya kadar hapis veya 180 günden 547 güne kadar adli para cezası
5.GRUP, TCK'un 86/1 ve 87/1.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 3 yıldan 6 yıla kadar hapis.
6.GRUP, TCK'un 86/1, 3 ve 87/1.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 5 yıldan 9 yıla kadar hapis.
7.GRUP, TC'un K 86/1 ve 87/2.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 5 yıldan 9 yıla kadar hapis
8.GRUP, TCK'un 86/1, 3 ve 87/2.maddelerdeki ki yaralama suçu	YAPTIRIM 8 yıldan 12 yıl 18 aya kadar hapis

9.GRUP, TCK'un 86/1 ve 87/3.maddelerindeki yaralama suçu	YAPTIRIM 1 yıl 1 günden 4 yıl 6 aya kadar hapis
10.GRUP, TCK'un 86/1, 3 ve 87/3 maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 1 yıl 6 ay 1 günden 6 yıl 9 aya kadar hapis.
11.GRUP, TCK'un 86/2 ve 87/3.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 6 aydan 1 yıl 6 aya kadar hapis veya 180 günden 547 güne kadar adli para cezası
12.GRUP, TCK'un 86/2, 3 ve 87/3.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 9 aydan 1 yıl 15 aya kadar hapis veya 270 günden 820 güne kadar adli para cezası
13.GRUP, TCK'un 86/1 ve 87/4.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 8 yıldan 12 yıla kadar hapis
14.GRUP, TCK'un 86/1, 3 ve 87/4.maddelerdeki yaralama suçu	YAPTIRIM 12 yıldan 16 yıla kadar hapis

Türk Ceza Kanununda temel yaralama suçunun 86/1.madde de düzenlendiğini belirtmiştik. Bundan hareketle basit tıbbi müdahalelik yaralanmaların dışındaki yaralama hallerinde temel cezaya 86/1. maddeden başlanmalı ve sırasıyla 86/3, 87/1 veya 2. fıkralar uygulanarak temel ceza belirlenmelidir. Doğrudan 87/1 veya 2.fıkra gereğince alt sınır esas alınarak hüküm kurulmamalıdır.

İncelemiş olduğum 100 dosya içinde 19 tanesi (bu bozma sebebi yanında 53.maddenin de yanlış uygulamaları ile birlikte⁷) temel cezanın hesaplanmasındaki yanlışlıklardan, daha doğrusu sıranın takip edilmesinden bozulmuştur.⁸ Bununla beraber bu hususlar (temel cezada

7 "Sanık hakkında TCK'un 53/1.maddesinin (a), (b), (d) ve (e) bentlerindeki haklardan hapis cezasının infazına kadar (c) bendindeki haklardan ise koşullu salıvermeye kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, (3.CD, 30/5/2007/4233-4261)"

8 Benzer uygulama 1 Ceza dairesi tarafından da yapılmıştır. "5237 sayılı TCK kapsamında yaşamsal tehlike doğuracak şekilde silahla yaralama suçlarından ceza terip edilirken, denetime olanak verecek şekilde, öncelikle kanunun 86/1. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi, temel cezanın suçun silahla işlenmesi nedeniyle 86/3-e maddesi gereğince artırılması, daha sonra yaralama fiilinin, mağdurun yaşamını tehlikeye sokması nedeniyle de cezanın 87/1-d maddesi uyarınca artırılması, bu miktarın 5 yıldan az olması halinde aynı kanunun 87/1 son maddesi uyarınca beş yıla yükseltilmesi, beş yılı geçmesi halinde bu cezanın tayin edilmesi, daha sonraki

sıranın takip edilmemesi) eleştiri konusu yapıлып onanan dosyalarımızda olmuştur.⁹

Bu konu ile ilgili karar örnekleri:

Saniğin frontal kemik orta hatta deplase kırık oluşturacak ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladığı ve savunmaya elverişli silah olan demirle yaralama suçunu işlediği anlaşıldığından; yaralama suçlarında temel ceza maddesi 5237 sayılı TCK.un 86/1.maddesi olup eylemin silahla işlenmesi halinde aynı maddenin 3.fıkrası gereğince 1/2 oranında artırılmasından sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaların bu miktar üzerinden artırılmasının gerektiği, dava konusu olayda da 87/1-d maddesi gereğince bir kat artırım sonucu cezanın belirleneceği nazara alınmadan 87/1-d.maddesiyle temel cezanın (beş yıl olarak) belirlenmesi, (3.CD, 19.3.2008/1757-2433)

5237 sayılı TCK'nun 86/3 maddesindeki artırım sebeplerinin birden çok olması halinde bile 5237 sayılı TCK.nun 61.maddesine göre bir tek artırım yapılacağı gözetilmeden sanık hakkında mağdurun kardeşi olmasından ve silahtan dolayı iki defa artırım sonucu fazla cezaya hükmedilmesi, (3.CD, 19.9.2007/9437-6308)

19.12.2006 tarih ve 5560 sayılı yasa değişikliğinden önceki 5237 sayılı yasanın 87/3 maddesinde cezanın alt ve üst sınırı yasa metninde belirtilmiş olup yargılama sonunda aynı yasanın 61. maddesinde belirtilen gerekçelerle bu sınırlar arasında bir cezayı belirleme yetkisi ha-

indirim nedenlerinin sözü edilen 5 yıl ya da 5 yılı aşan miktarlar üzerinden yapılması gerektiği düşünülmeden, 87/1-d maddesi uyarınca doğrudan 6 yıl hapse karar verilmesi ve indirimlerin bu miktar üzerinden yapılması, (1.CD, 5.12.2007/6794/9111)"

- 9 "Yaralama suçlarında temel ceza maddesi 5237 sayılı TCK'nun 86/1.maddesi olup eylemin silahla işlenmesi halinde aynı maddenin 3.fıkrası gereğince ½ oranında artırılmasından sonra neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaların bu miktar üzerinden artırılmasının gerektiği, dava konusu olayda da 87/1-d maddesi gereğince bir kat artırım sonucu cezanın belirleneceğinin nazara alınmaması temel ceza alt sınırından hesaplandığında bozma nedeni yapılmamıştır. (3.CD, 17.10.2007/9954-7269)"

kimin takdirine bırakılmıştır. Bu maddeden başka bir maddeye atıf ta bulunmamaktadır. Bu nedenle kırığa neden olan eylemden dolayı aynı yasanın 86/3-e maddesine göre silah nedeniyle bir artırım yapılması mümkün değildir. Ancak eylemin silah ile gerçekleştirilmesi ve kırığın 5. derecede olması nazara alınarak temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerektiğinin gözetilmemesi, (3.CD, 21.02.2007/6003-1503)

3-Temel cezanın alt ve üst sınır arasında tayini

765 sayılı TCK uygulamasında olduğu gibi 5237 sayılı TCK uygulamasında da temel cezanın alt sınırdan tayini neredeyse yerleşmiş durumdadır. Sanki temel cezanın nasıl tayin edileceğini gösteren TCK'nun 61.maddesi, cezanın alt sınırdan tayinin gerekçesi olarak konulmuştur. Bunun sebebi belki de Yargıtay'ın temel cezanın alt sınırdan aşılması halinde aradığı gerekçeler nedeniyle bozduğu kararların yanlış algılanmasından kaynaklanmaktadır. Yeni TCK'nun yaralama suçlarında karışık hesaplama yöntemini öngörmesi bir kısım uygulayıcıları kolaycılığa sevk etmektedir.

Yukarıdaki gruplandırmalardan da anlaşılacağı gibi yaralama suçlarında öngörülen cezalarda alt sınır ile üst sınır arasında 2, 3, 4 ve 5 yıl 6 ay gibi bir makas bulunmakta ve takdirin bu arada kullanılması amaçlanmaktadır. Makas bu kadar geniş tutulmasına rağmen mahkemelerimiz ne yazık ki temel cezaları hep alt sınırdan tayin etmektedirler. Halbuki mağdurda meydana gelen acı, ızdırap, hayattan kopma, iş ve güçten kalma, hastanelerde yatma, tedaviler naza alınarak iki sınır arasında takdir edilecek ceza, adalet duygusunun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Diğer durumda herkese aynı oranda ceza tayini ile cezalar hiçbir zaman şahsileştirilemeyecek ve iki sınır arasındaki cezalar uygulama alanı bulamayacaktır.

İnceleme konumuz dosyalardan 31 tanesinde temel cezalar alt sınırdan aşılarak tayin edilmiştir. İlk bakışta iyi bir oran gibi görünse de büyük bir çoğunluğu kemik kırıkları ile sonuçlanan yaralama dosyalarında uygulanmıştır.

Bilindiği gibi 19 Aralık 2006 tarihine kadar yürürlükte olan 87.maddeye göre öngörülen ceza kemik kırığının ve çıkığının hayat fonksiyonlarına etkisine göre 1 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası idi. Adli Tıp Kurumu oluşturduğu kriterlerde, kemik kırığının veya çıkığının hayat fonksiyonlarına etkisine göre hafif (1), orta (2, 3) ve ağır (4, 5, 6) olarak sınıflandırma yapmıştı. Mahkemelerimizde bu raporlardaki rakamsal değerleri temel cezanın tayininde alt sınır olarak uygulama yapmışlardır.

Bunun yanında diğer alt sınırdan ayrılmalar ise hesaplama kolaylığı gözetilerek 86/1.maddeye göre temel ceza ya 2 yada 3 yıl olarak alınmıştır. Bunda yukarıda ifade ettiğimiz gibi hesaplama zorluğu ve karışıklığının etkisinin olduğu açıktır.¹⁰

Müşteki mağdur Kazım Sezginer'den kira nedeniyle alacağı olduğunu iddia eden sanığın, olay günü cezaevinden müştekinin tahliye olacağını öğrenip geçiş güzergahı üzerinde bekleyerek, içinde bulunduğu aracı ruhsatsız tabancası ile hareket halinde iken durdurup, otunun camını kırdıktan sonra vücudunun alt bölgelerini hedef alarak 6 el ateş edip olay yerinden ayrılmasına, müştekinin bu nedenle hayati tehlikesiz 45 gün iş ve gücünden kalır şekilde yaralandığının anlaşılmasına, sanık ile müşteki arasındaki anlaşmazlığın mahiyetine, korunan hukuki konunun önemine, suçtan doğan zararın niteliğine, işleniş biçimine, kullanılan araç ve sanığın geçmişte nitelikli yaralama suçundan tekerrüre esas bulunmayan sabikasına nazaran dosyaya yansıyan kişi-

10 Temel cezanın tayininde yardımcı olacak ceza tabloları için bakınız: Mustafa Albayrak, Türk Ceza Kanunu, Öz Kitap, 3.Baskı, Ankara 2008

liğine göre temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerekirken dosyaya uygun olmayan gerekçe ile alt sınırdan ceza tayini, temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamıştır.(3.CD, 30.05.2007/15057-4197)

Mağdurun ateşli silahla hem hayatı tehlike geçirip hem de uzuv kaybı oluşacak şekilde yararlanmış olmasına göre birden fazla ağırlaşmış halin yahut birden fazla neticesi sebebiyle ağırlaşmış durumun aynı olayda inzımam etmesi halinde temel ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama ile ceza tayini, (3.CD; 23.1.2008/11010-157)

4-Yaralama suçlarının olası kastla işlenmesi.

Kusurun tipik şekli kasttır. Kastın unsurları bilme ve istemdir. Buna göre fail, suç tipinde belirtilmiş ve kendisi bakımından gösterilmiş olan nitelikleri, suç tipinde mağdur ile ilgili olarak gösterilmiş olan özellikleri ve gerçekleştirdiği fiil ve bunun kanunda belirtilmiş olan şekilleri ile özelliklerini de bilmelidir. Fail yapacağı hareketi düşünüp öngörmelidir. Yani suçun maddi konusu bilinmelidir.¹¹

Belirli bir netice veya neticeler fail tarafından isteniyorsa doğrudan (direkt) kasttan söz edilir.

Failin gerçekleştirmeyi istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngörüldüğü hallerde kastı bu neticeler bakımından da doğrudan kasttır. Örneğin bir uçağı düşürüp sigorta parası almak için havaya uçurarak düşüren kimse, mürettebatında ölmesini arzu etmese dahi göze alır. Zorunlu bu yan neticeler bakımından da kastı doğrudan kasttır.

Buna karşılık hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngördüğü halde bu hareketi yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi halinde artık direkt kast değil muhtemel kastı (gayri muayyen kast-olası kast) söz konusu olur. Esasen burada açık ve seçik bir isteme yoksa da sonuçta aynı şey olan “istememiş olmama” söz konusudur. Örneğin yaralamak istediği kişiye ateş eden kimse kurşunun söz konusu kişinin yanındaki kimseye isabet edebileceğini öngörmesine rağmen, isabet ederse etsin diyerek ateş etmeye devam ederse, olası kastı (olursa olsun kastı) vardır.¹²

Temel yaralama suçunun olası kastla işlenmesi:

Temel yaralama suçunun 86/1.madde kapsamında olduğundan hareketle kişinin kastettiği kişi bakımından olası kast ile bu suçun işlenemeyeceği anlaşılmaktadır. Aynı durum 86/2.madde için de geçerlidir.

Bunun yanında failin hedef aldığı kişi ile birlikte başka bir kimseyi yaralamasında ise olası kast ile söz konusu olabilir.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun olası kastla işlenmesi

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamalarda oluşan bu netice bakımından kanun failin en azından taksirinin olmasını aradığından (m.23) bu suçlar bakımından da hedef alınan kişiye karşı olası kastla yaralama suçu işlenemez.

Failin asıl kastettiği kişi veya kişiler yanında başka bir kişi veya kişilerin yaralanması halinde bu ikinci kişilere karşı işlenen yaralamalarda olası kast ile hareket ettiği kabul edilir

Aşağıdaki kararlardan da anlaşılacağı gibi neticesi sebebiyle ağır-

12 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.228

laşmış yaralama suçlarının bir kısmında¹³ olası kastın kabul edilmesi halinde pratikte cezada indiriminin sonuca etkisi olmamaktadır. Ancak 86/1.maddeye göre temel cezanın 2 yıl 6 ay gibi bir oranın üzerinde takdir edilmesi halinde olası kastta öngörülen indirim bir anlam ifade etmektedir.

Örnek: a-86/1 m.2 yıl hp.

b-21/2 m ½ indirimle 1 yıl hp.

c-86/3.maddeye göre ½ artırımla 1yıl 6 ay hp.

d-87/1.maddeye göre bir misli artırımla 3 yıl hp.

e-87/1-son'a göre beş yıldan az olamayacağından beş yıl hapse çıkarılmasına. (21/2.maddeye göre indirim 1/3 oranında yapılırsa bile sonuç yine değişmemektedir.) Dolayısıyla fail olası kast indiriminden faydalanamamaktadır.

Konu ile ilgili kararlar.

Eylemin olası kastla işlenmesi dolayısıyla TCK'nun 61/2.maddesine göre temel cezada indirim yapılması gerekirken¹⁴ neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç için öngörülen cezada indirim yapılarak eksik cezaya hükmedilmesi temyiz edenin sıfatına göre bozma sebebi yapılmamıştır. (3.CD, 24.9.2008/8619-11970)

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 tarih ve 4/218-345 sayılı kararında belirtildiği üzere, 765 sayılı TCK'nun 458.maddesinin uygulanabilmesi için gerçekleştirilen eylem ile potansiyel sonucun oluşmasının olanaklı olup olmadığıdır. Failin gerçekleştirdiği eylem ile

13 86/3.maddenin uygulandığı hallerde.

14 86/1.maddeye göre cezanın belirlenmesinden sonra

potansiyel sonuç oluşmaz denildiği halde TCK'nun 458.maddesi uygulanmalı, potansiyel sonuç oluşabiliyorsa artık fail sonucuna katlanmalı ve 458.madde uygulanmaz. Bu haliyle dava konusu olay bakımından da TCK'nun 458.maddesinin uygulanma olanağı yoktur. Sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK bakımından da değerlendirildiğinde m.23 delaletiyle 87.maddedeki ağırlaşmış neticeler bakımından olası kastla hareket ettiği anlaşıldığından mahkemenin 765 sayılı TCK'nun 456/2.maddesine göre hüküm kurmasının yerinde ve sanık lehine olduğundan tebliğnamenin olay yerinde keşif yapılarak sanığın vurması sonucu mağdurun bulunduğu yer itibariyle merdiven boşluğuna düşmesinin kaçınılmaz olup olmadığının tespiti ve sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nun 21/2.maddesinin uygulama olanağı bulunup bulunmadığının tartışılması talebi 87.maddedeki ağırlaşmış neticeler bakımından en azından taksir derecesinde kusurluluğun bulunması yeterli kabul edildiğinden ve bu kusurluluğun olayımız bakımından da gerçekleşmiş olduğu anlaşıldığından tebliğnamenin bu düşüncesine iştirak edilmemiştir.(3.CD, 25/6/2008/207-9261)

Olay günü başka bir suç isnadı nedeniyle adliyeye getirilen sanığın, tutuklanmasına tepki olarak saldırgan davranışlarda bulunup çevresine tekme atmaya başladığı, bu duruma müdahale eden görevli polis memurlarından katılan mağdurun, sanığı sakinleştirip saldırgan haline son vermek istedikleri sırada sanığın bu kişilere karşı da tekme atmaya devam etmesi üzerine, attığı tekmelerden birinin katılan mağdurun sağ el 1. parmağına isabet ederek kırılmasına neden olduğu olayda, sanık işlediği filin (tekme atıp saldırgan davranışlarda bulunmak) günlük hayat tecrübelerine göre muhakkak surette yaralamaya sebebiyet vereceğini öngörmüş olup, dosyadaki bilgi ve belgelerde bu oluşu doğruladığından meydana gelen bu netice bakımından doğrudan kast ile hareket ettiğinin kabul edilerek cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu olası kast nedeniyle cezasından indi-

rim yapılması.(3.CD, 19.09.2007/14218-6263)

Sanığın yaralama suçunu olası kastla işlediği kabul edildiğine göre 5237 sayılı TCK'un 61/1.maddesine göre temel ceza belirlendikten sonra, aynı maddenin 2.fikrası uyarınca cezasından aynı kanununun 21/2.maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken hiç indirim yapılmadan fazla cezaya hükmedilmesi.(3.CD, 31.10.2007/11389-7775)

5-Görevli mahkeme sorunu

Yeni CMK'nun 3.maddesine göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir. Mahkemelerin görevlerini 5235 sayılı Kanununun 8 ve devamı maddelerinde göstermiştir.Buna göre:

Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir. (m.10)

Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır. (m.11)

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlemlerle bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. (m.12)

Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst

sınırı göz önünde bulundurulur. (m.14)

Kanunun bu açık hükümlerine göre yaralama suçlarından 86/2. ve 86/2 ile 87/3.maddedeki suçlar Sulh ceza mahkemesinde, diğerleri 86/1, 87/1,2. fıkralardaki suçlar ise Asliye ceza mahkemesinin görev alanına girmektedirler.

6-Uzlaşma

Daha önce sadece şikayete tabi olan 86/2.madde kapsamındaki yaralama suçu uzlaşma kapsamında iken son yapılan düzenleme ile¹⁵ 86/1.maddedeki yaralama suçları da uzlaşma kapsamına alınmıştır. Maddede öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar haptistir. Yani yaralama 86/3.fikranın uygulanmadığı ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (87/1,2 ve 3.fikra) bulunmayan hallerde bu madde uygulanacaktır.

Yine yaralama suçlarının en hafif şekli olan 86/2 maddesi şikayete tabi ve uzlaşma kapsamındadır. Cezası dört aydan bir yıla kadar hapis veya yüz yirmi günden üçyüz altmış beş güne kadar adli para cezasıdır. 86/2.maddedeki bu yaralamanın 86/3.maddesinin uygulanması halinde (bir memurun bir tokadı, bir bıçağın çizmesi) yara ne kadar hafif olursa olsun şikayet aranmadığı gibi uzlaşma kapsamında da değildir. Kaldı ki ceza altı aydan bir yıl altı aya kadar hapis veya yüz seksen günden beş yüz kırk yedi güne kadar adli para cezası olarak kaşımıza çıkmaktadır. **Böylece üst sınırı üç yıl olan bir suç uzlaşma kapsamında iken buna karşılık üst sınırı bir yıl altı ay veya 547 gün adli para cezası olan bir suç uzlaşma kapsamında değildir.** Dengesizlik açıkça görülmektedir. Temennimiz bu hususun mahkemeler yada Yargıtay tarafından Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptal yoluna

15 5560 sayılı Kanunla değişik CMK 253 ve devamı maddeler.

gidilmesidir.¹⁶

Son yapılan düzenleme ile uzlaşmanın daha iyi uygulanması amaçlanmış, ancak üzülecek söyleyebiliriz ki umulan uygulama gerçekleşmemiştir. Bunun çeşitli sebepleri vardır.

Kanaatimizce mevcut yasal düzenlemeler ışığında uzlaştırmadan iyi bir netice alınması için yapılması gerekenleri şu başlıklar altında sıralayabiliriz:

1-Uygulayıcılar, bilhassa Cumhuriyet savcılarının bu müessesesinin uygulanmasının faydasına inanmaları gerekir. Cumhuriyet savcılarlarındaki evrakı bir an önce çıkarmak için uğraşmamalı, yapacağı biraz fazla çalışmanın mahkemelerdeki dava sayısını azaltacağını, bu azalmaya bağlı olarak ta daha sonraki günlerde kendi işlerinin de azalacağını düşünmeleri gerekir. Çünkü bu uyuşmazlıklar daha sonra önlerine duruşması takip edilecek dava dosyası, ara kararları yerine getirilecek ve infazı yapılacak işler olarak çıkacaktır. Bu prosedürün başarılı yürümesinin mağdurun korunmasına, haklarının alınmasına yardımcı olduğunu hatırlarından çıkarmamaları gerekir.

2-Olayın hemen akabinde sığağı sığağına taraflara uzlaşma teklifinde bulunmamak gerekir. Hepimiz uygulamadan biliyoruz ki olayın ilk saatlerinde veya ilk günlerinde taraflar birbirlerine karşı çok acımasız, kin ve nefretle doludurlar. Bu aşamada yapılacak bir uzlaşma teklifinin bütün taraflarca reddedilme yüzdesi yüksektir. Zaman geçince taraflar daha akli selimle düşünebilmekte ve birbirlerini anlayabilmektedirler. Şikâyete tabi suçlarda, hatta tabi olmayan ağır suçlarda bile yargılamada mağdurların şikâyetlerini geri aldıkları bilinen bir gerçektir. Bundan dolayı uzlaşma teklifi götürülecek kişilerin haberleşme bilgileri en detaylı şekilde baştan alınmalıdır ki daha sonra kişilere ulaş-

16 Anayasa m.10. ve TCK m 3 ile çelişen bir durum.

mada zorluklarla karşılaşılsın. İşi çok sürüncemede bırakmadan makul bir süre sora uzlaşma teklifi yapılmalıdır.

3-Cumhuriyet savcılarını belki doğrudan görevleri olmasa bile uzlaştırmayı yapacak elemanları (Baroya kayıtlı avukatlar, emekli hakim ve savcılar, hukuk fakültesi mezunu diğer kişileri) yetiştirmeli ve bu kişilerin de saygın, sözü dinlenir kişiler olmasına azami özen göstermeleri gerekir.

4-Uzlaştırmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları muhatabın anlayacağı açıklıkta olmalı ve taraflara yazılı olarak ta verilmelidir. (*Şüpheliler suçlandığı suçla ilgili olarak alması muhtemel en üst cezalar, ileride muhatap olacağı maddi ve manevi tazminatlar, duruşmalara gidip gelme, mahkeme masrafları ve avukatlık ücretler abartılı olmasa bile kendilerine bildirilmeli, benzer bildirim mağdurlara da yapılmalıdır.*)

5-Kanun uzlaşma teklifinde bulunulmasından itibaren kararın üç gün içinde bildirilmemesi halinde uzlaşma teklifinin reddedilmiş sayılacağını kabul etmiştir. Bu sürenin çok kısa olduğu nazara alınarak toleranslı davranılmalı, mazeretler kabul edilmelidir. İlgililerin zaman kazanmalarına göz yumulmalıdır. Kaldı ki süre dolmuş olmasına, yani uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilecekleri kanunda belirtilmesi karşısında zamana hap-solmamak gerekir.

6-Teftiş yönetmeliğinde değişiklik yapılarak Cumhuriyet savcılarının uzlaştırmadaki başarı performansları, sonuçlandırdıkları işler artı puanla ayrıca değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Hatta bu işi ciddiye alıp uygulayan Cumhuriyet savcılarını maddi ve manevi olarak ödüllenen-

dirilmelidir.

7-Yukarda da belirttiğimiz gibi uzlaşma teklifinden itibaren üç gün içinde cevap verilmesi şart koşulduğundan, uzlaşma teklifinin haftanın Çarşamba günü yapılması ile bu süre 6 güne kadar çıkarılabilir. Böylece zaman kazanılmış olur.¹⁷

7- Birden Fazla Failin Katıldığı Yaralama Suçlarında Faille- rin Cezalandırılması Sorunu

Yaralama suçları zorunlu çok failli suçlardan değildir.¹⁸ Bu nedenle bu suçlara iştirak eden faillerin özellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarında cezalandırılmalarında faillerin sorumluluklarını belirlememiz gerekmektedir.

Birden çok failin karıştığı yaralama suçlarında faillerin cezalandırılması nasıl olmalıdır?

Bu sorunun çözümü olarak gösterilen müşterek failliğin ne kadar çözüm getirdiği tartışmalıdır.

Kanun koyucu, yeni TCK'nun 37.maddesi ile, "müşterek faillik" sistemi kapsamında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun faili belli olmayan kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını düzenleyen 463.maddesini karşılamayı hedeflemiş, ancak 37. maddenin birinci fıkrasının lafzı dikkate alındığında "kanunilik" prensibine uygun düşecek düzenlemeyi öngörmemiştir. Bunun yanında, meseleyi hükmün gerekçesiyle çözmeye çalışmış, ancak hüküm gerekçeleri madde metni olarak kabul edilemeyeceğinden, yine sorunu çözememiştir. 37.maddenin birinci fıkrası hükmüne bakıldığında, suçun kanuni tanı-

17 Mustafa Albayrak, Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 77, Temmuz/Ağustos 2008.

18 Rüşvet gibi.

mında yer alan fiili birlikte gerçekleştirdiği tespit edilen kişilerden her birinin fail olarak sorumlu sayılacağı ifade edilmektedir. Oysa faili belli olmayan adam öldürme suçunda, adam öldürenin kim olduğu belli değildir. Birden fazla kişi olay yerinde bulunmuştur, fakat kimin suçun maddi unsurunu gerçekleştirdiğini belirlemek mümkün olmamıştır. Şimdi bu açıklamalar dikkate alındığında, 37/1.madde hükmünün sorununa çözüm getirebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır.¹⁹ Yine de bu maddeden hareketle bir sonuca ulaşılabılır.

a-Yaralamanın 86.madde kapsamında olması.

Kanun'un 86/1.maddesi "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi"lerin cezalandırılacağını öngörmektedir. Dolayısıyla bu sonuçları doğuran, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek olan vücuda acı verme, sağlığın bozulmasına sebep olma ve algılama yeteneğinin bozulmasına sebep olan bütün fiilleri işleyenler Kanunun öngördüğü cezanın tamamıyla sorumludurlar. Yani bu madde kapsamındaki yaralamada her bir sanık için "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası" ile cezalandırılma söz konusu olacaktır.

Bununla beraber faillerin yaralama fiillerini ayrı ayrı basit tıbbi müdahale olacak şekilde ayırt edebilirsek o zaman faillerin her birinin eylemini basit tıbbi müdahaleyi gerektirecek yaralama olarak kabul

19 Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2007, s.37, 1.Cilt (Yazar gerekçeden hareketle şu eleştirileri yapmaktadır: Kanun koyucu "müşterek faillik" müessesesi ile gerekçede, bir kişiyi öldürmek amacıyla aralarında anlaşmış bulunan beş kişinin bu amacın gerçekleşme ihtimalini daha yükseltmek için aynı anda mağdurun üzerine ateş etmeleri suretiyle, ateşlenen mermilerden bir kısmının veya bir tanesinin mağdura isabet etmesi, fakat diğerlerinin isabet etmemesi halinde, isabet eden mermi mağdurun ölümüne yol açmış ise, bu olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak hareket ettiklerinden, her biri tamamlanmış kasten öldürme suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Her bir failin adam öldürme kastıyla mağdura yönelttiğinin tespiti durumunda sorun çözmek belki mümkündür, ancak adalete uygun değildir. Her ne kadar kasten öldürme hususunda ortak bir suç işleme kararına sahip olsalar da, faillerden bir veya ikisinin adam öldürme fiiliyle ilgili olarak maddi katkı sağlamaması durumunda, sırf kastından dolayı tam ceza ile cezalandırılması söz konusu olacaktır ki, bu durum "ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesine ters düşer. Bu gibi hüküm ve uygulamalarda 1982 Anayasa'sının 38. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenen "ceza sorumluluğunun şahsiliği" prensibine aykırılık söz konusu olacaktır.)

edip 86/2.fıkradan her bir failin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Ancak Ceza Genel Kurulunun 765 sayılı TCK'nun 463.maddesinin uygulaması ile ilgili kararı²⁰ ve 37.madde ve gerekçesi nazara alındığında bu fıkra kapsamındaki yaralamada her bir faili müşterek hareketlerinden dolayı 86/1.fıkroda belirtilen cezadan sorumlu tutmamız gerekir.

Yaralanmanın, 86/2.madde kapsamında olması, yani vücuda acı verme, sağlığın ve algılama yeteneğinin bozulması basit tıbbi müdahalelik ise yaralama eylemine katılan her fail fıkroda yazılı cezanın tamamıyla cezalandırılacaktır. Çünkü bu maddenin eski kanundaki karşılığı olan 456/4.maddesi bakımından da 463.maddenin uygulanması kabul edilmiyordu.²¹

Üçüncü fıkroda faillerin silah kullanması halinde yukarıda açık-

20 "Bu madde failin belli olmaması hali değildir. Hepsi irtikap eden "teliğe basan, bıçağı vuran" sıfatında olan kişilerde öldürme veya yaralamada hangisinin hareketinin hedefle özdeşleştiğinin, bütünleştiğinin, ölümü veya yarayı vücuda soktuğunun saptanamaması halidir.

Öyleyse suç, suç ortaklarının faaliyetinin yan yana icrası sırasında, bunlardan her hangi birine kesin ve tek olarak bağlanamayacak şekilde meydana gelmişse, müstakil fail belli değildir. Ve eşit ceza sorumluluğu vardır. Verilecek ceza fiillerinin ortalamasıdır.

Buna mukabil, faillerin fiillerinin birleşmesinden, toplanmasından sonuç ortaya çıkıyorsa bu durumda doğrudan doğruya beraber işleme söz konusu olup 64.madde uygulanmalıdır.

Bütün bu saptamalar ve "kendine aidiyeti saptanan fiil veya fiil kesiminin cezasının ancak o kişiye yüklenebileceği" prensibinin ışığında, özel bir iştirak türünün düzenlendiği TCK'un 463.maddesinin uygulama koşulları şu şekilde sıralanabilir:

1-Tahdididir, yasa da sayılan adam öldürme ve yaralama suçlarına münhasırdır.

2-Ancak ve yalnız asli maddi iştirakin, iktisap edenler grubuna dahil olanlara şu koşullarda uygulanır.

a) Bütün dikkat ve ihtimam gösterildiği ve tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tespiti mümkün olmamalıdır.

b) Failler birden fazla olmalıdır.

c) Fiilin asli unsurundan olan sonuç, irtikapçılar arasında ve fakat ortada kalmalıdır.(Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1.11.1993/4-2267-294)

21 TCK'nun 463.maddesinin aynı kanunun 456/4.maddesi ile uygulanamayacağına gözetilmemesi temyiz edenlerin sıfatlarına göre bozma sebebi yapılmamıştır. (Yargıtay 3.CD, 4.10.2006/1810-7150) "Sanıkların; katılanı 3 gün, diğerlerini 7'şer gün iş ve güçlerinden kalacak biçimde yaralamaları eyleminde TCK'un 456/4.maddesi uygulanırken, aynı yasanın 463.maddesinin uygulama yeri bulunmadığının gözetilmemesi" (Yargıtay 4.CD, 01.03.1994/9025-1609)

ladığımız çözüm yollarından hareketle bir sonuca varılacaktır. Yani silahla oluşan yara ya 86/1.madde kapsamındadır ya da 86/2 kapsamındadır. Bu fıkralar bakımından ulaştığımız sonuca göre failler cezalandırılacaktır. Yani her bir fail tam ceza ile cezalandırılacaktır. Unutulmamalıdır ki bu fıkra kapsamında yaralamaya katılıp ta faillerden bir kısmı silah kullanmamışsa, sorumlulukları 86/1 veya 86/2.fıkra kapsamında değerlendirilecektir.

b-87.maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarında çok faillilik.

Yaralamalar sonucunda mağdurda 87.maddede yazılı ağırlaşmış hallerin bulunması halinde cezalandırma bu maddeye göre yapılacaktır. Bu madde bakımından failin sorumlu olabilmesi için Kanunun 23.maddesi her zaman nazara alınacaktır. Fail bu madde de yazılı ağırlaşmış neticelerin oluşmasını kastetmiş olsa bile eğer bu maddede yazılı neticeler oluşmamışsa fail 86.maddeye göre cezalandırılacaktır. Çünkü bu suçlar bakımından netice kastı belirlenmektedir.

Kanunun 87.maddesi, fiilin kastedilenden daha ağır bir neticenin oluşması (1.2 ve 3.fıkra) ya da fiilin failin istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermesi (4.fıkra) hali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birden fazla failin katıldığı yaralama suçlarında oluşan ağırlaşmış sonuçlara baktığımızda oluşan bu netice ya faillerden birkaçının kullandığı etkili bir cismin sonucu oluşmakta, (silah, bıçak, taş sopa v.b gibi fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli şeyler) ya da her bir failin benzer veya eşdeğer etkili eylemleri, vurmaları sonucu toplamalarının sonucudur. Eşdeğer veya benzer vurma sonucu oluşan ağırlaştırıcı sonuçlar bakımından Kanunun 37/1.maddesi buna çözüm ge-

tirmektedir. Yani oluşan neticeten her biri müşterek fail olarak sorumludur.

Esas sorun faillerden birkaçının kullandığı etkili bir cismin sonucu ağırlaşmış neticenin meydana gelmesidir. Aşağıdaki açıklamalarımız genellikle bu gibi durumlar için geçerlidir.

Birden fazla failin katıldığı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarında bu maddeye göre faillerin sorumluluklarını şu başlıklar altında inceleyebiliriz.

aa-Failler işlemeyi kastettikleri yaralama suçu bakımından, suç işlemeden önce aralarında yaralama suçunu işlemek hususunda alınmış bir kararları varsa.

Faillerin yaralama fiili öncesi aldıkları bir kararlar ve ortak hareket ederek bu suçu işlemeleri gerekir.

Pratikte buna gösterilecek örnek; faillerin kız kardeşine kötü davranan mağdur enişteyi, kendilerine saldıran mağduru yaralama kastıyla hareket ederek birlikte hareketle mağduru yaralayıp, sonuçta mağdurda 87.maddedeki ağırlaşmış sonuçları meydana getirmeleridir.

Müşterek failler, amaçlanan neticeye ulaşma bakımından mağdurun yaralanması (veya öldürülmesi) ihtimalini yüksek tutmak amacıyla (veya sorumluluğu müştereken taşıma gibi bir takım sübjektif mülahazalarla, saiklerle) mağdurun üzerine hep birlikte ateş etmişlerdir. (veya birlikte saldırmışlardı) Bütün suç ortakları, birlikte suç işleme kararıyla hareket etmekte olup, suçun icrai hareketlerini müştereken gerçekleştirmişlerdir. Bu itibarla, her ne kadar bazısının/bazılarının atışı isabet etmemişse de bütün bu suç ortaklarını gerçekleştiren yaralama (veya öldürme) suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumlu tutmak gereke-

cektir.²²

Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur^{23'24'25}

Yargıtay'ın bu görüşe uygun kararları şunlardır:

Katılanın aşamalarda değişmeyen beyanı, tanık anlatımlarına göre birden çok kişi olan sanıkların birlikte suç işleme kararı almaları üzerine ve işlenen suç üzerinde de müşterek hakimiyet kurmaları nazara alındığında sanıkların TCK.'nun 37/1.maddeye göre her birinin müşterek fail olarak sorumlu oldukları nazara alınmadan her birinin yardım eden olarak kabulü ile eksik cezaya hükmedilmesi. (3.CD.23.1.2008/13383-115).²⁶

Sanığın diğer sanıkla fikir birliği yaparak ..., fiillerin boyutu, suçun işlenmesindeki rolü ve önemi itibariyle “doğrudan doğruya beraber işleme” suretiyle asli maddi fail olarak suça katıldığı gözetilmeyerek fer'i fail olarak kabulü .(1.CD, 27.5.2004/4975-4658)

Sanığın; suçun işlenmesindeki rolü ve sağladığı katkının önemi,

22 İzzet Özgenç, Tür Ceza Kanunu, Ankara 2006, 3.Baskı, s.522, s.496

23 37.madde gerekçesinden.

24 Diğer yazarlar da aynı görüşte olduklarını belirtmektedirler. Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007. 1.Baskı, s.722, İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 207, 1.Cilt, s.251, Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Ankara 2005, 1.Cilt, s.426.

25 Bu görüşün eleştirisi için bakınız yukarıda sayın Ersen Şen'in dipnota aldığımız görüşleri.

26 Dosyaya konu olayda, gazinoda çalışan sanıklar, karşı gazinoda bulunan mağduru konuşmak bahanesiyle dışarı çağırmışlar ve dışarıda her biri ellerindeki sopalarla mağdura saldırmışlar ve mağdura kemik kırığı şeklinde yaralama olmuş, mahkeme sanıkların her birini yardım eden olarak kabul edip cezalarından yarı oranında indirim uygulamıştı.

fiil üzerinde ortak hakimiyet kurması, suç işleme kararındaki birlik nazara alındığında, ..., suçunun müşterek faili olduğu gözetilmeden yazılı şekilde TCK'un 39.maddesi ile cezadan indirim yapılması. (11.CD.20.9.20006/5243-7374)

Bu açıklamalardan çıkan sonuca göre, birden çok kişi suçun işlenişi üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları ve birlikte suç işleme kararları sonucunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu işlemişlerse 37/1.maddeye göre her biri müşterek fail olarak sorumludurlar. Yani her biri doğrudan fail olarak cezalandırılır.

bb-Failler işlemeyi kastettikleri suç bakımından, suç işlemekten önce aralarında yaralama suçunu işlemek bakımından alınmış bir karar yoksa.

Burada failler arasında yaralama suçunun işlenmesi hususunda bir iştirak iradesi yoktur. Uygulamada sık rastladığımız birden gelişen kavga olaylarında, bir failin başlattığı kavgaya diğerlerinin ani kararlar katılmaları ile işlenen suçlar örnek olarak gösterilebilir. Ve bu yaralama fiili sonucunda da 87.maddedeki ağırlaşmış neticeler meydana gelmektedir.

Bu konunun çözümüne ilişkin olarak iki farklı görüş bulunmaktadır.

aaa-Olayda iştirak iradesinin bulunmaması, herkesin müstakil rolünün tespitini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu tespit yapılamayınca, bu kez "şüpheden sanık yararlanır" kuralını uygulamak durumunda kalmaktayız. Gerçekten de faillerden örneğin bir tanesi maktule isabet ettirememişse (netice sebebiyle yaralamayı oluşturmamışsa)²⁷ ve biz bu failin hangisi olduğunu tespit edemiyorsak, bu kimseyi de tamamlanmış

27 Yazar öldürme fiilini örnek göstermiş olup parantez içindeki ifadeler tarafımızdan konulmuştur.

öldürmeden (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralanmadan) sorumlu tutmamız adil olmayacaktır. Esasen bu kimsenin sorumluluğu öldürmeye teşebbüsten (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralanmadan) olması gerekir. Ancak bu arada bir (veya birkaç) kişi de tamamlanmış öldürmeden dolayı (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralanmadan) sorumlu tutulmalıdır. Fakat bunları da belirleyememekteyiz. O zaman devlet gücünü kullanan organların tespitteki zaafalarını faillere yüklemek doğru olmaz. Bunu faillere yüklemek demek, hepsini tamamlanmış öldürmeden (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralanmadan) dolayı sorumlu tutmak demektir. Halbuki içlerinde eylemi teşebbüs derecesinde kalmış olan (veya olanlar) vardır. O zaman bu zaafi faillere yüklemeyip, “şüpheden sanık yararlanır” evrensel kuralını uygulayarak, bütün failleri “öldürmeye teşebbüs” ten (neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya teşebbüsten) dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Burada elbette bir (veya birkaç) kimsenin aslında tamamlanmış öldürmeden (yaralamadan) ceza alması gerekirken, daha hafif cezalandırılacakları da doğrudur. Ancak masum bir kimsenin daha az cezayla kurtulmasını bir hukuk devleti daha üstün tutmak durumundadır.^{28’29}

bbb-Belli bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlanmadan önce veya suçun icrası sırasında yardımda bulunulması halinde müşterek faillik söz konusu olmaz. Ancak, bu ihtimalde tek taraflı iradesiyle failin fiili işleyişine katkıda bulunan kişiyi her zaman suçun işlenişine bulunduğu katkının mahiyetine bakılmaksızın, yardım eden sıfatıyla, yani şerik olarak sorumlu tutmamız gerekecektir. Şerikliğin bir görünüş şekli olan yardım etme

28 Hakan Hakeri; Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.378 (Yargıtay 1.CD'nin 10.6.1998-2059, 1.3.1995/ 539 4.11.1992/ 2361 ve CGK 19.3.1999/128 kararlarına atfen yazar; “iki kişi birbirlerine karşılıklı olarak ateş ederken ara yerdeki üçüncü kişinin vurulmasıyla sonuçlanan olayda, fiili birkaç kişinin birlikte işlemesinin söz konusu olmadığına haklı olarak işaret etmiştir. Bu nedenle faillerin kasten öldürmeye teşebbüsten ötürü cezalandırılması gerektiğine isabetli olarak karar vermiştir. Böylece yukarıda belirtmiş olduğum sonuca uygulamada önceki kanun döneminde de varılmıştır. Yeni kanun uygulamasında da aynı kararın verileceğinde kuşku olmamak gerekir.

29 Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s.61, 63,64

için faillerle yardımda bulunan arasında suçu işleme konusunda müşterek iradenin varlığı zorunlu değildir. Bu ihtimalde, fiilin üzerinde (müstakil veya müşterek) hakimiyet kuran suç ortakları, suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirmektedirler. Buna karşılık, suçun işlenişi üzerinde hakimiyet kuramayan, bir başka ifadeyle, suçun işlenişine bulunduğu katkı önemsiz olan suç ortağı ise , gerçekleşen haksızlıkla, doğrudan temas halinde olmayıp, fiilin işlenişinde hakimiyet kuran suç ortakları vasıtasıyla, yani ancak dolaylı bir temas kurabilmektedir. Bu itibarla, suçun işlenişine yardımda bulunan suç ortağı, ancak fiil üzerinde hâkimiyet kuran faile suç teşkil eden haksızlığı gerçekleştirirken hizmet etmektedir ve onun yardımcısı durumundadır.³⁰ Bununla beraber bu gibi suçlarda hangi failin veya faillerin fiil üzerinde hakimiyet kurduğunu tespit etmek mümkün olmamaktadır. Çünkü yaralama fiilleri bir anlık olayların sonucunda meydana gelmektedir.

Bu iki farklı görüşün pratikte uygulamasına baktığımızda birinci görüş esas alınırsa yani bütün faillerin teşebbüsten cezalandırmamız gerekir. Bu durumda 35/3.maddeye göre indirim dörtte birden dörtte üçe kadar olduğu halde, failleri yardım eden olarak aldığımızda ise 39/1.maddeye göre indirimi yarı oranında olmaktadır.³¹ Böylece teşebbüste ¼ oranında daha fazla indirim yapılabilir. Yardım edenlerin cezai sorumluluğunu esas aldığımızda ise 765 sayılı TCK'un 463.maddesindeki yarı oranında indirime karşılık gelmektedir.

Kanaatimce bu iki görüşten ilki olan faillerin sorumluluğunu te-

30 Özgenç age, s.503

31 Suça teşebbüs-Madde 35/2- Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

Yardım etme Madde-39/1-Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez

şebbüs hükümlerine göre çözmemiz bizi daha adaletli bir sonuca ulaştıracaktır. Çünkü faillerin sorumluluklarını yardım eden olarak almamız halinde cezalarını yarı oranında indirimle tabi tutmamız demek olur ki buda yeni Kanuna alınmayan 463.maddenin aynen devam ettiği sonucunu doğurur. Bunun yanında birden çok failin karıştığı öldürme suçlarında bu kişileri yardım eden olarak sorumlu tutamayız. Çünkü 39.maddeye göre cezanın yarı oranında indirilmesi ancak süreli hapis cezaları için geçerli olup, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis gerektiren suçlarda örneğin adam öldürmelerde bu hüküm uygulanamayacaktır.

Teşebbüs görüşünü esas aldığımızda 35/2.maddeye göre $\frac{1}{4}$ den $\frac{3}{4}$ e kadar ve bu ikisi arasında $\frac{5}{16}$, $\frac{3}{8}$, $\frac{7}{16}$, $\frac{1}{2}$, $\frac{9}{16}$, $\frac{5}{8}$ ve $\frac{11}{16}$ gibi oranlarda indirimle adaletli bir uygulama yapabiliriz.

Özetleyecek olursak birden çok kişinin katıldığı yaralamalarda her bir faili:

1-Yaralamanın Kanununun 86.maddesi kapsamında olması halinde her bir fail müşterek fail olarak fıkralarda yazılı cezalarla cezalandırılmalı.

2-Yaralamanın 87.madde kapsamında olması halinde ise, yani ağırlaştırılmış neticelerin hangi failin fiili sonucu olduğu tespit edilemezse, failer arasında suçun işlenmesinden önce suç işleme kararı mevcut olup, suçu birlikte işlerlerse her bir fail müşterek fail olarak tam ceza ile sorumludurlar. Eğer failer arasında suçun işlenmesinden önce bir irade birliği, yani iştirak iradesi yoksa ve failer olay anında yaralama fiiline iştirak etmişlerse her bir faili suça teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutmamız daha adil sonuçlar doğuracaktır.

Bununla beraber nihai uygulamayı yüksek Yargıtay'ın kararları belirleyecektir.

8- Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarında sorumluluk.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 23.maddesi "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." hükmünü getirmiştir.

Belli bir suçun oluşması için yeterli neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren suçlara neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar (NSAS) adını veriyoruz.³²

Bu madde 765 sayılı TCK'nunda bulunan 451,452 ve 458.maddeleri kapsamındaki suçların yeni kanun bakımından çözümü için öngörülmüştür.

Buna göre; kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunulmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir biçimde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir.

Buna karşılık, yaralama fiili sonucunda kişinin öngörmediği ağır

32 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Ankara 2007, s.249

bir netice de meydana gelmiş olabilir. Örneğin canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması hâlinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir. Bu gibi durumlarda ise fail, yaralama fiilini işlerken, mağdurun ölebileceğini tahmin etmemiş olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, kişi gerçekleştirmeyi kastetmediği böyle neticelerden objektif olarak sorumlu tutulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bu tür sorumluluk, ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “*versari in re illicita*”, yani hukuka aykırı bir durumda olan bunun bütün neticelerine katlanır anlayışının ürünü olup, çağdaş ceza hukuku bu anlayışı çoktan terk etmiştir. Çünkü kusurun aranmadığı objektif sorumluluk hâlleri kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çelişmektedir. Ülkemiz ceza hukuku öğretisinde uzun süredir objektif sorumluluk hâllerinin ceza mevzuatından çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu talebin yerine getirilmesi, Anayasada öngörülen kusur ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.³³

Kast ve taksir biçiminde iki kusurluluk şeklinin kabul edildiği ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin benimsendiği bir ceza hukuku sisteminde failin meydana gelen netice bakımından en azından taksir düzeyinde bir kusuru bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, failin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermiş olması durumunda bu ağır veya başka neticeden sorumluluğun yoluna

33 Madde gerekçesinden

gidilebilmesi için failin bu netice açısından en azından taksiri mevcut olmalıdır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, kasten işlenmiş temel suç tipi yanında onun işlenmesiyle sebep olunan başka yada ağır bir netice mevcuttur. Cezayı ağırlaştırıran bu ağır netice örneğın, mağdurun ölümü, yaralanmanın nitelikli hallerinin gerçekleşmesi şeklinde ortaya çıkar.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, aslında temel suçta tipik olarak yer alan tehlike gerçekleşir. Diğer bir deyişle, ağır neticenin gerçekleşmesi tehlikesi esasen kasten icra edilen temel suçun içinde yer alır.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edebilmek için şu koşulların bulunması gerekir.

1-Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda iki ayrı suç vardır. -temel suç; - başka ya da ağır neticeyi içeren suç.

2-Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fiil, failin kastettiğinden daha ağır neticenin oluşmasına ya da istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermelidir.

3-Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç kasten işlenmiş olmalıdır.

4-Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda başka ya da ağır netice bakımından failin en azından taksir seviyesinde kusuru bulunmalıdır.

5-Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda gerçekleşmesi istenen temel suça ilişkin hareket ile başka ya da ağır netice arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle başka ya da ağır netice yapılan hareketin sonucu olmalıdır.

6-Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suç aynı mağdur üzerinde işlenmelidir.

7-Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olarak kanunda açık düzenleme bulunmalıdır.³⁴

Kanun'un 86/1.maddesi "Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi"lerin cezalandırılacağını öngörmektedir.

Maddenin bu fıkrası yaralama suçlarında temel ceza maddesidir. Kanun yaralamadan neyi kastettiğini bu maddeyle açıklamaktadır. Yaralama sonucu ağırlaşmış neticeler ise kanunun 87.maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1. 2. ve 3.fıkralarında yaralamanın daha ağır neticeleri gösterilmiştir.

87.maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarının 23.madde ile birlikte değerlendirilmesinin tabloda gösterilmesi.

Birinci kademedeki temel suç TCK'nun 86/1.maddesi, temel yaralama suçu	İkinci kademedeki kastedilenden daha ağır bir suç TCK'nun 87/1,2,3.fıkralarındaki suç.
1-86/1.maddedeki başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına kasten neden olma.	fail bu suçu doğrudan kast etmiş ise bu neticelerden sorumludur ve bu fıkralara göre cezalandırılır.
2-86/1.maddedeki başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına kasten neden olma.	olası kast ³⁵ dahilinde ise fail bu neticelerden sorumludur ve bu fıkralara göre cezalandırılır.

34 Veli Özer Özbek, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar; CHD; yıl 2, sayı 4, s.229

35 Failin asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi (vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması..) yanında başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu değil (87.maddenin fıkralarında yazılı neticeler) ve fakat fail tarafından başka bazı neticelerin gerçekleşebileceği bilinmiş, tasavvur edile-

3-86/1.maddedeki başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına kasten neden olma.	failin bilinçli taksiri ³⁶ varsa fail bu neticelerden sorumludur ve bu fıkralara göre cezalandırılır.
4-86/1.maddedeki başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına kasten neden olma.	failin taksiri varsa fail bu neticelerden sorumludur ve bu fıkralara göre cezalandırılır.
5-86/1.maddedeki başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına kasten neden olma.	failin bu neticeler bakımından kusuru (Kast veya taksiri) yoksa sadece 86.madde kapsamındaki yaralamasından cezalandırılır.

Konumuzla ilgili daire kararlarına şu örnekler gösterilebilir.

Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden faydalanma hususunda tartıştıkları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahil Cemile'ye vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra yerde olan müdahilin karnına çıkıp oturduğu, bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, Adli Tıp Kurumu 6.İhtisas Dairesinin 31.12.2005 tarih ve 3699 sayılı kararı ile darp olayı ile ilgili düşük arasında illiyet bağının oluştuğu hususunun tespit edildiği,

Yerel Mahkeme, sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle,5237 sayılı TCK.nun 23. maddesi yol-lamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağını ve failin de bu

bilmiş, buna rağmen asil istenilen netice veya neticeleri gerçekleştirecek hareketi yapmışsa, somut olayda gerçekleşen diğer neticeleri de fail istemiş demektir. Burada bunların gerçekleşmesi konusunda yalnızca bir ihtimal bulunmaktadır. Bu olasılıkta gerçekleştirilmek istenen netice (vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması) bakımından muayyen, öngörülen diğer neticeler (87.maddenin fıkralarında yazılı neticeler) bakımından olası (muhtemel) kast vardır. (Hakeri, s.224)

36 Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak, suçun yasal tanımında yazılı netice öngörülebilmekle beraber o neticenin istenmemense rağmen sonucun meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. (Bakıcı, 412)

Failin taksir düzeyinde kusurlu olduğunun kabulü için gerekli şartlardan biri de özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasıdır. Burada özen yükümlülüğü objektif niteliktedir. Yani dikkat ve özen yükümlülüğü belli bir kişiden soyut olarak ele alınır. Ancak netice öngörülebiliyor değilse failin de özen ve dikkat göstermesi beklenmez. Dolayısıyla özen gösterme yükümlülüğü de bulunmaz. O halde neticenin öngörülebilişi taksirin diğer önemli koşuludur. Özen yükümlülüğünden farklı olarak neticenin öngörülebiliş olup olmadığı failin tüm özelliklerin taşıyan bir kişi esas alınarak karşılaştırılmalıdır. Fail başkasının kusurundan sorumlu tutulamaz. Değerlendirmede subjektif ölçü, yani fail esas alınır. (Özbek; s.227)

haliyle 5237 sayılı TCK.nun taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir.

“Netice sebebiyle ağırlaşmış suç” 5237 sayılı TCK.nun 23.maddesinde şöyle düzenlenmiş “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” Netice sebebiyle ağırlaşmış Yaralama suçları ise aynı Yasanın 87.maddesinde düzenlenmiş olup failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından 23.maddede belirtilen şekilde “en azından taksirle hareket etmesi” gerekmektedir. Diğer bir ifade ile failin 5237 sayılı TCK.nun 21.maddesindeki kastı ve olası kastı taşımaması gerekir.

Somut olayımıza baktığımızda; olay öncesi 16.06.2004 tarihinde köy camii hoparlöründen hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı kavga olayından 4 gün önce 2. nci kez hamile Cemile'nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu müdahil Cemile ile Ebe Fatma Girgin'in yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu olan müdahilin karnına oturması köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı, köy yerinin sosyo-kültürel yapısı itibariyle mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kasıtle hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilme-

si,(3.CD,.29.11.2006/2128-9059)

Sanık; katılanı merdiven başında beklediği sırada ve saldırı beklediği bir anda yumruk vurması sonucu merdiven boşluğuna düşerek hayati tehlikeye geçirecek ve 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına sebep olmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 tarih ve 4/218-345 sayılı kararında belirtildiği üzere, 765 sayılı TCK'nun 458. maddesinin uygulanabilmesi için gerçekleştirilen eylem ile potansiyel sonucun oluşmasının olanaklı olup olmadığıdır. Failin gerçekleştirdiği eylem ile potansiyel sonuç oluşmaz denildiği halde TCK'nun 458. maddesi uygulanmalı, potansiyel sonuç oluşabiliyorsa artık fail sonucuna katlanmalı ve 458.madde uygulanmaz. Bu haliyle dava konusu olay bakımından da TCK'nun 458. maddesinin uygulanma olanağı yoktur. Sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK bakımından da değerlendirildiğinde m.23 delaletiyle 87.maddedeki ağırlaştırılmış neticeler bakımından olası kastla hareket ettiği anlaşıldığından mahkemenin 765 sayılı TCK'nun 456/2. maddesine göre hüküm kurmasının yerinde ve sanık lehine olduğundan tebliğnamenin olay yerinde keşif yapılarak sanığın vurması sonucu mağdurun bulunduğu yer itibarıyla merdiven boşluğuna düşmesinin kaçınılmaz olup olmadığının tespiti ve sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nun 21/2.maddesinin uygulama olanağı bulunup bulunmadığının tartışılması talebi 87.maddedeki ağırlaştırılmış neticeler bakımından en azından taksir derecesinde kusurluluğun bulunması yeterli kabul edildiğinden ve bu kusurluluğun olayımız bakımından da gerçekleşmiş olduğu anlaşıldığından tebliğnamenin bu düşüncesine iştirak edilmemiştir.(3.CD, 11/6/2008-2007/207-9261)

Bu açıklamalar ışığında özetlenecek olursa;

1-TCK'nun 86/1.maddesi kapsamındaki kasten yaralama sonucu

87.maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları bakımından failin en azından taksir derecesinde³⁷ kusuru (Kast derecesinde de olabilir) varsa 87.maddedeki ağırlaşmış neticelerden sorumlu olup fıkralarda yazılan cezalara hükmedilir. (Bütün ceza dairelerinin ortak görüşünün bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.)

2-Yaralamanın 86/2.madde kapsamında olması halinde; ağırlaşmış netice bakımından en azından taksir derecesinde kusuru varsa oluşan ağırlaşmış neticeden fail 87/1, 2 ve 3. fıkralar bakımından sorumludur. 3.Ceza Dairesinin yukarıya alınan kararlarında görüldüğü gibi, yaşamsal tehlike oluşturan yaralama ile çocuk düşürme suçlarında faillerin eylemleri basit tıbbi müdahalelik olmasına rağmen oluşan ağırlaşmış neticeler bakımından en azından taksirleri olduğu kabul edilerek sonuçtan yani kasten yaralamadan sorumlu tutulmuşlardır. **Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, aslında temel suçta tipik olarak yer alan tehlike gerçekleşir. Diğer bir deyişle, ağır neticenin gerçekleşmesi tehlikesi esasen kasten icra edilen temel suçun içinde yer alır,**³⁸ bilimsel görüşünün bu uygulamayı doğrular nitelikte olduğunu düşünüyorum. Yaralamanın 86/2.madde kapsamında basit tıbbi müdahalelik olduğu da söylenemez. Çünkü sonuç yaralama 87/1, 2, 3 veya henüz tedavisi bulunmayan ölümü oluşturmuştur.

Bununla beraber yasal bir boşluğun olduğu ve bunun Yasama organınca giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3-Gerek 86/1 gerekse 86/2.madde kapsamındaki yaralamalar son-

37 Taksir derecesinden kusurdan anlaşılması gereken ise, failin meydan gelen başka veya daha ağır neticeleri öngörmesi gerekirken öngörmemiş olmasıdır. Örneğin, hamile olduğunu bilmediği bir kadını iten kimse kadının düşerek çocuğunu kaybetmesi halinde, her ne kadar netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu ise de, çocuğun düşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz, zira mağdurun hamile olduğunu bilmemektedir. Bu itibarla, öngörülebilen bir neticeden bahsetmek mümkün olmaz. (Hakeri, s.250) Yazarın bu görüşü yukarıda zikredilen 3. Caza Dairesinin kararını doğrulamaktadır.

38 Özbek, agm, s.229

rası oluşan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamalar bakımından failin en azından taksiri yoksa (yani kusursuz ise) sonuçtan sorumlu olmayacak, sadece 86/1 veya 86/2.maddedeki eylemlerinden cezalandırılacaktır.

4-TCK'nun 86/1 veya 86/1 ve 3. maddeleri kapsamındaki bir yaralama ile oluşan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (87/1, 2, 3) suçlarında illiyet bağı kurulamıyorsa fail ağırlaşmış neticeten sorumlu olmayacaktır.

Son olarak şunu söyleyebiliriz ki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları yeni TCK'nun üzerinde en çok tartışılacak suç tipini oluşturmaktadır. Uygulamanın netleşmesinin çok zaman alacağı anlaşılmaktadır.

9- Ceza Mahkumiyetinin Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

5237 sayılı TCK uygulamasında en çok hata yapılan maddelerden biri de 53. madde de düzenlenen ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan "Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma" güvenlik tedbirine dair düzenlemedir.

İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsılmaktadır. Bu nedenle, suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakların kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Madde metninde, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı belirlenmiştir.

Ancak, bu hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiş-

tir. Bu nedenle, madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güvenceli duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir.³⁹

Ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan bu hükmün uygulaması birçok hak kaybına ve sorunlara yol açacaktır.⁴⁰

Dairemizin bu konularla ilgili bozma kararlarına şunlar örnek olarak gösterilebilir.

5237 sayılı yasanın 53/1-c maddesinde yazılı velayet, vesayet ve kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan aynı yasanın 51/3 maddesine göre kendi alt soyu üzerinde şartla tahliye tarihine kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar tatbikine karar verilmesi (3.CD.23.1.2007/12507-120)

39 Gerekçeden

40 Aşağıdaki kimseler memur olamazlar. (Memuriyette iken bu suçlardan mahkum olanlar görevlerine devam edemezler.)

1-Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum olanlar Ceza Kanununun 53.maddesinin 1-(a-e) bentlerinde gösterilen hak yoksunluğu ile (5) ve (6) numaralı bentlerinde belirtilen ek hak yoksunluğuna ilişkin süreler geçmiş olsa bile memuriyete alınamazlar.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mahkumiyete bağlı hak yoksunluklarını belli sürelerle sınırlandırarak, bu yoksunluğun kişinin hayatının sonuna kadar devam etmesine engel olmuş, hak yoksunluğu sona erince de kişinin toplumun diğer bireyleri gibi yasalar çerçevesinde haklarını kullanabilmesinin imkanı tanımıştır. Bu haliyle yeni düzenlemelerin eskiye oranla kişi lehine olduğu söylenebilir de, Devlet Memurları Kanununun 48/A-5 fıkrasının başına eklenen hükümlerle fıkra da sayılan suçlardan mahkum olup cezası infaz edilmiş aleyhine eskiye oranla giderilmesi mümkün olmayan, Ceza Kanunu sistematığına ve amacına aykırı çok ağır bir düzenleme getirilerek lehe olan durum tümüden ortadan kaldırılmıştır. DMK'daki bu hükmün kısa sürede değiştirilerek Ceza Kanununa uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. (İbrahim Pınar; Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, ...Memuriyete/Kamu Görevine Alınmaya ve Memuriyete/ Kamu Görevinin Devamına Etkileri. Terazi Hukuk Der-gisi,Sayı 26 s.69)

Sanığın hangi hakları ne sürede kullanmaktan yoksun bırakıldığının hükümde gösterilmemesi suretiyle TCK'nun 53.maddesine muhalefet edilmesi, (27.2.2008/13828-1016)

Sanık 18 yaşından küçük olduğu gözetilmeden hakkında TCK'un 53/1.maddesindeki hak yoksunluklarına uygulanmasına karar verilmek suretiyle aynı maddenin 4.fıkrasına muhalefet edilmesi,(3.CD.2.5.2007/34339-3725)

Uygulayıcı meslektaşlarımıza yardımcı olması bakımından söyleyecek olursak hak yoksunlukları kararlarda aşağıdaki gibi gösterilebilir.⁴¹

1-Hapis Cezası Ertelenmemişse :(Kısa süreli veya uzun süreli olması önemli değil)

Kanun kişinin kasten işlemiş olduğu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak 53/1.maddenin (a) (b) (c) (d) (e) bentlerindeki hak yoksunluklarından mahrum edilmesini öngörüyor. Mahkumiyet halinde bu hak yoksunluklarının gösterilmemesi kazanılmış hak oluşturmaz. (CGK.12.12.2006/301-296)

Bununla beraber karada hak yoksunlukları gösterilecekse şu şekilde formüle edilebilirler.

a-“Sanığın hapis cezasının mahkumiyetin kanuni sonucu olarak TCK'un 53/1.maddesindeki haklardan yoksun bırakılmasına” veya

b-“Sanık hakkında TCK'un 53/1.maddesinin (a), (b), (d) ve (e) bentlerindeki haklardan hapis cezasının infazına kadar (*Bihakkın tahliye tarihine kadar*) (c) bendindeki kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin ise koşullu salıvermeye kadar yoksun

41 Bu konu ile ilgili özet bilgiler için bakınız: Mustafa Albayrak, Türk Ceza Kanunu, Öz Kitap, 3.Baskı, Ankara 2008

bırakılmasına.”

2-Uzun Süreli (Bir yıldan fazla olanlar) Hapis Cezası Erte-lenmişse

Kanununun 51.maddesinde hapis cezasının ertelenmesi müessesesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bir yıldan fazla hapis cezasının ertelenmesi halinde, (genel kural üst sınır iki yıl olmasına rağmen 65 yaşını dolduranlar ve onsekiz yaşını doldurmamayanlar bakımından bu üç yıla kadar uzamaktadır.) 53.madde bu ertelemeye hak yoksunluğu bakımından farklı sonuçlar yüklemektedir.

Bu çeşit hükümlerde de kısıtlamalar şu şekilde gösterilebilir.

a-“Sanığın TCK’un 53/1.maddesindeki (a), (b), (d) ve (e) bentlerindeki hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına.” **veya**

b-“Sanığın TCK’un 53/1.maddesindeki (a), (b), (d) bentlerindeki hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına ve sanık hakkında (e) bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına” **veya**

c-“Sanık hakkında TCK’un 53/1.maddesinin (a), (b), (d) ve (e) bentlerindeki haklardan cezanın infazına kadar (*Denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirdiği tarihe kadar*) yoksun bırakılmasa:” **veya**

d-“Sanık hakkında TCK’un 53/1.maddesinin (a), (b), ve (d) bentlerindeki haklardan cezanın infazına kadar (*Denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirdiği tarihe kadar*) yoksun bırakılmasına ve sanık hakkında (e) bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına. (Örnek. Avukat olan sanığın avukatlık mesleğini yapmaya devam etmesine.)”

3-Kısa Süreli (Bir yıldan az) Hapis Cezası Ertelenmişse:

53.maddenin 4.fıkra ilk cümlesine göre kısa süreli hapis cezası ertelenenler hakkında maddenin birinci fıkrasında söz konusu olan hak yoksunlukları uygulanmayacaktır.

Bu gibi durumlarda kararda şu şekilde gösterilebilir.

a-“Sanığın kasten işlemiş olduğu suç nedeniyle hükmedilen kısa süreli hapis cezası ertelendiğinden sanık hakkında TCK’un 53/1. maddedeki hak yoksunluklarının uygulanmasına aynı kanunun 53/4. maddesi gereğince yer olmadığına.” **veya**

b-Hak yoksunluğu ile ilgili hiçbir karar verilmez.

4-Sanık 18 Yaşından Küçük İse: (Hapis cezasının kısa süreli veya uzun süreli, ertelenmiş veya ertelenmemiş olması önemli değil)

Yine 53.maddenin 4.fıkra ikinci cümlesine göre fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında maddenin birinci fıkrasında söz konusu olan hak yoksunlukları uygulanmayacaktır.

Bu gibi durumlarda karara şu şekilde yazılabilir.

a-“Sanık suç tarihinde 18 yaşından küçük olduğundan TCK’un 53/4.maddesi gereğince hak yoksunluğunun uygulanmasına yer olmadığına.” **veya**

b-Hak yoksunluğu ile ilgili hiçbir karar verilmez.

10-Sonuç

Açıklanan nedenlerden de anlaşılacağı gibi bir kısım yasal değişikliklerin yapılmasının zorunlu olduğu ortadadır. Ancak bunun uygulanmanın en az beş yılını doldurmasından sonra yapılması daha yerinde

olacaktır. Yasal düzenlemede dosyaların tekrar uyarlanması sonucunu doğuracak şekilde olmamasına özen gösterilmesi gerekir.

1-Davaların kısa sürede sonuçlanması sevindirici ve takdir edici bir gelişmedir, bunun teşvik edilmesi gerekir. İddianameyi mükemmel hazırlayan Cumhuriyet savcısı ile mahkeme hakimine ve karar Cumhuriyet savcısına Yargıtay tarafından iyi not verilmesi⁴² yanında objektif kriterler getirilerek HSYK'nun uygun göreceği hakimlerin ve savcılarının maddi bakımdan da⁴³ ödüllendirilmesi yerinde olacaktır. Bunun bilhassa 1. ve 2.bölgeler için düşünülmesi gerekir.

2-Suçtan zarar görenler eskiden olduğu gibi mağdur olmaya devam etmektedirler. Bu durum yeni TCK'nun en önemli eksikliğidir. Oluşturulacak bir kurul her oluşan yaralamalarla ilgili maddi ve manevi zarar miktarı belirlerse ve mahkemeler cezayı ertelemeye veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verirken en azından bu miktarın tazminini şart koşabilirler.⁴⁴

3-Uzlaşmanın kötüye kullanılmasının önüne geçecek yasal düzenlemeler yapılarak⁴⁵ bütün yaralama, suçlarında uygulanmalıdır. Nitekim 5560 Sayılı Kanununun Meclise sunulan ilk şeklinde bütün yara-

42 Burada Yüksek Yargıtay'ın hemen hemen hiç Pekiyi not vermemesini de bir eksiklik olarak gördüğümü belirtmiyim.

43 Bu bir veya birkaç maaş şeklinde bir ikramiye olabilir. Tartışılması gerekir. Bunun ayrıca esaslı dosya inceleyen Yargıtay üyeleri, tetkik hakimleri ve Yargıtay Cumhuriyet savcıları için de düşünülmesini benim hatırlatmam şık olmasa bile bu dipnotta da bunu da böylece dile getirmiş oldum.

44 Örnek, Bir gözün kaybedilmesinde 100.000 YTL ile 500.000 YTL arasında bir zarar ve bunu mahkemenin yüzde 25 artırma veya azaltma takdir hakkı tanınarak bir meblağ belirlenmesi yapılabilir. (Bu yazımızın Dergiye teslim edilmesinden sonra Yüksek Yargıtay'ın bu konuyu kısmen çözecek bir kararı yayınlanmıştır. Kararda hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili tazmini konusuna kısmi bir çözüm getirmiştir. Buna göre "Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiği" (CGK, 3.2.2009/250-13)

45 Mağdurlara yapılan baskı ve tehditleri ağır yaptırımlara bağlayarak serbest iradenin oluşması sağlanmalı.

lama suçları uzlaşma kapsamında idi.⁴⁶

4-Yaralama suçlarında yapılacak her hangi bir düzenlemede, öncelikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamalarda alt ve üst sınır arasında ceza belirlenmelidir. Bu belki yeni TCK'nun kabul ettiği sisteme uygun değildir, ancak her kuralın istisnası olabilir. Yoksa hesaplamalardaki karışıklık nedeniyle cezalar hep alt sınırdan verilmeye devam edilecektir.⁴⁷

5-Yukarıda örneklerle açıkladığımız gibi neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçlarında fail olası kast indiriminden faydalanamamaktadır. Bu da TCK'nun 61.maddenin 2.fıkrasındaki düzenlemedir. Eğer

46 Başbakanlık Tarafından 10.4.2006 tarihinde TBMM'ne sevk edilen "Temel Ceza Kananlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair"kanun tasarısında CMK'nun 253. maddesinde öngörülen değişiklik: e)5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Madde 253- Aşağıdaki suçlarda, sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaştırılması yoluna gidilebilir.

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar

b) Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın , Türk Ceza kanununda yer alan;

Taksirle öldürme (madde 85)

Kasten yaralama (86,87,88)

(89,106/1.fıkra, 116, 120,, 135, 136, 137, 154, 232,, 233, 234, 239/dördüncü fıkra hariç, 243, 244 ve 261.maddelerdeki suçlar)

47 Bizce 87.madde şu şekilde düzenlenirse öyle zannediyorum ki bir kısım sorunlar çözümler.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama

Madde 87 - (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

...

Neden olmuşsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis, yaralamada yukarıdaki maddenin üçüncü fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde ise beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

...

Neden olmuşsa, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis, üçüncü fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde ise sekiz yıldan onüç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3)Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre bir yıldan beş yıla kadar hapis, kemik kırığı ve çıkığında yukarıdaki maddenin üçüncü fıkrasındaki ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması halinde ise ceza iki yıldan altı yıla kadar haptir.

bu maddenin 2. fıkrası 4. fıkradan sonra uygulanırsa o zaman fail olası kast indirimden faydalanabilecektir.

6-Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları için öngörülen cezalar bazen (86/1,3 ve 87/2) 8 yıldan 12 yıl 18 aya kadar ulaşabilmektedir. Bu suçlar Asliye Ceza mahkemesinde görülmektedir. Henüz bunun sakıncaları görülmemekle beraber olmayacağı anlamına gelmez. Bilindiği gibi 765 sayılı TCK'nun 456/3.maddesindeki suçlar (5237/87-2) ağır ceza mahkemesinin görevine girmekte idi. Şunu da unutmamak gerekir ki yaşayan kişiler aleyhine işlenen en ağır suçların yargılamasının heyet halinde hakimler tarafından yapılması adaletin daha iyi gerçekleşmesine yardımcı olacaktır.



**MÜLGA 1412 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ USULÜ
KANUNUNDA YER ALAN GIYABİ TEVKİF MÜESSESESİ İLE
5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA YER ALAN
YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI**

Süleyman TÜRKARSLAN (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. YAKALAMA KAVRAMININ TANIMI VE İÇERİĞİ, A. TANIM, B. YAKALAMA KAVRAMINA YER VEREN YASAL DÜZENLEMELER, II. YAKALAMA EMRİ KAVRAMI, A. YAKALAMA EMRİNİN ÇEŞİTLERİ VE KARAR MERCİİ, a. Müzekkereli-Müzekkeresiz Yakalama, b. Müzekkereli/Yazılı Yakalama Emrinin, Mahkeme/hakim Kararına Dayalı Olması Zorunluluğu, B. YAKALAMA EMRİ DÜZENLENEBİLECEK HALLER:, a. Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında, b. İnfaz Aşamasında, III. GIYABİ TEVKİF MÜESSESESİ İLE YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI, A. MÜLGA 1412 SAYILI CMUK'TA DÜZENLENEN GIYABİ TEVKİF MÜESSESESİ, a. Mülga 1412 sayılı CMUK'un 223. Maddesine Göre Çıkarılan (Sorguya Yönelik) Giyabi Tevkif Müzekkeresi, b. Mülga 1412 sayılı CMUK'un 106. Maddesi Delaletiyle 104. Maddesine Göre Çıkarılan (Tutuklamaya Yönelik) Giyabi Tevkif Müzekkeresi, B. 5271 SAYILI CMK'DA DÜZENLENEN YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİ, a. Yakalama Emrinin Düzenlenmesi ve İnfazı, b. Yol (sevknakil-yollama) Tutuklaması Kararı, IV. YAKALAMA EMRİNİN İNFAZI AŞAMASINDA UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR, A. YA-

(★) *Beylikova Cumhuriyet Savcısı.*

KALAMA EMRİNİN İNFAZ USULÜ, B. UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR, a. Sorguya Yönelik Yakalama Emrinin İnfaz Usulüne İlişkin Düzenleme Yapılmamış Olması, b. Mülga 1412 sayılı CMUK'un Yürürlükte Olduğu Döneme Ait Uygulama Ve Bu Uygulamaya Paralel Gelişen Mevcut Uygulamalar, c. Soruşturma Aşamasında Çıkarılan Yakalama Emirlerinin İnfazına İlişkin Sorunlar, d. İtiraz Mercii Tarafından Çıkarılan Yakalama Emirlerinin İnfazına İlişkin Sorunlar, C. YASAL DEĞİŞİKLİĞE İHTİYAÇ DUYULAN HUSUSLAR, a. "Sorguya Yönelik Yakalama Emri ve İnfazı" İle "Tutuklamaya Yönelik Yakalama Emri ve İnfazı"nın Ayrı Müesseseler Olarak Düzenlenmesi, b. Yol (sevk-nakil-yollama) Tutuklamasının İnfazının Düzenlenmesi, V. DAVA ZAMANAŞIMI KESEN SEBEPLER YÖNÜNDEN GIYABI TEVKİF MÜESSESESİ İLE YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI, A. GIYABI TEVKİF VE/VEYA YAKALAMA EMRİNİN, DAVA ZAMANAŞIMINA ETKİSİ, a. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı, b. Giyabi/Vicahi Tevkifin Zamanaşımına Etkisi, c. Yakalama Emrinin Zamanaşımına Etkisi, d. Yeni TCK'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce Çıkarılan Giyabi Tevkiflerin Derdest Dosyalar Yönünden Zamanaşımına Etkisi, e. Lehe/aleyhe-yeni/eski TCK Değerlendirmesi Yapılırken Giyabi Tevkifin Değerlendirilmesi, SONUÇ

GİRİŞ

Suçla mücadelenin önemli bir ayağı, suç işleyen kişinin yetkili yargı merci önüne çıkarılmasıdır. Suç işlediği yönünde şüphe bulunan kişilerin yakalanması, bazı durumlarda, yazılı bir emre dayanmaksızın, herkesçe ve/veya kolluk görevlileri tarafından; bazı durumlarda da yazılı bir emre dayalı olarak kolluk görevlileri tarafından yapılabilmektedir.

Bu çalışmamızda, suç işlediği yönünde şüphe bulunan kişilerin yetkili yargı merci önüne çıkarılması olarak tanımlayabileceğimiz yakalama kavramını, yakalamanın özellikle yazılı bir emre (yakalama

emri) dayalı olarak gerçekleştirilmesi halini, mer'î Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen yakalama emri müessesesini, mülga 1412 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan gıyabi tevkif müessesesini, bu iki müessese arasındaki benzerlik ve farkları, mer'î Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan yakalama emrinin infazı aşamasında uygulamada ortaya çıkan sorunları ele alacağız.

I. YAKALAMA KAVRAMININ TANIMI VE İÇERİĞİ

A. TANIM

“Yakalamak” kelimesi, “bir kimsenin gitmesini engellemek, durdurmak; kaçan kimseyi ele geçirmek, derdest etmek”¹ gibi anlamlara gelmektedir.

Yakalamanın terim (hukuk) anlamı ise, suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerinin, henüz bir yargıç tarafından verilmiş “*tutuklama kararı olmadan önce*” sınırlandırılmasıdır.² Bir başka deyişle yakalama, şüpheli veya sanığın hürriyetinin kısıtlanmasını doğuran koruma önlemidir.³

Yakalama, kişi hürriyetinin kısıtlanmasını gerektiren hallerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişi hürriyeti, temel bir insan hakkıdır (1982 Anayasası m. 12⁴, 19), ancak kişiler, yasalarla ortaya konulan şartların varlığı halinde bu hürriyetlerinden mahrum edilebilirler. (1982 Anayasası, m. 13⁵, AHİS m. 5)

Yakalanan kişi, kanunda belirtilen süreler içerisinde hakim önüne

1 <http://tdk.org.tr> (Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, 12.12.2008)

2 YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı, Ankara, 2007, s. 103.

3 <http://tdk.org.tr> (12.12.2008)

4 Madde 12: “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

5 Madde 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

çıkartılacak ve hakim tarafından kişinin sorgusu yapılarak tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar verilecektir. Bu açıdan yakalama, tutuklama müessesesine hizmet eden bir ön müessese olup, geçici nitelik taşımaktadır.

B. YAKALAMA KAVRAMINA YER VEREN YASAL DÜZENLEMELER

Yakalama kavramı, anayasa, uluslar arası sözleşmeler, yasa ve yönetmeliklerle tanımlanmış, yakalamanın usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın "*kişi hürriyeti ve güvenliği*" başlıklı 19. maddesinin 4. fıkrasında yakalama ve tutuklama kavramı birlikte ele alınarak tanımlanmıştır. Bu maddede özetle, "*kişi hürriyeti ve güvenliğinin esas olduğu, kişilerin hürriyetinin ancak hakim kararıyla kısıtlanabileceği, ancak suçüstü halinde ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı olmaksızın yakalama yapılabileceği, yakalanan kişinin yol süresi hariç en geç 48 saat içinde (toplu suçlarda en geç 4 gün içinde) yetkili hakim önüne çıkarılacağı, durumun yakalananın yakınlarına bildirileceği, bu esaslar dışında yakalanan kişilere Devletçe tazminat ödeneceği*" belirtilmektedir.

20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe giren ve Türkiye'nin 18 Mayıs 1954'de taraf olduğu (R.G. 19 Mart 1954-8662) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) "*özgürlük ve güvenlik hakkı*" başlıklı 5. maddesinde, kişi hak ve özgürlükleri düzenlenmiş, şartların varlığı hallerinde bu hürriyetin kısıtlanabileceği ve yakalama yapılabileceği şu şekilde belirtilmiştir:

"Özgürlük ve güvenlik hakkı:

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

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

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

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

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

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

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

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin

duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

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

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.”⁶

Yakalama kavramı, mülga 1412 sayılı CMUK’un 127. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddede özetle, “*meşhud cürüm (suçüstü) halinde şüphelinin, tevkif müzekkeresi (tutuklama kararı) olmadan muvakkaten (geçici olarak) herkesçe⁷ yakalanabileceği, ayrıca Cumhuriyet savcısına ve amirlerine müracaat imkanı olmayan hallerde, zabıta (kolluk) memurlarınca tevkif müzekkeresinin kesilmesini müstelzim (gerektiren) ve aynı anda tehirinde mazarrat umulan hususlarda (gecikmesinde sakınca olan hallerde) maznunun (şüphelinin) muvakkaten yakalanabi-*

6 <http://adalet.gov.tr> (12.01.2008)

7 Şartları varsa herkesçe yapılabilecek yakalamanın hukuka uygun olduğuna dair: Y. CGK. 2003/8-331 E, 2003/35 K: “...Sanıklardan Hüseyin’in, telefonla rahatsız edilmesi nedeniyle C.Savcılığına şikayetçi olduğu ve telefon numarasını belirlediği kişilerin kimler olduklarının bulunarak cezalandırılmalarını talep ettiği, bildirdiği cep telefonu numaralarından bir tanesinin de katılan Kenan’a ait olduğu dosya kapsamı ile sabittir. Sanık Hüseyin ve yakını olan diğer sanığın, rahatsızlık veren kişilerin kimliklerini saptamak için gaba sarf ettikleri sırada, olay gecesi katılan Kenan’ın telefonla arayarak konuşmadan telefonu kapatması üzerine bu aramanın hangi telefondan yapıldığını cep telefonu ekranında çıkan numaradan belirledikleri ve otomobil ile hızla bu yere gittiklerinde katılan Kenan’ı görünce telefonla arayan kişinin o olduğunu tespit ettikleri anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi, sanıklar rahatsız edilmelerinin akabinde telefon edilen yere süratle giderek bir araca bindiğini gördükleri katılanın kaçmasını engellemek için onu yakalamışlardır. Katılanın eylemi ile ilgili şikayet koşulu da olay öncesinde gerçekleşmiştir. Nitekim, olay sonrasında katılan Kenan bu eylemi nedeniyle Denizli 2. Sulh Ceza Mahkemesince 25.10.1999 günlü karar ile TCY.nın 547, 119/5. maddeleri uyarınca cezalandırılmış ve bu cezası kesinleşmiştir. Yakalanan kişinin kolluk görevlilerine teslimi için otomobile bindirilerek şehir merkezine getirildiği ve burada sözü geçen bir kişi olduğu, sanıklara şikayetçi olmaları konusunda tavsiye ve telinde bulunduğu anlaşılan tanık Mehmet İyilikçi’den karakolda yardımcı olmasının istediği, tanık ile konuştukları esnada da, olaydan haberdar olan kolluk görevlilerinin sanıkları ve katılan Kenan’ı otomobil içerisinde yakaladıkları da sabittir. O halde, CYUY.nın 127. maddesinde hükme bağlanan koşullara uygun olarak katılanı yakalayan sanıkların eylemi hukuka uygun olup, olayda TCY.nın 179. maddesi uyarınca “gayrimeşru surette” özgürlüğün sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla da anılan suçun manevi unsurunun oluşmadığı açıktır. Ancak, yakalama sırasında, yasanın tanıdığı zor kullanma sınırları aşılarak, sanıklar tarafından olayın kızgınlığı ile katılana karşı etkili eylemde bulunulması yasa-ya aykırı olduğundan bu suçtan dolayı cezalandırılmaları isabetlidir...”

leceği” düzenlenmişti.

Yürürlükteki 5271 sayılı CMK’nın 90. maddesinde yakalama kavramı ele alınmış, mülga 1412 sayılı CMUK’un 127. maddesinden farklı olarak, tutuklama kararı (tevkif müzekkeresi) kavramından ayrı bir müessese olarak “yakalama emri”nden bahsedilmiş, “...suçüstü halinde, ...tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesi gerektiren ve gecikmesinde sakınca olan hallerde yakalamanın olanaklı olduğuna, (5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle) yakalamanın derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi gerektiğine...” yer verilmiş, Cumhuriyet savcısının bilgisi/talimatı haricinde kişilerin hürriyetinin kolluk tarafından kısıtlanmasının önüne geçilmiştir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 4771 sayılı Kanununun 10. maddesiyle değişik 13. maddesinde polisin hangi hallerde yakalama yapabileceği sayılmıştır:

“Polis,

1) Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,

2) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,

3) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,

4) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

5) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,

6) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

7) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri,

Yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”⁸

01/06/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 4. maddesinde ise yakalama, “*kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması*” olarak tanımlanmıştır.

II. YAKALAMA EMRİ KAVRAMI

A. YAKALAMA EMRİNİN ÇEŞİTLERİ VE KARAR MERCİİ

a. Müzekkereli-Müzekkeresiz Yakalama

Yukarıda belirtilen tüm bu yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, suçüstü halinde ve kaçma ihtimali bulunan şüpheli, herkes tarafından yakalanabilecek; hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına ve amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmayan kolluk görevlileri yakalama işlemini gerçekleştirebilecekler, durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildireceklerdir. Belirtildiği gibi yaka-

8 <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/569.html> (23.01.2008)

lama, kural olarak yazılı bir emre dayanmamaktadır. (müzekkeresiz yakalama)⁹ Ancak belli şartların varlığı halinde ilgili makamlar tarafından şüpheli ya da hükümlülerin yakalanabilmesi için yazılı bir emir düzenlenmesi gerekmektedir. (müzekkereli yakalama)¹⁰

b. Müzekkereli/Yazılı Yakalama Emrinin, Mahkeme/hakim Kararına Dayalı Olması Zorunluluğu

Soruşturma ve kovuşturma yönünden yakalama emri, ancak hakim kararıyla düzenlenebilir. Mahkemeye veya hakim kararı olmadan, örneğin idari kurumların yakalama emri düzenlenmesi (yahut bu anlama gelecek şekilde kolluk birimleri nezdinde kişilerin arandıklarına ilişkin şerh düşülmesi); evrensel hukuk ilkelerine, yakalama emrini düzenleyen ve yukarıda anlatılan mevzuat hükümleri ile ceza muhakkemesine ilişkin temel kurallara (5271 sayılı CMK. m. 98 vd.) aykırıdır.

Adalet Bakanlığı (Ceza İşleri Genel Müdürlüğü) tarafından Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilen, 03.07.2008 tarihli ve B.03.0.CİG.0.00.00.05-647.03-105-2007/775/38574 sayılı "Saklı, yoklama kaçağı, bakaya ve geç iltihak bakayasısı suçunu işleyen kişiler" konulu yazıda, 5271 sayılı CMK'nın 98/1. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak, soruşturmaya veya kovuşturmaya konu eylemlerle ilgili yakalama emrinin, ancak hakim/mahkeme kararıyla düzenlenebileceği belirtilmektedir.¹¹

9 ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R./ÖZBEK, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2000, s. 559.

10 ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK; s. 559.

11 "...1- Saklı, yoklama kaçağı, bakaya veya geç iltihak bakayasısı olan kişilerin, soruşturma veya kovuşturma mercilerince verilmiş bir karar olmaksızın askerlik şubesi başkanlıklarının idarî nitelikli talepleri doğrultusunda ülke çapında aranamayacakları gibi yakalanıp gözaltına alınmalarının da mümkün olmadığı, 2- Suç duyurusunda bulunulmasını müteakip haklarında adli soruşturma başlatılan saklı, yoklama kaçağı, bakaya veya geç iltihak bakayasısı olan kişilerin, çağrı üzerine gelmemesi veya kendilerine hiç çağrı yapılamaması hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından haklarında yakalama emri düzenlenebileceği..."

B. YAKALAMA EMRİ DÜZENLENEBİLECEK HALLER:

a. Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında

Yakalama emrinin düzenlenebileceği haller, mülga 1412 sayılı CMUK'ta, 5271 sayılı CMK'da ve 5275 sayılı CGTİHK'da sayılmıştır.

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 131. maddesine göre yakalama müzekkeresi (emri);

1-Hakkında, yokluğunda tutuklama kararı (giyabi tevkif) verilmiş ve kaçak olan sanık hakkında,

2-Hapishaneden (tutukevi veya ceza infaz kurumu) kaçan şahıs (tutuklu veya hükümlü) hakkında,

3-Yakalanmış iken, muhafızların (kolluk) elinden kaçan şahıs hakkında, düzenlenebilirdi.

5271 sayılı CMK'nın 98. maddesine göre yakalama emri;

1-Soruşturma evresinde, çağrı (davet) üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından,

2-Tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından,

3-Yakalanmış iken kolluk görevlilerinin elinden kaçan şüpheli veya sanık hakkında, Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetleri tarafından,

4-Tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında, Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetleri tarafından,

5-Kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında Cumhuriyet savcı-

sının istemi üzerine veya resen hakim veya mahkeme tarafından,

Düzenlenebilir.

Görüldüğü gibi, 5271 sayılı CMK'da sayılan yakalama emrinin düzenlenebileceği haller, mülga 1412 sayılı CMUK'da sayılan yakalama müzekkeresinin düzenlenebileceği hallerden daha fazladır. 5271 sayılı CMK, bir kimse hakkında yokluğunda tutuklama kararı (gıyabi tevkif) verilmesini kabul etmediğinden, bu durumlarda yakalama emri düzenleme sistemini getirmiştir.¹² Bu sebeple, mülga 1412 sayılı CMUK'da sayılan ve gıyabi tutuklama kararı verilmesini gerektiren hallerde de artık, 5271 sayılı CMK gereği, "yakalama emri" düzenlenecek, şüpheli veya sanık yakalanarak yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarıldığında, tutuklanması yahut serbest bırakılması yönündeki karar, şüpheli veya sanığın huzurunda verilecektir. Bu nedenlerle, 5271 sayılı CMK'da sayılan yakalama emrinin düzenlenebileceği haller, mülga 1412 sayılı CMUK'da sayılan hem yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve hem de gıyabi tevkif kararının verilmesini gerektiren hallerin toplamı olarak değerlendirilebilir.

b. İnfaz Aşamasında

İnfaza yönelik olarak, mülga 1412 sayılı CMUK'un 401. madde-

12 5271 sayılı CMK'nın 98. maddesinin gerekçesi aynen şöyledir: "Madde, yakalama müzekkeresinin ne gibi hâllerde çıkarılacağını ve bu hususta yetkili mercileri göstermektedir. Tasarı gıyabi tutuklama kararı verilmesini esasta kaldırmış ve sadece bir istisnayı 248 nci maddenin 5. fıkrasında kabul etmiş bulunduğundan 1412 sayılı Kanunun 131 inci maddesinde yer alan tutuklama müzekkeresine dayanılarak yapılacak yakalamaya maddede yer verilmemiştir. Bunun doğurabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, hâkime "yakalama müzekkeresi" düzenleme yetkisi verilmiştir. (5353 sk değ.) 5271 sayılı Kanunun 98 inci maddesinin birinci fıkrasına bir cümle eklenmiştir. Böylece, tutuklama talebinin reddi kararına itiraz üzerine merciin itirazı yerinde görmesi halinde, bu arada serbest bırakılmış olan kişi hakkında tutuklama kararı vermek üzere yakalama emri düzenlenebilmesi mümkün hale getirilmiş ve bu suretle 271 inci maddenin dördüncü fıkrasıyla uyum sağlanmıştır. Birinci fıkraya göre soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, şüphelinin kaçak olması veya saklanması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemi ile yakalama müzekkeresi verebilecektir. İkinci fıkraya ise belirli hâllerde Cumhuriyet savcısının ve kolluk kuvvetlerinin yakalama müzekkeresi verebileceklerini hüküm altına almıştır. Bu hâller yakalanmış kişinin kolluk görevlisinin elinden kaçması ya da ceza infaz kurumu veya tutukeviden kaçmış bulunmasıdır. Bu hüküm kaçan şüpheli, tutuklu veya hükümlü için geçerlidir. Üçüncü fıkraya, kovuşturma evresinde kaçan veya saklanan sanık hakkında mahkemece re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi ile yakalama müzekkeresi verilebileceğini ifade etmektedir. Dördüncü fıkraya, yakalama müzekkeresinin ne gibi kayıtları içereceğini göstermektedir. Buna göre: Kişinin açıkça eşkâlî, bilindiğinde kimliği, adı geçene yönetilen suç ve yakalandığında nereye gönderileceği müzekkerede gösterilecektir."

sine göre; cezasını çekmek üzere yapılan davete rağmen gelmeyen veya kaçacağına dair şüphe uyanan hükümlü hakkında yakalama emri düzenlenebilirdi.

5275 sayılı CGTİHK'nın 19. maddesine göre yakalama emri;

1-Hapis cezası¹³ veya güvenlik tedbirinin infazı için kendisine çağrı kağıdı tebliğ edildiği halde on gün içinde gelmeyen, kaçan ya da kaçacağına dair şüphe uyanan hükümlü hakkında,

2-Hakkında üç yıldan fazla hapis cezasının infazı gereken hükümlü hakkında, düzenlenebilir.

III. GIYABİ TEVKİF MÜESSESESİ İLE YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. MÜLGA 1412 SAYILI CMUK'TA DÜZENLENEN GIYABİ TEVKİF MÜESSESESİ

a. Mülga 1412 sayılı CMUK'un 223. Maddesine Göre Çıkarılan (Sorguya Yönelik) Giyabi Tevkif Müzekkeresi

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 223/2. maddesi gereği, yargılama-
dan kaçtığı yönünde kanaat uyanan sanık hakkında giyabında tevkif müzekkeresi (yokluğunda tutuklama kararı) verilebileceği düzenlenmişti. Bu madde gereği, hakkında giyaben tutuklama kararı verilen sanık yakalandığında, aynı Yasanın 108. maddesi uyarınca, yol süresi hariç 24 saat içinde, yetkili hakim önüne çıkarılarak sorguya çekilecek, tutuklamanın devam edip etmeyeceği yönünde bir karar verilecektir. Eğer bu süre içinde şüpheli veya sanık yetkili mahkemeye çıkarılamıyorsa, mülga 1412 sayılı CMUK'un 109. maddesi gereğince yakalanma yerine en yakın sulh ceza mahkemesi önüne çıkarılmalıdır.

Her ne kadar mülga 1412 sayılı CMUK'un 108. maddesinde gi-

13 Üç yıl ve daha az süreli.

yabi tutuklama kararı üzerine yakalanan sanığın sorgusunu müteakip, tutuklamanın devam edip etmeyeceği yönünde bir karar verileceği belirtilmekte ise de, mülga 1412 sayılı CMUK'un 223. maddesine göre çıkarılan gıyabi tevkif sanığın sorgusuna yönelik çıkarıldığından, sanığın sorgusunu müteakip tutuklanması söz konusu olmamaktaydı. Uygulamada mahkemeler, gıyabi tevkif müzekkeresine “*sanığın savunmasının alınmasını müteakip serbest bırakılması*” şeklinde şerh düşerek, yeni bir yazışmaya mahal kalmaksızın, sanık hakkında yapılacak muameleyi önceden ortaya koyuyorlardı.

Yine, bu maddeye göre çıkarılan gıyabi tevkif, uygulamada, “*sanığın sorgusuna yönelik çıkarılan bir istinabe (talimat)*” gibi algılanarak, sanığın yakalandığı yere en yakın ve yakalamayı çıkaran mahkemenin muadili olan mahkemece ikmal ediliyordu.

b. Mülga 1412 sayılı CMUK'un 106. Maddesi Delaletiyle 104. Maddesine Göre Çıkarılan (Tutuklamaya Yönelik) Gıyabi Tevkif Müzekkeresi

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 104. maddesinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli şartlar düzenlenmişti. Tutuklama kararının verilmesinde usul ve tutuklama müzekkeresinin şekli ise mülga 1412 sayılı CMUK'un 106. maddesinde düzenlenmişti. Bu maddeye göre, tutuklanması talep edilen sanık hazırca dinlenecek, sanık isterse vekaletname aranmaksızın müdafî hazır bulunabilecek ve karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ile hazır olan müdafî dinlenecektir. Uygulamada, tutuklama yargılamasına Cumhuriyet savcılarının iş yoğunluğu gibi sebeplerle katılmamaları doktrinde eleştirilmiştir.¹⁴ Tutuklanması talep edilen sanık hazır değilse, tutuklamanın kabulüne ya da reddine ilişkin karar hakim tarafından “*sanığın yokluğunda ve evrak üzerinden*” verilebilecektir. (mülga 1412 sayılı CMUK. m. 106/1-son cümle)

14 ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK; s. 571.

Tutuklama kararı, niteliği gereği, hakim tarafından, şüpheli ya da sanığın huzurunda verilmesi gereken bir karardır. Her ne kadar, yürürlükteki 5271 sayılı CMK'da yoklukta tutuklama kabul edilmese de, mülga 1412 sayılı CMUK'da yoklukta tutuklama, yukarıda belirtildiği üzere, hem sorguya yönelik olarak (mülga 1412 sayılı CMUK. m. 223), hem de tutuklamaya yönelik olarak (1412 sayılı CMUK. m. 106 delaletiyle m. 104) kabul edilmiştir.

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 104. maddesine göre gıyaben tutuklanan sanık yakalandığında, yukarıda mülga 1412 sayılı CMUK'un 223. maddesi için yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere mülga 1412 sayılı CMUK'un 108. maddesi uyarınca, yol süresi hariç en geç 24 saat içinde, yetkili hakim önüne çıkarılacak, tutuklama yargılamasının usulü (mülga 1412 sayılı CMUK. m. 106.) uygulanarak, gıyabi tevkifin huzurdaki sanık hakkında çıkarılıp çıkarılmadığı öncelikle ortaya konacak, sanığın kendi lehine olabilecek delilleri sunmasına imkan sağlanarak savunması alınacak, karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ve hazır bulunan müdafî dinlenecektir.

Uygulamada, gıyabi tutuklama müzekkeresi üzerine yakalanan sanık getirildiğinde gıyabi tutuklama müzekkeresinde yazılı şahsın kendisi olup olmadığı sorulmakta ve gıyabi tevkif, vicahiye (yüze karşı tutuklama kararı) çevrilerek, mülga 1412 sayılı CMUK'un 108. maddesi hükmüne rağmen, sanığın aleyhine olan vaziyet ve halden kendisine haber verilmemekte ve kendi lehine olabilecek delilleri ve savunmasını sunmasına olanak tanınmamaktaydı.¹⁵

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 108. maddesinde belirtilen süre (yol süresi hariç 24 saat) içinde, sanığın gıyabi tevkif kararı veren mahkemenin önüne çıkarılabilme olanağı yoksa, aynı süre içinde en yakın sulh (ceza) hakimi önüne çıkarılmalıdır. (Mülga 1412 sayılı CMUK. m. 109/1) Gıyabi tevkifin geri alındığı veya gıyabi tevkifin huzurdaki sa-

15 BAKICI, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2000, s. 457.

nık hakkında çıkarılmadığı anlaşılırsa, sanık serbest bırakılacaktır. (Mülga 1412 sayılı CMUK. m. 109/2) Bunun için, gıyabi tevkif kararını veren mahkeme ile en seri şekilde yazışma yapılmalıdır. Yakalanan şahsın, yokluğunda tutuklanan sanık olduğunun anlaşılması halinde sorgusu yapıldıktan sonra hakkındaki gıyabi tutuklama müzekkeresinin vicahiye çevrilmesine karar verilip, “*vicahi tutuklama müzekkeresi*” düzenlenecek ve yetkili hakim önüne sevk edilecektir.¹⁶ Uygulamada yine, bu halde de, mülga 1412 sayılı CMUK’un 108. ve 109. maddesi hükümlerine rağmen, vicahi tutuklama kararından önce sanığın sorgusu yapılmamaktaydı.

B. 5271 SAYILI CMK’DA DÜZENLENEN YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİ

a. Yakalama Emrinin Düzenlenmesi ve İnfazı

Yukarıda yakalama emri kavramı altında yapılan açıklamalarda, 5271 sayılı CMK’nın 98. maddesinde düzenlenen yakalama emri müessesesi üzerinde durulmuştu. 5271 sayılı CMK’nın 98. maddesinde sayılan hallerin varlığı halinde, şüpheli veya sanık hakkında yakalama emri düzenlenebilecektir.

Yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli veya sanık hakkında yapılması gereken işlemler ve yakalama emrinin ne şekilde infaz edileceği ise, 5271 sayılı CMK’nın 94. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, hakim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma aşamasında yakalanan kişi, en geç 24 saat içinde -bu süreye yol süresi dahildir- yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılacak, bu süre içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılacak, sulh ceza hakimi tarafından şüpheli veya sanık serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkeme önü-

16 BAKICI, s. 458.

ne en kısa sürede çıkarılmak üzere tutuklanabilecektir.

b. Yol (sevk-nakil-yollama) Tutuklaması Kararı

Yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılincaya kadar şüphelinin veya sanığın tutuklanmasına, uygulamada, “*yol (sevk/nakil/yollama) tutuklaması*” denilmektedir. Yol tutuklamasının amacı, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinin, dosyayı bilen hakim veya mahkeme tarafından yapılmasını sağlamaktır. Zira; asıl dosyayı bilen, yetkili hakim veya mahkemedir.¹⁷

Yol tutuklamasıyla şüpheli veya sanık yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarıldığında, şüpheli veya sanığın, zorunlu müdafii huzurunda (CMK. 101/3. madde) sorgusu yapılarak tutuklamanın sürüp sürmeyeceğine karar verilecektir.

IV. YAKALAMA EMRİNİN İNFAZI AŞAMASINDA UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. YAKALAMA EMRİNİN İNFAZ USULÜ

Yakalama emrinin ne şekilde infaz edileceğini düzenleyen, 5271 sayılı CMK'nın 94. maddesine göre, hakkında yakalama emri düzenlenen kişinin akıbeti hakkında iki ihtimal bulunmaktadır.

Birinci ihtimale göre, yakalanan kişi, yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılacak, bu mümkün değilse, ikinci ihtimale göre, en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılacaktır. Yasal düzenlemeye göre, üçüncü bir ihtimal bulunmamaktadır.

Konuyu bir örnekle açıklamakta yarar vardır: Kaçak sanık hakkında, kovuşturma aşamasında, kasten yaralama suçundan, Kars Asliye Ceza Mahkemesince yakalama emri düzenlenmiş olsun. Sanık yakalama emri üzerine Eskişehir il merkezinde yakalanmış olsun. Eskişehir

17 YURTCAN, s. 107.

hir’de yakalanan şüpheli yakalama anından itibaren en geç 24 saat içinde yetkili (yakalama emrini çıkaran Kars Asliye Ceza Mahkemesine) mahkemeye çıkarılmalıdır. 5271 sayılı CMK’nın 94. maddesinde belirtilen 24 saatlik süreye yol süresi dahildir. Zira maddede, 5271 sayılı CMK’nın 90. maddesinde belirtilen “*yol hariç*” ibaresi kullanılmamıştır. Sanık, hakkında yakalama emrini düzenleyen mahkemeye çıkarıldığında, bu mahkemece savunması alınarak hakkında tutuklamaya veya serbest bırakılmaya karar verilecektir. Sanık, yol süresi dahil 24 saatlik süre içinde yetkili (Kars Asliye Ceza Mahkemesine) çıkarılmıyorsa, en yakın sulh ceza mahkemesine (Eskişehir Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi) çıkarılacaktır. Sanık Eskişehir Sulh Ceza Mahkemesine çıkarıldığında, yakalama emrinin huzurdaki sanık hakkında çıkarıldığı ve yakalama emrinin daha önceden infaz edilmediği tespit edilince mahkeme, sanığın yetkili mahkemeye (Kars Asliye Ceza Mahkemesine) gönderilmek üzere tutuklanmasına (sevk/yol tutuklaması) karar verecektir.

B.UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

a. Sorguya Yönelik Yakalama Emrinin İnfaz Usulüne İlişkin Düzenleme Yapılmamış Olması

Görüldüğü gibi, gıyabi tevkif kararı üzerine yakalanan kişinin akıbetini düzenleyen, hem mülga 1412 sayılı CMUK’un 108 ve 109. maddelerinde, hem de yakalama emri üzerine yakalanan kişinin akıbetini düzenleyen yürürlükteki 5271 sayılı CMK’nın 94. maddesinde, 5271 sayılı CMK’nın 196/2.f.1.c. maddesi hükmü ayrık olmak üzere¹⁸, sorguya yönelik hakkında yakalama emri çıkarılan şüpheli veya sanığın “*yakalama yerine en yakın ve yakalama emrini çıkaran mahkemenin muadili mahkemece*” sorgusunu müteakip serbest bırakılabileceği düzenlenmemiştir. Oysa yakalama emri, 5271 sayılı CMK’nın 98. maddesine göre, şüphelinin veya sanığın sırf savunmasının alınması amacıyla

18 5271 sayılı CMK’nın 196. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi aynen şöyledir: “Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir.”

dönük çıkarılmış olabilir. Hakkında, sırf savunmasının tespitine yönelik yakalama emri çıkarılmış sanığın, yakalandığı yere en yakın ve “yakalama emrini çıkaran mahkemenin muadili” bir mahkemece savunması alınarak yakalama emri infaz edilebilir. Zira, sanığın sorgusuna yönelik yakalama emri, kaçak olan sanığın “istinabe” (5271 sayılı CMK m.196/2) yoluyla savunmasının alınması olarak değerlendirilmelidir.

5271 sayılı CMK'nın 94. maddesinin gerekçesinde,¹⁹ yakalama emrini düzenleyen hakimin, bu emrin ekinde, şüpheli veya sanığa yöneltilmek üzere bazı sorular sorulup cevabı alındıktan sonra serbest bırakılmasını isteyebileceği belirtilmekte ise de, ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerince çıkarılan sorguya yönelik yakalama emirlerinin, sulh ceza mahkemesi tarafından infaz edilmesi, görevin kamu düzenine ilişkin olması, yakalama emrinin muadil/görevli mahkemece infaz edilmesinin yasal mecburiyet olması nedenleriyle, 5271 sayılı CMK'nın 3. ve müteakip maddeleri uyarınca sakat bir işlem olacaktır.²⁰

Uygulamada, yasal boşluktan kaynaklı olarak, CMK'nın 98. maddesi uyarınca çıkarılan yakalamanın sorguya yönelik yakalama; CMK'nın 94. maddesi uyarınca çıkarılan yakalamanın tutuklamaya

19 Madde Gerekçesi Aynen Şöyledir: (5353 sayılı Kanunla değişik) “Giyabi tutuklamaya CMK’da yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak, soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer dışında bulunan ve hakkında yakalama emri düzenlenmiş bulunan şüpheli veya sanığın yakalanması halinde, aslolan, en geç yirmidört saat içinde yakalama emrini düzenlemiş bulunan hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmasıdır. Ancak bu süre içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmayan kişi bakımından bir hâkim güvencesi getirilmiş bulunmaktadır. Böylece kişi, en yakın sulh ceza hâkimi huzuruna çıkarılacaktır. Sulh ceza hâkimi, öncelikle, yakalama emrinin geri alınıp alınmadığını, ayrıca huzuruna getirilen kişinin yakalama emrinde belirtilen kişi olup olmadığını araştıracaktır. Yine, örneğin, yakalama emrini düzenleyen hâkim veya mahkeme, bu emrin ekinde, şüpheli veya sanığa yöneltilmek üzere bazı sorular sorulup cevabı alındıktan sonra serbest bırakılmasını isteyebilir. Bütün bu durumlarda, soruşturulduğu veya kovuşturulduğu yer dışında yakalanan kişinin gereksiz yere mağdur edilmesi önlenmiş olacaktır. Yakalama emri geri alınmışsa, yakalanan kişi yakalama emrinde belirtilen kişi değilse ya da somut durumda bu kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesine gerek bulunmamakta ise, sulh ceza hâkimi kişiyi serbest bırakacaktır. Buna karşılık yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesi gerekmekte ise, gönderme işlemi de hâkim güvencesinde ve onun kararıyla olacaktır. Bu durumda hâkim, sevk tutuklaması kararı verecektir. Kararda, kişinin gönderileceği hâkim veya mahkeme ile ne zamana kadar götürülmesi gerektiği hususu belirtilecektir.”

20 Y. 1. CD. 26.12.2005, 4735-4750: “...Dolandırıcılık suçundan yargılanan ve giyabi tutuklu bulunan sanığın, atılı suçtan yakalandığı yer asliye ceza mahkemesince savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden sulh ceza mahkemesi tarafından savunması alınmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması...” (PARLAR, ALİHATİPOĞLU, Muzaffer, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. cilt, Ankara, Kasım 2008, s. 1021.)

yönelik yakalama olduğu şeklinde bir görüş oluşmuş ise de; bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, CMK'nın 98. maddesi hangi hallerde yakalama emrinin düzenlenebileceğini düzenlemekte, CMK'nın 94. maddesi ise (her türlü) yakalama emrinin ne şekilde infaz edileceğini düzenlemektedir.

b. Mülga 1412 sayılı CMUK'un Yürürlükte Olduğu Döneme Ait Uygulama Ve Bu Uygulamaya Paralel Gelişen Mevcut Uygulamalar

Mülga 1412 sayılı CMUK'un 223. maddesiyle ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde mahkemelerce, sanıkların savunmasının tespitine yönelik çıkarılan yakalama emirlerinde, yakalama emrinin "223. madde uyarınca çıkarıldığı ve sanığın savunmasının alınarak serbest bırakılması gerektiği" yazılıyordu. Tutuklamaya yönelik çıkarılan gıyabi tevkif müzekkeresinde ise, kararın "104. madde" uyarınca çıkarıldığı, sanığın yakalandığında hakkındaki "gıyabi tevkifin vicahiye çevrilerek" gıyabi tevkif kararını çıkaran mahkemeye çıkarılmak üzere tutuklanmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmekteydi.

Bu uygulamaya paralel bir uygulama ile, 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra da, yine Yasada açık hüküm olmamasına rağmen, mahkemelerce, sorguya yönelik çıkarılan yakalama emirlerine üst talimat yazısı eklenerek "sanığın en yakın (yakalama emrini çıkaran mahkemenin muadili) mahkemeye çıkarılarak savunmasının alınarak serbest bırakılması" ibaresi eklenerek soruna çözüm üretilmeye çalışılmaktadır.

c. Soruşturma Aşamasında Çıkarılan Yakalama Emirlerinin İnfazına İlişkin Sorunlar

Uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun, soruşturma aşamasında, savcılık makamının talebiyle sulh ceza mahkemesince, hakkında yakalama emri düzenlenen şüpheli yakalandığında, yakalama emrinin ne

şekilde infaz edileceği sorunudur. Yakalanan şüpheli, en yakın Cumhuriyet başsavcılığına mı çıkarılacaktır, yoksa 5271 sayılı CMK'nın 94/1. maddesi uyarınca en yakın sulh ceza mahkemesine mi çıkarılacaktır?

Kanımızca, yakalama emri sorguya yönelik çıkarılmış ise, en yakın Cumhuriyet başsavcılığınca, istinabe şeklinde infaz edilmelidir. Yakalama emri tutuklamaya yönelik çıkarılmış ise, bu durumda 5271 sayılı CMK'nın 94. maddesi uyarınca, en yakın sulh ceza mahkemesince şüpheli hakkında yetkili mahkemeye çıkarılmak üzere yol (sevk) tutuklamasına karar verilmelidir.

Yol tutuklamasıyla, yetkili mahkemenin bulunduğu yargı çevresine getirilen şüpheli, öncelikle yakalama emrini isteyen savcılık makamına getirilmeli, savcılık makamı tarafından gerekli soruşturma işlemleri (savunma vs.) ivedi tamamlanarak, şüpheli, bu yargı çevresine getirildiği andan itibaren 24 saat²¹ içinde, hakkında yakalama emri düzenlenen şüphelinin serbest bırakılması yahut tutuklanması talebiyle, hakim/mahkeme huzuruna çıkarılmalıdır. Zira, yol tutuklamasıyla getirilen şüphelinin, yakalamayı isteyen savcılık makamı devreden çıkarılarak, soruşturma işlemleri tamamlanmadan, doğrudan, yakalama emri kararını veren mahkemeye çıkarılması, ceza muhakemesinin ilk ve önemli bir safhası olan soruşturma aşamasına zarar verecektir. Ayrıca, dosyayı bilen soruşturma savcısıdır. Soruşturma savcısının tutuklama (tutuklamanın devamı) yahut serbest bırakma talebinde bulunabilmesi için en azından şüphelinin sorgusunu yapması gerekmektedir. Soruşturma savcısının bu görüşü alınmadan, mahkemenin, yol tutuklamasıyla gelen şüpheli hakkında, tutuklama kararı vermesi halinde, yeni bir talep de bulunmadığı takdirde, CMK'nın 108. maddesine göre şüpheli, bir ay süre ile hürriyetinden yoksun kalabilecektir. Eksik verilerle/değerlendirmeye verilen tutuklama kararıyla hürriyeti kısıtlanan şüpheli hakkında, sonradan takipsizlik yahut beraat kararları verilmesi halinde, CMK'nın 141. maddesi uyarınca tazminat söz konusu olabilecektir. Tüm bu sebeplerle, kanaatimizce, soruşturma aşamasında, yol

21 CMK'nın 94/1-1. cümle maddesindeki süre düzenlemesine kıyasen.

tutuklamasıyla getirilen şüpheli, yakalama emrini isteyen savcılık makamı huzuruna öncelikle çıkarılmalıdır.

Burada ayrıca, yol tutuklamasıyla getirilen şüphelinin, savcılık makamı tarafından sorgusu yapılarak, yakalama emrini çıkararak mahkemeye çıkarılmadan, savcılık makamı tarafından serbest bırakılıp bırakılamayacağına da tartışılması gerekmektedir. CMK'nın 94. maddesinde, her halükarda, yakalanan şüphelinin yakalama emrini düzenleyen hakim veya mahkeme huzuruna çıkarılması düzenlenmiştir. CMK'nın 103/2. maddesine göre, savcının, soruşturma aşamasında, tutuklu şüpheliyi resen serbest bırakma yetkisine dayanılarak, savcının yol tutuklamasıyla gelen şüpheliyi re'sen serbest bırakabileceği söylenebilirse de, yakalama emrinin infazını düzenleyen ve daha özel bir düzenleme olan CMK'nın 94. maddesi buna cevaz vermediğinden, her halükarda, yol tutuklamasıyla getirilen şüphelinin, yakalama emrini düzenleyen hakim huzuruna, serbest bırakılma yahut tutuklama talebiyle çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz.

d. İtiraz Mercii Tarafından Çıkarılan Yakalama Emirlerinin İnfazına İlişkin Sorunlar

Bir başka sorun, 5271 sayılı CMK'nın 98/1.f.2.c. maddesi gereği, tutuklama kararının reddine itiraz halinde, itiraz mercii tarafından - tutuklama amacına yönelik- çıkarılan yakalama emrinin ne şekilde infaz edileceği sorunudur.

Yakalama emrine istinaden, şüpheli veya sanık yakalandığında, kanımızca, yakalama emrini düzenleyen mahkemece (itiraz mercii) bu yakalama emri infaz edilmelidir. Zira, 5271 sayılı CMK'nın 94. maddesinde belirtilen "yetkili hakim veya mahkeme"den anlaşılması gereken, yakalama emrini düzenleyen yetkili hakim veya mahkemedir. Şüpheli veya sanık, yol süresi dahil 24 saatlik süre içinde, yakalama emrini düzenleyen (itiraz merci) mahkemenin huzuruna çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde, en yakın sulh ceza mahkemesine çıkarılarak, yakalama emrini düzenleyen hakim veya mahkemenin (itiraz merci) önünde

en kısa sürede hazır edilmek üzere, şüpheli veya sanık hakkında yol tutuklamasına karar verilmelidir.

C. YASAL DEĞİŞİKLİĞE İHTİYAÇ DUYULAN HUSUSLAR

a. “Sorguya Yönelik Yakalama Emri ve İnfazı” İle “Tutuklamaya Yönelik Yakalama Emri ve İnfazı”nın Ayrı Müesseseler Olarak Düzenlenmesi

Görüldüğü gibi, 5271 sayılı CMK’nın 94. maddesi, yalnızca “*tutuklamaya yönelik yakalama emri*”nde uygulanabilirlik özelliği taşımaktadır. Sorguya yönelik yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında yapılacak muamele konusunda, 5271 sayılı CMK’da boşluk vardır. Bu boşluk, gerekçe ile doldurulmak istenmiş, ancak, kamımızca sorun giderilememiştir. Burada değinilmesi gerekli bir diğer husus, gerekçenin bağlayıcı niteliğinin de bulunmadığıdır.

Uygulamada karşılaşılan bu sorunların çözümü için, yasal bir değişiklik, şüphelinin veya sanığın “*sorgusunun/savunmasının tespitine yönelik yakalama emri*” ile sanığın “*tutuklanmasına yönelik yakalama emri*” ve “*infazları*” ayrı müesseseler olarak ele alınmalı, uygulamada karışıklığa yol açmaması için ayrı maddelerde düzenlenmeli, uygulamada kolaylık sağlanması açısından, adliyelerimizde faal olan UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) veritabanında, yakalama emrine ilişkin işlemler, bu yasal düzenlemeye uygun olarak güncellenmelidir.

Taslak olarak;

“1-Savunmasının tespitine yönelik çıkarılan yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli/sanık;

a-Yakalama emri, savunmasının tespitine yönelik olarak soruşturma aşamasında çıkarılmış ise, yakalanan şüpheli; en geç 24 saat

içinde²² yakalandığı yere en yakın Cumhuriyet başsavcılığına çıkarılarak savunmasının tespiti sağlanır.

b-Yakalama emri, savunmasının tespitine yönelik olarak kovuşturma aşamasında çıkarılmış ise, yakalanan sanık; -5271 sayılı CMK'nın 196/2.f.1.c. maddesi hükmü ayrık olmak üzere- en geç 24 saat içinde²³ yakalandığı yere en yakın ve yakalama emrini çıkaran mahkemenin muadili mahkemeye çıkarılarak savunmasının tespiti sağlanır.

2-Yakalama emri, tutuklamaya yönelik (5271 sayılı CMK m. 100 veyahut m. 98 f. 1 son cümle) çıkarılmış ise yakalanan şüpheli/sanık;

a) Yakalama soruşturma aşamasında çıkarılmış ise şüpheli; yol süresi hariç²⁴ en geç 24 saat içinde, yakalama emrini isteyen savcılık tarafından sorgusu yapılarak, yetkili mahkeme huzuruna çıkarılır. Bu mümkün değilse, yol süresi dahil 24 saat içinde, yakalandığı yere en yakın sulh ceza hakimi tarafından şüpheli hakkında, yetkili savcılıkta en kısa sürede hazır edilmek üzere, tutuklama kararı verilir. Şüpheli, doğrudan yahut yol tutuklamasıyla, yakalama emrini çıkaran mahkemenin yargı çevresine getirildiğinde, yakalama emrini isteyen savcılık tarafından şüphelinin sorgusu yapılarak, tutuklanması veya serbest bırakılması talebiyle, bu yargı çevresine getirildiği andan itibaren en geç 24 saat içinde, yakalama emrini çıkaran mahkeme huzuruna sevk edilir.

b)Yakalama kovuşturma aşamasında çıkarılmış ise sanık; yol süresi hariç²⁵ en geç 24 saat içinde yakalama emrini çıkaran mahkeme huzuruna çıkarılır. Bu mahkemece sanığın sorgusu yapılarak tutuklanmasına veya serbest bırakılmasına karar verilir. Bu süre içinde yetkili

22 Bu süreye yol süresi dahil olmalıdır.

23 Bu süreye yol süresi dahil olmalıdır.

24 Mevcut düzenlemede "yol hariç" denmemiş olduğundan, uygulamada, yol tutuklamasına başvurulmadan yakalama emrinin infaz edilmesi genellikle mümkün olamamaktadır. Bu yol süresi, ülkenin coğrafi yapısı ve ulaşım imkanları değerlendirilerek sınırlandırılabilir.

25 Bkz. dipnot 24.

mahkemede sanığın hazır edilmesi mümkün değilse, (yol süresi dahil) en geç 24 saat içinde, yakalama yerine en yakın sulh ceza mahkemesine çıkarılarak,²⁶ sanığın yakalama emrini çıkaran mahkemede en kısa sürede hazır edilmek üzere tutuklanmasına karar verilir.”

şeklindeki bir düzenlemenin, yakalama emirlerinin infazı aşamasındaki tereddütleri ortadan kaldıracabileceğini düşünmekteyiz.

b. Yol (sevk-nakil-yollama) Tutuklamasının İnfazının Düzenlenmesi

Hakkında sevk/yol tutuklamasına karar verilerek, yetkili mahkemeye sevki/nakli için tutukevine konulan şüpheli veya sanığın, en kısa süre içinde yetkili hakim önüne çıkarılması için de gerekli alt yapı çalışmaları yapılmalı, bu süre minimuma indirilmelidir. Bu süreyi minimuma indirmek için, hakkında sevk tutuklamasına karar verilen şüpheli veya sanığın tutukevine konmadan da, (şüpheliyi yakalayan) kolluk marifetiyle yetkili mahkemeye sevki hususunda planlamalar yapılmalıdır.

Hakkında (yargılamayı yapan) yetkili mahkemeye, henüz bir tutuklama kararı verilmemiş şüpheli veya sanığın, sırf sevk (nakil) için, örneğin bir ay gibi bir süre hürriyetinin kısıtlanması, kişi hak ve hürriyetinin ihlali olarak değerlendirilebilecek ve tazminata konu olabilecektir.²⁷ (5271 sayılı CMK. m. 141/1-d²⁸) Zira, sevk tutuklaması arızidir, örneğin salt yüzleştirmek amacıyla ya da yasal mecburiyet (5271 sayılı

26 Yakalama emrinin daha önceden infaz edilmediği ve huzurdaki sanık hakkında çıkarıldığı öncelikle teyit edilmelidir.

27 Yol tutuklamasıyla, şüpheli veya sanığın, tutukevine (cezaevine) konulamayacağına dair görüş için bkz.: "...5271 sayılı CMK'nın 94. maddesinin 1. fıkrasında şüpheli veya sanığın "en kısa zamanda" gönderilmesi emredildiğinden, yollama (sevk) tutuklaması yapılan kişinin o yer cezaevine gönderilmesi mümkün değildir. Derhal yetkili ve görevli mahkemeye götürülmek üzere yola çıkarılması gerekir. O yer cezaevine konulması tazminatı gerektirir..." (ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R./ÖZBEK, Veli Özer; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 512.)

28 Madde 141. - "[1] Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; ...d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,...Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devlettten isteyebilirler."

CMK. m. 196/2) gereği yetkili mahkemece, şüpheli veya sanığın yol tutulmasıyla huzurda hazır edilmesi istenmiş olabilir.

V. DAVA ZAMANAŞIMI KESEN SEBEPLER YÖNÜNDEN GIYABI TEVKİF MÜESSESESİ İLE YAKALAMA EMRİ MÜESSESESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

A. GIYABI TEVKİF VE/VEYA YAKALAMA EMRİNİN, DAVA ZAMANAŞIMINA ETKİSİ

a. Genel Olarak Zamanaşımı Kavramı

Suçun işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçmesine rağmen kamu davasının açılmaması veya davanın sonuçlanmaması yahut hükmün kesinleşmemesi halinde fiil ve failin unutulması, kanıtların kısmen kaybolması veya ortadan yok olması, verilecek karardan kuşku duyulması da dikkate alınarak o suçtan dolayı ceza vermekte toplumsal bir yarar kalmadığı düşünülerek zamanaşımı kabul edilmiştir.²⁹

Zamanaşımı, mülga 765 sayılı TCK'nın 102. ve müteakip maddelerinde, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nın 66. ve müteakip maddelerinde düzenlenmiştir.

Soruşturmaya veya kovuşturmayaya konu suçta Yasada öngörülen cezanın üst sınırına göre belirlenen zamanaşımı, yine Yasada belirtilen şartların varlığı halinde kesilebilecek, kesilme halinde zamanaşımı süresi, ilgili suçla ilişkin olarak Yasada belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzayacaktır. (mülga 765 sayılı TCK m. 104, 5237 sayılı TCK. m. 67) Bu hükümlere göre belirlenen süreler içinde yargılama neticelendirilememişse, hüküm verilse bile kesinleşmemişse, artık davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi gerekecektir. (5271 sayılı CMK m. 223/8)

b. Giyabi/Vicahi Tevkifin Zamanaşımına Etkisi

Mülga 765 sayılı TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında, dava zamanaşımını kesen sebepler arasında "tevkif" yani "tutuklama" sayılmıştır. Yukarıda "giyabi tevkif kavramı" altında yaptığımız açıklamalarda belirtildiği üzere, mülga 1412 sayılı CMUK sisteminde tutuklama, hem yüze karşı (vicahi tevkif -tutuklama- müzekkeresi), hem de yoklukta (giyabi tevkif-tutuklama- müzekkeresi) olabiliyordu.

Mülga 765 sayılı TCK'ya göre, sanık hakkında ister giyabi, ister vicahi tevkif müzekkeresi düzenlenmiş olsun, her iki halde de dava zamanaşımını kesiliyordu. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 01.04.1997 tarihli ve 1997/6-65 esas, 1997/73 karar sayılı ilamında bu husus "(mülga 765 sayılı) TCK.nun 104. maddesinde dava zamanaşımını kesen sebepler tek tek sayılmıştır. Bu sebepler arasında yer alan "tevkif"den amaç, (mülga 1412 sayılı) CMUK.nun 104 ve 223. maddelerinden herhangi birine dayanılarak verilen vicahi veya giyabi tutuklama kararıdır. Ceza Genel Kurulunun 13.03.1989 gün ve 44/100 sayılı kararında belirtildiği gibi, TCK.nun 104/1. maddesinde zamanaşımını kesmesi yönünden ayırım yapılmadığına göre, her türlü tutuklama müzekkeresi zamanaşımını keser. Nitekim, öğretilerde de bir ayırım yapılmaksızın tutuklama müzekkeresinin zamanaşımını keseceği yönünde görüş birliği bulunmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir.

c. Yakalama Emrinin Zamanaşımına Etkisi

Yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nın 67/2-b maddesine göre, şüpheli veya sanık hakkında, "tutuklama" kararı verilmesi zamanaşımını keser. 5271 sayılı CMK, yoklukta tutuklama sistemini kabul etmediği için, 5237 sayılı TCK'nın 67. maddesinde belirtilen ve dava zamanaşımını kesen sebep olan "tutuklama"dan kasıt "yüze karşı" tutuklamadır. Kaçak olan sanığın, sorgusu yahut tutuklanması gerekiyorsa, 5271 sayılı CMK'ya göre ancak yakalama emri düzenlenebilir. Yakalama emri ise, 5237 sayılı TCK'da zamanaşımını kesen sebeplerden biri değildir.

Bu sebeplerle, mülga 1412 sayılı CMUK'a göre yoklukta tutuklama (gıyabi tevkif), dava zamanasını kesen bir sebep iken, 5271 sayılı CMK'ya göre düzenlenen yakalama emri, dava zamanasını kesen bir sebep değildir.

d. Yeni TCK'nın Yürürlüğe Girmesinden Önce Çıkarılan Gıyabi Tevkiflerin Derdest Dosyalar Yönünden Zamanasına Etkisi

Şüpheli veya sanık hakkında, soruşturma veya kovuşturma aşamasında, 5237 sayılı TCK'nın ve 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce gıyabi tutuklama kararı verilmiş ise, bu gıyabi tevkifin hukuki niteliği ne olacağı ve zamanasını kesen bir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, üzerinde durulması gereken bir konudur.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un "gıyabi tutuklama kararları" başlıklı 5. maddesi uyarınca, mülga 1412 sayılı CMUK'a göre çıkarılan gıyabi tutuklama kararları, 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesiyle yakalama emrine dönüşmüştür.³⁰

Mülga 26.04.1926 tarihli 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii ve Mer'iyete Vaz'ına Müteallik Kanunun 22. maddesine³¹ göre, zamanasını süresi yönünden, zamanasını kısa tutan yasa sanık lehinedir ve uygulanmalıdır. Ancak zamanasının kesilme ve durması ile ilgili yasal değişiklikte, leh ve aleyhe olmasına bakılmaksızın yeni yasa uygulanacaktır.³² Mülga 825 sayılı Yasada, zamanasını süresine ilişkin

30 Madde metni aynen şöyledir: "[1] Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükte iken verilmiş gıyabi tutuklama kararları, Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 248 inci maddesinin yabancı ülkede bulunan kaçaklarla ilgili beşinci fıkrası hükmü ayrı olmak üzere, yakalama emri niteliğine dönüşür.

[2] Ceza Muhakemesi Kanununun 248 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü, sadece yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında uygulanır."

31 Madde metni aynen şöyledir: "...müruru zaman meselesinde eski ve yeni Ceza Kanunları ahkamı müddetçe tearüz ettiği yerlerde maznun ve mahkûma daha müsait olan ahkam tatbik olunur. Şu kadar ki müruru zamanın tevkif veya inkıtar bahsinde yeni kanun ahkamı mutlak surette caridir..."

32 BAKICI, s. 744.

hükümlerde, “lehe Yasanın geriye yürümesi”; zamanaşımını kesen ve durduran sebeplere ilişkin hükümlerde ise “derhal uygulama” ilkesi kabul edilmiştir. Bu durum, zamanaşımı kesen ve durduran sebeplerin, 825 sayılı Yasada, maddi hukuka değil şekli hukuka (usul hukuku) ilişkin kurallar olarak kabul edildiği kanaatine bizi ulaştırmaktadır.

825 sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 9. maddesinde lehe olan hükümlerin uygulanmasındaki usul düzenlenmiştir. 5252 sayılı Yasanın 5349 sayılı Yasayla değişik 9/4. maddesinde, kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından, dava zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu madde hükmüne göre, yargılaması neticelenmiş ve kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, kesinleşmeden sonra yürürlüğe giren yasanın lehe/aleyhe değerlendirmesi yapılırken dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Maddenin mefhum-u muhalifinden, 5252 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden (01.06.2005) önce işlenen ve bu tarih itibariyle halen “derdest” olan davalarda, lehe/aleyhe değerlendirilmesi yapılırken, dava zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde işlenen suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalar, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi itibariyle halen derdest ise, atılı suçun tabii olduğu dava zamanaşımı süresi, her iki Yasa’ya göre ayrı ayrı hesaplanarak, şüpheli veya sanığın lehine olan zamanaşımı süresi belirlenecektir.

Zamanaşımının hangi Yasa’da daha lehe olduğunu belirlerken izlenecek usul 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların “*ilgili bütün hükümleri*” olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 17.07.2007 tarihli ve 2007/1-

157 esas, 2007/168 karar sayılı ilamında lehe yasanın belirlenmesinde izlenecek usul; "...765 sayılı TCY'nın 2, 5237 sayılı TCY'nın 7 ve 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesinin; "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir." hükmü, 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve öğretideki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.04.2007 gün ve 1-32/97 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere, lehe yasa belirlenmesi yöntemi; sabit kabul edilen olaya her iki yasanın ilgili tüm hükümlerinin birbirine karıştırılmaksızın uygulanmak suretiyle ayrı ayrı sonuçlar belirlenmesini ve bunların karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Lehe yasanın saptanması için, maddi olaya suç tarihinde yürürlükte bulunan yasalar ile sonradan yürürlüğe giren yasaların hiçbir hükmü karıştırılmadan bir bütün halinde uygulanmasını ve uygulama sonucunda ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılmasını zorunlu kılmaktadır..." şeklinde dile getirilerek, eski ve yeni Yasanın tüm hükümlerinin olaya ayrı ayrı ve bir bütün uygulanarak lehe olan Yasanın belirlenmesi, karma uygulama yapılmaması benimsenmiştir.

e. Lehe/aleyhe-yeni/eski TCK Değerlendirmesi Yapılırken Gıyabi Tevkifin Değerlendirilmesi

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, eski ve yeni Yasa'dan lehe olanı belirlerken, zamanaşımı süresini kısa tutan Yasanın şüpheli veya sanığın lehine olduğu ve olaya uygulanması gerektiği konusunda tereddüt yoktur.³³ Ancak, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, so-

33 Y. CGK. 2005/6-100 E. 2005/126 K. "...İncelenen olayda: Sahtecilik suçuna konu çekteki keşide tarihi 30.12.1992'dir. Ancak şubat ayında 30. gün bulunmadığından, keşide gününün ve dolayısıyla sahtecilik suçunun tamamlandığı tarihin, o yılın Şubat ayının son günü olan 29 Şubat 1992 olarak kabulü gerekmektedir. Öte yandan, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 342/1, 102/3 ve 104/2 madde ve fıkraları uyarınca bu suçla ilişkin kesintili zamanaşımı süresi (15) yıl olup, somut olayda bu süre henüz dolmamıştır. Ancak sanığa yüklenen fiil, hükümden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 210. maddesi aracılığı ile 204. maddesinin 1. fıkrasında da suç olarak düzenlenmiş, yaptırımı ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırına göre bu suçla ilişkin asıl dava zamanaşımı süresi de, aynı Yasanın 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre (8) yıldır. Öte yandan, Yasanın 67. maddesinin 2. fıkrasında: dava zamanaşımını kesen nedenler sayılmış, 3. fıkrasında: kesici işlemin varlığı halinde, kesilme gününden itibaren, birden çok nedenin bulunması halinde de en son kesilme gü-

ruşturma veya kovuşturma aşamasında çıkarılan giyabi tevkif kararı, 01.06.2005 tarihinden sonra ve halen derdest olan davalarda, 5320 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca yakalama emrine dönüştükten sonra, olayda lehe/aleyhe değerlendirmesi yapılırken (765 sayılı TCK'ya göre zamaşımı süresi belirlenirken) zamaşımını kesen bir sebep olarak dikkate alınabilecek midir?

Giyabi tevkif kararı/yakalama emri kararı verilebilecek haller ile, 5320 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca giyabi tevkifin yakalama emrine dönüşmesi, ceza yargılamasının yöntemine ilişkin olup, birer usul (şekli hukuk) kuralıdır. Usul kuralları derhal uygulanır.³⁴ Usul kurallarında lehe yasanın geriye yürütmesi söz konusu değildir. 01.06.2005 tarihinden önce mahkemece verilen giyabi tevkif kararı, 765 sayılı TCK uyarınca zamaşımını keser. 5320 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca, bu giyabi tevkif kararının yakalama emrine dönüşmüş olması, giyabi tevkif kararının verildiği tarihte, zamaşımının kesilmesi şeklinde gerçekleşmiş ve netice doğurmuş hukuki işlemi, ortadan kaldırmaz.³⁵ Zira, 5320 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca giyabi tevkif ka-

nünden itibaren zamaşımının yeniden işlemeye başlayacağı öngörülmüş, 4. fıkrasında ise: kesici nedenlerin kanunda belirtilen zamaşımı sürelerini yaradan fazla uzatamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sanıklara somut olayda yüklenen suç bakımından, sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında öngörülen kesintili zamaşımının azami süresi (12) yıl olup, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında bu süre dolmuş bulunmaktadır. Bu itibarla, suçtan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası bütünüyle olaya uygulandığında, dava zamaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan davanın düşürülmesi gerektiği, dolayısıyla 5237 sayılı Yasanın uygulanması suretiyle belirlenen bu sonucun sanıkların lehine olduğu saptanmıştır. O halde, her iki sanık hakkındaki kamu davalarının zamaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilmelidir..."

34 PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. cilt, Ankara, Şubat 2007, s. 55.

35 Benzer bir sorunun çözümü için, Y. CGK. 2006/9-44 E, 2006/54 K. "...Çözümlemesi gereken sorun, katılma ile ilgili olarak 1412 sayılı CMUK'nun mu yoksa hükümden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun hükümlerinin mi uygulanacağı noktasındadır. Sorun, yargılama yasalarının zaman bakımından uygulanması ile ilgilidir. Yargılama yasalarının zaman bakımından uygulanmasında genel ilke derhal uygulama, hemen uygulama ilkesidir. Bunun istisnası yasada aksi uygulamanın belirtilmiş olması halidir. Derhal uygulama ilkesi uyarınca, usul işlemleri, yapılacak sırada yürürlükte bulunan yargılama yasası hükümlerine tabidir. Yürürlükteki yasaya göre yapılmış işlemler de sonradan yürürlüğe giren yasa nedeniyle geçerliliğini yitirmeyecektir...Derhal uygulanırlık ilkesinin doğal sonucu olarak, usul işlemleri, yapıldığı sırada yürürlükte bulunan yargılama yasası hükümlerine tâbi olacak ve ceza yargılaması sırasında, yasada değişiklik olduğunda yeni yasa hemen uygulanacak, ancak, bu durum, önceki yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde, o yasaya uygun biçimde yapılmış işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi yenilenmesini de gerektirmeyecektir. Bu ilkenin sonucu olarak; 1- Usul işlemleri mutlaka yürürlükteki yasaya göre yapılacaktır. 2-Yürürlükteki yasaya göre yapılmış işlemler, sonradan yürürlüğe giren yasa nedeniyle geçerliliğini yitirmeyecektir. 3- Yeni yasanın yürürlüğünden sonra yapılması gereken usul işlemleri yeni yasaya tâbi olacaktır. 4- Yeni yasanın uygulanmasında, sanığın leh veya aleyhinde sonuç doğurmasına bakılmayacaktır..."; Benzer mahiyette, Y. CGK. 2006/9-53 E, 2006/57 K; Y. CGK. 2006/9-46 E, 2006/51 K.

rarları, 5320 sayılı Yasanın yürürlük tarihi itibariyle, yakalama emrine dönüşmüştür; yoksa, gıyabi tevkif kararının verildiği tarih itibariyle yakalama emrine dönüşmüş değildir.

O halde, kanımızca, soruşturmaya veya kovuşturmaya konu suçun suç tarihi 01.06.2005 tarihinden önce ise ve şüpheli/sanık hakkında evvelce gıyabi tevkif kararı verilmiş ise, lehe/aleyhe-yeni/eski TCK değerlendirmesi yapılırken, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK uyarınca, gıyabi tevkif kararı, zamanaşımını kesen bir hal olarak dikkate alınacaktır. Maddi (ceza) hukukuna ilişkin hükümlerin lehe olarak geriye yürüyebileceği kuralına göre, aynı olaya, lehe olması ihtimaline binaen, 5237 sayılı TCK hükümleri tatbik edildiğinde, gıyabi tevkif kararı, zamanaşımını kesen bir sebep olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenmediğinden ve yine 5237 sayılı TCK'da yakalama emri zamanaşımını kesen bir sebep olmadığından, kanımızca, bu olayda 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca zamanaşımı hesabında, gıyabi tevkif kararı, zamanaşımını kesen bir sebep olarak dikkate alınamayacaktır.

SONUÇ

Mer'i 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, şüpheli veya sanık hakkında, yokluklarında/gıyaplarında tutuklama kararı verilmesini kabul etmediğinden, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunundaki gibi gıyabi tevkif müessesesine yer vermemiştir. Bunun yerine, şüpheli veya sanıklar hakkında, en kısa sürede, yetkili hakim veya mahkemeye çıkarılmak üzere, yakalama emri düzenlenmesini kabul etmiştir. Yakalama emri ile gıyabi tevkifin, hukuki tanım ve sonuçları yönünden (zamanaşımı gibi) farklılıkları olsa da, esasen her iki müesese de aynı amaca -şüpheli veya sanıkların yargı mercii önüne çıkarılmasına- hizmet ettiğinden benzerlikleri vardır.

Mülga 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemdeki uygulamada, sorguya yönelik gıyabi tevkif ile tutuklamaya yönelik tevkif ayrımı gelişmişti. Bu uygulamada, 223. maddeye göre çıkarılan gıyabi tevkifin sorguya yönelik; 104. maddeye göre çıkarılan gıyabi tevkifin

tutuklamaya yönelik olduğu evraktan hemen anlaşılıyor ve gereği yapı-
lıyordu. Mer'i 5271 sayılı CMK'da bu şekilde bir ayırım bulunmadığı-
ndan, uygulamada, yakalamanın hangi amaçla çıkarıldığı yakalama em-
rinden hemen anlaşılammaktadır. Bu nedenle, yukarıda da açıkladığı-
mız gibi, sorguya yönelik yakalama emri ile tutuklamaya yönelik yaka-
lama emri müesseseleri, yasal bir değişiklikle, ayrı maddelerde düzen-
lenerek, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak gerekmektedir.
UYAP veritabanında da bu düzenlemeye uygun olarak güncelleme ya-
pılmalıdır.

Tutuklamaya yönelik yakalama emrine istinaden yakalanan şüp-
heli veya sanığın, yol tutuklamasına karar verilmeden, yetkili mahke-
meye götürülmesine ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 94. maddesindeki 24
saatlik süreye, yol süresinin dahil olması, bu maddenin infaz kabiliye-
tini büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Yasal bir değişiklikle, madde-
deki 24 saatlik süreye, makul bir yol süresinin ilavesi, yol tutuklaması
kararı verilmeden, kolluk marifetiyle yakalanan kişilerin seri şekilde
yetkili mahkemeye götürülmesine imkan sağlayacaktır.

Yine, hakkında yol tutuklamasına karar verilen şüpheli veya sa-
nığın, yol tutuklaması kararını veren yer tutukevine konmadan da, yet-
kili mahkemeye derhal sevki için gerekli planlama ve çalışmalar yapıl-
malıdır.



**BOŞANMA DAVALARINDA TARAFLARIN TAZMİNAT VE
NAFAKA TALEPLERİNİN KARARA BAĞLANMASI**

Bahattin ARAS (★)

ANLATIM DÜZENİ: 1-) GİRİŞ, **A. TARAFLARIN MADDİ TAZMİNAT TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI**, *a. Maddi Tazminat Talebi, aa. Maddi Tazminat Miktarının Belirlenmesi, bb. Eşit Kusur Durumunda Tazminat Talebi, cc. Maddi Tazminatın Talep Şekli, b. Maddi Tazminatın Talep Süresi, B. TARAFLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI*, *a. Manevi Tazminat Talebi, aa. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi, bb. Manevi Tazminatın Talep Edilme Şekli Ve Süresi, C. TARAFLARIN YOKSULLUK NAFAKASI TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI*, *a. Yoksulluk Nafakası Talebi, b. Yoksulluk Nafakasının Miktarının Belirlenmesi, c. Yoksulluk Nafakasının Ortadan Kaldırılması, d. Yoksulluk Nafakasında Yetkili Mahkeme, e. Yoksulluk Nafakasının Talep Edilme Süresi, D. İŞTİRAK NAFAKASININ BELİRLENMESİ*, *a. İştirak Nafakasının Resen Takdir Edilmesi, b. Lehine İştirak Nafakası Verilecek Kişiler, c. İştirak Nafakasının Ödenmesi ve Artış Usulü, SONUÇ*

(★) Beşiri Hakimi.

GİRİŞ

Taraflar arasındaki evlilik birliği boşanma ile son bulduktan sonra, tarafların ekonomik ve mali ihtiyaçlarının hem miktar hem de nitelik itibariyle değişime uğradığı açıktır. Boşanmadan sonra, tarafların mali ve ekonomik gereksinimlerinin karşılanması, tarafların boşanmadan sonra maddi sıkıntı çekmemeleri için bu konuda tarafların talepte bulunması halinde, hakim tarafların boşanmasına karar verirken, bu hususları da hükümde belirtir.¹

Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi, boşanma kararının verilmesinin ardından eşlerden birinin zarar görmesi esasına dayanmaktadır. Buna göre, bu maddenin birinci fıkrası, geniş anlamda mal varlığından meydana gelen zararları; ikinci fıkrası ise, kişilik haklarının ihlalinde doğan manevi zararları içermektedir. Eşin mal varlığında bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığına; eşin mal rejiminin tasfiyesinden sonra ne elde ettiğinin belirlenmesinden sonra, karar verilir.²

Boşanma halinde, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunan tarafın, mutlak anlamda kusursuz olması şartı kaldırılarak, daha az kusurlu olan tarafa da dava açma hakkı tanınmak suretiyle, davacı tarafın daha az kusurlu olması yeterli görülmüştür. Böylelikle eski medeni kanunda ancak kusursuz eşin talepte bulunabildiği maddi ve manevi tazminatı az kusuru bulunan tarafında isteyebilmesi mümkün hale gelmiştir. Burada söz konusu olan az kusurlu olmayı; karşı tarafın tahrik teşvik kışkırtma gibi davranışlarına tepki niteliğinde olan ve boşanma

1 OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa : Aile Hukuku, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 143; TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Türk Aile Hukuku,7.Baskı, İstanbul 1990, s. 256; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986 , s. 404; ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 478-479; BAKTİR, Selma : Aile Mahkemeleri,Yetkin Yayınları,Ankara 2003, s. 123; KICALIOĞLU, Mustafa:"4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Halinde Maddi ve Manevi Tazminat" (ABD) (ABD, 2002/2, s. 39); BAYGIN, Cem : "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme,Boşanma Ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler" (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan,Çilt.II, İstanbul 2003,s. 448),s.445; ZEVLİLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA , Emre : Medeni Hukuk , Ankara 2000, s. 922; DEMİR, Sevgi: Aile Hukuku, Kartal Yayınları,Ankara 2004, s. 45; PETEK, Hasan: "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65 ,Temmuz 2000, s. 12), s. 53

2 Öztan, s. 478; Petek, s. 53; Kicalioğlu, s. 38; Baygin s. 445

için tek başına yeterli olmayan davranışlar olarak anlaşılması gerekir.³

Açılmış olan boşanma davasının reddedilmesi veya hakimin ayrılığa karar vermesi durumunda, taraflar maddi ve manevi tazminat talep edemezler. Bu talepler ancak tarafların boşanmasına karar verilmesi halinde karara bağlanır. Kanun koyucu, boşanmadan kaynaklanacak olan zararların kısmen de olsa giderilebilmesi için , belli şartların gerçekleşmesi halinde dava yoluna başvurulabileceğini ön görmektedir.⁴ Boşanma ile eş, mal rejimiyle sahip olacağı hakları, ayrıca evlilik birliği devam ederken sahip olduğu nafakayı kaybeder. Bu davalar, tazminat davaları ve yoksulluk nafakası talebi davasıdır. Tazminat davalarının temelini, boşanma nedeniyle ortaya çıkan zararların denkleştirilmesi oluştururken, yoksulluk nafakasının temelini, evlilik sonrası dayanışma teşkil eder.⁵

A. TARAFLARIN MADDİ TAZMİNAT TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI

a. Maddi Tazminat Talebi

Eski medeni kanunda boşanma dolayısıyla maddi tazminata hükmedebilmek için, tazminat talebinde bulunan tarafın kusursuz olması gerekiyordu. Ancak açılan boşanma davalarında eşlerden birinin tamamen kusursuz olması çok nadir karşılaşılan bir durumdur. Özellikle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davalarında, her iki eşin de az çok kusurlu olma olasılığı vardır. Tazminat talep eden eşin mutlak kusursuzluğunu aramanın, tazminat taleplerinin alanını çok daraltacağı ve istisnai hallere indirgeyeceği düşüncesi ile mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen, daha az kusurlu tarafın da tazminat davası açabilmesine imkan tanınmıştır

3 Baktır, s. 123; ERTAŞ, Şeref / KOÇ, Nevzat : Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002, s. 266; YİBK, 22.1.1998 ,1986/5 (ŞENER, Esat : Uygulama Ve Teoride Boşanma, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 803)

4 Kıcaloğlu, s. 40

5 2 HD, 6.5.1998, 4232/5418; 2. HD, 5.5.1998, 2503/5984 (ÖZUĞUR, Ali İhsan: Boşanma Ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, Boşanma s. 985) Öztan, s. 478

(TMK m. 174/1) Bu çerçevede tazminat talep eden tarafın kusuru bulunmakla beraber, onun davranışları evlilik birliğinin ortadan kalkmasına sebep olan diğer olaylara oranla ikinci derecede kalıyor veya bir takım kıskırtmaların tahriklerin basit birer karşılığı olmaktan öte bir şey değilse o daha az kusurlu sayılır. Fakat, bu durumda hakim tazminat talep eden tarafın boşanma sebebindeki ortak kusurdan dolayı BK'nın 44. maddesini uygulayarak tazminat miktarında indirim yapabilir.⁶

Türk Medeni Kanununun 174/1 maddesine göre boşanma halinde tazminata karar verilebilmesi için, ortada bir zararın bulunması gerekir. Eşin boşanma yüzünden mevcut yada ileride doğurması beklenen bir zararı yoksa maddi tazminat söz konusu olmayacaktır. Kusursuz yada boşanmaya neden olmayacak derecede az kusurlu olan eş, boşanma halinde mevcut veya beklenen maddi anlamdaki çıkarlarının zarar görmüş olması halinde kusurlu eşten uygun bir maddi tazminat isteyebilecektir. Bu nedenle maddi tazminat talep edilebilmesi için; ya ortaya bir zarar çıkmış olmalı ya da ileride çıkması ihtimali bulunmalıdır.⁷

Evlilik birliği sürerken bir eşin diğer eşe yaptığı maddi yardımlar ile alınmış mallar nedeniyle doğmuş zararları için açacağı dava gerçekte bir alacak davasıdır. Bu özellikteki alacaklar ise, TMK'nın 174/1. maddesinde düzenlenmiş maddi tazminat davasının kapsamına girmez. Söz konusu olan alacaklar, TMK'nın 174. maddesine dayanılarak istenemez. Alacağın dayanağı gösterilerek boşanma davası ile birlikte yada cevap süresi içinde karşı dava olarak veya açılacak ayrı bir dava ile harcı da yatırılmak süratiyle dava konusu edilmelidir.⁸

6 Öztan, s. 478; "Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini belirtmiştir." (2.HD,06.12.2004,2004/14707.E; YYK)

7 AKINTÜRK, Turgut : Medeni Hukuk, 9.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 288; Baygın,s.445;Kıcalıoğlu, s. 43; ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Beşir / GÖKYAYLA , Emre : Medeni Hukuk , Ankara 2000, s. 922; Öztan, s. 480; YALÇINKAYA, Namık / KALELİ, Şakir : Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, 2. Baskı, Türk Hava Kurumu Basım evi, Ankara 1988, s. 1785

8 Öztan, s.484; Akıntürk, s. 294; Kıcalıoğlu, s. 42; Baygın, s. 445; Baktır, s. 132; Demir, s. 45; Oğuzman/Dural, s. 175; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku , 5. Basi, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965, s. 257; Feyzioğlu, s. 315

Yargıtay İċtihadı Birleştirme Kurulu, evlenme akdiyle birlikte, evlenmenin ölüm veya boşanma ile ortadan kalkması halinde, kocanın kariya ödemelerde bulunacağına dair yapılan anlaşmayı hükümsüz kabul ederken,⁹ boşanma sırasında yapılan maddi tazminata ilişkin anlaşmanın, hakim onayıyla geçerli olacağını belirtmiştir. (TMK m. 184)¹⁰

aa. Maddi Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Hakim, maddi tazminata toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verebilir.¹¹ İrat biçiminde ödenen tazminat, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi yada taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde alacaklı tarafın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması yada haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır.

Tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, iradın arttırılması yada azaltılmasına karar verilebilir. Hakim, talep halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen tazminatın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre, ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.¹²(TMK md.176) Gerçekte nafaka için geçerli olan TMK 176. maddesindeki bu hükümlerin maddi tazminata da uygulanmasının hüküm altına alınması yerinde bir düzenleme değildir. Zira, davalı tarafın kusurlu davranışıyla davacıya verdiği maddi tazminat bir miktar olarak belirlenmeli ve davalı bunu ister toptan, isterse irat biçiminde arttırılarak ödeyebilmelidir. Bu hükmedilen maddi tazminatın davalının evlenmesi ile yada ölümü ile sona ermesi

9 2. HD 10. 07.1997 5665/8045 "Evlenme ve nişanlanma töreni için yapılan giderler ile hediyeler boşanmanın ferii niteliğinde bir hak ve alacak olmadığından maddi tazminat olarak istenemez" (Kıcalioğlu, s. 42)

10 YİBK 12.9.1962 2/23-43 (Baktır s. 126)

11 Özkan, Hasan:Asliye Hukuk Davaları Ve Tatbikatı, Ankara 1996, s. 509;" Boşanmanın eki niteliğinde hükmedilecek tazminatların ödeme biçimi Türk Medeni Kanununun 176. maddesinde açıklanmış olup, maddi tazminatın toptan veya irat biçiminde, manevi tazminatın ise sadece toptan olarak ödenmesine karar verilebilir." (2.HD, 27.04.2004, 2004/4597.E.; YYK)

12 Boşanma sonucu eşlerden birisi, diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. Mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak " kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir." (2.HD, 11.02.2003, 2003/15913. E.; YYK)

doğru değildir. Bu tür tazminatların ödenmesi ancak özel nedenlerle ve süreli olarak, mesela, çocuğa bakmak için yada eşi istediği için işten çıkan eşe, iş buluncaya yada aynı nedenlerle okulunu yarım bırakan eşe tahsilini tamamlayıncaya kadar verilmelidir.¹³

bb.Eşit Kusur Durumunda Tazminat Talebi

Boşanmada her iki eşin kusurlarının eşit olması halinde, TMK'nın 174/1. maddesine dayanarak maddi tazminat davası açma yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Yargıtay bir kararında eşlerin eşit kusurlu olması halinde maddi tazminat istenemeyeceğini belirtmiştir. Aynı şekilde, evlilik birliği tarafların kusurlu sayılmayacağı bir nedenle; mesela, evlilik akıl hastalığından dolayı son bulmuşsa, taraflar maddi tazminat talep edemezler.¹⁴ Aynı şekilde, ayrılık halinde ve fiili birleşmelerde talep edilemez.

Aile mahkemesindeki boşanma davasında tarafların maddi tazminat taleplerinin karara bağlanmasında hakim, aile mahkemesi bünyesinde bulunan uzmanlardan görüş ve raporlar alındıktan sonra, her iki tarafın sosyal ve mali durumunu, evliliğin süresini, eşlerin boşanmadaki kusur derecelerini, ihlal edilen yararları eşlerin yaşlarını, çalışma yeteneklerini ve zararın ağırlığını göz önünde bulundurarak uygun bir maddi tazminata hükmeder.¹⁵

13 2. HD, 19.3.1996,1809/2806 (Baktır, s.124);Oğuzman/Dural, s.148;Öztaş, s.490; Akıntürk, s. 290; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 967

14 Baktır, s. 124; Kıcaloğlu, s. 48; KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim : Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 193;2. HD, 9.3.1993, 1030/2321"Davalı hukuk fakültesinde okurken, kocanın verdiği güven sonucu okulunu bıraktığı anlaşılmaktadır. Geçimsizlikte kusuru yoktur.beklenen menfaati boşanma sonucu halele uğramıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece kadın yararına bir tazminat verilmesi zorundadır"(Özkan, s. 518) ;2. HD, 5.3.2003, 1755/2962 (KARAGÜLMEZ, Ali / URAL, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003 , s. 225)

15 Kıcaloğlu, s. 44; Öztaş, s. 481; Oğuzman/Dural, s. 144; 2. HD, 7.5.1998, 3679/5484 (Öztaş, s. 985); Köprülü/Kaneti, s. 192 ;2.HD, 7.5.1988, 3679/5484 (Öztaş, s. 985); Köprülü /Kaneti, s. 192; Feyzioğlu, s.404; Tekinay, s. 259; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1787; Dikmen, s. 135

cc.Maddi Tazminatın Talep Şekli

Maddi tazminat, boşanma davası ile birlikte istenebileceği gibi boşanma davasının her aşamasında yazılı olarak verilecek dilekçe ile sözlü olarak tutanağa yazdırılarak ya da açılacak ayrı bir dava ile de istenebilir. Boşanma davasına dayanılarak maddi tazminat isteminde bulunmak kişiye bağlı haklardan olduğu için yalnızca hak sahibi olan kişi tarafından ileri sürülebilir. Bu yüzden maddi tazminat isteminde bulunan taraf yargılama aşamasında bu hakkının bir kısmından yada tamamından vazgeçebilir.¹⁶

b.Maddi Tazminatın Talep Süresi

Maddi tazminat talebi, boşanma davasının fer'i sonuçlarından olduğundan boşanma davasının her aşamasında istenebileceği gibi, boşanma kararından sonra da¹⁷ zamanaşımı süresi içinde talep edilebilir. Zamanaşımı süresi ise, tazminat isteminin dayanağı haksız fiil olduğundan bir yıldır. TMK'nın 178. maddesinde evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan tüm dava hakların, boşanmanın kesinleşmesinden sonra geçecek bir yıllık süre içinde zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.¹⁸

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, 74. maddesindeki "Taleple Bağlılık İlkesi" uyarınca tazminat belirlenirken, istem miktarı aşılmaz. Maddi tazminat yabancı para esas alınarak istenemez. Maddi tazminat, boşanma davasının fer'i sonucu olduğundan, boşanma davasının kesinleşmesiyle belirgin ve istenebilir bir alacak haline gelir. Bu nedenle maddi tazminat için faiz istenmesi halinde; boşanma kararının

16 Akıntürk,(boşanmanın), s. 187; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1792; Öztan, s. 489; Feyzioğlu, s. 315; Velidedeoğlu, s. 257; Tekinay, s. 261; 2. HD, 19.3.1996, 2-225/352 (YKD, 1996, S. 10, s. 1550-1551)

17 Kıcalıoğlu, s. 47-48

18 YİBK, 198615/19881-1,"Boşama kararının kesinleşmesinden sonra kusursuz eş (Yeni TMK değişikliği ile az kusurlu eş de) boşanmaya neden olmuş olaylara dayanarak maddi ve manevi tazminat davası açabilir." (Kıcalıoğlu, s. 48 dn. 10)

kesinleşmesinden itibaren tazminata faiz uygulanır.¹⁹

B. TARAFLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI

a. Manevi Tazminat Talebi

Eski Medeni Kanun, boşanma dolayısıyla manevi tazminat talebini, boşanmaya sebebiyet veren olayların, talepte bulunan tarafın kişilik haklarını ağır şekilde ihlal etmiş olması şartına bağlanmıştır. Bu çerçevede kişilik değerlerinde meydana gelen her zarar, manevi tazminat istemine imkan tanımıyordu. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için, boşanmaya neden olan olaylar, kişinin ruhsal sağlığını ve esenliğini derinden etkilemiş olmalı, yaşama zevk ve sevincini azaltmalı yada onu kimsenin yüzüne bakamayacak veya toplum içine çıkılamayacak duruma düşürmeliydi.²⁰ Yeni Türk Medeni Kanunu ise, manevi tazminat bakımından talepte bulunanın kişilik hakkına tecavüzde bulunulmasını yeterli görmüş, manevi zararın ağırlığı koşulunu aramamıştır.(TMK m. 174/2) Tazminat talep eden eşin, boşanma nedeniyle ortaya çıkan durumlar karşısında, kişilik hakkının saldırıya uğramış olmasını yeterli görmüştür.²¹

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için, manevi tazminatı talep eden eşin, tamamen kusursuz olması şart değildir. (TMK m. 174/1) Bir eşin kusuru, boşanma kararının verilmesine yeterli değilse, bu eş manevi tazminat isteyebilecektir. Manevi tazminatta kusur unsuru, TMK

19 AKINTÜRK, Turgut: "Boşanmanın Hukuki Sonuçları" (AÜHF 50. yıl Armağanı, C.I. ,Ankara 1977, s. 179); 1996, S. 10, s. 1550), (Boşanmanın), s. 190; Gönensay, s. 103; İnal, s. 115; Tekinay, s. 256; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 930; ESENER, Turhan : " Boşanmadan Mütevellit Maddi Manevi Zararın Tazmini", (AHFD), (AHFD, 1951, C.VII ,S. 3-4, s. 655); Oğuzman/Dural, s.145; Baygın, s. 447

20 Öztan, s. 492; Kıcaloğlu, s. 47; Akıntürk, s. 290;2. HD, 19.3.1996, 1809/2806 (Öztan, s. 492 dn. 880);2. HD, 24.9.1998, 8358/9790, (YKD, 1998, S. 11, s. 1615)

21 Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 977; Oğuzman/Dural, s. 145;"Tarafların ilk boşanma davasının reddedilmesinden sonra bir araya gelip barıştıkları ve evlilik birliğini 3-4 ay kadar devam ettirdikleri, ikinci açılan boşanma davasında verilen kararlarla hükmen belirlendiğine göre, bir araya gelip evlilik birliğinin devam ettirilmiş olması, önceki olayların hoşgörüle karşılandığını gösterir. Bundan sonra da kocanın kadının kişilik haklarına tecavüz niteliğinde maddi bir hadise bulunmamaktadır. Bu bakımdan kadın lehine manevi tazminat takdiri usul ve yasaya aykırıdır."(2.HD, 15.02.2005, 2005/1024.E,YYK)

174/1. maddesinde düzenlenmiş olan maddi tazminatla şartları ile aynıdır. Manevi tazminat talep edebilmek için, bir manevi zararın mevcudiyeti şarttır.²²

Eski medeni kanunun 143. maddesinde açıkça kusursuz eşin tazminat isteyebileceği hükmü yer almaktaydı. Yeni TMK 174/1. maddesinde tazminat talebi için kusursuz olma şartını kaldırarak, tazminat için istemde bulunabilmek için, davalının kusurlu olması yeterli görülmüştür. Madde gerekçesinde ise, davalı tarafın kusurlu olmasının arandığı olaylarda davacının kusursuz olması gerekeceği için, davacının kusursuz olması koşulunun maddede yer almasına gerek görülmediği belirtilmiştir. Böylece TMK 174/1. Hükmü, 3444 sayılı kanunla, BK. 49. maddesinde yapılan düzenleme ile uyumlu hale getirilmiştir.

Davranışları ile boşanmaya sebep olmuş, aynı zamanda eşinin manevi varlığının zedelenmesine de yol açan tarafın kusurunun ağır olup olmadığı önemli değildir. Önemli olan manevi zarara yol açan eşin davranışlarında kusurlu olmasıdır. Her ne kadar TMK'nın 174/1. maddesinde "kusur" konusu belirtilmemişse de, TMK 174/1. maddesindeki maddi tazminat için aranan şartlar burada da geçerlidir.²³

aa. Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Hakim, manevi tazminat miktarını tarafların durumunu nazara alarak takdir edecektir. Manevi tazminatın uğranılan zararlar orantılı olması ve ayrıca manevi tazminata mahkum edilen taraf, ekonomik çöküntüye düşmemelidir. Bunun için hakim manevi tazminata hükme-derken, TMK'nın 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesini göz önünde tu-

22 SAYMEN, Ferit Hakkı: "Kimler Manevi tazminat Talep Edebilir?" (Manevi) (İHFM, 1940, S. 1, s. 128; Tekinay, s. 245; Öztan, s. 492; Baygın, s. 445; Kıcaloğlu, s. 49; Akıntürk, s. 292; 2. HD, 7.4.2003, 1672/5064 (Karağülmez/Ural, s. 227); 2. HD, 23.10.1997, 10183/11282 (Öztan, s. 492, dn. 88)

23 Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 975; Saymen, (Manevi), s. 139; Öztan, s. 493; 2. HD, 11.3.1999, 151/224 (Özuğur, s. 1026); 2. HD, 14.4.1999, 1321/3534 (Özuğur, s. 1027); "Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumlarına, paranın alım gücüne, kişilik haklarına, özellikle aile bütünlüğüne yapılan saldırının ağırlığına, manevi tazminat isteyen boşanmaya yol açan olaylarda ağır ya da eşit kusurlu olmadığı anlaşılmasına nazaran kadın yararına hükmolunan manevi tazminat azdır." (2. HD, 04.09.2004, 2004/7226.E; YYK)

tar.²⁴ Hakim, manevi tazminat miktarını belirlerken, zararın ağırlığını, oluş biçimini, kusur oranını, tarafların sosyal durumlarını, ekonomik durumlarını, yaşlarını, evliliğin devam süresini ve olayın diğer özelliklerini göz önünde tutar. Aynı şekilde toplumun geleneklerini değer yargılarını, adalet anlayışını, hakkaniyet kuralını ve ülkenin sosyal ve ekonomik şartlarını da göz önünde tutmalıdır.²⁵ Ayrıca hakim, aile mahkemesinin bünyesinde bulunan uzmanların rapor ve görüşlerini de dikkate alarak uygun bir manevi tazminata hükmeder.

Maddi tazminatın ödenmesine toptan yada irat biçiminde ödenmesi için karar verilebilirken; manevi tazminat sadece toptan ödenmesi için karar verilebilir. TMK'nın 476/1. maddesinde, manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ve ayrıca TMK'nın 174/1. maddesine göre manevi tazminat olarak belli bir paranın ödeneceği belirtilmiştir.

bb. Manevi Tazminatın Talep Edilme Şekli Ve Süresi

Manevi tazminat, boşanma davası ile birlikte istenebileceği gibi boşanma davası karara bağlanıp hüküm kesinleştikten sonrada ayrı bir dava ile de talep edilebilir. Eski medeni kanunda bulunmayan, ancak yeni TMK'nın 178. maddesinde getirilen yeni düzenlemeye göre, evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasından doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, dava yoluyla ileri sürülebilecektir.²⁶ Yeni TMK'nın getirdiği bu yeni düzenlemeden önce, bu konuda doktrinde farklı görüşler söz konusuydu. Aynı şekilde Yar-

24 Tekinay, s. 245, SAYMEN, Ferit Hakkı / ELBİR, Halit Kemal: Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 160; Oğuzman/Dural, s.145; Zevkililer/Acabey/Gökyayla s. 977; Velidedeöğlu, s. 259; Saymen, (Manevi), s. 160; Akıntürk, s. 292; Kıcaloğlu, s. 50

25 Antalya,Gökhan: Medeni Hukuk Uygulamaları, İstanbul 2000, s. 22; Zevkililer/Acabey/ Gökyayla, s.975; Tekinay, s.262;Köprülü/Kaneti, s.194; Yalçinkaya/Kaleli s. 1795;2. HD, 10.3.2003 ,2009/3128 (Karagülmez/Ural, s. 230)

26 Öztan, s. 496; Feyzioğlu, s.406;Tekinay s.262; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s.978; Yalçinkaya/Kaleli, s.1795; Oğuzman/Dural, s.145; 2.HD, 4.3.2003, 1031/2865 Karagülmez/Ural, s. 227); " Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakkının boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Zamanaşımı definin davaya cevap süresi içersinde ileri sürülmesi halinde incelenmesi imkan dahilindedir." (2.HD,10.05.2004, 2004/5317.E; YYK)

gıtay'da da tam bir görüş birliği söz konusu değildi. Bu yeni düzenleme ile görüş ayrılıkları giderilmiştir.²⁷

C. TARAFLARIN YOKSULLUK NAFAKASI TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI

a. Yoksulluk Nafakası Talebi

Yoksulluk nafakası da maddi ve manevi tazminat gibi boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olan ve ancak tarafların talep etmesi halinde karara bağlanabilir.²⁸ Boşanmadan sonra ödenecek olan bu nafaka, bir bakıma evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğindedir. TMK'nın 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakası, boşanma sonucunda yoksulluğa düşen eşe, mali durumu iyi olan eş tarafından yardım edilmesini öngörür. Burada kanun koyucunun amacı, boşanmada kusursuz yada az kusurlu olan eşin yoksulluğa düşmesini önlemektir. Yoksulluk nafakası hiçbir zaman maddi tazminattan fazla olmaz. Çünkü yoksulluk nafakasına mevcut veya ileride doğacak haklar ve diğer mameleki haklar dahil değildir.²⁹

27 Kıcaloğlu, s. 51; Öztan, s. 496; Oğuzman/Dural, s. 145; Baktır, s. 125; Zevkiler/Acabey / Gökyayla, s. 979; Baygın, s. 447; 2.HD, 05.07.2004, 7501/8917 (YYK)

28 "Mülga Kanun döneminde bir kısım yazarlar maddi ve manevi tazminat taleplerinin boşanma davasının devamı sırasında ileri sürülmesi gerektiğini, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bu talebin ileri sürülmesinin mümkün olmadığını savunmuşlardır." (Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1803; AKGÜN, Zerrin : Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949, s. 112; Köprülü/Kaneti, s. 196; Velidedeoğlu, s. 258; Saymen/Elbir, s. 279) "Buna karşılık bazı yazarlarda kesinleşen boşanma ilamından sonrada maddi ve manevi tazminatın istenebileceği savunmuşlardır." (Zevkiler /Acabey /Gökyayla, s. 930; Akıntürk, (Boşanma), s. 190; Esener, (AHFD), s. 655; Tekinay, s. 256; Yargıtay'da doktrindeki görüş ayrılıklarının da etkisi ile bu konuda vermiş olduğu kararlarda istikrar sağlayamamıştır. Bu nedenle Yargıtay, kararlar arasındaki çelişkinin giderilebilmesi için içtihadı birleştirme yoluna gitmiş ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu aldığı bir kararla, kusursuz eşin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da maddi –manevi tazminatın istenebileceğini ve bunun için ayrı bir dava açılabilceğini belirtmiştir(YİBK, 22.1.1998, 5/1 (YKD, 1988/8 ,s. 1031-1057); DALAMANLI Lütü / KAZANCI, Faruk: Türk Medeni Kanunu, 2.Cilt, İstanbul 1991, s. 319-339

29 Öztan, s. 496; ÖZUĞUR, Ali İhsan : Nafaka Hukuku, Ankara 2002, (Nafaka), s.197; Feyzioğlu, s. 399; 2. HD, 18.6.1991, 5363/9459 (Şener, s. 540);" Davalının mal varlığı bulunmadığı gibi, belirlenen geliri onu yoksulluktan kurtaracak düzeyde değildir. Boşanmaya neden olan olaylarda davalı tamamen kusursuz olup, önceki yaşam koşullarına göre yoksulluğa düşeceği de belirlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi koşulları da oluşturur.

TMK'nın 175.maddesine göre yoksulluk nafakasının talep edilebilmesi için, talep eden eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşmüş olması ve ayrıca talep eden eşin kusursuz yada nafakayı talep ettiği eşine oranla daha az kusurlu olması gerekir. Nafakayı ödeyecek olan eşin kusurlu olup olmaması önemli değildir. Nafaka yükümlüsü, boşanmada kusursuz da olsa, şartlar gerçekleşmişse nafaka ödemekle yükümlü tutulur. Mesela, boşanmaya sebebiyet veren eşin, akıl hastası olması halinde de kendisinden yoksulluk nafakası istenebilecektir. Aynı şekilde, eşler eşit kusurlu olmaları durumunda, yoksulluğa düşecek eş nafakayı talep edebilir.³⁰ Boşanma davasında, taraflar boşanmanın fer'i hükümlerinin kendilerine verdiği imkana dayanarak yoksulluk nafakasının miktarını ve süresini kendi aralarında belirleyebilirler. Bu anlaşmanın geçerli olması hakimnin anlaşmayı onaylamasına bağlıdır. (TMK md.184/5)³¹

Anlaşmalı boşanmada hak sahibi olan tarafın, yoksulluk nafakası istemediğini açıkça beyan etmesi halinde, daha sonra yoksulluk nafakası isteyemez. Ancak anlaşmalı boşanmada eşin yoksulluk nafakasına ilişkin haklarını kullanmamış olması, boşanma sonrasında yoksulluğa düşmemiş olduğu yolunda bir karine oluştursa da ortada kesin bir şey yoktur. Boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmüş olan eş, bu durumunu sonradan saptarsa yoksulluk nafakasına hak kazanacaktır.

Nafakanın ödenmesi boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeğe başlar. Karar kesinleşinceye kadar, nafakayla ilgili bir talep söz konusu değildir.³²

ğundan mevcut geliri de nazara alınarak uygun yoksulluk nafakası takdiri gerekir."(2.HD, 25.5.2005, 2005/6086.E; YYK)

30 Hamzaçebi, s.34;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 981;2HD,14.04.2004,3807/4741(YYK)

31 Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 982.; Öztan, s. 500; Feyzioğlu, s. 398; Baktır, s. 126; 2. HD, 4.11.1998, 10182/11805 (Özguç, s. 917);2. HD, 28.1.1971, 4797/622 (İKİD, 1972-75, no: 59)

32 Öztan,s. 497; HAMZAÇEBİ, Mehmet: "Türk Medeni Kanuna Göre Boşanma Ve Ayrıntık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası" (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt.10,sayı.3-4,Yıl.2002,s.25),s.35

b. Yoksulluk Nafakasının Miktarının Belirlenmesi

Hakim nafakaya hükmederken, tarafların sosyal durumları ve olağan asgari kazanç olanaklarını nazara alacaktır. Tabii bunun içinde yine aile mahkemesi hakimi, mahkemede çalışan uzmanlardan yardım isteyebilecektir.³³ Yoksulluk nafakası ayın olarak ya da nakit biçiminde ödenmesi mümkündür. Hakim daha çok nafakanın irad biçiminde ödenmesine karar vermektedir. Nafakaya irad biçiminde hükmolunması halinde, BK 43/I maddesine göre, borçludan teminat alınmalıdır. Aynı şekilde taraflar yapacakları bir anlaşmayla hakiminde onaylaması şartıyla, nafakanın nasıl ödeneceğini kararlaştırabilir.³⁴

Yeni Türk Medeni Kanununun nafakaya ilişkin olarak getirmiş olduğu bu yenilik, hakimin talep halinde irat biçiminde ödenecek nafakanın gelecek yıllarda, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre ne miktarda ödenebileceğine karar verilebilmesidir. (TMK m. 176) Örneğin, hakim, nafaka miktarının her yıl toptan eşya veya tüketici fiyatları endeksindeki değişikliklere göre belirlenmesini sağlayacak bir karar verebilir.³⁵ Ancak nafaka borçlusunun gelirinde, Türk parasının uğradığı değer kaybına eş oranda bir artış meydana geleceği kuvvetle muhtemel görünmüyorsa, hakim böyle bir karar vermez. Çünkü yoksulluk nafakasının miktarı nafaka borçlusunun malı gücü ile orantılı olmak zorundadır.³⁶

c. Yoksulluk Nafakasının Ortadan Kaldırılması

Yoksulluk nafakasına irat biçiminde hükmedilmesi halinde, nafaka alacaklısının biriyle fiilen evliymiş gibi yaşaması veya yoksulluğunun ortadan kalkması yada haysiyetsiz hayat sürmesi halinde, mahke-

33 Özüğür,(Nafaka),s.199;FeYZioğlu, s. 399; ÖZtan, s. 497

34 Baktir, s. 126

35 Oğuzman/Dural, s.147;ÖZtan, s.504-505;Baktir, s.126;FeYZioğlu s.400; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 982

36 SİRMEN, Lale: Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme Ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, (Hukukta Kadın Sempozyumu), 2. Bası, Ankara 2000, s. 88-89;Baygın, s. 446; Baktir, s. 127; Kılıçoğlu s. 23; ÖZtan, s. 507; Özkan, s. 616

me kararıyla nafakanın kaldırılmasına karar verilebilir. Buna karşılık, nafaka alacaklısının evlenmesi veya taraflardan birinin ölümü ile nafaka kendiliğinden ortadan kalkar. (TMK m. 176/3) Aynı şekilde tarafların mali durumunun değişmesi veya hakkaniyet gerektirdiği takdirde, yine nafakanın azaltılması veya artırılması mahkemeden istenebilir.³⁷

d. Yoksulluk Nafakasında Yetkili Mahkeme

Yeni Türk Medeni Kanunu ile getirilen diğer bir yenilikte, nafaka alacaklısına kolaylık olması amacıyla, nafaka davasının nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesidir. Böylelikle uygulamada çok cüzi nafaka istemleri dolayısıyla genellikle ekonomik ve mali açıdan güçsüz durumda olan nafaka alacaklılarının masraf yaparak nafaka yükümlüsünün bulunduğu yer mahkemesinde dava açmak zorunda kalmaları nedeniyle uğradıkları mağduriyet önlenmek istenmiştir.³⁸ (TMK md. 177)

e. Yoksulluk Nafakasının Talep Edilme Süresi

Yoksulluk nafakası da, maddi ve manevi tazminatta olduğu gibi boşanma davasıyla birlikte istenebileceği gibi dava devam ederken de talep edilebilir. Ayrıca boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde talep edilebilir. (TMK md. 178)³⁹

Yoksulluk nafakası, irat şeklinde karara bağlanmazsa, yoksulluk nafakası, aile hukukuna ilişkin olduğu gibi zamanaşımına da uğramaz. Ancak yoksulluk nafakası, irat biçiminde değil de, sermaye biçiminde karara bağlanmış ve nafakaya hak kazanan eş alacağı, muaccel olduktan sonra 10 yıl içinde bunu nafaka yükümlüsünden istememişse, bun-

37 Hamzaçebi, s.38, Baygın, s. 446; Özüğür, (Nafaka), s.200

38 Baktır, s. 127; Baygın, s. 446; Özüğür, (Nafaka), s.206

39 Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 983; Öztan, s. 508-509; , s.271; Feyzioğlu, s. 402

dan böyle sermaye şeklinde hükmedilen yoksulluk nafakası talep edilemez.⁴⁰

İrat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasında nafaka borçlusunun ölmesi durumunda, ödeme borcunun ölenin mirasçılarına geçip geçmeyeceği husus tartışmalıdır. Bazı yazarlar yoksulluk nafakası borçlusunun ölümü üzerine artık nafakanın mirasçılarından istenemeyeceği görüşündedir.⁴¹ Bununla birlikte aksi görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır.⁴²

TMK'nın 175. maddesine göre yoksulluk nafakası, süresiz olarak istenebilir. Yoksulluk nafakası süreli istenmişse, bu istek açıklanmış ise hüküm kesinleştikten sonra yeniden yoksulluk nafakasına hükmedilemez.⁴³

D. İŞTİRAK NAFAKASININ BELİRLENMESİ

a. İştirak Nafakasının Resen Takdir Edilmesi

Boşanmanın gerçekleşmesi ile velayet kendisine verilmeyen eş, TMK'nın 182/1. maddesine göre, maddi gücü oranında bir nafaka vermekle yükümlü tutulmuştur. Doktrinde iştirak nafakası⁴⁴ olarak ifade edilen bu bakım ve eğitim giderlerine katılma nafakasını,⁴⁵ hakim kararında resen yer verir. Bu nafakanın miktarını da, çocuğun ihtiyaçları, ana babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri ile çocuğun gelirini göz

40 Öztan, s. 509; Oğuzman/Dural, s. 145; Zevkliler/Acabey/Gökyayla .s. 983; Baygın, s. 446

41 Öztan, s. 509; Özüğür, (Nafaka), s.207

42 Velidedeoğlu, s. 264

43 Tekinay, s. 271; Feyzioğlu, s. 402;" Toplanan delillere göre davacı-davalı kadının düzenli bir gelirinin bulunmadığı ve boşanma ile birlikte yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi şartlarının gerçekleştiği nazara alınmalıdır."(2.HD,25.04.2005,2005/4837.E; YYK)

44 Akıntürk, s. 316; Tutumlu, s. 490; Köprülü/Kaneti, s. 200; Velidedeoğlu, s. 271; Tekinay .s. 280; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1957

45 Öztan, s. 474; 2. HD, 11.2.1992, 13599/1553, (Şener, s. 646)

önünde tutarak belirler.⁴⁶ Çocuğun geliri kendi ihtiyaçlarını karşılayacak durumda ise, iştirak nafakasına karar verilmez.⁴⁷ İştirak nafakasına ilişkin hükümler, çocukların korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkin olduğundan, hakim tarafların bir talebi olmasa bile, resen bu hususta karar vermek zorundadır.⁴⁸ Aile mahkemesi hakimi, nafakayı belirlerken sosyal çalışmacılardan rapor isteyebilir.

b. Lehine İştirak Nafakası Verilecek Kişiler

Kural olarak, ana–babanın bakım ve eğitim giderlerine katılma borcu çocuğun ergin olmasıyla sona erdiği için, bunun gibi iştirak nafakasına ancak ergin olmamış çocuklar lehine verilebilir.⁴⁹ Ancak çocuk ergin olmasına rağmen, eğitimine devam ediyorsa, anne ve babanın durumu ve koşullara göre, kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür. (TMK md.328/1)⁵⁰ Ancak burada ödenen nafaka, hukuki mahiyeti itibariyle bir yardım nafakasıdır. (TMK md. 364)⁵¹

Taraflar yapacakları bir anlaşma ile nafaka miktarını kararlaştırabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerli olması için, hakimın yapılan anlaşmayı uygun bulması gereklidir. Aynı şekilde, taraflardan birinin nafaka ödemesi hususunda yapılan anlaşmanın geçerli olması içinde, ha-

46 TUTUMLU, Mehmet Akif : Evliliğin Butlanı, Boşanma ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s. 492; Baktır, s. 138; Öztan, s. 474; Zevkiler/Acabey/Gökayla, s. 943; Petek, 52; Tekinay, s. 280; Köprülü/Kaneti, s. 200;2. HD,27.9.1996, 8906/9286 (Tutumlu, s. 490);

2. HD, 8.4.1993, 3811/4107 (Tutumlu, s. 492)

47 Hamzaçebi, ,s.25;;2. HD, 6.10.1995, 737/9962 (Öztan, s. 474 dn. 800)

48 Özüğür, ,(Nafaka) ,s.121;Öztan, s. 474; Akıntürk,(Boşanma) , s. 202

49 Özüğür,(Nafaka),s.125; Baktır, s. 139; Feyzioğlu, s. 132 ;Velidedeoğlu, s. 273; Öztan, s. 475;YHGK, 1.10.1969, 2-677/720, (ABD, 1970, S. 1, s. 82)

50 Öztan, s. 475; Baktır, s. 139;YHGK, 23.11.1977, (Karagülmez/Ural, s. 242-245)

51 Akıntürk, s. 316; Tutumlu, s. 492; Zevkiler/Acabey/Gökayla, s. 943;2. HD, 6.5.1993, 4088/4755 (Tutumlu, s. 492)

Çocuk sakat veya çalışamayacak durumdaysa ergin olduktan sonra kendisine iştirak nafakası yerine TMK'nın 364. maddesine göre, yardım nafakası ödenir(Akıntürk, s. 316)

kimin onayı şarttır. Yani taraflar mahkeme dışı sulh yoluna başvuramazlar.⁵²

c. İştirak Nafakasının Ödenmesi ve Artış Usulü

Bakım ve eğitim giderlerine katılım nafakası, TMK'ya göre kural olarak her ay peşin ödenir. Hakim, istem halinde irad biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir. (TMK md. 182/son) Bu durumda ayrıca nafakada değişiklik yapılması için dava açılmasına gerek kalmaz. Mesela, kararda nafakanın çocuğun yaşı ve enflasyonla birlikte artacağı öngörülebilir.⁵³ Çocuk ana babadan alınıp üçüncü bir kişiye verilmişse, her iki eş de iştirak nafakası vermekle yükümlüdür.⁵⁴

SONUÇ

Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi, boşanma kararının verilmesinin ardından eşlerden birinin zarar görmesi esasına dayanmaktadır. Buna göre, bu maddenin birinci fıkrası, geniş anlamda mal varlığından meydana gelen zararları; ikinci fıkrası ise, kişilik haklarının ihlalden doğan manevi zararları içermektedir. Eşin mal varlığında bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığına; eşin mal rejiminin tasfiyesinden sonra ne elde ettiğinin belirlenmesinden sonra, karar verilir.⁵⁵ Türk Medeni Kanunun getirdiği düzenlemeler uyarınca, boşanma halinde, maddi ve

52 Hamzaçebi, s.38; Öztan, s. 475; "Tarafların iştirak nafakasına ilişkin düzenlemelerine müdahale edilmesi ve tarafların bu konuda da anlaşmaları yada hakimin önerisini kabul etmeleri halinde Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesi, anlaşamamaları halinde, delillerin Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddeler uyarınca değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekir."(2.HD, 12.05.2005,2005/5501.E;YYK)

53 Baktır, s. 139; Öztan, s. 476; 2. HD, 30.5.1985, 5087/5283, "iştirak nafakası boşanma hükümetini kesinleştirdiği tarihten itibaren hüküm ifade eder."(Yalçınkaya/Kaleli, s. 1569)

54 Velidedeoğlu, s. 272; Bahar, s. 1013; Tarafların hakim huzurunda müşterek çocuk için iştirak nafakası takdir edilmemesi yolundaki beyanları boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra, velayet kendisine verilen tarafın ileriki yıllarda iştirak nafakası istemesine engel olmaz. Tarafların anlaşmalarındaki bu yöne ilişkin müdahale yerinde değildir."(2.HD,10.01.2005, 2004/14860.E; YYK)

55 Öztan, s. 478; Petek, s. 53; Kicaloğlu, s. 38; Baygın s. 445

manevi tazminat talebinde bulunan tarafın, mutlak anlamda kusursuz olması şartı kaldırılarak daha az kusurlu olan tarafa da dava açma hakkı tanınmak suretiyle, davacı tarafın daha az kusurlu olması yeterli görülmüştür. Böylelikle eski medeni kanunda ancak kusursuz eşin talepte bulunabildiği maddi ve manevi tazminatı, az kusuru bulunan tarafında isteyebilmesi mümkün hale gelmiştir.

Eski Medeni Kanun, boşanma dolayısıyla manevi tazminat talebini, boşanmaya sebebiyet veren olayların, talepte bulunan tarafın kişilik haklarını ağır şekilde ihlal edilmiş olması şartına bağlanmıştı. Bu çerçevede kişilik değerlerinde meydana gelen her zarar, manevi tazminat istemine imkan tanıyordu. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için, boşanmaya neden olan olaylar, kişinin ruhsal sağlığını ve esenliğin derinden etkilemiş olmalı, yaşama zevk ve sevincini azaltmalı yada onu kimsenin yüzüne bakamayacak veya toplum içine çıkılamayacak duruma düşürmeliydi. Yeni Türk Medeni Kanunu ise manevi tazminat bakımından talepte bulunanın kişilik hakkına tecavüzde bulunulmasını yeterli görmüş, manevi zararın ağırlığı koşulunu aramamıştır.(TMK m. 174/2) Tazminat talep eden eşin, boşanma nedeniyle ortaya çıkan durumlar karşısında, kişilik hakkının saldırıya uğramış olmasını yeterli görmüştür.

Eski Medeni Kanunda bulunmayan, ancak yeni TMK'nın 178. maddesinde getirilen yeni düzenlemeye göre, evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasından doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde, dava yoluyla ileri sürülebilecektir. Yeni TMK'nın getirdiği bu yeni düzenlemeden önce bu konuda doktrinde farklı görüşler söz konusu idi. Aynı şekilde Yargıtay'da da tam bir görüş birliği söz konusu değildi. Bu yeni düzenleme ile görüş ayrılıkları giderilmiştir. Buna göre maddi ve manevi tazminat ile nafakaya ilişkin haklar, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde ayrı bir dava ile istenebilecektir.

Yeni Türk Medeni Kanunuyla getirilen diğer bir yenilikte, nafaka alacaklısına kolaylık olması amacıyla nafaka davasının, nafaka alacak-

lısının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilmesidir. Böylelikle uygulamada çok cüzi nafaka istemleri dolayısıyla genellikle ekonomik ve mali açıdan güçsüz durumda olan nafaka alacaklılarının masraf yaparak nafaka yükümlüsünün bulunduğu yer mahkemesinde dava açmak zorunda kalmaları nedeniyle uğradıkları mağduriyet önlenmek istenmiştir. (TMK m. 177)

KAYNAKÇA

AKGÜN, Zerrin: Boşanma Hukuku, Ahmet Halit Kitabevi, İstanbul 1949

AKINTÜRK, Turgut: Medeni Hukuk, 9.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2003

AKINTÜRK, Turgut: "Boşanmanın Hukuki Sonuçları" (AÜHF 50. yıl Armağanı, C.I ,Ankara 1977, s. 179); 1996, S. 10, s. 1550) (Boşanmanın)

ANTALYA,Gökhan: Medeni Hukuk Uygulamaları, İstanbul 2000,

BAKTİR, Selma: Aile Mahkemeleri,Yetkin Yayınları,Ankara 2003

BAYGIN, Cem: "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma Ve Evliliğin genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler" (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan,Cilt.II, İstanbul 2003,s. 448)

DALAMANLI Lütfü/KAZANCI, Faruk: Türk Medeni Kanunu, 2.Cilt, İstanbul 1991

DEMİR, Sevgi: Aile Hukuku, Kartal Yayınları,Ankara 2004

ERTAŞ, Şeref/KOÇ, Nevzat: Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002

ESENER, Turhan: "Boşanmadan Mütevellit Maddi Manevi Zararın Tazmini", (AHFD), (AHFD, 1951, C.VII ,S. 3-4, s. 655)

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986

HAMZAÇEBİ, Mehmet: "Türk Medeni Kanuna Göre Boşanma Ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası" (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.10, sayı. 3-4, Yıl. 2002, s. 25)

KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003

KICALIOĞLU, Mustafa: "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Halinde Maddi ve Manevi Tazminat" (ABD) (ABD, 2002/2, s. 39);

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1986

ÖĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001

ÖZKAN, Hasan: Asliye Hukuk Davaları Ve Tatbikatı, Ankara 1996

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2004

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Ankara 2002

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Boşanma Ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000

PETEK, Hasan: "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65 ,Temmuz 2000, s. 12)

SAYMEN, Ferit Hakkı: "Kimler Manevi tazminat Talep Edebilir?" (Manevi) (İHFM, 1940, S. 1, s. 128

SİRMEN, Lale: Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme Ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, (Hukukta Kadın Sempozyumu), 2. Bası, Ankara 2000

ŞENER, Esat: Uygulama Ve Teoride Boşanma, 2. Baskı, Ankara 1997

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.I, Aile Hukuku, 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1965

YALÇINKAYA, Namık/KALELİ, Şakir: Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, 2. Baskı, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk, Ankara 2000



TÜRKİYE'DE YABANCI MEZARLARI VE STRATEJİK YAKLAŞIMLAR

Zerrin TOPRAK (*)
Ahu KARAKURT (**)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, I.Yabancı Turistlerin Ülkemizde Yerleşme Eğilimlerinin Mekânsal Kullanıma Etkileri, II. Mezarlıklarla İlgili Yasal Durum, A. Dayandığı Mevzuat, B. Mezarlıklara İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yarattığı Hukuki Sonuçlar, Sonuç

GİRİŞ

Türkiye'ye son yıllarda giderek artan oranda iş, eğitim, siyasi amaçlı veya iklim değişikliklerinin zorlayıcı etkisi de olmak üzere çeşitli nedenlerle göç hareketleri görülmektedir. Belirtilen yurt dışından gelen nüfus hareketliliğinin bir boyutu kıyı yerleşim birimlerine dikkati çekecek kadar ve giderek artan oranlardaki emekli yabancı göçüdür. Uygun iklime dayalı turistik amaçlı başlayan ve giderek kabul edilebilir yaşam standartlarının cazibesıyla yerleşikliğe dönen yabancı emekli nüfus hareketleri farklı konular ile ilişkilendirilebilir. Emekli nüfusun "son durak turizmi" de denilebilecek bir yapı göstermesi ve yabancı yerleşiklere ülkemizde mezarlık yeri tahsis edilmesi ve hatta gömülme arzularını vasiyet olarak belediye idarelerine bildirmeleri, konuyu incelemeye değer hale getirmiştir. Bu çalışmada artan yabancı nüfus sayısı-

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İ.İ.B.F., Kamu Yönetimi Bölümü, Kentleşme ve Çevre Sorunları Anabilim Dalı .

** Araş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi, İ.İ.B.F., Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

na paralel artan yabancı mezarlıkları ile bu konudaki hukuki düzenlemelerin bütünleşik uyumunun stratejik sorgulaması yapılmıştır. Bu araştırma literatürde ilklerdendir, bu nedenle katkı getireceği düşünülmektedir.

I. YABANCI TURİSTLERİN ÜLKEMİZDE YERLEŞME EĞİLİMLERİNİN MEKÂNSAL KULLANIMA ETKİLERİ

Göç hareketleri radikal bir değişikliğe uğramıştır. Küreselleşmenin etkileri altında gerçekleşen nüfus hareketleri, göç alan ve veren her iki ülke için de iki yanlı değişime yol açmaktadır. Değişimin en önemli özelliği geleneksel olarak dışa göç veren ülkelerin göç alır duruma gelmesidir.

Türkiye özellikle son yıllarda giderek artan oranda kıyı yerleşimlerinde yabancı emekli göçleri ile karşılaşmaktadır. Göç nedenleri turizmin çeşitli tipleri olabildiği gibi iş, eğitim amaçlı veya iklim değişiklikleri ile politik baskıların zorlayıcı gücüyle(ilticalar) de oluşabilmektedir. Avrupa devletleri, ülkelerindeki sosyal maliyetlerin giderek yükselmesi nedeniyle, kendi vatandaşlarını başka ülkelerde yerleşme yönünde teşvik etmektedir. İçişleri Bakanlığı verilerine¹ göre Türkiye'de 202.085 yabancı ülke doğumlu kişi ikamet etmektedir. Bunlardan 26.575'i öğrenim amaçlı gelmiştir ve 22.720'si halen çalışmaktadır². 152.789 kişi de değişik sebeplerle Türkiye'de ikamet etmektedir. 2005 yılı verilerine göre Türkiye'de en fazla yabancı³ İstanbul'da (79.689

1 Şentürk Uzun, "Açılış Konuşması", *Yerel Gündem 21 İşbirliğinde Türkiye Doğumlu Olmayan Yerleşik Yabancılar*; Edit. Zerrin Toprak, İlim Kaya ve Gökhan Tenikler, İzmir YG21 Yayını, İzmir 2007, s.34-35.

2 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, B.05.1.EGM.0.13.31-İst. 17187-110913 sayılı ve 22.06.2005 tarihli yazıları

3 Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 yılında Cenevre'de yapılan toplantısında; "yabancı", bir devlet ülkesinde bulunan ve o devlet vatandaşlığını halen iddia etmeye hakkı olmayan kimse olarak tanımlamıştır; Tanımın Türkçe çevirisi için Bkz. Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Hukuki Durumu*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1963, s.8.; 2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun, "yabancıyı; " 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşı sayılmayan kişi" (4817, md.3) olarak tanımlamıştır. Türkiye'nin üyesi olduğu (1950), Avrupa Konseyi'nin yerel yönetimlerin demokratik gelişimleri ile ilgili Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi, Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Hayata Katılımına İlişkin Sözleşme hükümlerine göre; "yabancı uyruklu", devletin vatandaşı olmayan ve devletin sınırları içinde hukuksal açıdan bulunan kişileri ifade etmektedir (Yabancılar Sözleşme, md.2): <http://conventions.coe.int/Treaty/Commur/> (erişim.4.6.2007)

kişi) yaşamaktadır. İkinci sırada Ankara (12.981 kişi) ve üçüncü sırada Bursa (10.722 kişi) yer almaktadır. İzmir Emniyet Müdürlüğü'nden elde edilen bilgilere göre, İzmir'de 2005 yılında 10.459 ve 2007 yılında 6.140 yabancı bulunmaktadır. 2007 yılında İzmir'de ikamet izni alan yabancıların ülkelere göre dağılımında Avrupa Birliğinden gelen yabancılar %65.8 ile ilk sıradadır. Bağımsız Devletler Topluluğu(BDT)⁴ ülkeleri %15.3 oranında ikinci sıradadır. Ortadoğu ve Dünyanın diğer ülkelerinden de⁵ gelişler olmaktadır. Belirtilen nüfus hareketleri mekânsal kullanımı değiştirecek şekilde etkilemektedir. Aşağıda bu konu kısaca ele alınacaktır.

Yabancı emekli, çalışan vb grupları farklı ekonomik, sosyo-kültürel özellikler taşımakla birlikte, mevzuat yönüyle ortak hükümlere tabidir. Bu hükümler çoğu kere yerleşik yabancıların⁶, bulunduğu toplumun ancak kenarında ve kısıtlı koşullarda yaşamasına izin verir niteliktedir. Bu durum insan haklarına yönelik gelişmelerle de bağlantılı olarak “demokratik sıkıntı” yaratmaktadır. Belirtilen nedenle de, yerelde (yerel otoriteler ve örgüt çevresiyle/hemşehri-citizen) bütünleşme veya “kamusal hayata katılım” Avrupa’da özellikle Avrupa Konseyi yapılanması kapsamında üzerinde çalışılan konular arasında yer almaktadır.

Avrupa ülkelerinin tarihi süreçleri içinde sınır ötesi ve deniz aşırı irtibat kurduğu ülkelere Avrupa’ya çalışma/iş bulma amaçlı yapılan uluslararası göçlerle ilgili derinlemesine araştırmalar 1970’li yılların

4 Azerbaycan, Rusya Federasyonu, Ukrayna, Kazakistan, Moldova, Türkmenistan, Belarus, Özbekistan, Gürcistan, Tacikistan, Ermenistan.

5 Kaynak; TC. İzmir Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü, B.05.1.EGM.4.35.00.49.01.4702/2007 sayılı ve 30.10.2007 tarihli yazıları

6 Yerleşik Yabancı Kavramına ilişkin yürürlükteki mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. “Yerleşik Yabancı” kavramının Yabancılar Dairesi uygulamalarında ikamet izni verilip verilmemesi, verilecek sürelerinin ne kadar olacağı hususunda ancak bir önemi bulunmaktadır. Yerleşik Yabancı tespiti, şahıs hakkında yapılan araştırma sonucunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Türkiye’ye gelerek genelde tatil bölgelerine yerleşen ve buralarda gayrimenkul satın almış olanlar, Türkiye’de kalmak ve fiilen yerleşmek niyetiyle gelmiş olanlar, Türkiye’yi kendi iradesi veya ailesine tabi olarak, şahsi hayatı için yakın ilişkiler kurduğu yer sayanlar, yine Türkiye’yi, ekonomik faaliyetleri, sosyal irtibatları ve yaşamak için hayatlarının merkezi haline getiren yabancılara “yerleşmiş sayılan yabancı” olarak işlem yapılmak suretiyle daha uzun süreli ikamet izni verilmektedir.

sonlarında başlamıştır⁷. Ancak son yıllarda Avrupa'nın İspanya⁸, Tuscany, Malta, Costa del Sol ve Algarve⁹, Malta vb kıyı alanlarına yönelik artan emekli göçleri inceleme konusu olmaya başlamıştır. Türkiye'de de benzer çalışmalar yeni ilgi odağı olarak, özellikle Antalya ve İzmir için yapılmaktadır. Bu çalışmalarda daha çok emeklilerin geldikleri ülkeler ve göç nedenleri ile profilleri incelenmektedir.

Göçlerle gelenlerin yol açtığı uluslararası ilişkiler ve anlaşmaların "ortaklıklara" getirdiği karşılıklı bağımlılık, ülkelerin yapılanmalarında da benzerliklerin sağlanması için idari kapasitelerin geliştirilmesini zorlamaktadır. Nitekim yeni gelişler nedeniyle, kamusal hayata katılım ile ilgili insan hakları yelpazesinin içeriği yabancılar için de genişletilmektedir (2000 tarihli doc. 8916)¹⁰. Giderek kamusal alana daha fazla giren yabancı yerleşikler yaşam kalitesi göstergelerini geliştirmekte¹¹ ve çok yönlü etkilemektedir¹². Başka bir ifadeyle, kök nedenleri kendi içinde farklılaşarak değişen ve yeni yeni anlam kazanan göçler, sadece kendi karakteristik özelliklerini değil, göç edenlerin alıştıkları yaşam kalitesi göstergelerini de sınırlar ötesine taşımaktadır. Bu değişimi uluslararası göçlerin karakteristiğini ortaya koyan çeşitli araştırmalardan da izlemek mümkündür.

Kamusal hayata katılım stratejilerinin açılımı¹³, bulunduğu yerle-

- 7 Allan M. Williams, Russel King, Anthony Warnes ve Guy Patterson, 'Tourism and International Retirement Migration: New Forms of an Old Relationship in Southern Europe', *Tourism Geographies*, 2000, Vol.2, No.1, s.28-30.
- 8 Vicente Rodriguez, "Tourism as Recruiting Post for Retirement Migration", *Tourism Geographies*, 2001, Vol.3, No.1, s. 52-63.
- 9 Allan M. Williams ve Guy Patterson, "An Empire Lost But Province Gained: A Short Analysis of British International Retirement in the Algarve" *International Journal of Population Geography*, 1998, Vol.4, s.150, s.135-155.
- 10 Avrupa Konseyi ülkelerinde göçle gelenlerin kamusal haklarına ilişkin olarak bkz: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8916.htm>, (erişim: 16/02/2005 ve 23/09/2008)
- 11 The Quality of Life Model; <http://www.utoronto.ca/qol/gocepts.htm>, s. 1., (erişim.21.11.2007)
- 12 Jozef Leitmann, "Can City QOL Indicators be Objective and Relevant? Towards a Participatory Tool For Sustaining Urban Development" *Local Environment*, 1999, Vol. 4, No:2, s.171.
- 13 Gayriresmi Türkçe metin ve açıklamalar için bkz. Hüseyin Gül, "Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Hayata Katılımına İlişkin Sözleşme", *Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Antlaşmalarında Avrupa Konseyi*, Edit , Zer-

şimde uzun süreli kalan yerleşik yabancılar için de yönetsel/politik yeni kazanımlar sağlamaya başlamıştır. Bu olgu yabancı topraklarda uygun siyasi koşullar da yaratarak, yaşam geçirmeyi kolaylaştırmış yerleşimi uzun süreli hatta “kalıcı hale” getirmiştir. Bu değişimin toplumda yaratabileceği beklenmedik sonuçlarını gelecekte daha net görebileceğiz.

Uluslararası literatürde dikkat çekilen ve konumuz açısından önemli bir konu da emeklilerin ülkelerarası yer değiştirme hareketlerini başlattığıdır. Daha çok kıyı yerleşimlerine yönelme nedeniyle, kendi halindeki kırsal yerleşimlerden yeni yeni cazibe merkezleri doğmaktadır. Yeni göç dalgalarının şimdilik görünen nedeni (gelecek yıllarda küresel iklim koşulları ve Avrupa'nın etkilenmesi daha sıklıkla gündeme gelebilecektir) daha önceleri cazip olabilen bir yerleşimin konut fiyatlarının artması ve pahallılaşması gibi nedenlerle terk edilmesidir. Nitekim Malta ve Gozo'da en az 50 yaşından başlayarak Britanyalı emekliler üzerinde yapılan çalışmada¹⁴, çalışma amacıyla Malta'ya olan yeni göçlerin, önceden gelenlerin alıştıkları yaşam kalitesinde gerileme yarattığı ve bu gerileme nedeniyle, ilk göç edenlerin adadan ayrılarak yeni arayışlara yönelişleri özellikle vurgulanmaktadır. Başka bir ifadeyle özellikle emekli yabancıların “iklim koşulları uygun, hayat standartları itibariyle kaliteli ve ucuz” yer arayışları ülkeden ülkeye devam etmektedir. Türkiye bu anlamda yeni bir hedef ülke durumundadır ve yerleşim kolaylıklarının sağlanmasına yönelik özellikle 2004 yılından bu yana bir dizi yasal düzenlemelerin de teşviki bağlamında¹⁵, yerleşik yabancı sayısı ülkemizde giderek artmaktadır.

Öte yandan vatandaş olmayanların milli sınırlar içindeki alanda kanuna uygun şekilde ikamet etmesi artık Avrupa toplumlarının daimi bir özelliği haline gelmektedir. On milyonlarca göçmen ve yabancı

rin Toprak, Hikmet Yavaş ve Mustafa Görün, Birleşik Yayınları, İzmir 2004, s.107-123.

14 Anthony Warnes ve Guy Patterson, "British Retirees in Malta: Components of the Cross-National Relationship", *International Journal of Population, Geography*, 1998, Vol.4, s.113-115.

15 Zerrin Toprak, *Yerel Yönetimler*, Birleşik Matbaa, İzmir 2008, s. 126-127.

Avrupa Konseyi'nin üye devletlerinde yaşamaktadır. Avrupa'da insan haklarına saygının vatandaşlık ve ülke menşinden bağımsız olduğu görüşünü Konsey öne çıkarmaktadır. Avrupa Konseyi'nin üye devletleri için bağlayıcılığı olan çok sayıda uluslararası belgede ayrımcılık yapılmamasına ilişkin ilkeler yer almaktadır(2001 tarihli doc.1500)¹⁶.

Avrupa Konseyi açısından farklı kültür ve etnik grupların bir mekânda huzurlu yaşamaları ve kamusal hayata katılımları çok önemsenmektedir. Yerelde bütünleşme(local integration); "nitelikli eğitim, sosyal alanda örgütlenme ve kuruluşların karşılıklı kültürel açılımları" temelinde ve karşılıklı etkileşim ağında "katılım" bağlantılarını kuran bir dizi siyasa (policy) ile birlikte değerlendirilmektedir¹⁷. Giderek daha hoşgörülü ve geniş açılımlı fikirleri taşıyan anlaşmaların hazırlandığı Avrupa Konseyi'ndeki gelişmelere karşılık Avrupa Birliği'ne üye devletlerin seçmenlerine göz kırpan ve farklılığa tahammülsüz görüntü veren siyasetçilerin etkilenebilir muhafazakârlığı, tutuculuğa dönüştürmelerine karşı oluşan entelektüel merkezli tereddütler de vardır.

Son yıllarda öne çıkan çeşitli raporlarda, özellikle kendi ülkesi dışında bir Avrupa ülkesinde çalışan Avrupa kökenli yerleşiklerin yerel siyasetten uzak durdukları ve ülkelerine geri dönmeyi planladıkları görülmektedir¹⁸. Ancak aynı geri dönüş isteği, ülkemizde emekli yabancı yerleşikler için kuvvetli değildir. Nitekim mülk edinme kadar mezar yeri satın almalar¹⁹ yıllar itibariyle giderek artmaktadır. Yukarıda bahsedilen araştırmaların ortak özelliği emekli yabancıların ülkesiyle olan ilişkilerini sürdürdüğü, çocukları tarafından düzenli ziyaret edildiği ve bulunduğu ülkeyi "kendi ülkesi" gibi değerlendirdiğine ilişkin konuların öne çıkmasıdır.

16 <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1500.htm.>, (erişim: 23/09/2008)

17 Council of Europe Publishing, *Foreigners' Integration and Participation in European Cities*, 15-16 September 2003, Studies and Texts no: 90, Strasbourg 2004, s. 26.

18 Adrian Favell, "European Citizenship in Three Eurocities", *Paper For Presentation at European Union Studies Association Conference*, March 30th- April 2nd 2005, Austin, TX

19 http://www.bizimantalya.com/icimizdeki_yabanci_hemserilerimiz-3838.html, (erişim 26.09.2008)

Avrupa ülkelerinin yerelden başlamak üzere Avrupa Konseyi'nin yerleşik yabancılara ilişkin temel felsefesi ve tüm üye devletlerinden talebi²⁰; yabancılara tıpkı vatandaş gibi kabul edecek hukuki düzenlemeleri gerçekleştirmeleridir. Bu gelişme de, yabancılara menşe ülke dışında da kalabilecekleri bir ortam yaratmakta ve kısa süreli ve "mısafir" statüsünde gelen turistleri özellikle de emekli yabancılara bulunduğu ülkeyi "son durak" olarak seçmesine yol açmaktadır. İklim değişiklikleri nedeniyle de artacağını düşündüğümüz bu tip göçlerin çeşitli olası etkilerinin araştırılması ve strateji geliştirilmesi ve bu araştırmanın özelindeki "mezarlıklar" konusu ülkemiz için çok daha önemli hale getirmektedir.

Bu nedenle araştırmada turizm kavramı içinde değerlendirilen, ülke vatandaşı olmayan ve yabancı kavramı içinde yer alan kişilerin, özellikle de Avrupa ülkelerinden gelen emekli yerleşik yabancılara, ülkemizde mezar yeri alması ve gömülmesine yönelik sosyolojik tercihler ve ilgili mevzuat, küreselleşen dünyanın değişen politik ikliminde tekrar gözden geçirilmektedir.

Yabancıların özellikle giderek tatil beldelerinde yoğunlaşmasının "yabancı toplumsal sermaye"²¹ olarak buldukları beldeden başlayarak bölge hatta ülke düzeyine sıçrayabilen sosyo-kültürel ve dini, ekonomik yönde etkileri bulunmaktadır. Ancak bu konular kadar yabancıların gömülme tercihlerinin de ülkemizde giderek artması, mülk yanında mezar yeri alımlarının da kamuoyunun gündemine girmesi, "mezarlıklar" ve bağlantılı olarak "yabancı mezarlıkları" konusunu incelemeye değer hale getirmektedir. Mezarlıkların kullanımı konusu tamamen çözümlenmiş bir konu değildir. Ayrıca yasal düzenlemelerimizdeki boşluklar konuyu her an uluslararası düzeye taşıyabilir bir nitelik gös-

20 Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve yorumlar için bkz. Toprak, Yerel Yönetimler, s. 24-28. ve s.403-428.

21 Yazarlar "yabancı toplumsal sermayeyi" yabancıların göç ettikleri ülkenin yerleştikleri bölgedeki birlikte yaşadıkları yerel halka sahip oldukları entelektüel birikimlerinden doğan sosyo-kültürel katkıları olarak değerlendirmektedir. Sermaye sözcüğünün çağrıştırdığı ekonomik güç öncelikli bir konumda değildir ancak etkisi dikkate alınmaktadır: Zerrin Toprak; *Kent Yönetimi ve Politikası*, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2008, s.99, 103 ve 116.; toplumsal sermaye ile ilgili bkz. Robert Putnam, "Bowling Alone", *Journal of Democracy*, Vol.6, No.1, 1995

termektedir.

Bu çalışmada İzmir Büyükşehir Belediyesi idari sınırları içinde yer alan Karşıyaka Hristiyan Mezarlığı, Gürçeşme Musevi Mezarlığı, Paşaköprü Hristiyan Mezarlığı, Bornova Altındağ Musevi Mezarlığı, Bornova Yahudi Mezarlığı, Bornova İngiliz Mezarlığı, Kokluca Rum Mezarlığı, Buca Anglikan Mezarlığı, yasal düzenlemeler ve mülkiyet hakkı açısından incelenmiştir. Belirtilen yabancı mezarlıklarını kullanan gruplar Museviler, Ortodoks Rumlar ve diğer Hristiyan gruplardır. Bu mezarlıkların aktif ve metruk olmasına bağlı olarak hukuki yapıları, metruk mezarların zamanaşımı yoluyla iktisap edilip edilmeyeceği yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Cenazelerin defin ve nakil esaslarına ilişkin yasal düzenlemeler ile Devlet Mezarlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihi mezarlıklar ve şehitlikler incelenmiştir.

Bu disiplinlerarası araştırma literatürde ilklerendir²². Uluslararası çalışmalar henüz cılız da olsa, yabancı sayısının artmasının yerel halka etkileri üzerine yoğunlaşmaktadır. Ayrıca Avrupa ülkelerinden gelen emekli yabancıların ülkemizi seçmesi ve yereldeki yaşam kalitesi ile ilgilenmesi, daha çok Türkiye'yi ilgilendiren ve uluslararası politik arena ile de kolaylıkla ilişkilendirilebilecek bir yapısal özellik taşımaktadır.

Mezarlıkların kullanımı konusu, ülkemizde bir dizi düzenlemeyle özellikle mülkiyet yönüyle çözülmüş gibi görünüyorsa da bize göre mevzuatın dağınıklığı, birbiriyle uyumsuzluğu ve kentsel amaçlı diğer kullanımlara döndürülebilme kolaylıklarının varlığı nedeniyle sorunsallığını ulusal ve uluslararası düzeyde sürdürmektedir. Çalışmanın bu nedenle kamu yönetiminin gelecek senaryosunun oluşmasına ciddi katkılar getirileceğini düşünmekteyiz.

22 Hazırlık çalışması için bkz. Zerrin Toprak ve Ahu Karakurt, "Türkiye'de Yabancı Mezarlıkları ve Stratejik Yaklaşımlar", *Dergiden*, Y.2, S.19, Ocak-Şubat 2008, s.39-40.

İzmir'in yerleşim olarak kıyıda kurulması ve bulunduğu jeopolitik konumunun önemi nedeniyle, küresel ilişkiler yabancı göçlerinin ağında giderek artan oranda odak noktası haline gelmektedir. Geliş nedeni ne olursa olsun, iç veya dış göçler ülkelerin yönetim tarihinde her zaman sorun ve kriz bağlantılı değerlendirilmiştir. Yabancıların kıyı kentlerinde yerleşime yönelme tercihlerinin içinde İzmir giderek ağırlık kazanmaktadır. Göçle gelen nüfus hareketliliğini İzmir için sağlıklı kent olma açısından değerlendirmek gerekmektedir. Yerleşik yabancılara ait rakamlar büyüdükçe, bu grubu kentin stratejik planı içinde birkaç ay veya daha az süreli ziyaretleri içeren turistik seyahatlerden daha farklı bir konuma yerleştirmek gerekmektedir.

Yabancıların mülk edinmelerinin kolaylaştırılması yerleşik yabancı sayısının artmasına da yol açmaktadır. Avrupa Kökenli yabancıların, alanda mülakat ve gözlemlere dayanarak, eğitilmiş ve ekonomik bakımdan güçsüz bir konumda olmadığını söylemek mümkündür. Yabancı göçlerinin incelenmesi ve sayısal gelişmelerin ortaya çıkardığı mezarlıkların sayısının ve kullanımının artması gibi çeşitli etkiler stratejik öneme sahiptir.

Genel olarak değerlendirildiğinde Hristiyan mezarlıklarında gömü için mezhep ayrımı yapılmamaktadır. Ancak yabancı mezarlıklarına gömü yapılması için defnedilecek kişinin mutlaka "yabancı" olması gerekmemektedir. Bu mezarlıklara Levanten, Musevi, dine bağlı olmaksızın Türk vatandaşı, yerleşik olmayan yabancı, yerleşik yabancı gömülebilmektedir. Bu anlatımdan her hangi bir Müslüman Türk vatandaşı için ailesinin yabancı mezarlığına gömü talebinde bulunabileceği kanaati oluşmamalıdır. Bağlantılı olarak mutlaka gömü için din, aile bağları, sahipsizlik gibi koşullar aranmaktadır. Bu araştırmada incelediğimiz mezarlıklar tapu kayıtlarına göre aşağıda yorumlanan özel statülü mezarlıklar kapsamında değildir.

II. MEZARLIKLARLA İLGİLİ YASAL DURUM

Mezarlıklarla ilgili kurumsal yapı ve yukarıda incelediğimiz ya-

bancı mezarlıkların statüsü aşağıda yorumlanmıştır.

A. Dayandığı Mevzuat

1924 tarihli 442 sayılı Köy Kanunu, 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu, 1934 tarihli 2644 sayılı Tapu Kanunu, 1970 tarihli 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu, 1972 tarihli 1512 sayılı Noterlik Kanunu, 1983 tarihli 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 1994 tarihli 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun, 2001 tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2004 tarihli 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu, 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'na dayanılarak 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname,

B. Mezarlıklara İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yarattığı Hukuki Sonuçlar

Mezarlıklar, ölülerin gömülmesine ayrılmış yerlerdir. Bu niteliği itibarıyla mezarlıklar kamu malı sayılmaktadır²³. Belediyeler idari sınırları içinde, def'in ve mezarlıklara yönelik hizmetleri yapar veya yaptırır (5393, md.14/a, 1593, md.20). Mezarlıkların tesisi, korunması ve bakımına ilişkin giderler belediyenin giderleri arasında bir kalem olarak yer almaktadır. (5393, md.60/g). Büyükşehir Belediye Kanunu hükümlerine göre de, "Mezarlık alanlarını tespit etmek, mezarlıklar tesis et-

23 Hukukumuzda özel mal niteliğinde mezarlık oluşturulması mümkün değildir. Bu sonuç Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından 12.5.1994 tarihli E. 1993/4823, K. 1994/6756 nolu kararında şu ifadelerle ortaya konmuştur. "Mezarlıklar, ölülerin gömülmesine terk ve tahsis edilen yerlerdir. Bu niteliği itibarıyla mezarlıklar kamu malı sayılırlar. Kamunun sağlığı ve güvenliği ile ilgili bulunan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 211. maddesinde, ölülerin gömülmesi için belirlenen yerler dışında başka yerlerin mezarlık olarak kullanılması yasaklanmış, 212. maddesinde şehir ve kasaba belediyelerin, aynı Kanun'un 213. maddesinde de köyler içinde tesis edilecek mezarlıkların nasıl belirleneceği, gözetimi ve denetimi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kamu malları başlığını taşıyan 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16/B maddesinde de mezarlıkların hizmet malları arasında saydıktan sonra, ilgisi yönünden il, belediye, köy ve mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adlarına tespit olunacağı vurgulanmıştır. Tüm bu açıklamalara göre Belediye, Köy veya Yerel İdare Birlikleri Tüzel Kişiliğine ait metruk veya faal mezarlıklar dışında özel mezarlıklara yer verilmemiştir. Daha açık bir deyimle, yasalarımızda bir şahsın, derneğin veya Caminin mezarlığı olamaz." Karar için bkz. Y. 8 H.D., T.12.5.1994, E. 1993/4823, K. 1994/6756, www.kazanci.com.tr (03.07.2008)

mek, işletmek, işlettirmek, defin ile ilgili hizmetleri yürütmek”(5216, md.7/1-s), Büyükşehir belediyelerine aittir. İlçe belediyelerine ait görevlerde ise, “Defin ile ilgili hizmetleri yürütmek” (5216, 7/2-e) hükmü ile ilgili görev dağılımı gösterilmiştir. Hizmete ilişkin harcamaların bütçede gösterilebilmesi amacıyla giderler başlığı altında, “mezarlıkların tesisi, korunması ve bakımı”(5216, md.24/h) konusunda düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca 1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununda da, köylünün mecburi işleri arasında köy mezarlıklarına, mezarlık ile köy arasına ağaç dikmek(442, md.13/16), köylünün isteğine bağlı köy işleri arasında da, mezarlığın yer seçimi, korunması ve bakımına ilişkin(422, md.14/4) hükümler yer almaktadır. Aslında isteğe bağlı olarak belirlenmiş ve köylüye verilmiş görevlerin, köy idaresinin ve köylünün zorunlu görevi olması gerekir.

Mezarlıklara ilişkin mevzuatın genel değerlendirmesine göre ölümlerin gömülmesine yönelik işlemler kamu hizmeti kapsamındadır. Her ne kadar Belediye Kanunu hükümlerinde “mezarlıklar tesis etmek, işletmek, işlettirmek” ifadelerine yer verilmiş ise de kamusal egemenliğin belediyeye ait olmasından dolayı defin hizmetleri “tam kamusal” hizmetlerdendir. Ölümlerin gömülmesi hizmeti eşitlik ilkesiyle de ilişkilidir. Hukukumuzda def’in ve mezarlıklara yönelik hizmetler açısından Müslüman ve Müslüman olmayan kişilere ait mezarlıklar arasında, belediyelerin yükümlülükleri açısından, bir fark bulunmamaktadır. Uygulamada yabancılar belediyenin mezarlıklarına gömüldüğü gibi tamamen kendi kullanımlarında mezarlık alanları bulunmaktadır. Ayrıca trafik kazası vb nedenlerle ülkemizde vefat eden turistler de yabancı mezarlıklarında gömülmektedir.

Yabancıların ve azınlıkların kendilerine tahsis edilmiş hatta özel şahıslara ait tapuları olan mezar yerlerini gerekçe göstererek bu alanlarda gerek mülkiyet hakkının doğması ve gerekse egemenlik unsuru yaratmasının önüne geçmek amacıyla yargı kararlarında mevcut yasal düzenlemeler yorumlanmıştır. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 16.11.1968 tarihli, E.1968/6, K.1968/14 nolu kara-

rında “Belediyelerin mezarlık hizmetinin yalnız Müslüman olan vatandaşlara hasredilmesine imkân yoktur. Belediyeler, Müslüman olmayan Türk tabiiyetinde bulunan kimseler için de mezarlık mahallesi tesis ve bunu idame ile mükelleftirler. Bu nedenle Ortodoks Mezarlıklarının Kontrolü Rum Ortodoks Cemaatine değil, Belediyeye aittir”²⁴ denilmektedir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi’nin 27.12.2002 tarihli, E.2002/146, K.2002/201 nolu kararında “Lozan Barış Antlaşmasına göre “Türk Hükümeti, söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve öteki din kurumlarına tam bir koruma sağlamayı yükümlenir”²⁵ denilmektedir.

Çeşitli faktörlerin etkisiyle giderek artan yabancı nüfus hareketliliği, yabancı mezarlıklarının kullanımı konusunu sadece yönetimin değil kamuoyunun da gündemine taşımıştır. Nedeni de ülkemizde defin ve mezarlıklara yönelik hizmetlerin belediyelerin yetki ve görevleri kapsamında yer aldığı kuşkusuz bulunmamasına karşılık mülkiyet yönüyle mezarlıkların hukuki statüsünün aynı netlikte olmamasıdır. Bağlantılı olarak mezarlıklar üzerindeki mülkiyet ilişkilerini konu alan yasal düzenlemeler yeniden gözden geçirilmeye muhtaçtır. Bu ihtiyacın varlığına ilişkin iddiamızın temelinde iki sorun bulunmaktadır. Şöyle ki;

İlk sorun; 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname (tüzük) ile 1994 tarihli ve 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun arasındaki uyumsuzluktur.

Yürürlükten kalkan 1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediye Kanununun 160. maddesinde metruk ve kimsesiz mezarlıklarla vakfa ait olan umumi mezarlıkların belediyelere ait olduğu, bu mezarlıkların kanunun yayımlanmasından sonra belediyeler devren alıncaya kadar satılmasının yasak olduğu düzenlenmişti. 1580 sayılı Belediye Kanunu’na dayanıla-

24 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T.16.11.1968, E.1968/6 K.1968/14, www.kazanci.com.tr (erişim:31.10.2007)

25 Anayasa Mahkemesi, T.27.12.2007, E.2002/146, K.2002/201, www.kazanci.com.tr (erişim:31.10.2007)

rak çıkarılan 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamesinin (tüzük) 1. maddesinde sadece vakfa ait tapulu-tapusuz umumi mezarlıkların mülkiyetinin belediyelere intikal ettiği öngörülüyordu. Nizamnamenin 2. maddesinde de belediyeye devrolunmayan fakat kontrolü ve ölü defnedilmesi için ruhsat verme yetkisi belediyeye ait olan mezarlıklar;

i) tapu ile tasarruf olunan mezarlıklar,

ii) şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıklar

iii) cami harimlerindeki mezarlıklar olarak sıralanmıştır. Bu düzenlemelerin incelenmesinden anlaşılacağı üzere 1580 sayılı Belediye Kanunu ve 1931 tarihli tüzüğün hükümleri birbiriyle uyumluydu.

Buna karşılık 09.06.1994 tarihinde kabul edilen 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun bu uyumu bozmuştur. Şöyle ki; 3998 sayılı Kanunun 1. maddesinde; Devlet mezarlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihi mezarlıklar ile şehitlikler ve cemaatlere ait özel statüsü bulunan mezarlıklar belediye yönetimiyle ilişkilendirilmemiş yasadaki ifadesiyle diğer umumi mezarlıklardan “hariç” tutulmuştur. Bu mezarlıklar dışındaki umumi mezarlıkların mülkiyetinin belediye statüsünde olan yerlerde “belediyelere”, köy idarelerinde ise “köy tüzelkişiliklerine” ait olduğu açıkça düzenlenmiştir.

2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 1580 sayılı Belediye Kanunu yürürlükten kaldırması, 1580 sayılı Kanuna dayanarak çıkarılan 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname’yi kendiliğinden yürürlükten kaldırmamaktadır²⁶. Ancak 1931 tarihli Mezarlıklar Hak-

26 Çünkü idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan idarenin kanuniliği ilkesi iki temel alt ilkeye ayrılmaktadır: Bunlardan birisi “kanuna dayanma ilkesi” diğeri “kanuna uygun olma ilkesidir”. Bkz. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s.41-42.; Halil Kalabalık, *İdare Hukuk Dersleri*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, s.41-42., Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi, Bursa 2007, s.402-403., Kanuna dayanma ilkesi idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Ancak bir düzenleyici işlemin dayanağı olan yasanın yürürlükten kalkması düzenleyici işlemin sebep unsurunu otomatik olarak ortadan kaldırmaz. Bir diğer ifadeyle düzenleyici işlem yeni kanun döneminde de yürürlüktedir. Bu sonuç bakımından düzenleyici işlemin yeni kanuna aykırı olup olmamasının da önemi yoktur. Ancak kanuna aykırı olan düzenleyici işlemlerin yerine doğrudan doğruya kanun uygulanır. Çünkü bu durumda düzenleyici işlem sebep unsuru açısından hukuka aykırı hale gelmiştir. Buna rağmen kanuna aykırı olan düzenleyici işlemin somut olaya uygulanması halinde idarenin düzenleyici iş-

kındaki Nizamname'nin 2. maddesi 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun'a aykırıdır. Çünkü bir daha hatırlatmak gerekirse, Nizamname'nin 2. maddesinde tapu ile tasarruf olunan mezarlıklar, şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıkları ve cami harimlerindeki mezarlıkların mülkiyetinin belediyeye ait olmadığı ifade edilmiştir. Mevcut durum karşısında Nizamnamenin 3998 sayılı Kanununun 1. maddesiyle çelişen 2. maddesinin uygulanmayacağı, 3998 sayılı Kanunun doğrudan doğruya uygulanacağı açıktır. Bu sebeple hukukumuzda Nizamname'nin 2. maddesine dayanılarak özel şahıslara ait tapuları bulunan yeni mezarlıklar oluşturulması mümkün değildir.

Öte yandan 3998 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşturulmuş ve Nizamname'nin 2. maddesine göre özel şahıslara ait tapu kayıtları bulunan mezarlıkların hukuki durumunun ne olacağı ise kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğundan tartışmaya değerdir. Bu bağlamda 3998 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşturulmuş olan tapu ile tasarruf olunan mezarlıkların, şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıkların ve cami harimlerindeki mezarlıkların mülkiyetinin köy ve belediyeye ait olduğu görüşü ileri sürülebilir. Bu görüş 3998 sayılı Kanun'un 1. maddesinde köy ve belediyelere ait olmayan mezarlıkların tek tek sayıldığı, bu sınırlayıcı sayım kapsamına ifade edilen mezarlıkların girmediği tespit ile gerekçelendirilebilir. Ancak kanunun lafzi yorumundan ulaşılabilecek bu sonuç, "kamulaştırmasız el atma" niteliği taşıdığından Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. ve kamulaştırmaya ilişkin 46. maddesine aykırılık teşkil edeceğinden kanımızca kabul edilemez. Bu sebeple 3998 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce oluşturulmuş ve Nizamname'nin 2. maddesine göre özel şahıslara ait tapu kayıtları bulunan mezarlıkların mülkiyetinin 3998 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle belediye ve köylere geçmediği, söz konusu mezarlıkların hala özel şahıslara ait olduğu sonucuna ulaşılmamıştır.

lemelerinin kanuna uygun olması ilkesi gereği idari işlemin ve dayanağı olan kanuna aykırı düzenleyici işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi imkânı mevcuttur.

Aynı anlayış çerçevesinde İzmir örneğinde 3998 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu yasanın yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan ve özel şahsa ait tapusu bulunan Bornova Yahudi Mezarlığı, Bornova İngiliz Mezarlığı ve Altındağ Musevi Mezarlığı'nın tapu kayıtlarının tashihi için dava açılmamıştır.

Mezarlıklar üzerindeki mülkiyet ilişkilerini konu alan yasal düzenlemelerin yeniden sorgulanması ihtiyacını yaratan ikinci sorun, mezarlıkların kullanımında aranan kriterler içinde "metruk" ve "metruk olmama" unsurlarına yer verilmiş olmasıdır. Sözlük anlamıyla metruk ıssız, terk edilmiş, bakımsız yerleri ifade etmektedir. Metruk mezarlık ifadesinin tam karşılığı yasal olarak ortaya konmuş değildir. Uygulamada metruk mezarlar bilinen anlamlarının dışında ayrıca da "gömü yapılmayan mezarlıkları" anlatmaktadır. Örneğin tapu kayıtlarına göre metruk mezar olmakla birlikte Gürçeşme Yahudi Mezarlığı, bakımlı ve korumalıdır. Belirtilen belirsizlik mezarlık alanların hangi koşullarda metruk sayılacağı ve mezar fonksiyonundan farklı bir fonksiyona yönlendirilmesi kuşkusunu yaratabilir. Bu bağlamda mülkiyet ilişkilerini sadece aktif mezarlıklar açısından incelemek doğru olmayacaktır. Nedeni ise, "mezarlıkların kullanımında" sağlıklı kent kurgusuna ulaşmanın gerektirdiği hukuksal alt yapının yukarıda belirtildiği gibi birçok yönleyle yetersiz kalmasıdır. Şöyle ki,

3998 sayılı Mezarlıkların Korunmasına Yönelik Kanunun 1.maddesinde sayılan umumi mezarlıkların satılamayacağı ve kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle hukukumuzda faal mezarlıkların üzerindeki hakkın hukuksal niteliğinin taşınmaz mal mülkiyeti değil, ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde tesis edilmiş, kendine özgü bir kullanım hakkı olduğu vurgulanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, mezarlıkların kullanım hakkı ve devrinin, taşınmaz mal mülkiyetinin devrini resmi şekle tabi tutan yasa hükümleri (Türk Medeni Kanunu, md. 634, Borçlar Kanunu, md. 213, Tapu Kanunu mad.26 ve Noterlik Kanunu md.60/3) kapsa-

mında düşünölemeyeceği çeşitli yargı kararlarında²⁷ belirtilmektedir. Ancak 3998 sayılı Kanunda “metruk mezarlıklardan” açıkça söz edilmemiştir. Bu sebeple metruk mezarlıkların zamanaşımı yoluyla iktisap edilip edilemeyeceği konusu tartışmaya açık hale gelmiştir. Bir kamu malı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez²⁸. Bu bağlamda konumuz bakımından incelenmesi gereken hukuki sorun, metruk mezarlıkların kamu malı mı yoksa özel mal mı olduğu hususudur.

Öğretide konuyu inceleyen Düren, mezarlıkların metruk da olsa orta malı olduğunu, kamu mallarının bir tipi olan orta mallarının da zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceğini ifade etmektedir. Metruk bir mezarlığın kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilebilmesi için mutlaka idarenin tahsis işlemine geri alıp, söz konusu mezarlığı kamu malı olmaktan çıkarıp, özel mal haline getirmesi gerektiğini savunmaktadır²⁹. Bu bağlamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.4.1970 tarihli 7/755 -154 sayılı kararında ve 14.04.1957 tarihli 7/11-11 sayılı kararında bu görüşün benimsendiğini ortaya koymuřtur³⁰.

Mezarlıkların metruk olması durumunda da “kamu malından özel mal statüsüne geçirilmesi için idari karar gerekliliği” yukarıda bahsedilen akademik görüşe karşılık, Yargıtay idarenin her hangi bir işlemine gerek olmaksızın metruk mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap edilebileceğini ifade etmektedir. Örneğin Yargıtay 16. Hukuk Dairesi; 22.5.2003 tarihli, E.2003/4971, K.2003/4740 nolu kararında, metruk mezarların kazandırıcı zamanaşımıyla iktisap edilebileceğini, çünkü metruk mezarlıkların zilyetlikle kazanılmasını önlemeye yönelik mevzuatta bir hüküm bulunmadığını ileri sürmektedir³¹. Benzer şekilde Yargıtay 8. Hukuk Dairesi ise 20.4.1992 tarihli, E.1991/18756,

27 Lamih Çelik, “Mezarlıklarda İlgili Yasal Düzenlemeler”, *Dergiden*, Y.1, S.9, Mart- Nisan 2007, s. 95.

28 şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Seçkin, Ankara 2002, s. 296 vd.

29 Suni kamu mallarının özel mal haline getirilmesi için tahsis işleminin bir idari işlemle geri alınmasının gerektiğine dair bkz. Gözler, a.g.e., s.672.

30 Akın Düren, *İdare Malları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.115 vd.

31 16. Y.H.D, T. 22.5.2003, E.2003/4971, K.2003/4740, www.kazanci.com.tr (erişim:31.10.2007)

K.1992/7078 nolu kararında aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmaktadır. Gerekçesini "metruk mezarlıkların kamu malı olmadığı" yorumuna ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 24. maddesine³² dayandırarak metruk mezarlıkların kazandırıcı zamanlaşımı yoluyla iktisap edilebileceğini ifade etmiştir. Bu şekilde mezarlıkların metruk hale gelmesiyle belediyelerin özel mülkiyetine geçeceği savunulmuştur³³.

Görüldüğü gibi Yargıtay kararları ve görüşlerde uzlaşma bulunmamaktadır. Bu nedenle de sahip oldukları özellikler yönüyle, metruk mezarlıkların tam kamusal mal olup olmadığını bir bütün olarak gözden geçirmek yerinde olacaktır.

Türk Kamu Yönetiminde, tüm kamu hizmetleri için geçerli ve zorunlu iki temel koşuldan ilki; "hizmetin kamuya yöneltilmiş ve kamuya yararlı olması", diğeri ise "hizmetin kamu kuruluşlarınca ya da ilgili kamu kuruluşunun sıkı denetimi altında özel kişilerce yürütülmesi" koşuludur.³⁴ Daha ayrıntılı kamu hizmeti tanımı ise, "Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerin gözetim ve denetimleri altında genel, kolektif ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş sürekli ve düzenli faaliyetler"³⁵ şeklindedir. Bu bağlamda, kamu hizmetlerini açıklayabilmek için mutlaka ölçüt bulmak gerekirse "egemenlik" ya da "kontrol" unsurunun dikkate alınması daha doğru bir yaklaşımdır. Bu bakımdan mezarlık hizmetlerinde nihai kontrol belediye ve köy idarelerine aittir. Her ne kadar defin işlemleri için bir bedel istense de, bu türden hizmetlerde, sahipsizlik veya masraflara katlanamama halinde hizmet ortada kalmamakta ve idare tarafından üstlenilmektedir. Bu durum ise, mezarlık hizmetlerini tam kamusal mal haline getirmektedir. Aktif mezarlıkların çeşitli nedenlerle gömü dışında bırakılarak metruk hale gelmesi, kamusal kontrolü ortadan kaldırmamakta-

32 Köylerde bulunan metruk ve kimsesiz mezarlıklarla vakfa ait umumi mezarlıklar köyün manevi şahsiyeti namına tescil olunur. (2644, md. 24)

33 B.Y.H.D., T.20.04.1992, E. 1991/18756, K. 1992/7078 www.kazanci.com.tr (erişim:31.10.2007)

34 A.Şeref Gözübüyük, *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Altıncı Baskı, Ankara 1978, s.7.

35 Siddik Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, Üçüncü Baskı, İstanbul 1966, s.1.

dır. Metruk mezarlıkların, bir taraftan moral değerlerin geliştirdiği gömülene saygı, diğer taraftan geçmişle kültürel ilişkiler ağı yaratması bu alanlara yönelik yürütülen kamu hizmetine süreklilik kazandırmaktadır.

Açıklandığı gibi, metruk mezarlıklar üzerindeki kamunun egemenlik hakkı devam etmektedir. Hatta mezarlıklar yönetmeliğinde mezarlıkta uygulanan kurallar aktif ve metruk mezarlıklar için ortaktır. Başka bir ifadeyle ayırım yapılmamıştır. Örneğin, mezarlıkları fiili saldırılara karşı korumak amacıyla düzenlenen; 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname'nin “güneş battıktan sonra mezarlıklara hariçten kimsenin giremeyeceği, görevlilerin bile misafir kabul edemeyeceği” (md. 19), “sarhoşların, dilencilerin..., köpek ve sair hayvanat getirenlerin mezarlıklara giremeyeceği” (md.17) vb mezarlıklara ilişkin hükümler aktif ve metruk mezarlıklar için genel geçerli hükümlerdir. Çalışmamızda da İzmir örneğindeki metruk mezarlıkların bekçisi bulunduğu ve söz konusu Nizamnameye uyulduğu görülmüştür.

Ayrıca mezarlık alanlarında kültür ve tabiat varlıklarının bulunması da mezarlıklara kamusal koruma anlamında yeni fonksiyonlar yüklemektedir. Bağlantılı olarak ister metruk ister aktif mezarlık olsun idarenin sorumlulukları açısından mezarlık alanlarını kontrol/egemenlik yetkisi kamuda olduğu için “tam kamusal mal” olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Kamu hizmetinin ayrıcı unsurları sürekli, düzenli, eşitlikçi, adaletçi ve kendi kendini yenileyici olmasıdır. Bu bütünlükte toplumun (devlet) çıkarları gözetilmektedir. Bu da, bir başka anlatımla devletin sürdürülebilirliğidir. Şüphesiz, kamu hizmeti ile bağlantılı kamu yararını, “toplumsal uzlaşma” ile sağlamak gerekir. Aksi takdirde bir grubun diğerine üstün gelen çıkarı ile hukuk devleti felsefesinin gerektirdiği bütünlük sağlanamayacak, “politik yozlaşma ve rant kollama” öne çıkacaktır. Böyle bir değişim yukarıda da belirtildiği gibi kabul edilebilir değildir. Ayrıca mezarlık alanlarına gelir getirecek bir fonksiyon da yüklemek gerekir. Nitekim aynı anlayış ile mezarlıklar Emlak Vergisi Kanunu hükümlerine göre vergi kapsamında değerlendirilen ancak

muaf hükümle vergi alınmayan araziler olarak değerlendirilmektedir. Bu hukuki statü, yazarlara göre, mezarlıkları tam kamusal mallar sınıflamasına almaktadır. Başka bir ifadeyle mezarlık alanları metruk olarak sınıflandırmaya yönelik idari kararlar, bu mezarlıkları kamu malı olmaktan çıkarmaz. Aksine bir yorumla, metruk mezarlık alanları kamusal mal olmaktan çıkarmak ve kentsel kullanıma açmak, yukarıda yer alan rantlarla ilgili sorgulamaya neden olarak, toplumsal huzursuzluklara hatta konumuz itibariyle uluslar arası gerilimlere yol açabilir.

Kentleşme hareketlerine bağlı olarak mezarlık alanlarının genişlemesi, kentsel mekânların kullanımıyla ilişkilendirilebilecek bir değişme yaratmıştır. Nitekim üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi'nin Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi düzenlemeleri içinde yer alan Avrupa Kentsel Şartı(1992) ilkelerinde, "Yerel yönetimlerin doğayı ve yeşil alanları koruma yükümlülüğü" başlığı altında, yeşil alanların, doğanın korunması ve peyzaj planlaması; yörenin hava kalitesi ve iklimine katkıda bulunan temel faktörler olduğu belirtilmekte ve "dolmuş mezarlıkların" yeniden kullanım tercihi olarak doğal bitkiler, biyolojik bahçecilik gibi geniş flora ve fauna alanlarına dönüştürülmesi tavsiye edilmektedir.

Genel olarak mezarlıklar konusu kamu hizmeti ve kamu yararı bütünlüğünde incelendiğinde sürdürülebilir ve yaşanabilir kentler için izlenebilecek yöntem sorgulaması aşağıda yer almaktadır.

5393 sayılı Kanuna aykırı olduğunu iddia ettiğimiz Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname'nin 2. maddesinin yürürlükten kaldırılması ve 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun'a uygun başka bir ifadeyle belediye ve köy idareleri mülkiyetinde yeniden düzenlenmesi, kural olarak kabul edilebilir. Ancak bu halde, yukarıda tartışıldığı gibi tapulu ve emlak vergisi ödemesi yıllar itibariyle yapılmış mezarlık alanlarının, kentsel kullanımlar için "gasp mı edildiği" olgusu tartışılabilir hale gelecektir.

Bu durumda önerimiz, 5393 sayılı Kanunun, 1931 tarihli "Mezar-

lıklar Hakkındaki Nizamname'ye uygun olarak yeniden düzenlenmesidir. Bu durumda,

- Mevcut tapu ile tasarruf olunan mezarlıklar, şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıklar ve cami harimlerindeki mezarlıklar (metruk veya aktif olsa bile) mülkiyeti kendilerine ait olacaktır.
- Bu statüde yeni mezarlık tesis edilmeyecektir.
- Bu mezarlıklara gömü yapılmasına yönelik kayıt ve işlemler tamamen genel hükümlere uygun olarak kamunun kontrolünde sağlanacaktır.
- Bu mezarlıklar dışındaki umumi mezarlıkların mülkiyetinin belediye statüsünde olan yerlerde "belediyelere", köy idarelerinde ise "köy tüzelkişiliklerine" ait olduğu açıkça düzenlenmelidir.
- Metruk mezarlıklar kentsel dönüşüm projelerine konu olmayacaktır.
- 1931 tarihli Nizamnamenin 2. maddesinde sayılan mezarlıklar ile kamu malı niteliği taşıyan mezarlık alanların metruk olarak kabul edilmesi ve bu bağlamda kentsel alanlar içinde kaldığı gibi nedenlerle gömü yapılmasına izin verilmemesi halinde, Avrupa Kentsel Şartında da belirtildiği gibi yeşil alan olarak kullanılması hukuki teminat altına alınmalıdır. Bu durumda ancak ailenin veya kültür grubunun adının belirtildiği bir yeşil alan kullanımına açılması kent hafızası açısından önem taşımaktadır. Aksi halde kentsel dönüşüm projelerinin zorlayıcı etkisine dayanarak çeşitli örneklerinde karşılaşıldığı gibi, mezarlık alanların kamusal ihtiyaç gerekçesi ile bina, konut vb amaçlı kentsel rant odaklı kullanımlara dönüşmesi endişesini taşımaktayız.

SONUÇ

Uygun ekonomik, politik ve iklim koşulları gibi nedenlerle ülkeye göç hareketleri olmakta ve nitelikleri itibariyle geçici veya sürekli

özelliğ taşımaktadır. Avrupa kökenli emekli yabancıların kısa süreli gelip giden turistik hareketlerinin yanı sıra özellikle kıyı alanlarında altı aydan fazla uzun süreli yerleşik hayata geçmesi de son yıllarda dikkat çekici hale gelmiştir. Misafir geldiği ülkemizde yerleşik hayata geçen Avrupalı yabancıların, Türkiye'nin koşullarında, eğitimleri ve satın alma güçleri görece olarak yüksektir. Bu bağlamda küreselleşmenin hızlandırdığı uluslararası ilişkilerin fark ettirdiği insan hakları yaklaşımlarının geldiği etik düzeydeki yaşam kalitesini, çok yönlü aramakta ve oluşturulması için duruma göre yerel ve merkezi yönetime baskı yapmaktadır. Başka bir ifadeyle yerel ve ulusal siyaseti, çeşitli boyutlarda etkilemektedirler. Ancak merkezi yönetim ve yerel yönetimler kısa süreli turizm hareketlerine odaklı geleneksel siyaset ve idari yapılanma içinde, yeni uluslararası açılımlara ne kadar hazırdır?

Konunun kamu yönetimini ilgilendiren insani bir boyutu da, kuşkusuz ülkemizde yerleşik yabancıların zorunlu veya isteğe bağlı gömülme ihtiyacının doğmasıdır. Yabancı yerleşiklerin artan oranda mülk ve mezar yeri talepleri konunun tartışılma zeminini geliştirmektedir. Yabancıların geldikleri ülkelerdeki gömü hizmetlerinin çok pahalı olması ve giderek vatandaşının da bu pahalılık karşısında ülkemizde idareden kendilerine mezar yeri tahsisi yönündeki talepleri “ mezarlık alanlar ve mülkiyeti” konusunu incelemeye değer kılmaktadır.

Türk kamuoyunun beklentileri, yabancı mezarlıklarının sayılarının artması ve mekânsal genişlemenin sorgulamasının yapılması ile bu konudaki yönetim stratejilerinin belirlenmesi yönündedir. Öte yandan yabancıların mezarlıklarını korumalarına ilişkin kaygıları da kuşkusuz bahsetmeden geçemeyeceğimiz bir konudur. Aslında özel kişilere ait mezarlık alanların mülkiyetinin belediyeler ve köy idarelerine ait olarak düzenlenmesi yabancıları geçmişte karşılaştıkları gibi, yeni mezarlık alanlarına taşınmak zorunda bırakabilecek bir hukuki yapı yaratmaktadır.

Mamafih uygulamada Müslüman mezarlıklarının yabancı mezarlıklarından daha çok kentsel dönüşüm projelerinden etkilendiği görül-

mektedir. Yabancıların kentin çeşitli bölgelerindeki mezarlıklarını aktif halde tutmaya özen gösterdiği de bilinmektedir. Ayrıca mezarlıkların, kültür varlıklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerle ilişkilendirilerek “koruma zırhı” güçlendirilebilmektedir. Bu nedenle önerimizde de belediye ve köy tüzel kişisi dışında kimselere ait tapusu bulunan mezarlıkların korunması ve koşullar oluştuğunda bu kişilerin izniyle yeşil alana dönüşmesi modern yaklaşımlara uyularak teklif edilmiştir.

Statüsü ne olursa olsun tüm mezarlıkların ve mezarlıklarda yer alan kültür ve tabiat varlıklarının korunması, özen gösterilmesi gereken konulardandır. Üzüntüyle belirtmek gerekirse yerel ve merkezi yönetimde görevli üst düzey yöneticilerin, gerek tarihi ve kültürel eğitimlerinin yetersiz ve eksik olması hatta bulunmaması yanında profesyonel veya değil baskı gruplarının isteklerini kolaylaştıran kişilik sorunları nedeniyle, büyüyen kent ihtiyaçlarını gerekçe gösterilerek imar hareketleri içinde mezarlık alanları yok edilebilmektedir. Hatta mezar kitabeleri toplanarak korunması gerekirken, zamanın ve insanların tahribine terk edilmektedir. Bu husus, bir hukuki sorun olmaktan çok eğitimle desteklenmesi gereken toplumsal bir davranış sorunu olarak önemini korumaktadır.

Konunun bir diğer yönünü de mezarlıkların korunmasının hukuki alt yapı ile desteklenmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda idarenin tüm orta ve hizmet mallarının kazandırıcı zamanaşımıyla iktisabı mümkün olmasa da, metruk mezarlıklarını kamu malı olarak nitelendirmeyen yargı kararlarının bulunması sebebiyle metruk mezarların hukuki durumu tereddüde açıktır. Yabancıların kullanımındaki metruk mezarlıkların gelecek senaryosunda mülkiyet hakkı yönüyle uluslararası bir sorun yaratmaması için hukuki statüsü açıklıkla düzenlenmelidir. Metruk mezarlıkların mezar amaçlı kullanım dışında bir amaçla kullanımı hukuken engellenmelidir. Bu yasal engellemenin metruk mezarlıkların sadece yeşil alan kullanımına imkân verecek şekilde düzenlenmesi gerektiğine, yeniden vurgu yapmak yerinde olacaktır.

Aslında sosyolojik çalışmalar, toplumsal sorunlara stratejik yak-

laşımın belirlenmesi açısından yönetimde çok önemli bir yere sahiptir. Ancak aynı yerleşimde yaşamını sürdüren farklı kültürel toplulukların birlikteliğine yönelik disiplinler arası çalışmalara ülkemizde gereken ilgi gösterilmemektedir. Hatta bu çalışmada, idarenin kontrolündeki yabancı mezarlık alanlarının tam ölçüsünü bilmediği ve Kokluca Mezarlığı örneğindeki gibi tescil edilmediği ortaya çıkmıştır. Bu tespit de, yabancı mezarlıkları konusunun önemini ve üzerinde çok yönlü durulması gerekliliğini açıkça göstermektedir.

KAYNAKÇA

ALTUĞ Yılmaz, *Yabancıların Hukuki Durumu*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1963

ÇELİK Lamih, “Mezarlıklarla İlgili Yasal Düzenlemeler”, *Der-giden*, Y.1, S.9, Mart- Nisan 2007

DÜREN Akın, *İdare Malları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975

ERTAŞ Şeref, *Eşya Hukuku*, Seçkin, Ankara 2002

FAVELL Adrian, “European Citizenship in Three Eurocities”, *Paper For Presentation at European Union Studies Association Conference*, March 30th- April 2nd 2005, Austin, IX

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi, Bursa 2007

GÖZÜBÜYÜK Şeref, *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Altıncı Baskı, Ankara 1978

GÖZÜBÜYÜK Şeref ve Turgut TAN, *İdare Hukuku*, Turhan Ki-tapevi, Ankara 2006

GÜL Hüseyin, “Yabancıların Yerel Düzeyde Kamusal Hayata Katılımına İlişkin Sözleşme” , Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi Antlaşmalarında Avrupa Konseyi, Edit, Zerrin Toprak, Hikmet Yavaş ve Mustafa Görün, Birleşik Yayınları, İzmir 2004

KALABALIK Halil, *İdare Hukuk Dersleri*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004

LEITMANN Jozef, “Can City QOL Indicators be Objective and Relevant? Towards a Participatory Tool For Sustaining Urban Development” *Local Environment*, 1999, Vol. 4, No.2.

ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, Üçüncü Baskı, İstanbul 1966

PUTNAM Robert, "Bowling Alone", *Journal of Democracy*, Vol.6, No.1, 1995

RODRIGUEZ Vicente, "Tourism as Recruiting Post for Retirement Migration", *Tourism Geographies*, 2001, Vol.3, No.1

TOPRAK Zerrin ve Ahu KARAKURT, "Türkiye'de Yabancı Mezarlıkları ve Stratejik Yaklaşımlar", *Dergiden*, Y.2, S.19, Ocak-Şubat 2008

TOPRAK Zerrin, *Kent Yönetimi ve Politikası*, Birleşik Matbaa, Altıncı Baskı, İzmir 2008

TOPRAK Zerrin, *Yerel Yönetimler*, Birleşik Matbaa, Yedinci Baskı, İzmir 2008

UZUN Şentürk, "Açılış Konuşması", *Yerel Gündem 21 İşbirliğinde Türkiye Doğumlu Olmayan Yerleşik Yabancılar*; Edit. Zerrin TOPRAK, İlkim KAYA ve Gökhan TENİKLER, İzmir YG21 Yayını, İzmir 2007

WARNES Anthony ve Guy PATTERSON, "British Retirees in Malta: Components of the Cross-National Relationship", *International Journal of Population, Geography*, 1998, Vol.4

WILLIAMS Allan M., Guy PATTERSON, "An Empire Lost But Province Gained: A Short Analysis of British International Retirement in the Algarve" *International Journal of Population Geography*, 1998. Vol.4

WILLIAMS Allan M., Russel KING, Anthony WARNES ve Guy PATTERSON, 'Tourism and International Retirement Migration: New Forms of an Old Relationship in Southern Europe', *Tourism Geogra-*

phies, 2000, Vol. 2, No.1

Council of Europe Publishing, Foreigners' Integration and Participation in European Cities,15-16 September 2003, Studies and Texts no: 90, Strasbourg 2004

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8916.htm>, (erişim: 16/02/2005 ve 23/09/2008)

The Quality of Life Model; <http://www.utoronto.ca/qol/gocepts.htm>, (erişim.21.11.2007)

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1500.htm>., (erişim: 23/09/2008)

http://www.bizimantalya.com/icimizdeki_yabanci_hemserilerimiz-3838.html, (erişim: 26.09.2008)

TC. İzmir Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü, B.05.1.EGM.4.35.-00.49.01.4702/2007 sayılı ve 30.10.2007 tarihli yazıları

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, B.05.1.EGM.0.-13.31-İst. 17187-110913 sayılı ve 22.06.2005 tarihli yazıları

Yazarlar hakkında bilgi**ZERRİN TOPRAK**

• Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı, Kentleşme ve Çevre Sorunları Ana Bilim Dalı Başkanıdır. 1996 yılında profesör olmuştur. Kent Yönetimi ve Politikası(2008), Altıncı Baskı, Çevre Yönetimi ve Politikası(2003)İkinci Baskı ve Yerel Yönetimler(2008) Yedinci Baskı; konularında üç kitabı, kamu yönetimi, yerel yönetimler, kent, çevre ve yerel siyaset ve Avrupa Konseyi andlaşmaları üzerine makaleleri ve bu konularda ödül kazanmış araştırmaları bulunmaktadır. Yerel Yönetimler DPT , 6. 7. ve 8. Plan çalışmalarında “özel ihtisas komisyonu” üyeliği yapmıştır. DPT 9. Plan çalışmalarında “çevre ihtisas komisyonu” üyesidir. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı “Kentlilik Bilinci, Kültür Eğitim Komisyonu/KENTGES” üyesidir. 2007 den bu yana TOBB, Kadın Girişimciler Üst Kurulu Üyesidir.

AHU KARAKURT

2004 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı’nda Araştırma Görevlisi olarak çalışmaktadır. Doktora öğrencisidir.

Abstract

CEMETERIES OF FOREIGNERS IN TURKEY AND STRATEGIC APPROACHES

Migration movements to Turkey are recently observed increasingly for various reasons such as with business, education and political purposes or under the compulsory influence of climatic changes. One dimension of the mentioned population activity from abroad is the migration of retired foreigners to the coastal settlement units at a striking and gradually increasing rate. The movements of foreign retired populations, which begin with touristic purposes depending on the convenient climate and which gradually turn into settlement under the attractiveness of acceptable living standards, can be related to different matters. The fact that the retired population displays a structure likely to be called "final destination tourism", that cemeteries are appropriated to foreign settlers in our country and even that they inform the municipal administrations about their desires to be buried as a will have made the matter worth examining. This study makes the strategic interrogation of the integrated harmony of the cemeteries of foreigners, which increase in parallel to the increasing number of foreign population, and the legal regulations on this matter. This research is among the firsts in the literature. Therefore, it is considered to make a contribution.

Key words: Cemeteries of Foreigners, Retired Foreign Settlers, Cemeteries, Property Right, Urban Transformation

Anahtar Sözcükler: Yabancı Mezarlıkları, Yerleşik Yabancı, Mezarlıklar, Mülkiyet, Kentsel Yenileme



YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

Adem ÇELİK (★)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, 1-)Genel Olarak, 2-)Yargı Bağımsızlığının Temeli, 3-)Hukuk Sistemimizde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yargı Bağımsızlığı, 4-)Yargı Bağımsızlığı ve Kanuni (Doğal) Hakim İlkesi, 5-)Yargı Bağımsızlığı Konusunda Hukuk Sistemimizde Var Olan Uygulamalara İlişkin Eleştiriler

Özet: Yargı bağımsızlığı, yargı erkinin yasama ve yürütme erklerinden tamamen bağımsız hareket etmesini ifade eder. Yargı bağımsızlığının temelinde güçler ayrılığı ilkesi yatmaktadır. Devletler adaletin dağıtılmasında siyasi ve başkaca müdahalelere karşı yapısal ve işlevsel koruyucular sağlamalıdır. Hakimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin ve özellikle siyasal iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız yargı, tarafsız yargı, kanuni hakim, doğal hakim, HSYK, DGM, adil yargılanma, objektif tarafsızlık, subjektif tarafsızlık.

1-)Genel Olarak

Hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarının başında yargının

(★) Seydişehir Hakimii.

bağımsızlığı ve tarafsızlığı gelmektedir. Adil (dürüst) bir yargılamanın temel güvencesi, kararların siyasal kurumlar tarafından değil, fakat hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız yargı yerleri tarafından verilmesidir.¹ Devlet iktidarını kullananlar da hukuk kurallarıyla bağlıdırlar ve gerektiğinde onları da millet adına yargılayacak olan hakimlerin herhangi bir baskı altında kalmadan karar vermeleri gerekir.²

Bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma hakkı, öylesine bir haktır ki; İnsan Hakları Komitesi bunun, “istisna kabul etmeyen mutlak bir hak” olduğunu belirtmiştir.³

Bunun doğal bir sonucu olarak, yargı (mahkemelerin) bağımsızlığı ve tarafsızlığı, anayasalarda ve en temel insan hakları metinlerinde güvence altına alınmıştır.⁴

İHEB'nin 10. maddesine göre; “herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir”.

KİSHUS'nin 14/1. bendi hükmüne göre de; “herkes, (...) bir hukuki uyuşmazın karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından (...) yargılanmak hakkına sahiptir.”

AİHS'nin 6. maddesinde bu konuyla ilgili olarak “herkes gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar gerek (...) hakkında karar verecek olan kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

1 Uluslararası Af Örgütü: Adil Yargılanma Hakkı, çev. Fadıl Ahmet TAMER ve Erol KAPLAN, İletişim Yayınları, (İstanbul, 2000), s. 156.

2 TÜSIAD: Yargılama Düzeninde Kalite, (İstanbul, 1988), s. 25.

3 Uluslararası Af Örgütü: (Adil Yargılanma Hakkı) s. 156.

4 Yaşar DEMİRCİOĞLU: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara, 2001), s. 26-27.

1990 tarihli AGİK Kopenhag sözleşmesinin 5/12. fıkrasına göre; “yargıçların bağımsızlığı ve adaletin tarafsız işleyişi güvence altına alınacaktır” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Anayasamızın 138. maddesinde ise, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” ifadesi yer almaktadır.

2-)Yargı Bağımsızlığının Temeli⁵

Anayasal güvencelere sahip, bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimi; hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin de güvencesini oluşturan temel bir öğedir. Bir ülkede demokratik hukuk devletinden bahsedilebilmesi için, kanunla kurulmuş tarafsız ve bağımsız yargı yerlerinin bulunması zorunludur.

5 Tarihın bütün dönemlerinde insanoğlu, tarafsız ve bağımsız karar vericilere, hakimlere, hükümdarlara, peygamberlere ihtiyaç duymuştur. Mitolojide insanoğlu, güç ve kudret sahibi, ancak bunun yanında taraf tutmayan ilahlar (veya ilaheler) edinmişler ve yeryüzünde, ilahlar adına karar verecek olan hakimlerin, hükümdarların ve karar vericilerin hükümlerine, adalet ilahlarına olan saygının bir sonucu olarak itaat etmişlerdir. Bu adalet ilahelerinin en önemlisi Justitia'dır. Elinde keskin kılıcı ile adaletin gücünü, kitabı ile Kanun'u , dengede duran terazisi ile eşitliği ve ölçünlülüğü, gözlerinin bağlı olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı temsil eden Justitia, yüzyıllar boyunca hukukun, adaletin, gücün, tarafsızlığın sembolü olmuştur. (Böttcher Eduard-Gleichbehandlung und Waffengleichheit, Heidelberger Forum 1979, s.11). Tarihte, tarafsız ve bağımsız hakim ve hakemlere olan ihtiyaç, insanlık tarihinin sonraki dönemlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, insanlara yol gösterici olarak gönderildiklerine inanılan Peygamberlerin aynı zamanda “en adil yöneticiler ve, hakimler ve hakemler” olduklarına inanılır. Bu alanda Süleyman Peygamber'in adalet anlayışı, insanlığı ve hukuk dünyasını o kadar etkilemiştir ki, Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin tavan yüzeyleri, Süleyman Peygamber'in adalet anlayışını temsil eden gravürlerle süslenmiştir. Tevrat ve İncil'de de Süleyman Peygamber'in adalet anlayışından uzun uzun bahsedilmektedir. Hikayeye göre, ' bir erkek çocuğun annesinin kendileri olduğunu iddia eden iki kadın Süleyman Peygamber'in huzuruna çıkarılır. Çocuğun annesinin kim olduğu konusunda uzun uzun kadınları dinleyen Süleyman Peygamber, asıl annenin kim olduğu konusunda bir karara varamaz. Nihayet aklına bir fikir gelir. 'Madem ikiniz de bu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ediyorsunuz o halde her ikiniz arasında paylaşırınız'. Çocuğu ayaklarından tutar ve kılıcı ile ortadan ikiye ayırmak için harekete geçer. Ancak o sırada kadınlardan biri fırlar ve 'Ben oğlumun diğer kadına verilmesini kabul ediyorum, yeter ki onun canına bir şey gelmesin' der. Bu fedakarlık karşısında Süleyman Peygamber gerçek annenin bu kadın olduğuna karar verir ve çocuğu ona teslim eder. Süleyman Peygamber gibi, diğer peygamberlerin de çok iyi birer hakim olduklarına, Allah'ın, adaletli davranmaları için onları uyardığına, eğittiğine inanılır. Nitekim İncil'de Allah, 'Ben hakimlere emretmişim ki; yabancılara, kardeşlerinize, büyüklere, küçüklere eşit davranınız. Onlar arasında ayrımcılık yapmayınız. Hiç kimseden de korkmayınız.' diye öğüt vermektedir. Waldner, Wolfram: Der Anspruch auf rechtlichen Gehör'den nakleden DEMİRCİOğLU: s. 26-27.

Yargı bağımsızlığı esasında mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmasını ifade eder. Mahkemelerin bağımsızlığının kökeninde ise “güçler ayrılığı” ilkesi yatmaktadır. Yargı erki, yürütme ve yasama organının işlemlerinden bağımsız niteliktedir. Hukuk devletinin temel niteliklerinden biri de yargı mercilerinin, siyasi ve başkaca müdahalelerinin etkisinden uzak bağımsız hareket edebilmeleridir.

Mahkemelerin ve temelde hakimlerin bağımsızlığı öncelikle anayasa hukukuna ait bir sorundur. Ancak hakimlerin bağımsızlığı sorunu muhakeme hukukunda da büyük öneme sahiptir. Bir hukuk devletinde muhakeme hukukunun temel ilkelerine, hakimlerin bağımsızlığı da dahildir. Öylesine ki; hukuk devleti düşüncesinin en büyük başarısının, hakimin kararlarının bağımsızlığının sağlanması olduğu belirtilir.

Devletin çeşitli organlarının münhasır ve özgül görevleri vardır. Bir kurum olarak yargı organı ve birey olarak yargıçlar, önlerindeki davalarda karar vermek için münhasır yetkiye sahip olmalıdırlar. Yargının bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınmalı, hukuk tarafından düzenlenmiş olmalı ve bütün kamu kuruluşları tarafından saygı görmelidir.

Devletler adaletin dağıtılmasında siyasi ve başkaca müdahalelere karşı yapısal ve işlevsel koruyucular sağlamalıdır. Hakimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin ve özellikle siyasal iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Devletin başta gelen görevlerinden biri de adalet dağıtmaktır. İyi bir adaletin başlıca şartı ise adaleti dağıtanların tarafsız ve bağımsız olmalarıdır.

Herhangi bir makamın veya otoritenin baskısı yada etkisi altında karar veren yargıç, adaleti yerine getiremez. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birey hak ve özgürlüklerinin güvencesidir.

Yargı organı, önündeki sorun hakkında, herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı ve

müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir. Yargı bağımsızlığı prensibi, yargılama organının davaları adil bir şekilde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir.⁶

3-)Hukuk Sistemimizde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yargı Bağımsızlığı

Hakimlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasına yönelik hükümler AİHS ve Anayasamızda ifadesini bulan 'ayrımcılık yasağının' bir garantisidir. Hak arama hürriyetini kullanan ve mahkemeler önünde davacı ve davalı konumunda olan kişiler açısından "hukukun korumasından" eşit faydalanma hakkı en başta yargı makamlarının tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.

AİHS 'nde "genel" bir ayrımcılık yasağından bahsedilmektedir. Buna göre, "AİHS'nde tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır.

Ayrımcılık yasağı, Anayasamızda da garanti altına alınmış bir düzenlemedir. T.C. Anayasası'nın 10. maddesine göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."

Anayasamızda hakimin bağımsızlığından söz edilmesine rağmen tarafsızlığından söz edilmemektedir. Ancak, Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi, dürüst yargılanma hakkını içerir. Söz konusu hak ise yargılanmanın tarafsız hakimce yerine getirilmesini şart koşar. Dolayısıyla hakimin tarafsızlığı da bağımsızlığı gibi anayasal güvence altındadır. "Tarafsızlık" kavramı, "bağımsızlık"

6 Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler, md. 2,6.

kavramıyla yakından ilişkilidir. Tarafsızlık, bağımsızlığın doğal bir sonucu olarak; yargılama makamlarının, kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit gibi her türlü etkiden uzak olması sonucunu da beraberinde getirir.

Bununla birlikte tarafsızlık; davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu ve özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının, taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde bir duyguya yada çıkara sahip olmamaları demektir.⁷

Belli bir davada, hakimin taraflardan biri veya dava ile yakın ilgisinin bulunması halinde, o davada tarafsız kalması mümkün olmayabilir. Bu nedenle bu gibi hallerde, hakimin kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir davaya bakamayacağı kabul edilmiştir. Buna hakimin davaya bakmasının yasak olması ve reddi denir. Bu haliyle hakimin davaya bakamaması ve reddi, Anayasamızın 37. maddesinde belirtilen tabii hakim ilkesinin bir istisnası niteliğindedir. Bundaki amaç insanlar nezdinde, adalet hakkında daima varlığı ve korunması gereken güveni sağlamaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin tarafsızlığını “objektif” ve “sübjektif” olmak üzere iki şekilde ele almaktadır. Objektif tarafsızlık, mahkemelerin kurumsal tarafsızlığı olup mahkemelerin kişi üzerindeki bıraktığı izlenim, yani; hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip olan yargılama dışı kurumların etki ve baskısı altında kalmayan mahkemelerin varlığını gerektirmektedir. Objektif tarafsızlık, hakimlerin kişisel niteliklerinden çok mahkemelerin kurumsal anlamda tarafsızlığını ifade etmekte kullanılmaktadır.

Sübjektif tarafsızlık ise doğrudan doğruya hakimlerin kişisel yapılarına bağlı olan tarafsızlıktır. Hakimlerin, kişisel anlamda önyargılı olup olmamalarını etkileyebilecek her türlü durum sübjektif tarafsızlı-

7 Hakan KARAKUŞ: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul Barosu Yayınları, (İstanbul,2001),s.174.; Uluslararası Af Örgütü: (Adil Yargılanma Hakkı), s.167.

ğın kapsamı içerisinde incelenmektedir.

Objektif tarafsızlık, kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılır. Bu, yargılama organının her türlü şüphe ve kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olup olmadığı hususuna bağlıdır.⁸

Objektif tarafsızlığın sağlanmasında, hakimlerin hiç kimsenin emir ve talimatına bağlı olmaksızın Anayasa'ya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri büyük önem taşımaktadır.⁹

Objektif yönden tarafsızlığın ölçütleri kurumsal alanda ve anayasal düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından yürütme ve yargılamanın ayrılığı, başka bir anlatımla yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu çok önemlidir. Eğer hükümet yada idari organlar, hakimlerin görevine son verebiliyorlarsa, bu noktada kurumsal açıdan bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları yok demektir. Hatta yargılama dışı kurumlar, mahkemeler yada hakimler üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu, yine bağımsızlığın olmadığı anlamına gelmektedir. Bu etkileme yada denetleme; değişik biçimlerde; hakimlerin aylıklarının ödenmesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçimlerinde ortaya çıkabilmektedir.

Objektif tarafsızlık konusunda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa verdikleri güven hissidir. Zaten AİHM, pek çok kararında; "adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi lazımdır" öz deyimine atıfta bulunmuştur.¹⁰ Buna göre, yargılamaya geçilmezden evvel; daha davanın en başında, yargılama makamının kuruluşu ve buralarda görev yapan hakimler aç-

8 TUSIAD: (Yargılama Düzeninde Kalite), s. 27.

9 Any . md. 138/1.

10 Mustafa YILDIZ: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınevi, (İstanbul,1998), s. 206.

sından tarafsız bir mahkemenin oluşturulduğu noktasında bir görünümün oluşturulması gerekir.

Mahkemelerin objektif bağımsızlığı ve tarafsızlığı, içinde buldukları ortamdan da etkilenebilmektedir. Ortamdan kaynaklanan müdahaleler çok çeşitli olup; sermaye gurupları, baskı gurupları, aşiretler, siyasi partiler, sendikalar, şirketler ve hatta tek ferde kadar uzanabilir.

Hakimlerin objektif bağımsızlığının ve tarafsızlığının, muhakeme dışı etkiler kadar muhakeme içi etkilere karşı da korunması gerekir. Bundan maksat; hakimin taraflar bakımından tarafsız kalabilmesidir. Bu noktada, birden fazla hakimin hükmün verilmesine katılması ve böylece hükmün kolektifleştirilmesi en etkili tedbirlerden biridir.¹¹

Sübjektif açıdan tarafsızlık doğrudan doğruya hakime yada hakimlere ilişkin olup; onların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır. Sübjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya dek var sayılır. Sübjektif tarafsızlığın sağlanması hususunda ulusal yasalarda birtakım düzenlemeler yer almaktadır.¹²

4-)Yargı Bağımsızlığı ve Kanuni (Doğal) Hakim İlkesi

Yargı bağımsızlığının tesis edilmesinde en önemli etkenlerden birisi kanuni hakim (doğal hakim) ilkesinin hukuk sistemlerince benimsenmesidir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin kuruluşu, yetkileri ve görevleri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile değil fakat yasama organınca, kanun yoluyla ve dava konusu olay çıkmadan önce saptanacaktır.(Any. mad. 142.) Bu sayede, kişi ya da olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak, olası

11 TUSİAD: (Yargılama Düzeninde Kalite), s. 29.

12 Sübjektif tarafsızlığın sağlanması konusunda HUMK' da hakimin davaya bakmasının yasak olduğu ve hakimin reddedilebildiği haller (28 ve 29. maddeler) düzenlenmiştir. Yine, aynı şekilde 5271 sayılı CMK da buna benzer hükümler (22. ve 23. maddeler) mevcuttur. Yeni CMK' da yargılamaya katılmayacak hakimle ilgili düzenlemede yenilik getirilmiş ve 23. maddenin 3. fıkrasında "yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hakimin, aynı işte görev alamayacağı" öngörülmüştür. Böylece hakimin tarafsızlığı bakımından, yargılamanın yenilenmesi, yeni bir yasaklık olarak kabul edilmiştir. Adem SÖZÜER/Kenan TEKDAĞ: "Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor", HPD, Hukuki yorum ve Haber Dergisi, (Nisan, 2005), S.3, s. 49.

keyfilikler önlenecektir.¹³

Kanuni hakim güvencesi, Anayasamızın madde 37/2 hükmü ile garanti altına alınmıştır, buna göre; “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” Anayasanın bu hükmü sayesinde, hakimın bağımsızlığı yasama organına karşı bir kez daha güvence altına alınmaktadır.

Ayrıca yine 1982 Anayasası'nın 38. Maddesi ve AİHS'nin 7. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” uyarınca, sanığın suçun işlendiği sırada var olan görevli-yetkili bir mahkemeden başka bir mahkemede yargılanmaması gerekmektedir.

Ve yine Birleşmiş Milletler tarafından 1985 yılında İtalya'nın Milan kentinde toplanan “Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Yapılacak Muamele 7. Kongresi”nde görüş birliği ile; “Yargının Bağımsızlığı’na İlişkin Temel Prensipler” metni kabul edilmiştir.¹⁴ Söz konusu prensiplerin 5. ilkesine göre; “Herkesin mevcut hukuki usullerin kullanıldığı olağan mahkemeler ya da yargı yerleri tarafından yargılanmaya hakkı vardır. Olağan mahkemelere ya da adliye mahkemelerine ait yargı yetkisinin yerini almak üzere, hukuki süreçte mevcut usulleri layığı ile kullanmayan yargı yerleri kurulamaz” denilmektedir.

5-)Yargı Bağımsızlığı Konusunda Hukuk Sistemimizde Var Olan Uygulamalara İlişkin Eleştiriler¹⁵

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından, ülkemiz nezdinde dile getirilen ilk eleştiri, yüksek yargı organları üyelerinin, Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanması usulüdür.

13 Said Vakkas GÖZLÜGÖL: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuzda Etkisi, (Ankara, 1999), s. 121.

14 Bu ilkeler “Milan İlkeleri” olarak da bilinmektedir.

15 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Adem ÇELİK: Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Eylül, 2007. s.

Zira, hukuk sistemimiz içerisinde Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçer. Cumhurbaşkanı'nın devletin başı olması ve bu nedenle tarafsız sayılması, esasında onun parlamenter rejim sistemi içerisinde yürütmenin de başı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu itibarla, Cumhurbaşkanınca seçilen yargı organı temsilcileri, yargının üst kademelerinin, yürütmeye bağımlı olduğu imajını vermektedir.¹⁶

Hukuk sistemimiz içerisinde 'yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı' yönünden tartışılan ikinci önemli konu ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun konumudur.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Anayasamızın 159. maddesinde düzenlenmiş bir kuruldur. Buna göre; "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer."

HSYK' nın, 'yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı' bakımından dikkat çeken yönü; kurul üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanmasıdır. İlk önce Milli Güvenlik konseyi yasasıyla ve daha sonra da Anayasa tarafından düzenlenen HSYK, adli ve idari yargıda görev yapan hakim ve savcılarının kilit organı durumundadır. Çünkü, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci

16 Bülent TANÖR: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, (İstanbul, 1994), s. 234.

sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeylemler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir (Any. md.159/3).¹⁷

HSYK'nın asıl üyeleri, Adalet Bakanı, bakanlık müsteşarı ve 5 yargıçtan oluşmaktadır. Kuruldaki yargıç üyeler, Yargıtay ve Danıştay tarafından gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir ve atanır. 1961 sisteminde, Yargıtay Genel Kuruluna (YGK) ait olan seçme yetkisinin, şimdiki sistemde 'aday göstermeye' indirgenmesi, yüksek yargı mensuplarına güvensizliğin izlerini taşımaktadır. Üstelik seçme yetkisinin, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'na verilmiş olması yargı bağımsızlığı açısından ciddi sakıncalar doğurmaya açıktır. Özellikle de Cumhurbaşkanı'nın parti kökenli olması durumunda (ki normal olan da budur) söz konusu sakıncaların daha da artma ihtimali yüksektir. Yine, diğer taraftan HSYK'nın başkanlığını Adalet Bakanının yapması, müsteşarının da doğal üye sayılması, yürütmenin Kurul içerisindeki inisiyatifini ve etkinliğini daha da güçlendirmektedir.¹⁸

Eski Yargıtay başkanlarımızdan SELÇUK'a göre¹⁹ de; “ girişim gücü Adalet Bakanı ve müsteşarına teslim edilen, oluşumu çoğu kez bu iki kişiye danışan Cumhurbaşkanının politik yeğlemelerine dayanan; yargıdan gelen üyelerini danışman durumuna düşüren; Müsteşarı onusuz olmaz bir öge yapan bir Kurul'un bağımsızlığı, tek kelimeyle elbet aldatmacadır”.

Yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini ihlal eden başka un-

17 Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevler kapsamında en önemlisi, Kurul tarafından, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesine üye seçmek yer alır.

18 TANÖR: s. 234 vd.

19 Sami SELÇUK:Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne,Yeni Türkiye Yayınları,(Ankara,1999),s. 84.

surlar da söz konusudur. Bölgesel güvence ile kürsü güvencesinin bulunmayışı bunların başında gelir. Nitekim görülmekte olan bir davanın yargıç ve savcılarının sık sık değiştirilmesi ülkemiz bakımından ender rastlanan bir durum değildir. Yine, yargıç ve savcılarının “idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı’na bağlı” olmaları (Any. md.140/6) da önemli bir baskı unsuru olmaktadır. Ayrıca, yargıçların ve savcılarının denetimi, Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişlerince yapılır (Any. md.144). Ancak, bu teftişlerin, giderek siyasal nitelik taşıdığı görülmektedir. Öte yandan, yargıç ve savcılarının bakanlık merkez kuruluşunda bir göreve atanmalarında HSYK’nın bile bir rolü yoktur (Any.md 159). Bu durum eş dost kayırmalarına yol açabilecektir. HSYK’nın yargıçları savcı sınıfına geçirme, Adalet Bakanının yargıç ve savcıları geçici yetkiyle görevlendirme olanağına sahip bulunmaları (Any. md.159/7) da bağımsızlık ve güvenceyi tehdit eden diğer unsurlardır.²⁰

Bununla birlikte, AİHM, bağımsızlık açısından en önemli unsur olarak, her ne kadar mahkemenin, yürütme organına karşı tamamen bağımsız olmasını görmekte ise de mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı tek başına, mahkemelerin bağımsız olmadığını belirlemez. Bunun yanında bir takım unsurlar da göz önünde tutulur. Yani, AİHM, mahkeme üyelerinin yürütme organı, bir bakan veya hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasını her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulmamaktadır.²¹ Bu durumda, HSYK başkanının Adalet Bakanı olması ve müsteşarının doğal üye statüsünde bulunması ve yargıç üyelerin yargı mensuplarınca gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilmesi, AİHM’nin, söz konusu yaklaşımı nedeniyle, tek başına mahkemelerin bağımsız olmadığını gösteren bir unsur değildir. Yine HSYK kararlarının yargı denetimine sahip olmaması da, Kurul tarafından yapılan atamaların bağımsız mahkeme kuralına aykırı olduğunu göstermez. Bu konuyla ilgili olarak, Uslu / Türkiye kararında

20 TANÖR: s. 234 vd.

21 Sibel İNCEOĞLU: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 167.

Komisyon, Anayasamızın 159. md'si gereğince kararları yargı denetimine tabi olmayan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hakimleri atamasını, Kurulun bağımsızlığından şüphe duymak için yeterli bir neden olarak görmemiştir.²²

Kanaatimizce; yukarıda da ifade edilen sakıncaların giderilmesi adına yapılması gereken bir takım düzenlemeler olmakla birlikte, Adalet bakanının ve müsteşarının Kurul'da yer alıyor olması çok da önemli olmayacaktır. Çünkü, Kurul 7 asıl ve 5 yedek üyeden oluşmaktadır; ve 2 üye dışında geri kalan üyeler, yargı camiasının üst düzey yargıçlarıdır. Bu itibarla yargıç üyelerin, bakanın ve müsteşarının etkisi altında kalacağını düşünmek ya da savunmak kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Netice de kararların alınmasında oy çokluğunu sağlamak, yargıç üyeler açısından hiç de zor olmayacaktır.

Her ne kadar yapılan değişikliklerle birlikte tamamen ortadan kaldırılmış bulunsa da, bir dönem hukuk sistemimizde varolan ve 1 Mayıs 1984' ten sonra işlenen siyasal ve güvenlikle ilgili suçlamaları yargılamakla yetkili kılınan DGM'lerin varlığı da sıkça eleştiri konusu yapılmıştır.

DGM kavramı, Hukukumuzda ilk olarak 1970'li yıllarda gündeme gelmiş ve 11.07.1973 tarihinde yürürlüğe giren 1773 sayılı Kanunla da DGM'ler kurulmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, 06.05.1975 tarihinde vermiş olduğu 35/126 sayılı kararı ile 1773 sayılı Kanunun tamamını usule ilişkin sebeplerle iptal etmiştir. Bu iptal üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisince, yeni bir kanun teklifi hazırlanmışsa da, teklif kanunlaştırılmamış ve o dönem itibarıyla DGM'ler tekrar vücut bulmamıştır.

Bu durum, 1982 Anayasası'nın hazırlanmasına kadar sürmüştür. Dönemin birtakım sosyal ve siyasal şartlarından yola çıkan anayasa koyucu, 1982 Anayasası'nın 143. Maddesine DGM'lerin kurulması yö-

22 INCEOĞLU: s. 169.

nünde bir hüküm koymuştur. Bu hüküm ışığında, 2845 sayılı DGM'lerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun çıkartılmış ve böylece DGM'ler hukuk sistemimize yeniden dahil edilmiştir.

DGM'lerle ilgili bir diğer önemli gelişme, 22.06.1999 tarihinde 4390 sayılı Kanunla askeri hakimin DGM bünyesinden çıkarılmasıdır. DGM'lerde askeri hakimin bulunmasının yoğun olarak eleştirilmesi ve Türkiye'nin bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde tazminatlarla maruz kalması, söz konusu değişikliğin en önemli nedeni olmuştur.

Son olarak, Türkiye'nin Avrupa Birliği hedefi ve uyum paketleri çerçevesinde 1982 Anayasası'nın DGM'leri düzenleyen 143. maddesi 2004 yazı başında yürürlükten kaldırılmıştır. Ardından da 5190 sayılı Kanunla DGM'lerin kaldırılması ve bunların yerine Özel Ağır Ceza Mahkemelerinin kurulması kararlaştırılmıştır.

DGM'ler, görevde buldukları dönem içerisinde, askeri hakim, yargılama usulleri, işkence gibi konular bakımından gerek ulusal ve gerekse de uluslararası boyutta yoğun olarak eleştirilmiştir.

DGM'ler yürürlükte olduğu dönem itibarıyla bizzat Anayasa ile kurulmuş olan mahkemelerdir.

Kanaatimizce, DGM'lerin varlığı, bir kısım eleştirilecek noktaları bulunsa da Ceza Hukukumuz için bir gerekliliktir. DGM'ler belli suçlarla ilgili yargılamaları yürütmek için kurulmuş ihtisas mahkemeleridir. DGM'lerin görev alanına giren suçlar incelendiğinde, bunların o dönem itibarıyla 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda düzenlenen suçlar, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda düzenlenen suçlar gibi, birtakım özel nitelikleri olan; terör, mafya gibi belli konularda uzmanlaşma gerektiren suçlar olduğu görülecektir. Bu tip suçlardan doğan yargılamanın, bu konuda uzman olan hakimlerce daha adil ve daha hızlı yargılanması sağlanmaktadır ve kanaatimizce,

bundan daha doğal bir şey yoktur.²³

Bağımsız ve tarafsız mahkeme (yada yargı yeri) konusunda, AİHM nezdinde ülkemize karşı bir takım başvurular söz konusu olmuştur.²⁴ Bunlardan biri de ülkemizde DGM'lerin tamamen kaldırılmasından önce, Anayasamızın 143. maddesinin 3. fıkrasının değiştirilmesine ve DGM'de bulunan askeri yargıcın çıkarılmasına yol açan İncal kararıdır.²⁵

İncal kararında AİHM, başvuruçunun mahkum olduğu suçun niteliğini de dikkate almıştır. Söz konusu davada başvuruçunun, ulusal mahkemeye, devlete karşı koymaya ve suç işlemeye tahrik eden ayrılıkçı propagandayı yaymaktan suçlu bulunmuştur. Oysa AİHM, bildiride kullanılan ifadelerin şiddet, kin ve düşmanlığa tahrik olarak kabul edilebilecek nitelikte olmadığını saptamıştır. AİHM, bir sivilin, kısmen de olsa silahlı kuvvetler üyelerinden oluşan bir mahkemede yargılanmasına büyük önem verdiğini belirtmiş ve DGM'nin davanın niteliği ile hiçbir ilgisi olmayan düşünceler tarafından gereksiz yere etkilenebileceğinden haklı olarak kuşku duyulabileceğine değinmiştir. AİHM, DGM kararının, tamamen sivil üyelerden oluşan Yargıtay'ca denetimi-

23 Zira Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından verilen konuyla ilgili kararlarda da DGM'lerin olağan mahkemeler niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Şöyleki, Yargıtay 9. Ceza Dairesi Anayasa değişikliği yapıp Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 4390 Sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra verdiği bir kararda; "Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 143. maddesinde öngörüldüğü şekilde 2845 Sayılı Kanun gereğince 1983 yılında kurulmuş, görevleriyle ilgili hükümleri 1 Mayıs 1984 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu mahkemeler suçun işlenmesinden sonra kurulmuş özel mahkeme niteliğinde bulunmayıp, yüklenen suçun da Devlet Güvenlik Mahkemesinin görevine girmesi nedeniyle mahkemenin CMUK.nun 1, 2845 Sayılı Kanunun 9. maddelerine göre davaya bakmaya yetkili olduğu" şeklindeki değerlendirmeye, anılan mahkemelerin doğal yargıç ilkesine uygun olarak kurulduklarını vurgulayıp, nesnel tarafsızlığa da; "Mahkemenin askeri hakim üyesinin, 22.6.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4390 Sayılı Kanun gereğince görevinin sona ermesi üzerine, 31.5.1999 tarihli tutanağa göre duruşmaları başından beri CMUK.nun 381/2. maddesi uyarınca izleyen hakim katılımlı yargılamanın sürdürülmüş olması ve 4390 Sayılı Kanunun geçici 3. maddesinde yer alan bu kanunun yayımı tarihinden önce Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görülmekte olan davalara kaldığı yerden devam olunur şeklindeki hükmü ile 2845 Sayılı Kanunun 25. maddesi karşısında daha önce yapılan işlemlerin yenilenmesine gerek bulunmadığı anlaşılmış" biçimindeki gerekçeyle değiştirilmiştir. (9.CD. 22.11.1999,1296/3623)

24 Örnek kararlar için bakınız Zana-Türkiye, Müslüm Gündüz-Türkiye, Erbakan-Türkiye, Canseven-Türkiye, Yazar-Türkiye davaları.

25 İncal / Türkiye, Komisyonun 22678/93 sayı ve 25.2.1997 tarihli kararı; Divan'ın 9.6.1998 tarih 41/1997/825/1031 sayılı kararı.

ni de bu sorunu ortadan kaldırma noktasında yeterli bulmamıştır. Sonuç olarak AİHM'ne göre, başvurucunun İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlığından kuşku duymak için haklı nedenleri vardır ve 6. maddenin birinci fıkrası ihlal edilmiştir.²⁶

Ayrıca, askeri ceza yargısını oluşturan askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin oluşumu da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından ülkemizde eleştiri konusu yapılmıştır. Özellikle askeri mahkemelerde bulunan hakim sınıfından üyelerin Milli Savunma Bakanı ve Başbakanın ortak kararnamesi ile Cumhurbaşkanının onayına sunulması ve subay üyelerin seçiminde 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kanununun 4'üncü maddesine göre, birlik komutanının tek yetkili olması eleştirilerin odak noktası olmuştur.²⁷

26 INCEOĞLU: s. 178.

27 Kemal GÖZLER: Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu, <http://www20.uludag.edu.tr/~gozler/askeri.html>

KAYNAKÇA*

ÇELİK, Adem; Adil Yargılanma Hakkı, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınları, Ankara, Eylül-2007.

DEMİRCİOĞLU, Yaşar; Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001.

DUMAN, İlker Hasan; Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 1985.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/Şeref GÖZÜBÜYÜK; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara, 1996.

GÖZLER, Kemal; "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", <http://www20.uludag.edu.tr/-gozler/askeri.html>

GÖZLÜGÖL, S. Vakkas; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukukumuza Etkisi, Ankara, 1999.

İNCEOĞLU, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

KARAKUŞ, Hakan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2001.

SOYSAL, Mümtaz; 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, 1974.

SÖZÜER, Adem/Kenan TEKDAĞ; "Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor", HPD, Hukuki Yorum ve Haber Dergisi, (Nisan, 2005), S.3, s. 48-62.

* Kaynakçada aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar ilgili eser yanında belirtilmiştir.

TÜSİAD; Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1988. (Yargılama Düzeninde Kalite).

Uluslar arası Af Örgütü; Türkiye Raporları, Alan Yayıncılık, Kasım, 1989. (Türkiye Raporları).

Uluslararası Af Örgütü; Adil Yargılanma Hakkı, çev. Fadıl Ahmet TAMER, ve Erol KAPLAN, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000. (Adil Yargılanma Hakkı).

YILDIZ, Mustafa; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998.



CD TALEP FORMU

Gönderenin
Adı-SOYADI :

Adresi :
:
:

Posta Kodu/ŞEHİR :

Telefon :

Faks :

Aşağıdaki CD'yi/CD'leri almak istiyorum. Katma Değer Vergisi Dahil CD bedeli/bedelleri olan TL.yi **TC. Ziraat Bankası Kızılay / Ankara Şubesi'ndeki 39009014-5001** veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932** sayılı hesabınıza/...../..... tarihinde yatırdım.

Buna ilişkin belge (Banka Dekontu veya Çek Kupürü) örneği eklidir.

Ad-SOYAD
İmza

1975-2006 Yılları Yargıtay Kararları Dergisi Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil **200,00 TL**

1926-2007 Yılları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil **100,00 TL**

PROGRAMI KULLANABİLMENİZ İÇİN BİLGİSAYARINIZDA OLMASI GEREKEN DONANIMLAR

- Windows 98 veya daha üstü (Windows-2000-XP vb.) işletim sistemi.
- CD Rom sürücü,

DİKKAT: Formu doldurduktan sonra,
[Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3 06658-Bakanlıklar/ANKARA] adresine ya da (0312) 419 41 11 nolu faksna gönderiniz.

