

ADANA BAROSU DERGİSİ



KASIM 2017 - SAYI : 12
ISSN : 1307 - 4202



ADANA BAROSU DERGİSİ

Sahibi

Adana Barosu Adına
Baro Başkanı
Av. Veli KÜÇÜK

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi

Av. Ayşe Duygu ÖZGÜVEN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Yayın Kurulu Başkanı
Av. İsmail Oray AYHAN

Yayın Kurulu

Bşk. Yrd. Av. Tuğba KILIÇÇI ÖZKAYA

Bşk. Yrd. Av. Aytaç ER
Yazman Av. Özlem TURKUT
Yazman Av. Maide İNCESoy
Yazman Av. Gamze DEVECİ
Av. Mehmet Çetin BERKÖZ
Av. Alper Devrim AKDAMAR
Av. Deniz ÇAKIR
Av. Savaş KENDİRLİ
Av. Gürler GAYDAN
Av. Ahmet Gani KÜÇÜK
Av. Mustafa Can COŞKAN
Av. Çağla ÇINAR SEVİMLİ
Av. Merve ERDEM ESER
Av. Bekser BARCI
Av. Aykan ESER
Av. Seda SEZER
Av. Gizem SAHİP
Av. Ozan KARABULUT
Av. Onurcan YILMAZ
Av. Mahmut AKGÜL
Av. Hasan Emre AĞMAZ
Av. Ferah GÖKÇE
Av. Murat Kayahan AKSUNGUR
Av. Dilara TALAY

Basın Danışmanı

Abdullah YANGIN

İletişim Adresi

Adana Barosu Adliye Sarayı Kat:6 P.K. 01120 Seyhan/ADANA

Tel: 0 322 351 21 21 - Fax: 0 322 359 44 26

www.adanabarusu.org.tr

adanabarusu@adanabarusu.org.tr

Adana Barosu'nun Ücretsiz Yayınıdır.

Grafik-Baskı ve Ciltleme

DGN Medya Ajans
0 322 454 06 38 - 0 532 387 02 80
www.dgnmedya.com

Yayın Kurulu gönderilen yazıları değiştirerek yayınlama hakkına sahiptir.
Yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır olup sorumluluk yazarlarına aittir.

*“Geçmişı değiştiremezsin,
fakat gelecek daima elindedir.”*

Hugh White

İÇİNDEKİLER

6- BAŞKANDAN

9- YAYIN KURULUNDAN

11- **Kredi Borçlusuna (ve Müşterek/Müteselsil Borçlusuna) Hesap Kat İhtarı Göndererek, Bakiye Alacağının 66.433,64 TL Olduğunu Bildirdikten Sonra, Elindeki Borçlulara Ait 2.500.000,00 TL Miktarındaki Senedi -«Bakiye Alacağının 66.433,64 TL Olduğunu»(TTK m.716/(2) Belirtmeden)- Protesto Ettiren Banka Hakkında Menfi Tespit Davası' Açan Borçlu “Hukuki Yarar Sahibi” Sayılır mı?**
Av. Talih UYAR

21- **ALTERNATİF UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜM YOLLARI İLE YARGI YOLLARININ KARŞILAŞTIRILMASI**
Miray ÖZER DENİZ

31- **SOMUT NORM DENETİMİ VE ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ**
Selçuk KOCA

43- **İSLAM-OSMANLI CEZA HUKUKUNDA HAPİS CEZASININ İNFAZI**
Özgür ÇAKIN

55- **SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ**
Av. Uğur AYDINGÜL

67- **TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ**
Av. Arb. Fatma KAYMAZ SON

79- **KİSMİ DAVADA MANEVİ TAZMİNAT SORUNU**
Av. Ümit Arif ÖZSOY

**93- BELEDİYE BAŞKANLARININ SEÇİLEBİLME YETERLİLİĞİ
KRİTERLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Av. Fahri ÖZSUNGUR

**113- TÜRKİYEİN ACİL BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ
İHTİYACI VAR MIDIR?**

Av. Teberdar ÖZDOĞAN

**121- BELEDİYE BAŞKANLARININ SEÇİLEBİLME YETERLİLİĞİ
KRİTERLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Av. Emrah SÖKMEN

135- SIRA CETVELİNE MUVAZAANEDENİYLE İTİRAZ DAVASI

Av. Arb. Uğur UÇURUM

149- DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER

Stj. Av. S. Murat KURU

175- YARGITAY KARARLARI

217- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

BAŞKANDAN

Değerli meslektaşlarım,

Baromuzun geleneksel hale getirip Basın Yayın Komisyonumuz ve siz değerli meslektaşlarımızın katkılarıyla sürdürdüğü basılı eserlerinden meslektaşlarımızın faydalanmasına sunulan makale ve içtihatlarla yer verilen Baro dergimizin 12. sayısını yayınlamaktan memnuniyet duymaktayız.

Genel Kurulda meslektaşlarımızın verdiği destek ve teveccühle göreve gelmiş olmamız sonrasındaki 1 yıllık süreç oldukça yoğun bir şekilde geçirilmiştir. Gerçekleştirdiğimiz birçok etkinlik ve hukuksuzluklara karşı duruşumuz güçlü, katılımcı ve etkin baro anlayışımız bundan sonraki süreçte de devam edecektir. Bu süreçte, 150 basın açıklaması ve 25'e yakın konferansla aktif ve şeffaf bir çalışma yürütülmüştür.

Baromuza ait hizmet binası için yeni adliye binasına yürüyüş ve görüş mesafesinde iki ayrı arazi ile ilgili çalışmalar hızla devam etmektedir. Yeni adliye binası inşaatı baro yönetimimiz tarafından her ay yerinde incelenmektedir. Yeni Adliye Binasının, 2018 yeni adli yıl açılışında faaliyete gireceği öngörülmektedir. Adli yardım merkezimiz, aile mahkemelerinin taşındığı Reşatbey Mahallesi'ndeki çok yakın mesafede olan baromuza ait binaya taşınmış; Reşatbey'deki binamız ile ilgili bazı düzenlemeler yapılmış, staj eğitim çalışmaları da tamamen bu merkezimizde devam etmektedir. Yurttaşın da bu şekilde adalete erişiminin daha rahat sağlanmasına imkan verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri 5 Eylül 2017 tarihinde ilimizde faaliyete başlamış olup, 4 avukat odası ve 1 adet avukatlar kafeteryasının baromuza tahsisi sağlanmıştır.

Baromuz kayıtlı 2 bin 385 avukatı ve 373 stajyer avukatı ile büyük bir ailedir. Genç meslektaşlarımızın mesleki anlamda yaşadıkları sıkıntılar yönünden hususi çalışmalar yürütülmekte, bu bağlamda büro edinmede yaşadıkları sorunları çözüm amaçlı "uyum büroları" adı altında proje çalışmaları sürdürülmektedir.

Geçmiş dönemlerde Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) zorunlu müdafilik yol giderleri ve ücretleri yönünden iyileştirmeler yapılarak 20 TL olan yol ücreti 30 TL olmuş; CMK ücretleri ortalama yüzde 25 oranında artmıştır.

Ne yazık ki, Sınır Tanımayan Gazeteciler (RSF) Örgütünün 2017 Dünya Basın Özgürlüğü Endeksinin açıklanan rakamlarına göre Türkiye, 4 sıra gerileyerek 180 ülke arasında 155. sırada yer almıştır. Türkiye'de cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü olarak 23'ü imtiyaz sahibi ve yazı işleri müdürü 170 gazeteci bulunmaktadır. Basın özgürlüğünün, bir ülkenin demokratik gelişmişliği yönünden önemi tartışılmazdır. Gazeteciliğin yargılanması kabul edilemez.

Yüz binlerce kamu emekçisi meslekten ihraç edilmiş, bir çok demokratik kitle örgütünün kapısına kilit vurulmuş, hapishaneler de işkence ve kötü muamele hat

safhaya varmıştır. Yargı alanında 3000'e yaklaşan tutuklama ve hakim-yargıç ihracı ile birlikte, hukuk kurallarının yerini açıkça KHK almış Meclis ve Yargı işlevsiz hale getirilmiştir.

Bağımsız savunmayı temsil eden avukatlar da karakollarda, adliyelerde, hapisanelerde mesleğini yapmaya çalışırken bu antidemokratik uygulamalardan payına düşeni almaktalar. Gözaltına alınma, tutuklanma, dosyalardan kısıtlamalar, KHK'lar ile kuşa çevrilen savunma makamı ve daha nice. Yargı adeta sopa işlevi görmekte olup, savunma makamını da es geçmemektedir. Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü, kanuni yargıç güvencesi hala mumla aranmaktadır.

Bugün Türkiye'de insan hakları açısından acilen yerine getirilmesi gereken tek bir talep vardır: O da toplumsal huzur ve barışın tesis edilmesidir. Demokrasinin ön şartı düşünce ve ifade özgürlüğüdür. Şu anda Türkiye'de düşünce ve ifade özgürlüğü parti devleti ve otoriter yönetimin yargı baskısı altındadır. Türkiye'de asgari standartlarda dahi demokrasiden ne yazık ki söz edilemez. Bu nedenle demokratik mücadele kaçınılmazdır.

Savunma hakkı herkes için kutsaldır. Savunma hakkının olmadığı bir ülkede adaletin varlığından söz edilemez. Adaletin olmadığı bir toplumda da ne kamu güvenliği ne de toplumsal barış ve huzurun tesisi mümkün olur. Savunmanın temsilcileri biz avukatlar hukuksuzluklara karşı her zaman sesimizi yükselterek adaletin yaşama geçmesini haykıracağız; şeffaf ve denetlenebilir hukuk devleti, katılımcı demokrasi, evrensel normlara bağlı hak ve özgürlükler mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz ve diri tutacağız.

Değerli Meslektaşlarım,

Adana Barosu Dergisinin 12. sayısının sizlerle paylaşmaktan onur duymaktayız. Basın Yayın Komisyonumuzun uzun ve yoğun çalışmalarının sonucu olan ellerinizde tuttuğunuz Dergimizde emeği geçen başta tüm komisyon üyelerimize, yazı, makale ve bilgileriyle katkı sunan tüm meslektaşlarımıza teşekkürlerimi sunmaktayım; demokratik mücadelemizle varacağımız adaletin, hukukun egemen olduğu günlere olan inancım, hepinize en kalbi duygularımı, sevgilerimi ve saygılarımı sunarım.

Av. Veli KÜÇÜK
Adana Baro Başkanı



YAYIN KURULUNDAN

Değerli meslektaşlarımız;

Adana Barosu Dergisi'nin 12. sayısını sizlere sunmaktan dolayı mutluyuz.

Uzun bir aradan sonra yayınladığımız 11. sayımızın ardından Avukat, Stajyer Avukat ve Akademisyen meslektaşlarımızın dergimize ilgilerinin arttığını gördük.

Baro Başkanlığımız tarafından komisyonumuza tahsis edilen yayin@adanabarusu.org.tr e-posta adresinin kullanılmaya başlanmasıyla yayın kuruluna doğrudan ulaşma imkanı sağlanmış oldu. Bu durum ilgi artışını daha görünür kıldı.

Değerli meslektaşlarımız;

Dergimizin bu sayısında çeşitli konularda sizlerin gönderdiği makalelere, Yargıtay içtihatlarına ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği bazı kararlara yer vermeyi uygun gördük.

Yazılarıyla ve paylaştığı kararlarla dergimize katkı sunan tüm meslektaşlarımıza, akademisyenlerimize, hiçbir karşılık beklemeden ve özveriyle çalışan komisyon üyelerimize, dergimizin yayınlanması için gerekli iradeyi gösteren ve her türlü desteği veren Baro Başkanımız Av. Veli Küçük ile Adana Barosu Yönetim Kurulu'na, süreci komisyonumuzla beraber takip eden ve taleplerimizin anında karşılık bulmasını sağlayan Koordinatör Yönetim Kurulu üyemiz Av. A. Duygu Özgüven'e teşekkür ederiz.

Baro dergimizin değerini arttıran yine sizlerin kurulumuza ulaştıracağı yazılardır. Yukarıda da zikrettiğimiz e-posta adresimizden bizlere yazılarınızı ulaştırmaya devam etmenizi temenni ediyor, yeni yayınlarda buluşmak üzere saygılar sunuyoruz.

Yayın Kurulu Adına
Av. İsmail Oray AYHAN



Kredi Borçlusuna (ve Müşterek/Müteselsil Borçlusuna) Hesap Kat İhtarı Göndererek, Bakiye Alacağının 66.433,64 TL Olduğunu Bildirdikten Sonra, Elindeki Borçlulara Ait 2.500.000,00 TL Miktarındaki Senedi -«Bakiye Alacağının 66.433,64 TL Olduğunu»(TTK m.716/(2) Belirtmeden)- Protesto Ettiren Banka Hakkında Menfi Tespit Davası' Açan Borçlu “Hukuki Yarar Sahibi” Sayılır mı?*

Av. Talih UYAR**

Borçlu, alacaklı tarafından hakkında icra takibine konu yapılmış olan veya konu yapılacağı bildirilen senet/belge için (İİK. mad. 72) “*borçlu olmadığımı tespit ettirmek için*” -icra takibinden önce veya sonra -olumsuz(menfi) tespit davası açabilir.

Her hukuk davasında olduğu gibi, olumsuz (menfi) tespit davalarında da, davacı-borçlunun bu davayı açmakta «*hukuki yararı*»nın bulunması gerekir (HMK. mad. 114/(1)-h).¹ İcra takibinden *önce (veya sonra)* davacının, bu davayı açmakta *güncel hukuki yararının* bulunup bulunmadığının, her somut olayda ayrı ayrı incelenip irdelenmesi gerekir (HMK. mad. 106/12).²

«*Hukuki yarar koşulu*», *dava koşullarından* (HMK. mad. 114/(1)-h) olduğundan, yargılamanın her aşamasında mahkemece doğrudan doğruya gözetileceği gibi³ taraflarca da ileri sürülebilir. Dava açmakta hukuki yarar bulunmayan hallerde mahkeme, açılmış olan davayı «*hukuki yarar yokluğu*» nedeniyle -usul'den- reddeder...⁴

Davacı -borçlunun, olumsuz (menfi) tespit davası açmaktaki hukuki yararının hem «*davanın açıldığı tarihte*» ve hem de «*dava süresince*» (hüküm verilinceye kadar) devam etmesi gerekir...⁵

a) «İcra takibinin kesinleşmesinden sonra» (İİK..mad. 72/III) borçlunun olumsuz (menfi) tespit davası açmakta -kural olarak- *hukuki yararı* vardır.

Yüksek mahkeme, «*icra takibinden sonra açılan olumsuz tespit davalarındaki hukuki yarar koşulu*» ile ilgili olarak;

- «*Davacının takip dosyasında vaki borca itirazının süresinde kabul edilmesi ile takip, işbu dava açıldıktan sonra durmuş ise de, biziatihi ödeme emri tebliği ve alacak talep edilmesi nedeniyle menfi tespit davası açılmasında hukuki yararının bulunduğunu*»⁶

- «*Davanın 'bono nedeniyle borçlu bulunulmadığının tespiti' istemine ilişkin olup, hukuki dayanağının İİK'nun 72. maddesi olduğu, icra mahkemesince verilen 'icra*

* Bu yazı, bir dava dosyasına “Uzman Görüşü (Hukuki Mütalaa)” (HMK. 293) olarak sunulmuştur.

** İzmir Barosu avukatlarından (9 Eyl. Ün. Huk. Fak. E. Öğrt. Görv.)

takibinin durdurulması kararı takip' hukukuna ilişkin olup, maddi hukuk bakımından davacının menfi tespit davası açmasına engel teşkil etmeyeceği için, mahkemece davacının menfi tespit davasını açmakta hukuki yararı bulunduğu gözetilmesi gerekeceğini»⁷

- «Dava konusu senette davacı keşideci olup, takip dosyasında da borçlu olarak aleyhine takip yapıldığından, menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunduğu kabulü gerekeceğini» belirtmiştir.⁸

b) «İcra takibinden önce (İİK.mad.72/II) açılan olumsuz (menfi) tespit davasında borçlu; kendisinden alacak isteminde bulunan ve fakat henüz icra takibine geçmemiş olan kimseye karşı «borçlu bulunmadığının tespitini» ister.

Borçlunun, kendisine karşı bir icra takibi başlamadan önce, böyle bir dava açabilmesi için, «borçlu olmadığının hemen tespitinde hukukî bir yararı olması» gerekir.⁹⁻¹⁰

«İcra takibinin kesinleşmesinden sonra» borçlunun olumsuz tespit davası açmakta -kural olarak- hukuki yararı bulunduğu halde, «icra takibinden önce» böyle bir davayı açmakta hukuki yararı bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerekir...¹¹⁻¹²

Yüksek mahkeme, «icra takibinden önce açılan olumsuz tespit davalarındaki hukuki yarar koşulu» ile ilgili olarak;

- «Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı 'böyle bir borcu bulunmadığının saptanması' için menfi tespit davası açılabilirliğini»¹³ (Not: Borçlu ancak 'hakkında yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden alacaklıya karşı' menfi tespit davası açarsa, bu davayı açmakta 'hukuki yararı' varsayılabilir. Dava konusu uyuşmazlıkta ise davalı-banka, davacı-borçluya dava konusu senedi protesto ettirmeden önce 03.12.2015 tarihinde gönderdiği hesap kat ihtarında, 'bu tarihi itibarıyla bakiye alacağının 66.433,64 TL olduğunu' bildirmiş olduğundan, bu alacağının ödenmemesi üzerine elindeki 2.500.000,00 TL'lik senedi protesto ettirdikten sonra, borçlu hakkında senet bedelinin tamamı üzerinden takipte bulunacağı düşünülemez. Davacı-borçlunun bu şekilde düşünüp senedin borcu dışındaki miktarı hakkında menfi tespit davası açması hem hayatın olağan akışına aykırı ve hem de dürüstlük kuralı ile (TMK. mad. 2) bağdaşmamaktadır. Bu nedenle açtığı bu davada 'hukuki yarar sahibi' sayılamaz...)

- «Davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğu ve dava öncesi de davalıyı çeklerin iadesi konusunda uyardığı dikkate alındığında, davanın açılmasında davacı yan haklı olduğundan, davacı yararına yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini»¹⁴ (Not: Dava konusu uyuşmazlıkta; davacı, borçlu olmadığını bildirdiği senedin kendisine iadesini davalı-bankadan istemeden doğrudan doğruya, bu senetten dolayı borçlu olmadığının tespitini istemiştir. Dava dilekçesinde “dava tarihinde davalı bankaya 66.433,64 TL borcu bulunduğunu” kabul ve ikrar etmiş

davacının esasen 'dava konusu senedin kendisine iadesini' istemesi de mümkün değildir. Bu nedenle, davalı-bankaya dava tarihinde borçlu bulunan davacının açmış olduğu bu davada hukuki yararı bulunmadığı apaçık ortada olduğundan, açılmış olan bu davanın 'hukuki yarar yokluğu' nedeniyle reddine karar verilmesi çok daha isabetli olurdu...)

- «*Borçlunun ödemek zorunda olmadığı bir borç ile tehdit edilmesi durumunda, olumsuz tespit davası açmakta hukuki yararın var sayılacağını*»¹⁵ (Not: Az önce belirttiğimiz gibi dava konusu senetten dolayı davacı-borçludan talep edilecek miktar kendisine hesap kat ihtarında belirtilen 66.433,64 TL olduğundan, başka bir deyişle davacı senet tutarının tamamını ödeme tehdidi ile karşı karşıya bulunmadığı halde, sırf vekalet ücreti alabilmek için sanki senedin tamamı kendisinden talep edilecekmiş gibi bahsi geçen menfi tespit davasını açmış olması dürüstlük kuralı (TMK. mad. 2) ile bağdaşan bir davranış olmadığından böyle bir davayı açmakta hukuki yarar sahibi konumunda kabul edilemez.)

- «*Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de, yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisine bir borçla tehdit eden kimseye karşı 'böyle bir borcu bulunmadığının saptanması için' de olumsuz tespit davası açabileceğini, borçlunun ödemek zorunda olmadığı bir borç ile tehdit edilmesi durumunda hukuksal yararının varlığının kabulü gerekeceğini*»¹⁶ (Not: Borçlu dava konusu uyuşmazlıkta 'ödemek zorunda olmadığı' (yani, protesto ettirilen senet tutarının tamamını ödeme tehdidi ile karşı karşıya bulunmadığı halde) senet tutarının bakiye borcu dışındaki kısmından dolayı borçlu olmadığına tespitini istemesi tamamen kötüniyetli bir davranış olduğundan bu davayı açmakta hukuki yararının varlığı kabul edilemez.)

- «*Dava, takip nedeniyle açılan menfi tespit istemine ilişkin olup, davalı tarafından davacı aleyhine başlatılmış herhangi bir takip bulunmadığından, bu davalı yönünden hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini*»¹⁷ (Not: Davacı-borçlu hakkında, davalı-banka tarafından dava konusu senet tutarının tamamı üzerinden yapılmış bir icra takibi bulunmadığından, davacının henüz hakkında icra takibi bulunmamış olan davalı-banka hakkında açtığı menfi tespit davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirdi.)

- *Davacının takip dosyasında vaki borca itirazının süresinde kabul edilmesi ile takip, işbu dava açıldıktan sonra durmuş ise de, bizatihi ödeme emri tebliği ve alacak talep edilmesi nedeniyle, menfi tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunduğu*»¹⁸ (Not: Davalı-banka tarafından, davacı hakkında takipte bulunularak kendisine ödeme emri tebliğ edilerek alacak talebinde bulunulmamış olduğundan hakkında açılmış olan menfi tespit davasının reddine karar verilmesinin düşünülmesi daha isabetli olurdu.)

- «*Menfi tespit istemine ilişkin davada, dava tarihi itibarıyla, davacının, gübre alımından dolayı kooperatife borçlu olmadığı ve dava açmada hukuki yararının bulunmadığı gözetilerek 'davanın reddine' karar verilmesi gerekeceğini*»¹⁹ (Not: Bu karara konu olayda olduğu gibi davalı kooperatife borçlu bulunmayan kişinin açtığı davanın nasıl hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi gerekmişse, dava konusu uyuşmazlıkta da dava konusu senedin, davacının kabul ettiği borcu dışındaki kısmı

hakkında açmış olduğu menfi tespit davasının -bu kısım hakkında davalı-banka tarafından herhangi bir alacak talebinde bulunulmadığı için- hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi isabetli olurdu.)

- «Davacının davadan önce davalıya gönderdiği ihtarnamelere olumsuz cevap verildiğinden, davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmasına göre, yerel mahkemenin 'davanın kabulüne' dair kararında yasaya aykırı bir yön bulunmadığını»²⁰ (Not: Dava konusu uyuşmazlıkta davacı-borçlu tarafından, davalı-alacaklı bankaya dava konusu senedin kendilerine -borcun tamamının ödenmiş olmasına rağmen iade edilmediği iddia edilerek- iade edilmesi konusunda bir ihtarname gönderilmeden doğrudan doğruya menfi tespit davası açılmış olması çok kasıtlı ve manidar bir davranış olduğundan, açılmış olan davada davacının hukuki yararının bulunduğu düşünülemez.) belirtmiştir...

Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta;

-Alacaklı (davalı) ...BANK A.Ş., borçlu M.. TİC. LTD. ŞTİ. ile bir kredi sözleşmesi imzalamış, bu sözleşmeyi -adı geçen şirketin yetkilisi- N.M. da “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” olarak imza etmiştir.

-Alacaklı (davalı)..BANK A.Ş., kredi borcunun zamanında ödenmemesi üzerine hem “asıl kredi borçlusu” M... TİC. LTD. ŞTİ.'ne ve hem de adı geçen “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” N.M. aleyhine Bakırköy 32. Noter'i vasıtasıyla 03.12.2015 tarihinde “hesap kat ihtarı” göndererek 03.12.2015 tarihi itibarıyla bakiye borçlarının 66.433,64 TL. olduğunu bildirmiştir.

-Alacaklı (davalı) ...BANK A.Ş., hesap kat ihtarında bildirdiği 66.433.64 TL. bakiye alacağının ödenmemesi üzerine, yukarıda adı geçen kredi sözleşmesinin “müşterek borçlu ve müteselsil kefil”i N.M.'in keşidecisi bulunduğu (ve lehtarı M... TİC. LTD. ŞTİ. olan) ve bu TİC. LTD. ŞTİ. tarafından kendisine ciro edilmiş olan 2.500.000,00 TL. bedelli -ve 10.12.2015 vade tarihli -bonoyu protesto ettirmiştir.

-Borçlu (daha doğrusu; «müşterek borçlu ve müteselsil kefil») N.M. 21.12.2015 tarihinde İ... Asliye Ticaret Mahkemesi'ne başvurarak “menfi tespit davası” açmıştır.

Dava dilekçesinde özetle; «davalı bankanın 66.433,64 TL. alacaklı olmasına rağmen, kendilerine 2.500.000,00 TL. meblağlı senetten dolayı ödememe protestosu çekerek, çok büyük oranda kısmen bedelsiz olan bu senet için de hukuki işlem başlatmış olduğunu, bu durumda kendilerinin dava dışı M... TİC. LTD. ŞTİ. ile birlikte gerçek ve güncel borçları olan 66.433,64 TL.'nin, ödememe protestosuna konu edilen 2.500.000,00 TL. senet meblağından düşüldükten sonra, kalan 2.433.566,36 TL. borçlu olmadıklarına dair menfi tespit davası açma zorunluluğunun doğduğunu, çünkü 2.500.000,00 TL. meblağlı senetten dolayı ödememe protestosuna muhatap olmakla, bu meblağın kendilerinden talep edilme riski altına sokulmuş olduklarını, davalı bankanın -TTK. m. 716/(2) uyarınca- 'protesto ettirdiği 2.500.000,00 TL.lik senetten dolayı 66.433,64 TL. bakiye alacağı bulunduğunu belirtmesi gerekirken' bunu yapmadığını, bu suretle dürüstlük kuralına (MK.m.2) aykırı davrandığını» ileri sürmüştür.

Davalı (alacaklı)..BANK A.Ş. vekili, 12.02.2016 tarihli «cevap dilekçesi»nde özetle; «müvekkili banka tarafından davacının “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” sıfatıyla imzasının yer aldığı genel kredi sözleşmesi uyarınca, davacının sahibi ve yetkili temsilcisi bulunduğu M... TİC. LTD. ŞTİ.'ne kullandırılan kredi borcunun ödemesinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle hem davacıya ve hem de sahibi ve temsilcisi olduğu şirkete, Bakırköy 32. Noterliği vasıtasıyla 03.12.2015 tarihinde hesap kat ihtarı gönderilerek, 'bu tarih itibarıyla müvekkili bankaya 66.433,64 TL. bakiye borçları bulunduğu'nun bildirildiğini, bu borcun ödenmemesi üzerine vadesi de gelmiş olan dava konusu 10.12.2015 vade tarihli 2.500.000,00 TL. bedelli – davacının lehtarı, davacının sahibi ve temsilcisi bulunduğu M... TİC. LTD. ŞTİ.'nin ise keşidecisi olduğu- bonoyu protesto ettirdiğini, davacının müvekkilince icra takibine konu edilmeyen bu senetle ilgili olarak dava açmasının kötüniyetli bir davranış olduğunu ve böyle bir davayı açmakta hukuki yararlarının bulunmadığını çünkü, kendilerine gönderilen ihtarnameyle bakiye borçlarının 66.433,64 TL. olduğu hususunun kendilerine açıkça bildirildiğini, lehtarın alacağı bakımından kendilerine kısmi protesto çekilmesinin lehtarın hak kaybına uğramaması bakımından sakıncalı bulunarak, kısmi protesto çekilmemiş olduğunu, esasen bizzat davacının da dava dilekçesinde 'müvekkili bankaya 66.433,64 TL. bakiye borçları bulunduğunu' kabul ve ikrar ettiğini, davacının dilekçesinde bahsettiği doktrin görüşünün huzurdaki dava ile ilgisi bulunmadığını, çünkü dava konusu uyuşmazlıkta müvekkili bankanın davacıdaki bakiye alacağını açıkça ihtarnamede kendisine bildirmiş olduğunu,...» bildirerek «haksız, mesnetsiz ve kötüniyetli olarak açılan davanın reddine karar verilmesini» bildirmiştir.

Yargılama sırasında mahkemece görüşüne başvurulmuş emekli bankacı «bilirkişi» olarak düzenlediği raporunda özetle; «davalı bankaca kredi hesaplarının 03.12.2015 tarihli ihtarname ile kat edilerek bakiye borç tutarı olarak 66.433,64 TL.nin yirmi dört saat içinde ödenmesinin istendiğini, bu ihtarnamenin davacıya 04.12.2015, borçlu şirkete ise 07.12.2015 tarihinde tebliğ edildiğini, tebliğ tarihine göre davacı yanın 07.12.2015, borçlu şirketin ise 09.12.2015 tarihinde temerrüde düşmüş olduğunu, TTK.nun 716. maddesine göre kısmi ödemenin protestoda belirtilmesi gerekirken bunun protesto belgesinde yer almadığını **ancak bu hususun protestoda belirtilmemiş olmasının, bankanın kredi alacağından fazla bir bedeli borçludan istediği anlamına gelmeyeceğini**, davacının dava dışı borçlu firmaya kefaletinden dolayı dava tarihi itibarıyla davalı bankaya olan borç tutarının 67.538,93 TL. olarak hesaplandığını.....» belirtmiştir.

Menfi tespit davasının görüldüğü İ... ..Asliye Ticaret Mahkemesi, 24.11.2016 tarihli kararında; «.....davacının, dava dışı borçlu şirkete kefaletinden dolayı dava tarihi itibarıyla davalı bankaya karşı sorumlu olduğu borç tutarının 67.538,93 TL. olduğunu, protestoya konu olan senedin 2.500.000,00 TL.'lik olduğunu,davalı banka tarafından senedin davacıya iade edilmemiş olmasının, davacı açısından tehdit oluşturduğunun anlaşıldığı.....» gerekçesiyle «davanın kısmen kabulüne, davacının 02.10.2014 tanzim, 10.12.2015 vade tarihli 2.500.000,00 TL.lik senetten dolayı davalıya 2.432.461,07 TL. borçlu bulunmadığının tespitine...» karar vermiştir.

Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken, hukuki sorun; «kredi borçlusuna (ve müşterek/müteselsil borçlusuna) hesap kat ihtarı göndererek, bakiye alacağının 66.433,64 TL olduğunu bildirdikten sonra, elindeki borçlulara ait

2.500.000,00 TL miktarındaki senedi –«bakiye alacağının 66.433,64 TL olduğunu» (TTK m.716/(2) belirtmeden)- protesto ettiren banka hakkında 'menfi tespit davası' açan borçlu 'hukuki yarar sahibi' sayılır mı?»

Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere; her hukuk davasında olduğu gibi, olumsuz (menfi) tespit davalarında da, davacı-borçlunun bu davayı açmakta «hukuki yararı»nın bulunması gerekir (HMK. mad. 114/(1)-h).²¹

«İcra takibinin kesinleşmesinden sonra» borçlunun olumsuz tespit davası açmakta -kural olarak- hukuki yararı bulunduğu halde, «icra takibinden önce» böyle bir davayı açmakta hukuki yararı bulunup bulunmadığının titizlikle incelenmesi gerekir...²²⁻²³

Dava tarihinde, davalı-alacaklıya karşı borcu bulunmayan borçlunun, «hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibe karşı»²⁴, «ödemek zorunda olmadığı bir borç ile tehdit edilmesi durumunda»²⁵, «davadan önce gönderdiği ihtarnamelere olumsuz cevap veren alacaklıya karşı»²⁶ olumsuz (menfi) tespit davası açmakta kuşkusuz hukuki yararı bulunmakta ise de, somut olayda davalı-alacaklı ...BANK A.Ş. 03.12.2015 tarihinde, kendisine bakiye 66.433,64 TL Kredi borcu bulunan -'müşterek ve müteselsil borçlu'- davacıya (ve 'asıl kredi borçlusu' dava dışı M... TİC. LTD. ŞTİ şirketine 'hesap kat ihtarı' göndererek bildirmiş ve bu bakiye alacağının ödenmemesi üzerine elinde bulunan -davacı tarafından bu kredi borcunun ödenmesi için kendisine ciro edilmiş bulunan- dava konusu 10.12.2015 vade tarihli ve 2.500.000,00 bedelli senedi (bonoyu) protesto ettirmiştir.

Şüphesiz “kendisine borcu bulunmayan borçluya ait bu senedi tahsil için bankaya veren”²⁷ ya da “kendisine hiçbir borcu bulunmayan borçluya ait bir senedi noter vasıtasıyla protesto ettiren” alacaklıya karşı borçlunun olumsuz (menfi) tespit davası açmasında hukuki yararı vardır. Ancak; somut olayda davacı-borçlunun, davalı-alacaklı ...BANK A.Ş.'ye karşı açtığı menfi tespit davasının açıldığı tarihte - 21.12.2015- tarihinde 66.433,64 TL borcu bulunmaktadır.

Davacı «hiç borcu olmadığı halde, alacaklının elinde bulunan senedin alacaklı tarafından takip konusu yapılmasını önlemek için» alacaklıya karşı olumsuz (menfi) tespit davası açtığı takdirde, böyle davranmakta “haklı bulunmakta” yani bu durumda açtığı olumsuz (menfi) tespit davasının “hukuki yarar sahibi” görülmektedir. Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta ise; davacı, dava tarihinde davalı-bankaya 66.433,64 TL borçludur ve davalı-banka bu alacağını kendisine ciro edilmiş olan dava konusu 2.500.000,00 TL'lik senetten tahsil etme hakkına sahiptir. Bu hususu da, hem davacıya ve hem de 'asıl borçlu' şirkete 03.12.2015 tarihli 'hesap kat ihtarı'nda bildirmiştir. Bu ihtarnameyle, davalı-banka bakiye 66.433,64 TL borcu bulunduğunu davacı öğrenmiştir. Davacı 'dava dilekçesi'nde, «davalı-bankaya 66.433,64 TL borcu bulunduğunu» ikrar edip, dava konusu senet bedelinden bu miktarı düşerek 'kalan senet tutarı kadar davalı-bankaya borçlu olmadığının tespitini' istemiştir.

Temerrüde düşen borçlusuna “hesap kat ihtarı” göndererek «66.433,64 TL olan bakiye alacağının ödenmesini» bildiren bankanın «protesto ettirdiği 2.500.000,00 TL'lik senedin tamamı üzerinden icra takibi yapacağını» ileri sürerek alacaklı bankaya

karşı 'menfi tespit davası' açan bir borçlunun bu davranışının **“hayatın olağan akışına uygun”** olduğu düşünülmeyeceği gibi, davacı-borçlunun bu davranışı **“dürüstlük kuralı”na** (TMK. mad. 2) da aykırıdır.

Ayrıca belirtelim ki; davacı tarafından kambiyo senedine karşılık yapılmış bir ödeme de söz konusu değildir. Dolayısıyla davacının *«senedin iadesini talep etme hakkı»* da bulunmamaktadır. Bu bakımdan yerel mahkemenin *«.....davalı banka tarafından senedin davacıya iade edilememiş olmasının, davacı açısından tehdit oluşturduğu anlaşıldığından, davanın kısmen kabulüne...»* şeklindeki gerekçesi yerinde değildir. Çünkü, dava konusu senedin, davalı-alacaklı banka tarafından ancak senet bedelini kendisine ödemiş olan kişiye senedi iade yükümlülüğü bulunmaktadır. Az önce belirttiğimiz gibi davacı-borçlu N.M. tarafından senet bedeli davalı-alacaklıya ödenmemiş olduğundan, davalı-bankanın bu senedi davacı-borçluya iadesi söz konusu olamaz...

Dava konusu senet *«tahsilinde kredi borcuna mahsup edilmek üzere»* temlik cirosu ile davalı-bankaya teslim edilmiş *“kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren bir kambiyo senedi”*dir. Davalı-banka, senedin yasal ve meşru hamili durumunda olup, iyiniyetli üçüncü kişi durumundadır.

Davalı-alacaklı.. BANK A.Ş.'nin, TTK'nun 716/(2) maddesi uyarınca *«protestoya konu olan 2.500.000,00 TL'lik senetten dolayı bakiye 66.433,64 TL alacağı bulunduğunu»* niçin bildirmediğini, davalı-alacaklı banka *«cirananın, keşideciye müracaat hakkını yitirmemesi için»* şeklinde açıklamıştır. Kaldı ki; bu hususun belirtilmemiş olmasının somut olayda bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü davalı-alacaklı ...BANK A.Ş. senedi protesto ettirmeden önce, *davacıya (ve asıl kredi borçlusu M... TİC. LTD. ŞTİ'ne gönderdiği 03.12.2015 tarihli “hesap kat ihtarı”nda «bakiye alacağının 66.433.64 TL olduğunu»* açıkça bildirmiştir. Bu ihtarname, davacıya 04.12.2015 tarihinde ('asıl borçlu M... TİC. LTD. ŞTİ'ne ise 07.12.2015 tarihinde) tebliğ edilmiş ve bu tebliğ tarihlerine göre, davacı 07.12.2015 tarihinde 'asıl borçlu şirket ise 09.12.2015 tarihinde temerrüde düşmüştür.

Mahkemece mütalâasına başvurulana (emekli bankacı) **bilirkişi** tarafından düzenlenen 03.10.2016 tarihli BİLİRKİŞİ RAPORU'nda açıkça;

«TTK.'nun 716. maddesine göre, kısmi ödemenin protestoda belirtilmesi gerekirken, bunun protesto belgesinde yer almadığını, **ancak bu hususun protestoda belirtilmemiş olmasının bankanın kredi alacağından fazla bir bedeli borçludan istediği anlamına gelmeyeceği**» ifade edilmiştir.

Yerel ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bütün bu verilere (özellikle; davalı-alacaklı ...BANK A.Ş. vekillerinin ayrıntılı açıklamalarına, dosyaya sunduğu kanıtlara ve az önce atıfta bulunduğumuz 06.10.2016 tarihli BİLİRKİŞİ RAPORU'nun son sayfasındaki yorum ve görüşüne) rağmen, tamamen aksi doğrultuda ve **Yargıtay ve doktrinin “hukuki yarar”** konusundaki içtihatlarına ve görüşlerine, aykırı biçimde ve *«..... davalı banka tarafından 2.500.000,00 TL'lik senedin davacıya iade edilememiş olmasının davacı açısından tehdit oluşturduğu»* gerekçesiyle 'açılmış olan menfi tespit davasının kabulüne' karar verilmiş olması hatalı (yasaya, doktrin ve Yargıtay içtihatlarındaki görüşlere aykırı) olmuştur.

Dipnotlar

- 1- Bknz: 19. HD. 18.03.2013 T. 13762/4705; 25.02.2013 T. 972/3442 (www. e-uyar.com)
- 2- Bknz: 6. HD. 28.06.2012 T. 5831/9686; 18. HD. 17.11.2005 T. 9674/10071- Aynı doğrultuda: 19. HD. 28.3.2013 T. 13762/4705; 25.2.2013 T. 972/3442; 7.6.2012 T. 6266/9697; 08.04.2010 T. 9953/4137 (www. e-uyar.com)
- 3- Bknz: 19. HD. 25.01.2012 T. 15814/847 (www. e-uyar.com)
- 4- Bknz: 23. HD. 15.3.2012 T. 623/2040; 19. HD. 25.03.2010 T. 9519/3466(www. e-uyar.com)
- 5- KURU, B. Tespit Davaları, 1963, s: 43 -TÜRK, A. Menfi Tespit Davası, 2006, s: 189 - MUŞUL, T. Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2014, s: 123
- 6- Bknz: 11. HD. 12.06.2014 T. 4869/11258 (www. e-uyar.com)
- 7- Bknz: 19. HD. 28.05.2014 T. 7251/9916(www. e-uyar.com)
- 8- Bknz: 19. HD. 18.03.2013 T. 1072/4759 (www. e-uyar.com)
- 9- KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, 1988, s: 471 – KURU, B. Tespit Davaları, s: 28 vd. – KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 352 – KURU, B. Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, s: 24 – POSTACIOĞLU, İ. İcra ve İflas Kanununun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası (İHFM. 1967/2-4, s: 826) – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 257 – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, 2004 s: 131 – BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, 1980, s: 136 vd.
- 10- Bknz: 6. HD. 18.12.2012 T. 10907/16882; 19. HD. 03.10.2011 T. 10289/11788; 19. HD. 20.03.2012 T. 10804/4553; 15.12.2011 T. 5820/15869; Aynı doğrultuda: 03.10.2011 T. 10289/11788; 28.09.2011 T. 9173/11540; 04.05.2011 T. 13070/6126; 08.04.2010 T. 9953/4137; 4. HD. 25.2.2004 T. 12950/2195 vb. (www. e-uyar.com)
- 11- MUŞUL, T. age. s: 83 -TÜRK, A. age. s: 61
- 12- Bknz: 19. HD. 28.3.2013 T. 13762/4705; 25.2.2013 T. 972/3442; 7.6.2012 T. 6266/9697(www. e-uyar.com)
- 13- Bknz: 4. HD. 13.01.2014 T.18434/141(www. e-uyar.com)
- 14- Bknz: 19. HD. 27.02.2012 T. 16419/2930(www. e-uyar.com)
- 15- Bknz: 17. HD. 07.04.2008 T. 92/1756(www. e-uyar.com)
- 16- Bknz: 19. HD. 1.10.1999 T. 2898/5464(www. e-uyar.com)
- 17- Bknz: 19. HD. 31.10.2013 T. 14814/16812(www. e-uyar.com)
- 18- Bknz: 11. HD. 12.06.2014 T. 4869/11258 (www. e-uyar.com)
- 19- Bknz: 23. HD. 15.03.2012 T. 623/2040 (www. e-uyar.com)
- 20- Bknz: 19. HD. 26.12.2005 T. 2261/13044(www. e-uyar.com)
- 21- Bknz: Yuk. dipnot 1 civarı
- 22- MUŞUL, T. age. s: 83 -TÜRK, A. age. s: 61
- 23- Bknz: Yuk. dipnot 18-19 civarı
- 24- Bknz: Yuk. dipnot 23 civarı
- 25- Bknz: Yuk. dipnot 25 civarı
- 26- Bknz: Yuk. dipnot 30 civarı
- 27- Bknz: Yuk. dipnot 15-16 civarı





ALTERNATİF UYUŞMAZLIKLARI ÇÖZÜM YOLLARI İLE YARGI YOLLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Miray ÖZER DENİZ*

I) Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

A) Tarihçe

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, Dünyada ilk olarak Çin'de uygulanmaya başlanmış halen de uygulanmaya devam etmektedir.¹ Japonya'da yine aynı şekilde 1800'lü yıllardan itibaren alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını temel yol olarak kullanmaktaydı.² Hong Kong'da, Çin kadar etkili olmasa da arabuluculuk uygulanmaktadır.³ Kore, uyuşmazlıkların çözümünde 'mahkeme katımlı uzlaşma' (Court annexed settlement) sıklıkla uygulanmaktadır.⁴

ABD'de⁵ adliye dışı uyuşmazlık çözüm yolları arayışı 1920'lerde başlamış ve sonuç olarak Alternative Dispute Resolution (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları) doğmuştur. Bu akım arasından en fazla yayılan ve tercih edilen ise arabuluculuk yöntemi olmuştur.

Bu akım zamanla Avrupa Birliğine yayılmış, Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi alternatif çözüm yollarına başvurulması konusunda tavsiye kararlar yayınlamıştır. Bu kapsamda, önce 2002'de Medenî Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap⁶'ı yayınlamıştır. Yeşil Kitap'ta, çözüm yollarına ilişkin klostlar, usuller ve tarafların rızasının bulunması, uyuşmazlığı çözecek üçüncü kişiye ve eğitimine dair şartlar belirtilmiştir. Daha sonra 2008' de, Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi yürürlüğe girmiştir.⁷ Bunların dışında Avrupa Konseyi'nin 1998 tarihli aile arabuluculuğu hakkında tavsiye kararı,⁸ 1999 tarihli ceza arabuluculuğu hakkında tavsiye kararı,⁹ 2001 tarihli idarî makamlar ile kişiler arası uyuşmazlıklarda yargılamaya alternatiflerle ilgili tavsiye kararı¹⁰ ve 2002 tarihli özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında tavsiye kararı¹¹ bulunmaktadır.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) 2002 yılında Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun'u kabul etmiştir. Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını benimseyici ve destekleyici düzenlemeler öngörmüştür.

B) Tanım

Bir uyuşmazlık¹² meydana geldiğinde uyuşmazlığı çözmek için uyuşmazlığın taraflarının aklına gelen ilk yol yargısal çözüm yoluna yani mahkemelere başvurmak

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

olur. Gerek uyuşmazlık çözümünün tarihsel gelişimi gerekse insanlardaki otorite ihtiyacı, insanları sorunlarının çözümü konusunda bir otoriteye yönlendirir. Yargısal yolun arkasındaki devlet gücü ve devletin sahip olduğu zorla ifa kabiliyeti, uyuşmazlık içinde olan taraflara güven duygusu verir.¹³ Buna rağmen, yargı yolu uyuşmazlıkları çözmek için her zaman en verimli yol olmayabilir. Zira yargı yolu uyuşmazlıkları katı, genel ve soyut kurallar çerçevesinde çözer, iş yoğunluğundan dolayı çözüme ulaşmak uzun sürer ve tarafların bu süreçte belli bir harcama yapması gerekir.

Günümüzde, insan sayısının ve buna bağlı olarak uyuşmazlık sayısının artması ile mahkemelerin iş yükü hayli artmıştır. Mahkemeler artan uyuşmazlıklara gereken özen ve dikkati veremeden incelemekte ve iş yükünden dolayı uyuşmazlıkların çözümü epey zaman almaktadır. Ayrıca, yargısal çözüm yolları uyuşmazlık tarafları için belli bir masrafın harcanmasını gerektirmektedir.¹⁴ Nitekim zaman içinde insanlar yargısal çözüm yollarının bu olumsuzluklarını azaltma amacıyla yargı yolundan farklı çözüm yolları arayışına girmişlerdir.

Bu amaçla, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları adında resmi yargılama dışındaki uyuşmazlık çözüm yollarını uygulanmaya başlamıştır.¹⁵ Alternatif uyuşmazlıkları çözüm yolları, genel olarak uyuşmazlık meydana geldiğinde tarafların kendi iradeleriyle uyuşmazlığı çözmek adına bağımsız bir üçüncü kişiye başvurmaları ve bu üçüncü kişinin taraflara yardımcı olduğu seçimlik nitelikteki ve gönüllülük esasına dayalı alternatif çözüm yolu olarak tanımlanabilir.¹⁶ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, taraflara dava konusu konu hakkında hâkimiyet verir; tarafların kendi uyuşmazlıklarını kendi kuralları ile çözmelerini sağlar.

“Alternatif” kelimesi daha çok taraflara dava yoluna başvurmaya seçim imkanı vermesinden kaynaklanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları¹⁷ dava yolunun yerine değil dava yolunun yanında yer almaktadır. Bu şekilde, uyuşmazlık çözümünde genel olarak iki farklı çözüm yolu uygulanmaktadır. Birincisi, yargılama yapılması ve bu amaçta mahkemelere ya da hakeme başvurulmasıdır; ikincisi ise yargılama yapılmamasıdır.¹⁸ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, bazı ülkelerde yargı içinde yer alarak bazıları ise yargı dışında yer alarak çözüm yolu aramaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının amacı yargı yolunun yerine tercih edilmek veya yargıdan kaçmanın yolu değildir.¹⁹ Nitekim her uyuşmazlık alternatif çözüm yollarına başvurulmasına elverişli değildir. Bu çözüm yolları, kamu düzeni ile ilgili olmayan tarafların anlaşmalarına kanunen imkân verilmiş konularda yargı yoluna başvurulmadan çözüme ulaşmayı hedeflemektedir.²⁰ Amaç, belirsiz, uzun süreli ve masraflı yargı yolundansa uyuşmazlığı tarafların daha aktif olduğu, kısa süreli ve daha az masraflı çözmektir.²¹ Aslında yargı yolunun yükünü hafifletmektir.²² Anayasa Mahkemesi de bir kararında alternatif uyuşmazlıkları çözüm yollarının yargı yolunun yükünü hafifletmesi, daha kısa ve daha az masraflı şekilde uyuşmazlıkları çözüme ulaştırmasından dolayı tercih edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.²³

II) Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Yargı Yolundan Farkı

1) Uyuşmazlık içindeki tarafların alternatif çözüm yollarına başvurma yönündeki talepleri alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esas unsurlarından biridir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması rızaya dayalıdır.²⁴ Uyuşmazlığı çözecek

kişiy e verilen yetki tarafların iradesinden doğar.²⁵ Başka bir deyişle, alternatif uyuşmazlık yöntemlerinde uyuşmazlığı çözecek kişinin yetkisi uyuşmazlık taraflarınca verilir.

Buna karşın, hâkimin yetkisi toplum tarafından verilmiş kesin bir yetkidir. Uyuşmazlığı çözecek kişinin yetkisinin kaynağının farkı, çözüm sonucunda verilen kararın hukuki sonuçlarında ortaya çıkar. Alternatif çözüm yollarında uyuşmazlığı çözecek kişinin yetkisi uyuşmazlık taraflarınca verildiği için süreç sonucunda elde edilen karar kesin hüküm niteliğini taşımaz fakat yargı yolunda uyuşmazlığı çözecek hâkimin yetkisinin kaynağı devlet olduğu için kararları kesin hüküm niteliğindedir.²⁶

2) Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında çözüme ulaşma süresi, yargı yoluna nazaran oldukça hızlıdır²⁷; örneğin arabuluculuk yönteminde çözüme birkaç hafta içinde ulaşılabilir.

Buna karşın, yargı yollarıyla bir uyuşmazlığın çözüme ulaşması aylarca hatta yıllarca sürmektedir. Öyle ki, davaların gereğinden fazla uzun sürmesi zaman zaman adil yargılanma hakkının ihlaline bile yol açabilmektedir.²⁸ Yargı yolları ile sonuca ulaşmanın uzun sürmesinin en önemli sebebi iş yoğunluğudur; mahkemeler kapasitelerinden çok daha fazla dava dosyası ile uğraşmak zorunda kalmaktadır. Bunun yanında, yargı yolundaki işleyiş de sonuca ulaşmayı yavaşlatmaktadır.

Örneğin, dava konusu olayın bilirkişi incelemesi için bilirkişiy e sevk edilmesi bir taraflar açısından zaman kaybıdır ve taraflardan birinin inceleme sonucuna itiraz etmesi üzerine incelemenin tekrarlanması gerektiği bir durumda bu süre daha da uzar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında, tarafların çözüme ulaşmasında yardımcı olacak kişi uyuşmazlık konusunun uzmanı olacağından bu gibi incelemelere gerek kalmadan uyuşmazlık çözülecek bu da tarafların zamandan tasarruf etmelerini sağlayacaktır.²⁹

3) Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargısal çözüm yollarına göre daha az masraflıdır. Yargısal çözüm yolları, dava harç ücreti, avukatlık ücreti, bilirkişi, keşif gibi ek yargılama giderleri ile taraflar için belli bir masrafın yapılmasını gerektirmektedir. Bu masraflar, herkesin hakkını arayamamasına ve fiilen Anayasa tarafından korunan hak arama hürriyetine sahip olamamasına neden olmaktadır.³⁰ Zira maddi durumu elverişli olmayan insanlar mahkeme giderlerinden korkup haklarını aramaktan vazgeçmekte ve bu da aslında Anayasa tarafından korunan hak arama hürriyetine engel olmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uzman kişiler tarafından yürütüldüğü için dava süresince iddiaların ispatı için yapılması gereken masrafların çoğu yapılmasına gerek kalmadan iddialar tarafların anlaşmaları ile ispat edilebilir. Böylece, uyuşmazlık daha az giderle çözülür ve maddi durumu elverişli olmayan kişilerin haklarını aramalarını kolaylaştırır.

4) Anayasa m.141 uyarınca 'Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.' Benzer şekilde HMK m.28'e göre 'Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.' Aleniyet ilkesi ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'da yer almaktadır. İlgili düzenlemelerden anlaşılacağı üzere yargısal çözüm yollarında kural sürecin aleni olmasıdır.³¹ Bu kuralın amacı, yargıda şeffaflığı sağlamak, keyfi yargılamayı önlemek dolayısıyla kamu yararını gözetmektir.³²

Ne var ki, Türk yargı sisteminde duruşmaların istisnai durumlar hariç olmak üzere aleni olması prensibi, özellikle aile uyuşmazlıklarının konu olduğu davalarda sakıncalar meydana getirebilir.³³

5) Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise gizlilik esastır.³⁴ Bu amaçla, alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinde gizliliğin korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler mevzuatta mevcuttur.³⁵ Gizlilik, uyuşmazlığın çözülmesi sırasında taraflar ve tanıklar daha rahat ifade verebilmesi, uyuşmazlıkla ilgili utanç verici beyanlar kamu ile paylaşılmaması, ticari sırların açığa çıkmaması anlamında uyuşmazlığın çözümünde yararlı bir etkidir.³⁶

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sürecinde taraflar çözüm sürecinde etkilidir; yargısal çözüm yollarından farklı olarak kontrol sadece hâkimde değildir. Taraflar, çözüm sürecinde yargısal çözüm yollarına nazaran daha aktiftir.³⁷ Yargısal çözüm yollarında, taraflar kendilerini karmaşık bir yapı içerisinde ve avukatlarının kontrolü altında bulurlar.

6) Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda ise sürecin kontrolü daha çok tarafların elindedir ve bu da hem sürecin daha rahat ilerlemesine hem de tarafların süreç sonunda aldıkları kararı kabul etmelerini kolaylaştırır.³⁸ Taraflar bu sürecin sonunda kendilerine uygun bir çözüm bulup uyuşmazlığı çözebilmişlerse bu çözüm, devlet yargısı kararı gibi değerli olmalıdır.³⁹

7) Yargı yolunda uygulanan kurallar, soyut, genel nitelikte ve kişiye göre esnek olmaktan uzaktır; ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları taraf odaklı olduğundan kurallar taraf menfaatine ve uyuşmazlığın niteliğine göre esneyebilir.⁴⁰ Taraflar bu esneklik çerçevesinde hangi alternatif çözüm yolunun uygulanacağına, delillerin ne şekilde toplanıp ve nitelendirileceğine, kararın nasıl icra edileceğine kendileri karar verebilir.⁴¹ Bu şekilde, kanundaki sıkı şekil ve yorum kuralları uygulanmadan, uyuşmazlığa en uygun çözüm yolu bulunur.

8) Alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda, çözüm süreci yargı yoluna göre daha ılımlı geçer çünkü bu sürecin sonunda her iki taraf da kazanacaktır. Yargısal çözüm yollarının sonucunda ya iki taraf kaybeder ya da iki taraftan biri kazanır diğeri kaybeder.⁴² Süreç sonucunda bir tarafın kaybedeceğinin bilincinde olmak tarafları saldırgan ve sürekli çekişme halinde olmaya sürükler. Taraflar kazanan taraf olmak için karşı tarafı suçlar ve karşı tarafın aleyhine delil bulmaya odaklanır.

Tarafların bu şekilde husumet içinde olması en çok aile uyuşmazlıklarında olumsuz etki doğurur. Özellikle, boşanma sonrası mal paylaşımına yönelik bir uyuşmazlıkta çözüm sürecinin ılımlı geçmesi çok önemlidir. Tarafların çocuğu da varsa sürekli bir araya gelmeleri gerekeceği düşünülürse sürecin çekişmeli devam etmesi en çok çocuğu olumsuz etkileyecektir.⁴³ Dolayısıyla, aile hukukundaki uyuşmazlıklar başta olmak üzere tarafların sık sık bir araya gelecekleri durumlarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları husumeti azaltıp çözüm sürecini daha ılımlı hale getireceğinden tercih edilmelidir.

9) Yargısal çözüm yollarında sorunun çözümünde izlenen yol geçmişe dönerek haklı ve haksız ortaya çıkarmak, geçmişteki yaşanan anlaşmazlık sebebiyle bozulan

hak dengesini tekrar sağlamaktır.⁴⁴ Bu sebeple, yargılama yolunda uyuşmazlığın çözümü için kanunlar ve hukuki ilkelere uyulmaya çalışır.

Alternatif çözüm yollarında ise, taraflar geçmişte yaşanan anlaşmazlığa bakmadan, haklı ve haksız bulmaya çalışmadan sadece geleceğe yönelik bir çözüm ararlar.⁴⁵

10) Tüm bunlarla beraber, arabulucunun hâkim gibi tarafları bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlama yetkisi yoktur.⁴⁶ Hâkimin yetkisi, toplum tarafından verilmiş bir yetkidir ve kesindir; hâkim uyuşmazlık sonunda vereceği hüküm 'kesin hüküm' niteliğinde olacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında ise üçüncü kişinin yetkisi taraflarca verilmiştir ve taraflara yalnızca sorunu çözerken yol göstermekten, onlara yardım etmekten ibarettir.

SONUÇ

Alternatif uyuşmazlıkları çözüm yolları, günümüzde yeni bir kavram olarak düşünülse de aslında çok uzun zamandır uygulanmakta olan bir kavramdır. Devlet yargısının yanında bir yöntem olmayıp onun yanında yer alan, kişi odaklı, daha hızlı, pratik ve ucuz bir yöntemdir. Alternatif uyuşmazlıkları çözüm yollarının uygulanması aslında kişilerin uyuşmazlıklarının çözümü ve amaçlarında ulaşmalarında oldukça yararlı bir yöntemdir. Günümüzde artan farkındalıkla birlikte ileride daha çok uygulanacağı kanaatindeyiz.

Dipnotlar

- 1- ÖZMUMCU Seda, Uzakdoğu'da Arabuluculuk Analayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.10. KEKEÇ Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.30.
- 2- Kekeç, a.g.e, s.30.
- 3- Hong Kong, bir zamanlar İngiliz sömürgesi olmasından dolayı hukuk anlayışında değişiklik meydana gelmiş ve İngiliz Hukukundan etkilenecek Anglo-Sakson hukuku etkili olmaya başlamıştır. Özümucu, a.g.e, s.11.
- 4- Kore, tarihi boyunca Çin kültüründen ve geleneksel Konfüçyüs öğretilerinden etkilendirilmiştir. Japonya'nın Kore'yi işgalinden sonra Japonya'nın etkisiyle hukuku Amerikan sistemini örnek alarak şekillendirmiştir. Özümucu, a.g.e, s.19.
- 5- ABD'de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları uyuşmazlıkları kendi içinde çözen etnik göçmen gruplar ile başlamış; daha sonra toplumun diğer alanlarına yayılmış ve 1940'lı yıllardan itibaren değişik alanlarda kendini göstermiştir. Toplumda arabuluculuğa ilginin artmasıyla 1970'li yıllarda Federal Uzlaştırma ve Arabuluculuk Servisi kurulmuş; Amerikan Tahkim Kurulu arabuluculuk eğitimlerine başlamıştır. Nihayet 1980'de Birleşik Devletler Kongresi, Uyuşmazlık Çözüm Yasasını kabul etmiştir. ÖZBAY İbrahim, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri', Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.3-4, 2006, s.472.
- 6- Commission Of The European Communities: Green Paper On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels 2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN>
- 7- Directive 2008/52/EC of The European Parliament and of The Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>
- 8- Family Mediation, Recommendation No. R(98) 1. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf)
- 9- Council of Europe, Mediation in Penal Matters, Recommendation No. R (99) 19 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059>
- 10- Council of Europe Committee of Ministers, Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec(2001)9 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&Back>
- 11- Mediation in Civil Matters Recommendation Rec(2002)10 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401>
- 12- "Uyuşmazlık", ihtilaf, dava, çekişme anlamında kullanılmaktadır. YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara: 2005, s.1282.
- 13- TANRIVER Süha, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve sosyolojik Bir Bakış' Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara: 2006, s.838.
- 14- AKCAN Recep, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler', Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, 2008, s.39.
- 15- Kekeç, a.g.e, s.12; Özбек, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.168.

Dipnotlar

- 16- Adının içinde alternatif kelimesinin geçmesi doktrinde eleştirilmektedir. 'Alternatif' kelimesinin kullanılmasının eleştirisi için Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.173 vd. Alternatif kelimesinin yerine 'dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri' ifadesinin kullanılması gerektiği düşünülmektedir. TANRIVER Süha, 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler Ya Da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdenilmesi ve Değerlendirilmesi', Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s.2029.
- 17- Tanrıver, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları', s.821; Özbay, a.g.e, s.460.
- 18- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1090.
- 19- Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.177.
- 20- Tanrıver, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları', s.822.
- 21- Akcan, a.g.e, s.39.
- 22- Faydalarına rağmen her zaman alternatif çözüm yollarına başvurmak kolay olmamaktadır. Öncelikle, karşı tarafı bu çözüm yoluna ikna etmek en büyük zorluklardan biridir. Birden fazla taraf olması durumunda ikna edebilmek daha da zor olacaktır. Bunun yanında, hukuk sisteminin genelde çekimsel olarak sürmesi ve hukuk eğitiminin bu şekilde verilmesi avukatların bu konuda tecrübesiz olmasına neden olmaktadır. Avukatların gerek tecrübesizliklerinden gerekse uzun süren davaları müvekkilden para almak olarak görmelerinden dolayı bu sürece yönlendirmeleri de az olmaktadır. Özbek, a.g.e, s.299 vd. ve Tanrıver, Arabuluculuk ve Uzlaştırma, s.2035. Alternatif uyuşmazlıkları çözüm yolunun uygulanabilirliğinin artması için tarafların uyuşmazlık doğmadan önce aralarında bir sözleşme yaparak önce alternatif uyuşmazlıkları çözüm yollarına başvurulacağını daha sonra yargı yoluna başvurulacağını kararlaştırmaları bir yöntem olarak kullanılabilir. POLAT Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara: 2010, s.44.
- 23- Anayasa Mahkemesi T.03.03.2004 E.2003/98 K.2004/31 sayılı kararı şu şekildedir: "Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözönüne alınarak devleti ilkelere uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur."
- 24- Polat, a.g.e, s.31.
- 25- Zorunlu arabuluculuk haricinde gönüllük esastır. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.618.
- 26- Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.172.
- 27- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1096; Kekeç, a.g.e, s.84.
- 28- Özbay, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, s.459.
- 29- Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.260; Kekeç, a.g.e, s.86.
- 30- Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.257; Kekeç, a.g.e, s.85.
- 31- İlgililerin menfaatinin öne çıktığı durumlarda gerekçesi esasta belirtilmek üzere duruşma gizli yürütülebilir. Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.400.
- 32- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.49, S.1, s. 216. (199-234)
- 33- Örneğin, Almanya'da bu düşünce ile aile uyuşmazlıklarının konu olduğu davalar kural olarak gizli yürütülür. TERCAN Erdal, 'Türk Aile Mahkemeleri', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.42.
- 34- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1096.
- 35- Türk Hukuku'nda gizlilik ilkesini öngören düzenleme Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.16/6'da yer alır. Buna göre, "Uzlaşma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyan ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması halinde geçerli olmayıp, uzlaşma konusuyla ilgili olarak açılmış ve daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaşma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz." Bu düzenleme ile uzlaşma ve müzakere sırasında taraf ve tanıkların beyanlarının gizli olacağı ve sonradan tanık ve tarafların karşısına çıkarılmayacağı öngörülmüştür.
- 36- MCCROCY John P., Confidentially In Mediation of Matrimonial Disputes, The Modern Law, Vol. 51, Issue 4, p. 442; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.264; Polat, a.g.e, s.33; Kekeç, a.g.e, s.87.
- 37- Kekeç, a.g.e, s.87.
- 38- Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.261.
- 39- "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uyumluğuna Ve Devlet Yargısına Nazarın Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Kararı", Çev. ERİŞİREvim, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, s.232.
- 40- Polat, a.g.e, s.31.
- 41- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1096.
- 42- AKKAYATolga, 'Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci Aile Danışmanlığı', Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2014, s.27.
- 43- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1094; Tanrıver, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları', s.822.
- 44- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1094.
- 45- Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e, s.1096.

KAYNAKÇA

AKCAN Recep : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof.Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitapevi, 2008. Tankut İş Hukukunun Esasları, Beta 2. Bası Kasım 1999 İstanbul

AKKAYA Tolga : “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci Aile Danışmanlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2014.

Alman Federal Anayasa

Mahkemesinin Kararı : “Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa’ya Uygunluğuna Ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.02.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Kararı”, Çev. Evrim Erişir, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Özel Sayı, 2009, s.232

GÖLCÜKLÜ Feyyaz : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.49, S.1, s. 199-234.

KEKEÇ Elif Kısmet : Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ÖZBAY İbrahim : “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.3-4, 2006, s.460.

ÖZBEK Mustafa Serdar : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.

ÖZMUMCU Seda : Uzakdoğu’da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

POLAT Malike : Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara: 2010.

TANRIVER Süha : “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları : Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve sosyolojik Bir Bakış” Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara: 2006.

TANRIVER Süha : Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler Ya Da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s.2029.

TERCAN Erdal : “Türk Aile Mahkemeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.42.

YILMAZ Ejder : Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara: 2005.

Elektronik Kaynaklar

http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html.
http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civiljustice/Mediation_Country_Report_Austria.pdf
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf)
<http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/source/42iii%20Family%20Mediation.pdf>.
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=EN>
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>
https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/.../Code_22.pdf
<http://www.nfm.org.uk/index.php/family-mediation/mediation-information-meeting-miam>
<http://www.nfm.org.uk/index.php/family-mediation/about-family-mediation>
<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-c.pdf>
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059>
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401>
<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&Back>





SOMUT NORM DENETİMİ VE ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ

Selçuk KOCA*

I. GİRİŞ

Hukuk normları arasındaki hiyerarşi dikkate alındığında diğer normların kendilerinden üstün konumda bulunan anayasaya uygun olmaları gerekmektedir. Türkiye'de yasaların Anayasaya uygunluğu denetimi ilk kez 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. 1924 Anayasası'nda böyle bir düzenleme bulunmamakla beraber yasaların anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmişti (m.103).¹

Yasama organı olan parlamentolarca kabul edilen kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması hususunda kontrol mekanizması mevcut olup bu uygunluk denetiminin sağlanmasında Anayasa Mahkemesi karar mercii konumundadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, “somut norm denetimi” diğer adlarıyla defi yolu ile veya itiraz yolu ile denetim ve “soyut norm denetimi” (iptal davası yolu ile denetim) olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir.

Norm denetiminden, genel hukuk normlarının Devletin anayasasıyla bağdaşırılığının yargısal denetimi anlaşılmaktadır.² 1982 Anayasası, hem somut norm denetimini hem soyut norm denetimini kabul etmiştir. Türkiye'de Anayasa Yargısı merkezileşmiştir ve iptal davası veya itiraz yolu ile önüne gelen kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı içerisindedir. Yerel mahkemelerin, kanunları, anayasaya aykırı olmaları sebebiyle iptal etmeleri mümkün değildir.

İptal davası yolu ile denetimde, kanunun belli bir olaya uygulanması beklenilmeksizin, kanuna karşı doğrudan doğruya dava açılarak Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi söz konusudur.

Somut norm denetimi, 1982 Anayasasının 152. maddesinde düzenlenmiş olup maddenin ilk fıkrası “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.” hükmünü içermektedir.

Konumuzun temelini oluşturan somut norm denetimi, Anayasanın 152. maddesinden de anlaşılacağı üzere, mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmaması şeklinde yapılan denetimdir.³ Bir başka ifadeyle mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin, uyumsuzluğun çözülmesinde uygulanacak

*Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

kanunun, ya da kanunun belli bir hükmünün anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde mahkeme öncelikle bu sorunu incelerse, defi yolu ile denetim söz konusudur.⁴

Somut norm denetiminin tanımlarından ve Anayasa'nın 152. maddesinden yola çıkılarak kanunların anayasaya uygunluğunun somut norm denetimine konu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar, öncelikle bakılmakta olan bir davanın varlığı, bu davaya bakmakta olan merciin bir mahkeme hüviyetini taşıması, somut norm denetimine konu olacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün o davada uygulanacak norm olması ve dava mahkemesinin, söz konusu hükmün anayasaya aykırılığına re'sen kanaat getirmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasının "ciddi" olduğu kanısına varmasıdır.⁵

Makalede, somut norm denetiminin şartlarından biri olan, taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliği üzerinde durulacak ve somut norm denetiminin işleyişi ile başvuru usulünden bahsedilecektir.

I. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI

Anayasaya aykırı kanunların baştan itibaren geçersizliği hukuk sistemimizde hiçbir zaman kabul görmemiştir. Anayasanın 152. maddesi ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesi doğrultusunda bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Yani anayasaya aykırılık sorununun ortaya çıkması ve somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin inceleme yapabilmesi için davaya bakmakta olan mahkemenin, davada uygulanacak kanunun anayasaya aykırı olduğu kanısına varması veya taraflarca anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmesi ve mahkemece bu iddianın ciddi bulunması gerekir.

Anayasa, yargıca, Anayasaya aykırı gördüğü bir yasayı, ya da yasa gücünde kararnameyi uygulamama ve konuyu Anayasa Mahkemesi'ne yollama yetkisi tanımıştır. Yargıç, uygulayacağı her yasanın Anayasaya aykırı olup olmadığını, davada taraf olanlardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık savının ciddi olup olmadığını araştırma durumundadır. Yargıç, önündeki davaya uygulayacağı yasanın Anayasaya aykırılığı konusunda ciddi bir kuşkuya düşerse, davanın görülmesini durdurur.⁶

Anayasaya aykırılık itirazı bir ilk itiraz değildir ve iptal davasındaki gibi belli organların belli süreler içerisinde harekete geçmesi gibi bir sınırlama yoktur. Gerek mahkemece kendiliğinden aykırılık sonucuna varılması ve gerekse taraflardan birince bu iddiada bulunulması, karar kesinleşinceye dek davanın her aşamasında mümkündür.⁷ Böylece itiraz, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında da ilgili üst mahkeme bu sonuca varabileceği gibi, taraflarca da aykırılık iddiasında bulunulabilir. Buna göre zaman açısından sınır, kararın kesinleşme anıdır. Aykırılık iddiasının taraflardan birince ileri sürülmesi halinde, karşı tarafın varsa buna diyeceklerini bildirme hakkı olmalıdır.⁸

Anayasaya aykırılık iddiasını ileri sürme hakkı davanın taraflarındandır. Cumhuriyet Savcısının huzuru ile görülen davalarda Cumhuriyet Savcısı da bu hakka sahiptir.⁹ Tanıklar (taraf olmadıkları için) ise, dâvada uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ileri süremez. Ancak tanık, dâva dolayısıyla kendisiyle ilgili olarak uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ileri sürebilir.¹⁰

Dâvada aslî müdahil, aslî müdahale davasının tarafı (davacısı) olduğundan, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürebilecektir. Buna karşılık, fer'i müdahilin, davanın tarafı olmadığından yalnız başına Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri süremeyeceği savunulmaktadır ancak lehine katıldığı tarafla birlikte bu iddiayı ileri sürebilir. Fer'i müdahilin yalnız başına Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunması, teknik anlamda bir Anayasa'ya aykırılık iddiası olmasa da davaya bakan mahkeme için bir hatırlatma olabilir. Mahkeme burada kendisi de Anayasa'ya aykırılığı görürse konuyu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirir. Buna karşılık mahkeme, Anayasa'ya aykırılık görmezse, fer'i müdahilin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında hiçbir karar vermeden davaya devam eder. Mecburî ya da ihtiyarî dâva arkadaşlarından her biri yalnız başına Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürebilir. Çekişmesiz yargı işlerinde ise, her ilgili Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürebilir.

Mahkeme, iddianın ciddi olup olmadığını değerlendireceğinden, iddia sahibi, Anayasa'ya aykırılığını ileri sürdüğü hükmün, Anayasa'nın hangi maddesi veya maddelerine aykırı olduğunu ve iddiasını dayandığı gerekçenin neden ibaret bulunduğunu açıklamak zorundadır. Başka bir deyişle, gerekçesiz ve dayanaksız olarak ileri sürülen iddialar açıkça temelsiz olduğundan reddedilecektir. Burada, basit bir şüphenin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliği konusunda bir ikna ediciliğinin olmadığı açıktır. Bu nedenle, Anayasa'ya aykırılık iddiasının hukukî bir temele dayanması gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin dâvanın esası hakkında yaptığı ilk inceleme aşamasında iddianın dayandığı gerekçeler titiz bir şekilde değerlendirilmektedir. İçi boş yani Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasından başka hukukî bir gerekçe içermeyen başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından geri çevrililmektedir.¹¹

Anayasaya aykırılık iddiasını ileri süren tarafın, daha sonra bu iddiasını geri alması halinde iddianın geri alındığı aşamaya göre üç farklı durum oluşabilir. İddia ileri sürülmüş, davayı gören mahkemece henüz bir karar verilmeden iddia geri alınmışsa mahkeme geri alınan iddiayı, kendisini bu konuda düşünmeye davet eden bir etken olarak görmelidir.¹² Neticede mahkemenin de kendiliğinden aykırılık düşüncesine varması mümkündür. Ancak bu durumda oluşacak aykırılık düşüncesi, kaynağı taraf iddiası olsa da mahkemenin kendiliğinden vardığı bir sonuçtur çünkü artık ortada mevcut bir iddia yoktur.¹³ İleri sürülen aykırılık iddiası mahkemenin ara kararıyla ciddi bulunarak sorunun Anayasa Mahkemesine iletilmesine karar verilmiş, iş henüz oraya intikal etmeden iddia geri alınmış olabilir. Bu durumda mahkeme ciddi bulmaya ilişkin ara kararından sonra iddianın geri alınmasının sonuçlarını, tümüyle genel ilkelere göre, verilmiş bir ara kararından dönebilme yetkisi açısından ele almalıdır.¹⁴ Mahkeme, konuyu tekrar düşünüp ara kararından dönüp dönmemeye karar verir.¹⁵ Son olarak da Anayasa Mahkemesi işe el koyduktan sonra iddia geri alınmışsa geri almanın hiçbir etkisi olamaz çünkü Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına taraf iradelerinin etkisi yoktur.¹⁶

II. İDDİANIN CİDDİLİĞİ

İddianın ciddiliği sorunu, mahkemenin, uygulanacak kanunun re'sen anayasaya aykırı olduğu kanaatine varmaması ve tarafların anayasaya aykırılık iddiasında bulunmaları durumunda ortaya çıkmaktadır. Tarafların anayasaya aykırılık iddiasında bulunmaları durumunda, mahkemenin uygulayacağı normun anayasaya aykırılığını özü açısından kabul edip etmemesi söz konusu değildir.¹⁷ Mahkeme sadece iddianın “ciddiliği” değerlendirmesi yaparak bu konuda bir karara varmak durumundadır.¹⁸

Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Rona Aybay, bu konudaki görüşleri iki grupta toplayarak, işin Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilebilmesi için ciddilikten “iddianın mahkemece yerinde ve haklı görülmesini” anlayanların bulunduğu ilk grupta Kuru ve Armağan'ı; buna karşılık ciddilik için “Ortada, tartışılması gereken ciddi bir hukuki problemin var olduğu kanısına ulaşılmasını” yeterli gören ikinci grupta ise Duran, Kıratlı ve Azrak'ı saymakta, kendisinin de ikinci gruptakiler gibi düşündüğünü belirtmektedir.¹⁹

Davaya bakmakta olan mahkeme, uyguladığı kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu kanısına kendisi varırsa, re'sen itiraz yoluna başvurur. 6216 sayılı kanunun 40. maddesi uyarınca mahkeme bu durumda gerekçesini belirtmek durumundadır dolayısıyla dava mahkemesi basit bir şüpheyile itiraz yoluna başvuramaz.

Dava mahkemesinin, taraflardan birinin iddiası olmaksızın kendiliğinden oluşturduğu aykırılık iddiasının, sadece basit bir şüpheden ibaret olmaması gerekir. Çünkü dava mahkemesi sadece bir şüphe üzerine konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettiremez. Yani burada basit bir şüphenin varlığı yeterli değildir. Ortaya çıkan kuşku dava mahkemesince ilgili yasa hükmünün iptal edilmesini zorunlu kılmalıdır.²⁰

Diğer durumda ise davaya bakmakta olan mahkemenin, taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması gerekmektedir. Kuşkusuz mahkemenin iddiayı ciddi bulması, kendisinin de söz konusu kanunu anayasaya aykırı gördüğü anlamına gelmez. Burada ciddilikten beklenenin, hukuki bakımdan savunulabilirlik ya da en azından tartışılabilirlik olması gerekir. Başka bir ifadeyle, itiraz konusu kanunun anayasaya aykırılığı yolunda mahkemede ciddi bir şüphenin oluşması yeterlidir.²¹

Mahkeme, kendisinin ve kamuoyunun tatmin edilmesi veya itiraz edilen kanunu her türlü şüpheden uzak bir şekilde tam bir vicdan huzuru ile uygulayabilmesi için anayasaya aykırılık şüphenin Anayasa Mahkemesi'nin otoritesiyle çözülmesini gerekli görerek itirazı ciddi bulabilir. Mahkemenin anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğini kabul etmesi, hiç olmazsa, bu iddianın esastan yoksun olduğuna kanaat getiremediğini, ortaya konulan kanıtları “hukuki bakımdan tartışılmaya değer” bulunduğunu ifade eder.²²

Davanın taraflarından gelen itirazın münhasıran ciddi olup olmadığı, yani işi uzatmak savsaklamak, hasmı veya mahkemeyi uğraştırmak, gibi adalete yabancı,

aykırı ve zararlı maksatlarla yapılıp yapılmadığı ve bir de hakikaten tereddüdü davet edecek nitelikte bulunup bulunmadığı noktasından incelenip değerlendirilmesi gerektiğinden, esas mahkemesi, bu aykırılık iddiasını benimsemek, mucip sebeplerini ortaya koymak zorunda değildir. Bu halde esas mahkemesi itirazın sadece iyi niyetle yapılmış ve aykırılık iddiasının zihinlerde tereddüt doğurmuş olduğunu tespit eder ve tarafların görüşüne tamamen katılmıyorsa bu kadarla yetinmelidir.²³ Aksi takdirde tarafların anayasaya göre haiz oldukları itiraz hakkı, esas mahkemenin aykırılığı re'sen nazara alma yetkisi ile kaynaşmış ve birleşmiş olur. Çünkü esas mahkemesinin tamamen benimsemediği tarafların iddiaları, ciddi olsa bile asla Anayasa Mahkemesi önüne çıkarılamayacak, netice itibariyle yalnız mahkemeler itiraz yoluna başvurabilecek demektir.²⁴

Mahkemenin, somut norm denetiminin işletilebilmesi için, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması gerektiği yönündeki hükmün amacı, asılsız iddialarla davaların uzamasını engellemek ve aykırılık iddiasının mahkemece ciddi bulunmasına gerek olmasaydı Anayasa Mahkemesi'nin önüne gidecek sayısız dosyaların önüne geçmektir.

Mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması halinde bu durumu ara kararıyla saptar. Mahkemece kendiliğinden aykırılık sonucuna varılması veya ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi bulunmasına ilişkin ara karar üzerine yapılacak işlem, Anayasanın 152. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmaktır. Böylece mahkeme, kendiliğinden ulaştığı aykırılık sonucunu veya iddiayı ciddi bulduğunu saptayan ara kararıyla, aynı zamanda davayı geri bırakacak, diğer deyişle durduracaktır. Mahkeme, ciddi gördüğü Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında, aynı konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nde bir iddianın karara bağlanmak üzere beklediğini ileri sürerek, karar vermekten çekinemez.

III. MAHKEMENİN İDDİAYI CİDDİ BULMAMASI VE TEMYİZAŞAMASINDAKİ HUKUKİ DURUM

Davaya bakmakta olan mahkeme, takdir yetkisi doğrultusunda tarafların anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmayabilir. Mahkemece iddianın ciddi bulunmaması, mahkemenin iddia konusu kanunun anayasaya uygun olduğu kanısında olduğunu gösterir. Mahkeme, iddianın ciddi olmadığı kanaatinde ise, iddiayı ciddi görmediğini belirtmesi yetmeyip, mutlaka red kararı vermesi gerekir.²⁵ Başka bir deyişle, mahkemenin dâvaya devam edebilmesi, ancak, uygulanacak kuralın mahkemece Anayasa'ya uygun bulunmasıyla ya da iddianın ciddi görülmemesiyle mümkündür. Ciddi görülmemesi durumu mutlaka bir red kararıyla belirtilir ve dâvaya devam edilir.

Anayasa'nın 152. maddesinin ikinci fıkrası doğrultusunda, mahkeme anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Ciddi görmeme ara kararı hakkında, temyiz yoluna başvurabilmek için davanın sonuçlanmasını ve esas hükmü beklemek gerekmektedir.

Esas hakkındaki hükmün temyizi tarafların iradesine bağlı olup da taraflar temyiz yoluna gitmemişse, esas hakkındaki hükümle birlikte mahkemenin iddiayı ciddi

bulmayan kararı da kesinleşir. Çünkü taraflar esas hakkındaki hükme itiraz etmemekle dava esnasındaki itirazlarından ve anayasaya aykırılık itirazından da feragat etmiş veya mahkemenin anayasaya uygunluk görüşünü benimsemiş sayılırlar.²⁶

Dava esnasında ileri sürülmeyen anayasaya aykırılık iddiası temyiz dilekçesiyle birlikte ileri sürülebilir ve temyiz merciince de incelenir. Anayasa'nın 152. maddesinde, temyiz merciinin, iddianın ciddiliğiyle ilgili bir karar mı vereceği yoksa esastan mı konuyu görüşeceği açık değildir. Ancak, temyiz merciinin dosyayı inceleme evresinde dâvaya bakan mahkeme konumunda olduğu için, Anayasa'ya aykırılık iddiasını yeniden incelemesi ve iddianın ciddi olup olmadığına yönelik bir karara varması gerekir. Temyiz merciinin, iddianın ciddi olmadığı kararına varması durumunda, artık konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilmesi söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık, Gözübüyük'e göre, Anayasa'ya aykırılık iddiasının temyiz mercii tarafından haklı görülmesi durumunda, konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesi ve Anayasa'ya aykırılık başvurusunda bulunulması gerekir. Temyiz merci, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısında ise, konuyu doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirebilir.

Dava esnasında anayasaya aykırılık bahis konusu olmamış, böyle bir iddia ileri sürülmemiş ve mahkeme de re'sen anayasaya aykırılık kanaatine varmamış olsa dahi, esas hakkındaki hüküm temyiz edildiği zaman, Yargıtay davaya bakmakta olan mahkeme konumunda olduğu için re'sen davada uygulanan kanunun anayasaya aykırı olduğu sonucuna varabilir. Bu durumda Yargıtay, dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiği için davayı mahkemeye geri gönderebileceği gibi, doğrudan kendisi de Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.²⁷

IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BAŞVURU USULÜ VE İŞLEYİŞİ

Davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini, re'sen veya tarafların iddiası üzerine anayasaya aykırı bulursa, bu durumu ara kararıyla saptar ve anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkar. Anayasaya aykırılık sorunu davaya bakmakta olan mahkeme için bekletici meseledir.

Anayasanın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Mahkeme, ara kararından sonra Anayasa Mahkemesi karar verinceye veya beş aylık sürenin sonuna kadar davaya bakmaya devam edemez.

Bekletici sorun oluştuktan sonra mahkemece yapılacak işlemler, 6216 Sayılı Yasanın 40. maddesinin birinci fıkrasında ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre mahkeme, iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini, dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir. Ayrıca yürürlüğü durdurma talebi varsa yürürlüğün durdurulmaması

durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması gerekir. Gelen evrak Anayasa Mahkemesi genel sekreterliğince kaleme havale edildikten sonra, durum ilgili mahkemeye bir yazı ile bildirilecektir. Mahkeme, beş aylık bekleme süresinin başlangıç tarihini bu yazıya göre saptayacaktır.

Davaya bakmakta olan yerel mahkemenin gerekçesinde, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen hükümler konusunda çelişkinin olması ya da belirsizlik bulunması, Anayasa Mahkemesi'nin konuyu esastan görüşmesine engeldir. Bu durumda eksikliğin tamamlanması için dosya geri çevrilmektedir. Tarafların iddia ve savunmalarının da itiraz başvurusuna eklenmesi zorunludur.

Dava dosyası, Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettikten sonra, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 48. maddesine göre başkan tarafından görevlendirilen raportör, beş gün içerisinde ilk inceleme raporunu hazırlar. Raporda dava dilekçesinin veya itiraz başvurusunun kanunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığı belirtilir ve alınması gerekli olduğu düşünülen karar türü ve gerekçeleri açıklanır. Raporda işin esasına geçilmesine, başvurunun reddine, eksikliklerin giderilmesi için süre verilmesine, davanın açılmamış sayılmasına veya karar verilmesine yer olmadığına kararlarından birinin verilmesi yönünde düşünce bildirilir. Gerekli görüldüğünde başkan tarafından raporun hazırlanması için ek süre verilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nce evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 49. maddesine göre mahkemece yapılacak ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse, esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verilir ancak bu durumda başvurunun reddine karar verilmesi, mahkemece eksikliklerin tamamlanarak yeniden başvuru yapılmasına engel değildir.

İlk incelemesi tamamlanıp Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nca işin esasına geçilmesine karar verilen dava dosyaları için raportörlerce esas inceleme raporları hazırlanır. Raportörler esasa ilişkin incelemelerinin sonuçlarını, kendi düşüncelerini de içeren bir raporla Başkanlığa bildirirler.

Esasın incelenmesi sırasında, iddianın ciddiliği konusunda yerel mahkeme tarafından alınan karar, Anayasa Mahkemesi'ni de bağlar. Anayasa Mahkemesi kendisine gelen Anayasa'ya aykırılık iddiasını incelerken mahkemenin verdiği “iddianın ciddi” olduğu kararıyla ilgili ön inceleme yapamaz.²⁸

Esasa ilişkin raporun, esasın incelenmesine karar verildiği tarihten itibaren, ne kadar süre içinde hazırlanacağı raportörün de görüşü alınarak Başkanca belirlenir. Bu süre içinde esasa ilişkin raporunu hazırlayamayan raportör, gecikmenin nedenlerini bildirir. Gerekliyse bu süre Başkan tarafından yeteri kadar uzatılabilir. Esas inceleme raporunda, ilk incelemeye ilişkin süreç, kuralın anlam ve kapsamı, anayasaya aykırılık iddialarının değerlendirilmesi bulunmak zorundadır. Raportör, işin niteliğinin karar taslağının yazılmasına elverişli olduğu durumlarda raporla birlikte karar taslağını da

hazırlar ve işin esasının görüşülmesinde hazır bulunarak gerekli açıklamaları yapar.

İtiraz başvurularında Anayasa Mahkemesi, dosya üzerinden inceleme yapar. Mahkeme, ayrıca gerekli gördüğü hâllerde, sözlü açıklamalarda bulunmak üzere ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanları çağırabilir. Mahkemenin, kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir. Başvuru, kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali, kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, sebebi gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin söz konusu diğer hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.

V. BAŞVURUYA ENGEL DURUMLAR

1982 Anayasası'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz. Bu durum 6216 Sayılı Kanun'un “başvuruya engel durumlar” başlığı altında düzenlenen 41. maddesinde de tekrarlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre de, itiraz yoluna başvuran mahkemede, itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu, bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır ve Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılamaz.

Anayasanın 152/4. maddesindeki on yıl süreli yasak hükmü, Anayasa Mahkemesine, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini veren Anayasanın 148/1. maddesindeki kuralın bir istisnasıdır. Bu yasak, aynı zamanda, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi için bir “dava şartı” olmaktadır. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu inceleyip denetleyebilmesi için o hüküm hakkında on yıllık denetim yasağının söz konusu olmaması şarttır. Bu durumda, Anayasanın 152/4. maddesindeki hüküm, hem Anayasa Mahkemesini hem de dava mahkemelerini bağlamaktadır.²⁹

İptal davası sonucunda verdiği red kararından sonra aynı kanun hükmünün somut norm denetimi yoluyla tekrar anayasa mahkemesi önüne getirilmesi şüphesiz mümkündür. Öte yandan Anayasa Mahkemesine göre, on yıllık süre sınırlaması 1982 Anayasasının yürürlüğe girişinden sonra verilen red kararları bakımındandır. Bu nedenle, 1961 Anayasası döneminde verilen red kararları bu süreyi işletmez.³⁰

VI. SOMUT NORM DENETİMİ AÇISINDAN 1961 VE 1982 ANAYASALARI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

1982 Anayasasına göre, Anayasaya aykırılık ön meselesinin oluşması halinde, Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden itibaren 5 ay içinde kararını verir. Bu

süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasındaki farklardan biri bu husustadır.

1961 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi altı ay içinde karar vermeliydi ve altı ay içinde karar verilmezse; davaya bakmakta olan mahkemenin, anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözerek davayı yürüteceği hüküm altına alınmıştı. 1982 Anayasası'nda bu süre beş aya indirilmiş, ayrıca Anayasa Mahkemesi bu süre içinde karar vermezse, davaya bakmakta olan mahkemenin yürürlükteki kanun hükümlerine göre davayı sonuçlandırmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

1961 Anayasası'nda bulunmayan ve 1982 Anayasası'nın 152/4 maddesinde yer alan düzenlemeye göre, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının resmi gazetede yayınlanmasından itibaren 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. On yıllık başvuru yasağı, 1961 Anayasası'nda bulunmazken 1982 Anayasası ile hukuk düzenimizde yerini almıştır.

Ayrıca 2949 Sayılı Kanun'da, Anayasa Mahkemesi'nce evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde noksanlıkların olup olmadığının inceleneceği ve bu incelemede eksikleri olduğu anlaşılan işlerin geri çevrilmesine, mahkemenin yetkisiz olduğu tespit edilen başvuruların da reddine karar verileceği düzenlenmişken; 6216 Sayılı Kanun'da açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının, mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği düzenlenmiştir. 6216 Sayılı Kanun'da işlerin geri çevrilmesi kaldırılmış sadece başvuruların reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

SONUÇ

1982 Anayasası'nın kabul ettiği anayasa yargısı kontrol mekanizmalarından, somut norm denetimi, soyut norm denetimine nazaran bazı durumlarda daha geniş bazı durumlarda ise daha dar uygulanabilmektedir. Somut norm denetimine herhangi bir hukuk normu hakkında değil, ancak görülmekte olan bir davada uygulanan bir kanun hükmü hakkında başvurulabilmesi sebebiyle daha dar uygulama alanı bulmaktadır. Diğer taraftan soyut norm denetimi ancak Anayasada belirtilmiş organlar tarafından ve belli bir süre içinde harekete geçirilebildiği halde, somut norm denetimi, ilgili kanunun uygulandığı davada taraf olan herkes tarafından işletilebilmesi sebebiyle daha geniş uygulama alanı bulmaktadır.³¹

Anayasa yargısının temel amacı olan kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanabilmesi için her iki denetim yolunun da etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve kullanımının önündeki engellerin mümkün olduğunca kaldırılması gerekmektedir.

Anayasa yargısında doğru ve yerinde kararların verilmesi çok hassas bir konu olup, tutarlı kararların verilmesi ve uygulamada sıkıntı yaşanmaması için, 1961 Anayasası'nda yer alan davaya bakmakta olan mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi'nce altı ay içinde karar verilmezse, anayasaya aykırılık iddiasını kendi

kanısına göre çözeceği hükmünün, 1982 Anayasası'nda tekrar düzenlenmemesi isabetli bir durumdur. Gerçi 1961 Anayasası'nda yer alan bu hüküm, 44 Sayılı Kanun'un 27/3 maddesinde yer alan *"Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittıla kesbedinceye kadar, davayı geri bırakır."* düzenlemesi sebebiyle (bu düzenleme anayasaya aykırı olmasına rağmen) uygulama alanı bulamamıştır.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin ve itiraz yolunun önündeki engellerden biri de on yıllık başvuru yasağıdır. On yıllık başvuru yasağının düzenlendiği 152. maddenin gerekçesinde *"istikrarın sağlanması"* sebep gösterilmiştir. Bu süre çok uzun bir süre olup kısaltılması veya tamamen kaldırılması gerekmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti anlayışına dayanan bir hukuk düzeninde hukuki istikrar, öncelikle anayasa kurallarının uygulanmasında sürekliliğin sağlanmasını, bunun için de kanunların anayasaya uygun olmasını gerektirir. Anayasayla kurulan hukuk düzeninde istikrar, ancak anayasaya uygun kanunların sürekliliğinin sağlanmasıyla gerçekleşebilir. Anayasaya uygunluğu varsayımı, kanunun bağlayıcılığı gibi, sürekliliğinin de temelidir. Bu nedenle, daha önce Anayasaya uygunluk denetiminden geçmiş ve Anayasaya aykırı bulunmamış bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık olasılığının belirlediği her zaman Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesi hukuki istikrarı zedelemmez, aksine güçlendirir.³²

Ayrıca davaya bakmakta olan mahkemenin, tarafların anayasaya aykırılık iddiasını değerlendirirken, uygulanacak kanunun anayasaya aykırı olduğuna ikna olmasalar dahi, samimi ve hukuki anlamda savunulabilir iddiaları dikkate alarak hareket etmesi somut norm denetiminin verimli bir şekilde işletilebilmesi açısından son derece zaruridir.

Dipnotlar

- 1- ŞAHBAZ İbrahim; Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, Yıl 16, Sıra Sayı 63, C:16, s. 281.
- 2- KIRATLI Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara, 1966, s. 21.
- 3- KIRATLI; s. 35.
- 4- TEZİÇ Erdoğan; Anayasa Hukuku İstanbul 2012, s.244.
- 5- ÖZBUDUN Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2012, s.429.
- 6- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref; Anayasa Hukuku Ankara 2008, s. 287.
- 7- ŞAHBAZ; s. 290.
- 8- BİLGİN Çağlar; Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/3, s. 364.
- 9- Anayasa Mahkemesi Kararları, E.1962/198, K.1962/111, KT. 10.12.1962, AYMKD, S.1, s.34; E. 1997/23, K.1997/34, KT. 11.03.1997, AYMKD, S.33, C.1, s.326.
- 10- KIRATLI; s. 66.
- 11- AYDIN Mesut; Mahkemede Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2007, 62/3, s. 31.
- 12- BİLGİN; s. 364.
- 13- BİLGİN; s. 364.
- 14- BİLGİN; s. 364.
- 15- BİLGİN; s. 364.
- 16- BİLGİN; s. 364.
- 17- ŞAHBAZ; s. 293.
- 18- ÖZEK Çetin; Terörle Mücadele Yasasına İlişkin Bir Anayasaya Aykırılık İddiası, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, 1999-2000, Sayı 1-2, s.715
- 19- AYBAY Rona; Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 3-4, 1968, s: 163-68.
- 20- KANADOĞLU O. Korkut; Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 2004, s.182
- 21- TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku İstanbul, s.496.

Dipnotlar

- 22- KIRATLI; s. 69.
 23- AYDIN; s. 34.
 24- DURAN Lütfi; İtiraz Yolu ile Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 23, 1965, s. 297.
 25- ŞAHBAZ; s. 295.
 26- KIRATLI; s. 73.
 27- KIRATLI; s. 77.
 28- AYDIN; s. 53.
 29- ÖDEN Merih; Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2000, Cilt 55, Sayı 4, s. 60.
 30- BİLGİN; s.376.
 31- ÖZBUDUN; s.428.
 32- ÖDEN; s. 79.

KAYNAKÇA

AYBAY Rona; Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.32, Sayı: 3-4, 1968.

AYDIN Mesut; Mahkemede Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2007, 62/3.

BİLGİN Çağlar; Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1988/3.

DURAN Lütfi; İtiraz Yolu ile Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:30, sayı 1-4, 1965.

GÖZÜBÜYÜKA. Şeref; Anayasa Hukuku, Ankara 2008.

KANADOĞLU O. Korkut; Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 2004.

KIRATLI Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara, 1966.

ÖDEN Merih; Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2000, Cilt 55, Sayı 4.

ÖZBUDUN Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2012 .

ÖZEK Çetin; Terörle Mücadele Yasasına İlişkin Bir Anayasaya Aykırılık İddiası, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 19-20, 1999-2000, Sayı 1-2.

ŞAHBAZ İbrahim; Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1990, Yıl 16, Sıra Sayı 63, C:16, s. 281-308.

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi; 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001.

TEZİÇ Erdoğan; Anayasa Hukuku, İstanbul 2012.



İSLAM-OSMANLI CEZA HUKUKUNDA HAPİS CEZASININ İNFAZI

Ar. Gör. Özgür ÇAKIN*

I. GİRİŞ

Sözlük anlamı olarak “alıkoymak, engellemek” manasına gelen habs kelimesi, örfi olarak “bir şahsı, bir canlıyı veya eşyayı bir yere kapatmak, bir süre alıkoymak” anlamındadır. Hukuki olarak ise “sanık veya suçluyu belli bir makanda cebren alıkoymak şahsi hürriyetini kısıtlamaktır”.¹ 1789 Fransız İhtilalından sonra Kıta Avrupa’sı ceza hukuku sistemlerinin temel yaptırım şekli haline gelen hapis cezası, günümüzde hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde de en yaygın olarak kullanılan yaptırım türüdür. Aslında bedeni cezalar kadar olmasa da eski medeniyetlere kadar uzanan bir tarihi de vardır. İlk dönemlerde suçlunun asli cezasından çok, cezası belirleninceye kadar tutulması amacıyla uygulanmıştır. Göçebe hayattan yerleşik hayata geçen kavimlerde de daha yaygın ve bilinir şekilde uygulanmıştır.²

İslam öncesi toplumlarda da uygulanan bir yöntem olan hapis, daha çok kölenin efendiye, şahısların aile ve kabile başkanlarına karşı saygısızlığı gibi hafif suçları cezalandırma ve ıslah aracı olarak görülürdü. Her ne kadar Kur'an-ı Kerimde, gerek dini gerekse hukuki anlamda haptisten belli bir suçun cezası olarak söz edilmese de, İslam hukukunda da uygulama alanı bulmuştur. Hapis cezası ve hapishane uygulaması İslam hukukunda Emeviler ve Abbasiler zamanında yaygınlık kazanmıştır. İslam Devletinin sınırlarının genişlemesi ve yeni kültürlerle tanışmanın bunda etkisi büyüktür. Hatta hapishanelerin durumunu anlatan edebi eserlere de rastlanmaktadır.³ Hapis cezasının Osmanlı uygulamasında ise toplumun ve devlet yapısının kendine has bazı özelliklerle uygulandığı ve yeni çeşitler kazandığı görülür.

Çalışmamızın konusu da İslam Hukukunda ve Osmanlı uygulamasında hapis cezalarının nasıl infaz edildiğidir. Bu bağlamda hapis cezasının niteliğinden sonra infaz şekilleri, infaz mekânları ve mahpusların hakları üzerine önemli hususlar üzerinde durmaya çalışacağız.

II. HAPİS CEZASI VE NİTELİĞİ

Modern hukuk sistemlerinde, ceza hukukunun temel yaptırım çeşidinin hapis cezası olduğunu söyleyebiliriz. Tarihte uygulanan ve hala bazı toplumlarda ve inanışlarda uygulanmakta olan idam cezasına, yaptırımların yanında ek olarak uygulanan güvenlik tedbirleri ve diğer bedensel cezalara nispeten, cezalandırma amaç ve felsefesine en uygun yaptırım da şimdilik şüphesiz hapis cezasıdır. Hapis cezasının, cezalandırmanın ıslah edici ve ödetici fonksiyonlarını ne kadar yerine getirdiği tartışılrsa da, ceza hukuku ve kriminoloji uzmanları da daha iyi bir alternatif konusunda uzlaşmışlardır.

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemeleri ABD.

Her ne kadar günümüzde asli yaptırım türü olarak görsek de; hapis cezası hukuk tarihinde pek de gelişmiş ve uygulaması istikrarla sürdürülmüş bir ceza türü değildir. İslam hukuku kaynaklarının çok fazla temas etmemesi ve daha sonradan içtihatlarla de bu yaptırım türüne başvurulsa dahi kurumlarının tam olarak yerleşmemesinin bunda etkisi büyüktür. Yine de dolaylı da olsa hapis cezasının meşruluğunu ayete ve sünnete dayandığı ve böylece şer'an hapse cevaz verildiği düşünülür. Şöyle ki ayet-i kerime de “*ev yunfev...yahut sürülmeleri*” diye buyrulmuştur.⁴ Hz. Peygamber de fiili olarak bunu uygulamış ve bir şahsı itham sebebiyle hapsedmiştir. Yine aynı şekilde Hz. Ali “*mahyes*” adında taştan, çamurdan ve kumaştan bir hapishane yaptırmış ve sahabeden bu konu hakkında herhangi bir itiraz da gelmemiştir.⁵ Daha sonraları da İslam toplumlarında hapis cezası uygulanmış ve hapishaneler inşa edilmiştir. Böylece islam hukukunda hapis cezasının olduğunu ve tazir cezalarının türlerinden sayıldığını belirtmek mümkündür.⁶ Zira İslam hukukçuları tarafından da tazir cezası olarak uygulanması uygun bulunmuş bir yaptırım türüdür.⁷

İslam hukukçuları ayrıntılarda farklı düşünseler de, bilinen yaptırım türlerinin uygulanmadığı ve devre dışı kaldığı durumlarda hapis cezasına ek bir ceza şekli olarak başvurmuşlardır. Yani hapis cezası modern hukuk sistemlerinin aksine İslam hukukunda ikincil derecede bir cezadır.⁸ Ancak uygulamada bazen değişik suç türlerine, özellikle devlete karşı işlenen suçlarda hapis cezasına hem ihtiyati bir tedbir olarak hem de asli ceza olarak sıkça başvurulduğu görülür.⁹ Ayrıca İslam hukukunda hapis cezasının başvurulmasının nedeni olarak diğer ceza türlerine nazaran suçlunun hem sıkıntı çekip işlediği suçun karşılığını ödemesi hem de hapsin infazı sırasında ıslah olmasının daha mümkün olmasını belirtebiliriz.¹⁰

İslam hukukunda hapis cezası süreli ve süresiz olmak üzere ikiye ayrılır. Süreli hapis cezasının en az müddeti 24 saattir. En uzun müddeti konusunda farklı görüşler mevcut olsa da, bunu belirlemenin suçun niteliğine ve suçlunun durumuna göre yetkili merciin işi olduğu konusunda baskın görüş vardır.¹¹ Süresiz hapis cezasında mahkûmun ölümüne veya iyi haline kadar devam eder. Genellikle bazı ağır suçları işleyen ve suç işlemeyi itiyat haline getirmiş, tövbe etse de tövbesini bozmuş kişiler süresiz hapis cezasına çarptırılır. Mahkûm eğer işlediği suçtan pişmanlık duyacak hale gelirse hapis cezası sonlandırılır. Aksi takdirde mahkûmun ölümüne kadar devam eder.¹²

Hapis cezasının Osmanlı uygulaması da İslam hukukunda olduğu gibi gelişim göstermiş ve başlarda çok uygulanmayan bir yaptırım türüyken daha sonraları özellikle ekonomik ve borç sebepli suçlarda uygulanmaya başlamıştır.¹³ Hapis cezasının daha çok esnaf ve zanaatkârların ilgili nizamnamelere uygunsuz hareketleri dolayısıyla başvurulduğunu görsek de, ağır suçlar için XVI. yüzyıldan itibaren kürek cezası XVIII. yüzyıldan itibaren de kalebentlik cezası uygulanmaya başlanmıştır. Hapis cezasının Osmanlı'da sağlam bir yer edinmesi ancak Tanzimat Kanunlarıyla (1840, 1851 ve 1858) mümkün olmuştur.

III.HAPİS CEZASININ İNFAZ MEKÂNLARI

Hz Peygamber zamanında suçlular eve, mescide, dehlizlere ve benzeri yerlere hapsedilse¹⁴ de İslam Devletinde ilk gerçek hapishane Hz. Ömer zamanında

kullanılmış ve özellikle hapisane olarak bir yerin inşa edilmesi ilk defa Hz. Ali zamanında olmuştur. Hz Ali ilk olarak “*Nafi*” adında bir hapisane inşa ettirmiş. Bu hapishaneden firar olayları sık yaşanınca daha sonradan “*muhayyes*” adı verilen hapishaneyi inşa ettirmiştir. Bu hapishane, hapis cezasının ıslah etme fonksiyonunu gören bir hapishanedir. Zira mahpuslar burada Kur'an ve dini bilgiler öğreniyorlardı ve Cuma, Bayram ve cenaze namazları için dışarı çıkabiliyorlardı.¹⁵

İslam hukukunda hapis cezalarının infaz edildiği mekânlar, nezarethaneler, tutukevleri ve hapishaneler olarak üçe ayrılır. Hapishaneler de kendi arasında ıslahi ve tenkili hapishaneler olmak üzere ikiye ayrılırdı.

Nezarethaneler, suç şüphesi altında bulunan kişinin adli mercilere nakledilinceye kadar bekletildiği yerlerdir. Nezarethanelerin kapalı olması gerekmez. Kadı Şureyh, borç sebebiyle hapsedeceği borçluyu önce mescitte geçici bir süre tutar, ödememekte ısrar edenleri tutukevi veya cezaevine gönderirdi. Tutukevleri suçluluğu mahkeme kararı ile kesinleşmemiş ve yargılaması devam eden kişilerin konuldukları yerlerdir.¹⁶

Hapishane, yargılaması sonucunda cezası kesinleşen sanığın, bu cezasının infaz edilmesi için konulduğu yerdir. Islahi cezaevleri daha çok basit suç faillerinin uslandırılması amacıyla, bu amaca uygun olarak infaz rejimi oluşturulmuş kurumları anlatır. Tenkili cezaevleri ise ağır suç faillerinin uslanması imkânı yoksa toplumun korunması amacıyla tutuldukları ve ağır işlerde çalıştırma esasına dayalı kurumlardır.¹⁷ Ayrıca İslam hukukçuları biri valilere ait olmak üzere “*sicnu'l-vali*” ve diğeri kadılarına ait olan “*sicnu'l kadı*” olmak üzere iki çeşit hapishaneden bahsederler. Ağır suçlar işleyenler emniyet ve güvenlik bakımından daha iyi olan vali hapishanelerine, borç yüzünden hapsolunanların ise kadı hapishanelerine gönderildikleri belirtilir.¹⁸

Osmanlı uygulamasında hapishane herhangi bir yer olabilirdi.¹⁹ Bunun yanında daha çok kaleler ve burçlar gibi korunaklı alanlar hapishane görevi görmüşlerdir. Özellikle burçların bodrumları cezası çok ağır olanlar için hapishane olarak kullanılmıştır. Buralar çok nemli, karanlık ve zararlı hayvanların yaşadığı yerlerdir. Bunun dışında Yedikule, Baba Cafer ve Tersane zindanları gibi yerler de hapishane görevi görmüştür. Tanzimattan sonraki hukuki gelişmelerle birlikte modern anlamda hapishanelerin de inşasına başlanmıştır.

IV. OSMANLI UYGULAMASINDA HAPİS CEZASININ ÖZEL İNFAZ ŞEKİLLERİ

Günümüzde hapis cezaları özel olarak inşa edilmiş binalarda suçların niteliğine göre farklılaşarak infaz edilir. Ceza İnfaz kurumlarının isimler açık veya kapalı olmasına göre ve infaz edilen suçların ağırlıklarına göre genellikle bir harfle isimlendirilir. Ancak Osmanlı tarihi boyunca infaz tarzına göre hapis cezaları değişik hallerde karşımıza çıkar. Ağır işlerde çalışmayı içeren hapis olarak kürek, ellerin ve/veya ayakların bir prangaya bağlanıp hapsedilme tarzında prangabentlik, ve bir kale içerisinde yaşamaya mecbur bırakılma olarak kalebentlik gibi değişik infaz tarzları vardır.

A. Kalebentlik

Kalebentlik hapis cezasının özel bir infaz şeklidir ve tazir cezalarından biridir.²⁰ Osmanlı'da XVIII. yy. da ve sonrasında sıkça rastlanan bir ceza türü olan kalebentlik; suçluların bir kalenin içerisinde yaşamaya mecbur bırakılması yönüyle bir hapis cezası ve kendi memleketi sınırları dışında bir kaleye gönderilmesi bakımından da bir sürgün cezasıdır.²¹ Her iki ceza türünün karışımı olan kalebentlik cezasına mahalli kadılar karar verirken, bu karar sadaret makamının onayından geçirilirdi.²² Mahkumun cezasının infaz edileceği kale de Devletçe belirlenirdi.

Sanığa direkt olarak kalebentlik cezası verilebildiği gibi, bazen daha ağır bir cezanın seçeneği olarak da kalebentlik cezasına hükmedilebilirdi. Örneğin hırsızlığı itiyat haline getirmiş bir faile ölüm cezası yerine Magosa kalesinde kalebent edilmesi cezasının verilmiştir. Diğer yandan rüşvet yiyen kimseye, şehre gelen koyunların hepsini diğer satıcılara bırakmadan alan kimseye, medreseye fahişe getiren softalara da kalebentlik cezasının verildiği görülmektedir.²³

Kalebentlik cezasının düzenlendiği tek Tanzimat Kanunu olan 1858 Ceza Kanununun 25. Maddesinde "*Kalebentlik hapis ile nefy cezalarını cami bir ceza...*" denilmiş ve Yine 1858 Ceza Kanununun 23. Maddesi müebbet kalebentliği ve 24. Maddesi muvakkat kalebentliği düzenlemiştir.

Hükümlünün cezası kesinleştikten sonra tutuklu kaldığı süre muvakkat kalebentlik cezası aldıysa bundan mahsup edilirdi. Mahkûm kalenin içerisinde muhkem diğer insanlarla iletişim kurabilir, bağ bahçe işleriyle uğraşabilir, eğer mesleği varsa icra edebilir ve bazı durumlarda ailesini de yanına alabilir ve bekârsa evlenebilirdi. 1247 yılına kadar mahpusların iâşesi kale efradının sadakaları ile temin edilirken bu tarihten sonra Devlet tarafından karşılanmaya başlamıştı.

Görüldüğü gibi kalebentlik cezası diğer hapis cezası türlerine göre daha hafif infaz edilen bir cezadır. Genellikle siyasi suçlular kalebentliğe çarptırılır ve payitahttan uzak olmaları sağlanmak istenirdi. Mahkumun hem suç işlediği mahalden uzaklaşıp sürgün hayatı yaşamasını hem de bir kalenin içinde hapsolunması sonucu kaçma ihtimalinin düşük seviyeye indirilmesini de amaçlanmıştır.

B. Prangabentlik Cezası

Prangabentlik, hapis cezasına çarptırılan mahkumun cezasının hapsedildiği yerde ayaklarının ve/veya ellerinin zincirle bağlanarak infaz edilmesidir.²⁴ Normal hapis cezasına ve kalebentliğe nazaran daha ağır bir yaptırımdır. İslam hukukunda uygulandığı gibi²⁵, Osmanlıda da prangabentlik cezası verilen suçlar Tanzimat dönemi kanunlarında yer almıştır.²⁶

Prangabentlik doğrudan esas ceza olarak tayin edildiği gibi²⁷ adam öldürme suçunda kısas cezasının bir alternatifi olarak da uygulanmıştır. Maktûlün akrabaları kısas hakkından vazgeçip faili affettikten sonra diyet ödenmiş ve mahkum yine de prangabentliğe çarptırılmıştır.²⁸

C. Kürek Czası

Hapis cezasının daha ağır bir şekli olan kürek cezasının tam olarak ne zaman doğduğu bilinmemektedir. Buharlı makinelerin icadından önce gemiler rüzgar ve kol gücüyle hareket ederdi ve bunun için kürekleri çekecek insan gücüne ihtiyaç duyulurdu. Osmanlı'da özellikle İnebahtı Deniz Savaşından sonra donanmanın kürekleri çekecek insana olan ihtiyacı artmıştı. İşte bu insan gücü esirlerden, kölelerden vergisini ödeyemeyen kişilerden ve mahkûmlardan sağlanıyordu.²⁹

Tanzimattan önce Osmanlı'da hangi suçların kürek cezası ile cezalandırılacağı belli değildir. Failler bazı ağır suçların karşılığı olarak ve özellikle siyaseten katl cezasının alternatifi olarak kürek cezasına çarptırılıyordu. Ancak bu ağır cezaya gayet basit suçların karşılığı olarak başvurulduğuda görülmektedir.³⁰

1840, 1851 ve 1858 Ceza Kanunnameleri bazı suçların karşılığı olarak kürek cezasına yer vermişlerdir. 1858 Ceza Kanunu m 19 kürek cezasını: “*Kürek, ayaklarında demir olduğu halde, hizmet-i şakada kullanılmaktadır...*” diye tanımlamış ve müebbet kürek ve muvakkat kürek olmak üzere ikiye ayırmıştır. Suçlunun ayaklarından başka yerine zincir vurulmaz ve infazın nasıl gerçekleşeceğine infaz dairesi takdir ederdi.³¹

V. HAPİS CEZASININ KONUSU OLARAK MAHPUS

A. Mahpusların Tasnifi

Ceza Yargılaması sonucunda cezaya çarptırılan mahpusların çeşitli özelliklerine göre bir tasnife tutulup ayrı ayrı hapsedilmesi gerekir. İslam hukukunda da mahpusların özel durumlarına, işledikleri suç türlerine göre sınıflandırılması ve infaza tabi tutulması üzerinde ilk dönemlerden itibaren önemle durulur.³² Bu hem hapıs cezasının ıslah edici yönünün hayata geçirilmesi için hem de hapisane yönetimini kolaylaştıran uygun bir yöntemdir. Her ne kadar suç işleyip cezaya çarptırılrsa da mahpus olan kişi de bir insandır ve insanlık onuruna yakışacak şekilde davranmak ve yine bunun gereklerini yerine getirmek gerekir. Bu bakımdan da mahpusların tasnif edilerek hapsedilmeleri önemlidir.

İslam Devletinde hakkındaki hüküm kesinleşmemiş olan tutuklularla, suçlu olduğu kesinleşen hükümlüler ayrı yerlerde tutulurdu.³³ Tutuklu kimselere katı infaz kuralları uygulanmazdı. Aynı şekilde Abbasilerin “*hapsu'l maunet*” dedikleri ve suç şüphesi altındaki kişinin gözaltında tutuldukları yerlerde bu kişilere hükümlü gibi davranılmazdı.

Bir diğer tasnif mahkûmların cinsiyetine göre yapılandır. Tay kabilesinden Adiy b. Hatim'in kızının esirlerle birlikte Medine'ye getirildikten sonra Mescid-i Nebevinin kapısının yanında hurma dallarıyla çevrili bir yere ayrı olarak konması, Hz. Peygamber'in hapsedilen kişilerin cinsiyetlerine göre tasnif ettiğinin göstergesidir.³⁴ Yine Ömer b. Abdülaziz valilere gönderdiği, bir talimatta kadın ve erkeklerin ayrı ayrı hapsedilmesini emretmiştir.³⁵ Genel kaide kadın ve erkeklerin ayrı hapsedilmesi

olmasına rağmen, eğer hapisane şartları uygunsa karı-koca mahpuslar birlikte hapsedilebilir.³⁶ Eşcinsel eğilimleri olan bir kimse tutuklanırsa veya hapsolunursa da tamamen ayrı bir yerde cezası infaz edilir; yanına ne erkek ne de kadın konulmaz.

Osmanlı uygulamasında da kadınlarla erkeklerin ayrı ayrı hapsedildiğini görüyoruz. 1851 tarihli Ceza Kanununun Üçüncü Fası m.19'da: "*Nisaya mahsus mahpeste hapisle müddet-i mahbusiyetinde infak ve iksasına icbar olunacak veli ve akrabası olmadığı takdirde canib-i beytülmalinden infak ve iksa oluna.*" denilmiştir. Kadınlar için ayrı tutukevleri bulunmadığı zamanlarda kadınların imamların evlerinde tutulduğu ve sonradan kadınların hapishanelerinde de imam evi denildiği bilinir.³⁷

Küçüklerle büyüklerin³⁸, ilk defa suç işleyen tesadüfî suçlularla, suç işlemeyi alışkanlık ve meslek haline getirmişlerin ve hafif suçlardan hüküm giyenlerle genel ahlaka veya devlet başkanına karşı suç işlemiş ağır suçluların cezaları ayrı infaz mekânlarına ve rejimlerine tabi olurdu.³⁹ Bu ayrımlar suçlunun hapis hanesinde ıslah olacak yerde yeni suçlar ve kötülük yollarını öğrenmesinin önüne geçmek için yapıldı.⁴⁰ Genellemek yanlış olsa da, daha çok ihtiyatı hapis niteliğinde olan borç yüzünden hapsolunanlar kadı hapisanesinde, daha ağır suçlular (örneğin devlete isyan veya genel adaba karşı suçlar) halifeye veya idari mercilere ait hapishanelerde infaz edildiği bilinmektedir. Bu ayrım işlenen suçların ağırlığına göre farklı infaz rejimlerine tabi tutulduklarını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.⁴¹

B. Mahpusun Hakları

1. İşkence Yasağı:

İslam hukukunda mahpuslara kötü muamele yapılamaz ve tahkir edici sözler söylenemez. Dayak cezası ancak infaz olarak uygulanabilir, keyfi olarak mahpus dövülemez. Yine aynı şekilde mahpusa eziyet çekertmek için aşırı sıcakta veya aşırı soğukta bırakılamaz.⁴² Savaşta dahi esirlere kötü muamele yasaklanmıştır.⁴³ Bir fetvaya göre de borç için hapsedilen kimselerin ayrıca zincire vurulamayacağı belirtilmiştir.⁴⁴ Ebu Yusuf halifeye hitaben kaleme aldığı eserinde, had veya mahkeme kararı olmaksızın bir mahpusa sadece idari bir kararla dayak atılmasının şer'an doğru olmadığını ve sadece şer'an tayin edilen dayak cezasının infaz edilebileceğini belirtmiştir.⁴⁵

Osmanlı uygulamasında da mahkûmların tehlikeli yerlerde hapsedilmesi yasaklanmıştır. Islahat Fermanında sanık ve mahkûmlara eziyet etmek kesinlikle yasaklanmış, 1858 Ceza Kanunu m. 103'te "*cürmünü söyletmek için işkence eden devlet memurlarının muvakkat kalebendlik ve müebbeten memuriyetten men cezasına çarptırılacakları...*" belirtilmiştir.

Bu noktada günümüzde de tartışılan, mahpus kimsenin tek başına küçük bir hücreye konulması meselesine değinmek gerekir. İslam hukukunda hapis uygulamasında mahpusun temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunulmadan, işlediği suç karşısında hürriyetinin kısıtlanması esastır. Bu sebeple kişinin ızdırap verici bir şekilde tek başına küçük bir hücreye kapatılması bazı istisnalar dışında doğru bulunmaz.⁴⁶ Ancak hem

Osmanlı uygulamasında hem de modern ceza infaz hukukunda, çok ağır suçlar işleyen kimselerin tek başlarına zindanda ya da dar bir koğuştaki cezalarının infaz edildiğini biliyoruz. Bu hususta Osmanlı uygulamasındaki prangabentlik uygulaması da dikkat çekicidir.

2. Mahpusun Yakınlarıyla Temas Etme Hakkı

Mahpusun cezası infaz edilirken yakınlarından, dostlarından ve ahabplarından birisinin onu ziyarete gelmesi hususu tartışmalıdır. Bazı fakihlere göre hafif suçlular, örneğin borç için ihtiyatı olarak hapsedilen kimseler, yakınlarıyla fazla uzun olmamak üzere görüşebilmelidirler. Diğer bazı fakihler ise yakınlarla görüşmemenin de hapis cezasının ödetici tarafıyla ilgili olduğunu ve suç işleyen kimsenin bu ezaya katlanması gerektiğini düşünürler.⁴⁷

Günümüzde dahi hapis cezasıyla ilgili tartışılan en önemli konulardan biri mahkûmların eşleriyle cinsel temasta bulunma haklarının olup olmadığı meselesidir. İslam hukukçuları bu noktada üç ayrı görüşü mevcuttur. Bir görüşe göre cinsel ilişkiye girmek, beslenme gibi temel insan ihtiyaçlarıdır ve eğer hapisli olanın fiziksel koşulları buna elverişliyse mahpusun bu hakkı vardır. İkinci görüş ise bunu reddeder ve cinsel ilişkinin temel bir insan ihtiyacı olmadığını, beşeri bir zevk olduğunu söyler. Böyle olunca da suç işlemiş mahpusun bu zevkten mahrum bırakılması doğaldır. Kişi mahpusken evli bile olsa cinsel ilişkiye girme hakkı olmaz.⁴⁸ Üçüncü görüşe göre ise evli müslümanın eşiyle cinsel ilişkiye girmesi meşru haklarındandır. Ancak hâkim bunu mahkûmun suçunun niteliği, ağırlığına göre ve ziyaretçi ve arkadaşlarından sorarak uygun bir takvimle belirlemelidir.

Bu mesele beraberinde önemli bir tartışmayı daha getirir. İslam ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri suçların ve cezaların şahsiliği ilkesidir. Mahpusun işlediği suç sonucunda hapis cezasıyla bir ızdırıp çekmesi sağlanır. Bu ızdırabı çekmesini sağlayacak şeyler de özgür insanlar gibi dilediğini yapamamasıdır. Cinsel ilişkiye girmesi yasaklanan bir mahpusun bir nevi eşinin de cinsel ilişkiye girmesi yasaklanmış olacaktır. Böylece suç işlememiş biri de bu noktada ızdıraba ortak edilmektedir.⁴⁹ Hanefi ve Hanbeli fakihlerinin çoğunluğuna göre de böyle bir yasak kişiyi sapkınlığa teşvik edici niteliktedir ve uygulanması gerekir. Şartlar elverdiği sürece mahpus kimse meşru eşiyle cinsel ilişkiye girebilmelidir. Şafilerin çoğunluğu ise konuyu hâkimin takdir yetkisine bırakır.⁵⁰

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kocanın hapsedilmesi boşanma sebebi sayılmasa da Malikilere göre eşinden bir yıldan fazla uzak kalan kadının boşanma davası kabul edilmelidir.⁵¹ Osmanlı'da ise 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise uzun süreli bile olsa kocanın hapsedilmesini, kadın için boşanmayı gerektirecek temel bir sebep saymamıştır.⁵²

3. Din ve İbadet Özgürlüğü

İslam hukukunda mahpusların dini duygularının gelişmesi, hapis cezasının ıslah edici fonksiyonlarından biri olarak değerlendirilir ve mahpusun da özgür insanlar gibi

tabii olduğu dinin gereklerini yaşamasına izin verilir. Mahpuslar, hapisanede toplu halde namaz kılabilirler diğer ibadetleri yapabilirler. Ancak kefil gösterse dahi Cuma ve Bayram namazları için dışarı çıkartılmazlar ve hac vazifesini yerine getirmesi için salıverilmezler. Bir kavle göre alt veya üst soyundan birisinin cenaze namazı için kefaletle çıkabilirler.⁵³ Hanefilere göre bu toplu namazlara katılmama da mahpus için bir ceza niteliğinden olduğundan mahpusun bunlar için dışarı salıverilmemesi gerekir.⁵⁴ Bazı Şafilere ve Hanbelîler için ise mahpus kimsenin denetimli olarak bu namazlara katılmasında herhangi bir sakınca yoktur.

4. Mahpusların Masrafları

İslam hukukunda mahpusların yiyecek⁵⁵, giyecek gibi masrafları Devletçe karşılanır. Hz. Ali ve sonraki halifelerin uygulamalarının bu yönde olduğu ve sahabeden de karşı çıkan olmadığı için bu yönde bir icma gelişmiştir.⁵⁶ Her ne kadar mahpusun ailesi zengin ise bu masrafların onlardan tahsil edilse de, eğer mahpusun ailesi fakir ve mahpusun hapisanede olması nedeniyle nafakalarından mahrum kalırlarsa, ailenin masrafları dahi zekât fonundan karşılanır.⁵⁷

Osmanlı uygulamasında Devletin mahpusların giderleri için bir tahsisatı olmadığı için, bu masraflar ahalinin sadakalarıyla ve kurban paylarıyla karşılanırdı. Kalebentlik cezasında hükümlüye kale efradının yardımları olurdu. Aynı hapisanede gayrimüslim mahpusların müslüman mahpuslardan daha müreffeh hayat sürdükleri söylenir.⁵⁸ Ancak hicri 1247 yılından sonra mahpusların masraflarının Devletçe karşılanması esası benimsenmiştir. 1851 Osmanlı Ceza Kanununun Üçüncü Fasal 17. maddesinde *“hapsolunmuş olan fukaray-ı ahash-ı cünhadan müddet-i mahbusiyetlerinde infak ve iksasına icbar olunacak veli ve akrabası bulunmayanların nafakaları bulundukları mahallin emval-i mürettebe-i miriyesinden verilerek...”* denilmiş ve masrafın ilk olarak yakınardan alınacağı, yakınlarının da imkânı bulunmazsa Devlet tarafından karşılanacağı belirtilmiştir.⁵⁹ Hatta gerektiğinde mahpuslara veya yakınlarına maaş bağlandığı da görülmektedir.⁶⁰

5. Tıbbi Bakım Hakkı

Hapis cezasının infazı sırasında hastalanan mahpus tedavi ettirilir. Eğer gerekli kılmıyorsa tedavi için mahpus dışarı çıkarılmaz ve infaza ara verilmez. Çünkü hapis cezasında amaç mahpus kimseyi helak etmek değildir.⁶¹ Hanefilere göre ise dışarı çıkarılması icap eden mahpus için kefil göstermek gerekir.⁶²

Osmanlı'da 1851 Ceza Kanunu Üçüncü Fasal m. 16'da : *“Mahpus olanlardan ağır hasta olanların kavi kefile raptyla tahsil-i bür'ü tam edinceye kadar hanelerinde ikamet ve tedavi eylemelerine ruhsat verilip eyyam-ı hastalıkakrı müddet-i muayyene-i mahbusiyetlerine mahsup oluna. Ve bu vecihle hasta olduğu indinde tebeyyün ederek ruhsat verilen mahpusun kesb-i ifakat edip etmedikleri 15 günde bir kere tahkik olunmasına ol beldenin umur-ı mülkiyesine memur tarafından dikkat kılın.”* denilmiştir ve hasta mahpuslar için bir hüküm getirilmiştir.

VI. HAPİS CEZASININ SONA ERMESİ

Hapis cezasını sona erdiren üç sebep vardır: Af, süreli hapis cezasında sürenin dolması ve tövbe. Şahsi hakların ihlali dolayısıyla işlenen suçlarda hak sahibinin affı gerekir. Kamu hukukunun ihlali dolayısıyla işlenen suçlarda ise yetkili mercinin affetmesiyle sona erer.⁶³ Süreli hapis cezasında ise sürenin dolması ile hapis cezası sona erer. İslam hukukunda hapis cezası genellikle süreli olarak değil, ihtiyati tedbir olarak ve iyi halin varlığına kadar uygulandığı için mahpusun tövbesi ve ıslahı da hapis cezasını bitiren sebeplerdendir.

Tek başına hastalık hapis cezasının infazına engel teşkil etmez. Ancak Şafii mezhebinde borç nedeniyle hapsedilen kişinin hastalanması durumunda serbest bırakılacağı görüşü baskındır. Fakihlerin çoğunluğuna göre de akıl hastalığı hapis cezasının infazına engel olan bir durumdur.⁶⁴

VII. SONUÇ

Beşeri hukuk sistemlerinde dahi 17.yy.'dan itibaren yaygınlaşan hapis cezası, İslam hukukunda istikrarlı ve yerleşmiş bir uygulama bulamamıştır. Bunun en önemli etkeni hapis cezasının ikincil bir yaptırım türü olarak görülmesi diyebiliriz. Aynı şekilde tazir suçlarının karşılığı olarak uygulanan hapis cezasının çok defa kararı veren kişilerin veya yöneticilerin takdirinde kaldığı ve bu durumun kalıcı bir düzenin yerleşmesinin önüne geçtiğini söylenebilir. Diğer yandan kurumsal bir hapishane kavramının gelişmesinin de Osmanlı'da dahi Tanzimat dönemlerine denk geldiğini görüyoruz. Yani İslam hukuku açısından hapis cezası diğer yaptırım türlerinin yanında sönük kalmış ve kendine sağlam bir yer edinememiştir. Ancak yine de İslam hukukunda hapis sıkça rastlanan bir durumdur ve birçok yönden günümüz hukuk sistemlerine de benzediğini inkâr edemeyiz. Hatta bazı meseleler bakımından günümüz modern hukuk sistemlerinden dahi ileri seviyede olduğu açıktır. Özellikle mahpus kimselerin hakları çerçevesinde düşünüldüğünde, İslam hukukunun özgürlükçü bir anlayış çizgisinde olduğu görülecektir. Zira mahpusun eşiyle cinsel ilişkiye girmesi konusunda günümüzde dahi tereddütler bulunurken, İslam hukukçularının bir kısmı bunun mahpusun en doğal hakkı olduğunu asırlar evvel belirtmişlerdir. Aynı şekilde borç sebebiyle hapis edilenlerin hafif infaz hükümlerine tabi olması ve diğer adi suçlularla bir arada tutulmaması uygulaması da buna bir örnektir.

Dipnotlar

- 1- BARDAKOĞLU Ali, "Hapis", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, s. 54
- 2- BARDAKOĞLU, s. 54.
- 3- BARDAKOĞLU, s. 63.
- 4- Maide 33. Bununla birlikte doğrudan hapis cezasıyla ilgili herhangi bir ayet bulunmamaktadır.
- 5- HÜLAGU Metin, İslam Hukukunda Hapis Cezası, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1996, s. 8.
- 6- CİN Halil – AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk-İslam Hukuk Tarihi, Timaş Yayınları, İstanbul 1990, C. 1, s. 335.
- 7- YİĞİT Yaşar, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Sistem Ofset Yayıncılık, Ankara 2012, s. 122.
- 8- HÜLAGU, s. 9.
- 9- BARDAKOĞLU, s. 56.
- 10- HÜLAGU, s. 9.
- 11- YİĞİT, s. 122.
- 12- YİĞİT, s. 122. Bazı yazarlarda hapis cezasını süreli ve süresiz olarak ikiye ayırdıktan sonra, müebbet hapis cezasının süreli hapis cezasının bir çeşidi olduğunu ve muvakkat hapis cezasının da, kısa süreli ve uzun süreli hapis cezası olarak ikiye ayrıldığını belirtmişlerdir. AVCI, s. 129.
- 13- Bosna Kanunnamesinde kalpazanlık suçunun cezası olarak uzun süreli haptisten, Yavuz Sultan Selim Kanunnamesinde kamu yararı gözetilerek hapis ve para cezasının birlikte uygulanabileceğinden söz edilir. BARDAKOĞLU, s. 63.
- 14- HÜLAGU, s. 21.
- 15- AVCI Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mimoza Yayınları, Konya, 2008, s. 213.
- 16- AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s. 214.
- 17- AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s. 214. İslam tarihinde biri o yer valisinin sorumluluğunda olan "sıc-ül valî" ve diğeri hukuk davalarına bakan hakimlerin sorumluluğunda olan "sıc-ül kadî" olmak üzere iki türlü hapisshaneden söz edilir. Sıc-ül valîlerin daha ağır suçlar için uygun olduğu ve firar tehlikesi olan suçluların da bu hapisshanelere nakledikleri bahsedilir. AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s. 255.
- 18- HÜLAGU, s. 104.
- 19- YILDIZ Özgür, Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği, Akademik Bakış Dergisi, C. 9, S. 17, Kış 2015, s. 93.
- 20- AVCI Mustafa, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik", Yeni Türkiye Dergisi, S. 45 (Mayıs-Haziran 2002), s.
- 21- AVCI Mustafa, Osmanlı Uygulamasında, s. 134.
- 22- AVCI, Osmanlı Uygulamasında, s. 134. Sadrazam bazen kalebentlik cezasını "vaki ise diyar-ı ahara nefy ve ilcası için hüküm" diyerek sürgün cezasına da çevirirdi.
- 23- AVCI, Osmanlı Uygulamasında", s. 135.
- 24- AVCI, Osmanlı Uygulamasında, s. 138.
- 25- Özellikle mükerrer suçluların, içki içerek müteceviz sarhoşlukta ve gençlere tasaddide bulunan suçluların hapsedilmesi ve ayaklarına demir ağırlıklar bağlanarak kaçmalarının önlenmesinin toplum için daha yararlı olacağı gerekçe gösterilmiştir. AVCI, Osmanlı Uygulamasında, s. 140.
- 26- 1851 Ceza Kanunu Birinci Fasil m. 5 ve m. 14'de vaz'ı kürek ve pranga, m. 13'de küreğe veya prangaya, m. 11'de İstanbul'da ise küreğe, taşrada ise prangaya ifadeleri geçer. AVCI, Osmanlı Uygulamasında, s. 145.
- 27- "Nikola Yorki adlı bir şahıs Kavas İzzet Ağaya bir tokat atıp köstekli saatini almak üzere göğsünden tutmuş, saat zincirinin kırılması ve bir parçası failin eline geçmesine rağmen saati elde edememiş, bunun üzerine bıçak çekmek isterken mağdur onu yere düşürmüş, bu sırada olay yerine gelen kol kavası tarafından yakalanıp karakola götürülmüş ve yargılama sonrası tanık beyanıyla suçlu sabit görülüp cezası verilmiştir." AVCI, Osmanlı Uygulamasında, s. 140.
- 28- AVCI, Osmanlı Uygulamasında", s. 140.
- 29- AVCI, "Osmanlı Uygulamasında", s. 137.
- 30- Kumar, mahpusun firarına yardımcı olma, sarhoşluk, fiyatları yükseltmek suretiyle müşteri kızdırmak vb. AVCI, s. 138.
- 31- AVCI, s. 138.
- 32- BARDAKOĞLU, s. 61.
- 33- AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s. 226.
- 34- AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş", s. 227.
- 35- AVCI, "Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş", s. 227
- 36- HÜLAGU, s. 69.
- 37- PAKALIN M. Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 1993, s. 60. 21 Kanunisi 1327 tarihli bir tamimde: "Binası muttasıl fakat methal ve mahreci ile bahçeleri ayrı olarak mevkufin ve mahkumin- nisaiyye mahsus kısımların tefrik olunması" emredilmiştir. KUNTER Nurullah, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi" İstanbul Barosu Dergisi, Y. XXII, S. 3, Ekim 1948, s. 575.
- 38- İstisnâsi de olsa bulûğa ermemiş çocukların hapis cezasının velilerinin evinden dışarı çıkmayacak şekilde infaz edildiği bilinmektedir. BARDAKOĞLU, s. 62.
- 39- AVCI, "Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş", s.230.
- 40- BARDAKOĞLU, s. 61.
- 41- BARDAKOĞLU, s. 61.
- 42- Hışam b. Hakim Şam'da Acem çiftçilerinden veya Kıptilerden güneş altında bekletilen başlarına zeytinyağı dökülmüş kimselere rastladı. "Bu nedir?" diye sordu. "Haraç veya cizye vergilerini ödemedikleri için hapsediliyorlar" cevabı verildi. Bunun üzerine O, ben bizzat Allah Resulümün: "Allah muhakkak dünyada insanlara işkence edenlere(kıyamet gününde) azap edecektir" dediğini duydum dedi. Sonra mahpuslar serbest bırakıldı. Müslim, Birr, 117, 118. AVCI, İslam Osmanlı Ceza Hukuku, s. 240. Aynı şekilde Makrizi kendi döneminde hapishanelerde izdiham olduğunu, mahpusların ibadet etmeye, dinen gerektiği şekilde örtünmeye, soğuktan ve sıcaktan korunmaya imkan bulunmadığını belirterek bu uygulamanın hiçbir müslüman tarafından caiz görülemeyeceğini belirtmiştir. BARDAKOĞLU, s. 61.
- 43- Bedir Harbi sonrası esir alınanların kaçmasını engellemek için Hz. Ömer ellerini bağlamıştır. Hz. Abbas'ın elleri sıkı bağlandığından sabaha kadar inlemiş ve Hz. Peygamber bu durumdan müteessir olup uyuyamamış ve Ensar durumu anlayınca kollarını çözüp meccanen affedilip bırakılmasını istemişlerdir. SEYDİŞEHİR, s. 603.
- 44- AVCI, İslam Osmanlı Ceza Hukuku, s. 240.
- 45- BARDAKOĞLU, s. 62.

Dipnotlar

- 46- BARDAKOĞLU, s. 61. İbn Kayyim el Cevziye, şer'i hapsin mahpusun dar bir yere konulması değil onun hukuki işlemlerinin engellenmesi olduğunu belirtir. BARDAKOĞLU, s. 61. Yine aynı yönde, "hapis kişiyi dar bir yere atıp eza etmek değil, cezalandırmak maksadıyla iradeye dayalı tasarruflarına engel olmak..." HÜLAGU, İslam Hukukunda Hapis Cezası, s. 5.
- 47- BARDAKOĞLU, s. 62.
- 48- AVCI, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, s.232, 233.
- 49- AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku, s. 233.
- 50- BARDAKOĞLU, s. 62.
- 51- AVCI, s. 243. Evli bir kadın bir suçtan dolayı hapsedilirse kocanın nafaka yükümlülüğü de sona erer.
- 52- AYDIN M. Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 1985. s. 203.
- 53- AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku, s.
- 54- BARDAKOĞLU, s. 62.
- 55- Kur'an-ı Kerim İnsan Suresi 7/8 : "Yoksula, yetime ve esire, yemeği severek yedirirler. Biz size yalnız ve yalnız Allah rızası için yediriyoruz. Sizden ne bir karşılık ne de bir teşekkür istemiyoruz."
- 56- Ebu Yusuf, s. 241.
- 57- Ebu Yusuf, s. 242. Hatta Ebu Yusuf döneminde mahpusların beslenme ve giyinme yönünden sefalet içerisinde bırakılmalarını eleştirir ve Ömer b. Abdülaziz'in bir talimatını delil göstererek her bir mahpus için aylık ve mevsimlik harcama miktarları belirlenmesini ister. BARDAKOĞLU, s. 61.
- 58- AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku, s. 235.
- 59- "Geçen sene Tuna Vilayetinde zuhur eden Bulgar Meselesinden dolayı nefy ve tağrib edilen takımdan kalebentlik cezasıyla Diyarbekir'de bulunan 27 nefer Bulgar'a 300 dirhem ekmek verilmekte ise de bunlar fakr ve muzayakaya duçar olduklarından fil-cümle def'i zaruretleri zımnında sadaka-i ser şevket... her birine bazı emsali misüllü altmışar para yevmiye tahsisi ve itası... İcabinın ıcrasına himmet buyrulsun...1284" A. MKT. ŞD, No: 2/36. (Akt. AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku, s. 236.)
- 60- Beş yıl müddetle kütüğe konulan Bekir'in ceza müddeti dolmamış ise de çok fakir olup... çocukları sefaletle düşmüşler, bu sebeple Bekir'in affını istemişlerdir. Cezanın bitimine üç yıldan fazla süre olduğu ve tahliye şartları oluşmadığı için Bekir'in tahliyesine kadar çocukların infakı için mahallin emvalinden 60 kuruş bağlanmasına ilişkin tezkere. BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye'de benimsenmesi, s. 111.
- 61- AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku, s. 237.
- 62- BARDAKOĞLU, s. 62.
- 63- BARDAKOĞLU, s. 64.
- 64- BARDAKOĞLU, s. 64.

KAYNAKÇA

AYDIN M. Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 1985

AVCI Mustafa, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik", Yeni Türkiye Dergisi, S. 45 (Mayıs-Haziran 2002)

AVCI Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş, Mimoza Yayınları, Konya, 2008

BARDAKOĞLU Ali, "Hapis", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi

CİN Halil – AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk-İslam Hukuk Tarihi, Timaş Yayınları, İstanbul 1990, C. 1

HÜLAGU Metin, İslam Hukukunda Hapis Cezası, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1996

KUNTER Nurullah, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi" İstanbul Barosu Dergisi, Y. XXII, S. 3, Ekim 1948

PAKALIN M. Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 1993

YILDIZ Özgür, Osmanlı Hapishaneleri Üzerine Bir Değerlendirme: Karesi Hapishanesi Örneği, Akademik Bakış Dergisi, C. 9, S. 17, Kış 2015

YİĞİT Yaşar, İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlülüğü, Sistem Ofset Yayıncılık, Ankara 2012



SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ

Av. Uğur AYDINGÜL*

I- GENEL OLARAK

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne¹ baktığımızda 'simsar'ın karşılığının 'komisyoncu', komisyoncunun karşılığının da 'simsar' olduğunu görüyoruz. Oysa ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 520. Maddesinde düzenlenen 'simsarlık sözleşmesi' ile 532. Maddesinde tanımlanan 'komisyon sözleşmesi' esaslı surette birbirinden farklı kurumlardır. Bu kurumlar arasındaki en önemli fark komisyon sözleşmesi uyarınca komisyoncu sözleşmeyi kendi adına ve vekalet verenin hesabına yapar. Yani komisyoncu kurulmasını sağladığı sözleşmenin tarafıdır. Oysa ki simsar, kurulmasına aracılık ettiği sözleşmenin tarafı değildir ve olamaz.

Sözleşme kurmak isteyen tarafların birbirlerini bulmakta zorlanmaları, farklı yerlerde faaliyet göstermeleri, farklı dilleri konuşmaları gibi nedenlerle bir araya gelmeleri güçlük arz etmektedir. Bu sorunları ortadan kaldırmak için sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getiren, sözleşmenin hazırlanması ve kurulmasına aracılık eden, tacir yardımcısı sayılan ve adına simsar (tellal) denilen aracılardan faaliyetlerinden istifade edilir.

Simsarlık sözleşmesi (tellallık sözleşmesi), eskiden hem BK, hem de TTK'da düzenlenmişti. Adi işlere aracılık eden ve bu işi sürekli olarak yapması gerekmeyen kişiye BK'da 'adi işler tellalı'; ticari işlere aracılık eden, bu işi meslek edinen ve devamlı şekilde yapan kişiye de TTK'da 'ticaret işleri tellalı' denilmekteydi. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda simsarlık sözleşmesine yer verilmemiş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 520-525 maddeleri arasında geniş biçimde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde aracılık faaliyetinin meslek şeklinde icrası şartı aranmamıştır.² TBK'nun 520/II yollamasıyla boşluk bulunan hallerde TBK'nun 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekaletle ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Simsarlık uygulamada son derece yaygın olarak kullanılan bir meslektir. Adları her ne kadar 'emlak komisyoncusu' olsa da, emlakçılar hukuki nitelendirme olarak simsar konumundadırlar. Yine bazı farklılıklara rağmen 'sigorta brokerleri'; 'ticaret borsası simsarları'; iş ve işçi tellallığı alanlarında faaliyet gösteren 'özel istihdam büroları'; evlilik akdine aracılık eden internet siteleri ile evlilik ajansları (evlenme tellallığı); deniz ve kara taşımacılığı alanlarında faaliyet gösteren aracılardan özellikle 'gemi ve navlun tellalları (shipbroker)' tellallığın uygulamadaki farklı görünümleridir.

Simsarlık, maddi fiillere ilişkin vekaletin özel bir türüdür. Bu yüzden ayrıca yetkilendirilmedikçe müvekkilini temsilen işlem yapamaz.³

Simsarlık (tellallık) ilişkisinde iki ayrı sözleşme olup, bunların birbirlerine karıştırılmaması gerekir. Bunlardan ilki, simsarın aracılığını yaptığı "asıl sözleşme",

* Avukat, ADANA BAROSU

diğeri simsarla müvekkili arasındaki “simsarlık sözleşmesi”dir. Simsarlık sözleşmesi ile müvekkil, simsara simsarın araştırıp bulacağı üçüncü kişi ile kendisi arasında tasarladığı sözleşmeyi kurulması için aracılık işini vermekte ve bu faaliyeti karşılığı bir ücret vaad etmektedir.⁴

Simsarlık sözleşmesi kural olarak bir şekle tabi değildir; ancak 6098 sayılı TBK madde 520/3 gereğince taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Taşınmaz simsarlığının kapsamına taşınmaz üzerindeki her türlü şahsi veya aynı hak kuran tüm işlemler girer. Örneğin emlakçı ile yapılan; taşınmazın kiralanması, satılması veya taşınmaz üzerinde bir aynı hak kurulması aracılığını içeren sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Uygulamada emlakçılar tarafından aracılık sözleşmesi dışında yer gösterme tutanağı imzalatılarak, emlakçının aradan çıkarılması ve sonradan malik ile direkt temasa geçilerek ücret ödenmemesi riskine karşı illiyet bağının kanıtlanması amacı güdülmektedir.

II- SİMSARLIĞIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A- Ticari Mümessil ile Karşılaştırılması

Borçlar Kanunu'nun 547-550. Maddelerinde düzenlenen ticari mümessil, 'tacir tarafından işlerini yönetmek ve işletme ile ilgili bütün işlemleri yapmak üzere yetkili kılınan kişidir'.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticari mümessil işletmenin amacına dahil her türlü hukuki işlemi müvekkili adına yapabilen bağlı bir tacir yardımcısıdır. Simsar ise bir sözleşmenin yapılabilmesi için fırsat yaratır veya kurulmasına aracılık eder. Yani bağımsız bir tacir yardımcısı olup müvekkil ile olan ilişkisi geçicidir.

TİCARİ MÜMESSİL	SİMSAR
Bağlı Yardımcı	Bağımsız Yardımcı
Sürekli	Geçici
Temsile Yetkili	Temsil Yetkisi Yok Açıkça Yetkilendirme ile Temsil Yetkisine Sahip Olabilir

B- Acente ile Karşılaştırılması

Acente, 'ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi, işletmeye bağlı herhangi bir konuma bağlı olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kişidir' (TTK 102/I).

Acente bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etme veya bunları tacir adına yapmakla görevli bağımsız tacir yardımcılardanıdır. Acentede simsar gibi

müvekkili tacirin sözleşme yapacağı kişileri bulur ve bunları sözleşme ilişkisine girmeye yönlendirir. Ancak simsardan farklı olarak acentenin, müvekkil ile olan ilişkisi süreklilik arz eder (TTK-102/1 bkz.) Acenteliğin simsarlardan farklı olan bir yönü de, acentenin, tacirin işletmesiyle ilgili sözleşmelerin yapılabilmesi için aracılık faaliyeti göstermekle yükümlü tutulmuş olmasıdır. Simsarın böyle bir yükümlülüğü olup olmadığı ise tartışmalıdır.

Simsar sözleşme yapmak isteyen tarafları bulur ve bir araya getirir. Sözleşmenin kurulmasına aracılık eder. Bunları yaparken taraflardan herhangi birine bağımlı değildir. Acente ise bu noktada simsara benzese de müvekkili ile arasındaki ilişki devamlıdır ve yükümlülük ve aktif çaba gösterme zorunluluğu açısından simsardan farklıdır.

Aracılıkta bulunan veya sözleşme yapan acentenin özel yetki verilmese bile bizzat teslim ettiği mallarla ilgili olarak TTK madde 106'da yazılı yetkileri kullanabileceği öğretide kabul edilmektedir.⁵ Simsar ise, özel olarak yetkilendirilmedikçe bedeli tahsile veya sözleşmede gösterilen diğer şeyleri teslim almaya yetkili sayılamaz.

Simsar tek ya da sınırlı sayıda sözleşmenin yapılmasına aracılık eder. Aracılık eden acente ise önceden belirlenmemiş çok sayıda sözleşmenin yapılmasına aracılık eder.

ACENTA	SİMSAR
Müvekkil Ad ve Hesabına	Kendi Ad ve Hesabına Çalışır
Devamlı	Geçici
Bizzat Teslim Ettiği Mallarda Kabz Yetkisi Vardır.	Kabza Yetkisiz Özel Olarak Yetkilendirilebilir

C- Komisyoncu ile Karşılaştırılması

Komisyonculuk ile simsarlık arasında bazı benzerlikler olsa da her iki kurumun birbirinden ayrıldığı önemli noktalar vardır. Uygulamada komisyonculuk ve simsarlık arasında bir terim karmaşası yaşandığı görülmektedir. Bu karmaşa daha çok, tarafların aralarındaki ilişkiyi nitelendirirken kullandığı sözcükler dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Komisyoncu bir işi kendi adına fakat müvekkili hesabına yapar. Bu unsur olmadan taraflar arasında yapılan sözleşmede 'komisyon' veya 'komisyoncu' sözcüklerinin kullanılmış olması taraflar arasındaki ilişkinin komisyon sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmez (BK 19/I).

TBK 532. Maddesinde “alım satım komisyonculuğu” düzenlenmiştir. Bu hükme göre “alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekalet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği” sözleşmedir. Madde metninde yazılı “kendi adına müvekkili hesabına”

ifadesinden komisyoncunun müvekkilini dolaylı olarak temsil yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Simsar ise sadece bir aracıdır ve müvekkilini temsil yetkisi yoktur.

Komisyoncu da simsar gibi ücret karşılığında faaliyet gösterir (BK 532/I). Yapılan sözleşmede ücret belirtilmemişse, bu sözleşme komisyon değil vekalet sözleşmesi niteliğindedir.

Simsar sadece sözleşmenin yapılması için tarafları biraraya getirmekle görevini yerine getirdiği halde, komisyoncu sözleşmeyi bizzat yapar.

Komisyoncu ve müvekkil arasındaki ilişki sözleşmede aksine hüküm yoksa sürekli değildir ve müvekkil komisyoncuya tek bir sözleşmenin yapılması için yetki verir.

KOMİSYONCU	SİMSAR
Kendi Adına Müvekkil Hesabına	Kendi Ad ve Hesabına Çalışır
Temsile Yetkili Dolaylı Temsilci (BK. 40/3)	Temsil Yetkisi Yok Açıkça Yetkilendirme İle Temsil Yetkisine Sahip Olabilir.
Geçici	Geçici

III- TANIMI VE UNSURLARI

A- Tanımı

TBK'nun 520/1 maddesinde simsarlık sözleşmesi, “taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşme” olarak tanımlanmıştır.

YHGK 3.11.2010 tarih, 2010/19-559 E, 2010/546 K, sayılı kararında simsarlık (tellallık) ile ilgili 'tellallık öyle bir sözleşmedir ki, onunla tellal, ücret karşılığında bir sözleşmesinin yapılması olanağını hazırlamak ya da yapılmasına aracılık etmekle görevlidir. Tellallık sözleşmesinde kural olarak vekillik kuralları uygulanır'. tanım ve kavramına yer vermiştir.

B- Unsurları

Simsarlık da tıpkı acentelik ve komisyonculuk gibi vekalet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu nedenle simsarlık sözleşmesine uygun düştüğü ölçüde vekaletle ilişkin hükümler uygulanır. (TBK 520/2)

1- Bağımsızlık

Simsar, tacirin bağımsız bir yardımcısıdır. Bu niteliği itibariyle simsarin kendisine

ait bir işletmesi olabilir ve eğer bu işletme ticari işletme niteliğinde ise simsar ayrıca tacir sıfatına da sahip olur.⁶

2- Geçicilik

Simsar ile onun hizmetinden yararlanan tacir arasındaki ilişki geçici niteliktedir. Yani Simsar ile müşterisi arasındaki ilişki süreklilik göstermez. Simsar kural olarak belirli bir veya birkaç işleme ilişkin olarak aracılık faaliyetinde bulunur ve sözleşmenin yapılması ile simsar ile tacir arasındaki ilişki son bulur. Oysa ticari vekil belli bir veya bir kaç sözleşme yapmak için değil bir işletmenin işlerini idare etmek üzere devamlı surette görevlendirilirler.

Aracılık yapan kişinin, bir iş görme sözleşmesi ile taraflardan birine belirli veya belirsiz süre için devamlı şekilde bağlı olması halinde simsarlık hükümleri değil pazarlamacılık (BK 448 vd) ya da acentelik (TTK 102 vd) hükümleri uygulanır. Gerçekten de acente de aracılıkta bulunduğu halde, bu işi müvekkili ile imzaladığı sözleşme sonucunda sürekli bir şekilde yapar. Halbuki simsar belirli bir kişinin temsilcisi değildir; kendisine başvuran herkese aracılık hizmeti verir onlara müşteri temin eder.⁷

3- Aracılık

Simsar aracılık yapar. Aracılık faaliyeti sadece sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getirmekten ibaret olabileceği gibi, duruma göre sözleşmenin pazarlık safhasına katılmayı, sözleşme taslağı hazırlamayı da içerebilir. Ancak taraflar adına sözleşme yapma yetkisine sahip değildir. Aracılık faaliyetinin kapsamı, simsarlık sözleşmesinin hükümlerine göre belirlenir.

4- Süreklilik

Simsar aracılık faaliyetini sürekli bir şekilde yapan ve çoğu kez kendisine ait bir ticari işletmeye sahip bir tacir yardımcısıdır. Ancak simsarın aracılık faaliyetini meslek şeklinde devamlı şekilde yapması gerekli değildir.

5- Ücret

Simsar yaptığı aracılık faaliyeti sonucunda taraflardan belirli bir oranda ücret alır. Ücret ödenmeyecek ise ilişki ücretin esaslı unsur olmadığı vekalet ilişkisine dönüşür. Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, tarafları bir araya getirmiş olması yeterli değildir; kural olarak taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğu (kira sözleşmesinin yapılmış veya taşınmazın satılmış olması) hallerde ücret isteme hakkı doğar (TBK 521/1) Ancak taraflar arasında aksi şekilde düzenlemeler yapılabilir.

IV- HAK VE BORÇLARI

Simsarlık ilişkisi, simsar ile müşteri arasında karşılıklı hak ve borçların doğmasına neden olur.⁸

SİMSARIN HAK VE BORÇLARI	
HAKLARI	BORÇLARI
Ücret Talep Hakkı	Aracılıkta Bulunma
Giderleri İsteme Hakkı	Müvekkilin Menfaatlerini Gözetme

A- Borçları

1- Sözleşme Kurulması İmkânını Hazırlama Veya Kurulmasına Aracılık Etme

Simsarın temel yükümlülüğü bir sözleşme yapılması için gerekli olanakları araştırmak ve olanak olduğunda durumu müvekkiline bildirmektir. Ancak simsarlık sözleşmesi ile simsara, kurulacak sözleşmenin şartlarını müzakere etmek, pazarlığını yapmak suretiyle aracılıkta bulunma görevi de verilebilir (BK 520/I).

Simsarın faaliyetini yürütürken, taraflar arasında aktif çaba göstermek zorunda olup olmadığı; müvekkilin de bu yönde bir talep hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁹, simsarın aracılık borcu yalnızca müvekkiline üçüncü kişiye tanıtmaktan veya bildirmekten ibaret olmayıp tellalın söz konusu işi yapmak isteyen üçüncü kişiyi bulmaya çaba sarf etmesi ve o kişiyi müvekkili ile sözleşme yapmaya yönlendirmesi gerekmektedir.

Karşı görüşte ise¹⁰, müvekkil ile simsar arasında sözleşme yapıldığında simsar, bir edim borcu değil edim külfeti altına girmektedir. Çünkü hukuk düzeni, burada serbest irade ile yerine getirilecek bir edime avantajlar vaat etmektedir.¹¹ Böylece simsar etkin çaba göstermeyerek sözleşmenin kurulmasına yardımcı olmaz, yani bu konuda edilgen kalırsa sözleşme kurulamadığı için en fazla ücret hakkından mahrum olur.

Bunun dışında bir ihlalde bulunulmadığı sürece, salt bu davranış tellalın müvekkiline karşı sorumluluk altına girmesine neden olmaz. Zira konuyu düzenleyen hükümlerde, bunlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yargıtay kararlarında ise bu konuda bir karara rastlanamamıştır. Sadece bir hukuk genel kurulu kararında '...gayrimenkul tellallığı akitlerinde de iki taraf değil, sadece gayrimenkul sahipleri borç deruhte ederler, tellallar için herhangi bir sorumluluk söz konusu değildir', denilmektedir.¹²

2- Müvekkilin Menfaatlerini Gözetme (Özen ve Sadakat Borcu)

Simsar, aracılık faaliyetlerini iyi niyet kuralları çerçevesinde, basiret ve sadakatle yerine getirmek, müvekkiline ait iş sırlarını saklamakla yükümlüdür (BK 520/II ve 506/II). Simsar, sözleşmenin kurulmasına imkan hazırlamak amacıyla faaliyet göstereceğinden, müstakbel sözleşmenin her iki tarafı için de aracılık yapabilir. Ancak

simsar, bu halde de tarafsız davranmak, her iki tarafın çıkarlarını dengelemek ile yükümlüdür; aksi halde ücret talep hakkını kaybeder (BK 523)

B- Hakları

1- Ücret Talep Hakkı

a) Ücret Talep Hakkının Doğumu

Simsar, yaptığı aracılık işi karşılığında ücret talep etme hakkına sahiptir (BK 520/I). Simsarın ücret talep edebilmesi için, yürütülen aracılık faaliyeti sonucunda sözleşmenin kurulmuş olması lazımdır (BK 521/I, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 21.6.2012 T. 2012/13636 E. 2012/16281 K.). Ancak simsar ile müvekkili arasındaki sözleşmede aksi kararlaştırılabilir. Simsarın ücrete hak kazanabilmesi için, yapılan sözleşmenin esas hatlarıyla müvekkilin talebine uygun olması gerekir. Ayrıca hukuken geçerli olmayan bir sözleşme için simsar ücret talep edemez. Eğer sözleşme şarta bağlı ise şart gerçekleştikten sonra ücret talep hakkı doğar.

Uygulamada müvekkilin sırf simsarlık ücretini ödemekten kaçınmak için simsarın bulduğu kişi ile sözleşme yapmak istemediğini bildirip daha sonra bu kişiyle ilişkiye girerek sözleşmeyi imzaladığı görülmektedir. Bu durumda simsar uğradığı zararın tazminini (ücretinin ödenmesini) müvekkilinden isteyebilir.

Ücret talep edilebilmesi için, sözleşmenin yapılması ile simsarın faaliyeti arasında bir nedensellik bağının bulunduğunun da ispatlanması gerekir.¹³

b) Ücretin Miktarı

Simsarlık ücreti belirlenmesinde taraflar serbest bırakılmıştır (BK 522). Eğer simsarlık sözleşmesinde ücret konusunda bir düzenleme yapılmamışsa tarifelere göre, bunlar da yoksa mahalli teamüle göre ücret belirlenir (BK 522). Simsarlık ücreti konusunda mahalli teamül de yoksa, ücret, hakim tarafından hakkaniyete uygun şekilde belirlenecektir.

c) Ücretin Borçlusu

Simsarlık ücretinin görevlendirmeyi yapan müvekkil tarafından ödenmesi gerekir (520/1).

d) Aşırı Ücretin İndirilmesi

Borçlar Kanunu 525'e göre, fahiş derecede yüksek simsarlık ücreti borçlunun talebi üzerine hakim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir. Ancak sözleşmede öngörülen aşırı simsarlık ücretinin borçlusu tacir ya da tacir gibi sorumlu tutulan bir kişi (TTK 12.3) ise, bu ücretten indirim yapılamaz.

e) Zamanaşımı

Simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar beş yılda zamanaşımına uğrar (BK

147/5). Zaman aşımı başlangıcı işlemin (sözleşmenin) yapıldığı tarihtir. Sözleşmenin geciktirici bir şarta bağlandığı hallerde ise zaman aşımı şartın gerçekleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır. Zira BK 521/II'ye göre simsar, ancak geciktirici şartın gerçekleşmesinden sonra ücrete hak kazanır.¹⁴

2- Masraf Talep Etme

Kural olarak simsar yapmış olduğu masrafların ödenmesini isteyemez. Aracılık faaliyetinin gerektirdiği masraflar, simsarlık ücretiyle karşılanır. Ancak simsarlık sözleşmesine, masrafların müvekkil tarafından ayrıca ödeneceğine ilişkin hüküm konulabilir. Bu halde sözleşme imzalanmamış olsa bile simsar, yaptığı masrafların ödenmesini müvekkilinden isteyebilir (BK 521/III)

Simsar, üstlendiği aracılık faaliyeti borcuna aykırı olarak diğer tarafın menfaatine hareket eder ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan da ücret sözü alır ise ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder (BK 523).

V- KURULUŞU VE ŞEKLİ

A- Kuruluşu

Tüm sözleşmelerde olduğu gibi simsarlık sözleşmesinin kurulması içinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette irade beyanında bulunmaları gerekir. Simsarlık sözleşmesinde tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları gerekmektedir. Hangi konuda sözleşme yapılmasına olanak hazırlanacağı veya aracılık edileceği de simsarlık sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir. Genel olarak görevlendirme simsarlık sözleşmesinde mümkün değildir. Böyle bir halde koşulları varsa acentelik sözleşmesi söz konusu olabilir.

B- Şekli

Simsarlık sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Bunun istisnası gayrimenkul satışına ilişkin sözleşmelerin (gayrimenkul simsarlığı) yazılı şekilde yapılması zorunluluğudur (BK 520/3)

VI- SİMSARLIĞIN SON BULMASI

A- Aracılık Yapılan İşin Yapılması veya Yapılamayacağının Anlaşılması

Simsarlık ilişkisi aracılık konusu işin yapılması ile sona erer. Simsarın asıl görevi sözleşme yapmak isteyen tarafları bir araya getirmek onları uzlaştırmak ve böylece bir sözleşme yapma olanağı yaratmaktır. Simsar bu görevini yerine getirdiğinde sözleşme geçerli olarak kurulmuşsa, hizmetinin karşılığında ücretini alır ve simsarlık ilişkisi de son bulur.

Simsarın aracılık ettiği sözleşmedeki edimin ifasının olanaksız hale gelmesi veya sözleşmenin kurulamaması veya kurulamayacağının anlaşılması ile simsarlık sözleşmesi sona erecektir.

B- Sürenin Dolması

Müvekkil simsar ile sözleşme yaparken işin belirli bir süre ile sınırlı olduğunu ve sözleşmede işin yapılması için öngörülen sürenin dolması ile sona ereceğini hüküm altına alabilir. Bu halde sürenin dolması ile simsarlık sözleşmesi sona erecektir.

C- Azil ve İstifa

Vekaletin bir türü olan simsarlık, azil ve istifa yolu ile her zaman sona erdirilebilir. Müvekkil simsarı her zaman azledebilir (BK 512). Ancak simsarın azlinden sonra müvekkil, simsarın bulunduğu kişiyle sözleşme yaparsa, simsarlık ücretini ödemekle yükümlü olur. Bu halde simsar sözleşmenin yapılması ile kendi faaliyeti arasındaki ilişkiyi ispatlamakla yükümlüdür.¹⁵ Simsarın da, her zaman istifa etmesi mümkündür.

D- Ölüm

Taraflardan birisinin ölümü, sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona ermesine neden olur (BK 397/I)

E- Ehliyetsizlik

Simsar ya da müvekkilin medeni hakları kullanma ehliyetinin son bulması ve halinde de, simsarlık sözleşmesi sona erer. (BK 513/I)

F- İflas

Simsar ya da müvekkilin iflası halinde de simsarlık sözleşmesi sona erer.

Dipnotlar

- 1- www.tdk.gov.tr
- 2- SABİH, Arkan; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.185
- 3- BOZKURT, Tamer; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2013, s.230
- 4- BOZKURT, Tamer ; Türk Hukukunda ve uygulamada Tellallık, Ankara 2007, s.133
- 5- BKZ. BOZKURT, Tellallık, s.98; ARKAN, age, s.297
- 6- SABİH, Arkan; age s.187
- 7- ÇEKER,M; Ticaret Hukuku Adana 2013, s.99
- 8- ÇEKER,M; age, s.100
- 9- ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuk Dersleri, Umumi Hükümler, B.3 İstanbul, 1960; DOĞANAY , ismail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, B.4, Ankara 2004, İMREGÜN, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B.12, İstanbul 2001, SAKA, Zafer, Ticaret Hukuk, Ticari İşletme, İstanbul 1998
- 10- BOZKURT, Tamer ; Tellallık, s.143 vd; ŞAHİNİZ, Salih, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, İstanbul, 2002, s.9 vd.
- 11- Bu cümle Tamer Bozkurt'un Türk Hukukunda ve uygulamada Tellallık adlı eserinin 144. sayfasından naklen alınmıştır.
- 12- HGK, 10.7.1971, 1968/T-805 E. 1968/451 K.). Bkz. DOĞANAY agm, s.255-256, dn.10 (BOZKURT, Tamer; Türk Hukukunda ve uygulamada Tellallık, Ankara 2007, s.143 naklen alınmıştır)
- 13- Yargıtay 13.Hukuk Dairesi 21.6.2012 T. 2012/13636 E. 2012/16281 K.
- 14- SABİH, Arkan; age, s.193
- 15- BİLGE, Borçlar Hukuku, s.323

KAYNAKÇA

- ARSLANLI**, Halil, Kara Ticareti Hukuk Dersleri, Umumi Hükümler, B.3 İstanbul, 1960;
- BİLGE**, Borçlar Hukuku, s.323
- BOZKURT**, Tamer; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2013, s.230
- BOZKURT**, Tamer ; Türk Hukukunda ve uygulamada Tellallık, Ankara 2007, s.133
- ÇEKER**, M; Ticaret Hukuku Adana 2013, s.99
- DOĞANAY**, İsmail; Türk Ticaret Kanunu Şerhi, B.4, Ankara 2004,
- İMREGÜN**, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B.12, İstanbul 2001,
- SABİH**, Arkan; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.185
- SAKA**, Zafer, Ticaret Hukuk, Ticari İşletme, İstanbul 1998
- ŞAHİNİZ**, Salih, Türk Borçlar Hukukunda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, İstanbul, 2002, s.9 vd.
- TDK Sözlüğü** www.tdk.gov.tr





TAŞIMA SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Av. Arb. Fatma KAYMAZ SON*

GİRİŞ

Genel olarak taşıma kavramı ,eşyanın (yükün) veya insanın (yolcunun) yer değiştirmesidir. Taşıma hukukuna konu olan taşımalar ise kişilerin iradi olarak yaptıkları, eşya taşımak isteyen ile taşımayı üstlenen kişi arasında oluşan taşıma sözleşmeleridir.

Uluslar arası konvansiyonlarda taşıma sözleşmesi tanımlanmamıştır. Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyon (CMR) hükümlerinin uygulanması,taşıyan ve taşıtan arasında bu kapsamda bir eşya taşıma sözleşmesi yapılmış bulunmasına bağlı tutulmuştur. CMR 1.madde (1) bendinde “ Bu sözleşme ,Sözleşmede belirtildiği gibi yükleme yeri ve teslim için belirlenen yer in az biri akit ülke olan iki ayrı ülkede olması halinde tarafların ikametgahı ve milliyetine bakılmaksızın ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ait her mukaveleye uygulanacaktır.” hükmü getirilmiştir. Bu madde de söz edilen taşıma sözleşmesinin tanımı,konvansiyon yanında uygulanacak hukuka göre tanımlanacaktır. Türk hukukunda taşıma sözleşmesi ile ilgili genel hükümler Ticaret Kanunun 762 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre taşıma sözleşmesini ; “ taşıyıcının bir ücret karşılığında yolcu veya eşya taşımayı üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlayabiliriz.

Uluslararası Karayolunda Eşya Taşıma Konvansiyonu'nda (CMR) de taşıma sözleşmesinden söz edilmiş olmasına rağmen sözleşmenin şeklinin nasıl olacağı belirtilmemiştir. CMR Konvansiyonu 4.maddesi hükmünde ,taşıma sözleşmesinin bir sevk mektubunun (taşıma senedi) düzenlenmesi ile gerçekleştirileceği belirtilmiş ise de devamında taşıma senedinin yokluğu,usule aykırı oluşu veya kaybolmasının taşıma sözleşmesinin varlığı ve geçerliğini etkileyemeyeceğini öngörmüştür.

Taşıma sözleşmeleri çeşitli ayrımlara tabi tutulabilirler. Çoğu zaman taşıma sözleşmeleriyle taşıma türleri birbirine benzer. Bu ayrımlar somut taşıma sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin tespit edilmesine yardımcı olurlar. Öncelikle, klasik sayılabilecek ayrımlar ve modern taşıma tekniklerinin kullanılması sonucu gelişen ayrımlar incelenecektir.

I) KLASİK AYRIMLAR

A) Gerçekleştirildiği Ortama Göre

Taşıma işi ya da taşıma sözleşmeleri içinde en önemli ayırım, klasik anlamda taşımanın yapıldığı ortama göre yapılan ayırımdır. Buna göre taşıma sözleşmeleri karayolu, havayolu, denizyolu, demiryolu ve iç su yolu taşıma sözleşmeleri diye

* Avukat, ADANA BAROSU

ayrılırlar. Son yıllarda boru hatları (pipe-line) ile yapılan sıvı taşımalarının ve multimodal taşımalarda bu ayırım içinde yer alır.

B) Konusuna Göre

Taşıma sözleşmesinin konusunun eşya veya yolcu taşıması olmasına göre yapılan ayırımdır.

C) Özel Bir Düzenleme Kapsamında Olmasına Göre

Türk Hukukunda taşıma sözleşmeleri ,hiçbir özel düzenlemenin kapsamına girmemesi halinde yalın,özel bir düzenleme kapsamında olması halinde ticari taşıma sözleşmeleri olarak ikiye ayrılabilir.¹ Özel bir mevzuat kapsamına giren taşımalarda Ticaret Kanununa tabi kara ve deniz taşımalarının yanı sıra, kendi özel mevzuatlarına tabi olan havayolu, demiryolu ve PTT taşımaları ayırımlara tabi tutulabilir.

D) Güzergahın Birden Fazla Devletin Sınırları İçinde Olmasına Göre

Taşımanın yapılacağı güzergahın tamamı tek bir devletin sınırları içinde kalıyorsa ulusal (iç) taşıma sözleşmesi , birden fazla devletin sınırları içinde gerçekleşiyorsa uluslar arası taşıma sözleşmesi söz konusudur. Nitekim KTK 3.maddesine göre uluslararası taşımalar,“Türkiye'den veya Türkiye'ye karayoluyla, denizyolu, demiryolu veya havayolu ile gelip karayolundan üçüncü ülkelere yapılan taşımalar.” olarak tanımlanmıştır.

Ulusal taşımalara gerçekleştiklerin ülkenin hukuk mevzuatı uygulanırken, uluslar arası taşımalara ise uygulama koşulları varsa uluslararası konvansiyonlar , bunlar yoksa tarafların kabul ettikleri hukuk ya da bağlama kurallarına göre yetkili olan hukuk uygulanır.

E) Taşıyıcının Güzergahın Tamamında Taşımadan Sorumluluğu Üstlenip Üstlenmemesine Göre

Taşıma mesafesinin tek safhada kat edilmesi halinde basit, birden fazla safhada kat edilmesi halinde kombine taşıma sözleşmesinden söz edilir. Kombine taşımalarda birden fazla safhaların hepsi için tek bir taşıma sözleşmesi yapılması halinde direkt taşıma sözleşmesi; her bir safha için ayrı taşıma sözleşmesi yapılması halinde ise kesik/kesintili taşıma sözleşmesi vardır.²

1) Kesik/Kesintili Taşıma Sözleşmesi

Kesik taşıma sözleşmelerinde taşımanın yapılacağı mesafe birden fazla bölüme ayrılmış ve her biri için ayrı ayrı sözleşme yapılmıştır. Taşımanın bir bölümü bitirilince taşıma sözleşmesi tamamlanmış olmakta ve taşınan emtia diğer taşıta aktararak taşıma işleminin diğer sözleşmeleri ifa edilmektedir. Malın göndericiye teslimi ile, ayrı ayrı yapılmış olan bütün taşıma sözleşmeleri tamamlanmış olur. Arka arkaya yapılan taşıma sözleşmelerini gönderen bizzat kendisi yapabileceği gibi, vekil, komisyoncu ya da bir temsilci vasıtasıyla da yaptırabilir.

Bu taşıma türünde, taşıma işlemini yapan her taşıyıcı , kendi taşıma sözleşmesinin özelliğine göre uyacağı kurallar ve sorumluluğu belirlenir. Örneğin taşıma mesafesi kara ve havayoluyla olan ve sırası ile uygulanan taşıma sözleşmesinde, karayolu taşımacılığı için TTK hükümleri uygulanırken, havayolu taşıması safhasında hava yolu taşımacılığına ilişkin kurallar uygulanır. Yapılan taşımanın uluslar arası niteliği var ise o takdirde uluslar arası konvansiyon hükümleri uygulanır.

2) Direkt Taşıma Sözleşmesi

Bu taşıma sözleşmesinde de taşıma mesafesi birden fazla safhaya ayrılmış ,ancak bunların hepsinde tek bir taşımacıyla , tek bir taşıma sözleşmesi düzenlenmiş ve taşımanın tamamı aynı taşıyıcı tarafından yapılmak üzere tek bir taşıma belgesi düzenlenerek, tek bir ücret öngörülmüştür.

Direkt taşıma sözleşmelerinde bir taşıma sözleşmesi yapılır; zincirleme ve multimodal taşıma sözleşmeleri olarak ikiye ayrılır.

a) Zincirleme Taşıma Sözleşmesi

Zincirleme taşıma sözleşmelerinde ,eşyanın taşınması için aynı ortamda hareket eden araçların aktarma edilerek, art arda kullanılması gerekir. Ayrıca art arda gerçekleştirilen taşımalar birbiriyle irtibatlı olmalıdır. Bu irtibat çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin, Varşova Konvansiyonunda “tarafarla tek bir iş olarak kabul edilmeleri” (VK m.1- 3) aranırken,CMR ve CIM sonraki taşıyıcı tarafından eşyanın taşıma belgesiyle birlikte teslim alınmasını yeterli görmüştür. (CMRm. 34; CIM m.35).³

b) Multimodal Taşıma Sözleşmesi

Karma veya multimodal taşıma sözleşmeleri, eşya taşıma sözleşmelerinin özel bir türü olup, eşyayı gönderen taraf ile eşya taşıyıcısı konumunda bulunan taşıma operatörü (freight forwarder) arasında akdedilen ve herhangi bir şekle tabi olmayan rızai bir sözleşmedir.Denilebilir ki konteynerlerin tür ve nitelikleri itibarıyla gelişmesine bağlı olarak, taşıma rizikoları azalmış ve multimodal taşımacılıkta gelişmiştir.

Bu tür sözleşmelerde taşıyıcının sadece taşıma konusu eşyayı birden fazla yöntemle taşıma ve gönderilene teslim veya varma yerine ulaştırma edimi mevcut olup, taşıma işini bizzat yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴

Birleşmiş Milletler Uluslararası Multimodal (Karma) Taşımalar Hakkında Cenevre Konvansiyonunun 1/3 maddesi ile multimodal (karma) taşıma sözleşmesi “Multimodal transport contract” tarif edilmiştir.Söz konusu madde hükmüne göre; bir multimodal taşımacılık operatörünün navlun ödemesi karşılığında uluslar arası multimodal taşımacılık operasyonunu yerine getirme ya da sağlama amacı taşıyan bir sözleşmedir.Şu hale göre Konvansiyon anlamında bir multimodal (karma) taşıma sözleşmesinden söz edilebilmesi için taşıma konusu eşyanın değişik türdeki taşıma

yöntemine ilişkin taşıtların en az ikisi ile tek bir taşıma sözleşmesi kapsamında taşınmış olması gerekir. (Konvansiyon, madde 2)⁵

6102 sayılı yeni TTK 902.maddesinde , değişik tür araçlar ile taşıma ; taşıyıcının eşyayı tek bir taşıma sözleşmesi altında, en az iki farklı taşıma aracıyla taşıma yükümlülüğü altına girdiği taşımalar olarak tanımlamıştır.

Eşyanın birden fazla araçla farklı taşıma türleriyle taşınması ,doktrinde farklı terimlerle tanımlanmıştır. Örneğin Ülgen, “karma taşıma” terimini tercih ederken, Sopacı, “multimodal taşıma”, Zeyneloğlu “kombine taşıma”, Değirmenci Kula “çoklu taşıma”, Yazıcıoğlu “çok türlü taşıma” terimini kullanmayı uygun bulmuş, 6102 sayılı TTK ise m.902’ de “değişik tür araçlar ile taşıma” terimini kullanmıştır.

Karma, çok modlu, çok araçlı veya multimodal taşımada taşıyıcı , taşıma evresinin tamamını tek bir sözleşme ile birden fazla yöntemle gerçekleştirmeyi kendisi yükümlenmektedir. Taşıyıcı birden fazla taşıma türü kullanmış olmasına rağmen her taşıma türü için birden fazla, ayrı ayrı taşıma sözleşmesi yapmış ise multimodal taşıma sözleşmesi olarak kabul edilemez ve Konvansiyon hükümleri uygulanmaz. Her taşıma türünün özelliğine uygun hükümler uygulanır.

Taşıma ücreti, multimodal taşıma operatörü tarafından alınır. Multimodal taşıma eşyanın,gönderen/taşıtanla alıcı arasında , en az iki taşıma sistemiyle ve tek yük senediyle taşınmasıdır. Eşyanın karayolu taşıma aracında kalmak kaydı ile diğer taşıma modları ile taşınması multimodal taşımayı oluşturur.Kullanılan taşıma türü ise genelde uluslar arası çoklu taşıma yönündedir.⁶

Aşağıda vermiş olduğumuz Yarg.11.HD, 10.05.2007 tarih ,E.2006/4332, K. 2007/7252 sayılı kararında söz konusu anlatım doğrultusunda karar verilmiştir.

“Asıl dava taşıma sözleşmesine dayalı bakiye navlun alacağı ,karşılık dava ise taşıyıcının yaptığı masraf ve diğer tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, hasara neden olan olayın, taşınmanın yapıldığı tırın gemide bulunduğu sırada meydana gelmesi ve TTK. 1063. Maddesi kapsamında deniz halinden kaynaklandığının savunulması gerekçe gösterilerek, görevsizlik kararı verilmiş ise de; İİK.ılamında açıklandığı üzere, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasının tapuna yapılan tıra emtianın yüklenmesi ve istifinin usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususunda toplanmış olmasına göre, diğer yandan taraflar arasındaki sözleşmenin CMR kapsamında karayolu taşımasına ilişkin olmasına ve CMR Konvansiyonu'nun 2.maddesine göre de karayolu-denizyolu veya karayolu-demiryolu karma taşımalarında esasen CMR konvansiyonu hükümlerinin uygulanacağını belirtilmiş olmasına göre, uyuşmazlığın CMR konvansiyonu hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğinden, mahkemenin verdiği görevsizlik kararı doğru olmamıştır.

Bu itibarla uyuşmazlığın TTK'nın 4.kitabında düzenlenen deniz ticaretine ilişkin değil, karayolu taşıması kapsamında CMR Konvansiyonu hükümlerine ilişkin olmaması ve buna göre mahkemenin görevli olması gözetilerek, davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kurulan görevsizlik kararı doğru olmamış ve bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.”

F) Eşyaya Belirli Bir Yerin veya Aracın Tahsis Edilip Edilmemesine Göre

Taşıma sözleşmenin konusu eşya veya eşya topluluğunun taşınması ise kırkambar (parça eşya taşıma) sözleşmesi vardır. Burada önemli olan belirli bir eşyanın taşınmasıdır. Taşıyıcı eşyanın taşınacağı yeri işin gereğine ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kendisi tayin eder ve başka eşyalarla birlikte taşıyabilir.

Taşıma aracının tamamı veya bir bölümü tahsis edilerek eşyanın taşınması söz konusuysa charter sözleşmesinden söz edilir. Burada yer tahsisi, sözleşmenin esaslı bir unsurudur; ancak yer tahsisi ile birlikte taşıma taahhüdü de bulunmalıdır. Aksi halde araç kirasından söz etmek gerekir.⁷

Aracın tamamı belli bir yüke tahsis edilmişse tam charter, taşıma aracının belirli bir yeri veya kısmı tahsis edilmiş ise kısmi charterden söz edilir. (TTK.m.1016)

G) Taşımanın Başka Bir Taşıyıcıya Devredilip Devredilmemesine Göre

1) Asıl Taşıyıcı

Taşıyıcı , gönderen ile yapmış olduğu taşıma sözleşmesinde taahhüt edilen taşıma işini fiilen yerine getirebileceği gibi , başka bir taşıyıcıya, yapacağı sözleşme ile devretilir.

İki tarafa borç yükleyen taşıma sözleşmesi kural olarak taşıtan (gönderen) ile taşıyıcı arasında irade uyuşması sonucu bağatlanır. Sözleşmede taşıyıcı olarak geçen taraf, asıl taşıyıcı (ilk taşıyıcı) veya akdi taşıyıcı olup taşıma işini bizzat üstlenen gerçek veya tüzel kişi olup ; bu sözleşme ile eşyayı bir yerden başka bir yere taşımak, taşımak üzere teslim aldığı eşyaya özen göstermek, eşyayı kararlaştırılan varma yerinde teslim almaya yetkili gönderilene zamanında , gecikmeksizin teslim etme yükümlülükleri vardır.

CMR' nin 34.maddesine göre ,tek bir sözleşmenin konusu olan taşıma birbiri ardınca gelen karayolu taşıyıcıları tarafından ortaklaşa yapıldığı takdirde , taşıyıcıların her biri taşımanın yerine getirilmesinden sorumludur. Buna göre taşımayı üstlenen asıl taşıyıcı , taşıma işini fiilen yerine getirebileceği gibi başka bir kimseye yaptırması da mümkün olup, taşıma işinden dolayı sorumluluğu devam edecektir.

Asıl taşıyıcı hakkında , gönderen veya hak sahibi olanlar tarafından dava açılması veya tazminat ödemesi durumunda alt taşıyıcıya rücu hakkı vardır. Ancak asıl taşıyıcı , taşıyan malın sahibine tazminat ödemiş ya da dava açılmamış olduğu durumlarda rücu davası açamayacaktır. Asıl taşıyıcı açacağı rücu davasında mala ilişkin zararın alt taşıyıcının taşıdığı zaman süresinde olduğunu ispat etmesi gerekir. Birden fazla taşıyıcının taşıma işini tek bir sözleşme ile müteakip taşıyıcı olarak üstlenmesi durumunda her biri bu taşımanın tamamında meydana gelen hasar ve zarardan sorumludur.” Davalının dayandığı “Nakliyeciler Makbuzu” başlıklı belge içeriğine, hakliye faturasına, CMR taşıma belgesine göre davalının asıl taşımacı sıfatının bulunması karşısında, aynı Konvansiyon'un 34'üncü maddesi uyarınca dava dışı alt taşımacı ile birlikte müteselsilen sorumluluğu bulunmaktadır.”⁸

Taşıma hukukunda taşıma işini arızı olarak yapan kişinin taşımacı olarak sorumlu olup olmayacağına ilişkin görüş ayrılıkları olmasına rağmen, TTK. madde 851'de eşya ve yolcu taşıma işini arızı olarak üstlenen kişi hakkında da taşıma işleri hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde uygulanacağı belirtilmiştir.

2) Ara Taşıyıcı

Asıl taşıyıcı sıfatını taşıyan gerçek veya tüzel kişi, taşımayı fiilen doğrudan kendisi yapmak zorunda olmadığından taşıma işini üçüncü kişilere, ayrıca yapacağı taşıma sözleşmesi ile verebilir. Taşımanın yapılmasının bir sözleşme ile kısmen veya tamamen kendisine bırakıldığı kişiler geniş anlamda ara taşıyıcı olarak tanımlanmaktadır. Asıl taşıyıcı, taşınan eşyanın gönderilene teslimine kadar kendi yerine geçen bütün taşıyıcıların ve eşyanın taşınmasını kendilerine bıraktığı kimselerin fiil ve kusurlarından kendi kusuru gibi sorumludur. Asıl taşıyıcı ve fiili taşıyıcı müteselsilen sorumludurlar.

Gönderen ile taşıma işi konusunda yapılan sözleşme asıl taşıma sözleşmesi, bu sözleşmeyi yapan taşıyıcı da asıl taşıyıcı olup; asıl taşıyıcının ise taşıma işini yaptırdığı diğer taşıyıcılarda alt taşıyıcıdır. Esasen taşıma işi tek bir iş olduğu halde iki yada daha fazla taşıma sözleşmesi vardır. Asıl taşıyıcı, taşıma işinin tamamını veya bir bölümünü diğer alt taşıyıcılara devretmiş olsa bile taşımanın bütün aşamalarından sorumludur. Alt taşıyıcılar ise kural olarak devreden taşıyıcıya karşı kendi taşıma mesafeleriyle sınırlı olarak sorumludurlar. Ancak taşıma hukukunda, gönderen veya gönderilenin doğrudan alt taşıyıcıdan talepte bulunabilecekleri şeklinde düzenlemeler mevcuttur. (TTK M.787, TSHK .m.796, VK.M.30/1, TTK.m.796, CMR.m.34/c.2, CO-TIF/CIM m.35/2)

3) Alt taşıyıcı

Gönderenle eşyanın taşınması konusunda sözleşme yapan taşıyıcı, taşıma işinin fiilen kendi yapabileceği gibi, yapacağı bir sözleşme ile başka bir ya da birkaç taşıyıcıya taşıma işini verebilir. Ara taşıyıcıda asıl taşıyıcıdan aldığı malı başka alt taşıyıcılara taşıtabilir. Gönderen ile alt taşıyıcılar arasında sözleşmeye bağlı herhangi bir ilişki bulunmamaktadır.

Uygulamada eşya taşımak isteyen kimseler bu iş için kurulmuş ambar nakliyecisi denilen kişi ile taşıma anlaşması yapmakta, ambar sahibi taşınmak üzere aldığı malı başka araç maliklerine vermek suretiyle taşımaktadır. Bu durumda taşımayı fiilen yapan taşıyıcı asıl taşıyıcı, emtiayı kendi malik olduğu aracı ile fiilen taşıyan ise alt taşıyıcı olmaktadır. Bir kişinin ara taşıyıcı olması için eşya ile birlikte taşıma senedini asıl-üst taşıyıcıdan devir alması gerekir.⁹

Malın taşıma sırasında ve teslimine kadar olan mesafede kısmen veya tamamen hasarlanması, ziya, teslimin gecikmesi durumlarında fiilen taşımayı gerçekleştiren alt taşıyıcı ile, gönderenle sözleşme yapmış olan asıl taşıyıcı meydana gelen zarardan birlikte, müteselsilen sorumlu olurlar. Bu sorumluluk CMR ve yeni TTK 'da düzenlenmiştir. Ancak fiili taşıyıcı olan alt taşıyıcının sorumluluğu kendi taşıma mesafesinde olan zararlar ile sınırlıdır.

Bunun aksine asıl taşıyıcının gönderen veya gönderilenle yapmış olduğu sorumluluğun genişletilmesi için yapılan sözleşmeler, fiili taşıyıcının bunları yazılı olarak kabul etmesi halinde geçerlidir. Yazılı kabul etme durumu dışında, sözleşmenin nispiği ilkesi gereğince, fiili taşıyıcının sorumluluğunun genişletilmesi söz konusu değildir. Alt taşıyıcı taşıma sözleşmesi nedeniyle asıl taşıyıcının öne sürebileceği bütün def'ileri gönderen veya gönderilene karşı öne sürebilir.

Asıl taşıyıcının tazminat ödemesi veya taşıma nedeniyle dava açılması durumunda, alt taşıyıcıya karşı rücu hakkı vardır. Bu husus dava açma koşulu olduğundan, öne sürülmesi bile mahkeme tarafından res'en göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak davaya devam olunması sırasında davacı aleyhine mal sahibi tarafından dava açılmış olduğu ve böylece dava şartının yerine geldiği anlaşılırsa, davaya devam edilerek esas hakkında karar vermek gerekir.¹¹

“Davacı taşıyıcı, dava dışı Ü. Ltd. Şti'.ne ait yağları taşıması için davalılara teslim etmiştir. Bu durumda davacı taşıyıcı ve davalılardan araç sahibi M.alt taşıyıcıdır. Taşıyıcının, alt taşıyıcıya dava açabilmesi ziya ve hasarın taşıyıcının taşıdığı zaman kesitinde meydana geldiğini ispat etmesi gerektiği gibi taşınan malın asıl sahibine tazminat verir veya bu yüzden aleyhine dava açılırsa ancak bu takdirde mümkündür. Bu son husus dava açma koşuludur. Dava açma koşulunun varlığı mahkemece TTK'nın 787.maddesi kapsamı göz önüne alınarak res'en araştırılmalıdır.”¹¹

“Ara taşıyıcıların da taşımanın bir bölümünde taşıma işini bir başkasına yaptırmaları yani başka alt taşıyıcılar kullanmaları durumunda, bu alt taşıyıcıların seçiminde basiretli bir tacir gibi davranmaları gerekir. Aksi takdirde bunların neden oldukları zararlar nedeniyle diğer üst taşıyıcılar müteselsilen sorumludurlar.” Taraflar arasında uygulanması gereken CMR'nin 34.maddesi hükmüne göre, taşıma müteselsil karayolu taşıyıcıları tarafından yapıldığı takdirde, her biri tüm taşımanın yapılmasından sorumludur. Ara taşıyıcıların da taşımanın bir bölümünde alt taşıyıcı kullanmaları durumunda, bu alt taşıyıcıların seçiminde basiretli bir tacir gibi davranmaları zorunludur. Aksi halde, alt taşıyıcıların kusurları ile doğan zarardan diğer üst taşıyıcılar müteselsilen sorumludur.”¹²

4) Müteakip Taşıyıcı

Uluslar arası ticaretin artmasıyla uluslar arası taşımalar da önem kazanmıştır. Uluslararası taşımacılığın büyük bölümü de karayolu ile yapılmakta ve doğrudan asıl taşıyıcılar tarafından değil, alt taşıyıcılar tarafından yerine getirilmektedir.

CMR 34.maddesinde *“Tek bir mukavele ile düzenlenen taşıma, karayolu taşıyıcıları tarafından ortaklaşa yapıldığında, tüm taşımanın yapılmasından her biri sorumludur. İkinci taşıyıcı ile onu takip eden taşıyıcılar, malları ve sevk mektubunu kabul etmiş olmaları dolayısıyla ve sevk mektubundaki koşullar altında anlaşmaya katılmış olurlar.”* Şeklindeidir.

Bu maddeye göre gönderenden taşıma senedi ile malı taşımak üzere teslim alan asıl taşıyıcı, yaptığı başka bir sözleşme ile taşıma işini başka bir taşıyıcıya devretmesi durumunda, taşımanın tamamından sorumludur. Burada söz edilen eşya sahibine karşı

sorumluluğun niteliği , müteselsil sorumluluktur. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre de; “...davalının dayandığı (Nakliyecî makbuzu) başlıklı belge içeriğine, nakliye faturasına , CMR taşıma belgesine göre davalının asıl taşımacı sıfatının bulunması karşısında, aynı konvansiyon'un 34'üncü maddesi uyarınca dava dışı alt taşımacı ile birlikte müteselsilen sorumluluğu bulunmaktadır...”¹³

“CMR'nin taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin 34 ve devam eden maddelerinde alt-üst taşıyıcı ayırımı yapılmadığından, dava konusu olayda her iki taşıyıcı da emtianın alıcısına teslim edilmesinden dolayı sorumlu bulunmaktadır.”¹⁴

Taşıma sözleşmesinin birden çok taşıyıcı tarafından yerine getirilmesi uygulamada iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlkinde gönderen ,eşyanın taşınması işinin organizasyonunu bir taşıma komisyoncusuna (freihgt forweder) bırakır, taşıma komisyoncusu da tüm taşınmanın gerçekleştirilmesi için bir taşıyıcıyla alt taşıma sözleşmesi yapar.Bu şekilde, bir taşıma sözleşmesi bulunmadığından CMR hükümleri uygulama alanı bulmaz.Gönderenin acentesi şeklinde davranmadığı müddetçe komisyoncu ile taşıyıcı arasındaki sözleşmeye gönderen dahil değildir ve bu sözleşme CMR kapsamına giriyorsa CMR hükümleri,girmiyorsa ulusal hukuk hükümleri uygulanacaktır.¹⁵

“Taşıma sözleşmesinin birden çok taşıyıcı tarafından yapılmasına ilişkin ikinci olasılık ise, gönderenin eşyanın taşınması için bir taşıyıcı ile anlaşması ve bu taşıyıcının da taşınmanın tamamının veya bir kısmının ifasını başka taşıyıcılara bırakmasıdır. Bu durumda ikinci taşıyıcı CMR.34 ve devamı anlamında müteakip taşıyıcı statüsünde ise ikinci taşıyıcı ile ilk taşıyıcı arasındaki ilişki CMR'ye tabi olacak,böyle değilse ulusal hukuka tabi olacaktır.”¹⁶

CMR.m.34'te müteakip taşıma faaliyetinde, asıl taşıyıcının fiilen taşımaya katılması gerekmediği için, bu durum CMR 34.maddenin uygulanmasını etkilemeyecektir. Müteakip taşıyıcı da eşyayı hiç taşımadan başka bir taşıyıcıya devretse bile CMR m.34 yine uygulanacaktır. Ancak bu durumda müteakip taşıyıcıların , alt taşıyıcı seçiminde basiretli bir tacir gibi davranmaları zorunludur.

CMR 34.maddeye göre müteakip taşımadan söz edebilmek için; taşınmanın tek bir taşıma sözleşmesi ile yapılması, müteakip taşıyıcının eşyanın kabulü ile birlikte taşıma senedini de kabul etmesi yani taşıma senedinin müteakip taşıma için söz konusu olması ve müteakip taşınmanın hep karadan yapılan taşımalar olması gerekmektedir.¹⁷

5) Fiili Taşıyıcı

Kısmen veya tamamen taşıma ediminin ifasına alt taşıma sözleşmesi kapsamında katılan ve eşya zararı kendi hakimiyetinde gerçekleşen alt taşıyıcı m. 888'de fiili taşıyıcı olarak anılmaktadır (m. 888/1, c. 1).

Fiili taşıyıcı, aralarında taşıma sözleşmesi bulunmasa dahi yükle ilgililere (ve m. 885/2'ye göre üçüncü kişilere) karşı asıl taşıyıcı gibi sorumlu olur (m. 888/1). Asıl taşıyıcı ve fiili taşıyıcı ortaya çıkan zararlardan müteselsilen sorumludur (m. 888/3).

Asıl taşıyıcının yükü ile ilgililerle sorumluluğunun genişletilmesi için yaptığı özel anlaşmalar, fiili taşıyıcıya karşı ancak onun bunları yazılı olarak kabul etmesi şartıyla ileri sürülebilir (m. 888/1, c. 2).

Fiili taşıyıcı eşyanın kendi hakimiyetinde bulunduğu sıradaki durumunu belgeleyebilmek için eşyanın durumunu taşıma senedinde veya başka bir belgede tespit ettirebilir (m. 888/4). Aksi takdirde eşyanın dışı görünüş itibarıyla iyi halde teslim alındığı veya eşya taşıma senediyle sevk edilmiş ise bu senede uygun olarak teslim alındığı kabul edilir (m. 888/4, c. 2; 858).

Fiili taşıyıcıya karşı açılacak dava asıl taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde; asıl taşıyıcıya karşı açılacak dava fiili taşıyıcının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir (M. 890/2). Bu hüküm HMK m.6'dan daha geniş bir uygulama alanı getirmektedir.

HMK m. 17 uyarınca geçerli bir yetki sözleşmesi var ise ve taraflar aksini kararlaştırmamış ise, buradaki mahkeme münhasır yetkili olacaktır. Ancak yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için her iki tarafından da tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Kural olarak HMK m. 17'ye uygun olarak asıl taşıyıcı ile gönderen arasında geçerli olarak kurulan yetki sözleşmesi fiili taşıyıcıyı bağlamaz.

II) MODERN TAŞIMA TEKNİKLERİNDEN DOĞAN AYIRIMLAR

A) Ro/ro Taşımacılığı ve Piggback (hackepack) Taşımacılığı

Ro/ro taşımacılığında , kara taşıma aracı üzerindeki yük indirilmeden deniz aracına bindirilmek sureti ile taşınmaktadır. kara nakil aracının yükü ile birlikte demiryolu aracında taşınmasına ise piggback taşımacılığı denir.

CMR m.2/11'de yüklü karayolu aracının yolun bir bölümünde, yükü boşaltılmadan denizyolu, demiryolu, havayolu, nehir, kanal üzerinde taşınması durumunda CMR hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

B) Konteyner Taşımacılığı

Son yıllarda taşıma işlerinin artmasıyla konteyner taşımacılığı yaygınlaşmış ve sektörde önemli bir yer almıştır. BM teşkilatınca 14 kasım 1975 tarihinde kabul edilmiş ve 31.05.1985 tarih ve 18711 sayılı Resmi gazete'de yayınlanmış "TIR Karneleri Himayesinde Uluslar arası Eşya Taşınmasına Dair Gümrük Sözleşmesi" (Tir Sözleşmesi) konteyneri şöyle tanımlamıştır.

"Konteyner " deyiminden ,taşıma işlerinde kullanılan (büyük sandık,mütehharrik sarnıç veya benzerleri) ve (i) içine eşya konmak üzere bir kompartıman teşkil edecek şekilde,kısmen veya tamamen kapalı,(ii) devamlılık niteliğine sahip olup, bu nedenle de bir çok defa kullanılabilir olacak şekilde sağlam, (iii) yol boyunca aktarmaya gerek göstermeksizin , bir veya daha fazla sayıda taşıt tarafından eşya naklini kolaylaştıracak şekilde özel olarak yapılmış, (iv) bir taşıttan diğerine bağlanması sırasında manevraya müsait şekilde yapılmış, (v) kolayca yüklenecek ve boşaltılacak şekilde yapılmış, (vi) iç hacmi en aşağı bir mtre küp araçlar anlaşılır."Ayrılabilen karasörler" konteyner olarak telakki edilir.¹⁸

Konteynerler çelik, plastik, alüminyum veya kontraplaktan yapırlar ve bazılarında soğutma sistemi de bulunur. Standart ölçüleri 1966 Cenevre ve 1967 Moskova İnternational Standart Organization (ISO) konferansında tespit edilmiştir. Kara, hava, deniz taşıtları ile taşınmaya elverişli ve ISO ölçü ve özelliklerine göre imal edilen konteynerler, içine konan eşyayı her türlü dış etkiye karşı koruyup, hasarlanmasını ve kaybolmasını önlediği gibi, yükleme ve boşaltma sırasında da kolaylık sağlamaktadır. Gıda maddesi gibi bazı malların bozulmasını önlemek için bunların taşındığı konteynerlere soğutma ünitesi ilave edilmiştir. Konteynerler deniz, hava, kara, demiryolu, içsu gibi değişik türde (multimodal) yani karma taşımalarda da kullanılmaktadır.

SONUÇ

Taşıma sözleşmesinden söz edebilmek için, öncelikle taşıma taahhüdünün bulunması ve bunun asli edim niteliğinde olması ve bunun karşılığında taşıyıcıya ücret ödenmesi gerekir. Taşıma taahhüdü, herhangi bir sözleşmenin taşıma sözleşmesi olarak nitelenmesinde ve başta araç kirası olmak üzere diğer sözleşmelerden ayırt edilmesinde başvurulması gereken en önemli unsur niteliğindedir. Örneğin, bir kimsenin kendi malını satmak üzere müşterisine götürmesi, bir aracın bir kısmının veya tamamının taşımada kullanılmak üzere kiralanması hallerinde taşıma sözleşmesinden söz edilemez. Yine taşımanın ücretsiz yapılması durumunda, taşımayı gerçekleştiren kişinin sorumsuzluğundan söz edilemez. Ancak böyle bir durumda sorumluluk uluslar arası konvansiyonlara göre değil, ulusal mevzutta yer alan hükümlere göre çözülür.

Taşıma sözleşmesinin türlerinin belirlenmesi, sözleşmelere uygulanacak hukukun, dolayısıyla, gönderen/gönderilen ile taşıyıcıların yükümlülükleri ve sorumluluklarının kapsamı açısından önem taşımaktadır. Taşıma ve bekleme ücreti, taşınan malın, kaybı, hasarlanması, geç teslim durumlarında, sözleşmenin tarafı olmayan yardımcı kişilerin sorumluluk ve yükümlülükleri sözleşmenin türüne göre belirlenir.

Dipnotlar

- 1- GENÇTÜRK, Muharrem.,s.38, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku,İstanbul,Vedat Kitapçılık ,2006'dan naklen Ülgen,Uluslararası, Taşıma, s.1; Ülgen,Sempozyum,s.3; Kaya, Gecikme, s.13.
- 2- GENÇTÜRK,s.39
- 3- GENÇTÜRK,s.40
- 4- ERDEM, CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Karayolu Taşıma Hukuku,1.Baskı,Ankara,Bilge Yayınevi, 2013, s.162
- 5- ERDEM, s.168.
- 6- ERDEM,E.,s.159
- 7- Gençtürk,s.41
- 8- Bkz.ERDİL,s.446, Y.11.HD.,T.04.04.2005, E.2004/6554, K.2005/3212
- 9- ERDEM,s.63
- 10- ERDEM,s.65
- 11- Yargıtay 11.HD.,20.03.1989 tarih,E.1988/9694, K.1989/1768 sayılı karar.
- 12- Bkz.ERDİL,s.456, Y.11. HD.,T. 06.06.2002, E. 2002/5434, K. 2002/5832
- 13- Y.11.HD.,T.04.04.2005, E. 2004/6554, 2005/3212
- 14- Bkz.ERDİL, Y.11.HD.,T.31.01.2000, E.1999/9768, K.2000/505
- 15- ERDİL,,Açıklamalı,içtihatlı,karayoluyla Uluslar arası Eşya Taşıma Hukuku,1.Baskı,İstanbul,Vedat yayıncılık,2007,s.443
- 16- ERDİL,s.444; Y.11.HD.,T.05.02.2002, E.2001/8511,K.2002/914 “.. Taşımaya ilişkin hamule senedinde CMR kaydı bulunduğu gibi, taşımanın varış yeri ülkesi olan Türkiye'nin konvansiyona dahil bir ülke olması nedeniyle dava konusu taşımada CMR hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.CMR'nin 34.maddesi hükmü uyarınca tek bir mukavele tarafından düzenlenen taşıma ,müteselsil taşıyıcılar tarafından yapıldığı takdirde her biri tüm taşımadan sorumlu olacağından , davanın birden çok taşıyıcıya karşı yöneltilmesinde bir yanlışlık bulunmamaktadır...”
- 17- ERDİL,s.445
- 18- ERDEM,s.163

KAYNAKÇA

ERDEM, Ercan CMR Konvansiyonu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Karayolu Taşıma Hukuku,1.Baskı,Ankara,Bilge Yayınevi

ERDİL, Engin Açıklamalı,içtihatlı,karayoluyla Uluslar arası Eşya Taşıma Hukuku,1.Baskı,İstanbul,Vedat yayıncılık

GENÇTÜRK, Muharrem Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku,İstanbul,Vedat Kitapçılık ,2006

KARAKAN, Esra,6762 Sayılı TTK VE 6102 Sayılı TTK İle Karşılaştırmalı Olarak Uluslararası Karma Taşıma Sözleşmelerine Göre Taşıyıcının Zıya Ve/Veya Hasardan Doğan Sorumluluğu

http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/61/Karakan_6762%20Say%C4%B1%C4%B1%20TTK_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y erişim tarihi 06.11.2014

ANKARALI, Egemen Gürsel: Yeni Türk Ticaret Kanununda Demiryolu ile EşyaTaşımalarını Belirleyen Kurallar Ve Uygulamadan Örnekler http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1454.htm Erişim Tarihi,17.11.2014

TÜZÜNER, Özlem: Karayoluyla Eşya taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği ve İş GörmeAmacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/> Erişim Tarihi 17.11.2014



KISMİ DAVADA MANEVİ TAZMİNAT SORUNU

Av. Ümit Arif ÖZSOY*

I. GİRİŞ

İncelememizin konusu olan kısmi dava 1086 sayılı yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de uygulanmakla birlikte, açıkça ilk defa 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunun 109.Maddesinde düzenlenmiştir. 1086 sayılı HUMK'da yer verilmemesine rağmen uygulama ve yargı kararlarında kısmi dava yerini bulmuştur. 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde bu tür davalarda, sakıncalarını en aza indirmek adına, alacağın küçük bir kısmı için fazlaya dair talep hakları saklı tutularak dava açılmakta, bilirkişi raporu ile tüm alacak miktarı belirlendikten sonra da dava edilmeyen kısım için dava ıslah edilmekte veya bu kısım için ayrı bir dava açılmakta, birleştirilmesi talep edilmektedir.

Alman ve İsviçre hukukunda genel olarak kısmi davanın kabul edildiği, İngiliz ve Amerikan Hukukunda ise kısmi dava genel olarak kabul görmemektedir. 6100 sayılı yasa ile, kısmi dava kurumu hukukumuzda ne Anglo Amerikan Hukuk sisteminde olduğu gibi tamamıyla reddedilmiş ne de kıta Avrupa hukuk sisteminde olduğu gibi tamamıyla serbest bırakılmıştır.; bunun yerine eklektik bir anlayış benimsenmiş bir yandan kısmi davaya cevaz verilmiş öte yandan kısmi davanın açılmasına önemli bir takım sınırlamalar getirilmiştir. (AKİL, 2013) Ancak HMK 109/2 .maddesinin 1 Nisan 2015 deki oturumunda kaldırılmasıyla , dürüstlük kuralına aykırı olmaması şartıyla sınırlama kaldırılmış oldu. Kısmi davayı kabul eden ülkelerde 109/2 de belirtilen sınırlamanın olmadığı yönünde sıkça getirilen eleştiri konusu da ortadan kalkmış oldu.¹

I. KISMİ DAVA

Kısmi dava

MADDE 109- (1) *Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.*

(2) *Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. (1 Nisan 2015 tarihli oturumda kaldırılmıştır.)*

(3) *Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.*

* Avukat, ADANA BAROSU

Davacının, aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının tamamını değil de, şimdilik sadece belirli bir bölümünü dava edip, bakiyesini davanın kapsamı dışı tutmasına kısmi dava denir. (AKİL, 2013) Bir başka anlatımla; Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava olarak adlandırılır. Bu davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağının tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir. (KURU/BUDAK, 2011/5)

Kısmî dava davalının menfaatine uygun düşmeyebilir. Zira duruma göre, birbirini takip eden birden fazla kısmî davaya muhatap olacak, fakat alacağın toplam tutarı son davaya kadar kesinlik kazanmayacaktır. Belirsizliği ortadan kaldırmak üzere, davalı taraf her zaman için, borcun tamamının mevcut olmadığı hususunda bir menfi tespit davasını, karşı dava olarak açabilir ve hâkimin borcun tamamına ilişkin tespitinin kesin hüküm teşkil etmesini sağlayabilir. (KILIÇOĞLU)

Uygulamada davacıyı kısmi dava açmaya zorlayan sebep harç ve diğer yargılama giderlerinden tasarruf etmek olduğu söylenebilir. Böylece davacı sonucundan emin olmadığı yargılama sürecinde baştan daha az masraf yaparak davasını açmakta, yargılamanın seyrine göre davasını ıslah etmektedir.

A. Kısmi Davanın Şartları

1. Dava Konusu Edim Bölünebilir Olması

Madde metninde de açıkça belirtildiği gibi kısmi davanın ilk koşulu talep konusunun bölünebilir nitelikte olmasıdır. Bölünemeyen bir talep kısmi davanın konusu olamayacaktır. Özellikle para borçları bölünebilir niteliktedir. Sayı tartı ölçü ile miktarları belirlenebilen biri diğer yerine konulabilen misli şeyler bölündükleri zaman nitelik ve değerlerinden bir şey kaybetmezler. (AKİL, 2013) Genelde bir şey yapmama türünden edimler bölünebilir olmazlar. Bunlar hakkında kısmi dava açmak da mümkün olmaz. Bölünebilir taleplerde bu talebin bir bölümü dava edilip diğer kısmı dava dışında bırakılmaktadır. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2011)

Davacının tam dava yerine kısmi davaya açmaya yönelten sebeplerin başında yargılama masraflarından tasarruf etmek suretiyle mahkemenin dava hakkındaki düşüncesini öğrenebilme imkanı gelmektedir. (AKİL, 2013)

Prensip olarak kısmî dava açmak mümkün ise de, kısmî davanın açılabilmesi için borçlanılan edimin maddî hukuk bakımından bölünebilir bir edim olması gerekir. Zira verilen hükmün icra kabiliyeti olmalıdır. Edimin bölünebilir olup olmadığını ise maddî hukuk belirler. Dolayısıyla bir alacak için kısmî davanın açılabilip açılmayacağı temelde bir maddî hukuk meselesidir. O halde, manevî tazminat alacağında kısmî dava mümkün müdür, sorusunun cevabı, manevî tazminat alacağına ilişkin edimin maddî hukuk açısından bölünebilir bölünemeyeceği sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. (N.NOMER)

2. Dava Konusu Alacak Aynı Hukuki İlişkiden Doğmuş ve Muaccel Olması

Kısmi dava açılabilmesi için ortada sadece bölünebilir alacağın bulunması yeterli değildir. Kısmi dava açılabilmesi için aynı zamanda davacının (alacaklının), aynı hukuki ilişkiden doğmuş, muaccel alacağının bir kısmını dava konusu etmiş olması da gerekir. (AKİL, 2013)

“Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve bulacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Alacaklı alacağının tümünü dava konusu yapmış ise böyle bir dava kısmi bir dava değil tam davadır. Çünkü alacaklının dava edebileceği miktar o kadardır. Davacının kısmi dava mı yoksa tam davayı açtığı davacının dilekçesinden anlaşılır. Davacı dava sebebi olarak gösterdiği vakialardan doğan alacağının tümünü mü , yoksa yalnız bir kesimini mi istediğini açıkça bildirmelidir. Aksi halde; yani davacının alacağının yalnız bir kesimi için dava açtığını bildirmemiş ise, dava kısmi dava değil tüm dava sayılır. Diğer yönden davacının dava dilekçesinde “fazlaya ilişkin haklarımı saklı tutuyorum” gibi ifade kullanması davanın kısmi dava olarak nitelendirilmesi yeterlidir.” Yargıtay 3.H.D. 18.10.2005 8761/10299 (www.kazanci.com.tr)

“Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilesi gerekir. Davacı dava sebebi olarak gösterdiği vakalardan doğan alacağının tümünü mü , yoksa yalnız bir kesimini mi dava ettiğini açıkça bildirmelidir. (HUMK 179/2) Aksi halde yani davacı alacağının yalnız bir kesimi için dava açtığını bildirmemiş ise, dava kısmi dava değil atam dava sayılır. Başka bir anlatımla davacı dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamışsa , yeni dava dilekçesinden davanın kısmi dava olduğu açıkça anlaşılamıyorsa, dava tam dava sayılır ve davacının alacağının dava dışında kalan başka bir kesimi bulunsa bile, dava açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış olan davacı, bununla alacağının dava dışı bıraktığı kesiminden zımnen feragat etmiş sayılır, alacağın dava dışı bırakılan kesimi için yeni bir dava açamaz.” Yargıtay 11.H.D. 09.03.1998 10735/1547 (www.kazanci.com.tr)

Davacının aynı davalıdan ve fakat farklı hukuki ilişkilerden doğan birden fazla alacağının sadece birini ya da bir kaçını dava etmesi halinde kısmi davadan bahsedilemez. Çünkü davacı aynı davalıya yönelik olsa bile farklı hukuki ilişkilerinden kaynaklanan alacağını talep etmektedir.

(PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2011)

3. Bakiye Haktan Feragat Edilmemiş Olması

“109/3 Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.” Şeklinde ifade edilmiştir.

Kısmi davadan bahsedilebilmesi için aranan son şart , kısmi dava açan davacının dava tarihinde bakiye haktan feragat etmemiş olmasıdır. Aksi takdirde kısmi davadan değil tam davadan bahsetmek gerekir. O halde davacının açtığı davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için davayı açtığı tarihte aslında hukuken daha fazla bir miktarı dava konusu edebilecek durumda olması gerekir. (AKİL, 2013)

4. Talep Konusunun Miktarı Taraflar Arasında Tartışmasız ve Açıkça Belirli ise Kısmi Dava Açılmaz Kuralının Kaldırılmış Olması

“109/2 Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.” Hükmü 6644 sayılı Yargıtay kanununu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik yapılmasına ilişkin kanunla kaldırılmıştır. Doktrinde oldukça tartışmalara yol açan ve kısmi davayı oldukça sınırladığı için eleştirilen hükmün kaldırılmasıyla kısmi davalarda talep konusunun tartışmasız veya belirli olduğu durumlarda açılmayacağı kuralı sona ermiş bulunmaktadır. Talep konusu açıkça belirli olsa dahi artık kısmi dava açılabilmesine ilişkin herhangi tereddüt kalmamıştır.

109/2 maddesi yürürlükten kaldırıldığı bugüne kadar Yargıtay uygulaması Talep konusunun tartışmasız ve açıkça belli olması durumunda davanın reddi şeklindeydi.²

B. Kısmi Dava Diğer Bazı Dava Türleri

1. Eda Davası

Davacının talebe konu hakkının tamamını talep ettiği davalardır. Alacaklı koşulları mevcut olmasına rağmen isterse belirsiz alacak davasını tercih etmeyerek, isterse tam eda davası açabilir. Alacağın miktarını kendi çabası ile belirlemiş olan alacaklının eda davası açmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. HMK 109/2 fıkrasının kaldırılmasıyla tam eda davasıyla kısmi dava arasındaki keskin sınırlama ortadan kalkmıştır.

2. Tespit Davası

HMK'da tespit davası konusunda iki düzenleme mevcuttur. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi hallerde tespit davası açılabilmesini düzenleyen hükme göre, kısmi eda davasının açılabilmesi hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir (HMK, m. 107/3). Tespit davasını düzenleyen hükme göre de kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer bir yararı bulunmalıdır (HMK, m. 106/2).

HMK'nın 107/son maddesine göre ise kısmi eda davasının açılabilmesi hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir. Tespit davasında sadece tespit hükmü verilir. Tespit Hükmü HMK 303. uyarınca kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder. Tespit davasında verilen hüküm ilama konu olamaz. Kısmi davada verilen hüküm eda hükmüdür ilama konu olur.

3. Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davası bir tür eda davasıdır. Eda davasından farkı ise istenilen alacağın dava açıldığı anda tam olarak belirlenememesidir. (KAR,2012) Belirsiz alacak davasında belirsiz olan alacak olmayıp, alacağın miktarı veya değeridir. Başka bir ifadeyle belirsiz alacak davası, davacının talebinin miktarını veya değerini davanın açıldığı anda tam olarak belirlenmesinin imkansız olması veya bu belirlemenin davacıdan beklenilmemesi durumunda açılabilir. (SİMİL, 2013)

Belirsiz alacak miktar belirlendikten sonra tamamının istenmesi halinde zamanaşımı defî dikkate alınmazken, kısmi davada kısmi olarak istenen dışında bakiye alacak miktarının ek dava açılarak veya ıslah suretiyle arttırılarak istenmesi halinde zamanaşımı defî ile karşı karşıya kalındığında zamanaşımının dikkate alınması gerekecektir. (KAR, 2012) Kısmi dava ile belirsiz alacak davasının en önemli farklılıklarından biri de bu durumdur. Belirsiz alacak davası alacağın sadece dava dilekçesinde gösterilen asgari tutarı bakımından değil, tamamı bakımından zamanaşımını keser. Çünkü zamanaşımının kesilmesi davacının alacağının dava yoluyla ileri sürmesine (irade beyanına) bağlanmış bir hukuki sonuçtur (BK m.157(1)). Belirsiz alacak davası açan alacaklının da alacağının sadece bir kısmının değil tamamını talep ettiği (irade beyanın bu yönde olduğu) açıktır. (BUDAK, Ocak, 2013) Bu iki dava türü arasındaki fark ve benzerliklerin biraz daha belirtmekte yarar bulunmaktadır.

a) Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davasının Ortak Özellikleri

1. Her iki dava da aynı zamanda bir eda ve tespit davasıdır. Davacı alacak miktarının tamamının belirlenmesini istediğinden, bu davalar aynı zamanda tespit davası niteliğini kazanmaktadır.

2. Davacının bu davaları açmakta hukuki bir yararı bulunmalıdır.

3. Alacak miktarının belirlenmesi halinde belirsiz alacak davasında tamamının istenmesi, kısmi davada belirlenen bakiye miktarının ek dava veya ıslah suretiyle istenmesi, davanın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalmaz.

b) Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Farklılıkları

1. Kısmi davada belirsiz alacak davasından farklı olarak, talep sonucunu arttırmak isteyen davacının karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyması, bunun mümkün olmaması halinde ıslah yoluna başvurmak zorunda kalması söz konusudur. Ayrıca talep sonucunu ıslah ile arttırmak zorunda kalan davacı ıslah sebebiyle geçersiz hale gelen işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı ve uğrayabileceği zararları karşılamak üzere hâkimin takdir edeceği teminatı, bir hafta içinde, mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Aksi halde ıslah yapılmamış sayılır. Buna karşılık belirsiz alacak davasında sonradan belirlenen kısım karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç duymadan artırılabilir.

2. Kısmi dava açılması halinde zamanaşımı süresi sadece dava edilen kısım için kesildiği halde, belirsiz alacak davasında zamanaşımı süresi, davanın açıldığı ilk anda hem talep edilen miktar için hem de daha sonra belirlenecek ve davaya dâhil edilecek miktar için davanın açıldığı tarihte kesilecektir.

3. Kısmi dava açan davacı, ıslah yolu ile talep sonucunu arttırdığı zaman, eğer karşı taraf daha önce temerrüde düşürülmemişse, ancak ıslah tarihinden itibaren faiz talep edebilirken, belirsiz alacak davasında davacı davanın açıldığı tarihten itibaren faiz talep edebilir.

Kısmi davaya ilişkin olarak HMK 109/2 .maddesinin kaldırılması kısmi davanın uygulama alanını genişletmiştir. Öğretide HMK 109/2nin kaldırılmasını savunula gelmiştir örneğin (AKİL, 2013).

II. KISMI DAVADA MANEVİ TAZMİNAT

A. Manevi Tazminat

Manevi tazminatın bir tanımı yapılmamıştır. Kuşkusuz bu da maddi tazminat gibi “zarar” kavramı içerisinde yer alması gereken bir tazminat türüdür. Maddi zarar genellikle “malvarlığında eksilme” olarak tanımlandığına göre, manevi zararı “kişi varlığında eksilme” (818/BK.m.47 ve 6098/TBK.m.56) ve “kişi haklarına zarar verme” (818/BK.m.49 ve 6098/TBK.m.58) olarak niteleyebiliriz. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun ölüm ve bedensel zararlar da manevi tazminat ödenmesine ilişkin 56.maddesinde manevi tazminatın ölçüsü için “uygun bir miktar para” denilmiştir. (ÇELİK, 2012)

Manevi tazminatın hukuksal niteliğine ilişkin öğretide çok sayıda görüş vardır. Manevi tazminatın hukuki niteliği tek bir görüşle sınırlamamak daha uygundur. Çünkü tazminat isteminde bulunan kişinin subjektif düşüncesi olaya göre değişebilir. Örneğin cismani zararlar da telafi görüşü, kişilik hakkına yapılan saldırılarda tatmin görüşü, özellikle kasten adam öldürme vs durumlarda ise ceza görüşü ağır basar. Sonuç olarak manevi tazminata neden olan olaya ve istekte bulunanın iç dünyasına ve eğitime koşullarına bir nitelik taşır. (KILIÇOĞLU)

Manevi tazminat talepleri sadece TBK da değil, diğer bazı kanunlar da da düzenlenmiştir. Manevi tazminat kısmi dava ilişkisine dair yapılacak açıklamalar diğer kanunlarda düzenlenen manevi tazminat talepleri için de geçerlidir. Bu nedenle tüm manevi tazminat taleplerine ilişkin hukuksal düzenlemelerin tek tek sayılmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

Genel olarak TBK'nın 56. ve 58. maddelerinde uygulama alanı bulan manevi tazminat düzenlemesinde zararın miktarının tespiti konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Gerçekten de her somut olayda manevi zararın miktarını belirleyen unsurların zarar gören bakımından değerlendirilmesi çok farklılık gösterebilecektir.

B. Manevi Tazminatın Kısmi Davaya Konu edilmesi

Öğretide genel olarak manevi tazminatın “belirsiz alacak davası”na konu edilebilmesine ilişkin ağırlıklı bir eğilim bulunmaktadır, (KAR, 2012) (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2011) manevi tazminatın kısmi davaya konu edilmesine özellikle yeni HMK'daki belirsiz alacak davası seçeneğinden sonra öğretide mesafeli yaklaşmaktadır.

Yargıtay, manevi tazminat konusunda hem belirsiz alacak davasına hem de kısmi davaya olumlu bakmamaktadır. Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinde gerek öğreti gerekse Yargıtay'da genel olarak bir uzlaşma var ise de bu ilke özellikle manevi tazminat belirsiz alacak davası ilişkisi yönünden farklı yorumlanmakta farklı sonuçlar bağlanmaktadır.

1. Doktrinde Manevi Tazminatın Bölünmezliği İlkesinin Yorumlanması

Manevi tazminatı belirleyecek olan hakim olduğundan, davacının talep sonucunu tam olarak belirlemesi kendisinden beklenemez. Bu durumda belirsiz alacak davası biçiminde manevi tazminat talebini ileri sürebilecektir. Davacı dava açarken geçici talep sonucunu ileri sürecek, daha sonra delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda talep sonucunu kesin olarak belirleyecektir. Buradaki geçici talep sonucunun talebin bölünmezliği ilkesi ile ilgisi yoktur. Zira belirsiz alacak davasında talep bölünmemekte, aksine talebin aslında tümü istenmekte, ancak kesin olarak belirlenmesi tahkikat sonuna kadar bir zaman içinde yapılabilmektedir. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 2011) Kar, Şahin ve Çil'in de manevi tazminat belirsiz alacak davası ilişkisinde görüşleri bu doğrultuda olup ayrıca manevi tazminatın bölünemeyeceğini ve bu nedenle “kısmi dava”ya” konu edilemeyeceğini kabul etmektedir Manevi tazminat davası kendine has özelliği itibarıyla hakime çok geniş takdir yetkisi veren bir davadır. Hakim karar vermeden önce somut olayın tüm koşullarını göz önünde bulunduracak ve ondan sonra olaya en uygun düşen manevi tazminat miktarını tayin edecektir. Bu itibarla manevi tazminat talebinin bölünmesi mümkün değildir. Buna karşılık karar tarihi itibarıyla, zararın objektif olarak öngörülmeleyen sonuçları var ise, kısmi manevi tazminat davası açılabilir. (KAR, 2012)

Yargıtay uygulamasından gelen Kılıçoğlu'nun konu hakkındaki düşüncesi Yargıtay ile aynı paraleldedir; Manevi tazminat tek bir dava ile istenir. Kısmi dava açılmaz. Uygulamada ceza davasında atıye bırakılan tazminat miktarı hukuk mahkemesinde arttırılmaz. (KILIÇOĞLU)

Çelik, dava dilekçesinde maddi tazminatla birlikte “manevi tazminat” da istendiğinin belirtilmesi koşuluyla, “belirsiz alacak davasının” karar aşaması öncesinde davacının “manevi tazminat” istek tutarlarını açıklayıp, harcını da yatırmamasından sonra, yargıcın takdir yetkisini kullanarak maddi tazminatla birlikte “manevi tazminat” hakkında da karar vermesinin en doğru uygulama olacağı düşüncesindedir. Yine Çelik, maddi tazminattan ayrı bir manevi tazminat davası açıp, bunun sonradan maddi tazminat davası ile birleştirilmesinin usul ekonomisine aykırı ve iş ve zaman kaybına neden olacağı görüşündedir. (ÇELİK, 2012)

Akil'e göre de, tam bir eda davası niteliğinde bulunan belirsiz alacak davası ile esasen manevi tazminat talebi bölünüyor değildir. Manevi tazminat miktarının belirlenmesi tamamıyla hakimın takdirine bırakılmış olduğundan, davacının bunu baştan (dava açarken) bilebilmesi de mümkün değildir. (AKİL, 2013) Yine Akile göre; Hakim karar vermeden önce somut olayın tüm koşullarını göz önünde bulunduracak ve ondan sonra olaya en uygun düşen manevi tazminat miktarını tayin edecektir. Bu itibarla manevi tazminatın bölünmesi mümkün değildir. Buna karşılık , karar tarihi itibarıyla, zararın objektif olarak öngörülemez sonuçları var ise kısmi manevi tazminat davası açılabilir.

Budak doktrinde hakim görüşe katılmayanlardan; Doktrinde ifade edildiğinin aksine manevi tazminat alacakları için kural olarak belirsiz alacak davası açılmayacağı kanısındayım. Çünkü daha önce de ifade ettiğim gibi, sadece hakimın

tazminat miktarıyla ilgili kanaatinin ne şekilde oluşacağını tam olarak tahmin edememek belirsiz alacak davası açmaya hak veren bir hukuki menfaat sayılmamalıdır. Ancak manevî tazminatın sebebini oluşturan zararın gelişmekte olduğu (örneğin haksız fiil mağduru davacının tıbbi tedavisinin ne şekilde sonuç vereceğinin tahmin edilemediği) hallerde manevî tazminat davası da belirsiz alacak davası olarak açılabilir. (BUDAK, Ocak, 2013)

Nomer ise HUMK 'un yürürlükte olduğu dönemde yazdığı makalesinde manevî tazminatta “kısmi dava”nın mümkün olabilmesini savunmuştur. Nomer; *“hukuka aykırı eylem sonucu duyulan acı ve elem, yani manevî zararın bir zaman sürecine yayılmayacağını ve hukuka aykırı eylem anıyla sınırlı kalacağını ve bundan dolayı manevî tazminatın bölünemeyeceğini ifade etmektedir. Oysa üzüntü ve elem bir zaman sürecine yayılıp yayılmayacağı hususu ile, manevî tazminat olarak hükmedilecek edimin bölünebilir bir edim olup olmayacağı hususları birbirinden ayrı tutulmak gerekir. Somut olayda, maddî zarar da, hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesiyle birlikte hemen ortaya çıkabilir ve bir zaman sürecine yayılabılır. Örneğin bir malın yok edilmesi halinde, malın özü ne gelen zarar ortaya çıkmıştır. Söz konusu zararın bölünebilir bölünemeyeceği hususu ile maddî tazminat olarak ödenecek edimin bölünebilir bir edim olup olmayacağı hususu birbirinden ayrı tutulur.*

Nitekim, uygulamada da maddî zararın bölünebilir bölünemeyeceğine değil, tazminat olarak hükmedilecek edimin bölünebilir bölünemeyeceğine bakılmakta ve buna göre kısmi davaya cevaz verilmektedir.” Yorumunu yapmıştır. (N. NOMER)

Yine Nomer, Yargıtay kararlarında; *“Manevî tazminat sonradan hesap edilebilecek bir miktar değildir. Davacı tarafın bu elem ve acısını takdir etmesi bir miktarla belirlemesi gerekir. Manevî tazminatın bir kısmının dava konusu yapılarak belirlenmeyen kısmın saklı tutulması manevî tazminatın mahiyetine uygun düşmez.”*³ *“Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava (açmak) yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra artırılması yeni bir dava ile dahi olsa mümkün değildir.”*⁴ Oysa, Yargıtay'ın görüşünün aksine, manevî tazminat miktarını takdir edecek veya belirleyecek olan davacı değildir. Manevî tazminat alacağının konusunu, önceden miktarı belli olan bir meblağ teşkil etmez. Manevî tazminatın şeklini ve miktarını takdir hakkına dayanarak hâkim belirleyecektir (BK 49). Davacıdan, hâkimin belirleyeceği miktarı, önceden tahmin etmesi ve bun u karşı tarafa bildirmesi beklenemez. Çoğu zaman maddî tazminat alacaklarında da durum aynıdır. Davacı, hâkimin, takdir hakkına dayanarak (BK 42/11, 43/1, 44), ne miktarda maddî tazminata hükmedeceğini önceden tahmin edemez. B u itibarla ondan, maddî tazminat tutarını takdir etmesi ve karşı tarafa bildirmesi beklenmemektedir. Davacı, hükmedilecek maddî tazminat tutarından emin olsa, zaten kısmî dava açmaya ihtiyaç kalmaz. (N.NOMER)

2. Yargıtay Kararlarında Manevî Tazminatın Bölünmezliği İlkesi

Yargıtay kararlarında şimdiye kadar istikrarlı olarak da öğretideki azınlık görüşüyle paralel olarak manevî tazminatın bölünemeyeceği, kısmi veya belirsiz alacak davası ile talep edilemeyeceği görüşünü katı bir biçimde benimsemiş gözükmektedir.

“İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağıнын miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevi tazminat istemi manevi tazminatin bölünmezliği kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz ve manevi zararın HMK’nın 107.maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez. Bu nedenlerle mahkemece manevi zararın tespitine yönelik davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmesi doğrudur”⁵

“Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla, üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatin bölünmesi , yeniden dava konusu yapılarak miktarının arttırılması olanağı yoktur. Niteliği itibarıyla manevi tazminat bölünmez. Bir defada istenebilir.”⁶(KAR, 2012)

“Uyuşmazlık manevi tazminatin bölünüp bölünmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Gerçekten, hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen acı ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatin bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması, kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Manevi tazminat bölünmez. Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü de bu doğrultudadır.

Bu durumda davacılar daha önce açıp sonradan müracaata bıraktıkları davada duydukları üzüntü ve acı karşılığı ayrı ayrı 250.000 TL. istediklerine göre bu istekleri miktarla sınırlı olarak manevi tazminatin kabulüne karar verilmek gerekirken fazlaya hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”⁷ (www.kazanci.com.tr)

“Hukuka aykırı eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatin bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanının saklı tutulması olanağı yoktur Niteliği itibarıyla manevi tazminat bölünmez.”⁸

Bir başka Yargıtay kararında “hukuka aykırı eylem sonucu duyulan acı ve elemın, yani manevî zararın bir zaman sürecine yayılmayacağı ve hukuk a aykırı eylem anıyla sınırlı kalacağını ve bundan dolayı manevî tazminatin “bölünemeyeceğini” ifade etmektedir.⁹

Yargıtay bu kararında manevi tazminatta kısmi davaya bakış açısını özetlemiştir. “Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemın karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemın giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Maddi zararda olduğu gibi manevi tazminata kesin bir hesabın yapılması olanaksızdır. Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak M.K.nun 4. Maddesi uyarınca hakim tarafından takdir ve tayin edilir. Hakim, manevi tazminatin miktarını belirlemede geniş bir yetkiye

sahiptir. Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatının miktarını tayin edip, talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanaşımı süresi içinde, birden fazla talepler halinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu için zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmın açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödetmenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsil zararı karşılamaktan uzak olması, manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Şartları varsa faizi aşan zarar isteme olasılığı düşünülebilir.

Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılamayacağı Kamu-Đş; C: 7, S: 3/2004 25 benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hakime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hakimin takdir yetkisi bölünmez.¹⁰

SONUÇ

Gerçektende kısmi dava konusunda en fazla tartışılan konulardan biri de, manevi tazminat davalarının kısmi dava hatta belirsiz alacak davası biçiminde açılıp açılmayacağı olmuştur. Manevi tazminattaki bölünmezlik ilkesinin katı bir biçimde uygulanması ve farklı yorumlanması nedeniyle Yargıtay manevi tazminatta kısmi veya belirsiz alacak davası açılmasını gerek HUMK gerekse HMK döneminde kabul etmediği gözlenmektedir. Hakime davanın değerini belirleme konusunda çok geniş takdir yetkisi veren bir davada davacının dava değerini takdir etmesi beklenmemelidir. Diğer yandan bölünmezlik ilkesi duyulan acı elem ve ızdırabın bölünmezliği olarak yorumlanmalı, buna bağlı talep edilecek tazminat bölünebilmeli kısmi veya belirsiz alacak davası şeklinde talep edilebilmelidir. Yani bir başka anlatımla; üzüntü ve elemin bir zaman sürecine yayılıp yayılmayacağı konusu ile, manevî tazminat olarak hükmedilecek edimin bölünebilir bir edim olup olmayacağı konularını ayrı değerlendirmek gerekir. Neticede mahkemece duyulan acıya eleme ilişkin olarak parça parça da olsa toplamda tek bir tazminata hükmedilmektedir. Manevi tazminatı bölünmezliği ilkesi belirsiz alacak ve hatta kısmi dava açılmasına engel olmamalıdır.

Diğer yandan manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin gerek öğretideki gerekse Yargıtay uygulamasındaki yorumları açık bir kanun hükmüne dayanmamaktadır. Anayasanın 36. Maddesi ; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”, Yine Anayasanın 13.maddesi “Temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir” düzenlemeleri dikkate alındığında hak arama özgürlüğünün bir parçası olan dava açılması ve daha sonra bunun miktarının ıslahı hakkında açık kanun hükmü bulunmadan yorum yolu yapılan kısıtlamaları, Anayasanın sözü edilen kuralları ile bağdaştırmak mümkün olmamaktadır.

Dipnotlar

- 1- 6644 sayılı Yargıtay kanununu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik yapılmasına ilişkin kanun 10.04.2015 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır.
- 2- "Kural olarak alacaklı, alacağının tümü için dava açmak zorunda olmayıp, alacağının belli bir bölümünü dava konusu yapabilir. Zira; hiç kimse kendi lehine olan davayı (tam dava) açmaya zorlanamaz. (HMK m.24/2)Kısmi dava açılabilmesi için; talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması ve talep miktarının, taraflar arasında tartışmaz veya açıkça belirli olmaması gerekir. Talep konusunun miktarı açıkça belli ise ve taraflar arasında bu konuda herhangi bir tartışma yoksa Kısmi dava açılmaz (HMK.m 109/2), çünkü böyle durumlarda davacının Kısmi dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (mesela, ödünç veya satış sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu (aynı hukuki ilişkiden doğan) alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Dava konusu alacak, bir alacağın belli bir kesimi değil (bilakis bağımsız bir alacak) ise, o zaman dava, kısmi dava olarak nitelendirilemez (tam dava olur).Davacının kısmi dava mı yoksa tam dava mı açtığı, dava dilekçesinden (talep neticesinden) anlaşılır. Davacı, dava sebebi olarak gösterdiği vakialardan (hukuki ilişkiden) doğan alacağının tümünü mü, yoksa yalnız bir kesimini mi istediğini (dava ettiğini) açıkça bildirmelidir (m.119, 1/ğ). Aksi halde, yani davacı alacağının yalnız bir kesimi için dava açtığını bildirmemiş ise, dava (kısmi dava değil) tam dava sayılır. Davacının davasını açıkça kısmi dava olarak nitelendirmesi zorunlu değildir. Dava dilekçesindeki açıklamalardan, davacının alacağının (dava edilenin) daha fazla olduğunu ve bunun yalnız bir kesiminin (bölümünün) dava edildiğinin açıkça anlaşılması gerekli ve yeterlidir. Hukukumuzda kısmi dava açılması mümkündür (m.109). Bundan başka, kısmi davanın mümkün (caiz) olması, hiç kimsenin kendi lehine olan davayı (yani tam dava) açmaya zorlanamayacağı kuralına (m.24) da uygundur. Borçlar Hukuku bakımından da, alacaklının alacağının bir kısmını istemesine (dava etmesine) bir engel yoktur (TBK m.84).Şu halde, alacaklı, alacağının tümü için dava açmak zorunda olmayıp, alacağının şimdilik belli bir kesimini (bölümünü) dava konusu yapabilir. Ancak, alacaklının böyle bir kısmi dava açmada korunmaya değer (meşru) bir hukuki yararının bulunması gerekir. Talep konusunun miktarı açıkça belli ise ve taraflar arasında bu konuda herhangi bir tartışma yoksa kısmi dava açılması mümkün değildir (m.109, 2); çünkü böyle durumlarda davacının kısmi dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır.Kısmi davanın açılması mümkün olan hallerde davacının, yargılama giderlerinden tasarruf etmek için, Kısmi dava açmasında korunmaya değer (meşru) bir hukuki yararı vardır. Buna karşılık, bir alacağın (keyfen) küçük parçalara bölünerek, her parça (bölüm) için ayrı ayrı dava açılmasında, korunmaya değer bir hukuki yarar yoktur.Davacının, alacağının küçük parçalara bölerek her parça için ayrı kısmi dava açmasında korunmaya değer bir hukuki yararı olmadığı gibi, böyle bir davranışı hakkın kötüye kullanılması olarak da nitelendirilebilir (TMK.m.2). Bu nedenle, bu şekildeki kısmi davalarda, esasına girilmeden, caiz (mesmu) olmadıklarından dolayı reddi gerekir (Prof.Dr.B.Kuru Medeni Usul Hukuku 23.Baskı Ank. 2012, sh.277-278).Kısmi dava açabilmesi için alacaklının bu davayı açmada korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması şarttır. Hukuki yarar; dava konusuna ilişkin dava şartlarından olup; dava açıldığı anda var olmalıdır. Mahkemece, esas hakkındaki incelemeye geçilmeden önce; talep sahibinin bu hususta hukuki yararının bulunup bulunmadığı incelenmeli, hukuki yarar varsa talebin esasının incelenmesine geçilmelidir.Dava konusu olayda, talep konusunun miktarı açıkça belli olup, taraflar arasında bu konuda herhangi bir tartışma bulunmadığından, davacının Kısmi dava açmakta hukuki yararı yoktur. Hukuki yarar; dava açıldığı anda var olmadığundan, sonradan harcın tamamlanması suretiyle bu eksiklik giderilemez." Y.3 H.D. 17.06.2013 Tarih 2013/8522 2013/10252
- 3- Y. 9. HD, 30.1.1979, 343/1495
- 4- Y. 9. HD, 12.2.1991, 10324/2244
- 5- Y. 21. HD, 06.03.2013, E.2013/3004, K.2013/4066
- 6- YHGK 09.05.2007 Tarih 2007/21-269 E, 2007/269 K.
- 7- YHGK25.09.1996 Tarih 1996/21-397-637
- 8- Y.21.H.D. 11.12.1995 Tarih, 7525/7393
- 9- Y. 21. HD. 11.12.1995, 7525/7393
- 10-Y. HGKK, 14.11.2001 T. 2001/21-993 K. 2001/1019

Kısaltmalar

BK	: Borçlar Kanunu	C	: Cilt
E	: Esas	K	: Karar
HD	: Hukuk Dairesi	m	: Madde
HGK	: Hukuk Genel Kurulu	S	: Sayı
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu	SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu	TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBBD	: Türkiye Bankalar Birliği Dergisi	TİS	: Toplu İş Sözleşmesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu	Y	: Yargıtay
		İŞK	: İş Kanunu

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

AKİL, D. (2013). KISMİ DAVA. Ankara: Yetkin.

BUDAK, A. C. (Ocak ,2013). Belirsiz Alacak davası . Türkiye Bankalar Birliği Dergisi , 85.

CELİK, Ç. A. (2012). Tazminat Ve Alacak Davaları. Ankara : Bilge .

KAR, Ş. Ç. (2012). İŞ YARGISINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI VE KISMİ DAVA . Ankara: Yetkin.

KILIÇOĞLU, M. (tarih yok). <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7311.pdf>. Nisan 2, 2015 tarihinde www.kamu-is.org.tr: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/7311.pdf> adresinden alındı

KURU/BUDAK. (2011/5). Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi , 13.

N.NOMER, H. (tarih yok). www.istanbul.edu.tr. Nisan 1, 2015 tarihinde www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/.../1023003816 adresinden alındı

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES. (2011). Medeni Usul Hukuku. Ankara.

SİMİL, C. (2013). BELİRSİZ ALACAK DAVASI. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.

www.kazanci.com.tr. (tarih yok). www.kazanci.com.tr. adresinden alınmıştır.





BELEDİYE BAŞKANLARININ SEÇİLEBİLME YETERLİLİĞİ KRİTERLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Fahri ÖZSUNGUR*

Özet

Belediyelerin yasal temsilcilerinin belediye başkanları olması ve belediyelerin üstlenmiş oldukları görevlerin önemi nedeniyle belediye başkanlarının yerel yönetimler ve yönetilenler üzerinde etkisi vardır. Bu makalede belediye başkanlarının seçilme yeterliliği kriterleri çeşitli açılardan değerlendirilmiş, kriterlerin neler olabileceği konusunda bilimsel kriterler ve çözüm önerileri getirilmiştir. Bu makale, “Yeni Kamu Yönetimi” anlayışının iki temel kavram olan “araştırma” ve “muhakeme” metodu kullanılarak hazırlanmıştır.¹ Belediye başkanlarının seçilme yeterlilikleri açısından yabancı hukuktan bazı örnekler verilerek, Türk hukukundaki durum çözümsel bakış açısı ile ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yerel yönetim, belediye başkanı, seçilme yeterliliği, desantralizasyon, yerel temsil

Assessment of Eligibility Requirements Criteria of Mayors Abstract

Mayors have impact on local governments and those who are governed for legal representatives of municipalities are mayors and the importance of duties assumed by municipalities. In this article, mayors eligibility requirements criteria are evaluated from the miscellaneous aspects, scientific criteria are adopted about what the criteria can be and solution proposals are offered. This article is prepared by using the main two branches of “New Public Management” which is seperated to “research” and “argumentation” method. Circumstances in Turkish law is brought up a matter with analytic perspective by quoting some vital reference patterns from foreign law about eligibility requirement of mayors.

Keywords: Local government, mayor, eligibility requirement, decentralisation, local representation

* Adana Ticaret Sicili Müdür Yardımcısı, E-Posta: ticaretsicili@gmail.com

Giriş

Egemenlik, demokrasi ve özerklik², yerel ve merkezi yönetimleri çağrıştıran öğelerdir. Devletlerin ve ulusların egemenliklerinin sınırı, bağlı ve tabi oldukları merkez yönetimlerin çizdikleri sınır kadardır. Avrupa'da ulus devlet anlayışı özerk bir yerel yönetim anlayışı sunmaktadır ancak egemenliğin devrinin topluluğa geçmiş sayılması yerel yönetimler açısından fiili olarak çok fazla bir fark yaratmamaktadır.³ Zira egemenliğin devrinin devletlerden üst bir birliğe yapılmış olması yerel yönetimleri bulunduklarından daha özgür bir yapıya ulaştırmaz. Egemenlik devri yasal sınırların çizilmesinin devridir ve üst yönetim ne olursa olsun mutlak sınırları vardır. Bu bağlamda egemenliğin devrinin belirli bir sınır içinde genişlediğini söylemek mümkündür. Egemenlik, demokrasi ve özerklik, yerel ve merkezi yönetimleri çağrıştıran öğelerdir. Devletlerin ve ulusların egemenliklerinin sınırı, bağlı ve tabi oldukları merkez yönetimlerin çizdikleri sınır kadardır. Avrupa'da ulus devlet anlayışı özerk bir yerel yönetim anlayışı sunmaktadır ancak egemenliğin devrinin topluluğa geçmiş sayılması yerel yönetimler açısından fiili olarak çok fazla bir fark yaratmamaktadır. Zira egemenliğin devrinin devletlerden üst bir birliğe yapılmış olması yerel yönetimleri bulunduklarından daha özgür bir yapıya ulaştırmaz. Egemenlik devri yasal sınırların çizilmesinin devridir ve üst yönetim ne olursa olsun mutlak sınırları vardır. Bu bağlamda egemenliğin devrinin belirli bir sınır içinde genişlediğini söylemek mümkündür.

Tarihi süreçte hukuk sistemleri birbirlerinden etkilenmeye başlamış, resepsiyon etkisi birçok toplum ve devleti, objektiflik ve ihtiyaçlara uygunluk kriterleri yönünden etkisi altına almıştır.⁴ Günümüz yerel yönetimleri, Rousseau'nun egemenlik ve özgürlük anlayışından yani genel yarar ilkesinden uzaklaşmıştır.⁵ Bu bağlamda yerel yönetimlerin önemi küreselleşme ile artmaktadır. Klasik sınırların ötesine geçip, bölgesel sorunların toplam sorunlar içinde önemini kavramak gerekir. Bütünün parçalarını insanın uzuvları olarak görmek gerekir. Kaliteli yaşam organlarının bütünlüğü ile mümkündür. Beyin ise yöneticiler ve liderlerdir. Örgütlerin, kurumların ve kitlelerin birleşerek oluşturdukları yasal yapılanmalarda liderler ve yöneticiler beyin olarak önemli vasıflar taşımaktadır. Zira beyin olmaksızın bilinçten bahsetmek mümkün olmayacaktır. İnsanlar fiziki ve tıbbi özelliklerinin birçoğunu sosyal hayat döngüsüne uyarlamaya çalışırlar. Buna en güzel örnek yerel yönetimlerdir. Belediyeleri bu sosyal döngü içinde devletin hayati organı, seçmenlerin gerçek iradesi olarak görmek yerel yönetim sorunlarına daha çözümsel bakılmasını sağlayacaktır.

1. Tanım

Belediye başkanı, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 37 nci maddesindeki tanımına göre, belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kişiliğinin temsilcisidir. Belediye başkanı beldenin veya belde halkının temsilcisi olan belediye örgütü dışında bu örgütün temsilcisi, içinde ise statü ve kadro anlamında tepe yöneticisidir. Bu nedenle liderliğin tanım ve vasıflarını da taşıması gerekir. İşte bu noktada belediye başkanının tanımının yapılması, liderlik vasıflarının belediye başkanının adaylık ve yetkinlik kriterlerinde ne derece etkili olduğu konularında önem arz etmektedir.

Bir yerel yönetim liderinde üç temel özellik olmalıdır. Bunlar “bağlılık”, “anlayış” ve “azim”dir.⁶ Bağlılık yerel yönetim birimine ve yönetilenlere bağlılığı, anlayış kişisel bakış açısının ılımlı ve çözümücü olmasını, azim ise yerel yönetimde alınan kararların arkasında durulmasını ve izlenecek politikaların kararlı bir şekilde yürütülmesini ifade eder. Liderlikte ortak değer ve amaçların da paylaşılması, amaç birliğini temin etmek açısından önem taşır. Liderin tabi olduğu yerel yönetimdeki başarısı, yerel yönetimin çalışanlarının üstlendikleri görevler ile ilgili tatmin duygularına olumlu yönde katkı sağlar. Liderin yerel yönetime olan bağlılığının ve üstlendiği görevlerdeki verimliliğinin artırılması, yerel yönetimdeki çalışanların sahip oldukları bütünlük duygusunun (esprit de corps) artmasını sağlar.⁷ Tüm bu anlatılanlar ışığında belediye başkanını; “Belediye yerel yönetiminin yasal düzenlemelerle kendisine verilmiş olan yetki ve görevleri yerine getiren, işinin gerektirdiği sorumluluk duygusuna sahip, lider vasıflarının tüm özelliklerini olabildiğince en yüksek düzeyde kullanmayı hedef tutmuş, iç ve dış ilişkilerde temsil ettiği yerel yönetime tabi topluluğu liderlik ruhuna ve gerek ulusal gerekse uluslararası hukuka uygun bir şekilde yöneten kişidir.” şeklinde tanımlayabiliriz.

2. Belediye Başkanlarının Seçilmelerinde Yeterlilik Kriteri

Belediye başkanlarının adaylık esnasında yeterlilik kriterlerinin neler olduğunun belirlenmesi, yerel yönetimlerin yönetim biçimine, yönetim başarısına, yönetim stratejilerine, demokratik ve küreselleşen toplum düzenine etki eder. Küreselleşme olgusu, yerel yönetimlerin yetki ve sorumluluklarını giderek artırmaktadır. Görev ve sorumlulukları artan, bağımsızlık ve özerk yapılanma vasıflarına sahip olma yolunda ilerleyen belediyelerin temsili için belirlenen kriterlerin yerel ve yabancı hukuk bağlamında yeterli olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

3. Türk Hukukunda Belediye Başkanlarının Seçilmelerinde Yeterlilik Kriteri

Türk hukuku açısından belediye başkanının seçilme yeterliliklerinin tespit edilmesi, var olan sistem yetersizlikleri için çözüm önerisinde bulunulabilmesi açısından belediye başkanının seçilme yeterliliğinin, belediye başkanının görev ve yetkilerinin mevcut yasal düzen içerisindeki yerinin tespiti gerekir.

3.1. Belediye Başkanının Seçilme Yeterliliği

Seçilme yeterliliği başlığı altında düzenlenmiş olan 2972 sayılı kanun m. 9'a göre 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11'deki sakıncaları taşımamak kaydıyla, yirmibeş yaşını dolduran her Türk vatandaşı belediye başkanlığına seçilebilir. Aynı kanunun 10 uncu maddesine göre Anayasa ve kanunlarda yazılı şartlara uygun olarak, seçilme yeterliliğine sahip olan her vatandaş, bir siyasi parti listesinden veya bağımsız olarak, belediye başkanlığına adaylığını koyabilir. Bu durumda Türk hukukuna göre belediye başkanı olabilmek için aranan kriterler, üstlenilecek görevin mahiyeti göz önüne alındığında oldukça yetersizdir.

3.2 Belediye Başkanının Görev ve Yetkileri

Belediye başkanı 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 38 inci maddesinde belirtilmiş

olan görev ve yetkileri ifa etmekle yükümlüdür. Belediyenin hak ve menfaatlerini korumak, belediyenin organlarını idare etmek, belediyenin stratejik planlarına uyum sağlayarak belediye için kurumsal stratejiler geliştirmek, belediyeyi devlet dairelerinde ve törenlerde temsil etmek, belediye meclisine ve encümenine başkanlık etmek, belediyenin malvarlığını idare etmek, belediyenin bütçesini kontrol altında tutarak gelir ve alacakları yönünden ilgili tüm takipleri yapmak, belediyeye bağlı kuruluşların denetimini gerçekleştirmek, yerel yönetime tabi halkın huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gerekli tüm tedbirleri almak, belediyeye ayrılmış olan ödenekleri usulüne uygun bir şekilde kullanmak, belediye başkanının önemli görevleri arasında yer almaktadır. Belediye başkanının bu görevleri hukuki, mali ve sosyal yönlüdür. Temsil yetkisinin kullanılması hukuki yönün ağırlık kazanmasını sağlar. Bütçe yönündeki görev ve yetkiler ise mali açıdan başkanın yeterli donanımına sahip olmasını gerektirir. Ayrıca toplumbilim, sosyoloji ve felsefeyi de içine alan “yerel yönetime tabi halkın huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gerekli tüm tedbirleri almak” görevi ayrı bir uzmanlık alanıdır.

Belediyeler kentsel dönüşüm uygulamalarında etkin rol oynamaktadır. Ayrıca görev alanıyla ilgili konularda faaliyet gösteren uluslararası organizasyonlara üye olabilir. Belediyenin tasarrufu altındaki yerler arasında göl, nehir ve denizden doldurma şeklinde kazanılan yerlerin idaresi de yer almaktadır. İçme suyu, kanalizasyon, zabıta işleri, katı atık yönetimi, itfaiye, çevre düzeni, imar planı, işyeri ruhsatı, ulaşım ve toplu taşıma hizmetleri, bulvar, cadde ve yol yapımı, ilan ve reklam, sağlık, kültür ve sosyal hizmete dayalı hizmetler vermek, doğal afet planları gibi belediyenin temel hizmetlerinin dışında birçok hizmet yer almaktadır. Bu kadar önemli olan hizmetleri yürüten belediyenin temsil yetkisini kullanacak kişinin, belirli yetkinliklere ve donanımına sahip olması gerekmektedir.

2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, mahalli idarelerin organlarının seçimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. 2972 sayılı kanunun ikinci maddesi gereğince belediye başkanlığı seçiminde çoğunluk sistemi uygulanır. Aynı kanunun sekizinci maddesi gereğince yeni kurulan belediyelerin ilk belediye başkan ve belediye meclisi üyeleri seçimleri ile yeni kurulan illerde il genel meclisi üyeleri seçimi, ilk genel mahalli idareler seçimleri ile birlikte yapılır. Burada bir yönetim boşluğu oluşmasına sebebiyet verilmektedir. Görev ve yetkileri yerel yönetim için önemli olan bu yönetim boşluğunun ilk genel mahalli idareler seçimlerine bırakılması kanaatimizce isabetli değildir.

4. Yabancı Hukukta Belediye Başkanlarının Seçilmelerinde Yeterlilik Kriteri

4.1.1. İsviçre

İsviçre vatandaşlarının politik haklarını düzenleyen Federal Constitution of the Swiss Confederation Art. 136 hükmü gereğince akıl hastalığı veya zihinsel bir hastalığı olmayan 18 yaşını aşan herkes aynı haklara sahip olmak üzere federal konularda politik haklara sahiptir.⁸ LAC, LEDP, REDP hükümleri gereğince belediye çevresinde ikamet eden, 18 veya daha büyük yaşa sahip olan her İsviçre seçmeni, karar organı olan genel meclis ve belediye konseyi seçimlerine aday olma hakkına sahiptir. Genel meclis, belediye meclisi üyelerini seçer.⁹

25 yaş ve üzeri olan, ayrıca kilisede görevli olmayan belediye seçmenleri arasından belediye yürütme organının üyeleri, çoğunluk sistemine göre dört yıl için seçilirler. Belediyeler, kanton kanunlarıyla kendilerine verilen birçok sorumluluğu üstlenmek zorundadır. Belediye meclis kararları, Cenevre devletinin onayı ile hüküm ifade eder. İdare meclisi her yıl başkan ve başkan vekilini seçer. Belediye meclisinin başkanı, nüfusu 800'den az olan yerlerde, belediye başkanıdır. . Nüfusu 800'den fazla olan yerlerde ise başkan her yıl seçilir.¹ □

İsviçre'de belediyelerin görevleri, Constitution de la République et Canton de Neuchâtel Art. 5 de göz önünde tutularak kişisel özgürlüklerin korunması, güvenlik ve kamu düzeninin korunması, eğitim ve öğretim, eğitim ve mesleki açıdan eğitim, resepsiyon ve yabancılar ile yabancılar entegrasyonu, ve azınlıkların korunması, sağlığın korunması, ekonominin geliştirilmesi, bölgeler arasında işbirliği ve kurumlar arası mali dengenin sağlanması, sosyal korumanın sağlanması, konut politikalarının geliştirilmesi, koruma ve çevre temizlik ve peyzaj koruma, planlama ve polis binaları, su ve yenilenebilir olmayan kıt kaynaklar ve enerji yönetimi ile yenilenebilir kaynakların kullanılmasını teşvik etmek, ulaştırma politikası ve iletişim, toplu taşıma, kültür ve sanat, bilim ve araştırma desteği sağlamak, sporun teşvik edilmesi, kantonlar arası ve uluslararası işbirliği şeklinde özetlenebilir.

4.1.2. İngiltere

İngiltere'de temel anlamda belediye başkanı seçilme yeterliliği kriterleri arasında 18 yaşını doldurmuş olmak, İngiliz ya da Birleşik Krallık veya Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşı olmak, ikamet şartlarından en az birini karşılamak ve seçimlerden/oy hakkından yasaklı olmamak şartı vardır.¹¹ Londra'daki belediye başkanı seçimlerinde burada yaşayan İngiliz, İrlandalı, İngiliz Milletler Topluluğu (Birleşik Krallık) ve Avrupa Birliği vatandaşları oy kullanabilmektedir. Yargı ve yürütme yetkilerine sahip kişiler yerel yönetimleri yönetmektedir.¹² Ayrıca adaylardan belirli bir depozitonun ödenmesi de istenir.¹³

4.1.3. Avustralya

Avustralya'da belediye başkanı seçilmek için Local Government Act 1993 No 30 Art. 274'ün yaptığı atıf nedeniyle aynı kanunun 274 üncü maddesi ve Parliamentary Electorates and Elections Act 1912 No 41 Art. 22¹⁴ gereği 18 yaş ve üzeri, Avustralya vatandaşı olmak ve Local Government Act 1993 No 30 Art. 275'te sayılan engel halleri taşımamak gerekir.¹⁵ Local Government Act 1993 No 30 Art. 230 gereğince seçmenler tarafından seçilmiş bir Belediye Başkanı 4 yıllık bir dönem için hizmet vermektedir ve meclis üyeleri tarafından seçilmiş bir Belediye Başkanı, 1 yıl dönemli hizmet vermektedir.¹⁶

4.1.4. Almanya, Brezilya ve Endonezya

Brezilya Anayasası'nın "Sovereignty of the People and Political Rights of the Citizens" başlıklı 14 üncü maddesi bölüm 3 VI/c hükmü gereğince belediye başkanı yeterlilik yaşı 21'dir.¹⁷ Otuz üç eyaletten oluşan, 17 Ağustos 1945'te bağımsızlığını ilan

etmiş, yönetim biçimi cumhuriyet olan Endonezya'da belediye başkanı yeterlilik yaşı 2004 Regional Government Act gereği 25'tir.

Alman Federal Anayasası'nın seçme ve seçilme yeterliliğini düzenleyen "Elections" başlıklı 38 inci maddesine göre seçme seçilme hakkı için 18 yaşına ulaşmış olmak gerekmektedir.¹⁸ Belediye başkanı olabilmek için en az 23 yaşından büyük ve Alman vatandaşı ya da Avrupa Birliği'ne üye devletlerin vatandaşı olunması gerekmektedir.

4.1.5. Amerika ve Kanada

Başkanlık sistemi ile yönetilmekte ve federal bir yapılanma içerisindedir. Kanada'da bulunan Britanya Kolumbiyası'nda (British Columbia) belediye başkanı olabilmek için öncelikle adaylık sürecinde Election Act Art. 52 gereği Kanada vatandaşı olunması, 18 yaş ve üzerinde olunması, son altı ay boyunca bu şehirde ikamet ediyor olunması, oy hakkından yasaklı olunmaması gerekmektedir.¹⁹

4.2. Yabancı Hukuk Açısından Genel Bir Değerlendirme

Yukarıda özetle anlatıldığı şekilde yerel yönetimlerin temsilcisi olan belediye başkanlarının adaylık süreçlerinde yeterlilik kriteri olarak 4 temel ilke göz önünde bulundurulmaktadır. Bu temel ve ortak ilkeler "Yaş", "Vatandaşlık", "İkamet", "Seçilme ile İlgili Yasaklı Olmamak" olarak sayılabilir. Bu temel ve ortak ilkeler birçok ülkede yaş sınırları hariç, çok az farklılıklar göstermektedir.

Belediye başkanlarının görevleri birçok ülkede eş düzeyde olup temsile ilişkin görevler ve yetkiler birçok yönden benzerlik göstermektedir. Siyasi yapılanmaları ve seçim sistemleri ne kadar farklı olursa olsun belediye başkanlarının görev ve yetkilerinin nitelikleri birbirleri ile yerel yönetim çerçevesinde benzerdir. Belediye başkanlarının üstlendikleri görevler, işin niteliği, yetkinin ağırlığı, belediyelerin yüklendiği görev ve sorumluluklar ile hukuki vasıf düşünüldüğünde, yaş sınırının belirlenmesi için uygunluk yaşının istatistiki verilerle tespit edilmesi ve buna göre bir ortalama yaşın belirlenmesi daha uygun olacaktır.

5. Belediye Başkanlarının Seçilmelerinde Yeterlilik Kriterlerinin Tespiti ve Değerlendirilmesi

5.1. Çevre Yönetimi İlkesi

Zaman sınırında yönetim ilkesi önemlidir. Çevre ve zaman yönetimde vazgeçilemeyecek temel etki düzeyleridir. Çevre ve zamanın insan ve örgütler üzerindeki olumlu ve olumsuz etkiler iyi çevre yönetimini gerektirir. Çevre yönetimi kıt kaynaklarla, sınırlı zaman çizgisi içerisinde iyi yönetimi gerektirir. Bu yönetimin aynı zamanda sürdürülebilir olması da kuşaklar arasındaki iletişim ve olumlu etki bırakma açısından önemlidir. Sürdürülebilir kalkınma, kuşaklar arası eşitlik, zaman ve kalkınma arasındaki ilişkinin geliştirilmesi faktörlerini bünyesinde taşımaktadır. Toplumların artırmak ya da elde etmek için sürdürülebilir kalkınma özellikleri

arasında kişi başına düşen gelirin artışı, eğitim başarısı, kaynaklara erişim, temel özgürlüklerin artışı yer almaktadır.²⁰ Belediyelerin görev ve sorumlulukları çerçevesinde belediye başkanlarının bu sürdürülebilir çevre yönetim ilkesini benimsemesi ve uygulamaya geçirmesi gerekir.

5.2. Desantralizasyon Etkisi

Desantralizasyon merkeziyetçilik ilkesinden yerelleşmeye dönüşümü içerir. Güney Amerika'da ye alan Bolivya, desentralist yaklaşıma örnek olarak verilebilir. The Law of Popular Participation (LLP), bir Güney Amerika ülkesi olan Bolivya'nın belediye meclis üyelerinin parti listelerinden tek seçim bölgesinden seçimlerini garanti etmektedir. LLP adı verilen Popüler Katılım Yasası'nın kaynaklarını, kamu hizmetleri için sorumluluk, kaynak tahsisi, gözetim komiteleri, belediyeleştirme şeklinde saymak mümkündür.²¹

Desantralizasyon etkisini üç ayrı kategoriye ayırmak mümkündür. Bunlar dekonsantrasyon veya delegasyon, politik veya idari desantralizasyon ve özelleştirmedir.²² Dekonsantrasyon, merkezi yönetimin yerel yönetime yetki devrinin yapılarak yerel yönetimin yetki genişliğinin sağlanmasıdır. Politik desantralizasyon yerel örgütlere ve halka sağlanan teşvik ve devredilen yetkileri içerir. İdari desantralizasyon merkezi yönetimin yetki ve sorumlulukları yerel birimlerle paylaşması anlamına gelmektedir. İdari desantralizasyon aynı zamanda merkezi yönetimin yerel yönetime mali yetkilerin devrini ifade eder. Tüm bu yetki devri ve teşviklerin toplamı yerel yönetimler için toplam bir fayda sağlar. Desantralizasyonun faydaları yerel bilginin merkezi yönetimden daha etkin ve hızlı bilgi sağlaması ve merkezi yönetimin aksine aracı girmeksizin yerel yönetimin doğrudan hesap verme durumunun daha etkin oluşudur.²³ Bu yerelleşme sistemi, seçilmişlerin vatandaşlara hesap vermesi ve bürokratların seçilmişlere hesap vermesi şeklinde iki mekanizma ile yeni kamu yönetimi anlayışına uygun şekilde işlemektedir.²⁴

Desantralizasyonun etkileşim ve gelişimi açısından Tilburg modeli etkin bir örnek model olarak verilebilir. Hollanda'da 1980'li yıllarda Tilburg modeli özellikle sorumlulukların yeniden düzenlenmesi ve yerelleşme bağlamında yapıyı elinde tutma özelliklerini barındıran bir model olarak bilinmektedir. Özellikle bütçe ve performans göstergelerinde bu model önemini göstermektedir. Belediye başkanları ve yerel yönetimler bu model ile etkin rollerini ortaya koymaktadırlar. Alman ve İsviçre reform referansları bu yenilikleri açıkça vurgulamaktadır.²⁵

5.3. Yaş Faktörünün Etkileri

Yaş kriteri belediye başkanlarının seçiminden sonraki durumlar açısından önemlidir. Yaşı genç olan belediye başkanları yaşı daha yüksek olanlara nazaran yönetsel riskleri daha fazla alabilmektedir. Ancak bunu bir genelleme ya da kesin bir bilgi olarak vermek doğru olmaz. Bunun yanı sıra yaşı genç olan belediye başkanları, örgütsel gelirin artışı da sağlayabilirler. Ayrıca genç nüfus yeniliklere açıktır.²⁶ Ancak yeniliklere açık olmak her zaman olumlu bir etken değildir. Yeniliklere açık olmak, gereksiz risk almak demek de değildir. Yeniliklere açıklık yetkinlik, donanım

ve muhakeme kabiliyetini gerektirir. Artan yaşı tecrübeli ve az risk alma kriterleri ile genellemek de tam anlamı ile doğru olmaz. Bu nedenle yaş faktörünü genç veya yaşlı gibi tek düze kriterler ile düşünmemek gerekir.

5.4. Mesleki veya Sektörel Deneyim

Belediye gelirlerinin genişliğinin başkanın sektörel deneyimi ile ilgisi vardır.²□ Sektörel deneyimi olan belediye başkanlarının, olmayanlara nazaran bakış açısı ve alacakları risk oranları değişecektir. Kamu sektöründe deneyimi olanların, özel sektörde deneyimi olanlara nazaran özellikle risk faktörü açısından belediyeye etkisi vardır. Sektör ya da mesleki deneyim belediye başkanının olayların çözümünde etkin rol oynar. Mesleki deneyimi kamusal alanda olanların az risk alması, ticari sektörde olanların ise fazla risk alması düşünülebilir. Sektörün türü ve çeşitliliği de belediye başkanının karar almasında önem arz eder. Mesleki deneyim belediyenin vatandaşlarına sunacağı hizmetlerin çeşitliliğini bile etkileyebilir. Bir hekimin belediyecilik anlayışında öncelikli ağırlık vereceği noktalar ile bir hukukçunun öncelik noktaları hizmet bağlamında farklılıklar gösterir.

5.5. Örgütsel Faktör

Örgütsel faktör, kişinin belediye başkanı olmadan önce ya da sonrasında belirli örgütlere dahil olmasının, belediye yönetimine olumlu ya da olumsuz etki etmesidir. Başkanın içinde bulunduğu örgütlerin sosyal ve ekonomi bağlamındaki durumları ve başkan üzerindeki etkileri karar alma stratejilerini açıkça etkiler. Örgütlerin dini, sosyal ve ekonomik olmasına göre yerel yönetimlerdeki karar alma şekilleri değişebilmektedir. Örneğin dini bir örgütün içerisinde yer alan belediye başkanının olaylara bakış açısı ılımlı ya da din etkenli olabilecek iken, ekonomik bir örgüte dahil olma durumu belediye başkanı üzerinde faydacı ve gelir endeksli etki yapabilecektir. Bu örgütsel yapılanmalara kilise, ticaret şirketleri, dernekler gibi grupmanlar örnek olarak verilebilir. Grupmanların kendi aralarındaki ve hukuk üzerindeki etki ve ilişkilerini diferansiyel hukuk sosyolojisi inceler. Diferansiyel hukuk sosyolojisi ile grupmanlara dahil olan kişilerin sosyal ve hukuki etkileşimleri açıkça ortaya konulabilecektir.²□

5.6. Lider Faktörü ve Kişisel Yaklaşım Düzeyi

Kişilerin olaylara yaklaşımı, ılımlı, sert, yakın, sempatik, temkinli gibi kişisel özellikler de yönetimi etkiler. Yerel yönetimlerde alınacak kararlar, resmi törenlerdeki konum, dikey ya da yatay organizasyon yapılanması içerisindeki tutum ve davranışlar²□, ulusal veya uluslararası organizasyonlarla müzakereler kişisel yaklaşım düzeyinden etkilenir. ılımlı bir başkan müzakereci görünür. Sert mizaca sahip bir başkan ile müzakereler ertelenebilir. Sempatik bir başkan ile inovasyon içeren olguların görüşülme olasılığı artabilir. Sabit fikir sunan bir başkan ile müzakereler uzunca bir süre ertelenebilir, gerekirse karşı taraf hiç risk almaz. Görüleceği üzere liderlik vasfı belediyeye olan bakış açısını değiştirebilmektedir.

Organizasyonlar üzerindeki lider etkisi de asla unutulmamalıdır. Seçimin doğasında olan lider faktörü, seçim sonrasında da devam etmektedir. Yönetimin

benliğinde var olan lider faktörü belediyelerde hiçbir zaman sona ermez. Lider faktörünün en etkili olduğu konu ise ikna durumudur. Belediyelerin dışa dönük işlemlerinin birçoğunda eylem, etki ve ikna sırası izlenir. Yasal yetki ile temsil yetkisini kullanan belediye başkanı, resmi bir işlem için işlemin diğer tarafını etki altında bırakmak için eylemde bulunur. Eylemin ikna edici olması noktasında ise liderlik faktörü rol oynar. Karizmatik liderlerin ikna durumunu çoğu zaman başarı ile neticelendirdiği bilinen bir gerçektir.

5.7. Eğitim ve Öğrenim Faktörü

Eğitim ve öğrenimin devlet yönetimindeki etkisine, Osmanlı Devleti'nde “Enderun Mektebi” ni örnek olarak göstermek mümkündür. Osmanlı devletinin sivil ve askeri yöneticileri bu okulda yetiştirilmekteydi. II. Murat tarafından 15. yüzyılda kurulmuş ve Fatih Sultan Mehmet zamanında geliştirilmiş olan bu okulda ülkeye liderlik edecek nitelikteki 12-16 yaş arasındaki bireylerden seçilen kişiler öğrenim görmekteydi. Bu okulun amacı seçilmiş olan en üstün yetenekli kişilerin liderlik pozisyonlarında kullanılarak ulusal kaynakların doğru kullanılmasını sağlamaktır.³⁰

Fransa'da 1945 yılında kurulmuş olan ENA (Ulusal Yöneticilik Okulu), siyasi etkilerden uzak, tarafsız üst düzey yöneticiler yetiştirmektedir. Bu okulda hukuk, kamu maliyesi, ekonomi, Avrupa ve uluslararası konular, devlet idaresi, ülke içi politika, e-devlet, kamu yönetimi, ekip ve proje yönetimi, insan kaynakları yönetimi gibi konularda eğitim sağlanmaktadır.³¹ Siyasi ve idari düzeydeki pozisyonlara üst düzeyde yöneticilerin atanması için Fransa'da kurulu bulunan ENA, eğitim ve öğrenim faktörünün üst düzey yöneticilerde uygulama alanı bulduğu temel bir örnektir.³² ENA hem kamu hizmetine gireceklerin tespitini sağlamakta hem de okula kabul edilen kişilerin eğitim alarak kendilerini yetiştirme olanağını sağlamaktadır.³³ Yüksek yöneticiliğin sadece belirli bir zümreye ait olmaması amacıyla olan ENA okul modelinin yüksek yöneticiler olan belediye başkanlarının seçilme yeterlilikleri kriterlerinde ülkemiz için de esin kaynağı olabileceği kanaatindeyiz.

Eğitim ve öğrenim belediye başkanının yapacağı işlerde nasıl hareket etmesi gerektiği noktasında önemli bir faktördür. Eğitimin türü ve eğitimin derecesi eğitim faktörü içinde yer alır. Eğitimin türü alınan eğitimin bölüm ve dalları ile ilgilidir. Hukuk ya da tıp fakültesi mezunu bir belediye başkanının belediye başkanlığı anlayışı ile MBA eğitimi almış bir belediye başkanının belediye başkanlığına bakış açısı ve yaklaşımı arasında farklılıklar olması beklenen bir gerçektir. Bu farklılıklar belediye yönetimindeki alınacak kararlar, gelir ve karlılık durumlarını etkileyecektir. Eğitimin derecesi, eğitimin dalı ya da bölümü ne olursa olsun akademik açıdan ilerlenen durumdur. Eğitim derecesi yerel yönetim birimlerinde karar alma mekanizmasını etkiler. Akademik kariyerin dikey yükselişi, yerel yönetimin dikey anlamdaki ilişkilerinde de pozitif rol oynar. Belediye başkanının akademik kariyer derecesinin dikey anlamda yükselmesi, yerel yönetimlerin diğer aktörlerinin kendisine olan bakış açısını pozitif yönde değiştirebilir. Bu durum, risk faktörü yüksek olan sözleşmelerin imzalanmasında, akademik kariyer statüsü yüksek olan belediye başkanı lehine pozitif yaklaşım sağlayabilir.

Belediye başkanlarına seçilme yeterlilikleri açısından eğitim ve öğrenim kriterinin getirilmesinin; belediye örgütü yönetiminin daha bilimsel, yeniliklere açık, farkındalık bilincine sahip, üstlendiği görevleri daha bilinçli bir şekilde yürüten, araştırmacı, temkinli bireylerle yürütülmesini sağlayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 128 inci maddesinde yer alan “Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” hükmünde belirtildiği şekilde, üst kademe yöneticilerinden olan belediye başkanlarının yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

5.8. İletişim Faktörü

Yazılı ve görsel iletişim, lobicilik, resmi görüşmeler, birleşme (müzakere), müşterek görev gücü dikey yapılanmadaki işbirliğini etkileyen en önemli temel beş faktördür. Dikey yapılanmada bu faktörler, yerel yönetimde iletişim bağlamında büyük öneme sahiptir.³⁴ Bu durum, bir belediye başkanının örneğin bir bakanla konuşmasında vereceği tepkilerin ya da kuracağı konuşma tarzının ne olacağı ile ilgilidir. Belediye başkanının, belediyenin üst birimleri konumundaki birimlerle ya da diğer organizasyon birimleri ile olan ilişkilerin türü farklılık arz edebilir. İlişki türü sert, uzlaşmacı, ılımlı, politik, çekingen, tedirgin, kesin, kararlı, sabit olabilir. Bu iletişim faktörleri belediyenin diğer organizasyon türleri ile ya da resmi kurumlarla olan ilişkilerinin sürekliliğini etkileyecektir. Aynı şekilde belediye gelirlerinin ve sosyal politikalarının değişkenlik göstermesi de bu iletişim faktörleri ile mümkündür. Yatay yapılanmada ise işbirliği ve personeller arasındaki koordinasyonun sağlanması konularında iletişim faktörü önem kazanmaktadır.

İyi bir iletişim işbirliği gerektirir. İşbirlikçi kamu yönetimi, iletişim ve desantralizasyon ile bağlantılıdır. Özellikle çoklu organizasyonları içerisinde barındıran belediyelerin desantralizasyon yaklaşımı altında işbirlikçi kamu yönetimi düşüncesi ile yönetilmesi iyi yönetim için gereklidir.³⁵

6. Özgür Seçim Yönetimi Yaklaşım Sınırı

Özgür ve adil seçimde, bağımsız bir seçim gerçekleştirilir. Özgür seçim yönetimi yaklaşımı aynı zamanda desantralizasyon ile de ilgilidir. Yerel yönetimin, özgür ve bağımsız bir seçimle seçilmesinin elbette yerleşme ile doğrudan bağlantılı olmasını beklemek gerekir. Zira yerleşme adil ve bağımsız bir seçimin doğal sonucunda oluşur. Seçime katılan taraflar seçim sonucuna razı olmak zorundadırlar.³⁶ Bu demokratik seçimin doğal bir sonucudur. Demokratik yönetimin temel göstergesi olan özgür ve bağımsız seçimlerin nihai sonucu, sonuca razı olmaktır. Bu sonuca ulaşmadan önce, özgür seçim yönetimi yaklaşımına başlangıçta kriter koymak, sonuca gönülsüz razı olma durumunu ortadan kaldıracaktır. Seçim sonucuna gönülsüz razı olmak, istenilen sonucu elde etmemekten daha başka bir anlam ifade etmektedir. Seçmenler seçimlerini özgür iradeleri ile yaparlarken önlere daha önce seçilmiş adaylar (candidates) çıkmaktadır. Bu adaylar seçilmiş olduğundan adayları belirleme kriterleri daha önceden yasa ile belirlenmiştir. İşte sorun da tam burada ortaya çıkmaktadır. Yasanın belirlediği kriterlerin yetersiz oluşu, seçilen kişinin de yeterli

kriterleri taşımaması anlamını taşıyacak, böylece yetkin olmayan kişilerin yerel yönetimde yer almasının önüne geçilemeyecektir. Vatandaşların oy hakları ile belirlediği seçilmişler, yetkinlik kriterlerine tam anlamı ile olması gereken açısından uyum sağlamadığında ise ortaya gönülsüz razi olma (gönülsüz kabul) durumu ortaya çıkacaktır. Bu noktada gönülsüz bir kabul yani özgür bir seçimde zorunlu seçimin yer alması, demokrasinin işlevselliğini sekteye uğratacaktır.³⁷ Yasal düzenlemelere uygun adayların eğitim, sektörel deneyim, iletişim ve diğer becerilerinin kriter olarak ortaya konulmuş olması sebebi ile bu kriterleri karşılamıyor olması, beraberinde yerel yönetimlerin ve özellikle de belediyelerin sosyal ve ekonomik ilişki ve kararlarını olumsuz yönde etkilemesine sebep olacaktır.

7. Bağımsızlık Şeffaflığının Sınırı

Bağımsızlık yerel yönetim bağlamında kararların bağımsız olarak alınabilmesi ve üst yönetimin onayına tabi tutulmamasıdır. Bağımsızlık şeffaflığı ise bağımsız yerel yönetim biriminin denetimle bağlı olduğu ancak onayına tabi olmadığı kararlarının denetime ve eleştiriye açık olmasıdır. Belediyecilikte bu anlayış, bağımsız bir belediyenin kararlarının yerel yönetim açısından denetime tabi olduğu birime (resmi kuruma) hukuka uygunluk denetimi veya yargı organlarının kararları dışında onay sorumluluğunun olmamasıdır. Belediyelerin kararlarını bağımsız alabilmesi, demokratik ve şeffaf yönetim ilkelerine ve aynı zamanda desantralizasyon ilkesine de uygun düşmektedir. Belediye başkanları bağımsız aldıkları kararları şeffaf bir şekilde ortaya koyarken, alınan kararların objektifliği ise bağımsızlığın şeffaflığının sınırını oluşturmaktadır. Belediye başkanı bazı yetkinlik kriterlerine uygun değilse, alacakları kararlar tartışmaya açık hale gelecektir. Alınacak her yanlış kararın temelinde de yine yetkinlik kriterlerinin yetersizliği yatacaktır. Böylece belediyenin alacağı kararların resmi ya da yargısal denetimi sınırının ötesinde yöneticinin yetkinlik kriterinin eksikliği de büyük bir sınır olarak karşımıza çıkacaktır.

8. Seçim Çalışmalarının Negatif Etkisi

Seçim çalışmaları her belediye başkanı seçimi için seçmenler üzerinde çok etkili ve önemli bir faktördür. Seçmenlerin, seçim çalışmalarında sosyal, dini ve ekonomik anlamda etkilenmelerini sağlamak mümkündür. Siyasi partilerin ideolojik etkilerini elbette azımsamamak gerekir. Ancak seçim çalışmaları, seçmenlerin beklentilerinin gerçekleşme olasılıklarını düşünmeleri ve bu beklentiler için uygun bir yol haritası çizebilmeleri için önemli bir etkidir. Seçim çalışmalarında belediye başkan adaylarının sloganları, seçmenler için vaatleri, belediyecilik anlayışlarını açıklayıcı bildiriler yapması, seçmenlerin pozitif ya da negatif etkilenmelerini sağlayacaktır. Seçim çalışmalarında seçmenlere verilen vaatlerin yerine getirilmemesi ve bu sonuçtan hareketle belediye başkan adaylarının adaylık süreçlerinde seçmenleri önünde uygulamak üzere sundukları politik ve stratejik planların başkan olduktan sonra yerine getirilmemesi, seçmenlerin gözünde bu seçim çalışmasının yeni kamu yönetimi anlayışına ters düşmesini sağlayacaktır.³⁸

9. Norm Kadroya Uygunluk Sorunu

Belediyelerde norm kadro, amaçlar toplamına hizmet eden bir yerel örgüt

biçiminin organ ve yapılarının görev, sorumluluk ve yetki dağılımlarına uygun bir düzende oluşturulmuş görev türleri düzenidir. Norm kadroda uygun görev dağılımları, uygun iş bölümü ile belirlenir. Belediyelerde norm kadroya uygun iş bölümleri ve görev tanımları yapıldıktan sonra, uzmanlık alanlarına uygun danışman ve mesleki anlamda uzman kişiler belediye kadrosunda çalıştırılır. Norm kadro tanımına uygun belediye personelinin en üst düzeyinde olan belediye başkanının yetkinlikleri ise norm kadroda tanımlanmış statülerle belirlenmiş asgari kriterlerin altında olmamalıdır.

10. Çözüm Önerileri

Pragmatist bir yaklaşımın etkisini giderek artırdığı küresel ekonomi ile sürekli etkileşen devlet başkentleri ve belediyeler yerelleşmektedir. Özellikle federal yapı içerisinde olan Amerika yönetiminde, federal yönetimin idari sorumlulukları ve yerel politika stratejileri giderek artan bir düzeyde yerel yönetimlere dağıtılmaktadır. Bu durum yetki devrini ifade etmek üzere “devolution” olarak ifade edilebilir.³⁹ Pragmatist yaklaşımların artışı, yerel yönetimlerin merkeziyetçi anlayıştan uzaklaşarak bağımsız ve özgür yönetim biçimlerine doğru yönelim sergilemesi, küreselleşmenin sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan yerel politikalara ağırlık kazandırma gayesi gütmeye devam etmesi, merkezi yönetimin etkisini gittikçe azaltmaktadır.

Belediyelerin yerel yönetimdeki etkin politikaları ve yetki sınırlarının genişliği, belediye başkanının da aynı yetkilerle donatıldığına açık bir işarettir. Belediye başkanı, büyük bir yerel yönetim olan belediyenin en başındaki lider kişisi olarak yasal temsili layığı ile yerine getirmelidir. Ancak bundan önce belediye başkanının bu makama en uygun adaylardan seçilmesi temel şart olmalıdır. Salt yaş, ikamet, vatandaşlık gibi bir kısım şartlar günümüz dünyasında belediye başkanlık kriterleri için yetersizdir. Değişen teknoloji, yerel yönetimlerin ağırlık kazanması, merkezi yönetimin yerel yönetimlere devri, yerel yönetimlerin yetki ve sorumluluklarını giderek artırmaktadır. Belediyelerin sadece ulusal bağlamda değil aynı zamanda uluslararası örgütlerle işbirliği içerisinde olan, devletin dış politikalarını açıkça etkileyebilecek düzeyde gelmiş yönetim birimleri olduğu unutulmamalıdır. Yerel yönetim yaklaşımı açısından federal sistemin pozitif yansımaları, ülke hukukunun temel yasal düzenlemelerine uygun düzeyde alınmalıdır. Desantralizasyon etkisinin giderek artmasını bir risk faktörü olarak düşünmemek, bilakis bu etki ile birlikte artan ihtiyaçlara cevap veren yerel yönetimler oluşturmak gereklidir. Bu da ancak, yerel yönetim birimlerine seçilecek kişilerin yetkinlik kriterlerinin doğru bir şekilde tespit edilmesi ve yasal düzen içerisinde entegre edilmesi ile mümkündür. Belediye başkanlığı seçimlerinde adaylarda aranacak kriter önerilerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

10.1. İkamet

Belediye başkan adayının, belediye sınırları içerisinde belirli bir süre ikamet etmiş olması şartı getirilmelidir. Belirlenecek bu süre bir yıldan az olmamalıdır. Bunun sebebi seçimi yapılacak belediye bölgesinin kültürel, ekonomik, demografik, coğrafi ve diğer yönlerden birçok bilgiye sahip olunması kriterinin yerine getirilmesidir. Gerçekten de belediyenin lideri olmak için önce belediyeyi değil belediyenin bulunduğu coğrafyanın siyasi, kültürel, ekonomik, politik, coğrafi, demografik ve buna benzer özelliklerini bilmek gerekir. Yerel yönetimde, “yerel” kavramının esası

bilinmeden “yönetim” olgusunu anlamaya ve uygulamaya çalışmak büyük başarısızlıklara neden olacaktır.

10.2. Oryantasyon

Belediyecilik için özel bir eğitim süreci öngörülmelidir. Belediye başkan seçimlerini kazanan adayların göreve atanmalarının öncesinde, belirli bir süre eğitime tabi tutulmaları gerekmektedir. Belediye başkanları belediye yönetiminde yapacakları işlerin, hukuksal döngülerin, politik görüşme ve müzakerelerin, mali ve sosyal stratejilerin, belediyenin görev ve sorumluluk alanlarını ilgilendiren konuların anlatıldığı bir eğitimi alması, yerel yönetim politikasının sürdürülebilirliği açısından da önemlidir. Oryantasyon görevin sürdürüleceği belediye hakkında geniş bilgiler vermeli, belediye çevresindeki halkın sosyal ve ekonomik ihtiyaçları açıkça anlatılmalıdır. Belediye bölgesinin dini, kültürel değerleri bu eğitim sürecinde eğitilenlere verilmelidir. Eğitimin kapsam ve sınırlarını belediyeyi denetlemeye yetkili resmi kurum belirlemelidir. Ancak söz konusu kapsam ve sınırlar belediye sınırları içerisinde yapılacak anket ve araştırmalar sonucunda belirlenmelidir.

10.3. Eğitim ve Öğrenim Şartı

Belediye başkanlarının belirli bir eğitim ve öğrenim düzeyine sahip olması kriterinin, belediye başkanlarının yetkinlikleri açısından ön şart olarak getirilmesi gerekir. Belediye başkanları yerel yönetimi idare eden yasal temsilcilerdir. Belediye başkanları kamu görevi ifa etmektedirler. Belediye başkanlarının belediye personellerini atamaya yetkili olmaları sebebiyle bu yetkilerini objektif kriterlere uygun bir şekilde kullanabilmeleri için belirli bir düzeyde eğitim ve öğrenim düzeyine sahip olmaları, örneğin asgari üniversite veya dengi okullardan mezun olmaları gerekir.⁴⁰ Bu kriter için belirli eğitim türleri seçilebilir.

Eğitim türleri ile getirilecek kıstaslar belediye başkanlarının yatay yönetim düzleminde personel ilişkileri bağlamında başarılı olmalarını da sağlayacaktır. Gerek personeller gerekse yerel yönetime tabi olan halk gözünde eğitim türü kriterini karşılamış olan belediye başkanı, bağımsız ve özgür seçim ile seçilmişliğin yanında objektif seçilmişlik kriterini⁴¹ de sağlamış olacaktır. Bu bağlamda salt oryantasyon kendi başına yeterli bir kriter değildir. Zira belirli bir donanımına sahip olmayan belediye başkanının oryantasyon konularını yeterince kavraması ve uygulama açısından sorunların üstesinden gelebilmesi, belirli bir eğitim donanımına sahip olmasına bağlıdır. Yine belediye içinde norm kadroya uygun şekilde oluşturulmuş mesleki uzmanlıklara sahip danışmanların bulunması belediyenin sürdürülebilirliğine çok fazla katkı sağlamayacaktır. Zira belediye, başkanı ile anılan bir yerel yönetimdir. Liderlik faktörü belediyecilikte önemli bir faktör olduğundan, belediye başkanının nasıl görüldüğü işletme yönetimi bağlamında vitrin için önemlidir. Belediye içindeki yatay yapılanmanın biçimi ve personellerin yetkinlikleri, elbette kayda değer öneme sahiptir. Ancak tepe noktada duran liderin vasıf ve yetkinlikleri dış perspektifte can alıcı düzeyde etkili ve önemlidir. Eğitim şartının üniversite düzeyinde olması kriterinin getirilmesi, yerel yönetim olan belediyenin yatay teşkilatlanmasında ve norm kadrosu içinde belediye başkanının eğitim ve öğrenim açısından diğer personellerle birçok yönden özellikle fikir birliği ve asgari yetkinlik anlamında çakışmasını da engelleyecektir.⁴²

10.4. Mesleki Deneyim

Belediye başkan adaylarının, belediyenin konu sınırları içindeki mesleklerde belirli bir süre için mesleki deneyime sahip olmaları şartının getirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de belediye başkanları özellikle ilk defa bu işi yapacak olanlar için belediyeciliğin amaç ve konularını kavrayabilmesi, uygulama ve teori arasındaki çizgileri fark edebilmesi zaman alacaktır. Belediyecilikte alınacak birçok kararın zamansal sınırları çok ani ve dar gereksinimler içerebilir. Hızlı ve etkin karar alabilmek için bazı meslek dallarında tecrübe sahibi olunması gerekmektedir. Mesleki deneyim, hızlı ve etkin karar almada tecrübeden faydalanmayı sağlar. Olası sorunlar karşısında çözümsel yaklaşımların sergilenmesi için mesleki deneyim çağrışım etkisi sağlar. Zira birçok sorunun çözümü ana hatları ile birbirine çok yakındır. Sorunların bir kısmının çözümü uygulanacak metodlar açısından, bir kısmı ise metodun uygulanma şekli açısından farklılık göstermektedir. Mesleki deneyim kişiye, yeni sorunlar karşısında önceki yaşanmış sorunların çağrışımıyla hangi metodun ya da nasıl uygulanacağı konusuna çağrışım yaparak yardımcı olacaktır. Mesleki deneyimler, belediye gibi yerel yönetimler ve özellikle de belediye başkanları için yönetim stratejileri açısından önemlidir.

10.5. Vatandaşlık Şartı

Belediye başkanı olunabilmesi için belediyenin tabi olduğu devletin ya da devletin sözleşmeci taraflarının üyesi olan devletlerin herhangi birisinin vatandaşı olunması gerekmektedir. Vatandaşlık şartlarını bu bağlamda yerel halka hitap etme ve yerel yönetimin tabi devletin dahil olduğu uluslararası örgütlenmenin sınırları içinde düşünmek gerekir. Buna en güzel örnek İngiltere verilebilir. Küreselleşmenin etkisi altında kalan devletlerin sosyal ve ekonomik anlamda birleşmeleri ve örgütsel yapılanma içine girmeye başlaması ile vatandaşlık kavramı günümüzde ayrı bir boyut kazanmaya başlamıştır. Bu nedenle seçmen bağlamında vatandaşlık kavramı yerel örgütlerin yönetilmesinde öz anlamından uzaklaşan bir kavramdır. Dolayısı ile vatandaşlık kriterinin belediye başkanının adaylık kriterleri açısından geniş düşünülmesi ve kriterlerin oluşturulmasında daha kapsamlı bir sınır çizilmesi, yerel yönetimin iyi yönetim biçimi içinde olması açısından önemlidir.

10.6. Yaş Sınırı

Yaş sınırı belediye başkanları adaylığında çoğunlukla 18 yaş, sınır olarak kabul edilmektedir. Yaş sınırının 18 olması, belediyecilik ve yerel yönetim anlayışı açısından sorunlar yaratabilir. Eğitim, mesleki tecrübe, liderlik özelliklerinin temelinde yatan oturmuş kişilik özellikleri her kişiye göre değişmektedir. Bu nedenle yaş sınırının kişilik özelliklerinin oturması, ruhen olgunluğa ulaşma kriterleri bağlamında yapılacak bir istatistik ile ortalama alınarak yapılması gerekir. Yaş sınırının uygun bir ortalama alınarak olgunluk yaşı olarak tespit edilmesi, belediye başkanlığı görevini hedef iş ya da hedef istek durumuna getirir. Kişisel planlamalar, mesleki düşünce ve hayaller ile uygun bir yaş sınırının çizilmesi belediye başkanlığı görevini hedef iş odağı haline getirir. Yaş tespitinde, belirli ve anlaşılır bir metodoloji kullanılmalıdır. Hukuki ve sosyal olguların tespiti ve sorunların çözümünde, uygun ve uygulanabilir bir metodoloji tercih edilmelidir.⁴³

Sonuç

Yerelleştirme ile devlet örgütlenmesinin görev sorumluluklarını yerel yönetimlerle paylaşması, yönetişimci devlet anlayışının geliştirilmesi; iyi yönetişimle birlikte şeffaf, hesap verilme olanağı yüksek bir anlayışın hakim olduğu bir yönetim anlayışı küreselleşme bağlamında zorunluluk haline gelmektedir. Önceleri gereksinim olan bu anlayışın globalleşme ile merkezîyetçilik karşıtı görüşleri birleştirmesi, yönetim anlayışına yeni bir boyut kazandırarak iyi yönetişim anlayışının zorunlu hale gelmesini tetiklemiştir. Gerçekten de merkezi yönetim zordur, hesap vermek güçtür, çoğu zaman şeffaf değildir, işleyiş ağırdır ve uzak yönetilen birim ve bölgelerin ihtiyaçlarını gerçek anlamda anlayamaz. Yerel yönetimler ise seçenlere daha yakındır ve sorunları yerinde görür. Bu nedenle var olan sorunlara çözümsel bakış açısı ile bakabilir ve ihtiyaçlara daha hızlı cevap verebilir.

Yerel yönetimin en önemli örneği belediyelerdir. Belediyelerin görev, sorumluluk ve hitap ettiği kitle düşünüldüğünde merkezi birimlerden bağımsız, özgür bir yönetim anlayışı ile yönetilmesi küreselleşen dünyanın en büyük gereksinimlerinden birisidir. Değişen teknoloji, farklılaşan ekonomik sistemler, hızla artan kişisel ve kitlesel ihtiyaçlar, çevresel kirlenmeler ve doğa olayları, belediyelerin yerel anlamda etkin bir rol oynadığını açıkça ortaya koymaktadır. Belediyelerin önemi ve sorumluluk alanları gittikçe artarken belediyeyi temsil eden, belediyenin görünen ilk yüzü olan belediye başkanlarının da belirli kriterlere uygun kişiler olmasını beklemek kaçınılmazdır. Belediye başkanları belediyelerin karizmatik liderleridir. Bu bağlamda hukuksal, sosyal, kültürel, coğrafi, siyasi, politik ve daha birçok konuda asgari bilgi ve donanımına sahip olmaları gerekmektedir.

Belediye başkanlarının adaylık süreçlerinde aranan kriterlerin artırılması gerekmektedir. Yaş, vatandaşlık, ikamet, oy hakkından mahrumiyet gibi sınırlamalar ve kriterler, günümüz çağdaş yerel yönetim politika gereksinim çitasının altında kalmaktadır. Yerel gereksinimler yetkin bir lider ile başarıya ulaşabilir. Sorunlara uzlaşmacı yaklaşan, donanımlı, tecrübeli, lider ruhuna sahip, eğitilmiş kişilerin belediye başkanı olması yönetilenlerin ve seçmenlerin de görünen yüzü olacaktır. Karizmatik lider anlayışının donanımlı ve yetkinliklerle birlikte düşünülmesi yeni yönetim politikalarının daha doğru bir şekilde işlemlerini sağlayacaktır. Belediyelerin hitap ettiği sayısız konuyu ve çağın gereksinimlerini en iyi, artırılmış yetkinliklere sahip belediye başkanları çözüme kavuşturabileceklerdir. Bu nedenle belediye başkanlarının seçilme yeterliliklerinin ulusal ve uluslararası bağlamda yeniden gözeticilerle çözüm önerileri ışığında yapılacak araştırma sonuçlarına uygun kriterler getirilmesi, araştırmalarda Fransa'da uygulanan ENA modelinin yüksek yöneticilerin yetiştirilmesi açısından dikkate alınması ve belirlenecek bu kriterlerin yasal düzenlemelere uygun bir şekilde entegre edilmesi gerekmektedir.

Dipnotlar

- 1- Michael Barzelay. *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*. California: University of California Press, 2001, s. 4.
- 2- Egemenlik, devletle özdeşleşmiş kamu gücünü gösterir. Demokrasi toplumun yapı taşları olan halkın, temsilcileri vasıtası ile kendilerini yönetmesidir. Özerklik, merkezi otoritenin baskısı altında kalmaksızın, yerel yönetime tabi olan halkın ihtiyaçlarını halk tarafından seçilmiş organlar vasıtasıyla karşılayan, kendi mali kaynaklarına sahip bir yönetim biçimidir. Bu üç kavram, yerel yönetimi anlamaya yardımcı olur. Ayrıntılı bilgiler için Bkz., Erdoğan, Teziç. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 152.
- 3- Karl Doehring. *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*. Çev. Ahmet Mumcu. Ankara: İnkılap Yayınları, 2001, s. 12.
- 4- Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 1999, s. 264.
- 5- Mehmet Akad ve Vural Dinçkol. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2002, s. 122.
- 6- Philip Selznick. *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation*. London: University of California Press, 1984, s. 143.
- 7- Bütünlük duygusu bir örgüte bağlı olmayı, birlikte hareket etme duygusunu, başarı ve başarısızlıkların birlikte paylaşılmamasını içerir. Ayrıntılı bilgi için Bkz., James M. Kouzes ve Barry Z. Posner. 3. Baskı, San Francisco: *The Leadership Challenge*, 2003, s. 143.
- 8- Federal Constitution of the Swiss Confederation için Bkz., <http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> ET: 26.05.2014.
- 9- George A. Coddig, Jr. *University of Colorado, Governing The Commune of Veyner: Politics In Swiss Local Government* için Bkz., <http://www.ditext.com/coddig/5.html> ET: 26.05.2014.
- 10- Loi sur l'administration des communes için Bkz. http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_b6_05.html ET: 25.05.2014. Loi sur l'exercice des droits politiques için Bkz. http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_a5_05.html ET: 25.05.2014. Règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques için Bkz. http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_a5_05p01.html ET: 25.05.2014.
- 11- Candidates and agents at mayoral elections in England için Bkz., <http://www.electoralcommission.org.uk/i-am-a/candidate-or-agent/mayoral-elections-in-england> ET: 26.05.2014.
- 12- The Local Authorities (Elected Mayors) (Elections, Terms of Office and Casual Vacancies) (England) Regulations 2012 için Bkz. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2012/336/pdfs/uksi_20120336_en.pdf ET: 24.05.2014.
- 13- Candidate Nominations için Bkz., http://www.towerhamlets.gov.uk/lgn/council_and_democracy/elections_voting/candidate_nominations.aspx ET: 26.05.2014.
- 14- Parliamentary Electorates and Elections Act 1912 No 41 için Bkz. ET: 25.05.2014.
- 15- Local Government Elections için Bkz. <http://www.dsdp.qld.gov.au/so-you-want-to-be-a-councillor/> ET: 24.05.2014.
- 16- Local Government Act 1993 No 30 için Bkz. <http://www.legislation.nsw.gov.au/viewtop/inforce/act+30+1993+FIRST+0+N> ET: 24.05.2014.
- 17- Brazil Constitution için Bkz. http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html ET: 24.05.2014.
- 18- Basic Law for the Federal Republic of Germany için Bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/english_gg/basic_law_for_the_federal_republic_of_germany.pdf ET: 24.05.2014.
- 19- Election Act için Bkz. [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-/%20Election%20Act%20\[RSC%201996\]%20c.%20106/00_Act%20106_05.xml#section52](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-/%20Election%20Act%20[RSC%201996]%20c.%20106/00_Act%20106_05.xml#section52) ET: 26.05.2014.
- 20- David Pearce, Edward Barbier, Anil Markandya. *Sustainable Development: Economics and Environment in The Third World*. London (UK): Earthscan Ltd., 1990, s. 2.
- 21- Jean Paul Faguet. "Decentralizing Bolivia: Local Government In The Jungle". LSE Research Online: 1-35, 2005, s. 4.
- 22- Ruth Meinzen-Dick, Monica Di Gregorio, Stephan Dohrn. "Decentralization, Pro-Poor Land Policies, and Democratic Governance". Capri Working Paper No.80: 1-36, 2008, s. 3.
- 23- Daniel Treisman, "Decentralization and the Quality of Government". UCLA (Center for Medieval Renaissance Studies): 1-29, 2002, s. 3-4.
- 24- Joachim von Braun ve Ulrike Grote. "Does Decentralization Serve the Poor?: IMF-Conference on Fiscal Decentralization 20-21 November in Washington D.C.". 1-31, 2000, s. 13.
- 25- Kate McLaughlin, Stephen P. Osborne, Ewan Ferlie. *New Public Management: Current Trends and Future Prospects*. New York: Routledge (Taylor & Francis), 2005, s. 167.
- 26- Claudia N. Avellaneda. "Do Politics Or Mayors' Demographics Matter For Municipal Revenue Expansion?". Taylor & Francis Press, Cilt 14, Sayı 8: 1061-1086, 2012, s. 1065.
- 27- Yerel yöneticiler vatandaş odaklı çalışmalı ve fayda-maliyet analizini dikkatli yapmalıdır. Ayrıntılı bilgi için Bkz., H.Burçin Henden ve Rıfki Henden. "Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumlarındaki Değişim ve E-Belediyecilik". Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 4 Sayı 14: 48-66, 2005, s. 58.
- 28- Ayrıntılı bilgi için Bkz., Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk, Devlet*. İstanbul: Der Yayınları, 1999, s. 340.
- 29- Dikkey ve yatay yapılanma ile siyasetçi, bürokrat ve iş dünyasının uyumunun Sivas şehrinin ekonomik gelişmesini hızlandırdığı yönündeki araştırma için Bkz. Murat Çökgezen. *Türkiye'de Devlet, Girişimcilik ve Yerel Kalkınma*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2012, s. 83.
- 30- Füsün Akarsu. "Enderun: Üstün Yetenekliler için Saray Okulu". *Üstün Yetenekli Çocuklar Seçilmiş Makaleler Kitabı*, İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları: I. Türkiye Üstün Yetenekli Çocuklar Kongresi Yayın Dizisi: 1, 2004, s. 99.
- 31- Okul ile ilgili detaylı bilgi için Bkz. <http://www.ena.fr/index.php?en/institution> ET: 04.06.2014.
- 32- Ayrıntılı bilgi için Bkz., B. Guy Peters ve Jon Pierre. *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The quest for control*. USA: Routledge, 2004, s. 84.
- 33- Ramazan Şengül. "Kamu Yönetiminde Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmesinde Okul Modeli: Fransa'da ENA Örneği". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*; 24: 291-298, 2009, s. 6.
- 34- Agranoff ve McGuire, a.g.e., 2003, s. 106.
- 35- Robert Agranoff ve Michael McGuire. *Collaborative Public Management*. Washington: Georgetown University Press, 2003, s. 20.
- 36- Guy S. Goodwin-Gill. *Free and Fair Elections*. Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2006, s. 120.
- 37- İdeal bir demokrasiye yönetim, halkın isteklerini tam anlamıyla karşılar. İdeal demokrasinin gerçekleşmesi zor olsa bile mümkündür. Ayrıntılı bilgi için Bkz., Arend Lijphart. *Çağdaş Demokrasiler*. Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. Ankara: Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneği, 1986, s. 1 vd.
- 38- Kuno Schedler ve Isabella Proeller. 5. Baskı, Stuttgart: *New Public Management*, 2011, s. 39.
- 39- Donald F. Kettl. *The Global Public Management Revolution: A Report on The Transformation of Governance*. Washington: The Brookings Institutions, 2000, s. 27.
- 40- Objektiflik kriteri için Bkz., Sulhi Dönmez. *Toplumbilim*, İstanbul: Beta Yayınları, 1994, s. 24.

- 41- Objektif seçilmişlik kriteri, seçimle gelmenin dışında, kişinin kendi başarı ve bilgisi ile gelmiş olduğu konumdur. Bu konum eğitim türü ve derecesi ile sağlanabilir. Örneğin hiçbir eğitim türüne sahip olmayan belediye başkanı sadece seçilmişlik kriterini karşılarken, akademik kariyer sahibi bir belediye başkanı ise objektif seçilmişlik kriterini karşılamış olacaktır.
- 42- Bu konu rol teorisi (role theory) ve çevrenin etkisi teorisi (impact of environment theory) ile açıklanabilir. Konu ile ilgili Bkz. John Dearlove. The Politics of Policy in Local Government: The Making and Maintenance of Public Policy in the Royal Borough of Kensington and Chelsea. New York: Cambridge University Press, 2011, s. 92 vd.
- 43- S. Ritz-Timme vd. "Age estimation: The state of the art in relation to the specific demands of forensic practise" Int J Legal Med. No 113: 129-136, 2000, s. 130.

Kısaltmalar

Art : Article

ENA : Ecole Nationale d'Administration

LAC : Loi sur l'administration des communes

LEDP : Loi sur l'exercice des droits politiques

LLP : The Law of Popular Participation (Popüler Katılım Yasası)

MBA : Master of Business Administration

REDP : Règlement d'application de la loi sur l'exercice des droits politiques

Elektronik Kaynaklar

- <http://www.dsdip.qld.gov.au/so-you-want-to-be-a-councillor/> ET:24.05.2014.
- <http://www.legislation.nsw.gov.au/viewtop/inforce/act+30+1993+FIRST+0+N> ET:24.05.2014.
- http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html ET:24.05.2014.
- http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/basic_law_for_the_federal_republic_of_germany.pdf ET:24.05.2014.
- http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/336/pdfs/ukxi_20120336_en.pdf ET:24.05.2014.ET:25.05.2014.
- http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/rsg_b6_05.html ET:25.05.2014.
- http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_a5_05.html ET:25.05.2014.
- http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_a5_05p01.html ET:25.05.2014.
- [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-/%20E%20--/Election%20Act%20\[RSBC%201996\]%20c.%20106/00_Act/96106_05.xml#section52](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/-/%20E%20--/Election%20Act%20[RSBC%201996]%20c.%20106/00_Act/96106_05.xml#section52) ET:26.05.2014.
- <http://www.ditext.com/codding/5.html> ET:26.05.2014.
- <http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> ET:26.05.2014.ET:26.05.2014.
- http://www.towerhamlets.gov.uk/lgn/council_and_democracy/elections__voting/candidate_nominations.aspx ET:26.05.2014.
- <http://www.ena.fr/index.php?en/institution> ET:04.06.2014.

KAYNAKÇA

AGRANOFF, Robert ve Michael McGuire. Collaborative Public Management. Washington: Georgetown University Press, 2003.

AKAD, Mehmet ve Vural Dinçkol. Genel Kamu Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 2002.

AKARSU, Füsün. “Enderun: Üstün Yetenekliler için Saray Okulu”. Üstün Yetenekli Çocuklar Seçilmiş Makaleler Kitabı, İstanbul: Çocuk Vakfı Yayınları: I. Türkiye Üstün Yetenekli Çocuklar Kongresi Yayın Dizisi: 1, 2004.

AVELLANEDA, Claudia N. “Do Politics Or Mayors' Demographics Matter For Municipal Revenue Expansion?”. Taylor & Francis Press, Cilt 14, Sayı 8: 1061-1086, 2012.

BARZELAY, Michael. The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue. California: University of California Press, 2001.

BRAUN, Joachim ve Ulrike Grote. “Does Decentralization Serve the Poor?: IMF-Conference on Fiscal Decentralization 20-21 November in Washington D.C”: 1-31, 2000.

ÇOKGEZEN, Murat. Türkiye’de Devlet, Girişimcilik ve Yerel Kalkınma. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2012.

DEARLOVE, John. The Politics of Policy in Local Government: The Making and Maintenance of Public Policy in the Royal Borough of Kensington and Chelsea. New York: Cambridge University Press, 2011.

DOEHRING, Karl. Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku). Çev. Ahmet Mumcu. Ankara: İnkılap Yayınları, 2001.

DÖNMEZER, Sulhi. Toplum Bilim, İstanbul: Beta Yayınları, 1994.

FAGUET, Jean Paul. “Decentralizing Bolivia: Local Government In The Jungle”. LSE Research Online: 1-35, 2005.

GOODWIN-GILL, Guy S. Free and Fair Elections. Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2006.

HENDEN, H.Burçin ve Rıfki Henden. “Yerel Yönetimlerin Hizmet Sunumlarındaki Değişim ve E-Belediyeçilik”. Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 4 Sayı 14: 48-66, 2005.

KETTL, Donald F. The Global Public Management Revolution: A Report on The Transformation of Governance. Washington: The Brookings Institutions, 2000.

KOUZES, James M. ve Barry Z. Posner. 3. Baskı, San Francisco: The Leadership Challenge, 2003.

LIJPHART, Arend. Çağdaş Demokrasiler. Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran. Ankara: Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneği, 1986.

MCLAUGHLIN, Kate, Stephen P. Osborne, Ewan Ferlie. *New Public Management: Current Trends and Future Prospects*. New York: Routledge (Taylor & Francis), 2005.

MEINZEN-DICK, Ruth, Monica Di Gregorio, Stephan Dohrn. "Decentralization, Pro-Poor Land Policies, and Democratic Governance". Capri Working Paper No.80: 1-36, 2008.

ÖKTEM, Niyazi ve Ahmet Ulvi Türkbağ. *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk, Devlet*. İstanbul: Der Yayınları, 1999.

PEARCE, David, Edward Barbier, Anil Markandya. *Sustainable Development: Economics and Environment in The Third World*. London (UK): Earthscan Ltd., 1990.

PETERS, B. Guy ve Jon Pierre. *Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: The quest for control*. USA: Routledge, 2004, s. 84.

RITZ-TIMME, S. vd. "Age estimation: The state of the art in relation to the specific demands of forensic practise" *Int J Legal Med*. No 113: 129-136, 2000.

ŞENGÜL, Ramazan. "Kamu Yönetiminde Yüksek Yöneticilerin Yetiştirilmesinde Okul Modeli: Fransa'da ENA Örneği". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*; 24: 291-298, 2009.

SCHEDLER, Kuno ve Isabella Proeller. 5. Baskı, Stuttgart: *New Public Management*, 2011.

SELZNICK, Philip. *Leadership in Administration: A Sociological Interpretation*. London: University of California Press, 1984

TEZİÇ, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

TREISMAN, Daniel. "Decentralization and the Quality of Government". *UCLA (Center for Medieval Renaissance Studies)*: 1-29, 2002.

ÜÇÖK, Coşkun, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 1999.



TÜRKİYE'NİN ACIL BİR ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İHTİYACI VAR MIDIR?*

Av. Teberdar ÖZDOĞAN*

Bir anayasa ne zaman yapılır, ne zaman değiştirilir veya ne zaman revize edilir?

2017 Anayasa değişikliğinin tarihsel, çevresel, sosyal ve siyasi koşulları hali hazırda var mıdır?

Daniel Defoe'nun Robenson Crouze isimli romanını ilk gençlik yıllarımda onlarca kez okumuşumdur. Özet çevirileri gibi tıpkı çevirisini de bilirim. Kahramanımız bir gemi yolculuğunda büyük bir denizde, belki Hint Denizinde gemisi alabora olan, kendinden başka bir canlı kalmamış biridir, kaza sonucu bir adaya karaya çıkar. Bir yaşam savaşı verir. Ortama uyum sağlar. Çok zaman sonra canlıların ayak izlerini görür, takip eder. Birileri bir kişiyi kesmeye çalışmaktadır. Onları kaçıtır. Mazlumu yanına alır. Alır ama düzeni bozulmuştur. Bu canlıyı alıştırmak gerekir ve bir takım kurallar koyar.

Bu kurallar ortaya iki kişilik bir devlet çıkarmıştır. Kendisi egemen, diğeri köle Cuma'dır. Koyduğu kurallarda kendisi egemen, kurtardığı kişi yönetilendir. Bu eser bir yalnız yaşam anlatımı olmayıp, bir oluşumu anlatan güzel bir eserdir. Romandan günümüze kadar gelen tarihsel bilgilere özetle bakalım.

İnançlarda Adem tek başına iken pek bir şey anlatılmaz. Havva'yı arayan Adem, onu bulduğunda kendine çeki düzen vermesi gereken bir pozisyonundadır. İkisinin de örtünme v.s. çabaları bir düzen ihtiyacıdır. Basit bir sulh ve sükunu çocuklarının çekişmesi bozar. Habil ile Kabil'in kavgası anarşidir ve kurallar konulmak gerekmiştir. Bu da tanrısal yaratılışın da sonuçta bir düzene evrilmesine örnektir.

İlahi seslenişlerden hakimiyet olarak doğan devlet yapılanmasında; süreçte iktidarla yönetilenler arasında egemenliğin sınırlandırılmasını gerektiren realite, bu kullanımdan artan çelişkilerin yeni arayışlardır. Günümüze kadar bu çelişki bazen kanlı sancılı, bazen de barış içerisinde kısmi uyum içerisinde giderilmeye çalışılmıştır. Egemenliğin sınırlandırılması, eşitlikçi toplum çalışmaları sonucu ortaya çıkan toplumsal düzene, kurala anayasa denilmektedir. Bu kurallar yazılı olabildiği gibi sözlü de olabilir. Bu uygulama klasik günümüz İngiltere örneğinde süregelmektedir.

* Avukat, Adana Barosu

** - BİLGİ: Bu yazı Anayasa değişikliği teklifi TBMM'de görüşülmekte iken kaleme alınmış, başlıkta yazıldığı gibi Türkiye'nin acil bir anayasa (kısmi) değişikliğine ihtiyacı olup olmadığı sorgulanmak amacıyla Adana Baro Başkanlığı'na sunulmuştur. 1954 yılından bu yana ülkenin siyasi ve sosyal yaşamını takip eden ve 1966 yılından bu yana da hukukçu olarak; uzunca bir süre siyasi çalkantının içinde kalan biri olarak düşünce açıklaması olması amacıyla kaleme alınmıştır. Bugün varılan nokta yukarıda sunduğum ne olmalıdır sorusu düşüncelerimin haklılığını daha da belirginleştirmiştir. Yukarıda yazdığım 1982 anayasasında yapılan dönemsel/kısmi değişiklikler bir fayda sağlamadığı gibi, son anayasa referandumu ile getirilen yeni hükümler içinden çıkılmaz bir sonuç göstermektedir. Bunun basit örneği partili cumhurbaşkanı hükmünün 1982 Anayasası'ndaki cumhurbaşkanı yeminindeki tarafsızlık ilkeleri karşısındaki pozisyonudur. Örnekler çok olmakla birlikte bu örnek açık bir görüntüdür. Anayasalar tanrısal önermeler değil, toplumsal ihtiyaçlarla şekillenen kurumlardır. İhtiyaca kafi görülmediğinde toplumsal uzlaşma ile her zaman yenilenmesi gereken kurumlar içermelidir. Fransa şu anda 5. Cumhuriyet Anayasası ile idare edilmektedir. Önemli olan sayılar değil, toplumun barış ve dayanışmasının devamını sağlamaktır.

Demek ki bir topluluk; bu toplulukta bir kurallar dizisi bulunmak zorunluluğu vardır. Başlangıçta toplumu teşkil eden bireylerin rızasının bulunup bulunmadığı sorunu güncel değildir. Tanrısal bir egemenlik olarak başlayan düzende sonsuza yakın yetkileri bulunan egemenlerin karşısında ezilen yönetilenler (her hangi bir hakkı bulunmayanlar) vardır. Düzen kavgası da bu eşitsizliğin giderilmesi mücadelesidir. Yani egemen bir yapının karşısında hak ve eşitsizliği ortadan kaldırma amacı vardır. Yani iktidarın sınırlandırılması gerekir ve tarih boyunca bu mücadele süregelmiştir. Egemene karşı ikincil egemenler, aristokratlar, ruhban sınıfı, feodaller, köylüler, emekçiler...

Yani anayasalar sınıflar arasında bir denge / dengesizlik rejiminin somutlanmasıdır.

Bu kısa başlıktan sonra OSMANLIDA ANAYASAL GELİŞMELERE gelemiz:

Bu makale amacı açısından dönem, çevre, uluslararası koşullardan soyutlanarak sürmek durumundadır. Tarihsel gelişimi hukukçulara ayrıntı ile anlatmak abes olduğu için o konuyu sürdürmek istemiyorum.

Özetle Türkiye'deki (öncesi osmanlıdan başlayarak) temel yasa gelişmelerine de kısaca göz atmak gerekir diye düşünmekteyim. Ve aslında bu süreç yorumlanmadan 2017 yılı Anayasa tartışmalarına girmenin yanlış olduğunu düşünmekteyim.

Türkiye'de (Osmanlı'yı da bu anlamda kullanıyorum) klasik bilgidir, ilk anayasa 1876 tarihlidir derler. Bu adı anayasa olan ilk metindir ama hükümlerin sınırlanmasının ilk belgesi 1808 tarihli Sened-i İttifaktır. Rumeli Ayanları ile padişah arasında bir protokol imzalanır. Ayanlar fiili güçlerine yazılı gücü eklerler. İktidarın sınırlandırılması veya yönetimde daha yüksek bir pozisyon edinmenin başlangıcı olarak bu belgeyi kabul etmek gerektiği de düşünülebilir.

Anadolu Rum Selçuklu Devleti ile takipçisi Osmanlı da hak mücadeleleri sürekli kanla bastırılmış, bu yönden entelektüel düzeyi sıfırlanmış bir toplumda bu mücadeleler kesilmiş görünürken; devletin imtiyazlıları ayanlar ile merkezi hükümet arasında bir mutabakatla Sened-i İttifak imzalanarak tali yöneticilerin özerkliği sağlanmıştır.

Takip eden 1839 Tanzimat Fermanı, 1856 Islahat Fermanı çıktığını gören bir devletin kaybettiği savaşların yanında uluslararası finans çevrelerinin talebiyle hazırlanmış vatandaşlık belgeleridir. 1876 1. Meşrutiyet Anayasası, 1908 2. Meşrutiyet Anayasası hem tarihsel zaruretlere sebebiyle ancak değişmeyen Egemen ile tali egemenlerin yapageldiği belgeler olmuştur.

Türkiye'nin 1921 Anayasası bir kırılma dönem anayasası olarak ayrı bir konudur. Burada İstanbul'da var olan egemenin kişiliği flulaştırılmış; ilk defa egemenliğin halkta olduğu kabulü belgelenmiştir.

Anayasanın amilleri yine de ikinci derecede yöneticiler ile Anadolu eşrafıdır. Ancak sultan ortada görünmemekte, hesapta olmayan, görünmeyen bir güç olarak Anadolu halkı resmi tarih sahnesine çıkmaktadır.

Buna karşın 1924 Anayasası da bir karşı kırılma belgesi niteliği ile dikkati çekmekte, yapıcılar 1908 ve 1921 organizatörleridir. Padişahlık ve Halifelik ortadan kaldırılmış; şimdilik kabaca Anadolu eşrafı olarak isimlendireceğimiz guruplarla ittifak edilerek; varlığı silinmemekle birlikte Anadolu halkı işlevsizleştirilmiş, bürokratik bir hegemonyanın temelleri atılmıştır.

Buraya kadar görebildiğimiz Osmanlının çöküş çare arama dönemlerinde hakim sınıfın toplumsal tabakalarının kah müştereken kah aralarında çekişerek, varlığın devamı için yapılan faaliyetlerle anayasaların oluşturulduğu. Tartışmaya şimdilik gerek görmediğimiz husus önceki yönetim tarzlarının ilahi olduğu savıyla keyfiliğe kaçmış bir uygulama olduğudur.

1924 Anayasası ise amaca ulaşan Osmanlı elitlerinin kendi iktidarlarını kilitlemesidir. İktidar Anadolu'dan seçilen 1908 Osmanlı dönemi partizanları ile Teşkilat-ı Mahsusa mensupları ve yüksek askeri bürokrasi arasında düzenlenmiş geriye kalan halk Cumhuriyet oyununun dışında bırakılmıştır. Kazananı belli bu gelişmelerin kaybedenleri de vardır. Başta saltanat, Hilafet ve Osmanlı Uleması kaybedenler safındadır. Saltanat ve sülaleye bağlı Halifelik kendini tarih sahnesinin dışına atmış, Ulema ise sadece 1924 Anayasasında kendisine verilmiş bir temsiliyetin arkasına gizlenmiştir Bu temsiliyet Diyanet İşleri Başkanlığı müessesesidir.

Gerçekten 1923 ile 1960 arasındaki Türkiye yönetimleri genel eğilimleri itibarıyla despotik bir karakter göstermektedir. 1950 yılına kadar tek partili, 1950 ile danışık bir iki partili yönetim izlenmiştir. 1950 yılında iktidara geçen Demokrat Parti; İttihat Terakki'nin, CHP'nin içinden yetişmiş insanların kurduğu bir parti olarak gelmiş, aynı yöntemleri kullanmaya gayret etmiştir.

1960 Anayasası bir kırılma anayasasıdır. Militarist bürokrasinin yönetime el koyması, aydınların oluşturduğu güne göre gerçekten demokratik bir anayasayı gün yüzüne çıkarmıştır.

1960 Anayasasına (kendisi de dahildir) kadar Türkiye'de bu anlamda bir sınıf mücadelesi olmamış; hiçbir anayasa da bir sınıf mücadelesiyle oluşturulmamıştır. Birinci egemenle ikincil egemenlerin siyasi mücadelesi ile anayasalar oluşturulmuştur.

1960 Anayasasına kadar yapılan anayasalar günün ilkeleri gerisinde hükümler taşımaktadır. İlk defa 1960 Anayasası temel hak ve özgürlükler gibi çağdaş benzeri ilkeleri bünyesine almıştır. Bu orijinal bir durumdur, yorumlanması zordur. Aydın bilim adamları yetişmiş ve Nato üyesi, Avrupa Konseyi üyesi bir devlette bulunması gerekir prensipler vazedilmiştir. En önemlisi laik, demokratik, sosyal hukuk vasıflı ve değiştirilemezliği vurgulanarak devletin temellerinin sağlamlaştırılması sağlanmaya çalışılmıştır. Ve direnme hakkı anayasa metni haline getirilmiştir.

Bu anayasanın getirdiği sonuçlar güne göre çağdaş ve ideal olmakla birlikte; bilimsel komisyon dışındaki hazırlık dönemi ileride sakıncalı sonuçlar doğurmuştur. Yani bu anayasa topal olarak yürürlüğe girmiştir.

Toplumanın yarısını teşkil eden Demokrat Partisi Kurucu Mecliste temsil edilmemiş, halkoılaması özgürce gerçekleştirilmemiştir. Halkoılamasında aleyhte fikir beyanı yapılamamıştır, muhalefetin kapı arkası söylemleri bile sıkıntılarla sürdürmesi sebebiyle 1961 anayasasının demokratik olduğu iddia edilemez. Düşük tabiriyle toplumun önemli bir bölümü sakıncalı sayılarak, onların da kabullenebileceği ilkelere önyargılı bir tavra yönelmelerine yol açılmıştır. Bu kısıtlama ve dışlama olmasaydı **gözlemlerime göre dp'ye oy veren kitleninde tasvip edebileceği** 1961 Anayasası kabul edilmiş olur ve yürürlüğü sıkıntılı, sonu 1971 ve 1980 değişikliği ve ilgası olmazdı.

Yassıada'ya kapatılan DP üst yöneticilerinin büyük bir bölümü, hele hele karar verici birkaç yöneticisi 1950 öncesi tek parti dönemi bakanı, başbakanı, milletvekili veya üst derece bürokratları olmasına rağmen; CHP'nin iktidardan düştükten sonra sarıldığı ilkeleri bir yana bırakarak, CHP geleneği ile aynı vasıflarla ülkeyi yönetmiş insanlar olarak tarihteki yerlerini almışlardır.

Gerçekten CHP 1946 çok partili hayata geçinceye kadar hele hele 1950 genel seçimleri sonrasına kadar çağdaş düzeyde bir devlet yönetme anlayışı ve amacı olmamıştır. 1954 seçimlerinden sonra bünyesine aldığı batılı eğitim almış unsurlarla gözü açılmış çağdaş düşünceleri ileri sürmeye başlamıştır.

1960 Kurucu Meclisine tutuklananların dışında muhalif olup olmayacakları bilinmeyen apriori olarak muhalif sayılan DP'lilerin çağrılmaması sonraki sosyal, siyasi hayatımızı on yıllar süren bir gerilim, terör ve katliamlarla birlikte birisi 1971 anayasa restorasyonu ile ikincisi 1982 Anayasasına bizi muhatap hale getirmiştir.

1961-65 yılları arasında geçiş olarak isimlendirilen dönemde bile askeri bürokrasinin müdahaleleri DP devamı siyasi hareketin el altından anayasayı tanımaz davranışlarına tepkisi söz konusu olmuştur. 1965 genel seçimlerinde tek başına iktidara gelen Adalet Partisi, kapatılan Demokrat Partinin devamı olup, bu parti mevcut anayasa ile çalışmayacağını belirtmiş ve uygulamalarında da doğrudan veya dolanarak mevcut anayasayı uygulamamaya çalışmıştır.

1965 genel seçimleri Türkiye tarihinde ilk defa ülkemizde sürpriz bir görüşü parlamentoya taşımıştır. Sosyalist olduğunu söyleyen Türkiye İşçi Partisi meclise girip grup kurmuştur. Bu olgu Türkiye'de bir ilktir. Yasaklı sayılan bir düşünce, yok farz edilen bir toplumsal tabaka (sınıf) siyasi hayatımızda sahnedeki yerini almıştır. Bu partinin anayasanın tastamam uygulanması talebi ile parlamento mücadelesine girmesi, bu anayasayı uygulamak istemeyen iktidarı rahatsız etmiştir. Kısa sürede CHP'nin, asker sivil aydın zümreci (bir nevi Baasçı) eğilimlerde bu tartışmanın yanında yer alınca; toplumsal hak talepleri ile 1968 yılında Üniversite öğrencilerinin Türkiye çapında gösterileri iktidarı ve destekçilerini arayışlara itmiş; bir Baasçı çalışmanın verdiği fırsatla; bir askeri cuntaya karşı bir başka askeri organizasyonla olan 1971 darbesi ile 1960 anayasasının getirdiği hak ve özgürlükler kısmen zedelenmiştir.

1971-80 yılları siyaset karşılıklı cinayetler, terör ve katliamlarla geçmiş; hiçbir parti tek başına iktidara gelememiş, ideolojik partilerin hükumete girmesi ile devletin ideolojisi bu yöne evrilmiştir. Kısaca demokrasiye dur demek isteyenlerin dediği

olmuş, bunun için gizli gizli elini ovuşturanlar devlet fonksiyonlarını işletmedikleri için 12 Eylül 1980 darbesi ile demokrasi tamamen ortadan kaldırılmıştır.

1982 Anayasası hazırlanışı, üzerindeki müzakereleri ve referandumunun bütün safhaları ile antidemokratik bir görünümle varlığını sürdürmektedir. Üzerinde birkaç defa günün zorunlulukları sebebiyle yapılan değişikliklerle anlamını da kaybetmiştir. Kaba tabiri ile ucube bir görünümü vardır. Deve de değil, kuş da değildir.

NEDEN YENİ BİR ANAYASA?

Türkiye birkaç yıldan bu yana yeni bir anayasayı gündemine almıştır. 1982'den bu yana hiçbir parti yeni bir anayasanın yapılmasını öncelikli amaç olarak ele almamıştır. Mevcut anayasa üzerinde yapılan değişiklikler daha çok uluslararası anlaşmaların getirdiği yükümlülüklerin yansıtılması olarak gerçekleşmiştir.

Sözle bu anayasaya halkın mahkum olmadığı edebi bir dille anlatılmış ve fakat bu yolda ciddi adımlar da atılmamıştır. Zira siyasi partiler daha çok kendi mensuplarını Cumhurbaşkanı seçtirmiş ve Milli Güvenlik Komitesi adıyla yöneten darbeci generallerin yürürlüğe koyduğu Siyasi Partiler Kanununu ile Seçim Kanununa dokunmamışlardır. Bu sonuncusu üzerinde bir çok değişiklik yapılmakla birlikte değişikliğin yapıldığı günlerin kendilerine sağlayacağı çıkarı hesaplamakla istedikleri sonucu elde etmeye çalışmışlardır.

Anayasalar toplumlar ve sınıflar arasında sağlanan denge rejimleridir. Türkiye'de hala bu dengenin sağlanması koşulları ortadan kalkmış değildir.

2014 yılında bu parçalı ve uzlaşmaz görünen parlamentoda kurulan anayasa komisyonunda 70'ten ziyade madde üzerinde uzlaşmış, teklif haline geleceği sırada iktidar partisi başkanlık rejimi teklif ettiğinde, bu konuda uzlaşma sağlanmamış ve komisyon dağılmıştır.

2007 ve 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği iktidarın daha da pekiştirilmesi amacıyla olmuş, mevcut çarpıklık daha da arttırılmıştır.

Gerçekten 1982 Anayasası temel hak ve özgürlükleri veriyor görünürken, bu hak ve özgürlüklerin kullanılmamasını zorlaştıran kurallarını da bünyesinde bulundurmaktadır. Bir iktidar dilediğinde ve sıklıkla yapıldığı gibi temel hak ve hürriyetleri uygulanamaz hale getirebilmektedir.

Yapıldığında Cumhurbaşkanı verilen yetkiler fazla olup parlamentarizmi sınırlayan bu yetkiler; 2010 yılında daha da artırılmıştır. 2010 yılındaki değişikliklerden önce 10. Cumhurbaşkanı seçilen Ahmet Necdet SEZER bu yetkilerin fazla olduğunu TBMM'de açıklamıştır. Üstüne verilen 2010 yetkileri parlamenterizm açısından daha da çarpık bir devlet yapılanmasını neden olmuştur.

Anayasalar uygulanmadıktan sonra, uygulayıcılar belirlenmiş ilkeleri içselleştirmedikten sonra kağıt üzerinde belgeler olarak kalmaya mahkumdur. Keyfiliğin panzehiri sendikalar, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları olup halen

TBB, TTB v.s. gibi kurumların fonksiyonları da zayıflatılmaya çalışılmakta; sendikalar kapıkulu haline getirilmektedir. Baskı guruplarının zayıflatılması mevcut yönetimlerin işine gelmiş, zararını toplum çekmektedir.

Nitekim mevcut cumhurbaşkanı halen yürürlükte görünen anayasaya uyma mecburiyeti hissetmediğini, fiili bir durumun mevcut olduğunu birkaç defa dillendirmekten çekinmemiştir. İnsanımız mevcut statükodan şikayetçidir. Dramatik olan durum her türlü yetkiyi ziyadesiyle kullanan mevcut cumhurbaşkanı da halini beğenmemekte, daha fazla yetkilerle donanmak istemektedir. Yani egemenler de yönetilenler de halinden memnun olmayıp; toplum ikiye ayrılmıştır. Sakıncalı statüko bile bozulmuştur.

Mevcut durum Türkiye'nin uygulanabilir, müeyyidelendirilmiş, toplumdaki tüm eğilimlerin üzerinde uzlaşabileceği bir yeni anayasaya ihtiyacı olduğunu göstermektedir. Göreceli olarak büyüyüp gelişen toplumsal yapımıza bu elbise çok dar gelmektedir. Ancak hemen şimdi gibi bir anayasa değişikliği talebinin geçerliliği de yoktur.

Günümüz koşulları mevcut parlamento yapısı toplumdaki sınıf ve tabakaları, etnik ve inanç yapılarını uzlaştıracak bir görünümde olmayıp; üstelik ayrışmayı körükleyen bir görünüm arz etmektedir.

Esasen genelde kısa vadeli çözümler gözetilerek, bir nevi bu amaçla sınırlandırılmış bir parlamentonun uzun vadeli bir toplum düzeni amaçlayan bir anayasayı yapması da sakıncalar doğurabilmektedir. Kısaca açıklanırsa 2015 yılında seçilen parlamento günlük ihtiyaçlar gözetilerek yapılmış seçimlerdir. 7 Haziranda şekillenen parlamento olağanüstü şartlar altında 1 Kasım'da yapı değiştirmiştir. Birincisinde mevcut iktidar % 60 oyla halkın güvenini kaybetmiş, ikincisinde ise bu oran şu veya bu saikle düşmüştür. Şimdi yapılan kamuoyu anketlerinde ise anayasa değişikliği önerisi halkın % 50 den ziyadesinin tepkisini çekmektedir. Öyleyse ideal olanı önce bir halk oylaması ile halkın bir yeni anayasa isteyip istemediği sorgulanmalı; evet halinde anayasa yapımı için bir kurul oluşturularak bu kurulun bir taslak hazırlamasıdır. Hazırlanan taslak halkoylamasına sunulmalı ve geçerliliği sağlanmalıdır.

Türkiye teklif edilen (ancak rejim değişikliği getiren) kısmi anayasa değişikliği teklifi ile büyük bir sıkıntıya düşecektir. Gerek 1920'deki birinci meclis ve gerekse ikinci mecliste 1924 Anayasası yapılırken yetkiler mecliste toplanmış, cumhurbaşkanı sınırlı yetki sahibi kılınmıştır. Mustafa Kemal şartlarını taşımayan çağımızda C. Başkanına daha fazla yetki talebi aşırı olup teklifin şu ya da bu şekilde kabulü toplumda yeni kargaşalara sebep olabileceği izlenimi görünümü vermektedir. Bu bakımdan teklifin ya TBMM'de ya da halkoylamasında kabul edilmemesi toplumun geleceği açısından faydalıdır.

Türkiye başkanlık rejimini tartışmalıdır. Bu talep tabu olarak bırakılmamalıdır. Dünya uygulamasında çeşitli başkanlık rejimi mevcuttur. Hangisi ve nasıl uygulanabilir. Bunların tartışılması elzemdir. Ancak bu tartışma kısa vadeli, olağanüstü şartlarda, söz ve yazı hürriyetinin hemen hemen kısıtlı olduğu, muhalefet beyanlarının kanun hükmünde kararnamelele susturulduğu bir ortamda bir tartışma yaratmanın imkansızlığını göstermektedir.

Dünyada benzeri uygulamalarda gerek kumu hukukunda gerekse sivil hukukta temel değişiklikler önce toplumda tartışmalara açılır. Sivil toplum kuruluşları ve uzmanlarda bu tartışmalara ortak edilir, istem olgunlaştıktan sonra yasama faaliyetine geçilir. Yasama faaliyeti de halka ve önerilerine açık tutulur. Örneğin Hindistan Anayasası yapılırken açıklık ilkesi uygulanmış ve Hindistan Halkından 2.000.000 (iki milyon) talep alınmış ve incelenmiştir. Keza Alman Medeni Kanunu değişikliği, İtalyan Ceza Kanunu değişikliği teklifleri on yıllarca kamuya açık tartışılmıştır.

Yapılan ve şu anda mecliste görüşülmeye başlanan teklif bir hükümet biçimi değişikliği değil, bir rejim değişikliğidir. Rejim değişikliği Kanun Hükmünde Kararnamelerle karartılmış bir ortamda sağlıklı olarak tartışılmaz. 15 Temmuz darbe kalkışmasından sonra 20 Temmuzda Türkiye'de darbe tehlikesinin izale edildiği, bir daha teşebbüs edilemeyecek bir hale geldiği ilan edilmesine rağmen art arda çıkarılan kanun hükmünde kararnameler amacından ziyadesiyle taşmıştır. Antidemokratik ülkelerin başkanlık rejimleri benzeri hükümler taşımakta; Cumhurbaşkanına olağanüstü yetkiler vermekte, yasama, yürütme, yargılama erkleri fonksiyonsuz hale getirilmektedir.

Bu türlü uygulama İslam ve Osmanlı dönemlerinin acı tecrübeleri ile yüzyıllarca yaşamış toplumu yeniden tek adam rejimi ile karşı karşıya getirecektir. Geçmişteki uygulama yanlışlarının intikamı yeni yanlışlarla alınamaz. Kötünün kötü ile mukayesesi abestir.

Bu değişiklik teklifinin TBMM'den geçebileceğini düşünmekteyim. Yapılacak şey -ki bunda en büyük görev hukukçulara düşmektedir- bütün zorluklarına rağmen halkoylamasında bu meclis kararının reddi için çabalamaktır.

Bu teklif kanunlaşır veya kanunlaşmaz her halükarda hukukçular halkımızın demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ihtiyacını sürekli güncelleştirmelidir. Bunun için diğer meslek odaları, kaldığı kadarı ile sivil toplum kuruluşları ile dayanışma içinde olunmalıdır.

Yeni arayışlarda çift meclis, özerk anayasa mahkemesi, özerk hakimler ve savcılar kurulu, müeyyideleştirilmiş cumhurbaşkanlığı, demokratik baskı guruplarının güvence altına alınması, özgür sendikacılık ve toplu sözleşme hakkı özetle demokratik haklar, sosyal güvenlik haklarının güvence altına alınmasının faydaları topluma anlatılmalı; hatta bu tasarı halkoyuna gittiğinde de bu tasarrının sakıncaları yanında ülkemizin sıkıntılarının sebebi olarak saydığımız hususların olmayışı ile sorunların yaşandığını izah etmek temel prensip olmalıdır.



EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE SOSYAL GÜVENLİK VE YARDIM ÖDEMELERİNİN TASFİYESİ

Av. Emrah SÖKMEN*

Edinilmiş mallara katılma rejiminde sosyal güvenlik ve yardım ödemelerinin tasfiyesi konusunda Türk Medeni Kanununda iki temel madde vardır ve tasfiyenin bu maddeler çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

Türk Medeni Kanununun md.219/2 2.bentte “sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler” edinilmiş mal olarak kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun md.228/2 de ise “Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya işgücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır” düzenlemesiyle tasfiyenin nasıl yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu kapsam içerisinde değerlendirilecek emekli ikramiyesi ve üye olunan sandık ve vakıflar tarafından yapılan ödemeler, kıdem tazminatı ödemeleri, bireysel emeklilik ödemeleri ve OYAK ödemeleri konusunda açıklama yapılmaya çalışılacaktır.

I. Emekli İkramiyesi ve Üye Olunan Sandık ve Vakıflar Tarafından Yapılan Ödemeler

TMK md.219 uyarınca; sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir. Ancak tasfiyede TMK md.228/2 uyarınca yapılacak hesaplamada mal rejiminin sona ermesinden sonra bakiye hayat süresine tekabül eden kısmı o eşin kişisel malı olarak kabul edilmektedir. Yani bu tazminatın mal rejiminin sona ermesinden önceki döneme ait kısmı edinilmiş mal, mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme ait olan kısmı ise kişisel mal olarak kabul edilmektedir.

TMK md.235/1 “Mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar,tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar” hükmü uyarınca emekli ikramiyesi ve üye olunan sandık ve vakıflar tarafından yapılan ödemelerin tasfiyeye dahil edilebilmesi için mal rejiminin sona erdiği anda (TMK md.225) mevcut olması ya da ikame kuralı uyarınca bu emekli ikramiyesiyle başka bir malvarlığı alınmış olması gerekmektedir. İkame değer yaratmayacak şekilde evin normal ihtiyaçlarına

* Avukat, ADANA BAROSU

harcanmak suretiyle tüketilmişse, edinilmiş mal olarak hesaplamaya esas alınmayacaktır. Toptan ödemenin yerine geçen ikame değer söz konusu ise bu değer esas alınarak edinilmiş mal veya kişisel mal hesaplaması yine TMK 228/2 uyarınca yapılacaktır. (PMF tablosuna göre; aşağıda ayrıntılı açıklaması vardır.)

Dolayısıyla emeklilik koşullarını taşıdığı halde emekli olunmamış ve emekli ikramiyesi alınmamışsa Sosyal Güvenlik Kurumuyla yapılacak bir yazışmayla emeklilik ikramiyesi rakamı belirlenip bu rakamın tasfiyesi yoluna gidilemez. Bu anlamda emekli ikramiyesi ödemesi bir beklemece hak değildir.

“...mal rejiminin devamı sırasında elde edilmiş bir malvarlığı olmadan,diğer bir ifade ile davalıya üye olduğu sandık ve vakıflar tarafından yapılmış bir ödeme,malvarlığına giren bir değer bulunmadan ileride elde edilebilecek malvarlığı değeri (beklemece=beklenen ileride ödenebilen haklar) üzerinde tasfiye yapılması mümkün değildir....” (Y.8.HD 2011/6900 E-2012/305 K.,2011/5910-6967)

“Sosyal yardım kurum ve kuruluşlarından yapılan ödemenin, tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nun 235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır.....” (Y.8.HD 2015/16958 E-2015/21471 K.) (8.HD.2014/22868 E-2016/5807 K.)

Mal rejiminin sona erme tarihinden önce (TMK md.225) alınmış bir emeklilik ikramiyesi ve üye olunan sandık ve vakıfların yaptığı ödemenin nasıl tasfiye edileceği ise TMK md.228/2 de düzenlenmiştir. Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarında da şu şekilde ifade edilmiştir.

“... Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla PMF (population masculin féminin) tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır. Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur. Emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nun 235/...) ya da bu para kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıklarının tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır. Açıklanan hesaplama yöntemi mal rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde

uygulanır.” (Y.8.HD.2015/7419 E-2016/16283 K.)

Söz konusu Yargıtay kararına yakından baktığımız da ise şu sonuçlara ulaşmaktayız;

A-) Kararda bahsedilen hesaplama yöntemi mal rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi halinde uygulanacaktır. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda, eş ölmeden önce emekli ikramiyesi almışsa bu ikramiyenin tamamı edinilmiş mal sayılmalıdır.

B-) Hesaplama ise şu şekilde yapılacaktır:

a) Emekli olduğu tarih itibariyle - PMF tablosu kullanılarak- ay cinsinden bakiye ömrü bulunur.

b) Mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle - PMF tablosu kullanılarak- ay cinsinden bakiye ömrü bulunur.

c) Aldığı Emekli ikramiyesi/a (emeklilik tarihi itibariyle bakiye ömür)= bu şekilde toptan ödeme değil de irat olarak ödenseydi aylık ne kadar alacağı bulunur

d) bXc bu şekilde boşanma dava tarihi itibariyle emekli ikramiyesinin miktarı bulunur

e) cX12=bu rakam yıllık gelirin başlangıcı olarak kabul edilerek boşanma dava tarihinden bakiye ömrün sonuna kadar yıllık %10 indirimlere tutularak peşin sermaye değeri bulunacaktır.

f) e'de bulunan rakam kişisel mal olarak kabul edilecek, emekli ikramiyesinin e de bulunan rakamdan çıkartılmasıyla da emekli ikramiyesinin edinilmiş mal kısmı bulunulacaktır.

Yukarda da belirttiğimiz üzere emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu olabilmesi için TMK md.235/1 uyarınca mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması ya da bu para kullanılarak başka bir malvarlığına (=ikame kuralı) sahip olunması gerekmektedir. Emekli ikramiyesi mevcut olmayıp da tüketilmişse;

1) TMK md.229 şartları oluşmuşsa edinilmiş mal olarak hesaba katılacaktır.

2) Emekli olduktan sonra boşanma dava tarihine kadar geçen çok kısa sürede emekli ikramiyesinin harcanması hayatın olağan akışına aykırı olduğundan mevcut olmasa bile fiili karine olarak mevcut olarak kabul edilmelidir. Ancak bu bir fiili karinedir ve karinenin aksi her zaman ispat edilebilir.

“...dava konusu bağımsız bölümün ...TL'ne alındığı ve taşınmazın alımında davalının emeklilik ikramiyesinin kullanıldığı hususunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır....cevap yazısında göre davalıya taşınmazın alımından

yaklaşık bir ay önce 06.09.2002 tarihindeTL emekli ikramiyesi ödenmiştir. Mahkemece, emeklilik ikramiyesinin ödenmesinden çok kısa süre sonra alındığı göz önünde bulundurularak taşınmazın tamamının emekli ikramiyesi ile alındığının kabulü ile....” (Y.8.HD.2015/7419 E-2016/16283 K.)

Eşlerden birinin emekli olmadan ölmesi ve sonradan emekli sandığı tarafından ölen eşin yakınlarına toplu para ödemesinin yapıldığı durumlarda, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 89. maddesi uyarınca ölen eşin dul ve yetimlerine ödenen toplu para miktarı, aynı kanunun mülga 68. maddesine göre belirlenmektedir. Bu maddeye göre dul eşi %50, çocuk, ana ve babaya ise %25'er oranda ödeme yapılmaktadır. Ödemeye ilişkin yasal koşulların oluşması durumunda, emekli sandığı tarafından hak sahiplerine ödenecek toplu para yukarıda açıklanan esaslara göre yapılmaktadır. Emekli sandığı tarafından ödenecek toplu parayı, hak kazanan kişiler Emekli Sandığı Kanunu'nda açıkça belirtilen kişilerdir. Başka bir anlatımla, hak sahibi ölen eş (iştirakçi) değil kanunda belirtilen kişiler (dul eşi, çocukları, annesi veya babası) olduğundan terekeye dahil mal sayılmaz. Mal rejiminin devamı süresince edinilen mallar tasfiyeye gireceğinden, bu para da mal rejiminin devamı sırasında eşi ödenen para olmadığından mal rejiminin tasfiyesi davasının konusu olmaz.

Diğer yandan, az yukarıda da belirtildiği gibi, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar tasfiye edilir. Ölümden sonra hak sahiplerine ödenen bu para mal rejiminin sona erdiği ölüm tarihinde mevcut değildir. Başka bir açıdan da bakıldığında, emekli sandığı tarafından ödenen para, ölen eşin yakınları arasında kanunen kabul edilen düzenlemeye göre zaten paylaştırıldığından, ayrıca bir de mal rejiminin tasfiyesi hükümlerine göre ikinci kez paylaştırılması karışıklığa neden olabileceği gibi adil de olmaz.

Mirası ret hakkının düşmesini düzenleyen 4721 sayılı TMK'nun 610/2.madde de *“ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez.”* hükmüne yer verilmiştir.

Bu maddeye göre, ölenin terekesini kabul eden mirasçı, mirası reddetme hakkını kaybetmiş sayılır. Yargıtay'ın miras hukukuna ilişkin istikrarlı uygulamalarına göre, mirasın ölümünden sonra hak sahiplerinin dul ve yetim maaşını ya da toplu ödemeyi kabul etmesi, az yukarıdaki açıklamalar ile aynı doğrultuda ölenin terekesini kabul sayılmadığından, mirası ret hakkını kaybetmediği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın miras hukukuna ilişkin bu uygulaması da görüşümüzü doğrulamaktadır. (Yargıtay 8.HD.Başkanı Fahri AKÇİN'in TBB Mal Rejimleri Hukuku eğitim seminerindeki makalesinden alınmıştır.)

Her ne kadar TMK md.235 ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında mevcut malların tasfiyeye gireceği kabul edilmiş ve bu çerçevede emekli ikramiyesinin de tasfiyeye konu olabilmesi için mal rejiminin sona erdiği tarihte mevcut olması şartı var ise de mal rejiminin sona ermesi anından önce emeklilik şartı taşıdığı için emeklilik başvurusu yapılmış ve ödeme bekleniyorsa ve ödeme de mal rejiminin sona ermesinden sonra ödenmişse kanımızca bu emeklilik ikramiyesi var gibi kabul edilip

tasfiyeye konu olabilir.

Bu konu doktrinde şu şekilde ifade edilmiştir;

“..örneğin eşler arasında boşanma davası 10.12.2012 tarihinde açılmıştır. TMK.nun 225/2 fıkrası gereği, eşler arasındaki mal rejimi, boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermiştir. Ne var ki, çalışan eşlerden biri veya her ikisi boşanma davasının açıldığı 10.12.2012 tarihinden önce 30.11.2012 tarihi itibarıyla emekliliklerini istemişler, ancak henüz emekli ikramiyesini almadan boşanma davasını (biri veya her ikisi) açmışlardır. Eşler 30.11.2012 tarih itibarıyla emekliliklerini istediklerine ve bu tarihten itibaren geçerli olmak üzere emekli ikramiyesine hak kazandıklarına göre ödeme aralarındaki mal rejiminin sona erdiği 10.12.2012 tarihinden sonra da yapılmış olsa, mal rejiminin sona erdiği tarih itibarıyla mevcut edinilmiş mal kabul edilerek (çünkü hakkın kazanıldığı 30.11.2012 tarih itibarıyla hesaplama esas alınacak miktar artık bilinmektedir) TMK.nun 228/2.fıkrası gereğince yapılacak hesaplama sonunda, evlilik birliği (mal rejimi) süresine karşılık gelen miktarın tasfiyede yani artık değer hesabında yer alması gerekmektedir. .” (Yusuf Uluç, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, sf.319)

Son olarak şunu da belirtelim ki emekli maaşı edinilmiş maldır. (Y.8.HD. 2012/1252 E-2012/7397 K.)

II. Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Ödenen Tazminatlar

TMK md.219/3 uyarınca çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların da edinilmiş mal olduğu kabul edilmiş yine aynı şekilde TMK md.228/2 uyarınca da hesaplamanın nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Yukarıda 1.bentte emekli ikramiyesi için yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. İş kazası veya trafik kazası sonucu oluşan maluliyetten kaynaklanan tazminat ödemeleri buna örnektir.

III. Kıdem Tazminatı Ödemeleri

“...Dosya içeriğine ve toplanan delillere göre, davalının iş akdi 22.06.2009 tarihinde fesh edilerek 52.204,73 TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesi uyarınca, en az bir yıl süre çalıştıktan sonra ayrılan işçiye, işveren tarafından, çalıştığı her bir tam yıl için ücretinin otuz günlük tutarı kadar ödenen tazminattır. Kıdem tazminatını hak etmek için, en az belirtilen süre kadar çalışmak ve yasada açıklanan koşullarda iş akdinin sona ermesi yeterli olup, prim ödenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Başka bir anlatımla, geçmişe dönük çalışma karşılığında ve çalışma süresiyle orantılı olarak ödenen primsiz tazminat sistemidir.

743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin çalışmanın karşılığı olarak elde edilen gelir ve dolayısıyla hak edilen kıdem tazminatı kişisel mal (TKM 189), 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonraki çalışma karşılığında elde edilen gelir ve hak edilen

kıdem tazminatı ise edinilmiş mal grubuna girer (TMK 219/1). Eşin çalışma süresinin hem mal ayrılığı hem de edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemlere yayılması durumunda ise, her bir döneme isabet eden çalışma süresi ve gelir durumu esas alınarak oranlama yapılmak suretiyle, kıdem tazminatının kişisel ve edinilmiş olan miktarları belirlenir.

Tüm bu açıklamalara göre, öncelikle iddia ve savunma doğrultusunda davalı eşin kıdem tazminatını hak ettiği işyerindeki çalışmasını, süresini ve ödenen kıdem tazminat miktarını gösteren belgeler bulunduğu yerlerden getirtilerek dosya arasına konulmalıdır. Sözü edilen değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi için gerek görülmesi durumunda konusunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden de yardım alınmalıdır. Kıdem tazminatının tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nın 235/1) ya da bu tazminat kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır.

Somut olaya gelince; taraflar, 03.03.1973 tarihinde evlenmiş, 05.10.2009 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, 13.09.2011 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TKM 170.m), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 sayılı yasanın 10, TMK 202/1.m). 52.204,73 TL kıdem tazminatı, davalı eşe 22.06.2009 tarihinde ödenmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (4721 s.lı TMK 179 m).” (8. Hukuk Dairesi 2015/2052 E., 2016/9060 K.)

Yukarıdaki Yargıtay ilamı kıdem tazminatının tasfiyesindeki ilkeleri ortaya koymuştur. Söz konusu ilamdan çıkartılacak sonuçlar şunlardır;

A) Kıdem tazminatı,4867 sayılı İş Kanununun 120.md.si gereğince yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunun 14.md.si uyarınca, en az 1 yıl süre çalıştıktan sonra ayrılan işçiye, işveren tarafından,çalıştığı her bir tam yıl için ücretinin otuz günlük tutarı kadar ödenen tazminattır. Kıdem tazminatını hak etmek için, en az belirtilen süre kadar çalışmak ve yasada açıklanan koşullarda iş akdinin sona ermesi yeterli olup,prim ödenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Başka bir anlatımla, geçmişe dönük çalışma karşılığında ve çalışma süresiyle orantılı olarak işveren tarafından ödenen primsiz tazminat sistemidir. Bu nedenledir ki Kıdem tazminatı **işveren tarafından ödendiğinden sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarınca yapılan bir ödeme olmadığından TMK md.228 kıdem tazminatına uygulanması mümkün değildir.**

B) 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu döneme ilişkin çalışmanın karşılığı olarak elde edilen gelir ve dolayısıyla hak edilen kıdem tazminatı **kişisel mal (TKM 189), 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden sonraki çalışma karşılığında elde edilen gelir ve hak edilen**

kıdem tazminatı ise **edinilmiş mal** grubuna girer (TMK 219/1). Eşin çalışma süresinin hem mal ayrılığı hem de edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemlere yayılması durumunda ise, **her bir döneme isabet eden çalışma süresi ve gelir durumu esas alınarak oranlama yapılmak suretiyle**, kıdem tazminatının kişisel ve edinilmiş olan miktarları belirlenir.

Dolayısıyla 743 sayılı TKM dönemine isabet eden kıdem tazminatı, kişisel mal; 4724 sayılı TMK dönemine isabet eden kıdem tazminatı ise edinilmiş mal olarak kabul edilecektir. Her bir döneme isabet eden çalışma süreleri ve gelir durumları dikkate alınarak oranlama yapılarak kişisel, edinilmiş mal ayrımı yapılacaktır.

C) Kıdem tazminatının tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nun 235/1) ya da bu tazminat kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır.

*“...Tasfiyesi talep edilen kıdem-ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücreti davalıya mal rejimi sona erdikten sonra 01.12.2010 tarihinde verilen çıkış belgesi uyarınca ödendiği anlaşılmaktadır. TMK'nın 219. maddesi uyarınca, edinilmiş mal olarak tasfiye kapsamında kabul edilmesi gereken mevcut malvarlığı kapsamındaki alacaklar muaccel hale gelmiş (TBK.m.90) alacaklardır. Boşanma dava tarihi itibarıyla belirtilen **kıdem-ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücreti alacağının muaccel hale gelmediği, bu nedenle tasfiyede hesaplama katılması** ve bunlara yönelik talebin reddi gerekirken; mahkemece, muaccel kabul edilip tasfiyeye tabi tutulması ve bu suretle fazla miktarda alacağa hükmedilmesi isabetsiz olmuş bozmayı gerektirmiştir.” (Y.8.HD.2014/353 E.2015/10752 K.)*

TMK md.235/1 uyarınca ve Yargıtay'ın istikrarlı kararları uyarınca mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut mallar tasfiyeye girdiği halde Yargıtay 8.HD aşağıdaki içtihadından da anlaşılabacağı üzere aslında alınmadığı halde (eşin uhdesinde olmadığı halde) 1475 sayılı İş Kanununun 14/5.md.sindeki sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını taşıdığı için kıdem tazminatı almaya hak kazanılması ve ödenmesinin mümkün olması halinde kıdem tazminatının mevcut olduğunu ve tasfiyede dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.

“...Somut olaya gelince taraflar, 14.10.1984 tarihinde evlenmiş, 13.09.2007 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, 21.10.2011 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır....Tüm dosya kapsamı, toplanan deliller, ...yazısı ve eklerine göre; davalı kocanın Depo Müdürlüğünde işçi statüsünde 11.12.1978 tarihinden itibaren çalışmaya başladığı, davalının 07.04.2005 tarihli müracaatına istinaden yapılan inceleme sonucu 7758 gün sigorta ödediğinin tespiti ile evlilik birliği içerisinde 11.04.2005 tarihi itibarıyla yaşlılık aylığı kazanma şartlarını yerine getirmiş olduğu anlaşılmaktadır. Davacı eşin, evlilik tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar olan döneme ilişkin katılma alacağı mevcut değilse de 01.01.2002 tarihinden mal rejiminin sona erdiği 13.09.2007 tarihine kadar ki davalıya çalışma karşılığı ödenen kıdem tazminatında katılma alacağı mevcuttur.

*Mahkemece yapılacak iş, 1475 sayılı Yasa'nın 14/5. maddesi de göz önünde bulundurularak ilgili kurumdan mal rejiminin sona erdiği tarih itibariyle davalı eşin kıdem tazminatı hakedip etmediği sorulup belirlenmeli, **kıdem tazminatının belirtilen tarihte ödenmesi mümkün ise** yukarıda belirtilen ilke ve esaslar göz önünde bulundurularak davacı eşin katılma alacağı belirlenmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (8.H.D 2015/1569 E.,2016/7206 K.)*

IV. Bireysel Emeklilik ve Sigorta Kuruluşlarınca Yapılan Ödemeler

“Açıklanan bu kanuni düzenlemelere göre; bireysel emeklilik sonucu yapılan toplu ödeme ya da irat şeklindeki maaş ödemelerinin hangi mal grubundan sayılacağı, bireysel emeklilik için ödenen primlerin ait olduğu mal grubuna göre belirlenir. Bireysel emeklilikte biriken para, primleri edinilmiş mal grubundan karşılanmışsa edinilmiş mal, kişisel mal grubundan karşılanmışsa da kişisel mal sayılacaktır. *Primlerin hangi eş tarafından veya hangi mal grubundan ödendiğinin kanıtlanamaması durumunda ise, az yukarı da açıklanan TMK'nun 222.maddesinin 2 ve 3.fıkraları göz önünde bulundurularak mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştirilmelidir.*

Somut olaya gelince; eşler, 26.07.1990 tarihinde evlenmiş, 09.02.2010 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, kesinleşmesiyle boşanmışlardır.

Kural olarak mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerlenimle hesaba katılırlar (TMK. md. 235/1). Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır (TMK. md. 228/1). Bu açıklamalara göre belirlenebilir beklemece hakların da mal rejiminin tasfiyesi sırasında göz önünde bulundurulması gerekir. Yargıtay'ın ve Dairemizin uygulaması da bu yöndedir. Dava konusu yapılan bireysel emeklilik sisteminde biriken iştirâ bedelinin mal rejiminin sona erdiği tarihte belirlenmesi mümkün olduğu gibi sistemden çıkılmasını yasaklayan herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır. Mal rejiminin sona erdiği 09.02.2010 tarihi itibariyle davalı eşin sistemden ayrılması halinde ödenebilecek iştirâ bedelinin ilgili sigorta şirketlerinden sorularak belirlendikten sonra bu miktar mevcut kabul edilerek yukarıda açıklanan ilke ve esaslar doğrultusunda mal rejiminin tasfiyesine ve davacı eşin alacak miktarının hüküm altına alınmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” (8.HD.2016/5647 E-2016/6710 K.) (Benzer nitelikte karar 8.HD. 2009/1547-2759,2012/4529-4593)

Bireysel emeklilikle ilgili yukarıdaki içtihattan çıkartılacak ilkeleri şu şekilde belirtebiliriz;

A) Bireysel emeklilikte biriken para, primleri edinilmiş mal grubundan karşılanmışsa edinilmiş mal, kişisel mal grubundan karşılanmışsa da kişisel mal sayılacaktır. Primlerin hangi eş tarafından veya hangi mal grubundan ödendiğinin kanıtlanamaması durumunda ise, TMK'nın 222. maddesinin 2 ve 3. fıkraları göz önünde bulundurularak mal rejiminin tasfiyesi gerçekleştirilmelidir.

B) Bireysel emeklilikte biriken para belirlenebilir beklemeceli hak olarak kabul edilmektedir.

C) Bireysel emeklilik sisteminde biriken iştiraa bedeli mal rejiminin sona erdiği tarihte belirlenmesi mümkün olduğu ve sistemden de çıkılmasını yasaklayan bir hüküm olmadığı için bu iştiraa bedelleri mevcut kabul edilmekte ve tasfiyesi yapılabilmektedir. Başka bir deyişle iştiraa payı üzerinden hesaplama yapılmakta, sigorta şirketine yazılacak bir yazıyla eşin mal rejiminin sona erdiği tarihte ne kadar para vereceği sorulmalı ve bildirilen bu rakama karar tarihine kadar TEFE-TÜFE ye göre faiz işletilerek karar verilmeli/tasfiye gerçekleştirilmelidir.

Yargıtay daha eski tarihli bir kararında ise mal rejiminin sona erdiği tarihte henüz bir ödeme yapılmamışsa mevcut olarak kabul etmediği için tasfiyede dikkate alınmayacağına hükmetmiştir.

“TMK 235/1 uyarınca mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı nazara alınarak Yapı kredi Bireysel emeklilik tarafından davalıya ödenen özel emeklilik ikramiyesinin 17.01.2008 tarihinde ödenmiş olup mal rejimi sona erdiği anda mevcut olmadığı ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile..” (8.HD.2014/2873 E.2015/9920 K.)

Aynı şekilde *“...hayat sigortası ile ilgili ödemenin boşanma dava tarihinden sonra ödenmesi sebebiyle mal rejimi sona erdiğinde henüz davalının mal varlığında olmadığından tasfiyeye katılmayacağına...” (8.HD 2012/10185 E-2013/5232 K.)*

Yargıtay aşağıdaki ilamdan da anlaşılacağı üzere ölüm sebebiyle ödenen ferdi kaza sigortası ödemesinin ölüm tarihi öncesi (mal rejimi sona ermeden önce) ödenmesinin imkanı olmadığı için başka bir deyişle ödeme yapılması ölümle birlikte ortaya çıktığı için edinilmiş mal değil ölen eşin kişisel malı olarak değerlendirmiştir.

*“...Katılma alacağına konu ve tarafların murisi M.. C..E..adına ölümünden önce çalıştığı şirket tarafından AIG Sigorta AŞ'ye yaptırılan ferdi kaza sigortası poliçesinin 12.10.2006 başlangıç ve 21.09.2007 bitiş tarihli olduğu, yaşam kaybı için 100.000 TL teminat içerdiği, murisin işyeri Vodafone Telekomünikasyon tarafından prim ödendiği görülmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık ferdi kaza sigortası neticesi taraflara ödenen miktarın tasfiye edilip edilemeyeceği ve davacı lehine katılma alacağına hükmedilip edilemeyeceği noktasındadır. Dava konusu ferdi kaza sigorta poliçesi incelendiğinde, poliçe sebebiyle oluşan dava konusu 100.000 TL ödemenin muris ve poliçe sigortalısı M..C.. E.. 'un ölümü ile meydana geldiği, bu ödemenin miras payları oranında mirasçıları davacı ve davalıya ölüm tarihinden sonra yapıldığı açıktır. Kural olarak resmi evlilik birliği içinde edinilen mallar, mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olması durumunda tasfiyede dikkate alınmaları gerekir.(TMK m.235/1) Evlenme öncesi veya mal rejimi sona erdikten sonra taraflardan birinin edindiği malın tasfiyeye dahil edilmemesi gerekir. **Ölüm sebebi ile ödenen ferdi kaza sigortası ödemesinin ölüm tarihi öncesi (mal rejimi sona ermeden önce) ödenmesi imkanı***

olmadığına, evlilik içinde bir karşılığı da bulunmadığına göre TMK'nun 219 ve 228.maddelerinden hareketle edinilmiş mal sayılması ve hesaplama yapılması da mümkün değildir. Mevcut olayda mal rejiminin muris M.. C..E..un 16.01.2007 tarihinde ölümü ile sona erdiği belirlendiğine, **dava konusu ferdi kaza sigortası poliçesi sebebiyle ödeme yapılması durumu ölüm tarihi itibarıyla ortaya çıktığına ve taraflara yapılan ödemeler de ölüm tarihinden (mal rejimi sona erdikten) sonra 11.03.2007 tarihinde yapıldığına göre bu ödemeye ilişkin miktarın kişisel mal olduğu** ve tasfiyeye dahil edilemeyeceği, bu nedenle davacının davasının reddine karar verilmesi gerektiği gözden kaçırılarak edinilmiş mal olarak değerlendirilip mal rejiminin tasfiyesinde göz önünde bulundurulması, artık değer kabul edilerek hesaplama yapılması ve yazılı şekilde davacı lehine katılma alacağına hükmedilmesi doğru olmamıştır.” (Y.8.HD.2014/3702 E- 2014/13956 K.)

V. OYAK Ödemeleri

A) “...OYAK tarafından 20.07.2005 tarihinde, ön birikim fonundan davalıya 6.809 TL rezerv alacağı ödendiği, davalının 14.11.2010 tarihinde ...'nden ayrıldığı, 54.297,55 TL emeklilik yardımının 3/4'lük bölümünün talep üzerine Emekli Maaş Sistemi'ne aktırıldığı, 1/4'lük bölüm karşılığı olan 13.574 TL'nin ise 01.12.2010 tarihinde davalıya ödendiği, sistemde bulunan paranın ise en erken Aralık 2013 yılında çekilebileceği anlaşılmaktadır. Ön birikim rezervi 2005 yılında, emekli yardımının 1/4'lük bölümü 2010 yılında davalıya ödendiğine, davacı tarafça harcamaların davacının katılma alacağını azaltılmasına yönelik olduğu ileri sürülüp ispat edilemediğine göre evlilik birliği içerisinde yapılan bu ödemelerin, olağan ihtiyaçların karşılanmasında kullanıldığının kabulü ile tasfiye alacağına dahil edilmemesi gerekir.

Davalının Emekli Maaş Sistemi'ndeki kalan 3/4'lük emeklilik yardımına gelince; 228/2. Madde de, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik yardımının toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla PMF (population masculin féminin) tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 09.08.2011 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanması gerekir.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal

rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir.” (Y.8. H. D. 2015/13847 E., 2016/3115 K.)

B) “.. eşler, 17.05.1990 tarihinde evlenmiş, 12.10.2011 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK m. 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM m. 170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 sayılı yasanın m. 10, TMK m. 202/1). Tasfiyeye konu araç, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 15.06.2005 tarihinde satın alınarak, davalı eş adına tescil edilmiştir; **davalının OYAK emeklilik maaş sisteminde boşanma dava tarihinde 130.600,00 TL rezervi bulunmaktadır. ... emeklilik sisteminde, primlerin tahsilinde kamu gücü kullanıldığından ve kamusal amacı doğrultusunda sosyal rizikonun (yaşlılık) gerçekleşmesiyle ödeme yapıldığından TMK'nun 228/2 maddesi uygulanır.**

Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 179). Yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca yapılan incelemede; Mahkemece, davalının ...'taki emekli maaş sistemi üzerindeki hakkı üzerinden alacağı hükmedilmişse de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda yapılan hesap, Kanuna uygun şekilde yapılmamıştır. Mahkemece, TMK'nun 228/2. maddesinde gösterilen usulde hesaplama yapılması için önceki bilirkişiden ek rapor alınması, bu şekilde sonuca gidilemediği takdirde yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak, gerçekleşecek sonuca göre, ... emekli maaş sistemindeki alacak hakkında bir karar verilmesi gerekirken; eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” (Y.8. H.D.2015/16958 E. 2015/21471 K.)

C) “OYAK emeklilik maaş sistemindeki para davalının 21.04.2005 tarihinde emekli olması üzerine ödenen emekli ikramiyesinin 1/4'ünün sisteme aktarılması ile biriken paradır. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 179).

Davalının OYAK' la ilgili temyiz itirazlarına gelince:

Davalının 21.04.2005 tarihinde emekliye ayrılarak aldığı emekli ikramiyesinin 1/4'ü olan 9.255,41 TL'yi OYAK emekli maaş sistemine tevdi ederek üç ayda bir emekli maaşı almayı amaçladığı, davacının davalının emekli olduğu 2005 yılından sonraki döneme ilişkin OYAK emeklilik sistemindeki parasına yönelik katılma alacağı talebinde bulunduğu; bu paranın davalının talebiyle ömür boyunca irat bağlanması için emekli olduğu tarihte emekli ikramiyesinden ayırdığı 1/4 miktara karşılık geldiği için bu miktarın tamamı TMK'nun 228/2. maddesi uyarınca davalının kişisel malı olarak hesaba katılmalıdır. Geriye tasfiye tarihinde katılma alacağı mal ve değer kalmadığı için bu talep yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, farklı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır, bozmayı gerektirmiştir.” (Y.8. H. D. 2015/13840 E., 2015/18067 K.)

D) “...Mal rejiminin devamı sırasında, sosyal yardım kurum ve kuruluşlarından (OYAK emekli maaş sistemi) toptan ödeme yapılması durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla PMF (population masculin féminin) tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 07.02.2012 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermayeye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Sosyal yardım kurum ve kuruluşlarından yapılan toplam ödemenin, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur.

Sosyal yardım kurum ve kuruluşlarından yapılan ödemenin, tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nun 235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır. Somut olaya gelince; eşler, 28.08.1994 tarihinde evlenmiş, 07.02.2012 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün kesinleşmesiyle boşanmışlardır.

Yukarda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca yapılan incelemede; tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, davalının 16.09.2009 tarihi itibarıyla emekli olduğu, boşanma dava tarihinden önce emekli olması nedeniyle davalıya ödenmesi gereken 91.321,51 TL emeklilik yardımının tamamının yeniden Oyak Emeklilik Maaş Sistemine aktarıldığı gerek SGK gerekse Oyak Genel Müdürlüğü yazı cevabından anlaşılmaktadır. O halde, emeklilik maaş sistemine aktarılan miktar üzerinden TMK'nun 228/2. maddesi gereğince bu miktarın mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraya isabet eden bölümünün yukarıda açıklanan kurallar gözetilerek peşin sermayeye çevrilmiş değerinin davalının kişisel malı olduğu dikkate alınarak bakiye miktarın artık değer kabul edilmesi ve buna göre davacının katılma alacağının hesaplanması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. ” (Y.8. H.D. 2015/2161 E., 2016/9456 K.)

Yukarıdaki Yargıtay ilamlarından OYAK emeklilik sisteminden ödenen paraların tasfiyesiyle ilgili olarak şunları söyleyebiliriz:

1-) Pirimlerin tahsilinde kamu gücü kullanıldığından ve kamusal amacı doğrultusunda sosyal rizikonun (yaşlılık) gerçekleşmesiyle ödeme yapıldığından TMK'nun 228/2 maddesi uygulanır. Yani OYAK ın yapmış olduğu ödeme TMK md.219 uyarınca edinilmiş maldır ancak tasfiyesi yapılırken TMK md.228/2 dikkate alınacaktır.(Yukarda 1.bentte Emekli İkramiyesiyle ilgili yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.)

2-) OYAK emekli Maaşı Sistemi, üyelerin emeklilik halinde OYAK'la olan ilişkilerini devam ettirebilecekleri bir Sistem'dir. Emekli Maaşı Sistemi, Emeklilik

Yardımları almaya hak kazanarak OYAK daimi üyeliği sona erecek üyelerin, Emeklilik Yardımlarının 1/4'ünü, 2/4'ünü, 3/4'ünü veya tamamını bırakarak, OYAK gelirleri ve Sosyal Hizmetlerinden yaşamları boyunca yararlanmalarına imkân tanımaktadır. Yani üyeler emeklilik ikramiyelerinin bir kısmını nakit olarak almakta geriye kalanını ise sisteme aktarmakta ve bu şekilde her ay maaş almaya devam ettirmektedirler. İşte sistemde bıraktıkları bu rakam yönünden TMK md.228/2 uyarınca hesaplama yapılarak edinilmiş, kişisel mal ayrımı yapılmaktadır.

3-) Sistemde bırakmayıp aldıkları paralar yönünden ise edinilmiş mal olarak değerlendirilerek mevcut olup olmamasına, hayatın olağan akışı içerisinde harcanıp harcanmadığına ve TMK md.229 koşullarına göre değerlendirme yapılacaktır.



SIRA CETVELİNE MUVAZAA NEDENİYLE İTİRAZ DAVASI

Av. Arb. Uğur UÇURUM*

Borçlular, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla şüpheli tasarruflarda bulunabilmektedirler. Maalesef bu tarz şüpheli işlemler çoğu zaman karşımıza kanun eliyle yapılmak suretiyle çıkmaktadır. Cebri icranın temelini teşkil eden “alacaklıların adil biçimde tatmini” prensibi doğrultusunda, kanun koyucu bu safhada iyi niyetli alacaklılara çeşitli imkânlar tanımıştır. Bu imkânlar içerisinde, iyi niyetli alacaklının alacağını alabilmesine olanak sağlayan sıra cetveline itiraz davası karşımıza çıkmaktadır.

Bir icra takibinde, icra dairesi takip konusu alacağın gerçek manada var olup olmadığını araştırma yetkisine haiz değildir. Bu sebeple gerçekte alacağı olmayan kişilere pay ayrılmış olabilir. Asılsız bir alacağın sıra cetveline girmiş olması, gerçek alacaklıların alacağına ulaşma imkânını ortadan kaldıracabileceğinden, diğer alacaklıların bu durumu kabullenmeleri beklenemez. Alacaklılar da bu aşamada icra dairesince hazırlanmış olan sıra cetveline itiraz etmek koşuluyla alacaklarına ulaşabilmektedirler.

I. GİRİŞ

Sıra cetveline muvazaa nedeniyle itiraz davasına başlamadan önce, kısaca paraların paylaşılması safhasından başlayarak, tamamlama haczi, sıra cetveli, sıra cetveline itiraz yollarına değinmek yerinde olacaktır.

Bir icra takibinde; haczedilen malların satışından elde edilen bedel, hacze iştirakte bulunan alacaklılara hisselerine göre paylaşılır.¹ İcra memuru ilgililerin talebini beklemeden re'sen paraların paylaşılması işlemine başlar²(İİK md. 138).

Satıştan elde edilen bedel, alacaklının alacağını tamamen karşılamazsa ve borçluya ait başkaca mallar varsa İİK md. 139 hükmü gereğince “*tamamlama haczi*” yapılır. Tamamlama haczi yapılmasına karşın bedel bütün alacaklıların alacağını karşılamıyorsa icra müdürlüğünün, İİK md.140 hükmü gereği bir sıra cetveli³ düzenlemesi ve sonra bunu alacaklılara tebliğ edip kesinleşmesini beklemesi gerekmektedir (İİK md.141).

İİK'nun 140/1. maddesi hangi hallerde sıra cetveli düzenleneceğini belirlemiştir. Yargıtay'a göre sıra cetveli düzenlenmesi için dosyada mutlaka para bulunması zorunlu değildir.⁴ Ancak kanunun bu maddesi kapsamında anlaşılabileceği üzere dosyaya para intikal etmemiş hallerde dairece sıra cetveli düzenlenmemesi gerekmektedir. Bu sebeple, uyumsuzluk maaş haczinin sırasına ilişkinse, dairece

* Adana Barosu Avukatı / Ç.Ü SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi.

ayrıca sıra cetveli üzerinde birden fazla haciz varsa bunlar sıraya konur ve sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez. Buna göre “*maaş haczine ilişkin işlemler*” sıra cetveli yerine geçeceğinden dosyada düzenlenmiş bir sıra cetveline gerek yoktur.⁵ Buna karşın Yargıtay güncel kararlarında, düzenlenen bir sıra cetvelinde, hacizlere ilişkin takip dosyası (takip tarihi, haciz tarihi, alacak miktarı gibi) bilgilerine, ipotek veya hapis hakları varsa bu hakların tesis edildiği tarihlere ve dayanak bilgilerine yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu sebeple “*işyeri tarafından yapılmış maaş hacizleri ile ilgili yapılan sıralamanın İİK'nun 140/1.maddesinde tanımlanan sıra cetveli niteliğinde olmadığını*” belirtmiştir.⁶

İcra müdürlüğünce düzenlenen sıra cetveline karşı koymak isteyen alacaklı, ya “*şikayet yolu*” ile icra mahkemesine başvurarak ya da genel mahkemede “sıra cetveline itiraz davası” açarak itiraz edebilir⁷ (İİK md.142). Alacaklı, sıra cetvelindeki sıraya itiraz etmek istiyorsa (md. 142/III) veya icra memurunun sıra cetveli düzenlenirken takip hukuku hükümlerine aykırı harekette bulunması sebebiyle itirazda bulunacaksa⁸ ancak icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurulabilecektir.

Eğer, alacaklı takip hukuku kurallarının yanlış uygulandığını iddia etmeyip sıra cetveline dâhil edilmiş olan başka bir alacaklının alacağına itiraz etmek istiyorsa, bu durumda o alacaklıya karşı genel mahkemede sıra cetveline itiraz davası açılması gerekir (İİK md.142). Burada da uygulama içinde oldukça sık karşımıza çıkan, kendisinden sıra itibarıyla önde bulunan alacaklıya karşı açılan sıra cetveline muvazaa nedeniyle itiraz davası önem arz etmektedir.

Sıra cetveline karşı muvazaa nedeniyle itiraz davasına geçmeden önce, muvazaa kavramından bahsetmek yerinde olacaktır.

II. MUVAZAA

A) Tanımı

Muvazaa, 818 sayılı Türk Borçlar Kanununun 18. Maddesine benzer nitelikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19. Maddesinde düzenlenmiştir.

TBK md. 19- “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*

Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.” hükmü ile genel muvazaa düzenlenmiştir.

Türk Hukuku'nda doktrin ve uygulama açısından geniş bir yere sahip olan muvazaa, çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanım yapmak gerekirse muvazaa, tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan görünüşte yaptıkları hukuki işlemin hiç hüküm doğurmaması ya da görünüşteki işlemin arkasına gizleyip gerçek iradelerine uygun olarak gerçekleştirdikleri işlemin hükümlerini

doğurması yönünde anlaşmalarıdır.⁹ Uygulamada ise açıklanan beyanların gerçek maksatlarına uymadıklarını bildikleri halde, tarafların kastettikleri durumdan başka bir ilişkide kendilerini anlaştırmış gibi göstermeleri hali olarak tanımlanmıştır.¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi ise muvazaayı, “taraflar, irade beyanlarının objektif anlamını bağlı bulunan hukuki sonuçların meydana gelmeyeceğini kararlaştırdıkları ve böylece sırf görünürde bir sözleşme kurmak istedikleri takdirde yaptıkları işleme muvazaalı işlem” demek suretiyle tanımlamıştır.

Hem doktrin hem de uygulama açısından yapılan tanımlara bakıldığında muvazaadan bahsedebilmek için, a) Tarafların, üçüncü kişileri aldatmaya yönelik *görünürde işlem yapmış olmaları*, b) Taraflar arasında muvazaa anlaşması olması, c) Üçüncü kişileri *aldatma kastı* unsurlarını taşıması gerekmektedir. Bu üç unsurun varlığı halinde mutlak muvazaa söz konusu iken, ayrıca d) Tarafların yaptıkları anlaşmanın *gizli işlem* olması halinde nisbi muvazaa söz konusu olacaktır.

B) Muvazaanın Çeşitleri

Muvazaa; mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılmaktadır.

1- Mutlak Muvazaa

Mutlak muvazaa, tarafların gerçekte bir işlem yapmak istemedikleri halde, sırf üçüncü kişilere karşı bir işlem yapma izlenimini vermek için görünüşte bir işlem yapmaları halidir. Muvazaanın bu türünde taraflar, gerçekte hiçbir işlem yapmamakta ve üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünüşte bir işlem gerçekleştirmektedir.¹¹ Mutlak muvazaanın uygulamada en çok karşılaşılan örneği, alacaklısının takibinden kurtulmak isteyen borçlunun, mallarını, daha önceden anlaştığı arkadaşına devretmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

2- Nisbi Muvazaa

Nisbi muvazaa, tarafların gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları bir işlemi, iradelerine uymayan görünüşteki bir işlemle gizlemeleri şeklinde tanımlanmaktadır.¹² Nisbi muvazaada gözden kaçırılmaması gereken nokta, mutlak muvazaadan farklı olarak gizli işlem varlığıdır. Nisbi muvazaaya; gayrimenkulün değerinin, gerçek değerinden daha düşük gösterilmesini veya bağış yapılan bir gayrimenkulün, tapuda satış yapılmış gibi gösterilmesini örnek olarak verebiliriz. Örneklerden de anlaşılacağı üzere taraflar, gerçek iradelerine uygun olan bu işlemi, başka bir işlem ile gizlemektedirler.

C) Muvazaalı İşlemin Hükümsüzlüğünün İstisnaları

6098 sayılı TBK'nun 19. maddesinin 2. fıkrası gereğince, yazılı borç ikrarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişilere karşı muvazaa iddiasında bulunulamaz.

Yine 6098 sayılı TBK'nun 183. maddesinin 2. fıkrası gereğince, alacağın temlikine

ilişkin olarak, devir yasağı içermeyen, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğu savunması ileri sürülemez.

4721 sayılı TMK'nun 1023. maddesi gereğince, muvazaalı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmazsa, görünürde malik lehine olan tapu kaydına iyi niyetle güvenerek ondan taşınmazı iktisap eden kişinin kazanımı korunur ve ona karşı muvazaa iddiası ileri sürülemez.

Diğer bir istisna ise, bilindiği üzere tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar menkul hükmündedir.¹³ Dolayısıyla gizli işlemin konusunu tapusuz bir taşınmaz oluşturuyorsa, 4721 sayılı TMK'nun 988. maddesi gereğince, satışın arkasına gizlenen bağışlama sözleşmesi geçerli olacaktır.

Muvazaalı işlemim iddiasının ileri sürülmesi, 4721 sayılı TMK'nun 2. maddesinin 2. fıkrası gereğince, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlarda muvazaa iddiası dinlenemeyecektir.

Yargıtay içtihatlarıyla getirilmiş diğer bir istisna ise, davalı alacaklının alacağının daha önce bir tarihte doğmuş olması durumunda muvazaadan bahsedilemeyecektir. Bu husus da doktrinde tartışma konusu olup, esasa ilişkin bir dava şartının içtihatlarla getirilemeyeceği savunulmuştur.¹⁴

D) Muvazaanın Hüküm ve Sonuçları

Pozitif hukukumuzda, muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen bir kanun hükmü yoktur. Bu husustaki ilkeler mahkeme içtihatları ve doktrinde belirlenmiştir.

İçtihatlar ve doktrinde ki ortak sonuç, tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlem, ister mutlak muvazaa, ister nisbi muvazaa olsun işlem geçersizdir, batıldır. Muvazaalı işlem taraflar arasında alacak ve borç doğurmaz.¹⁵

III. DAVA

Sıra cetveline karşı koymak isteyen alacaklı, sıra cetveline alınmış olan bir alacaklının alacağına veya hem alacağına hem de sırasına itiraz etmek istiyorsa alacaklıya karşı sıra cetveline itiraz davası dava açması gerekir. Muvazaa iddiası da alacağın esasına ilişkin olduğundan, muvazaa iddiasında bulunan alacaklı, sıra cetvelinde kendisinden sıra itibarıyla önde bulunan alacaklılara karşı sıra cetveline itiraz davası dava açması gerekir.

A) Davanın Niteliği

Muvazaa iddiasında bulunan alacaklı, kendisinden sıra itibarıyla önde bulunan alacaklılara karşı, o alacaklıların gerçekten alacaklı olmadıklarını, borçlu ile anlaşarak muvazaalı bir alacak-borç ilişkisi doğurduklarını ve bu muvazaalı ilişki sebebiyle kendisine bir pay kalmadığını yahut çok az bir pay kaldığını söyleyerek sıra cetveline

itiraz davası açmaktadırlar. Bu dava esas itibariyle *tasarrufun iptali davası* niteliğinde bir davadır. Bu ise aslında tasarrufun iptali davası şeklinde ileri sürülmesi gereken bir iddianın sıra cetveline itiraz davası şeklinde ileri sürülmesinden başka bir şey değildir. Ancak, ispat yükü bölümüne geldiğimizde açıklanacağı üzere, tasarrufun iptali davalarındaki ispat güçlüğüne aşmak amacıyla ve takibe olan doğrudan etkileri nedeniyle, davacı davasını tasarrufun iptali davası şeklinde değil sıra cetveline itiraz davası şeklinde açmaktadır.¹⁶

B) Süre

Sıra cetveline itiraz davası açma süresi yedi gündür (İİK md. 142). Yedi günlük süre, sıra cetvelinin itiraz eden alacaklıya tebliğinden itibaren işlemeye başlar.¹⁷ Bu süre içinde itiraz davası açılmazsa, sıra cetveli kesinleşir. Ancak satışa konu taşınmazda itirazda bulunan alacaklının haczi olmasına karşın, sıra cetveline alınmamış ve kendisine tebliğ edilmemiş ise bu süre alacaklının öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır.¹⁸ Bu yedi günlük süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden gözetilecektir.¹⁹ Bu açıklamalar paralelinde Yargıtay muvazaa ile ilgili “ taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna yönelik iddiaların yasal süresi içinde ileri sürülmemiş olması halinde dinlenemeyeceğini ve yargılama aşamasında dermeyan edilmeyen hususların temyiz konusu yapılamayacağını”²⁰ hükmüne bağlamıştır.

C) Yetki

Sıra cetveline itiraz davasında yetkili mahkeme, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesidir (İİK md. 142).

D) Görev

Sıra cetveline alınmış olan bir alacaklının alacağına itiraz etmek isteyen alacaklının genel mahkemede sıra cetveline itiraz davası açması gerekir. Bu sebeple davacı alacaklı, muvazaa iddiasında bulunuyorsa, bu itiraz alacağın esasa ilişkin olduğundan, davada görevli mahkeme genel mahkeme olacaktır. Genel mahkeme 01.10.2011 tarihinden önce miktara göre belirlenirken, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile genel mahkeme, miktara bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Yine bu husus da Yargıtay “01.10.2011 tarihinden sonra açılan sıra cetveline itiraz davaları için görevli mahkemenin miktara bakılmaksızın HMK md.2/1 uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesi olduğunu” belirtmiştir.²¹

E) Taraflar

1- Davacı

Sıra cetveline muvazaa sebebiyle itiraz davasında davacı sıfatı, başkasının sıra cetvelindeki alacağının muvazaalı olduğunu iddia eden ve dava açmakta hukuki yararı bulunan alacaklıdır. Nitekim Yargıtay kararında, paylaşım konu mal üzerinde haciz ya da rehni bulunmayan alacaklının, sıra cetvelini iptalini istemekte hukuki yararının olmadığını vurgulamıştır.²²

Sıra cetvelinde kendisine pay isabet etmeyen diğer alacaklılara karşı dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Bu hususta Yargıtay, esasa ilişkin itiraz davasının İİK'nun 142. maddesi “alakadarlar” ifadesi ile kendisine para isabet eden üst sıradaki alacaklıları ya da aynı derecede iştirak edilen diğer alacaklılara karşı açılabilceğini bunlar dışındaki diğer alacaklılara karşı dava açılmasında hukuki yarar olmadığını ve bu hukuki yararın dava şartı olduğunu belirtmiştir.²³ Ayrıca, Yargıtay'ın bu kararında, İİK'nun 142/1. maddesinde geçen “alakadarlar” ifadesini açıkladığını görmekteyiz. Bu açıklama doğrultusunda para isabet eden üst sıradaki alacaklıları ifade etmekle, borçlunun da bu sığata haiz olmadığını da anlamaktayız. Borçlu iddialarını ancak İİK md. 72 kapsamında ileri sürebilecektir.

2- Davalı

Sıra cetveline itiraz davasında davalı, hiç veya sıra cetvelinde yazılı miktarda alacağının bulunmadığı veya ona tahsis edilen sıranın ona ait olmadığı ileri sürülen alacaklıdır. Bu sebeple “borçlu”, “icra dairesi”, “sıra cetvelinde yer almayan alacaklı” ya da “kendisinden sonraki derece bulunan alacaklı” hasım olarak gösterilemez. Borçlu ise ancak İİK'nun 331. maddesi gereğı, alacaklısını zarara sokmak kastıyla malvarlığını azaltmak suçu sebebiyle şikâyet edilebilecektir.²⁴

Sıra cetvelinde hiç yer almamış olan veya alacağına kısmen yer verilmiş olan alacaklının, kendi alacağına sıra cetvelinde yer verilmesi halinde, bundan etkilenecek olan alacaklıları da davalı olarak göstermesi gerekecektir.²⁵

F) Yargılama Usulü

Sıra cetveline itiraz davası, mahkemede basit yargılama usulü ile görülür (HMK md.316 vd. ile İİK md 142/2). Sıra cetveline itiraz davası; basit yargılama usulüne tabi tutularak, yargılama prosedürleri basitleştirilmiş ve azaltılmış, aynı zamanda daha kısa, basit ve çabuk sonuçlanması hedeflenmiştir.

Bu yargılama usulünde davanın açılması ve cevap dilekçesi aynen korunmakla birlikte, replik ve düplik aşamaları kaldırılmıştır. Böylece vekil tarafından temsil edilmeyen taraflar, karmaşık yargılama sürecinden kurtulmuştur. Tarafları davanın başında delillerini sunmaları yönünde zorlayarak, mahkemenin ön inceleme safhasında bu delilleri toplaması ve bu tespitler doğrultusunda tahkikat duruşmasına geçilmesi hedeflenmiştir.²⁶

Basit yargılama usulünde dosyanın sadece bir kez yenilenebileceğı hükme bağlanmış olup, dava sonunda tarafların son beyanları alınarak yargılamanın tamamlanması öngörülmüştür.

Taraflardan biri davanın “adli tatilde” görülmesi talebinde bulunması halinde mahkeme ivedi olarak karar verecektir(HMK md. 103/1-h). Böylece temyiz ve karar düzeltme süreleri adli tatilde de işlemeye devam edecektir.²⁷

Her ne kadar sıra cetveline itiraz davalarının, basit yargılama usulü ile kısa zamanda sonuçlanması hedeflenmiş olsa da ülkemiz yargı sistemine baktığımızda

davalar uzun sürelerle yayılabilmekte ve mağduriyetler olabilmektedir. Buna karşın, kendisine pay ayrılmış olan alacaklı “kesin teminat mektubu karşılığında” dosyada kendisine ayrılan payı icra müdürlüğünden alabilecektir (İİK md.142/a). Ayrıca İİK 134. maddesinin 5. fıkrası doğrultusunda “teminat mektubu gösterememiş olan alacaklıya ayrılan payın, sıra cetveli kesinleşinceye kadar, icra dairesince bankada nemalandırması gerekeceği” kabul edilmelidir.²⁸ Uygulama da ise kanunda özel hüküm bulunmadığı gerekçesiyle çoğu zaman nemalandırılmamaktadır.

G) İspat Yükü

Sıra cetveline itiraz davalarında ispat yükü kural olarak davalı alacaklıdır.²⁹ Yargıtay kararları da bu yöndedir.³⁰ İtiraz edilen alacağa karşı borçlunun itiraz etmemiş olması sebebiyle ödeme emri kesinleşmişse veya itiraz etmesine rağmen itirazı kaldırılmış ise, davalı alacağının mevcudiyetini ispat yükü altındadır. İtiraz edilmiş olması, alacağın varlığı hakkında karine teşkil etmez.³¹ Muvazaa iddiasına dayalı sıra cetveline itiraz davalarında, üst sırada bulunan davalı-alacaklının, alacağının gerçek bir alacak borç ilişkisine dayandığını ispat etmesi gerekir.³²

Yargıtay, “davalı-alacaklının takibe konu senetlerinin, davacı-alacaklının dayanağı senetlerden daha sonra doğmuş olması gerekmektedir”³³ demektedir. Dolayısıyla davalı alacaklının alacağının daha önce bir tarihte doğmuş olması durumunda muvazaadan bahsedilemeyecektir. Bu husus da doktrin de tartışma konusu olup, esas hakka ilişkin hususun yargı kararıyla getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.³⁴ Kanaatimce Yargıtay kararları yerinde olup, aksi halde borçlunun malları üzerine haciz konulmadan önce diledikleri şekilde tasarruf etme imkânı kaldırılmış olacaktı.

Sıra cetveline itiraz davasında davalı-alacaklıya ispat yükünü vererek, davacıya ispat güçlüğüne aşma imkânı verilmiştir. Çünkü bu davada taraf alacaklılar arasında alacakla ilgili doğrudan doğruya bir ilişki bulunmadığından davacı alacaklının böylesine ağır bir külfet altına girmesi beklenilemez.³⁵ Bu noktada, sıra cetveline itiraz davası, tasarrufun iptali davasından ayrılmaktadır.

Sıra cetveline itiraz davasının nitelik itibarıyla tasarrufun iptali davası niteliğinde olduğundan bahsetmiştik. Ancak tasarrufun iptali davasında ispat yükü davacı taraftadır.³⁶ Tasarrufun iptali davasındaki davacı tarafa yüklenen ispat yükü zorluğunu aşmak amacıyla, davacı tarafa yedi gün içinde sıra cetveline itiraz davası açma imkânı tanınmıştır. Nitekim muvazaa iddiasında bulunan davacı tarafta, davalı-alacaklı ile borçlu arasındaki alacağın varlığını veya yokluğunu ispata yönelik olarak belgeler bulunmayabilir.³⁷

Sıra cetveline itiraz davasında ispat yükü kendisinde olan davalı-alacaklının, hangi ispat araçlarıyla muvazaa olmadığını kanıtlayacağı hususu karşımıza çıkmaktadır. Davalı-alacaklı alacağının varlığını ve miktarını usulüne uygun ve birbirini doğrulayan, sonradan düzenlenmesi mümkün olmayan kanıtlarla ispat etmesi gerekir. Bu açıklama çerçevesinde davalı-alacaklının, sıra cetveline itiraz davasında davacının açık muvafakatı olmaksızın tanık dinletemeyeceği ve yemin teklif edilemeyeceğini belirtmek yerinde olacaktır.

Davalı-alacaklının elinde protesto olmuş bono veya karşılıksız çıkmış çek olması tek başına alacağının varlığını göstermemektedir. Çünkü bono ve çek her zaman düzenlenmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay kararında, “*muavazaa nedenine dayalı sıra cetveline itiraz davasında bononun alacağın varlığı tek başına kanıtlamaya yeterli olmadığını*” belirtmiştir.³⁸ Dolayısıyla davalı-alacaklının, elinde bulunan bono ve çekin hangi hukuki ilişkiye dayandığını kanıtlaması gerekecektir. Yargıtay kararında “*davalı alacaklı ile takip borçlusu arasında borsaya kayıtlı alım satım olması, takibin vadeden epey sonra ve senetteki borç miktarını karşılayan alacak oluştuktan sonra başlaması, borçlunun yaptığı alım satımlara ilişkin müstahsil makbuzlarını ticaret borsasına stopajı da ödeyerek sunması nedeniyle senetteki alacağın gerçek olduğu sonucuna varılacağını*” demektedir.³⁹ Bu kararında Yargıtay, tarafların arasındaki ilişkinin varlığına dikkat çekerek, senet alacağının kaynağının ispatlandığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yine Yargıtay “*çek her zaman düzenlenmesi mümkün bir senet olduğundan tek başına alacağın varlığının kanıtı olmayacağını, sözleşme, ticari defter kayıtları gibi başka delillerle de doğrulanması gerekeceğini*” belirterek, tek başına “*çeki*” alacağın varlığı için yeterli delil olarak kabul etmemiştir.⁴⁰

İspat yükü açısından değerlendirdiğimizde bu yük her ne kadar davalı-alacaklı ise de, davacı-alacaklının da alacağının gerçek bir alacak olması gerekmektedir.⁴¹ İşte burada davalı-alacaklı, davacı-alacaklının alacağının gerçek bir alacak olmadığını ileri sürerek karşı muvazaa iddiasında bulunabilecektir. Her ne kadar Yargıtay bazı kararlarında “*davacının alacağının da muvazaalı olduğunun ileri sürülmesi halinde, davalı yanın bu savunmasının mahkemece incelenemeyeceği*”⁴² yönünde belirtmiş olsa da, mahkeme davacının alacağını araştırmalı ve davacı-alacaklı da alacağına temel oluşturan belgenin hangi hukuki ilişkiye dayandığını ispatlamalıdır. Nitekim davacı-alacaklı ile borçlu, diğer alacaklıları zarara uğratmak kastıyla anlaşarak, muvazaa yoluna başvurmaları mümkündür. Bu durumda da karşı muvazaa iddiasının mahkeme tarafından dikkate alınması kaçınılmaz olacaktır. Bu açıklamalar sıra cetveline itiraz davasında borçlunun, davada taraf olarak gösterilememesinin ne kadar doğru olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer bir husus da davacı-alacaklının, davalı-alacaklının alacağına dayanak senedin zamanaşımına uğradığı iddiasında veya ödeme ile sona erdiği iddiasında bulunması halinde ispat yükünün davacı-alacaklı tarafta olacağıdır.

H) Sıra Cetveline İtiraz Davasının Hüküm ve Sonuçları

İcra dairesince düzenlenen sıra cetveline süresinde itiraz etmeyen alacaklılar açısından kesinleşecektir. Şikâyet hakkı saklı tutulsa dahi bu durum dikkate alınmayacaktır.

Dava, alacağına itiraz edilen davalı-alacaklı lehine sonuçlanırsa, davalının sıra cetvelinde yeri korunarak, dairece düzenlenmiş şekliyle alacağına kavuşacaktır.

Dava, davacı lehine sonuçlanırsa, sonucundan sadece davacı-alacaklı yararlanacaktır. Yani dava sonucunda sıra cetvelinin iptali yönünde hüküm kurulmayacaktır. Kabul edilen oranca öncelikle davalıya ödenecek olan payın,

yargılama giderleri ve vekalet ücreti de dahil olmak üzere davacıya ödenmesine, geriye para artarsa, artan miktarın davalı-alacaklıya bırakılması yönünde karar verilecektir.

Birden fazla davacı-alacaklı olduğunda, davanın kabulü halinde paylaştırmanın sıra cetvelinde ki sıraya göre mi, yoksa garameten paylaştırma yapılacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda İİK 235. maddesinin 3. fıkrası, 142. maddeye kıyasen uygulanarak, aynı davalıya karşı sıra cetveline itiraz davası açmış ve davacılar lehine hüküm kurulmuşsa, davacı-alacaklıların sıra cetvelindeki sırasına bakılmaksızın garameten paylaştırma yapılması gerekmektedir.⁴³ Aksi durumda sıra cetvelinde daha alt sırada olan alacaklı dava açma ihtiyacı duymayacaktı ve borçlunun davacı-alacaklı ile danışıklı işlem yapma gibi muvazaa yolları da açılmış olacaktı. Bu durumda, cebri icranın temelini teşkil eden “alacaklıların adil biçimde tatmini” prensibine aykırılık teşkil edecekti. Bu prensip çerçevesinde, birden fazla davalı-borçlu olması halinde de davacı alacaklı (veya alacaklıların) kazandığı alacağın, davalı alacaklılardan garameten tahsil edilmesi daha adil olacaktır.⁴⁴

Birden fazla alacaklı, aynı sıra cetvelinde yer alan alacaklılara farklı tarihlerde husumet yöneltmişlerse bu durumda davaların birleştirilmesi uygun olacaktır. Yargıtay kararında, *“aynı sıra cetveli için muhtelif alacaklılar tarafından farklı tarihlerde, aynı alacaklılara husumet yönelttilerek davalar açılmış olması halinde açılan tüm davaların birlikte incelenerek varılacak uygun sonuç çerçevesinde tek bir kararla sonuçlandırmasının, birbiriyle çelişik hükümlerin engellenmesi açısından ve bir dosyada verilen kararın diğer dosyanın sonucunu etkileme olasılığından kaynaklanan bir zorunluluk olduğunu, bu durumda davaların birleştirilerek yargılama yapılmasının, sıra cetveline ilişkin özel usul hükümlerinden kaynaklandığını”* belirtmiştir.⁴⁵

Sıra cetveline itiraz davası sonucunda taraflar lehine %20 tazminata hükmedilemez.

Sıra cetveline itiraz davaları maktu harca tabi olup, dava sonunda hükmedilecek vekâlet ücreti de maktu olacaktır.

IV. SONUÇ

1- Tamamlama haczi yapılmasına karşın bedel bütün alacaklıların alacağını karşılamıyorsa icra müdürlüğü bir sıra cetveli düzenleyecek ve bunu alacaklılara tebliğ edip kesinleşmesini bekleyecektir. Ancak maaş haczine ilişkinse, dairenin ayrı bir sıra cetveli düzenlemesine gerek yoktur. Maaş haczine ilişkin işlemler sıra cetveli yerine geçecektir.

2- Muvazaa sebebiyle sıra cetveline karşı koymak isteyen alacaklı, borcun esasına ilişkin olduğundan, genel mahkemede sıra cetveline dava yolu ile yedi gün içinde itiraz edecektir. Dava, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 2. maddesi gereği miktara bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülecektir.

3- Sıra cetveline itiraz davaları, basit yargılama usulüne tabi olmakla, daha kısa sürede, basit ve çabuk çözümlenmesi hedeflenmiştir. Buna karşın mağduriyeti engellemek amacıyla İİK 142/a maddesi uyarınca kendisine pay ayrılan alacaklı kesin teminat mektubu sunmak suretiyle alacağına dava sonucunu beklemeksizin kavuşacaktır. Teminat mektubu sunulmadığı hallerde de, icra müdürlüğünün hak kaybını önlemek amacıyla, İİK 134. maddesinin 5. fıkrası gereğince bankada nemalandırması yerinde olacaktır.

4- Sıra cetvelindeki alacağın muvazaalı olduğunu iddia eden alacaklı davacı konumundayken, alacağına muvazaa sebebiyle itiraz edilen alacaklı davalı konumundadır. Borçlu, icra dairesi, sıra cetvelinde yer almayan veya kendisinden alt derecede yer alan alacaklı hasım olarak gösterilemeyecektir.

5- Açılacak dava esas itibarıyla tasarrufun iptali davası niteliğindedir. Ancak sıra cetveline itiraz davasında ispat yükü, zamanaşımı ve senede konu borcun ödendiği iddiaları dışında davalı taraftadır. Davalı tarafın elinde bulundurduğu bono veya çek, tek başına alacağın varlığına ispat için yeterli olmayacaktır. Yargıtay kararlarına göre, elde bulunan bu senetlerin davacının alacağından sonra doğmuş olması gerekmektedir. Yine Yargıtay'ın davalının karşı muvazaa iddiası dinlenemeyeceği yönünde kararları olsa da, bu iddia mahkemece dikkate alınmalı ve davacının alacağı araştırılmalıdır.

6- Davanın kabulü halinde sıra cetveli iptal olmayacak, davalı-alacaklıya düşen pay öncelikle davacı-alacaklıya ödenecek, kalan pay davalı-alacaklıya ödenecektir. Davacı veya davalı birden fazla ise, payın garameten paylaştırılması esas olacaktır. Bu sebeple birden fazla dava var ise bu davaların birleştirilmesi yönünde hüküm kurulacaktır.

Dipnotlar

- 1- DEYNEKLİ, A. Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s:1
- 2- ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, s:294
- 3- "Sıra cetveli, haczedilen ve satılan malın satış bedelinden pay alacak olan alacaklıların tespiti ve bunların sıra ve derecelerinin belirlenmesidir." POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 2010, s:534
- 4- 12.HD.15.05.2012 T.31888/16883, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2542
- 5- 23.HD.24.12.2012 T.3359/3764, <http://www.dikmen.av.tr>
- 6- 23.HD.07.05.2015 T.4725/3428, <http://www.hukukihaber.net/kararlar/maas-haczindeki-siralamaya-itirazin-genel-muvazaa-davasi-olarak-gorulmesi-geregi-h64282.html>
- 7- UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2560
- 8- 19.HD.24.11.2005 T. 6942/11566, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2561
- 9- OĞUZMAN, M.K./ÖZ, T. Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş 9. Bası, 2011, s:136
- 10- YİBK., 07.10.1953 T., 8/7, <https://www.kararara.com/yargitay/hgk/k4507.htm>
- 11- EREN, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1998, s:327
- 12- EREN, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1998, s:318
- 13- HALMAN ÇETİN, E. Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, 2016, s:153
- 14- ALBAYRAK, H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4), 2015, s: 968
- 15- HALMAN ÇETİN, E. Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, 2016, s:141
- 16- ALBAYRAK, H. TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA YARGITAY TARAFINDAN KABUL EDİLEN ÖZEL DAVA ŞARTLARI, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4) 2015: 931-974
- 17- 19.HD.12.11.2009 T.3522/10522, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2655
- 18- 19.HD.22.06.2006 T.4427/6806, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2655
- 19- 19.HD.04.04.2008 T.1654/3454, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2656
- 20- 19.HD.23.11.2008 T.10510/11610, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2656
- 21- 23.HD.04.06.2013 T.340/3763, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2650
- 22- 23.HD.13.02.2013 T.4441/793, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2658
- 23- 23.HD.19.03.2013 T.738/1691, UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2, 2014, s:2658

Dipnotlar

- 24- ÖZKAN,H.İcra Suçları ve Cezaları,2014,s:35
25- UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2658
26- ÖZEKES,M. Türkiye Adalet Akademisi Toplantısı,HMK'da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler,
<http://web.e-baro.web.tr/uploads/25/13.pdf>
27- UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2659
28- UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2680-2681
29- KURU,B.İcra ve İflas Hukuku,C:2,s:1531
30- 23.HD.04.10.2012 T. 2358/5737,UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2669
31- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları. İstanbul 1995, s. 357.
32- ALBAYRAK,H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları,
Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2015: 961
33- 23.HD.10.04.2013 T. 1437/2299 -08.03.2013 T. 697/1397, UYAR,T.,İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014 s:2672-2673
34- ALBAYRAK,H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları,
Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4), 2015. s: 968
35- DEYNEKLİ,A. Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008,s:44
36- HALMAN ÇETİN,E.Tasarrufun İptali,Muvazaa,İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear,2016,s:143
37- ALBAYRAK,H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları,
Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4),2015,s: 961
38- 23.HD.12.09.2013 T. 4383/5336 UYAR,T.,İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014 s:2672
39- 19.HD.04.04.2008 T. 11320/3443, UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014 s:2675
40- 19.HD.16.02.206 T. 10413/1468, UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014 s:2676
41- ALBAYRAK,H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları,
Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4), 2015,s: 959
42- 19.HD.04.1..2004 T. 6427/11017 UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014 s:2667
43- DEYNEKLİ,A./KISA,S. Sıra cetveli,s:160
44- UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2660
45- 23.HD.05.04.2013 T.1567/2176 UYAR,T.İcra ve İflas Kanunu Şerhi,Cilt:2,2014,s:2

Kısaltmalar

HD	: Hukuk Dairesi	s.	: Sayfa
HGK	: Hukuk Genel Kurulu	T.	: Tarih
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu	TBK	: Türk Borçlar Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu	TMK	: Türk Medeni Kanunu
md.	: Madde		

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://hakanalbayrak.blogspot.com.tr/>

<http://web.e-baro.web.tr>

<http://www.dikmen.av.tr>

<http://www.hukukihaber.net>

<https://www.kararara.com>

KAYNAKÇA

ALBAYRAK,H. Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 64 (4), 2015

DEYNEKLİ,A. Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008

DEYNEKLİ,A./KISA,S. Sıra cetveli,2005

EREN,F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler,1998

HALMAN ÇETİN,E. Tasarrufun İptali,Muvazaa,İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear,2016

KURU,B. İcra ve İflas Hukuku,2016

OĞUZMAN,M.K./ÖZ,T. Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Güncellenmiş 9.Bası,2011

ÖZKAN,H. İcra Suçları ve Cezaları,2014

ÖZEKES,M. Türkiye Adalet Akademisi Toplantısı,HMK'da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler,

POSTACIOĞLU,İ. İcra Hukuku Esasları,2010

UYAR,T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi,2014

ÜSTÜNDAĞ,S. İcra Hukukunun Esasları,2004





DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER

Stj. Av. Murat KURU^{1*}

Giriş

Disiplin uygulamaları, kavram olarak kendisine oldukça geniş bir alanda yer bulmaktadır. Örnek kabilinden; hayat disiplini, aile içi disiplin, eğitim disiplini gibi. Bu kavramlar ile ifade edilmek istenilen bir düzen oluşturma ve bu düzene bağlı kalma isteğidir.

Disiplin hukuku ise kamu hukukunun etkili olduğu bir alanda (kamu personel hukuku, asker, öğrenci vb.), idari düzeni sağlama gayretiyle, bu düzeni bozucu davranışlara karşı öngörülen yaptırımları ve yaptırımları uygulama sürecini de içine alan sistem bütünüdür. Disiplin hukuku toplumun geneli içerisinde daha dar bir alanı ilgilendirmekle birlikte, disiplin hukukuna özellikle de yaptırımlarına maruz kalanların hayatını oldukça derinden etkileyeceği muhakkaktır. Bu anlamda, görece yeni bir hukuk dalı olan idare hukukunun yaptırımlar kısmında yer alan disiplin hukukuna ilişkin, yasal, Anayasal ve uluslar üstü ilkelere uyulması büyük önem arz etmektedir. Zira, son dönemde ülkemizde disiplin hukuku kuralları işletilmeden uygulanan kamu görevinden ihraçlar, disiplin hukukunun esasında ne kadar önemli olduğunu tekrardan ortaya koymuştur. Ayrıca, görülmüştür ki; disiplin rejimine tabi olanlar açısından, disiplin hukuku, yaptırımlar da dahil olmak üzere, aynı zamanda bir güvencedir.

Biz bu çalışmamızda, normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasada kendisine doğrudan dayanak bulan disiplin hukukuna ilişkin ilkeleri, yasal ve uluslararası boyutlarına da değinmek suretiyle genel hatlarıyla ortaya koymaya çalışacağız. Çalışmamızda, kendimizi Anayasal dayanağı bulunan disiplin hukuku ilkeleri ile sınırlandırmış durumdayız. Diğer disiplin hukuku ilkelerini, Anayasal ilkelere kaynak olarak geliştikleri, dolayısıyla Anayasal ilkelerin bir türevi oldukları düşüncesiyle kapsam dışı bırakıyoruz.

A) Disiplin Kavramı

Disiplin sözlük anlamı itibarıyla “Kanun ve nizamların tam hâkimiyeti.”, “Kanun ve nizamla tam uyuma durumu.”² olarak ifade edilmektedir. Hukuksal anlamda disiplin kavramından ise; hukuki bir oluşumda düzenin sağlanması adına uyulması gereken kurallar, katlanılması gereken yükümlülükler ile yasaklanan fiil ve davranışların tamamı anlaşılr.³

Disiplin, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin etkili ve verimli çalışmaları için göstermeleri gereken eylemler ve eylemsizlikler bütünü olduğu gibi⁴, öğrencilerin eğitim ve öğretimin sağlıklı şekilde temadisi için katlanması uyması gereken kuralları da ifade eder. Bu manada disiplin hukuksal bir oluşumun içerisinde

* Stajyer Avukat, Adana Barosu.

yer alan profesyonel üyelerin uyması gereken kurallar toplamıdır. Burada kastedilen, topluluk kamu hizmetine dönük faaliyette bulunur ve disiplin ile bu kamu hizmetinin kimi zaman etkili şekilde gördürülmesi amaçlanır iken (memurlara, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına vb. uygulanarak) kimi zaman da bu hizmetten yararlananların (örneğin öğrencilere uygulanarak) en iyi şekilde istifadesi amaçlanır.⁵

Disiplin kavramı ile ilgili tüm tanımlamalarda “kamu hizmeti” ve “düzen” kavramları ön plana çıkmaktadır. Tarihsel gelişim içerisinde bakıldığında disiplin kavramının devlet olgusu ile birlikte ortaya çıkan ve gelişen bir kavram olduğu anlaşılar.⁶ Bu nedenle disiplin denilince ilk olarak kamu görevlilerine uygulanan türü akla gelir. Tarihsel gelişim içerisinde bu doğru bir kabul olmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. İçerisinde hiyerarşi barındıran bütün topluluklarda (dini cemaatler, siyasi partiler, ticaret şirketleri vb.) hep bir disiplin ögesi yer almaktadır.⁷ Bu, birlikte yaşamın ve işlerin usulüne uygun seyrinin doğal bir gereğidir. Günümüzde disiplin kavramı denilince yaygın olarak, kamusal makamlara spesifik bir bağ ile bağlı olan profesyonel kişilerin, üzerlerine yüklenilen yükümlülüklerini ihlal etmesi anlaşılar.⁸

B- Disiplin Suç ve Cezalarının Hukuki Niteliği

Disiplin suçu, bir kamu hizmetinin intizamını bozan fiiller toplamıdır.⁹ Disiplin kavramı öğretide çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. ONAR, disiplin cezalarını; “memurun mesleki hayat ve vazifelerinde görülen yolsuzluklara karşı kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyidelerdir.”¹⁰ şeklinde tanımlar iken, PINAR ise; “kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamunun yararının devamlılığının sağlanması amacıyla, kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş bulunan yaptırımlardır.”¹¹ şeklinde ifade etmektedir.

Disiplin suçları özgü suç niteliğindedir. Zira bu suçlar ancak belli sıfatı haiz kimseler (memur, öğrenci, tutuklu, hakim, avukat vb.) tarafından işlenebilir.¹² Disiplin suçunun niteliği ve adli suçlarla benzerliği konusunda birçok görüş ileri sürülmüştür. Ancak doktrinde ve uygulamada iki suç türünün farklı olduğu ortaya konulmuştur. Nitekim aynı olaya ilişkin olarak yapılan yargılamada ceza mahkemeleri tarafından beraat kararı verilirken, idare tarafından verilmiş disiplin cezasının hukuka uygunluk denetimini yapan idare mahkemeleri davanın reddine karar vererek, disiplin cezası uygulamasını hukuka uygun bulabilir.

Ceza hukuku manasında suç; en genel manasıyla, hukuk düzeninin ceza tehdidi ile yasakladığı bir davranıştır.¹³ Bu anlamda ceza hukukundaki suç kavramı ile tüm toplumun ıslahı amaçlanır ve tüm topluma belirli külfetler yükler. Bu sebeple, suçun yaptırımı olarak görülen ceza, sapı olmayan bir kılıca benzetilir. Zira onu kullananı da yaralar.¹⁴

Disiplin suçlarında ise; tanım kısmında ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, kamu hizmetlerinin gerektiği gibi en uygun şekilde sunulması, bu noktada hizmetin sunucuları olan insanlardan kaynaklanacak aksiliklerin en aza indirgenmesi temel gayedir. Disiplin cezası formatında alınacak idari tedbirler ile memurların iş verimliliğinin artırılması, öğrencilerin eğitimi akamete uğrattıkları davranışlardan uzak

tutulması, cezaevlerinde düzenin sağlanması, velhasılı yürütülen kamu hizmetinden en üstün verimin alınması amaçlarıdır. Buradan hareketle disiplin cezalarının önleyici ve düzenleyici nitelikte olduğu¹⁵, asıl amacın hizmetin en iyi şekilde yürütülmesinin sağlanması olduğu sonucuna ulaşılabilir.¹⁶

Disiplin cezaları, idari yaptırım olması sebebiyle idareye tanınan “subjektif bir haktır”. Bu meyanda idare, kendi egemenlik alanında bulunan bir hakkın ihlali durumunda, hakkı ihlal edene, başka bir aracıya gerek olmaksızın yaptırım uygulamaktadır.¹⁷ Ancak modern toplumda yaptırım uygulama tekeli elinde bulunduran devlet mekanizması, yaptırım uygularken sınırsız bir güç kullanma yetkisini haiz değildir. Ulusal ve uluslararası hukuk kuralları kendisini sınırlayıcı niteliktedir. Ulusal manada en üst norm olan Anayasa, bu sınırlama noktasında ana ilkeleri belirlemektedir. Uygulayıcı pozisyonunda olan idare makamları ile hukuka uygunluk denetimi yapan yargı makamları, bu ilkelere uygun davranmak zorundadır.

C-Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Anayasal İlkeler

1-Kanunilik İlkesi:

Tarihsel gelişim içerisinde edinilmiş bir kazanım olan ve modern ceza hukukunun dayandığı temel ilkelere birisi olan kanunilik ilkesi iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki “biçimsel kanunilik ilkesi”dir. Bu ilke Latince deyiimi ile “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ifade edilir ve işlendiği zamanın ceza kanunlarında suç olarak kabul edilmeyen bir fiili veya ilgili kanun tarafından açıkça belirtilmeyen bir ceza ile cezalandırılma yasağını anlatır. Bu ilke kapsamında açıkça suç sayılan fiil toplum tarafından anti sosyal kabul edilmese bile cezalandırılır veya tersi olarak, suç sayılmayan fiil toplumda açıkça anti sosyal ilan edilse bile cezalandırılmaz. Kanunilik ilkesinin ikinci anlamı ise “öze ilişkin kanunilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, bir fiilin cezalandırılması için esas olan, ceza kanunlarında ne yazdığı değil, toplumun o davranışa ne anlam yüklediğidir. Bu bağlamda, bir fiil toplum tarafından sosyal açıdan zararlı görülüyorsa cezalandırılır ve mefhumu muhalifinden, bir fiil açıkça suç olarak kabul edilse bile toplum tarafından zararsız kabul ediliyorsa cezalandırılmaz. Kanunilik ilkesi ile ilgili bu iki anlayıştan hangisinin benimseneceği konusu tartışmalıdır ve daha çok siyasi bir tercihtir.

Türk hukuk sisteminde, Anayasanın 15. ve 38. maddeleri ile bu maddeler doğrultusunda düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 2.maddesindeki “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” hükmü ile “Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı 7.maddesindeki “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz.” hükmü birlikte değerlendirildiğinde biçimsel kanuniliğin benimsendiği sonucuna ulaşılabilmesi mümkündür. Bu mevzuat hükümlerinden, sistemimizin kabul ettiği kanunilik ilkesinin; a) kanunun tekelciliği, b) kanunun açık ve kesin olması,

c) kanunun geçmişe uygulanmazlığı şeklinde üç alt ilkeye dayandığı görülmektedir.¹⁸

Disiplin hukukunda kanunilik ilkesi Anayasa'da doğrudan ifade edilmemiş ancak Anayasa'nın 38.maddesindeki *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."* ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin dayanağı olarak görülmüştür. Nitekim; 22 Ocak 1990 tarih ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı savıyla iptali istemiyle açılan davada verilen ve 13.08.1991 tarih ve 20959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararında, mezkur kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) cezalara ilişkin kısımlarını Anayasa'nın 38.maddesi kapsamında KHK ile düzenlenemeyecek hükümler olarak görerek iptal etmiş, bu kararda disiplin suç ve cezalarını da 38.madde kapsamında değerlendirmiştir.¹⁹ Anayasa Mahkemesi değerlendirme yaparken öncelikle disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38.maddesi kapsamında yer alıp almadığına bakmış, söz konusu maddede idari ceza adli ceza ayrımı yapılmadığından ve güvenlik tedbirleri de bu kapsama alındığından, disiplin cezaları da Anayasa'nın 38.maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.²⁰

Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin disiplin hukukunun kanuniliği dayanağını 38.maddeyi esas alarak değerlendirmesini yanlış bulanlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre; Anayasa'nın 38.maddesinde adli ceza idari ceza ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, madde bir bütün olarak incelendiğinde madde içeriğinde sözü edilen; ceza sorumluluğunun kişiselliği, yasak deliller, suçsuzluk karinesi, genel müsadere yasağı vb. kurumların tamamı ceza hukukuna ilişkindir. Yine güvenlik tedbirleri de adli ceza sistemine aittir. Bu sebeple salt madde içeriğinde adli ceza - idari ceza ayrımına gidilmediği gerekçesi ile 38.maddeyi disiplin hukukunda da uygulamak yanlış olacaktır.²¹

Hukukumuzda disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin dayanaklarından birisi de Anayasa'nın 128.maddesidir. Bu maddede; *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."* hükmüne yer verilmiştir. Buradaki *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir."* ifadesi disiplin hukukundaki kanuniliğin kaynağı olarak gösterilmiş, hatta Anayasa'nın 38.maddesinin disiplin hukukunda geçerli olamayacağını savunanlar da bu maddeyi disiplin hukukunun kanuniliği ilkesine referans göstermektedir.²² Madde içeriğine göre; memurların özlük haklarını etkileyecek nitelikte olan disiplin suç ve cezaları ile bunların uygulanış biçiminin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.²³

Kanunilik ilkesinin kabul edilmesi durumunda "kanunun tekelciliği"nin kabul edilmesi gerekir. Yani, cezanın dayanağı ancak kanun veya kanun gücüne sahip

işlemler olabilir. Bu bağlamda yazılı olmayan kurallarla (örf adet vb.) ceza getirilemeyeceği gibi idari düzenleyici işlemler ile de ceza getirilmesi mümkün değildir. Cezayı belirleyen kanun normunun yeterli “açıklıkta” olması gerekir. Bu meyanda, kanunun sözüne bakıldığında hangi fiilleri cezalandıracağını, hangilerini ise cezalandırmayacağını kesin olarak ortaya koyması gerekmektedir.²⁴ Kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak kıyas yasağı bulunmaktadır. Kıyas; mevcut bir kanun hükmünün (kanun kıyası) veya birden fazla hukuk kuralının (hukuk kıyası) hakkında düzenleme olmayan bir kurala uygulanması durumudur.²⁵ Anayasa'nın cezalandırmada kıyası yasaklayan 38.madde hükmü ile bu doğrultuda çıkarılan Türk Ceza Kanunu'nun 2. ve 3.maddeleri uyarınca hukukumuzda kıyas yasaktır. Madde metninde de ifade edildiği “kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” şekliyle kıyas suç ve ceza içeren hükümlere ilişkin olup, zıt anlamından suç ve ceza içermeyen hükümlerde kıyas mümkündür.²⁶ Hükmün anlamını anlamaya çalışmak veya kanun koyucunun hükmü getirirken arzuladığı meramı ortaya koymak demek olan yorum ise daha farklıdır ve serbesttir. Hatta hükmü anlamak ve uygulamak için zorunludur da diyebiliriz. Yorum ile kıyas karıştırılmamalı ancak yorum yaparken kıyas derecesine varılmamalıdır.²⁷

Ceza hukukunda varlığı tartışmasız olan ve ceza hukukunun en kadim ilkelerinden olan kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda nasıl uygulanması gerektiği konusu tartışmalıdır. Bu konudaki birinci görüşe göre; hem disiplin cezaları hem de disiplin suçları, yani disiplin cezalarının hangi hallerde verileceği kanunlarda açıkça gösterilmelidir. Bu konuda idareye takdir yetkisi tanınmaz. Kamu gücü kullanan idarenin ajanlarının, hiyerarşik astlarına kötü muamelesinin önü açılabilir. Mesleki nitelikte²⁸ olan disiplin cezalarının, memurların kariyerlerini düzenleyen kanunlarda yer alması gerekir.²⁹

İkinci görüşe göre ise; disiplin hukuku ile ceza hukuku tamamen farklı disiplinlerdir. Bu iki disiplin arasında amaç, kapsam, uygulama, sonuç ve temel ilke yönünden bariz farklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar ise ceza hukukunda kesin bir yer bulan kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda zorunluluk teşkil etmediğini ortaya koymaktadır. Bu anlamda, mesleki disipline aykırılıkların tamamının bütün ayrıntıları ile belirlenerek bir kanunda ifade edilmesi mümkün değildir ve buna esasında gerek de yoktur. Burada kanun koyucunun disipline konu fiiller ile yaptırımlar arasındaki rabıtayı sağlayıp geri kalan işlemleri, düzenleyici işlemler de dahil olmak üzere idareye bırakması kafi olacaktır. İdare hukukuna hakim olan takdir yetkisi de bunu gerektirir.³⁰

Bir diğer tartışma da kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda nasıl uygulanacağına ilişkindir. Bu noktada iki husus ön plana çıkmaktadır. Birincisi, disiplin ile ilgili konularda kanunların tek söz sahibi mi olduğu, yoksa idarelerin düzenleyici işlemler (tüzük, yönetmelik vb.) ile düzenleme yapıp yapamayacağı hususundadır. İkincisi ise; kanuniliğin bir parçası olan tipiklik ilkesinin disiplin hukukunda nasıl uygulanacağına ilişkindir. Yani ceza hukukundaki gibi sıkı sıkıya norma bağlı mı kalınacak, yoksa daha esnek mi davranılacak?

Tartışmalar ile ilgili yukarıda aktarılan kanunilik ilkesinin Anayasal dayanakları (Anayasa 38. ve 128.maddeler) ile memur hukuku kapsamında genel kanun olarak kabul edebileceğimiz 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin suç ve cezalarını gösteren *“Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller”* başlıklı 125.maddesinde maddeler halinde disiplin yaptırımları ve hangi aykırı davranışların bu yaptırımları gerektirdiği belirtildikten sonra *“Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.”* şeklinde bir ifadesi birlikte değerlendirildiğinde disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin tam manasıyla geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla idare düzenleyici işlemler ile disiplin cezası ihdas edemeyecektir.³¹ Bu meyanda, uygulama ve doktrinde, disiplin cezaları bakımından kanuniliğin geçerli olduğu ve tam olarak uygulanacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır.

Disiplin suçları açısından kanuniliğin nasıl uygulanacağı konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre; disiplin kanunlarında belirtilen aykırılıklar yeterince detaylıdır ve olası fiillerin tamamını kapsayıcı, hatta daha geniş kapsamlıdır. Bu sebeple, disiplin suçları açısından da kanunilik tam olarak uygulanmalıdır.³² Diğer bir görüşe göre ise; disiplin hukukunun kamu hizmetinin görülmesi ile ilgili iken ceza hukuku, kanunun uygulama alanındaki tüm insanları kapsamaktadır. Ceza kanunlarının aksine disiplin kanunlarının kapsamına profesyonel nitelikteki kimseler girmektedir. Meslek kurallarını düzenleyen ve bu sebeple iç işleyişe ilişkin olan disiplin kanunlarında tüm hukuka aykırılıkların ayrıntılı olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Öte yandan bu tarz bir yaklaşımın bazı disiplinsiz davranışları kapsam dışında bırakacağı da açıktır. Devlet Memurları Kanunu'nun 125.maddesindeki disiplin suçlarının kapsamını genişletici düzenlemesi ve ayrıca yaptırıma bağlanan disiplin fiillerinden bazılarının (örneğin; devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunmak, hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak davranışlarda bulunmak vb.) muğlak olarak kaleme alınması ve bu şekilde dolaylı olarak madde içeriğinin doldurulmasının idare hukukunun bir çok alanında hakim olan takdir yetkisi kullanımına cevaz vermesi, kanunilik ilkesinin şartlarından birisi olan “belirlilik ilkesi”ne ters düşmektedir. Bu şekilde takdir yetkisi kullanılarak kıyas yasağı da delinmiş olacaktır. Dolayısıyla disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır.³³

Kanaatimizce, idare hukukunun mevcut durumu göz önünde bulundurularak hukuk devleti ilkesi bağlamında bir çözüm bulunması gerekmektedir. Bu nedenle idare hukukunun görece yeni ortaya çıkmış ve sürekli gelişen dinamik bir hukuk dalı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca idare hukukunun tam manasıyla kodifikasyona tabi tutulmadığı da hatırdan çıkartılmamalıdır.³⁴ Bu sebeple, idarenin belirliliği ilkesi kapsamında, ilgililerin hangi disiplin cezalarıyla karşılaşacağını ve hangi davranışlarının yaptırıma maruz kalacağını bilmesi yerinde olacaktır. Ancak davranışlar konusunda idareyi belirli bir statüye tabi tutmak güncel işleyiş açısından idareyi zorlayacaktır. Çünkü hukuk daha statik ve hayatı takip eden pozisyonunda iken, uygulama dolayısıyla ihlal biçimleri hayat ile birlikte devam etmekte ve kendisini güncelleyerek farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, kamu düzenini sağlama yükümlülüğünü yüklenmiş bulunan idarenin takdir yetkisini kullanarak, ilgili mevzuatta düzenlenmiş aykırılıklara benzer bir aykırılık ile karşılaştığında kanun koyucudan kanuni değişiklik beklemeksizin doğrudan

uygulama yapabilmesi imkânı tanınmalıdır. Neticede idarenin her türlü işlemi yargısal denetime tabidir ve mahkemeler tarafından aykırılık tespit edildiği anda işlem iptal edilecektir. Burada yeni ortaya çıkan aykırılıklara uygulanacak yaptırımlar konusunda mevcut kanuni düzenlemelerdeki aykırılıklar yol gösterici nitelik arz etmiş olacaktır. Öte yandan, disiplin cezalarını öngören kanunlarda belirlenen cezaların oranlarının kanunda belirlenen şekli dışında değiştirilmesi mümkün değildir.³⁵ Yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığından tekrara düşmeme adına yeniden detaylandırmamak ile birlikte, genel kanun olarak kabul edilebilecek durumda olan Devlet Memurları Kanunu'nun 125.maddesinin ele alınış biçiminden kanun koyucunun disiplin suç ve cezaları açısından meramının da görüşümüzle paralellik ihtiva ettiğini söylemek mümkündür.

2- Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, suç adı verilen aykırı davranış ya da eylemsizlik ile bunların ihlaline bağlanan sonuç olan ceza arasında, güdülen amaç ve kullanılan araç arasında kabul edilebilir ve adil bir dengenin kurulmasıdır.³⁶ Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi; “Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracın, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması” şeklinde ifade etmektedir.³⁷

Ölçülülük ilkesinin tarihsel gelişimi, tüm dünyada öncelikle idare hukukunda başlayıp sonrasında başta anayasa hukuku ve ceza hukuku olmak üzere diğer hukuk dallarına yayılma şeklinde olmuş iken ülkemizde öncelikle anayasa hukukunda başlamış ve ardından diğer hukuk dallarında kullanılmaya devam edilmiştir. Bu ilkenin Anayasa'da açıkça ifadesi oldukça yenidir. Anayasa'nın 13.maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile kendisine yer bulmuştur. Ancak ülkemizde 1961 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi tarafından adı açıkça zikredilmese de kullanılmış, devamında 1982 Anayasası döneminde de bir ölçüt olarak kullanılmaya devam edilmiştir. Bu dönemde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusunda ölçüt olarak yer alan “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ve “öngörüldükleri amaç dışında kullanılamama” kriterlerinden öngörüldükleri amaç dışında kullanılamama kriteri ölçülülük ilkesinin yokluğunda, bir nevi bu ilkenin işlevini görmüş en azından anayasa yargısı bu şekilde yorumlamıştır.³⁸

Ölçülülük ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. ve 18.maddelerinde yaptırım ile insan hak ve özgürlükleri arasında adil dengeyi sağlamaya çalışmak amacıyla kendisine yer bulmuştur. Kamu düzenini sağlamakla yükümlü olan idarenin, kamu düzenini bozucu tehlikelere karşı geliştirdiği yaptırımlar ile birey hak ve özgürlüğü arasında bir ölçü olmalı, makul denge sağlanmalıdır. Bu sebeple, bu ilke salt yasama faaliyetlerinde değil, kişilerin günlük hayatını düzenleyen ve onlarla günlük yaşamda sürekli karşı karşıya gelen idare açısından da geçerlidir. İdare özellikle takdir yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği uygulamalarda bu ilkeye riayet etmeli, idari işlem ve eylemlerine ölçülülük ilkesini egemen hale getirmelidir. Yargı mercileri de önüne gelen uyuşmazlıkta ilkeye gerektiği gibi uyulup uyulmadığını, yani işlem veya eylem ile olay arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığını denetlemelidir.³⁹

İdarenin, anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesine, tüm işlemlerinde olduğu gibi disiplin hukukunda da dikkat etmesi gerekmektedir. Zira bu alanda idare oldukça güçlü durumdadır ve idarenin olaya yaklaşımı, fiili nitelendirmesi disipline aykırı davranış sergileyen kişinin alacağı cezayı başlı başına etkilemektedir. Bu sebeple idare, disiplinsizlik tespit ettiği bir olayda cezalandırıcı işlem tesis eder iken kamu menfaatleri ile birey menfaati arasındaki adil dengeyi gözetmelidir.⁴⁰

Ölçülülük ilkesine sadece kesin işlemlerde değil, geçici nitelikteki tedbir mahiyetindeki işlemlerde de dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, bir personele görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanırken somut durumu mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve ona göre hareket edilmelidir. Örneğin, uzun süre yatarak tedavi görmesi gereken bir hastalığa duçar olan bir memurun, görevinin başında bulunması sakıncalı görülerek hakkında görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanması ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.⁴¹ Ölçülülük ilkesinin ülkemiz sistemine ilk girişi ve sonrasında kendisine yer bulması yargı kararları ile olmuş⁴², sonrasında Anayasa'da kendisine yer bulmuştur. Normlar hiyerarşisinde en üstte anayasada yer alan bir ilke olarak artık idareye işlem ve eylemlerinde kendisine uygun davranma yükümlülüğü yüklemiş, yargı makamlarına da yapacakları hukuka uygunluk denetiminde dikkat edilmesi gereken bir ölçüt ortaya koymuştur.

Ölçülülük ilkesi, “elverişlilik ilkesi”, “gereklilik ilkesi” ve “orantılılık ilkesi” olmak üzere üç alt ilkeyi bünyesinde ihtiva etmektedir. Elverişlilik; yukarıda da aktarıldığı üzere, yaptırım ile ulaşılmak istenilen sonucun birbiri ile uyumlu olması halidir.⁴³ Ölçülülük ilkesinin ikinci ayağını oluşturan gereklilik ilkesi ile aynı amaca ulaşmak için kullanılacak birden fazla araçtan, kamuya ve bireye en az külfet yükleyecek olanının seçilmesi ifade edilmek istenilmektedir.⁴⁴ Orantılılık ilkesi ise; araç ile amaç arasındaki karşılaştırmayı ve arzulanan dengeyi ifade eder.⁴⁵ İdari işlemler açısından, bu ilke ile birey ve kamu menfaatleri arasındaki denge kurma zorunluluğu ifade edilmektedir.⁴⁶

3- Savunma Olmadan Ceza Olmaz İlkesi

Savunma, sözcük anlamı itibariyle; “saldırıya karşı koyma, müdafaa” veya “bir kişiyi, düşünceyi doğru, haklı göstermeyi amaçlayan yazı veya konuşma, savunma, müdafaaname” anlamına gelmektedir.⁴⁷ Disiplin hukuku açısından ise savunma; ilgilinin kendisine isnat edilen ihlal edici davranışı ile ilgili bilgisine başvurulmasıdır. Bu meyanda, ilgisine hakkında yapılan ithamlar ile ilgili olarak söz konusu davranışı ya da eylemsizliği gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda açıklama yapma, yapmış ise nedenini ve nasılını ortaya koyma imkanı tanınması durumudur.⁴⁸ Savunma hakkı dar anlamda; kendisine yöneltilen ithamlara karşılık vermek olarak nitelendirilirken, geniş anlamda ise; iddia ve isnadı karşılamak yanında, karşı tarafa iddia ve isnat ileri sürme hakkını da kapsamaktadır.⁴⁹ Bu hakkın diğer bir yüzü de hak arama özgürlüğüdür ki buna göre; bir hakkın ihlal edildiği veya bir özgürlüğün kısıtlandığı ileri sürülerek hukuki korunma istenilmektedir. Bu yönüyle hak arama özgürlüğü savunma hakkı ile iç içe geçmiştir ve kimi zaman birbiri ile zıtlaşan bir

durumda olsa da her halükarda savunma hakkı ile mündemiç bir haktır.⁵⁰

*“Savunma hakkı, Anayasa'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri'ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan, temel haklardanır. Hukuk öğretisinde olduğu kadar uygulamada da, önemi ve erdemi tartışılmaz yüceliktir. Evrensel konumu nedeniyle, insanlığın ortak değerlerinden sayılmaktadır.”*⁵¹ Anayasa'nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36.maddesinin birinci fıkrasında; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* düzenlemesi ile savunma hakkının temel haklardan olduğu anayasal güvenceye alınmış, disiplin hukuku açısından “Savunma olmadan ceza olmaz ilkesi” ise Anayasa'nın 129.maddesinde; *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”* şeklinde ifade edilerek kendisine yer bulmuştur. Bu bağlamda görülmektedir ki; gerek genel anlamdaki savunma hakkı, gerekse özel anlamda disiplin hukukundaki savunma hakkı anayasal güvenceye sahiptir ve bu özelliğini hem uygulayıcı olan idare hem de idarenin iş ve işlemlerini denetlemekle görevli yargı mercileri göz önünde bulundurmamak zorundadır. Savunma hakkı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130.maddesinde de açıkça; *“Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez.”* şeklinde düzenlenmiş, böylece kanuni düzenleme ile daha somut hale getirilmeye çalışılmış ve savunma alınmadan ceza verilemeyeceği zorunluluğu vurgulanmıştır.

Savunma olmadan ceza olmaz ilkesi mevcut 1982 Anayasası'nda olduğu gibi 1961 Anayasası'nda da anayasal bir ilke olarak yer almış ve daha ayrıntılı olacak şekilde 118.maddesinde; *“Memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında, isnad olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması şarttır”* hükmüne yer verilmiştir. Savunma hakkı 08.03.1926 tarih ve 788 sayılı Memur Kanunu'nu döneminde de korunmuş ve 55.maddesinde; *“ittihamı mucip mevat memura tebliğ edilerek heyetçe tayin edilen müddette cevap alınmadan hakkında inzibat komisyonları bir karar veremez. Aksi takdirde o karar nakz olunur.”* hükmüne yer verilmiştir.⁵² Bu durumda görülmektedir ki, Türk idare hukuku sisteminde savunma hakkı eskiden beri yasal ve anayasal korunmaya alınmıştır ve varlığını devam ettirmektedir.

Savunma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10.maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesi başta olmak üzere birçok uluslararası metinde açıkça korunma altına alınmış, Türkiye Cumhuriyeti de bu metinlere taraf olmuş ve varlığını kabul etmiştir. Aynı şekilde, Anayasa'nın 90.maddesindeki düzenleme ile tanıdığı anlaşmaların uygulanma zorunluluğunu daha da güçlendirmiştir. Bu sebeple, savunma hakkının varlığı ve korunması gerektiği, hem uluslararası metinlerde hem de iç hukuktaki düzenlemelerde etkili şekilde vurgulanmıştır.⁵³

Türk hukuk sistemi açısından bakıldığında, taraf olunan uluslararası metinler, anayasal ve kanuni düzenlemeler ile savunma hakkının varlığı kabul edilmiş ancak anayasal düzeyde yeterli vurgu yapılmamış ve yasal düzeyde ayrıntıları net olarak

gösterilememiştir. Nitekim Devlet Memurları Kanunu'nun “savunma hakkı” başlıklı 130.maddesinde, yukarıda aktarıldığı şekilde savunma alınmadan ceza verilemeyeceği belirtildikten sonra, savunma hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin olarak; *“Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu yetersiz düzenleme sebebiyle oluşan boşluk, keyfi uygulamalara yer vermemek ve idareye yol göstermek adına yargısal içtihatlar ile geliştirilmeye çalışılmıştır.⁵⁴

Ceza yargılaması iddia, savunma ve yargılama olmak üzere üç ana temel üzerine kuruludur. Silahların eşitliği ilkesi karşısında güçlü ve etkili bir savunma ceza hukuku açısından hayati önemi haizdir.⁵⁵ İdari işlem niteliğinde olan disiplin hukukunda ise; ceza hukuku bağlamında bir savunma hakkının olamayacağı, burada ancak kendisine yapılan isnada karşılık olabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe dayanak olarak ise; Anayasa'nın 36.maddesindeki *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* düzenlemesini göstermektedir.⁵⁶ Ancak geçmiş yasal düzenlemeler ışığında oluşan hukuk uygulamaları ile mevcut anayasal düzenlemeler açısından bakıldığında, disiplin hukukundaki savunma hakkının yargısal benzeri bir usul olarak kabul edilerek uygulanması gerekmektedir.⁵⁷ Nitekim bu sebeple uygulamada da bu kabul edilerek disiplin soruşturması yapanların tarafsız olması aranmakta ve disiplin cezası verenlerin iddia olunan disiplinsizlik fiilinin tamamen dışında olan kişiler olması ve yine tarafsız olarak karar vermesi istenilmektedir.

Savunma ilgilisi için bir haktır. Bir yükümlülük değildir. Bu sebeple savunma hakkının kullanılmaması durumunda hak sahibi kişi kendisine isnat olunan fiilleri kabul etmiş olmaz. Dolayısıyla yürütülen soruşturmada aynı şekilde deliller toplanmalı ve bir kül olarak yetkili merci tarafından değerlendirilmelidir.

Savunma hakkı, soruşturma yapanlar açısından ise bir yükümlülüktür. Bu nedenle savunma hakkı tanınmadan herhangi bir ceza tesisi hukuksuz bir işlem olacaktır ve yargı mercileri tarafından iptali gerekecektir. Nitekim birçok yasal düzenlemede savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği açıkça belirtilmiş ve soruşturma yapanlar açısından bir yükümlülük olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Gerçek manada bir savunma hakkının gerçekleştirilebilmesi açısından isnat olunan fiilin ve ilgili olayın ayrıntılı şekilde ilgisine izahı gerekir. Bu sebeple savunma isteyen makamın olayı kapsamlı şekilde açıklaması ve isnat edilen fiille ilgili olarak boşluk bırakmayacak şekilde ortaya koyması gerekmektedir.⁵⁸ Fakat savunma istem yazısı içeriğinde ilgili mevzuat hükümlerinin belirtilmemesi veya yanlış belirtilmiş olması tek başına bir eksiklik olarak değerlendirilemez. Savunma istem yazısı içerisinde esas olan fiilin savunmaya el verecek açıklıkta ortaya konulmasıdır. Elbette ki istem yazısı içerisinde ilgili mevzuat hükmünün belirtilmiş olması savunma hakkının daha etkili şekilde kullanılmasını kolaylaştıracaktır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki soruşturma sürecinde ilgilinin ifadesinin alınması ile soruşturmanın sonucunda kişinin savunmasının alınması farklı kavramlardır.

Savunma tüm soruşturma tamamlandıktan sonra alınması gerekir. Bu bağlamda soruşturma sürecinde soruşturulanın ifadesinin alınmış olması savunma hakkının kullanıldığı anlamı taşımaz. Uygulamada içeriği soruşturmacı tarafından belirlenen “savunma ifade tutanağı” vb. adlarla tanzim olunan belgeler görülmektedir ki bunlar da savunma evrakı niteliği taşımamaktadır. Nitekim Danıştay’da bu şekilde alınan ifadeleri savunma hakkının kullanılması olarak kabul etmemektedir.⁵⁹

Savunma hakkının hangi süre içerisinde kullanılması gerektiği kanuni düzenlemelerde açıkça ortaya konulmuştur. Bu süre örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda (madde 130) yedi (7) gün olarak belirlenmiş iken 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda (madde 71/2) üç (3) gün olarak yer verilmiştir. Burada belirtilen süreler asgari sürelerdir ve bu sürelere riayet zorunludur. Ancak olayın niteliğine göre daha uzun savunma süreleri de öngörülmelidir. Burada soruşturulan olayın kapsamı, soruşturma dosyasının genişliği büyük önem arz etmektedir. Etkili ve gereği gibi bir savunma hakkı kullanılabilmesi açısından soruşturma evrakına ilgisinin ulaşması zorunlu olduğundan bu evrakı inceleyecek ve kendisine isnat edilen olayla ilgili savunma yapılacak makul süre tanınması gerekmektedir. İşte kanuni düzenlemelerde belirtilen asgari süreler belirttiğimiz makul sürenin asgari sınırlarını teşkil eder. Bu bağlamda, Danıştay kanunlarda belirtilen asgari süreler dolmadan verilen disiplin cezalarının iptali gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁰ Ancak kanunlarda aranılan asgari sürelere uyulmayan soruşturmalarda savunma verilmiş ise savunma hakkı kullanılmış kabul edilmektedir.⁶¹

Disiplin hukuku açısından ek süre talebine olumlu cevap verileceğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ek süre verilmesine ilişkin olarak yasal bir engel de bulunmamaktadır. Ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da amaç maddi gerçeği araştırmak olduğuna göre ihtiyaç duyulması halinde ek süre verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.⁶² Öğretide de haklı sebeplerin bulunması halinde ek süre verileceğinin kabulü gerekir görüşü savunulmaktadır.⁶³

Savunmaya davet yazısında savunma hakkının hangi süre içerisinde kullanılması gerektiğinin yanında, belirtilen sürenin yasal bir zorunluluk olduğu ve bu süre içerisinde kullanılmaması durumunda savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağı açıkça ifade edilmelidir. Eğer bu ifade belirtilmez ise, istenilen maksat hasıl olmaz. Yani kişinin savunma hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Zira hukuka uygun idareden beklenen işlem ve işlemin sonuçlarının muhataplarına tam ve eksiksiz olarak duyurulmasıdır. Ayrıca savunma hakkından belirtilen süreden önce feragat etmek de mümkündür. Ancak savunma hakkının nihai amacı maddi gerçekliği ortaya çıkarmak olduğundan, savunma hakkından feragat eden kişinin bu beyanından vazgeçebileceğini ve savunma hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Zira burada verilecek savunma ile idarenin disiplin cezası ile amaçladığı maddi gerçeğe ulaşma arzusu gerçekleştirilecektir.⁶⁴

Savunma hakkının nasıl kullanılacağı konusu ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda ortaya konulması ve uyulması zorunlu olan bir konudur. 1961 Anayasası’nda farklı olarak 1982 Anayasası ve Devlet Memurları Kanunu’nda savunma hakkının yazılı olarak kullanılacağına ilişkin yasal bir zorunluluk

bulunmamaktadır. Ancak bu savunmanın yazılı olarak yapılamayacağı anlamı taşımaz. Bu minvalde hak sahibi sözlü olarak bizzat yetkili merci önünde ya da yazılı olarak yetkili mercilere ulaştırılmak üzere savunmasını sunabilir.⁶⁵

Savunma hakkının hangi makam önünde kullanılması gerektiği konusunda mevzuat hükümlerinde bir kesinlik bulunmamaktadır. Devlet Memurları Kanununda savunma hakkının soruşturmayı yapanın veya yetkili kurulun önünde yapılacağı belirtilmiştir. Ancak savunma hakkının tam ve etkili kullandığının kabulü açısından yetkili kurul önünde yapılmasının gerekliliği açıktır. Bu şekilde nihayetinde kararı verecek olan makam önünde savunma hakkı aracısız olarak kullanılmış olacaktır.⁶⁶ Öğretide, disiplin hukukundaki savunma hakkı ceza hukukundaki savunma hakkı ile eş değer kabul edilmiş ve soruşturmayı yapan kişi ya da kişiler önünde kullanılan savunma hakkı “teknik savunma”, yetkili kurul ya da makam önünde yapılan savunma ise “hukuki savunma” olarak nitelendirilmiştir.⁶⁷ Bu nitelendirme kapsamında “teknik savunma” olarak maddi vakıanın oluş biçimine dayalı açıklama yapılır iken, “hukuki savunma” da ise fiilin hukuki boyutuna ilişkin belirlemeler yapılmaktadır.

Kanaatimizce, savunma hakkı karar verici olan yetkili makam önünde, istenilen şekilde (yazılı veya sözlü) kullanılmalıdır. Bu anlamda eğer soruşturulan kişi, savunmasını yazılı olarak vermek istiyorsa doğrudan karar verici makama sunabilmelidir. Yani aracı makama sunularak, aracı makamın savunmayı özetlemesi şeklinde uygulamadan kaçınılmalıdır. Sözlü savunma talep ediliyorsa mutlaka talep kabul edilmeli ve bizzat yetkili makam önünde yapılmalıdır. Kişi hem yazılı hem sözlü savunma talep ediyor ise; iki hakkını da belirtilen şekilde yetkili makam önünde kullanılmalıdır. Diğer bir anlatımla, yazılı savunma hakkının kullanıldığından bahisle, sözlü savunma hakkından feragati istenilmemelidir.

4- Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)

Ceza hukukunda temel bulan şüpheden sanık yararlanır ilkesi usul hukukuna ilişkindir. Bu ilke, ceza muhakemesinde bir olayın ya da durumun varlığı veya yokluğu durumunun ispatı konusunda tereddüt hasıl olduğunda, bu durumdan sanık lehine sonuç çıkarılması ve ona göre karar verilmesini ifade eder.⁶⁸

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin özü, ceza yargılamasında, sanığın cezalandırılmasına esas alınan bir konuda meydana gelen şüphenin, sanığın lehine olacak şekilde değerlendirilmesi durumudur. Bu ilkenin uygulama alanı ceza muhakemesinin tümünü kapsar. Bu meyanda, olayın gerçekten meydana gelip gelmediği yani suçun işlenip işlenmediğinin yanında, suçun işleniş biçimini ve dava koşullarını da kapsamaktadır. Ayrıca sanık hakkındaki cezayı kaldıran veya azaltan nedenlerin bulunup bulunmadığı hususundaki şüpheyi de kapsar ve bu sebeple bu durumlardaki şüpheden da sanığın yararlanması gerekmektedir.⁶⁹

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin temelinde masumiyet karinesi ya da 1982 Anayasa'sındaki ifadesi ile suçsuzluk karinesi yer almaktadır. Suçsuzluk karinesi kavramı hukuk alemine en açık haliyle 1789 tarihli Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile ayak basmış ve oradan tüm kıtaya yayılmıştır. 1982 Anayasa'sının

38/4.maddesinde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” hükmü ile temel hak olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 15/4.maddesi gereği savaş, seferberlik, sıkıyönetim, olağanüstü hal gibi durumlarda dahi dokunulmayacak durumdadır. Yani çekirdek haklar kategorisinde yer almaktadır.⁷⁰

Suçsuzluk karinesi insan haklarını bütün dünyaya deklare eden 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11/1.maddesi ile 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/2.maddesinde yerini almıştır. Türkiye Cumhuriyeti her iki sözleşmeye de taraf olmuş, dolayısıyla ilkenin varlığını ve uygulanacağını taahhüt etmiştir. Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça yer vermemiş olsa bile Anayasa'nın 38.maddesinde tüm makamları bağlayıcı olacak şekilde düzenleme yapma yoluna giderek ilkenin iç hukuktaki işlerliğini aktif hale getirmiştir.⁷¹ Anayasa'nın 38.maddesindeki bu düzenleme suçsuzluk karinesinin dolayısıyla onun uzantısı olan şüpheden sanık yararlanır ilkesinin pozitif hukuktaki yansımaları oluşturmaktadır.⁷²

Ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sistemi geçerlidir. Vicdani delil sistemi ile ifade edilmek istenilen delil serbestisinin yanında delillerin değerlendirilmesinin de serbest olmasıdır. Bu sistem uyarınca ceza muhakemesinde her şey delil olabilmektedir. Ceza hakimi de önüne gelen olayla ilgili tüm delilleri serbestçe değerlendirecek ve tam bir kanaat ile karar verecektir. Bu sistem ile kanunlarda bazı olayların sadece belirli delillerle ve yargıcı da bağlayacak şekilde değerlendirileceği sistemi terk edilmiştir.⁷³ Vicdani kanaate göre hükmedilebilmesi için şüphenin aşılması gerekmektedir. Ceza hukukunda amaç mutlak gerçeğe değil, maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan ve geçmişte yaşanan bir olayın muhakeme esnasında birebir temsili mümkün olmadığından, vicdani kanaatin oluşması yani şüphenin aşılması kâfidir⁷⁴ ve fakat zorunludur. Zira aksi halde “*şüphe suçları*” oluşacaktır. İşte Anayasa'nın 138/1.maddesinde yer verilen “*...hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” ifadesiyle getirilen vicdani kanaat sistemi ile de muhakemedeki delillerin serbestçe değerlendirilerek, şüpheden uzak şekilde karar verilmesi istenilmesidir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin aktif ve etkili kullanımı için vicdani kanaat sistemi gereklidir. Bu sebeple vicdani kanaati oluşmasını arayan Anayasa'nın 138.maddesi ilkenin bir pozitif hukuktaki bir diğer dayanağını teşkil etmektedir.⁷⁵

İdari yaptırımlar kategorisi içerisinde değerlendirilen ve ilgililer hakkında hapis cezası olmasa bile önemli maddi veya manevi etkiler doğurabilen disiplin hukukunda da şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.⁷⁶ Bu sebeple, ilgili hakkında isnat olunan disiplinsiz davranış yapılan soruşturma sonucunda tanzim olunan soruşturma raporunda her türlü şüpheden uzak şekilde ispatlanamıyorsa, soyut iddialar yer alıyorsa veya hukuken geçerli bilgi ve belgeler yok ise, disiplin cezası uygulanamaz.⁷⁷ Disiplin hukuku sonucunda verilen karar her ne kadar idari işlem niteliği taşısa da niteliği gereği kendisinden tarafsız şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması beklenilmektedir. Bu sebeple yukarıda ceza muhakemesine ilişkin olarak yapılan açıklamalar disiplin hukukunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmak mecburiyetindedir. Bu bağlamda, hukuka uygun davranan idare soruşturma aşamasında toplanılan deliller ışığında fiil sübuta ermemiş ise disiplin cezası uygulamaktan kaçınmalıdır. Tecziye olunan cezanın iptali istemiyle açılan

davada idare mahkemeleri de “vicdani delil sistemi” içerisinde değerlendirme yapmalı ve dosyadaki bilgi belgeler ile re’sen araştırma ilkesi kapsamında elde ettiği bulgular doğrultusunda bir karar vermelidir. Belirtilen şekilde yapılan yargılamada cezaya konu olaydaki şüphe aşılamıyorsa işlemin iptali yönünde hüküm kurması gerekmektedir.

Zira idare mahkemeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesi gereği idari işlemlerin “...yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden...” hukuka uygun olup olmadıklarını denetler. Disiplin cezası da bir idari işlemdir ve bu işlemin sebep unsurunun oluşması için iddia olunan disipline aykırı davranışın işlendiğinin ispatı gerekir.⁷⁸ Burada ispat külfeti, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği idarededir. Fiilin işlendiği ileri sürülmesine rağmen muhakeme aşamasında şüpheden uzak şekilde ispat edilemiyorsa işlemin iptalinin gerektiği açıktır.

5- Adil Yargılanma İlkesi

Disiplin hukuku kapsamında yapılan uygulamalar, idare tarafından, taraflı olarak karar alınmak suretiyle uygulanır. Disiplin yaptırımları da bu anlamda birer idari işlemdir. Kişilerin çalışma hayatını temelden etkileyen ve kimi zaman da sonlandıran bu yaptırımların yargı denetimi dışında bırakılması kabul edilemez. Nitekim Anayasa değişikliği ile “uyarma ve kınama” cezalarına da yargı yolunun açılması ile hukuk sistemimizdeki olumsuzluk giderilmiş durumdadır. İşte disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılamaması, adil yargılanma ilkesinin yansımasıdır.

Adil yargılanma hakkı; bireylerin yargılanması sürecinin adil ve hakkaniyete uygun olması için uyulması gereken ilke ve kuralların bütünüdür. Kişi hak ve özgürlüklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkelerinin egemen olması ve korunması açısından adil yargılanma hakkı, yaşam hakkından sonra en önemli hak olarak kabul edilmiştir.⁷⁹

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın sonucunda verilen kararın hakkaniyete uygun olması ile ilgilenmez. Bu hakkın ifade etmek istediği veya amaçladığı; adil sonuca dürüst yollardan ulaşılmasıdır. Örneğin, bir kişiyi döverek veya işkence ederek gerçekleri öğrenip bu gerçeğe göre karar vermek salt sonucu itibarıyla bakıldığında adil gibi gözükse de adil bir yargılanma olmayacaktır.⁸⁰

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10.maddesinde; “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır” düzenlemesine yer verilerek adil yargılanma hakkı evrensel bir hak olarak kabul edilmiş ve koruma altına alınmıştır. Beyannamenin 11.maddesinde de adil yargılanma hakkı ile ilintili olan suçsuzluk karinesi düzenlenmiştir. Beyanname her ne kadar dünya üzerindeki en kapsayıcı uluslararası kuruluş olarak kabul edilebilecek Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş olsa bile, ülkelerin iç hukuklarında uygulanma kabiliyeti ancak iyi niyet temennisinden ibarettir.⁸¹ Bununla birlikte adil yargılanma hakkının dünya çapında tanındığının tespiti ve evrenselliğinin tescili açısından oldukça önemlidir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesinde de adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Birleşmiş milletlerin beyannamesine göre daha sınırlı bir coğrafyada uygulama alanı belirleyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, taahhütlerin yaptırıma bağlanması sebebiyle daha zorlayıcı bir sistem öngörmüştür. Ancak sözleşmenin güttüğü asıl amaç insan haklarının iç hukukta korunmasının sağlanmasıdır. Bu sebeple iç hukuk yolları tüketildikten sonra yaptırım amacıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurulması mümkündür.⁸²

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde kapsamlı şekilde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilgili Anayasa'mızda birçok düzenleme (138, 139, 140, 141, 142 gibi) yer almaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 36.maddesine 03.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanun'un 14.maddesi ile eklenen *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hüküm ile de adil yargılanma hakkı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.⁸³

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesinin uygulama alanına medeni hukuk ve ceza hukuku uyuşmazlıkları dahil edilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında hukuk ve ceza yargılamasında ileri sürülebilen haklara yer verilmişken, devamı fıkralarında sadece ceza davalarında ileri sürülebilecek haklara yer verilmiştir. Dolayısıyla 6.maddenin konusunu, medeni haklara ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararlar ile ceza davalarında kurulan hükümler teşkil etmektedir.⁸⁴ Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne giden her somut olayda adil yargılanma hakkını değerlendirirken geniş bir yorumlama yapmaktadır. Sözleşmeye taraf devletlerden de maddenin geniş yorumlanması istenilmektedir. Burada önemli olan taraf devletlerin uyuşmazlığı nasıl nitelendirdiği değil, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin uyuşmazlığı nasıl gördüğüdür.⁸⁵ Bu sebeple, kimi durumlarda; a) kamulaştırma ve mülkiyet hakkı ile ilgili, b) bir meslek, sanat veya ekonomik faaliyetin icrası ile ilgili, c) sosyal sigorta, güvenlik ve çalışma hayatıyla ilgili, d) taşınmaz satım ve devri ile ilgili, e) idarenin kusurundan doğan zararların tazmini ile ilgili kimi uyuşmazlıklar idari niteliği haiz anlaşmazlıklar olmasına rağmen madde kapsamında görüp değerlendirme yapmaktadır.⁸⁶

Adil yargılanma hakkı ile kişilerin medeni hukuk, ceza hukuku ve kimi zaman da idare hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarındaki muhakeme sürecine ilişkin hakları ifade edilmiştir. Ancak düzenlemenin uygulama alanı salt yargılama süreci ile sınırlı tutulmamış, yargılamaya hazırlık aşaması ve hükmün uygulanması da adil yargılanma hakkının uygulama alanına dahil edilmiştir.⁸⁷

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının ana unsurlarını maddeler halinde belirtecek olursak;

- a) Kanuni, bağımsız ve tarafsız mahkemede dava açma hakkı,
- b) Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı,
- c) Makul bir süre içerisinde yargılanma hakkı,
- d) Aleni surette yargılanma hakkı, şeklinde belirtilebilir.⁸⁸

Sözleşmenin 6.maddesinde belirtilen güvenceler ilk etapta ceza davaları için öngörüldüğü düşünülse de yeri geldikçe diğer dava türlerinde de uygulama alanı bulacaktır.⁸⁹

İnsan Hakları Avrupa Divanı, disiplin cezalarının sözleşmenin 6.maddesinde yer verilen “adil yargılanma” hakkı kapsamında olmadığına karar vermiştir. Divan bu kararında, disiplin cezalarının “cezai saha” kapsamında olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca Divan, üye devletlerin cezaları niteleme konusunda serbest olduklarını ifade etmiş ancak yapılan nitellemenin sözleşmenin 6.maddesinin uygulanmasını etkileyecek nitelikte olması sebebiyle, söz konusu cezanın niteliğinin sözleşme çerçevesinde belirlenme yetkisinin kendisinde olduğuna karar vermiştir. Divana göre iç hukukta disiplin cezası olarak nitelendirilse bile özgürlüğü bağlayıcı bir disiplin cezası “cezai saha” kapsamında kalır. Burada söz konusu özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın süresi ve uzunluğu değerlendirmede büyük önem arz etmektedir.⁹⁰

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi disiplin kararlarının sözleşmenin 6.maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusundaki ölçütünü Pellegrin-Fransa kararı ile ortaya koymuştur.⁹¹ Sözleşmesi, sağlığının deniz aşırı ülkelerde görev yapmasına elverişsiz olması sebebiyle yenilenmeyen davacının idare mahkemesindeki davasının uzun sürdüğü iddiasıyla yapmış olduğu başvuruda verilen bu kararda; devletin egemenlik alanıyla ilgili bir görevde bulunanlara, görevleri bağlamında uygulanan idari işlemlerin kamu hukukunu ilgilendirdiğinden dolayı “medeni hak” kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, 6.madde kapsamına girmediğine karar verilmiştir.⁹²

Söz konusu karar ile getirilen ölçü bağlamında, kamu gücünün kullanılmasına aktif şekilde katılan, devlete özel bir sadakat ve güven içerisinde bağlı olan ve bu bağlılık kapsamında görevlerini icra eden polis, asker gibi memurların mesleğe kabul, görevde yükselme, meslekten çıkarma gibi konularda idare ile aralarında çıkan uyuşmazlıklarda, izlenilen usul ve tesis edilen idari işlemler İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesi kapsamında denetlenemez.⁹³ Örneğin; Yüksek Askeri Şura'nın ordudan ihraç kararlarından dolayı Türkiye aleyhine yapılan başvurularda kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Yine, sendika üyesi memura verilen aylıktan kesme cezasına (Zengin-Türkiye, 03.04.1995, 23/43/93), politik görüşlerini açıklayan savcının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile meslekten çıkarılmasına (Altın – Türkiye, 06.04.2000, 39822/98) ilişkin olarak verilen disiplin cezası işlemleri adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmemiştir.⁹⁴ Dolayısıyla devletle yoğun şekilde sadakat gereken mesleklerde (asker, polis vb.) faaliyet gösteren kişiler hakkında tesis olunan disiplin cezası işlemleri, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde kabul edilebilirlik kararı alarak esas incelemesi yapılması zor görünmektedir. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi her bir somut olayı kendi içerisinde değerlendirdiğinden uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımadan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirip değerlendirmeyeceğini kestirmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu kişilere uygulanan disiplin cezalarına İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yolu kapalıdır demek doğru olmayacaktır.⁹⁵

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin disiplin kararlarındaki genel ölçütü Pellegrin/Fransa kararında belirtilen gibi olmakla birlikte, içtihatları müstakar hale

gelmiş de değildir. Kimi zaman özellikle meslekten çıkarma cezalarında farklı kararlar verdiği de görülmektedir. Örneğin; Engels vd./Hollanda kararında olduğu gibi. Bu sebeple öğretide Yüksek Askeri Şura'nın re'sen ayırma kararlarının niteliği itibariyle idari bir karar gibi gözüke de soyut bir disiplinsizlik olgusuna dayanılarak verildiği ve etkisinin ağırlığı dikkate alındığında cezai boyutunun ağır bastığı, bu sebeple adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁶

SONUÇ

Disiplin hukuku, ilgili olduğu tüm alanlarda ve özellikle kamu personel rejiminde aktif olarak işletilmelidir. Zira, ilgisine yapılan aykırı fiil isnadının gerçekliği ancak bu sürecin sonucunda anlaşılacaktır. Bu yönüyle disiplin hukuku denilince ilk olarak akla yaptırım gelse de esasında iyi işleyen disiplin hukuku süreci, ilgilileri için aynı zamanda etkili bir hukuki güvencedir.

Disiplin hukuku, muhataplarının tüm hayatını etkileyen bir süreçtir. Tâbi olma ihtimalleri olan yaptırımlar açısından ceza hukukuna nazaran daha hafif nitelikte müeyyideler öngörmekle birlikte, öğrencilik ya da tüm çalışma hayatı bu süreçten etkilenecektir. Bundan dolayı, kişiler kendilerine isnat olunan fiilin yaptırımı ister disiplin hukuku ister ceza hukukuna ilişkin olsun öncelikle, yaptırıma giden süreçte güvende olmak isterler. Bu anlamda ilk olarak hangi yaptırımlara tabi olduklarını, hangi davranışların öngörülen yaptırımlara neden olacağını bilmek isterler. Doğal olarak işledikleri fiille orantılı olarak cezalandırılmaları gerekir. Her halükarda, hangi fiili işlemiş olursa olsunlar, savunma yapma hakları vardır. Savunma haklarını kendilerini en iyi ifade edecek şekilde kullanmalıdırlar. Yaptırım uygulayacak makamlar da savunma hakkının kullanılmasına azami özen göstermelidirler. Netice itibariyle yaptırım uygulanacak ise; olay tüm açıklığı ile ortaya konulmalı, yaptırım konusu eyleme ve kişiye ilişkin tüm “acaba”lardan kurtulunmalıdır. Eğer tüm şüpheden uzaklaşılarak, herhangi bir yaptırım uygulandı ise; mutlaka bu işleme karşı yargı yolu açık olmalıdır. Adil yargılanma uluslar üstü bir haktır. Hukuka uygun devlet, yaptığı işlemin hukuka uygun olduğundan emin olan devlet demektir. Dolayısıyla işlemlerinin yargılanmasından çekinmez. Bu nedenle, şekli manada bir yaptırım öngören işlemlere dahi yargı yolu, iş yoğunluğu vb. gerekçelerle kapatılamaz. Zira, şekli olarak değerlendirilen yaptırım, netice itibariyle isnat olunan hukuka aykırı fiilin sübute erdiğini göstermektedir. Aksini düşünen kişi açısından hiç değilse psikolojik etkileri olacağı açıktır. Öte yandan, meslek hayatında farklı bir işleme dayanak teşkil edeceği ve kişilerin önüne engel oluşturabileceği de açıktır. Yukarıda izaha çalışılan ve kaynağını Anayasada bulan ilkelere, tüm disiplin hukuku süreçlerinde dikkat gösterilmelidir.

Dipnotlar

- 1- Stj. Av., Adana Barosu.
- 2- DOĞAN, D.Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, Beyan Yayınları, 1987, İstanbul s:265.
- 3- ERCAN, İsmail: Hakimler ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, 2008, İstanbul, www.yok.gov.tr. (erişim tarihi: 13.06.2017), s:13.
- 4- GENÇ, Turan: Memur ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza ve Disiplin Soruşturmaları, Ankara, 2003, s:233.
- 5- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2006, Ankara, s:756.
- 6- PINAR, İbrahim: 4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2003, Ankara, s:704-705.
- 7- GÜNAL, Yılmaz, "Disiplin Cezaları", A.Ü.S.B.F.D., CXIII, No:2, 1958, Ankara, s:193.
- 8- ERCAN, İsmail, Memurlara Verilen Disiplin Cezaları, Yargı Yolu ve Anayasa'nın 129/3. Maddesindeki Düzenleme (Memurlara Verilen Disiplin Cezaları), İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Yayınlanmamış Avukatlık Tezi, 2004, İstanbul, s:7vd.
- 9- YÜCE, Turhan Tufan: "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili", Danıştay Dergisi, Yıl:1994, Sayı:88, Ankara, s:4.
- 10- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, Cilt:2, İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s:1188.
- 11- PINAR, s:705.
- 12- KARAHANOGULLARI, Onur: "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı:3, 3 Temmuz 1999, ss:55-77, s:58. (<http://www.todaie.edu.tr> - erişim tarihi:18.09.2017)
- 13- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 2008, Ankara, s:87.
- 14- TOROSLU, s:90.
- 15- ERDİNÇ, Burcu: "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, ss:239-276, s:266. (<http://www.ankarabarusu.org.tr> - erişim tarihi:28.08.2017)
- 16- ASLAN, Zahreddin: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Kasım 2001, İstanbul, s:23-28.
- 17- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2006, Ankara, s:23.
- 18- TOROSLU, s:37-42.
- 19- Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.1991 tarih ve E:1990/12, K:191/7 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - erişim tarihi:19.12.2015).
- 20- ASLAN, s:42-43.
- 21- ERCAN, s:19.
- 22- ERCAN, s:19.
- 23- TUMLUKOLÇU, Sinan: Kamu Meslek Kuruluşları Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarında Disiplin Suçları ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, 2007, Mersin, s:38-39 (www.yok.gov.tr. (erişim tarihi: 23.08.2017).
- 24- TOROSLU, s:43-53.
- 25- KEÇELİOĞLU, Elvan: "Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, 2012, Ankara, ss:77-100, s:86-87.
- 26- AYĞÜN EŞİTLİ, Ezgi, "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2013, Sayı:104, Ankara, ss:225-246, s:237 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr> - erişim tarihi:20.07.2017)
- 27- SANCAR, Türkan Yalçın: "Ceza Hukukunda Sistematiik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1, ss:23-38, Ankara, s:33-34 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr> - erişim tarihi:25.08.2017)
- 28- PLANTEY, Alain, Traité Pratique De La Fonction Publique, Paris, LGDJ, Üçüncü Baskı, 1971, Cilt:1, s:515. (nakleden; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Yedinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, Bursa, s:639.)
- 29- TUTUM, Cahit: Türkiye'de Memur Güvenliği, TODAİE Yayını, 1972, Ankara, s:42.
- 30- TUTUM, s:42-43.
- 31- ORHAN, Gökhan: Türkiye'de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, 2003, Muğla, s:16 (www.yok.gov.tr. (erişim tarihi: 18.08.2017).
- 32- TUMLUKOLÇU, s:39.
- 33- ORHAN, s:17-18.
- 34- NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, 2010 Anayasa Değişiklikleri, 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanunu ve Tüm Mevzuat Değişiklikleri Çerçevesinde Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Basım, Savaş Kitap ve Yayınevi, 2011, Ankara, s:64-66.
- 35- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yayıncılık, 2004, Konya, s:386.
- 36- ODYAKMAZ, Zehra / KAYMAK, Ümit / ERCAN, İsmail: İdare Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, XII Levha Yayıncılık A.Ş., 2015, İstanbul, s:230.
- 37- Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.1991 tarih ve E:1990/25, K:1991/1 sayılı kararı <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> - erişim tarihi:20.12.2015)
- 38- ERDEM, Jülide Gül: "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss:971-1006, s:980-984. (<http://dergiler.ankara.edu.tr> - erişim tarihi:19.07.2017)
- 39- OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, 2002, Ankara, s:102.
- 40- KAYA, Cemil: "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:38, Sayı:2, 2005, Ankara, ss:61-87, s:71.
- 41- ALTAY, Evren: Görevden Uzaklaştırma, Devlet Memurlarının ve Sözleşmeli Personelin Görevden Uzaklaştırılması, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, Ankara, s:45.
- 42- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku (İdare), Cilt 2, Ekin Kitabevi, 2003, Bursa, s:679.
- 43- ERDEM, s:986.
- 44- YÜKSEL, Metin: Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, 2002, Ankara, s:30.
- 45- YÜKSEL, s:130.
- 46- ERDEM, s:988.
- 47- T.C Başbakanlık Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (<http://www.tdk.gov.tr> - erişim tarihi 21.08.2017)
- 48- ERCAN, s:23.
- 49- HAFİZOĞULLARI, Zeki: "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, Ankara, ss:20-40, s:25 (www.ankarabarusu.org.tr - erişim tarihi:23.08.2017).
- 50- GÜNEŞ, Seyithan: "Sanığın Savunma Hakkı ve Hak Arama Özgürlüğü", Ankara Barosu Dergisi, 1995/3, Ankara, ss:46-50, s:46 (www.ankarabarusu.org.tr - erişim tarihi:23.12.2015).

Dipnotlar

- 51- Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.1998 tarih ve E:1997/41, K:1998/47 sayılı kararı (<http://www.anayasa.gov.tr> – erişim tarihi:22.12.2015)
- 52- 788 sayılı Memurin Kanunu (<http://www.memurlar.net/haber> - erişim tarihi:08.09.2017)
- 53- GÜVEN, Çağatay: "Disiplin Kovuşturmasında Avukatın Savunma Hakkı", Hukuk Gündemi Dergisi, 2013/2, Ankara, s:69.
- 54- AKYILMAZ, Bahtiyar: "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar" (Disiplin Hukuku), s:13-14.(<http://webftp.gazi.edu.tr> – erişim tarihi:23.07.2017)
- 55- GÜNEŞ, s:46.
- 56- HAFİZOĞULLARI, s:25.
- 57- AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:206, 1983, Ankara, s:20.
- 58- DİDDGK, 27.10.1989, E:1989/156, K: 1989/401 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – erişim tarihi:30.08.2017)
- 59- Danıştay 8.Daire, E:2008/4644, K:2010/3325.
- 60- D5D, 12.05.1976, E 75/2584, K 76/2686.
- 61- D8D, 2.11.1992, E 91/3301, K 92/2586, s.395.
- 62- ERCAN, s:24.
- 63- SANCAKDAR, Oğuz: Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2007, Eskişehir, s:158.
- 64- SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, 2001, Ankara, s:310.
- 65- AKYILMAZ (Disiplin Hukuku), s:16.
- 66- AKYILMAZ (Disiplin Hukuku), s:15-16.
- 67- AKILLIOĞLU, s:162-163.
- 68- ERCAN, s:26.
- 69- Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.11.2003 tarih ve E:2003/262, K:2003/277 (www.emsal.yargitay.gov.tr- erişim tarihi:31.07.2017).
- 70- FEYZİOĞLU, Metin: "Suçsuzluk Karinesi / Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48, Sayı:1-4, 1999, Ankara, ss:135-163, s:135.
- 71- ÜZÜLMEZ, İlhan: "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005, Ankara, ss:41-71, s:42.
- 72- DÖNMEZER, Sulhi: Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Nurullah Kuntere Armağan, 1999, İstanbul, s:67-68.
- 73- ÇINAR, Ali Rıza: "Hukuka Aykırı Kanıtlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, 2004, Ankara, ss:31-64, s:39.
- 74- FEYZİOĞLU, s:137.
- 75- FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat (Ceza Muhakemesinde), Yetkin Yayınları, 2002, Ankara, s:196.
- 76- ASLAN, s:388.
- 77- KAYA, s:72.
- 78- ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s:231.
- 79- YÜKSEL, Hatice: Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2010, Ankara, s:32.
- 80- DÖNMEZER, Sulhi: Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 2000, İzmir, s:339.
- 81- ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, 2007, Ankara, s:97-98.
- 82- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 1996, Ankara, s:7.
- 83- IŞIKLAR, Celal: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Disiplin Hukukuna İlişkin Kararları", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:21. (<http://www.msb.gov.tr/Ayım> - erişim tarihi:19.12.2015).
- 84- GÜNAY, Meryem: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Dergisi, Sayı:48, 2014, ss:234-261, s:237-238.
- 85- DEMİRKOL, Selami: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı", s:2, (<http://www.danistay.gov.tr> – erişim tarihi:01.01.2016).
- 86- IŞIKLAR.
- 87- ALTIPARMAK, Cüneyd: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Madde Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:63, 2006, Ss:264-270, s:244-245.
- 88- KARAAARSLAN, Hilal: "Adil Yargılanma Hakkı", (<http://www.ankarabarusu.org.tr> – erişim tarihi:08.08.2017)
- 89- YÜKSEL, H., s:44.
- 90- İnsan Hakları Avrupa Divanı, Engel Kararı, 8 Haziran 1976, Seri:A-22, s:26-23 (aktaran: KARAHANOGULLARI, s:58).
- 91- Pellegrin v. Fransa Kararı, 08.12.1999, (aktaran: İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İkinci Bası, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul, s:45-52).
- 92- IŞIKLAR.
- 93- İNCEOĞLU, Sibel: "Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi" (Yargıca Yönelik), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:72, 2007, Ankara, ss:55-74, s:67.
- 94- IŞIKLAR.
- 95- İNCEOĞLU (Yargıca Yönelik), s:67-68.
- 96- IŞIKLAR.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No:206, 1983, Ankara.

AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yayıncılık, 2004, Konya.

AKYILMAZ, Bahtiyar: *“Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”*

ALTAY, Evren: Görevden Uzaklaştırma, Devlet Memurlarının ve Sözleşmeli Personelin Görevden Uzaklaştırılması, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, Ankara.

ALTIPARMAK, Cüneyd: *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Madde Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:63, 2006, Ss:264-270.

ASLAN, Zahreddin: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Alfa Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Kasım 2001, İstanbul.

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2006, Ankara.

AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, *“Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2013, Sayı:104, Ankara, ss:225-246.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2006, Ankara.

ÇINAR, Ali Rıza: *“Hukuka Aykırı Kanıtlar”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, 2004, Ankara, ss:31-64.

DEMİRKOL, Selami: *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”*

DOĞAN, D.Mehmet: Büyük Türkçe Sözlük, Beyan Yayınları, 1987, İstanbul.

DÖNMEZER, Sulhi: Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Nurullah Kuntere Armağan, 1999, İstanbul.

DÖNMEZER, Sulhi: Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, 2000, İzmir.

ERCAN, İsmail: Hakimler ve Savcıların Disiplin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, 2008, İstanbul.

ERCAN, İsmail, Memurlara Verilen Disiplin Cezaları, Yargı Yolu ve Anayasa'nın 129/3. Maddesindeki Düzenleme, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Yayınlanmamış Avukatlık Tezi, 2004, İstanbul.

ERDEM, Jülide Gül, *“Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss:971-1006.

ERDİNÇ, Burcu, *“İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”*, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, ss:239-276.

KAYNAKÇA

ERDOĞAN, Mustafa: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, 2007, Ankara.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, 2002, Ankara.

FEYZİOĞLU, Metin: “Suçsuzluk Karinesi / Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48, Sayı:1-4, 1999, Ankara, ss:135-163.

GENÇ, Turan: Memur ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Ceza ve Disiplin Soruşturmaları, 2003, Ankara.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 1996, Ankara.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Kitabevi, 2003, Bursa.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Düzeltilmiş ve Güncelleştirilmiş Yedinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, Bursa.

GÜNAL, Yılmaz: “Disiplin Cezaları”, A.Ü.S.B.F.D., CXIII, No:2, 1958, Ankara.

GÜNAY, Meryem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı”, Adalet Dergisi, Sayı:48, 2014, ss:234-261.

GÜNEŞ, Seyithan: “Sanığın Savunma Hakkı ve Hak Arama Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi, 1995/3, Ankara, ss:46-50.

GÜVEN, Çağatay: “Disiplin Kovuşturmasında Avukatın Savunma Hakkı”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2013/2, Ankara.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, Ankara, ss:20-40.

İŞIKLAR, Celal: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Disiplin Hukukuna İlişkin Kararları”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Dergi No:21.

İNCEOĞLU, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İkinci Bası, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul.

İNCEOĞLU, Sibel: “Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:72, 2007, Ankara, ss:55-74.

KARAARSLAN, Hilal: “Adil Yargılanma Hakkı”.

KARAHANOGULLARI, Onur: “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı:3, 3 Temmuz 1999, ss:55-77.

KAYA, Cemil: “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:38, Sayı:2, 2005, Ankara, ss:61-87.

KAYNAKÇA

KEÇELİOĞLU, Elvan: “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, 2012, Ankara, ss:77-100.

NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, 2010 Anayasa Değişiklikleri, 6085 Sayılı Yeni Sayıştay Kanunu ve Tüm Mevzuat Değişiklikleri Çerçevesinde Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Basım, Savaş Kitap ve Yayınevi, 2011, Ankara.

ODYAKMAZ, Zehra / KAYMAK, Ümit / ERCAN, İsmail: İdare Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, XII Levha Yayıncılık, 2015, İstanbul.

OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, 2002, Ankara.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, Cilt:2, İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul.

ORHAN, Gökhan: Türkiye’de Memur Disiplin Suç ve Cezalarının Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, 2003, Muğla.

PINAR, İbrahim: 4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2003, Ankara.

SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, 2001, Ankara.

SANCAKDAR, Oğuz: Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2007, Eskişehir.

SANCAR, Türkan Yalçın: “Ceza Hukukunda Sistematik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1999/1, ss:23-38, Ankara.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 2008, Ankara.

TUMLUKOLÇU, Sinan: Kamu Meslek Kuruluşları Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarında Disiplin Suçları ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, 2007, Mersin.

TUTUM, Cahit: Türkiye’de Memur Güvenliği, TODAİE Yayını, 1972, Ankara.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:58, 2005, Ankara, ss:41-71.

YÜCE, Turhan Tufan: “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, Danıştay Dergisi, Yıl:24, Sayı:88, 1994, Ankara.

YÜKSEL, Metin: Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, 2002, Ankara.

YÜKSEL, Hatice: Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2010, Ankara.





YARGITAY KARARLARI



T.C.
YARGITAY
İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

2015/2 Esas
2017/1 Karar
03/03/2017 Tarih

- YEMİN TEKLİFİNDE BULUNMA HAKKI

(Tarafların İddialarının Dayanağı Olan Bütün Vakıaların Sıra Numarası Altında Açık Özetlerinin Her Bir Vakıanın Hangi Deliller ile İspat Edileceğinin Dava Dilekçesinde Gösterileceği - Vakıaların İspata Elverişli Şekilde Somutlaştırılması Gerekliğinin Taraflara Yüklendiği - Açıkça Yemin Deliline Dayanılmadığı Takdirde Tarafın Yemin Teklif Etme Hakkının Bulunmadığı - Tarafın Sair Deliller Her Türlü Delil ve Sair Deliller Gibi İbareleri Kullanması Halinde Yemin Deliline Açıkça Dayanmış Sayılamayacağı)

- İDDİALARA DAYANAK OLAN BÜTÜN VAKILARIN VE DELİLLERİN DİLEKÇEDE BELİRTİLMESİ

(Her Bir Vakıanın Hangi Deliller ile İspat Edileceğinin Dava Dilekçesinde Gösterileceği - Davacının Cevaba Cevap Dilekçesi Hakkında Dava Dilekçesine Davalının İkinci Cevap Dilekçesi Hakkında da Cevap Dilekçesine İlişkin Hükümlerin Niteliğine Aykırı Düşmediği Sürece Kıyasen Uygulanacağı - Vakıaların İspata Elverişli Şekilde Somutlaştırması Gerekliğinin Taraflara Yüklendiği)

- SOMUTLAŞTIRMA KÜLFETİ

(Tarafların İddialarının Dayanağı Olan Bütün Vakıaların Sıra Numarası Altında Açık Özetlerinin Her Bir Vakıanın Hangi Deliller ile İspat Edileceğinin Dava Dilekçesinde Gösterileceği - Davacının Cevaba Cevap Dilekçesi Hakkında Dava Dilekçesine Davalının İkinci Cevap Dilekçesi Hakkında da Cevap Dilekçesine İlişkin Hükümlerin Niteliğine Aykırı Düşmediği Sürece Kıyasen Uygulanacağı - Hangi Delilin Hangi Vakıanın İspatı İçin Gösterildiğinin Açıkça Belirtilmesi Gerekliği)

**- TARAFLARIN DİLEKÇELERİNDE SAİR DELİLLER
HER TÜRLÜ DELİL GİBİ İBARELERİ KULLANMASI**

(Yasa Koyucunun Taraflara Hangi Delilin Hangi Vakıanın İspatı İçin Gösterildiğini Açıkça Belirtme Yani Somutlaşma Külfeti Getirdiği - Açıkça Yemin Deliline Dayanılmadığı Takdirde Tarafın Yemin Teklif Etme Hakkının Bulunmadığı - Belirtilen İfadelerin Kullanılması Halinde Yemin Deliline Açıkça Dayanılmış Olduğu Kabul Edilemeyeceği - Hâkimin Taraflara Yemin Teklif Etme Hakkını Hatırlatmasının Mümkün Bulunmadığı)

ÖZET: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılamayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa "yemin teklifinde bulunma hakkı"nı hatırlatamayacağı hususuna ilişkindir. Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinin, iddia edilen her bir vakıanın hangi deliller ile ispat edileceğinin dava dilekçesinde; davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinin ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin cevap dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Davacının cevaba cevap dilekçesi hakkında dava dilekçesine, davalının ikinci cevap dilekçesi hakkında da cevap dilekçesine ilişkin hükümlerin, niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanacağı ilkesi getirilmiştir. Her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin gösterilmesi zorunluluğu cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri için de geçerlidir. Vakıaların, ispata elverişli şekilde somutlaştırması gerekliliği taraflara yüklenmiştir. Somutlaştırma yükü ile taraflardan, dayandıkları delilleri göstermeleri beklediği gibi hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini de açıkça göstermeleri beklenmektedir. Yasa koyucunun taraflara hangi delilin, hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme, yani somutlaşma külfeti getirdiğini, bu düzenlemeye göre de açıkça yemin deliline dayanılmadığı takdirde, tarafın yemin teklif etme hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Tarafın "sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller" gibi ibareleri kullanmış olması yemin deliline açıkça dayanmış olduğu biçiminde yorumlanamaz. Hâkimin taraflara yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

DAVA: I. GİRİŞ

A. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ BAŞVURU

Av. Fatih Karamercan 19.11.2014 tarihli dilekçesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK.) yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda "sair deliller-her türlü delil -vs. deliller" ibarelerinin kullanılması halinde tarafların "yemin" deliline de dayandıklarının kabul edilip edilemeyeceği, bu kapsamda hâkimin ispat yükü üzerinde olan tarafa yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının gerekip gerekmediği konusunda Daireler arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının birleştirilmesini istemiştir.

B. YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADI BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 10/12/2015 tarih ve 215/a sayılı Kararı ile;

Aşağıda I-C'de belirtilen kararlar arasında görüş ayrılığı bulunduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; ayrıklığın Hukuk İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunca giderilmesi gerektiğine, görüşme tarihi daha sonra Birinci Başkanlıkça belirlenmek üzere, raportör üye olarak Adem Albayrak'ın görevlendirilmesine karar verilmiştir.

İçtihadı Birleştirme konusu ise “6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde 'sair deliller, her türlü delil ve sair deliller' gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılıp sayılmayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “yemin teklifinde bulunma hakkı'nı hatırlatıp hatırlatamayacağı” olarak belirlenmiştir.*

C. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

İkinci Hukuk Dairesinin

22.01.2014 gün ve E: 2013/18501 K: 2014/1181,
09.07.2014 gün ve E: 2014/1250 K:2014/15971;

Üçüncü Hukuk Dairesinin

13.01.2014 gün ve E: 2013/15600 K: 2014/120,
17.03.2014 gün ve E: 2013/20098 K:2014/4088,
06.05.2014 gün ve E: 2013/21392 K: 2014/6953,
02.06.2014 gün ve E: 2014/778 K:2014/8653,
09.06.2014 gün ve E: 2014/8565 K: 2014/9130,
16.06.2014 gün ve E: 2014/8179 K:2014/9604;

Altıncı Hukuk Dairesinin

03.04.2014 gün ve E: 2013/12712 K:2014/4351,
13.05.2014 gün ve E: 2014/3745 K:2014/6156,
22.05.2014 gün ve E: 2014/4790 K:2014/6638,
26.05.2014 gün ve E: 2013/15347 K:2014/6797,
12.06.2014 gün ve E: 2013/15109 K:2014/7768,
18.06.2014 gün ve E: 2014/5796 K:2014/8060,
30.06.2014 gün ve E: 2014/7009 K:2014/8663,
25.09.2014 gün ve E:2014/8874 K:2014/10427;

On Üçüncü Hukuk Dairesinin

12.03.2014 gün ve E: 2013/28263 K:2014/6977,
09.04.2014 gün ve E: 2013/2811 K: 2014/10835,
27.05.2014 gün ve E: 2014/2672 K;2014/16451,
05.06.2014 gün ve E: 2014/12325 K; 2014/17833,
15.09.2014 gün ve E: 2014/8855 K: 2014/27028;

On Dokuzuncu Hukuk Dairesinin

24.04.2013 gün ve E: 2013/4822 K: 2013/7308,
12.05.2014 gün ve E:2014/4906 K:2014/9037,
02.06.2014 gün ve E: 2014/6872 K:2014/I0385,
05.06.2014 gün ve E: 2014/7406 K: 2014/10611,
22.09.2014 gün ve E: 2014/9471 K: 2014/13860;

Yirmi Üçüncü Hukuk Dairesinin

04.02.2014 gün ve E: 2013/6432 K: 2014/703,
01.04.2014 gün ve E: 2013/8570 fi: 2014/2465 sayılı kararları.

D. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLARDA BELİRTİLEN GÖRÜŞLERİN ÖZETLERİ

1. İctihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Kullanılan İbarelerin Yemin Deliline Dayanma Olgusunu Kapsayacağı Görüşünde Olan Daireler

Üçüncü Hukuk Dairesi, Altıncı Hukuk Dairesi ve On Üçüncü Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle içtihadı birleştirme konusu edilen hususta tarafların dilekçelerinde “*sair deliller-her türlü delil-vs. deliller*” gibi ibareleri kullanmalarının “delillerin hasredilmesi” kuralına aykırı olmadığı, bu çerçevede hâkimin ilgili tarafa yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının davayı aydınlatma ödevi (HMK. m.31) içinde kaldığı ve bu suretle savunma hakkının kısıtlanması ve daraltılması suretiyle hak kaybına sebebiyet verilmemiş olacağı belirtilmiştir.

2. İctihatların Birleştirilmesi Konusu Kapsamında Kullanılan İbarelerin Yemin Deliline Dayanma Olgusunu Kapsamayacağı Görüşünde Olan Daireler

İkinci Hukuk Dairesi, On Dokuzuncu Hukuk Dairesi ve Yirmi Üçüncü Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle içtihadı birleştirme konusu edilen hususta tarafların dilekçelerinde “*sair deliller-her türlü delil-vs. deliller*” gibi ibareleri kullanmalarının dava dilekçesinin içeriğine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1-f maddesindeki “*iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği*”, cevap dilekçesinin içeriğine ilişkin 129/1-e maddesindeki savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin gösterilmiş olmasına ilişkin düzenlemeler ile cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri hakkında, dava ve cevap dilekçesine ilişkin hükümlerin niteliğine aykırı düşmedikçe kıyasen uygulanacağına ilişkin 136/1 maddesi kapsamında yemin deliline başvurulduğu anlamının çıkartılamayacağı; tarafların anılan Yasa kapsamında artık iddia ve savunmalarını ispat için gerektiğinde yemin deliline başvurmak istiyorlarsa bunu açıkça bildirmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

II. ÖN SORUN

Yargıtay İctihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında esasa geçilmeden önce konu ile ilgili olarak çeşitli Dairelerce münferit kararlar verildiği ve bu kararların “*yerleşik hal*” almadığı, diğer bir deyişle müstakar uygulama haline gelmediği; Yargıtay İctihadı Birleştirme İlke Kararı (RG. 13.07.1974 gün ve 15294 s.) uyarınca içtihatları birleştirme için gereken ön şartın henüz oluşmadığı belirtilerek içtihatların birleştirilmesine gerek olup olmadığı hususu ön sorun olarak gündeme getirilmiştir.

Ön soruna ilişkin olarak yapılan değerlendirmede Yargıtay Kanunu'nun “*Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının Görevleri*” kenar başlıklı 15 inci maddesinin 2 nci bendine göre Yargıtay kararları ile sınırlı olmak üzere iki halde içtihatların birleştirilmesinin söz konusu olduğu ve bunların:

1. Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunması,

2. Yargıtay dairelerinden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi ve benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunması, olarak gösterildiği hususu dikkate alındığında eldeki içtihadı birleştirme konusunda başvurucunun dilekçesinde gösterilenden daha fazla karar bulunduğu ve Daireler bakımından kararlı ve sürekli uygulamanın ve dolayısıyla içtihatların birleştirilmesine ilişkin olarak aranan ön şartın sağlanmış olduğuna oyçokluğu ile karar verilmiştir.

III. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

A. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE KURUMLAR

1. Yemin ve Yeminin Delil Niteliği

a) Kavramsal Olarak Yemin

Sözlük anlamıyla yemin (ant) *“Tanrı’yı veya kutsal bilinen bir kişiyi, bir şeyi tanık göstererek bir olayı doğrulamak”* demektir (Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük). Hukuk terminolojisinde ise *“bir kimsenin verdiği sözü temin veya sözünün doğruluğunu tasdik için kanun ile muayyen sözleri söylemesi veya hareketleri yapması”* (Türk Hukuk Lügati, 3.b., Ankara 1991, s.363) olarak tanımlanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanık, bilirkişi ve taraf yeminleri ayrı müesseseler olarak düzenlenmiş fakat yeminin bir tanımı verilmemiştir. Tanık ve bilirkişi yeminleri ilgililerini doğru söylemeye yönelten birer vasıta iken, taraf yemini bir delil olarak kabul edilmiştir.

Öğretide benimsenen tanıma göre taraf yemini *“ taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı hakkında, mahkeme önünde ve kanunun belirlediği şekilde beyanda bulunmasıdır.”* (Yılmaz, E.: Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2.b., Ankara 2012, s.25).

b) İspat, Vakıa ve Delil Kavramları

Dava konusu yapılan, bir diğer ifade ile davada talep sonucu olarak varlığı ileri sürülen subjektif bir hakkın var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi sonucunda mümkün olur. Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6.b, İstanbul 2001, s. 6196; Postacıoğlu, İ. E./Altay, S.: Medenî Usul Hukuku Dersleri. 7.b, s. 558, n. 1069; Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 2000, s.612; Tanrıver, S.: Medenî Usûl Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.741; Pekcanitez. H./Atalay. O./Özekes, M.: Medenî Usûl Hukuku, 13.b., Ankara 2012, s.538).

Vakıa (olgu) kendisine hukuki sonuç bağlanmış olaylardır. Bir vakıanın ispatı için başvurulacak araçlara ise delil (kanıt) denir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu delilleri senet, yemin, tanık, bilirkişi, keşif ve uzman görüşü olarak sıralamıştır. . Bu sayma sınırlayıcı (tahdidi) olmayıp, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu getirmediği hallerde taraflar kanunda düzenlenmemiş diğer delillere de dayanabilirler (Tanrıver, s.799). Öte yandan öğretilde deliller “kesin” ve “takdiri” olarak iki grup altında mütalaa edilmektedir (Kuru, II, s.2032 vd.; Pekcanıez/Atalay/Özekes, s.606 vd.; Tanrıver, s.817). Bu kapsamda yemin, kesin delillerdendir; bir başka anlatımla yemin hakkındaki hükümlere uyulmasıyla o vakıa kesin biçimde kanıtlanmış olur.

İspat bir yükümlülük olmayıp, bir yüküdür. Yük (kulfet) hukuk düzeninin bir kimseye, diğer bir kimse karşısında yüklemiş olduğu davranış olup, kulfet üzerine yüklenen kişi bu davranışı yerine getirmede ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaybeder (Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.b., Ankara 2014, s.45). Buna göre ispat yükü kendisine düşen taraf bunu yerine getirmek zorunda değildir fakat bunun yerine getirilmemesi halinde dava sonucunda ulaşılmaya çalışılan hakka ulaşamayacak (Börü. L.: Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s.66 vd.); üst paragrafta kullanılan ifade ile mahkemede bu yönde bir kanaat oluşturmak mümkün olmayacaktır.

c) Yeminin Delil Niteliği

Yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde yemin, taraflardan birinin davanın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu, kanunda belirtilen usule uyararak, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden ve kendisine kesin delil vasfı yüklenmiş sözlü açıklamalardır.

Bütün ispat vasıtalarında olduğu gibi yeminin de konusu davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalardır (HMK.m.225/1).

Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılırken (HMK.m.225/2); tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki taraflı irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller, yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar yeminin konusu olamaz (HMK.m.226).

Yemini, kendisine ispat yükü düşen taraf teklif edebilir. Kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın, yemin teklif etmesinin hiçbir hukuki sonucu yoktur.

İçtihadı birleştirmeye konu olan husus taraf yeminine ilişkindir. Bu anlamda tarafın bir delili kullanabilmesi için o delile usulüne uygun şekilde dayanmış olması gerekir.

Değerlendirilmesi gereken konu, yemin deliline açıkça dayanılması gerekip gerekmediği bir başka deyişle "sair deliller", "her türlü delil", ve "ve sair deliller"

ibaresinin kullanılması halinde yemin deliline dayanıldığıнын kabul edilip edilemeyeceği ve yemin deliline dayanılmış olması durumunda bu hakkın hâkim tarafından tarafa hatırlatılıp hatırlatılamayacağı noktasındadır.

2. Delillerin Gösterilmesi, İbrazı ve Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

a) Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu “*dava dilekçesinin içeriği*” başlıklı 119 uncu maddesinin 1 inci bendinin (e) alt bendinde davacıya, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve (f) alt bendinde de iddia ettiği her bir vakıayı hangi delillerle ispat edeceğini göstermek yükümlülüğü getirmiş; bu ilkeyi “*somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi*” başlıklı 194 üncü maddenin 2 sayılı bendinde ve (basit yargılama usulü bakımından) “*delillerin ikamesi*” başlıklı 318 inci maddenin 1 inci bendinde de tekrarlamıştır.

Benzer bir yük “*cevap dilekçesinin içeriği*” başlıklı 124 üncü maddenin I inci bendinin (d) ve (e) alt bentleri ile savunma sebep ve vasıtaları bakımından davalıya da yüklenmiştir.

Bu külfet, iddia ve savunma sebeplerinin yargılamanın belirli bir aşamasına kadar ileri sürülmesini, bundan sonra ileri sürülen iddia ve savunma sebeplerinin mahkemece dikkate alınamayacağını ifade eden “*teksif ilkesi*” ile de ilişkilidir (Tanrıver, s.362 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.305 vd.).

b) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilmesine, soru sorabilmesine ve delil gösterilmesini isteyebilmesine “*hâkimin davayı aydınlatma ödevi*” denir (HMK.m.31).

Taraflarca getirilme ilkesi (HMK.m.25) ile bağlantılı bir kurum olan hâkimin davayı aydınlatması ödevi, hâkimin iddia ve savunma ile sınırlı olarak belirsizlik ve çelişkilerin giderilmesi için öngörülmüş ve doğruya ulaşmak noktasında hâkime yüklenmiş bir görevdir (Tanrıver. s.365 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.310 vd.).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılamayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “*yemin teklifinde bulunma hakkı*”nı hatırlatamayacağı hususundadır.

3. Yemin Deliline Dayanma

Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde gerek davacı gerek davalı iddia ya da savunmasını ispatlamak bakımından vakıa ve delil ilişkisini net biçimde kurmalıdır.

Bu bağlamda tarafın (diğer delillerde olduğu gibi) açıkça yemin deliline başvurmaması mümkündür.

Çözümlemesi gereken sorun açıkça yemin deliline başvurmeyen tarafın dilekçesinde “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibarelere yer vermesi halinde, bu ibarelerin ilgilinin yemin deliline başvurmuş sayılıp sayılamayacağı ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “*yemin teklifinde bulunma hakkı*”nm hatırlatıp hatırlatamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Konu ile ilgili olarak öğretilde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Pekcanıtez/Atalay/Özekes konu hakkındaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedirler: “*Uygulamada Yargıtay, hakim in davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde belli bir delili hatırlatma yetkisi bulunmadığı, ancak taraf delilleri arasında yemin deliline dayanmışsa, açıkça- yemine dayanmasa dahi en azından “sair deliller” demişse sair deliller içinde yemin de yer aldığından, hakim in bu tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunu hatırlatması gerektiği görüşündedir. Bu hatırlatmanın yapılmaması bozma sebebi sayılmıştır. Ancak gerek sair deliller ibaresinin doğuracağı sonuç, gerekse hakim in yemin hakkını hatırlatma zorunluluğunda olması artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemesi çerçevesinde geçerli sayılamaz. Çünkü taraf dayandığı delilleri açıkça göstermek durumundadır*” (s.642).

Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, tarafların yemin deliline başvuracaklarını dilekçelerinde belirtmeleri gerektiğini vurgulamış ve (HMK.m. 119/1 -f, 129/1 -e) mahkemenin ancak bu ihtimalde yemin teklif etme yükümlülüğünde olduklarına dair kanaat açıklamışlardır (Arslan, R./Yılmaz. E./Taşpınar Ayvaz, S.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, s.428 vd.).

Tanrıver, tarafların dilekçelerinde yemin deliline dayandıklarını açıkça bildirmek zorunda olduğunu, aksi takdirde hâkimin tarafa herhangi bir hatırlatmada bulunamayacağını belirtmektedir (s.864-865).

Karşlı, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları ispat için delillerinin de neler olduğunu yazması gerektiğini, delillerin genel ifadelerle belirtmesinin yeterli olmadığını ve hangi delillere dayanıldığının da dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiğini söylemektedir. Yazar somutlaştırma yükünün (HMK.m. 194) de bu unsuru tamamladığı görüşündedir (Karşlı, A.: Medeni Muhakeme Hukuku -6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş-, 3. b., İstanbul 2013, s.488).

Bolayır da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194/2, 119/1 -f ve 129/1 -e hükümlerinden bahisle, tarafların dava ve cevap dilekçelerinde dayandıkları delillerin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmelerini zorunlu kıldığını; bu düzenlemelerin ilgili tarafın açıkça yemine dayanmamış olmakla birlikte dilekçesinde “*sair deliller*”, “*her türlü deliller*” ve “*diğer deliller*” gibi ifadelerle yer vermiş olması halinde, hâkimin tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunu hatırlatması gerektiğine ilişkin olarak Yargıtay tarafından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde geliştirilmiş uygulamayı ortadan kaldırdığını, buna rağmen Yargıtay'ın önceki uygulamayı sürdürdüğünü ve bunun isabetli olmadığını

belirtmektedir (Bolayır, N.: Hukuk Yargılanmasında Delillerin Toplanması Tarafının ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s. 382-385).

Börü, somutlaştırma yükü gereği tarafların vakıaların ispatı için dayandıkları delilleri salt dilekçelerinde göstermelerinin yeterli olmadığını; hangi delilin, hangi vakıanın ispatı için gösterildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiğini (s.208); 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki “*sair deliller*” benzeri ibarelerin yemin ve tanık deliline de dayanıldığına kabulü şeklindeki uygulamanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki somutlaştırma yüküne ilişkin düzenleme çerçevesinde artık benimsenemeyeceğini; bu tür ibarelerin dilekçelerde yer alması halinde yemin deliline açıkça dayanıldığına kabul edilemeyeceğini (s.209) ifade etmektedir.

B. KONU İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Taraflarca getirilme ilkesi

MADDE 25- (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi

MADDE 31- (1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

Dava dilekçesinin içeriği

MADDE 119- (1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı.
- b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
- e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- g) Dayanılan hukuki sebepler.
- ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.
- h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

Cevap dilekçesinin içeriği

MADDE 129- (1) Cevap dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı.
- b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adres.
- c) Davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç) Varsa, tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d) Davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- e) Savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- f) Dayanılan hukuki sebepler.
- g) Açık bir şekilde talep sonucu.
- ğ) Davalının veya varsa kanuni temsilcisinin yahut vekilinin imzası.

(2) 121 inci madde hükmü cevap dilekçesi hakkında da uygulanır.
Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi

MADDE 194- (1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır.

(2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.

Yeminin konusu

MADDE 225- (1) Yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakılardır. Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılır.

Delillerin ikamesi

MADDE 318- (1) Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.

IV. GEREKÇE

İçtihadı birleştirmenin konusu; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap

dilekçeleri ile delil listelerinde “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline dayandıklarının kabul edilip edilemeyeceği, bu kapsamda hakimın, ispat yükü üzerinde olan tarafa, yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının gerekip gerekmediği hususundadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*dava dilekçesinin içeriği*” kenar başlıklı 119 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendinde “*davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri*”nin, (f) fıkrasında ise “*iddia edilen her bir vakıanın hangi deliller ile ispat edileceğinin*” dava dilekçesinde; aynı şekilde 129 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (d) bendinde “*davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri*”nin ve (e) fıkrasında da “*savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği*”nin cevap dilekçesinde gösterilmesi gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 136.ncı maddesinin 2.nci fıkrasında davacının cevaba cevap dilekçesi hakkında dava dilekçesine, davalının ikinci cevap dilekçesi hakkında da cevap dilekçesine ilişkin hükümlerin, niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanacağı ilkesi getirilmiştir. Her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğinin gösterilmesi zorunluluğu cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri için de geçerlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi*” kenar başlıklı 194 üncü maddesinde dayandıkları vakıaların, ispata elverişli şekilde somutlaştırması gerekliliği taraflara yüklenmiştir. Somutlaştırma yükü ile taraflardan, dayandıkları delilleri göstermeleri beklendiği gibi hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini de açıkça göstermeleri beklenmektedir.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bulunmayan bu kural Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde de “*maddenin yeni düzenleme olduğu, maddenin amacının bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama yer vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakıalara dayanmadan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı vurgulanmıştır. Aynı şekilde somutlaştırma yükümlülüğünün yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için zorunlu olduğu vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ya da zaman kaybının önlenmesinin hedef alındığı, vakıaların somut olarak ileri sürülmesinin taraflar için bir yük olduğu, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen tarafın sonuçlarına katlanacağı*” hususu belirtilmiştir. Yukarıda yük (kulfet) konusunda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi somutlaştırma bir yükümlülük değil fakat bir yükür. Taraflar vakıa ve delil ilişkisini kurmak zorunda değildirler fakat bundan kaçınmaları dava ile elde etmeyi umdukları hukuki korumadan mahrum kalmaları sonucunu doğurur.

Bu yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda yasa koyucunun taraflara hangi delilin, hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtme, yani somutlaşma külfeti

getirdiğini, bu düzenlemeye göre de açıkça yemin deliline dayanılmadığı takdirde, tarafın yemin teklif etme hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Tarafın “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibareleri kullanmış olması yemin deliline açıkça dayanmış olduğu biçiminde yorumlanamaz.

Bu çerçevede tarafın “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibareleri kullanmış olması halinde hâkimin taraflara yemin teklif etme hakkını hatırlatmasının mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

V. SONUÇ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde “*sair deliller, her türlü delil, ve sair deliller*” gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılamayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa “*yemin teklifinde bulunma hakkı*”nı hatırlatamayacağına, 03.03.2017 günlü oturumda gerek ön sorun gerek esas hakkında üçte ikiyi aşan oy çokluğu ile karar verilmiştir.

KARŞIY

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun; tarafların dilekçelerinde “*sair deliller, her türlü delil, vs. deliller*” tabirini kullanmasının, 6100 sayılı HMK döneminde, “*yemin delilini*” de kapsayıp kapsamayacağı hususuna ilişkin 03.01.2017 tarihli toplantısında, tarafların delil listesinde ayrıca ve açıkça “*yemin*” deliline dayanmamaları halinde, “*sair deliller, her türlü delil, vs. deliller*” sözcüklerinin kullanmalarının “*yemin*” delilini kapsamayacağına oyçokluğu ile karar verilmiştir.

1086 sayılı HUMK döneminde açılan davalar yönünden, “*sair deliller, her türlü delil, vs. deliller*” ibarelerinin “*yemin*” delilini de kapsayacağı hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktaydı.

Sayın çoğunluk bir takım gerekçelerle 6100 sayılı HMK döneminde, “*sair deliller, her türlü delil, vs. deliller*” tabirinin “*yemin*” delilini içermediğine karar vermiş ise de çoğunluğun bu görüşlerine katılmıyoruz. Şöyle ki;

1- Sayın Çoğunluk, HMK 119/1 -e, -f bentlerinde yer alan;

“(1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.

f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde, hakim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır”.

Hükümleri uyarınca dava dilekçesinde, HMK 129'da yer alan mümasil hükümler uyarınca da cevap dilekçesinde, tarafların, hangi maddi vakıayı hangi delillerle ispat edileceğini, dava ve cevap dilekçelerinde belirtmek zorunda olduklarını ifade etmişlerdir. Bununla birlikte, 119/1 (e) ve (f) bentleri ile 129.maddedeki mümasil hükümde, anılan zorunluluğa uyulmamasının müeyyidesi bulunmamaktadır.

2- Sayın çoğunluk, HMK 194'te yer alan

“(1) Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdırlar.

(2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispata için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur” hükmü ile,

HMK 318'de yer alan;

“(1) Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.”

Hükümleri uyarınca, somutlaştırma yükümlülüğü çerçevesinde, tarafların yargılamada, İspata elverişli şekilde dayandıkları maddi vakıaları somutlaştırmaları, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispata için gösterildiğini açıkça belirtmeleri gerektiği, bu bağlamda delil listesinde yer alan *“sair deliller, her türlü delil, vs. deliller”* kavramlarının kullanılmasının somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyeceğini savunmuştur.

Her şeyden önce, yemin HMK m, 225'te kesin deliller arasında sayılmıştır. Bununla birlikte, yemin delili, davanın taraflarınca delil olarak dayanılabilir bile hemen ileri sürülmemekte, diğer delillerle ispat edilememesi ve hakim tarafından da bunun ifade edilmesi ve hatırlatılması halinde delil olarak dayanılmaktadır. Bu yüzden, tarafların yargılamanın başında, yemin deliliyle hangi maddi vakıayı ispat edeceklerini söylemeleri gerekmez. Anılan nedenlerle, HMK 194 ve 318 maddeleri, yemin dışındaki deliller yönünden geçerlidir. Zaten çoğunluk da, delil listesinde yemin deliline açıkça dayanılmış olmasını yeterli görmekte, tarafların ayrıca dayanılan yemin deliliyle hangi maddi vakıayı ispat edeceğini son delil bildirme aşamasında mahkemeye bildirmesi gerektiğini düşünmemektedir. Şayet, HMK 194 ve 318 de yer alan somutlaştırma yükümünün yemin delili bakımından da geçerli olduğu düşünülecek olursa, tarafların açıkça yemin deliline dayanması yeterli olmayacak, ayrıca ve açıkça, dilekçesinde yer alan hangi maddi vakıaları yemin ile ispat etmek istediğini de belirtmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Oysa Türk hukukunda, yemin kesin delillerden olmakla birlikte, yüksek riski nedeniyle, diğer delillerle ispat edilememesi halinde, İkame delil ve yedek ispat vasıtası niteliğinde bir delil türüdür. Daha başlangıçta, tarafın yemin ile maddi vakıaları ispat edeceğini söylemesi halinde, mahkeme hakiminin, tanık, keşif, bilirkişi vs. takdiri delil yerine, kesin delil türü olan yemin deliline başvurusu riski doğacağı gibi, taraflar yönünden de savunma hakkının kısıtlanması mahiyetine bürünecektir. Ayrıca, diğer delillerle ispat edilen ve edilmeyen maddi vakıalar, diğer delillerin toplanmasından sonra hakim tarafından belirleneceğinden daha yargılamanın başında hangi maddi vakıanın yemin deliliyle

ispat edileceğinin delil listesinde somutlaştırılması da mümkün değildir. Diğer delillerle esasa girilmesinden sonra; hangi maddi vakıa için yemin deliline sıra geldiğini, diğer delilleri değerlendiren hakim saptayacak, taraflara bu saptadığı konularda yemin teklif edip etmeyeceklerini soracaktır. İşte bu aşamada delil listesinde “ve sair delil, her türlü delil ...” biçiminde delil de bildiren tarafa yemini hatırlatabilmelidir. HMK 194 ve 318 md. Hükümleri yemin delili konusunda uygulanamaz olduğundan, HMK'nın delil gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin 119. ve 129. md, hükümleri, 6100 sayılı HUMK'un m 179. ve 201. maddelerine paralel düzenlenmiş olmakla ve HUMK'un yürürlüğü zamanında yerleşmiş Yargıtay içtihatlarıyla uygulanan ve bu içtihatları birleştirmeye konu olan hususun HMK'nın yürürlüğe girmesinden soma uygulanmayacağı görüşünün dayanağı bulunmamaktadır.

3- Tarafların, delil listelerinde, yemin delili yerine, her türlü kanunî/hukuki delil kavramını kullanmalarına mani yoktur. Zira, yemin dışındaki diğer kanuni delillerini zaten HMK 194, 318. md. hükümleri kapsamında somutlaştırarak bildireceklerdir, “Çoğun içinde azı da vardır” tabiri hukukun genel ilkeleri arasına girmiştir. Nitekim, Yargıtay hukuk dairelerinin yanında, HGK da bir çok kararında bu ilkeye açıkça değinmiştir. Bu ilke bir HGK kararında “... Bu cümleden olarak, çoğun içinde azı da vardır ilkesi gereğince, tapuda tescil talebi, tapu iptali talebini de içermekle birlikte; salt iptal istemi tescil talebini kapsamadığından, tescil İsteminin bulunmadığı böyle bir durumda, mahkemece tescile karar verilmesi ya da esasa ilişkin nedenlerle davanın reddedilmesi olanaklı değildir” (06.05.2009 T. 2009/1 -82 E. -161 K.), yine bir başka HGK kararında da “tapu kütüğünde veya dayanak kayıtlarında doğum tarihi yazılmış ve bu tarihte yanlışlık varsa, tapu kayıtlı maliki ile davacının veya murisinin aynı kişi olduğuna ilişkin açılan bu davaların “çoğun içinde azı da vardır” kuralı gereğince dinlenmesi ve tespit kararı verilmesi gerekir” (HGK 09,05.2013 T. 2012/14-1517 E.-2013/781 K.) şeklinde yansımıştır. Sonuç olarak, “her türlü hukuki delil, her türlü kanuni delil, her türlü yasal delil, sair deliller” kavramı da “yemin” delilini kapsayacak ve hakim yemin deliline sıra geldiğinde, delil listesinde bu şekilde delil bildiren tarafa yemin teklif edip etmeyeceğini hatırlatacaktır.

Yukarıda anılan sebeplerle, Yargıtay İctihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun sayın çoğunluğunun görüşlerine katılmıyoruz.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas: 2016/2555 E.
Karar: 2017/31 K.**

Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;

Ankara 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 10.03.2014 gün 2012/1219 E., 2014/296 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 19.03.2015 gün 2014/18509 E., 2015/5020 K sayılı kararı ile;

“...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere ve Mahkemenin davacının yurtdışında Türk vatandaşlığında geçen borçlanmaya esas süreleri talep tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanabileceğine ve yurtiçi sigortalılığı bulunmaması nedeniyle borçlanmaya esas sürelerini 5510 sayılı Kanun'un 4/1-b maddesi kapsamında borçlanması gerektiğine ilişkin kabullerinin yerinde olmasına göre, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Mahkemenin, henüz yapılmış bir borçlanma işlemi bulunmadan, sigorta başlangıcına ilişkin kabulü eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 38'inci madde hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının, 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20'nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dâhil edileceğini öngörürken, Uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

Kaldı ki, Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği de haiz bulunmaktadır.

Konuya ilişkin 10.04.1965 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01.11.1965 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan “Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları(aylıkları)” başlıklı beşinci bölüme 02.11.1984 tarihinde imzalanıp 05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Yasayla onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleşme ile getirilen sözleşmenin 29'uncu maddesinin 4'üncü bent hükmüne göre, bir

kimsenin Türk sigortasına girişinden önce, bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği açıkça ifade edilirken; aynı bölümde düzenlenmiş 27'inci madde hükmü ise, her iki akit taraf mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık sürelerinin varlığı halinde, uygulanacak mevzuata göre yardım hakkının doğmasında, diğer akit taraf mevzuatına göre geçen ve aynı zamana rastlamayan, hesaba dahil edilebilir nitelikteki sigortalılık sürelerinin de nazara alınacağını; sigortalılık sürelerinin hangi ölçüde hesaba dahil edilebileceğini ise, hesaba dahil edilebilirliğini tayin eden mevzuata göre tespit edileceği ifade edilmiştir.

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yurt dışında geçirdikleri çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilebilmesi amacıyla 22.05.1985 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunla, Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceğini öngörmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 13.2.2002 T., 2002/10-21 E., 2002/70 K. sayılı anılan kararında belirtildiği üzere; Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29'uncu maddesinin 4'üncü bendinde, “Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir.” Hükmüne yer verilmiş ise de bu hüküm, sözleşmenin 27'inci ve 29'uncu maddeyle bir bütün olarak yorumlanmadıkça tek başına uygulanamaz. Nitekim 29'uncu maddenin 3'üncü bendinde, 27'inci maddeye yollamada bulunularak, “...ancak, sözleşmenin 27'inci maddesine göre bir aylık veya gelir talep etme hakkının mevcut olması halinde, aşağıdaki hükümler uygulanır.” Denmektedir. Kaldı ki, sözleşme hukukunda, sözleşme bir bütün olarak yorumlanıp aleyhe ve lehe olan hükümler birlikte uygulanır. Bu ilke, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi sosyal güvenlik sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.(Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 5, Mayıs 2002, s. 685-686.)

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, anılan sözleşme hükmünün uygulanabilmesi, Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında, Türkiye'de sigorta başlangıcına esas olan Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılması ile mümkündür.

Öte yandan; 11.09.2014 tarihli Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 29'uncu maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin beşinci fıkrasına “Ancak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak edilir.” cümlesi eklenerek; yurtdışında ilk defa çalışmaya başlayanların bu çalışmalarının ilgili sözleşme kapsamında Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olarak

kabul edilebilmesi 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma yapma şartına bağlanmıştır.

Unutulmamalıdır ki, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk sigorta başlangıcı olarak kabulü özünde söz konusu tarih itibarıyla bir gün çalışıldığının kabulü anlamını da taşımaktadır. Bu nedenle, Türk sigorta başlangıcı olarak kabul edilen tarihe ilişkin sürenin fiilen borçlanılmış ve Türk sosyal güvenliği bakımından değerlendirilebilir hale getirilmiş olmasını aramak, yerinde olacaktır.

Şu halde, yapılması gereken iş; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mahülle, Alman Rant sigortasına giriş tarihini içerecek şekilde yurt dışı borçlanmasının usulünce sağlanması ve borçlanmanın varlığı halinde sigorta başlangıcına hükmedilmesinden ibarettir.

Şüphesiz 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılmamış olsa bile, sözleşmede bahsedilen sigorta başlangıcı hükmü kısmi sözleşme aylığında nazara alınabilecektir..." gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Yurtdışında Türk vatandaşlığında geçen borçlanmaya esas süreleri talep tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın 3201 sayılı Kanun uyarınca 5510 sayılı Kanunun 4/1-b maddesi kapsamında borçlanabileceğinin ve Alman Rant sigortasına giriş tarihinin Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin Bakanlar Kurulu izni ile Türk vatandaşlığından çıktığını, davalı Kuruma başvurarak yurtdışında Türk vatandaşı olarak çalıştığı dönemi borçlanmak istediğini bildirdiğini, ancak Kurumca talebinin reddedildiğini, Kurum işleminin Türk Alman Sosyal Güvenlik sözleşmesinin 29/4 maddesine aykırı olduğu ileri sürerek yurtdışında Türk vatandaşlığında geçen borçlanmaya esas süreleri talep tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın 3201 sayılı Kanun uyarınca 5510 sayılı Kanunun 4/1-b maddesi kapsamında borçlanabileceğinin ve Alman Rant sigortasına giriş tarihinin Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... (SGK) vekili 3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 1. maddesi tanıklar başlıklı 2. maddesi ile 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunun 29. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde 3201 sayılı kanunundan yararlanacakların borçlanma için müracaat edecekleri tarihte Türk vatandaşı olması ayrıca borçlanacakları yurtdışı sürelerde Türk vatandaşlığına sahip olmaları gerektiğini, davacının borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmadığını, bu durumda davacının borçlanma imkanının bulunmadığını belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, davacının sigorta başlangıç tarihinin Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4 maddesi gereği gözetilerek 30.04.1993 tarihi olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yerel mahkemece verilen karar, davalı SGK vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş ve mahkemece Türkiye Cumhuriyeti ile Alman Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi uyarınca Türkiye'deki sigortalılığın başlangıç olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığı gerekçesiyle direnilmiştir.

Direnme kararı davalı SGK vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanmanın yapılmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Konuyla ilgisi bakımından öncelikle sigortalılık süresinin başlangıcı kavramına açıklık getirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Kanun'un 38. madde hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dâhil edileceğini öngörürken, uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

Mülga 506 sayılı Kanun'un 108. maddesinde ise, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak belirtilmiştir.

Yine yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, bulundukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yurt dışında geçirdikleri çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilebilmesi amacıyla 22.05.1985 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun 5. Maddesinde, borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye'de tescilli bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık

başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacağı, hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacağı kabul edilmekte iken; 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanunun 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen son fıkra ile sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz düzenlemesi ile yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıcı sayılamayacağı kabul edilmiştir. Daha sonra 11.09.2014 tarihli 6552 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrasına “ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir” cümlesi eklenerek, yurt dışında geçen ve uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan âkit ülke ile yapılan sözleşmede özel hüküm bulunması halinde, yurt dışında geçen çalışmanın Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilebilmesi için sigortalılık süresinin borçlanılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 10.04.1965 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.11.1965 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan “Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (aylıkları)” başlıklı beşinci bölüme, 02.11.1984 tarihinde imzalanıp 05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Kanun ile onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleşme ile getirilen sözleşmenin 29. maddesinin 4. bent hükmüne göre, bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce, bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Şu duruma göre, karşımıza aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorunun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır.

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümleri ile çatışması halinde sözleşmeye öncelik verilmesi esası kabul edilmiştir. Bu kapsamda, sosyal güvenlik hakkının temel hak ve özgürlükler kapsamında bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla belirgin bulunmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz.

Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından "Yasa" gücünde görmüş "normlar hiyerarşisi" yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından

yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur. (HGK'nın 09.12.2015 gün ve 2015/10 – 1824 E., 2015/2903 K. sayılı kararı).

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. fıkrasında yer alan “bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş olması halinde, Alman rant sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir.” düzenlemesi nedeniyle davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığın başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığı kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk sigorta başlangıcı olarak kabulünün özünde söz konusu tarih itibarıyla bir gün çalışıldığının kabulü anlamını da taşıdığını, bu nedenle Türk Sigorta başlangıcı olarak kabul edilen tarihe ilişkin sürenin fiilen borçlanılmış ve Türk sosyal güvenliği bakımından değerlendirilebilir hale getirilmiş olmasını aramanın yerinde olacağı, nitekim, 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5/5. maddesine eklenen “ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir.” ek cümlesi ile de yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi sayılabilmesi için sigortalılık sürelerinin borçlanması gerektiğinin kabul edildiği, bu nedenle direnme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

O halde, Yerel Mahkemenin davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığının başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işlemine gerek olmadığına yönelik direnmesi yerindedir.

Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 18.01.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OYYAZISI

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, yurt dışında geçen çalışmaların uluslararası sözleşmeye göre Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanmanın yapılmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Uygulamada başlangıç tespiti veya bir günlük sigortalılık tespiti olarak adlandırılan bu tür davalarda amaç, 506 sayılı Kanunun Geçici 81. maddesinde yaşlılık aylığı yönünden düzenlenen kademeli geçiş sisteminden yararlanmaktır. Bu maddede, yaşlılık aylığı koşulları için üç unsur aranmaktadır. Sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve yaş. Sigortalılığın başlangıcından itibaren sigortalının aylık bağlanması için yazılı

istekte bulunduğu tarih veya ölüm tarihi arasında geçen süre sigortalılık süresidir. Bu nedenle sözü edilen sürede primi ödenmeyen süreler de sigortalılık süresine dâhildir. Sigortalılık süresinin başlaması için 506 sayılı Kanun 108. madde kapsamında başlangıca ihtiyaç vardır ve başlangıç geriye çekildiği takdirde sigortalının duruma göre 4-5 yıl daha erken yaşlılık aylığına kavuşması anlamına gelmektedir.

3201 SK kapsamındaki başlangıç istemi davaları da 108. madde kapsamında başlangıç sayılması ve bir günlük sürenin sigorta siciline işlenmesi istemidir. Çünkü sigortalılık süresinin başlaması için bir günlük başlangıç yetmektedir. Dolayısıyla bu tür davalar, aslında bir günlük primi ödenmiş günün tespiti değil erken yaşlılık aylığı bağlanmasına yönelik davalardır. Bu nedenle üzerinde titizlikte durulması gerekmektedir.

Hukuki sorun ikiye ayrılarak, 3201 sayılı Kanunun 5/5 fıkrasının 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi ve sonrası olarak incelenmesi gerekir.

1- Yasa değişikliğinden önceki durum ve uygulama:

10.04.1965 tarihli resmi gazetede yayımlanarak 01.11.1965 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan “Malüllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (aylıkları)” başlıklı beşinci bölümde düzenlenen konuya ilişkin 29’uncu madde hükmünde “Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına girişi olarak kabul edilir. ...”

3201 SK 5/5 maddesinde ise; “(Ek fıkra: 17/4/2008-5754/79 md.) Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz” diyordu. Kurum uygulaması ile 5. Maddeye göre “sigortalılığın başlangıç tarihi, daha önce sigortalılığı varsa borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür, yoksa borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülüyordu. Yani Kurumca uluslararası sözleşme uygulanmayıp iç mevzuata göre işlem yapılıyordu.

Anayasanın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği de haiz bulunmaktadır.

Yargıtay’ca anılan Uluslararası sözleşme hükmü ile Anayasa hükmü birlikte değerlendirilerek bir kimsenin Türk sigortasına girmeden önce, sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malüllük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, rant sigortasına giriş tarihinin, Türk sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği kabul edilmektedir. Daha önce istikrar kazanan Yargıtay kararlarına göre başlangıcın borçlanma ile sağlanacağı da kabul edilmiştir. (HGK 6.4.2016 tarih, 2014/10-454 E, 2015/481 K.)

Yasal düzenlemeler nedeniyle ortaya çıkan ihtilaf, yurt dışındaki sigortalılık başlangıcının Türkiye'de de başlangıç sayılıp sayılamayacağı, sigorta başlangıcının geriye götürülüp götürülemeyeceği noktasındadır. Yoksa bir günlük başlangıcın borçlanma ile sağlanıp sağlanmayacağı noktasında değildir.

Türkiye'deki sosyal güvenlik rejimi primli rejimdir. Yani, malullük, yaşlılık ve ölüm aylığı alabilmek için mutlaka prim ödenmesi şartı vardır. 3201 SK 5/2 de “Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır” denilmektedir. Yani borçlanma yapılırsa yurt dışındaki sigortalılık, iç hukukta da sigortalılık süresi olarak karşılık bulur.

Yurt dışındaki çalışmanın Türkiye'de başlangıç sayılabilmesi için 506 SK m. 108 kapsamında bir günlük sürenin iç mevzuata göre sigortalı sayılması ve sicile geçmesi gerekir. Borçlanma/ödeme olmadan bir günlük sürenin sicile geçmesi mümkün değildir. Yaşlılık aylığı hesaplanırken ilgilinin sigorta sicilinde bir günlük sürenin gözükmesi gerekir. Sicile geçmeyen farazi bir başlangıç tarihi aylıkta hesaba alınamaz.

Mahkeme kararı ile yurt dışı çalışmanın Türkiye'de başlangıç sayılması kararının infazı, bir günlük sürenin sigorta siciline tescili sonucunu doğurur. Yoksa mahkeme kararı infazı kabil olmayan bir karar haline gelir. Borçlanma olmadan bir günlük sürenin sicile geçmesi iç mevzuata ve primli sosyal güvenlik rejimi sistemine aykırılık teşkil eder. Aksi takdirde bir günlük süre ödemesiz, iki veya daha fazla gün olursa borçlanmalı/paralı sigortalılık sonucu doğar ki bu da hukuki olmaz.

Bir günlük başlangıç sürenin aylıkta değerlendirilebilmesi için borçlanmanın zaruri olduğu yasa gereğidir ve bu konuda ihtilaf yoktur. Aylık hesabında, sigortalılık süresi yönünden başlangıca esas alınan gün, prim ödeme gün sayısında dikkate alınmazsa çelişkili durumlar ortaya çıkacaktır. Aylık hesabında bir gün eksiği bulunan sigortalının aylık alabilmesi için başlangıca esas alınan tarihi zaten borçlanmak zorunda kalacaktır.

Almanya ile yapılan sözleşme “Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına girişi olarak kabul edilir” hükmünü öngörmüştür. Sözleşme başlangıcı düzenlemiş ancak borçlanma hususunda bir düzenleme yoktur. Başlangıç sayılması ayrı şey, borçlanarak iç mevzuatta sigortalı sayılması ayrı şeydir. Burada iç mevzuatta zorunlu kılınan borçlanmayı bertaraf edecek hüküm yoktur.

Uluslararası sözleşmenin iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi için başka hiçbir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya dorudan uygulanabilecek nitelikte bir hüküm getirmiş olması gerekir. Uluslararası sözleşmeler genellikle iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanabilecek nitelikte kurallar öngörmezler (Süzek, Sarper İş Hukuku 7. baskı, sh. 86).

2- Yasa değişikliğinden sonraki uygulama:

3201 sayılı Kanun 5/5 (Ek cümle: 10/9/2014-6552/29 md.) “Ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir.”

Yasada yapılan değişiklik ile uluslararası sözleşmelere geçerlilik kazandırılmıştır. Ancak yasa yine başlangıcın ancak borçlanma ile sağlanacağını açıkça düzenlemiştir. 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu artık uluslararası sözleşmelere göre başlangıç sayılabilmesi için borçlanmanın gerektiğinde kuşku yoktur.

Uluslararası sözleşmenin uygulanması ile veya doğrudan 3201 sayılı Kanun kapsamında yurt dışı sigortalılık sürelerinin Türkiye'de sigortalılık süresi olarak kabul edilmesinde tek sorun başlangıç tarihi değildir.

3201 Sayılı Kanun m. 5/4 “(Ek fıkra: 17/4/2008-5754/79 md.) Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.”

Mahkemelerce 3201 sayılı Kanun kapsamında başlangıç kararları verilirken aynı Kanunun 5/4 maddesi uyarınca başlangıcın hangi sigorta kolu kapsamında olduğuna da karar vermeleri zorunludur. Çünkü müteakip borçlanmalar bu sigorta kolundan devam edecek ve aylık da buna göre bağlanacaktır. Uluslararası sözleşmeye göre direk belli bir tarihin başlangıç olduğuna karar verilmesi halinde başlangıcın hangi sigorta kolundan tescili gerektiği hususu ihtilaflı kalmaktadır. Bu konu ileride yeni bir dava konusunu oluşturmaktadır. Başlangıcın hangi sigorta kolundan olduğunun belirlenmesi ise borçlanmayı zorunlu kılmaktadır.

3201 SK, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarına bu hizmetlerini borçlanma suretiyle Türkiye'de de geçerli hale getiren yasal düzenlemedir. 3201 sayılı Kanunun temel özelliği borçlanmadır. Bu sistemin dışına çıkan uygulama olamaz. 3201 sayılı Kanunun yokluğu halinde tek başına uluslararası sözleşmelerin uygulanabilirliği kalmaz. Sözleşme hükmüne göre ödeme yaptırılmadan başlangıç kararlarının infazı zaten borçlanma ile sağlanabilir. Kararların infazı aşamasında bir günlük borçlanmanın ve tescilin hangi sigorta kolundan olacağına Kurumca karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla yurt dışında geçen sigortalılık sürelerinin iç mevzuatımızda da karşılık bulabilmesi ancak 3201 sayılı Kanun ile mümkün bulunmaktadır. 3201 sayılı Kanunda borçlanma esas alınmıştır ve muafiyet tanınmamıştır. Bir gün de olsa her hâlükârda ancak borçlanılarak sigortalılık kazanılabilir. Borçlanma hususu ise borçlanma ile sigortalılık sistemini kabul eden tüm ülkelerin ortak uygulamasıdır. Uluslararası sözleşmelerde borçlanma yapıp yapılmayacağı hususu düzenlenmemiştir. Bu konuda sözleşmede bir kural yoksa iç mevzuatımızın uygulanması zorunludur.

Yukarıda belirtilen nedenlerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

**T.C.
YARGITAY
Büyük Genel Kurul**

**2017/2 Esas
2017/3 Karar
26/05/2017 Tarih**

- GÖRÜŞ AYRILIKLARININ GİDERİLMESİ İSTEMİ**
- İLAMLARIN GENEL HACİZ YOLU İLE İLAMSIZ TAKİBE KONU EDİLMESİNİN İCRA HUKUKUNA VE YARGILAMA TEKNİĞİNE UYGUN DÜŞMEDİĞİ**
- İLAMA DAYALI BİR ALACAĞIN İLAMSIZ TAKİP KONUSU YAPILAMAYACAĞI**

I. GİRİŞ

A. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ BAŞVURULAR

Avukat A. D. ve Avukat E. T. 08.10.2013 dilekçesi ile ilama dayalı para alacağının tahsili için ilamsız takip yolu ile takibe geçilip geçilemeyeceği konusunda Hukuk Genel Kurulu ile Daireler arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının içtihatların birleştirilmesi yolu ile giderilmesini istemiştir.

B. YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADI BİRLEŞTİRMENİN KONUSU

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 06.11.2014 gün ve 183 sayılı kararıyla ilamların ilamsız icra takibine konu edilip edilemeyeceği konusunda Hukuk Genel Kurulu ile Daireler arasında görüş ayrıklığı bulunduğu ve farklı uygulamaların sürdüğü sonucuna varılarak, bu ayrıklığın, Yargıtay İctihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesine ve toplantı günlü daha sonra belirlenmek üzere raportör üye olarak 19. Hukuk Dairesi üyesi A. H. G.'in atanmasına karar verilmiştir.

C. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

İstem sahibinin dilekçesinde sunduğu kararlar:

Hukuk Genel Kurulunun

15.12.2004 gün ve 2004/13-722 E. - 2004/707 K. ve
16.02.2005 gün ve 2005/12-57 E. - 2005/72 K.;

Dördüncü Hukuk Dairesinin

08.06.1990 gün ve 1989/10029 E. - 1990/4992 K;

On ikinci Hukuk Dairesi

25.10.2005 gün ve 2005/16562-20786 E.K.,

10.06.2013 gün ve 2013/10325-21720 E.K.,

27.05.2013 gün ve 2013/9819-19458 E.K.,

23.05.2000 gün ve 2000/7926-8433 E.K.,

On üçüncü Hukuk Dairesi

22.10.1990 gün ve 1990/1571-6573 E.K. ve

28.03.2003 gün ve 2002/12176 E.-2003/3621 K, sayılı kararlardır.

Ancak yapılan araştırmada Sekizinci Hukuk Dairesinin de bu yönde kararlarının bulunduğu anlaşılmıştır.

D. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLARDA BELİRTİLEN GÖRÜŞLERİN ÖZETLERİ

1. İlama Bağlanmış Para Alacakları İçin Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takip Yapılabileceğine İlişkin Karar Veren Hukuk Genel Kurulu ile Dairelerin Görüş Özetleri Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı, Dördüncü Hukuk Dairesi, Dokuzuncu Hukuk Dairesi ve On üçüncü Hukuk Dairesi görüş yazılarında özetle para alacaklarının cebri icra yolu ile tahsilinde alacaklının elinde herhangi bir belge bulunmasının yeterli görüldüğü, elinde ilam veya niteliğinde bir belge bulunan alacaklının ilamsız icra takibi yapmasını engelleyen yasal bir düzenlemenin bulunmadığı; alacaklının kendisi için daha avantajlı olan "ilamlı takip" yapmak yerine avantajlı olmayan "ilamsız takip" yoluna başvurmamasının salt icra inkar tazminatı alabilmek amacıyla bu yola gittiğinin kabulüne hukuken olanak bulunmadığı, öte yandan borca haksız şekilde itiraz ettiği tartışmasız olan borçlunun da talep halinde inkar tazminatına mahkum edileceğini bilebilecek durumda bulunduğu açık olduğu vurgulanarak ilama bağlanmış para alacakları için ilamsız takip yapılabileceği görüşü açıklanmıştır.

2. İlama Bağlanmış Para Alacakları İçin Genel Haciz Yolu ile İlamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Karar Veren Dairelerin Görüş Özetleri

Sekizinci Hukuk Dairesi ve On ikinci Hukuk Dairesi görüş yazılarında özetle İcra ve İflas Kanunu'nun 24, 25, 26, 30 ve 32 nci maddelerinin bir arada yorumlanmasından takip talebi ekinde ilam sunulması halinde icra müdürünün "icra emri" çıkartmak zorunda olduğu ve ödeme emri çıkartılmasının yasaya uygun düşmediği; aksinin kabulü halinde borçlunun tehir-i icra (İİK.m.36) imkanından yararlanma hakkının elinden alınacağı ve takibin devamının engellenebilmesi için elde kalan tek yol olan "itiraz" yolunun kullanılması halinde de tazminat sorumluluğunun (İİK.m.67, 68) doğacağı, bu hususun da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29/1 inci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu belirtilerek ilama bağlanmış para alacakları için ilamsız takip yapılamayacağı görüşü açıklanmıştır.

II. ÖN SORUN VE ÖN SORUN SONUCU

A. ÖN SORUN

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında esasa geçilmeden önce:

- 2012 yılı öncesinde On ikinci Hukuk Dairesinin elinde para alacağının tahsiline ilişkin ilam bulunan alacaklının ilamsız takip yapabileceğine dair kararlar verirken, bu tarihten sonra görüş değiştirdiği ancak Hukuk Genel Kurulunun ve On üçüncü Hukuk Dairesinin bu tarihten sonra verilmiş aksine bir kararının bulunmadığı,

- Hukuk Genel Kurulunun çelişkili olduğu ileri sürülen (15.12.2004 gün ve 2004/13-722 E. -2004/707 K. sayılı) kararının asıl konusunun "ilamların genel haciz yolu ile ilamsız takibe konu edilip edilmeyeceği" noktasında olmadığı, sadece gerekçenin açıklanması sırasında bir değinmeden ibaret kaldığı ve anılan kararın bu konuyla ilgili olduğunun kabul edilemeyeceği,

- Hukuk Genel Kurulunun çelişkili olduğu ileri sürülen kararının mahkemece verilmiş bir ilama (HMK.nın.301/2) değil, hakem kararına ilişkin olduğu ve Hukuk Genel Kurulunca bu kararın "ilam" niteliğinde olmadığı benimsendiği; uyumsuzluğun esasının ise kötü niyet tazminatının şartlarında toplandığı, bu haliyle aykırılığı ileri sürülen Hukuk Genel Kurulu kararının gerçekte tarihsel öncelik ve konu bakımından yeni oluşan Daire kararlarında benimsenen görüş ile aykırılık içermediği ve Yargıtay Kanunu'nun 16 ncı maddesinin 5 inci bendindeki düzenleme karşısında içtihadı birleştirme görevinin Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunda değil Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda olduğu, nitekim aynı Yasanın 15 inci maddesinin 2 nci bendinin (b) alt bendinde bu yönde açık hüküm bulunduğu ileri sürülerek önsorun gündeme getirilmiştir.

B. ÖNSORUN İNCELEMESİ

Ön soruna ilişkin olarak yapılan değerlendirmede içtihatların birleştirilmesine ilişkin incelemenin hangi Kurul tarafından yapılacağı hususu değerlendirilmiştir:

Yargıtay Kanunu'nun "Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Görevleri" kenar başlıklı 16 ncı maddesinin 5 inci bendi ile "Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının Görevleri" kenar başlıklı 15 inci maddesinin 2 nci bendinin bir arada ele alınması ile Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2004 gün ve 2004/13-722 E. - 2004/707 K. sayılı kararının, Yargıtay Dairelerinin kararları arasında çelişki olduğunun kabulüne olanak bulunmadığı kabul edilmiş ve içtihadı birleştirme evrakının, talebi incelemekle görevli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kuruluna gönderilmek üzere Yüksek Birinci Başkanlığına tevdiine karar verilmiştir.

C. ÖNSORUN SONUCU

İçtihadı birleştirme evrakı Birinci Başkanlık tarafından Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kuruluna gönderilmiş ve görüşme günü belirlenerek toplantı yapılmıştır.

III. GEREKÇE

A. GENEL OLARAK

Para alacaklarının tahsili için kabul edilen haciz yolu ile takip, takibin dayanağına göre “ilamlı takip” ve “ilamsız takip” olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır. Haciz yolu ile ilamsız takibin türleri ise “genel haciz yolu ile ilamsız takip” ve “kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile ilamsız takip”tir.

İlama bağlanmış alacakların ilamsız takibe konu edilip edilemeyeceği hususu teorik temeller ve uygulamada karşılaşılan sorunlar gözetilerek değerlendirilmelidir.

B. TEORİK TEMELLER BAKIMINDAN

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki İcra ve İflas Kanunu'nun düzenlemesi ilamların ancak ilamlı takibe konu edilebileceğini göstermektedir.

1- Takip Talebi ve İcra Emri Düzenlenmesi Safhası

Genel haciz yolu ile ilamsız takip için alacaklının elinde herhangi bir belge bulunmasına gerek yoktur. Bu takip yolunda alacaklı icra dairesine hitaben bir takip taleptnamesi (İİK.m.58) düzenleyerek verir. Takip taleptnamesine ilişkin ayrıntılı düzenleme İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliğinin 20 nci maddesinde yer almaktadır. Takip talebi örneği de “Örnek 1” olarak Yönetmelik ekinde form halinde gösterilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, takip talebi icra dosyasının ilk tutanağıdır ve takip yolu ne olursa olsun aynı taleptname düzenlenir; farklı takip yolları için farklı ödeme ya da icra emirleri bulunsun da farklı bir takip talebi türü yoktur.

Alacaklı takip taleptnamesinde yer alan "(9) Alacaklının takip yollarından hangisini seçtiği" kısımına ancak takip dayanağı belgeye ya da seçeceği takip yoluna uygun biçimde “haciz”, “iflas” ya da “rehnin/ipoteğin paraya çevrilmesi” yazabilir. Alacaklıya gireceği takip yolu bakımından sınırsız bir seçme hakkı verilmemiştir.

Takip talebini alan icra müdürü de taleptname içeriğine, dayanağına ve yasaya uygun biçimde yapacağı bir değerlendirme üzerine bir ödeme ya da icra emri düzenler. Alacaklının yasaya ve dayanak belgelere aykırı biçimde belirlediği takip yolu icra müdürü için bağlayıcı değildir.

Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun “İlamların İcrası” başlıklı ikinci babının “I- Para ve teminattan başka borçlar hakkında ilamların icrası” başlıklı kısmında yer alan 24 üncü maddesi ile aynı babın “II- Para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası” başlıklı kısmında yer alan 32 nci maddesinin ilk cümlesinde bir ilamın icra dairesine verilmesi üzerine icra müdürünün borçluya bir “icra emri” tebliğ edeceği âmir bir düzenleme olarak vurgulanmıştır. Bir diğer ifade ile elinde ilam olan alacaklı genel haciz yolu ile ilamsız takip yapmak arzusunda olsa bile icra müdürünün anılan yasal düzenleme çerçevesinde ilamlı takibe ilişkin işlemleri başlatması gerekir. Bu bakımdan icra müdürünün bir takdir hakkı da bulunmamaktadır.

Bu haliyle elinde ilam olan bir alacaklının bunu genel haciz yolu ile takibe koyması, cebri icraya başvuru tekniği açısından mümkün değildir.

2- Hukuki Yarar

Hukuki yarar kavramı kanunlarda ve öğretide tanımlanmamıştır. Ancak bu sadece bir dava şartı (HMK.m 114/h) değil medeni usul ve icra ve iflas hukuku başta olmak üzere, hukuken talep hakkının ileri sürülebildiği her alanda aranan bir şarttır. . Hukuki yarar talep sahibinin devlet eliyle korunma ihtiyacının bulunmasını ve bu korumanın hukuki olması gerektiğini ifade eder. Eğer talep edilen subjektif hak bakımından tercih edilen talep usulü gereksiz, masraflı, fazla emek ve zaman gerektiren bir yolsa talep sahibinin hukuki yararının olmadığı kabul edilir. Daha kolay, hızlı ve ucuz bir yol varsa hak sahibinin diğer yolu seçmekte hukuki yararı bulunmamaktadır. Hukuki yararın bulunmadığı bir talep tarzı, dürüstlük ilkesi (TMK.m.2) ile de çelişmektedir.

Elinde ilam bulunan alacaklı için getirilen düzenlemeler onu takip yapmaktan alıkoymamakta; aksine daha kolay, çabuk ve ucuz yolla alacağına kavuşturan özel bir yol sağlamaktadır. Bu haliyle alacağı ilama bağlanmış alacaklının itiraza tâbi, uzayabilecek bir usulün takip edilmesi gereken ve daha masraflı olabilecek genel haciz yolu ile ilamsız takip yolunu seçmekte hukuki yararı yoktur (Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla: İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır? Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.1, Ankara 2015, s.206).

Öte yandan hiçbir belgeye dayalı olmaksızın icra takibine girişmek yerine alacağını hüküm altına aldırarak yolunu seçen alacaklının, bu seçimini takip aşamasında değiştirip ilama bağlı alacağını ilamsız takibe koyması da haklı görülemez.

3- Yargılama Usulü Açısından

Aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere elinde ilam bulunan alacaklının genel haciz yolu ile ilamsız takip yapması halinde borçlunun tehir-i icra (İİK.m.36) yoluna başvurusu imkanı elinden alınmaktadır. Borçlunun (borçlu olmadığını düşündüğü ve ödemeyi kanun yolu denetiminin sonucuna bırakmayı planladığı bu borcu) ödemeyi geciktirmek amacıyla başvurabileceği tek yol icra takibine itiraz olmaktadır.

Genel haciz yolu ile takipte ödeme enirine itiraz eden borçlu aleyhindeki takibini sürdürmek isteyen alacaklının yapması gereken iş, itirazın iptaline (İİK.m.67) ya da kaldırılmasına (İİK.m.68) dair karar almaktır. Bu noktada ortaya usul hukukuna ilişkin önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır:

İlama bağlanmış bir alacağın (icra mahkemesince itirazın kaldırılması talebi üzerine ya da mahkemelerce itirazın iptali davası sonunda) tekrar ilama bağlanması medeni usul hukuku ilkelerine uygun değildir. Her şeyden önce ilama bağlı bir alacağın tekrar ilama bağlanmasında hukuki yarar yoktur.

Öte yandan alacağı ilama bağlanmış alacaklının genel haciz yolu ile ilamsız takip yapması üzerine gönderilecek ödeme emrine itiraz etmeyen borçlunun da menfi tespit davası açarak veznedeki paranın alacaklıya ödenmemesi için teminat karşılığında tedbir almak zorunda kalmasına imkan tanınmamalıdır. Fakat bu noktada icranın geri bırakılmasının borçluya sağladığı hukuki güvenlik ortadan kalkmaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, böyle bir ihtimalde alacağın hüküm altına alındığı dava henüz kesinleşmemişse "derdestlik" (HMK.m.114/i) ve kesinleşmişse "kesin hüküm itirazı" (HMK.m.114/i) mevcuttur ve bu dava şartlarının mevcudiyeti nedeniyle itirazın iptali ve menfi tespit davaları görülemez.

Diğer taraftan itirazın kaldırılmasına esas belgelerin sınırlı biçimde sayıldığı İcra ve İflas Kanunu'nun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında da ilam ve ilam niteliğinde sayılan belgelere yer verilmemiştir. Kanunkoyucunun bu tutumu ilama dayalı olarak ilamsız icra yapılamayacağı konusundaki iradesini göstermektedir (Aslan/Akyol Aslan, s.207).

Böyle bir yolun tercih edilmesi mahkemeleri de gereksiz yere ve mükerrer biçimde işgal etmektedir.

4- Menfaatler Dengesi Bakımından

Genel haciz yolu ile ilamsız takipte ödeme emrini tebliğ alan borçlu yedi günlük süre içinde itiraz ederek takibi durdurabilir (İİK.m.62). Alacaklının takibine devam edebilmesi için bu itirazı (itirazın kaldırılması ya da itirazın iptali davalarından biri ile, İİK.m.67,68) hükümden düşürmesi gerekir. Genel haciz yolu ile ilamsız takip ödeme emrine itiraz edilmemesi, eğer edilmişse bu itirazın hükümden düşürülmesi suretiyle kesinleşir. Alacaklı ancak bu şekilde haciz isteme yetkisini elde edebilir.

Oysa ilamlı takiplerde 'takibin kesinleşmesi' kavramı bulunmamaktadır; borçlunun itirazı ile takip durmayacağı gibi, kural olarak alacağın hükme bağlandığı mahkeme kararının istinaf ya da temyiz edilmesi de icrayı engellemez. Alacaklı ödeme süresinin geçmesinden sonra haciz isteme yetkisini elde eder ve takibi sürdürebilir. İlamlı bir takipte borçlunun haczi önlemesinin tek yolu, dava dosyasının istinaf veya temyiz aşamasında bulunduğu süreçte İcra ve İflas Kanunu'nun 36 nci maddesi çerçevesinde icranın geri bırakılması (tehir-i icra) kararı almaktır. Bunun için de icra mahkemesince kabul edilebilecek bir teminat göstermesi ve bu yönde Bölge Adliye Mahkemesi ya da Yargıtay'dan karar getirmesi gerekir. İcranın geri bırakılması borçluyu haciz baskısından koruduğu kadar alacaklıyı da alacağına kavuşmak noktasında korumaktadır. Karar hakkındaki istinaf başvurusunun reddedilmesi ya da Yargıtay'ca onanması halinde alacaklı alacağını, borçlu tarafından gösterilen teminattan tahsil edebilmekte: haciz, kıymet takdiri, satış gibi işlemleri yapmaktan ve bu bağlamda istihkak iddiası gibi takibi geciktiren ve masraf gerektiren işlerden kurtulmaktadır.

Görüldüğü üzere alacağı ilama bağlanmış olan alacaklı bakımından gerek takip ve gerek tahsilat kolaylığı bakımından tercih edilmesi gereken yol "ilamlı icra" yoludur. Bu yol borçluyu da haksız bir ödeme tehlikesi altına sokmayarak menfaatleri etkin biçimde dengelemektedir.

C. UYGULAMASORUNLARI BAKIMINDAN

Uygulamada alacağı ilama bağlanmış olan alacaklının genel haciz yolu ile ilamsız takibe tevessül ettiği sıklıkla görülmektedir. Bu durum kanunun öngördüğü menfaatler dengesini bozmakta ve özellikle borçlunun hukuki durumunu zayıflatmaktadır.

Borçlu, aleyhine verilmiş mahkeme kararının hukuka uygun olmadığını ve istinaf ya da temyiz incelemesi sonucunda bu kararın ortadan kaldırılarak hakkının teslim edileceğini düşünerek, ilam konusu borcu daha sonra ödemek isteğinde olabilir. Borcun derhal ödenmesi ve akabinde mahkeme kararının bozulması halinde, bu kez haksız ödemenin alacaklıdan geri alınması ilave masraf, emek ve zaman gerektirebilecektir. İcranın geri bırakılması usulü borçluyu bu endişelerden kurtarmaktadır. Alacağı ilama bağlanmış alacaklının genel haciz yolu ile ilamsız takip yapması durumunda her şeyden önce borçlunun takibi durdurabilmek ve haciz baskısının önüne geçebilmek için İcra ve İflas Kanunu'nun 36 nci maddesinde düzenlenen "icranın geri bırakılması" yoluna başvurmak imkanı elinden alınmaktadır.

İlamlı takip bakımından icranın geri bırakılması suretiyle dava sonuna kadar borcu ödemeyi ertelemek ve haciz baskısından kurtulmak isteyen borçlu için ilamsız takip bakımından başvurulabilecek tek yol, ödeme emrine itirazdır. Bunun teorik sakıncası yukarıda III, B, 3. "Yargılama usulü açısından" başlığı altında ele alınmıştır.

Ödeme emrine itirazın pratik sakıncaları borçlunun icranın geri bırakılması (tehir-i icra) imkanından yararlanamaması ve açılacak itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davaları sonucunda hükme bağlanacak icra inkar tazminatının haksızlığı noktalarında toplanmaktadır.

Her şeyden önce borçlunun zaten bir mahkeme kararı ile borçluluğunun sabit olduğu ve aleyhindeki takibe itiraz etmemesi gerektiği fikri ileri sürülebilir. Bu durumda borçlu borcu ödemek zorunda kalacak ve haciz gibi icrai işlemlere muhatap olacak, bunun dışında ilave icra giderleri ile yükümlü hale gelecektir. Diğer taraftan mahkeme kararının hatalı olduğu, aslında borçlu görünen kimsenin hiç ya da gösterilen tutarda borçlu olmadığı istinaf veya temyiz incelemesi üzerine anlaşılırsa bu kez hem borçlu için ödediği meblağı geri alma çabası gündeme gelecek hem de icra organı bu kez haksız çıkan alacaklıdan para tahsili ile meşgul olacaktır.

İkinci sorun sırf alacağın dayandığı kararın şekli anlamda kesinleşmesi sürecinde haciz baskısından korunmak ve olası ödemenin geri alınmasındaki güçlükten kurtulmak isteyen borçlunun itirazı nedeniyle (itirazın iptali veya kaldırılması yargılaması sonunda) yüzde yirmi oranında icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulmasının (İİK.m. 67-68) yarattığı haksızlık duygusudur. Alacaklının bu yöntemi seçmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK.m.2) kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29 uncu maddesi hukuk yargılaması usulünde de dürüstlük kuralının uygulanacağını hüküm altına almıştır; bu ilkenin icra ve iflas hukukunda da cari olduğu her türlü tereddütten uzaktır.

Açıklanan tüm bu olgular karşısında ilamların genel haciz yolu ile ilamsız takibe konu edilmesinin icra hukukuna ve yargılama tekniğine uygun düşmediği, bu yola başvurmakta alacaklının hukuki yararının bulunmadığı gibi borçlunun hukuki durumunun ağırlaştırıldığı ve taraflar arasındaki menfaatler dengesinin bozulduğu sonucuna varılmış ve içtihatların "ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağı" yönünde birleştirilmesine karar verilmiştir.

IV. SONUÇ

"İlama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağına 26.05.2017 günlü oturumda oyçokluğu ile karar verilmiştir.

KARŞI OY

İçtihatların birleştirilmesinin konusu ilamların ilamsız icra takibine konu edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Haciz yolu ile takipler "ilamlı" ve "ilamsız" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Alacaklı alacağını bir mahkeme kararı ile hüküm altına alıdırabileceği gibi doğrudan doğruya icra takibi konusu da edebilir. Genel haciz yolu ile ilamsız takibe başvuracak alacaklının, elinde alacağını gösteren bir belgenin bulunmasına da gerek bulunmamaktadır.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki icra hukuku şekli bir hukuk dalı olup, yoruma elverişlilik bakımından özeli hukukun diğer alanlarından ayrılmaktadır, hatta icra hukukunun özel hukukun bir alt dalı olmadığı yönündeki düşüncenin baskın olduğu tartışmasızdır. Bu haliyle icra hukukunda ilkeler net biçimde belirlenmiştir ve ilamların ilamsız takibe konu edilemeyeceğine dair bir yasak hükmü bulunmamaktadır. Alacağını ilama bağlatmış alacaklı bu alacağını ilamların İcrası suretiyle tahsil edebileceği gibi ilamsız icra konusu da edebilir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2004 gün ve 2004/13-722 E. - 2004/707 K. Sayılı kararında da ilam ve ilam niteliğindeki belgelerin ilamsız takibe konu edilebileceği hususu net biçimde vurgulanmıştır.

Esasen bu tercih hak arama özgürlüğünü düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 nci maddesine de uygundur.

Diğer taraftan Türk takip hukuku bakımından genel kural (kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar hariç, HMK.m.350/2, 367/2) ilamların infazı için kesinleşmesine gerek olmamasıdır. Bir diğer söyleyişle para alacağının tahsiline ilişkin hükümlerin infazı için kesinleşmeye gerek bulunmamaktadır. Çoğunluğun görüşünün aksine, aleyhine hüküm tesis edilen borçlunun, bu borcunu ödememek isteğinde olması hukuken korunacak bir olgu değildir. Bu bağlamda borçlunun icranın geri bırakılması (İİK.m.36) yoluna gidememesi de tek başına içtihatların bu yönde birleştirilmesine gerekçe olamaz. Zira teminat yatıracak güçte olan borçlu çekince (ihtirazi kayıt) ile borcu icra dosyasına ödeyebilir.

Son olarak elinde derhal infazı kabil bir ilam olan alacaklının ilamsız takip yapması üzerine, borcu ödememek niyetiyle itiraz eden borçlu elbette icra inkar tazminatından sorumlu olmalıdır. Bu halde borçlu, infazı için kesinleşmesi zorunlu bulunmayan bir ilam ile borçlu kılındığını bilmekte ve bu bilme durumuna rağmen borcu ödemekten kaçınmak için yasanın kendisine tanıdığı fakat hakkı olmayan bir hukuki müesseseden yararlanmaktadır. Günün birinde istinaf ya da temyiz incelemesi sonucunda borçlunun haklı çıkması ihtimali zaten kanun koyucu tarafından düşünülmüş ve menfaatler dengesi (ilamın kesinleşmesine gerek görülmeyle) alacaklıdan yana kurulmuştur.

Üstelik borçlunun bu kaygısı hukuki olmayıp tamamen ekonomiktir.

İstinaf ya da temyiz sonucunda mahkeme kararının hatalı olduğu ve borçlunun aslında borçlu bulunmadığının anlaşılması ihtimalinin tahakkuk etmesi halinde, borçlu

tarafından takip aşamasında ödenen tutarın iadesindeki güçlük, yani ödenen parayı geri alacak icra dairesinin (İİK.nın.361) olası yetersizliği de kanunun yasaklamadığı bir usulün içtihatla yasaklanması için yeterli gerekçe olamaz.

Açıklanan nedenlerle para alacağını konu alan ilamların ilamsız icra takibine konu edilebileceği düşüncesiyle sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılamıyorum.

KARŞI OY

İlama dayanan bir alacağın ilamsız icra takibine konu edilemeyeceği yönündeki çoğunluk görüşüne açıklayacağım nedenlerle katılmıyorum.

Bilindiği üzere takip hukukumuz ilamlı ve ilamsız icra olmak üzere iki ana bölümden oluşmaktadır. Yine ilamsız icra da kendi içinde üç alt bölümden oluşmaktadır. (Genel haciz yolu-kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu-kiralanan taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesi)

Genel haciz yolu, rehinle temin edilmemiş olan ve bir kambiyo senedine de dayanmayan, bütün para ve teminat alacakları için başvurulabilen bir ilamsız icra yoludur. Bu takip yolu için alacağın herhangi bir belge veya senede bağlı olması gerekli değildir.

Para ve teminat alacağı dışındaki alacaklar için ilamsız icra yolu kapalıdır. Bu gibi alacaklar için ancak (İİK.24-41. maddelerinde düzenlenmiş olan) ilamlı icraya başvurulabilir, ilamlı icra ile ilamsız icrada farklılık arz eden önemli bazı hususlara kısaca değinmek gerekirse;

- İlamlı icrada, alacaklı yetki itirazı ile karşılaşmaz. (İlamı dilediği icra dairesinde takibe koyabilir.)

- İlamsız icrada, icra müdürlüğünde ödeme emrine yapılacak itiraz üzerine takip kendiliğinden durur. Takibin devamını isteyen alacaklının, genel mahkemede itirazın iptali yada takibin dayanağı İİK. 68, 68/a maddelerinde sayılan belgelerden ise icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talebinde bulunabilecektir.

- İlamlı icrada. Genel haciz yolundaki gibi ödeme emrine itiraz müessesesi yoktur.(Borçlu icra emrine karşı yalnızca borcun ödendiğini, ertelendiğini veya ilamın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek, icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasını isteyebilir).

- İlama bağlı alacak için İlamlı takip yapan alacaklıdan teminat alınmaz. (HMK.85/ç) vb gibi

Bu kısa açıklamalardan sonra.

Para veya teminat alacağı için elinde ilam veya ilam niteliğinde belge bulunan alacaklı, ilamlı takibe gitmeden ilamsız, yani genel haciz yolu ile takibe gidebilir mi?

Karşı görüşün genel olarak dayandığı gerekçeleri de gözетerek;

1) İlama dayalı olarak ilamsız takibe gidilmesinin, İİK.32. maddesine göre mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

- İİK.32.maddesi, para borcuna veya teminat verilmesine dair ilam icra dairesine verilince icra müdürü borçluya bir icra emri tebliğ eder hükmünü içermektedir.

Buna göre, icra dairesine ilamla başvurulması halinde, icra müdürü belgenin ilam yada ilam mahiyetinde olup olmadığını resen inceleyecek, ilam ya da ilam mahiyetinde değil ise, ilamlı icraya mahsus icra emri çıkaramaz. Çıkardığı takdirde borçlu isterse şikayet yoluyla icra emrinin iptalini isteyebilir. İcra edilebilir ilam olduğunu anladığı anda ise, alacaklının takip talebindeki tercihinine göre takip yolunu belirleyip, buna göre icra emri yada ödeme emri çıkaracaktır. Yasanın bu hükmü, alacaklı ya da borçlunun bu şekildeki tercihinin yok sayacak bir düzenleme içermediğinden, kamu düzenine ilişkin değildir. Bu nedenle de emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir.

Takip hukukumuzda emredici mahiyette birçok hüküm mevcuttur. Örneğin konuya ilişkin olarak, İİK.45. maddesindeki düzenlemeye göre, rehinle temin edilmiş olan alacak için (kural olarak) ilk önce rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılması zorunludur. Alacaklı ilamlı veya ilamsız haciz yoluna veya genel iflas yoluna başvuramaz. İşte bu madde emredici mahiyettedir. Yasa koyucu bu sonucu amaçlasaydı 32. maddede veya ilamlı takibe ilişkin diğer hükümlerde 45. maddeye benzer bir düzenlemeye gidebilirdi.

Bu nedenle belirtilen yasal durumun ilamsız takip için bir engel oluşturmadığını düşünüyorum.

2) İlamsız takibe gidilmesi halinde, borçlunun İİK.36. maddesinde düzenlenmiş olan "İcranın geri bırakılması" kararını alarak takibi durdurmasının engellenmiş olacağı ifade edilmektedir.

- Kesinleşmemiş bir ilama dayanılarak genel haciz yoluna gidilmesi halinde, hükme karşı istinaf yada temyiz yoluna başvuran borçlunun icranın geri bırakılması kararı alması ve bu şekilde takibi durdurmasında da yasal bir engel bulunmadığım, İİK.nın 36. maddesinin kıyasen burada da uygulanabileceğini düşünüyorum. Öğretide de bu yönde birçok görüş mevcuttur (örneğin Prof. Baki Kuru). Ayrıca daha önce de değinildiği üzere, genel haciz yolu ile takip yapılması halinde, borçlunun icra müdürlüğüne yapacağı itiraz, takibi kendiliğinden durduracağı için, ayrıca icranın geri bırakılması kararına ihtiyaç duyulmayabilecektir.

Bu nedenle borçlunun aleyhine bir durumun oluşacağı söylenemez.

3) Alacaklının bu yola gitmesindeki amacın, borca itiraz halinde açacağı itirazın iptali davasında, inkar tazminatı talep etmek olduğu ifade edilmektedir.

- Alacaklının bu saikle hareket etmiş olabileceğini kabul etmek ve buna hukuki bir sonuç atfetmenin mümkün olmadığını ve ayrıca mahkeme ilamı ile sabit hale gelmiş bir alacağın varlığına rağmen, itiraz eden borçlunun da sonuçlarına katlanması gerektiği düşüncesindeyim.

4) Alacaklının ilama dayalı olarak ilamsız takip yapmasının, □Dürüstlük Kuralı□ ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.

- Bilindiği üzere, “objektif iyiniyet” olarak da tanımlanan “Dürüstlük Kuralı” TMK. 2 nci maddesinde ve 6100 sayılı HMK.nın 29.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Bütün hakların kullanılmasında, dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği, başkasını zararlandırmak yada güç duruma sokmak amacıyla hakkın kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağı belirtilmiştir, öğretide ve uygulamada kabul edildiği üzere; Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, o kişinin hakkın kullanılmasında geçerli ve haklı bir yararının varlığı, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkalarına vereceği zarar arasında aşırı oransızlığın olmaması, bir kimsenin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanmaması gibi ölçütler esas alınacaktır.

İlama dayalı olarak ilamsız takip yapan alacaklı yönünden, genel bir varsayımla, dürüstlük kuralının ihlal edildiğini kabul etmenin hukuki olmayacağı düşünüyorum.

5) İlamsız takip yapılması halinde, borçlunun tazminat tehdidi altında iddialarını borca itiraz olarak ileri sürmekte tereddüt yaşayacağı belirtilmiştir.

Borçlunun itirazlarının haklı olması durumunda, hangi takip yoluna gidilmiş olursa olsun, aleyhine sonuç doğurması mümkün değildir.

6) İlamsız takibe gidilmesi durumunda, İİK.40. maddesinde düzenlenmiş olan icranın iadesi yolunun borçlu aleyhine kapatılmış olacağı ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere, ilamın tamamen icra edilmesinden sonra, hüküm bozulur ve borçlunun hiç yada ilamdaki kadar borcu olmadığına karar verilir ve bu karar kesinleşirse, borçlunun ödemiş olduğu para zorla alacaklıdan alınarak borçluya verilir. Borçlu icranın geri bırakılması kararı almamışsa, takip ister ilamlı olsun ister ilamsız olsun aynı riskle karşılaşacaktır. İlamsız takipte ayrı bir dosya üzerinden yapılacak takiple iade mümkün olabilecektir.

Bu nedenle borçlu aleyhine bir durum yaratılmış olmaz.

Sonuç olarak; alacaklının para ve teminat alacağına ilişkin ilama dayalı olarak, ilamsız takibe gitmesi, yasanın kendisine tanıdığı seçim hakkının kullanılmasından ibarettir. Bunu engelleyen herhangi bir yasa hükmü bulunmadığı gibi, hukuki dinlenilme hakkının da gereğidir.

Takip hukukunda benzer durumlara ilişkin birkaç örnek vermek gerekirse;

- Alacağı İİK.68-68/a maddelerindeki belgelerden birine bağlı olan alacaklının, itirazın iptali talebiyle genel mahkemede dava açabileceği gibi, icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talebinde de bulunabileceği,

- Alacağı kambyo senedine bağlı alacaklının, kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabildiği gibi genel haciz yoluna da başvurabildiği,

- Yine 6183 sayılı yasa hükümlerine göre takip ve tahsili mümkün olan bir alacak için

genel haciz yolu ile takibe gidebildiği, gerek öğreti gerekse Yargıtay uygulamaları ile sabittir.

Arz edilen tüm bu nedenlerle; Para veya teminat alacağına ilişkin bir ilama dayalı olarak, ilamsız icra yoluna da başvurulabileceği düşüncesindeyim. Bu nedenlerle yüce çoğunluğun farklı yöndeki görüşüne katılmıyorum. 10/07/2017

**T.C.
YARGITAY
11. Hukuk Dairesi**

**2017/2113 Esas
2017/3589 Karar
16/06/2017 Tarih**

- İLÇE HAKEM HEYETİ KARARININ İPTALİ İSTEMİ

**- DAVACININ TÜKETİCİ HAKEM HEYETİ ÖNÜNDE SAVUNMADA
BULUNMAMIŞ OLMASININ DAVANIN UZAMASINA VE GEREKSİZ
MASRAFYAPILMASINAYOLAÇAN YÖNÜ BULUNMADIĞI**

**- DAVALI YARARINA VEKALET ÜCRETİ TAYİN VE
TAKDİRİNİN İSABETSİZLİĞİ**

ÖZET: Davacının Tüketici Hakem Heyeti önünde savunmada bulunmamış olmasının, işbu davanın uzamasına ve gereksiz masraf yapılmasına yol açan bir yönü bulunmadığından, mahkemece yanlış ve olaya uymayan gerekçeye yer vermek suretiyle HMK'nın 327/1. maddesi gereğince yargılama giderlerinden davacının sorumlu tutulması, bu kapsamda davalı yararına vekalet ücreti tayin ve takdiri doğru olmamış, kanun yararına temyiz başvurusunun kabulü ile yerel mahkeme kararının açıklanan yönden bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

(6502 S. K. m. 70) (6100 S. K. m. 312, 323, 326, 327)

Taraflar arasında görülen davada Çaldıran Asliye Hukuk Mahkemesince Tüketici Mahkemesi sıfatıyla verilen 12.10.2016 tarih ve 2015/180 - 2016/100 sayılı karar hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 22.5.2017 günlü yazıyla kanun yararına temyiz isteminde bulunulmuş olmakla, gönderilen dava dosyası için düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı vekili, davalı M. Ç.'in başvurusu üzerine, Çaldıran Tüketici İlçe Hakem Heyeti tarafından verilen 1.7.2015 gün ve 150920150000163 sayılı kararın iptalini talep etmiştir.

Davalı vekili, Hakem Heyeti kararının usul ve kanuna uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının başvurusuna konu kredi sözleşmesinin ticari nitelikte olduğu ve bu nedenle tüketici kredisi niteliğinde bulunmayan sözü geçen kredi sözleşmesi nedeniyle davacı banka tarafından alınan masrafin iadesine ilişkin başvuru bakımından Tüketici Hakem Heyetinin görevli olmadığı gerekçesiyle davacının itirazının kabulüyle Çaldıran Tüketici İlçe Hakem Heyeti kararının iptaline, davacının Tüketici Hakem Heyeti nezdinde yapılan başvuruya karşı cevap ve delillerini sunmamasından ötürü, işbu davanın açılmasına davalının neden olmadığından bahisle yargılama giderlerinin

davacı üzerinde bırakılmasına, bu meyanda davalı yararına vekalet ücreti tayin ve takdirine hükmedilmiştir. 6502 sayılı Kanun'un 70/5. maddesi uyarınca kesin olarak verilen bu karar aleyhine Adalet Bakanlığı'nın 11.4.2017 günlü yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından "davanın kabulüne karar verildiği halde davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu" gerekçesiyle kanun yararına temyiz talebinde bulunulmuştur.

HMK'nın 323/1-ğ maddesinde vekille takip edilen davalarda mahkemece takdir olunan vekalet ücretinin yargılama giderlerinden olduğu belirtilmiş, 326/1. maddesinde ise, yargılama giderlerinin, kanunda yazılı haller dışında, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği hükmüne bağlanmış; yine aynı kanunun 327/1. maddesinde de "Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilir." biçiminde yapılan düzenleme ile hemen yukarda açıklanan genel kuralın istisnası gösterilmiştir. Keza aynı kanunun 312/2. maddesinde de, davalının, aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermemiş olması ve ilk oturumda davacının talep sonucunu kabul etmesi halinde yargılama giderlerinin kendisine yüklenemeyeceği belirtilerek bir başka istisnaya yer verilmiştir.

Bu durumda, somut davaya bakılacak olursa, davada tarafların vekille temsil olundukları, mahkemece, tüketici hakem heyetince işbu davanın davalısı lehine verilen kararın iptaline hükmedilmesi suretiyle, davalı aleyhine olacak nitelikte bir hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, kural olarak, yargılama giderlerinin ve bu arada vekalet ücretinin de davacı lehine hükmedilmesi ve davalı yana yüklenilmesine karar verilmesi gerekir. Mahkemece verilen kararda, yargılama giderlerinin davacıya yüklenmesinin, bir başka söyleyişle, genel kuraldan ayrılmasının gerekçesi davacının Tüketici Hakem Heyetine cevap ve delillerini bildirmemesi, dolayısıyla davalının dava açılmasına sebebiyet vermemesi olarak belirtilmiş ve fakat açıkça bir yasal dayanak gösterilmemiştir.

Şu halde, öncelikle, mahkemenin yargılama giderleriyle ilgili gerekçesinin yasal dayanağının belirlenmesi gerekmektedir.

İşbu davada, davalı yanın davanın ilk oturumunda davayı kabulü gibi bir durum söz konusu değildir. Keza, işbu davanın, uyumsuzluğun taraflar arasındaki taksitli ticari kredi ilişkisinden kaynaklanmış olması nedeniyle 6502 sayılı Kanun çerçevesinde bir tüketici işleminden bahsedilemeyecek olmasına karşın, davalı yanın tüketici hakem heyetine başvurusu sonucunda verilen karar üzerine açıldığı, bu durumda ise HMK'nın 312. maddesi anlamında, başvuru sahibi davalının davanın açılmasına neden olmadığından söz edilemeyeceği açıktır. Öte yandan, mahkemece yargılama giderlerinden davalının sorumlu tutulmaması cihetine gidilmekle yetinilmemiş, daha ileri gidilerek davalı lehine vekalet ücreti tayin ve takdir olunup davacıdan tahsiline hükmedilmiştir. Şu halde, kararda "davalının dava açılmasına sebebiyet vermemiş olması" gibi bir değerlendirmeye yer verilmiş olmasına rağmen, bu yoldaki kararın yasal dayanağının HMK'nın 312/1. maddesine temas ettiğinden söz edilmesi mümkün görünmemektedir.

Bu durumda, mezkur gerekçe ve varılan sonuç itibarıyla, kararın yasal dayanağının HMK'nın 327/1. maddesine temas ettiği, bir başka söyleyişle, davada lehine hüküm

kurulmuş olmakla birlikte, mahkemenin, davacı yanın davanın gereksiz yere uzamasına ve masrafa yol açtığı kanaatine varması nedeniyle yargılama giderlerinden davacı yanı sorumlu tuttuğu sonucuna varmak mümkündür. Şu halde, anılan kanun maddesinde belirtilen koşulların somut dava bakımından var olup olmadığının incelenmesi, mahkemece varılan sonucun yürürlükteki hukukumuzda uygun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekli ve zorunludur.

Bu bağlamda yapılan incelemede, davalı yanın, İlçe Tüketici Hakem Heyetine başvurusuna ilişkin dilekçesi ekinde, taraflar arasındaki ticari kredi sözleşmesini dosyaya sunmasına rağmen, Hakem Heyetince taraflar arasındaki kredi ilişkisinin tüketici işlemi niteliğinde kabulü nedeniyle işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 12. maddesi gözetildiğinde, mahkeme gerekçesinde yer verildiği üzere davacının Hakem Heyeti huzurunda savunmada bulunmamış olmasının, dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar vermekle yükümlü İlçe Tüketici Hakem Heyetinin kararına etkili olması ve buna bağlı olarak işbu davanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermesi gibi bir durumun varlığından söz edilemez. Öte yandan, hiç kimsenin kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanması veya aleyhine açılmış bir davada, kanunda belirtilen istisnalar dışında, davaya cevap vermekle yükümlü tutulması, keza aleyhine verilmiş bir karar hakkında kanunda gösterilen usul dairesinde ilgili mercilere başvuruda bulunması gibi sırf kanundan kaynaklanan bir hakkı kullanmasından ötürü sorumlu tutulması da mümkün değildir.

O halde, tüm bu hususlar gözetildiğinde, davacının Tüketici Hakem Heyeti önünde savunmada bulunmamış olmasının, işbu davanın uzamasına ve gereksiz masraf yapılmasına yol açan bir yönü bulunmadığından, mahkemece yanlış ve olaya uymayan gerekçeye yer vermek suretiyle HMK'nın 327/1. maddesi gereğince yargılama giderlerinden davacının sorumlu tutulması, bu kapsamda davalı yararına vekalet ücreti tayin ve takdiri doğru olmamış, kanun yararına temyiz başvurusunun kabulü ile yerel mahkeme kararının açıklanan yönden bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına temyiz başvurusunun kabulü ile, hukuki sonuçlarını etkilememek kaydıyla, Çaldıran Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Tüketici Mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu kararın **BOZULMASINA**, karardan bir suretin gereği yapılmak üzere Adalet Bakanlığına gönderilmesine, 12.06.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.





**ANAYASA
MAHKEMESİ
KARARLARI**



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ
GENEL KURUL**

KARAR

**SELÇUK ÖZDEMİR BAŞVURUSU
(Başvuru Numarası 201649158)**

**Karar Tarihi 2672017
R.G. Tarih ve Sayı 182017-30141**

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	Engin YILDIRIM
Üyeler	Serdar ÖZGÜLDÜR Serruh KALELİ Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Nuri NECİPOĞLU Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	Selçuk ÖZDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalar kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olduğundan bahisle bir hâkim hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2692016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 2072017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir

A. Genel Bilgiler

1. Darbe Teşebbüsü Öncesine İlişkin

10. Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) veveya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanma bulunmaktadır (Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No 201622169, 2062017, § 22).

11. FETÖPDY'nin örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak son yıllarda suç delillerini yok etme, devlet kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını

dinleme, devletin istihbarat faaliyetlerini deşifre etme, kamu görevine giriş veya görevde yükselme sınavlarına ilişkin soruları önceden elde edip mensuplarına verme, cebir ve şiddet kullanarak Hükûmeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını engellemeye teşebbüs etme gibi eylemler temelinde çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yürütülmüştür. Bu soruşturma ve kovuşturma belgelerinde ileri sürülen olgulardan biri de yapılanmanın yargı kurumları içinde örgütlenmesidir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 27-30).

12. FETÖPDY'ye ilişkin olarak ülke genelinde açılan çok sayıdaki davadan biri, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 1662016 tarihinde karara bağlanmıştır (E.201674). Anılan kararda FETÖPDY'nin özellikle yargı ve emniyet birimleri ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde (TSK) örgütlendiği, devletin hiyerarşik yapısı dışında ayrı bir yapılanmaya gittiği belirtilmiştir; bu itibarla yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 32).

13. Diğer taraftan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından bazı yargı mensupları hakkında bu yapılanmayla irtibatlı şekilde usulsüzlükler yaptıkları iddiasıyla disiplin soruşturmaları yapılmış ve bu kişilere meslekten çıkarma cezaları verilmiştir (bkz. Mustafa Başer ve Metin Özçelik, B. No 20157908, 2012016, §§ 38-43; Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri, B. No 20159756, 16112016, §§ 51-60).

14. HSYK, 2014 yılı yaz kararnamesinden itibaren yargı teşkilatı içinde FETÖPDY ile irtibatlı olduklarına dair yaygın bir kanaat bulunan çok sayıda hâkim ve savcıyı yargı yönetimi bakımından önemli görülen başsavcılık, komisyon başkanlığı, ağır ceza mahkemesi başkanlığı, ticaret mahkemesi başkanlığı, başsavcı vekilliği, Yargıtay savcılığı, müfettişlik, tetkik hâkimliği gibi görevlerden alarak başka görevlere (yine hâkim ve savcı olarak) atamıştır. Bakanlık da idari görevlerde bulunan çok sayıda hâkim ve savcının idari görevlendirmelerini aynı nedenle kaldırmış, bu kişiler yargısal görevlerine dönmüşlerdir.

2. Darbe Teşebbüsü Sonrasına İlişkin

15. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi çeşitli rütbe ve görevlerdeki askerî personelin katıldığı ve ağır silahlı gücün yoğun şekilde kullanıldığı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 15-17). Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- teşebbüsün arkasında FETÖPDY'nin olduğunu değerlendirmişlerdir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 23-25).

16. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile -teşebbüsün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen- FETÖPDY ile bağlantılı olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 51).

17. Bu bağlamda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca ilk olarak aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu üç bine yakın yargı mensubu hakkında FETÖPDY ile ilgilerinin bulunduğu iddiasıyla soruşturma başlatılmış; HSYK tarafından 1672016 tarihinde, haklarında soruşturma başlatılan 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısının görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir. Bu kişilerin büyük bölümü hakkında

soruşturma mercilerince gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuştur (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 350).

18. Bakanlık verilerine göre FETÖPDY soruşturmaları kapsamında 2472017 tarihi itibarıyla hakkında soruşturma yürütülen yargı mensubu sayısı 4.664'tür. Bu kişilerden 1.311'i adli kontrol tedbiri uygulanarak, 97'si ise herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaksızın serbest bırakılmıştır. Yine haklarında soruşturma yürütülen 251 yargı mensubu hakkında yakalama ve gözaltı gibi adli bir işlem yapılmamıştır. Aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu 2.431 yargı mensubu hakkında ise tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Bunların yanı sıra 297 yargı mensubu, haklarında tutuklama tedbiri uygulandıktan bir süre sonra tahliye edilmiş; tahliye edilenlerin 274'ü hakkında adli kontrol tedbirleri uygulanmıştır. Diğer taraftan kaçak durumda olup haklarında soruşturmakovuşturma mercilerince yakalama emri çıkarılan 271 yargı mensubu bulunmakta, 6 yargı mensubu hakkında ise gözaltı süreci devam etmektedir.

19. Öte yandan süreç içinde HSYK tarafından FETÖPDY ile ilgilerinin bulunduğu değerlendirilen 4.500'ün üzerinde yargı mensubu hakkında görevden uzaklaştırma ve meslekten çıkarma kararları verilmiştir. Bu çerçevede HSYK Genel Kurulu 2482016 tarihinde 2.847, 3182016 tarihinde 543, 4102016 tarihinde 66, 15112016 tarihinde 203, 1322017 tarihinde 227, 1732017 tarihinde 202, 342017 tarihinde 45, 552017 tarihinde 107 hâkim ve savcının meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Bunlardan bazılarının yeniden değerlendirme talepleri HSYK Genel Kurulunca kabul edilerek meslekten çıkarma kararları geri alınmıştır.

20. FETÖPDY mensubu olmakla suçlanan hâkim ve savcılar hakkında ülke genelinde yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakını derdest olmakla birlikte Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2442017 tarihinde (E.20153, K.20173) FETÖPDY kapsamında tutuklanan polislerin tahliyesine yönelik kararlar veren iki hâkimin silahlı terör örgütü (FETÖPDY) üyesi olma suçundan -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- mahkûmiyetine karar vermiştir (Anılan hâkimlerin tutuklanmanın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptıkları bireysel başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin karar için ayrıca bkz. Mustafa Başer ve Metin Özçelik, §§ 134-161). Söz konusu Yargıtay kararında örgütün kurucusu, yöneticileri ve üyeleri arasında sıkı bir hiyerarşik bağın mevcut olduğu, gizliliğe riayet ettiği, görünür yüzüyle gerçek yüzü arasındaki farkı gizlediği, amaca ulaşabilmek için yeterli eleman, araç ve gerece sahip olduğu, amacının Anayasa'da öngörülen meşru yöntemlerle iktidara gelmek olmayıp örgütün yarattığı kaos ortamı sonucu ayrıca devletin yanında oluşturduğu Paralel Devlet Yapılanmasıyla demokratik olmayan yöntemlerle cebir şiddet kullanmak suretiyle parlamento, hükümet ve diğer anayasal kurumları fesih edip iktidara gelmek olduğu, bu amacı gerçekleştirmek için polis ve jandarma teşkilatı, MİT (Millî İstihbarat Teşkilatı) ve Genelkurmay Başkanlığı gibi kuvvet kullanma yetkisine haiz kurumlardaki üyeleri vasıtasıyla meşru organlara ve halka karşı silah kullanmak suretiyle amaç suça elverişli öldürme, yaralama gibi çok sayıda vahim eylem gerçekleştirdiği belirtilerek FETÖPDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varılmıştır.

21. Diğer taraftan darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak görülen davalardan birinde Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesince (E.2016216) iki sanık hakkında 512017 tarihinde

verilen anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçuna ilişkin mahkûmiyet hükmü, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 1472017 tarihinde (E.20171443, K.20174758) onanmıştır. Yargıtay kararında FETÖPDY ... Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türkiye Devletini ve varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini yıkmak ve daha sonra ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak amacıyla kurulmuş bir terör örgütüdür. Bu örgüt kuruluşundan 15 Temmuz sürecine kadar örgüt lideri Fetullah Gülen tarafından belirlenen ideolojisi doğrultusunda amaçlarını gerçekleştirmek üzere eylem ve fikir birliği içinde hareket etmiştir. Sahip olduğu ya da mensuplarının tasarrufunda bulunan araç gereç bakımından ... silahlı bir terör örgütü olduğu anlaşılmıştır. ifadelerine yer verilmiştir. Kararda ayrıca 15 Temmuz darbe teşebbüsünün, esas itibarıyla TSK içine sızmış FETÖPDY mensuplarınca gerçekleştirildiği, bu girişime başka unsurların da katılmış olma ihtimalinin, darbe teşebbüsünün bu karakterini değiştirmeyeceği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

3. FETÖPDY'nin Yargıdaki Yapılanmasına İlişkin

22. FETÖPDY'nin (genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 26) yargı kurumlarındaki yapılanmasına ve faaliyetlerine ilişkin soruşturma ve kovuşturma belgeleri ile tedbirdisiplin kararlarında yer alan ve başta haklarında soruşturma yürütülen yargı mensuplarının beyanları olmak üzere maddi olgulara dayalı bulunan iddia ve tespitler şöyle özetlenebilir

i. Devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlayan FETÖPDY; bünyesinde bulunan ışık (talebe) evleri, okullar, yurtlar ve dershaneler aracılığıyla ulaştığı ve amaçları doğrultusunda yetiştirdiği gençleri devlet yönetimi bakımından önemli görülen TSK, emniyet teşkilatı ve mülki idare birimlerinin yanı sıra yargı kurumlarına da yerleşmeye teşvik etmiş ve yargıdaki kadrolaşmaya büyük önem vermiştir.

ii. FETÖPDY, hâkimlik ve savcılık mesleğine giriş sınavlarının sorularını elde edip cevaplarıyla birlikte mensuplarına önceden vererek bu kişilerin mesleğe haksız biçimde girmelerini sağlamıştır. Böylece yapılanmayla irtibatı bulunan çok sayıda kişi hâkim ve savcı olarak yargı teşkilatında görev almıştır.

iii. FETÖPDY; mensubu olan hâkim ve savcılarının sosyal hayatlarındaki tutum ve davranışlarının nasıl olacağından ibadetlerini -gizlilik içinde- nasıl yerine getireceklerine, görevlerini yaparken hangi yönde karar vereceklerinden eşlerini nasıl ve kimler arasından seçeceklerine, kendilerinin ve eşlerinin kılık kıyafetlerinden görev yeri olarak neresi tercih edeceklerine, siyasal tercihlerinden kimlerle arkadaşlık kuracaklarına kadar yaşamlarının her alanını dizayn etmeye yönelik telkin ve talimatlarda bulunmuştur.

iv. FETÖPDY ile bağı bulunan yargı mensupları, adaylık sürecinden itibaren mesleğin her aşamasında gizliliğe azami dikkat ederek bu yapılanmayla ilişkilerinin bilinmesine engel olmaya çalışmışlar; bunun için kendilerini farklı sosyal gruplara

aitmiş gibi gösterme gayreti içinde bulunmuşlardır. Bu bağlamda FETÖPDY ile irtibatı olan birçok yargı mensubunun sosyal ortamlarda birbirleriyle yakın ilişki kurmadıkları, ibadetlerini gizli olarak yaptıkları, inançlarına aykırı davranışlarda bulundukları, yine yapılanmadan gelen talimat uyarınca kısa bir süre içinde Yargıçlar ve Savcılar Birliğine (YARSAV) üye oldukları belirtilmiştir.

v. Kendisine kutsallık atfetmekte olan FETÖPDY'nin yargı kurumlarındaki mensupları da vatan, devlet, millet, ahlak, hukuk, temel hak ve özgürlükler de dâhil olmak üzere her şeyin değer olarak yapılanmadan sonra geldiği anlayışına sahiptir.

vi. FETÖPDY ile irtibatı bulunan yargı mensupları, yapılanmaya olan sadakatlerinin derecesine göre kendi içlerinde gruplara ayrılmışlardır. Ayrıca yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, görev yerleri veya mesleğe başlama dönemlerine (devre) göre örgütlenmişlerdir. Bu çerçevede her bir yargı kurumu birimi içinde periyodik olarak toplantılar yapılmakta, yine her bir devre için de yılda bir kez düzenli olarak toplantı gerçekleştirilmektedir.

vii. FETÖPDY ile bağı olan yargı mensupları, ilk maaşlarının tamamını, sonraki tüm maaşlarının ise önemli bir bölümünü himmet olarak söz konusu yapılanmaya vermektedirler.

viii. FETÖPDY mensupları, kendilerinden olmayan hâkim ve savcılarla ilgili edindikleri bilgileri ve bu kişilerin yapılanmaya yönelik tutum ve değerlendirmelerini öğrenerek bağı oldukları üstlerine (abi abla veya imam) iletmektedirler.

ix. Fetullah Gülen'in İster adliyede ister mülkiyede arkadaşlarımızın gittikleri yerlerde daha rahat iş yapmaları, tutunmaları, kaymakam iseler vali olmaları, sıradan bir hâkim iseler takdir toplayan bir hâkim olmaları, hatta mesleklerini aksatmamak, mesleklerini icra etmenin yanı başında kabilse arkadaşlarımız değişik sahalarda kariyer yapmaları, birer mastır yapmaları, icabında doktora yapmaları dıştan da olabilir, hâkimlik yaparken de olabilir. şeklindeki sözlerine yansıyan teşvik ve talimatları doğrultusunda FETÖPDY ile irtibatı olan yargı mensuplarının ön plana çıkarılmasına yönelik birtakım girişimlerde bulunulmuştur. Bu kapsamda yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, çeşitli kurullarda görev alma, birbirlerine referans olma, akademik ve dil eğitimine yönelik çalışmalarda bulunma, yurt içi ve yurt dışı eğitim, ziyaret ve toplantılara katılma gibi faaliyetlere yöneltilmiştir.

x. FETÖPDY mensubu Bakanlık ve veya HSYK müfettişleri, yapılanmayla ilgisi olan yargı mensuplarının sicillerine -çoğu zaman hak etmedikleri hâlde- olumlu değerlendirmeler yazmışlar; bu kişiler hakkındaki disiplin incelemelerinde ve veya soruşturmalarında koruyucu bir tutum sergilemişlerdir. Buna karşılık FETÖPDY ile ilgisi bulunmayan yargı mensuplarının etkisizleştirilmesi amacıyla bu kişilerle ilgili sicillerde ve disiplin süreçlerinde -haksız bir şekilde veya olması gerekenin ötesinde- olumsuz değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

xi. FETÖPDY ile bağı olan yargı mensupları bilhassa (yakın döneme kadar faaliyette olan) özel yetkili mahkemelerde ve savcılıklarda örgütlenmiş, örgütün yargı içindeki imamlarından aldıkları talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları doğrultusunda hareket etmişlerdir. Bu bağlamda Şemdinli, Ergenekon, Balyoz, Askerî Casusluk, Devrimci

Karargâh, Poyrazköy, Oda TV ve Şike davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın -FETÖPDY'nin amaçları doğrultusunda- başta TSK olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullanıldığı; 17-25 Aralık ve MİT tırları soruşturmalarının da Hükûmeti devirme amacıyla yapıldığı soruşturma kovuşturma mercileri ve kamu makamlarınca ileri sürülmüştür.

xii. FETÖPDY içinde, gerektiğinde Fetullah Gülen ile doğrudan irtibat kurabilen ve yapılanmanın Türkiye imamına bağlı olarak hareket eden bir yargı imamı bulunmaktadır ve bu kişi yargı içinde söz sahibi olabilecek kişiler arasından seçilmektedir. Yapılanmanın ülkenin tüm illerini kapsar şekilde taşra örgütlenmesi bulunmaktadır.

xiii. 2010 yılında oluşturulan HSYK'da FETÖPDY ile irtibatlı kişilerin önemli bir oranda yer alması ve bu Kurul tarafından seçilen yüksek yargı üyelerinin büyük bir bölümünün yapılanma ile bağı bulunan kişiler olması nedeniyle FETÖPDY, bu tarihten sonra hem yargı yönetimi üzerinde hem de yüksek mahkemelerde önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Böylece yapılanmanın yargı kurumlarındaki gücü, kolluk birimlerindeki etkinliğiyle birlikte toplum üzerinde bir baskı unsuru hâline gelmiştir. Öte yandan yapılanmayla irtibatı olan yüksek yargı mensuplarının kurum içinde yapılan seçimlerde yapılanmadaki üstlerinden gelen talimatlar doğrultusunda oy kullandıkları belirtilmektedir.

xiv. FETÖPDY ile irtibatı olduğu ileri sürülen hâkim ve savcılar 12102014 tarihinde yapılan HSYK seçimine bağımsız aday olarak (bir başka adayla birlikte hareket etmeden) girdiklerini ifade etmişlerdir. Bununla birlikte FETÖPDY ile bağı olduğu belirtilen çok sayıda hâkim ve savcı, diğer yargı mensuplarından bu kişilere oy vermelerini istemiş ve bunun için ülke genelinde yargı kurumlarına ve adliyelere ziyaretlerde bulunmuştur. FETÖPDY mensubu hâkim ve savcılar seçim faaliyetleri ve çalışmaları sırasında aralarındaki iletişimlerini genel olarak ByLock üzerinden gerçekleştirmişlerdir. Yine FETÖPDY ile irtibatı bulunan çok sayıda hâkim adayının -henüz atamaları yapılmadan- seçimde oy kullanabilmek amacıyla yapılanmadan gelen talimat uyarınca Yüksek Seçim Kuruluna (YSK) başvurdukları ifade edilmiştir. Seçim sonuçları incelendiğinde ise -her bir seçmenin adli yargı için on bir, idari yargı için beş adaya oy verme hakkına sahip olduğu seçim sisteminde- seçime bağımsız olarak girdiğini beyan eden ve hukuk çevrelerinde söz konusu yapılanmaya mensup ya da bu yapı ile irtibatlı olduklarına dair iddialar ileri sürülen adli yargıdan on aday, binlerce hâkim ve savcıdan blok olarak oy almış ve bunlardan ikisi HSYK yedek üyeliğine seçilmiştir. İdari yargıdan beş aday ise yüzlerce hâkimden blok olarak oy almış ve bunlardan ikisi HSYK asıl üyeliğine seçilmiştir.

xv. Her seviyedeki yargı kurumu içinde örgütlenmiş olan FETÖPDY, örgütün imamlarından aldıkları talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları doğrultusunda hareket eden binlerce yargı mensubu eliyle yargı sistemi üzerinde bir vesayet oluşturmuştur.

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

23. Başvurucu, 2007 yılında Van İdare Mahkemesi üyesi olarak hâkimlik görevine başlamış; 2011 yılında ise Bursa İdare Mahkemesi üyeliğine atanmıştır.

24. Başvurucu hakkında, darbe teşebbüsünden sonra Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ağır cezalı suçüstü hâli bulunduğu değerlendirilerek FETÖPDY silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasında yer aldığı iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır.

25. HSYK İkinci Dairesinin 1082016 tarihli kararı ile -Bursa 3. İdare Mahkemesi üyesi olarak görev yapmakta olan- başvurunun görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir.

26. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının HSYK kararıyla görevden uzaklaştırılanlar hakkında soruşturma işlemlerinin yapılması yönündeki yazısı üzerine Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı 1182016 tarihinde başvurunun evi, iş yeri ve aracında arama yapılmasına karar vermiş; başvuru aynı gün gözaltına alınmıştır.

27. Başvurucu 1282016 tarihinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığında şüpheli sıfatıyla ifade vermiştir. Başvurucu ifadesinde suçlamaları reddederek FETÖPDY ile bir ilgisinin olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, aynı tarihte tutuklanması istemiyle Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk edilmiştir.

28. Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 1282016 tarihli kararı ile başvurunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararda darbe teşebbüsü sırasında yaşanan bazı olaylara yer verildikten sonra suç şüphesine ilişkin dosya içinde yer alan şüpheli beyanlarına atıf yapılmış, ayrıca başvurunun HSYK tarafından görevden uzaklaştırıldığına değinilmiştir. Hâkimliğin bu çerçevede kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin bulunduğuna işaret ettiği görülmüştür. Öte yandan tutuklama nedeni olarak başvurucuya isnat edilen suçun katalog suçlardan olmasına dayanılmış, ayrıca suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğuna ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değinilmiştir. Son olarak serbest bırakılması hâlinde başvurunun adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunma tehlikesinin olduğuna işaret edilmiştir.

29. Başvurucu 1582016 tarihinde karara itiraz etmiş, Bursa 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 1682016 tarihli kararı ile itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir. Kararda dosya kapsamında kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin olduğu, delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, ülke genelinde darbe teşebbüsüne ilişkin elde edilen deliller ile dijital veriler üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılamadığı bu aşamada soruşturmanın سلامتini sağlamak, delillerin karartılmasını engellemek ve kaçma şüphesini ortadan kaldırmak için adli kontrolün yetersiz kalacağı belirtilmiştir.

30. Anılan karar, başvurucuya 192016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

31. Başvurucu 2692016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

32. Başvurucu hakkındaki soruşturma dosyası 212017 tarihli ve 680 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 7. maddesiyle 2421983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkrasında yapılan Hâkim ve savcılar kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin

görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir. şeklindeki değişiklik uyarınca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

33. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 3052017 tarihli iddianamesi ile başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede FETÖPDY'nin genel yapısının yanı sıra yargıdaki örgütlenmesine ilişkin bilgilere de yer verilmiştir. Bu kapsamda özellikle -HSYK tarafından verilen meslekten çıkarma kararlarında da değinilen- bazı disiplin dosyalarında yer alan olgulara atıf yapıldığı görülmüştür. Cumhuriyet Savcısı'nın başvurunun FETÖPDY üyesi olduğuna yönelik iddiasını dayandırdığı olgu ve delillerin bir kısmı şöyle özetlenebilir.

i. İstanbul Emniyet Müdürlüğünün 3112017 tarihli yazısında, başvurunun ByLock kullanıcısı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Buna göre başvuru, anılan programı ilk olarak 1682014 tarihinde kullanmıştır.

ii. Başvurucu 2010 yılında YARSAV'a üye olmuştur.

iii. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli E.B. 2272016 tarihinde başvurunun "hizmet hareketinin" senede bir yapılan devre toplantılarına katıldığını, kendisiyle birlikte Türkiye'nin değişik yerlerindeki devre kampına katılanların arasında başvurunun da bulunduğunu beyan etmiştir.

iv. Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli E.Y. 1682016 tarihinde başvurunun evinde "cemaate" mensup arkadaşlarıyla iki kez toplandıklarını, başvurunun kendilerinden "cemaat" için %10 aidat istediğini beyan etmiştir.

v. Kahramanmaraş Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli İ.S. 28102016 tarihinde 2014 yılındaki HSYK seçimlerinden önce Ankara'daki bir evde bir araya geldiği dönem arkadaşlarının arasında başvurunun da olduğunu, bu toplantıya gelen HSYK üyesi A.B.nin kendilerinden HSYK seçimleri için il il gezip (oy istemek için) tanıdıkları bütün arkadaşlarını ziyaret etmelerini istediğini beyan etmiştir.

vi. Sivas, Osmaniye ve Trabzon Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından ifadeleri alınan ve FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüpheliler başvurunun 'cemaat' mensubu olduğuna yönelik beyanlarda bulunmuşlardır.

34. İstanbul 28. Ağır Ceza Mahkemesi 962017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş, böylece E.201722 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır. Mahkeme 1262017 tarihinde tensip (duruşmaya hazırlık) incelemesi yaparak davanın esasına ilişkin delillerin toplanması için bazı ara kararlar tesis etmiştir.

35. Başvurunun yargılandığı davada ilk duruşma 1172017 tarihinde yapılmıştır. Duruşmada başvurunun savunmasının alındığı görülmektedir. Başvurucu savunmasında kendisine isnat edilen suçlamaları kabul etmediğini, iddianamede

hakkındaki suçlamalara ilişkin yeterli delilin gösterilmediğini, ByLock uygulamasını kullanmasının ya da cep telefonuna yüklemesinin söz konusu olmadığını, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için gerekli yasal hükümlere uygun olarak hareket edilmesi gerektiğini, kaynağı belli olmayan delillerin suçlamaya esas alınamayacağını ifade etmiştir. Başvurucunun ayrıca ByLock programıyla ilgili olarak uygulamaya ilişkin servis sağlayıcılarının ayrıntılı kayıtlarının olup olmadığı; programın oluşturulması, indirilmesi ve kullanılmasıyla ilgili alt veri bilgilerinin tespit edilmediği, bilişim korsanlarının bu programın indirilmesine ve kullanılmasına müdahalede bulunup bulunmadığı; ham verilerin neler olduğu, nerede bulunduğu ve bu verilerin toplanması sırasında bütünlüğün korunması prosedürüne uyulup uyulmadığı, kullandığı bildirilen IP numarasını başka birinin de kullanıp kullanmadığı konularında uzman bilirkişi raporu aldırılmasını talep ettiği görülmektedir.

36. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir ve başvurunun tutukluluk hâli devam etmektedir.

37. Öte yandan HSYK Genel Kurulu 3182016 tarihinde başvurunun da aralarında olduğu 543 hâkim ve savcının 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Anılan kararda ilgililerin mesleğe kabulleri ile başlayan, eğitim merkezi ve Türkiye Adalet Akademisindeki faaliyetleri, hizmet içi eğitim ve yabancı dil eğitimlerine katılımlarına, yurtdışına gönderilmelerine, özel yetkili savcılara veya mahkemelere yahut idari görevlere atanmalarına ilişkin bilgiler ile bu görevlendirmelerde ve yine bir silah olarak kullanılan özel yetkili mahkemelere hâkim veya unvanlı olarak, Teftiş Kurulu Başkanlığına, başkan, başkan yardımcısı veya müfettiş sıfatıyla, idari kurumlara tetkik hâkimi, daire başkanı veya yardımcısı, genel müdür veya yardımcısı sıfatıyla v.s. şeklinde yapılan atamalarda dikkate alınan kriterler, özlük dosyalarındaki bilgi ve belgeler, sosyal medya hesaplarındaki paylaşımları, ilgililer hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna intikal eden şikâyet, ihbar, inceleme ve soruşturma dosyaları ile bu dosyalar hakkında verilen kararlar, mahallinde yapılan araştırmalar, FETÖPDY terör örgütü ile ilintili dosyalarda görev alan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının bu dosyalarda yapmış oldukları işlemler ve verdikleri kararlar, örgüt mensuplarının haberleşme için kullandıkları şifreli programlarda yer alan kayıtlar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun FETÖPDY mensubu oldukları Emniyet Genel Müdürlüğü terörle mücadele birimlerince düzenlenen raporlarla sabit olan örgüt üyeleri hakkında tayin ettiği disiplin cezaları ve muhalefet şerhleri, sosyal çevre bilgileri ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından temin edilen bilgi ile belgeler, ilgililer hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmanın niteliği ve isnat edilen suçlamalar ile gözaltı ve tutuklama kararları, soruşturma kapsamında ifadelerine başvuru hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ifade ve sorgu tutanakları, itirafçıların beyanları gerekçe gösterilerek başvurunun da aralarında olduğu bu hâkim ve savcılarının FETÖPDY ile iltisak ve irtibatlarının olduğunun sabit görüldüğü değerlendirilmesine yer verilmiştir. Başvurucunun kararın yeniden incelenmesi talebi, HSYK Genel Kurulu tarafından 29112016 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

38. 4122004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Tutuklama nedenleri kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama

nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluştuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

...

39. 5271 sayılı Kanun'un Tutuklama kararı kenar başlıklı 101. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu, gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.”

40. 2692004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Silâhlı örgüt kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

41. 1241991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun Terör tanımı kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

42. 3713 sayılı Kanun'un Terör suçlusu kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır.”

43. 3713 sayılı Kanun'un Terör suçları kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

“2692004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.”

44. 3713 sayılı Kanun'un Cezaların artırılması kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

45. Mahkemenin 2672017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

46. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüyle ve darbeye kalkışan askerlerle bir ilgisinin bulunmadığını, FETÖPDY ile de bir bağının olmadığını,

dosyada suç işlediğine yönelik herhangi bir delil olmaksızın yalnızca HSYK tarafından verilen görevden uzaklaştırma kararına ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yazısına dayanılarak tutuklandığını, olayda kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığını, darbe teşebbüsü sonrasında hâkim ve savcılardan görevden uzaklaştırılanlar ve tutuklananlar olmasına rağmen kendisinin kaçmadığını ve görevinin başında kalmaya devam ettiğini, görevden uzaklaştırıldığını öğrendiğinde dahi kaçmadığını ve arama yapmak üzere gelen görevlileri evinde beklediğini, pasaportunun bulunmadığını, hiç yurt dışına çıkmadığını, bu itibarla kaçma şüphesinin bulunmadığını, tutuklama kararında kendisine yönelik bir kişiselleştirme yapılmadığını, tutuklamanın ölçüsüz olduğunu, kendisi gibi görevden uzaklaştırılan yargı mensuplarından adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakılanlar olduğunu belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür; tahliye ve tazminat talebinde bulunmuştur.

47. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AIHM) tutukluluğa ilişkin benzer kararları hatırlatılarak suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için ilgilinin atılı suç işlediği yönünde makul şüphe ya da inandırıcı nedenlerin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre makul şüphenin varlığı için elde edilen delillerin -somut olayın koşulları da dikkate alındığında- olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerekir. Öte yandan gözaltına alma anında veya nezarete iken bir kişiye suç isnadında bulunmak için yeterli delil elde edilmiş olması koşulu aranmamaktadır.

48. Bakanlığa göre başta yargı kurumları, emniyet teşkilatı ve TSK olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarına üyelerini legal görünüm altında yerleştirmiş olan FETÖPDY, benzeri daha önce görülmemiş kendine özgü bir terör örgütü olup aynı zamanda medya organlarından sendikalara, finans sektöründen eğitim kurumlarına kadar her alanda kendi organizasyonunu oluşturan paralel bir yapılanmadır. FETÖPDY mensupları -tüm kamu kurumlarına olduğu gibi- yargı kurumları içine de sinsi bir şekilde sızarak paralel bir yargı gücü oluşturmuşlardır.

49. Bakanlık, söz konusu örgütün -darbe teşebbüsüyle birlikte- millî güvenlik açısından oluşturduğu somut tehlikenin büyüklüğü dikkate alındığında FETÖPDY üyesi olanların gözaltına alınması ve tutuklanması hususunda kuvvetli şüphenin bulunduğunu, bu bağlamda meslekten çıkarılmasına ilişkin HSYK kararındaki değerlendirmeler gözönüne alındığında başvurunun tutuklanması için yeterli suç şüphesinin olduğunu belirtmektedir. Öte yandan başvurunun FETÖPDY üyelerinin kendi aralarındaki haberleşmelerini sağladıkları Bylock programının kullanıcısı olduğu tespit edilmiştir. Yine başvurunun FETÖPDY içinde etkin biri olduğuna yönelik tanık beyanları bulunmaktadır. Bakanlığa göre sonuç olarak başvurunun iddiaları açıkça dayanaktan yoksundur.

50. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında Bakanlık görüşünde belirtilen olguların kuvvetli suç şüphesi bulunmadan tutuklandığı yönündeki şikâyetini doğruladığını, Bakanlık görüşünde de kendisiyle ilgili somut bir delilden bahsedilmediğini, görevden uzaklaştırılan kişilerden bir kısmının tutuklanmadığını hatta bu kişilerden mesleğe dönenler olduğunu, dolayısıyla bu kararların kuvvetli suç şüphesine dayanak alınamayacağını, Bakanlık görüşünde belirtilen ByLock isimli uygulamayı kullanmadığını ve bu programa ilişkin bilgilerin doğruluğu konusunda ciddi şüpheler bulunduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

51. Anayasa'nın Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

52. Anayasa'nın Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

53. Anayasa'nın Kişi hürriyeti ve güvenliği kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

...

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

54. Başvurucunun iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

55. Anayasa Mahkemesi Aydın Yavuz ve diğerleri kararında, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir. Buna göre olağanüstü bir durumun bulunması ve bunun ilan edilmesinin yanı sıra bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirin olağanüstü durumla bağlantılı olması hâlinde inceleme Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca yapılacaktır (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 187-191).

56. 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünden sonra Cumhurbaşkanı

başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, 2172016 tarihinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiş; daha sonra da olağanüstü hâl, dört kez üçer aylık sürelerle uzatılmıştır. Olağanüstü hâl ilanı nedenlerinin başında darbe teşebbüsü gelmektedir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 224, 226). Olağanüstü hâl ilanı ile darbe teşebbüsünden kaynaklanan tehlikenin yanı sıra bu teşebbüsün arkasında olduğu değerlendirilen FETÖPDY'den kaynaklanan tehdit ve tehlikenin de bertaraf edilmesinin amaçlandığı görülmektedir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 48, 222, 229). Nitekim darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmanın FETÖPDY olduğuna ilişkin kamu makamlarınca ve soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmeler olgusal temellere dayanmaktadır (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 216).

57. Başvurucunun tutuklandığı tarihte Türkiye'de olağanüstü hâl yönetim usulü yürürlükteydi. Soruşturma mercilerince, başvurucunun darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işlediği ileri sürülmemekle birlikte başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖPDY üyesi olduğu iddiasıdır (bkz. §§ 24, 33). Soruşturma makamları ve adli merciler, somut olgulara dayanarak anılan yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğunu değerlendirmektedir (bkz. §§ 11-12, 20-21). Dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına dayanak olan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu görülmektedir.

58. Bu itibarla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığını incelemesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucunun tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek; aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 193-195, 242).

2. Genel İlkeler

59. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (Murat Narman, B. No 20121137, 272013, § 42).

60. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (Halas Aslan, B. No 20144994, 1622017, §§ 53, 54; Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 246, 226).

61. Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (Murat Narman, § 43; Halas Aslan, § 55).

62. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (Halas Aslan, § 57). Buna göre tutuklama ancak suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bu husus, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (Mustafa Ali Balbay, B. No 20121272, 4122013, § 72).

63. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu tüm delilleriyle birlikte ortaya konması her zaman mümkün olmayabilir. Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını veveya kovuşturmasını ilerletmektir (Dursun Çiçek, B. No 20121108, 1672014, § 87; Halas Aslan, § 76). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (Mustafa Ali Balbay, § 73).

64. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında ayrıca, tutuklamanın kaçma ya da delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (Halas Aslan, § 58).

65. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmaya hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabilmesi suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (Ramazan Aras, B. No 2012239, 272013, § 46; Halas Aslan, § 59).

66. Anayasa'nın 13. maddesinde ayrıca temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tutuklamayı zorunlu kılan ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (Halas Aslan, § 72).

67. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesini gözetmek öncelikle tutuklama tedbirini uygulayan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (Murat Narman, § 62). Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğunun, ayrıca tutuklama nedenlerinin ortaya konması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (Halas Aslan, § 75).

68. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi mümkün olmayabilir (Halas Aslan, § 77). Öte yandan tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu bağlamda adli kontrol yükümlülükleri tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkiye bulunan koruma tedbirleridir. Dolayısıyla tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konmalıdır (Halas Aslan, § 79).

3. İlkelerin Olaya Uygulanması

69. Başvurucu, darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖPDY mensubu olduğu iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olma suçlamasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

70. Başvurucu hakkında verilen tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararları incelendiğinde (bkz. §§ 28, 29) kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine ilişkin olarak Bursa 4. ve 5. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından yapılan değerlendirmeler karşısında başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

71. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin en önemli parçası, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti bulunup bulunmadığı hususudur. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No 201414061, 842015, § 84).

72. Başvurucu hakkında verilen tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarında suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak dosyada somut delillerin olduğu belirtilerek özellikle şüpheli beyanlarına atıf yapılmış, ayrıca başvurucunun HSYK tarafından görevden uzaklaştırıldığına değinilmiştir (bkz. §§ 28, 29).

73. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianamede, başvurucunun FETÖPDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen ByLock uygulamasının

kullanıcısı olduğu belirtilmiştir. Buna göre başvuru anılan uygulamayı ilk olarak 1682014 tarihinde (HSYK seçimlerinden kısa bir süre önce) kullanmıştır (bkz. § 33).

74. Anayasa Mahkemesi Aydın Yavuz ve diğerleri kararında ByLock uygulamasının soruşturma ve kovuşturma mercilerince tespit edilen kurumsal ve ticari mahiyetinin olmaması, uygulama üzerinden yapılan iletişimin çözümlenen içeriğinin tamamına yakınının FETÖPDY unsurlarına ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkin olması, uygulamayla ilişkili İnternet kaynaklı yayınların çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılması ve burada FETÖPDY lehine paylaşımlarda bulunulması, büyük bir kullanıcı kitlesine sahip uygulamanın 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde diğer kişilerce bilinmemesi, kullanıcılarının belirlenmesini önlemeye yönelik olağan dışı işleyişinin ve şifreleme sisteminin bulunması, kullanımın ancak diğer bir kullanıcının onaylamasıyla mümkün hâle gelmesi ve bu yönüyle hücre tipi örgütlenmeye elverişli olması, haberleşme içeriğinin belirli bir süre sonra otomatik olarak kendiliğinden silinmesi gibi özellikleri (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 106) gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronikmobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖPDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 267). Buna göre soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan başvurunun ByLock uygulamasını kullanmasının veya kullanmak üzere elektronikmobil cihazlara yüklemesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfi bir tutum olarak değerlendirilemez.

75. Öte yandan yargı mensubu oldukları anlaşılan ve FETÖPDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüphelilerin ifadelerinde, hâkim olarak görev yapmakta olan başvurunun FETÖPDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarda bulundukları görülmektedir. Bu kişilerden E.B. başvurunun yapılanmanın her yıl Türkiye'nin değişik yerlerinde yapılan (yapılanmaya mensup olup aynı dönemde göreve başlayan hâkim ve savcılarının bir araya geldiği) devre toplantılarına katıldığını, E.Y. ise başvurunun kendilerinden yapılanma için maaşlarının bir bölümünü vermelerini istediğini ifade etmiştir (bkz. § 33). Bu itibarla başvuru yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğu görülmektedir.

76. Diğer taraftan yargılanmasına devam olunan başvuru hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (Erdem Gül ve Can Dundar [GK], B. No 201518567, 2522016, § 79; Mehmet Baransu (2), B. No 20157231, 1752016, § 136; Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri, § 226). Anayasa Mahkemesinin görevi, bir suç isnadı sebebiyle adaletin sağlanması meşru amacına yönelik olarak neyin en uygun tedbir veya önlem olduğunu değerlendirmek değil bireysel başvuruya konu müdahalenin (somut olayda tutuklama tedbirinin) Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Bu bağlamda yürütülen soruşturmalarda uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar da dâhil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerekir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 268).

77. Öncelikle terör suçlarının soruşturulması, kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri, § 214).

78. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖPDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike (bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 15-19, 26), darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında ülke genelinde binlerce kişi tarafından icra edilen suç oluşturabilecek nitelikteki on binlerce eylemin aynı anda işlenmesi, bunun yanı sıra çoğunluğu önemli yerlerde kamu görevlisi olan on binlerce şüpheli hakkında doğrudan darbeye ilişkili olmasa da FETÖPDY'ye mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 271).

79. Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmasa bile teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖPDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenen suçlara göre çok daha fazladır. Diğer taraftan FETÖPDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliye aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 272).

80. Somut olayda başvuru hakkında verilen tutuklama kararında tutuklama nedeni olarak öncelikle isnat edilen suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği tutuklama nedeni varsayılabilen suçlar arasında olmasına dayanılmış, ayrıca suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğu belirtilmiş ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değinilmiştir. Son olarak hâkim olarak görev yapmakta olan başvuru sahibinin serbest bırakılması hâlinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunabileceğine işaret edilmiştir (bkz. § 28). Tutukluluğa yönelik itirazın reddi kararında ise tutuklama nedenleri açıklanırken soruşturma konusu olayla ilgili delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, darbe teşebbüsüne ilişkin ülke genelinde elde edilen deliller ile dijital veriler üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılmadığı belirtilerek bu aşamada delillerin karartılmasını ve kaçma şüphesini engellemek için adli kontrolün yetersiz kalacağı ifade edilmiştir (bkz. § 29).

81. Bu itibarla başvuru hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Bursa 4. ve 5. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından verilen kararların içerikleri birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının yanı sıra kaçma ve delilleri etkileme tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

82. Ayrıca hâkim olarak görev yapmakta olan başvurunun HSYK tarafından 1082016 tarihinde görevden uzaklaştırıldıktan hemen sonra Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yazılan yazı üzerine Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmada 1182016 tarihinde gözaltına alınması ve 1282016 tarihinde tutuklanması karşısında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak gerekli olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

83. Açıklanan nedenlerle başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

84. Buna göre başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama yoluyla yapılan müdahalenin, bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

VI. HÜKÜM

A. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA 26/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ
BİRİNCİ BÖLÜM**

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

SEMİH ÖZAKÇA ve NURİYE GÜLMEN BAŞVURUSU
(Başvuru Numarası: 2017/27678)
Karar Tarihi: 28/6/2017

BİRİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

Başkan	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	Nuri NECİPOĞLU Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	Mustafa Eyyub DEMİRBAŞ
Başvurucular	1. Semih ÖZAKÇA 2. Nuriye GÜLMEN
Vekiller	Av. Duygu DEMİREL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hayati tehlike riski içeren bir sağlık sorunu bulunduğu hâlde ceza infaz kurumunda tutulmanın yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

2. Başvurucular, haklarında uygulanan tutukluluk kararının kaldırılarak tedbiren tahliyelerine karar verilmesini talep etmektedirler.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 22/6/2016 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır.

4. 2017/27680 başvuru sırasına kayıtlı başvuru Nuriye GÜLMEN adına yapılan başvurunun fiili ve hukuki irtibat nedeniyle işbu dosya ile birleştirilmesine karar verilmiş ve her iki başvuru 2017/27678 başvuru numaralı dosya üzerinden yürütülmüştür.

5. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, başvuru sahiplerinin tedbir taleplerinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölümüne gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formunda ifade edildiği şekliyle ve ilgili kamu makamlarından alınan bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan, öğretmen olan Semih ÖZAKÇA:

26/10/2016 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, 23/11/2016 tarihinden itibaren kamu görevine iadesini temin amacıyla oturma eylemine, 9/3/2017 tarihinden itibaren de açlık grevine başlamış, tutuklandığı 23/5/2017 tarihine kadar 17 kez gözaltına alınmış ve adli kontrol tedbirleri ile salıverilmiş, 23/5/2017 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2017/455 Sorgu sayılı kararı ile tutuklanmış, hakkındaki tahliye talebi Ankara 20. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/6/2017 ve 2017/155 D. İş sayılı kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Yargılama Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinin 2017/137 Esas sayılı dosyasında derdesttir.

8. Başvuruculardan akademisyen olan Nuriye GÜLMEN;

3/10/2016 tarihinde açığa alınmış, 6/1/2017 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 679 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, 9/3/2017 tarihinden itibaren açlık grevine başlamış, tutuklandığı 23/5/2017 tarihine kadar 28 kez gözaltına alınmış ve adli kontrol tedbirleri ile salıverilmiş, 23/5/2017 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2017/455 Sorgu sayılı kararı ile

tutuklanmış, hakkındaki tahliye talebi Ankara 20. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/6/2017 ve 2017/155 D. İş sayılı kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Yargılama Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinin 2017/137 Esas sayılı dosyasında derdesttir.

9. Başvuru tarihi olan 22/6/2017 tarihi itibarıyla açlık grevinin 105. gününü geçirdikleri ve başvuru Semih ÖZAKÇA'nın 24 kilo; başvuru Nuriye GÜLMEN'in 12 kg kaybettiği iddia edilmiştir. Ayrıca başvurucular; tansiyon ve nabızda düşme, baş ağrısı, midede yanma, kas ağrıları, yürümeye güçlük, ağız içi yarası, ışığa ve sese hassasiyet yaşadıklarını belirterek tutukluluk hâllerinin hayati risk oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.

10. Başvuru Semih ÖZAKÇA Ankara Tabip Odası İnsan Hakları Komisyonu tarafından tanzim edilen 14/6/2017 tarihli raporu ibraz etmiş ve rapor içeriğine göre başvuru Semih ÖZAKÇA'nın Ceza İnfaz Kurumunda bulunmasının yaşam süresini kısaltıcı bir etkisinin bulunduğu saptaması yapılmıştır.

11. Başvurucular, kalıcı sakatlık ve ölüm tehlikesi altında olduklarını, tutukluluk hâllerinin tedbiren sonlandırılarak derhal salıverilmelerini talep etmişlerdir.

12. Anayasa Mahkemesi, başvurucular tarafından sunulan bilgilerin tedbir talebini sağlıklı bir şekilde karara bağlamaya yeterli nitelikte olmadığını gözeterek -benzer olaylarda takip ettiği usule uygun olarak- başvurucuların tutuklu olarak bulundukları, başvuru Semih ÖZAKÇA için Sincan 1 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumuna, başvuru Nuriye GÜLMEN için Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne 22/6/2017 tarihli müzekkere ile (sürelili) *“başvurucular hakkında sağlık durumu nedeniyle Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacakları hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen raporlar bulunup bulunmadığı, ya da bu amaçla Adli Tıp Kurumuna sevklerinin yapıp yapılmadığı, ayrıca başvurucuların bu amaçla sevk ile ilgili bir taleplerin olup olmadığı, başvurucuların tutuklu bulundukları tarihten itibaren Ceza İnfaz Kurumunda hangi sağlık şikâyeti nedeniyle hangi sağlık biriminde muayene edildikleri, hangi sağlık kurumuna sevk edildikleri, tedavi ve takip süreçlerinin nasıl devam ettiği hususunun varsa belgeleri ile ve kronolojik olarak bildirilmesinin istendiği, başvurucuların tutulma koşullarının nasıl olduğu ve acil sağlık hizmetlerinden faydalanma imkânları bulunup bulunmadığı”* hususlarında bilgi ve belge talebinde bulunmuştur.

13. Ceza İnfaz Kurumu 23/6/2017 tarihli ve 2017/5694 sayılı yazısı ile verdiği cevapta başvuru Semih ÖZAKÇA'nın ceza infaz kurumunda tutulup tutulmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen bir rapor bulunmadığı belirtilmiş olmakla beraber Adli Tıp Kurumuna sevkini yapılabilmesi hususunda Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kuruluna sevkini temini için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazıldığı belirtilmiştir. Ancak başvuru Semih ÖZAKÇA'nın Adli Tıp Kurumuna sevk konusunda bir talebinin olmadığı da iletilmiştir. Başvuru Semih ÖZAKÇA'nın Kurum Aile Hekimliği tarafından muayenesinin yapılmaya çalışıldığı ancak başvuru Semih ÖZAKÇA'nın 31/5/2017 tarihinde Kuruma verdiği dilekçe ile Kurumun Aile Hekimi ve sağlık personeli tarafından yapılacak ölçümleri ve kontrolleri reddettiğini, Ankara Tabipler Odası tarafından görevlendirilecek kişiler dışında kimsenin tedavisini kabul etmeyeceğini belirtmiştir.

14. Başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın kan şekeri, tansiyon, nabız, ateş ve kilo ölçümü işlemlerini reddetmesi üzerine her defasında tutanaklar tutulmuş ve Kurum tarafından Mahkememize gönderilmiştir. Kurum Aile Hekimliği tarafından B1 (Thiamin) 100 mg vitamin tableti yazıldığı ve başvurucu Semih ÖZAKÇA'ya her gün 1 adet teslim edildiği belirtilmiştir. Ayrıca BENEXOL B12 isimli ilacın haftada 1 kullanılması önerisi yapılmıştır. Kurum tarafından Kurum Aile Hekimliğinin raporuna uygun olarak başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın tüketmesi amacıyla akide şekeri alınmış ve talep doğrultusunda başvurucu Semih ÖZAKÇA'ya teslim edilmiştir. Akide şekeri teslimi başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın talebi üzerine 22/6/2017 tarihinde 3. kez yapılmıştır. Başvurucu Semih ÖZAKÇA, Ankara Ceza İnfaz Kurumu Kampüs Devlet Hastanesine sevk edilmek istenmiş ancak tedaviyi ve hastaneye sevkı reddetmiştir. Kurumun cevabi yazısında anlaşıldığı üzere Kurum Yerleşkesinde Devlet Hastanesi bulunmaktadır ve Hastanenin 24 saat hizmet veren acil servis birimi mevcuttur. Ayrıca hasta sevkleri için kurum bünyesinde tam teşekküllü bir ambulans ekibi de görevlendirilmiştir. Ceza İnfaz Kurumu cevabi yazısında ayrıca açlık grevi eylemini sürdüren başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın odadayken gelişebilecek ani olumsuzlukları bildirmesi ve yalnız kalmasını önlemek için bir başka tutukluyu başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın yanına yerleştirildiğini bildirmiş ve Kurum bu hususlarla ilgili tutanak ve belgeleri de yazısı ekinde Mahkememize göndermiştir.

15. Ceza İnfaz Kurumu 23/6/2017 tarihli ve 2017/5694 sayılı yazısı ile verdiği cevapta başvurucu Nuriye GÜLMEN'in Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen bir rapor bulunmadığı belirtilmiş olmakla beraber Adli Tıp Kurumuna sevkı için resen işlemlere başlandığı belirtilmiştir. Ancak başvurucu Nuriye GÜLMEN'in Adli Tıp Kurumuna sevk konusunda bir talebinin olmadığı da iletilmiştir.

16. Kurumun cevabi yazısına göre başvurucu Nuriye GÜLMEN Kurum Aile Hekimi tarafından muayene edilmiş ve kullanması için B1 vitamini kendisine teslim edilmiş, açlık grevini bırakması konusundaki telkinlere rağmen açlık grevine devam ettiği bildirilmiştir. Başvurucu Nuriye GÜLMEN'in tansiyon, nabız, kilo kontrolü rutin olarak yapılmış; 29/5/2017 tarihli rutin kontrolde Kardiyoloji Polikliniğine sevkı uygun görülmüş, başvurucu Nuriye GÜLMEN 30/5/2017 tarihinde polikliniğe sevkı kabul etmemiş ancak bu konuda istenmesine rağmen yazılı bir beyan da vermemiştir.

17. Kurumun Nuriye GÜLMEN için verdiği cevabi yazıdan anlaşıldığı üzere Kurum Yerleşkesinde Devlet Hastanesi bulunmaktadır ve Hastanenin 24 saat hizmet veren acil servis birimi mevcuttur. Ayrıca hasta sevkleri için kurum bünyesinde tam teşekküllü bir ambulans ekibi de görevlendirilmiştir. Bu hususlarla ilgili tutanak ve belgeleri de yazısı ekinde Mahkememize göndermiştir.

B. İlgili Hukuk

18. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Tutukluların Yükümlülükleri" kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun; ... hastalık nedeniyle nakil, ... muayene ve tedavi istekleri, ... muayene ve tedavileri, ... sağlık denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hâli, ... konularında 9, 16, 21, 22, 26 ilâ 28, 34 ilâ 53, 55 ilâ 62, 66 ilâ 76 ve 78 ilâ 88 inci

maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

19. 5275 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri şöyledir:

“Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi Madde 16-

(1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrafta yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkrafta yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) (Ek: 24/1/2013-6411/3 md.) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrafta öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.

(6) (Ek: 24/1/2013-6411/3 md.) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkrafta belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.

Hastalık nedeniyle nakil; Madde 57-

(1) Hastaneye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesinin hükümlü koğuşuna yatırılır.

(2) Bu hastanelere gönderilen hükümlülerin başka yerlerdeki hastanelere sevki, sağlık kurulu raporuyla, acil ve yaşamsal tehlikesi bulunması hâlinde, varsa biri hastalığın uzmanı olmak üzere iki uzman hekim tarafından verilip, başhekim tarafından onaylanan ve hastalığın sebebi, tedavinin hangi sebeple bulunduğu hastanede gerçekleştirilemediği, hastaya nerede ve ne tür bir tedavi gerektiğini açıkça belirten bir raporla mümkündür. Bu durumda da en yakın ve hükümlü koğuşu bulunan Devlet veya üniversite hastaneleri tercih edilir.

(3) Hükümlünün bu hastanelerde kontrol ve tedavisinin devam edip etmeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi gerekir; aksi hâlde hükümlü ait olduğu kuruma iade edilir.

(4) Hükümlü, acil hâller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez. Acil hâllerin varlığı hâlinde Adalet Bakanlığına bilgi verilir.

(5) Hükümlü, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakledilebilir.

Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri; Madde 71-

(1) Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koğuşlarında tedavi ettirilir.

Hükümlünün muayene ve tedavisi; Madde 78-

(1) Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, hükümlünün acil veya olağan muayene ve tedavisi kurumun hekimi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır.

(2) Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler.

Hastaneye sevk; Madde 80-

(1) Hükümlünün sağlık nedeniyle hastaneye sevkine gerek duyulduğunda durum, kurum hekimi tarafından derhâl bir raporla ceza infaz kurumu yönetimine bildirilir.

İnfazı engelleyecek hastalık hâli; Madde 81-

(1) Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir.”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Başvuru evrakı incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvuruların İddiaları

21. Başvurucular, açlık grevi nedeniyle sağlık sorunları yaşadıklarını belirtmişler, haklarında uygulanan tutukluluk kararının kaldırılarak tedbiren tahliyelerine karar verilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün

“Tedbir kararı” başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılmaması hâlinde Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

23. Başvurucular, ceza infaz kurumunda tutulmalarının yaşamları bakımından tehlike oluşturduğunu belirterek derhâl tahliyelerine karar verilmesini talep etmektedirler.

24. Başvurucuların sağlık durumlarının Ceza İnfaz Kurumunda tutulmaya başlandıkları günden itibaren takip edildiği, tedavi ve kontrol amacıyla Ceza İnfaz Kurumu Devlet Hastanesine sevklerinin yapılmasının planlandığı ancak başvurucular tarafından bu taleplerin reddedildiği, Ceza İnfaz Kurumu Aile Hekimliği tarafından gözlemin yapıldığı ve başvurucuların takibinin yapılmakta olduğu, ayrıca acil durumlar için her türlü tedbirin hazır bulundurulduğu, başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacakları konusunda alınacak rapor için Adli Tıp Kurumuna sevk süreçlerinin başlatıldığı görülmektedir.

25. Başvurucuların sağlık durumlarına ilişkin şikâyetlerinin dikkate alınarak sağlık kuruluşlarına sevklerinin sağlandığı, ayrıca Ceza İnfaz Kurumu bünyesinde bir Devlet Hastanesinin bulunduğu görülmektedir. Dosya kapsamında yer alan ve Ceza İnfaz Kurumu tarafından sunulan bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, sürekli olarak sağlık hizmetleri sağlanan başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulmalarının yaşamlarına, maddi veya manevi bütünlüklerine yönelik bir tehlike oluşturduğuna dair derhal tedbir kararı verilmesini gerektirir bir durum bulunmadığı anlaşılmıştır.

26. Açıklanan nedenlerle bu aşamada başvurucuların tedbir taleplerinin reddine dair karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların tahliyeye yönelik tedbir taleplerinin **REDDİNE**,

B. Başvurucuların sağlık durumlarına uygun ve fiziksel hâlleriyile uyumlu koşullarda tutulmaları için gerekli önlemlerin Ceza İnfaz Kurumları tarafından alınmasına,

C. Başvuru kapsamında yeni gelişmeler olması hâlinde tedbir hususunun resen yeniden değerlendirilebileceğine ve başvurucuların her aşamada yeniden tedbir talebinde bulunabileceklerine,

D. Kararın bir örneğinin başvurucular vekiline, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ve ilgili Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüklerine tebliğine,

28/6/2017 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ
BİRİNCİ BÖLÜM**

KARAR

K. Ü. BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2015/7181)

Karar Tarihi : 6/7/2017

BİRİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	Serruh KALELİ Nuri NECİPOĞLU Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	Fatih ALKAN
Başvurucular	K. Ü.
Vekiller	Av. Şahin POLAT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ahlaki durum gerekçe gösterilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ayırma işlemi tesis edilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/4/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Kurmay albay rütbesinde olan başvurucu, Güney Kore Askerî Ataşeliği emrinde kara ataşesi olarak 1/8/2007-19/8/2009 tarihleri arasında görev yapmıştır. Bu dönemde gerçekleştiği iddia edilen bir olaya ilişkin olarak "Kur. Alb. K.Ü. Güney Kore Askerî Ataşesi olarak görev yaparken Türk dostu Koreli sekretere tecavüze yeltenmiş" başlıklı ses kaydı 9/1/2013 tarihinde bir İnternet sitesinde yayımlanmıştır. Ayrıca söz konusu ses kaydının yayımlandığına dair "Kur. Alb. K.Ü.den Diplomatik Skandal" konu başlıklı isimsiz bir e-posta Genelkurmay Başkanlığına gönderilmiştir.

9. İnternet'te yayımlanan bu ses kaydı hakkında Genelkurmay İstihbarat Dairesi Başkanlığınca bir idari tahkikat heyeti oluşturulmuştur. Tahkikat heyeti, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığından ses kaydında herhangi bir manipölasyon yapıp yapılmadığının tespit edilmesini talep etmiştir. Ayrıca heyet tarafından, ses kaydında gerçekleştiği iddia edilen konuyla ilgili olarak başvurunun ifadesi alınmıştır. Heyet, Güney Kore Askerî Ataşeliğine de giderek başvuru ile birlikte görev yapan Ataşelik personelinin ifadesine başvurmuştur.

10. 1/3/2013 tarihli uzmanlık raporunun "Kurgu ve Manipölasyon İncelemesi" başlıklı kısmında yer alan 1.6.2.2.4. numaralı açıklamada "Kaydın 0:47:72'de (dak:sn:sl.) kesintiye uğradığı, söz konusu kesintinin anlamsal bütünlüğü etkilemediği kanaatine varılmıştır." şeklinde bir değerlendirmede bulunulmuştur. Raporun sonuç kısmında ise ses kaydında yer alan konuşmalar üzerinde anlam bütünlüğünü bozmak amacıyla kelimelerin yerlerini değiştirerek farklı anlamlar üretmek, farklı sesler eklemek veya çıkarmak gibi herhangi bir manipölasyon yapılmadığı belirtilmiştir.

11. İdari tahkikat heyeti tarafından hazırlanan 16/4/2013 tarihli raporda, ses kaydındaki kişinin Askerî Ataşelikte mütercim olarak görev yapan Güney Kore vatandaşı bir kadın olduğu belirtilmiştir. Ses kaydında, başvuru tarafından eve davet edilen söz konusu kişiye karşı başvurunun cinsel saldırı teşebbüsünde bulunduğu ilişkin anlatımların olduğu aktarılmıştır. Raporda, 2009 yılı Ağustos ayında meydana geldiği iddia edilen olayla ilgili olarak ifadeleri alınan kişilerce anılan olayın gerçekleştiğine yönelik beyanlar verildiği ve başvuru tarafından konunun kapatılması amacıyla girişimde bulunulduğu belirtilmiştir. Raporun sonuç kısmında, bahse konu olayın gerçekleştiği kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.

12. Başvurucu hakkında yürütülen idari tahkikat sonucunda, TSK'nın itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle başvuru hakkında ayırma sicil belgesi düzenlenmiştir.

13. 27/12/1998 tarihli ve 23566 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Subay Sicil Yönetmeliği'nin (Sicil Yönetmeliği) işlem tarihinde yürürlükte olan 91. ve 92. maddeleri gereğince Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde oluşturulan Komisyon 13/6/2013 tarihli kararı ile başvuru hakkında ayırma işlemi yapılmasının Kara Kuvvetleri Komutanının tasvibine sunulmasına karar vermiştir. Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından tasvip edilen ayırma kararının 7/8/2013 tarihinde Millî Savunma Bakanı tarafından onaylanması ile ayırma süreci tamamlanmıştır.

14. Başvurucu, ahlaki yönden kınanmayı gerektiren veya TSK disiplinine aykırı bir davranışının bulunmadığını, TSK'yı yıpratma amacı taşıyan ve İnternet ortamında kim tarafından yayımlandığı belli olmayan ses kaydında yer alan anlatımların gerçek olmadığını ve kaydın hukuka aykırı yöntemlerle oluşturulduğunu belirterek ayırma işleminin iptali talebiyle Millî Savunma Bakanlığı aleyhine Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) 11/9/2013 tarihinde dava açmıştır. Sunduğu dava dilekçesinde başvuru, 2013 yılında servis edilen ve 2009 yılına ait olan ses kaydının hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu, bu nedenle ayırma işlemine dayanak olarak alınamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucu, takdirlerle dolu başarılı bir mesleki sicile sahip olmasına ve Güney Kore'deki olumlu çalışmaları nedeniyle Güney Kore Cumhuriyeti tarafından Millî Güvenlik Liyakat Madalyası ile onurlandırılmasına rağmen bu durumun dikkate alınmadığını belirtmiştir.

15. AYİM Başsavcılığı, dava konusu işlemin iptali yönünde görüş sunmuştur. Başsavcılığın 14/4/2014 tarihli düşünce yazısında, tahkikat kapsamında dinlenen tanıkların görgüye dayalı bilgilerinin olmadığı, tanıklar tarafından çıkarım ve kanaat bildirmekten öte somut bir bilgi sunulmadığı, başvuru hakkında şikâyetçi olunmadığı, işleme esas alınan ses kaydının hukuka aykırı şekilde ele geçirildiği ve dört yıl gibi bir süre geçtikten sonra tesis edilen işlemin ölçülü olmadığı belirtilmiştir.

16. AYİM Birinci Dairesinin 21/10/2014 tarihli ve E.2013/943, K.2014/949 sayılı kararıyla dava reddedilmiştir. Kararda, başvurunun geçmiş dönemdeki sicil, taltif ve disiplin kayıtları incelendiğinde ayırma işlemini gerektirecek ölçüde bir disiplinsizliğinin bulunmadığı gibi başarılı bir personel olduğu ancak İnternet ortamında yayımlanan ses kaydı üzerine olayın araştırılması neticesinde kayıta yer alan anlatımların doğru olduğu kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir. AYİM tarafından, olay

hakkında mağdur kişi dışında doğrudan doğruya bilgi verebilecek bir görgü tanığının olmadığı, mağdurun beyanlarına itibar etmemeyi gerektirecek somut bir vakıa ve delilin de bulunmadığı belirtilmiştir. Kararda, mağdur kişinin şikâyetçi olması durumunda diplomatik bir krizin meydana geleceği, başvurunun eylemlerinin İnternet vasıtasıyla kamuoyuna yansımaları nedeniyle TSK'nın toplum nazarındaki itibarının sarsıldığı, bu tür davranışların askerî disiplin üzerinde tahribat oluşturduğu ve başvurunun subay statüsünde kamu görevlisi olma nitelik ve yeterliliğini kaybettiği şeklinde değerlendirmeler yer almıştır.

17. Karara katılmayan iki mahkeme üyesi tarafından kaleme alınan karşıoy yazısında ise hangi tarihte, nasıl bir usulde ve şekilde, hangi amaçlarla kaydedildiği belli olmayan -bir kez kesinti yapıldığı anlaşılan- ve İnternet ortamında yayımlanan ses kaydının hukuka aykırı olarak elde edildiği belirtilmiştir. Ayrıca mağdur, kişinin tek taraflı açıklamalarının somut bulgu ve delillerle desteklenmediği vurgulanmıştır. Karşıoy yazısında, tanık sıfatıyla ifade veren personelin soyut nitelikteki çıkarımlarından ibaret anlatımlarına itibar edilerek başvurunun Türkiye'ye dönmesinden dört yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra ve hakkında herhangi bir adli soruşturma ve kovuşturma olmaksızın tesis edilen ayırma işleminin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.

18. Karar düzeltme talebi, aynı Dairenin 17/3/2015 tarihli ve E.2015/206, K.2015/274 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

19. Nihai karar 1/4/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş ve 30/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

20. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında TSK'da görev yapan askerî personel hakkında ahlaki nedenlerle ayırma işlemi tesis edilmesine dayanak oluşturan mevzuata (G.G. [GK], B. No: 2014/16701, 13/10/2016, §§ 23-30) ve benzer durumlara ilişkin uluslararası hukuka (Yaşar Türkmen, B. No: 2014/5418, 15/2/2017, §§ 26-33) yer vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 6/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu, nasıl ve kim tarafından kaydedilip paylaşıldığı belli olmayan, bilgisi dışında yayımlanan ses kayıtlarının yasa dışı yollarla elde edilmiş delil niteliğinde olmasına rağmen hakkındaki idari tahkikat sürecinde ve AYİM tarafından yürütülen yargılamada delil olarak kabul edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca ses kaydının manipüle edilmiş olması ihtimalinin mevcut olduğunu, tahkikat kapsamında alınan tanık ifadelerinin görgüye dayalı olmadığını ve gerçekleştiği iddia edilen olaydan dört yıl sonra yapılan tahkikat sonucunda hukuka aykırı ve gerçek olmayan delillere

dayanılarak ayırma işlemine tabi tutulduğunu belirtmiştir. Başvurucu, TSK'da görev yaptığı sürede çok sayıda takdirname ile ödüllendirildiğini, herhangi bir disiplin cezasının bulunmadığını, sicillerinin çok iyi derecede olduğunu, ayırma işleminin ölçüsüz olduğunu ve masumiyet karinesini zedelediğini ayrıca AYİM kararının gerekçesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenlerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş, yeniden yargılama yapılmasına ve 200.000 TL tazminat verilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

23. Başvurucu, mahrem alanına ilişkin bilgiler içeren başvuru hakkında verilecek kararın yayımlanması söz konusu olabileceğinden kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Gizlilik Talebi Yönünden

24. Somut olayın koşulları dikkate alındığında başvurunun şeref ve itibarının korunması bakımından haklı nedenler bulunduğu anlaşıldığından kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

25. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

26. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurunun iddialarının niteliğine uygun şekilde özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

3. Esas Yönünden

27. İddianın değerlendirilmesine dayanak alınacak Anayasa'nın 20. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

28. Mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanması ve bunun doğurduğu idari sonuçlar, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturmaktadır (Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 37; Bülent Polat, [G.K.], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 63; Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 33; G.G., § 43).

29. Buna göre başvurunun özel hayatına ait unsurlar gerekçe gösterilerek TSK'dan ilişkisinin kesilmesi işleminin, özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır.

30. Anılan müdahalenin ihlal oluşturmaması için Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ve somut başvuruya uygun düşen "kanunlar tarafından öngörülme", "Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma", "demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama" ölçütlerine uygun olması gerekir.

31. Ayırma işlemine dayanak teşkil eden mevzuat hükümleri dikkate alındığında müdahalenin kanunlar tarafından öngörülme ölçütüne uygun olduğu (Ata Türkeri, § 39; G.G., §§ 48-50), askerî disiplinin ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesinin sağlanması, bu itibarla millî güvenliğin korunması şeklinde meşru amaç taşıdığı (Ata Türkeri, §§ 40-41; G.G., §§ 51-53; Yaşar Türkmen, §§ 50-58) anlaşılmaktadır.

32. Tesis edilen disiplin işlemlerinde ve bu işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı mahkeme kararlarında, bireylerin özel hayatlarına ilişkin tutum ve eylemlerinin mesleki hayatları üzerindeki etkilerinin açıklanması, kamu hizmeti sunan ilgili kurumların işleyişi üzerindeki etkilerinin ve risklerinin ortaya konulması ve bu hususlardaki değerlendirmelerin adil bir yargılama yapılarak yeterli ve ikna edici gerekçelerle desteklenmesi ayrıca tesis edilen işlemlerin bireylerin geçmiş mesleki sicilleri ve başarı durumları dikkate alınarak ölçülülük yönünden irdelenmesi gerekir (G.G., § 60).

33. Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte hakkındaki tahkikat sonucunda TSK'dan ayırma işlemi tesis edilmesinin başvurunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğu, bu nedenle ayırma işleminin daha önemli hâle geldiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir mahiyetinde olması, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olması gerekir (G.G., § 66).

34. Başvuruya konu olan AYİM'in 21/10/2014 tarihli ret kararında, ayırma işlemine dayanak olarak kullanılan delillerin hukuka aykırı olduğuna ilişkin iddia hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı, olay tarihinden üç yıl altı aya yakın bir süre sonra İnternet sitesinden kim tarafından yüklendiği bilinmeyen bir ses kaydının yayımlanması üzerine başlatılan tahkikat neticesinde hazırlanan raporun görgüye dayalı olmayan ifadelerle dayandırıldığı ve ses kaydında manipülasyon yapıldığı iddialarına ilişkin olarak başvurunun iddialarını karşılamaya yetecek düzeyde araştırma yapılmadığı görülmektedir. Kararda ayrıca takdir yetkisinin kullanımında amaç edinilen kamu yararının başvuru hakkında daha hafif bir disiplin cezası ile sağlanabilip sağlanamayacağının tartışılmadığı, başarılı bir personel olan başvurunun mesleki geçmişinde hiçbir disiplin cezası yok iken disiplin yönünden ilk defa yaşanan bir olay nedeniyle en üst düzeyde yaptırım uygulanmasının ve başvurunun kamu görevlisi olma nitelik ve yeterliliğini kaybettiği sonucuna ulaşılmasının gerekçelerinin tam olarak ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır.

35. Öte yandan karşıoy gerekçesinde belirtildiği gibi Güney Kore'deki görevinden döndükten uzun bir süre sonra hangi tarihte, hangi amaçla ve hangi usulle kaydedildiği belirli olmayan ses kayıtlarına dayanılarak başlatılan tahkikat neticesinde TSK'dan

ilişği kesilen başvuru hakkında verilen AYİM kararının somut bulgu ve delillerle desteklenmediği görülmektedir. Ayrıca AYİM kararında her ne kadar başvurucuya isnat edilen eylemin diplomatik bir krize yol açabileceği ve İnternet vasıtasıyla kamuoyuna yansımalarıyla TSK'nın toplum nazarındaki itibarının sarsıldığı belirtilmişse de doğrulanamayan ses kayıtlarına dayanılarak söz konusu eylem nedeniyle hakkında adli bir soruşturma dahi bulunmayan başvurucuya bu yönde yüklenen sorumluluğun gözetilen amaç yönünden ölçülü olmadığı değerlendirilmektedir.

36. Açıklanan nedenlerle başvuru Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

37. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

38. Başvuru, yeniden yargılama yapılmasına ve 200.000 TL manevi tazminat verilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

39. Başvuruda, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

40. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu karardan bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

41. Başvuru tazminat talep etmişse de yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili idari yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvuru tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

42. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurusunun kimliğinin gizli tutulması talebinin **KABULÜNE,**

B. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

C. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

D. Kararın bir örneğinin özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere -Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile getirilen geçici 21. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmış olduğundan anılan bendin (b) alt bendi gereğince- **YETKİLİ İDARİ YARGI MERCİİNE GÖNDERİLMESİNE** (Karar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesinin E.2013/943, K.2014/949 sayılı dosyasıyla ilgilidir).

E. Başvurusunun tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

F. 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,**

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurusunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal **FAİZ UYGULANMASINA,**

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına **GÖNDERİLMESİNE** 6/7/2017 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

Notlar



Adana Barosu Adliye Sarayı Kat : 6 P.K. 01120 Seyhan/ADANA
Tel : 0322 351 21 21 Fax : 0322 359 44 26
www.adanabarusu.org.tr / adanabarusu@adanabarusu.org.tr