



ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Sermaye Piyasası Araçlarının
Kaydileştirilmesi

Yard.Doç.Dr.Hasan Seçkin
OZANOĞLU

Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin
11.Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine

Mustafa Sencer Kara –
Av. Mustafa Yaşar Demircioğlu

Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı

Yrd. Doç. Dr. Gül EFEM

Hukuki Açıdan Rekabet Etiği

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN

Tahliye Öncesi Ve Sonrası Hükümlüye Ve
Eski Hükümlüye Yardım

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ –

İddia Ve Savunma Hakkı

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN

Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ

Memur Yargılamasında İdari Süreç

Dr. Elif Sibel
PÜRSÜNLERLİ

Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı
İşlemler:Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın
Rolü Ve Etkinliği

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Sahibi :

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editor :

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

Yayın Kurulu :

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN

Yayın Yönetmeni :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda iki defa yayınlanır

Journal of The Faculty of Law of Gazi University

Owner :

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editor :

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

Editorial Board :

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Yrd.Doç. Dr. Alim TAŞKIN

Publishing Manager:

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

This Journal published two times a year

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

10.Cadde, 81.Sokak No:51

06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE

Hakem Heyeti:

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER

Prof. Dr. Atilla ALTOP

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Halil CİN

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ

Prof. Dr. Sacit ÖNEN

Prof. Dr. Atilla ÖZER

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

(Kültür Üniversitesi)

(Kültür Üniversitesi)

(Marmara Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(İstanbul Üniversitesi)

(Çağ Üniversitesi)

(Ankara Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Ankara Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Dokuz Eylül Üniversitesi)

(Akdeniz Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Çankaya Üniversitesi)

(Selçuk Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Ankara Üniversitesi)

(Gazi Üniversitesi)

(Marmara Üniversitesi)

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK		
Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi	1 - 19
Yard. Doç.Dr.Hasan Seçkin OZANOĞLU	Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin II..Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine	20 - 35
Sencer KARA – Av. Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU	Baro Hakem Kurullarının Anayasal Dayanağı	36 - 72
Yrd. Doç. Dr. Gül EFEM	Hukuki Açıdan Rekabet Etiği	73 -83
KAMU HUKUKU		
Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ – Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN	İddia ve Savunma Hakkı	84 - 111
Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Tahliye Öncesi Ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım	112 - 143
Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ	Memur Yargılamasında İdari Süreç	144 -209
Dr. Elif Sibel PÜRSÜNLERLİ	Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı İşlemler:Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın Rolü Ve Etkinliği	210 -221

SERMA YE PİYASASI ARAÇLARININ

KAYDİLEŞTİRİLMESİ

REGISTRATION OF THE SECURITIES

Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal*

ÖZET

Türk hukukunda menkul kıymetler kıymetli evrak niteliğine haiz evraklardır. Bunların iktisabı ve devri kıymetli evrak hükümlerine tabidir. Ancak Sermaye Piyasası araçlarının alım satımı ile ilgili işlem sayısının çokluğu, saklama hizmetlerinin zorluğu ve masrafları karşısında kaydi sistem bir zorunluluk olarak ortaya çıkmakta ve kıymetli evraka ilişkin hükümler göz ardı edilmektedir. Kaydi sistemde kıymetli evrak niteliğine haiz senetler fiziken basılmamakta, buna karşılık merkezi kayıt kuruluğu nezdinde kaydi tutularak, bu kayıtlar üzerinde takip edilmekte ve bu kayıtlarla devre konu olduğu gibi, senet üzerinde olması gereken hak, bu kayıtlarla dermeyeran edilmektedir. 4487 sayılı Kanunla ise sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesini kanun hükmü haline getirilmiştir (SPK.m.10/A). Böyle bir hüküm kanunlaştırma tekniği açısından sakıncalıdır. SPK.'nın menkul kıymet tarifi ile çelişmekte ve bu tarifle SPK.m.10/A hükmünün nasıl bağdaştırılacağı anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan bu hüküm Ticaret Kanunun özellikle anonim ortaklıkların çıkaracakları hisse senetlerine ve tahvillere ilişkin hükümlerindeki, rehin, intifa ve haciz gibi temel hukuki işlemlerine de tezat teşkil ettiği gibi, hamiline ve nama yazılı hisse senetlerinin devrine ilişkin TK.m.416 ve 417 hükümleriyle kıymetli evrak tanımı veren TK.m.557 hükmüyle de çelişmektedir. Bir tebliğ hükmüyle söz konusu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmesi de hem hukuki mesnetten uzak hem de geçersizdir.

* Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

SUMMARY

Securities are negotiable instruments according to the Turkish Law. The acquire and transfer of these are subject to the negotiable instruments provisions. But, because of the large number of transactions relating to the sale and purchase of the securities, keeping services and cost difficulties, the registration system becomes an obligation and the provisions about the negotiable instruments are disregarded. In registration system, the share in the form of valuable documents are not physically issued, but, are registered in a central registration agency and monitored by this agency; and they are subject to transfer in terms of these registers as well as the rights on the shares are transferred on these registers. Code No.4487 has determined a provision for registering securities (CMA.a. 10/A). Drafting such a provision is undesirable in terms of legislation technique. This provision conflicts with the CMA's definition of the security and it is not understood how to reconcile this provision with the article 10/A of the CMA. On the other hand, this provision opposes to the transactions in the provisions of the Commercial Act, such as pledge, usufruct and bankruptcy, especially within the provisions relating to the issuance of bonds and shares by the joint stock partnerships; it also conflicts with the articles 416 and 417 on transfer of the shares written in the name or for the holder, and Article 557 giving description of the valuable documents, of the Commercial Code. It is legally baseless and not acceptable to state that the aforementioned Law Articles shall not be applied.

Anahtar kelimeler

Kaydi sistem, sermaye piyasası araçları,

Registration system, securities

SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİ

I. Kaydi Sistem ve Türk Hukukundaki Yeri

Türk doktrininde hâkim olan görüş¹; menkul kıymetlerin kıymetli evrakın kendine has özellikleri olan bir grubunu teşkil ettiğidir. Mülga kanunî tarifte böyle bir açıklık olmamasına rağmen yeni kanunî tarif, bu hususu açıkça hükme bağlamıştır. Menkul kıymetlerin taraflara sağladığı hak ve yükümlülüklerle, bunların ziyai ve iptali gibi konularda Sermaye Piyasası Kanununda hüküm olmaması ve yeni ihdas edilen ve edilecek belgelerin de bu tür düzenlemelerden yoksun olması sebepleriyle, Türk Hukukunda menkul kıymetlere kıymetli evrak özelliğinin tanınması kaçınılmaz olmuştur. Böylece, menkul kıymetlerin kıymetli evrak vasfı tartışma dışında kalmıştır.

Anglo Sakson hukukunda mevcut olan "senetsiz menkul kıymet" ve Kara Avrupa hukukunda "senetsiz menkul kıymet ve kıymetli evraktan" bahsedilmesi şeklindeki gelişmeler² bu kanunî tarif karşısında Türk mevzuatı için mümkün görülmemekle birlikte, 4487 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce uygulamada menkul kıymet alım ve satımlarında, kıymetli evrakın devrine ilişkin hükümlere riayet edilmediği gibi Kurul da yayımladığı tebliğlerle³ sermaye piyasası araçlarını fiziken basılmaksızın kaydî değer (kâğıtsız kıymetli evrak⁴) haline getirmeye çalışmıştır.

Kaydî sistemde kıymetli evrak niteliğine haiz olan ve olmayan senetler fizikî olarak basılmamakta, buna karşılık merkezi kayıt kuruluşu nezdinde kaydı tutularak, bu kayıtlar üzerinde takip edilmekte ve bu kayıtlarla devre konu olduğu gibi, senet üzerinde olması gereken hak da bu kayıtlarla dermeyer edilmektedir.

¹ TEKİNALP (Sermaye), s.15; POROY, R. / EREM, T.S.: Türkiye'de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Hukukî Tedbirler, Sermaye Piyasası Etüdü, Ankara 1964, s.115; TEOMAN, Ömer (...): "Menkul Değer Borsaları ve Alman Sistemi", İktisat ve Maliye, 1975, c.21, sa.10, s.409; TOLUN, Osman: Banka ve Borsa Hukuku, Ankara 1959, s.122; YASAMAN, s.204;

² Bkz. ÜNAL, Oğuz Kürşat : Aracı Kurumlar, Ankara 1997, s.5 vd.

³ Seri: III No:20 (Yabancı Sermaye Piyasası Araçlarının Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Tebliğ) ; Seri : IV, No:22 (Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydî Değer Haline Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği); Seri: VII, No: 10 (Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği); Seri:V No:29 (Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği)

⁴ Kâğıtsız Kıymetli Evrak konusunda geniş bilgi için bkz. TURANBOY, Asuman (1): Kâğıtsız (varakasız) Kıymetli Evrak, Sermaye Piyasası Hukuku Sempozyumu, Ankara 17-18 Ocak 1997, s. 1vd.

Sermaye Piyasası araçlarının alım satımı ile ilgili işlem sayısının çokluğu, saklama hizmetlerinin zorluğu ve masrafları karşısında zorunlu görülen bu uygulamanın mevcut hukuk sistemine uymadığı da bir gerçektir. Zira gerek kıymetli evrakın gerek menkul kıymet kavramının kanunî tanımı (TK.m.557, SPK.m.3b) ve sermaye piyasası araçlarının halka arzında, satış esnasında alıcıya teslim şartı (SPK.m.7 f.4) buna engel teşkil etmektedir⁵.

4487 sayılı Kanunla ise sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesini kanun hükmü haline getirilmiştir (SPK.m.10/A). Böyle bir hüküm kanunlaştırma tekniği açısından sakıncalıdır. SPK.'nın menkul kıymet tarifi ile çelişmekte ve bu tarifle SPK.m.10/A hükmünün nasıl bağdaştırılacağı anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan bu hüküm Ticaret Kanunun özellikleri anonim ortaklıkların çıkaracakları hisse senetlerine ve tahvillere ilişkin hükümlerindeki, rehin, intifa ve haciz gibi temel hukuki işlemlerine de tezat teşkil ettiği gibi⁶, hamiline ve nama yazılı hisse senetlerinin devrine ilişkin TK.m.416 ve 417 hükümleriyle kıymetli evrak tanımı veren TK.m.557 hükmüyle de çelişmektedir. Üstelik sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ile ilgili düzenlemeler de Kurul'a bırakıldığından, bu güne kadarki Kurul'un tebliğlerle düzenlemedeki Kanunlara uygunluğun göz ardı edildiği de düşünülürse, kanunlar ve ilgili mevzuatları arasındaki tezatların çoğalacağı büyük ihtimal dahilinde görülmektedir.

Kaydi sistem sermaye piyasası uygulamalarında zaruri bir sistemdir, ancak bunun hukukî alt yapısının, başka bir deyişle TK., BK. ve İİK. gibi genel hükümlerin bulunduğu mevzuata aykırı olmaması ve öncelikle bu mevzuatta kaydi sistemle bağdaşacak düzenleme ve değişikliklerin yapılması ve böylece çeşitli kanunlar arasındaki tezatların giderilmesi gerekirdi. Ancak bu yapılmadan Kanuna 10 A maddesi eklenerek, kaydileştirme işleminin kanuni dayanağı sağlanmıştır.

⁵ Seri:IV, No: 22 sayılı Kurul tebliği SPK.m.22 hükmüne dayanarak sermaye piyasası araçlarının kaydı değer hâline getirilmesine ilişkin düzenlemeleri hükme bağlamaktadır. Ancak SPK.m.22 hükmü bu tebliğin dayanağını teşkil edemez. Kanunla düzenlenmiş alanda idareye tanınacak düzenleme yetkisinin konusu, ancak bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere gerekli teknik konulara ve teferruata ilişkin olabilir. Yürütme organına verilecek teferruatı düzenleme yetkisinin, mutlak surette kanunca konusu sayılmış hususlara ilişkin olması gerekir. Ayrıca bu düzenleme yetkisi, kanunu değiştirici ve genişletici mahiyette olamaz. Bu bakımdan kıymetli evrakla ilişkin TK.m.577 ve müteakip maddeleriyle, sermaye piyasası aracı tanımına ilişkin SPK.m.3b ve SPK.m.7 f.4 hükümleri mevcut olduğu sürece, söz konusu tebliğin hukukî dayanağı da yok demektir. İdare, tebliğ hükmüyle kanunun özellikleri belirlenmiş evrakın vasıf ve niteliklerini değiştiremez. Bu tebliğin yürürlüğe girmesinden sonra ise Sermaye Piyasası Kanununa 4487 sayılı kanunla 10A maddesi eklenerek, kaydileştirme işlemi kanun hükmü haline getirilmiştir.

⁶ Tasarıya ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe komisyonu Raporunda da aynı tereddütlere yer verilmiş ancak kanun koyucu tarafından dikkate alınmamıştır (TBMM. Tutanak Dergisi, dönem.21, c.18, yasama yılı.2, 29 uncu Birleşim, 7.12.1999, s.36).

II. SPK. Mevzuatında Kaydi Sistem

SPK.m.10/A hükmüne göre;

"Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir. Bu Kuruluş, Kurulun gözetim ve denetimi altındadır.

Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.

Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur. Kayıt edilen haklar bu Kanunun 7 nci maddesi uyarınca senede bağlanmaz.

Sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ve kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir.

Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılan bildirim tarihi esas alınır. Kurul bu madde kapsamında kaydı tutulacak hakları, bu hakların bağlı olduğu sermaye piyasası araçlarını, türleri ve ihraççıları itibariyle belirleyebilir.

Payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar esas alınır.

Merkezi Kayıt Kuruluşu, ihraççılar ve aracı kuruluşlar, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur. Merkezi Kayıt Kuruluşunun personeli hakkında Kanunun 25 inci maddesi hükmü uygulanır."

A. Merkezi Kayıt Kuruluşu

Bu Kanun hükmünden sonra da, bu hükme dayanılarak Bakanlar Kurulu ilgili yönetmeliği yürürlüğe sokmuştur⁷. Bu yönetmelik bir taraftan Merkezi Kayıt Kuruluşunu kurmakta, görevlerini ve sorumluluklarını belirlemede diğer taraftan da kayıt esaslarını belirlemektedir.

Yönetmeliğe göre, sermaye piyasası araçları ve bunlar üzerindeki haklara ilişkin kayıtlar, Kurul'ca onaylanan takas ve saklama yetkisini haiz kuruluşlar nezdinde tutulur ve bu kayıtların aynen aktarılması suretiyle MKK'da

⁷ Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik, (Bakanlar Kurulu Karar Tarihi : 14/5/2001, No: 2001 / 2475, Resmi Gazete'de Yayımlı Tarihi : 21/6/2001, Sayı: 24439)

izlenir. Bu takas ve saklama kuruluşları nezdindeki kayıtlar ve kayıtlarla ilgili diğer işlemler, Kanun'un 10/A maddesi uyarınca Kurul'ca çıkarılacak olan ve kayıtların yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen tebliğ hükümlerine tabidir. Tebliğ uyarınca MKK tarafından yapılması gereken iş ve işlemlerden hangilerinin, bu maddeye göre yetkilendirilen takas ve saklama yetkisini haiz kuruluşlarca yerine getirileceği MKK Yönetim Kurulu tarafından belirlenir ve ilgili kuruluşlara bildirilir. MKK, üyeler ve kayıtların tutulduğu takas ve saklama kurumları, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur⁸.

MKK yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile personeli, sıfat ve görevleri dolayısıyla, MKK'ya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları, mevzuatla izin verilen haller haricinde herhangi bir surette açıklayamazlar, doğrudan veya dolaylı kendilerine veya üçüncü kişilere menfaat sağlama amacıyla veya başkalarını zarara uğratma amacıyla kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder⁹.

MKK ve üyeleri, Kurul'un gözetim ve denetimi altındadır. Gözetim ve denetim görevlerinin yerine getirilmesi amacıyla Kurul tarafından belirlenen ilkelere, genel ve özel nitelikli kararlara aykırı davranılması Kanun ve bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık sayılır. Kurul, MKK'dan ve üyelerden her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkilidir. Kurul, denetim sonuçlarına göre gerekli gördüğü hususların yerine getirilmesini MKK'dan isteyebilir. MKK, kaydi sistemin işleyişi ile ilgili olarak gerekli gördüğü hususlarda, üyelerinden bilgi ve belge istemeye yetkilidir. İnceleme yapmayı gerektiren hallerde, durum Kurul'a bildirilir.¹⁰

B. Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesi

15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı kanunla yürürlüğe giren SPK.m.10 A hükmünden önce yayınlanmış olmasına rağmen halen yürürlükte bulunan Seri:4, No: 22 tebliği de sermaye piyasası araçlarının kaydi değer haline getirilmesine ilişkin esasları düzenlemektedir. Bu tebliğe göre sadece fon katılma belgeleri ve borsada işlem gören hisse senetlerinin kaydi değer haline getirileceği düzenlenmektedir (Seri:IV, No:22, m.4). Oysa SPK. m.10A hükmü bütün sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesinden bahsettiği gibi ilgili yönetmelik de tüm sermaye piyasası araçlarının kaydının tutulmasından söz etmektedir. Ancak tebliğ bu mevzuattan önce yayınlandığı için kanun ve yönetmeliğe paralellik arz edememektedir. Bu tebliğ hükmüne göre; Ortaklıkların ve fonların, bu Tebliğin yürürlük tarihinden sonra yapılacak ihraçlarının bu Tebliğ hükümlerine göre yapılması zorunludur. Ortaklık-

⁸ Yönetmelik, m.8

⁹ Yönetmelik, m.10

¹⁰ Yönetmelik, m.22

ların ve fonların, mevcut hisse senetlerinin ve katılma belgelerinin bu Tebliğin yürürlük tarihinden itibaren Kurulca belirlenecek süre içerisinde, Merkez nezdinde noter huzurunda iptal ve imha edilerek, bu senetler ve belgeler üzerindeki hakların bu Tebliğ hükümlerine göre Merkezde kaydedilmesi zorunludur. Merkez veya kurucu nezdinde bulunmayan veya Kurulca belirlenecek süre içerisinde kaydi değeri için başvurmamış hak sahiplerine ait hisse senetleri veya katılma belgeleri, kaydi değeri haline getirilmedikçe, Borsada işlem göremezler. Aracı kuruluşlar, söz konusu sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirleri yerine getirmekle yükümlüdürler. Borsada işlem gören sermaye piyasası araçlarına ilişkin kayıt işlemleri, bu Tebliğe göre bilgisayar ortamında gerçekleştirilir ve kayıtlar, Takasbank tarafından tutulur.

1. Toplu Saklama Senedi

Bu Tebliğ hükümlerine tabi sermaye piyasası araçlarının ihracında, fiziki olarak senet bastırılmaz. İhraççı, sahibine eşit haklar veren sermaye piyasası araçlarını temsilen Kurulca belirlenecek örneğe uygun olarak TSS düzenler. Sermaye artırımlarında, sahibine farklı haklar veren paylar varsa, her grup için ayrı TSS düzenlenir. TSS, ortaklık payları için sermaye artırımının Ticaret Siciline tescilini, fon payları için ise satış süresinin bitimini izleyen iş günü düzenlenir ve Takasbank'a teslim edilir. TSS, kayden izlenen sermaye piyasası araçlarının Merkezdeki kayıtlarıyla, ihraççı kuruluşların kayıtları arasındaki uyumun sağlanması bakımından, ihraççı kuruluşlar itibarıyla Takasbank'da saklanır. (Seri:IV, No:22,m.5)

2. Mülkiyet Değişiklikleri

Ortaklıklar ve fonlar tarafından yapılacak ihraçlarda hisse senetleri ve katılma belgeleri bastırılmaksızın ve buna bağlı olarak ciro ve/veya zilyetliğin geçirilmesine gerek kalmaksızın, mülkiyet devirleri, merkezde kayıt ile gerçekleştirilir. Merkezde kayıt ile satıcının teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılır. Ancak Borsa dışında işlem gören katılma belgeleriyle ilgili kayıt, kurucu nezdindeki hesaplarda yapılır.

Mülkiyet hakkının merkezde kaydı, devir konusu sermaye piyasası araçlarının karşısında adı yazılan kişinin adının silinmesi ve bu sermaye piyasası araçlarının devralan adına kaydedilmesidir. Merkez kayıtları, pay sahiplerinin kimlik bilgileri ve bunlara bağlı hesap kodları ile ortaklıklara ve fonlara ilişkin bilgilerden oluşur.

Kayıtların güncelleştirilerek tutulmasından Takasbank sorumludur.

Merkezdeki kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurul'ca belirlenir. (Seri:IV, No:22,m.6)

3. Aracı Kuruluş Kullanılması

Borsada işlem gören ortaklık payları ile ilgili olarak Merkez'deki işlemler, doğrudan hak sahipleri ya da yetki verdikleri bir aracı kuruluş tarafından yapılabilir. Ancak, Borsada yapılabilen işlemlerle ilgili emirler, aracı kuruluşlar tarafından verilir. Fon payı sahipleri, merkezdeki işlemlerini, doğrudan kendileri ya da yetki verdikleri bir aracı kuruluş veya kurucu aracılarıyla yaptırabilirler.

Müşteri kimlik bilgilerinin, Takasbank, tarafından hazırlanan formatta, kayıt için Merkeze başvuran hak sahibi, aracı kuruluş veya kurucu tarafından, Takasbank'a verilmesi zorunlu olup, bu bilgilerin doğruluğundan bilgisi veren sorumludur. (Seri:IV, No:22,m.7)

4. Halka Arzda Bildirim Yükümlülüğü

Kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıkların ihraç ettiği payların miktarının ve alıcılarının kimlik bilgilerinin, günlük olarak satışının yapıldığı günü izleyen iş günü, Takasbank'a bildirilmesi zorunludur. Bildirim, satışı yapan aracı kuruluş tarafından yapılır. Bu satışlarda hak sahipleri adına kayıt, yapılan bildirim esas alınarak, ayrıntıları 6'ncı madde uyarınca Kurulca yapılacak düzenlemede belirlenecek özel bir kodlama sistemiyle günlük olarak gerçekleştirilir. TSS'nin düzenlenip Takasbank'a teslimini takiben, kayıtlar kesinleştirilir.

Kayıtlı sermaye sisteminde olmayan ortaklıkların ihraç ettiği payların miktarı ve alıcılarının kimlik bilgilerini içeren satış sonuçları, satış süresinin bitimini izleyen iş günü; satış süresi içerisinde satılamayan kısım için ise bu kısmın, taahhütname verenlerce satın alınmasını izleyen iş günü satışa aracılık eden aracı kuruluşlarca Takasbank'a bildirilir. Hak sahipleri adına kayıt, TSS'nin düzenlenip Takasbank'a tesliminden önce ve sonra, bu maddenin 1 inci fıkrasındaki esaslara göre yapılır.

Fon paylarının halka arz sonuçları, satış süresinin sonunda TSS ile birlikte Kurucu tarafından Takasbank'a verilir. (Seri:IV, No:22, m.8)

5. Merkezde Kayıt

TSS'nin temsil ettiği ortaklık payları, Takasbank'a iletilen halka arz satış sonuçlarına göre hak sahipleri adına 8 inci maddedeki esaslar çerçevesinde kaydedilir. Halka arz edilen fon payları, halka arz sonuçlarına göre, hak sahipleri adına kurucu nezdinde kaydedilir. Kayıtlar, sermaye piyasası araçlarının Borsada işlem görüp görmemesine göre farklı kodlama sistemiyle yapılır.

Takasbank, kurucu tarafından düzenlenen TSS ile halka arz sonuçlarına göre kaydedilen fon paylarının kayıtlarının tutarlılığını izlemekle yükümlüdür.

Halka arzdan sonra Borsada yapılan hisse senedi ve katılma belgesi işlemlerinin sonuçlarının Borsa mevzuatına göre Takasbank'a iletilmesini takiben, bu sonuçlara göre hak sahipleri adına kayıt yapılır.

Borsa dışında işlem gören katılma belgeleri üzerindeki işlemler, kurucu nezdindeki kayıtlarda izlenir ve kurucu tarafından haftalık olarak Takasbank'a bilgi verilir.

TSS'nin temsil ettiği ve kaydı Merkezde tutulan sermaye piyasası araçlarının üzerinde, genel hükümler çerçevesinde mülkiyet dışında aynı haklar tesis edilmesi halinde, ilgililerin, Takasbank tarafından talep edilecek ispat evrakıyla başvurması üzerine, bu aynı haklar da Merkezde kaydedilir. Ayrıca mahkemeler ve icra dairelerince alınan ve sözkonusu sermaye piyasası araçlarının devrini ilgilendiren kararlarında, ilgililerin başvurusu üzerine Merkezde kaydı yapılır. Bu fıkra uyarınca kayıt yapılmasını gerektiren hallerin ortadan kalktığı anlaşıldığında, Takasbank ilgilinin başvurusu üzerine ya da re'sen kaydı terkin eder. Borsa dışında işlem gördüğü için kurucu nezdindeki kayıtlarda izlenen fon payları üzerinde, bu fıkra kapsamında yapılan işlemler, Kurucu nezdindeki kayıtlarda gerçekleştirilir ve bu işlemler hakkında da haftalık işlem sonuçları bildirimisiyle birlikte Takasbank'a bilgi verilir. (Seri:IV, No:22, m.9)

6. Başvuruda Aranacak Esaslar

Merkezde yapılacak kayıtlar hiçbir sınırlama ve şarta tabi tutulamaz. Ancak birbirine bağlı birden fazla talep yapıldığı takdirde bunlardan birinin kaydı yapılmadıkça diğerinin kaydının yapılmaması istenebilir.

Takasbank'a yapılacak taleplerin bu kuruluş tarafından hazırlanacak formatta yazılı olması şarttır.

Merkezde yapılan kaydın da talebinin tarihini, saat ve dakikayı, talepte bulunanın isim/ünvan ve merkez adresini içermesi gerekir.

Kayıt talebi adli makamlar gibi resmi bir memur tarafından isteniyorsa, Merkez, talepte bulunanın talep hususundaki yetkisini de inceler. (Seri:IV, No:22, m.10)

7. Bilgi ve Belge Alma

Talep halinde, masrafi ilgisinden alınmak üzere, bir sermaye piyasası aracının Merkezdeki son durumu gösteren belge, ilgiliye verilir.

Aracı kuruluşlar, ortaklıklar ve diğer ilgili kurumlar kendileri ile ilgili bilgileri, Merkez kayıtlarına Takasbank tarafından verilen şifre vasıtasıyla girerek her zaman öğrenebilirler. Ancak aracı kuruluşlara sağlanacak bilgilerde müşteri kimlik bilgileri yer almayacak, ortaklıklara sağlanacak bilgilerde ise sadece pay sahiplerinin kimlik bilgileri yer alacaktır.

Paydan doğan mali hakların kullanılmasıyla ilgili işlemler, hak sahibi tarafından yetki verildiği takdirde Takasbank tarafından yerine getirilir. Genel kurula katılma dahil yönetsel haklar ise, paya mutasarrıf bulunduğu na dair Takasbank tarafından verilecek belgenin ibrazı ile hak sahibi veya yetkili kıldığı temsilcisi tarafından kullanılır. (Seri:IV, No:22, m.11)

Bu Tebliğin 4 üncü maddesi uyarınca Kurulca belirlenecek süre içerisinde iptal ve imha edilen sermaye piyasası araçlarının tamamını temsilen, ihraççı ortaklık veya kurucu tarafından, bu sürenin sonunu izleyen beş iş günü içerisinde bir TSS düzenlenerek Merkeze teslim edilir. Ancak iptal ve imha edilen senetler içerisinde, sahibine farklı haklar verenler varsa, her grup için ayrı TSS düzenlenir. Kurulca belirlenecek süre geçtikten sonra iptal ve imha edilen sermaye piyasası araçları olursa, bunları da kapsayacak biçimde birinci fıkradaki esaslar çerçevesinde üçer aylık dönemler halinde yeni TSS düzenlenerek Merkeze teslim edilir. (Seri:IV, No:22, geçici madde 1)

C. Kayıtların Tutulmasındaki Usul ve Esaslar

1. Kayıtların tutulması

Kaydi sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklarla ilgili kayıtlar, MKK'da bilgisayar ortamında üyeler itibarıyla tutulur. Hesapların açılması ve hesaplarda kayıt ve değişiklik yapılması, usul ve esasları MKK tarafından belirlenecek elektronik yöntemle üyeler tarafından hak sahiplerinin talimatlarına uygun şekilde MKK kayıtlarında değişiklik yapılması suretiyle gerçekleştirilir. Üyeler, işlem sıklığı ve hacmine bağlı olarak, elektronik yöntem dışında MKK'nın belirleyeceği esaslar çerçevesinde diğer iletişim araçları ile MKK nezdindeki kayıtlarda değişiklik yapabilirler. Bağlantı zamanları ve bu zamanlar dışında kayıtlarda değişiklik yapılması gerektiğinde ve doğal afet, teknik arıza gibi mücbir sebeplerle bir bilgi akışı sorunu olduğunda kayıtların ne şekilde iletileceği ve değiştirileceğine ilişkin usuller MKK tarafından belirlenir. (Seri:IV, No:28, m.5, f.1)

Takas işlemlerinin yürütülmesi için, yetkili takas ve saklama kurumları itibarıyla da kayıt tutulur. Hak sahiplerinin kayıtları, üye hesapları ile bağlantı kurularak izlenir. Kaydedilen haklar Kanunun 7 nci maddesi uyarınca senede bağlanmaz. (Seri:IV, No:28, m.5, f.2)

Üyeler itibarıyla kayıtların tutulmasında kullanılacak kodlama sistemi MKK tarafından belirlenir. (Seri:IV, No:28, m.5, f.3)

MKK'da tutulacak kayıtlar, bu Tebliğde düzenlenen hususlar dışında hiçbir sınırlama ve şarta tabi tutulamaz. (Seri:IV, No:28, m.5, f.3)

Bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde üyelerin, MKK sisteminde işlemleri yerine getirmeye yetkili görevlileri, MKK'ya bildirilir ve işlemler, mün-

hasıran bu görevlilerce yerine getirilir. Üyeler tarafından hesaplarda hatalı veya eksik kayıtları düzeltmek amacıyla kayıt yapılması durumunda, düzeltme yapıldığı bilgisi MKK'nın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde üye tarafından MKK'ya ve hak sahibine bildirilir. Üyelere hesap açma veya kayıt amacıyla yapılan başvurularda eksikliklerin bulunması halinde, talebin reddi mümkündür. Bu halde ret kararının, gerekçeli olarak hak sahiplerine ve MKK'ya üye tarafından derhal bildirmesi zorunludur. (Seri:IV, No:28, m.5, f.4)

Üyeler, MKK'dan izin almak kaydıyla, süreklilik arz etmeyecek şekilde diğer üyelerin teknik imkanlarını kullanmak suretiyle işlemlerini yürütebilirler. Üyeler, MKK tarafından belirlenecek ve Kurulca onaylanacak esaslar çerçevesinde, kendi istihdam ettikleri personel ve teknik imkanları kullanmak yerine diğer bir üye aracılığıyla dolaylı olarak MKK'da işlemlerini yürütebilirler. (Seri:IV, No:28, m.5, f.5)

2. Hesaplar

a. Hesap türleri

MKK nezdinde tutulacak hesaplar ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hesap temsilcileri itibarıyla açılır.

Hak sahiplerinin adına hesaplar ise, kimlik bilgilerinin MKK'ya bildirilmesi üzerine açılır ve söz konusu hesaplar üzerinde işlem yapmaya yetkili üyeler ile bağlantısı kurulur. Ancak yetkili takas ve saklama kurumları, herhangi bir üye ile bağlantı kurmaksızın, doğrudan MKK'da hesap açtırabilir. Yabancı merkezi saklama kuruluşlarının MKK nezdinde hesap açtırması ve hesapların tutulmasına ilişkin usul ve esaslar MKK tarafından belirlenir. Kaydi sermaye piyasası aracı ihraç eden ihraççılar, MKK üyesi olmasalar da, adlarına MKK nezdinde hesap açılır.

Hak sahipleri, kayıtlarının, MKK nezdinde kimlik bilgileri yer almaksızın, hesap temsilcileri ile doğrudan bağlantılı yatırımcı hesaplarında izlenmesini isteyebilir. MKK üyelerinin mülkiyetindeki haklar, bu hesaplarda izlenemez. Bu hesaplarda izlenebilecek kayıtlara ilişkin koşullar, MKK yönetim kurulunun önerisi üzerine Kurulca belirlenir.

Bu hesap türlerinin gerçek mahiyetini gizleyecek nitelikte hesap açamaz, kayıt tutulamaz. (Seri:IV, No:28, m.6)

b. İhraççı hesabı

İhraççı hesabı, kaydi sermaye piyasası araçları için açılır.

İhraççı hesapları; ihraççı havuz hesabı, ortak hesabı ve bilinmeyen ortak hesabından oluşur. Ancak yatırım fonu kurucuları için sadece ihraççı havuz hesabı kullanılır.

İhraççı hesabından, 18 ve 19 uncu maddelerde düzenlenen blokaj dışında bir amaçla yatırımcı hesaplarına virman edilen haklar, tekrar ihraççı hesabına kaydedilmez.

İhraççı havuz hesabı, kaydi sermaye piyasası araçları ihracına ilişkin geçici kayıtların izlenmesi amacı ile tutulur. İhraç edilecek kaydi sermaye piyasası araçlarının halka arz süresi boyunca takibi havuz hesabında yapılır ve halka arz süresinde kaydi sermaye piyasası araçlarının satılması ile satışa konu olan tutarlar, ilgili hesaplara yapılacak kayıt neticesinde bu hesaptan düşülür.

Ortak hesabı, ihraççı tarafından münferiden pay sahipleri için, Ek/2'de yer alan bilgilerin MKK'ya iletilmesi ile açılır. Ortak hesabına sadece daha önce Borsada işlem görmemiş payların kayıtları yapılabilir. Bu hesaptaki kaydi sermaye piyasası araçları, ihraççının verdiği bilgiler doğrultusunda türleri ve hak sahipleri itibarıyla tutulur.

Bilinmeyen ortak hesabı, kaydi dönüştürme aşamasında, hak sahiplerinin ihraççı tarafından bilinmemesi durumunda, bu nitelikteki payların toplu olarak izlenmesi amacı ile oluşturulur. Bu hesapta izlenen sermaye piyasası araçlarının fiilen kaydileştirilmesi durumunda, ihraççı, hak sahiplerine ilişkin kayıtların tutulması amacı ile MKK'ya bildirimde bulunur. MKK, dönüşüm üzerine, hak sahibinin talebine bağlı olarak, ilgili hesaba kaydı gerçekleştirir. (Seri:IV, No:28, m.7)

c. İhraççı hesabının açılması

İhraççı hesabının MKK tarafından açılması için ihraççılar, kaydi sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasına ilişkin kayıt belgesi tarihi ile izahnamenin ilgili ticaret siciline tesciline kadar geçecek süre içerisinde EK/1'de yer alan bilgiler ile birlikte MKK'ya hesabın açılması için başvuruda bulunmakla yükümlüdürler. MKK'ya yapılacak başvuru, halka arza aracılık eden aracı kurum tarafından da yapılabilir.

Ortak hesabının açılmasında 10 uncu maddede yer alan esaslara uyulur. Ancak söz konusu maddede yer alan bilgi ve belgelerin MKK'ya bildirimini ihraççı kuruluş tarafından yapılır.

Bilinmeyen ortak hesabının açılmasında, ihraççı EK/1'in (b) bendinde yer alan bilgiler ile MKK'ya başvurur.

MKK, ihraççı hesabının açılması sırasında EK/1'de yer alan bilgilere ilave bilgiler isteyebilir. (Seri:IV, No:28, m.8)

d. Aracı kuruluş hesabı

Aracı kuruluş hesabı, aracı kuruluş havuz hesabı ve yatırımcı hesabından oluşur.

Aracı kuruluş havuz hesabı, aracı kuruluşun, hesap sahibinin vekili sıfatıyla takas ve virman işlemlerini yerine getirmesi için kullanılır.

Yatırımcı hesabı, aracı kuruluşun işlem yapmaya yetkili olduğu hak sahipleri adına açılmış hesaplardan oluşur. Yatırımcı hesaplarının açılmasında, 10 uncu madde hükümleri uygulanır. (Seri:IV, No:28, m.9)

e. Yatırımcı hesabı

Yatırımcı hesabı, hak sahibi adına açılmış, nama ve hamiline hakların izlendiği hesaptır. Ancak hak sahibinin talebi üzerine, MKK nezdinde kimlik bilgileri yer almayan, kimlik bilgi ve belgelerinin münhasıran hesap temsilcileri nezdinde tutulduğu ve doğrudan bu kuruluşlarla bağlantılı yatırımcı hesapları açılabilir ve bu hesaplar MKK'da kod numaralarıyla izlenir.

Yatırımcı hesabı, yatırımcıların talepleri üzerine, üye sıfatını haiz aracı kuruluşlar ve hesap temsilcileri tarafından MKK'ya yapılacak başvuru çerçevesinde açılır. MKK tarafından yatırımcı hesabı açılabilmesi için EK/2'de yer alan bilgilerin aracı kuruluş, hesap temsilcileri veya yetkili takas ve saklama kuruluşları tarafından MKK'ya bildirilmesi gerekir. MKK yatırımcı hesabı açılmasında, EK/2'de sayılanlar dışında gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri de talep edebilir.

Anılan bilgilerin MKK'ya tam olarak ulaştırılmasını takiben, yatırım ciya bir sicil numarası verilerek hesap kullanıma açılır. Kurulca uygun görülen hallerde, hesabın ilgili aracı kuruluş tarafından açılarak kimlik bilgileri nin MKK'ya Kurulca belirlenecek ve 30 günü aşmayacak bir süre sonuna kadar iletilmesine izin verilebilir. Belirlenen sürenin bitimine kadar kimlik bilgilerinin istenen şekilde MKK'ya bildirilmemesi durumunda hesap hareketsizleştirilir. Hareketsizleştirme, ilgili hesaba giriş ve çıkış işlemlerinin engellenmesidir. Aynı yatırımcı bilgileri ile, başka bir aracı kuruluş veya hesap temsilcisi tarafından yatırımcı hesabı açılmak üzere yapılan başvurularda, yatırımcıya MKK tarafından aynı sicil numarası tahsis edilir.

Aynı yatırımcı için birden fazla sicil numarası oluşturulduğunun daha sonra tespiti halinde, MKK tarafından yatırımcıya bildirimde bulunulması kaydıyla, tek sicil numarası verilir.

Bu maddede yer alan bilgi ve belgelerin sağlanması koşulu ile birden fazla kişinin müşterek hesap açtırma talepleri üzerine, üyeler tarafından müşterek mülkiyet yatırımcı hesabı açılır. Maliklerin iştirak oranları da kayden izlenir. (Seri:IV, No:28, m.10)

f. Hesap temsilcisi hesabı

Hesap temsilcisi hesabı, hesap temsilcisi havuz hesabı ve yatırımcı hesabından oluşur.

Hesap temsilcisi havuz hesabı, hesap temsilcisinin, hesap sahibinin vekili sıfatıyla virman işlemlerini yerine getirmesi amacı ile kullanılır.

Yatırımcı hesaplarına ilişkin olarak 10 uncu madde hükmü uygulanır.

Hesap temsilcileri, MKK nezdinde kimlik bilgileri yer almayan doğrudan kendileri ile bağlantılı yatırımcı hesaplarının açılması sırasında, yatırımcılardan, 10 uncu maddede öngörülen bilgi ve belgeleri sağlamak ve gerçek hak sahiplerini kendi nezdlerinde MKK'da açtıkları kod numaralarıyla izlemek zorundadırlar. (Seri:IV, No:28, m.11)

g. Yetkili takas ve saklama kuruluşu hesabı

Yetkili takas ve saklama kuruluşu hesabı, takas havuz hesabı, havuz hesabı ve yatırımcı hesabından oluşur. Ancak bu kurumların yatırımcı hesaplarında kayıtları izlenebilecek yatırımcı türleri için önceden Kurul onayı alınması zorunludur.

Takas havuz hesabı, takas ve saklama kuruluşunun, vekil sıfatıyla üyelerin takas işlemlerini gerçekleştirmesi için kullanılır. Havuz hesabı, takas ve saklama kuruluşunun vekil sıfatıyla hak sahiplerinin virman işlemlerini gerçekleştirmesi amacı ile kullanılır.

Yatırımcı hesaplarının açılmasında, 10 uncu madde hükmü uygulanır. (Seri:IV, No:28, m.12)

h. Ortak ve yatırımcı hesaplarının alt hesapları

Rehin, haciz, genel kurul blokajı, yatırımcı blokajı, satış blokajı gibi işlemlerin yapılması durumunda, bu işlemlere konu haklar MKK tarafından ilgili hesaplarının altında alt hesaplar açılmak sureti ile izlenir. (Seri:IV, No:28, m.13).

3. İşlemler

a. İhraç ve satışta bildirim

İhraççılar izahnamenin tescilini izleyen iş günü sonuna kadar, EK/1'in (b) bendinde yer alan bilgileri MKK'ya bildirirler. İhraççı, ihraç kararının bir kamu otoritesinin onayını gerektirmesi halinde onayın verilmesi veya reddi kararını, kararın verilmesini izleyen iş günü; bu kararlara ilişkin ortaya çıkan değişiklikleri, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesini izleyen iş günü sonuna kadar en seri şekilde MKK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bildirim üzerine, ihraç edilen kaydi sermaye piyasası araçlarının, ilgili ihraççı havuz hesabında geçici kayıtları yapılır.

Bedelli sermaye artırımlarında, yeni pay alma hakları, Kurul düzenlemelerine uygun olarak kullanılır. İhraççı tarafından açıklanan bedelli sermaye artırımı tarihinde kayıt edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının yeni pay

alma hakları da bulundukları hesaplara kaydedilir. Yeni pay alma bedelinin yatırılması üzerine ilgili yeni pay alma hakları hesaplardan silinir; sermaye piyasası aracının ihraççının havuz hesabından yatırımcı ve ortak hesaplarına aktarımı ilgili üyeler tarafından gerçekleştirilir. Süresi içerisinde kullanılmayan yeni pay alma hakları, sürenin sonunda hesaplardan silinir.

Bedelsiz sermaye artırımlarında, ihraççının bildirimi üzerine ihraççı havuz hesabına kaydedilmiş olan haklar, açıklanan orana göre sermaye artırım tarihi itibarıyla üye hesaplarına aktarılır.

Borsa dışında yapılan satışlarda; satılan pay tutarları ve alıcıların kayıt yapılmasını istedikleri yatırım hesabı bilgileri, satışın yapıldığı günü izleyen iş günü sonuna kadar ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir.

Ortaklıkların sermaye artırımlarında, Borsada satışı yapılan payların kaydı, bu Tebliğin 15 inci maddesi çerçevesinde yapılır.

Esas sermaye sistemindeki ortaklıklarda, yukarıdaki fıkralara göre yapılan kayıtlar geçici nitelikte olup, sermayenin ticaret siciline tescili ile kesinlik kazanır. Sermayenin ticaret siciline tescili, tescili izleyen iş günü ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir.

Diğer kaydi sermaye piyasası araçlarının ihraç ve satışında, işlem Borsada gerçekleşmiş ise kayıtlar, 15 inci madde çerçevesinde yapılır. İşlem Borsa dışında gerçekleşmiş ise satılan tutarlara ve alıcıların kayıt yapılmasını istedikleri yatırım hesabına ilişkin bilgiler, satışın yapıldığı günü izleyen iş günü sonuna kadar ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir.

Satışa aracı kuruluşlarca aracılık edilmesi halinde bildirimler bu maddedeki esaslar dahilinde bu kuruluşlar tarafından yapılabilir.

Yapılan bildirimler çerçevesinde, haklar, ihraççı havuz hesabından, ilgili üye havuz hesaplarına aktarılır. Yatırımcı hesaplarına dağıtım, ilgili üyeler tarafından yapılır.

Kayıtlı sermaye sisteminde satış süresi içinde satılamayan paylara ilişkin bilgiler, satış süresinin bitimini izleyen iş günü ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir ve bu paylar ihraççı havuz hesabından silinir. (Seri:IV, No:28, m.14)

b. Alım-satım işlemlerinin kaydı

Takas işlemleri, yetkili takas ve saklama kurumu tarafından ilgili Borsanın takas düzenlemelerine uygun olarak MKK nezdindeki takas havuz hesabı ve aracı kuruluş havuz hesapları kullanılarak yapılır.

Borsa işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra aracı kuruluşlar, Borsada satışı yapılan sermaye piyasası araçlarını, 13 üncü maddeye göre ilgili yatırımcı hesaplarının alt hesabı şeklinde, MKK tarafından bu işlem için

açılmış olan alt hesaba aktarabilirler. Takas günü, takas yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacı ile satışı yapılan kaydi sermaye piyasası araçları, aracı kuruluşlar tarafından yatırımcı hesaplarından aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarılır. Aracı kuruluş havuz hesaplarında bulunan sermaye piyasası araçlarının takas havuz hesabına aktarılması ile söz konusu aracı kuruluşun takas borçları kapanır.

Takas alacakları, yetkili takas ve saklama kurumu tarafından takas havuz hesabından ilgili aracı kuruluş havuz hesaplarına aktarılır. Söz konusu sermaye piyasası araçlarının yatırımcı hesaplarına dağıtımı aracı kuruluşlar tarafından yapılır.

Borsa dışında gerçekleştirilen alım satım işlemleri nedeniyle kayıtlarda gerekli değişiklikler, kaydi sermaye piyasası aracının yer aldığı hesabın MKK'da bağlantılı olduğu üye tarafından yapılır.

Hesaplar arasındaki virmanlarda yukarıdaki esaslar uygulanır. Bu virmanların sebebinin gösterilme usul ve esasları MKK tarafından belirlenir. (Seri:IV, No:28, m.15)

c. Mali hakların kullanılması ve kaydı

MKK, nezdinde tutulan kaydi sermaye piyasası araçlarından doğan mali hakların kullanılması nedeni ile ortaya çıkan değişikliklerin kaydını izler.

İhraççılar mali hakların kullanılmasıyla ilgili olarak, içeriği MKK tarafından belirlenecek bilgileri, yetkili organ kararının alınmasını izleyen iş günü; bu kararın bir kamu otoritesinin onayını gerektirmesi halinde onayın verilmesi veya reddi kararını, kararın verilmesini izleyen iş günü, bu kararlara ilişkin ortaya çıkan değişiklikleri, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesini izleyen iş günü sonuna kadar en seri şekilde MKK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bildirim üzerine MKK, ihraççı hesabı altındaki havuz hesaplarında gerekli kayıtları oluşturur ve gerekirse değişiklikleri yapar.

Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin faiz, temettü tutarları, hak edildikleri ilk gün, en geç ertesi iş günü ilgili hesaplara dağıtılmak üzere MKK'ya aktarılır. Bu tutarlar MKK'daki kayıtlar esas alınarak ilgili üye havuz hesaplarına ve üyeler tarafından da hak sahiplerine derhal aktarılır.

İhraççı mali hakların zamanında bildirilmemesinden veya yanlış ya da eksik bildirilmesinden sorumludur. (Seri:IV, No:28, m.16)

d. Sermaye azaltılması nedeniyle payların iptali

İhraççının sermaye azaltımına karar vermesi durumunda, genel kurul kararının tescilini takiben azaltılan sermayeye isabet eden kısım ihraççı havuz hesabına toplanır ve iptal edilir. (Seri:IV, No:28, m.17)

e. Yönetimsel hakların kullanılması ve genel kurul blokajı

İhraççılar genel kurul toplantısının tarihini ve yerini toplantı tarihinden 15 gün önce MKK'ya bildirir. Türk Ticaret Kanununun 360 ıncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, hak sahibinin genel kurula katılmak istemesi halinde, payların blokajı yatırımcı ve ortak hesaplarında alt hesap oluşturularak uygulanır. Hesap temsilcileri tarafından izlenen ve MKK'da kimlik bilgileri bulunmayan yatırımcı hesaplarında bulunan payların genel kurul blokajı, hesap temsilcisi tarafından, blokaj talebinde bulunanın kimlik bilgisi, blokaja konu paylara ilişkin bilgiler ve MKK'ca istenebilecek diğer bilgilerin MKK'ya bildirilmesi ile gerçekleştirilir.

Blokaj konulması üzerine, MKK blokaj konulan payların tutarını ve hak sahiplerini gösterir bir belgeyi düzenleyerek talep eden ilgili üyeye verir.

MKK, ihraççıya bloke edilen payların miktar ve sahiplerini içeren bir liste gönderir. Listenin gönderilme zamanı, içeriği ve listenin değişmesi halinde bildirim usul ve esasları MKK tarafından belirlenip, ihraççılara duyurulur. İhraççılar, MKK tarafından düzenlenen blokaj belgeleri ile bu listeyi karşılaştırmaya yükümlülüğündedirler.

MKK, genel kurul toplantısını izleyen iş günü hisseler üzerindeki blokajı resen kaldırır. (Seri:IV, No:28, m.18)

f. Teminat, rehin ve intifa hakkına ilişkin kayıt ve blokaj

Kaydi sermaye piyasası araçları üzerine teminat, rehin ve intifa hakkı kurulmasına ilişkin olarak, tarafların, bu hakkın tesis edildiğine ilişkin belgeleri, ilgili üyelere vermeleri üzerine, ilgili üyelerce durum derhal MKK kayıtlarına yansıtılır.

Üçüncü kişi lehine teminat olarak gösterilecek veya intifa hakkı tesis edilecek kaydi sermaye piyasası araçları, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hak sahibinin mevcut hesabına bağlı bir alt hesap açılmak suretiyle MKK kayıtlarında izlenir. Alt hesapta intifa hakkı sahibi ile lehine teminat verilmiş üçüncü kişinin kimlik bilgileri yer alır.

Rehne konu olan sermaye piyasası araçları ise, mevcut hak sahibi hesabından rehin alanın hesabının bir alt hesabına kaydedilir. Rehine, intifa hakkı veya teminata konu sermaye piyasası aracının lehdara ait alt hesaba kaydı halinde, bu hakları tesis eden kişiye ilişkin kimlik bilgileri de bu hesaplara bağlantılı olarak izlenir. (Seri:IV, No:28, m.19)

g. Yatırımcı blokajı

MKK nezdindeki yatırımcı ve ortak hesaplara, ilgili üyenin tasarruf yetkisini sınırlamaya yönelik olarak yatırımcılar tarafından blokaj konmasına ilişkin esaslar MKK tarafından belirlenir. (Seri:IV, No:28, m.20)

h. Külli halefiyet yoluyla devirlerin kaydı

Külli halefiyete dayanan devirlerde hak sahipliğini gösterir belgeye dayanarak ve gerekli yasal yükümlülükler yerine getirilerek ilgili üye tarafından MKK kayıtlarında gerekli değişiklikler yapılır ve durum MKK'ya bildirilir. MKK, aynı yatırımcı hesabının bulunduğu diğer üyelere de bilgi verir.

Kaydi sermaye piyasası araçları MKK'da izlenen ihraççılar, taraf oldukları birleşme veya devralma gibi külli halefiyet sonucunu doğuran işlemleri ile ilgili olarak, içeriği MKK tarafından belirlenecek bilgileri yetkili organ kararının alınmasını izleyen iş günü, bu kararın bir kamu otoritesinin onayını gerektirmesi halinde onayı veya reddi kararını, kararın verilmesini izleyen iş günü, bu kararlara ilişkin ortaya çıkan değişiklikleri, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesini izleyen iş günü sonuna kadar en seri şekilde MKK'ya bildirmekle yükümlüdür. Bu işlemler sonucunda infisahın ve yapılan artırımın ticaret siciline tescili de, tescili izleyen iş günü ihraççı tarafından MKK'ya bildirilir ve MKK, üye hesaplarında gerekli kayıtları oluşturur. (Seri:IV, No:28, m.21)

1. Kaydi sermaye piyasası araçlarının haczi

Kaydi sermaye piyasası araçlarının haciz işlemi, ilgili yatırımcı ve ortak hesaplarında ayrı bir alt hesap oluşturulması sureti ile uygulanır.

MKK'da kimlik bilgileri bulunmayan hesaplardaki haciz işlemleri, icra dairesinin ilgili hesap temsilcisine yapacağı tebligat üzerine hesap temsilcisi tarafından uygulanır.

Kurul tarafından işlem yasağı getirilen kişilerin hesaplarında 19 uncu madde ve bu madde kapsamında yapılan işlemler, MKK tarafından derhal Kurula bildirilir. (Seri:IV, No:28, m.22)

i. Hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi

Kaydi sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, MKK'ya ilgili üye tarafından yazılı ya da MKK'ca belirlenecek elektronik yöntemlerle yapılan bildirim tarihi esas alınır. (Seri:IV, No:28, m.23)

4. Gizlilik

MKK kayıtları gizlidir. Ancak, mevzuatta yetkili kılınmış kişilere bilgi verilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz. (Seri:IV, No:28, m.24)

5. Yatırımcının bilgilendirilmesi

Hak sahiplerine, ilgili üye ve/veya MKK tarafından, MKK'da tutulan kayıtlara ilişkin bilgi verilebilir.

Hak sahibi bazında olmamak koşuluyla, istatistik amaçlı bilgi ve üye bazında sermaye piyasası araçlarına ilişkin stok bilgisi, MKK'nın tespit edeceği ve Kurulca uygun görülecek esaslar çerçevesinde kamuya açık tutulabilir. (Seri:IV, No:28, m.25)

6. İhraççının bilgilendirilmesi

Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ihraççılar tarafından hak sahiplerinin pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek olmaksızın MKK nezdinde ihraççılar itibarıyla tutulan kayıtlar esas alınır.

Aksi yatırımcı tarafından yazılı olarak bildirilmedikçe, ihraççıların talebi halinde, MKK'nın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde, yatırımcı hesaplarındaki paylara ilişkin bilgiler MKK; kimlik bilgileri MKK'da tutulmayan yatırımcı hesaplarındaki nama paylara ilişkin bilgiler ise ilgili hesap temsilcisi tarafından ihraççılara iletilir. (Seri:IV, No:28, m.26)

7. Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarının saklanması

MKK, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklarla ilgili kayıtları, değişikliğe uğramalarını izleyen 10 yıl süreyle değişiklikten önceki haliyle elektronik ortamda saklar. Yatırım fonu kayıtlarının saklanması için, Kurulca daha uzun bir süre belirlenebilir. (Seri:IV, No:28, m.27)

8. Sorumluluk

MKK, üyeler ve kayıtların tutulduğu takas ve saklama kurumları, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludurlar. Yapılacak sözleşmelere konulacak hükümlerle bu sorumluluk ortadan kaldırılamaz. MKK bu Tebliğin uygulanması ile ilgili olarak üyelerden, hesapların niteliğine göre gerekli bilgi ve belgeyi isteyebilir. İnceleme gerektiren hallerde durum Kurula bildirilir.

MKK yönetim kurulu tarafından, kayıtların yanlış tutulmasından dolayı doğacak zararların tazmini için, üyelerin sorumluluk sigortası yaptırımlarına karar verilebilir. (Seri:IV, No:28, m.28)

TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 940. MADDESİNİN II.FIKRASI (MOTORLU ARAÇ REHNİ) ÜZERİNE

Über das türkische ZGB Art.940/Abs.2 (Fahnisverschreibung bei
Motorfahrzeugen)

Yard.Doç.Dr.Hasan Seçkin OZANOĞLU*

Özet:

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu ile rehin hukuku alanında önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerden biri de taşınır ve özellikle motorlu araçlar için getirilmiş olan kurucu nitelikte sicilli taşınır rehnidir. Bu çalışmada, motorlu araçlar için getirilen sicilli taşınır rehini ile ilgili düzenleme eleştirisel bir bakışla ele alınmış ve bu bağlamda olması gereken hukuk açısından önerilerde bulunulmuştur.

Abstract:

Mit dem am 01.01.2002 in Kraft getretene neue Fassung des türkischen ZGB sind wichtige Veränderungen im Bereich des Pfandrechts eingeräumt worden. Eine von diesen Veränderungen ist das Registerpfandrecht mit konstitutiver Bedeutung (Fahnisverschreibung) für manche Mobilien, insbesondere für Motorfahrzeuge (türkische ZGB Art.940/Abs.2). Diese Arbeit beinhaltet eine gründliche Untersuchung mit einer kritischen Betrachtung der Fahnisverschreibung für Motorfahrzeuge. In diesem Zusammenhang sind in dieser Untersuchung de lege ferenda Vorschläge bearbeitet und vorgeführt worden.

Schlüsselwörter:

Fahnispfandrecht: Taşınır rehini

Fahnisverschreibung: Sicilli teslimsiz taşınır rehini

Faustpfandrecht: Zilyetliğin devri yoluyla taşınır rehini

Motorfahrzeuge: Motorlu Araç

Registrierung von Mobiliarsicherheiten: Taşınır teminatlarının sicile tescili

Mobiliarhypothek (besitzlozes Pfand bei Fahnis): Taşınır ipoteği (Taşınırın teslimsiz rehini)

* A.Ü.Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 940. MADDESİNİN II. FIKRASI

(MOTORLU ARAÇ REHNİ) ÜZERİNE

Giriş

4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu (MK) 8.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi gazete'de yayımlanarak 1.1.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda, medeni hukukun pek çok alanında olduğu gibi, eşya hukuku alanında da önemli değişiklikler yapılmış bulunmaktadır. Bu bağlamda rehin hukuku alanında, özellikle bankaların yönlendirmesiyle, dikkat çekici ve bunun yanında sistemsizlik ve karmaşaları da beraberinde getirebilecek bir değişikliğe imza atılmıştır¹. MK'nun 940. maddesinin II. fıkrasında yer alan söz konusu düzenlemeye göre; "Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir."

Yeni Medeni Kanun ile getirilen bu düzenlemeyle, eski MK'nundaki teslime bağlı rehine ilişkin kuralların özellikle bankaların kredi uygulamalarında yarattığı olumsuz sonuçların bertaraf edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir².

¹ Meclise sevk edilen Türk Medeni Kanunu Tasarısında bulunmayan bu değişiklik sonradan metne eklenmiştir.

² Bkz. Türkiye Bankalar Birliği tarafından 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Medeni Kanun'da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler" konulu konferansta Seza Reisoğlu tarafından sunulan "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri" konulu tebliğde (söz konusu metin www.tbb.org.tr adresinden temin edilebilir) aynen şu satırlara yer verilmektedir. "Ticari işletme rehinindeki "menkul işletme tesisatı" dışındaki menkullerin rehni Eski Medeni Kanun'da "Teslime Bağlı Rehin" hükümlerine göre gerçekleştiriliyordu. Özellikle tüketici kredileri arasında önemli bir yer tutan taşıt kredilerinde; taşıtın rehin alınması önemli bir sorun yaratıyor, bankalar verdikleri tüketici kredilerinin teminatını oluşturan taşıtları bir yeddiemine teslim etmekle birlikte, Trafik Siciline de tescil ettiriyorlardı.

Taşıt zorunlu olarak borçlunun kullanımında kaldığından, bu rehnin geçerliliği farklı Yargıtay Kararlarına konu olmuştu. Yeni düzenleme taşıt rehnine, Trafik Sicili'ne tescili ile geçerlilik kazandırmaktadır. Bu şekilde yeterli aleniyet sağlandığından üçüncü kişilerin bu yüzden zarara uğradıkları da ileri sürülemeyecektir..."

Biz de bu incelememizde söz konusu düzenleme ile neler getirildiğine ve bu düzenlemenin uygulamada yaratabileceği sakıncalara ana hatlarıyla değinmeye çalışacağız.

I. MK'nun m. 940/f.II'nin getirdikleri

MK'nun 940. maddesinin II. fıkrasında "Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Getirilen bu düzenlemeden hareketle kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslim bağli rehin yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. O halde, bu düzenleme çerçevesinde ilk incelemede aşağıdaki tespitlerin yapılması mümkündür;

- Bu düzenleme ile, taşınır mallarda teslim bağli rehin kuralının bir istisnası olarak sicilli teslimsiz taşınır rehni³ imkanı getirilmek istenmiştir.

- Taşınır mallar üzerinde teslim bağli olmayan rehin kurulabilme imkanı sadece Kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından getirilmiştir. Bugün için bir sicile tescili zorunlu olan taşınır motorlu araçlar ve iş makineleridir.

- Getirilen yeni sistemle, Kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından hem teslim bağli rehin, hem de sicilli teslimsiz rehin kurulabilmek söz konusu olabilecektir.

- MK'nun 940. maddesinin II. fıkrasında yer alan düzenlemede, ayrıntıların tüzükle belirleneceği ifade edilmekle birlikte, çıkarılacak tüzüğün kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek, kanunlara aykırı olmamak üzere çıkarılacağı düşünülürse, çıkarılacak tüzüğün ihtiyaçları karşılamaktan uzak olacağı açıktır. Zira, gerek MK'nun 940/II düzenlemesinde, gerekse trafik sicilinin düzenlendiği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda önemli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Ayrıca, tüzüğün çıkarılıp çıkarılmamasının kanunun uygulanması bakımından etkilerinin neler olacağı, sicilli teslimsiz rehin ile ilgili ayrıntıların yapılacak tüzüğe bırakılmış olmasının doğurabileceği sakıncalar ve nihayet söz konusu tüzükte

³ Literatürde, taşınır ipoteği kavramı, teminat olarak gösterilen taşınırın aleniyeti sağlamak amacıyla bir sicile kaydedilmesi durumunda sicilli taşınır (menkul) rehni olarak ifade edilmektedir (Bkz. REİSOĞLU SEZA: Menkul İpoteği, "Teslimsiz Menkul Rehni", Ankara 1965, (Reisoğlu, İpotek), 7; CANSER EROL : Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt:I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967, 13-14).

hangi hususlara özellikle yer verilmesinin gerekli olduğu konusu üzerinde durulması gereken diğer önemli noktalaradır.

A) Sicilli Taşınır Rehni

a) Sicilli Taşınır Rehni Kavramı, Kavramın Taşınır Rehni Sistemi İçindeki Yeri ve Sicilli Taşınır Rehnine İlişkin Düzenleme İhtiyacının Temel Gerekçeleri

Türk teminat hukuku'nda taşınırın rehnine ilişkin olarak kabul edilen temel ilke teslim bağli rehin ilkesidir. Bununla, taşınırın alacaklıya teslim edilmek suretiyle alacağın teminatı olan rehin hakkının tesis edildiğı ve borç ödenmediğı takdirde, rehin hakkı sahibine söz konusu taşınırı paraya çevirerek alacağını tahsil etme yetkisinin tanındığı taşınır rehni türü kastedilmektedir. Ne var ki, Türk taşınır rehni hukukuna hakim olan bu katı teslim bağli rehin ilkesi, özellikle ekonomik değeri büyük olan taşınırın rehnedilmesi bakımından ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğundan, doktrin ve uygulamada büyük eleştiriler almış ve özellikle Yargıtay uygulamasında, bu ilkenin dolanılmasına yönelik kredi yaşamında gerçekleşen girişimler rehlin ayakta tutulması yönünde bir yaklaşım görmüştür. Nitekim, rehin konusu aracın borçlunun bir yakınına yed-i emin olarak bırakıldığı ve bu kişinin de söz konusu aracı rehin borçlusuna bıraktığı ve rehinli aracın borçlunun fiili egemenliğinde bulunduğu sırada borçlunun diğer alacaklıları tarafından haczedildiğı bir olayda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴, rehinli alacaklının menfaatlerini borçlunun diğer alacaklılarına göre daha üstün tutmuş ve rehlin ayakta tutulması yönünde bir yaklaşım benimsemiştir⁵.

Sicilli taşınır rehni sistemi de, taşınırın teslim bağli rehnedilebileceğine ilişkin genel ilkenin, ihtiyaçların yönlendirmesiyle bazı taşınır bakımından terkedildiğı⁶ ve taşınır üzerinde teslimsiz rehlin (ku-

⁴ 13.11.1996 tarih ve 19-609 Esas/764 Karar (Karar yayımlanmamıştır. Ancak oldukça uzun olan bu kararın metninin önemli bölümlerine Erden Kuntalp'in aşağıda dn.5'de belirtilen makalesinden ulaşılabilir).

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTALP E.**: Yargıtay'ın Nesnel Teminatla İlgili Olarak Taşınır Rehninin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı İle Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin İki Kararının Hukukî Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIV (4-5 Nisan 1997), Ankara 1997, s. 3 vd.; **ÖĞÜZ TUFAN** Motorlu Araçların Rehnine İlişkin Uygulamanın Kamuya Açıklık (Aleniyet) İlkesi Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 693 vd; Ayrıca bkz. **REISOĞLU SEZA** : Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara 2002 (Reisoğlu, Şerh), s. 602 vd.; İsviçre doktrinde sicilli rehin sisteminin gerekliliğı konusunda bkz. **GIRSBERGER DANIEL**: Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?, SJZ 93 (1997), 97 vd. ve özellikle 104 vd.

⁶ Medeni Kanunumuzun 940/II maddesinde getirilen düzenlemeden, "kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde rehlin kurulabilmesi

rucu nitelikteki) bir sicile kaydedilmek suretiyle kurulabildiği bir taşınır rehni türüdür⁷. Bir başka ifadeyle, teminat olarak gösterilen taşınırın aleniye-ti sağlamak amacıyla bir sicile kaydedilerek rehnedilebildiği hallerde sicilli taşınır rehni söz konusu olmaktadır⁸.

Taşınırlar üzerinde rehlin taşınırın sicile kaydedilmesi suretiyle ya da sicile kaydedilmeksizin teslimsiz olarak kurulabilmesi imkanının tanınması, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, uygulamada karşılaşılan ihtiyaçların bir sonucudur⁹. Gerçekten de, bir taşınırı krediyle satın alanın, aldığı kredi karşılığında satın aldığı taşınırı teminat olarak göstermesi, kredi verenin de açtığı kredi karşılığında aynı bir teminata sahip olması, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması açısından uygun bir çözümdür. Hiç şüphesiz, kredi veren, açtığı kredinin karşılığı olarak bir teminata sahip olmalıdır. Bu noktada, ihtiyaçları karşılamaktan uzak olan husus, rehlin geçerliliği için, taşınır malın vasıtasız zilyetliğinin alacaklıya devredilmesinin zorunlu olmasıdır. Zira, Türk Medeni Kanun Koyucusu'nun taşınırlar üzerinde rehlin kurulabilmesi açısından benimsediği temel ilke olan teslimle bağlı rehin ilkesi, taşınırın vasıtasız zilyetliğinin alacaklıya devrini öngörmekte ve borçluyu taşınırın kendisine sağladığı faydalardan mahrum bırakmaktadır. Bu durum, taşınır maliki kredi borçlusunun malından yararlanamaması bir yana, belki de o taşınırı çalıştırarak elde edeceği gelirle borcunu ödemeyi düşünen borçlunun, borcunu ödeyememesi sonucunu doğurur ki, bunun kredi alan borçlu açısından uygun bir çözüm olmadığı açıktır. Zira, teslimle bağlı rehin ilkesi, alacaklıyı, açtığı kredi dolayısıyla yeterli teminata ve bu bağlamda borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda taşınırı paraya çevirterek, satış bedelinden alacağını elde etme imkanına kavuştururken, borçluyu, taşınırın maliki olması nedeniyle sahip olması gereken ekonomik değerden mahrum bırakmaktadır.

bakımından teslim şartlı rehin ilkesinin terkedilmediği, buna ilave olarak sicilli taşınır rehni ilkesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır (Bu konuda ayrıca bkz. ilerde I, B, b), aa)).

⁷ Bkz. **ZOBL DIETER**: Berner Kommentar, Das Fahrnispfand, Bern 1982, Systematischer Teil, Nr. 363; **CANSEL**, 13 vd; **REISOĞLU**, İpotek, 7.

⁸ Literatürümüzde sicilli taşınır rehni, taşınır ipoteği kavramından sicile tescil edilmesi yönüyle ayrılmaktadır. Zira, taşınır ipoteği, taşınır rehнинin, taşınır sicile kaydedilmeden ve rehin verilenin zilyetliğinde kalması kaydıyla kurulabildiği türünü ifade etmektedir (bkz..**CANSEL**, 13-14; **REISOĞLU**, İpotek, 7).

⁹ İsviçre Hukuku için bkz. **ALTORFER P.**: Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Zürich 1981, özellikle 29 vd.; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf 2002, 1062. **WIEGAND W.**: Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: Mobiliarsicherheiten, Berner Bankrechtstag 1998, Band 5, Bern 1998, 109 vd.

İşte bu ve benzer nedenlerle, modern hukuk sistemlerinde, taşınır ipoteği, sicilli teslimsiz rehin ilkesi ve taşınır teminatlarının kayda geçirilmesine yönelik çabalar¹⁰ giderek artmaktadır. MK m.940/f.II'deki düzenleme, bu çabaların, hukukumuzdaki bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

B) Kanun Gereğince Bir Sicile Tescili Zorunlu Olan Taşınır Mallar Üzerinde Rehni Kurulması

a) Genel Olarak:

MK'nun 940. maddesinin II. fıkrasında "*kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar*" üzerinde "*zilyetlik devredilmeden*" de, "*taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle*" rehin kurulabileceği ifade edilmektedir. Bu noktada, söz konusu hükmün uygulanma alanının belirlenebilmesi açısından "*kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar*"'ın neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Literatürde de ifade edildiği gibi¹¹,¹² bununla teslimsiz sicilli rehin imkanı getirilmek istenen taşınır mallar esas olarak¹³ motorlu taşıt araçlarıdır¹⁴. Zira, 2918

¹⁰ Bu konuda bkz. **BERGER BERNHARD**: Registrierung von Mobiliarsicherheiten, ZBJV, Band 118, 2002, 197 vd.; Taşınırlarda teslim bağli rehin ilkesinin eleştirisi ve bu konudaki alternatif öneriler için bkz. **GIRSBERGER**, s.97-109.

¹¹ **OĞUZMAN KEMAL/ SELİÇİ ÖZER**: Eşya Hukuku, İstanbul 2002, 768; **SEROZAN RONA**: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, 275; **REISOĞLU**, Şerh, 602 vd.

¹² Söz konusu düzenleme öncesinde de, gerek literatürde, gerek Yargıtay uygulamasında motorlu taşıt araçları bakımından bu şekilde bir düzenlemenin gereğine işaret edilmekteydi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTALP**, 3 vd.; **ÖĞÜZ**, 693 vd.; Ayrıca bkz. **REISOĞLU**, Şerh, 602 vd.

¹³ Bununla birlikte hukukumuzda "*kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar*" sadece motorlu araçlarla sınırlı değildir. Nitekim, 2918 sayılı KTK'nun 22. maddesinde motorlu araçlar dışında sicile tescili zorunlu olan araçlar ve tescil işlemini yapmaya ve tescil belgesi vermeye yetkili kuruluşlar sayılmıştır. Bu araçlar içerisinde özellikle iş makineleri özel ve önemli bir yer tutmaktadır. Bu itibarla, çalışmamızda her ne kadar motorlu araçlar üzerinde rehin kurulması ön plana çıkarılmış ise de, iş makinelerinin de kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar arasında yer aldığı ve MK 940/II'nin uygulama alanına dahil olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

¹⁴ Hukukumuzda MK'nun 940/II maddesi öncesinde de, bazı taşınırlar bakımından sicile tescil edilmek suretiyle teslimsiz rehin imkanı mevcuttu. Nitekim, mevzuatımıza göre, gemiler (Türk Ticaret Kanunu m.875 vd.), uçaklar (Sivil Havacılık Kanunu m. 69 vd.) ve hayvanların (MK m.940/I) özel sicillerine tescil edilmek suretiyle zilyetlik devredilmeden de rehnedilebilmeleri mümkündür. Aynı şekilde, bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan taşınır mallar (menkul işletme tesisi) (Ticari İşletme Rehni Kanunu m.3/I-b) üzerinde de teslim ihtiyacı duyulmaksızın rehin kurulabilir. Bunun yanında hukukumuzda, maden cevherleri üzerinde teslimsiz rehin hakkı (3213 sayılı Maden Kanunu m.39), çiftçi malları

sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 19 vd. maddelerinde¹⁵ araç sahiplerine araçlarını yönetmelikte belirtilen esaslar çerçevesinde tescil ettirmeleri ve tescil belgesi alma zorunluğu getirilmiş (m.19/f.I), tescil edilmiş araçlar üzerinde mülkiyetin devrini amaçlayan (KTK'nunda satış ve devir ifadesi kullanılıyor) her türlü hukuki işlemin noterlerce yapılacağı öngörülmüş ve noterce yapılmayan bu tür işlemlerin geçersiz olacağı ifade edilmiştir (m.20/d).

b) Kanun Gereğince Bir Sicile Tescili Zorunlu Olan Taşınır Mallar Üzerinde Rehnin Kurulması

aa) MK m. 940/II ile Yaratılan İkili Sistem

MK'nun 940/II maddesinin lafzından, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde rehin kurulabilmesi bakımından

üzerinde kanuni teslimsiz rehin hakkı (TÇ. Ziraat Bankası Kanunu m.42), Tarım Kredi Kooperatifleri ve Tarım Satış Kooperatiflerinin ortaklarının ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili makine ve araçları üzerinde teslimsiz rehin hakkı (Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m.13; Tarım Satış Kooperatifleri ve Birliklerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameni Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m.20); umuma açık yerlerin işletilmesinden doğan amme borçları için bu yerlerdeki eşya üzerinde rehin hakkı (Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 12) söz konusudur.

¹⁵ 2918 Sayılı KTK'nun "Tescil belgesi alma zorunluluğu" başlığını taşıyan 19. Maddesine göre, "Araç sahipleri araçlarını yönetmelikte belirtilen esaslara göre yetkili kuruluşa tescil ettirmek ve tescil belgesi almak zorundadırlar." Söz konusu Kanunun 20/d (Değişik : 21/5/1997-4262/2 md.)maddesine göre ise, "Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, aracın motorlu taşıtlar vergisi borcu bulunmadığına dair belgenin ibrazı halinde araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlerce yapılır.

Bu satış, noterlerce tescil belgesine tarih konularak ve tasdik edilmek suretiyle işlenir. Ayrıca, tescil edilmiş araçların satış ve devir işlemleri noterler tarafından siciline işlenmek üzere işlemin tamamlanmasını müteakip en geç onbeş iş günü içinde ilgili tescil kuruluşu ile vergi dairesi müdürlüğüne bildirilir. Noterlerin vergi dairesi müdürlüklerine satış işlemlerini bildirmesi üzerine intikal eden araçların vergi kayıtları, satış sözleşmesinin düzenlendiği tarih itibarıyla, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu hükümleri uyarınca önceki malikin vergi mükellefiyetine son verilir. Ayrıca, yeni malik adına vergi mükellefiyeti tesis edilir.

Tescil sürelerini geçirdiği tespit edilen araçlar trafikten men edilir. Aracın trafikten men edildiği yer tescil kuruluşunda, aracın alıcı adına tescil işlemleri yaptırılır. Bu süre içinde araçta veya taşınan yükte meydana gelecek zararlar, yeni araç sahibine aittir.

Noterce yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir."

KTK'nun 20/e maddesinde ise, "Tescilli araçları satın veya devir alanlar, gerekli bilgi ve belgeleri sağlayarak ilgili tescil kuruluşundan bir ay içinde adlarına tescil belgesi almak zorundadırlar."

hem sicilli teslimsiz rehin, hem de teslim bağli rehin kurabilmenin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Zira, madde metninde yer alan “zilyetlik devredilmeden de” ifadesi sicilli taşınır lar bakımından, bu şekildeki bir ikili sisteme imkan verir bir nitelik taşımaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi, uygulamada büyük sorunları ortaya çıkarabilecektir. Getirilen bu düzenleme, bir taraftan motorlu taşıtlar bakımından teslim bağli rehin sisteminin sakınca ve güçlüklerini ve eski MK döneminde yaşanan tartışmaları ve yargı kararlarındaki zorlama yorumları¹⁶ bu döneme taşımış olacak, diğer taraftan da, mevcut sistemin alt yapısının oluşturulmamasından ve özellikle 2918 sayılı KTK'nun öngörülen sistemle uyumlu hale getirilmemesinden kaynaklanabilecek sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Ayrıca, söz konusu düzenlemeyle getirilen sistem, bir motorlu araç üzerinde aynı anda iki farklı şekilde rehin kurulmasına engel teşkil edecek bir kural içermediğinden, örneğin motorlu taşıt üzerinde aynı gün, hem teslim bağli rehin hem de teslimsiz rehin kurulduğunda, rehin hakkının sırasının ne şekilde belirleneceği gibi çözümlenmesi gereken oldukça önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

MK 940/II ile getirilen düzenlemenin yaratabileceği sakıncaların ortadan kaldırılması yönünde atılabilecek en önemli adımlardan biri, madde metninde yer alan “zilyetlik devredilmeden de” ifadesindeki “de” nin metinden çıkarılması olmalıdır¹⁷. Aksi halde bu ikili sistem, kredi yaşamını altüst edecek derecede büyük sorunları doğurabilecektir¹⁸.

bb) Sicilli Teslimsiz Taşınır Rehni

aaa) Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi sicilli taşınır rehni sistemi, taşınır ların teslim bağli rehnedilebileceğine ilişkin genel ilkenin, ihtiyaçların yön-

¹⁶ Bu konuda bkz. KUNTALP, 3 vd.; ÖĞÜZ, 693 vd.

¹⁷ Bu durum MK tasarısında bulunmayan ve son anda bankaların baskısıyla metne dahil edilen bu hükmün, fazlaca düşünülmeden kaleme alındığını ve madde metnine dahil edildiğini göstermektedir. Aynı şekilde, madde metninde yer alan bazı ifadeler de başarılı bir şekilde seçilmiş değildir. Nitekim, söz konusu 940/II maddesinde “...kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir...” Burada söz konusu olan basit bir yazılım işlemi değildir. Yapılan bu işlemle motorlu araç üzerinde rehin hakkı kurulmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı (ve olması gerektiği) kadarıyla sicilde yapılan bu işlem kurucu niteliktedir. Dolayısıyla yapılan işlemin sicile basit bir yazılım değil, aynı hakkın doğumuna yol açan bir işlem olduğunu daha açık bir şekilde vurgulayan “tescil” kavramının kullanılması daha isabetli olurdu (tescil kavramı ve türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL MEHMET: Şekli Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1994, 265 vd.).

¹⁸ Aynı yönde bkz. SEROZAN, 275;

lendirmesiyle bazı taşınırılar bakımından kanunen özel olarak öngörüldüğü ve taşınırılar üzerinde teslimsiz rehnin bir sicile kaydedilmek suretiyle kurulabildiği bir taşınır rehni türüdür. Söz konusu taşınır rehni türü, Türk Medeni Kanun Koyucusu tarafından, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçların bir sonucu olarak, ekonomik değeri yüksek taşınır malların özellikle motorlu taşıtların, sadece teslim bağli olarak rehnedilebilmelerinin uygulamada yarattığı sakıncaları gidermek amacıyla hukukumuzda kazandırılmıştır. Türk hukukunda mevcut düzenlemeler çerçevesinde, bugün için resmi sicile tescili zorunlu olan taşınırılar “motorlu araçlar”, ilgili sicil de “Trafik Sicili”dir. Bu itibarla, inceleme konumuz açısından trafik sicili kavramı büyük önem taşımaktadır. Trafik sicilinin, motorlu taşıtların tescil edildiği resmi sicil olması nedeniyle, söz konusu sicilinin niteliği ve işlevleri üzerinde durulması, bu bağlamda, motorlu taşıtların tescili açısından, söz konusu sicilin kurucu mu, yoksa açıklayıcı mı olduğunun ve bu sicillerin motorlu taşıt aracı üzerindeki aynî hakkı ve hak sahibini tayinde ne gibi fonksiyonlar icra ettiğinin belirlenmesi son derece önemlidir.

bbb) Trafik Sicili:

aaaa) Genel Olarak Resmi Sicillere Tescilin İşlevleri

Resmi sicillere tescilin kurucu ve açıklayıcı olmak üzere iki temel işlevi söz konusudur¹⁹. Resmi sicillere tescilin kurucu işleviyle, bir hakkın doğumu veya bir hukuki sonucun geçerli olarak hüküm doğurmasının ancak ilgili sicile tescil ile mümkün olması ifade edilmektedir. Örneğin, hukukumuzda, taşınmazlar bakımından, kanunda belirtilen bir takım istisnai durumlar hariç taşınmazlar üzerindeki her türlü ayni hak, tapu siciline tescil ile doğar ve sınırlanır.

Resmi bir sicile tescilin kurucu bir işlev taşımasının iki önemli hükmü mevcuttur. Bunlardan ilki, söz konusu sicillere tescilin olumsuz etkisi olarak da ifade edilen hükmüdür. Buna göre, kanunen ayırık tutulan bazı haller hariç, resmi sicile tescil olmadan ayni hak doğmaz. Resmi sicillere tescilin kurucu etkisinin diğer bir hükmü ise, tescile güvenin korunması, tescil edilmiş her ayni hakkın geçerli olarak varlık kazandığının kabul edilmesi anlamına gelen olumlu hükmüdür. Buna göre, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından, yolsuz dahi olsa tescilin olumlu hükmü mutlak, iyiniyetli kişinin güveni korunur. Nitekim resmi bir sicil olan tapu sicili açısından her iki hükmün de mevcut olduğu görülmektedir.

Resmi bir sicile tescil, bazı durumlarda ya da bazı siciller bakımından, açıklayıcı bir işleve sahip olabilir. Tescilin açıklayıcı olması, ayni hakkın

¹⁹ Bu konuda özellikle bkz. ERTAŞ ŞEREF, Trafik Sicilinin Hukuki İşlevleri, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 1982, Sayı 1, Sayfa 13 vd.; Tescil işleminin kurucu ve açıklayıcı niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, 266-267.

sicil dışı kazanıldığını gösterir. Tescil ile aynı hakka aleniyet kazandırılmak istenir²⁰. Bazı resmi siciller bakımından o sicile tescilin işlevi daima açıklayıcı niteliktedir. Bu sicillere tescilin, resmi bir sicil olan tapu siciline tescilde olduğu gibi olumlu ya da olumsuz hükmü söz konusu değildir. Bir başka ifade ile bu sicile kaydedilmeden de aynı hak doğabilir ve bu tür sicillerin içerdikleri hususlar kural olarak güven ilkesinden yararlanmaz²¹. Ne var ki, bu tür siciller, aksi ispatlanıncaya kadar, içeriklerinin doğruluğu hakkında karine teşkil ederler (MK.m.7).

bbbb) Trafik Sicilinin ve Bu sicile yapılan Tescil İşleminin Niteliği ve İşlevleri

Resmi sicillerin işlevleri ile ilgili olarak yaptımız bu genel açıklamalar çerçevesinde, öncelikle, trafik sicilinin yürürlükteki mevzuatımız açısından kurucu işleve sahip bir sicil olmadığını, trafik siciline yapılan tescil işleminin motorlu araç üzerindeki mülkiyet hakkının geçişi bakımından açıklayıcı nitelikte bir tescil olduğunu belirtmek gerekir.

Her ne kadar, trafik sicili, motorlu taşıtların tescil edildiği ve bu bağlamda MK'nun 940/II maddesinin uygulanma alanında bulunan ve motorlu kara taşıt aracı olarak adlandırılan taşınır malların KTK'nın 19 vd. maddeleri gereğince zorunlu olarak tescil edildikleri bir sicil olsa da, söz konusu sicile yapılan tescil, resmi bir sicil olan tapu siciline tescilden farklı işlevlere sahiptir.

Gerçekten de, trafik siciline yapılan tescil, motorlu araç üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılması ya da kaybı yönünden kurucu bir nitelik taşımaz. Bu itibarla, trafik sicili bakımından tescilin olumsuz hükmü, daha açık bir ifade ile resmi sicile kayıt olmadan aynı hakkın doğmayacağı, bu nedenle sicile düşülen kaydın kurucu olduğu ileri sürülemez. Zira, KTK'daki mevcut düzenlemelerin amacı, söz konusu tescilin kurucu olduğunu belirlemekten çok, belirli bir ekonomik değer oluşturan motorlu kara taşıtları ile ilgili işlemlerin takibine imkan vermek, araç devirlerinde yaşanan birtakım mağduriyetleri önlemek ve özellikle vergilendirmede yaşanan aksaklıkları gidermektir²². Bu nedenle, trafik sicili araç üzerindeki mülkiyet hakkını ke-

²⁰ Açıklayıcı tescil konusunda bkz. ÜNAL, 266-267.

²¹ ERTAŞ, 14.

²² Nitekim, 2918 sayılı KTK'nun 4199 sayılı Kanunla değişik 20/d maddesinin gerekçesinde bu hususta aynen şu ifadeler yer verilmektedir; "Noterlerce yapılan araç satışı sonrasında, satın aldığı aracını bir ay içerisinde adına tescil ettirmek zorunluluğu bulunmasına rağmen birçok kişi bu gereği yerine getirmemektedir.

Bunun sonucu olarak, araç vergileri, kaza tazminatları gibi cezalar, eski sahibi adına gelmekte bu durum ise vatandaşın mağduriyetine sebebiyet vermektedir.

Yapılan düzenleme ile, noterlere yaptıkları satışı tescil kuruluşuna bildirmekle birlikte aracın kayıtlı olduğu vergi dairesine de bildirme yükümlülüğü getiril-

sin olarak belirleyen bir sicil değildir. Trafik sicilinde kayıtlı gözüken kimse, her zaman aracın maliki olmayabilir. Sicildeki kaydın aksine, bir üçüncü kişi mülkiyete sahip olabilir²³. Zira, KTK'daki bu düzenlemeye rağmen, motorlu araç üzerindeki mülkiyet hakkı zilyetliğin devri suretiyle geçer. Noterde yapılan işlem borçlandırıncı işlem niteliğindedir. Bu itibarla rehin hakkı açısından meseleye bakıldığında, mülkiyetin sicile tescille geçmediği bir durumda, rehin hakkını sicile kayıt ile kurabilmenin de mümkün olmaması gerekir²⁴.

Ne var ki, MK'nun 940/II maddesi incelendiğinde, düzenlemenin lafzından sicile kaydın rehin hakkının kurulması bakımından, kurucu nitelikte olduğu sonucu çıkmaktadır²⁵. Zira maddede "taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir" denilmektedir. Dolayısıyla, getirilen yeni sistemle, motorlu taşıtlar bakımından mülkiyet, zilyetliğin nakliyle geçerken, eğer sicilli teslimsiz rehin sistemi tercih edilmişse (MK 940'da yaratılan ikili sistem gereği) rehin sicile tescille kurulmaktadır. Bu ise hiç şüphesiz içinden çıkılmaz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Esasen sicilli rehin sistemi getirilecek ve bu sisteme işlerlik kazandırılacaksa, söz konusu sicilli rehin sistemi açısından doğru ve beklentilere uygun olan, rehin tescil ile kurulmasıdır. Ne var ki, bunun sağlanabilmesi, rehin hakkının kurulmasının mülkiyetin kazanılmasıyla paralellik arzemesi durumunda söz konusu olabilir. Aksi taktirde mülkiyet zilyetliğin devri ile geçerken, rehin hakkının tescil ile kurulması çeşitli aksaklıklara sebebiyet verebilir. Bu noktada, KTK'nda gerekli değişiklikler yapılarak, söz konusu sicile tescilin mülkiyet hakkının geçişi bakımından da kurucu nitelikte olmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekir.

miş,dolayısıyla tüm kayıtların yeni alıcı adına gıyabında yapılması sağlanarak vatandaşın mağduriyeti giderilmiştir" (T.B.M.M. Tutanak Dergisi, 9 uncu Birleşim, 17.10.1996 Perşembe).

²³ **EREN FIKRET**: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, İstanbul 2001, 672; **TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 531; Nitekim, KTK'nun 20/d maddesinde motorlu aracın mülkiyetin devrini amaçlayan işleme noterlerce resmîyet kazandırılacağı ve keyfiyetin ilgili noterce trafik sicili ve vergi dairesi müdürlüğüne bildirileceği ifade edilmektedir. Söz konusu Kanunun 20/e maddesinde de aracın yeni malikine ilgili tescil kuruluşundan bir ay içinde tescil belgesi alma zorunluluğu getirilmektedir. Dolayısıyla en azından bu bir aylık süre içerisinde trafik sicilindeki malik ile gerçek malik birbirinden farklı kişiler olabilecektir. Zira, sicile tescil kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.

²⁴ Bu konuda bkz. **KUNTALP**, Tartışmalar, 26;

²⁵ Nitekim, sicilli teslimsiz taşınır rehni (Registerpfandrecht) sisteminde sicile tescilin kurucu bir anlam (konstitutive Bedeutung) taşıması esastır. Sicile tescil, teslime bağlı rehinde zilyetliğin sağladığı aleniyeti sağlar (bkz. ve karş. **ZOBL**, Systematischer Teil, Nr. 363;).

MK'daki yeni düzenlemenin doğurabileceği en önemli sakıncalardan biri de, trafik sicilinin aleniyeti noktasında ortaya çıkacaktır. Zira, trafik sicili, aleni bir sicil değildir²⁶. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir sicilin aleni olması, o sicilin, ilgisi olan herkes tarafından incelenebilmesi anlamına gelir. Bunun doğal bir sonucu olarak, ilgisi olduğu halde sicili incelemesi gerekirken bunu yapmayan kişi, gerekli özeni göstermemiş duruma düşer. Bu durumdaki bir kişi sicildeki kaydı bilmediği gerekçesiyle iyiniyet iddiasında bulunamaz. Nitekim, tapu sicili bakımından bütün bu hususlar MK'nun 1020. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Trafik sicili ise tapu sicili gibi aleni bir sicil değildir²⁷. İlgisi olan herkesin trafik sicilini inceleme imkanı olmadığı gibi, böyle bir yükümlülüğü de mevcut değildir²⁸. Ne var ki, motorlu taşıtlar üzerindeki aynı haklarla ilgili iyiniyet iddiaları değerlendirilirken, trafik sicili ile motorlu taşıt tescil belgesini bir arada ele almak gerekir. Bu itibarla, iyiniyet iddiaları, ancak trafik sicilindeki kaydın, motorlu araç tescil belgesine yansıdığı oranda bir anlam ifade edecektir²⁹. Zira, KTK'nun 19 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerde aracın yetkili kuruluşa tescil ettirilmesi ve motorlu araçla ilgili tescil belgesi düzenlenmesi genel olarak birarada mütalaa edilmiştir. Tescil belgesi, KTK'daki mevcut düzenlemeler çerçevesinde maliki göstermek yanında, noterlerin resmiyet kazandırdıkları borçlandırıci işlem ile trafik sicilindeki açıklayıcı nitelikte tescil aşaması arasında bir irtibat belgesi ve iyiniyet iddialarını büyük ölçüde engelleyecek bir belge niteliğinde kabul edilmiştir.

Nitekim bu nedenledir ki, Oğuzman /Seliçi³⁰, KTK'nun 20/d maddesi karşısında, tescil belgesi olmayan bir zilyedden, trafik siciline tescil edilmiş bir aracın mülkiyetini iyiniyet ile kazanma imkanı bulunmadığını³¹ ve motorlu araçlar bakımından zilyetliğin aleniyet sağlamayacağını ifade etmekle, bu hususa açıkça işaret etmektedirler.

O halde, trafik sicilinin aleniyeti ve sicile güvenin korunmasıyla³² ilgili sorunları aşabilmek için, KTK'daki trafik sicili ve tescil belgesi ile ilgili

²⁶ Nitekim, Serozan (s.275), trafik sicilinin taşınırlarda zilyetliğin yerini alacak bir aleniyet fonksiyonunun bulunmadığına işaret ederek, MK'nun mevcut 940/II düzenlemesinin kredi yaşamını alt üst edecek derecede sakıncalı ve sisteme aykırı bir durum yaratabileceğini belirtmektedir.

²⁷ SEROZAN, 275; KUNTALP, Tartışmalar, 27.

²⁸ ÖĞÜZ, 720 vd.

²⁹ Aynı yönde bkz. ÖĞÜZ, 721.

³⁰ bkz. OĞUZMAN/SELIÇİ, 539 ayrıca s. 47, dn.2; Ayrıca bu konuda bkz. ve karş. ÖĞÜZ, 718.

³¹ Aynı yönde ÖĞÜZ, 718.

³² Sicile güvenin korunması, tescil edilmiş olan her ayni hakkın geçerli olarak varlık kazandığının, her bir tescilin bir ayni hakkı karşıladığının kabul edilmesi ve iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından sicile güvenin korunması anlamına gelir. Si-

düzenlemelerde önemli değişikliklere gitmek ve MK'nun 940/II maddesinin işlerliğini sağlayacak şekilde bir sistem oluşturmak gerekir. Hiç şüphesiz bu sistemin başarıya ulaşabilmesi, öncelikle, sicile tescili zorunlu taşınır mallar bakımından MK 940/II ile yaratılmış olan ikili sistemin ortadan kaldırılması kaydıyla mümkün olabilir.

Bize göre, bu noktada öncelikle belirlenmesi gereken husus, trafik sicilinin, mevcut durumuyla, motorlu araç üzerinde rehin hakkının kurulması ve devamı açısından, aleniyet ve sicile güvenin korunması gibi işlevleri yerine getirip getiremeyeceğidir. MK'nun 940/II maddesi incelendiğinde, söz konusu maddeyle getirilen düzenlemenin, esasen trafik sicili hedef alınarak kaleme alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Zira, MK'nun mevcut düzenlemesi motorlu taşıt araçları üzerinde rehin kurabilmek bakımından, trafik sicili dışında başka bir motorlu taşıt rehni sicilinin kurulmasını öngörmemekte, bu konuda bütün işlevi trafik siciline yüklemiş gözükmektedir. İlgili düzenlemede "taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle" ifadesine yer verilmesi bu durumu açıkça göstermektedir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, trafik sicili, motorlu araç ile ilgili borçlandırıcı işleme resmiyet kazandırılan ve tapu sicili gibi borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin birbiri ardına gerçekleştirildiği bir sicil değildir. Motorlu araçlarla ilgili borçlandırıcı işleme resmiyet, KTK'nun 20/d maddesi gereğince noterlerde kazandırılmaktadır. Bu noktada KTK'nun 20/d maddesini motorlu araçlar üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin işlemleri, ezcümle rehin sözleşmesi yapılmasını da kapsayacak şekilde anlamak, düzenlemenin mevcut hali esas alındığında maddenin kapsamını amacını aşar bir şekilde genişletmek anlamını taşıyacaktır³³. Zira, KTK'nun 20/d maddesinde "tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri" ifadesiyle, satım, bağışlama gibi mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler kastedilmektedir. Bu nedenle, rehin sözleşmesi gibi, motorlu araçlar üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin işlemlerin, KTK'nun 20/d maddesinde öngörülen resmi şeklin kapsamı dışında kabul edilmesi gerekir³⁴. Bu noktada MK'nun 940/II maddesinde yer alan düzenleme sonrasında KTK'nun 20/d maddesinin ne şekilde değerlendirilmesi gerekeceği üzerinde durulması gereken başka bir konudur. Kanun koyucunun MK m. 940/II'de getirdiği düzenlemeden trafik sicilinin kapsamına motorlu araç üzerindeki rehin hakkı kurulmasına ilişkin

cile güvenin korunması, herşeyden önce, sicilin aleni olmasını, sicilin aleni olması da söz konusu sicilin daima gerçek durumu yansıtmayı zorunlu kılar.

³³ Aynı yönde, ÖĞÜZ, 700.

³⁴ Bununla birlikte Literatürde OĞUZMAN/ÖZ (Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, s.115, dn.346a) tarafından, KTK'nun 20/d maddesinde yer alan "tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri" ifadesinden hareketle motorlu araç rehinine ilişkin sözleşmelerin de resmi şekilde düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.

*Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin 1. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni)
Üzerine*

işlemleri de dahil etmek istediği anlaşılmaktadır³⁵. Ne var ki, bu düzenleme çerçevesinde motorlu taşıtlarla ilgili rehin sözleşmelerinin resmi şekilde noterlerce düzenlenmesi gerektiğini ve MK. m. 940/II'nin, KTK 20/d maddesini değiştirdiğini söylemek, kanaatımızca oldukça zorlama bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada, KTK'nın ilgili düzenlemelerinde önemli değişiklikler yapılmasının gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu cümleden olmak üzere, trafik sicili, sicilin aleniyeti, tescilin hükmü, rehin sözleşmesinin şekli, rehin hakkının kurulması ve sona ermesi gibi konulara mutlaka kanun seviyesinde açıklık getirilmesi, motorlu taşıtlara ilişkin her türlü taahhüt (satım, rehin sözleşmesi vs.) ve tasarruf işlemlerinin trafik sicilinde gerçekleştirilmesi³⁶, bu işin MK 940/II'de belirtilen tüzüğe bırakılması gerekmektedir. Zira tüzüklerin Anayasa'nın 115. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, "kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak" kaydıyla çıkarılabileceği gözden uzak tutulmamalıdır³⁷.

Bu çerçevede, trafik sicilinin aleniyeti sağlayacak bir sicil haline getirilmesinde, elektronik trafik sicilinin³⁸ oluşturulması büyük katkı sağlayacaktır. Zira, ilgililerin bu sicildeki gerekli bilgilere çok kısa sürede ulaşabilmesi aleniyetin sağlanması açısından son derece önemlidir³⁹. Böylelikle resmi sicillere kolay ulaşımı sağlayacak elektronik resmi siciller ağının oluşturulmasına da öncülük edilmiş olacaktır.

C) Rehnin Kurulmasına İlişkin Diğer Hususların Tüzükle Düzenlenmesi

MK'nun 940/II maddesinin son cümlesinde, rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususların tüzükle belirleneceği ifade edilmektedir. 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 22 maddesi gereğince tüzüğün MK'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 1.1.2002

³⁵ Kanun koyucunun MK m. 940/II'de getirdiği düzenlemenin, trafik sicilinin kapsamına motorlu araç üzerindeki rehin hakkı ve bu hakkın kurulmasına ilişkin işlemleri de dahil ettiği yolunda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, 768.

³⁶ Hiç şüphesiz bütün bu hususlar, MK 940/II'de yer alan "zilyetlik devredilmeden de" ifadesindeki "de"nin metinden çıkarılmak suretiyle motorlu taşıtlar bakımından maddede öngörülen ikili sistemin terkedilmesiyle bir anlam taşıyabilir.

³⁷ Bu konuların tüzükle düzenlenmesi konusunda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, 768-769.

³⁸ Taşınır teminatlarının elektronik sicile geçirilmesi konusunda bkz. GIRSBERGER, 107.

³⁹ Bu noktada söz konusu elektronik sicil kayıtlarından, rehin sözleşmesinin (ve varsa diğer teminat sözleşmelerinin) tarihi, türü, borçlu ve alacaklıların kimlikleri gibii teminatın asgari konusunun belirlenebilmesi gerekir (bkz. GIRSBERGER, 107).

tarihinden itibaren bir yıl içinde çıkarılacağı öngörülmekle birlikte, adı geçen tüzük henüz çıkarılamamıştır.

Tüzüğün henüz çıkarılamamış olması, kanunun uygulanması bakımından hiç şüphesiz büyük sorunlar yaratacaktır. Özellikle resmi makamların tüzüğün henüz çıkmaması nedeniyle tescilden kaçınmaları mümkündür. Hiç şüphesiz, tüzüğün çıkmaması, motorlu araç üzerindeki rehin hakkı trafik siciline tescil edilmiş ise, rehlin geçerliliği üzerinde bir etki yapmayacaktır⁴⁰.

Bununla birlikte, söz konusu tüzükle düzenlenecek hususların MK m.940/II düzenlemesine aykırı olamayacağı, ancak bu düzenlemenin kapsamıyla sınırlı olacağı ve kanunun uygulanma alanını genişletecek hükümler içermeyeceği gözden uzak tutulmalıdır. Zira, tüzükler kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabilirler (T.C. Anayasası m. 115). Bu itibarla, MK. 940/II düzenlemesine ilişkin, bu makale kapsamında yaptığımız eleştirilerin büyük bir kısmı kanun düzeyinde ele alınması gereken hususlardır. Bununla birlikte, MK.m.940/II metni kapsamında maddenin uygulanmasına ilişkin hususların, ezcümle rehlin kurulması, tescilin kurucu niteliği, tescilin şekli, rehlin kurulması ve sicile tescili ile ilgili usul ve esaslar gibi hususlara tüzükte yer verilebilir⁴¹. Buna karşılık sicilin aleni olup olmadığı bu tüzükde düzenlenemeyeceği gibi, MK 940/II maddesinin kapsamını daraltacak ya da genişletecek değişiklikler ile trafik sicilinin düzenlendiği KTK'nun 19 vd. maddelerinde değişiklik yapılması gereken hususlara söz konusu tüzükte yer verilemeyecektir. Dolayısıyla bu noktada gerek madde metninde yapılacak değişiklikler gerekse KTK'nun özellikle trafik sicili ile ilgili düzenlemelerinde gerçekleştirilecek düzenlemeler, çıkarılacak tüzük ölçüsünde, hatta fevkinde önem taşımaktadır. Aksi taktirde teslimsiz sicilli taşınır rehnine işlerlik kazandırabilmek mümkün olamayacaktır.

SONUÇ:

MK m. 940/II maddesiyle özellikle motorlu taşıtlar üzerinde teslimsiz sicilli rehin kurabilme imkanı getirilmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, ekonomik değeri yüksek taşınırın ve bu kapsamda özellikle motorlu araçların, ancak teslimle bağlı olarak rehnedilebilmelerinin uygulamada yarattığı

⁴⁰ Bkz. REİSOĞLU, "Medeni Kanun'da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler" adlı metin (Bu konuda bkz. yukarıda dn.2)

⁴¹ Maddede rehlin kurulmasına ilişkin diğer hususların tüzükle belirleneceği ifade edilmektedir. Bu ifadede esasen tüzüğün kapsamını daraltır niteliktedir. Zira, söz konusu tüzükte rehlin kurulması yanında rehlin işleyişi ve sona ermesine ilişkin ayrıntıların da düzenlenebilmesi gerekir. Bu itibarla "rehnin kurulmasına" yerine "rehine" ifadesinin madde metninde yer alması daha isabetli olurdu; Söz konusu tüzükle ilgili olarak ayrıca bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, 768-769.

*Türk Medeni Kanunu'nun 940. Maddesinin 1. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni)
Üzerine*

aksaklıkları gidermek amacını taşımaktadır. Bununla birlikte, sicile tescilli taşınırlarda teslim bağli rehin ilkesi tamamen terkedilmemiş, söz konusu taşınırlar üzerinde teslim bağli rehin kurulabilme imkanı da muhafaza edilmiştir. Bu yeni düzenlemeyle yaratılan ikili sistem kredi yaşamında büyük sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Ayrıca trafik sicili bakımından da yeni düzenlemelerin yapılması ve özellikle bu sicile aleniyet kazandıracak bir sistemin kurulması zorunluluk arz etmektedir. Bu kapsamda, MK 940/II metninden başlayarak, ilgili mevzuatımızda önemli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu noktada atılacak en önemli adımlar, MK.m. 940/II metninde yer alan "zilyetlik devredilmeden de" ifadesindeki "de" nin metinden çıkarılması olmalıdır. Ayrıca, KTK'nun 19 ve devamı maddelerinde yer alan trafik sicili ve motorlu taşıt tescil belgesine ilişkin hükümlerin, motorlu taşıtlar üzerinde teslimsiz sicilli rehin kurulmasıyla ilgili yeni sisteme uyumlu hale getirilmesi ve söz konusu sicilin aynı hakların doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından kurucu nitelikte ve aleni bir sicilin etkilerini doğurabilecek bir niteliğe kavuşturulması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılması zorunludur. Hiç şüphesiz yapılacak bütün bu düzenlemelerin en işlevsel biçimde uygulamaya aktarılmasını sağlamak için, ilgili tüzüğün de en kısa zamanda çıkarılması büyük önem taşımaktadır.

BARO HAKEM KURULLARININ ANAYASAL DAYANAĞI

Mustafa Sencer Kara¹
Av. Mustafa Yaşar Demircioğlu

ÖZET

Liberal düşünce tarzının toplum hayatında giderek önemini artırmasıyla birlikte hukuk düzeninde, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ile sona erdirilmesi fikri savunulmaya başlanılmıştır. Bunun sonucu olarak 02.05.2001 tarih ve 4677 sayılı Kanun'la, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, zorunlu tahkim usulü olarak baro hakem kurullarına devredilmiştir. Mahkemeler üzerindeki iş yükünün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların makul sürede bitirilebilmesi ve konusunda ihtisaslaşmış kurullar önünde uyuşmazlıkların hakkaniyete daha uygun bir şekilde çözümlenebilmesi açısından baro hakem kurullarının, hukuk düzenimize katkılar sağlayacağı ortadadır. Baro hakem kurulları sayesinde ayrıca, avukatlık mesleği ile ilgili olarak mesleki bir oto kontrol ve denetim sistemi de oluşturulmuş olmaktadır.

Baro hakem kurulları, yargısal rol oynayan, adli fonksiyona sahip, görevlerine dahil konularda belli bir yargılama usulü izleyerek, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün, ilam niteliğinde kararlar vermektedirler. Ancak bu şekilde bir yargılama makamı oluşturulurken; Anayasa'da ve temel insan hakları normlarında öngörülen, yargılama makamlarının sahip olması gereken asgari ölçütler göz ardı edilmiş, olağanüstü yargılama makamı niteliğinde bir hakem kurulu oluşturulmuştur. Zira, söz konusu uyuşmazlıklar için getirilen zorunlu tahkim usulü ile devlet mahkemelerinde dava açılmasının önüne geçilmekte ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan; "mahkemeler önünde hak arama hürriyeti" sınırlandırılmaktadır. Aynı şekilde, idari bir işleme dayalı olarak ortaya çıkabilecek ücret uyuşmazlıklarında, Anayasanın 125. maddesi ile güvence altına alınan ve "idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna başvurma hakkını" güvence altına alan temel ilke ihlal edilmektedir.

Baro hakem kurullarının oluşumu, Anayasa'nın 37. ve 142. maddelerinde güvence altına alınan "kanuni (doğal) hakim" ilkesini de ihlal etmekte-

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

dir. Bu ilke; uyuşmazlıkların, kanunla kurulmuş ve kanun gücü ile yetki, görev ve yargılama usulü kuralları düzenleme altına alınmış yargılama makamları önünde çözümlenmesini zorunlu kılmaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kararında, yönetmelik ve tüzük hükümleri ile yargılama makamlarının yetki, görev ve yargılama usulü kurallarının düzenlenmesini kanuni hakim güvencesine aykırı bulmuştur. 4677 sayılı Kanuna göre kurulan baro hakem kurullarının yetki, görev ve yargılama usulü kuralları ise bir yönetmelikle düzenleme altına alınmıştır.

Tarafsız ve bağımsız yargılama yapma yükümlülüğü açısından da baro hakem kurulları ile ilgili olarak ciddi endişeler bulunmaktadır. Hakem kurullarının iki üyesinin avukat olması, baro yönetim kurulları seçimlerindeki siyasi etki ve baskılar, meslek mensupları arasındaki rekabet ve/veya dayanışma duyguları, söz konusu yargılama makamlarının objektif tarafsızlıkları konusundaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Baro hakem kurullarının bu şekilde oluşumu, silahların eşitliği, kanun önünde eşitlik ve kamu hizmetlerinden eşitlikle faydalanma hakları açısından da bazı sorunların doğabileceğinin sinyallerini vermektedir.

Baro hakem kurulları ile ilgili diğer bir eleştiri konusu ise; hakem kurulu kararlarının “esas” yönünden Yargıtay denetimi dışında tutulmasıdır. Hukuk düzeninde, “kanun yollarına müracaat” hakkının varlığından bahsedebilmek için; yüksek yargı yerince yapılan denetimin, alt derece mahkemelerinin hem usul hem de maddi hukuka ilişkin olarak vermiş oldukları kararlara yönelik olması gerekir. Sadece usul kurallarının yerindeliği ile sınırlandırılmış bir denetimin, bu güvencelerin gereklerini yerine getirebilmesi mümkün değildir. Yüksek yargı yerince yapılan denetimin, davadaki konuların esasına yönelik olması gerekir.

Bu çalışmamızda 4677 sayılı Kanun ile oluşturulan baro hakem kurullarının anayasal dayanakları üzerinde incelemeler yapılmış ve temel insan hakları normları ile anayasal ilkeler açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler : Baro, Hakem Kurulu

BARO HAKEM KURULLARININ ANAYASAL DAYANAĞI

I-GENEL GİRİŞ

Mahkemeler üzerindeki iş yükünün zaman içerisinde altından kalkılamayacak derecede artması ve bunun sonucunda uyuşmazlıkların makul süre içerisinde bitirilememesi karşısında son yıllarda alternatif çözüm yollarına başvurulması fikri ortaya çıkmıştır. Bu fikrin uygulamaya geçirilmesi ise hakem kurullarının oluşturulmaya başlanması ile yeni bir boyut kazanmıştır. Uyuşmazlıkların, konusunda ihtisaslaşmış kişilerden oluşan yargılama makamları önünde çözülmesi sayesinde hem mahkemeler üzerindeki iş yoğunluğu azaltılacak hem daha seri ve çabuk yargılamanın temellerini atma imkanı ortaya çıkacak hem de uzman kişilerce yapılacak incelemelerle delillerin hakkaniyete daha uygun olarak değerlendirilebilmesinin önü açılacaktır.

Uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yollarına başvurulması fikrini savunanların bu konuda getirdikleri iki çözüm önerisi bulunmaktadır. Birincisi, belli uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemelerin görevlerini kaldırmak ve o konularda görevli yeni yargılama makamlarını ihdas etmektir ki Baro Hakem Kurulları ve bir yönü² ile Tüketici Sorunları Hakem Heyeti bu nitelikteki organlardır. İkinci çözüm önerisine göre Türk Hukuk sisteminde, yargılama öncesi uzlaşma sistemi kurulmalıdır. Bu sayede bir kısım uyuşmazlıkları yargı mercileri önüne getirmeden çözümleme imkanı doğacaktır³.

Usul Hukukuna getirilecek bu yenilik ABD ve Avrupa'nın bir kısım ülkelerinde uygulanmakta ve yargıya intikal edecek dava sayısını önemli miktarda azaltmaktadır. Dava ön şartı olarak kabul edilecek bu sistem emekli hakim veya hukukçu yahut konusunda uzmanlaşmış kişiler arasından yasada düzenlenecek bir yöntemle seçilmiş uzlaştırıcı kişilerden birinin başkanlığında, iki taraf asil veya temsilcilerinin toplanıp, uyuşmazlığı hakkaniyet içerisinde çözümlemesidir. Özellikle özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardan bir kısmının (ör. Trafik tazminat davaları, ev sahibi-kiracı ve komşuluk ilişkilerinden doğan davalar ile hakkın özüne ilişkin olmayan ve belirli bir miktarla sınırlı, niteliği yasada saptanacak diğer davalar) yargıya

² Değeri beş yüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Kanunun bu maddesi ile yeni bir görev hükmü ihdas edilmiştir. Bu miktarı aşmayan ve tüketici sorunlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar için doğrudan mahkemelere başvurulamamaktadır.

³ İşçilerle işverenler arasında toplu iş sözleşmesinin imzalanması aşamasında çıkabilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 21 ve devamı maddelerinde, yetkili mahkemeye başvurulmazdan önce resmi arabuluculuk sisteminin devreye gireceği hüküm altına alınmıştır.

intikalinden önce ön uzlaşmadan geçirilmesi çözüm yolunu kısaltacak, yargı yükünü hafifletecektir⁴. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti yapısı itibariyle bu tür bir işlevi de üstlenmektedir.

Aslında arabuluculuk ve uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, özellikle küçük uyuşmazlıkların adli sorun haline gelmeden çözümlerine imkan sağladığı ölçüde gerekli ve yararlıdır. Önemli olan bu yönde gerçekleştirilecek düzenlemelerin yargıdan kaçış ifade edecek bir anlam ve boyuta ulaşmamasıdır. Alternatif çözüm yollarının amacı, devlet yargısına bir alternatif yargılama düzeni oluşturmak değil, yargıya başvurma yolunu kapatmayan çeşitli hukuki çözüm arayışlarını ve ikna yöntemlerinin önünün açılabilmesidir. Ancak liberal esintiler bu konuda da yargıya bakış açısını daraltacak etkiler doğurabilmektedir⁵. Oysa alternatif çözüm yolları oluşturma'nın temel amacı, adaletin sağlanması olmayıp, daha çok gönüllü çözüm arayışlarına yöneltilmesi olarak anlaşılmalıdır⁶.

Bu çalışmamızda Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 2.5.2001 tarih ve 4677 sayılı Kanun⁷ ile oluşturulan baro hakem kurullarının anayasal temelleri üzerinde değerlendirmeler yapılacaktır. Bilindiği üzere 4667 sayılı Kanun ile, avukatlık hukuku alanında ortaya çıkabilecek bazı uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmesini öngörülmüştür (Av. K. m.167). Buna göre, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilecektir. Kanun, tahkim yolu ile uyuşmazlığı çözme yetkisini, kıdemli asliye hukuk hâkiminin başkanlık ettiği, baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat üyenin de bulunduğu hakem kuruluna vermiştir. Baro hakem kurulu adı verilen bu hakem kurulu, Avukatlık Kanunu'nun kendisine

⁴ YAŞAR Selçuk, Yargı Reformu Gerçekleşmeli İzmir-1997 s. 71.

⁵ Liberal akım, yargıdan uzaklaşmaya ilişkin bir eğilimin varlığını hissettirmeye başlamıştır. Bir yandan globalleşme denilen parlak görünüşlü kürenin yaratıcı çok uluslu sermaye, rahat hareket edebilmek için ulusal yargıdan uzaklaşma yolları üretmeye başlarken, öte yandan bu akımla ilgisi olmasa da küçük uyuşmazlıkları yargı yolu dışına taşıma çabaları görülmektedir. Öyle ki Türkiye'de 1998 tarihinde gerçekleştirilen 1. Sosyal Demokratlar Konferansı'nın yargı ve hukuka ilişkin kurumsal reformlar projesinin daha başında; "adaletin daha kısa sürede ve daha etkili bir biçimde gerçekleşmesi için, küçük meblağlı ve belirli nitelikteki davaların, anlaşmazlıkların ilgili meslek odalarının, sivil toplum kurumlarının katılımıyla oluşacak genişletilmiş hakemlik uygulaması çerçevesinde çözümlenmesi, yani dava konularının sınırlandırılması ile mümkün olan en çok sayıda anlaşmazlığın hakem özelliği de taşıyacak kurumlarda çözümü yoluna gidilmesi" öneri olarak getirilebilmiştir. KONURALP Haluk: 75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler, Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3824.

⁶ KONURALP, s. 3825.

⁷ Bkz. 10.05.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmi Gazete.

verdiği yetkiye binaen, görevine dahil olan konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verecektir. Baro hakem kurulunun vermiş olduğu kararlar, taraflar açısından bağlayıcıdır ve kesin hüküm oluşturan yargısal nitelikte kararlardır⁸.

II-BARO HAKEM KURULLARININ HUKUK DÜZENİMİZE SAĞLAYACAĞI KATKILAR

Devlet toplum hayatında hukuk düzenini sağlamakla yükümlüdür. Hukukun toplum hayatında kendisine ihtiyaç duyulan çabuklukta çözümler getiremeyişi uyuşmazlıkların makul süre içerisinde (angemessener Frist) bitirilemeyişi, toplumun hukuk düzenine olan inancının kaybolmasına yol açmaktadır. Böylece hakkına kavuşmak arzusunu taşıyan insanlar için hukuk dışında ve hukuka aykırı başka çözüm yolları devreye girmektedir. Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermektedir. Devletin, yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden taraf, bu gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılama makul süre içerisinde bitirilemez ise bu, yargıdan kaçışa sebep olacak, buradaki boşluk ise zorla hak elde etme şeklinde yasal olmayan biçimde doldurulacaktır⁹. Davaların yargılama makamları önünde zaman içinde uzayıp gitmesi, sürüncemede kalması pek çok ülkede şikâyetlere neden olmaktadır. Gecikmiş adalet adaletsizlik olduğuna göre, adil yargılama taahhüdünde bulunmuş Sözleşme'ye taraf devletlerin bu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur¹⁰.

Yargılamanın makul süre içerisinde tamamlanması ilkesinin amacı İnsan Hakları Adalet Divanı'nın pek çok kararında dile getirilmiştir. Buna göre, tüm hak arayanlar için geçerli olan "makul sürede yargılanma" ilkesinin amacı davanın taraflarını, yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, herhangi bir nedenle mahkeme kararını bekleyen kişinin uzun süre davanın nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir¹¹.

⁸ **ÖZYEŞİL Fatih**: Baro Hakem Kurulu Yargılaması, Yayınlanmamış Doktora Seminer Çalışması, s. 1.

⁹ **PEKCANİTEZ Hakan**: Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Dergisi. 1997 s. 35 vd., s.41.; **PEKCANİTEZ Hakan**: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 208-209.

¹⁰ **GÖLCÜKLÜ Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK Şeref**: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s.257.

¹¹ Bock/Almanya, 29.3.1989 A-150 s.23 § 48; Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969 A-9 s.40 §5; Guincho/Portekiz, 10.7.1984 A-81 s.16 § 38.

AİHS' nin 1. fıkrası, Sözleşme' ye taraf devletleri, kendi hukuk sistemlerini ve mahkemelerinin işleyişlerini bu fıkra gereklerinden her birini yerine getirecek şekilde düzenlemeler yapmaya mecbur tutmaktadır. Adil yargılama güvencesini gerçek kılmak için Sözleşme' ye taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar¹². Örneğin yargılamanın makul süre içerisinde bitirilebilmesi için yeterli sayıda mahkeme kurulması yahut hakim görevlendirilmesi bu zorunluluklar arasında gösterilmiştir¹³. Devletin, hakkı ihlâl edilen kimselerin başvuracağı etkin bir kanun yolu sağlama yükümlülüğü vardır¹⁴.

Söz konusu ilke, adalet dağıtımının çabuk ve ucuz olmasına hizmet ettiği için sadece mahkemeler değil, taraflar bakımından ve dolayısıyla da toplum açısından önem taşıyan bir ilkedir. Yani, bu ilke yalnızca mahkemeler bakımından değil, taraflar ve usulün (yargılamanın) amacı yönünden de (geniş anlamda toplumdaki hukuksal barış açısından da) geçerlidir. Çünkü, davaların görülmesinin çabuk ve ucuz olması, mahkemeleri (dolayısıyla devleti) ve tarafları yakından ilgilendirir. Devlet eğer, "adaletli devlet" olduğu iddiasında ise, halkına sunduğu yargılama hizmetiyle hak dağıtırken kişilerin en az gecikme ve en az giderle ve en az zahmetle hakkına kavuşmasını sağlamak yükümlülüğündedir¹⁵.

Anayasa'nın 141. maddesinde "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir¹⁶. Makul sürede, geciktirilmeden yargılanma hakkı, insanlık tarihinin her döneminde önemini korumuştur. Bu temel hak; insanlık tarihinin ilk yazılı Anayasa'sı olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli Magna Charta

¹² Tutsa/İtalya, 27.2.1992 A-231-d s.41 § 57; Francesco Lombardo/İtalya, 26.11.1992 A-240-b s.8 § 23; Bunkate/Hollanda, 26.5.1993 A-248-b § 20-23; Barbara Jabardo/İspanya, 6.12.1988 A-146 s.33 § 78.

¹³ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.240 ve 257.

¹⁴ GÖZLÜGÖL Said Vakkas :Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukuku-muza Etkisi, Ankara 1999, s. 133.

¹⁵ YILMAZ Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve yapılması Gerekenler, SÜHFD 1996/1-2, Şakir Berki'ye Armağan Konya 1996, s.57.

¹⁶ Çeşitli devletlerin Anayasalarında da makul sürede yargılamanın tamamlanması ilkesi garanti altına alınmıştır. Bkz. İspanya Anayasası, m. 24/II.; Meksika Anayasası, m. 17.; Japonya Anayasası, m. 32.; Yunanistan Anayasası, m.20/I.; SCHWAB Karl Heinz / GOTTWALD Peter: Verfassung und Zivilprozess, Bielefeld 1984, s. 58. WALDNER Wolfram: Der Anspruch Auf Rechtlichen Gehör, Bayreuth 2000, s. 103.

Libertatum'da, "Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz" sözleriyle ifadesini bulmuştur¹⁷.

Baro hakem kurulları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, taraf devletlere getirdiği *"etkin bir kanun yolu sağlama"* yükümlülüğünün somutlaşmış halidir. Baro hakem kurullarının oluşturulması sayesinde mahkemeler üzerindeki iş yükü bir parça da olsa azaltılabilecektir. Ancak asıl sağlayacağı fayda avukatlık ücretinden, sözleşmesinden veya Avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde ortaya çıkacaktır. Kanunen kendilerine verilen görevlerin yanı sıra bir de bu tür uyuşmazlıklara genel mahkemeler önünde bakılması durumunda bu uyuşmazlıkların 4677 sayılı Kanunun öngördüğü çözüm şekline göre daha uzun bir sürede sonuçlandırılacağı şüphesizdir. Yönetmeliğe¹⁸ göre kurulun, ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları, davanın açıldığı tarihten itibaren altı ay içinde sonuçlandıracağı hüküm altına alınmıştır¹⁹. Ancak şu ana kadarki uygulamalarında baro hakem kurullarının çok kısa sürede karar verebildiği ve Yönetmelikte öngörülen sürenin üzerine çıkmadığı görülmektedir. Buna karşılık mahkemeler üzerindeki iş yükü ve davaların ortalama görülme süreleri incelendiğinde²⁰ Baro hakem kurullarının oluşturulması sayesinde uyuşmazlıkların ne kadar kısa sürede sonuçlandırıldığı görülecektir. Baro hakem kurulları, konularında özel bilgi ve uzmanlık sahibi kişilerden oluşacağından ve zamanla bu bilgi ve uzmanlık alanlarını geliştirme imkanı olacağından bu kurulların daha seri ve çabuk yargılama yapabilmeleri, vakiaları ve delilleri hakkaniyete daha uygun bir şekilde değerlendirebilmeleri de kendiliğinden sağlanacaktır²¹.

¹⁷ Bkz. Magna Charta Libertatum § 40.

¹⁸ Baro Hakem Kurulu Yönetmeliğine sık sık atıf yapılacağından bundan sonra kısaca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

¹⁹ Yönetmeliğin 16. maddesinde niçin sadece ücret sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili bir süre öngörüldüğü; vekalet ücretinden ve avukatlık ortaklıklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların kapsam dışında bırakıldığı anlaşılmaktadır.

²⁰ Türkiye'de 1.1.2001-31.12.2001 tarihleri arasındaki verilere göre asliye ticaret mahkemelerinde 89.637, asliye hukuk mahkemelerinde 826.939, iş mahkemelerinde 142.621, icra hukuk mahkemelerinde 184.442, sulh hukuk mahkemelerinde 565.321, kadastro mahkemelerinde 53.885, idare mahkemelerinde 116.328, vergi mahkemelerinde 88.640 adet dava görülmüştür. Bu davaların, açıldığı tarihten karar verildiği tarihe kadarki ortalama yargılama süreleri; asliye ticaret mahkemelerinde 383 gün, asliye hukuk mahkemelerinde 241 gün, iş mahkemelerinde 284 gün, icra hukuk mahkemelerinde 104 gün, sulh hukuk mahkemelerinde 71 gün, kadastro mahkemelerinde 551 gün, idare mahkemelerinde 190 gün, vergi mahkemelerinde 173 gündür. Bkz. www.adlisicil.gov.tr

²¹ YEĞENGİL Rasih: Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974., s. 102.

Baro hakem kurullarının yapacağı yargılamanın makul sürede bitirilebilmesini teminen; Yönetmelik hükümlerince, özellikle kurulun yapacağı yargılamanın sürekliliğini ve devamlılığını sağlayacak önlemler de ortaya konulmaya çalışılmıştır. Avukatlık Kanunu'nda baro hakem kurulunun iki avukat üyesi olacağı belirtilmiş (m. 167, I), bu üyelerin görev yapamayacakları hallerde, görev yapabilecek yedek üyelerden bahsedilmemiştir. Hakem kurulunda görev yapan avukat üyelerin fiilî veya hukukî sebepler dolayısıyla görevlerini geçici olarak yerine getiremeyecekleri hallerde, onların yerine görev yapabilecek nitelikte, önceden seçilmiş yedek üyelerin bulunması zarurîdir. Çünkü baro hakem kurulunun yapacağı yargılama, zorunlu tahkim esasına dayanmakta ve bu, söz konusu yargılamanın *kesintisiz ve sürekli* olması gerekmektedir. Aksi halde yargılama hukukuna egemen en temel ilke olan adli yargılama hakkının bir unsuru olan "makul süre" içerisinde yargılamadan söz edilemeyecektir. Böyle bir duruma yol açılmaması için Yönetmelikte yedek üye seçimiyle ilgili hükümlere yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 3'üncü maddesinin VI'ncı fıkrasına göre; "Üyelerin ret, sağlık vb. nedenlerle görevini fiilen veya hukuken geçici olarak yerine getirilmesini olanaksızlığı veya görevin gereği gibi ve zamanında yapılamaması halinde; kurulun iş durumuna göre ikiden az olmamak ve asıl üye yerine görev yapmak üzere yeteri kadar yedek üye de baro yönetim kurulu tarafından asıl üyelerle birlikte seçilir. Yedek üyeler de asıl üyelerin seçilme şartlarına ve görev sürelerine bağlıdır". Görüldüğü üzere, baro yönetim kurulu, baro hakem kurulunun asıl üyelerini seçerken, iş durumunu da dikkate alarak, sayısı ikiden az olmayacak şekilde kendisinin taktir edeceği sayıda yedek üyeyi de seçmek durumundadır.

Baro hakem kurulları sayesinde mesleki bir oto kontrol imkanı da sağlanmaktadır²². Şu an farkında olunmasa da kanaatimizce Baro hakem kurullarının hukuk sistemimize sağlayacağı en önemli katkı; avukatlar arasında mesleki kontrolü sağlayacak olmasıdır. Bu güne kadar konu tartışılırken sadece ücret ilişkisi yönünden değerlendirmeler yapılmıştır. Oysa vekilmüvekkil ilişkisinde olayın ceza ve disiplin yönünden bazı sonuçları da ortaya çıkmaktadır. Barolar, hakem kurulları sayesinde üyeleri bulunan avukatların yapmış oldukları işlemleri denetleyebilme imkanına da ulaşmış olacaklardır²³. Bu imkan avukatların daha dikkatli olmalarını sağlayacak, Kanun

²² ÖZYEŞİL, s. 2.; İYİMAYA Ahmet: "Avukatlık Sözleşmesi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12/16 Ocak 2000, s.384.

²³ Örneğin temsil yetkisinin kötüye kullanılması, Baro Asgari Ücret Tarifesinin altında sözleşme yapılmış olması, gabin veya hileli yollarla sözleşmedeki ücret kısmının sonradan müvekkile imzalatılması, müvekkiline ait menkul veya gayri menkulleri kendi üzerine geçirmesi veya muvazaalı surette elden çıkarması gibi durumlarda ücrete ilişkin olarak Baro Hakem Kurulu önüne gelen uyuşmazlıklarda kurul kendiliğinden, Baro üyesi avukatlarının disiplin ve cezai kovuştur-

ve Yönetmelik hükümlerine uygun hareket etmelerine teşvik edecektir. Mesleki itibari nedeniyle herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda Baro hakem kurulları önüne gideceğinin farkında olan avukat, mesleki dayanışma ve iyiniyet hükümlerine uygun hareket etmeye çalışacaktır.

Baro hakem kurulları gibi ihtisaslaşmış yargılama makamlarının kurulması ayrıca avukatlık ve savunma hukukunun da gelişimine büyük katkı sağlayacaktır²⁴.

III- YARGILAMA MAKAMI OLARAK BARO HAKEM KURULLARI

Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun ile, avukatlık hukuku alanında ortaya çıkabilecek bazı uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna gidilmesini öngörülmüştür (Av. K. m.167). Buna göre, avukatlık sözleşmesinden, avukatlık ücretinden ve avukatlık ortaklıklarında ortaklıktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilecektir. Kanun, tahkim yolu ile uyuşmazlığı çözme yetkisini, kıdemli asliye hukuk hâkiminin başkanlık ettiği, baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukat üyenin de bulunduğu hakem kuruluna vermiştir. Baro hakem kurulu adı verilen bu hakem kurulu, Avukatlık Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiye binaen, görevine dahil olan konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verecektir. Baro hakem kurulunun vermiş olduğu kararlar, taraflar açısından bağlayıcıdır ve kesin hüküm oluşturan yargısal nitelikte kararlardır. Baro hakem kurulu, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız olarak *"yargısal bir rol oynayan"* ve *"adli fonksiyona sahip"* bir *yargı mercii* niteliğindedir. Avukatlık Kanunu'nda belirtilen uyuşmazlıkların bu yargı mercii önünde çözümleneceğine dair kanunî düzenleme de niteliği itibarıyla *"zorunlu tahkim"* usulüdür²⁵.

İHEB' nin 10. maddesine göre; "Herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir".

AİHS' nin 6. maddesinde bu konuyla ilgili olarak; "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar gerek (...) hakkında karar verecek olan kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının görülmesini istemek hakkına sahiptir" denilmektedir.

maya sebep olabilecek fiillerini de öğrenmiş olacaktır. Vekalet Sözleşmelerinin kötüye kullanılması hakkında bkz. ÖZKAYA Eraslan: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997 s. 759 vd.

²⁴ ÖZYEŞİL, s. 2.

²⁵ ÖZYEŞİL, s. 1; GÜNER Semih: "Avukatlık Ücreti", ABD 2001/2, s. 124-125.

KİSHUS²⁶ un 14/1. bendi hükmüne göre de; "Herkes, (...) bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından (...) yargılanmak hakkına sahiptir".

Aynı Sözleşme'nin 5/16. fıkrasına göre de; "Herkes, (...) medeni nitelikteki hak ve yükümlülükleriyle ilgili karar verecek yetkili, bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş bir mahkemede adil ve kamuya açık şekilde yargılanma hakkına sahiptir".

Mahkemeler ve yargı yerleri, yargısal görev yapan organlardır. Bu organlar, yetki alanları içindeki sorunları hukuk kurallarına dayanarak ve daha önceden öngörülmüş usullere göre çözmek üzere yasayla kururlar²⁷. AİHS'nin 2. 5. ve 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "mahkeme" deyimi, Divan içtihadında; "kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı" ifade etmektedir. Uyuşmazlığın ya da suçlamanın bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi, 6. maddenin bireye sağladığı adil yargılanma güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biridir²⁸.

Sözleşmedeki anlamında "mahkeme" kavramının öteki nitelikleri ise bu organın; "*yargısal rol*" ve "*adli fonksiyona*" sahip bulunması, diğer bir deyimle görevine dahil konularda belli bir "*usul*" izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır²⁹.

Kural olarak tahkim usulü neticesinde yapılan hakem yargılaması, niteliği itibariyle kanunla kurulmuş ve taraflar önünde tarafsız ve bağımsız bir yargılama organı (mahkeme) yapısına sahip olmadığından AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama ilkesinin kapsamı içerisine girmektedir. Ancak hakem mahkemesi (Schiedsgerichte) önünde yapılan yargılamada da, adil yargılanma hakkının temel unsurları göz ardı edilmemelidir³⁰. Bu nedenle baro hakem kurulları, yapacakları yargılamalarda temel anayasal ilkeleri ve insan hakları normlarını göz önünde bulundurmak zorundadırlar.

Bir yargılama makamı sayılabilmek için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabul ettiği standartlar şu şekilde sıralanabilir.

²⁶ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi

²⁷ TAMER Fadıl Ahmet / KAPLAN Erol: Adil Yargılanma Hakkı, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 56.

²⁸ Div. Kar. De Wilde, Ooms et Verspy/Belçika 18.6.1971 A-12, § 78 Ringeisen/Avusturya 16.7.1971 A-13, § 95 ; McMichael/İngiltere 24.2.1995 A-308-B, § 79 ve son; Fischer/Avusturya 26.4.1995, A-312, § 28 ve son.

²⁹ Div. Kar. Sramek/Avusturya , 22.10. 1984, A-84, § 36; Benthem/Avusturya 22.05.1984, A-78, § 40; Belilos/İsviçre 29.4.1988, A-132, § 64.

³⁰ SCHWAB/GOTTWALD, s. 37.

1-Öncelikle yargılama makamının Kanunla kurulmuş olması gerekmektedir,

2- Yargılama makamı, tarafsız ve bağımsız bir organ niteliğinde olmalıdır,

3- Yargılama makamı, bir adli fonksiyon ve yargısal rol üstlenmeli,

4- Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce Kanunla belirlenmiş yargılama usulü güvencelerine sahip olmalı

5-Hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde bulundurmalıdır.

Baro hakem Kurullarının yapısı incelendiğinde, bir yargılama makamının sahip olması gereken temel kıstaslara şeklen sahip olduğu ancak bu kıstasların bazılarının esas itibariyle uluslar arası normlar ve anayasalardaki temel ilkeleri tam olarak karşılayamadığı anlaşılmaktadır. Yargılama makamı konumundaki bu kurullar, Kanunla³¹ kurulmuşlardır. Adli bir fonksiyon ve yargısal rol üstlenmişlerdir. 4677 sayılı Kanunla belirlenen ve kendi görev alanlarına giren konularda uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmişlerdir. Bu kurullar, hukuk kurallarına dayanarak ve gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar vermektedirler. Yani kararları, ilam hükmündedir. Ancak Baro Hakem Kurullarının eleştiriyeye açık iki yönü bulunmaktadır ki bu yönler itibari ile adil bir yargılamanın zorunlu kıldığı şartları yapısında taşımamaktadır. Bu eleştiri noktalarından ilki; uluslar arası belgeler ve anayasalarda güvence altına alınan ve bu arada 1982 Anayasasının 37. ve 142. maddelerinde de düzenlenen “kanuni hakim güvencesini” ihlal edecek bir yapıda oluşturulmuş ve yargılamada usuli güvenceleri ihtiva etmiyor olmalarıdır. Diğer bir eleştiri konusu ise; bu kurulların subjektif açıdan tarafsızlıklarını güvence altına alan düzenlemeler yapılmasına rağmen objektif tarafsızlıkları konusunda tatmin edici bir görünüme sahip olmamalarıdır.

Baro Hakem Kurulları ile ilgili bu endişeleri incelemeye geçmeden önce bu bölümle ilgili olarak en son şu değerlendirmeyi yapmakta fayda vardır. Amerikan sisteminde, vekil-müvekkil arasındaki ücret sözleşmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda müvekkil isterse uyuşmazlığı mahkeme önüne yahut hakem kuruluna götürebilmektedir. Müvekkil, hakem kuruluna başvurma yolunu seçmişse vekil, hakem kurulu önündeki yargılamayı kabul etmek zorundadır ve onun açısından bir zorunlu tahkim usulü devreye girmektedir. Müvekkil dilerse, uyuşmazlığı devlet mahkemeleri önüne de götürebilir. Bu aşamada, vekil-müvekkil, uyuşmazlığı hakem kuruluna götürme konusunda anlaşabilirler.

³¹ 4677 s. Kanun.

Uyuşmazlıkların ortaya çıkmasından önce taraflar, kendi aralarında tahkim anlaşması yapmış iseler, zorunlu tahkime, yani baro hakem kuruluna başvurmamak zorunda olmamalıdır. İhtiyari tahkimde taraflar Devlet mahkemelerinin yetkisini dahi, yaptıkları anlaşma ile kaldırabildiklerine göre, baro hakem kurulunun yetkisini evleviyetle kaldırabilmelidirler. Kaldı ki söz konusu uyuşmazlıklar için getirilen zorunlu tahkim esası sadece bu konuda Devlet mahkemelerinde dava açılmamasına engel teşkil etmektedir. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi istendikten sonra bunun zorunlu tahkim veya ihtiyari tahkim olması arasında da fark olmasa gerektir. Bu çözüm özel hukuk alanında geçerli ana ilke olan irade serbestisi ilkesine de uygundur³².

Avukatlık Kanunu'nun öngördüğü zorunlu tahkim usulü ile özel hukuk alanına dahil bazı uyuşmazlıklar konusunda, uyuşmazlığa düşen tarafların devlet mahkemelerinde dava açabilmelerinin engellenmesi adil yargılanma hakkının bir unsuru olan "hak arama özgürlüğü" ve "hakkaniyete uygun olarak yargılanma" ilkeleri açısından tereddütler doğurmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 36'ncı maddesindeki "Herkes... yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" ilkesinin uygulanmasının da önüne geçildiği söylenebilir³³.

IV- KANUNİ HAKİM İLKESİ AÇISINDAN BARO HAKEM KURULLARI

4677 sayılı Kanunla kurulan Baro Hakem Kurullarının eleştiriye en açık yönlerinden biri, uluslar arası insan hakları normlarında, anayasalarda ve bu arada 1982 Anayasasının 37 ve 142. maddelerinde güvence altına alınan "kanuni (doğal) hakim ilkesini ihlal edici bir yapıda kurulmuş olmalarıdır.

Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir (Any. m.142). Anayasa' da böyle bir düzenlemenin yer almasının nedeni; bir kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden (tabii hakiminden) başka bir mahkeme önüne çıkarılmasını önlemektir (Any.m. 37). Bu ilkelerin sonucu olarak örneğin adli yargı kolunda genel mahkemelerin; sulh ve asliye mahkemelerinin görev ve yetkileri HUMK' un 1-27. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Usul Kanunu da zaten bu genel mahkemelerin tâbi olduğu yargılama usulü ilkelerini düzenleme altına almıştır. Divan içtihatlarına göre mahkeme; "yargılama usulü güvencesine" sahip bir makamı ifade etmektedir. Uyuşmazlığın, belli bir yargılama usulü güvencesini

³² ÖZYEŞİL, s. 1.; Aksi görüşteki İyimaya, söz konusu düzenlemenin zorunlu yargı düzeni ve görev kuralı niteliğinde olduğunu, bu sebeple akdi tahkimin öngörülemeyeceğini ifade etmektedir. İYİMAYA, s. 384.; Aynı görüşte GÜNER, s. 124-125.; Zorunlu tahkim esasının geçerli olduğu uyuşmazlıkların ihtiyari tahkim usulü ile çözülemeyeceği hakkında bkz. YEĞENGİL, s. 102.

³³ ÖZYEŞİL, s. 3.

bünyesinde taşıyan bir organ önünde çözümlenmeye çalışılması, 6. madde-
nin bireye adil yargılanma güvencesinin sağladığı temel unsurlarından biri-
dir³⁴.

Kanunun öngördüğü mahkeme koşulu, yargılamada doğal (kanuni)
yargıç³⁵ güvencesini getirmektedir. Bu kural gereğince gerek mahkemelerin
kuruluşu, yetkileri ve görevleri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü³⁶ yü-
rütmenin düzenleyici işlemleriyle değil fakat yasama yolundan kanunla³⁷ ve
dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır (Any. m.142)³⁸. Bu
sayede kişi ya da olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak,
olası keyfilikler önlenecektir³⁹.

Kanuni hakim güvencesi Anayasa'nın 37,II hükmü ile de garanti altı-
na alınmıştır. Buna göre; "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden baş-
ka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkeme-
den başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip
olağanüstü merciler kurulamaz". Anayasa'nın bu hükmü sayesinde hakim
bağımsızlığı yasama organına karşı bir kez daha güvence altına alınmaktadır.

Doğal hakim ilkesinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki sonucu
vardır. Bunlardan olumlu olanı; devletin (yasa koyucunun), yargılama ma-
kamlarının yetkilerini ve bu alandaki görev bölüşümüne ilişkin kuralları
önceden belirlemekle yükümlü olmasıdır. Adli yargı sisteminde hukuk mah-
kemelerinin görev ve yetkileri, yargılama sistemleri, HUMK tarafından, idari
yargı sisteminde ise İYUK tarafından düzenlenmiştir. Bu ilkenin olumsuz
olan sonucu ise, istisnai mahkemelerin kurulmasının caiz olmamasıdır⁴⁰.

Doğal (kanuni) yargıç ilkesinin karşıtı, olağanüstü
(Ausnahmegerichte) mahkemelerdir. Olağanüstü mahkemeler Alman Mah-
kemeler Teşkilatı Kanunu'nun (GVG) 16. paragrafında açıkça yasaklanmış-
tır. Olağanüstü mahkemeler, uyuşmazlık konusunun ortaya çıkmasından
sonra kurulurlar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yetkiye, göreve,
yargılama usulüne ilişkin kuralları belirleyebilirler. Bu mahkemeler; birden-

³⁴ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.252.

³⁵ Der gesetzliche Richter.

³⁶ Herkes önceden konmuş usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde ya
da yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir (Yargı Bağımsızlığına İlişkin
Temel İlkeler/İlke 5).

³⁷ BverfGE 18, 241,257; NJW 1965, 343; NJW 1969, 2192.

³⁸ EREM Faruk: Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınları, Ankara 1986, s. 92.;
KUNTER Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hu-
kuku, İstanbul 1989, s. 178; CENTEL Nur: Hakim Tarafsızlığı, Kazancı Ya-
yınları İstanbul 1996, s. 32.; Ayrıca bakınız AGİK Kopenhag Sözleşmesi 5/16.

³⁹ GÖZLÜGÖL, s.121; Div. Kar. Engel/Hollanda 8.6. 1976, A-22, § 89;
Sramek/Avusturya 22.10.1984, A-84, § 36.

⁴⁰ CENTEL, s. 33.

bire (ad hoc) kurulmaktadırlar. Belli bir görev için ya da kişi veya yetki alanı içerisinde faaliyet göstermektedirler. Olağanüstü mahkemeler de kanunla kurulmuş olabilirler⁴¹.

Yargı organı, yargısal niteliğe sahip her konuda yargılama yetkisine ve karar vermesi istenilen bir sorunun kendisinin hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hakkında münhasıran karar verme yetkisine sahiptir. Kanuni mahkeme kuralı; mahkemelerin, kendilerine tanınmış yargılama usulü kuralları çerçevesinde bir uyumsuzluğun görev, yetki, yargı yolu gibi hususlarda kendisinin, hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hususunda inceleme yapma hakkını da beraberinde getirmektedir⁴².

Kanun koyucu, kanuni hakimin görev alanını ve hangi şartlarda bir davaya bakacağını genel bir hukuk normu ile ortaya koyar⁴³. Kanuni hakim, sadece bu görev alanı içerisinde ve belli edilen dava şartlarının gerçekleşmesi sonucunda faaliyet gösterebilmektedir. Kanuni hakim güvencesi; yargılamanın belli bir usuli formda (Justizförmigkeit, Berèchenbarkeit) yapılmasını garanti altına alır. Bu sayede keyfi uygulamalar önlenmiş olur. Önceden belli edilmiş olan dava şartları, görev, yetki, ispat yükü gibi kurallar sayesinde hangi mahkemede, hangi tarzda yargılama yapılacağı bellidir. Bu sayede, bir yandan hukuk düzeninde keyfi davranışların önüne geçilirken diğer yandan taraflar, hangi şekli kurallara göre yargılanacaklarını önceden tahmin (voraussehbar) ve hesap (berechenbar) edebilirler⁴⁴.

Kanuni hakim güvencesinin anayasalarda yer alması, doğal hakimin başlı başına bir amaç olduğunu göstermez. Burada amaçlanan; davanın taraflarının korunmasıdır. Doğal hakim ilkesi, aynı zamanda olağan mahkemelerin varlığını da zorunlu kılar. Herkes, önceden konulmuş hukuki usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir. Olağan mahkemelere veya yargı yerlerine ait olan yetkileri gereği gibi uygulamayan yargı yerleri kurulamaz⁴⁵.

Kanuni hakim ilkesi, bir yönetmelik veya tüzük hükmü ile yetki ve görev kuralı konulamayacağını, bu tür düzenlemelerle yargılama usulünün belirlenemeyeceğini zorunlu kılar. Yargılama makamlarına görev, yetki ve yargılama usulüne ilişkin haklar ancak kanunla verilebilir⁴⁶.

⁴¹ KISSEL Otto Rudolf : Gerichtsverfassungsgesetz, München 1994, § 16 s. 350.

⁴² Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 3.

⁴³ BverfGE 17, 294, 298; NJW 1964, 1020; NJW 1965, 2291; NJW 1976, 283.

⁴⁴ SCHWAB/GOTTWALD, s. 26.

⁴⁵ Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 5.

⁴⁶ DEMİRCİOĞLU Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 25.vd.

Baro Hakem Kurullarının yapısı kanuni hakim ilkesinin açıkça ihlali niteliğindedir. Kendisine adli bir fonksiyon ve yargısal rol tanınmış bu kurullar, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün, ilam niteliğinde kararlar verebilmektedirler. Bu kurullar mahkemelere ait hak ve yetkilerle donatılmıştır. Türk Milleti adına yargılama yapma yetkisine (Any.m.9) sahiptirler. Buna karşılık, Hakem Kurulunun, görev, yetki ve yargılama usulü kurallarına ilişkin hak ve yetkileri Türkiye Barolar Birliğinin çıkardığı bir Yönetmelikle belirlenmeye çalışılmıştır.

Baro Hakem Kurulunun görevi, 1136 sayılı Kanunun 44/B-b ve 167. maddeleri ile Yönetmeliğin 5. maddesinde, Kurulun yetki alanı yine aynı Kanunun 167. maddesi ile Yönetmeliğin 6. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulü ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu m.167’de açık bir düzenleme yoktur. Maddenin üçüncü fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: “Hakem işlerinde 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 527, 529, 532, 533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleri ile ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğince çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliğinde düzenlenir”. Bu hüküm ile kanun koyucu, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıklarda HUMK’da yer alan ihtiyarî tahkime ilişkin hükümler⁴⁷ doğrultusunda yargılama yapabileceğini belirtmek istemiştir. Bununla birlikte, ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümlerinin yetersiz olduğu veya baro hakem kurulu yargılamasının özelliklerinden kaynaklanan durumlar açısından ise, Türkiye Barolar Birliği’nin çıkartacağı yönetmelikle düzenlemeler yapılması gerektiği de madde metninden anlaşılan bir husustur⁴⁸. Anlaşılacağı üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda görev, yetki ve yargılama usulüne ilişkin kurallar yer alsa da Kanun bu konularla ilgili esas olarak Yönetmeliğe atıf yapmaktadır. Yani Yönetmelik hükümleriyle gerektiğinde görev, yetki ve yargılama usulü kuralları düzenlenebilecek, yeni görev alanları belirlenebilecek, yargılama usulü kuralları değiştirilebilecektir⁴⁹.

Türkiye Barolar Birliğinin, Hakem Kurullarının görevine ilişkin konularda sonradan ne gibi değişiklikler yapabileceği, yeni görev alanları belirle-

⁴⁷ Burada söz konusu olan hükümler; madde metninde uygulanamayacağı açıkça belirtilen 527, 529, 532, 533/1 ve 536’ıncı maddeler dışındaki ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümleridir.

⁴⁸ ÖZYEŞİL, s. 12.

⁴⁹ Baro hakem kurulu yargılaması sırasında hakem işleri ile ilgili konularda kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmak koşuluyla Türkiye Barolar Birliği’nce yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Türkiye Barolar Birliği çıkardığı Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği ile kanunun kendisine verdiği yetkileri aşarak bazı hükümler sevk etmiştir. Hakem kurulunun ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz verme yetkisinin verilmesi bunların başında gelmektedir.

yebileceği ve mahkemelerin görevlerine müdahale edebileceği yolundaki ilk belirtiler özellikle Yönetmeliğin 19. maddesindeki; "haklı ve gerektirici sebeplerin varlığı halinde Baro Hakem Kurulunun ihtiyatı haciz ve ihtiyatı tedbir kararı verebileceği" şeklindeki düzenleme ile ortaya çıkmış durumdadır.

Acaba Yönetmeliğin bu hükmü uygulanabilir nitelikte midir? İhtiyatı tahkimde hakemlerin böyle bir yetkisinin bulunmadığı, hakemlerde görülen davalara ilişkin ihtiyatı haciz ve ihtiyatı tedbir kararı verme yetkisinin mahkemelere ait olduğu kabul edilmektedir⁵⁰. Bunun sebebi olarak birbirinden farklı hukukî gerekçeler⁵¹ ileri sürülmesine karşılık, en önemli gerekçe olarak, bu kararların kamu otoritesi kullanılarak zor kullanmayı gerektiren özelliğe sahip olmaları gösterilmektedir⁵². Bazı yabancı ülkelerin hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda ise, hakemlerin ihtiyatı tedbir ve ihtiyatı haciz kararı verebilmelerine imkân tanındığı görülmektedir⁵³. Olması gereken hukuk yönünden hakemlerin böyle bir yetkiye sahip olabilmesi savunulabilir. Buna karşılık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun sistemi içerisinde bu durumun şu an kabulüne imkân yoktur. Her şeyden önce ihtiyatı tedbirleri düzenleyen HUMK hükümlerinde ihtiyatı tedbir kararını "hâkim"in veya "mahkeme"nin vereceği açıkça ifade edilmektedir (bkz. örneğin HUMK m.101, 103 104,105). Aynı durum İcra ve İflâs Kanunu'nda ihtiyatı hacizle ilgili hükümlerde de yer almaktadır (Bkz. örneğin İcra ve İflâs Kanunu m. 257, 258, 259, 261). Emredici hükümler içeren her iki kanun hü-

⁵⁰ **ALANGOYA H.Yavuz:** Medenî Usul Hukuku Esasları, Nemaş, 2. Bası, İstanbul 2001. s. 580; **ÜSTÜNDAĞ Saim:** Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Matbaacılık, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 964; **KURU Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, DemiroğluDemir, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 6055-6056; **KURU Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Alfa, İstanbul 1995, s. 1118; **BERKİN Necmeddin M.:** Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969. s. 930; **PEKCANITEZ Hakan /ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Seçkin, Ankara 2001, s. 597; **YEĞENGİL,** s.176; **ERTEKİN Erol / KARATAŞ İzzet :** Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997. s. 236; **BİLGE Necip /ÖNEN Ergun:** Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara 1978., s, 761; **ÖZEKES Muhammet:** İcra İflâs Hukukunda İhtiyatı Haciz, Ankara 1999, s. 181 vd; **KURU Baki /ARSLAN Ramazan / YILMAZ, Ejder:** Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara 2001., s. 928; **EJDER Yılmaz,** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, C.I s. 878 ve C.II s. 1107; **ZİYA Akıncı,** "Hakemlerin İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz Kararı Verme Yetkisi, Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, s.218.

⁵¹ Bu gerekçeler ile ilgili geniş bilgi için bkz. **ÖZEKES,** s. 180-181.

⁵² **YILMAZ-Hukukî Himaye** C.I s. 878; **ÜSTÜNDAĞ** s. 964; **YEĞENGİL,** s.176; **ÖZEKES,** s. 181. dipnot. 38.

⁵³ Bu ülkeler ve anlaşmalar ile ilgili geniş bilgi için bkz. **AKINCI,** s. 211 vd.

kümlerinin kıyasen uygulanması ise mümkün değildir. Bu anlamda ihtiyarî tahkimde ve zorunlu tahkim usulü olan baro hakem kurulu yargılamasında hakemlerin ve hakem kurulunun ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararı verebileceğini söylemek mümkün değildir. Yönetmelik hükümleri normlar hiyerarşisine göre kanun hükümlerine aykırı olamayacağına göre, bu durumda Yönetmeliğin söz konusu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵⁴.

Baro hakem kurullarının görevleri belirlenirken sadece adli yargı alanındaki uyuşmazlıklar göz önünde bulundurulmuştur. Kanun ve yönetmelik hükümleri, tüm yargı kollarındaki uyuşmazlıkları kapsayacak nitelikten uzaktır. Örneğin idari yargı veya askeri yargı alanında vekil-müvekkil ilişkileri ile kamu kurumlarında görev yapan kurum avukatları ve çeşitli özel veya kamu kurumlarıyla sözleşmesi bulunan avukatların karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıklarda Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasında kargaşalıkların çıkacağı ortadadır.

Avukatlık Kanununun 167. maddesi ile Yönetmeliğin 5. maddesi sadece HUMK'un 15. maddesini devre dışı bırakmakla kalmamış aynı zamanda Anayasanın 125. maddesi ile İYUK'un göreve ilişkin 2. maddesini de devre dışı bırakmıştır. Anayasanın 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmektedir. Yine İYUK'un 2. maddesinde idari işlemlerden ve eylemlerden kaynaklanan davalarla ilgili olarak idare mahkemelerinin görevleri düzenlenmektedir. Avukatlık Kanunu m.167,I ve Yönetmelik m.5/a'da açıkça belirtildiği üzere, avukatlık ücretinden ve avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan anlaşmazlıklar baro hakem kurulu önünde çözülecektir. Ancak, avukatlık sözleşmesi veya ücreti ile ilgili olarak vekil ile müvekkil arasında ortaya çıkan uyuşmazlık bir idari işlemten kaynaklanıyorsa ne olacaktır? Örneğin bir büyükşehir belediyesi ile sözleşmesi bulunan avukatın alacağı ücretle ilgili olarak büyükşehir belediye meclisinin toplanıp, bu ücretin ödenmesinin 2 yıl süre ile durdurulması veya sözleşmede kararlaştırılan ücretin fazla bulunup belli bir miktara indirilmesi şeklinde bir karar aldığını düşünelim. İdarenin böyle bir işlemi ile avukatlık ücreti ve avukatlık sözleşmesi konusunda bir uyuşmazlık doğacağı ortadadır. İdarenin böyle bir işlemine karşı avukatın, idare mahkemeleri önünde dava açması hem anayasanın 125. maddesi hem de İYUK'un 2. maddesi ile güvence altına alınmışken, bir Yönetmelik hükmü ile idare mahkemelerinin görevinin devre dışı bırakılması kabul edilebilir değildir⁵⁵. Kaldı ki böyle bir

⁵⁴ ÖZYEŞİL, s. 23.

⁵⁵ İdare makamları ile ortaya çıkabilecek bu tür ücret uyuşmazlıkları Avukatlık Kanununun 167. maddesine göre baro hakem kurullarına da götürülebilir. Ama idare mahkemeleri önüne götürülebilmesi önünde hangi engel vardır? Avukat, iptal ve tam yargı davası açarak, idarenin bu işlemini iptal ettirebilir, hak ettiği ücreti hüküm altına alabilir. Bir Yönetmelik hükmü ile Anayasanın 125 ve İYUK'un 2. maddesi hükmü nasıl kaldırılabilir?

uyuşmazlıkta avukat, baro hakem kuruluna başvurma gereğini hissetmeyecektir. Zira hakem kurulu, avukatın haklarını etkin bir şekilde koruma altına alacak yapıda değildir. Örneğin idarenin böyle bir işleminin yürütülmesinin durdurulması Yönetmeliğin 19. maddesi ile getirilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları verme yetkisi ile nasıl⁵⁶ sağlanacaktır?

1136 sayılı Avukatlık Kanununun, 4677 sayılı kanunla değiştirilmesi neticesinde Kamu kurumlarında çalışmakta olan avukatlarla, kurumları arasında özellikle kanuni vekalet ücretinin paylaşımı ile ilgili olarak büyük sorunlar ve tartışmalar yaşanmıştır. Kanaatimizce Avukatlık Kanununun 167. maddesi gereğince bu tür uyuşmazlıklar da baro hakem kurullarının görev alanına girmektedir. Zira Kanunun 167. maddesinde “vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık” ibaresi yer almakta,yine aynı Kanunun “Avukatlık Ücreti” başlığını taşıyan 164. maddesinin son fıkrasında da “Dava sonunda tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı” hükme bağlanmaktadır. Anlaşılabileceği üzere, kanuni vekalet ücreti de, 164. madde gereğince avukatlık ücreti kapsamında olup, 167. maddeye göre de avukatlık ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıkların baro hakem kurulları önünde çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Böyle olmasına rağmen bu tür uyuşmazlıklara, idare mahkemelerinde bakılmış ve karar verilmiştir⁵⁷. Bunun böyle olması aslında son derece normaldir. Zira Anayasanın 125. maddesi ile İYUK’un 2. maddesi idare mahkemelerinin görev alan-

⁵⁶ İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, geçici bir hukuki himaye sağlayan hukuki kurumlar niteliğindedir. Yönetmeliğin 19. maddesi ile Baro hakem kurullarına ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi sağlanmaktadır. Her nedense, bu tür geçici hukuki himaye sağlama görevini üstlenmiş bir kurul, idari alanda çıkacak uyuşmazlıklarla ilgili olarak, yine geçici hukuki himaye tedbiri niteliğinde olan yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisine sahip değildir. Burada, Yönetmeliğin sadece adli yargı alanındaki uyuşmazlıklar temel alınarak kalemeye alındığı, kamu avukatları ve il özel idareleri, belediyeler, kamu kurumları ile sözleşmesi bulunan avukatların karşılaşılabilecekleri sorunların göz ardı edildiği ortadadır.

⁵⁷ Dava dosyasının incelenmesinde, Karadeniz Orman İşletme Müdürlüğü avukatı olarak görev yapan davacının, Avukatlık Yasasında yapılan değişiklik nedeniyle vekalet ücretlerini herhangi bir limit olmaksızın tamamının kendisine ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun 13 Eylül 2001 tarih ve 5724 sayılı işlemle reddedilmesi sonucu ret işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yer alan hükümlerin incelenmesinden, Avukatlık Yasasında yapılan değişiklikle hiçbir istisna getirilmeksizin yargı mercileri kararıyla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin davada haklı çıkan tarafın avukatına ait olduğu öngörüldüğünden, davalı idarenin tarafı olduğu davalarda da karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti davalı idare avukatı olan davacıya ait olacağından aksi yöndeki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar verildi. Zonguldak İdare Mahkemesi 17.04.2002 tarih ve 2001/1206E, 2002/505 K.

larını güvence altına almıştır. İdare mahkemesi de bu güvencenin gereği olarak uyuşmazlığı çözümlemiştir. Burada tartışma konusu, baro hakem kurullarının görev alanlarına giren konularda bir belirsizlik olduğu ve tam olarak görev alanının belirlenemediğidir. Yargılama makamları da bu görev paylaşımının tam olarak farkında değildir. Bu alanda bir çift başlılık hükmü sürmektedir ve ancak 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre çözümü beklenmektedir⁵⁸.

Baro hakem kurullarının yetki alanı (AK. m.167, Yönetmelik. m. 6) konusunda da bazı sıkıntılar çıkacağı şimdiden ortadadır. Örneğin, Birden çok hukukî yardım söz konusu ve bu hukukî yardımlar farklı yerlerde (farklı baroların bölgesinde) yapılmış ise yetkili baro hakem kurulunun hangisi olacağı yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre; avukatın, müvekkiline yapmış olduğu hukukî yardımlardan bir tanesi, avukatın kayıtlı olduğu baronun bölgesinde yapılmış ise, avukat ile müvekkili arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için yetkili olan hakem kurulu, avukatın kayıtlı olduğu baronun hakem kuruludur (Yönetmelik m.6 a/1). Buna karşılık, avukatın müvekkiline yapmış olduğu hukukî yardımlardan hiç birisi avukatın kayıtlı olduğu baronun bölgesinde yapılmamış ise hukukî yardımlardan herhangi birinin yapıldığı yer barosu hakem kurulu, diğer hukukî yardımlar dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü içinde yetkilidir (Yönetmelik m.6 a/2).

Bu hükümler çerçevesinde şöyle bir ihtimal düşünelim. Ankara Barosuna kayıtlı bir avukat, Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü ile avukatlık hizmet sözleşme imzalıyor. Avukat, sözleşmenin imzalanmasını müteakip İzmir Menemen ilçesinde, çiftçilere sağlanan tarımsal kredilerle ilgili 2000 icra takibi yapıyor. Ertesi gün Antalya'da kamulaştırma davasına giriyor ve orada da müvekkili banka adına icra takipleri yapıyor. Ardından Şanlıurfa'da tazminat davasına, Erzurum'da İhtiyati tedbir duruşmasına, Samsun'da ceza davasına katılıyor. Bu avukat Ankara'ya geldiğinde müvekkili banka ile arasında avukatlık ücreti veya sözleşmesi hakkında uyuşmazlık çıkıyor. Burada Yönetmeliğin getirdiği çözüm şekli ortaya büyük bir karmaşa, zaman, emek ve masraf kaybı sunmaktadır. Zira böyle bir olayda örneğin Şanlıurfa Baro Hakem Kurulu da yetkili olacağına ve avukatın da bu baro hakem ku-

⁵⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli, idari ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir. Özel kanun uyarınca hakeme başvurulmasının zorunlu olduğu hallerde, eğer hakemlik görevi hakim tarafından yerine getirilmiş ise bu merci, davanın konusuna göre, yukarıdaki fıkra yazılı adli veya idari yargı mercilerinden sayılır. (UMK m.1).

ruluna başvurduğu düşünülürse, Türkiye'nin değişik yörelerinde verilen hizmetle ilgili olarak binlerce icra takip dosyası ve dava dosyaları yetkili baro hakem kurulu önüne taşınmak zorunda kalacaktır. Dosyaların bulundukları yer baro hakem kurullarına istinabe edilecekse, bu kadar kapsamlı bir hizmetli ilgili olarak gereksiz yere emek, zaman ve masraf kaybı ortaya çıkacak ve usul ekonomisi de ihlal edilecektir. Zaten istinabe masrafları ve dosyaların bulundukları yerlerde incelenip bilgi verilmesiyle kaybedilecek zaman, hakem kurulları üzerinde altından kalkılamayacak bir yük doğuracaktır. Bu aşamada, Kanunun 167 ve Yönetmeliğin 6. maddesi ile hukuken ve fiilen devre dışı bırakılan HUMK'un 15. maddesi hükmünün, usul ekonomisine ve makul sürede yargılanma ilkesine daha uygun bir çözüm önerdiği anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde avukatlık ortaklıklarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda da yetkili baro hakem kurulu belirlenmiştir. Buna göre; avukatlık ortaklığında ortak avukatlar ile ortaklıkta çalışan avukatlar arasında veya ortakların ortaklıkla ilgili olarak kendi aralarında ya da ortaklık pay devir ve bedele ilişkin olarak, ortaklar ile üçüncü kişiler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmeye yetkili olan hakem kurulu, avukatlık ortaklığının kayıtlı olduğu yer barosu hakem kuruludur (Yönetmelik m.6/b). Avukatlık ortaklığı amacına uygun olarak bir gayrimenkul edinmiş, ancak bu gayrimenkul, ortaklığın kayıtlı olduğu baronun bulunduğu yerden başka bir yerde bulunuyor ve ortaklar arasında bu gayrimenkulün aynına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkmışsa yetkili baro hakem kurulu nasıl belirlenecektir. Acaba HUMK m.13 hükmüne kıyasen o gayrimenkulün bulunduğu yer baro hakem kurulu yetkilidir denebilir mi? Yönetmeliğin 6/b hükmünün, HUMK m. 13 te düzenlenen ve kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralını kaldırması mümkün olmasa gerekir⁵⁹.

Yukarıda açıklanan göreve ve yetkiye ilişkin belirsizliklerden daha vahimi, baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulünde karşımıza çıkmaktadır. Uygulanacak yargılama usulü ile ilgili olarak sunulan çözüm her haliyle Anayasanın 37 ve 142. maddelerinde düzenlenen kanuni (doğal) hakim ilkesi ile Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Hakem kurulunun, kurula başvuracak avukatların, avukatlık ortaklıklarının ve vatandaşların hangi yargılama usulüne tabi olacakları belli değildir.

Baro hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulü ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu m.167'de açık bir düzenleme yoktur. Maddenin üçüncü fıkrasında şöyle bir hüküm yer almaktadır: "Hakem işlerinde 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 527, 529, 532,

⁵⁹ Özyeşile göre burada HUMK m.13 hükmü uygulanmalı, hatta bu yetki kesin yetki kuralı olarak kabul edilmelidir.

533/1 ve 536. maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleri ile ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğince çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliğinde düzenlenir”. Bu hüküm ile kanun koyucu, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıklarda HUMK’da yer alan ihtiyarî tahkime ilişkin hükümler⁶⁰ doğrultusunda yargılama yapabileceğini belirtmek istemiştir. Bununla birlikte, ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümlerinin yetersiz olduğu veya baro hakem kurulu yargılamasının özelliklerinden kaynaklanan durumlar açısından ise, Türkiye Barolar Birliği’nin çıkartacağı yönetmelikle düzenlemeler yapılması gerektiği de madde metninden anlaşılan bir husustur.

Baro hakem kurulunun hangi usule göre yargılama yapacağı, hangi süreleri uygulayacağı hakkında Yönetmelik herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Yönetmeliğin diğer hükümlerinden⁶¹ çıkarılan sonuç ise; baro hakem kurulunun yazılı yargılama usulüne göre (bu konuda HUMK hükümlerine tabi olarak) yargılama yapacağıdır. İhtiyarî tahkimde ise yargılama usulü hakkındaki esas kuralı HUMK m. 525 hükmü koymaktadır⁶². Buna göre, taraflar tahkikatın şeklini ve sürelerini ister başlangıçta (tahkim sözleşmesinde) ister daha sonra yapacakları bir anlaşma⁶³ ile belirleyebilirler. Bu halde hakemler, tarafların kararlaştırdıkları usul kurallarına uymak zorundadırlar⁶⁴. Taraflar (tahkim sözleşmesinde veya daha sonra yapacakları bir sözleşmede, yargılama usulüne ilişkin bir anlaşma yapmamış iseler, hakemler, uygulayacakları yargılama usulünü kendileri tayin ederler (HUMK m. 525)⁶⁵. Hakemler hangi usulü uygularsa uygulasin temel yargılama ilkelerine uymalıdır⁶⁶.

⁶⁰ Burada söz konusu olan hükümler; madde metninde uygulanamayacağı açıkça belirtilen 527, 529, 532, 533/1 ve 536’ncı maddeler dışındaki ihtiyarî tahkime ilişkin HUMK hükümleridir.

⁶¹ Örneğin davanın dilekçe ile açılması, cevap süresinin on gün oluşu, ilk itirazlar ve ileri sürülmesi gibi usulî konulardaki düzenlemeler.

⁶² **ALANGOYA**, s. 576.

⁶³ Tarafların daha sonra yapacakları bir sözleşme ile hakemler önündeki yargılamada uygulanacak yargılama usulünü belirleyebilecekleri kabul edilmektedir. Bkz. **KURU-El Kitabı** s. 1115; **ALANGOYA**, s. 576. Bkz. 15. HD 15.6.1989, 1023/2841 (YKD 1989/9 s. 1296).

⁶⁴ **KURU- C.VI** s. 6049; **KURU-El Kitabı** s. 1115; **ALANGOYA** s. 576. Ancak, tarafların tespit ettiği usul taraflar arasındaki eşitliği bozuyorsa buna yönelik anlaşmaları geçerli sayılmaz (**ALANGOYA** s; 576). Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, taraflar hangi usulün uygulanacağını tespit etmemiş olsalar bile hakemler, usulün emredici hükümlerine uymak zorundadırlar (Bkz. **YEĞENGİL** s. 278; **BİLGE-Tahkim** s. 101-102; **ÜSTÜNDAĞ** s. 963).

⁶⁵ Hakemler bu halde HUMK’a göre tahkikat yapabilecekleri gibi tespit edecekleri başka bir yargılama usulünün uygulanmasına da karar verebilirler. (**KURU-C.VI** s. 6049; **KURU-El Kitabı**, s.1115). Hakem yargılamasında HUMK hükümlerinin

Kanun ve Yönetmeliğin getirdiği bu çözüm şekli kanuni hakim güvencesinin ihlali niteliğindedir. Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve mahkemelere müracaat hakkının, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargılama makamlarına başvurulacağı temel kuralının, mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin HUMK'un 15 ve İYUK'un 2. maddelerinin devre dışı bırakıldığı zorunlu bir tahkim usulü oluşturup ardından da bu usulde görev yapacak yargılama makamlarının uygulayacakları yargılama usulü kurallarını uyuşmazlığın taraflarının keyfiyetine bırakmak, hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmamaktadır. Kanuni hakim güvencesi, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yasa yolu ile yargılama usulü kurallarının belirlenmesini ve tarafların, hangi usule tabi olacaklarını görebilmelerini zorunlu kılmaktadır. Yargılamanın, önceden belli edilmiş bir usuli formda yapılması zorunluluğu vardır. Bu sayede olası keyfilikler önlenecek ve anayasalarda güvence altına alınan vatandaşlara eşit muamele etme imkanı sağlanabilecektir. Buna karşılık bir yönetmelik hükmü ile, baro hakem kurullarının, ihtiyari tahkim usulünde olduğu gibi bir yargılama usulü takip edebilecekleri, uyuşmazlığın taraflarının, davanın açılmasından sonra yargılama usulünü kendilerinin belirleyebileceğini savunmak, hukuk devleti, anayasal eşitlik ve kanuni hakim güvenceleriyle bağdaşmamaktadır⁶⁷. Zorunlu tahkim usulünde, yargılama makamının uygulayacağı yargılama usulü kurallarının önceden belli edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde kötüniyetli davranışların önü açılacaktır. Zira baro hakem kurulu önüne gelen taraflardan biri, her türlü hukuki çözüm ve ispat şeklini bilen avukat, diğeri ise hiçbir hukuki bilince sahip bulunmayan herhangi bir vatandaşdır. Hakem kurulu önünde hakkını arayan ve hiçbir hukuk bilincine sahip olmayan kişilerin iradeleri, eğer yargılama usulü onların iradelerine terkedilecek olursa kolaylıkla zedelenebilir, hileli yollarla sakatlanabilir⁶⁸.

uygulanacağı (taraflarca veya hakemlerce) kabul edilmişse, bu durumda HUMK hükümleri tahkim yargılamasına uyduğu ölçüde (örneğin yetki, görev, iş bölümü, duruşmaların aleniliği, adli tatil gibi hükümler, tahkimde uygulanmaz) uygulanacaktır. Bkz. ALANGOYA s. 576; 15 HD 16.3.1979 161/512; OKÇUOĞLU Yavuz: Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Ankara 1991, s. 500 dn. 2.

⁶⁶ ALANGOYA s. 576; KURU-El Kitabı s.1115, Örneğin taraflara arasındaki eşitlik ilkesine, adil yargılama ilkesine hakemler uymak zorundadır.

⁶⁷ Bu nedenlerle sayın Özyeşilin, yargılama usulünün tarafların iradeleri ile belirlenebileceği yolundaki görüşüne katılamıyoruz.

⁶⁸ Ortada ücrete ilişkin herhangi bir uyuşmazlık yokken ve güven ilişkisi geçerli iken dahi muvazaalı yollarla vatandaşların iradelerinin nasıl kötüye kullanıldığı, müvekkillere ait menkul ve gayrimenkullerin başkalarının üzerine geçirildiği, müvekkile ait alacakların tahsil edilip başka yerlerde değerlendirildiği, çeklerin ciro edildiği yolunda ibret dolu pek çok olay mevcuttur. Bu düşündürücü olaylar görmezlikten gelinerek ve ortada davanın da olduğu düşünülecek olursa, yargılama usulü kurallarını avukatla müvekkilin iradelerine bırakmak iyiniyet kurallarına aykırı hareketlerin de önünü açacaktır. Örneğin delil sözleşmesi yapılarak

Bu nedenle baro hakem kurulu yargılamasında acilen bir yargılama usulü güvencesi getirme zorunluluğu bulunmaktadır.

V- BARO HAKEM KURULLARININ TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI

Yargılama makamlarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, adil yargılamanın temellerinden biridir. Yargı yerinin bağımsızlığı; belli bir davada karar vermek durumunda olanların, önlerine gelen sorunlar hakkında tarafsız bir şekilde, olaylara dayalı ve hukuka uygun olarak, devletin herhangi bir biriminin ya da başka bir yerin herhangi bir müdahalesi, baskısı ve uygunsuz etkileri olmaksızın karar vermekte özgür olmaları anlamına gelmektedir⁶⁹.

Demokratik bir toplumda yargı yerlerinin bağımsızlığının kökleri; güçler ayrılığındadır (Gewaltenteilug). Yargı hakkının, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızlığı ilk kez Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde düzenleme altına alınmıştır⁷⁰.

Devletin çeşitli organlarının münhasır ve özgül görevleri vardır. Bir kurum olarak yargı organı ve birey olarak yargıçlar, önlerindeki davalarda karar vermek için münhasır yetkiye sahip olmalıdırlar⁷¹. Yargının bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınmalı, hukuk tarafından düzenlenmiş olmalı ve bütün kamu kuruluşları tarafından saygı görmelidir. Devletler adaletin dağıtılmasında siyasi ve başkaca müdahalelere karşı yapısal ve işlevsel koruyucular sağlamalıdır⁷². Hakimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin ve özellikle siyasal iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez⁷³. Devletin başta gelen görevlerinden biri de adalet dağıtmaktır. İyi bir adaletin başlıca şartı ise adaleti dağıtanların tarafsız ve bağımsız olmalarıdır⁷⁴. Zira en küçük bir yabancı unsurun müdahalesi ile bozulan kurum, adalettir. Bu itibarla herhangi bir makamın veya otoritenin baskısı ya da etkisi altında karar veren hakim, adaleti yerine

karşı tarafın elinde bulunan delillerin hukuki değeri kaldırılabilir, kişinin gerçek iradesine uymayan sulh, kabul ve feragatler devreye girebilecektir. Baro hakem kurulu önünde, önceki avukatına karşı hakkını arayan bir kişi tekrar avukat tutma zorunluluğunda kalabilecektir.

⁶⁹ TAMER/KAPLAN, s.159; GÖZLÜGÖL, s.120; GÖLCÜKLÜ / GÖZÜBÜYÜK, s.254; Div. Kar. Belilos/İsviçre 29.4.1988, A-132, § 64; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A-84, §36; Lithgow ve Arkadaşları/Birleşik Krallık 8.7.1986, A-102, § 202.

⁷⁰ SCHWAB/GOTTWALD, s. 5; Alman Anayasası (GG) § 20 ve Türk Anayasası m. 9' da da, 'Yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı' hüküm altına alınmıştır.

⁷¹ TAMER/KAPLAN, s.158.

⁷² Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 1.

⁷³ GÖZLÜGÖL, s.121.

⁷⁴ TOROSLU, s.94; KUNTER, s.347.

getiremez. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birey hak ve özgürlüklerinin güvencesidir⁷⁵.

Yargı organı, önündeki sorun hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan ya da dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın, maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir (YBİTİ/2). Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa' ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Ay. m.138)⁷⁶. Herkes medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar (...) hakkında karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) görülmesini istemek hakkına sahiptir (AİHS m.6, İHEB m.10, KİSHUS 14/1).

İHEB' nin 7. maddesine göre "Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır". Kişilerin yasa tarafından eşit koruma altında bulunmaları ise en başta bu yasaları uygulayacak olanların tarafsız ve bağımsız olmalarına ve bu sayede yasaları tüm yurttaşlara eşit uygulamalarına bağlıdır.

İHEB' nin 8. maddesinde de "Tüm yurttaşların, anayasa ya da yasa ile tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma haklarının olduğundan" bahsedilmektedir. "Etkin" bir yargı yolunun sağlanabilmesinin en önemli koşullarından birisi de, yargı yoluna dahil mahkemelerde görev alan kişilerin bağımsız ve tarafsız davranabilmeleridir.

İHEB' nin 21. maddesinin 2. bendinde ise "Herkesin, ülkesindeki kamu hizmetlerinden eşitlikle faydalanma hakkına sahip olduğu" belirtilmektedir. Yargı erki, bir ülkedeki en önemli kamu hizmetlerinden biri olduğu için, bu en temel kamu hizmetinin ülkede yaşayan herkes için tam bir eşitlikle uygulanabilmesi de yine, o kamu hizmetini görmekte olan hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.

Yargı organı, önündeki sorun hakkında herhangi bir tarafın herhangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir. Yargı bağımsızlığı prensibi, yargılama organının

⁷⁵ TOROSLU, s.95.

⁷⁶ Üst derece mahkemelerinin kararlarının göz önünde bulundurulması, mahkemelerin bağımsızlıklarının ihlali anlamına gelmez, mahkemeler üzerinde tavsiye ve telkinde bulunulması olarak algılanamaz. CENTEL, s. 11.

davaları adil bir biçimde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir ve yargılama organına bu imkanı verir⁷⁷.

Hakimlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanmasına yönelik Usul Hukuku hükümleri, AİHS ve Anayasa’da ifadesini bulan “ayrımcılık yasağının” bir garantisidir. Hak arama hürriyetini kullanan ve mahkemeler önünde davacı ve davalı konumunda olan kişiler açısından “hukukun korumasından” eşit faydalanma hakkı en başta hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını zorunlu kılmaktadır.

Bununla birlikte tarafsızlık; davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu ve özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının, taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmamaları demektir⁷⁸.

Objektif tarafsızlık, kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılır. Bu, yargılama organının her türlü şüphe ve kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olup olmadığı hususuna bağlıdır⁷⁹. Objektif tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin, organın tarafsızlığı makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır⁸⁰. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) açısından yapılmaktadır⁸¹.

Objektif tarafsızlığın sağlanmasında hakimlerin hiç kimsenin emir ve talimatına bağlı olmaksızın Anayasa’ya, kanuna ve vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri büyük önem taşımaktadır⁸². Objektif yönden tarafsızlığın ölçütleri kurumsal alanda ve Anayasal düzenlemeler çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması açısından yürütme ve yargılamanın ayrılığı, başka bir anlatımla yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu çok önemlidir. Eğer hükümet ya da idari organlar, hakimlerin görevine son verebiliyor-

⁷⁷ Yargı Bağımsızlığına Dair Temel Prensipler m. 2,6.

⁷⁸ TAMER/KAPLAN, s.167; GÖZLÜGÖL, s.121; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.254; Div. Kar. Holm/İsveç 25.11.1993 A-279, § 32; Piersack/Belçika 1.10.1992 A-53 § 30.

⁷⁹ TÜSIAD, s.27.

⁸⁰ Piersack Kararı, §30; De Cubber / Belçika 26.10.1984, A-86 §24; Hauschildt / Danimarka 24.5.1989 A-154 § 45; Padovani/İtalya 26.2. 1993 A-257 § 23-24; Demicoli/ Malta 27.8.1991 A-210 § 39-42; GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.255.

⁸¹ Cubber/Belçika 26.10.1984 Seri A-86 § 26; Piersack Kararı, § 30.

⁸² Any. m. 138/I; Bulgaristan Anayasası m. 130; Yunanistan Anayasası m. 87/II, Almanya Anayasası m. 20/III.

larsa, bu noktada kurumsal açıdan bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları yok demektir. Hatta yargılama dışı kurumlar, mahkemeler ya da hakimler üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu, yine bağımsızlığın olmadığı anlamına gelmektedir. Bu etkileme ya da denetleme; değişik biçimlerde; hakimlerin aylıklarının ödenmemesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçimlerinde ortaya çıkabilmektedir. Divan, bir mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını araştırırken; üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne, görev sürelerine, herhangi bir makamın üyelerine emir verme yetkisi⁸³ bulunup bulunmadığına, üyelere etkide bulunulmaması için önlem alınıp alınmadığına ve genel bir değerlendirmeye bağımsız görünümde olup olmadığına önem vermektedir⁸⁴.

Objektif tarafsızlık konusunda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa verdikleri güven hissidir. Zaten Divan, pek çok kararında; “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi lâzımdır” öz deyimine atıfta bulunmuştur⁸⁵. Buna göre yargılamaya geçilmeden; daha davanın en başında, yargılama makamının kuruluşu ve buralarda görev yapan hakimler açısından tarafsız bir mahkemenin oluşturulduğu noktasında bir görünümün oluşturulması gerekir. Mahkemelere duyulan güvenin, büyük ölçüde kurumun üyelerinden soyutlanarak bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur⁸⁶.

⁸³ Alman Hukuku’nda, objektif tarafsızlığın bir göstergesi olarak emir ve talimat bağımsızlığı kavramının karşılığı olarak; “Weisungsfreiheit-Weisungsunabhängigkeit” kelimeleri kullanılmaktadır. Anayasa’nın 138/2 hükmüne göre; “Hiçbir makam, organ, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz”. Benzer düzenlemeler hakkında bkz. İtalyan Anayasası m. 101/II, Japon Anayasası m. 76/III, Almanya Anayasası m. 97/I, Bulgaristan Anayasası m. 129/I, İspanya Anayasası m. 117, Yunanistan Anayasası m. 87. SCHWAB/GOTTWALD, s. 7.

⁸⁴ CENTEL, s. 26.

⁸⁵ De Cubber/Belçika 26.10.1984, Seri A 86, § 26.

⁸⁶ Brandstetter/Avusturya 28.8.1991, A-211 § 44; Bu nedenle mahkeme üyelerinin atama yöntemleri, görev süreleri, görevden uzaklaştırmayı düzenleyen veya görevden uzaklaştırmayı garanti altına alan kuralların niteliği, üyeleri dışarıdan gelecek baskılara karşı koruyacak güvencelerin varlığı, üyeler arasında hiyerarşik bir sıralamanın olup olmadığı dikkate alınarak objektif tarafsızlığın görünümünün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri’nin objektif tarafsızlığa sahip olduğu ileri sürülemez. Nasup Mitap, Abdullah Müftüoğlu/Türkiye, 8.12.1994, 15530/89, 15531/89, § 88-107; Langborger /İsveç, 22.6.1989, Seri A 155 § 32; Campbell ve Fell/ Birleşik Krallık 28.6.1984 Seri A 80, § 78; Piersack/Belçika, 1.10.1982 Seri A 53, § 30; Borgers/ Belçika 20.10.1991 Seri A 214-B, § 24.

Baro hakem kurulunun yapısı ile ilgili olarak asıl önemli husus, avukatı ile uyumsuzluğa düşen kişilerin, o avukatın meslektaşlarından oluşan bir kurul önünde yargılamaya zorunlu tutulmalarıdır. Kişisel hakların gerçekleştirilmesi veya korunmasını, tarafsız ve bağımsız bir yargı örgütünün yerine getireceği her türlü kuşkudan uzaktır. Baro hakem kurulu özel hukuk alanındaki bazı uyumsuzlukları çözme konusunda, esasen mahkemelerin yerine getirmesi gereken görevi ifa edeceğinden, bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, baro hakem kurulunun iki üyesinin avukat oluşu ve baro hakem kurulu önünde çözümlenecek uyumsuzlukların taraflarından birinin her zaman mutlaka bir avukat oluşu karşısında, toplum nezdinde birtakım şüphelerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Mesleki dayanışma veya rekabet duygularının objektif tarafsızlığın sağlanmasında endişelere sebebiyet vereceği ortadadır. Yargı mercilerinin tarafsızlığı denilince ön plana çıkan husus "objektif tarafsızlık"tır. Bu bağlamda oy çokluğu ile karar verebilecek baro hakem kurulunda iki avukat üyenin bulunması, yargılamaya taraf olacak kişilerin baro hakem kurulunun tarafsızlığına olan güvenlerini zedeleyecek niteliktedir⁸⁷.

AİHM, kurumsal tarafsızlığın saptanmasında açık, belirgin kanıtların bulunmasını gerekli görmemektedir. Tam tersine, yargılanan kişinin kuşku ve endişe duymasına neden olacak biçimde yargılama makamının organik ya da işlevsel alanda taraflı ya da bağımlı olduğu düşüncesine yol açabilecek görüntülerin bulunması halinde dahi, tarafsızlığın ihlâl edildiği sonucuna varmaktadır⁸⁸.

Hukukumuzda hakimlerin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır (SPK m.11). Ancak her birey gibi bir davaya bakan hakim de siyasi görüşünün olması ve herhangi bir siyasi partiye sempati duyması doğaldır. Salt bu nedenle hakim davada taraflı görülerek reddedilmesi yerinde değildir. Ancak, siyasi eğilimini daha önceden veya dava sırasında taraflı olmasından kuşku duyulmasını haklı gösterecek biçimde ortaya koyan veya siyasi faaliyette bulunan hakim reddi mümkündür. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi, komünist görüşlü bir kişinin siyasi suçunu yargılayan bir hakim, alenen bir çok kez sözle ve eylemle komünizmi reddetmiş bir kişi olmasını

⁸⁷ ÖZYEŞİL, s.3.; Özellikle burada bahsettiğimiz durumun özelliğinden ötürü, Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin tasarının gündemde olduğu dönemde, toplumda "kıyak avukatlık yasası" imajının ve "avukatların bu işi kendi aralarında hallediyor şeklindeki görüntünün" doğabileceğini ifade eden Pekcanitez'in bu teşhislerine katılmamak mümkün değildir PEKCANITEZ Hakan: Tartışma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Ankara 12/16 Ocak 2000, s.389-390). Ayrıca kanımızca, uyumsuzluğu çözmek ile görevlendirilen hakem kurulunu "Baro Hakem Kurulu" kavramı ile ifade etmek de bu yönüyle toplumun duyduğu endişeleri artıracak özelliktedir. ÖZYEŞİL, s. 3.

⁸⁸ TUSİAD, s.28; Belilos Kararı, Sramek Kararı; Piersack Kararı.

tarafgirlik nedeni olarak yeterli görmüştür⁸⁹. Baro hakem kurulunun oluşumundaki siyasi etkiler, bu kurulun objektif tarafsızlığı konusundaki şüpheleri de beraberinde getirmektedir.

Türk Milletinin siyasal parçalanma merakı, baro seçimlerinde de kendisini göstermektedir. Baro yönetim kurulları ile ilgili olarak yapılan seçimlerde seçimlere katılan gruplar kendilerini, siyasal kimliklerine, siyasal görüş ve düşüncelerine göre ifade etme ihtiyacı hissetmektedirler. Örneğin son yapılan Ankara Barosu seçimlerinde seçime katılanlar, Demokratik Sol veya Demokratik Sağ Avukatlar Grubu şeklinde; temelinde siyasal ayrımcılığı esas alan bir yapılanmaya gitmişlerdir. Siyasi söylemlerle ve kimlikle hareket eden bu gruplar, kendi aralarından Baro Yönetim Kurulu adaylarını belirlemekte ve bu yönetim kurulunca da, bağımsız ve tarafsız yargılama yapması gereken Baro hakem kurulunun iki avukat üyesi seçilmektedir. Hakimlerin, siyasi etki, baskı, teşvik gibi nedenlerle bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının zedelenmesini önlemek amacıyla siyasi partilere üye olmaları açıkça yasaklanmışken, pek çoğu itibariyle bir siyasi partinin üyesi olan veya organlarında görev alan ve hatta baro seçimlerinde kendilerini, siyasi dünya görüşlerine göre ifade etme ihtiyacı hisseden Baro Yönetim Kurulu üyeleri tarafından, tarafsız ve bağımsız nitelikte bir yargılama makamı oluşturmaya çalışmak da hayalden ibaret olsa gerektir. Bu nedenle Baro hakem kurulunun objektif-kurumsal- tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda ciddi tereddütler bulunmaktadır. Şu anki görünümü itibariyle baro hakem kurulu üyelerinin, önüne gelen uyuşmazlıkta karşı dünya görüşüne sahip olan bir avukat veya o avukatın müvekkili ile ilgili olarak, siyasi görüşlerinden bağımsız bir şekilde karar verebilmelerini garanti altına alan koruyucu düzenlemeler yer almamaktadır. O nedenle Baro Yönetim Kurulu tarafından, hakem kurulu oluşturulurken çok dikkatli davranılmasında fayda vardır.

Özellikle Baro yönetim kurullarının seçim dönemlerinde, seçilebilme kaygısı taşıyan grupların, avukat üyeleri ile iyi geçinme ve oy alabilme kaygıları baro hakem kurullarının tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkileyebilecek niteliktedir.

Bu siyasal etkiler, Ankara, İstanbul, İzmir gibi binlerce avukat üyesi bulunan illerin barolarında daha az hissedilir olsa da Türkiye sadece bu illerdeki barolardan ibaret değildir. Küçük yerleşim alanlarında bu tür siyasal baskı veya teşviklerin daha da etkili olacağı ve karar mercilerini kontrolü altına almaya çalışacağı aşikardır. Yine bu yerlerde, uyuşmazlıkların çözümünde mesleki rekabet veya dayanışma duygularının da devreye girebileceği şüphesizdir. Bu nedenlerle baro hakem kurullarının mevcut yapısı, "silahların eşitliği" ilkesi açısından da bazı kuşku ve şüpheleri beraberinde getirmektedir.

⁸⁹ DEMİRCİOĞLU, s. 42.

Gerek ceza gerekse hukuk yargılaması alanında, adil yargılama ilkesinin temel unsurlarından biri de yargılamada “ taraflar arasında eşitliğin” bulunmasıdır⁹⁰. Bu ilke genel olarak yargılama hukukunda ve AİHS uygulamasında “silahların eşitliği” olarak adlandırılmaktadır. Anlamı, “bir yargılama sürecinde tarafların savlarını ileri sürmek, dinlettirmek ve kabul ettirebilmek için eşit şans ve olanaklara sahip olmaları ve bu konuda taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı bir durumda olmamasının sağlanmasıdır⁹¹. Davada tarafların maddi ve hukuki konulara ilişkin görüşlerini tüm çerçevesiyle ifade edebilmeleri de bu hakkın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır⁹². Divan’ a göre de genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan “hakkaniyet”in önemli bir gereği taraflar arasında “silahların eşitliği” diğer bir deyimle mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır⁹³. Silahların eşitliği ilkesi, ağır insan hakları ihlallerine karşı acil bir fren niteliğindedir⁹⁴.

Herkes hukuk önünde eşit haklara sahiptir⁹⁵. Bu eşitliğin kökeni, anayasalardaki genel eşitlik ilkesine⁹⁶ ve sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır⁹⁷.

⁹⁰ Bu ilke Mitolojide, Justitia’nın dengede duran terazisi ile ifade edilmektedir. Dengede duran ve taraflara eşit imkânlar sunun bu terazi sayesinde davacı ve davalının eşit silahlarla savaşması, eşit olarak davaya başlanılabilmesi ve eşit şanslara sahip olunması, kısacası hakim önünde eşit olunması (Die Gleichheit vor dem Richter) sağlanır. Taraflar, ileri sürdükleri delillerle, iddialarla, savunmalarla eşit ölçüde bu teraziyi harekete geçirme imkânına sahiptirler. **BÖTTICHER Eduard:** Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1961, s. 11.

⁹¹ **TÜSİAD**, s. 33.

⁹² **AKCAN**, s.90.

⁹³ Div.Kar. K.Delcourt/Belçika 17.1.1970 Seri A-11, § 28; Monnel et Morris/İngiltere 2.3.1987 Seri A-115, § 62; Ekbetani/İsveç 26.5.1988 Seri A-134, § 30.

⁹⁴ **PEKCANİTEZ-Adil Yargılama**, s. 55.

⁹⁵ İHEB m.7, AİHS m.14; 10; KİSHUS m. 2/1,3 ve 26; Afrika Şartı m. 2, 3; Amerikan Sözleşmesi m. 1, 8/2, 24.

⁹⁶ Yunanistan Anayasası, m. 4, I.; İspanya Anayasası, m. 14.; Avusturya Anayasası, m. 2.; Belçika Anayasası, m. 6, II.; İsveç Anayasası, m. 4 c. 1.; Polonya Anayasası, m. 69. AİHS (EMRK) m. 14.; Amerikan Sözleşmesi (AmMRK) m. 24.

⁹⁷ BVerfGE Bd. 9, s. 131; Bd. 10, s. 270; Bd. 22, s. 86; Bd. 52, s. 144; Bd. 56, s. 143; Bd. 63, s. 394. Alman Anayasası (GG) § 3’te genel eşitlik kuralından bahsedilmektedir. Alman Hukukçularına göre de mahkeme önünde iddia ve savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir görünümüdür ve mahkemelerin keyfi (willkürlich) davranışlarına karşı bir güvence niteliğindedir. Bu hak, milletin, devlet erki karşısındaki gücüdür. **KIRCHBERG Christian:** Willkürschutz statt Grundrechtsschutz, NJW 1987, 1988 s. 1987-1988; **WALDNER**, s. 9; **GUSY Christoph:** Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, JuS 1982, s. 30; **HENCKEL Wolfram:** Sanktionen bei Verletzungen des Anspruchs auf

Hukuk önünde eşitlik hakkı, yasaların ayrımcı olmaması, yargıçların yasaları uygularken herkese eşit muamelede bulunması, ayrımcı bir şekilde davranmaması anlamına gelir⁹⁸. Hukuk üstünlüğünün bu genel ilkesi, herkesin hem mahkemeye eşit olarak ulaşma ve hem de bu mahkemeler tarafından eşit muamele edilme hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir⁹⁹.

İHEB'nin 7. maddesine göre; "Herkes hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmadan hukukun korumasından eşit olarak yararlanır. Herkes, bu bildirinin ihlaline yönelik bir ayrımcılığa ve böyle bir ayrımcılık kışkırtmasına karşı, hukukun korumasından eşit olarak faydalanır".

Yine İHEB'nin 10. maddesine göre; "Herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkında bir suç isnadının karara bağlanmasında (...) tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir.

KİSHUS'nin 14/1 hükmüne göre; "Herkes, mahkeme ve yargı mercileri önünde eşittir".

Aynı şekilde KİSHUS'nin 26. maddesine göre; "Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk, bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese (...) ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma sağlar".

1990 tarihli AGİK Kopenhag Sözleşmesi'nin 5/9. hükmü gereğince; "Bütün bireyler yasa önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılık olmadan eşit korunmaya hakları vardır. Bu bakımdan yasa her türlü ayrımcılığı yasaklar ve gerekçesi ne olursa olsun her türlü ayrımcılığa karşı bütün kişilere eşit ve etkili bir koruma sağlar".

1982 Anayasası'nın 10. maddesine göre de; " Herkes, (...) ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır".

Silahların eşitliği ilkesi, uyuşmazlığın taraflarına, karşı taraf karşısında kendisini esaslı bir surette dezavantajlı konuma sokmayan şartlarda görüşlerini sunmak için makul imkanların verilmesi anlamına gelir. Silahların eşitliği ilkesi, kendini savunma hakkının temel bir güvencesidir. Bu ilke, uyuşmazlığın taraflarının birbirleriyle eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunmada makul fırsatlara sahip olmasını güvence altına almaktadır.

Alman Hukuku'nda, silahların eşitliği ilkesi; "Waffengleichheit" kelimesiyle ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bu ilke, hukuki dinlenilme hakkının bir gö-

rechtliches Gehör, ZZP 77 (1964) s. 481; HÖFLING, Wolfram: Das Verbot prozessualer Willkür, JZ 1991, 955 s. 955.

⁹⁸ Die Gleichheit der Parteien vor dem Richter. Bötticher, s. 11.n

⁹⁹ TAMER/KAPLAN, s. 151-152.

¹⁰⁰ WALDNER, s. 7.

rüntüsüdür ve yargılama işlemlerinin, eşitlik temeli altında belli bir sıra ile yerine getirilmesi güvence altına almaktadır¹⁰¹.

Burada önemli olan, muhakemenin bütünü gözönünde tutulduğunda iddia ve savunma dengesinin korunmasıdır¹⁰².

Silahların eşitliği ilkesi, adil bir yargılama yapılabilmesinde üç temel sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bu ilke sayesinde devletin yargı fonksiyonu, kişi lehine sınırlandırılmakta ve yargının doğru ve adil işlemesi sağlanmaktadır¹⁰³. Yine bu ilke sayesinde, yargılamaya katılanların salt bir obje olması önlenmekte ve yargılama işlemlerinde daha etkin olmaları sağlanmaktadır¹⁰⁴. Son olarak bu ilke sayesinde adil bir yargılamanın yapılması sağlanmakta ve kanuna uygun bir yargılama yapılabilmesi temin edilmektedir. Bu sayede keyfi ve kötünietli davranışlar da önlenmektedir¹⁰⁵.

Baro hakem kurullarının, “silahların eşitliği” ilkesine uygun yargılama yapıp yapamayacağı şüphelidir. Zira bu kurullar önünde yapılan yargılamalarda objektif tarafsızlık ve bağımsızlığın tam olarak sağlanabildiğini söylemek mümkün değildir. Hakem kurulu üyelerinin ikisinin avukat olması, bu kurulların siyasal ve sosyal etki, baskı ve teşviklere açık olması, mesleki rekabet veya dayanışma duygularının devreye girebileceği endişesi, taraflar arasında silahların eşitliğinin sağlanması ve taraflara eşit muamele yapma yükümlülüğü bakımından tereddütlerin doğmasına sebep olmaktadır.

Baro hakem kurullarının objektif tarafsızlıkları konusundaki endişeler sadece bu kurulların kendi oluşumlarından kaynaklanmamaktadır. Baro hakem kurulları tamamen bağımsız ve tarafsız hareket etme eğiliminde olsa bile siyasi bir organ konumunda olan Adalet Bakanlığı’nın özellikle Avukatlık Kanunu’nun 77/7, 95/16 ve Geçici 4. maddelerine dayanarak sahip olduğu onay ve denetim yetkileri nedeniyle Baro Yönetim Kurullarının ve hakem kurullarının, siyasi iktidarın etki ve baskıları altında kalmaları kaçınılmazdır. Baro Hakem Kurulu üyesi olarak bir yargılama sürecinde görev alacak avukatların, hakimler gibi Anayasa’dan kaynaklanan teminatlarının bulunmaması üye avukatlara yapılabilecek telkinleri ve baskıları gündeme getirebilir.

Sübjektif açıdan tarafsızlık doğrudan doğruya hakime ya da hakimlere ilişkin olup; bunların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır¹⁰⁶. Sübjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayı-

¹⁰¹ **BAUR Fritz:** Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 393 s.393; **ZEUNER Albrecht:** Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 1013 s. 1013.

¹⁰² **FEYZİOĞLU,** s. 282 dip. 668.; Bogers/Belçika 30.10.1991 Seri A-214-b § 26.

¹⁰³ BVerfGE Bd. 38, s. 111.

¹⁰⁴ BVerfGE Bd. 65, s. 174; Bd. 66, s. 318.

¹⁰⁵ BVerfGE Bd. 52, s. 153; Bd. 69, s. 139.

¹⁰⁶ **GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK,** s.255; **TÜSİAD,** s.28.

lır¹⁰⁷. Baro hakem kurulu üyelerinin sübjektif açıdan tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını sağlayabilmek için Yönetmeliğin 8. ve 9. maddelerinde hakemlerin reddi ve hakemlerin davaya bakmasının yasak olduğu haller düzenleme altına alınmıştır.

VI- BARO HAKEM KURULU KARARLARININ TEMYİZİ

Kanun yolu¹⁰⁸, davanın taraflarına tanınan bir hukuki yoldur ki bununla, yanlış olduğu iddia edilen kararın tekrar incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanır¹⁰⁹. Kanun yollarıyla davanın tarafı (tarafları), karar kesinleşmeden önce, usul kurallarına uygun olmayan bir kararı üst mahkemede incelettirmek suretiyle itiraz ettikleri bu kararın ortadan kaldırılmasına ve uygun bir kararın elde edilmesine çalışmaktadır¹¹⁰.

Kanun yoluna başvurma hakkı, AİHS' de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHS' ye ek 7 numaralı protokolün 2. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre; "Cezai bir fiilden ötürü bir yargı yeri tarafından mahkum edilen kimse, mahkumiyet ve cezasını daha yüksek bir yargı yerinde yeniden inceletmek hakkına sahiptir". Aynı şekilde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14/5 hükmüne göre; " bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyetinin ve hükmün yasalar uyarınca daha yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesi hakkına sahiptir".

Her ne kadar söz konusu maddelerde, özellikle ceza hukuku alanında temyiz ve kanuni yollara müracaat hakkında bahsedilmekte ise de, özellikle hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olması bakımından ele alındığında bu hakkın tüm uyumsuzluklarda ve bu arada da hukuk davalarında da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Zira söz konusu uluslararası sözleşmelerde amaçlanan; hukuk ve ceza davaları arasında bir ayrım yaparak, salt cezai bir fiilden yargılanan kimse- re kanun yollarına müracaat hakkını tanımak değil, ilk derece mahkemelerinin, karar verirken yanlışlık yapmaları ihtimalinden yola çıkarak, daha yüksek bir mahkeme tarafından hem hukuk hem de ceza davalarının incelenmesine imkân sağlamaktır.

İnsan Hakları Komitesi' ne göre, kanun yollarına müracaat hakkından bahsedebilmek için, ilk derece mahkemesi hükmünün denetiminin, daha yüksek bir yargı yerinde ve yasaya uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Denetim hakkı; bir olayın, ikincisi birincisinden daha yüksek bir yargı yeri

¹⁰⁷ Fey/Avusturya 24.2.1993 A-255, § 29; Padovani/İtalya 26.2.1993 A-257 § 25; Hauschild/Danimarka 24.5.1989 A-154.

¹⁰⁸ Das Recht auf Instanzenzug.

¹⁰⁹ KURU-Usul V, s.4488.; PEKCANITEZ-Usul, s. 405.

¹¹⁰ AKCAN, s.7.

olmak üzere en az iki derecede (zweite Instanz) yargısal denetimin yapılmasını sağlar.

Adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamadan bahsedebilmek için, hüküm mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, hukuka uygunluğunun denetlenmesi imkânının mutlaka hukuk düzeni içerisinde kurumsallaştırılmış olması gerekir. Modern bir hukuk devletinde, bütün mahkemelerce uygulanan hukuk kurallarının denetlenmesi, yüksek mahkemelerin temel görevleri arasındadır. Ülkemizde de Yargıtay, adli yargı alanındaki yüksek mahkeme olup, adliye mahkemelerince verilen nihai kararları ve hükümleri, son merci olarak inceleyip karara bağlar¹¹¹.

Aynı şekilde kişilere “kanun yollarına” müracaat hakkının tanınmış olduğundan bahsedebilmek için; yüksek yargı yerince yapılan denetimin, alt derece mahkemesinin hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkin vermiş olduğu kararlara yönelik olması gerekir. Hukuki ve maddi sorunların incelenmesi yerine sadece, usul kurallarının uygulanmasının yerindeliğiyle sınırlandırılmış bir denetimin, bu güvencenin gereklerini yerine getirmesi mümkün değildir. Temyiz denetimleri, “usul şartlarının biçimsel olarak yerine getirilmesinin doğrulanmasından” daha fazla bir şey olmalıdır. Yüksek yargı yerince yapılan denetim, davadaki konuların esasına yönelik olmalıdır¹¹².

Kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekten ve adalet duygusunun incitilmesinden, sarsılmasından kaçınmak için en uygun yol olarak üst mahkemeler kurulmuştur. Üst mahkeme tarafından verilecek kararlar, hukuki birliği sağlayacağı gibi, sonradan açılacak davalarda alt derece mahkemeleri için de bir ölçüt olacaktır. Kanun yolunun amaçları olarak kabul edilen, somut olayda adaletin gerçekleştirilmesi ve hukuki birliği sağlama, birbiriyle iç içe olan, diğerinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan, birbirini tamamlayan hususlardır. Kanun yolları, her iki amacı da gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Amaç, toplumun ve kişilerin yararlarının birlikte gerçekleştirilmesidir¹¹³.

¹¹¹ AKCAN, s.8.

¹¹² BM Hukuk Dışı, Keyfi Kısa Yoldan İnfazlar Özel Raportörü, maddi konuları değil de sadece hukuki konuları inceleyen kanun yolları hakkında kaygılarını dile getirmiştir. Özel raportör bu kaygılarını Cezayir Yüksek Mahkemesi’nin temyiz incelemesiyle bağlantılı olarak dile getirmiştir. Raportör, “sanıkların davayı hem usul hem de esas yönünden bütünüyle inceleyen bir temyiz aşamasından yoksun olmaları nedeniyle, uluslararası belgelerde düzenlenen şekliyle temyiz hakkından tam olarak yararlanamadıklarını” belirtmiştir. Ayrıca Kuveyt Devlet Güvenlik Mahkemeleri önündeki yargılamalar için de benzer endişeleri dile getirmiştir. BM, Yargısız, Acele ya da Keyfi İnfazlar Özel Raportörü Raporu, 7.12.1993 TAMER/KAPLAN, s. 253.

¹¹³ AKCAN, s.9-10.

Baro hakem kurulu kararları, diğer hakem kararlarında olduğu gibi temyiz incelemesine tabidir (Yönetmelik m.20, HUMK m.533)¹¹⁴. Baro hakem kurulu kararlarının temyizinde esas itibarıyla HUMK hükümleri uygulanır (533/1 ve 536 hariç Av. K m.167). HUMK m.427, II'ye göre kesin olan hüküm ve kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (Yönetmelik m.20/son)¹¹⁵. Bunun yanı sıra HUMK m.427, III ve IV hükümlerinin de baro hakem kararları açısından uygulanması gerekir. Baro hakem kararlarına karşı temyiz süresi on beş gündür. Süre kararın taraflara tebliği ile başlar (Yönetmelik m.20, D)¹¹⁶. Baro hakem kurulu kararlarının temyiz edilmesi halinde incelemeyi Yargıtay yapacaktır. Temyiz incelemesi, o dava mahkemede açılmış olsa idi hangi dairede incelenecek idi ise o daire tarafından yapılır (Yargıtay Kanunu m.14, VIII).

HUMK m.533 hükmü, dört temyiz sebebi düzenlemiştir. Ancak Avukatlık Kanunu m.167,III'de, HUMK m.533/1 hükmünün baro hakem kurulu yargılamaında uygulanmayacağını belirttiğinden; baro hakem kurulu kararlarına karşı HUMK'un 533'üncü maddesinin 2, 3 ve 4'üncü bentlerindeki sebeplere binaen temyiz yoluna başvurulabilecektir. Buna göre temyiz sebepleri: 1- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması 2- Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermeleri 3- Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmalarıdır (Yönetmelik m. 22).

İhtiyarî tahkimde hakem kararlarının temyiz sebeplerinin tahdidi olduğu doktrinde (ve Yargıtay'ca)¹¹⁷ kabul edilmesine rağmen, Yargıtay özellikle kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle, HUMK m.533'de sayılan sebepler dışındaki bazı hallerin de temyiz sebebi teşkil ettiğine karar vermektedir¹¹⁸. Yargıtay'ın, tahkim usulüne göre yargılama yapan baro hakem kurulu-

¹¹⁴ Doktrinde bazı yazarlar, hakem kararlarının temyiz incelemesine tabî olmaması gerektiği ileri sürmektedirler. Bkz. **OLGAÇ Senai**: "Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları", Tahkim Haftası, s.183 vd.; Önen s. 363-364.

¹¹⁵ İhtiyarî tahkim ile ilgili hükümlerde böyle bir düzenleme yapılmamasına karşılık HUMK m.427, II hükmünün hakem kararları hakkında uygulanması gerektiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **KURU- El Kitabı** s. 1129; **KURU-C.VI** s. 6093; Karşı görüşte **ALANGOYA** s. 590; **ALANGOYA-Tahkim** s. 196 vd.

¹¹⁶ İhtiyarî tahkimde de temyiz süresi on beş gün olarak kabul edilmektedir. Bkz. **ALANGOYA**, s.591; **ALANGOYA-TAHKİM**, s.195; **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES** s.598; **KURU-C.VI** s.6106, **KURU- El Kitabı** s.1134 **ERTEKİN/ KARATAŞ**, s.280; **ÜSTÜNDAĞ** s.964; **ÖNEN** s.363; **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ** s. 935; **BİLGE/ÖNEN** s. 767; **YEĞENGİL** s. 326.

¹¹⁷ Bkz. 28.1.1994 tarih ve 4/1 sayılı İBK (RG 1.4.1994, sayı 21904 s. 5 vd.).

¹¹⁸ Örneğin hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilerek, tarafa haber verilmeden hüküm verilmiş olması; hâkimlerin (ve savcılarının) hakemlik yapmış olmaları; taraf-

nun kararlarının temyizinde de aynı doğrultuda karar vermesi kuvvetle muhtemeldir¹¹⁹.

HUMK'da sayılan (ve tahdidi olduğu kabul edilen) hakem kararlarının temyizi sebeplerinin hepsi usulî bir karakter taşımaktadır¹²⁰. Başka bir ifade ile, 533'üncü maddede sayılan temyiz sebepleri usule ilişkin temyiz sebepleri olup, kanunun sistemi, "maddî hukukun hatalı veya yanlış uygulanmasını" temyiz sebebi olarak kabul etmemektedir. Bu yönüyle hakem kararlarının temyizinde mahkeme kararlarının temyizinden farklı bir sistem kabul edilmiştir¹²¹. Bu farklılık tahkimin tarafların serbest iradelerinden kaynaklanması ve tahkimi istedikleri gibi belirleyebilmeleri esassından doğmaktadır. Bu anlamda taraflar maddî hukukun uygulanmamasını dahi kararlaştırabilirler. Tahkimde taraflar, Devlet yargısında olduğu gibi, uyuşmazlığın uzun uzadıya incelenip, tamamen maddî hukuka göre halledilmesini değil, uyuşmazlığın bir an evvel ve kendi kararlaştıracakları esaslar dahilinde sonuçlanmasını istemektedirler¹²².

Avukatlık Kanunu'nda düzenlenen, uyuşmazlıkların baro hakem kurulu önünde çözümlenmesi yolu ise zorunlu tahkim esasına dayanmaktadır. Yani, tarafların bu konuda Devlet mahkemelerinde dava açma, önceden kanunlarla düzenlenmiş ve Anayasal güvence altına alınmış yollara başvuru bilme iradeleri bertaraf edilmektedir. Taraflar, söz konusu düzenleme yapılmıyorsa, haklarını Devletin mahkemelerinde arama yoluna gidebilecekler ve hak arama özgürlüğünün bir göstergesi olarak, Anayasa'da da belirtildiği üzere meşru vasıta ve yollardan istifade ederek yargı organları önünde iddia ve savunmada bulunabileceklerdir (AY m.36). Bu anlamda, aralarındaki uyuşmazlığı kesin hüküm ile ortadan kaldıracak hakem kararının maddî hukuka uygun olmasını arzu edeceklerdir. Bu imkân, baro hakem yargılamasında ihtiyarî tahkim esasının uygulanacağı ve buna göre temyiz ile ilgili konularda da aynı hükümlerin geçerli olacağından dolayı kalkmış gibi görünmektedir. Ancak, söz konusu sakıncalar göz önüne alındığında, baro hakem kurulunun yapacağı yargılamada maddî hukuk kuralları ile bağlı olduğu görüşümüzün devamı olarak, bu kararların temyizinde HUMK' un ihtiyarî tahkimde hakem kararlarının temyizine ilişkin kurallarının aynen uygulanabilmesi, maddî hukukun hatalı veya yanlış uygulanmasının temyiz sebebi olarak görülmemesi mümkün değildir. Kaldı ki 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası ihtiyarî tahkimde dahi maddî hukuka aykırılık teşkil

ların veya vekillerinin kendi işlerinde hakemlik yapmış olmaları. ÖZYEŞİL, s. 26.

¹¹⁹ ÖZYEŞİL, s. 27.

¹²⁰ KALPSÜZ s. 32.

¹²¹ KALPSÜZ s. 32.

¹²² KALPSÜZ s. 32-33.

eden hakem kararlarının temyiz incelemesine tabi olacağı kabul edilmeye başlanmıştır.

İhtiyarî tahkim açısından, kamu düzenine ilişkin olmayan hususlarda Yargıtay'ın, tarafların temyiz dilekçeleri ile cevap dilekçelerinde bildirdikleri temyiz sebepleriyle bağlı olduğu kabul edilmektedir. Yani bu halde HUMK' un 439, II hükmü uygulanmayacaktır¹²³. Buna karşılık, kamu düzenine ilişkin temyiz sebepleri, taraflarca ayrıca ileri sürülmemiş olsa bile Yargıtay'ca re'sen göz önüne alınacaktır¹²⁴. Kanımızca, baro hakem kurulu yargılaması zorunlu tahkim esasına dayandığı için burada aynı şekilde düşünmek doğru olmaz; Yargıtay taraflarca ileri sürülmemeyen temyiz sebeplerini de inceleyebilmelidir. Baro hakem kurulu kararı Yargıtay tarafından bozulursa, hakem kurulu¹²⁵ bozma kararından sonra, bozma kapsamı doğrultusunda tahkikat yapıp yeniden karar vermek zorundadır. İhtiyarî tahkimde hakemlerin bozma kararına karşı direnemeyecekleri yönünde olan Yargıtay uygulamasının¹²⁶ baro hakem kurulu açısından da süreceğini söylemek herhalde yanlış olmaz. Ancak kanımızca hakemlerin direnme kararı verebilmeleri gerektiği görüşü¹²⁷ HUMK' un sistemine uygun olduğu için, baro hakem kurulu da hakem mahkemesi olarak direnme kararı verebilmelidir.

¹²³ KURU- El Kitabı 1135; KURU-C.VI s.6109; DOĞANAY,s.45 ve 51; TD 14.6.1971, 1899/4585 (ABD 1971/5 s. 630-631).

¹²⁴ KURU- El Kitabı 1135; DOĞANAY s.45 ve 51; KURU-C.VI s. 6109; TD 18.5.1972, 1684/2514 (RKD 1972/9-10, s. 395-396; KURU s. 6087).

¹²⁵ Yargıtay'ın bozma kararından sonra hakemlerin yeniden seçileceğini ve sürenin başlayacağına ilişkin HUMK m.533/4 c.2 hükmü, baro hakem kurulu yargılamasında uygulanamaz.

¹²⁶ HGK son olarak 24.4.1996 tarih ve 15/1114-302 sayılı kararı ile Yargıtay dairelerinin daha önceki kararları yönünde, hakemlerin direnme yetkilerinin bulunmadığına karar vermiştir. Bu kararına gerekçe olarak HUMK m.429'da düzenlenen direnme yetkisinin "mahkemelere özgü bir hukuksal kurum" olduğunu, hakemliğin ise HUMK'da düzenlenen ayrı bir "kuruluş" olduğunu ve hakemliğe ilişkin düzenlemelerde direnme yetkisine atıf yapılmadığını göstermektedir (Karar için bkz. Yasa Dergisi 1996/8 s. 1421-1425; Batider 1996/XVIII/4 s. 173-177; KURU-C.VI s. 6112).

¹²⁷ Doktrinde baskın görüş hakemlerin direnme yetkilerinin olduğu yönündedir. Bkz. KURU-C.VI s. 6111 vd.; KURU-El Kitabı s. 1136 vd.; ALANGOYA, s. 595-596; ÜSTÜNDAĞ 976; ÜSTÜNDAĞ Saim, "Hakemlerin Israr Hakkı Var mıdır?", Yasa Dergisi 1996/2 s. 217 vd.; BİLGE-Tahkim s. 94; H.Yavuz Alangoya, "Bir Tebliğ Dolayısı İle Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 1 vd.; ÇUMRALI Sedat, "Hakem Kararlarında Israr Hakkı", Hukuk-İçtihatlar 1952 sayı 1-2, s. 10 vd.; Aksi görüşte DOĞANAY s. 59-62. Karş. ÖNEN, s. 363; BİLGE/ÖNEN, s. 768; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 600; KURU/ARSLAN/YILMAZ s.935.

Birleşmiş Milletler ve Uluslar arası İnsan Hakları kuruluşlarının kabul ettiği kıstaslar çerçevesinde değerlendirilecek olursa; baro hakem kurulu kararlarına karşı Yargıtay tarafından yapılan usuli denetimin, temel insan hakları normlarına uygun olduğunu iddia etmek imkansızdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere; yüksek yargı merciince yapılacak denetim, alt derece yargılama makamının kararının hem usul hem de esasına yönelik olmalıdır. Usuli ve maddi sorunların incelenmesi yerine sadece usul kurallarının uygulanmasının yerindeliğiyle sınırlandırılmış bir denetim, “kanun yollarına müracaat” şeklinde ifade edilen temel ilkenin sağlamayı amaçladığı güvenceyi tam olarak karşılamamaktadır. Temyiz denetimleri, usul şartlarının biçimsel olarak yerine getirilmesinin doğrulanmasından daha fazla bir şey olmalıdır. Yargıtay tarafından yapılacak denetim, baro hakem kurulunun önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararın esasına yönelik olmalıdır. Bu nedenle baro hakem kurulu kararları ile ilgili olarak yapılan Yargıtay denetiminin, temel insan hakları normları ile bağdaşmadığı ve Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğu ortadadır.

Baro hakem kurulu kararlarının esasına yönelik olarak denetim yapılmadıkça, kurulun görev alanına giren konularda hukuk birliğini sağlama ve bir içtihat oluşturma imkanı da ortadan kalkacaktır. Farklı yetki alanlarında faaliyet gösteren baro hakem kurullarınca, hele ki sosyal ve siyasal etki, baskı ve teşvikler de göz önüne alınacak olursa birbirine zıt, çelişik, keyfi nitelikte kararlar verilebilecek ve bir kargaşa ortaya çıkacaktır. Hakem kurulu üyeleri, yapmış oldukları yargılama faaliyetinin bir üst merci tarafından denetleniyor olmasının getirdiği bilinçle daha dikkatli hareket edeceklerdir. Hukuka ve kanunlara uygun hareket etme teşvik edilecek ve keyfi uygulamalar da önlenebilecektir.

Baro hakem kurullarında görevli olan hakemlerin de insan oldukları ve hata yapabilecekleri ihtimalinden hareket edilerek, hakem kurulu kararlarına karşı esas yönünden Yargıtay denetimini kabul etmekte fayda vardır. İnsan Hakları Komitesi tarafından amaçlanan, en az iki dereceli denetim imkanı da bu sayede gerçekleştirilebilir. Uyuşmazlığın esası hakkında yapılacak Yargıtay denetimi sayesinde keyfi uygulamalar önlenecek, tüm ülkede yargı birliği sağlanabilecek ve sonradan açılacak davalarla ilgili olarak, baro hakem kurullarınca örnek alınabilecek bir içtihat birliğini oluşturma imkanı da doğacaktır. Yargıtay’ın bu şekildeki bir denetim imkanı sayesinde, Avukatlık Kanununun 110. maddesinin 10. bendinde düzenlenen ve Türkiye Barolar Birliğinin görevleri arasında sayılan; “Mahkeme içtihatlarının sistematik bir şekilde toplanması ve yayımlanması için Adalet Bakanlığı ve yargı mercileriyle işbirliği yapmak” şeklinde ifadesini bulan görevin yerine getirilebilmesi de kolaylaşacaktır.

HUKUKİ AÇIDAN REKABET ETİĞİ

Legal Aspect of Competition Ethics

Yrd. Doç. Dr. Gül EFEM¹

ÖZET

1990'lı yıllar batıda özellikle ABD'de etik sorunların gündeme geldiği, meslek etiği gibi konuların tartışılmaya başlandığı yıllar olmuştur. Gidererek kar maksimizasyonu, sosyal sorumluluk, verimlilik, ahlak kuralları ve etik kurallar, hukuk kuralları ile etik kurallar arasındaki ilişkiler tartışılır olmuştur.

Etik kurallara ilişkin tartışmalar Türkiye gündeminde son yıllarda yer almaya başlamıştır. Konu başlığımız nedeniyle, çalışmada öncelikle etik kavramı üzerinde durulacak, etik- ahlak – hukuk kuralları ilişkisi; pazar ekonomileri içinde teşebbüslerin davranışları, rakipler ve tüketiciler açısından incelenecektir.

Sonuç bölümünde rekabet kültürünün gereği etik kuralların uygulamadaki yeri ve önemi vurgulanmaya çalışılmıştır.

SUMMARY

In 1990's ethical concept and ethical rules was the main debate in in societies especially in the USA.

Profit maximization, social liabilities, social duties, global responsibilities, and balancing them with legal rules are still the subject matter of this debate.

In Turkey these discussions about ethical matters has a very recent history. In the article, definition of ethics, difference between ethical codes and moral and legal rule correlations with both are given.

A society's ethical code constitutes the foundation on which it's law are built. In contrast to ethics, however, the law must be more definite and stable in order to be enforceable. Nevertheless, a society's evolving ethical code can serve as a blueprint for the future form it's law.

Anahtar Sözcükler- Keywords

Rekabet, Rekabet Etiği, İşletme Etiği - Competition- Competition Ethics - Business Ethics

¹ Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Konu başlığımız rekabet etiği olduğu için öncelikle rekabet ve etik kavramı incelenecektir. Etik kurallar ahlak ve hukuk kuralları ilişkisi, pazar ekonomileri içinde işletmelerin etik değerlere bakışı, sosyal sorumluluk, rekabet hukuku ve etik kurallar ilişkisi, yoğunlaşmış ekonomik güce sahip işletmelerin rakiplere ve tüketicilere sosyal sorumluluklar açısından bakışı üzerinde durularak sonuç bölümünde etik kurallara uygun davranışlar ve rekabet kültürü ilişkisi tartışılarak konuyla ilgili yasal düzenlemelere yer verilecektir.

Çağlar boyunca insanlar, toplumsal ilişkilerinde ahlak kurallarını yüceltmeye, özellikle ekonomik ilişkilerini dürüstlük ve iyi niyet esasına oturtmaya çabalamışlardır. Bazı başarılar elde edilmiş fakat hırsızlık, yolsuzluk, yağmacılık gibi davranışlar her toplumda ve tarihin her döneminde varlığını sürdürmüştür².

Son iki yüzyılda gelişen kapitalist piyasa ekonomisi temellerini etik kurallar üzerine oturtma ihtiyacı hissetememiştir. Gerçekten artık günümüzde dayanışmanın değil-rekabetin, hizmetin değil-çıkar peşinde koşmanın, fedâkarlığın değil-alış verişin geçerli olduğunu biliyoruz.

Gelinen bu başarısız noktada; kapitalist sistem etik temellerden yoksun piyasa davranışlarını öncelikle sorgulamaya başlamış, sistemin temelini teşkil eden piyasa ilişkilerini sosyal dayanışma ve etik değerler üzerine inşa etmek için uğraşa girmiştir.

I- ETİK TANIMI AHLAK VE HUKUK KURALLARI İLİŞKİSİ

1990'lı yıllar, batıda, özellikle ABD'de etik soruların giderek gündeme geldiği, özellikle işletme etiğinin tartışılmaya başlandığı yıllar olmuştur. Giderek, kâr maksimizasyonu, sosyal sorumluluk, verimlilik, hukuk kuralları, ahlak kuralları ve etik kurallar arasındaki ilişki önem kazanmıştır. Bu tartışmaların Türkiye'de yeni yeni gündeme geldiğini belirtmekte yarar var.

Harvey'in 1994 yılında yayınlanan bir yazısında belirttiği gibi" genelikle ve anlaşıldığı biçimde etik, bir uygulamanın ve hatta bu uygulamanın yansımasının ifadesidir.

Etik bir uygulama olarak ele alındığında bireylerin kendilerinde ve başkalarında olması gereken normlar ve değerlere bilinçli bir biçimde başvurmaları olarak tanımlanabilir.³

² ERTUNA. Ö: *Ekonominin Etik Temelleri* 6/2/2001 Radikal Gazetesi.

³ ERGENELİ A.; *İşletme Etiği: Geleceğin Potansiyel Yöneticilerinin Etik Düşünme Profiline İlişkin Bir Çalışma* Ankara 1996 basılmamış Doçentlik Tezi.

Bir disiplin olarak etik normatif bilim içinde yer almaktadır. Normatif bilimde üzerinde durulan durumun ne olduğu, mevcut durumun nasıl oluştuğu ve nasıl etkilenebileceği değil; neyin yapılması ya da yapılmamasının gerekli olduğudur. Tıpkı hukuk ve siyaset biliminde olduğu gibi etikde de nasıl davranılması ya da hangi davranışlarda kaçınılması gerektiğini gösteren normatif belirlemeler bulunmaktadır.

Etik, davranışlara yol gösteren doğru ve yanlışın ahlak formüllerini içermektedir. Etik davranışları belirleyen prensipler içinde yer olan normlar, ahlaki bir kanaate dayanmaktadır.⁴

Bu durumda ahlak ile etiğin farklılığından söz etmek gerekir. Ahlak, bireyin başkalarıyla ilişkilerinde ortaya koyduğu davranışın standardını belirlemekte, etik ise davranışın belli ahlak standardını haklı çıkaran inançlar sistemini ifade etmektedir.⁵

Buna göre, ahlaki davranışlar niyet, sonuçlar ya da hukukilik bakımından yargılanabilirken, etik; kültür, uyum ve faaliyet alanı itibarıyla değerlendirilmektedir.

Etik, felsefenin bir dalı olup; ahlak felsefesi ya da ahlakla ilgili sorunlar, yargılar konusunda felsefi düşünmedir.⁶ Ahlak bireyin nasıl davranması gerektiğine ilişkin bir yol göstericidir. Etik bu anlamda bir tür davranış kodudur.⁷ Yıllar itibarıyla araştırmacılar bazı etik felsefe sınıflandırmaları geliştirmişlerdir. Ancak bunların çoğu birbiriyle çelişen fikirleri kuralları ve yorumları içermektedir. Gerçekte bu yöntemler şu beş felsefe içinde özetlenebilir⁸.

- Deontoloji
- Faydacılık (Utilitarianism)
- Bencillik (Egoizm)
- Görelilik (Relativism)
- Adalet (Justice)

⁴ Business Week 1985 October 24.

⁵ HOSMER, L.T. "The Ethics of Management" Illinois 1987 s 92.

⁶ FRANKENA, W.K.: *Ethics*, 2nd ed.1973 Englewood Cliffs. N.T. Prentice Holl inc. S.5 Ayrıca Bkz. MACINTYRE, Alasdair: *Etik'in Kısa Tarihi*. Paradigma Yayınları, İstanbul 2001.

⁷ ANDERSON, FOX, TWOMY, *Busiess Law*. Ohio USA 1992 s. 25.

⁸ FERRELL-GREHAM: "A Contingency Framework Understanding Ethical Desicion Making in Marketing," Journal of Marketing,1985, s.87-96.

Hukuk kurallarının toplum yapısını düzenleyici yaptırım gücü olan normlar bütünü olduğu bilinir. Acaba etik değerler hukuki yapıyı nereye kadar etkiler?

Toplumsal sahip olduğu etik kodlar kaynağını yine o toplum yapısının düzenleyici hukuk kurallarında bulur. Hukuk kuralları değişen sosyal yapı ve gereksinimler doğrultusunda düzenleyicilik görevi üstlenmiştir.

Tıpkı hukuk kuralları gibi etik kodlar da zamana ve toplumsal yapının değişim ve gereksinimlerine göre farklılık göstermektedir. Örneğin, Ispartalıların, yeterince güçlü olmayan yeni doğanları ölüme terketmeleri şeklindeki davranış biçimi, toplumun sağlıklı yapısını korumak ve kaynakları heba etmemek için herkesçe onaylanan bir kuraldı. Pazar ekonomisi içinde önceleri “tüketici müşteri gözünü açsın” (Let the buyer beware) kuralı hakimken, modern hukuk uygulamasında bu görüş önemini yitirmiş ve artık hukuki düzenlemelere yol gösteren düşünce “satıcılar gözünü açsın” (Let the seller beware) şekline dönüşmüştür.

Etik kuralları açısından problem iyi ve kötünün değerler sistemi içindeki yerinin saptanmasındaki zorluktur. Fakat her durumda kabul edilebilir gerçek sosyal yapının değişim ve gelişiminin etik kavramını (concept) etkilediği, bu kavramdaki değişikliklerinde hukuk kurallarının düzenlenmesine kaynak teşkil ettiği.

→ Social Forces → Ethics → Law → Solid Environment⁹ (Toplumdaki Yapısal Değişiklikler-Etik Değerler-Hukuk Kuralları- Hukuki Yapı)

Şüphe yok ki, hukuk kuralları belirgin dengeli (stable) ve somut olmak zorundadır. Aksi takdirde yaptırım gücünden söz edemeyiz.

Etik kurallar ve davranış kodları doğal olarak, hukuk kuralları özelliklerine sahip değildir. Fakat yine de ; Devletin korunması, kişilerin korunması, toplum sağlığının gözetilmesi, güvenlik, özel mülkiyetin korunması, kişisel hak ve özgürlükler gibi konuların da hukuk kurallarına kaynak teşkil ettiği tartışılmaz. Pazar ekonomileri içinde işletme davranışlarını etik ahlak hukuk kuralları ilişkisi içinde değerlendirirken sosyal anlaşma ve sosyal sorumluluk kavramlarını da açıklamakta yarar vardır.

II-SOSYAL ANLAŞMA VE SOSYAL SORUMLULUK

Sosyal anlaşma gerçekte yazılı olmayan metafizik bir soyutlamadır. Sosyal anlaşma felsefede geleneksel olarak tartışılan devlet ve halk arasındaki ilişkiler hakkındadır. Bir anlamda, devleti tanımlama ve onun varlığını haklı çıkarma yöntemidir.¹⁰

⁹ ANDERSON/FOX/TWOMEY: Age s.27.

¹⁰ DONALDSON T.: *Corporations and Morality*, Englewoodclifts 1982 s.18-35.

Bu görüşe göre, bireylerin mülk sahibi olmak, özgür olmak, rekabet etmek gibi doğal hakları vardır. Bireyler haklarını korumak ve anlaşmazlıklarını bir hakem aracılığı ile çözmek için bir otoriteye ihtiyaç duyarlar; bu da sosyal anlaşmanın temelini teşkil eder.

Donaldson, devlet ile bireyler arasında düşünülen sosyal anlaşmanın ekonomik kurumlara da uyarlanabileceğini öne sürmektedir. Yazar, özellikle sosyal devler diye tanımlayabileceğimiz büyük üretim organizasyonlarının (Microsoft, General Motors) milyonlarca insanın yaşamını etkilediğini vurgulamaktadır.¹¹

Bu tür işletmelerin sürekli toplumla işbirliği içinde olduklarını, iş gücünü toplumdan sağladıklarını, ürettiklerini topluma sattıklarını, sahip oldukları statüyü toplum dolayısıyla elde ettiklerini dikkate aldığımızda, başka bir deyiş ile, eğer işletmeler var olmak için gereken koşulların sağlanmasında topluma ihtiyaç duyarlarsa toplumun da işletmelerden beklediği bazı sorumluluklar olmalıdır.

Bir diğer görüş, işletmelerin sosyal sorumluluklarının kar yapılarının artırmak olduğunu savunurken konuya pay sahipleri açısından bakmaktadır. Pay sahiplerinin tek isteği kar etmek olduğuna göre, itimat edilen işletmelere düşen görev, kar arayışı ile pay sahiplerinin menfaatini birleştirmektir. Pay sahiplerinin parası başka amaçla kullanılamaz.¹²

İşletmeyi mal ve hizmet üretilmesi için insanların işbirliği içinde oldukları organizasyonlar olarak tanımladığımızda, rakipler, müşteriler ve çalışanlar sözleşmenin önemli unsurları olarak önümüze çıkmaktadır. Toplum açısından işletmelerin fonksiyonları : müşterilerin ve çalışanların çıkarlarını tatmin suretiyle ve hakkaniyet sınırları içinde kalınarak refahı sağlamak olmalıdır. İşletmeler bu beklentileri karşılayamadıkları zaman kendileri ile toplum arasındaki kuramsal anlaşmaya uymamış olacaktırlar.

Sosyal sorumluluk, toplum yapısını oluşturan sosyal zorunluluklara ve anlaşmalara katılmaktır. Etik ise bu sorumlulukları içinde barındıran kurallar ile ilgilidir.

III-REKABET VE ETİK

Rekabet ve etik ilişkisi ele alındığında öncelikle kapitalizmin serbest piyasa rekabetine dayanan bir sistem olduğunu vurgulamak gerekir. İşletmelerin müşteri potansiyelini ve karlarını artırmak için rekabet etmeleri sonucunda, hem tüketici isteklerini daha iyi karşılayacakları hem verimlilik ve

¹¹ ERGENELİ A.: Age s.28

¹² FRİDMAN M.: *Social Responsibility of Business is to Increase Profits* Donaldson P.H.: Werhane (Eds), *Ethical Issues in Business: A Philosophical Approach*, 1988, 32-33.

yaratıcılık sağlayacakları varsayılmaktadır.¹³ Fakat sonuç itibarıyla, kapitalist sistem, adil olmayan refah dağılımı ile kendi çıkarını maksimize etme çabasıdır.

Bu gün geldiğimiz noktada, kapitalist ekonomilerin, savunulduğu kadar başarılı olmadığı açıktır. Kapitalizmin etik temellerden yoksun olmasının bu başarısızlıkta önemli rolü olduğu kabul edilerek şöyle sorular ortaya atılmaktadır.

(i) Kapitalizmin özünde rekabet vardır. Rekabet düşmanca ya da sosyal olmayan tutumları beslemekte midir? Bireylerin birlikte iş yapan arkadaşlar olmaları mı; yoksa bir birleriyle savaşıyor düşman taraflar olmalarına mı sebep olmaktadır?

(ii). Kapitalizm piyasaya dayalı olduğundan, büyük olasılıkla işletmeler başarılarının toplumun en düşük ortak paydasının zevklerini tatmin ederek arttırma yolunu seçeceklerdir. Ancak bu durum bir tür kalite düşüklüğünü artışına neden olmayacak mıdır? (Ör: Kalitesiz TV programları) Bu durumda, bunun uzun dönem sonuçları nelerdir?

(iii) Kapitalizm, bireyin kendi çıkarını maksimize etmesi temeline dayanmaktadır. Ancak bu ahlak bakımından kabul edilebilir mi? Ya da kapitalizm bireyleri, bencillik, başkalarını umursamazlık sınırını aşmaya cesaretlendirmekte midir?¹⁴

(iv) Yasal düzene ve koşullara uygun yapılan üretim, satım, dağıtım benzeri işletme davranışları acaba yeterince etik değerlere hakkaniyet ölçüsüne uygun olabiliyor mu? Örneğin (A) ülkesi çevre sağlık standardına uygun olmadığı için satışı ülke içinde yasaklanan ürünler, aynı kanuni düzenlemelere sahip olmayan ülkelere ihraç edilebilir mi?

Sorular ve bunlara bağlı örnekler çoğaltılabilir, çalışmada özellikle bu sonuçlardan hareketle işletmelerin piyasa için davranışları rakipler, tüketiciler, yasal düzenlemeler ve bütün bunlara ait etik uyum ve aykırılıklar üzerinde durulacaktır.

IV- REKABET AÇISINDAN İŞLETME DAVRANIŞLARI VE ETİK

Prof. Dr. Erol Katircioğlu bir yazısında şöyle demektedir: “İktisadi alan steril bir alan değildir. Kimsenin kimseye değmediği, kuralların çıkarlardan üstün olduğu bir alan hiç değildir. İktisadi alan deyim yerindeyse bir cehennemdir. Rekabet yasalarıyla düzenlenmeye çalışılsa da herkesin kendi

¹³ WHITE, I: Business Ethics: A philosophical Reader New York: Macmillan Pub Co. 1993 p12.

¹⁴ WHITE I.: Age 1993:12-13.

çıkarlarını korumak ve arttırmak için kıyasıya kapıştığı, blöfün, tehdidin ve her türlü ayak oyunlarının oynandığı bir alandır¹⁵

Şimdi böyle bir alan içinde, herhangi bir pazardaki rekabet oyununun belirsizliği birden bire arttığını zaman, işletmeler neler yapıyor ona bakalım.

Bu durumda, işletmelerin, aşağıda örnekleri belirtilen, bir seri dengeleme davranışına girdiği görülmektedir:¹⁶

(i). Birleşme veya tehlikeli rakibin elenmesi

Bir şirketin diğerini devralması bazen yeni bir pazara girişin ve rekabeti artırmanın yolu olduğu gibi, saldırgan rakibin satın alınması da pazarı dengeleyebilir. Örneğin Tetra Pak dünyada içecek için karton ambalaj yapan ilk teşebbüstür. 1985 yılında karton kutuları sterilize eden makine pazarının %91.8'ini elinde tutmaktadır. O dönemde Liquipak grubu yeni bir sterilizasyon yöntemi bulur ve lisans alır. Tetrapak, pazar gücünü gözönüne aldığı-mızda çok dar olan belirsizlik alanının ani genişlemesi ile karşı karşıya gelir ve 1986 yılında Liquipak firmasını satın aldığı ilan eder.

(ii) Rakiple doğrudan işbirliği yapılması

1980'li yıllarda General Motors ciddi bir sıkıntı yaşıyordu. Petrol krizi nedeniyle İlgili büyük araçlardan küçük araçlara kaymış ve satışlar azalmıştı. Bu taleple Japonların araba pazarındaki payı giderek artıyordu. Japonlar çok kaliteki küçük arabaları çok uygun fiyatlara satıyordu. GM, Toyota bir firmasıyla eşit koşullarda bir Joint Venture anlaşması yaptı. Bu yeni şirket Toyota Corollanın modern bir türünü üretecek, yıllık üretim 200.000 otomobil olacak ve ürün GM markalarından biri olan Cheverolet ağı tarafından satılacaktı. Böylece, rekabet ortadan kaldırılarak yasalara uygun yeni bir ticari anlaşma ile rakip bu yeni strateji sayesinde pazardaki bağımsız gücünü kaybediyordu.

(iii) Pazarın ortak yönlendirilmesi

Diğer bir işletme davranışı olarak önümüze çıkar. Pazar birden bire çok sayıda rakibi çekebilen ve sabırla kurulan dengeleri tehlikeye sokabilen güçlü bir gelişme ile karşı karşıya gelir ve çözülebilir. Örneğin, polipropilen hammaddesi alanında pazar, dört büyük kimya kuruluşunun %65 pazar payı ile elindeyken, bu alandaki karlılıktan dolayı yedi firmanın birden pazara girmesi ile, satış fiyatları maliyetin bile altına düşmüş iken, en büyük üç firma (ICI, shell, Höchst) birleşerek, krizi ortak fiyat uygulamaları, pazar paylaşma anlaşmalarıyla, aslında Rekabet Kanunlarınca yasaklanmış olan dav-

¹⁵ KATARCIOĞLU E İktisad ve Siyaset 21/04/2001, Radikal Gazetesi.

¹⁶ DUMEZ H./ JEUNEMAITRE A.: Avrupada Rekabet, Çeviren Mukadder Yakuboğlu, Mor Yayınları Ankara 1999 s.23-24.

ranışlar ile aşmayı başarmışlardır. Türkiye uygulamasında da LPG davası benzer bir örnek teşkil etmektedir.¹⁷

(iv) Hakim durumda olan firmanın kuralları koyması

İşletmeler, piyasadaki durumlarını koruyabilmek için paravan şirketler kurmak, tehdit veya etkili olabileceği alanda rakibi piyasadan tümüyle silecek koşullar uygulamak gibi yöntemler uygulamakta ustadırlar.¹⁸

Şüphesiz bu örnekler çoğaltılabilir. Bunlar, sadece işletmelerin piyasada güçlerini sürdürebilme ve rakiplerinden öne geçebilmek için kullandıkları yöntemlerdir. Bunu etik kodlara uyum açısından irdelemek gerekir.

Rekabetin ve Rekabet Edebilirliğin korunması ancak iyi işleyen Rekabet Yasaları ile olabilir. Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Antitröst Kuralları uygulamasında çok farklı değerlendirme ölçütleri uygulandığını görülmektedir. AB içinde üye devletler arası ticaretin akıcılığı, devlet ekonomilerinin bütünleştirilmesi, ortak değerler oluşturulması ölçütüdür. Hem AB hem ABD’ de alınan kararlar, çoğunlukla söz konusu sektörün durum ve özelliklerinin kabul edilmesine dayanan, durum ve koşullara bağlı değil, hukuk kurallarının ve ekonomik analizin desteklediği, referans oluşturan nitelikte kararlardır.¹⁹

Fakat bu kurumları güçlü rekabet hukuku kurallarını ise böylesine etkili kılan, bir ikilem gibi görünse de, işletmelerin rekabet ile işgili düzenlemelere sahip çıkışıdır.

Ayrıca, kurumların kanunları uygulamadaki kararlılıkları, cezalar ve rekabet kanunu ihlallerini haklı çıkarmayan (etik değerleri ön planda tutan) inançlar sisteminin gelişmiş olması önemlidir.

Hangi boyutta olursa olsun, işletmeler, kanun korumasına başvurmadan çekinmemektedir. İşletmelerin verilen kararlara uymakta gösterdiği özen de ayrıca kayda değerdir.

Piyasaların düzenlenmesi ile ilgili kararların uygulanmasında, Devlet tarafından bir düzenleme yapılacağı zaman ilgililerin katılacağı tartışmalar düzenlenmesi, tartışmaların ve kararların aleniliği önemli bir hususdur. Örneğin: Fransız sisteminin çok az kullanılmasına rağmen, belki de en ilginç özelliği, otoritenin rekabeti etkileyebilecek bir yasa tasarısı üzerinde görüş almak üzere Rekabet Kurulunu görevlendirilmesidir. ABD’de Adalet Bakan-

¹⁷ LPG kararı için bkz. 27/05/1999 tarih 99-26/230-138 numaralı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁸ BİAK kararı 4/03/1999 tarih 99-13/99-40 numaralı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁹ DUMES age 1999, s 150.

lığı ve kararları almakla yükümlü kuruluş tarafından karar almayı yönlendiren düşünce sisteminin temellerini açıklamaya yönelik rehber hazırlanır.²⁰

V- ETİK VE HUKUKİ DÜZENLEMELER AÇISINDAN TÜRKİYE

A) Sistem İçindeki Mevcut Yasal Düzenlemeler

Sistem içindeki mevcut yasal düzenlemelere baktığımızda öncelikle Medeni Kanunumuzun, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen²¹ 2. maddesini görmekteyiz.

Dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların ifasında, toplumda genellikle benimsenen ahlak anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerine veya borç ilişkisinin taraflarında bulunması olağan güven duygusunu zedelemeyi ön gören kural olarak nitelendirilebilir.

MK. Ad. 2/2 de ise hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir.²²

Borçlar Kanunumuz da yer alan md. 19/II ve Md. 20/1, Akidin konusunu ve butlanını düzenlerken hukuka aykırılık ve butlan sebepleri arasında kanuna, ahlaka, adaba ve şahsi haklara aykırılığı vurgulamıştır.²³

BK Md. 161/son fıkrası sözleşmede yer alan taraflardan birinin ekonomik hürriyetini aşırı derecede sınırlayan veya ortadan kaldıran onun ekonomik faaliyetini yok edecek şekilde tehlike yaratan bir cezai şartın hakim tarafından ahlaka aykırı sayılabileceğini belirtmektedir. Bu arada Türk Ticaret Kanunu hükümlerince tacir sayılan işletmelerin BK. Md. 161/son fıkrasından yararlanıp yararlanmayacakları kuşkuludur. Çünkü yine TTK. Md. 24 hükümlerine göre tacir sıfatına sahip borçlu fahiş olduğu iddiasıyla ücret ve cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez.

Medeni Kanunda veya Borçlar Kanunumuzda doğrudan düzenlenmeyen bir konu da, etik değerlere uyulmamasının sözleşmenin akıbetine olan etkisidir.

TTK. Md. 56 da Haksız Rekabetle aldatıcı hareket veya hüsniniyet kaidelerine aykırı sair suretle iktisadi rekabetin her türlü suistimalinden söz edilmektedir.

²⁰ DUMES: age s.211.

²¹ AKİPEK J.: Türk Medeni Hukuku, Cilt 1. Ankara ,1973, s. 164 vd.

²² ZEVLİLİLER / ACARBAY/ GÖKYAYLA: Medeni Hukuk, Ankara ,1997, s.139.

²³ ÖZTAN B.: Türk Medeni Kanunu Borçlar Kanunu ,Ankara, 2000; EREN F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ankara cilt 1 s. 119; ÖNEN T. Borçlar Hukuku ,Ankara, 1999.

TTK md. 57/10 Hükümü ise Rakiplar hakkında cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlere uygun tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek²⁴ biçiminde düzenlemeler getirmektedir.

Bu anlamda, işletme davranışlarına doğrudan yönelik hükümler içeren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu, ayrıca Franchising ilişkilerine hakim olan etik kurallar (International Franchise Association: Code of principles and standards of Conduct, Washington 1998), konuyla ilgili Özel Düzenleyici kurallar getiren kaynaklar olarak zikredilmelidir²⁵.

B) İşletmelerin İlişkilerin de Etik Değerlere Yaklaşımı

İşletmelerin, rakipler, tüketiciler ve ilgili devlet kurumları ile ilişkisinde ortaya koyduğu ahlakî davranış kodu (standartı) ve - Etik bu standartı haklı çıkaran inançlar sistemini ifade ettiğine göre, teşebbüslerin etik kurallara ne derece önem atfettiği en az rekabet mevzuatı kadar hayatîyet taşımaktadır.

Öyleyse, önemli olan Türkiye'deki işletmelerin, yasal düzenlemeler karşısında tutumu, rakiplerle, tüketicilerle (müşteri kitlesi) ve devletle ilişkilerinde ortaya koyduğu ahlakî standart ve bu ve bu standarda getirdiği (onu haklı kılan) etik uygulamadır.

Rekabetin Korunması Kanunu ilgili bir örnek konunun açıklık kazanmasını sağlayacaktır. İşletmeler 4054 s. Kanunun 1994 yılı sonu itibarıyla yürürlüğe girmesine, pek aldırmadılar. İki yıldan daha uzun bir süre sonra Kanunda belirtilen en etkili organ Rekabet Kurulunun göreve başlaması ile biraz ilgi ve merak uyandı.

Daha sonra ise, işletmelerin çoğu için öncelik, piyasadaki eski düzenlerini, yani eski rekabet düzenlerini nasıl koruyacaklarına verildi.

Kısacası, işletmeler Rekabet Kanunu karşısında oyunun kurallarını öğrenip ona göre organize olacak ve gereklerini yerine getirecekleri yerde; Kurulun verdiği cezalar karşısında dahi kar-zarar hesapları yapıp çoğu kez ceza ödemeyi göze alıp ihlale devam etmek eğilimini gösterdiler. Hala da piyasada bunun pek çok örneği mevcuttur. Kuşkusuz bu davranışlar zaman içinde Kanunu ihlal etme fiilinden çok fazla zarar görüldüğü gerekçesi ile

²⁴ KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku I. Ticari İşletme, Ankara, 1968, s. 440 vd..

²⁵ ÇELİKTEN, M: Rekabet Hukuku Mevzuatı, İstanbul, 2001; KÖKSAL, M: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 1995; Ulusal Franchising Derneği tarafından çıkarılan Franchising Anlaşmalarında Dürüstlük ve açıklık ilkeleri.

giderek azalacaktır. Çünkü artık pek çok işletme çevreye, insan sağlığına, çocuklara özen gösteren davranışları ile karlılığını arttırmaktadır.

SONUÇ

Düzenleyici kurallara uygun hareket ederek yeni bir düzen oluşturmak ve daha fazla kar etmek mümkündür. Fakat öncelikle Kanunu ihlal etme davranışını haklı gösteren inançlar sistemini değiştirmek hatta yıkmak ve yeni **etik kodlar** gerekir.

İşletmelerin, bağlayıcı hükümleri, kaçınılacak, ya da kar saiki ile ihlal edilebilecek kurallar olarak görmemeleri, tam tersine Kanunun doğru biçimde uygulanması ve etik değerlere sahip çıkılmasının piyasa içinde en etkin silah olduğunun bilincine varmaları gerekmektedir. Uygulamayı bu yönde geliştirmek çözümün başlangıcı olacaktır.

İDDİA VE SAVUNMA HAKKI

Doç. Dr. İzzet ÖZGENÇ*

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN**

Zusammenfassung

Menschen, die in einer Rechtsgemeinschaft leben, haben das Recht auf Verlangen von dem Staat, Straftaten zu vorbeugen und Verbrecher zu bestrafen. Dieses Verlangen ist im Grunde genommen ein Rechtsbeanspruch.

In Bezug auf einen Rechtsstreit nehmen die Parteien ihre berechtigten Interessen wahr. Aus diesem Grund ist die Wahrnehmung berechtigter Interesse ein Rechtfertigungsgrund.

In diesem Aufsatz wird die Voraussetzungen dieser Rechtfertigungsgrund eingehend erörtert.

Suchbegriffe: Klageanspruchsrecht, Verteidigungsrecht, Rechtverteidigungsgrund

Özet

Barış esasına dayalı Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde ihbar veya şikayette bulunma hakkı vardır. Bu itibarla, belli bir suç vakıasıyla ilgili olarak ihbar veya şikayette bulunmak, bir hakkın icrasından ibarettir.

Keza, bir özel hukuk uyuşmazlığında haksızlığa uğradığından bahisle dava yoluna başvuran kişi, iddia hakkını kullanmaktadır.

Savunma hakkının kullanılmasıyla kişi kendisine yöneltilen bir haksızlık gerçekleştirdiği ve dolayısıyla başkalarını mağdur ettiği hususundaki iddialara karşı kendisini savunma imkanı bulmaktadır. Keza, kendisine suç isnad edilen kişinin, bu isnadlara karşı kendisini savunması bir haktır.

İddia ve savunma hakkı, iki ayrı hak niteliği taşımakla birlikte, birbirleriyle olan sıkı ilişki dolayısıyla, birlikte mütalâa edilmektedirler.

Arama Kavramları: İddia Hakkı, Savunma Hakkı, Hukuka Uygunluk Nedeni

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

İDDİA VE SAVUNMA HAKKI

Giriş

Orijinini Latince “*petitum*” (talep) kavramı oluşturan ve 1982 Anayasasının 74. maddesinde güvence altına alınan *dilekçe hakkı*¹, bir subjektif kamusal haktır. Subjektif haktır; çünkü, bu hak, toplu veya münferiden, ancak bireyler tarafından kullanılabilir. Kamusal bir haktır; çünkü, bu hakkın kullanılmasıyla kişiler taleplerini resmi makamlara iletmek olanağını elde etmektedirler².

Bir talebin resmi bir makama iletilmesi, bir hukuka uygunluk sebebi niteliğindedir³. Ancak, işaret etmek gerekir ki; dilekçe hakkı, içeriğindeki ifadeler açısından başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak mütalâa edilemez⁴.

Barış esasına dayalı Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes⁵, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde ihbar veya şikayette bulunma hakkı vardır (ihbar veya şikayet hakkı). Bu itibarla, belli bir suç vakıasıyla ilgili olarak ihbar veya şikâyetle bulunmak, bir hakkın icrasından ibarettir.

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikayette bulunulması durumunda, hakaret veya iftira suçunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü, burada gerçekleşmiş somut olayla ilgili olarak ihbar veya şikayette bulunmak şeklinde bir hakkın icrası söz konusudur^{6,7}.

¹ «Vatandaşlar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.» (m. 74, f. 1)

² MAUNZ/DÜRIG: *Grundgesetz, Kommentar*, Band II, München 1996, Art 17, kn. 2.

³ MAUNZ/DÜRIG, II, Art. 17, kn. 44.

⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23. Auflage, München, 1988, § 193, kn. 19; ÖNDER, Ayhan: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul, Eylül 1991, s. 219.

⁵ ÖZGENÇ İzzet: *İnsan Haklarının Özüne Dönüş*, in: Yeni Türkiye, Mayıs-Haziran 1998, Yıl 4, Sayı 21, s. 606 vd. (610).

⁶ ERMAN Sahir: *Hakaret ve Sövme Suçları*, 2. Bası, İstanbul, 1989, s. 133; ÖNDER, Özel Hükümler, s. 219; SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 193, kn. 6; KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Bası, İstanbul 2000, s. 75, 781.

⁷ «Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için tipe uygun olmalı, bir başka hüküm tarafından hukuka uygun hale getirilmemeli ve failde suç kastı bulunmalıdır. Hakkın icrası, mağdurun rızası, görevin yerine getirilmesi, haklı savunma ve zaruret hali olarak kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinden, hakaret ve sövme suçlarında hakkın icrası üzerinde durulmalıdır. Bu suçlarda hakkın icrası olarak en çok terbiye ve gözetim, savunma ihbar ve şikayet, haber verme ve eleştiri hakları sözkonusu olmaktadır.

Hakkın kullanılması olarak kabul edilen *ihbar ve şikayet hakkı*, Anayasanın 36 ve 74. maddelerinde düzenlenmiştir. Herkes, kendisi veya kamu ile ilgili konularda yetkili makamlara şikayette bulunmak ve dava açmak hakkına sahiptir. Bu hakkın, hakkı doğuran nedenin koyduğu sınırlar içinde kullanılması, kötüye kullanılmaması zorunludur. İhbar ve şikayetin yetkili makamlara yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra, hatta böyle bir başvuru olmaksızın dahi, durumun araştırılması, şüphelenildiğinin söylenmesi arasında fark yoktur.

İhbar ve şikayet hakkı kullanılırken, belirli kimselere bir suç oluşturan belirli bir eylemin yüklenmesi gerekmektedir. Bu, şikayetin doğal sonucudur. Aksi halde yani suç oluşturan bir eylem yüklenmeden ihbar veya şikayet hakkının kullanılması olanaksızdır. Bu nedenle, ihbar ve şikayet hakkının kullanılması, bu hakkın sınırları aşılmadığı sürece hakaret suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz.

Şikayet veya ihbar hakkının kullanılmasındaki ölçü, suç failinin; *ihbar veya şikayetin konusunu oluşturan eylemin mağdur tarafından işlenmediğini bilip bilmemesidir*. Mağdurun yüklenen eylemi işlemediğini bildiği kanıtlanmadıkça sınırın aşıldığı kabul edilemez. Failin, mağdurun yüklenen eylemi işlemediğini kesin olarak bildiği halde, suç işlediğinden bahisle yetkili mercie ihbar veya şikayette bulunması iftira suçunu, bu mercilerin dışında kalan kişilere duyurması ise hakaret suçunu teşkil edecektir.» CGK., 19.12.1994, 4-327/349 (www.yargitay.gov.tr internet adresinden alınmıştır).

Bir olayda, Yargıtay C. Başsavcılığına gönderdiği dilekçede Ş., kocası ile arasındaki boşanma davasına takaddüm eden olaylar ile bu davaya ilişkin süreci bir hukuk diliyle aşama aşama açıklamıştır. Söz konusu dilekçede, Ş., bu dava sürecinde davacı kocanın karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin ... tarih ve ... sayılı bozma kararı ile ilgili olarak bazı değerlendirmelerde bulunmuş, bu karar dolayısıyla duyduğu kuşku ve endişelerini dile getirmiştir.

Dilekçe içeriğinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bozma kararı hakkında, "... bir hukuk ayıbı olarak Yargıtay arşivlerindeki yerini muhafaza edecek olan ... karar..." ; "... haksız ve kanuna aykırı bir karar ..." ; "... insanın Adalet Müessesesine olan güvenini sarsan, Yargının objektif ve her türlü müdahaleden uzak bir şekilde çalıştığına dair olan inancı temelinden yıkan bir karar.." şeklinde değerlendirme ve nitelendirmelerde bulunulmuştur.

Dilekçe sahibi, bu değerlendirmelerine dayanarak kararı veren Heyet Üyeleri hakkında duyduğu kuşkuyu şu ifadelerle dile getirmiştir: "İnandırıcılığı olmayan bir gerekçe ile karar verilmesi, Heyetin gerekli sorumluluk içinde olmadığı şüphesini yaratmaktadır." "Eski Yargıtay Başkanı'nın Adli yılın açılışında söylediği 'hakimlerin vicdanları ile cüzdanları arasında sıkıştıkları' hali çağrıştıran bu olay, benim şahsi haklarıma halel getirmenin ötesinde Şerefli Türk Yargı Camiasını da rencide etmesi sebebiyle göz yumulacak bir olay değildir."

İhbar veya şikayet hakkının anayasal dayanağını Anayasanın “*Hak arama hürriyeti*”ni düzenleyen 36 ve “*Dilekçe hakkı*”nı düzenleyen 74. maddeleri oluşturmaktadır. Anayasanın “*Hak arama hürriyeti*”ni düzenleyen 36. maddesi sadece ihbar veya şikayet hakkının dayanağını değil, aynı zamanda savunma hakkının ve hatta, bir özel hukuk uyumsuzluğu kapsamında iddia ve savunmada bulunma hakkının dayanağını oluşturmaktadır⁸.

Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, yani ihbar ve şikayet, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiği-

Sonuç olarak, dilekçe sahibi, “*çirkin olay*” nitelendirmesinde bulunduğu bu kararı veren Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyelerinin “*tümü hakkında gerekli takibatın yapılmasını, dosyanın her türlü baskı ve sair ilişkiden arındırılmış olarak yeniden tahkikata alınmasını, Hukuk’a ve Türk Yargıtay’ına indirilen bu darbenin kaldırılmasına karar verilmesini arz ve talep*” etmiştir.

Bu mektup içeriğinde herhangi bir kimseye somut bir eylem isnadı söz konusu değildir. Bu nedenle de, mektup sahibi kendi görüşüne göre “yanlış” bir şekilde verilmiş olan bozma kararıyla ilgili olarak bazı kuşkularını ima etmiştir. Bu itibarla, mektup sahibi suçsuz olduğunu tereddütsüz bir şekilde bildiği kişi veya kişilere somut bir suç isnadında bulunmamıştır.

Dilekçe içerisinde yer alan söz konusu değerlendirmeler, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan “hak arama hürriyeti” ve 74. maddesinde güvence altına alınan “dilekçe hakkı”nın sınırları dahilinde yapılmış değerlendirmelerdir. Bu nedenle, söz konusu dilekçe ile, hakkın icrası hukuka uygunluk sebeplerinden birini oluşturan şikayet hakkı kullanılmıştır.

8 «“Sav ve savunma hakkı” birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. ... İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçülerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasayla bağdaşmaz.»: Anayasa Mahkemesi, 19.9.1991, 2/30 (AMKD, Sayı 28, Cilt 1, Ankara, 1993, s. 108).

«(İ)ddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Şüphesiz, bir davadan tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi, hakaret kastının bulunmamasından değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu itibarla bu serbesti, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle hakkın meydana çıkmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir.» Anayasa Mahkemesi, 8.6.1965, 163/36 (AYMKD, Sayı 3, 2. Bası, Ankara 1992, s. 167 vd.).

ne muttali olan kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğine muttali olunmasına rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak *haksız* bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince kanunlarda sadece belli suçların ihbar edilmemesi⁹ veya sadece belli kişilerin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi¹⁰, suç olarak tanımlanmıştır.

Bir suç vakasıyla ilgili olarak ihbar ve şikayette bulunmak bir hak ise de; gerçeklere dayanmayan, gerçeklere aykırı olan bir takım olaylardan bahisle kişiler hakkında ihbar veya şikayette bulunulması durumunda artık bir hakkın icrasından söz edilemez. Böyle bir durumda, *iftira suçu* (TCK, m. 285) oluşur.

I. *İddia ve savunma hakkı*, 1961 Anayasası'nın 31 maddesinde ifade edildiği biçimde, 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir:

"Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir."^{11 12}

Anayasa'da sadece savunma hakkı değil, aynı zamanda iddia hakkı da güvence altına alınmıştır. İddia ve savunma hakkı, iki ayrı hak niteliği taşı-

⁹ TCK.nun "Devlet kuvvetleri aleyhinde cürümler" başlığını taşıyan 146 ve devamı maddelerinde yer alan suçların ihbar edilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır (TCK m. 151)

¹⁰ TCK.nun 235. maddesinde, bir memurun görevini ifa ettiği sırada görevine ilişkin hususlarda bir suçun işlendiğine muttali olmasına rağmen, bunu ihbar etmemesi suç olarak tanımlanmıştır. Keza, TCK.nun 530. maddesinde sağlık hizmeti veren kişilerin bu hizmetin ifası sırasında kişilere karşı bir suçun işlendiğini öğrenmeleri durumunda ihbar yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemeleri suç olarak tanımlanmıştır.

¹¹ 1961 Anayasasının 31. maddesinde "... meşru bütün vasıta ve yollardan ..." ibaresi yer almaktaydı. 1982 Anayasasında «"bütün" sözcüğüyle yapılan vurgulamanın kaldırılması, maddenin anlamını değiştirmemiştir. ... "meşru vasıta ve yollardan" ibaresi, kuşkusuz "meşru bütün vasıta ve yolları" kapsar.»: Anayasa Mahkemesi, 31.3.1992, E.1991/18, K.1992/20, AMKD, Sayı 28, Cilt 1, Ankara 1993, s. 232 vd. [295].

¹² 1961 Anayasasına ilişkin Tasarı metninde "*Herkes, bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. Ancak, Temsilciler Meclisindeki görüşmeler sonucunda, Anayasa metninde yargı mercileri önündeki savunma hakkının "*meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*" kullanılabileceği ifadesine yer verilmiştir. Savunma hakkına bu ifadeyle getirilen sınırlama, söz konusu hakkın niteliğinden kaynaklanmaktadır.

makla birlikte, birbiriyle olan sıkı ilişki nedeniyle birlikte mütalaa edilmektedirler. Ancak, özellikle ihlâl edilen bir hak olması itibarıyla savunma hakkı ön plana çıkmıştır. Bu itibarla, salt savunma dokunulmazlığı ifadesini yeterli bulmamaktayız. Bu kavram yerine *iddia ve savunma hakkı* veya *iddia ve savunma dokunulmazlığı* ifadelerinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız¹³.

Ancak Anayasa'da, iddia ve savunma hakkı "*yargı mercileri*"ne inhisar edilmiştir. Kişi idarî makamlar nezdinde de iddiada bulunabilir. Keza, kişi kendini kolluk ve disiplin kurulu gibi idarî makamlar önünde de savunma ihtiyacı duyabilir. Bu itibarla, savunma hakkına Anayasayla getirilen bu sınırlama, yerinde olmamıştır¹⁴.

Savunma hakkının dayanağı, *insanın esasen masum oluşudur*. Zira, kişi, bu hakkın kullanılmasıyla kendisine yöneltilen bir haksızlık gerçekleş-tirdiği ve dolayısıyla başkalarını mağdur ettiği hususundaki iddialara karşı kendisini savunma imkanı bulmaktadır. Savunma hakkının kullanılması, bir hukuki uyumsuzluğun çözümü açısından büyük bir önem arzeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da hizmet etmektedir. Bu itibarla, söz konusu hakkın kullanılmasında, bireysel faydanın yanısıra, kamusal fayda da bulunmaktadır.

İddia ve savunma hakkının kullanılması zımında, kişiler açısından somut isnad ifade eder nitelikte maddî vakıaların ortaya konulmasında ya da, kişilerle ilgili (olumsuz) değerlendirmelerde bulunulmasında hukuki uyumsuzluğun çözümü açısından *fayda* bulunabilir.

Bu somut isnadlar, yalın olarak düşünüldüğünde, hakaret suçunun unsurunu oluşturan mahsus madde (maddei mahsusa, somut fiil)¹⁵ niteliğini taşıyabilirler. Dolayısıyla, bu isnadların, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşacaktır. Keza, iddia ve savunma hakkı kapsamında kişilerle ilgili olarak bulunulan olumsuz değerlendirmeler, yalın olarak düşünüldüğünde sövme suçunu oluşturabilecek nitelikte olabilir¹⁶.

¹³ TCK Öntasarısının daha önceki metinlerinde iddia ve savunma hakkını düzenleyen maddenin (örneğin 1997 Metni, m. 181) başlığında "*Savunma dokunulmazlığı*" ifadesi kullanılmış iken, 2000 Metninde "*Dokunulmazlık*" ifadesi benimsenmiştir (m. 182). Kanımızca, salt "*dokunulmazlık*" ifadesi, kavram kargaşasına sebebiyet verecek niteliktedir.

¹⁴ EREM Faruk: *Anayasa ve Savunma Hakkı*, ABD., Yıl 1963, Sayı 1, s. 183.

¹⁵ ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhur: *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara, 2001, s. 417 vd.

¹⁶ Ancak belirtelim ki, iddia ve savunma dokunulmazlığının sadece genel mahiyet-teki hakaret ve sövme suçları açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu ileri sürülmüştür. Buna göre, mesela somut vakıa isnad edilen veya hakkında o-

İddia ve savunma kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda bulunulmasında ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulmasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bu suretle adaletin gerçekleşmesi açısından fayda bulunması halinde, bunun bir hak olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷. Ancak, işaret edelim ki, bunun için, süjelerle ilgili olarak bulunulan somut isnadların gerçek olması ve kişilerle ilgili olarak bulunulan olumsuz değerlendirmelerin somut vakıalara dayanması gerekir¹⁸.

II. İddia ve savunma dokunulmazlığı, TCK.nun 486. maddesinde düzenlenmiştir:

«Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dâva hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, lâ-

lumsuz değer yargısında bulunulan kişinin kamu görevlisi ("memur") olması durumunda iddia ve savunma hakkından yararlanılamaz ve TCK.nun 266. maddesinde tanımlanan suç oluşur (EREM Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt III, Ankara 1993, s. 2320/2321; ÖNDER Ayhan: *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 271; ERİŞ Uğur: *Savunma Dokunulmazlığı, Koşulları, Değerlendirilmesi*, ABD, Yıl 1984, Sayı 3, s. 389). Bu düşünce, söz konusu 486. madde hükmünün TCK.nun 9. Babının 7. Faslında bulunmasına karşılık, kamu görevlisine hakaret suçunun 3. Babın 9. Faslında düzenlenmiş olması dolayısıyla haklı görülebilir (ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s. 295). Ancak, kanımızca, iddia ve savunma dokunulmazlığını, niteliği gereği olarak, kamu görevlisine karşı işlenen hakaret ve sövme suçları açısından da bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmek gerekir (Nitekim, bkz. CENTEL Nur: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, İstanbul 1984, s. 63-70). Aslında sorun, kamu görevlisine karşı işlenen hakaret ve sövme suçlarının TCK.da yer aldığı bap ve fasıldan kaynaklanmaktadır.

¹⁷ ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 137; ÖNDER Ayhan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Suç Genel Teorisi, Suçun Özel Belirli Şekilleri*, Cilt II, İstanbul 1989, s. 198. Bu nedenledir ki, iddia ve savunma dokunulmazlığı, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin bir alt başlığı olarak incelenmektedir. Bkz. İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener: *Suç Teorisi*, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 167 vd. (173).

Erem, 486. maddenin 1. fıkrasında "takibat yapılmaz" ifadesinin kullanılmasından dolayı, savunma dokunulmazlığını, suçlunun cezalandırılmasına etki eden bir sebep olarak kabul etmektedir (EREM Faruk, *Müdafaa Masuniyeti*, Ankara 1956, s. 1 vd.). *Erem*'e göre, savunma dokunulmazlığı cezalandırmayı ortadan kaldıran bir haldir ve cezalandırmayı ortadan kaldıran durumlar -suç ve suçluluk baki kaldığı cihetle- tam mazeret sebebi olduğundan, TCK.nun 486. maddesinin tam mazeret sebebi olduğundan kuşku yoktur (EREM, *Müdafaa Masuniyeti*, s. 21).

¹⁸ Bu nedenle, iftira suçu açısından iddia ve savunma dokunulmazlığı bir hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülemez (EREM, *TCK Şerhi III*, s. 2320).

yiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılmaz.

Dava ile ilgili olmıyan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarki fıkra hükmünden hariçtir.

Birinci fıkra yazılı hallerde salâhiyetli kaza mercilerince kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir.»¹⁹

Bu madde hükmü esas alınmak suretiyle iddia ve savunma dokunulmazlığının şartlarını ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir.

a) *İddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanacak kişiler bakımından*

İddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanacak kimseler, madde metninde sayılmıştır. Madde metnine göre, uyumsuzluğun *tarafı* olan kişi veya vekili, müdafii, müşaviri yahut kanuni temsilcisi savunma hakkından yararlanabilir. Bu saymanın “tahdidi” nitelikte olduğu ileri sürülmüştür²⁰.

Hukuk davalarında örneğin davacı ve davalı *taraf*tan söz edilir. Buna karşılık, ceza muhakemesinde “*taraf*” değil, muhakemeye katılan kişiler, başka bir deyişle ceza muhakemesinin sükreleri söz konusudur. Ancak, doktrinde savunma hakkı bağlamında sanık, müdahil ve şahsi davacının da ceza davasının “*taraf*”ı olduğu ileri sürülmüştür²¹. Her ne kadar ceza muhakeme-

¹⁹ TCK Öntasarısının “Dokunulmazlık” başlıklı 182. maddesi (2000 Metni) şöyledir:

(1) *Tarafların veya avukat, danışman veya yasal temsilcilerin dava hakkında yargı mercilerine verdikleri yazılar veya evrak veya iddia ve savunmalarındaki taraflara yönelik isnattan dolayı ceza verilmez.*

(2) *İddia ve savunma ile ilgili olmayan isnat hakkında yukarıdaki fıkra uygulanmaz.*

(3) *Birinci fıkra yazılı hallerde, yetkili yargı mercilerince kanunun belirttiği disiplin tedbirlerinden ayrı olarak saldırıya uğrayanın isteği üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi, hakareti kapsayan yazı ve sözlerin evrak ve tutanaklardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir.*

²⁰ EREM, TCK Şerhi III, s. 2312; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 294.

²¹ DÖNMEZER Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Bası, İstanbul, Eylül 2001, no. 262; EREM, *Müdafaa Masuniyeti*, s. 4; aynı yazar, TCK Şerhi III, s. 2313 vd.; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2. Bası, İzmir 2002, s. 492.

sinde taraf değilse de, sanığın savunma hakkından esas itibarıyla yararlanması gereken kişi olduğunda tereddüt yoktur. Bu nedenle, kanımızca madde metninde bu şekilde bir sayma sisteminin benimsenmesi doğru olmamıştır. Madde metninin iddia ve savunma hakkını kullanan bütün kimseleri kapsayacak şekilde formüle edilmesi daha doğru olurdu²².

1953 yılında 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce madde metninde sadece “tarafklar ve vekilleri” denilmekte iken; bu değişiklikle, tarafların yanı sıra, “*vekil, müdafı, müşavir yahut kanunî mümessillerinin*” de savunma hakkından yararlanabileceği belirtilmiştir.

Tanık, bilirkişi ve tercüman, madde metni anlamında “taraf” sayılmazlar. Bu itibarla, örneğin tanık tarafından bir uyuşmazlık bağlamında belli bir kişiye somut bir vakıa (maddei mahsusa) isnadında bulunulması veya bir kişi hakkında olumsuz değer yargısında bulunulması durumunda, bir hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi olan iddia ve savunma dokunulmazlığının kullanılmasından söz edilemez²³. Ancak, tanık, somut bir vakıaya ilişkin gerçeği söylemekle yükümlü olduğu için, bu gibi durumlarda *görevin ifası* hukuka uygunluk sebebi söz konusudur^{24, 25}.

Ceza muhakemesinde taraf olup olmadığı tartışması bir yana²⁶, iddia makamını işgal eden C. savcısı bir görev ifa etmektedir. Bu itibarla, örneğin, görevi gereği olarak tanzim ettiği iddianamede veya dava sürecinde sanığa somut vakıalar isnat edebilir veya sanık hakkında olumsuz bir değer yargısında bulunabilir. Ancak bu yöndeki ifadeler, hakaret veya sövme suçunu oluşturmaz. Zira, bu gibi durumlarda *görevin ifası* hukuka uygunluk sebebi

²² Bu itibarla, değişik ifadelerle de olsa, bu sayma sisteminin TCK Öntasarısında devam ettirilmesini (2000 Metni, m. 182) doğru bulmamaktayız.

²³ ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 294; ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 268.

²⁴ DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 262. Erman, bu gibi durumlarda “kanunun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinin olduğu görüşündedir (ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 138/139). Kanımızca soyut olarak “kanunun hükmünü icra” şeklinde bir hukuka uygunluk sebebinden söz edilemez. Kişi açısından bir yükümlülük ihdas eden kanunun hükmünün gereğinin yerine getirildiği durumlarda aslında bir görevin ifası söz konusudur.

²⁵ Ancak, tanığın kişiye isnat ettiği maddei mahsusanın gerçek olmaması durumunda, isnadın niteliğine göre hakaret veya iftira suçundan dolayı sorumluluğu yoluna gidilebilir. Keza, tanığın görülmekte olan uyuşmazlık bağlamında bir kişiyle ilgili olarak bulunduğu olumsuz değer yargısının somut vakıalara dayanmaması durumunda, sövme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

²⁶ Bkz. EREM Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 1978, s. 151; aynı yazar, *TCK Şerhi III*, s. 2314; KEYMAN Selahattin: *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara 1970, s. 149, 178; DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 262; ERİŞ Uğur: *Savunma Dokunulmazlığı, Koşulları, Değerlendirilmesi*, s.398.

söz konusudur. Ancak, bu durumda iddia ve savunma dokunulmazlığından söz edilemez²⁷.

Sorunu ihbar eden ve şikayetçi açısından da bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir.

Belirli kişiler tarafından gerçekleştirilmiş somut bir vakıya ilişkin olarak suçu takibe yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunan muhbir, hem bir hak kullanmakta hem de bir görev ifa etmektedir. Hak icra etmektedir; zira, yukarıda da açıkladığımız gibi, hukuk toplumunda herkes suçluların cezalandırılmasını devletten talep etme hakkına sahiptir. Görev ifa etmektedir; zira, bir suç vakıasına muttali olan kişi, bu vakıya ilişkin olarak suçu takibe yetkili makamlar nezdinde bildirimde bulunmak yükümlülüğü altındadır. İhbar eden, her ne kadar TCK.nun 486. maddesi hükmü anlamında "taraf" değilse de, kanımızca, aslında *hakkın icrası* niteliğinde olan iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilmelidir²⁸.

Takibi şikayete bağlı olan suçun işlendiği bilinse bile, şikayet olmadan bu suç nedeniyle failin cezalandırılması yoluna gidilemez. Kişi şikayet ederken, takibi şikayete bağlı olan suçtan dolayı failin özellikle cezalandırılmasını istemektedir. Bu nedenle, şikayet eden münhasıran bir hak kullanmaktadır. Ancak, müşteki, her ne kadar TCK.nun 486. maddesi hükmü anlamında "taraf" değilse de, aslında *hakkın icrası* niteliğinde olan iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilmesi gerektiği kanısındayız²⁹.

b) Kendisine somut vakıa isnad edilen veya aleyhinde olumsuz değer yargısında bulunulan kişi bakımından

İddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla kendisine somut bir vakıa isnad edilen ya da hakkında olumsuz değer yargısında bulunulan kişinin uyuşmazlığın tarafı olması gerekmez³⁰. Ancak, bu bağlamda "*dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler*"ın iddia ve savunma hakkı kapsamı dışında bırakıldığını (TCK, m. 486, f. 2) gözden uzak tutmamak gerekir.

²⁷ "Kanunun hükmünü icra" hukuka uygunluk sebebi olarak bkz. ERMAN, *Hakaret ve Söyme Suçları*, s.137, dn. 24; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 295.

²⁸ Aksi fikir için bkz. ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 269.

²⁹ Nitekim, Yargıtay da aynı yönde karar vermiştir:
«Sanık tarafından mahkemeye verilen dilekçedeki yazılar, şahsî davacı ile aralarında geçen olayların açıklanması amacı ile yazılmış olup, hakaret kastı taşımamakta ve savunma sınırları içinde kalmaktadır. Bu nedenle, TCK.nun 482/3. maddesi ile hüküm kurulması doğru değildir.»: 4. CD., 3.11.1986, 8299/8123 (YKD, Mayıs 1987, s. 783).

³⁰ Bkz. CENTEL, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 63–70.

Kanun yolu başvurusunda hakimın verdiği kararın hukuka aykırı olduğu yönünde ileri sürülen gerekçeler, hakaret veya sövme suçunu oluşturmaz³¹. Ancak, “dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler”in iddia ve savunma hakkı kapsamı dışında kaldığını (TCK, m. 486, f. 2) unutmamak gerekir³².

³¹ Yargıtay’ın şu kararında benimsenen görüşe iştirak etmiyoruz:

«Sanığın yasal karar verme yetkisini kullanan yargıca karşı duruşmada hükmi bildirmesinden hemen sonra işaret parmağı havada bağırarak “araştırmadan, keşif yapmadan karar verdiniz; ben de sizi Bilecik Asliye Ceza Mahkemesine şikâyet edeceğim” biçiminde sözler söylediği oluş ve kabulden anlaşılmasına göre; savunma ve iddia açısından gereksizliği de gözetilerek, (bu sözlerin hakim açısından) kişiliği küçük düşürüp düşürmediğinin tartışılması gerekir.»: 4. CD., 13.7.1998, 6697/6948 (YAŞAR Osman: İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s. 582).

³² «Hukuk Genel Kurulunun bozma kararına ne diyeceği sorulan sanık avukatın “bizim söyleyecek bir şeyimiz yok; sizin konu bilmezliğiniz karşısında ne diyeceğimizi merak ediyoruz” biçimindeki sözlerinin yasal direnme yetkisini kullanan yargıca karşı açık duruşmada söylendiği ve savunma ve iddia açısından gereksizliği de gözetilerek; (bu sözlerin hakim açısından) kişiliği küçük düşürüp düşürmediğinin tartışılması gerekirken; söylenen sözlerin ne olduğunu bilme ve özgür irade ile söylemekten ibaret olan genel kasıtlı işlenen sövme/hakaret cürmünde özel kasıt aranarak, yasal dayanaktan yoksun gerekçe ile hüküm (beraat) kurulması»bozmayı gerektirmiştir: 4. CD., 18.5.1994, 2460/5299 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s. 591).

«18.10.1999 günü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanlığına hitap eden “Sayın Başkan ve olayımızın inceleneceği heyete girebilecek sayın üyelerin dikkatine” diye başlayan dilekçenin incelenmesinde “Hukuk Genel Kurulu’nun çoğunlukta ki namuslu, adil ve sayın üyelerine eksik ve yanlış bilgilendirme nedeniyle nakise getirecek olguların engellenmesi amacına yöneliktir.”sözleri ile Genel Kurulu oluşturacak üyeler içinde namuslu ve adil olmayanların da olduğu izlenimi verilmiş, kimin adil ve namuslu olduğu açıklanmadığından tüm heyet zan ve töhmet altında bırakılmıştır.

“Özel Daireler ile mahkeme arasındaki ihtilafın değerlendirildiği Genel Kurulun 1999/279 sayılı Kararının 11/2 Başlığı altındaki sonuç ile Şirkete Hukuk Genel Kurulu’nca keyfi bir salma çıkartıldığı” söylenmekte, Genel Kurulun keyfi davrandığı ifade edilmektedir.

“Hukuk Genel Kurulu müzakerelerine girecek üyelerin dosyaları önceden tek tek inceleyip hazırlanmadıkları, kanaatlerini tetkik hakimlerinin raporlarına göre oluşturdıklarının bilindiği, tetkik hakimlerinin çeşitli nedenlerle eksik ve yanıltıcı raporlar düzenlediği, heyeti yanlış yönlendirdiği, bazı üyelerin hasmane tavır sergilediği” gibi sözlerle heyet üyeleri ve yardımcılarının görevlerini gereği gibi yapmadıkları dile getirilmektedir.

29.6.1999 günü Hukuk Genel Kurulu Başkanlığına hitap eden karar düzeltme dilekçesinde ise, “Kamu oyu araştırması ve zaman zaman basında yer alan verile-

Somut uyuşmazlıkla ilgili olarak hakimin tarafsız olmadığı, taraf tuttuğu ileri sürüldüğünde, yani hakimin reddi halinde, ortaya yeni bir uyuşmazlık çıkmaktadır. Bu uyuşmazlık bağlamında hakim bir taraftır. Bu nedenle, hakimin reddi talebinde bulunan kişinin, gerçek vakıalara dayanması koşuluyla, red gerekçelerini ortaya koymaya yönelik açıklamaları, hakaret veya sövme suçunu oluşturmaz. Yani bu durumda red talebinde bulunan taraf açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması, yani iddia ve savunma dokunulmazlığı söz konusudur^{33, 34}.

re göre toplumun % 70'inin yargıya güvenmediği, nedeninin azınlıktaki bir kısım yargı mensubunun kişisel nedenlerle zarftan çıkan notlara dayalı sipariş sonuçlar yarattıkları yönündeki şayia ve inanışlar olduğu" belirtilip dava ile ilgisi olmayan saptamalar yapılmıştır.

Buna bağlı olarak 15 ve 12. Hukuk Dairelerinin konu ile ilgili ilamlarının bu tespite destek olduğu, bu Daire mensuplarının yargı erkini kötüye kullandıkları söylenmiştir. Dilekçenin devamında bazı üyelerin hukuk dışı işlemlerini meşrulaştırmak için kulis faaliyetlerinde bulundukları, şerefli sıfat ve mevkilerini hak etmedikleri belirtilmiş, *hak arama ve eleştiri boyutları aşılmış, TCK.nun 486/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan iddia ve müdafaa hududunu aşan sözlerle yüce yargı mensupları aşağılanmıştır.*

Kurulunun 1999/166-279 sayılı Kararı ile ilgili karar düzeltme amaçlı 29.6.1999 tarihli ve buna ek 18.10.1999 tarihli yine "Hukuk Genel Kurulu Başkanlığı'na" hitaben "Sayın Başkan ve Heyete girebilecek Üyelerin dikkatine" başlıklı dilekçeleri ile "Hukuk Genel Kurulu Üyelerini hedef alan, Hukuk Genel Kurulunun çoğunluktaki namuslu, adil sayın üyelerine eksik ve yanlış bilgilendirme nedeniyle nakise getirecek olguların engellenmesi amacına yöneliktir" sözleriyle Genel kurulu oluşturacak üyeler içinde namuslu ve adil olmayanların da bulunduğu izlenimi verildiği, kimin adil ve namuslu olduğu açıklanmadığından, tüm üyelerin aşağılayıcı sözlerin muhatabı konumuna girdiği; Genel Kurulca verilen 1999/279 sayılı Kararın 11/2 başlığı altındaki karar sonucu ile şirkete keyfi bir salma çıkarıldığı; müzakerelere girecek üyelerin önceden dosyaları incelemeyi, kanatlarını tetkik hakimlerinin yanıltıcı ve eksik raporlarıyla oluşturdukları; tetkik hakimlerinin heyeti yanlış yönlendirdiği; bazı üyelerin hasmane tavır sergilediği; toplumun % 70'inin yargıya güvenmediği, bunun sebebinin bir kısım yargı mensubunun kişisel nedenlerle zarftan çıkan notlara dayalı sipariş sonuçlar yarattıkları yönündeki şayia ve inanışlar olduğu gibi dava ile ilgili olmayan söz ve saptamalarla Hukuk Genel Kuruluna görevinden ötürü hakaret ettiği; bu sözleri kullanış biçimi gözetildiğinde eleştiri ve hak arama sınırlarını aşmış, aşağılayıcı değer yargısı vurgulanması yapıldığı dilekçelerin Genel Kurula hitap ettiği, tüm üyelerce dosya içinde görülüp okunduğu; TCK.nun 268/1-3. maddesinde tanımlanan suçun tüm unsurları ile oluştuğu, sanık birden çok dilekçe ile münsnet suçu işlediğinden fiilen teselsül ettiği anlaşılmıştır.»: Ankara 17. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 13.2.2001 tarih ve E. 2000/727, K. 2001/549 sayılı Kararı (Yayınlanmamıştır).

³³ «Ceza Kanununun 486. maddesinde dava esnasında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaatın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyyeden dolayı takibat yapıla-

mayacağı açıkça yazılı bulunmasına ve *tecavüzün ister hasma, ister şuhut ve hat-ta hakime karşı vukubulmuş olması cihetinden kanunen bir fark görülmemiş ol-masına göre ...*»: CGK, 18.12.1939, 276/231; CGK, 13.12.1971, 4-331/432 (ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 272). Ayrıca bkz. CGK., 14.2.1994, 1-14/44 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 1154/1155); 4. CD., 3.2.1993, 8165/634 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 1157).

«Sanığın, 19.6.1997 tarihli dilekçesinde, kendisine iddianamenin okunmadığını, tanıkların yönlendirildiğini, isteklerinin tutanaklara geçmediğini açıklayıp, “tüm bu davranışlar karşısında mahkemenizin tarafsızlığından şüpheye düşmekteyim, şüphenin ortadan kaldırılmasının temini bakımından belirttiğim hususların iste-mime uygun biçimde yerine getirilmesini istemekteyim” biçimindeki sözlerinin mahkeme yargıcını ne suretle küçük düşürdüğü açıklanıp tartışılmadan, hüküm-lülük kararı verilmesi» bozmayı gerektirmiştir. 4. CD., 23.11.1998, 9615/10495 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 582, 592).

«Sanıkların dilekçelerindeki “bizlere gıcık olduğun için yanlı davrantyorsun” sözlerinin, CMUK.nun 23. maddesine göre, yargıcın yanlılığını yansıtmak için söylenmesi gerekip gerekmediği tartışılmadan, hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. 4.CD., 28.3.1996, 1756/2819 (YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 588).

Ayrıca bkz. SOYASLAN Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Bası, Ankara, Eylül 1997, s. 175/176. Ancak, doktrinde bir görüş, hakimın reddi talebinde red gerekçelerini oluşturan somut vakıaların ileri sürülmesi durumunda TCK.nun 486. maddesi anlamında savunma dokunulmazlığı değil, “kanunun hükmünü ic-ra” hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğu yönündedir (ERMAN, *Haka-ret ve Sövme Suçları*, s. 140).

34 «Tedbir kararının ertesi günü başkatip tarafından yerine getirilmesi üzerine, sanık, tedbir kararına itirazda bulunmuş ve yönetici seçilen ve tedbir isteyen Ş.U.’nun apartmandaki kat maliki sıfatının tapudan ve gerekli yerlerden soruştu-rulması gerektiğini öne sürerek, tedbir konusundaki kararın kaldırılmasını iste-miştir. Bu dilekçesi üzerine sonuç alamayan sanık, ikinci bir itiraz dilekçesi daha vererek, istemini tekrarlamıştır.

Ancak, bu dilekçesindeki hukuki iddialarının yine incelenmediğini ve tedbir ka-rarının kaldırılmadığını gören sanık, sulh hakiminin tarafsızlığından şüpheye düşmüş ve üçüncü bir itiraz dilekçesiyle, şüphelerini ve kanaatini açıklamıştır. Sonradan, mağdur hakim tarafından şikayet konusu edilen ve davaya esas olan sözler bu dilekçede sarfedilmiş bulunuyor.

Suç teşkil ettiği öne sürülen sözler; “keyfi, adaletsiz, hakimlik bitarafsızlığı ile bağdaşmayan”, “kanunsuz ve tamamen keyfi”, “Ş.U. ’yu iltizam ederek ve onunla olan dostluğunun etkisinde kalarak tedbir kararını kaldırmamakta ısrar eden” ibareler de yer almaktadır.

Davaya katılan mağdur, ifade ve dilekçelerinde; sanığın bu sözlerinin savunma sınırlarını aştığı ve hakaret kasdiyle söylenmiş olduğunu ileri sürerek, sanığın cezalandırılması isteminde bulunmuştur.

Sanık ise savunmalarında; hakaret kasdıyla hareket etmediğini, HUMK.nun 29/6 maddesinin verdiği bir hakkı kullandığını, dilekçelerindeki itiraz sebeplerini in-celemeyen ve bu tutumuyla tarafsızlığını bozan sulh hakiminin davaya bakmak-tan çekinmesini sağlamak amacıyla görüşünü son itiraz dilekçesinde bu sözlerle

Yargıtay da, savcıya yönelik somut vakıa isnatlarının, TCK.nun 486. maddesindeki şartların oluşması durumunda, hakaret suçunu oluşturmayıp, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında nitelendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir³⁵.

ifade etmek zorunda kaldığını, esasen dilekçelerde yer alan bu gibi sözlerin, savunma sınırları içinde kalması nedeniyle, suç teşkil etmeyeceğini belirterek, hakkında beraat kararı verilmesini istemiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, aşağıdaki sebeplerden ötürü, sanığın savunmasını yerinde görerek, olayda suç kastının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Şöyle ki: Davaya katılan hakimin, ihtiyati tedbir kararını vermesinden sonra, sanık tarafından verilen ve kanuni itiraz sebeplerini kapsayan dilekçeleri üzerine itiraz ve davanın niteliğini nazara alarak, en kısa yoldan inceleme yapması ve bir karara varması gerekirken, bunlar üzerinde hiç durulmamış ve bilgi istemekle yetinilmiştir. Böylece, taraflardan birisi olan sanığın, sulh hakimine olan inancının sarsılmasına yol açılmıştır. Bu durumda sanık, HUMK.nun 29/6.maddesinde yazılı, "umumiyetle hakimin bitarafılığından şüpheyi mucip esbabı mühimme bulunması" sebebine dayanarak, hakimi reddedebilirdi. Ancak;

Aynı sebeple bir hakimin, kendisini reddetmesi imkanı da bu maddenin ilk fıkrasında belirtilmiştir. Sanık, buna dayanarak, doğrudan doğruya hakimi reddetme yoluna gitmemiş ve ortaya çıkan sebepler karşısında, kendi kendisini reddetmesini, başka bir deyimle davadan çekilmesini sağlamak istemiştir. Nitekim davaya katılan sulh hakimi T.K. bu davaya bakmaktan istinkafa karar vermiş ve sanık hakkında kendisine hakaretten bahisle şikayette bulunmuştur. Sanığın, ulaşmak istediği sonuç böylece kendiliğinden yerine gelmiş bulunmaktadır.

Sanığın, yukarıda izah olunduğu şekilde istinkafa davet amacıyla hareket ederek, adı geçen tarafınsızlığını bozduğu, keyfi ve adaletsiz tedbir kararı verdiğini ve Ş.U.'yu tutarak, onun etkisi altında kaldığını dilekçede belirtmiş olmasında, yasa sınırlarını aşan bir durum ve halin cereyanına göre suç işleme kastı görülememiştir.»: CGK., 13.12.1971, 4-331/432 (ÇAĞLAYAN Muhtar, *En Son Değişiklikleri İle Birlikte Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Cilt IV, 3. Bası, Ankara, Ekim 1984, s. 285 vd.).

³⁵ «C.Savcılar da ceza davasının taraflarındandır. Bu nedenle hakaret ona karşı yapılmış olsa da TCK.nun 486.maddesinde yazılı koşulların bulunması halinde sözü geçen maddenin uygulanacağı Ceza Genel Kurulunun (18.12.1939 tarih, E.276, K.231 sayılı) kararı ile de kabul edilmiştir.»: 4. CD., 14.7.1965, 3234/4570 (AKDAĞ Selami: *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 1976, s. 768).

«"İddia makamı aciz içindedir" (şeklindeki) sözler, sanık tarafından iddia makamının hazırladığı esas hakkındaki mütalaaya karşı 5.6.1986 günlü duruşmada verdiği beş sahifelik "savunma" dilekçesinin ikinci sahifesinde, aynen alıntısı yapıldığı şekilde yer almaktadır. Sanığın yazdığı dava konusu söz veya sözleri savunma amacıyla söylediği açıktır. Sanık, işlediği iddia olunan bu suçtan dolayı açılan koğuşturma ve soruşturmanın tüm aşamalarında özetle; "aciz" sözcüğünü iddia makamını veya savcıyı küçük düşürmek amacıyla değil, savunma sadedinde ve yapılan tüm soruşturma faaliyetlerine rağmen, iddia makamının kendisini

Ancak, doktrinde bir görüş, iddia ve savunma dokunulmazlığının, sadece madde metninde sayılan kimseler arasında söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, savcı, bilirkişi veya tanık hakkında somut vakıa isnadında veya olumsuz değer yargısında bulunulması durumunda, TCK.nun 486. maddesi anlamında iddia ve savunma dokunulmazlığı söz konusu değildir³⁶. Bu itibarla, somut vakıalara dayanarak, örneğin tanığın yalan söylediğinin, bilirkişinin objektif davranmadığının ileri sürülmesi, genel olarak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi kapsamında mütalaa edilmiştir³⁷.

Kanaatimizce, dava konusu ile ilişkili olduğu ve uyumsuzluğun çözümü açısından faydalı bulunduğu takdirde, madde metninde sayılanlar dışında kalan örneğin tanık, bilirkişi, tercüman ve hatta savcıya somut vakıa isnad edilmesi ve gerçek olan vakıalara dayalı olarak bu kişiler hakkında olumsuz değer yargısında bulunulması durumunda iddia ve savunma dokunulmazlığı söz konusu olmalıdır. Ancak, bu gibi durumlarda “dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler”in iddia ve savunma hakkı kapsamı dışında kaldığını (TCK, m. 486, f. 2) gözden uzak tutmamak gerekir.

Fakat belirtelim ki; TCK Öntasarısının “Dokunulmazlık” başlıklı 182. maddesinde (2000 Metni) iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için somut vakıa isnatlarının ve olumsuz değer yargılarının “*taaraflara yönelik*” olması şartı aranmıştır. Kanımızca bu şekildeki düzenleme iddia ve savunma hakkını kısıtlayan bir etki doğurmaya müsaittir. Ancak, maddenin gerekçesinde uyumsuzluğun tarafı olan kişilerin şikayet veya red talebinde bulunurken hakim, savcı, tanık veya bilirkişiye somut vakıa isnad edebileceği ve bunun hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin oluşturacağı belirtilmiştir³⁸. İddia ve savunma dokunulmazlığının hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin özel bir şekli olduğunu göz önünde bulundurulduğunda, bu sınırlamanın yerinde olmadığı anlaşılr.

mahkûm ettirmek için yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle kullandığını savunmuştur.

Dilekçenin verilış amacı, anılan sözcüğün yerine göre hakareti içermeyen “çaresizlik” anlamında da kullanıldığı ve TCK.nun 486. maddesi 1. fıkrası ile sanığın aksi sabit olmayan savunması göz önünde tutulduğunda; sanığın, savunmanın aksine, bu sözcüğü savunma sınırları dışında hakaret kastıyla söylediği hususunda dosyada herhangi bir delil mevcut olmadığı gibi, savunma dilekçesinin tümü göz önünde tutulduğunda dahi böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı görülmüştür.». Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 31.3.1988, 9/34 (SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Cilt II, 3. Bası, Ankara, Mayıs 1999, s. 2668/2669).

³⁶ EREM, *TCK Şerhi III*, s. 2316.

³⁷ DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 262.

³⁸ Adalet Bakanlığı tarafından çoğaltılan Öntasarı metni, s. 260.

c) İddia ve savunma dokunulmazlığının kapsamına giren fiiller bakımından

İddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamına giren fiillerin “*kaza mercileri*”³⁹ önünde cereyan etmesi gerekir. Bu hak kapsamında “*kaza mercileri*” kavramını geniş yorumlamak gerektiği kanısındayız. Bu itibarla, Cumhuriyet savcılığına verilen dilekçede yer alan ya da savcılık huzurunda sözlü olarak yapılan açıklamaları iddia ve savunma hakkı bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir^{40, 41}. Buna karşılık, adli kollukta yapılan açıklamaların iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında mütalaa edilemeyeceği fikri ileri sürülmüştür⁴². Ancak, kanımızca, kolluğun suç şüphesi altında bulunan kişinin ifadesini almak yönünde bir yetkisinin olması karşısında; kolluk makamları nezdinde yapılan sözlü veya yazılı açıklamaların da iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında nitelendirilmesi gerekir. Keza, idari makamlar önünde yapılan iddia ve savunmalar dolayısıyla da iddia ve savunma dokunulmazlığının söz konusu olması gerekir⁴³.

Ayrıca, madde metnine göre “*bir dava hakkında*” taraflardan birinin bir kimseye somut bir vakia isnad etmesi veya somut vakialara dayalı olarak bir kişi hakkında olumsuz değer yargısında bulunması durumunda, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanılabilecektir. Bu itibarla, bir “*dava*”nın söz konusu olmadığı durumlarda iddia ve savunma hakkının kullanılmasından söz edilemeyeceği fikri ileri sürülebilir. Ancak, burada geçen “*dava*” kavramını da, *uyuşmazlık* anlamında, geniş yorumlamak gerekir. Bu nedenle, idari soruşturmalar kapsamında, örneğin 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı “*Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*” hükümlerine göre yürütülen “*ön inceleme*” faaliyeti sırasında yapılan açıklamalar dolayısıyla da iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığını

³⁹ 1953 yılında 6123 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce madde metninde “*mahkeme*” ifadesi kullanılmakta idi.

⁴⁰ **ERMAN**, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 142; **SOYASLAN**, *Özel Hükümler*, s. 176.

⁴¹ Aynı şekilde, hakem heyeti önünde görülmekte olan bir hukuki uyuşmazlık bağlamında taraflardan birinin bir kimseye somut bir vakia isnad etmesi veya somut vakialara dayalı olarak bir kişi hakkında olumsuz değer yargısında bulunması durumunda dahi, iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanması gerekir.

⁴² **ERMAN**, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 142; **ERMAN/ÖZEK**, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 297. Bu görüş kendi içinde tutarlı değildir. Zira disiplin kurullarının “*kaza mercii*” olarak kabul edilmesine (**ERMAN/ÖZEK**, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 297) rağmen, adli kolluk bundan istisna tutulmuştur.

⁴³ **SOYASLAN**, *Özel Hükümler*, s. 176.

kabul etmek gerekir. Keza, disiplin soruşturması kapsamında yapılan açıklamalar açısından da aynı şekilde düşünmek gerektiği kanısındayız^{44, 45}.

İddia ve savunma dokunulmazlığından söz edebilmek için, bir uyuşmazlıkla bağlantılı olarak verilen “*dilekçe, lâyiha veya sair evrak yahut yap(ılan) iddia ve müdafaalar*” içeriğinde yer alan “*yazı ve sözler*”lerle bir kimseye somut bir vakıa isnad edilmesi veya somut vakıalara dayalı olarak bir kişi hakkında olumsuz değer yargısında bulunulması gerekir.

İddia ve savunma kapsamında bir kimseye somut bir vakıa isnat edilmiş olabilir. Bu vakıa isnadı soyut olarak değerlendirildiğinde hakaret suçunu oluşturur. Keza, bu bağlamda bir kişi hakkında bulunulan olumsuz değer yargısı, soyut olarak değerlendirildiğinde sövme suçuna vücut verir. Bu itibarla, her ne kadar madde metninde “*hakareti mutazammın yazı ve sözler*” ifadesi kullanılmış ise de; iddia ve savunma dokunulmazlığının, hakaret ve sövme suçları açısından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, sarfedilen “*hakareti mutazammın yazı ve sözler*”in iddia ve savunma hakkı veya dokunulmazlığı olarak bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu kabul edebilmek için; bu “*yazı ve sözler*”in “*dava ile ilgili*”, daha doğru bir ifadeyle, somut *uyuşmazlıkla bağlantılı* olması gerekir. Dolayısıyla, yukarıda da belirttiğimiz gibi, iddia ve savunma hakkından söz edebilmek için, kişiler hakkında bulunulan somut isnadların gerçek olması ve somut vakıalara dayalı olarak olumsuz değerlendirmelerde bulunulması gerekir.

Somut *uyuşmazlıkla bağlantılı olmayan* isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez. Keza, somut vakıalara dayansa bile, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan olumsuz değerlendirmeler açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir. Nitekim Kanuna göre, “*dava ile ilgili olmiyan ... hakareti mutazammın yazı ve sözler*” açısından iddia ve savunma dokunulmazlığından söz edilemez (TCK, m. 486, f. 2)⁴⁶.

⁴⁴ Bkz. DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 262; ERMAN / ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 297. Karşı görüş için bkz. ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 270; TEZCAN/ERDEM, sh. 493.

⁴⁵ Ancak Yargıtay, baro disiplin kurulları önünde yapılan savunma kapsamında bir kimseye somut bir vakıa isnad edilmesi veya somut vakıalara dayalı olarak bir kişi hakkında olumsuz değer yargısında bulunulması durumunda, TCK.nun 486. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığından yararlanılamayacağı yönünde karar vermiştir: 2.CD., 18.6.1949, 6851/6805 (Zikreden EREM, TCK Şerhi III, s. 2319).

⁴⁶ «Müdahil, maznunun hukuk mahkemesinde zapta geçirilen “*bu milleti soymağa alıştır*” sözünden başka hakaretamiz sözler de söylendiğini iddia ile şahit göstermiş ve hazırlık tahkikatında dinlenen şahit zabıt katibi Ülfet, maznunun “*bu avukat zaten soyguncudur, herkesi soyuyor*” dediğini bildirmiş olmasına göre; maz-

Ancak, tahkir edici söz veya yazı ile hukuki uyumsuzluk arasında bir zorunluluk ilişkisinin bulunması, şart değildir^{47, 48}. Kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda bulunulmasında ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulmasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bu suretle adaletin gerçekleşmesi açısından *fayda* bulunması halinde, bir hak olarak iddia ve savunma dokunulmazlığının oluştuğunu kabul etmek gerekir⁴⁹. Nitekim Yargıtay'ın içtihadı da bu yöndedir^{50, 51}.

nunun müdahil için “*bu milleti soymaya alıştı*” şeklinde “*herkesi soyuyor*” manasına gelecek tarzda söylediği sözlerin, müdafaasıyla bir alakası bulunamayacağı gözetilmeden beraat verilmesi bozmayı gerektirmiştir.»: 4.CD., 11.3.1960, 297/2850 (ÖZÜTÜRK Nejat: *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, Cilt III, Ankara, 1966, s. 95; SAVAŞ/MOLAMAHMUTOĞLU, IV, s. 5138).

⁴⁷ ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 144; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 298.

⁴⁸ Tahkir edici nitelikte olan söz ve yazı uyumsuzluk arasında zorunlu ilişkinin bulunması durumunda, iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığını evleviyetle kabul etmek gerekir. Ancak, Erman'a göre, tahkir edici sözlerin söylenmesinde ve yazıların yazılmasında uyumsuzluğun çözümü açısından “*mutlak bir zorunluluk*” varsa, bunlar söylenip yazılmaksızın iddia ve savunmanın yapılması olanaksızsa, artık iddia ve savunma hakkını değil; ıztırar halinin (TCK, m. 49, bend 3) varlığını kabul etmek ve tahkirin bu nedenle hukuka uygun olduğu sonucuna varmak gerekir. Sözgelimi, uyumsuzluğa ilişkin olarak yaptığı açıklamaların doğru olmadığını ortaya koymak için, tanık olarak dinlenen kişinin daha önce yalan tanıklıktan mahkum olduğunu söylemekte mutlak bir zorunluluk vardır. Böyle bir beyanda bulunan tarafın, ıztırar halinde bulunduğunu kabul etmek yerinde olur (ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 146; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 299/300). Bu görüşlere iştirak etmemiz mümkün değildir.

⁴⁹ ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 144; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 298; CENTEL Nur: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2001, s. 240; ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A.Caner: *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2003, s. 532. Ancak, Önder, söylenen sözlerin, kullanılan ifadelerin uyumsuzluğun çözümü açısından faydalı olmasını dahi gerekli görmemektedir. Yazara göre, iddia ve savunma dokunulmazlığından bahsedebilmek için, kullanılan ifadelerin “*iddia veya savunma ile mantıki bağ içinde bulunması*” yeterlidir (ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 269).

⁵⁰ «Bir fiilin suç oluşturabilmesi için, tipe uygun olmalı, bir başka hüküm tarafından hukuka uygun hale getirilmemeli ve failde suç kastı bulunmalıdır. Yasal savunma, zaruret hali, mağdurun rızası, hakkın kullanılması ve benzeri haller gibi hukuka uygunluk sebeplerinden, hakaret suçları bakımından hakkın kullanılması kavramı üzerinde durulduğunda; savunma, ihbar ve şikayet, haber verme, eleştiri, terbiye ve gözetim hakları söz konusu olmaktadır.

Hakkın kullanılması olarak kabul edilen *savunma hakkı*, 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36 ncı maddesinde; “herkes, meşru vasıta ve yollar-

dan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır.

Görülüyor ki, Anayasanın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır.

İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşmasına, bir başka anlatımla, hakkın meydana çıkmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak, *o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan hakareti oluşturan yazı ve sözlerin sarfedilmiş bulunmasında meşruluk vardır* denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur.

Anayasadaki bu düzenlemeye paralel olarak, T.C.Y.nın 486 ncı maddesinde yer alan hükme bakıldığında; maddenin birinci fıkrasında; *"Tarafların veya vekil, müdafî, müşavir yahut kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerinden dolayı takibat yapılamaz."* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi yasa koyucu burada "savunma dokunulmazlığı" denilen bir hukuka uygunluk sebebine yer vermiş bulunmaktadır.

Ancak, maddenin ikinci fıkrasında; *"Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir."* hükmü yer almaktadır. Demek ki, iddia ve savunma hududu aşıldığı takdirde dokunulmazlık dışına çıkmış olur.

Hakaret suçunda savunma sınırının aşılp aşılmadığını saptamak için yazılan yazı ve söylenen sözlerin, savunma konusuyla mantıksal bağlantısını ve savunmaya yararlı bulunmasını takdir etmek gerekir. Nitekim T.C.Y.nın 486 ncı maddesini değiştiren 6123 Sayılı Yasaya ilişkin Adalet Komisyonu raporunda; *"486 ncı maddede bir dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafanın hududu tecaviüz edilerek yapılan hareketlerde mütacavize ceza verilmesi icabettiği mütalaa edilerek maddenin buna göre tadili teklif edilmiştir. Mer'i metinde bir dava esnasında iki taraf veya vekilleri canibinde dava hakkında mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafanın muhtevi olduğu elfazı tahkiriyyeden dolayı takibat icra olunamaz şeklindeki hükme karşı teklifte birinci fıkra aynen alınmakla beraber, dava ile ilgili olarak yapılması ve söylenmesi zaruri olmayan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin birinci fıkra hükmünden istisna edilerek T.C.K.nun muvacehesinde hakaret suçunu teşkil edeceği kabul edilmiş bulunmaktadır..."* denilmektedir.

O halde, dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde iddia ve savunma sınırını aşan hakareti oluşturan yazı ve sözler hakkında T.C.Y.nın 486/1. maddesi uygulanamayacağından, hukuka uygunluk sebebinden sözedilemez.>: CGK., 13.3.1995, E.1994/4-358, K.1995/65 (www.yargitay.gov.tr internet adresinden alınmıştır. Bu karar için ayrıca bkz. YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 1153/1154).

«İnceleme konusu olayda; sanık avukatın, borçlu (sanık) L.B. vekili olarak mahkemeye gönderdiği 16.6.1994 tarihli temyiz dilekçesinde; müvekkilinin mahkumiyetine ilişkin kararı veren katilani kastederek; "... mahkeme beraat kararı vermesi gerekirken 10 günlük tazyik hapis cezası verdi. İnsan hukukçuluğundan utanıyor. Şu karar yurtdışında basına verilse bizi Afrika kanunları ile idare ediyoruz zannederler. Hayret...! İstanbul vilayetindeki bir mahkeme hukukun inceliğini nasıl bilemez, bunu anlamak mümkün değil ve yine evvah. Bu itiraz süresinde yapılırsa, vah efendim sen bir de mal beyanında bulunacaksın diye hapis cezası mı vereceğim, bu hangi kanunda yazılı, hangi mantık ve hukuk anlayışı buna cevaz verir, kanunu iyi okumak gerekir ve anlamak diye düşünüyoruz. ..." demek suretiyle, katilani küçük düşürdüğü açıktır. Dilekçede yer alan bu sözlerin dava ile ilgisi ve yararı yoktur. Savunma hududu aşıldığından, hakareti oluşturan bu sözler nedeniyle sanığın savunma dokunulmazlığından yararlanması olanaklı değildir.» CGK. 20.10.1998,4-225/316 (YKD, Kasım 1998, s. 1697 vd.).

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkan ve Üyeleri ise, «temyiz dilekçesinin bütünü nazara alındığında; sanık tarafından yazılan ve hakaret teşkil ettiği iddia olunan sözlerin müşteki Hakime değil, karara karşı eleştiri niteliğinde olduğu Anayasal ve yasal savunma dokunulmazlığı kapsamında kaldığından müsnet suçun oluşmadığı» görüşüyle, bu karara muhalif kalmışlardır. Keza, üyelerden O.Kadri Keskin ise, şu gerekçeyle bu karara muhalif kalmıştır:

«Mahkeme kararlarının tartışılmayacağı, hakim ve savcıların eleştirilemeyeceği yolunda hiçbir hüküm Anayasada veya diğer kanunlarda yoktur. Sadece Anayasanın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunun bulunduğu hükmü yer almıştır. Ancak, hiçbir mahkeme kararlarının tartışılmayacağı ve hakimlerin eleştirilemeyeceği yazılı değildir. Böyle bir yasaklama yoktur. Şairin dediği gibi "Barika-yi hakikat müsademe-yi eskardan çıkar" (hakikat ışığı fikirlerin çatışmasından doğar.)

Bu sebeple eleştiri sınırlarını mümkün olabildiğince geniş tutmak gerekir. Bu genişlik demokrasinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının gereğidir. Eleştiri ağır da olsa bundan yararlanılmalıdır. Tabiatıyla hakaret ve sövmeyi ayırmak da gereklidir ve eleştiride olduğu gibi karşılamak mümkün değildir. Ancak, bu ayırım açıklıkla ve netlikle yapılamıyorsa; "Şüpheden sanık yararlanır" kaidesi ile (demokrasi) ve (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları) gereği, ağır da olsa eleştiri kapsamında kabul edilmelidir. Olayımızda da net ve açık kesin hakaret ve sövme yoktur. Temyiz dilekçesinde yazılan sözlerin eleştiri mi, TCK.nun 486. maddesindeki savunma hakkı kapsamında mı kaldığı yahut hakaret mi teşkil ettiği tartışıldığına göre; açıkladığımız üzere, sanık avukatın hakaret kastı ile hareket etmediği ve bu sözlerin hakaret derecesine ulaşmadığı eleştiri ve TCK.nun 486. maddesindeki savunma hakkı kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.» CGK. 20.10.1998,4-225/316 (YKD, Kasım 1998, s. 1697 vd.; YAŞAR, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, s. 575 vd.; 1152/1153).

«İstanbul 9. Asliye Hukuk Hakimliğince verilen tedbir kararının kaldırılması S.G. vekili sanık Ü. tarafından itirazın talep edilmiş olmakla, 31.1.1968 tarihinde yapılan mürafaası sırasında, tedbir alan vekili müdahil F.Ş.'nin, sözleşmeden altı ay geçtikten sonra S.G.'nin satış için tapuya müracaatta bulunduğunu, vergilerini kendilerine ödediği halde satış muamelesini yapmadığını bildirmesine kar-

Somut uyuşmazlıkla bağlantılı olmakla birlikte, “iddia ve müdafaa hududu nu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler” açısından iddia ve savunma dokunulmazlığından söz edilemez (TCK, m. 486, f. 2)⁵².

şılık; itirazda bulunan vekili sanığın da, tapudaki muamelenin geri kalmasının kendilerinin temerrüdünden ileri gelmediğini, temerrüdlerini ispat için delil göstermediklerini ve para da vermediklerini bildirdikten sonra, karşı tarafın hilafı hakikat iddiada bulunduğunu anlatmak için, devamla “Avukat F.Ş.’nin yaptığı bu tezvirat gibi hiçbir tezvirata şahit olmadım...” şeklinde sarf eylediği sözlerin, müdafaa hakkının temini maksadına matuf olduğu ve TCK.nun 486. maddesinin birinci fıkrası şümülüne giren müdafaa hududu içerisinde kaldığı düşünülmeyen sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.»: 4. CD., 12.3.1973, 11748/2214 (Resmi Kararlar Dergisi, 1973-III/2, s. 12 vd.).

⁵¹ Ancak, Yargıtay, bazı kararlarında, hukuka uygunluk sebebinin varlığı için, iddia ve savunma bağlamında söylenen sözlerin uyuşmazlığın çözümü açısından zorunluluk arzemesi gerektiğini belirtmiştir:

«Savunma hakkı nedeniyle sövme suçunda hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK.nun 486. maddesinin uygulanabilmesi için, söylenen sözlerin davanın yazgısını belirlemede *zorunlu* ve davanın konusuyla mantıksal açıdan bağlantılı bulunması, iddia ya da savunmaya yarar sağlaması gerektiği gözetilerek sorunun bu açıdan tartışılması ve söz konusu maddenin öznel ve nesnel koşulları irdelenmesi zorunlu iken, sözlerin savunmaya yönelik olduğu gerekçesiyle hüküm kurulması yasaya aykırıdır.»: 4. CD., 14.3.1991, 957/1705 (YKD, Temmuz 1991, s. 1108/1109). Ayrıca bkz. 4. CD., 16.3.1993, 1276/2135 (Yaşar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, sh. 1157; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, IV, s. 5137; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 298, dn. 117).

⁵² «Müdahil, davacı K.’nin avukatlık ücretinden doğan alacağını vermemesi nedeniyle sanık aleyhine sulh hukuk mahkemesinde açtığı ve haklı olduğunu ispat ettiği alacak davasının 6.5.1975 günlü celsesinde, davaya konu olan parayı vermesine rağmen haksız olarak dava açıldığını söylemesi üzerine, duruşma hakiminin kendisine yemin teklif etme hakkı olduğunu bildirdiğinde; sanığın, dava açan şahsın yalan yere yemin de edebileceğini söyledikten sonra, bir ayağı topal olan müdahile “bir bacağı sakat, inşallah sağlam bacağı da onun gibi sakat olur, inşallah çeker, paramı verdim, delilim yok, yemin de teklif etmiyorum. Zaten yemin etmeyecek olsa dava etmezdi” sözlerini sarfettikten sonra ilaveten “topal” sözünü de söylediği anlaşılmıştır.

Yukarıda açıklanan sözlerin, aleni bir duruşma sırasında hakim ve hazır bulunanların huzurunda sarfedilmesine ve bozma ilamında zikredilen sözlerin dışında ayrıca “topal” kelimesinin de kullanılmış olmasına göre bedduayı aşıp, muhatabını ağır surette inciten ve onu hakim ve hazır bulunanlar indinde haksız menfaat peşinde koşan ve bunun için de yalan dahi söyleyebilecek karakterde bir insan mevkiine düşürecek ve vakar ve haysiyete tecavüz teşkil edecek nitelikte görüldüğünden ve topal bir şahsa, topal diye hitap edilmesi başlıbaşına hakaret teşkil etmesine nazaran sanığın temyiz itirazlarının reddiyle oluşa ve yasaya uygun görülen direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.»: CGK., 20.2.1978, 2-11/56 (YKD, Şubat 1979, s. 265 vd.).

«Sanığa yükletilen eylem, yaralama suçu ile ilgili olarak hakkında kurulan hükmümlülük kararına karşı kaleme aldığı temyiz yoluna başvuru dilekçesinde şahsı davacı için “Yusuf ile ilişki kurduğunu öğrendim” demekten ibarettir.

Hakaret ve sövme suçlarında, mağdurun onurunu kırma bilinç ve iradesiyle davranmaktan ibaret olan suç genel kastının , cürmün oluşması için yeteceği ve dolayısıyla kullandığı sözcükleri bilerek ve özgür irade ile kaleme alan bir kimsede bu kastın bulunduğu açıktır. Esasen sanık, kullandığı sözcükleri bilincinin ve iradesinin dışında kaleme aldığını da ileri sürmemiştir.

Ayrıca, sanığın savunma çerçevesinde kaldığı ve bu amaçla davrandığı yolundaki gerekçe, teknik ve hukukî ağırlıklı bir kavram olan suç kastını salt psikolojik kavram olan amaç ve eylemlerle karıştırdığı ve objektif nitelikteki hukuka uygunluk nedenini sübjektif bir temele yerleştirdiği için de yerinde değildir.

Hakaretin savunma sınırlarını aşmış olduğunu saptayabilmek için ise, *söylenen sözlerin savunmanın konusuyla mantıksal bağlantısı ve savunmaya yararlı bulunmaması gerekir*. Sanığın dosyadaki hakaret içeren dilekçesinde hakkında yasal indirici nedenlerin uygulanmasını istemeye dayanak kılmak amacıyla bu sözleri yazmak gereksinmesini duyduğuna da değinilmemiştir.

Sergilenen nedenlerle savunma sınırının aşılmış olduğunu belirtilen ölçüler içinde takdir edilmek gerekirken, beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır.»: 4. CD., 19.9.1990, 3748/4259 (YKD, Mayıs 1991, s. 782/783).

«Sanık avukatın, Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği 25.8.1992 tarihli yargılamanın yenilenmesine ilişkin dilekçede “bir zaman dilimine yaydığı dolandırıcılık eyleminde mahkemeleri de ustalıkla kullanmayı başarak çok çıkar elde etti” demek suretiyle müşteki G.yi dolandırıcılıkla suçlayıp küçük düşürdüğü ve iddia ve savunma sınırı aştığı gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeye dayanarak beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır.» 4. CD., 5.7.1994, 3448/6111 (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, IV, s. 5137).

«Müdafi avukatın şahsına değil, ancak müdafaa tarzına mukabele etmeğe salahi yetli olan maznunun asıl faili ve fiili bırakarak failin müdafinin mazideki şahsi kusurları ile onu şerefçe yere vurmak, itibarını kırmak ve böylece karşısında konuşamaz hale getirmek maksadiyle hareket ettiği ve adeta müdafii tehdit ve baskı altında bulundurarak belki de masum olan müvekkilini müdafaadan kısmen men etmeğe çalıştığı anlaşılmış ve bu itibarla da maznunun iddia ve müdafaa sınırını aştığı bedihi bulunmuş»tur: CGK., 21.1.1957, 4/226-23/26 (ÖZÜTÜRK, TCK Şerhi III, s. 95/96).

«Sanığın icra hakimliğine verdiği dilekçede davacı hakkında sarfettiği ‘ırzıma göz diken bir namus ve haysiyet düşmanı’ şeklindeki sözlerin dava ile ilgisi olmadığı gibi iddia ve savunma hududu içinde de sayılamayacağı gözetilmeden beraat kararı verilmesi yolsuzdur.»: CGK., 1.2.1971, 256/36 (ŞANAL Şemsettin/AYDINÖZ Selçuk: *Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, İstanbul, 1979, s. 593).

Ancak, Yargıtay, bazı olaylarda sarfedilen sözlerin, kullanılan ifadelerin uyumsuzlukla ilgisinin olmamasına rağmen; iddia ve savunma hakkının kullanıldığı yönünde karar vermiştir:

«Davacı vekilinin verdiği dilekçede, nafaka takdirine esas olacak hususlarda sanığın hakikat hilafına beyanda bulunduğunu ve belge ibraz ettiğini iddia etmesi

Doktrinde bir görüş, somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte “iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler”i iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamı dışında bırakan bu hükmün, iddia ve savunma hakkını “yok” ettiğini ileri sürmektedir⁵³. Söz konusu düşünce dolaşısıyla, TCK Öntasarısında bu hükme yer verilmemiştir (2000 Metni, m. 182, f. 2)⁵⁴.

Bu görüşe iştirak etmediğimizi belirtmek isteriz. Hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması durumunda, bir hukuka uygunluk sebebi gerçekte

üzerine; sanığın karşılık dilekçesinde, bu iddia ile şeref ve haysiyetine tecavüz edilmiş olduğunu ifade maksadı ile sözkonusu “*şeref ve haysiyet saldırganı*” ibaresini kullanmış olduğu ve bu itibarla TCK. nun 486. maddesinin muafiyet sınırları içinde kalmış bulunduğu düşünülmesi gerekir.»: 4. CD., 15.3.1973, 2474/2381 (Resmî Kararlar Dergisi, 1973-III/2, s. 33/34).

Keza, Askeri Yargıtay’ın iktibas ettiğimiz şu kararında aslında iddia ve savunma dokunulmazlığının gerçekleştiği kanısındayız:

«Sanık avukatının duruşmayı yöneten hakimi kastederek, aynen “*bu işkençe operasyonun sonunda elde edilen, sözüm ona delillerle bu kadar insan tutuklu kalıyor. Dün tahliye talebinde bulundum. Tahliye taleplerimin bir çoğuna bazı üye arkadaşlarımızın katılmadıklarını gördüm. Bu katılmayışın temelinde ben kendi adıma sadece yasadaki kaynaklanan bir vicdani kanatınız olduğuna emin değilim. Bir hasmane tavır var burada sanıklara karşı. İşte sıramı bekliyorum. Sırf bu olayı kınamak için bir kereye mahsus olmak üzere ve izninizle öğleye kadar duruşmalarına katılmayacağım. Bu benim açık protestomdur*” şeklinde konuştuğu subuta ermiş bulunmaktadır.

Hakime görülmekte olan bir davada hasmane bir tavır içinde bulunduğunu söylemek, tarafsız olması lazım gelen hakimi küçük düşürücü bir mahiyet taşıdığından, sanığın duruşmayı yöneten hakimi kastederek sarfettiği sözlerin hakareti tazammun ettiğinde hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Ve yine sarfedilen sözlerin davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakikatin tecellisinde hiçbir etkisi olmayacağından, bu sözlerin TCK.nun 486/2. maddesinde zikredilen müdafaa hudutları içerisinde de mütalaa etmek mümkün değildir.»: Askeri Yargıtay 3. Daire, 299/277 (SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, IV, s. 5137/5138).

⁵³ Hatta, “*yok etmiştir*”: KUNTER/YENİSEY, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, no. 125, dn. 6. Ayrıca bkz. EREM, *TCK Şerhi III*, s. 2322/2323; CENTEL, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, s. 63–70.

⁵⁴ Ancak bu düzenlemenin gerekçesiyle ne ifade edilmek istendiği tarafımızdan anlaşılamamıştır. Gerekçeye göre; “yürürlükteki Kanunda yer almış olan, savunma sınırının aşılması hâlinde, savunma dokunulmazlığının uygulanamayacağı hakkındaki hükme yeni maddede yer verilmemiştir. Zira, bu takdirde dokunulmazlıktan söz edilemez. Metinde “ceza verilemez” ibaresinin kullanılmış bulunmasının nedeni de budur.” (Adalet Bakanlığı tarafından çoğaltılan metin, s. 260/261).

Dönmezer, uygulamada güçlükler çıkardığından bahisle, bu hükme Öntasarıda yer verilmediğini belirtmektedir (DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 264).

mevcuttur; ancak failin hareketi, mevcut bulunan hukuka uygunluk sebebi-nin sınırını aşmıştır. Bu durumda, işlenen fiil bütünüyle hukuka aykırı ol-mamaktadır; adeta sınırın dışında kalan hareketler hukuka aykırı olmakta devam etmektedir. Bu nedenle, failin sınırı aşan kısım itibarıyla sorumluluğu devam eder⁵⁵. İddia ve savunma hakkı kullanılırken sınırın *içine düşülen korku, telâş ve şaşkınlık dolayısıyla* aşılmış olmasından söz edilemez. An-cak, sınır öfke ve gazap gibi sebeplerle aşılmış ise, sorun genel tahrik kural-larına göre çözümlenebilir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi de, kaynak kanunda bulunmayan ve 1953 yılında 6123 sayılı Kanunla TCK.nuna ithal edilen bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir⁵⁷.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 277 vd.

⁵⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 278.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 8.6.1965, E.1963/163, K.1965/36 (AMKD, Sayı 3, 2. Bası, Ankara 1992, s. 167 vd.; RG.: 4.10.1965/12111). Yüksek Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

«İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adale-tin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yol-lara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan, yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında el-bette meşruluk vardır denemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağından haysiyetler de korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hü-küm, yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunan kişileri korkutacak ve tereddüde düşürecek ve bu yüzden de onların söylemeleri ve yazmaları gereken bir hususu söylemekten veya yazmaktan alıkoyacak bir nitelik taşımamaktadır.».

Bu kararlar ilgili muhalefet şerhi ise şöyledir:

«Bu fıkra göre, gerçekten iddia ve savunma hürriyeti, iddia ve savunmanın hudutları ile sınırlanmaktadır. Halbuki, iddia ve savunma hudutları içerisinde kalan hususlar için böyle bir dokunulmazlık hakkının kabulüne lüzum ve ihtiyaç da yoktur. Zira iddia ve savunmanın icap ettirdiği ve meşru kıldığı hususlarda, hakareti mutazammın olsalar dahi, kasdın bulunmaması dolayısıyla bir suçtan bahsetmek imkanı olmamak iktiza eder. Asıl iddia ve savunma hududunun aşıldığı iddia olunan hallerdedir ki, iddia ve savunma hakkını himaye bakımından bir dokunulmazlık sözkonusu olabilir. Haddizatında, iddia ve savunma hududunun nerede başladığı ve nerede bittiğini tayin eden bir ölçü bulmak da mümkün de-ğildir. Bu sınır, iddia ve savunmanın mahiyetine göre değişebileceği gibi sanık-lara, davacılara, bunların müdafilerine ve nihayet hakimlere göre de değişebilir. Yani daima takdire bağlı bir husustur. Binaenaleyh tayin ve tespiti indi kalacak

Somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılması na müsamaha ile bakılabilir. Zira bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hali, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğinin büsbütün ortadan kaldırmayıp azaltmaktadır. Ancak kanun koyucu, bu gibi durumlarda normatif olarak failin kusurlu olmadığını ve cezalandırılmaması gerektiğini kabul edebilir. Nitekim TCK.nda, somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan ifadelerin kullanan kişi hakkında ceza yaptırımını uygulanmasından sarfınazar edilerek, aşağıda açıklayacağımız üzere, 486. maddenin 3. fıkrasında söz konusu edilen yaptırımların uygulanması cihetine gidilebilir. Dikkat edilmelidir ki, iddia ve savunma sınırının aşılması durumunda, haklı bir davranış söz konusu değildir. Ancak, bu davranışı gerçekleştiren kişi hakkında ceza yaptırımını uygulanmasından sarfınazar edilip, inzibati tedbir (disiplin yaptırımı) uygulanmasıyla ve tazminata hükmedilmesiyle yetinilebilir⁵⁸.

III. Kanunda iddia ve savunma hakkını kullanan kişi hakkında “*takibat yapılmaz*” denmektedir (TCK, m. 486, f. 1)⁵⁹. Bu ifadeden iddia ve savunma dokunulmazlığının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu sonucunu çıkaramamaktayız. Ancak, yukarıdan beri açıkladığımız üzere, iddia ve savunma dokunulmazlığı, niteliği itibarıyla hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin özel bir şeklini oluşturmaktadır⁶⁰. İddia ve savunmada bulunulurken, bir hak kullanılmaktadır, yani kişi hukuka uygun hareket etmektedir. Haklı bir davranış içinde bulunan kişiye aslında herhangi bir yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, yaptırımla maddi içerik kazanan sorumluluk, ancak hukuka aykırı bir davranış gerçekleştiren ve dolayısıyla, yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmeyen kişi açısından söz konusudur.

bir keyfiyettir. Her an gayrı sabit sınırı aşmamak gayret ve endişesi, bundan mütevellit tereddütler savunmayı bağlayacaktır. Bu sebeple sözü geçen dava konusu hüküm, savunma hakkının layığı ile kullanılmasına engel teşkil edecek bir mahiyet taşımaktadır.»

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda iktibas ettiğimiz 8.6.1965 tarih ve E.1963/163, K.1965/36 sayılı Kararına karşı muhalefet gerekçesinde yer verilen şu ifade, düşüncemizi teyid etmektedir:

«*Asıl iddia ve savunma hududunun aşıldığı iddia olunan hallerdedir ki, iddia ve savunma hakkını himaye bakımından bir dokunulmazlık söz konusu olabilir.*»

⁵⁹ Keza TCK Öntasarısında iddia ve savunma hakkını kullanan kişiye “*ceza verilmez*” denmektedir (2000 Metni, m. 182, f. 1).

⁶⁰ İÇEL/SOKULLU-

AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, *Suç Teorisi*, s. 173.

Sorumluluğun söz konusu olmadığı bir durumda, “inzibati tedbir” niteliğinde de olsa bir yaptırım uygulanamaz⁶¹.

Ancak, buna rağmen, iddia ve savunma dokunulmazlığını düzenleyen 486. maddede bu temel prensiplerle bağdaşmayan hükümlere yer verilmiştir (f. 3). Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, iddia ve savunma hakkının kullanıldığı bir durumda, kişiye somut bir vakıa isnadında bulunulsa bile, bu isnat bir tecavüz, saldırı teşkil etmemektedir. Bu itibarla, madde metninde iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla bağlantılı olarak “tecavüze uğrayan”dan söz edilmesi bir çelişkiyi ifade etmektedir⁶².

Madde metninde, iddia ve savunma hakkını kullanan kişi hakkında “inzibati tedbirler”in yanı sıra, “tazminata hükmedilebileceği” belirtildikten sonra, “hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir” denmektedir.

Kanımızca, iddia ve savunma hakkını kullanılmasıyla, örneğin duruşma düzeni bozulamayacağı için, CMUK.nun 378 ve 379. maddelerinde söz konusu edilen inzibati tedbirlere hükmedilemeyeceği gibi, HUMK.nun 150. maddesinde söz konusu edilen yaptırımlara da hükmedilemez. Gerek CMUK.nda gerek HUMK.nda söz konusu edilen disiplin yaptırımlarına, ancak uyumsuzluk konusuyla ilgili olmaksızın ve hatta, iddia ve savunma sınırını aşarak kişilere hakaret eden veya söven şahıs hakkında hükmedilebilir.

Keza, kanımızca, iddia ve savunma hakkını kullanan, bu hakkın sınırlarını tecavüz etmeyen kişi hakkında tazminata da hükmedilemez. Bu nedenle, ancak, iddia ve savunma sınırını aşarak kişilere hakaret eden veya söven şahıs hakkında tazminata hükmedilebilir.

Madde metninde “hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılması” şeklinde ilginç bir hükme daha yer verilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, iddia ve savunma hakkının sınırlarını tecavüz etmeyen söz ve ifadelerle kişiye somut bir vakıa isnadında bulunulsa bile; bu, kişinin şerefine bir tecavüz oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, iddia ve savunma hakkı kapsamında kullanılan söz ve ifadelerin tutanaklardan çıkarılması da söz konusu olamaz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, “yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılması”nın ne anlama geldiği de belli değildir⁶³.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ İzzet: *Suçun Yapısında Kusur*, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1997, s. 125 vd.

⁶² Keza TCK Öntasarısında da “saldırıya uğrayan”dan söz edilmektedir (2000 Metni, m. 182, f. 3).

⁶³ Bu hükme ilişkin açıklamalarda, zabıttan çıkarma işleminin, yazı veya açıklamaların yok edilmesi anlamına gelmediği, bununla kastedilenin, hakim bu hususu

Aslında, bu evrak, kayıt ve tutanaklar, iddia ve savunma ile alakası bulunmayan veya iddia ve savunma sınırını tecavüz eden ifadeler dolayısıyla yapılacak olan ceza yargılaması bakımından bir delil niteliği taşımaktadır. Bu nedenle muhafaza edilmelerinde fayda bulunmaktadır. İddia ve savunma ile alakası bulunmayan veya iddia ve savunma sınırını tecavüz eden ifadelerin yer aldığı evrak ve tutanakların muhafazasında fayda varken; iddia ve savunma hakkının kapsamında kullanılan söz ve ifadelerin tutanaklardan çıkarılmasının mantıklı bir açıklamasının olduğunu düşünemiyoruz.

Sonuç

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikayette bulunulması durumunda, bir *hakkın icrası* söz konusudur. Bir özel hukuk uyuşmazlığında haksızlığa uğradığından bahisle dava yoluna başvuran kişi, iddia hakkını kullandığı gibi; bir suç vakasına ilişkin ihbar ve şikayeti de, iddia hakkının kullanılması kapsamında nitelendirmek gerekir.

Savunma hakkının kullanılmasıyla kişi kendisine yöneltilen bir haksızlık gerçekleştirdiği ve dolayısıyla başkalarını mağdur ettiği hususundaki iddialara karşı kendisini savunma imkanı bulmaktadır. Keza, kendisine suç isnad edilen kişinin, bu isnadlara karşı kendisini savunması bir haktır.

Gerek Anayasa’da gerek TCK.nda sadece savunma hakkı değil, aynı zamanda iddia hakkı da güvence altına alınmıştır. İddia ve savunma hakkı, iki ayrı hak niteliği taşımakla birlikte, birbirleriyle olan sıkı ilişki dolayısıyla, birlikte mütalâa edilmektedirler.

İddia ve savunma hakkının mutlaka bir yargı organının önünde kullanılması gerekmez. Bir hukukî uyuşmazlığın çözümü açısından yetkili olan bir idari kurul veya makam önünde de bu hakların kullanılması mümkündür. Bu nedenle, iddia ve savunma hakkının teknik olarak bir dava kapsamında kullanılması da şart değildir. Örneğin hazırlık soruşturmasında ifade almaya veya sorgulamaya yetkili olan makamlar nezdinde de bu hakların kullanıl-

tutanağa geçirmesi ve böylece zımnen, tahkir edici nitelikte ifadeler kullanan tarafı ayıplaması olduğu belirtilmektedir (DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, no. 264).

Bir diğer açıklama biçimine göre; evrakın kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması, “dosyadan kaldırılması, dosyadan çıkarılması” anlamındadır. Bu nitelikte olan evrak ya onu veren tarafa iade edilir veya “mahkemenin emriyle kaldırılmıştır” ifadesi yazılarak ve dosyadan çıkarılarak mahkeme kaleminde muhafaza edilir (ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler*, s. 274).

Başka bir açıklama biçimine göre ise, müsadere prensipleri uygulanarak tahkir edici nitelikteki yazıların dosyadan çıkartılıp ortadan kaldırılmasına veya zapta geçen sözlerin silinmesine karar verilmelidir (ERMAN, *Hakaret ve Sövme Suçları*, s. 148; ERMAN/ÖZEK, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 301).

ması mümkündür. Keza, bir disiplin soruşturması kapsamında da iddia ve savunma hakları kullanılabilir.

İddia ve savunma hakkının kullanılmasından söz edebilmek için, kişilere somut vakıa isnad edilmesinin veya kişiler hakkında olumsuz değerlendirilmede bulunulmasının, uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması gerekir. Aksi takdirde, iddia ve savunma hakkının kullanılmasından söz edilemez.

İddia ve savunma hakkı, sadece genel mahiyetteki hakaret ve sövme suçları açısından değil, kamu görevlisine ve hatta, adli heyete karşı işlenen hakaret ve sövme suçları açısından da, hakkın icrasının özel bir şekli olan hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmek gerekir. Bu husustaki farklı görüşler, söz konusu suçların TCK.nun sistematüğinde farklı yerlerde düzenlenmiş olmasına dayanmaktadırlar. Halbuki, hakaret edilen veya sövülen kişinin kamu görevlisi (örneğin hakim veya savcı) olması, hakaret ve sövme suçları açısından sadece bir nitelikli unsur oluşturmaktadır. Bu itibarla, söz konusu suçların temel ve nitelikli şekillerine ilişkin hükümlerin kanun sistematüğünde aynı bölümde düzenlenmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

İddia ve savunma hakkının kullanılmasından söz edebilmek için, bu bağlamda kişiler hakkında bulunulan somut isnadların *gerçek* olması ve somut vakıalara dayalı olarak olumsuz değerlendirmelerde bulunulması gerekir.

Ancak, somut *uyuşmazlıkla bağlantılı* olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez. Keza, somut vakıalara dayansa bile, uyuşmazlıkla alakası olmayan olumsuz değerlendirmeler açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.

Somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalaa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabilir. Zira bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hali, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğinin büsbütün ortadan kaldırmayıp azaltmaktadır. Ancak kanun koyucu, bu gibi durumlarda normatif olarak failin kusurlu olmadığını ve cezalandırılmaması gerektiğini kabul edebilir. Nitekim TCK, bu gibi durumlarda faile ceza verilmeyeceğini ve fakat, inzibati yaptırıma ve tazminata hükmedilebileceğini kabul etmiştir.

TAHLİYE ÖNCESİ VE SONRASI HÜKÜMLÜYE VE ESKİ HÜKÜMLÜYE YARDIM*

Doç. Dr. Cumhur ŞAHİN**

Zusammenfassung

Resosialisierung geht nicht zu Ende mit der Entlassung des Gefangenen aus der Vollzugsanstalt. Sondern braucht der alte Gefangene im freien Leben mehr Hilfe, als er in der Vollzugsanstalt bekommen hat.

Freilassen ohne Unterstützung öfter kann Rückkehr des alten Gefangenen in kurzer Zeit wieder zur Vollzugsanstalt durch Begehung einen anderen Straftat bedeuten.

In diesem Aufsatz wird die Regelungen über dieses Thema im türkischen Strafvollzugsgesetzes und im türkischen Strafvollzugsgesetzesentwurf unter Berücksichtigung auf Rechtsvergleichung eingehend erörtert.

Suchbegriffe: Strafvollzug, Resosialisierung, Tretman, Vorbereitung zur Entlassung, Unterstützung nach der Entlassung aus der Vollzugsanstalt.

Özet

Hükümlünün topluma yeniden kazandırılması süreci, kişinin infaz kurumuna girdiği andan itibaren başlar, ancak hükümlü infaz kurumundan çıktığı anda sona ermez. Salıverilen eski hükümlünün, özellikle uzun süre infaz kurumunda kaldıktan sonra, özgür yaşamda kendi ayakları üzerinde durabilmesi, kısa bir süre içerisinde yeniden suç işleyerek infaz kurumuna dönmemesi ve hukuka saygılı bir vatandaş olarak yaşamını sürdürebilmesi için, mutlaka yardıma ihtiyacı vardır.

Bu çalışmamızda, mevcut infaz mevzuatımızda ve “Ceza Ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı”nda yer alan ve infaz kurumundaki hükümlülükten başlayarak, salıverilme sonrasında da bir süre devam edecek olan yardım ile ilgili hükümleri, karşılaştırmalı hukuktaki duruma da yer vererek incelemekteyiz.

Arama Kavramları: Cezanın İnfazı, Islah, Tretman, Tahliye İçin Hazırlık, Tahliye Sonrası Eski Hükümlüye Yardım

* Bu çalışma; Marmara Üniversitesi, Başkent Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi tarafından 22-24 Mart 2002 tarihlerinde Ankara’da düzenlenen “Ceza ve Tedbirlerin İnfazında İnsan Haklarının Korunması” konulu 15. Hukuk İhtisas Seminerinde bildiri olarak sunulmuştur.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

TAHLİYE ÖNCESİ VE SONRASI HÜKÜMLÜYE VE ESKİ HÜKÜMLÜYE YARDIM

I. GİRİŞ

Ceza hukukunun ana yaptırımı cezadır. Ceza, suç işleyen kişiye; suçun ve kusurluluğun ağırlığına göre uygulanan ve kişiyi yoksunluklara uğratan bir yaptırımdır. Uygulandığı kişiyi yoksunluklara, sıkıntılara, zorluklara uğratma özelliği taşıyan¹ cezanın bu etkisi daha çok kişisel özgürlüğe, bazen yaşam hakkına, ayrıca mal varlığına ve çalışma özgürlüğüne yönelik olmaktadır.

Temel ceza olan özgürlüğü kısıtlayıcı cezanın, çağdaş ceza hukukunda, suçluyu topluma yeniden kazandırma amacına yönelik olması da gerekmektedir. Bu amaç ise infaz sürecinde gerçekleşmektedir. Nitekim Tasarının, “*İnfazda Temel Amaç*” başlığını taşıyan 4. maddesinde, diğerleri yanında; “*hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek ve toplumun üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak*”tan söz edilmektedir. Benzer bir hüküm 1987 Avrupa Cezaevi Kurallarının 3. maddesinde de yer almaktadır².

Böylece, temel ceza olan özgürlüğü kısıtlayıcı cezadan, bu cezanın infazından ve dolayısıyla infaz kurumlarından; öncelikli olarak suçluların normal hayata döndüklerinde uyumlarını kolaylaştıracak iyileştirme ve suçluların tecridi yoluyla toplumun korunması olmak üzere iki temel amaç beklenmektedir³.

¹ DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (Genel Hükümler)*, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 544

² Ülkemizde uygulanan iyileştirme çalışmaları hakkında gbi. bkz. ÖĞMEN Yusuf: “*Tutuklu ve Hükümlülerin İslahı ve Topluma Kazandırılması*”, Türkiye’nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler), (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi’nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), TC Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, tarihsiz, s. 125 vd.

³ 1993 tarihli Cezaların ve Tutuklama Kararlarının Yerine Getirilmesine, Ceza İnfaz Kurumlarından Salıverilen Hükümlülerin Korunmasına İlişkin Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, (GÜNAY Erhan: *Uygulamada İnfaz Sorunları ve Çözümleri*, Ankara 1998, s. 259); GÜNTHER Klaus: “*Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi*”, İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından 24/25.11.2000 tarihinde düzenlenen Sempozyum, Ankara 2001, s. 66; DEMİRBAŞ Timur: “*Cezaevinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları*”, İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından 24/25.11.2000 tarihinde düzenlenen Sempozyum, Ankara 2001, s. 146; SOYASLAN Doğan: “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri*”, İnfaz

II. SALIVERİLME İÇİN HAZIRLIK (SALIVERİLME ÖNCESİ YARDIMIN ÖNEMİ VE ŞEKLİ)

Genelde insan hakları, özelde mahkûm hakları anlayışında son yıllarda sürüp gelen gelişme, cezada ıslah (tretman, iyileştirme) boyutunu öne çıkarmıştır. Islah boyutunun öne çıkarılmasının pratik bir yararı da vardır: İnsanlar sadece cezalandırılmakla yetinilmek suretiyle yeniden toplum içinde kendi başlarına terkedilirlerse, kısa bir süre sonra tekrar cezaevine dönmeleri ve bunu defalarca tekrarlayarak, bir yaşam tarzı haline getirmeleri tehlikesi vardır. Oysa başarılı bir iyileştirme ve eğitim süreci sonunda, bu kişiler üretken, saygın ve hukuka saygılı bir toplum üyesi olabilirler (Tasarı m. 4).

Çağdaş bir infaz kurumu, birbirine zıt gibi gözüken hususları bağdaştırabilmek zorundadır: Bir yandan hükümlüler denetim altında tutulacak ve bunun zorunlu kıldığı zorlayıcı bir güç kullanılacak ve bu nedenle hükümlü ister istemez yabancılaşmaya sürüklenecek, diğer yandan ise bireysel olarak hükümlünün temel haklarına, onurlu bir yaşam sürdürmesine, salıverildiğinde sorumlu biçimde yaşamını sürdürebilmesini sağlayacak beceriler ve manevi disiplin elde etmesine çaba harcanacaktır. Tretmandaki başarı, hükümlünün yabancılaşmasını en alt sınıra indirebilmesine bağlıdır. Bu başarının sağlanabilmesi, tretmanda birtakım araçlara ihtiyaç göstermektedir. Bu araçlar ise; uygun fizik tesisler, kişisel sağlık tedbirleri, uygun besin, giyinme, tıbbi servisler, dış dünyayla sağlıklı ilişkiler, ahlaki ve dini yardım, iş, çalıştırma, eğitim ve öğretim, fizik eğitim, egzersiz ve spor, eğlence imkanları, **salıverilme için hazırlık** ve bütün bunları idare edecek, işletecek yetmişmiş personel ve en başta idarecilerdir⁴.

Tretmanın başarılı olabilmesi için hükümlünün yeni tutum ve beceriler elde etmiş olması gerekir. Bunun için ise, her şeyden önce hükümlünün bu hususta istekli olması ve irade gücüne sahip bulunması zorunludur. Bu nedenle 1987 Avrupa Cezaevi Kuralları zorunlu tretmanı değil, isteğe bağlı tretmanı kabul etmiş bulunmaktadır⁵.

Yardım ilk olarak hükümlü infaz kurumundan salıverildikten sonra değil, çok daha önce, infaz kurumuna alındığı andan itibaren, hatta yargılama esnasında başlamalıdır.

Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından 24/25.11.2000 tarihinde düzenlenen Sempozyum, Ankara 2001, s. 171

⁴ **DÖNMEZER Sulhi:** "Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazında Milletlerarası Standartlar", Türkiye'nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler), (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi'nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), TC Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, tarihsiz, s. 23; Demirbaş, Timur: Kriminoloji, Ankara 2001, s. 321

⁵ **DÖNMEZER, Şahsi,** s. 22 vd.

Birçok ülkede uygulanan infazın dış dünyaya açılması, uzun süreli infazın olumsuz etkilerini gidermek, iyileştirmede başarı sağlamak ve salıverilme için hazırlık bakımından yararlı olabilir. İnfazın dışarıya açılması, örneğin; eşler, çocuklar, ebeveyn tarafından yapılan denetim altında uzun süreli ziyaretlerin, sınırsız yazışma olanağının ve medyaya ulaşmanın sağlanması, yerel topluluğun infaza dahil edilmesi ve yerel kurumlardan yararlanmanın sağlanması gibi, aslında fazla bir ekonomik yük getirmeyen hususlar olarak belirtilmektedir⁶.

İnfaz kurumundan salıverilen hükümlü, toplumda ani çözüm bekleyen çeşitli sorunlarla karşılaşmakta ve bir ölçüde **gerçek ceza**, salıverilme sonrasında kendisini hissettirmektedir. Barınılacak bir yer, çalışılacak bir iş, cep harçlığı, eşler, çocuklar ve diğerleri ile başlatılacak ilişkiler, salıverilme sonrasında karşılaşılabilecek sorunlardan bazıları olarak belirmektedir. Bazı hükümlülerin ise; alkol, uyuşturucu, kumar, suçlu arkadaşlar... gibi, üstesinden gelmek zorunda oldukları özel sorunları vardır. Cezaevlerinde bulunanların önemli bir kısmının mükerrir suçlu olmaları, bunların cezaevi dışındaki önceki yaşamlarında başarısız olduklarını göstermektedir. Bu nedenlerle, infaz sırasında tüm ihtiyaçları infaz kurumu idaresince karşılanan, adeta çocuk yaşamına indirgenmiş bir yaşam sürdürmüş bulunan hükümlülerin dış dünyaya uyum sağlamalarını kolaylaştırmak amacı ile, **salıverilme öncesi bir hazırlık devresinden geçirilmeleri**, zorunlu bir önlem niteliğindedir⁷. Bu dönemde hazırlanacak eğitim programları ve sağlanacak kurslarla geliştirilecek çalışma yeteneği, kendi ayakları üzerinde durabilme ve sosyal yetenekler⁸ ile hükümlülerin problem kaynağı olmaktan uzaklaştırılmasında etkili olunabilir⁹.

⁶ DÜNKEL Frider/ SNACKEN Sonja: "Karşılaştırmalı Avrupa Ceza İnfaz Sistemi: Sorunlar, Uygulama ve Perspektifler", İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts, Alman Kültür Merkezi ve Başkent Üniversitesi tarafından düzenlenen Sempozyum, 24/24.11.2000, Ankara 2001, s. 334, 331

⁷ Herşeyden önce hükümlü, kendisini, özgür insanların yaşadığı büyük toplumun dışına atılmış olarak hissetmekte ve artık toplumun güvenilir bir üyesi olma sıfatını elde edemeyeceği kuşkusunu taşımaktadır. Uzun süren bir infazdan sonra, salıverilme öncesi, yabancı olduğu bir çevreyle karşılaşacağının ani bilincinde olan hükümlü, güvensizlik ve korku hali karışımı bir tepki ortaya koyabilir. Bkz. DÖNMEZER Sulhi: *Kriminoloji*, 8. Bası, İstanbul 1994, s. 157; DEMİRBAŞ, *Kriminoloji*, s. 322

⁸ Örneğin ABD'de, genellikle uzman bir sosyal çalışmacının idaresi altında ve küçük gruplar halinde, salıverilecek hükümlülerle, onları serbest yaşamda bekleyen sorunların ve bu sorunların çözüm çarelerinin tartışıldığı konferanslar verilmesi, sivil elbise giydirilmesi, toplumsal yaşamın adet ve usulleri hakkında film gösterilmesi, salıverilmeden önceki son üç akşam yemeklerin, üzerinde masa örtüsü, bardak, yemek takımı ve sairenin bulunduğu personel masasında yenmesi gibi birtakım uygulamalarla, salıverilecek hükümlüler dışarıdaki yaşama hazırlanmaktadır. Diğer birçok ülkede de, salıverilecek hükümlüyü toplumsal ya-

Nitekim, eğitime, çalışmaya, salıverilme için hazırlama, izin gibi konularda ayrıntılı hükümlere yer verilmiş olmasının yanı sıra, Tasarının birinci kitabının beşinci kısmı, “Salıverilme Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım” başlığını taşımaktadır. Bu çerçevede olmak üzere, infaz kurumuna dış yardımlar ve hükümlüler arası yardımlaşmalara yer verilmektedir. Buna göre; “Hükümlülerin ceza infaz kurumlarından salıverilmelerinden önce veya salıverilmeden sonra kişisel zorluklarını aşmalarını, iyileştirilmelerini ve dışarıdaki yaşama uyumlarını sağlamak amacıyla ilgili bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile özel ve kamu tüzel kişileri görev alanlarına giren konularda gerekli desteği ve hizmeti vermekle yükümlüdürler” (Tasarı m. 96). “Meslek ve sanatlarında becerili olan hükümlüler, çalışma yeteneğine sahip ve istekli diğer hükümlülere, yönetimle işbirliği yaparak ceza infaz kurumunda ve salıverilmeden sonraki yaşamlarında iş, meslek veya sanat öğrenmelerini sağlamak amacıyla katkıda bulunabilirler” (Tasarı m. 97).

İnfaz kurumunda eğitim; hükümlülerin kendi işlerini görebilmeleri için gerekli bilgileri, kişisel ve çalışabilme yeteneklerini geliştirmeye ve yasalara saygılı davranmaya yönelik programları sağlayarak, onların topluma yeniden entegre olmalarına katkıda bulunmalıdır. Bu tür eğitsel programların hükümlülerin topluma yeniden katılımlarında en etkili yöntemler arasında bulunduğu araştırmalarla ortaya konmuştur¹⁰. Nitekim Avrupa Cezaevi Kuralları, her infaz kurumunda etraflı eğitim programı düzenlenmesini ve bu programların; hükümlülerin başarılı bir biçimde toplumda yer alma beklentileri ile kendilerine saygınlıklarını geliştirmeyi hedef olarak benimsemesini ön görmektedir (Avrupa Cezaevi Kuralları m. 77). Aynı şekilde, eğitim konusunu düzenleyen Tasarı (m. 73-75) hükümlerinde de; ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimi güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak olanaklar, programlar hazırlanıp uygulanacağı; hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültür durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programlarının; temel eğitim, orta ve yükseköğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psiko-sosyal hizmet konularını kapsayacağı (Tasarı m. 73); açık ceza infaz kurumları ile çocuk ve küçük eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı cezaevi infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmalarının sağlanacağı (Tasarı m. 74); hükümlülerin iyileştirilme çabalarında başarıya

şama hazırlayacak birtakım açık kurumlara, geçiş konutu denilen evlere veya aile yanında konukluk gibi uygulamalara yer verilmektedir. Ayrıntı için bkz. TOSUN Öztekin (Çeviren): *Suçluların Cezaevinde İyileştirilmesinde Yeni Yöntemler*, İstanbul 1967, s. 156 vd.; DÜNKEL/SNACKEN, s. 341

⁹ YÜCEL Mustafa T.: *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, Ankara 1986, s. 353

¹⁰ YÜCEL Mustafa T.: *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Ankara 1999, s. 134

ulaşılması için dernekler, vakıflar ve gönüllü kuruluşlar ile işbirliği yapılabilirliği ve kamu kurum ve kuruluşlarının bu maksatla, olanakları ölçüsünde, gerekli yardımları yapmakla yükümlü bulundukları (Tasarı m. 75) belirtilmektedir.

Ceza infaz kurumlarında **çalışma** da, tıpkı eğitim gibi, hükümlülerin iyileştirilmesine katkısı olan aktif ve ekonomik bir uğraştır. Hatta çalışmanın, infazın içeriğinin esasını oluşturduğu ve yeniden sosyalleşmenin belirleyici koşulu olduğu kabul edilmektedir¹¹. Çalışma, hükümlünün zamanını olabildiğince yararlı geçirmesini ve bir ücret elde etmesini sağlayacağı gibi, daha da önemlisi, insanın kendi öz saygısını yeniden kazanmasına katkıda bulunarak, oldukça önemli psikolojik bir işleve hizmet eder¹². **Avrupa Cezaevi Kurallarında** (m. 71-76) olduğu gibi, **Tasarıda da** (m. 27/2) çalıştırmanın amacı; *"hükümlülerin salıverilmelerinden sonra yaşamlarını sürdürececek meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretme güdülenmelerini kişiliklerinde yerleştirmek veya güçlendirmek"* olarak ifade edilmektedir. **İnfaz Tüzüğünde ise** (m. 197) çalışma amacı; *"... hükümlü ve tutuklulara tahliyelerinden sonra hayatlarını kazanabilecek derecede bir iş ve sanat öğretmek ve serbest hayatta başarı gösterebilmeleri için gerekli bilgilere sahip olmalarını sağlamaktır"* şeklinde belirtilmektedir.

Tretmanın amaca uygun olabilmesi için hükümlülerin gruplandırılması, her gruba en uygun ortak programın uygulanması, personelin de tretman konusunda yeterli bilgilerle donatılması gerekmektedir. Nitekim **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (82) 17 sayılı Tehlikeli Suçluların Tretmanı Konusundaki Tavsiye Kararında**, tehlikeli suçlular açısından da; hükümlülerin rehabilitasyonu gözönünde bulundurularak, imkanlar ölçüsünde eğitim, mesleki eğitim, çalışma ile boş zamanları değerlendirmenin temini ve personelin tehlikeli suçluların tretmanı konusunda yeterli bilgilerle donatılması ilkelerinden söz edilmektedir¹³. Bununla birlikte; yüksek öğrenim görmüş, meslek sahibi bir kısım fikir suçluları, beyaz yaka suçluları olarak tanımlanan ekonomik suçların failleri, hatta bir kısım teröristler aslında tretmana ihtiyacı olmayan kişilerdir. Bunların da infaz kurumunda bulunmaları zorunlu olduğuna göre, belirtilen bu kişiler bakımından, onların kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlar da üretmek zorunludur¹⁴. Bu yönde olmak üzere, **Tasarının** 71. maddesinde;

"Hükümlünün geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fizik ve ruhsal yeteneği ve sınırları, kişisel doğası, arzedebileceği tehlike halleri, hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınarak, toplumun hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını"

¹¹ Bkz. DEMİRBAŞ, *Cezaevlerinde*, s. 158, 160

¹² YÜCEL, *Türk Ceza Siyaseti*, s. 137

¹³ Bkz. YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 348, dn. 1

¹⁴ DÖNMEZER, *Şahsi*, s. 23

sürdürmesini sağlayacak ve bireysel gereksinmesine uygun bir biçimde iyileştirme programları uygulanır. Bu programların hazırlanması ve uygulanması amacıyla ceza infaz kurumlarında psiko-sosyal hizmet servisleri oluşturulur.

Hükümlü amaca uygun iyileştirme gereklerinin gerçekleştirilebileceği kurumlara veya bölümlere yerleştirilir” hükmüne yer verilmektedir.

İnfaz kurumundaki iyileştirme çalışmalarının amacı, hükümlünün toplumla bütünleşmesini sağlamaktır. Bir bakıma, hükümlüye dış dünyada yaşaması öğretilmektedir. Bu nedenle, kuruma yerleştirme zorunlu olarak, hükümlünün dış dünyaya uyumunu kolaylaştıracak bir salıverme sonrası etkinliğe gereksinim göstermektedir¹⁵.

III. SALIVERİLME SONRASI KORUMA VE YARDIMIN ÖNEMİ

Cezanın ıslah fonksiyonunun etkin ve kalıcı olabilmesi, devletin (ve toplumun) bu kişilerle **infaz kurumundan çıkmalarından sonra da** ilgilenmesini gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle, infaz kurumundaki bireyin yeniden sosyalleşmesini teşvik eden, toplumun üretken ve kanunlara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştıran devlet (Tasarı m. 4), toplum içine salıverdiği bireyin bu ortamda amaçlanan vasıfları koruyarak ayakta kalabilmesi için de **destek ve ilgisini devam ettirmelidir**.

Günümüzün modern suç politikasında, serbest hayatta bulunan hükümlülere sosyal hizmetlilerin yardımı, infazdan ayrılması mümkün olmayan bir kurum olarak görülmektedir¹⁶. Bu durum, ağır bir hastanın başarılı bir tedaviden sonra doktor tarafından bir süre daha kontrol altında tutulmasına benzetilebilir¹⁷.

Böylece, kurumsal tretmanla salıverme sonrası koruma ve yardım çalışmaları **bir bütün oluşturmakta**; salıverilme sonrası bakım, koruma ve yardım, infaz kurumunda başlanılan iyileştirme çalışmalarının devamı niteliğinde olmaktadır. Başka bir deyişle burada, eski hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına yönelik olan **denetim ve destekleme hizmetleri** sözkonusudur. Kurumsal tretmanın başarısı bakımından, eski hükümlünün topluma dönüşünde yaşamını ve topluma uyumunu kolaylaştırmak amacıyla sunulacak koruma ve yardım faaliyeti **bir zorunluluk** arzetmektedir¹⁸.

¹⁵ YOKUŞ SEVÜK Handan: *Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu İle Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, İstanbul 1998, s. 267

¹⁶ ÖNDER Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 22

¹⁷ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 267

¹⁸ DÖNMEZER/ERMAN; C. II, s. 642 vd.; TANER Tahir: *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, 3. Bası, İstanbul 1953, s. 608; DÜNKEL/SNACKEN, s. 339

Hükümlünün salıverildikten sonra düzenli ve uygun bir çevre içine girmesinin sağlanması, kurumdaki eğitim faaliyeti kadar önemlidir. Çünkü salıverilmeden sonra kişi eski kurum arkadaşlarından bir çevre oluşturmakta, kendisini suça iten nedenlerin bulunduğu ortama geri dönmekte, kısmen çözülmüş ya da hiç çözüm getirilmemiş sorunları ile aynı ortamda tek başına kalmaktadır. Geçmişte suça neden olan faktörlerin yeniden kişiyi suça itmemesi, bir anlamda kişinin bu sorun yumağı karşısında yalnız bırakılmamasına bağlıdır¹⁹.

Kurumsal tretmanı takiben salıverme sonrası bakım ve yardım çalışmalarına girilmemesi halinde, daha önceki çalışmalardan sonuç alınması mümkün olmayacaktır²⁰. Ancak eski hükümlüye sağlanacak bu desteğin beklenen sonucu verebilmesi; bir yandan ıslah sürecinin başarılı geçmesine ve hükümlünün üretken, saygın ve hukuka saygılı bir birey olarak toplumda yerini alma iradesinin mevcudiyetine, diğer yandan ise bu desteğin bireyin ayakta durabilmesi için yeterli olmasına bağlıdır.

Gerek kurumsal tretmanın gerekse salıverme sonrası koruma ve yardımın asıl amacı, yeniden suç işlenmesinin (mükerrirliğin) önlenmesidir. Buna ek olarak; sosyal yönden tecrit edilmiş suçluların salıverme sonrası karşılaşacakları sorunların çözülmesi için kendilerine manevi yardımda bulunmak konusunda insani arzu da yer almaktadır²¹. Bu husus, **Hükümlülerin Islahı İçin Asgari Standart Kurallarda** (m. 64) açık olarak ifadesini bulmuştur: "*Toplumun görevi hükümlünün salıverilmesiyle son bulmaz. Bu nedenle, hükümlüye karşı duyulan ön fikirlerin etkisini azaltabilecek ve toplumda yeniden yer alabilmesini sağlayabilecek infaz sonrası etkili bir yardım için resmi veya özel örgütler bulunmalıdır*".

Özellikle **küçük suçlular** bakımından, infaz sonrası safhanın etkin bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Karar ve infaz safhasında çocuğa gösterilen ilginin infazdan sonra da bir süre devam ettirilmemesi halinde, o ana kadar gösterilen bütün çabalar boşa gidebilecektir. Özellikle küçük, infazın bitimini takiben en kritik bir yaşam devresine girmiştir ve yaşamının alacağı istikamet hemen hemen bu devrede göreceği yardıma bağlıdır²². Bu

¹⁹ YAVUZER Haluk: *Çocuk ve Suç*, 6. Basım, İstanbul 1993, s. 280; YOKUŞ SEVÜK, s. 268

²⁰ Bununla birlikte; infaz sonrası yardımın oldukça pahalı olduğu, tüm suçlular için gerekli olmadığı, ancak kurumsal tretmanın kötü olması halinde infaz sonrası yardıma ihtiyaç duyulacağı, asıl önemli olanın kurumsal tretman sırasında suçlunun kendisine yetebilecek duruma getirilmesine çalışılmasının gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Bu görüşler için bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 267, dn. 220

²¹ Bkz. YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 352

²² GÖLCÜKLÜ Feyyaz: *Türkiye'de Çocuk Suçluluğu Hakkında Bir Araştırma*, Ankara 1962, s. 97 vd.

nedenle salıverilme sonrası bakım ve yardım çocuklar bakımından özel bir öneme sahiptir. Gerçekten, çocuğun kurumdan çıktıktan sonra dahi sosyal yaşantısının izlenmesi, uygun yaşam koşullarının sağlanması, duygusal ve eğitimsel sorunlarının çözümlenmesinde yardımcı olunması gerekmektedir. Bu anlamda salıverilme sonrası çocukla ilgilenme konusunda yapılacaklar, çocuk suçluluğunun önlenmesi demektir²³. Kurum sonrası bu izleme evresinde gencin duygusal, toplumsal, ekonomik ve eğitsel sorunlarının çözümünde yardımcı olacak uzman bir rehberle büyük bir gereksinimi vardır. Gencin topluma yeniden uyum göstermesinde olduğu kadar, okul ve meslek seçimi konularında da uzman rehberin rolü büyüktür²⁴.

Aynı durum belli ölçüde yetişkinler için de geçerlidir. “**Hükümlü salıverildiğinde cezalandırılmağa başlar**”²⁵ sözü bunu açık bir biçimde ifade etmektedir.

Türkiye’deki durumu belirlemek ve salıverme sonrası izlemenin önemini vurgulamak açısından ise, İzmir Çocuk Islah ve Cezaevi Cumhuriyet Savcısına ait olduğu belirtilen şu sözler anlamlıdır: “*Tahliyesi ay sonuna rastlayan genç, dış kapıdan çıktığında yol harçlığı verememenin üzüntüsü ve suçluluğu içinde boynumuzu büker kalırız. Görevimizin başladığı yerde, görevimizi bitirmiş olmanın ezikliğidir bu.*”²⁶

IV. SALIVERİLME SONRASI ESKİ HÜKÜMLÜYE SAĞLANACAK KORUMA VE YARDIM HİZMETLERİ:

Salıverilme sonrası eski hükümlüye sağlanacak koruma ve yardım hizmetleri maddi ve manevi olmak üzere iki yönlüdür.

1. Maddi yardım: Salıverilme sonrası hükümlüye sağlanacak hizmetler, onun toplumla yeniden bütünleşmesindeki başarıyı kolaylaştırmak için, salıverilmesi üzerine; kalacak bir yer, iş, araç, giyim ve kendi giderlerini karşılaması amacıyla yeterli para şeklinde sağlanmalıdır (Havana Kuralları m. 80).

Salıverilmeden bir süre önce, imkan dahilinde hükümlüye her ay birkaç gün izin verilmeli, bu izin zarfında ailesi veya gönüllü dernekler tarafından iş bulma imkanları araştırılmalı ve topluma uyumu sağlanmalıdır. İnfaz kurumu da iş bulma hususunda ilgili işyerleri ve yardım kuruluşlarıyla ilişki kurmalıdır. Çalışmaya hazırlık ve kalacak yer sağlamak, parasal anlamda maddi yardımdan daha önemlidir²⁷.

²³ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 268

²⁴ YAVUZER, s. 280

²⁵ Bkz. YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 349

²⁶ YAVUZER, s. 280

²⁷ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 271

2. Manevi Yardım: Kurumsal tretman sırasında hükümlüye sağlanan manevi yardımdan, eski hükümlü, salıverildikten sonra da yararlanmalıdır. Bu manevi yardım, hükümlünün salıverilmesi anında ve onu izleyen süreçteki **duygusal sorunlarını yenmesi için** gereklidir²⁸. Salıverilen hükümlü, özellikle sabır göstermek ve katlanmak zorunda olduğu bu sırada, büyük bir duygusal bunalım geçirir; herkesin onun kusur ve hatasını bildiğini ve kendisini kötü görmekte olduğunu zanneder. Bu durum ise kendisinde tam bir aşağılık kompleksi yaratır. Bu nedenle toplumca kabul edilebilir uygun davranışlarda bulunmak için vereceği mücadelede, salıverilen hükümlüye **destek** olunmalı ve **rehberlik** edilmelidir²⁹. Bu çabaların başarılı olması, hiç kuşkusuz, salıverilmiş hükümlünün özgür yaşama tekrar uyum sağlamak konusundaki sorumluluğunu kabule istekli ve hatta yetenekli olmasına da bağlıdır.

Bu yöndeki çabalar aynı zamanda, eski hükümlülere korumanın **sosyal (toplumsal) yönünü** de ifade etmektedir. Sonuçta bu çabalar, bir sosyal yardım faaliyetinden ibarettir ve bu yardım, görünüşte eski hükümlüye, fakat aynı zamanda toplumun bizatihi kendisine de yöneliktir. **“Suçlunun cezaevine girdiği an kendisi için bunalımlı bir andır; fakat cezaevinden çıktığı an kendisi ve toplum için bunalımlı bir andır”**³⁰. Bu nedenle, korumanın etkili bir işlev görebilmesi bakımından, halkın ve kitle iletişim araçlarının, salıverilen hükümlülere karşı olan tutumu, resmi ve gönüllü örgütler arasındaki işbirliği, aile ile devamlı temas ve hükümlülere toplumda iş bulma oldukça önemli hususlardır. Toplumun eski hükümlülere karşı olan tutum ve davranışlarında değişimin sağlanmasının ve eski hükümlüye duyulacak ilginin, her şeyden önce toplumun kendi yararına olacağı düşüncesi egemen kılınmalıdır³¹.

Manevi yardımın **çocuklar bakımından önemi daha büyüktür**. Bu nedenle çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesine yardımcı olurken, çocuğa ve ailesine, asıl sorunlarının olası nedenlerinin çözümü hakkında danışmanlık edilmeli, ana baba ile ilişkileri tekrar kurulmalıdır. Çocuğun eğitimini sürdürmesine, boş zamanlarını yararlı etkinliklerle geçirmesine çalışılmalı, ahlaki değerlerin yerleşmesine yardımcı olacak bir gençler grubuna girmesine yardımcı olunmalıdır³².

V. ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

İnsan haklarının evrenselleşmeye başladığı II. Dünya Savaşı sonrasında, cezaevlerinin işlevleri hakkındaki anlayışın da değiştiği görülmektedir.

²⁸ YÜCEL Mustafa T.: *Suç ve Ceza Anatomisi*, Ankara 1973, s. 199

²⁹ YOKUŞ SEVÜK, s. 271

³⁰ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 643

³¹ YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 355

³² Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 271

Cezaevlerinin sadece hükümlülerin kaçmasını önleyen yasaklarla donatılmış birer kurum olmaktan çıkartılması ve çağdaş infaz anlayışına uygun olarak, hükümlüleri eğitmek suretiyle topluma yararlı insanlar haline getiren kurumlar olarak işlev görmesi gerekliliği anlaşılmıştır

Bu bağlamda **Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi** çerçevesinde yapılan çalışmalar sonunda hükümlüler de dahil olmak üzere, tüm insanların hak ve özgürlükleri konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Bunların en başta gelenleri, **Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi** ile **Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesidir**. Sözleşme uluslararası sözleşmelerde, hiç kimsenin zulüm ve işkenceye maruz bırakılamayacağı ve hiç kimseye insanlık dışı ve alçaltıcı davranışta bulunulmayacağı veya ceza verilemeyeceği kuralı yer almaktadır. Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen **Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**de de (m. 10); özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onuruna saygı gösterilerek davranılacağı, tutukluların hükümlülerden, küçüklerin yetişkin hükümlü ve tutuklulardan ayrı kurumlara alınmaları, infaz sistemlerinin asıl amacının mahkumların ıslahı ve topluma yeniden kazandırılmaları olacağı kuralına yer verilmektedir.

30 Ağustos 1955 tarihinde toplanan **Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Birleşmiş Milletler I. Kongresinde** “*Hükümlülerin Islahı İçin Asgari Standart Kurallar*” kabul edilmiş ve bu metin 31.7.1957 tarih ve 663 sayılı kararla yayımlanmıştır. Bu kurallarda; amacın ayrıntılı bir ceza kurumları modeli çizmek olmadığı (m. 1), Birleşmiş Milletlerce uygun görülen ve uyulması gereken asgari koşulları dile getirdiği bilinerek, uygulanmaları yolunda pratik güçlüklerin aşılması için devamlı çaba sarfedilmesi gerekeceği (m. 2) belirtilmektedir. Bu kurallarda, hükümlülere ilişkin yasal koruma altındaki hakların bir listesi verilmemiştir³³.

Yine, 1960 yılında Londra’da toplanan **Üçüncü Birleşmiş Milletler Kongresinde**, salıverilme sonrası koruma ve yardım kurumunun, bu kuruma yer vermeyen infaz sistemlerinde de uygulamaya kavuşması önerilmiştir³⁴.

Diğer taraftan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince, hükümlülerin haklarına ilişkin olarak bir çok karar ve tavsiye kararı kabul edilmiştir. Bunlar içinde en önemlisi, 19.1.1973 tarihinde kabul edilen “*Suçluların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar*”ın (Hükümlülerin Tretmanı Hakkındaki Standart Minimum Kurallar) ilkelerine uygun olarak kendi hukuki düzenleme ve uygulamalarını yönlendirme konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin taraf ülke hükümetlerine yönelik 5 (73) sayılı tavsiye kararıdır. Bu

³³ DEMİRBAŞ, *Cezaevlerinde*, s. 151 vd.; GÜNAY, s. 261

³⁴ YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 352

kararın dayanağı olan kurallar, 1957 tarihinde Birleşmiş Milletlerce kabul edilen kuralların gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş şeklidir³⁵.

Daha sonra 5 sayılı tavsiye kararı da yeniden formüle edilerek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, "Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkındaki R (87) 3 Sayılı Tavsiye Eki" haline dönüştürülmüştür. Böyle bir çalışmaya gerekçe olarak ise, cezaevi tretmanı ve yönetimindeki esaslı sosyal gelişme ve değişimler, bu gelişmelerin en iyisini desteklemek ve teşvik etmek ve gelecekteki gelişmeler için yeni ufuklar sağlamak olduğu belirtilmektedir. **Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısının** sözkonusu Avrupa Cezaevi Kurallarından önemli ölçüde esinlendiği görülmektedir.

1985 yılında kabul edilen **Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Beijing Kuralları)**³⁶, **Havana Kuralları**, **Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi** gibi uluslar arası belgeleri de ayrıca belirtmek gerekir.

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

1. Salıverilme Öncesi Yardım:

Her şeyden önce, hükümlünün topluma uyum sağlaması sürecinin bir bütün teşkil ettiği kabul edilerek, yardıma ilk olarak hükümlü salıverildikten sonra değil, daha hükümlü infaz kurumuna alındığı andan itibaren başlanılmakta, ancak **infazın son devresinde** normal yaşama uyum faaliyetleri yoğunluk kazanmaktadır. Örneğin Arjantin'de hapis cezaları; gözlem, tretman ve deneme devreleri olarak üç safhada infaz edilmekte, deneme devresi, oto-disiplin prensibinin uygulandığı, izinli çıkmaların olanaklı olduğu özel kurumlarda geçirilmektedir³⁷. Kademeli infaz sistemi yerine, hükümlünün gösterdiği özel duruma göre kolayca nitelik değiştirebilen bir infaz rejimini kabul eden ülkelerde ise; davranışları bakımından "sorun" olarak nitelendirilmeyen hükümlüler, zamanı gelince, özel readaptasyon kurumlarına konmakta, diğerleri ise, sadece infazın son haftalarında topluma dönüğe hazırlanmaktadır³⁸.

³⁵ GÜNAY, s. 262; DÖNMEZER, *Şahsi*, s. 19 vd.

³⁶ Beijing kuralları; çocuk suçluluğunun önlenmesi ve suçlu çocukların sorunlarının çözülmesi için ailelerin, gönüllü kuruluşların, tüm toplumsal grupların, her kaynağın harekete geçirilerek elbirliği ile çalışmalarının sağlanmasını öngörmektedir (Birinci Bölüm 3. Paragraf). Bkz. ONURSAL Betül: "Çocuk Suçluluğu Konusunda Baroların ve Gönüllü Kuruluşların Rolü", M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 107

³⁷ GÖLCÜKLÜ Feyyaz: *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara 1966, s. 160, dn. 158

³⁸ GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 159

Ceza süresi gözönünde tutulmak suretiyle süresi belirlenen ve salıverilmeden önceki son altı ay ile iki yıl arasında değişen “**tahliye öncesi tretman**” devresinde, çeşitli ülkelerde değişik tedbirlere başvurulmaktadır. *Bu tedbirlerden bazıları şunlardır*³⁹:

-Ailevi ve sosyal ilişkilerin yeni bir yaklaşımla düzenlenmesi: Örneğin karı kocalık ziyaretleri (İsveç, Arjantin, Şili, Meksika); birkaç saatten birkaç güne kadar (Hindistan’da bir aya kadar) olmak üzere, refakatçi eşliğinde veya serbestçe eve gitme izni (Danimarka, İngiltere, İsviçre, Yunanistan, Arjantin, Hindistan); cezaevi arazisi üzerinde kurulmuş kolonilerde aile ile beraber yaşamak (Arjantin, Meksika, Filipinler, Hindistan, Pakistan)

-Bireysel yöneltme: Hükümlünün, bireysel olarak özgürlüğe hazırlanması amacıyla düzenlenmiş bir programın uygulanmasından ibarettir. Toplumsal hayatın zorlukları ve bunları yenmek için alınabilecek önlemler; sosyal çalışmacılar, özel yardım kurumları, infaz kurumunun yetkili personeli gibi özel görevliler tarafından hükümlüye anlatılmakta; kendisinin ihtiyaçları belirlenmekte; kendisine maddi ve manevi yardım sağlanıp, somut çözümler aranmaktadır (İngiltere, Avustralya, Norveç, Hollanda, Japonya, Kanada, Belçika). Örneğin İngiltere’de, Chelmsford cezaevinde, eğitime tabi tutulan hükümlüler şartla salıverilmeden önce, cezaevi arazisi üzerinde kurulmuş küçük kulübelere nakledilerek, buralarda, tıpkı toplum içinde olduğu gibi, kendi başlarına yaşamağa bırakılmakta ve böylece, cezaevi personelinin denetiminden uzak, kontrolsüz yaşamağa alıştırılmaktadırlar.

-Grup yöneltmesi: Pahalı olan ve çok sayıda personele gereksinim duyulan bireysel yöneltme yerine geçmek üzere düzenlenen bir programdır. Daha çok tartışmalı konferanslar şeklinde yürütülen bu faaliyette, hükümlülere, salıverilme sonrası gözetimin nedenleri ve niteliği; salıverilmeyi izleyecek olan deneme devresinin başarısında veya başarısızlığında hükümlünün kişisel sorumluluğu; gözetim altında serbesti görevlileriyle olan ilişkilerin ne şekilde düzenleneceği; iş arama; aile yaşamına uyum; sosyal sorumluluklar gibi konular ele alınmakta; rehber gözetiminde bir deneme yapılmaktadır (İngiltere, Kanada, Arjantin, Danimarka, Hollanda, Japonya, Finlandiya, Hindistan). Örneğin İngiltere’de, üç devrede infaz edilen önleyici hapis cezasında, yasal süresinden önce şartla salıverilmeye layık görülerek seçilen ve üçüncü devreye alınan hükümlüler, bu devrede infaz kurumunun özel kısımlarına yerleştirilmekte; serbest yaşamda karşılaşmaları olası sorunlar birlikte tartışılmakta; hükümlüler üzerindeki kontrol ve disiplin azaltılıp, bunun yerine kişisel sorumluluk prensibi uygulamaya konmaktadır. Bu hükümlülere cezaevi dışında çalışma olanağı da tanınmaktadır. Hatta içlerinden layık görülenler, cezaevi arazisi üzerinde kurulmuş otel-pansiyon şeklindeki binalara yerleştirilerek, cezaevi havasından tamamen uzak surette yaşayabilmek-

³⁹ Bu konuda ayrıntı için bkz. GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 162 vd.

tedirler. Üçüncü devre için seçilemeyen önleyici hapis hükümlüleri ise, cezalarının son altı ayını, bazı kurumların arazisi üzerinde kurulu bağımsız konutlarda geçirmekte; gözetim altında, cezaevi dışında çalıştırılabilmektedirler.

-Dışarıda çalışma izni: Gündüz kurum dışında çalışılıp geceleri cezaevine dönülmektedir. Salıverilmeden önceki 3-9 ay için uygulanması önerilmektedir (Norveç'te 3, Hollanda'da 5-6, İngiltere'de 6-9 ay). Örneğin İngiltere'de bu izin, sadece, dört yıldan fazla hapis cezasına mahkum hükümlülere verilebilmektedir. Danimarka'da ise, kendi başlarına bırakılınca ne yapacaklarını bilemeyen, mütereddit mizaçlı, toplumdan korkan mükerrirler böyle bir izinden yararlanabilmektedirler. Bu iznin uzun süre devam etmesi halinde, her akşam cezaevine dönme zorunluluğunun, hükümlüde, katlanması güç bir asabi bozukluğa neden olduğu belirtilmektedir.

-Bir gözetimci eşliğinde veya serbest olarak, çeşitli amaçlarla cezaevinden izinli çıkabilme olanağı bütün ülkelerde kabul edilmektedir.

Yukarıda belirtilen şekillerde salıverilmeye hazırlanan hükümlülerin diğerlerinden ayrı tutulması gereği kabul edilmektedir. Çünkü bu iki grubun bir arada bulundurulması hem kurumun disiplin ve kontrolünü güçleştirmekte, hem özel tedbirlerin gereği gibi uygulanmasına engel olmakta, hem de kurumda kalanlar arasında huzursuzluk yaratmaktadır. Bu nedenle, salıverilmeye hazırlanan hükümlüler, örneğin İngiltere'de, özel olarak kurulmuş yurtlara yerleştirilmektedirler. Bu yurtlarda kalanlara sınırlı bir harçlık verilmekte; kendilerine bazı akşamlar ve hafta sonlarında serbestçe dolaşabilme, bayramlarda evlerine gidebilme, aile bireyleriyle şehirde buluşabilme olanakları tanınmaktadır.

2. Salıverilme Sonrası Koruma ve Yardım:

Suçluların ıslahı ve mükerrirlikle savaşta önemli bir etken olan ve birçok infaz sisteminde uzun bir uygulamaya sahip bulunan **salıverilme sonrası koruma ve yardım** kurumu, başlangıçta şartla salıverilmiş hükümlülerin gözetimi çerçevesinde yer almışken, bugün tüm salıverilmiş hükümlüleri kapsamına alması ön görülmektedir⁴⁰. Salıverilme sonrası koruma ve yardım, çeşitli ülkelerde, şartla salıverilmeye ve küçüklerde zorunlu olarak uygulanmakta ve bir tür gözetim niteliği taşımakta, bunun dışındaki durumlarda ise ihtiyari bir yardım şeklinde olmaktadır⁴¹.

Salıverilme öncesi ve sonrası yardım, kesin bir ayırıma tabi tutulmaktaki; acıma duygusundan doğan bir ilgiden çok eski hükümlünün uyumunun sağlanması suretiyle toplumun suçtan korunması gibi faydacı bir amaca yönelen salıverilme sonrası koruma ve yardım, tretman süreci içinde yer alan

⁴⁰ YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 352

⁴¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 643

bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, sadece şartla salıverilme halinde değil, kesin (bihakkın) salıverilme halinde de zorunlu olacak bir yardım önerilmektedir. Örneğin İngiltere’de, Borstal’lardan çıkan hükümlüler bir yıllık zorunlu bir salıverilme sonrası korumaya (after-care) tabi tutulmaktadırlar. İngiltere’de, “Advisory Council on the Treatment of Offenders”, kendileri konusunda zorunlu salıverilme sonrası yardım öngörülen eski hükümlüleri tercih sırasına göre şu şekilde sıralamıştır: İkinci suçun işleyenler; dört sene ve daha uzun süre cezaevinde kalanlar; 21-26 yaş arasındaki mükerrirler; cezası bir yıl veya daha fazla olmak şartıyla üçüncü suçunu işleyenler; dördüncü suçunu işleyenler. Yine, Yeni Zelanda’da mahkeme, infazdan sonra hükümlünün uygun bir süre zorunlu yardım ve gözetim tabi tutulmasına karar verebilmektedir. Hatta kimi ülkelerde, yasal gözetim süresi bittikten sonra da, eski hükümlü istediği takdirde aynı tedbirlerden yararlanabilmektedir (Fransız CMUK m. D 543 ve 544)⁴².

1930 İtalyan CK m. 149’da; her mahkeme nezdinde bir *koruma kurulu* oluşturulması öngörülmüş ve bu kurula; a) salıverilen hükümlülere, gerektiğinde sürekli bir iş bularak yardım etmek, b) Tutuklu ve hükümlülerin ailelerine her türlü yardım ve hatta istisnaen nakdi yardım görevleri verilmiştir. Böylece koruma ve yardım kurulları sadece salıverilen hükümlülere değil, aynı zamanda cezalarını çekmekte olan mahkumlardan aileleri yardıma muhtaç olanlara da yardım etmektedir. Bu kurul, savcının başkanlığında iki hakim, cezaevi müdürü ve diğer kimselerden oluşmaktadır⁴³.

Önceleri bir polis tedbiri anlayışı içerisinde düzenlenmiş bulunan ve şartla salıverilmenin genel bir şartı olarak öngörülen gözetim kurumu günümüzde içeriği ve esprisi bakımından tamamen değişmiş bulunmaktadır. Salıverilme sonrası gözetim ve yardım hizmeti bir polis görevi olmayıp, amacı, yaşamının güç bir devresinde bulunan kişiye destek olmak olan bir sosyal hizmettir. Bu nedenle, örneğin İsviçre CK m. 379’da; kanunun tayin ettiği haller için salıverilme sonrası koruma ve yardımla ilgili kurulları kantonların oluşturacağı, bunların koruma ve yardım işlerini, gerekli garantiye sahip özel kurullara tevdi edecekleri, ancak koruma ve yardım işlerinin polis memurları tarafından idare olunamayacağı belirtilmektedir⁴⁴. Nitekim Fransa’daki “Ceza Sonrası Komiteleri”nin hatalı bir şekilde kurulduğu; çünkü bunlara bir yargıcın başkanlık ettiği ve toplantıların Adalet Sarayında yapıldığı, oysa eski hükümlülerin ne yargıcı ne de Adalet Sarayını görmek istemedikleri; bu işin Çalışma Bakanlığına verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁵.

Bir çok ülkede bu faaliyeti verecek özel derneklerin bulunmaması veya faaliyetlerinin yetersiz kalması dolayısıyla, koruma ve yardım işini devlet

⁴² GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 165 vd.

⁴³ TANER, s. 608, dn. 1

⁴⁴ TANER, s. 608, dn. 1

⁴⁵ Bkz. GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 166, dn. 166

bizzat ele almıştır. Ancak, devlete ait bir görev olarak nitelendirilen salıverilme sonrası yardım ve koruma faaliyetine özel derneklerin de katılması halinde, rehberlik ve koordinasyonun mutlaka devlet tarafından sağlanması istenmektedir⁴⁶.

İnfaz sonrası yardım ve koruma hizmetleriyle Kanada'da "İş Bulma Kurumu" ve "Şartla Salıverme Ulusal Komisyonu", İngiltere'de "Merkezi Patronaj Derneği", Danimarka'da "Danimarka Sosyal Koruma Kurumu", İtalya'da "Sosyal Koruma Servisi", Fransa'da "Salıverilmiş Suçlulara Yardım Komitesi" ilgilenmektedir⁴⁷. ABD'de ise ilk defa 1776 yılında kurulmaya başlanmış olan "Mahkumlara Yardım Dernekleri" salıverilme sonrası koruma ve yardım işini gerçekleştirmektedirler⁴⁸.

ABD'de, cezaevine bağlı *toplumsal yardımcılar* (Institutional parole officer), infazın başlangıcından itibaren her hükümlü ile temas kurmakta ve cezanın çekilmesi süresince çıkabilecek sorunları çözme konusunda hükümlüye yardımcı olmaktadır. Salıverilme yaklaşınca, bu toplumsal yardımcılar, gerek görülürse, şartlı salıverilme devresinde eski hükümlüye yardım etmekle görevlendirilecek olan *gözetim görevlisi* (parole officer) ile bir iş bulma memuru veya dairesi ile temas kurmaktadır. *İş bulma daireleri* (job placement units), cezaevleri için çalışmakta olup, hükümlülerin salıverilmeleri halinde onları işe yerleştirmek hususunda uzmanlaşmışlardır. Söz konusu iş bulma bürolarının üyeleri işverenlerle, sendikalarla ve devletin resmi iş bulma daireleriyle temas halindedirler⁴⁹. Ayrıca, infaz kurumundan salıverilen hükümlüye, infaz kurumunda iken çalışması karşılığı aldığı ücretten yapılan kesintilerden başka, karşılıksız veya borç para vermek suretiyle daha fazla yardım sağlanabilmektedir. 1951 tarihli bir kanun uyarınca, salıverilen hükümlüye, iş kurmasında yardımcı olmak üzere sağlanan bu parasal yardım için, örneğin kantin işletilmesinden elde edilen gelirlerden pay ayrılması öngörülmektedir⁵⁰.

İsviçre, Belçika ve Japonya'da olduğu gibi, İsviçre'de de; salıverilme öncesi yardım için özel olarak kimse görevlendirilmemiş olup, salıverilme sonrası eski hükümlünün ihtiyaç duyabileceği yardımı sağlayacak kuruluşları bulmak ve bunlarla teması sağlamak işi bizzat *infaz kurumu yöneticisine* aittir⁵¹.

⁴⁶ Bkz. GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 167, dn. 167

⁴⁷ Bkz. GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 167, dn. 167

⁴⁸ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 643

⁴⁹ TOSUN, s. 157 ve aynı sayfa dn. 9

⁵⁰ TOSUN, s. 158 ve aynı sayfa dn. 11

⁵¹ TOSUN, s. 158

Avusturya'da, salıverilen hükümlülere geçici olarak misafir eden, bazı kurumlara bağlı *misafirhaneler* bulunmaktadır⁵².

İspanya, Portekiz gibi ülkelerde, salıverilecek hükümlülerle doğrudan doğruya temas kuranlar, salıverilme sonrası yardım işini üstlenen birimlerin üyeleri olmaktadır⁵³.

Almanya'da, salıverildikten sonra hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına yardım görevi *Cezaevi Danışma Kurulları*na verilmiştir (Alman CİK m. 163). İnfaz görevlilerinin üye olamayacağı belirtilen (Alman CİK m. 162) bu danışma kurulu; infazın düzenlenmesinde ve hükümlüye yön gösterme konusunda yardımcı olmak, kurum yöneticisine teşvik edici ve iyileştirici önerilerde bulunmakla da görevlidir. Danışma Kurulu; yerel işçi ve işveren birlikleri, meslek kuruluşları, spor birlikleri, dini cemiyetler ve sivil toplum örgütleri temsilcilerinden oluşmaktadır⁵⁴. Salıverme hazırlıkları için yardım çerçevesinde hükümlü kişisel, ekonomik ve sosyal sorunlarının durumuna göre bilgilendirilir. Bilgi edindirme sosyal risklerin giderilmesi için yetkili makamların belirlenmesini de kapsamına almalıdır. Ayrıca hükümlüye, salıverilmesinden sonraki dönemde iş, barınma, kişisel yardım konusunda da yardımcı olunmalıdır (Alman CİK m. 74). Salıverme hazırlıkları özgürlüğün kısıtlandığı andan itibaren başlamalıdır. Hükümlünün olası sorunlarının üstesinden gelebilmesini sağlayacak türden bir salıverme hazırlığı yapılmalıdır. Sorunlar ise çoğunlukla kişisel, ekonomik veya sosyal alanlara ilişkindir. İş bulma yükümlülüğü kamusal *iş bulma kurumuna* aittir, ancak infaz kurumu sözü geçen kamusal kurumla iletişime geçmelidir. İnfaz kurumu hükümlüye doğrudan iş temin edemez. Ancak, hükümlünün topluma yeniden kazandırılması açısından gerekiyorsa ya da uygun olacağı düşünülüyorsa, infaz kurumu, hükümlünün bağlantı kuracağı bir kişi (*Bezugsperson*) belirler. Bu tür kişisel bağlantıların özgür hayata geçişi ve toplumsal uyumu kolaylaştıracağı varsayılmaktadır. Ancak bu ilişkinin başarılı olabilmesi ve arada bir güven ilişkisinin oluşabilmesi için, hükümlü henüz salıverilmeden harekete geçilmesi uygun görülmektedir⁵⁵. Salıverilme hazırlıkları için kurum müdürü altı aya kadar özel bir izin olanağı sağlayabilir (Alman CİK m. 124), güvenlik gözetimi altındaki kişinin salıverilmesini denemek ve hazırlamak içinse infaz yumuşatılabilir ve bir aya kadar özel bir tatil imkanı sağlanabilir (Alman CİK m. 134). Hükümlü, salıverilme anında da birtakım maddi yardımlar almaktadır (Alman CİK m. 75). Kendine ait şeyler yetersizse, salıverilme anında; seyahat giderleri, yeterince kıyafet ve dışarıdaki yaşama intibak etmesinde gerekli olan yardım infaz kurumunca sağlanır. Seyahat giderleri; kamusal ulaşım araçlarının en ucuz sınıfı için

⁵² TOSUN, s. 157, dn. 10.

⁵³ TOSUN, s. 158

⁵⁴ CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetz*, München 1998, § 163

⁵⁵ CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, § 74

geçerli olan yol ücreti ile seyahat esnasındaki zorunlu harcamalardan oluşmaktadır⁵⁶. Salıverilmeden sonraki intibak dönemi için ödenen ücretin miktarının takdirinde; hükümlülük süresi, hükümlünün kişisel olarak yaptığı iş, kendi parasıyla yaptığı tasarrufun miktarı ve hükümlülük süresindeki infaz kurumunun parası dikkate alınmaktadır. Daha çok hükümlünün cezaevindeki çalışmalarından tasarruf edilerek biriktirilen, serbest bırakılma anında tamamen veya kısmen hükümlünün kendisine veya gözetim makamına ödenen ve serbest bırakıldıktan sonraki ilk dört hafta boyunca eski hükümlünün geçimini sağlamaya yetecek kadar olan bu para için, cezaevinde bir fon oluşturulmakta ve ödeme oradan yapılmaktadır (Alman CİK m. 51).

Liberal bir anlayışa sahip Norveç infaz sistemine göre ise, kişi hüküm giymekle toplumun bir üyesi olmaktan çıkmamaktadır ve iyileştirme bu esası vurgulamalıdır. Bu nedenle, infaz kurumundaki kişi; toplumdan yardım, hizmet ve destek istemek ve kabul etmek hakkını kaybetmemektedir. Vatandaşların sahip oldukları eğitim, iş, sağlık, kültür hizmetleri eşit olarak hükümlü için de varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla infaz kurumu; hükümlünün tabi tutulduğu özgürlükten yoksunluk döneminin, hapis cezasının zarar verici etkilerinin olabildiğince azaltılmasını sağlamak, hükümlünün ilerdeki özgürlük hayatına sosyal bakımdan uyumunu mümkün kılacak surette yeteneklerini ve şanslarını güçlendirmekle yükümlü kılınmıştır. Böylece, kurum dışından toplumun yürüttüğü bütün eğitim, sağlık, spor hizmetleri infaz kurumu için de geçerli olmaktadır. Ayrıca, hükümlülerin bireysel olarak iyileştirilmeleri hususunda otoritelerle kurumlar arasında işbirliğini sağlamak üzere *bakanlar arası bir konsey* oluşturulmuştur⁵⁷.

Salıverilme sonrası koruma ve yardımın süresi, ülkelere göre farklılık arz etmektedir. Örneğin Fransa'da, süreli hapis cezasına hükümlü olanlar için süre, ceza süresinin bitimidir, ancak bu süreyi, ceza süresinin bitiminden itibaren bir seneye kadar uzatabilmek olanağı bulunmaktadır; müebbet hapis ve "relegation" hükümlüleri içinse 5-10 yıllık bir yardım öngörülmektedir (Fransız CMUK m. 732). İngiltere'de bu süre bir yıldır ve daha uzun süreli bir koruma ve yardımın hem masraflı hem de ilgili için zararlı olacağı belirtilmektedir. Keza ABD, Danimarka ve Yeni Zelanda'da, şartla salıverme halinde, efektif ceza süresinin bitimiyle koruma ve yardım tedbirleri de sona ermektedir. Ancak bu süre Danimarka'da iki, Yeni Zelanda'da ise bir yıldan az olamaz ve şartla salıverilen müebbet hapis hükümlüleri yaşamları boyunca gözetim altında bulundurulurlar⁵⁸.

⁵⁶ Alman CİK § 75 ile ilgili Verwaltungsvorschriften zum Strafvollzugsgesetz hükmü. Bkz. CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, § 75

⁵⁷ DÖNMEZER, *Şahsi*, s. 14 vd.

⁵⁸ GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 168 vd.

3. Küçüklere Yönelik Salıverilme Sonrası Koruma ve Yardım:

ABD’de, salıverme sonrası bakım programları sırasında, kurumdan ayrılan çocuğun dışarıdaki yaşamında uyması gerekli birtakım kurallar da belirlenir. Çocuk bu sistemde, şartlı salıverme sisteminde olduğu gibi, bir salıverme sonrası bakım görevlisi tarafından hazırlanan ve ana babaya itaat, her gece belirli bir saatte evde olmak, diğer suçlulardan uzak durmak, uyuşturucu kullanmamak gibi bir dizi kurala uymak zorundadır. Birçok durumda, çocuğun salıverme sonrası bakımı bir yıl ve daha uzun sürer. Salıverme sonrası bakım hizmetlerini sağlayan ve denetim görevi yapan *danışmanlar*, rehabilitasyonu gerçekleştirmek için programın uygulanmasını izlerler, yeniden suç işlemesini engelleyecek önlemler alınması konusunda yardımcı olmak için çocuğa ilgi ve koruma gösterirler, çocuğu ne kadar ziyaret edeceklerine, kurallardan hangilerinin ihlal edilebileceğine dair önemli kararlar alırlar⁵⁹.

İngiltere’de ise, salıverilme sonrası çocukla ilgilenen kişi *rehber uzman*dır. Süresi sonunda kurumdan ayrılan çocuk, onbeş gün içinde rehber uzmanıyla ilişki kurar. Bu ilişki iki yıl sürer. Bu sürenin ilk dört ayında, kurumla uzman arasında doğrudan ilişkiler vardır; çocukla ilgili olarak karşılıklı fikir alışverişinde bulunulur. Dördüncü aydan sonra da, rehber uzman dan kuruma bilgi aktarımı işi kısa aralıklarla devam eder⁶⁰.

Fransa’da⁶¹, Gençlik Koruma Sistemi, koruma görevini idari ve adli mercilere vermektedir. Bu sistem içerisinde oluşturulan *Gençliğin Adli Korunması Genel Müdürlüğü*nün temel görevi, Çocuk Mahkemelerinin küçükleri yerleştirdiği devlete ait kurumları yönetip işletmek ve özel kurum ve kuruluşları da denetlemektir. Gerek devlete ait gerek özel dernek şeklinde çok sayıda kurum ve kuruluş bulunmaktadır. Adli kararların infazı ile yükümlü olan Gençliğin Adli Korunması kurumları ve hizmet birimleri; mahkemede kabul ve yönlendirme, olası bir özgürlüğü bağlayıcı cezadan önce gözetim altında tutma ve eğitici görüşme, küçükler hakkında kesinleşen kamu yararına çalıştırma cezalarının infazını takip etme, zararı telafi edici çalışmalar yapma, olası adli kontrol tedbirlerini izleme, uygun bir merkeze yerleştirme, gözetim altında salıverme, **cezası sona eren küçüklerin salıve-**

⁵⁹ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 268, s. 269, dn. 242

⁶⁰ YAVUZER, s. 280

⁶¹ Ayrıntı için bkz. AKPINAR Ayşenur: “Çocuk Mahkemelerinin Amaca Uygun Çalışabilmeleri İçin Gerekli Yan Kuruluşlar ve Gençliğin Korunması Konusunda Fransa Örneği”, Argumentum, Yıl: 4, Sayı: 42, Ocak-Mart, tarihsiz, s. 12 vd.; SIVACIOĞLU Musa: “Fransız Sisteminde Deneme Süreli Tecil ve Kamu Yararına Çalışma”, Türkiye’nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler), (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi’nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), TC Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, tarihsiz, s. 112 vd.; ONURSAL, s. 111 vd.

rilme sonrası eğitim ve yetiştirmelerini izleme gibi, çoğu devlete ait kurumlar tarafından yerine getirilmesi gereken görevlerle ilgili faaliyet göstermektedirler. Amaç, hiçbir gencin toplum dışında kalmamasını sağlamaktır. Çocuk yargılaması, bir bakıma eğitici bir toplumsal araç olmaktadır.

VII. TÜRKİYE'DE (MEVCUT) DURUM

Türkiye'de, salıverme sonrası koruma ve yardım açısından kurumsallaşmış bir hizmet henüz yoktur. Ancak, mevzuatta bu hususa ilişkin bazı hükümlere rastlanılmaktadır. Örneğin 1941 tarihli **Ceza ve Tevkif Evleri Nizamnamesinin** 61/e maddesinde; "*Cezaevi Komisyonu azaları, cezaevinde iyi hal ile cezasını ikmal edip tahliye edilen mahkumların serbest hayatta faydalı bir şekilde yaşamalarını temin için bilgi ve sanatları dahilinde bir iş bulmalarına yardım eder*" hükmüne yer verilmiştir⁶². Keza, 647 sayılı **CİK** ile ilgili hükümetin **genel gerekçesinde**; "*cezaevinden çıktıktan sonra, nâdim ve ıslah olmuş suçlunun izlenmesi ve korunması da bu sistemin kapsamı içine girmektedir*" ifadesine yer verildiği gibi, **CİK Ek m. 4'de**; infaz kurumlarından tahliye edilen meslek ve sanat sahiplerine *Türkiye Halk Bankası*na meslek edinme kredisi verilebileceği belirtilmektedir⁶³. 1971 tarih ve 1475 sayılı **İş Kanunu** (m. 25/b) ve 1987 tarihli **Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük** (m. 4), patronaja dayalı şartlı salıverilme konusunda ilk adım olarak kabul edilmektedir. Böylece, şartla salıverilen hükümlü, şartla salıverilme süresi içinde başıboş bırakılmamakta, özellikle bir iş kolunda çalışıp çalışmadığı yönünden izlenmektedir⁶⁴. Sözügeçen Kanun ve Tüzüğün ilgili hükümlerine göre; *işverenler, elli ve daha fazla sürekli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde, % 2 oranında eski hükümlüyü, mesleklerine uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler*⁶⁵. Ayrıca, **Ceza İnfaz Tüzüğü**nün infaz sonrası yardım başlığını taşıyan 254 maddesinde, *kurum müdürü ve psiko-sosyal yardım servisi personelinin, hükümlülerin salıverilmelerinden önce, ilgili işyerleri ve yardım kurumlarıyla ilişki kurarak bunlarca sağlanabilecek yardımı hükümlüye bildirecekleri* ifade edilmektedir. Bu düzenleme ile, kurum sonrası koruma ve yardımın, sadece salıverilme öncesine iliş-

⁶² **TANER**, s. 609

⁶³ Bkz. **BAL Kudret Yalçın**: "*İnfaz Hukuku (Uygulamadaki Aksaklıklar, Nedenleri ve Sonuçları)*", Türkiye'nin İnfaz Rejimi, Sorunlar ve Çözümler, (18 Ocak 1997 tarihinde Ankara Hakimevi'nde yapılan sempozyumda sunulan bildiriler, yapılan tartışmalar ve gönderilen yazılar), T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, tarihsiz, s. 51 vd. Ancak yazar, **CİK Ek m. 4**'ün henüz uygulaması olmadığını belirtmektedir (s. 54 vd.)

⁶⁴ **BAL**, s. 58

⁶⁵ Ancak toplumda eski hükümlüden çekinilmesi, bu yükümlülüğe uymayan işverenlerin **İK m. 98/c** ve 108 uyarınca çok az bir para cezası ödeyecek olmaları ve bunu takip görevinin C. Savcılarının üzerinde bırakılması, bu hükümlerin uygulanma şansını oldukça azaltmaktadır (**BAL**, s. 58 vd.); **SOYASLAN**, *Hürriyeti*, s. 188

kin bölümüne değinilmektedir. ÇMK m. 44/h hükmünde de salıverilme sonrası bakım kabul edilmiş ve cezaları yerine getirilen çocukların işe yerleştirilmeleri, “infaz sonrası kurumlar” ve diğer sosyal yardım kurumları ile ilişki kurulması hususunda Adalet Bakanlığı Merkez Kuruluşundaki ilgili birimler görevli kılınmıştır. Her ne kadar burada infaz sonrası yardım kurumlarından söz edilmekte ise de, bu kurumların kimin tarafından kurulacağına yer verilmediği gibi, konuyla ilgili başka bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır.

1964 yılında hazırlanıp Meclise sevk edilen “**İnfaz Sırasında ve İnfazdan Sonra Korumaya Ait Kanun Tasarısı**”⁶⁶ ile 1993 yılında hazırlanan ve Meclis Adalet Komisyonu tarafından da kabul edilen “**Cezaların ve Tutuklama Kararlarının Yerine Getirilmesine, Ceza İnfaz Kurumlarından Salıverilen Hükümlülerin Korunmasına İlişkin Kanun Tasarısı**” (m. 50. ve 51), ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin korunması konusunu düzenlemektedirler⁶⁷. Bu amaçla bir koruma kurulu oluşturulmaktadır. Bu hükümler şu anki Tasarıya hemen hemen aynen alınmıştır, ancak şimdiki Tasarının düzenlemeleri daha ayrıntılıdır ve başka hususlara da yer verilmektedir.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü bünyesinde 1994 tarihinde kurulup daha sonra ilga edilen “**Tahliye Sonrası Koruma Şube Müdürlüğü**”, 1996 tarihinde yeniden çalışmalarına başlamıştır. Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilen 1997 tarihli bir Genelgede⁶⁸ ifadesini bulan söz konusu şube; “*cezaevlerinde uygulanan ıslah çalışmalarının hedefine ulaşabilmesini ve şartla salıverilen hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmalarını, üretken, topluma faydalı, geçimlerini kimseye muhtaç olmadan çalışarak temin eden fertler haline gelebilmelerini sağlamak amacıyla; eski hükümlü sıfatı alan bu kişilerin bir işe yerleştirilebilmelerine, muhtaç durumda olanlar için çeşitli yardım müesseselerinden ve vakıflardan yardım temin edilmesine, kendi işlerini kurabilmeleri için kredi veren kuruluşlar ile ilişkilerinin düzenlenmesine yardımcı olmak ve bu hususlarda yol göstermek, İş ve İşçi Bulma Kurumu Şube veya Bürolarıyla temas kurarak işe yerleştirilme işlemlerini ve şartla salıverilmeleri esnasında doldurulan “Tahliye Edilen Hükümlüye Ait Durum Bildirme Formları” yoluyla sosyal durumlarını takip etmek ve takip işlemlerini Cumhuriyet Başsavcılıkları kanalıyla yürütmek üzere görevlendirilmiş bulunmaktadır. // Bu nedenle; yukarıda yer alan görevlerin sağlıklı bir şekilde ifa edilebilmesi için Cumhuriyet Başsavcılıkları ile işbirliği yapılması ve bu işbirliğinin sürdürülmesi esnasında aşağıda yer alan esaslara uyulması zaruri görülmüştür. // Buna göre; 1. Cezaevlerinde bulunan mesleki vasfı olmayan hükümlülerin mesleki*

⁶⁶ Bkz. YÜCEL, *Suç ve Ceza Anatomisi*, s. 198; GÖLCÜKLÜ, *Türk Ceza Sistemi*, s. 169

⁶⁷ Tasarı metni için bkz. GÜNAY, s. 306 vd.

⁶⁸ Genelge için bkz. GÜNAY, s. 199 vd.

kurslara katılmaları veya işyurtlarında çalışmaları halinde lisans, sertifika veya bonservis verilmesi kurum idaresince mutlaka sağlanmalıdır. Bu belgelerin sivil kişi veya kurumlarca verilmesine çalışılmalıdır... // 5. Cezaevlerinde uygulanan rehabilitasyon çalışmalarının sonuçsuz kalmaması, hükümlülerin yeniden topluma kazandırılmaları ilkesi doğrultusunda; Cumhuriyet Başsavcılıklarınca Bölge veya İl Çalışma Müdürlükleriyle temas kurularak il hudutları içerisinde eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü kamu veya özel sektöre ait kurum ve kuruluşların bu yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği tespit edilecektir. Başsavcılıklar, yükümlülüklerini yerine getirmeyen işyerlerine yönelik, 1475 sayılı Kanunun ... uygulanması yoluyla kanuni müeyyidelerin işletilmesini sağlayacak ve eski hükümlülerin bir işe yerleştirilmelerine yardımcı olacaklardır. //6. Muhtaç durumda olduğunu beyan ederek Başsavcılıklara veya Genel Müdürlüğümüze başvuruda bulunan eski hükümlülerin durumlarının beyanlarına uygun olduğunun tespiti halinde; ... Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarından gerekli ayni ve nakdi yardım temin edilecektir... ”.

Burada da görüldüğü üzere, salıverilme sonrası koruma ve yardımdan anlaşılan, sadece maddi yardımın sınırlı bir boyutudur. Bu da kamu veya özel sektöre ait bir yerde işe yerleştirmek, muhtaç durumda olduğu belirlenen eski hükümlüye, kamuoyunda Fak-Fuk-Fon diye bilinen kurumdan, aslında son derece sınırlı olan ayni ve/veya nakdi yardım sağlamaktır. Ayrıca, eski hükümlüden söz edildiği halde, sadece şartla salıverilen hükümlülerle sınırlı bir uygulama içine girildiği izlenimi doğmaktadır. Oysa **Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzüğün** eski hükümlüyü tanımlayan 2 maddesi çok daha kapsamlıdır: “Altı aydan daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı bir cezadan veya Devlet memuru olmaya engel bir suçtan hüküm giymiş ve cezasını infaz kurumlarında tamamlamış veya cezası tecil edilmiş yahut şartlı salıverme yoluyla tahliye edilmiş olanlar ile özel kamunlarında belirtilen şartlardan dolayı istihdam edilmeleri olanağı bulunmayanlar veya ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklı bulunanlar bu Tüzük hükümleri bakımından eski hükümlü sayılırlar. // Mükerrer suç işlediği belirlenen eski hükümlüler, bu Tüzük hükümlerinden yeniden yararlanamazlar”⁶⁹. Ancak Adalet Bakanlığı yetkilileri, CTE Genel Müdürlüğünün, salıverilen hükümlülere iş bulma ve çeşitli ayni ve nakdi yardımlar dışında; onları eski hükümlü statüsü ile takibe aldıklarını, çeşitli sosyal sorunları ile ilgilendiklerini, ehliyet, işyeri açma ruhsatı, kredi talepleri, sigorta kurumları ile ilişkileri ve yaşlılık aylığı bağlanması gibi çok çeşitli sorunları ile ilgilenererek çözüm ürettiğini ifade etmektedirler⁷⁰.

⁶⁹ Aslında, mükerrer suç işlemiş hükümlülerle ilgili son fıkra hükmü de eleştirilmedir.

⁷⁰ ÖĞMEN, s. 130 vd.

Ülkemizde halen, sözkonusu Genel Müdürlük bünyesinde oluşturulan Tahliye Sonrası Koruma Şube Müdürlüğü dışında, salıverme sonrası koruma ve yardım çalışmalarını yürütecek resmi kurumlar bulunmamaktadır. **Gönüllü kuruluşların** birtakım çabaları bulunmaktadır⁷¹. **Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Genel Müdürlüğü** tarafından 1986 yılından bu yana pilot proje olarak yürütülmekte olan çocuklara yönelik salıverme sonrası koruma ve yardım çalışmalarında, resmi ve özel kurumlar ile gönüllü kişi ve kuruluşlarla işbirliği yapılmaktadır⁷². Ancak yapılan çalışmalardan, salıverilen çocuk ve gençlerin büyük bir kısmının yararlanamadığı, normal yaşama döndüklerinde yalnız kaldıkları belirtilmektedir⁷³. Yine, salıverme sonrası koruma çalışmaları çerçevesinde bir *öğrenci evi* ile bir *gençlik evi* açılması için bazı girişimlerde bulunulduğu ve bu çalışmaların kısa bir zaman içinde tamamlanacağı belirtilmiş⁷⁴ olmakla birlikte, bilebildiğimiz kadarıyla henüz bu hedef gerçekleştirilememiştir⁷⁵.

VIII. TASARININ İNCELENMESİ

Tasarı bir bütün olarak incelendiğinde, uluslararası standartlara, karşılaştırmalı hukuktaki duruma uygun ve kendi içinde tutarlı olduğu görülmektedir. Topluma yeniden kazandırma çalışmalarına, hükümlü infaz kurumuna alındığı anda başlanmakta ve fakat salıverme ile birlikte sona ermemektedir.

İnfaz kurumundaki **ıslah çalışmaları yanında**, yine, hükümlü daha kurumda iken, **salıverilme için hazırlanacağı**, bu çerçevede olmak üzere; hükümlünün salıverildikten sonraki geleceğini düzenlemeyi düşünmesini sağlayıcı tedbirler alınacağı ve toplumla uyumu ile ailesinin çıkarları için bu konularda hizmet veren resmi ve özel kuruluş veya kişilerle ilişki kurması doğrultusunda katkı ve yardımda bulunulacağı (Tasarı m. 88); salıverildiğinde iş bulması veya kendi işini kurması yönünde çaba sarf etmeye özendirileceği ve yönetimin gözetiminde, sağlanacak olanaklarla bu konuda kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılacağı (Tasarı m. 89); aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla özel izin (Tasarı m. 91, 93); yine, olağan yaşantılarına döndüklerinde uyum sorunu ile karşılaşmamaları ve iş bulma olanakları sağlanmak üzere iş arama izni (Tasarı m. 91, 94) verilebileceği öngörülmektedir.

Suçluların önemli bir kısmının belirli bir meslek veya beceriye sahip bulunmadıkları, eğitim düzeylerinin düşük olduğu gözleminden hareket e-

⁷¹ Örneğin Çocuk Sevenler Derneği, salıvermeden sonra evlerine dönmeyen çocuklar için evler satın alarak buradaki çocuklarla ilgilenmektedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 272, dn. 251

⁷² Ayrıntı için bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 272, dn. 252

⁷³ YOKUŞ SEVÜK, s. 272

⁷⁴ Bkz. "Türkiye'de Çocuklara Yönelik 1995 Yılı (Ara Dönem) Hedeflerinin Gerçekleştirilmesi İçin Çalışma Planı", YOKUŞ SEVÜK, s. 273, dn. 255

⁷⁵ YOKUŞ SEVÜK, s. 273, dn. 255

dilmektedir (Tasarı m. 96 gerekçesi). Bu konuda yapılacak çalışmalar, tek başına Adalet Bakanlığını ve ceza infaz kurumunu aşacak kapsamdadır. Bu nedenle, gerek infaz kurumundaki meslek ve sanat edindirme, meslek veya sanatı geliştirme, eğitim düzeyini yükseltme, gerekse salıverilmeden sonra da hükümlünün kendisine iş bulması, iş kurması, sermaye edinmesi açılarından ihtiyaç duyulan maddi veya teknik yardım konularında gerekli desteği ve hizmeti vermek üzere ilgili bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları ile özel ve kamu tüzel kişileri yükümlü kılınmışlardır. Sağlanacak bu katkılarla, hem kurum içindeki yaşantıları değerlendirilmiş, hem de salıverildikten sonra topluma uyum sağlamaları, kendilerini suça iten ortamdan kurtulmaları, kişisel zorluklarını aşmaları ve toplumun kendi kendine yetebilen, hukuka saygılı birer birey olarak yaşamlarını sürdürebilmeleri amaçlanmaktadır.

Ayrıca, isteğe bağlı olmak üzere, infaz kurumundaki hükümlüler arasında kurumda başlayıp normal yaşamda da devam ettirilebilecek bir yardımlaşma ve işbirliği olanağı, yerinde olarak, öngörülmüş bulunmaktadır (Tasarı m. 97). Böylece hem meslek ve sanat sahibi olan hem de meslek veya sanat öğrenmek isteyen hükümlülerin rehabilitasyonu açısından olumlu bir ortam oluşturulabilir.

Eski hükümlüye **salıverilmeden sonra** sağlanacak koruma ve yardım, Tasarıda altı madde halinde düzenlenmiştir (Tasarı m. 98-103).

Burada ilk olarak karşımıza **Koruma Kurulu** çıkmaktadır. Koruma Kurulları, Adalet Bakanlığınca uygun görülecek il merkezlerinde oluşturulacaktır. Kurulda yer alacak kişiler, Kurulun etkin ve başarılı olabilmesi açısından en uygun kişi ve kuruluş temsilcileridir. Bunlar, Cumhuriyet Başsavcısının veya görevlendireceği Cumhuriyet Savcısının başkanlığında; belediye başkanı (yardımcısını veya belediye meclisi üyelerinden birini görevlendirebilir), ceza infaz kurumu en üst amiri, milli eğitim müdürü, sosyal hizmetler müdürü, teşkilatı bulunan yerlerde Türkiye İş Kurumu il müdürü veya bunların görevlendirecekleri yardımcıları, o ilde mevcut meslek odalarından (ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ziraat odaları) ve esnaf ve sanatkarlar birliğinden görevlendirilecek birer temsilciden oluşmaktadır (Tasarı m. 99).

Ancak bu kurulda, özellikle **eski hükümlülere yardım işini yürüten gönüllü oluşumların, sivil toplum örgütlerinin temsilcilerine de yer verilebilirdi.**

Koruma Kurulu üyelerinin üyelikleri asli görevleri süresince devam edecektir. Herhangi bir nedenle üyelikten ayrılanların yerine seçilenler, ayrılan üyelerin sürelerini tamamlayacaklardır (Tasarı m. 99). Ancak **koruma kurullarının görev süresine dair bir hükme burada yer verilmemiştir.** Bu hususun, koruma kurullarının çalışma şeklini de belirleyecek olan yönetmelikte (Tasarı m. 103) düzenleneceği düşünülmektedir.

Koruma Kurulları salt çoğunlukla toplanabilecek ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar vereceklerdir (Tasarı m. 99).

Koruma Kurulunun görevleri m. 98'de ve dolaylı olarak m. 103'de açıklanmaktadır. Burada gerek maddi gerekse manevi yardım sözkonusu edilmektedir. Bunlar:

Salıverilen hükümlülerin;

-İş bulmalarında ve işe yerleştirilmelerinde

-sanat sahibi olanlar ile tarım işletmeciliği yapmak isteyenlere araç ve kredi sağlanmasında

-karşılaştıkları diğer güçlüklerin çözümünde yardımcı olmak;

Salıverilen **çocuk, küçük ve genç hükümlülerin** öğrenimlerine devam etmesini sağlamak (Tasarı m. 98);

-Görev alanlarına giren konularla ilgili dernek ve vakıfların kurulmasını sağlamak üzere vatandaşları özendirici çalışmalar yapmak

-Bu amaçlarla kurulmuş dernek ve vakıflarla, diğer kurum, kuruluş ve kişilerle işbirliği yapmak (Tasarı m. 103).

Salıverilme sonrası koruma ve yardımdan, infaz kurumundan salıverilen ve başvuruda bulunan **bütün eski hükümlülerin** yararlanıp yararlanamayacağı hususu belirsizliğe yol açabilir⁷⁶. Başvuruda bulunan eski hükümlüyle görüşen uzmanın hazırlayacağı sosyal inceleme raporunun bu konuda belirleyici olup olmayacağı da açıklanmaya muhtaçtır. Koruma Kurulunun bu raporu onaylamama yetkisinin bulunup bulunmadığı ve bu yetkiyi hangi kriterlere göre kullanabileceği hususlarında belirsizlikler vardır.

Salıverilen çocuk, küçük ve genç hükümlülere yönelik yardımın, sadece öğrenimlerine devanın sağlanması ile sınırlı olacağı izlenimi oluşturmaktadır. Bu izlenimin, yapılacak yardımın şeklini de belirleyecek olan yönetmelikte giderileceği düşünülmektedir. Ayrıca, ÇMK'daki hükümlerin dışında bu konuda ayrıca bir hüküm konmasına gerek olmadığı da söylenebilir.

Yine; salıverilen hükümlülere gerekli uygun belgeler ve kimlik kartı verilmesi, ihtiyacı olana gideceği yere varması için yeterli olanaklar, mevsime ve iklime göre giysiler, geçinmesi için hemen gerekli olanlar, aile hayatı

⁷⁶ Özel infaz şekillerinin (Tasarı m. 104 vd.) sözkonusu olmadığı kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olmuş eski hükümlünün de salıverme sonrası koruma ve yardımdan yararlanacağı anlaşılmaktadır. Oysa asıl olarak uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlü olanlarda cezanın olumsuz sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, koruma ve yardım, bu olumsuz sonuçları en aza indirebilmek için, uzun süreli hapis cezasının infazı sırasında ve sonrasında sözkonusu olabilir. Aynı yönde DÜNKEL/SNACKEN, s. 339

için yardımcı olabilecek sosyal hizmetler veya kuruluşlarla yakın bir işbirliği (Avrupa Cezaevi Kuralları m. 89) psikolojik yardım ve benzeri ayrıntıya yönelik hususların, “karşılaşılan diğer güçlükler” cümlesinden sayılarak, yönetmelikte düzenleneceği düşünülmektedir.

Koruma Kurullarının parasal kaynağı, her yıl Adalet Bakanlığı bütçesine “Koruma Kurullarına Yardım” adıyla konulacak ödenekten oluşacaktır (Tasarı m. 101/2). Parasal kaynağın tek bir kalemden ve genel bütçeden olması, salıverilen hükümlülere yapılabilecek maddi yardımların yetersiz olabileceği endişesini doğurmaktadır. Bir fon oluşturularak; örneğin, bu fona yapılacak gönüllü bağışlar, infaz kurumunda çalışan hükümlülere ödenen ücretten yapılacak kesintiler de parasal kaynaklar arasında sayılabilir.

Ayrıca, Koruma Kurullarının parasal kaynağını ve harcama şeklini düzenleyen hükmün, Koruma Biriminin oluşumunu öngören maddede yer almasının sebebi anlaşılamamaktadır (Tasarı m. 101/2, 3). Bu iki fıkra ayrı bir madde olarak düzenlenebilir ya da ikinci fıkra m. 98’a, üçüncü fıkra ise m. 102’ye son fıkra olarak eklenebilir.

Aynı şekilde, Koruma Kurullarının, faaliyetleri hakkında yıllık rapor hazırlayarak Adalet Bakanlığına sunacaklarına dair hükümle (Tasarı m. 101/4), Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğüne (eski) hükümlülerin işe yerleştirilmelerinde işçi ve işverenden ücret alınmayacağı hükmünün (Tasarı m. 101/5), Koruma Biriminin oluşumu ile ilgili bir maddede yer alması uygun olmamıştır.

Kaldı ki, 101. maddenin hiçbir fıkrasının, önceki veya sonraki fıkralarla ilgisi bulunmamaktadır.

Bu alanda görev yapacak ikinci birim, salıverilme sonrası “**Koruma Birimleri**” olmaktadır. Koruma Kurulu bünyesinde ve Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı olarak oluşturulacak bu birimlerde; bir müdür ile yeteri kadar psikolog, eğitim bilimci, toplum bilimci, sosyal çalışmacı ve memur bulunacaktır.

Salıverilen hükümlülerle asıl muhatap olacak olan birim burasıdır. Başvurular bu birime yapılacaktır (Tasarı m. 102). Ancak doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına da başvurulabilir. Bürolara başvurular, infaz kurumu yönetimince düzenlenip Başsavcılığa gönderilen “*Salıverilen Hükümlüye Ait Durum Bildirme Formu*” ile yapılır. Başsavcı bu formu koruma birimine gönderir. Form bir uzman tarafından incelenir ve salıverilen hükümlü ile yüzyüze görüşme yapılarak bir “*sosyal inceleme raporu*” düzenlenir. Bu rapor, Koruma Kurulu tarafından veya zorunlu hallerde doğrudan Cumhuriyet Başsavcısı ya da onun görevlendireceği savcı tarafından onaylanınca işleme konur ve harcamalar ihtiyaç sahibine veya mal veya hizmeti alınan kuruluşa ödenir.

Salıverilme sonrası maddi yardım ve bu kapsamda yapılacak harcamalar Tasarıda belli ölçüde düzenlendiği halde (Tasarı m. 98, 101/3, 102), **manevi yardım** konusunda; m. 98'deki "*karşılaştıkları diğer güçlüklerin çözümünde yardımcı olmak*" ifadesi dışında bir hükme yer verilmemiştir. Ayrıca, yönetmelikte düzenlenecek hususlar arasında sayılan "*yardım yapılan eski hükümlüde bulunması gereken koşullar*", "*yapılacak yardımın şekli ve miktarı*" gibi ibareler (Tasarı m. 103) ile birlikte değerlendirildiğinde, m. 98'de sözü edilen "*diğer güçlükler*" in de, aslında maddi nitelikteki yardıma ilişkin olarak düşünüldüğü izlenimi doğurmaktadır. Bu durumda, manevi yardımla ilgili hüküm, Koruma Biriminde görev yapacak psikolog, eğitim bilimci, toplum bilimci ve sosyal çalışmacı gibi kişileri sayan 101/1. madde olmaktadır. Ancak bu kişilerin görevinin de; Cumhuriyet başsavcısı tarafından gönderilen formu ("salıverilen hükümlüye ait durum bildirme formu") inceleyerek ve eski hükümlü ile yüz yüze görüşme yaparak bir "sosyal inceleme raporu" hazırlamak olduğu anlaşılmaktadır (Tasarı m. 102/2). Bu raporun onayı üzerine ve bu rapor doğrultusunda olmak üzere yapılacak harcamaların, diğer hususlar yanında, "*hizmet alımı*" karşılığı ilgili kuruluşa ödeneceği hükmünde (Tasarı m. 101/3) sözü edilen "**hizmet**"in, manevi yardımla ilgili olduğu da söylenebilir. Avrupa Cezaevi Kuralları (m. 100/4), ihtiyacı olan hükümlülere, psikiyatrik tretmanın gerekirse salıverilme sonrası devamı ile infaz sonrası sosyal psikiyatrik bakım imkanı için tedbir alınmasını öngörmektedir.

Salıverilen eski hükümlüyü belirli bir süre izlemek ve özgür yaşamdaki sorunlarını aşabilmesinde yardımcı olmak üzere, ona bir gözetim görevlisi veya "iyi hal memuru"⁷⁷ atanabilir. Koruma Biriminde yer alan uzmanların böyle bir görevi olup olmadığı açıklığa kavuşturulabilir.

Koruma Kurulları ile Koruma Birimlerinin çalışma şekli, yardım yapılacak eski hükümlüde bulunması gereken koşullar, yapılacak yardımın şekli ve miktarı, eski hükümlülere yardım ve koruma amacıyla kurulmuş bulunan dernek ve vakıflarla, diğer kurum, kuruluş ve kişilerle yapılacak işbirliğine ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenecektir (Tasarı m. 103). Gerek bu konularda gerekse yukarıda ifade edilmeye çalışılan tereddütlerle ilgili olarak, ancak, yönetmelik çıktıktan sonra daha sağlıklı bir görüş beyan edilebilir.

⁷⁷ **YÜCEL Mustafa T.:** 18 Ocak 1997 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen "Türkiye'nin İnfaz Rejimi (Sorunlar ve Çözümler)" konulu sempozyumda yaptığı konuşma, s. 85; **NURSAL Necati:** aynı sempozyumda yaptığı konuşmada (s. 91); "probation" denilen gözetim ve deneme merkezleri kurularak, hükümlülerin salıverilme sonrasında izlenmesini ve denetlenmesini önermektedir.

IX. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kurumdan salıverilen kişinin yeniden aynı ortama dönmesi; onu suçla iten şartlarla yeniden yüzyüze gelmesi; ekonomik, toplumsal ve duygusal sorunlarını çözmede, bir iş bulma, barınma gibi temel ihtiyaçlarını dahi karşılamada desteksiz bırakılması; çevresi ve ailesi tarafından dışlanması; hasmı olanların sürekli tedirginlik ve endişe içinde bulunması gibi durumlar, çoğu kez onun yeniden suç işleyerek cezaevine dönmesiyle sonuçlanmaktadır.⁷⁸

Çocuklar üzerinde yapılan bir çalışmaya göre⁷⁹; çocukların çok büyük bir kısmı (% 91) kurumdan sonraki hayattan korktuklarını açıkça ifade etmektedirler. Korku nedenleri; tekrar suç işlemek (% 32), iş bulamamak (% 29), çevre tarafından suçlu olarak damgalanmaktan dolayı kabul görmemek (% 20), çıktıktan sonra gidecek yeri olmamak (% 6) veya hasmı tarafından öldürülmek veya yalnız kalmak (% 4) gibi çeşitlidir. İnfaz kurumundan salıverildikten sonraki hayatlarına ilişkin çocuklarının bu endişelerinin kurumda giderilemediği, bu hususta kurumun onlara manevi açıdan bile yardımcı olamadığı anlaşılmaktadır.⁸⁰

Aynı endişe ve yetersizlikler belli ölçüde yetişkinler için de söz konusudur.

Özgürlüğü kısıtlayan bir cezanın esas amacı, hükümlüyü, iyileşmiş olarak topluma iade etmektir. Bu nedenle, hükümlünün yeniden suç işlememesi için, gerekli araçlarla cezanın infazının tamamlanması, amaca varılması bakımından zorunlu sayılmalıdır. Başka bir ifadeyle, iyi bir özgürlüğü bağlayıcı ceza rejiminin başarısı bakımından, eski hükümlünün topluma dönüşünde yaşamını ve topluma uyumunu kolaylaştıracak araçlara olan ihtiyaç, kendisini, bir zorunluluk olarak ortaya koyar. Bu nedenle iyi bir özgürlüğü bağlayıcı ceza rejiminin “sosyal yardım” faaliyeti ile tamamlanması şarttır.

Ayrıca, zorunluluk arzeden bu sosyal yardım faaliyetine, henüz hükümlü salıverilmeden başlanılmalıdır⁸¹. Bu amaçla, tüm hükümlülerin salıverilme sonrası topluma, aile yaşamına ve işe dönüşlerinde kendilerine yar-

⁷⁸ DPT-Çocuk Alt Komisyonu Raporu için bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, s. 272, dn. 253

⁷⁹ Çalışma için bkz. **YOKUŞ SEVÜK**, s. 273 vd.

⁸⁰ Bazı araştırmalar; infaz kurumlarında, televizyon izleme ve kitap okuma dışında sosyal, kültürel, eğitsel faaliyet olmadığını; psikolog, öğretmen gibi yetkililerin hemen hiçbir çocukla ne yargılanma sürecinde ne de cezaevinde ilgilenmediklerini; yatacak yer sayısının yetersiz, yemeklerin ise yenmeyecek kadar pis olduğunu ortaya koymaktadır. Bkz. **ÖTER Gülay/AKALIN Nejat**: “Paşakapısı Cezaevindeki Tutuklu Çocukların Psiko-Sosyal, Sosyo-Kültürel, Ekonomik ve Kriminolojik Özellikleri”, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 115 vd.

⁸¹ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. II, s. 642 vd.

dımcı olmak üzere usuller ve özel kurslar oluşturulması gerekmektedir (Avrupa Cezaevi Kuralları m. 87). Keza, uzun süreli cezaya hükümlü olanların toplum yaşamına tedrici bir şekilde dönebilmesini sağlamak için tedbirler alınması gerektiğini belirten Avrupa Cezaevi Kuralları m. 88, bu amaca, özellikle, aynı veya diğer bir kurumda düzenlenen salıverilme öncesi veya etkili bir sosyal desteği de içeren bir tür gözetim altında şartlı salıverilme ile ulaşılabileceğini belirtmektedir.

Kurumda uygulanacak tretman ile hükümlünün özgüveninin sağlanması, bunun için de, bir yandan hükümlünün salıvermeye hazırlanması, diğer yandan ise salıverildikten sonra da kendisiyle ilgilenileceğinin bilinmesi gerekir. Aksi takdirde, bu gibi hizmetler sağlanmadığı zaman, kurumda tutmanın amacı hükümlünün iyileştirilmesi, toplumla bütünleşmesi olmayıp, sadece cezalandırmadan ibaret olacaktır⁸². İnfaz sırasında tüm ihtiyaçları kurum tarafından karşılanan, çocuk yaşamına indirgenmiş bir yaşam sürdürmüş bulunan hükümlülerin dış dünyaya uyum sağlamalarını kolaylaştırmak amacı ile, salıverme öncesi bir hazırlık devresinden geçirilmeleri, zorunlu bir önlem niteliğindedir. Bu dönemde sağlanacak kurslarla geliştirilecek çalışma yeteneği, kendi ayakları üzerinde durabilme ve sosyal yetenekler ile hükümlülerin problem kaynağı olmaktan uzaklaştırılmasında etkili olunabilir⁸³.

Kaldı ki toplumun görevi, hükümlünün serbest bırakılmasıyla da bitmemektedir. Kendisine karşı beslenen önyargıyı azaltacak, toplumdaki yerini yeniden almasını sağlayacak ve salıverilme sonrası etkili bir yardım yapacak güç ve yetkide resmi ve özel kuruluşların bulunması gerekecektir (Hükümlülerin Islahı İçin Asgari Standart Kurallar m. 64).

Kurumda verilen hizmetlerin ve topluma uyum çabalarının amacına ulaşabilmesi için, salıverilme sonrası belli bir süre izleme ve yardım kaçınılmazdır. Toplumda salıverilme sonrası koruma ve yardım kurumlarının bulunmaması, dışarı çıkan hükümlülerin başarısızlığa uğramalarına neden olmakta, kurumsal tretmandan beklenen amaç gerçekleştirilememektedir. Kurumda tretmanla kurum sonrası koruma ve yardım süreci bir bütün oluşturmaktadır.

Çocuklar açısından salıverilme sonrası koruma ve yardım kurumu, çocuk yargılama sistemi içinde kurulmalı ve ilk olarak salıverme ile birlikte değil, daha yargılama aşamasında harekete geçilmelidir. Bunun için çeşitli ülkelerde, önceleri iyiliksever kişilerin teşebbüsleri ve devletin de teşvik ve yardımları ile oluşturulan çocukları koruma ve yardım kurumları, çocuk mahkemelerinin faaliyetlerinde önemli görevler almaktadırlar. Bunlardan gözetim altında serbestlik usulünü kabul eden ülkelerde, gözetim işini üstüne

⁸² YOKUŞ SEVÜK, s. 274

⁸³ YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 353

alacak kimseleri bulup tavsiye etmek suretiyle çocuk mahkemeleri ile işbirliği yapmaktadırlar. Çocuklara ilişkin bu koruma ve yardım kuruluşları, ayrıca, kurumdan çıkan ve özellikle kimsesiz olan veya ailelerinin durumu uygun bulunmayan çocukları yerleştirmek, iş bulmak, iş buluncaya kadar geçimine yardım etmek suretiyle onları koruma ve yardım altına almaktadırlar⁸⁴.

Kurumsal tretmanın en önemli amacı, çocukların mümkün olduğunca erken bir zamanda geri dönüşünü hazırlamak olduğundan, toplumla yeniden bütünleşme erken başlamalı ve kurumda kalma sürecinin sonuna kadar da geliştirilmelidir. Bunun içinse bir salıverilme sonrası bakım planlaması yapılmalıdır. Böyle bir planlama şunları içermelidir: Salıverilenin toplumca kabul edilmesi hususunda olumlu destekleme, yeni ve yapıcı ilişkiler geliştirme, ailesi, yaşlıları ve sosyal kuruluşlarla birlikte çalışma, toplumda etkili ve güçlü olabilecek bir noktaya getirme⁸⁵.

Salıverilme sonrası bakım görevlileri, çocuk için elverişli bir salıverme sonrası bakım planı dahilinde, salıverilen çocuğun ihtiyaçlarını ve davranışlarını göz önünde tutarak, bu süreçte çocuğun gelişimini izleyerek bir iletişim sağlamayı amaçlarlar. Salıverilme sonrası ilgilenmede, çocuğa, geçiş döneminde yardımcı olacak kişinin yargılamadan itibaren tek ve aynı kişi olması gerektiği, kişi ve ilişki değişikliğinin çocuk için zararlı olacağı ve başarıyı azaltacağı da ileri sürülmektedir⁸⁶.

Salıverilme sonrası çocukla ilgilenen kişi, öncelikle çocuğun salıverilme gününe hazırlanması ile uğraşmalıdır. Özgürlükten sonraki hayatın yeni baştan düzenlenmesi gerekir. Genelde aile ile olan kopuk bağların yeniden kurulmasına çalışılırken, yanlış anlamalar, karşılıklı suçlamalar ortadan kaldırılmalıdır. Böylece aile yanına yeniden sağlıklı bir dönüş sağlanabilir⁸⁷.

Dışarıdaki hayatın gerçekliğini ve gerçeklerini göstermek, kurumdaki çocukla ilgilenen kişinin görevidir. Gerçek hayattaki büyük zorluklara işaret etmek, bunları yenmek için çözüm yolları göstermek, gelecek planları yapmak bu görevler içerisinde⁸⁸.

Kurumda kalan çocuk, gerekli ve uygun yardım ve gözetimi almadan, hazırlıksız olarak topluma döneceği duygusuna sahip olmamalıdır. Bu tür yardımları gerçekleştirecek örgütler kurulmalı ve kurumlar açılmalıdır. Bu konuda ayrıca gönüllü kuruluşlarla işbirliği yapılmalıdır⁸⁹. Yetkili makamlar, salıverilen bu kişilerin, topluma yeniden girmelerine yardım edilmesi ve

⁸⁴ TANER, s. 337

⁸⁵ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 269

⁸⁶ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 270

⁸⁷ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 270

⁸⁸ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 270

⁸⁹ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 269, dn. 238'deki eserler

bunlar hakkındaki ön yargıların azaltılması için hizmetler vermeli ya da verilmesini sağlamalıdır. Bu noktada, gerektiğinde yargılama aşamasından itibaren işin içinde olan sosyal hizmet kuruluşları devreye girebilir. İlke olarak, çocuğun kendi doğal çevresi içinde kalması gerekir. Bunun için, çocuk ve ailesi değişik programlar aracılığıyla desteklenir. Bu mümkün olmadığında koruyucu aile bakımı gerçekleştirilebilir. Yatılı kuruluşlar ancak çok gerekli olduğunda kullanılmalıdır⁹⁰. Bu hizmetleri sağlayan kurumların temsilcileri, topluma dönüşlerinde çocuklara yardım etmek amacıyla, infaz kurumunda onları ziyaret edebilmeli ve görüş alışverişinde bulunabilmelidir (Havana Kuralları, m. 80).

Topluma geri dönüşte ihtiyaçları karşılamak için çeşitli olanak ve hizmetler sunulması gerekir. Bu çerçevede rehberlik ve yapısal destek sağlanmalıdır. Bunun içinse; yarım gün evlerde kalmak, eğitim evleri, gündüz eğitim merkezleri gibi, topluma uyumu sağlamaya yardımcı olacak yarı-kurumsal oluşumlara gidilebilir (Beijing Kuralları m. 29).

Eski hükümlünün evsiz, yurtsuz olması veya örneğin kan gütme nedeniyle memleketine gidememesi halinde, kendisine barınma imkanı sağlayacak bir yurt veya kurum, infaz sonrası yardım veya koruma programının esaslı unsurlarından biri sayılabilir⁹¹. Bir iş sahibi olması veya barınacak bir yeri bulunması, eski hükümlüyü mutlaka rehabilite edeceği anlamına gelmiyorsa da, bunlardan birinin olmaması halinde kişinin toplumla uyumlu bir yaşam sürdürebilme şansı önemli ölçüde azalacaktır⁹².

Salıverilme sonrası koruma ve yardım kurumları yanı sıra, salıverme sonrası bakım etkinlikleri için özel kişi ve kuruluşların girişimleri de özendirilmeli, ancak devletin bu girişimleri koordine etme, yönetme, denetleme, yönlendirme yetkisi olmalıdır. Özellikle masraflara yardım etmek üzere Devletin müdahalesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir⁹³.

Çocuk Mahkemeleri Kanununda; küçüklere uygulanacak tedbirler (ÇMK m. 10 vd.), ceza veya tedbir uygulanmasından önce yapılacak incele-

⁹⁰ Batı Avrupa ve ABD’de, gerek öz aileyle çalışmaları yürüten birimler, gerekse koruyucu aile kurumu ve yatılı kuruluşlar, sosyal refah sisteminin bir parçası olarak gelişmişlerdir. Bkz. ULUĞTEKİN Sevdâ: “Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal Hizmet Kuruluşları”, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, s. 315 vd.

⁹¹ Çocuk Sevenler Derneği isimli gönüllü bir derneğin, Ankara Çocuk İslahevinden salıverilen ve çeşitli nedenlerle çevresine dönemeyen çocukların barındırıldığı ve yaşamlarını sürdürdükleri bir ev açtığı ve bu tür evlerin başka örneklerinin kız çocukları ve eski kadın hükümlüler için de değişik yerlerde açılmasının ve bu uygulamanın yurt düzeyinde yaygınlaştırılmasının yararlı olacağı belirtilmektedir. (YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 354).

⁹² YÜCEL, *Kriminoloji, Suç ve Ceza*, s. 355

⁹³ DÖNMEZER/ERMAN, C. II, s. 643; YOKUŞ SEVÜK, s. 276

me (ÇMK m. 20), gözetim ve gözetim delegaliği (ÇMK m. 29 vd.), aile yanına veya bir kuruma-kuruluşa yerleştirilen küçüğün giderlerinin devletçe ödeneği (ÇMK m. 33), şartlı erteleme (ÇMK m. 38), şartla salıverme (ÇMK m. 39), cezaları infaz edilen küçüklerin işe yerleştirilmeleri için infaz sonrası yardım kurumları ve diğer kurumlarla ilişki kurulması (ÇMK m. 44/h) gibi hususlar düzenlenmiş olmakla birlikte, uygulamadaki yetersizliklerin Tasarı için söz konusu olmayacağı umulur.

MEMUR YARGILAMASINDA İDARİ SÜREÇ

ADMINISTRATIVE TRIAL PROCESS REGARDING PUBLIC OFFICERS

Yrd. Doç. Dr. Ali AKYILDIZ*

ÖZET

Türk Hukukunda memur yargılaması konusu daima önemli bir yer işgal etmiştir. Memurun "Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat"ın 1913 yılında kabulüne kadar, memurlar hakkında hem ceza soruşturması hem de yargılaması idari bir süreçte gerçekleşirken; sonrasında, soruşturma kısmı idari niteliğini korumuş, fakat yargılama kısmı adliye mahkemelerine bırakılmıştır. Aralık 1999'da kabul edilen 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun" ile, soruşturma kısmı da adli makamlara bırakıldı. Şu kadar ki, soruşturmaya izin verip vermeme konusundaki yetki idarede kaldı. Zaten, "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında...ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunla belirlenen idari merciin iznine bağlıdır" diyen Anayasanın 129. Maddesi dururken, zorunlu bir çözümdü.

Eski düzenlemenin aksayan yönlerini gidermeyi amaçlayan yeni kanunun, olumlu yanlarına karşılık; bir istisnai düzenleme olmasına rağmen hala çok geniş bir kesimi kapsaması, soruşturma izni verecek yetkili makama ilişkin boşlukları bulunması ve tamamen vesayet denetimi mantığına dayanması gibi bazı olumsuzlukları da bulunmaktadır. Aksaklıklarının giderilmesi, yasanın amacına ulaşmasında önemli katkı sağlayacaktır.

ABSTRACT

In Turkish law the administrative trial process regarding public officers has always been a central issue. Until the adoption of related Act in 1913 entitled "Provisionary Act Regarding the Trial of Officers" the trial process was mainly of an administrative nature both in regards penal inquiry and penal judgment stages. After the adoption of the Act, penal inquiry and penal judgment stage has been delegated to civil courts. After by another Act, dated December 4 1999 no: 4483 entitled "Act Governing the Trial Process in Regards Officials and Another Civil Servants", the inquiry stage has also been delegated to civil courts reserving merely the option for the administration to decide upon whether inquiry was to be permitted or not!

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

This reservation is also in parallel with the Constitutionary provision allowing the administration to use its power in regards the trial of the public officers to allow it or not!

This latter Act covering the misguidences of the first regulation despite its better-oriented provisions has still some defencies. For instance it covers a large range of public despite of its exceptionality and for some officials, the administrative institution to decide for the process to be taken or not is still ambiguous and it depends upon traditional administrative concept (tutelage) of governance.

Key words: Civil Servants Officer, Official, Pre-Inquiry, Investigation Permit, Trial Regarding Official

MEMUR YARGILAMASINDA İDARİ SÜREÇ

I- GİRİŞ

“Memur” kavramı gibi “Memur Yargılaması” konusu da hem ceza, hem de idare hukukunun ortak konularından biridir ve bu iki hukuk dalının kesiştiği sayıları hiç de az olmayan kavşaklar arasından yer alır. Ancak, idare hukukundaki nispeten daha az sorunlu karakterine rağmen, konunun temelini teşkil eden memur kavramı, Ceza Hukuku dalında çok karmaşık bir görünüme sahiptir. Öyle ki, sırf bu konu üzerinde doktora seviyesinde bilimsel çalışmalar yapılmış¹, Yasama organınca 1924 Anayasasının yürürlüğü döneminde bu konuda bir tefsir (yorum) kararı da verilmek zorunda kalmıştır². Yargı organlarının da bu kavram üzerinde oldukça kafa yormak zorunda kaldıklarını görüyoruz³. Aşağıda, daha yakından bakacağımız bu ko-

¹ **ŞEKERCİOĞLU METİN:** *Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s.1v.d.

² Bilindiği üzere 1924 Anayasası'nın 26'ncı maddesinde “kanunları yorumlamak” da yasama faaliyetleri arasında sayılmıştı. İşte TBMM 08.08.1941 yılında 1255 Sayılı olarak verdiği bir yorum (tefsir) kararıyla, “ceza tatbikatında memur sayılacaklarını” belirtmiştir. Ancak bu karar, memur kavramına bir açıklık getirmekte, sadece, yürürlükte bulunan “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat” hükümleri ile Ceza Hukuku (TCK., md.279 anlamında) arasında ortak bir ölçüt oluşturmuş bulunmaktaydı.

³ Ceza Hukukunda memur kavramı (TCK., md.279) hakkında oluşan tereddütleri ve yargı kararları arasındaki çelişkileri, söz konusu 1255 Sayılı yorum kararı da göz önünde tutularak gidermek üzere, Yargıtay, biri “İçtihadı Birleştirme” kararı olmak üzere, çok sayıda karar vermiştir. KİT çalışanlarının Devlet Memuru sayılamayacağına ilişkin İçtihadı Birleştirme Umumi Heyeti Kararı 28.03.1945 tarih ve 1945/1 Esas, 1945/6 Karar sayılıdır. Karar metni için bk. **ŞENER ESAT:**

nuların "çetin cevizler" olduğuna burada böylece bir gönderme yaptıktan sonra, aslında Ceza Hukuku ve İdare Hukukunun memuru çok farklı şekilde algıladıklarını da şimdiden belirtelim.

Memuriyet kavramı, günümüz Türk Ceza Hukukunda, bazen suçun bir unsuru, bazen ağırlaştırıcı nedeni, bazen de suç failinin asli vasfı olarak maddi ceza hukuku; çoğu zaman da kovuşturma usûlünün belirleyicisi olarak da şekli ceza hukuku açısından halâ büyük bir öneme sahiptir. Geçmişte de memuriyet, Ceza Hukukunu maddi ve şekli yönleriyle en az günümüzdeki kadar ilgilendirmiştir. Özellikle şekli Ceza Hukuku (Ceza Usul Hukuku) bakımından Türk hukuk tarihinde memurların yargılanmasını Tanzimat öncesi, Tanzimat sonrası ve Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat dönemlerine ayırmak mümkündür⁴.

1- Tanzimat Öncesi Dönem

Tanzimat öncesi dönemde, maddi-şekli Ceza Hukuku ayırımının bugünkü anlamda oluşmadığı bilinmekle birlikte, Ceza Hukukunun olduğu yerde usûl hukukunun da kendiliğinden varolacağı gerçeği karşısında, bu dönemlerde de konumuzla ilgili olarak, memur yargılama usûlüne ilişkin bazı kuralların var olduğu kolayca tahmin edilebilir⁵. Esasen, dini hukukun geçerli olduğu Osmanlı Devletinde, Ceza Hukuku sahasında yöneticilere

Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk-Ceza, Seçkin Yayınevi, Ankara 1987, sh.994-996.

⁴ MUMCU UĞUR: "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması", AÜHFD, C.XXVIII, S.1-4, sh.141; Memur Yargılaması Tarihine ilişkin diğer bazı kaynaklar şöylece sıralanabilir: TOSUN ÖZTEKİN: "Memur Suçlarında Özel Muhakeme Kuralları", (1)(2), Yargıtay Dergisi, C.9,S.4,s.458-469 ve C.10,S.1,s.9-32; ADAL HASAN ŞÜKRÜ: *Modern Devlete Memur*, Ankara 1939; BİLGİCİ BEDRİYE: "Avrupa Birliği ile Uyum Sürecinde Memur Yargılanması ve Birliğe Üye Bazı Ülkelerdeki Memur Yargılanmasının Tarihsel Gelişimi", Mali Kılavuz, Y.3,S.9,Yaz 2000,sh.42-51; KAÇAR HAMZA: "Memur Yargılama Hukukunun Tarihçesi ve Gerekliliği", Yaklaşım Dergisi, Y.8,S.87, Mart 2000, sh.105-112; KEYMAN SELAHATTİN: "Memurin Muhakematı Kanunu", AHFD, C.XIX, 1962, S.1-4, s.173-200; ÖZEK, Çetin: "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İHFM, C.XXVI, 1961, S.1-4, s.34-83; ORHUN HAYRİ: *Türkiye'de Devlet Memurlarının Hukuki Rejimi*, Ankara 1946; ERDOĞDU AHMET: "Danıştay'ın Memurların Yargılanması ile İlgili Görevleri", Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1868-1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara-1968, s.869-935.

^{4a} 4483 Sayılı yasanın geçici birinci maddesine göre, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlatılan işlemler, MMHK'a göre yürütülecektir. Burada belirleyici unsur, bu kanunun yürürlüğünden önce "Soruşturma Onayı"nın yetkili makamca verilmiş olmasıdır. İnceleme onayı verilmiş de, henüz soruşturma onayı verilmemişse, konu yeni yasaya göre çözülecektir.

⁵ ERDOĞDU, sh.872.

tanınan “ta’zir yetkisi” çerçevesinde padişahlar tarafından zaman zaman kanunnameler yürürlüğe konulmuştur. En ünlüleri Fatih, Yavuz ve Kanun-i Sultan Süleyman Kanunnameleridir ki, buralarda da memur suçlarını ilgilendiren hükümler mevcuttur⁶. Bu cezaların bazen çok şiddetli oldukları bilinmektedir⁷. Kanunnamelerden, 1846 yılında kadar 326 yıl yürürlükte kalan Kanun-i Sultan Süleyman’a ait olanı özellikle mühimdir. Bu kanunnamede vurgulanan “eşitlik” ilkesi hukuk devleti açısından bilhassa önemlidir⁸. Söz konusu kanunname yürürlükte bırakılmış olmakla birlikte, III. Selim ve II. Mahmut devirlerinde de günün gereklerine uygun bazı ek düzenlemeler yapılmış, fermanlar çıkartılmıştır⁹.

2- Tanzimat Sonrası Dönem

Memur yargılaması konusunda asıl belirgin ve derli-toplu düzenlemeler Tanzimat sonrasında gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de, Osmanlı İmparatorluğu batılılaşma idealine tam ve geri dönülmez şekilde Tanzimat’la birlikte yönelince, batının hukukunu ve hukuk anlayışını da peyderpey almıştır. Burada hukuk anlayışı üzerinde özellikle durmak gerekir; çünkü her hukuksal düzenleme, belli bir anlayışın ürünüdür. Sözgelimi, devlet anlayışındaki gelişmeler, devletin hukukunu derinden etkilemiştir. Bizde Tanzimat, Fransa’da devlet anlayışının temelden değiştiği 1789 Fransız İhtilalinin altmış yıl sonrasına rastlıyordu. Gerçi, batıdaki düşünsel hareketler Tanzimat öncesi bu altmış yıllık dönemde de elbette ki Osmanlı Devleti’ni etkilemişti. Özellikle, İhtilâl olduğu yıl (1789) tahta geçen III.Selim döneminden itibaren-başta ordu teşkilâtı olmak üzere-batı örneğine uygun düzenlemeler yapılmaya çalışılıyordu. Ancak bunlar, işin ruhuna temas etmeyen, biçimsel düzenlemeler olmaktan öteye gidemiyordu. İhtilâl yol açan düşünsel etkilerin Osmanlı Devleti ve toplumuna asıl doğrudan ve deruni etkileri, Tanzimat sonrası dönemde gerçekleşmiş ve artarak devam etmiştir.

Bir defa, insan hakları kavramı ve bu bağlamda, konumuzla ilgili olarak, memurların da birer insan olmaları sebebiyle, memur hakları anlayışının bu dönemde modern hukuk sistematığının temellerine uygun olarak oluşmaya başladığını görüyoruz. Devletin, tamamen kölelerden ve devşirmelerden beslenen üst yönetim kadrosu görev süresi sonunda “genel müsadere” ve “siyaseten katl” gibi ağır yaptırımlarla genellikle karşılaşabiliyordu.

⁶ AKGÜNDÜZ AHMET-CİN HALİL: *Türk Hukuk Tarihi*, C.I, Konya 1989, sh.283-284.

⁷ KIRMIZIGÜL HÜSAMETTİN: *Uygulamada ve Teoride Memurlar Hakkında Tahkikat ve Muhakeme Usûlü*, 2.B., Kazancı Yayınları, İstanbul 1995, sh.18.

⁸ ERDOĞDU, sh.873.

⁹ KIRMIZIGÜL, sh.19-20; Tanzimat öncesi dönemde memurların yargılanması usulü hakkında genel olarak yukarıda dn. 4’te belirtilen kaynaklara bakılabilir.

Hatta, "genel müsadere" yaptırımına karşı, vezirlerin ve paşaların bir sigorta işlevi yükledikleri "aile vakfı" uygulamasının Osmanlı vakıf ve toprak düzenini nasıl bozduğu, üzerinde büyük araştırmalar yapılmış ilginç bir konudur¹⁰. Biz bu konulara girmeyeceğiz, ancak, batıdaki devlet anlayışı ve insan hakları konusundaki gelişmelerin, memurların bu ağır yaptırımlara çarptırılmasına son verildiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de, II. Mahmut'un, memurların yargılanmasına ilişkin kanunnamesinde, memurların padişah emri ile öldürülmesi anlamına gelen "Siyaseten Katl"¹¹ yasaklanmış, o devir şartlarında memurlar için oldukça önemli bir güvence sağlanmıştır¹². Bu dönemde kurulan Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, memurların yargılanması işiyle de görevlendirilmiştir¹³.

Esasen, dünyadaki memur anlayışında da gözle görülür bir değişim vardır. Önceleri "Ekselanslarının hizmetkarlığı" sayılan memuriyet, artık yavaş yavaş düzenli bürokratik kadrolar içerisinde profesyonel kadrolarca yürütülen bir meslek halini almaya başlamıştı. Artık, alınıp-satılabilen, babadan oğla miras yoluyla intikal edebilen memuriyet anlayışı, Osmanlı devletinde de batılılaşma süreci içerisinde belli bir disipline doğru yönelmek durumundaydı. Çünkü, Osmanlı ülkesinde ticaret yapacak olan batılı tüccar açısından, kuralları belirli ve mümkün mertebe kendi alışık olduğu sistemle benzeşen bir ülke, büyük önem taşıyordu.

Bütün bu siyasal, ekonomik ve sosyolojik gelişmelerin memur hukukuna ve bu hukukun konumuzla ilgili yargı usûlü bölümüne yansımaları da etkili ve sürekli oldu.

* A-Memur Suçlarına İlişkin Çeşitli Düzenlemeler

Bu dönemde, konumuza ilişkin olarak, çeşitli Ceza Kanunları, tüzükler - ki bunlar da günümüzün normlar hiyerarşisi anlayışında kanuna denk düşmektedirler - ve çeşitli fermanlar yayınlanmıştır. Tanzimat Fermanı'nın vurguladığı en önemli kavram olan "kanun önünde eşitlik" anlayışını Ceza Hukuku sahasında gerçekleştirmek için 1840 (1256) tarihli **Ceza Kanunu** yayımlanmış olup, bu kanunda, başta rüşvet olmak üzere, memurların görevlerini kötüye kullanmalarını önlemeye yönelik hükümlere yer verilmiş-

¹⁰ CİN, HALİL: *Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması*, Kültür Bakanlığı Yayını, Ankara 1978, sh.38 vd.

¹¹ MUMCU, AHMET: *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara 1963, Ajans-Türk Matbaası, sh.173-174.

¹² "Bu kanunnamenin çıkışından sonra da, "Siyaseten Katl" uygulamasının zaman zaman gerçekleştirildiği anlaşıyor. Demek ki, yüzyılların alışkanlığından bir anda vazgeçilemiyor olmalı". MUMCU, *agm.*, sh.142.

¹³ 1839 yılında kurulan bu meclisin memurlarla ilgili görevleri için bkz. ORHUN, sh.124 vd.; KAYNAR, REŞAT: *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, 3.B., Ankara 1991, sh.218.

ti¹⁴. Daha sonra, 1851 (1267) ve 1858 (1274) tarihli kanunlar yürürlüğe konulmuş, bu sonuncusu, 765 Sayılı şimdiki Ceza Kanunumuz yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır

B-İrtikabın Önlenmesi Yasası (1855) ve Getirdiği Sistem

Memurlarla ilgili olarak, 1855 (1271) tarihinde yürürlüğe konan İrtikabın Önlenmesi (Men-i İrtikaba Dair Cezaname Layihası) yasası oldukça önemlidir. Çünkü bu kanunda, Memurların yargılanmasına ilişkin ayrıntılı hükümler yer almakta, düzenli ilkeler getirilmektedir¹⁵. Kanunun 27-31'nci maddeleri, memurların yargılanma usûlünü düzenliyordu. Buna göre, memurlar, Merkez Memurları, taşradaki yüksek memurlar ve taşradaki küçük memurlar şeklinde üç gruba ayrılarak; ilk iki grubun yargılanma usûlü birlikte kurallara bağlanıyor, taşradaki küçük memurlar içinse ayrı bir yargılama usûlü belirleniyordu. Ayrıca, getirilen usûl kurallarının, memurların bütün suçları için değil, söz konusu kanunda yer alan suçları için uygulanacağı anlaşıyordu. Getirilen sistem, özetle şöyleydi:

a-Yargılamayı Yapacak Olanlar

(aa)- Memurların cezalandırılabilmesi, yapılacak yargılama sonucunda suçlarının sabit olması ve bunun padişaha arzı sonucunda, padişahın izin vermesiyle (irade istihsaliyle) mümkün olabilecekti.

(bb)- Yönetim merkezinde (İstanbul) bulunan memurlar ve suç ortakları ile, taşradaki memurların yüksek rütbelileri (Vali,Kaymakam, Defterdar, Malmüdüğü) ve Meclis-i Kebire (İdare Kurulu) üyelerinin yargılanmaları ancak İstanbul'da Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'de yapılabilecekti.

(cc)- Taşradaki küçük memurlar ve suç ortaklarının yargılanmaları ise, eyalet merkezlerinde bulunan Meclis-i Kebire de yapılacaktır. Ancak, bu meclislerin verdikleri kararlar Meclis-i Vala tarafından re'sen incelenecek, onanırsa padişaha arz edilecek, onanmazsa (yeterli görülmezse), zanlıyı getirterek bizzat yargılayacaktır¹⁶.

(dd)- Bakanlar Kurulu üyelerinin (Meclisi Vükela) yargılanması da, Padişahın ön iznini takiben Meclis-i Ali-yi Tanzimat'a (Vezaif-i Mürettebeye Dair Nizamname, md.16) ait olup, verilen hüküm, Ba-

¹⁴ GÖKÇEN AHMET: *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları*, İstanbul 1989, sh.12 vd.

¹⁵ ERDOĞDU, sh.875.

¹⁶ ORHUN, sh.126.

kanlar Kurulunca yeniden (ikinci dereceden) incelendikten ve onaylandıktan sonra, Padişah izniyle ancak uygulanabilecektir¹⁷.

b-Soruşturmaya Yetkili Olanlar

Merkez memurları ve üst düzey taşra memurları hakkında kimlerin soruşturma başlatacağı bu düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Taşradaki diğer memurlar hakkında ise; Valiler ve Mutasarrıflar soruşturma yapmaya yetkilidirler. Diğer mülki amirlerin (Mülhak Sancak Kaymakamları ve Kaza Müdürleri) ise, soruşturma yapma yetkileri mevcut olmayıp, görevleri bir suç ihbarı halinde, durumu Vali veya Mutasarrıfa bildirmekten ibarettir¹⁸.

C-Memurin Muhakematı Nizamnamesi

Tanzimat'tan sonra Memurun yargılanması konusunda en önemli ve son adım, 1872 (1288) tarihli "Memurin Muhakematına Dair Nizamname" dir. Önemlidir: Çünkü, hem derli toplu bir hukuk metnidir, hem de yürürlüğe girdiği tarihe göre oldukça ileri bir hukuk anlayışını yansıtır¹⁹. Son adımdır: Çünkü, bu konuda, Osmanlı'nın yıkılış arifesine kadar başka bir hukuk metni yürürlüğe konulmamış; 1913 yılı başında kabûl edilen "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" da, zaten 1999 yılı sonuna kadar Cumhuriyet idaresinde de yürürlükte kalmıştır.

Getirilen düzenlemede, memurların yargılanması baştan sona kadar adliyenin dışında, idari kurullar eliyle yürütülüyordu. Soruşturmayı ve yargılamayı yapan idare, Verdiği cezanın infazını (uygulamasını) da gerçekleştiriyordu. Gerçi, yargılama işini kurullar üstlenmekteydi. Ama bu kurullar idari nitelikteydi ve üyeleri aynı zamanda faal idare içersinde yer almaktaydı. Bugünkü hukuk telakkilerimize-özellikle yargı bağımsızlığı açısından- asla uymayan bu düzenleme, kendi zamanı bakımından oldukça ileri bir anlayışı temsil ediyordu. Bu ilk ve en önemli adımı, "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat" takip edecek; getirilecek yeni sistemle, dava öncesi soruşturma (tahkikat-ı iptidaiye) idare tarafından yürütülecek, ama yargılama, adli mahkemeler tarafından yapılacaktır. Sonuncu aşama olan 4483 Sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında" yasada ise, idari aşamanın, adli aşamanın tamamen dışına çıkartılmasına çalışılacak, ama yine de bir ön inceleme aşaması idari mercilerde bırakılacaktır. Trendin tarihsel gelişimi izlenecek olursa, son aşamanın ceza yargısında yargı birliği olacağı tahmin edilebilir.

¹⁷ ÖZEK ÇETİN: "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İÜHFM, C.XXVI, S.1-4, sh.38.

¹⁸ KIRMIZIGÜL, sh.26.

¹⁹ KUNTER NURULLAH, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.B., İstanbul 1989, sh.148.

1872 tarihli sisteme göre, memurlar derece ve sıfatlarına göre bir ayrıma tabi tutulduktan sonra, görev yaptıkları yere de bağlı olarak, soruşturmayı yapacak merci ve yargılamayı yapacak kurullar belirlenmekte; cezanın özel ağırlığı bulunması halinde de, kesinleşme süreci ayrıca düzenlenmektedir. Yani sistemin temeli:

- Memurların derece ve sıfatlarına,
- Görevlendirildikleri yerlere,
- Ve işledikleri suçlara ve verilecek cezalara dayanmaktadır.

Ayrıntılar girmeksizin, sistemi şöylece özetleyebiliriz: İrade-i Saniye ile (Padişah iradesiyle) atanan memurlar Şura-yı Devlette (Danıştay) yargılanırlar, bunun dışındaki memurlar ise, bulundukları yerin İdare Meclislerinde muhakeme edilirdi. Ancak, bu idare meclislerince verilen cezalar belirli bir ağırlığa sahipse (üç yıldan ağır hapis ve beş altından çok para cezası), bunların infazı ancak Şura-yı Devletin onayından sonra mümkündü. Bunun dışında, İdare Meclislerinin kararına karşı bir üst idare meclisinde itiraz edilebilirdi. Vilâyet idare meclislerinin kararlarına karşı da Şura-yı Devlete başvurulabilirdi.

Soruşturmaların ise, memurun bulunduğu²⁰ yere göre, mülki amirlerce veya ilgili bakan tarafından açıldığı ve yürütüldüğü anlaşılmaktadır.²¹ Aşağıda, Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat ve Sistemi anlatılacaktır. Konu, önemine binaen, ayrı bir ana başlık altında incelenmiştir.

II- MEMURİN MUHAKEMATİ-I HAKKINDA KANUN-U MUVAKKAT VE SİSTEMİ

1- Genel Olarak

Bu sistemin en büyük özelliği, Memur yargılamasının, önceleri salt idari olan prosedürünün yeni sistemde, idari ve adli aşamalara ayrılmasıdır.^{21a} Memur, bir suçlamayla karşılaştığında, ilk tahkikat (tahkikatı evveli-

²⁰ Ayrıntılar için bkz. **KIRMIZIGÜL**, sh.27-31; **ERDOĞDU**, sh.887-894.

²¹ **KIRMIZIGÜL**, sh.31.

^{21a} Memur Yargılanmasında uygulanan başlıca sistemlerin, Yargısal Güvence ve Yönetmel Güvence sistemleri olarak ili ana dala ayrılması mümkündür. Başta İngiltere olmak üzere, Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde benimsendiği bilinen yargısal güvence sistemine göre, memur hakkında bir suç isnadında bulunulduğunda, bütün işlemler adli makamlar tarafından yürütülmekte, izin vs. adı altında hiçbir şekilde sürece idari makamların müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, Yönetmel(idari) güvence sisteminde, ya baştan sona bütün yargılama(yargılama sistemi), yahut sadece soruşturma(soruşturma sistemi) aşaması idari makamlarca, yargılama aşaması ise adli makamlarca yerine

ye) idari mercilerce yürütülecek, sonuçta iddialar ciddi bulunursa, son soruşturmanın açılması kararı yine idare tarafından “idari kurullarca” verildikten sonra, memurun yargılanması adli makamlarca yapılacaktır. Bu tarihe kadar, yani kanunun yürürlüğü girdiği 1913 yılı 17 Şubatı’na kadar olan idarenin yargı yetkisi –çağdaş gelişmelere de paralel olarak, ancak onları biraz da geriden takip ederek-sona ermiş ve adliye mahkemelerine devredilmiştir. Böylece, Tanzimat sonrası kendini hissettiren yargı birliği eğilimine doğru ilk somut adım atılmış oluyordu²². Gerçi, idari rejimimizin temelini teşkil eden Fransa’da , idare mahkemelerinin, memurların yargılanmaları konusunda izin verme yetkisi daha 19.09.1870 tarihli kararname ile kaldırılmış ve ceza yargısı alanında yargı birliği sağlanmıştı²³. Zaten yargılamayı da Adliye Mahkemeleri yapıyordu. Bizde, 1913 değişikliği, sistemi, Fransa’nın 1870 öncesi durumuna yaklaştırmıştır. Ancak, 4483 Sayılı yasayla dahi Fransa’daki 1870 sonrası dönemle paralellik kurulamamıştır diyebiliriz.

Neden, bir zamanlar Fransa’da veya onu model olarak benimseyen Türkiye’de memurlar için ayrı bir yargılama usûlü benimsenmiştir? Diğer bir ifadeyle, bütün yurttaşlar için geçerli olan Ceza Usûl Hukuku kurallarının yanı sıra, ayrıca başka usûl kuralları ortaya çıkmıştır? Herhalde, bu sorunun cevabını, idari yargının doğuşuna ilişkin kuramsal temellere kadar dayayabiliriz. Bilindiği üzere, bugün için hukuk devleti ilkesinin mutlak bir gereği sayılan “ idarenin yargısal denetiminin sağlanması”, Fransız ihtilâlinin olduğu yıllarda, erkler ayırımına tanınan mutlak anlam karşısında kabul edilebilir bir uygulama değildi. Şöyle ki: Yargı Bağımsızlığı sebebiyle, nasıl ki idare adliyeye karışamazsa, adliye de idareye karışamamalıydı. Aksi takdir-

getirilmektedir. Yönetmelik sisteminin üçüncü türünü teşkil eden izin sisteminde ise, idari makamlar, adli makamların soruşturma başlatmaları için izin vermekte, bundan sonraki bütün aşamalar(soruşturma ve yargılama) adli makamlarca yerine getirilmektedir. Bu son durumda, yönetmelik sisteminin yargısal güvence sistemine oldukça yaklaştırıldığını söyleyebiliriz. Bizde, 1913 yılından önce(Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat’a kadar, Yönetmelik Sisteminin en saf haliyle(yargılama sistemi olarak)uygulandığını görüyoruz. Bu tarihten, 4483 sayılı kanunun kabulüne kadar soruşturma sistemi ve bu tarihten sonra da artık izin sisteminin uygulandığını görüyoruz. Zaten, 15.5.1930 tarihinden sonra, 1609 sayılı kanunla, bazı suçlar bakımından izin sisteminde geçilmiş, bu kanunda sayılan suçlar bakımından 19.4.1990 tarihinden itibaren de tamamen Yargısal Güvence(yargı birliği) sistemine geçilmiştir. Yargılama sistemleri konusunda bk. **TOPUZ İBRAHİM:Memur Yargılama Hukuku**,Mahalli İdareler Derneği Yayını,Ankara 2001,s.17-20.

²² **KEYMAN SELAHATTİN:** “*Memurin Muhakematı Kanunu*”, AÜHFD., 1962, C.XIX, S.1-4, sh.175.

²³ **ÖZEK ÇETİN:** “*Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*”, İHFM, C.XXV, S.1-4, sh.35.

de kuvvetler ayrımı ilkesi zarar gördü²⁴. Peki, idarenin hukuka uygunluğu nasıl sağlanmalıydı? İdare, kendi kendini denetleyecek, Merkezde Danıştay (Şura-yı Devlet), taşrada ise, idare kurulları aracılığıyla idarenin hukuksal denetimi sağlanmaya çalışılacak, ancak, Şura-yı Devlet'in vereceği kararların icra edilebilmesi için de, idarenin başı (Osmanlı'da Padişah) tarafından onaylanması gerekecekti²⁵. *Tutuk Adalet Sistemi* de denilen bu usûl, Fransa'da 24 Mayıs 1872'den itibaren terkedilmiş ve memur yargılamasındaki prosedürün aksine, bu gelişme yargı birliğine değil, yargının bir anlamda kesin ayrılığına yol açmıştır. Çünkü, bu tarihten itibaren, Danıştay da, artık ulus adına kesin kararlar veren bağımsız bir yargı organı haline gelmiştir. Adli yargı idari yargıya karışmamaya devam edecek, ancak böylece evrimleşen idari yargı, tıpkı adli yargı gibi idare karşısında bağımsızlığını elde ederek bir çeşit uzmanlık mahkemesine dönüşecektir. Yani, idari yargı da bir anlamda, bağımsızlık anlamında "adlileşecek" tir. Ancak, Türk Hukuk Öğretisinde bu gelişmelerden bir asrı geçkin bir süre sonra (110 yıl) usûl yasalarında gerçekleşen benzeşmeler ve usûl kuralı alıntıları sebebiyle yapılan "idari yargı adlileşti" benzetmesi, bu manada değildir²⁶.

Ülkemizde, 10 Mayıs 1868 tarihinde çalışmaya başlayan Şura-yı Devlet'in²⁷ yargısal görevleri 1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyat Nizamnamesi ile genişletilmiş²⁸, İl İdare Kurullarına hem de kimileri onamaya bağlı olmaksızın yürütülecek bazı yargısal kararlar verme yetkisi tanınmış²⁹; ancak, bu gelişme 1876 Anayasası'nın 85'nci maddesi ile "eşhas (şahıslar) ile hükümet arasındaki davalar dahi umumi mahkemelere" verilmekle kesilmiş³⁰, fakat, Danıştay'ın memur yargılamasına ilişkin görevleri devam et-

²⁴ BERTHEMLY (ATIF, M.): *Hukuk-u İdare*, İstanbul, 1931, sh.1806-1812.

²⁵ İl ve İlçe İdare kurullarına, onaya tabi olmayan bazı çok sınırlı yargı yetkilerinin, daha hemen ihtilalin akabinde verdiği anlaşılıyor, GÖZÜBÜYÜK-TAN: *İdare Hukuku* II, (İdari Yargılama Hukuku), Turhan Kitabevi, Ankara 1999, sh.8; Bizde de il idare kurullarına vilayet nizamnamesiyle verilen, onaya da tabi olmayan yetkilerin birden bire aşırı bir idari rejim anlamına geldiği ve daha 5 yıl geçmeden, 1876 Kanun-u Esasi'sinin 95'nci maddesinde buna tepkinin gecikmediği belirtilmektedir. DERBİL SÜHEYR: *İdare Hukuku*, C.1, Ankara 1940, sh.144-148.

²⁶ DURAN LÜTFİ: "İdari Yargı Adlileşti", İHİD, Sarıca'ya Armağan, C.3, S.1-3, 1982, sh.53-83; Aynı makale İstanbul Barosu Dergisi'nin: C.56, S.123, Ocak-Şubat-Mart 1982, sh.154-163; C.56, S.7-8-9, Temmuz-Ağustos-Eylül 1982, sh.313-321'de yayınlanmıştır.

²⁷ GÖRELİ İ.HAKKI: *Devlet Şurası*, SBF yayını,

²⁸ ARAL, Rüştü: "Yargı Organı Olarak Danıştay", Yüzyıl Boyunca Danıştay, sh.239-240.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK-TAN, sh.18.

³⁰ GÖZÜBÜYÜK-KİLİ, *Türk Anayasa Metinleri*, 2.B., Mayıs 2000, sh.51.

miştir³¹. Yukarıda da izah edildiği üzere, Danıştay bu dönemde sadece yargılama usûlüyle sınırlı değil, uyuşmazlığın aslını çözmek üzere maddi ceza hukukunun uygulanmasıyla da görevlidir. Bu uygulama, 1913 yılı 27 Şubat tarihinde "Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanun-u Muvakkat" ın yürürlüğe girmesine kadar devam etmiş, ancak bu tarihten sonradır ki davanın aslını çözmek, yani muhakeme yaparak maddi ceza hukuku hükümlerini uygulayıp ceza kurmak yetkisi genel ceza mahkemelerine (adliyeye) verilmiştir. Ancak, tutuk adalet sisteminin Cumhuriyet dönemine kadar sürdüğü görülmektedir³². Türkiye, örnek aldığı Fransız sistemini, Memurların Yargılanması bakımından 43 yıl sonra (1913) kısmen³³ takip ederken, tutuk adalet sisteminden vazgeçip Şura-yı Devlet'i tam bir mahkeme kişiliğine kavuşturma işini ancak 50 yıl sonra başatabiliyordu³⁴. Ancak, şu küçük ayrıntıyı da unutmamak gerekir ki, Şura-yı Devlet'in ceza yargılamasına ilişkin kararları, zaten onamaya tabi değildi, yani tutuk (bağlı) adalet sisteminin dışındaydı.

Başlangıçtaki düşünce ne olursa olsun, memurların yargılanmasının aynı usûl kurallarına bağlanmasının zaman içerisinde öne çıkan en önemli nedeni, kamu yetkisi kullanan devlet görevlilerinin, bu faaliyetlerini, her türlü iftiradan, rast gele suçlamalardan uzak olarak yürütebilecekleri hukuksal güvencelerin sağlanmasıdır. Böylece, hukuksal güvence sağlanıp huzura eren memurun, kamu hizmetini daha iyi yürütmesi amaçlanmıştır. Korunan memur değil, kamu hizmetidir. Hizmetin aksamaması amaçlanmaktadır. Buna bağlı belki ikinci bir sebep de, idarenin işleyişinin bir uzmanlık işi olması karşısında, yargılama öncesi aşamada idarenin uzmanlığından yararlanmak için, memur yargılamasının soruşturma safhasının idareye bırakılma-

³¹ ERDOĞDU, sh.889.

³² DERBİL, sh.145 ve 150.

³³ "Kısmen" diyoruz. Çünkü Fransa Memur Yargılaması bakımından 1870'lerde yargı birliği sistemine geçerken, Türkiye 1913 yılında "Memurin Muhakematı" düzenlenmesiyle, yargılamayı Fransa'daki gibi adli yargıya bırakırken, soruşturma aşamasını idari bünyede bırakıyordu. Yani adliyenin olaya el koyabilmesi, idarenin iznine bağlı oluyordu.

³⁴ Gerçi, Şura-yı Devlet kararlarının onamaya tabi olmaksızın kendiliğinden icra gücüne sahip kılınması ve mahkemelerin (adli mahkemeler dahil), idari makamlarca havaleye gerek olmaksızın dava kabul edebilmelerinin gerekliliği, ikinci meşrutiyetin ardından tartışılmış, Meclise bu konuları düzenleyen yasa teklifleri de sunulmuş, ama bir sonuç alınmadan dünya savaşı ortamına girilmiştir. ARAL, sh.259 vd. Gerçi adli mahkemelerin dava dilekçelerini kabul ve verilen kararların idareye bağlı olmaksızın icra edilebilmesi, Birinci Meşrutiyeti takip eden yıllarda "Usû-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu" yla kabul edilmişti (ARAL, Rüştü, agm., sh.250-251). Ancak, idari yargının, "İdarenin kendi kendini kontrolü" anlamında alınması ve buna ilişkin hukuksal düzenlemeler, varlığını Osmanlı Devleti'nin "tarihe müntekil" sayıldığı tarihe kadar sürdürülmüştür.

sının isabetli olacağı düşüncesidir. Burada, suçun oluşup oluşmadığı hususunda yargıca bir çeşit bilirkişi katkısı sağlanmak istemektedir.

Asıl amaç memurun değil, kamu hizmetinin korunması olduğuna göre, usûl yasasıyla sağlanan korumanın da, ancak kamu yetkisini kullanan memurlar bakımından geçerli olması, bu kurumun mantıki bir sonucudur. Ayrıca devlet, kamu yetkisini kullanarak ürettiği kamu hizmetlerinin yanı sıra, gelişen ekonomik ve sosyal şartlar sebebiyle, asli görevlerinin yanı sıra, kendisi için zorunlu olmamakla birlikte, daha başka görevler de üstlenmiştir. Hatta bu üstlendiği görevlerinin bir çoğunda, özellikle de iktisadi nitelikli olanlarında, kamu kudretinden kaynaklanan³⁵ üstün yetkiler kullanmamakta, tıpkı özel şahıslar gibi, onlarla eşit hukuksal konumda faaliyete girişmektedir. Bu tür faaliyetler sırasında da Devletin istihdam ettiği görevlilerin yargısal ayrıcalıklarından yararlanması, söz konusu faaliyetlerin hukuksal statüsüyle çelişir. O halde, ikinci bir mantıksal sonuç, yargısal korumanın, Devletin ancak asli faaliyetlerini yürüten memurlarının bu korumadan yararlanabilecekleridir. Bu ikisini birleştirdiğimizde, “Memurin Muhakematı” yasasının kapsamına, “devletin asli görevlerini yürütmekle görevli birimlerinden çalışan memurlardan kamu yetkisini kullananlar dahil olmalıdır”, denebilir. İşte bu sonuç, ileride, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat”ın uygulanmasında etkin olmuştur. Şimdi, söz konusu yasanın getirdiği sistemi biraz daha yakından görelim.

2- Kapsam

MMHK, bir ceza usûl yasası olarak, Genel Ceza Yargılama Yasasının istisnasını oluşturmaktadır. Bu durumda, orada sayılan suçlar ve orada belirtilen kişiler bakımından, yine o yasada belirtilen kurallarla sınırlı olarak uygulanacak, bunlar dışındaki hususlarda ise, uygulama tarihinde geçerli olan Ceza Yargılamasıyla ilgili genel usûl kuralları uygulanmaya devam edilecektir. Sistem içersinde MMHK’un yerini böylece belirledikten sonra, yasanın kapsamını kişi ve suç bakımından ayrı ayrı belirlemek gerekir.

a- Kişi Bakımından

Kanunun birinci maddesi, memurların bu yasada izah edilen suçlardan yargılanmalarının, bu yasanın kurallarına tabi olacağını belirtmektedir³⁶.

³⁵ İdari Yargının alanını belirlemek de bir zamanlar bir ölçüt olarak kullanılan “hakimiyet-temşiyet” tasarrufları ayrımının, memur yargılamasında da, “özel yargılama usûlü kapsamının belirlenmesi bakımından” kullanıldığı görülmektedir. MUMCU, agm., sh.135-136.

³⁶ “.....Memurinin vazife-i memuriyetlerinden münbais veya vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında hadis olan cürümlerinden dolayı icrayı muhakemeleri şeraiti atıye dairesinde mehakimi adliyyeye aittir”. Yani: Memurların, memuriyet görevlerinden doğan veya memuriyet görevlerinin yerine getirilmesi sırasında

Yani yasanın kişi bakımından kapsamını memurlar oluşturmaktadır. Ancak konu bu kadar da basit değildir. İşte bütün problem, bu memurların kimler olduğu noktasında düğümlenmektedir. Çünkü, hem Ceza Hukuku, hem de İdare Hukuk memura özel önem vermektedir. Ancak, her ikisinin memur anlayışı oldukça farklıdır. İdare hukukuna göre bir kişiyi memur sayılabilmesi için, öncelikle idari kadrolar içerisinde istihdam edilmesi ve bu işi mutlaka ücret karşılığı yapması gerekir. İdare Hukuku açısından fahri memur ya da fiili memur³⁷ kavramları, olağanüstü dönemler dışında bir anlam ifade etmez; oysa ki Ceza Hukuku açısından bir kişinin memur sayılması açısından, kadrolu veya ücretli olup olmaması hiç önem taşımamakta, hatta gönüllü olup olmaması da sonuca etkili bulunmamaktadır. Tek ölçüt, fiilen yapılan işin kendisidir. Gerçekten de, TCK. 279. Maddede Türk Ceza Kanunu açısından memur tanımlanırken “ister ücretli, ister ücretsiz, ister sürekli ister süreksiz, ister gönüllü ister zorunlu” gibi ifadeler kullanılmaktadır.

MMHK, her ne kadar memurlarla ilgili olsa da, sonuçta yargılama usulünü düzenleyen bir yasa olunca, yani bir yönüyle ceza hukukunu da ilgilendirince, Cumhuriyetin ilk yıllarında buradaki memur kavramında hangi yaklaşımın esas alınacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıktı. Sonuçta, TBMM. 1940 yılında 1255 Sayılı yorum kararıyla, “Ceza Uygulamasında memur kim ise, Ceza Yargılamasında da memur odur” diyerek, sorunu çözmeye çalıştıysa da, yine de sorun çözüme kavuşmuş sayılmaz. Bu kere de, Ceza Kanununun Tatbikatında (TCK. md.279) tanımlanan memurun kim olduğu derin tartışmalara yol açtı. Esasen, meclisin 1255 Sayılı yorum kararı, maksatları aynı olmayan iki kanuna (Ceza Kanunu ve Memurin Muhakematı Kanunu) Uygulama bakımından ortak bir ölçüt bulmuşsa da³⁸, bundan sonraki uygulamada da, her somut olay bakımından ayrı içtihatlar oluşturularak, çözüm kazuistik yöntemlerle üretilmeye çalışılmıştır³⁹. Yasa koyucu da,

gerçekleşen suçlardan dolayı yargılanmaları aşağıdaki şartlar çerçevesinde adliye mahkemelerine aittir(MMHK, md.1).

³⁷ GÖZÜBÜYÜK A. ŞEREF: *Yönetmelik Yargı*, 14.B., sh.213-214.

³⁸ DÖNMEZER SULHI: “*Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanuna Tabi Olacak Şahıslar*”, İÜHFM, C.XI, S.1-2, sh.436.; aynı yazarın “*Memurin Muhakematı Kanunu Bakımından Memur*”: İÜHFM, C.X, S.3-4, sh.820 vd.

³⁹ Nitekim, bu konuda, tefsir kararından 33 yıl sonra, sırf ceza hukukunda memur kavramını inceleyen bir doktora tezi hazırlanmıştır. ŞEKERCİOĞLU, age. Konu hakkında, sayısız yargı kararları vardır. Aslında, TBMM nin 1940 yılında kabul ettiği bahse konu 1255 sayılı Tefsir Kararı da, aslında Şura-yı Devlet tarafından aynı konuda yapılan 1918 tarihli yorumun bir tekrarından ibaret gözükmektedir. Kanun-i Esasi Hükümlerine göre, kanunları yorumlamak görev ve yetkisi Şura-yı Devlet’e ait idi(Bu yetki, 1924 Anayasasıyla Meclise verilmiş ki Meclisin yorum kararlarının dayanağı da zaten bu yetkidir-, 1961 Anayasasından sonra ise kanunların uygulayıcısı olan mahkemelere bırakılmıştır).Şura-yı Devlet, 27 Ağustos 1334(1918) tarihli Memurin Muhakematına ilişkin “memur”

koyucu da, genellikle her yeni idari kuruluş oluşturulduğunda, mensuplarının bu yasaya tabi olup olmadığını kuruluş yasasında ayrıca belirtmek yolunu seçmiştir. Hatta bazen, yanlışlıkla "...kuruluş mensupları ceza tatbikatında memur sayılır" hükmünü koymuş⁴⁰, ancak yargı içtihatları, ceza yargılamasında memur kavramı ile ceza tatbikatında memur kavramlarını ayırdıkları için, yasa koyucunun iradesini açıklarken yaptığı böylesi bir yanlışlık, ceza yargılaması bakımından ilgili yasayı hükümsüz kılabilmıştır.

Yargı organı, 1255 Sayılı yorum kararı doğrultusunda, önüne gelen her somut olayda, sanık durumundaki kişinin idareyle olan hukuksal ilişkisini nazara almaksızın, TCK.279 anlamında, memur sayılıp sayılmayacağını incelemiştir; bu anlamda memur saymasa dahi, açık bir yasa hükmü varsa, o personeli yine MMHK kapsamında kabûl etmiştir. Ancak, bu uygulamasını yaparken, yasaları da yorumlama yolunu seçmiştir. Sözgelimi, yukarıdaki örnekte, amacı açık olan 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları yasasındaki 49'ncü madde hükmünü dahi, bu kurumlar personeli MMHK kapsamında saymak için yeterli görmemiştir. Aslında, belki doğru olanı da yapmıştır. Çünkü, bilindiği üzere MMHK, Ceza Muhakemesi Usûl Kanununun (CMUK) bir istisnasıdır. İstisna hükümlerinin dar yorumlanması da, hukukun genel ilkelerinden olduğuna göre, bu yöndeki yargı kararları hukukun genel ilkelerine de uymaktadır. Ancak bu konuda, öğretide tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, MMHK, memurun lehine kanun niteliği taşıdığından, bütün memurlara uygulanmalıdır⁴¹. Aksi görüşte olanlara göre ise, bu kanunun bir kişiye uygulanabilmesi için açık bir yasa hükmüne ihtiyaç vardır⁴². Aslında bu ikinci görüşü, "TCK-279 anlamında memur olanlar hakkında MMHK'ın uygulanabilmesi için açık yasa hükmüne ihtiyaç vardır" şeklinde anladığımızda, hukuken daha tutarlı, yargı uygulamasıyla da uyuşan bir yorum yapılmış olur.

yorumunda,"Umuru Hükümete ait muamelatı ister asaleten veya vekaleten gerek maaş, gerek ücret ve mülazemet suretiyle bila maaş veya hiçbir ücret almaksızın ifa ile mükellef olan kimselerin cümlesi memur olup, bunların sıfatlarını belirleyen yön görevlendirilme şekilleri değil, gördükleri vazife olduğundan herhangi bir sınıftan olurlarsa olsunlar Memurin Muhakematı Kanununa tabi olurlar"demektedir.

⁴⁰ 625 Sayılı özel öğretim kurumları yasasının 49.maddesi, daha sonra 2843 Sayılı yasayla değiştirilerek, "Türk Ceza Kanunu uygulaması ve Ceza Kovuşturması bakımından memur sayılır" ifadesi eklenmiş, böylece bu kurumların personeli de MMHK. tabi olmuşlardır.

⁴¹ ERDOĞDU, sh.896; ÖZEK ÇETİN: "Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi", İHFM, C.XXV, S.1-4, sh.44; KEYMAN SELÂHATTİN: "Memurin Muhakemat Kanunu", AHFD., 1962, S.1-4, sh.186.

⁴² ERMAN SAHİR: "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBO Dergisi, S.314, sh.235.

Şimdi, hep söz konusu ettiğimiz TCK-279'ncu maddesindeki memur tanımını görelim. Maddeye göre, devletin faaliyetleri kamu görevi ve kamu hizmeti olmak üzere ikiye ayrılır. Kamu görevlileri, devletin devlet olarak yapmak zorunda olduğu işlere ilişkin faaliyetlerdir. Kamu hizmeti ise, devletin zorunlu olmasa da üstlendiği diğer işlerle ilgili faaliyetleridir. Birinci grupta yer alan faaliyetleri görenler, memurlardır. İkinci grup faaliyette çalışanlar ise memur değil, kamu hizmetlileridir. Özellikle KİT personeli ve din görevlileri ikinci gruba örnektir ve bunlar memur değil, kamu hizmetlileridir. O halde, bu grup personel, İdare Hukuku bakımından Devlet Memuru sayılırsa da, Ceza yargılaması açısından memur sayılmayacakları⁴³ için, genel hükümlere tabi tutulacaklardır⁴⁴. Ayrıca, 279'ncu maddeye göre, bir kişinin memur sayılabilmesi bakımından ücret alıp almaması, geçici veya devamlı çalışması, gönüllü veya zorunlu çalışıyor olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan yasamayla ilgili (teşri) adli (yargısal) veya idari (yönetmel) bir "kamu görevi" nin (kamu hizmeti değil) görülüyor olmasıdır⁴⁵.

Görüldüğü üzere, Ceza hukukundaki memur kavramı, idare hukukundaki memur kavramından tamamen ayrıdır. Bu iki kavramı uzun uzun karşılaştırmayacağız. Ancak, kamu görevi-kamu hizmeti ayrımı idare hukukuna yabancı kavramlardır. İdare hukukunda bu iki kavram eş anlamlı kabul edilir ve hatta çoğunlukla tercih edilen terim kamu görevi değil, kamu hizmetidir. Her türlü idari faaliyetten kamu hizmeti olara söz edilir. Esasen, 1255 Sayılı tefsir kararının, MMHK uygulamasını TCK 279'ncu maddeye bağlanması, bu kanunun uygulanmasını lüzumsuz yere genişletmiştir⁴⁶. Kanunun çakış amacı, kamu yetkisi kullanan memurları asılsız isnatlardan korumak olduğuna göre, uygulamanın "yetki kullanan" kamu görevlileriyle sınırlı tutulabilmesi, tefsir kararının da bunun hukuksal zeminini sağlaması gerekirdi. Ancak, uygulama, sırf Devlet Memurları Kanununun kapsamında olduğu için sıradan memur ve hatta hizmetlilerin, hiçbir kamu yetkisi kullanacak durumda olmamalarına rağmen, yasa kapsamı içinde değerlendirilmeleri şeklinde gelişmiştir. Hatta, adliye mahkemelerini kapsamı daraltılma çabalarına karşılık Danıştay'ın kapsamı en geniş şekilde yorumlama eğiliminin de etkisiyle, kapsamın, ne kamu görevi, ne de kamu hizmetiyle ilgili

⁴³ ÖNDER ALI RIZA: "Ceza Yargılama Usûlünde Memur Sayılmayan Görevliler", Adalet Dergisi, Yıl 65, S.8, Ankara 1974.

⁴⁴ 20.01.1969 tarih ve 1968/639 Esas, 1969/17 Karar Sayılı YCGK Kararı. PINAR İBRAHİM: *Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, Ankara 1987, sh.75.

⁴⁵ KUNTER NURULLAH: "Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu", İÜHF, C.XIII, S.2, İstanbul 1947.

⁴⁶ KEYMAN, sh.186-187.

olmayan üçüncü şahıslara doğru genişlediği görülmüştür⁴⁷. Böylece yasa, bir istisna olmaktan çıkıp, adeta genel hüküm görünümü kazanmıştır⁴⁸.

Ancak, daha sonraki yıllarda, kanunun uygulama süreci içerisinde, aslında MMHK kapsamında olan birçok meslek mensupları, daha özel yargılama usûlü hükümlerini sebebiyle, kapsam dışına çıkmışlardır⁴⁹. Bazıları da, MMHK kapsamı dışına çıkarılıp, ayrı bir yargılama usûlüne de tabi tutulmadıklarından, CMUK'na tabi hale getirilmişlerdir⁵⁰.

Buraya kadar anlatılanlardan ortaya çıkan şudur ki, MMHK'nun en tartışmalı yönlerinden biri, onun kişi bakımından kapsamının belirlenmesindeki güçlük idi. Uygulamada kamu idaresi, yargı içtihatları ve hatta 1255 Sayılı Meclis Yorumunun aksine, MMHK'un kapsamını, Devlet Memurları Kanunundaki Memur kavramı ile, unvanı ne olursa olsun, özdeşleştirilmiştir. Nitekim, ileride göreceğimiz üzere, MMHK'ı yürürlükten kaldıran "4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa"nın da, esas itibariyle kapsamı Ceza Hukukundaki değil, İdare Hukukundaki Memur kavramına göre belirlemeye çalıştığı gözlenmektedir.

⁴⁷ Sözgelimi, Eski Vakıf Müttevillilerinin görevleriyle ilgili konularda Ceza Kanunu tatbikatında memur sayılacakları belirtilmiştir (2762 Sayılı Kanun, md.35/II). Danıştay, 1255 Sayılı yorum kararına atfen, "madem ki ceza kanununun tatbikinde müteveli memur sayılır, o halde MMHK açısından da memurdur" gibi bir mantık kaydırmasıyla, en temel görevleri, kendi sülâlelerine, dedelerinin bıraktığı malların gelirini dağıtmaktan ibaret olan bu kişileri de MMHK kapsamına dahil edivermiştir. Bu çok ilginç karar, gerçi Danıştay'ın yargısal değil, idari nitelikli bir karardır, fakat kamu idaresini yönlendirici niteliği sebebiyle, belki de yargısal kararlardan daha da etkilidir. İdari işler Genel Kurulu, 31.01.1989 tarih ve 1988/99 Esas, 1989/6 Karar Sayılı. Ayrışık oy kullanan üyeler, 1255 Sayılı yorum kararının TCK 279/I'deki "kamu görevi gören" kişilere atfı yapması sebebiyle, kamu göreviyle ilgisi bulunmayan Vakıf Müttevillisini kapsamayacağını belirtmişlerdir (Bu karar yayımlanmamıştır).

⁴⁸ Esasen, TCK 279'ncü maddesinin de 1936 yılında 3038 Sayılı yasayla değiştirildikten sonra, oldukça geniş bir kapsama ulaştığı görülüyor. Daha önceki metin "Devletin veya vilayet ne nahiye ve karyelerin nezareti altında kurulan bir hizmette, maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife görenler memur sayılır" deniyordu. Görüldüğü üzere, bu tanımda kamu görevi -kamu hizmeti ayrımı almadığı gibi, "ister gönüllü ister mecburi" gibi, kapsayıcı ibareler de bulunmamaktadır. Ayrıntılar için bkz. **ARTUK MEHMET EMIN ve ark.;** *Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, Ankara 1998, sh.285-309.

⁴⁹ Milletvekilleri, Hakimler ve Savcılar, Zabıta Amir ve Memurları, Bakanlar Kurul Üyeleri bu bağlamda sayılabilirler. Fazla bilgi için bkz. **KIRMIZIGÜL**, sh.73-83.

⁵⁰ CMUK 154'te düzenlenen, adli görevi ihmal eden memurlar bu şekildedir.

b- Suç Bakımından Kapsamı

Kanunun birinci maddesi, kanunun suç bakımından kapsamını “görev dolayısıyla veya görev sırasında” işlenen suçlar olarak belirlemiştir. Görev dolayısıyla işlenen suç, görevle bağlantılı suçlardır. Yani memurun görevini kötüye kullanarak veya yapmayarak (ihmalî) işlediği her çeşit suç, bu kapsamdadır. Kötüye kullanmanın her çeşidini, zimmet, ihtilas, irtikap vs. bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde, görevi ihmal (TCK 230) de yine görevden doğan, görev dolayısıyla işlenen bir suçtur. Görevden doğan suçlara örnek olarak, TCK 339’da düzenlenen sahte evrak tanzimi de gösterilebilir. Bu suçlar, memur tarafından, görev sırasında işlenebileceği gibi, görev dışında da işlenebilir: Bu suçun işlenmesi bakımından memurun mesai dışında evinde, çarşıda-pazarda ve hatta tatilde yahut izinde olmasının bir önemi yoktur. Her zaman ve her yerde işlenebilirler.

Ancak, memurun görev sırasında bir suç işlemesi halinde, suçun görevden doğup-doğmadığına bakılmaz, görev başında işlenen her türlü suç MMHK kapsamında değerlendirilir⁵¹. Ancak, memurun, memuriyet görevi başında değilken, memuriyet görevinden de doğmayan herhangi bir suç işlemesi durumunda, suçun kovuşturulması MMHK’a göre yürütülmez, doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılarınca genel hükümlere göre soruşturma açılarak yürütülür.

MMHK’na kişi bakımından olduğu gibi, suç bakımından da zaman içerisinde çeşitli yasalarla istisnalar getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, normal şartlarda MMHK’na tabi olması gereken bazı suçlar, yasal düzenlemelerle bu yasanın kapsamından çıkartılmışlardır. En önemli istisna, 1609 Sayılı “Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usûlüne Dair Kanun” idi. Kanunun birinci maddesinde sayılan suçlar (irtikap, rüşvet, ihtilas, zimmet, kaçakçılık, müzayede ve ihalelere fesat karıştırma, devlet hariciyesine ait sırları ifşa) MMHK’a tabi olmayacak, bu kanunla getirilen usûle göre soruşturulacaktır. Kanunun kişi bakımından kapsamı, Müsteşar ve Valiler hariç, MMHK’a tabi olan memurlardır. Yani, Müsteşar ve Valiler, bu suçlardan dahi itham edilseler, MMHK’a göre (istisnanın, istisnasının istisnası) kovuşturulacaklardı. Bu yasayla, bahse konu suçlar bakımından soruşturma usûlü basitleştirilmiş ve suçtan haberdar olan savcıya, idareden (Vali veya Bakandan) soruşturma izni talep etme yetkisi tanınmıştır. Şu kadar ki, bakanın bu konudaki kararı kesindir ve aleyhine gidilecek bir yasal yol bulunmamaktadır. Böylece, çok önemli bu memur suçlarında, prosedürü hızlandırılmı derken, tam aksi bir sonuca yol açılmış ve adeta memurlara “dokunulmazlık” sağlandığı⁵² iddia edilerek, öğretilde

⁵¹ Fazla bilgi için bkz. KIRMIZGÜL, sh.66-73.

⁵² YENİSEY FERİDUN: *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, 2.B., İstanbul 1991, sh.242.

yasa eleştirilmiştir⁵³. Sonuçta, bu yasa, 3628 Sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmış, esasen bir anlamda yeniden düzenlenmiştir⁵⁴.

3628 Sayılı yasa, 1609 Sayılı yasada sayılan suçları 17’nci maddesinde tekrarladıktan sonra, 1609 gibi, bazı kişileri kapsamı dışında tutarak MMHK kapsamında bırakmıştır. Bunlar, 1609’da olduğu gibi Müsteşar ve Valiler ile, fazladan olarak bir de kaymakamlardır. Yeni sistemde, Cumhuriyet Savcıları soruşturmanın mutlak yetkilisidirler. Hatta denebilir ki, bu suçlardan dolayı memurların soruşturması genel hükümlere tabi kılınmıştır. Şu kadar ki, savcı, hakkında soruşturma yaptığı memurun dairesine durumu “bildirmek” le yükümlü kılınmıştır. Diğer bir ifadeyle, 1609 sayılı yasadaki “izin” sistemi, 3628 Sayılı yasayla “bildirim” sistemine dönüştürülmüştür⁵⁵.

3- Soruşturma Usûlü

Kanunun getirdiği sistemde, soruşturma yetkilisi ile, soruşturma sonucunda yargılamaya gerek olup olmadığı karar verecek merci farklıdır. Soruşturmayı bakan, müstakil dairelerin en üst amiri, Vali, kaymakam veya İl ve İlçe idare şube başkanlarından birisi açar. Soruşturma sonucunda bir rapor (fezleke) hazırlanır. Bu fezleke, yargılamaya gerek olup olmadığına dair karar vermek üzere yetkili kurula gönderilir. Bu kurullar, il ve ilçe idare kurulları, bakanlık veya diğer kuruluşların merkezinde oluşturulan kurul ve Danıştay ikinci dairesidir. Soruşturmayı yapan veya yaptıranlar bu kurullara katılamazlar (md.3). Demek ki, Soruşturmayı yapan, ya da yaptıran ile, yargılama konusunda karar verecek kurul, kesin surette ayrılmıştır. Ayrıca, soruşturmayı açan yetkili, bir kişidir. Ama Soruşturma sonucunda karar verecek olanlar, kurul halinde çalışırlar.

Soruşturma usûlü bakımından kanun, memurları üç grupta değerlendirmiştir. Merkez memurları, il ve ilçe memurları, milli iradeli memurlar. Milli iradeli memurlar, merkezde olabilecekleri gibi, il ve ilçede de olabilirler. Görüldüğü üzere, bu ayırmada memurun “görev yaptığı yer” esas alınmış, ancak “milli iradeli” (irade-i seniyeli) memurlara özgü olmak üzere, atama usûlüne dayanılmıştır⁵⁶.

⁵³ ŞEKERCİOĞLU METİN: sh.118.

⁵⁴ Yasanın kabul tarihi 19.04.1990’dır. Bu yasanın 17 ila 21’nci maddeleri Ceza Yargılamasına ilişkindir.

⁵⁵ YURTCAN ERDENER: *Ceza Yargılaması Hukuku*, 4.B., İstanbul 1991, sh.618-620.

⁵⁶ Ataması üçlü kararname (ilgili bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanı, koalisyon hükümetleri döneminde hükümetin en büyük ortağının başkanı) ve Bakanlar Kurulu kararı ile yapılanlar milli iradeli sayılırlar. Bunların kimler olduğu, 2451 Sayılı Bakanlıklar ve Bağlı kuruluşlarda Atama Usûlüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilmiştir. Valiler, Büyükelçiler, Yüksek Denetleme

A- Soruşturma Açma Yetkisi ve Soruşturmacı

a- Soruşturma Açma Yetkisi

Milli iradeli memurlar hakkında soruşturma açma yetkisi, bağlı kuruluşlarda görev yapanlar için dahi, ilgili bakana aittir. Ancak soruşturmayı bağlı kuruluşlardan görev yapanlar için dahi, ilgili bakana aittir. Ancak soruşturmayı bağlı kuruluşlardan bir müfettiş veya muhakkik yürütebileceği gibi, kurul halinde de soruşturma yapılabilir, hatta bazen bu zorunludur. Sözgelimi, Merkezdeki Milli iradeli memurlar hakkında soruşturma kurul halinde yürütülmelidir (md.10).

Milli iradeli olmayan memurlar bakımından ise memurun merkez memuru olması halinde, Bakanlık merkez memurları için Bakan, bağlı kuruluşlar merkez memurları için en üst amir (Genel Müdür, Başkan vs.) soruşturma açmaya yetkilidir⁵⁷.

Taşrada ise, Vali, Kaymakam ve İdare Şube başkanları soruşturma açmaya yetkilidir. Burada, idare şube başkanlarına da bu yetkinin tanınmış olması ilginçtir: Milli Eğitim müdürü, Tarım Müdürü gibi görevliler de kendi memurları hakkında bu yetkiyi kullanabilecekleridir. Vali'nin kaymakam hakkında da soruşturma açması mümkündür. Kanunun yapısı içersinde bir ilçe memuru hakkında "en yakın şube idare amirinden başlamak suretiyle soruşturmaya açtırmak yetkisi hiyerarşik amirlerine de tanınmış olup, bu bakımdan Vali ve memurun bağlı bulunduğu bakanlık da bu yetkiyi kullanılabilir"⁵⁸. Ancak, valilerin, Merkezi kendi illerinde bulunan Bölge Müdürlüklerindeki Bölge Müdürleri hakkında soruşturma emri veremeyecekleri kabûl edilmiştir⁵⁹. Ancak, diğer personel için bu yetkileri vardır.

Valiler, Müsteşarlar ve Elçiler hakkında, soruşturmayla ilgili bazı özel hükümler getirilmiştir (md. 8,9 ve 11). Bu özel hükümler, soruşturmanın açılmasından ziyade, karar kurulları ve yargılamayı yapacak mahkeme açısından getirilmiştir. Milli iradeli merkez memurlarının soruşturması bir kurul tarafından yürütülür (md.10).

Kurulu üyeleri gibi bazı görevliler Bakanlar Kurulu Kararıyla; Müsteşarlar, Genel Müdürler ve Yardımcıları, İl İdare Şube Başkanları, Bölge Müdürleri, Vali Muavini, Kaymakam gibi (2) Sayılı cetvelde gösterilen görevliler de üçlü kararnameyle atanırlar.

⁵⁷ **TOPUZ İBRAHİM:** "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Uyarınca Amirlerin Soruşturma Emri konusunda Yetki ve Sorumlulukları", Yerel Yönetim ve Denetim, C.1, S.12, Aralık 1996, sh.40 vd.

⁵⁸ **KIRMIZIGÜL,** sh.97.

⁵⁹ **PINAR,** sh.25.

b-Soruşturmacı

Soruşturmayı, ya müfettişler, ya da muhakkik denen görevliler yürüteceklerdir. Soruşturmanın muhakkik eliyle yürütülmesi halinde, görevlendirilen soruşturmacının, hakkında soruşturma yapılandan üst veya en az ona eşit konumda bulunması gerekir. Soruşturmacılar, soruşturma görevlerini CMUK'da savcıların hazırlık soruşturması sırasında tabi oldukları kurallara uygun olarak yürütürler, ifade alırlar⁶⁰, bilirkişi incelemesi yaptırırlar, ancak arama yaptırılması gibi doğrudan doğruya kişi özgürlüklerine ilişkin hususları kendileri doğrudan yaptırılamazlar, bu konuda savcıya başvururlar⁶¹. Soruşturma sırasında, gerekirse bir önlem olarak memur hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilebilir. Eğer soruşturmacı bir Bakanlık veya bağımsız genel müdürlük müfettişi ise, bu kararı bizzat verebilir⁶². Soruşturma sonucunda düzenlenen rapor, memurun yargılanması konusunda bir karar vermek üzere, aşağıdaki karar kurullarına gönderilir.

B-Karar Verme Yetkisi

Soruşturma sonucunda karar verme yetkisi, karar kurullarına tanınmıştır. Karar kurulları esasen üç adettir. İlçe ve İl İdare Kurulları ile, Danıştay İkinci Dairesi. Bir de, Bakanlık ve diğer kuruluşların merkezlerinde oluşturulan kurullar vardır. Ancak bu kurulların üye sayısı ve kimlerden oluşacağı belli değildir. Her bir olayda, o olaya mahsus olarak oluşturulmaları dahi mümkündür. Kurulların başlıca; "lüzum-u muhakeme", "men-i muhakeme" veya "karar verilmesine yer olmadığı kararı" şeklinde kararlar vermeleri mümkündür.

a- **İdare Kurulları:** İl ve İlçelerde kurulmuşlardır. Başka görevlerinin yanı sıra, memurların yargılanması konusunda karar vermek görevleri de bulunmaktaydı. Bu kurullar, memurun görev yeri esasına göre karar verirler. Diğer bir ifadeyle, bir ilçe memuru hakkında daha üst idare

⁶⁰ Memurların Sorgusunda da, CMUK 135'e uygun olarak dilerse Avukat bulundurabileceği, ifadesinin yazılı alınması halinde ise, gönderilen sorgu yazısında bir avukatın hukuki yardımından istifade edebileceğinin belirtilmesi gerektiği, Danıştay İdari İşler Kurulunun bir kararında belirtilmiştir (1993/29-26 Esas-Karar Sayılı ve 16.02.1993 tarihli karar. *Danıştay Dergisi*, S.88, sh.36-40).

⁶¹ **ÖZCAN ÇAĞATAY:** "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'a Göre Yapılan Soruşturmalarda Görevlendirilen Soruşturmacının Yetkileri", *Türk İdare Dergisi*, C.411, sh.160 vd.

⁶² Devlet Memurları Kanununun 137'nci maddesine göre atamaya yetkili amir, kaymakam ve valilerin de görevden uzaklaştırma yetkisi vardır. İşlemin Ceza Soruşturması sebebiyle yapılması halinde süresi yasada gösterilmemiştir. Ancak, iki ayda bir işlemin gözden geçirileceği belirtilmiştir. Doğaldır ki, en çok yargılama sonucunda bu işlem ortadan kalkar: Ya memur görevine iade edilir, ya da duruma göre görevine son verilir.

ri amirlerce soruşturma açılrsa dahi, yine görev yeri ilçe idare kurulunca karar verilecektir.

b- Danıştay İkinci Dairesi:Mili iradeli memurlar ile, Vali, Müsteşar ve Elçiler hakkında birinci derecede karar, Danıştay İkinci Dairesince verilir⁶³.

c- Merkezde Oluşturulan Kurul:Bakanlıkların ve diğer kuruluşların Merkez memurları hakkında karar vermek üzere, kuruluş merkezlerinde Bakan veya Daire Amirince bir kurul oluşturulur.

Görüldüğü üzere, Danıştay ikinci Dairesi'nin bu husustaki görevinin belirlenmesinde atama usûlü esas alınırken, diğer kurulların görevleri, memurun görev yeri esasına göre belirlenmektedir.

Kurullar, kural olarak, memurun yargılanmasına ya da yargılanmamasına (lüzum-u muhakeme ve men-i muhakemesine) karar verirler. Bunun dışında, bir karar çeşidi de "karar verilmesine yer olmadığı" şeklinde gelişmiştir. Gerçekten de, eylemin suç olmadığına açık olması, sadece disiplin cezasını gerektirir nitelikte bulunması yahut sanığın memur olmaması gibi durumlarda, MMHK'a göre bir karar verilmesi gerekmeyeceğinden, "karar verilmesine yer olmadığı" kararları verilmiştir.

d- Kararlara Karşı İtiraz

Karar Kurullarının kararları aleyhine, hakkında lüzum-u mahkeme (yargılanması gereği) kararı verilen memura, kararın kendisine tebliğinden itibaren 5 gün içerisinde itiraz imkânı tanınmıştır (md.5). Eğer yargılanmasına gerek olmadığı (men-i muhakeme) kararı verilmişse, memurun dairesi üstünün ya da şikayetçinin aynı şekilde itiraz imkânı mevcuttur. Ancak, itiraz edilmese dahi men-i muhakeme kararı bir üst meclis tarafından incelenir.

İtiraz, bir dilekçe ile üst itiraz mercii olan Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemesi'ne sunulmak üzere kararı veren kurula yapılır. İl İdare kurullarının kararlarına itiraz, yasaya göre mafevk (üst) meclis olan il idare kuruluna (md.6) yapılyordu. Ancak, bu kural, yargısal denetim yolunu kapattığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş⁶⁴, bunun üzerine MMHK bir madde eklenerek, ilçe idare kurulu kararlarına karşı itirazların il idare

⁶³ Yasa, Mülkiye Dairesi'nde söz ediliyor. Şura-yı Devletin Mülkiye Dairesinin görevleri, Danıştay'ın bugünkü yapılanmasında İkinci Daireye verilmiştir.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 1991/26 Esas, 1992/11 Karar sayılı ve 27.02.1992 tarihli kararı. Resmî Gazetenin 23.11.1992 tarih ve 21414 Sayılı nüshası. AMKD, S.28, C.1, sh.157-175. Davada, her zaman olduğu gibi yine yasanın tüm maddelerinin iptali istenmiştir. Ancak yasa, sadece ilçe yönetim kurul kararlarına karşı itirazı düzenlenen 6'ncı maddesi hükmünü yönünden Anayasa'nın 9(yargı yetkisi), 36 (hak arama hürriyeti) ve 125 (Yargı yolu) inci maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

kuruluna değil, Bölge İdare Mahkemelerine yapılması kuralı getirilmiştir⁶⁵.

İl İdare Kurulu ve Merkezde oluşturulan kurullar aleyhine Danıştay 2'nci dairesine; Danıştay ikinci dairesinin ilk derecede verdiği kararlar aleyhine de idari işler kuruluna itiraz edilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir, tekrar itiraza konu olmazlar.

Sonuçta, eğer memurun yargılanmamasına (men-i muhakeme) karar verilirse, süreç bitmiştir, artık memur herhangi ceza suçlamasına muhatap değildir. Tersine, yargılanması kararı kesinleşirse, dosya, ilgili Cumhuriyet Savcılığına gönderilir ve böylece iddia adli makamların önüne gitmiş, adli aşama başlamış olur. Artık savcıya düşen, hazırlık soruşturması evrakı tamamlanmış olan dosyayı (iddianameyi), bir üst yazıyla Mahkemeye intikal ettirmek (dava açmak) ten ibarettir. Yargılama, kural olarak, genel kurallara göre yetkili ve görevli olan mahkemede yapılır. Ancak, MMHK bazı özel yetki kuralları da getirmiştir. İllerdeki milli iradeli memurlar, en yakın ildeki mahkemede yargılanır. Bu ilin hangisi olacağı, Lüzum-u Muhakeme kararında gösterilir. Valilerin yargılanması, Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesince yapılır. Bu kararların temyizi de Yargıtay Genel Kurulunda karara bağlanır. Büyükelçilerin yargılanması da aynı usûle tabidir.

D- MMHK'un Uygulanması

Kanun, 1913 yılından 1999 yılı Aralık ayına kadar (04.12.1999) 86 yılı aşkın süre uygulanmıştır. Bu uygulama sırasında Devlet Yapısı İmparatorluktan Cumhuriyete dönüşmüş, Kanun-u Esasi dahil, beş ayrı Anayasaya muhatap olunmuştur. Gerçi, bir ara karar kurulları bakımından küçük bir kesinti yaşanmış, daha doğrusu, Osmanlı Şura-yı Devletinin Osmanlı Devletiyle birlikte sona ermesi üzerine, Cumhuriyet döneminde 669 Sayılı kanunla eski dönem içerisinde Mülkiye Dairesinin (şimdiki 2.Daire) memur yargılamasına ilişkin görevleri, Milli Egemenliğin tek sahibi olan Milli Meclisin kendi içinden seçtiği bir Encümen (komisyon) tarafından yerine getirilmiş⁶⁶ ve böylece, Danıştay'a ara verilmiş, ama yasanın uygulanmasında süreklilik sağlanmıştır.

Bu 75 yıl boyunca, yasanın sürekli eleştirildiğini ve bu eleştirilerin 1961 Anayasasından sonra dozunun çok arttığını ve yoğunlaştığını görüyoruz. Gerçekten de, daha 1950'lerin başında bu kanunun kaldırılmasının istendiğini⁶⁷ ve hatta kaldırılmasının düşünüldüğünü⁶⁸ anlamaktayız. Fakat 1961 Anayasasından sonra, Anayasa Mahkemesi de kurulunca, görüşlerin

⁶⁵ 1994 yılında 4005 Sayılı yasayla MMHK'a eklenen kural.

⁶⁶ ERDOĞDU, sh.915-916.

⁶⁷ ERMAN, Sahir: "Memurin Muhakemat Kanunu Kaldırılmalıdır", Cumhuriyet Gazetesi, 12.06.1950.

⁶⁸ KUNTER NURULLAH: "Memurin Muhakematı Kanunu Kaldırılırken", Cumhuriyet Gazetesi, 26.04.1953.

hukuksal güç elde etmesi yolu açıldı ve MMHK'nun Anayasaya aykırılığının öne sürülmesi süreci başladı. Yüksek Mahkeme, bu konudaki ilk iptal kararını 1963 yılında verdi⁶⁹ ve yasanın, Bakanlara tutuklama yetkisi veren 16'ncı maddesini iptal etti⁷⁰. Ancak, kanuna asıl itirazlar, memurları ayrıcalıklı duruma getirerek Anayasanın eşitlik ilkesinin ihlâl edildiği⁷¹ noktasında öteden beri süregeldiği için, çok sayıda iptal başvurusu daha sonraları yasanın bütünü bakımından yapıldı ama, bunların hepsi de reddedildi. Ta ki, 1992 yılında, 6'ncı maddenin ilçe idare kurulu kararlarına karşı ancak il idare kuruluna itiraz edebilmesini düzenleyen hükmünün iptaline kadar ve hatta ondan da sonra, başka bir iptal hükmü verilmedi. Zaten 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza kovuşturması yapılmasını, istisnalar dışında, kanunun gösterdiği yetkili idari merciin iznine bağlayarak (md.129/son) bir anlamda kanuna Anayasal Meşruiyet sağlamak istemiş, ayrıca, anayasaya aykırılık iddialarını, iddianın bir kez reddedilmesi halinde, 10 yıl süreyle yasakladığı için de bir ölçüde mevcut yasa(lar) lehine bir istikrar sağlamıştır(md.152/IV). Böylece, eşitlik ilkesine aykırılık iddiası kökten çözülmüş oluyordu⁷². Nitekim, MMHK, Anayasa Mahkemesince, Anayasa Mahkemeli dönemdeki 40 yıla yakın ömrü boyunca, genel yapısı itibariyle hep Anayasaya uygun bulunmuştur. Fakat, bu kanunun yürürlükten kaldırılmasına ilişkin asıl zorlama, sınırlarımız dışından, uzaklardan geldi ve belki de çok acele bir şekilde, yeni bir kanun kabûl edilerek, 04.12.1999'da 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması hakkında kanun ile yürürlükten kaldırıldı. O halde şimdi, 4483 Sayılı yasanın getirdiği sistemi inceleyebiliriz.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 20.09.1963 tarih ve 1963/59 -225 Esas-Karar Sayılı kararı. AMKD, S.2, sh.41-43.

⁷⁰ YÜCE TURHAN TUFAN: "Memurin Muhakematı Kanununun Anayasaya Aykırılığı ve Anayasa Mahkemesinin Bu Konudaki Kararı üzerine", ABD, C.25, S.5; ÖZEK ÇETİN: "Memurin Muhakematı Kanunu ile İlgili Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi", İÜHF, C.XXXIII, S.1-2.

⁷¹ MMHK karşı ileri sürülen eleştiriler için bkz. ÖZCAN ÇAĞATAY: "Memurların Yargılanmasına İlişkin Sistemde Yapılması Gereken Değişiklikler", Türk İdare Dergisi, C.71, S.425, sh.48-49.

⁷² Hukuken böyle olmakla birlikte, yerindelik açısından tartışmalar hiç bitmedi. Kimisi, aksayan yönlerin düzeltilmesini isterken (ÖZCAN ÇAĞATAY: Türk İdare Dergisi, S.425, sh.47-60), kimileri de bu düzenlemenin toptan kaldırılmasını öneriyordu. KELEŞ MEHRİGÜL: "Memurin Muhakematı Hakkında Kanun Kaldırılmalıdır", İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1996, sh.60 vd.

III- 4483 SAYILI “MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA YASA” NIN GETİRDİĞİ SİSTEM

1-Genel Olarak

A-Sistemin Genel Mantığı

Eski yasaya yöneltilen eleştiriler; memurların korunmasına yol açarak eşitliğe aykırı sonuç doğurduğu, idari soruşturma ve karar kurulları aşamasında çok fazla zaman geçmesiyle yargılamanın ya çok geciktiği, yahut da çoğu zaman suçun zamanaşımına uğradığı; “kol kırılır yen içinde kalır” mantığıyla mesleki dayanışma psikolojisi içinde bazı suçların cezasız kalmasının sağlanmasıyla adaletsizliğe yol açıldığı, profesyonel olmayan kişilerce soruşturma yapılması ve yargılama hususunda karar verilmesi sebebiyle adaletin gerçekleşmesine köstek olduğu, idari görevlilerin yargısal karar vermelerinin yargı bağımsızlığı ile ilgili Anayasanın 140’ncı maddesine aykırı olduğu, hakimlik güvencesine sahip olmayan karar kurulu üyelerinin tarafsızlıklarını koruyamadıkları ve yanlı kararlar verdikleri gibi konularda yoğunlaşmaktaydı. Bu eleştirilerin karşılanması iki türlü olabilirdi: Ya, 1609 sayılı yasa ve daha sonra onun yerine geçen 3628 sayılı *Mal Bildiriminde Bulunma ve Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasında* sayılı suçlar bakımından olduğu gibi, bütün suçlar bakımından memurların cezai soruşturmaları da genel hükümlere tabi tutulup, tamamen Cumhuriyet Savcılarına bırakılır, ya da bu eleştirileri mümkün olduğu ölçüde karşılayacak şekilde yeniden düzenlenebilirdi. Birinci seçenek tercih edildiğinde, belki sorun kökten çözülecek ve hiçbir “yeniden düzenlemeyle” tam olarak karşılanamayacak olan “eşitlik ilkesine aykırılık” eleştirisi de böylece karşılanmış olacaktı.

Ama bu seçeneğin de önünde, bu sefer Anayasal bir engel olarak 129’ncu maddedeki düzenleme yer almaktaydı. Buna göre, kural; memurların ceza kovuşturmasına tabi tutulabilmesi için, kanunun gösterdiği idari merciin izninin alınması gerekir. Herhalde 1961 Anayasası döneminde MMHK için yapılan Anayasaya aykırılık iddialarını bizzat Anayasada karşılamak suretiyle Anayasa koyucu bunları kökten bir çözüme bağlamak istemişti⁷³. İstisnalara da kapıyı açık bırakan bu Anayasal normun, aslında var olan memur yargılama rejimine anayasal taban oluşturmak kaygısını taşıdığı her halinden bellidir. Çünkü, anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte, düşünülen bu genel kuralın istisnası zaten vardı: Adli göreve ilişkin suçlar, CMUK hükümleri karşısında zaten genel hükümlere tabiiydi ve Anayasanın yürürlüğünden sonra da 3628 Sayılı yasayla bu istisna hükmüne dahil ikinci bir suç

⁷³ ÖZENSOY TALAT RASİM: Kamu Görevlilerinin Yargılanması Usûlü, İçişleri Bakanlığı APK Başkanlığı yayını, Ankara 1990, sh.3.

grubu oluşturuldu. Sonuçta, MMHK hükümlerine giren suçlar, adeta görevin ihmali ve kötüye kullanılması (TCK.230 ve 240) suçları etrafında bırakılmıştır denebilir. Ancak bu, görevden doğan suçlar bakımından geçerli bir sınırlama sayılabilirse de, görev sırasında işlenen suçlar bakımından böylesi bir sınırlama mümkün değildir. Denebilir ki, 3628 Sayılı yasada sayılmayan ve ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinden de olmayan bütün suçlar, bu ikinci grubun kapsamına girebilir. Öyleyse, hemen önemli memur suçlarının hapsinin MMHK kapsamından çıkartılıp genel hükümlere tabi kılınmasına rağmen, yine de MMHK 'un uygulama alanı hatırı sayılır bir genişliğe sahip bulunmaktaydı.

Madem ki, Ceza Hukuku bakımından yargı birliğinin sağlanmasının önünde anayasal değişiklik gerekmesi gibi önemli bir engel vardı ve ayrıca, memurların ayrı bir yargılama usûlüne tabi tutulmasının özellikle Türkiye şartları sebebiyle gerekliliği konusunda da-aleyhteki fikirler kadar yoğun olmasa da- bir fikri (düşünsel) birikim vardı⁷⁴; o halde en gerçekçi çözüm olarak, memur yargılama usûlünü -eşitlik ilkesiyle ilgili olanı hariç- eleştiriler çerçevesinde yeniden düzenlemek gerekliydi ve bu mümkündü: Suç bakımından kapsamını görevden doğan suçlarla sınırlamak, soruşturmanın idari aşamasını hızlandırmak, işin asıl sahibi olan Cumhuriyet Savcılarını da İdari Soruşturma aşamasında bir şekilde söz sahibi yapmak; çok önemli bir husus olarak da, yasanın kişi bakımından kapsamını, memur tanımını, işin niteliği gereği, ceza hukukunun kendine özgü tanımından idare hukukundaki memur tanımına oturtarak, daraltmak şeklinde düzenlenmesi suretiyle, memur yargılamasının hukuksal rejimini, sakıncaları en aza indirilmiş bir hale getirmek mümkün olabilirdi⁷⁵.

Bütün bu tartışmalar sürerken, tam da bu konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Komisyonu⁷⁶ ve Mahkemesi⁷⁷ kararlarında önemli bazı gelişmeler oldu ve Türkiye, Memur Yargılama rejimi bakımından peş peşe yüklü tazminatlar ödenmesi gereken potansiyel bir durumla karşı karşıya kaldı. Bu kararlara göre, özetle: Yapılan soruşturmanın bağımsız organlarca yapılmadığı, yüzeysel kaldığı; en önemlisi de, bu yüzeysel soruşturmaya ilişkin iti-

⁷⁴ **TİMUR TURGUT:** *Memurların Yargılanmaları Usûlü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları No:8, Ankara 1971, sh.16-22.

⁷⁵ **ÖZCAN**, sh.50-60.

⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun 30.10.1997 tarihli raporu. Raport dolopte'le 30 octobre 1997 de la Commission sur la requête n° 21594/93 présentée par Sabriye OGUR, Avrupa Konseyi Yayını (**TEZCAN DURMUŞ**, "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", 2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayını Bürosu Yayınları, sh.177, dn.119'dan).

⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli kararı (**TEZCAN**, sh.177, dn.119).

razların incelendiği Danıştay aşamasında da, "Danıştay incelemesinin dosya üzerinden yapıldığı, soruşturmanın bu aşamasının da mağdura (somut olayda ölen kişinin yakınlarına) kapalı olduğu, bu kararın ona tebliğ edilmediği ve böylece Danıştay nezdinde itirazda bulunma hakkından mahrum kaldığı" ifade edilmektedir⁷⁸. Bu kararlar üzerine, MMHK derhal yasama organının gündemine alınmış ve yeni bir düzenleme çalışmaları başlatılmıştır.

Yasanın genel gerekçesinde; memurların doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmasının sakıncaları (kamu hizmetinin işleyişini aksatacağı) anlatıldıktan sonra, kamu görevlilerinin asılsız isnatlara ve iftiralara karşı korunmasının zorunluluğu vurgulanıyor; fakat MMHK'da yer alan soruşturma aşamalarının çokluğu ve bu aşamalarda görev alanların (her halde idari karar kurulları kastediliyor olmalı) yetersizliği sebebiyle işlerin uzadığına işaret edildikten sonra; bu yasanın hem suç bakımından kapsamının genişliği (yani sırf görev sırasında işlendiği için görevle ilişkisiz suçları da kapsaması); ayrıca, Ceza Hukukundaki memur kavramının esas alınması suretiyle memur olmayanların kapsama dahil edilmesiyle uygulamanın kişi yönünden de çok lüzumsuz yere genişletildiği anlatılmaktadır.

Bütün bu sakıncaları gidermek üzere, idarenin izin kararını, adli nitelikte bir soruşturma sonucunda değil, adli süreç başlamadan önceki bir ön incelemeye dayandırması sistemi benimsenerek, soruşturmanın kurullar elinde sürüncemede kalmasının önlenmesi, görev sırasında işlense de görevle ilgisi olmayan suçların kapsam dışında bırakıldığı, vurgulandıktan sonra tasarının amacı; "Kamu yönetimini zaafa uğratmadan Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlarda yargılama aşamasına geçilmeden yapılacak soruşturmanın basit, etkili ve süratli biçimde işlenmesini sağlamak ve suçların cezasız kalmasını engellemek" olarak belirtilmektedir⁷⁹.

B- Sistemin Dayandığı Temel İlkeler

Böylece, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa (MYY) nın temel ilkelerini şu şekilde belirleyebiliriz⁸⁰.

- (a) Kamu görevlilerinin yargılanması, kamu hizmetinin işleyişi zaafa uğratılmadan gerçekleştirilmelidir.

⁷⁸ Geniş bilgi için bkz. DURMUŞ, Tezcan, sh.177, dn.119.

⁷⁹ PINAR İBRAHİM: *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, sh.30-31.

⁸⁰ SAYIN DENİZ: "Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C.9, S.1, sh.98-100.

- (b) İdari izinle ilgili kararın verilebilmesi, yargılama aşamasından önce, tamamen idari nitelikli bir soruşturmaya dayanmalıdır. **Yani İdare, yargısal faaliyetin tamamen dışına çıkartılmaktadır.**
- (c) İdari izne esas olacak idari soruşturma (yasanın deyiimiyle “ön inceleme”)nın **basit, etkili ve süratli biçimde işlemesi** sağlanmalı, böylece suçların (zamanaşımı gibi sebeplerle) cezasız kalması önlenmelidir.
- (d) **Yasanın kapsamı suç ve kişi açısından daraltılmak istenmiştir.** Sadece, Memuriyetten doğan suçlar yasa kapsamındadır, memuriyet görevi sırasında işlense de, sair suçlar kapsam dışına çıkartılmıştır. Kişi bakımından da, Memur kavramı, Ceza hukukundaki anlamıyla değil, idare hukukundaki anlamıyla alınmış ve böylece kapsam bu yönüyle de daraltılmak istenmiştir.
- (e) MMHK’da Soruşturma emri veren merci ile Yargılama konusunda karar veren kurul tamamen ayrı ayrı düzenlenmişti. Ama, 4483 Sayılı yasa, ön inceleme yapma ve soruşturma izni verme yetkilerini aynı makama vermiştir. Gerçi, bu ön incelemeyi, MMHK’da soruşturma öncesi yapılabilen incelemeye benzetirsek, orada da hem inceleme, hem de soruşturma onayları aynı makamca verildiğinden, arada fark olmadığı da düşünülebilir. Fakat bu düşünce, soruşturma aşamasının savcılıkça yürütülmesi ve “ön inceleme” aşamasında dahi savcıya itiraz hakkı tanınması sebepleriyle önemli bir tenkidi hak eder.

Şimdi, bu genel açıklamalardan sonra, yeni sistemi daha yakından tanıyabiliriz. Ancak, daha şimdiden şunu söyleyelim ki, adli sonuçlar doğursa da, yargılama sürecinin tamamen dışına çekilmeye çalışılan bu yeni usûl, MMHK’a göre getirilen sistemde, soruşturma emri verilmeden önceki “inceleme” aşamasını karşılamakta^{80a}, ama sonucu itibariyle, karar kurullarının kararlarıyla bazen aynı, bazen de benzer sonuç doğurmaktadır. Gerçekten de, MMHK’nun 2’nci maddesi “memurun suç işlediği anlaşılırsa,... hakkında CMUK uyarınca soruşturma yaptırılır” demektedir. İşte bu “anlaşılırsa” hükmü, uygulamada, bir “inceleme” sonucunda gerçekleşmektedir⁸¹. MMHK’a göre soruşturma yetkisine sahip idari makam, suç iddiasından bir şekilde haberdar olduğunda, önce durumu inceletmekte, bu inceleme sonucunda bir suç işlendiği yolunda ciddi bulgulara ulaşırsa, ancak o zaman MMHK’daki süreci başlatan “Soruşturma Emri” verilmekteydi. Bazen de, usûl ekonomisi yönünden, bu görev onayları “incelenmesi, gerekirse soruşturulması” şeklinde de olabilmekteydi. Bu takdirde, soruşturmacıya (MMHK’un deyiimiyle “muhakkik”e) bir çeşit yetki devri yapılmaktaydı

^{80a} KIRMIZIGÜL, sh.84.

⁸¹ KIRMIZIGÜL, sh.85.

ki⁸², bunun da iki pratik sonucu olmaktadır: Soruşturmaya gerek yoksa, görevlendirilen kişi bir inceleme raporu yazarak, soruşturmaya gerek olmadığı yolundaki kanaatini makama sunar, böylece işlem orada biterdi. Tersine, soruşturmaya gerek görüyorsa, makamdan ikinci bir soruşturma onayı almaksızın görevine devam edebiliyordu. İşte yeni sistem, eski işleyişteki “ön inceleme” aşamasını karşılamaktadır⁸³. İnceleme sonucunda verilen “soruşturma izni” konusundaki karar ise; soruşturmaya izin verilmemesi halinde, eski sistemdeki “men-i muhakeme” kararıyla aynı sonucu doğurmaktadır. Şu kadar ki, bu karar, eski karara göre daha prosedürün en başında verilmiş bir karar olmaktadır. Soruşturmaya izin verilmesi halinde, yine eski “lüzum-u muhakeme” kararına benzemektedir ama, aynısı değildir. Çünkü, burada verilen izin, hazırlık tahkikatının yapılması aşamasını başlatırken, “lüzum-u muhakeme” kararı, doğrudan yargılama aşamasını başlatmaktaydı. Çünkü, hazırlık soruşturması eski sistemde idare içinde cereyan etmekteydi. Böyle olunca, “Soruşturma İzni” verilmesi, mutlaka yargılamayla sonuçlanmayabilir, olabilir ki, savcı soruşturma sonucunda takipsizlik kararı versin. Bu yönleriyle, soruşturmaya izin verilmesine ilişkin karar, eski sistemdeki lüzum-u muhakeme kararından ayrılmaktadır.

Yeni sistem incelenirken; kapsam, suç öğrenme, ön incelemenin başlatılması, ön incelemenin yapılması, soruşturma izni konusunda karar verilmesi, soruşturma izninin kesinleşmesi ve yargılama aşamaları karşımıza çıkmaktadır. Hatta, biraz daha basitleştirirsek, şemayı “kapsam”, “ön inceleme”, “soruşturma iznine ilişkin karar” şeklinde üç bölüme ayırabiliriz. Aşağıda bu ayrım esas alınacaktır.

2- Kapsam

A- Suç Bakımından

a- Genel Kural

Kapsam konusu, yasa bir usûl kuralı olduğuna göre, bu usûlün suç ve kişi bakımından uygulanacağı alanı ifade eder. Suç konusundaki kapsam bakımından MMHK ile MYY (Memur Yargılama Yasası – uzun adıyla: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Kanun) arasında en önemli fark, görev sırasında işlenen suçların, görevden doğmaması halinde kapsam dışına çıkarılmış olmasıdır. Gerçekten de, MMHK’un 1’nci maddesindeki “memuriyet görevinden doğan veya memuriyet görevinin ifası sırasında”

⁸² Soruşturma emrini verecek makamın bu yetkisini devredemeyeceği yolunda Danıştay 1.Dairesinin görüşü ve ikinci dairenin kararları olmasına rağmen, bu anlamdaki bir yetki devrinin tartışıldığına hiç rastlanmamaktadır.

⁸³ Nitekim, yeni yasada idari soruşturmaya verilen isim “ön inceleme” dir (Bkz.4483 sayılı yasa, md.5).

işlenen suçlar yasa kapsamında sayılmışken, MYY'nın 2'nci maddesinde, açıkça "görevleri sebebiyle işlenen" suçlardan söz edilmektedir. Bu ifade, MMHK'un 1'nci maddesindeki hükmün "Memuriyet Görevinden Doğan Suç" kısmına karşılık gelmektedir. Bu durumda, görev sırasında işlense dahi, görevle ilgisi bulunmayan darp, hakaret, sarkıntılık gibi suçlar, yasa kapsamında olmayıp, genel hükümlere göre soruşturulacaktır.^{83a}

Nitekim, MMHK'un bu görev sırasında işlenen suçları görevle ilgisi olmasa dahi kapsam içerisinde sayan hükmü-elbette haklı olarak-onun en çok eleştirilen yönlerindendi. Yapılan düzenleme bu yönüyle oldukça olumludur. Ancak, yasanın, KİT'lere ilişkin 399 Sayılı KHK'nin 11'nci maddesinin (d) fıkrasını değiştiren 17'nci maddesi, oldukça kötü kaleme alınmıştır. Burada, Teşebbüs Genel Müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin "görevlerini icra sırasında" işledikleri suçlardan söz edilmekte⁸⁴, 2'nci maddedeki gibi "görevleri sebebiyle işledikleri suçlar" denilmemektedir. Burada, yasanın lafzından MMHK gibi geniş bir kapsama sahip olduğu çıkmaktadır. Ancak yasa koyucunun amacının sayılan KİT personelini de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden sayıp, bu yasaya tabi tutmak olduğu ortadadır. Nitekim madde gerekçesinden de yasa koyucunun amacının bu olduğu anlaşılmaktadır⁸⁵. Fakat, meram ifade edilememiştir. Üstelik, maddedeki tek sakatlık bu da değildir. Cümlelerin devamında ".....yargılanmaları, ilgili bakının iznine bağlıdır" diyerek, sanki hazırlık soruşturmasının MMHK'unda olduğu gibi idare tarafından yapılacağı gibi bir izlenim de edinilmektedir. Halbuki, izin belki sonuçta yargılanmaya yol açabilirse de, asıl savcılık soruşturmasının yapılabilmesine ilişkindir. Savcının, bu soruşturma sonucunda gerek görmemesi halinde dava açmaması, yani memurun yargılanmaması da mümkündür. Gerçi, yasanın "amaç" başlıklı 1'nci maddesi de yargılanma izninden söz etmektedir ki, bu da aynı şekilde isabetli değildir. Çünkü, devam eden maddelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, idarenin izni yargılamaya değil soruşturma yapılmasına ilişkindir.

b- İstisnalar

Yasanın kapsamı "görev sebebiyle işlenen suçlar" olmakla birlikte, bazı suç çeşitleri normalde bu yasa kapsamında değerlendirilebilecek iken,

^{83a} Danıştay İkinci Dairesi, İl Valisi hakkında İçişleri Bakanı tarafından verilen "soruşturma izni verilmesine" ilişkin karara, sanık valinin itirazı üzerine, "öne sürülen suç iddiasının görev sebebiyle işlenen suç olmadığı için, genel hükümlere göre soruşturulması gerektiği ve bu sebeple kararın kaldırılmasına" karar vermiştir.(2000/2035-2963 Esas-Karar sayılı)TOPUZ, s.308.

⁸⁴ SAYIN, sh.108, 19 nolu dn.

⁸⁵ 17'nci madde gerekçesi: "22.01.1990 tarih ve 399 Sayılı KHK'nin 11'nci maddesinin (d) bendi değiştirilerek bu kanun hükümlerinin teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları bakımından da uygulanması sağlanmıştır".

bazı özel usûllere bağlandıkları için kapsam dışında kalmaktadırlar. Başta, "3628 Sayılı yasa da sayılı suçlar"^{85a} ve "adli göreve ilişkin suçlar"^{85b} olmak üzere, MMHK uygulaması dışında kalan suçlar, bu kanunun da kapsamı dışındadırlar. Çünkü, ".....suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usûllerine ilişkin hükümler saklıdır" (md. 2/II). Böylelikle, MMHK zamanında bu bakımdan yapılan bütün düzenlemelerin geçerliliği korunmuş, diğer bir ifadeyle, memur yargılama rejimine suç bakımından getirilen "istisnalar" sistemine dokunulmamıştır.^{85c}

^{85a} 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununa göre, zimmet suçunun da aralarında bulunduğu bazı suçlar Genel Hükümlere göre soruşturulacaktır (madde 17). Ancak, aynı yasanın 17/II. Maddesine göre; "Müsteşarlar, Valiler ve Kaymakamlar hakkında bu kanun uygulanmaz". O halde anılan kişiler bu kanunda yazılı suçlarla suçlanmış olsalar dahi, haklarındaki ceza takibatı genel hükümlere göre değil, 4483 sayılı kanun hükümlerine göre yapılacaktır. Burada, önce 4483 sayılı kanuna suç esas alınarak bir istisna getirildiği, ancak "kişi" esas alınarak bu istisnaya tekrar bir istisna getirip, ilk halin (4483'e tabi olma) suç sebebiyle yeniden gerçekleştirildiği görülmektedir. "Kaymakamın suçu, 3628 sayılı kanun kapsamında olsa bile, (MMHK) 4483'e göre soruşturulacağı" hakkındaki Danıştay İkinci Daire kararı, yukarıda izah edilen durumu anlatmaktadır (1998/1193-2214 Esas-Karar sayılı kararı).

^{85b} Müfettişin, gerçeğe aykırı rapor düzenlediği iddiasına ilişkin olarak Danıştay 2. Dairesi "Mahkemeyi yanıltıcı belge sunmak suçunun adli göreve ilişkin olduğu ve genel hükümlere göre soruşturulması gerektiğine" karar vermiştir (1995/2885 Esas, 1997/1833 karar sayılı kararı). **TOPUZ**, s.320.

^{85c} Son olarak, 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile, 4483 sayılı kanunun kapsamı düzenleyen 2. Maddesine bir fıkra eklenerek; 243 ve 245. Maddeleri ile CMUK 154/IV. Maddesi kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda, bu kanun (4483 sayılı kanun) hükümleri uygulanmaz denilerek, kanuna bir istisna daha getirildiği görülmektedir. TCK. 243 ve 245. Maddeler, Hükümet Memurları tarafından fertlere yapılacak kötü muameleleri; 243, özellikle hakimlerin suçu söyletmek üzere zanlılara kötü muamelesini; 245 ise, güç kullanma yetkisine sahip olanların, özellikle zabıta memurlarının görevlerini yerine getirirken aşırıya kaçarak şekilde davranmalarını yasaklamakta; CMUK 154/IV ise, adli görev yürüten zabıta amirleri hakkında, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulünün uygulanacağını belirtmektedir. Buradaki düzenlemenin, hem kişi, hem de suç bakımından yapıldığı dikkat çekmektedir. İnsan haklarına yönelik düzenlemeler bağlamında, aslında 4483 sayılı kanun kapsamında bulunan iki suç daha bu kapsamdan çıkartılmaktadır. Yani, suç bakımından istisna getirilmesi söz konusudur. Oysa ki, aynı düzenlemenin CMUK 154/IV. Madde ile ilgili kısmının, yasa koyucunun amaçladığı gibi, zabıta amirleri bakımından da bu yasaya kişi yönünden de bir istisna getirdiği söylenemez. Çünkü, zaten anılan CMUK kuralında, zabıta amirlerinin adli görevlerle ilgili suçları bakımından "hakimlerin tabi olduğu muhakeme usulüne" tabi oldukları belirtilmek

B- Kişi Bakımından

a- Ceza Hukukundaki Memurdan İdare Hukukundaki Memura

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa (MYY) nın, MMHK'a göre yaptığı diğer bir önemli yenilik, yasanın kapsamında yer alan kişileri bizzat tanımlayarak, memuru, Ceza hukukundaki tanımından kurtarıp, idare hukukundaki anlamına kavuşturmaya çalışmasıdır. Bilindiği üzere MMHK, varoluş nedeni zaten onların yargılanma usulünü düzenlemekten ibaret olan "memur" u, belki de "malûm-u ilân" saydığından olacak ki, tanımlamamış; fakat uygulamada "memur"un hiç de bu kadar tanıdık olmadığı anlaşılınca TBMM işe karışarak bir tefsir kararı verip, buradaki memurun, Ceza Kanununda söz edilen memur olarak anlaşılması gereğine hükmetmiş; ancak, Ceza hukukundaki memurun da net bir tanımı bulunmadığı için, sorun adeta kazuistik yöntemle çözülmeye çalışılmış, bu konuda onlarca makale ve ciltlerle kitaplar yazılmış; sonuçta MYY(4483 Sayılı yasa) düzenlemesinde memurun, idare hukukundaki memur anlayışına yakın bir nitelendirmesi-ama yine tanımı değil-yapılmış ve bizce de sorun, genel usûl kurallarından ayrılmak anlamına gelen böylesi bir yasanın var oluş mantığına daha uygun bir tarzda çözülmeye çalışılmıştır.

Ancak, sorun sadece çözülmeye çalışmış, fakat tam olarak da çözülmüş değildir. Bilindiği üzere, memurun İdare Hukuku bakımından hukukumuzdaki en somut nitelemesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) nun 4.maddesinde yapılmıştır: "Mevcut Kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler" memurdur; bunlara DMK uygulanır.

Fakat, hemen fark edileceği üzere, bu tanım da, o kadar net değildir. "Mevcut Kuruluş biçimine bakılmaksızın" ifadesi belki kolayca anlaşılabilir: İster yasayla, ister yasanın verdiği yetkiye istinaden idari bir kararla; ister merkezi idare içinde, ister yerinden yönetim kuruluşu şeklinde kurulsun, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri kastedilmektedir. Ancak, "Genel idare esasları" ile "asli ve sürekli hizmet" kavramları daha soyut kavramlar olup, somutlaştırılmaya ihtiyaç duymaktadırlar.

İdare hukuku bakımından önem taşıyan ikinci bir memur sözcüğü, Anayasanın 128'nci maddesinde geçmektedir. Buna göre; "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Mad-

suretiyle 4483 sayılı yasa kapsamı dışında tutuldukları görülmektedir. O halde, yapılan bu düzenleme, belirtilen kısmı bakımından bir anlam taşımayacaktır.

denin başlığında da “kamu hizmeti görevlileri”nden söz edildiğine göre; “kamu hizmeti görevlisi” bir üst kavram olmakta, bunlar, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ibaret bulunmaktadır. Yani, memurlar da “kamu hizmeti görevlisi” olmakla birlikte, “kamu hizmeti görevlileri” memurlardan ibaret değildir; bir de “diğer kamu görevlileri” vardır.

Yine bu tanımda da “genel idare esasları” ile, “asli ve sürekli hizmet” kavramları yer almakta; DMK’ndaki tanımdan farklı olarak, “Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin” yanına, “Kamu İktisadi Teşebbüsleri” de eklenerek, kapsam genişletilmiş bulunmaktadır. Adeta, matematiksel bir mantıkla, DMK., md.4 ve Anayasa 128’nci maddeyi yan yana getirip eşitlemeye çalıştığımızda, “KİT” ve “Diğer Kamu Görevlisi” unsurları açığa çıkmakta; adeta, diğer kamu görevlisinin”, KİT’lerde çalışan ve “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetleri gören” kişiler olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, yasanın kapsamına baktığımızda, burada memur ve bazı KİT personeli dışında, belediye başkanı, meclis üyesi, muhtar gibi başka kamu görevlilerinin de yer aldığı görülmektedir. O halde, diğer kamu görevlileri, bu yasanın uygulanması bakımından, biraz genişçe düzenlenmiştir.

Böylece, İdare Hukuku bakımından memur kavramının yer aldığı bu iki temel hukuksal metne, bir de 4483 Sayılı yasa eklenmiştir. Bu yasanın kapsam maddesine göre; “Bu kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri..... hakkında uygulanır”. Dikkat edilirse, burada, Anayasa’nın 128’nci maddesindeki kapsam kişi bazında esas alınmakla birlikte, kurum bazında “KİT”ler kapsam dışında tutulmuştur.

Yasanın amaçları arasında, memur yargılama rejimini kişi bakımından da daraltmak⁸⁶ bulunmaktadır. Ancak, yapılan bu düzenleme ile anılan amaç ulaşılabilirliği kuşkuludur. Çünkü, MMHK anlamındaki memur, ceza hukuku prensipleri dahilinde “kamu erkini kullanan kişi” olarak algılanıp⁸⁷, bu kapsamda düşünülmeyen odacı, şoför vb. gibi geniş bir memur kitlesi kapsam dışında mütalaa edilmişti⁸⁸. Ancak şimdi, uygulamanın, 657 Sayılı yasa kapsamındaki bütün kamu personelini ve hatta bunların da ötesinde “diğer kamu görevlisi” kapsamında yer alacak kişileri içine alacak şekilde

⁸⁶ Bkz. Yasanın genel gerekçesi.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesinin, 1580 Sayılı Belediyeler Kanununun müstahdemlerin de MMHK’a tabi olduklarını öngören 102’nci maddesini anayasanın 128 ve 129’ncu maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. 1992/44 Esas, 1993/7 Karar Sayılı ve 09.02.1993 tarihli kararı. AMKD, S.29, C.I, sh.270-277.

⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1988/71, K.988/187. Karar metni için bkz. PINAR, *Memur Suçlarında Soruşturma Usûlü*, sh.255.

gelişeceğini şimdiden söyleyebiliriz. Bu durumda, kapsamın MMHK'a göre pek de daraltıldığını, yani yasanın bu bakımdan amacına uygun bir düzenlemeyi içerdiğini söyleyemeyiz. Aslında yapılması gereken, İdare Hukukunun memur ve hatta diğer kamu görevlisi anlayışı ile, Ceza hukukundaki memur kavramının kesişimi sağlanacak, yine matematiksel bir ifadeyle, memur kavramının bu iki farklı versiyonunun "kesişim kümesini" bulunacak bir düzenleme olmalıydı. Yani, idare hukuku tabanına oturtulan bu kavramlara göre belirlenecek personelden, kamu erkini kullananların ayrı bir yargılama rejimine bağlı tutulmasının, bu yasanın varoluş gerekçesi⁸⁹ ile uyduğu söylenbilir. Kamu hizmetinin görülmesinde hiçbir inisiyatif kullanmak ve karar vermek durumunda olmayan personeli, sırf bağlı olduğu hukuksal rejim sebebiyle yargılama usûlü bakımından ayrı bir kapsama almak, yasanın varoluş gerekçesiyle de bağdaşmamakta, hukuk anlayışının gittikçe daha çok geliştiği sosyal bünyemizde de tepkilere yol açmaktadır.

b- Kuramsal Tartışmadan Uygulamanın Gerçeklerine Dönüş

aa- Memur, DMK 'na göre Memur Olan Herkeştir

Kuramsal tartışmalar bir yana, yasanın kişi bakımından kapsamı belirlenirken, pratikte, öncelikle söylenmesi gereken, KİT'ler hariç, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri bünyesinde çalışan personelden DMK'na tabi olanların hepsi bu yasanın da kapsamındadır. DMK'na tabi olan personel bakımından "Genel İdare Esasları" ve "Asli ve Sürekli Hizmet" kıstaslarına ayrıca başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Çünkü, "Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler" zaten ancak memurlar eliyle görülür (DMK., md.4). Diğer bir ifadeyle, bu tür hizmetlerde görevlendirilmeyenler zaten memur sayılamaz. Yasa koyucunun, DMK'nun kapsamında memur olarak nitelediği, idarenin de kadrolarında bu sıfatla istihdam ettiği kişileri, ayrıca yukarıda sayılan ölçütlere tabi tutulup, MYY'na dahil olup olmadıklarını tartışmak mümkün değildir. Zira, böylesi bir tartışma, esasen o kişinin istihdam ediliş şeklinin tartışılması; sözelimi, işçi olarak çalıştırılması gerekirken memur olarak çalıştırıldığı gibi bir anlam taşır ki, bunun da zaten bir anlamı olmayacaktır.

bb- Diğer Kamu Görevlileri : Yeni Dönemde Yeni Tartışma

O halde, MYY uygulaması açısından "Genel İdare Esasları" ve "Asli ve Sürekli Hizmet" kavramlarının tartışılabilceği alan, sadece "Diğer Kamu Görevlileri" kavramı bakımından olacaktır. Yukarıda izah edildiği üzere, 657 DMK ile Anayasanın 128'nci maddesi birlikte düşünüldüğünde, "diğer kamu görevlisi" kavramının kapsamı, KİT'lerde "genel idare esaslarına göre

⁸⁹ Yasanın genel gerekçesinde, memurların ayrı bir yargılama rejimine tabi tutulmasının sebebi, "kamu hizmetinin işleyişinin aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine" yol açılması kaygısı olarak belirtilmektedir.

yürütülen asli ve sürekli hizmetler” le görevli personelle sınırlı olmayacaktır. KİT’lerin bu nitelikteki personeli, “399 Sayılı KHK’nin 3771 Sayılı yasayla değişik hükümlerine göre genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurul başkanı, kurul ve daire başkanları; müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcısı ile ekli I sayılı cetvelde unvanları gösterilen personeldir”⁹⁰. Gerçi Anayasa Mahkemesine göre “diğer kamu görevlileri”, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlar” dan⁹¹ oluşmaktadır⁹².

Bu durumda, KİT’lerde ve hatta diğer kamu örgütlerinde çalışıp, asli ve sürekli görevlerde istihdam edilen sözleşmeli personelin de “diğer kamu görevlisi” kapsamında değerlendirilmesi gerekebilecektir. Gerçi, konumuz bakımından KİT’lerdeki memur ve diğer kamu görevlilerinin kimlerden ibaret olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çünkü, 4483 Sayılı yasa, genel kapsamının (2.md.) zaten dışında bıraktığı KİT personeli hakkında, 17’nci maddesiyle bir özel hüküm sevk etmiştir. Buna göre KİT’lerde sadece “Teşebbüs genel müdürü ve Yönetim kurulu üyeleri” (maddenin tartışmalı ve gerekçesiyle de çelişen üslubu bir yana) MYY kapsamına alınmışlardır.^{92a}

cc- Belirleyici Unsur: Asli ve Sürekli Hizmet Kavramı

Yukarıdan beri izah edilenlerden anlaşılacağı üzere, MYY’nin kişi bakımından kapsamının belirlenmesinde, ne yasa kapsamındaki kuruluşlarda DMK’na tabi personel bakımından, ne de KİT personeli bakımından “genel idare esasları” kavramı ile “asli ve sürekli hizmet” kavramlarının belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Halbuki, KİT’ler hariç, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde, asli ve sürekli hizmetleri yürütmekle görevli diğer kamu görevlilerinin varlığını kabûl ettiğimizde –ki bize göre bunun kabûl edilememesi gerektiğini yukarıda izah ettik- bu takdirde, MYY’na tabi olacak kişilerin belirlenmesinde, tıpkı MMHK uygulamasında olduğu gibi, sadece

⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK-TAN: sh.584-585.

⁹¹ Any. Mhk.nin 1988/16 E., 1988/8 K.,sayılı ve 19.04.1988 tarihli kararı. RG: 23.08.1988, S.19908, sh.50; AMKD., S.24, sh.81-138. Sözleşmeli personel de, asli ve sürekli hizmeti kamu hukuku ilişkisi içinde gördüğünden, diğer kamu görevlisidir (sh.118).

⁹² Halbuki mahkemenin daha sonraki bir kararına göre, sözleşmeli personel ile yürütülecek işler “asli” ve “sürekli” nitelik taşıdığından, bu grup personel, “memur ve diğer kamu görevlileri kavramları dışında kalan ve işçi de olmayan, yeni, kendine özgü bir istihdam türü” ne sahiptir. 988/5 E., 988/55 K. Ve 22.12.1988 tarihli karar. R.G.; 15.07.1989, S.20232, sh.48; AMKD., S.24, sh.465-525 (özellikle sh.499. Karar, KİT personeliyle ilgili olarak verilmiştir.

^{92a} Danıştay 2. dairesi “Özelleştirme kapsamına alınmış KİT Genel Müdürü hakkında 4483 sayılı kanuna göre işlem yapılabileceğine” karar vermiştir(2001/33-222 Esas-Karar sayılı karar).

personelin tabi olduğu hukuksal statü değil, bunun yanı sıra fiilen yürüttüğü hizmetin niteliğine de bakmak gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, DMK'na tabi olmayan bir kamu görevlisi de –ki bu sözleşmeli personel ve hatta bir işçi⁹³ olabilir- eğer çalıştığı kurumun genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu asli ve sürekli hizmetlerden biriyle görevliyse, bu takdirde o da MYY'na tabi olacaktır⁹⁴. Bu düşünce dizisi, bizi, “diğer kamu görevlisi” nin tanımı bakımından, TCK'nin 279'ncü maddesindeki memur tanımına ve yasanın kişi bakımından uygulama kapsamını da tekrar MMHK'un kapsamına yaklaştırır⁹⁵. Yasa koyucu hiç arzu etmediği halde, yasanın zaten geniş olan uygulama alanı, MMHK'ı da aşacak şekilde genişleyebilir. Gerçi, MMHK ile aradaki en önemli fark, bu yasanın kapsamında sayılacak kişinin, her kim olursa olsun, idare kadroları içerisinde erimiş olmasının hiçbir duraksamaya yer vermeyecek derecede açık olduğudur. Asli ve sürekli hizmette görevli olma kavramı, TCK 279'daki “ister geçici, ister sürekli; ister gönüllü, ister zorunlu, ister ücretli, ister ücretsiz” ifadelerinden çok daha belirgindir. Geçici, zorunlu yada ücretsiz görev yapan personelin –özel bir yasa hükmü olmadıkça- MYY kapsamında değerlendirilmesi artık söz konusu olamaz. Nitekim Danıştay 1.Dairesi de, konuyla ilgili olarak verdiği görüşünde; asli ve sürekli görev kavramından yola çıkarak, yasanın kapsamını şöyle belirtmektedir. “Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre, kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücü kullanarak çalışanlar ise kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir”⁹⁶. Fakat, bu karar oldukça ilginç bir düşünce silsilesiyle devam ediyor ve kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personelin yasa kapsamında olmadığı da burada şu gerekçeyle savunuluyor: TCK'nun uygulamasında bu gibi kişiler memur sayılmamaktadır. O halde,

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.02.1995 gün ve 1994/10 E., 1995/45 K. Sayılı kararı, **TOPUZ**, sh.5, dn.9.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, İşçilerin Anayasa md. 128 kapsamında “diğer kamu görevlisi” sayılmayacağını belirtmiştir. Any. Mhk.'nin 1992/44 E., 1993/7 K. Sayılı ve 09.02.1993 tarihli kararı. AMKD., S.270-276; RG; 19.06.1993 gün ve 21612 Sayılı.

⁹⁵ Nitekim, bir görüşe göre, her ne kadar işçi kadrosundakiler 4483 Sayılı yasa kapsamında sayılamazlarsa da, “kamu görevi yaparken görevleri sebebiyle ve görevlerinden doğan bir suç işlerlerse 4483 Sayılı kanuna göre haklarında işlem yapacaktır”. Topu, İbrahim, agm., sh.5.

⁹⁶ Danıştay 1.D., E.2000/29, K.2000/59 Sayılı ve 17.04.2000 tarihli karar. Karar metni için bkz. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve İlgili Mevzuat, MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı, Millî Eğitim Basımevi, Ankara 2000, sh.184-199 (özellikle sh.188).

“maddi ceza hukukunun memur saymadığı ve memur suçlarıyla cezalandırmadığı kişileri, usûl hukuku yönünden ayrıcalıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmayla tabi tutmak düşünülemez”⁹⁷.

Aslında, 1.Dairenin bu görüşü, bizim yukarıda savunduğumuz “idare hukukundaki memur ile ceza hukukundaki memur kavramlarının kesişiminin, yasanın kişi bakımından kapsamı olarak düzenlenmesi” fikriyle birebir örtüşmektedir. Böyle bir fikir üretiminde, elbette ki 85 yılı aşan MMHK tatbikatının katkısı ortadadır. Ancak, yasanın bugünkü düzenlemesiyle böylesi bir yorumun çok zor olacağı, ayrıca yargı yerlerinde böylesi bir standardı tutturmanın ise adeta imkânsız olduğunu söyleyebiliriz⁹⁸.

Nitekim, Başbakanlık tarafından yayınlanan genelgede de; “genel idare esasları” kavramı Anayasa Mahkemesi Kararları çerçevesinde⁹⁹ izah edildikten sonra, asli ve sürekli görev kavramından hareketle, bu kavramdaki “görev” kavramıyla, Ceza hukukundaki memur kavramına dayanak olan kamu görevi (amme vazifesi) kavramı arasında bir eşitlik kurulmakta; böylece, 4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamı, TCK., 279. maddesindeki kamu görevi görenlerin asli ve sürekli bir devlet kadrosunda istihdam edilenlerle sınırlı şekilde belirlenmeye çalışılmaktadır¹⁰⁰. Benzeri gerekçelerle Danıştay Birinci Dairesinin de aynı sonuca ulaştığını yukarıda görmüştük.

⁹⁷ Danıştay 1.Daire, agk, (aynı yerde).

⁹⁸ Nitekim, bir Bölge İdare Mahkememiz, bir özel bankanın güvenlik görevlisini de 4483 Sayılı yasa kapsamında değerlendirmiş; mahkeme başkanıyla konuyu tartışmamızdan sonra, bu tarihten sonraki olaylar bakımından mahkeme içtihadından dönmüştür.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin 1988/55 Sayılı kararı. Bu kararın esas no 1988/5 olup, karar tarihi 22.12.1988’dir. RG; 25.07.1989 tarih ve 20232. AMKD., S.24, sh.465-525. Bu karar, kavramı KİT’ler açısından tartışmaktadır.

Ayrıca, 992/44 E., 993/7 K. Sayılı ve 09.02.1993 tarihli karar, Genel İdare esasları kavramı açısından da önemlidir. Genel İdare Esasları deyimi, idarenin, özel hukuk karşısında kamu hukukuna göre yürüttüğü, karşı tarafla eşit değil, ondan üstün durumda bulunduğu faaliyetlerini anlatır. Bu bakımdan KİT’lerin faaliyetleri Genel İdare Esasları kavramına girmezse de, bunların kendi bünyesi bakımından, yani iç bünye bakımından bazı faaliyetleri bu çerçevede düşünülebilir (yukarıdaki karar). Kavramın ayrıntıları için bkz. GÖZÜBÜYÜK-TAN: sh.578-580 ve 09.02.1993 tarihli Any. Mhk. Kararı metni için bkz. AMKD, S.29, C.1, sh.270-276.

¹⁰⁰ Teftiş Kurulu Başkanlığı çıkışlı 07.02.2000 tarihli Başbakanlık Genelgesi, MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı, sh.144-166.

c- Tekrar Kuramsal Alan : Kamu Görevlileri Kamu Hizmeti Gö-rürler

Olması gereken hukuk bakımından bu görüşlere zaten biz de katıl-makla beraber, mevcut hukuk kurallarımızın bu derece daraltıcı bir yorumu elverdiğini düşünmüyoruz. Bir defa, Ceza Kanunundaki “kamu görevi” kav-ramı ile idare hukukundaki “asli ve sürekli görev” kavramındaki, görev ke-limesi arasında bir eşitlik, aynılık yoktur. İdare hukukunda, Ceza Kanununda olduğu gibi kamu hizmeti-kamu görevi ayrımı yoktur. Bilâkis, kamu idarele-rine verilen kamu görevlerinin, bu idarelerce yerine getirilmesi faaliyetlerine kamu hizmeti denmektedir. Diğer bir ifadeyle, kamu hizmeti, idarenin ka-muya sunduğu ikinci derecede kamu görevlerinin adı olmayıp, bütün kamu hizmetlerinin adıdır. O hizmeti sunanlara kamu görevlisi, onların görevlerine de kamu görevi denirse de, yapılan faaliyetin genel adı kamu hizmetidir.

İkinci olarak, madem ki genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetler memurlar eliyle yürütülmektedir (DMK., md.4) ve madem ki “yardımcı hizmetler sınıfı” da DMK’undaki sınıflardan biridir, o halde yasa koyucu, yardımcı hizmetler sınıfında çalışanların da, genel idare hiz-metleri sınıfında her türlü kadroda çalışanların da “asli ve sürekli kamu hiz-meti” gördüklerini kabûl etmektedir. Yasa koyucunun bu kabûlünü, görevi yasaları uygulamaktan ibaret olan yargı organının kararıyla aşmak mümkün değildir. Hele hele idari yorumlarla aşmak hiç mümkün olamaz. O halde yapılan bu tür yorumlar olması gereken hukuk bakımından ideal, ancak olan hukuk bakımından hukuka aykırı olacaktır.

d- Yasanın Kapsamında Kalanlar: Ayrık Tutulanlar ve Eklenen-ler

Sonuç itibarıyla, 4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamı belirle-nirken, 657 Sayılı DMK’una göre memur sayılan personelin tamamının bu kapsamda değerlendirilmesi yasal zorunluluk olup, bir kısmının yorum yo-luyla yasa kapsamından çıkartılıp genel hükümlere tabi tutulması mümkün gözükmemektedir. Ancak, bu yasanın, genel ceza yargılama yasasına savcı-ların re’sen soruşturma yapmaları bakımından bir istisna getirdiği, yani bir istisnai hüküm niteliği taşıdığı göz önüne alınacak olursa, istisna hükümleri-nin dar yorumlanması yolundaki genel hukuk ilkesine uygun olarak, “diğer kamu görevlileri” bakımından dar yorumlanabileceği ve hatta dar yorum-lanması gerektiği ortadadır. Nitekim, DMK’nun 4.maddesi ile Anayasa’nın 128’nci maddesi birlikte düşünüldüğünde, Anayasadaki “diğer kamu görev-lisi” kavramının, KİT’lerde görev yapan personelden “genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli hizmetlerde” istihdam edilen personelle sınırlı olarak anlaşılabileceği; 4483 Sayılı yasa çerçevesinde ise, bu kavramın, sa-dece KİT’lerde görev yapan Teşebbüs Genel Müdürleri ile yönetim kurulu

üyelerini¹⁰¹ bir de köy ve mahalle muhtarları, belediye başkanları, belediye ve il genel meclis üyelerini¹⁰² kapsadığı anlaşılmaktadır¹⁰³.

4483 Sayılı yasanın kişi bakımından kapsamını, onun 2'nci maddesi açısından böylece belirledikten sonra, işimiz bitmemektedir. Çünkü, Yasanın 16'ncı maddesi, birinci paragrafıyla bu kapsamın daha da genişlemesine, ikinci paragrafıyla da daha daralmasına yol açar niteliktedir. Bunun dışında, 2'nci maddenin ikinci paragrafı da, kişi bakımından bu yasanın istisnalarını koruyup, daralmasına yol açacak niteliktedir.

Bazı yazarlar bu istisnaları, katılımcı istisnalar ve ayrımcı istisnalar şeklinde incelemektedirler¹⁰⁴. Başlıca, olağan durumda bu yasanın kapsamına girmeyecek iken, ilgili kuruluşun yasasındaki özel hüküm sebebiyle yasa kapsamına alınan kişiler, katılımcı istisnaları oluşturmaktadır. Nitekim, MYY'nın 16'nci maddesi (birinci paragrafı), yasalarda MMHK'na yapılan atıfları bu kanuna yapılmış sayarak, bu kanunun (4483 Sayılı yasa) uygulandığını belirtmektedir. Gerçi, yasanın dayandığı memur kavramının idare hukukundaki anlamına çekilmesinden sonra, bu katılımcı istisnaların bazılarının bir anlamı kalmamış, diğer bir ifadeyle, zaten atıf yapan yasanın personelleri de bu yasa kapsamına alınmış olabilirler¹⁰⁵.

¹⁰¹ 4483 Sayılı yasa, 17'nci madde. Teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyeleri dışında kalan KİT personelinin 4483 sayılı kanuna tabi olmadıkları hakkında:D.2.D,28.11.2000 tarih ve 200/3172-3988 esas-karar sayılı kararı. **Danıştay Dergisi**, S. 105, s.54-57.

¹⁰² 4483 Sayılı yasa, 3/h, i.j.

¹⁰³ Savunma kamu hizmetini gören askeri personel ile, adalet kamu hizmetini gören hakimlerin de "genel idare esaslarına göre asli ve sürekli" nitelik hizmet yürüten personel oldukları kuşkusuz olmakla birlikte, anayasal düzeyden başlamak üzere ayrı statüde düzenlemeleri ve bunun devamı olarak da ayrı bir yargılama rejimine sahip olmaları karşısında, konumuzun tamamen dışında kalmaktadırlar. Gerçi bu kamu görevlileri, Anayasa 128'nci madde anlamında "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabilirlerse de, MYY açısından bu statüde görülemezler. "Diğer kamu Görevlisi" kavramının hukukumuzda girişinin ilginç öyküsü ve kavramın hukuksal niteliği hakkında bkz. **GÜRAN SALT**: "Anayasanın 128 ve 129'ncü Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu", AİD, C.17, S.3, Eylül 1984 ve daha detaylı ve güzel bir çalışma için bkz. **Aynı yazar**: "Anayasa, Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı (6), Ankara 1989, sh.37-66; Konuyla ilgili sayılabilecek yazarın diğer bir çalışması için bkz: "Anayasanın (114 ve 140)'ncü Maddeleri Münasebetiyle Mukayeseli Bir Tetkik", İÜHF, C.XXX, S.1-2.

¹⁰⁴ **ÖZENSOY**, sh.32-42. Aynı nitelendirme **TOPUZ**, agm., sh.6-8.

¹⁰⁵ Bunlardan en ilginç belediye personeli hakkında olanı sayılabilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi "müstahdem" sözünü iptal etmiş olsa da, belediyelerin memur sınıfındaki müstahdemleri zaten bu yasanın kapsamına girecektir. Diğerleri hk. bkz. **Topuz**, İbrahim, agm., sh.8. Ancak, burada yazar 2547 Sayılı YÖK

Ayrımcı istisnalara gelince; bir defa MYY'nın 16'II'nci maddesinde belirtildiği gibi, yasalarda MMHK uygulanmayacağına ilişkin hükümler varsa, bu yasa da uygulanmayacaktır. Bunlar için özel bir yargılama yöntemi de belirtilmemişse, genel hükümlere tabi olacaklardır. Bunun dışında, bu kanundan önce özel bir yargılama yöntemine tabi tutulmuş olanlar da, kendi yasalarına göre soruşturulacak ve yargılanacaklar, MYY'na tabi olmayacaklardır¹⁰⁶. Yasanın deyimiyle, "Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usûllerine tabi olanlar" da, bu usûllere tabi olmayaya devam edecekleri için, ayrımcı istisnaya dahil olacaklardır (4483 Sayılı yasa, md.2/II)¹⁰⁷. Aynı maddenin, suç niteliklerine ilişkin istisnaya dair hükmü yukarıda incelenmişti¹⁰⁸.

Demek oluyor ki, katılımcı ve ayrımcı istisnalar bakımından, MMHK ile MYY arasında hemen hemen hiçbir fark bulunmamaktadır.

3-Ön İnceleme

A-Genel Olarak

Anayasanın 129'ncü maddesi "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır" demektedir. "Kovuşturma" terimi, ceza usul hukukunda yargılama aşamasını anlatmak için kullanılmakta, savcılık aşamasındaki

kanununun 53'ncü maddesini de katılımcı istisnaya dayanak olarak göstermiştir ki, burada bir yanlış söz konusudur. Çünkü tam tersine, 53'ncü madde, bütün üniversite mensuplarını (akademik-idari) ayrı bir yargılama usûlüne tabi tutmaktadır. Hatta, 4483 Sayılı yasaya rağmen, bu 53'ncü madde gereği, hazırlık soruşturmaları idare tarafından yürütülecek ve memurlar için il idare kurulları lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme (diğerleri için de başka kurullar) vermeye devam edeceklerdir (Bkz. 4483 Sayılı yasa, md.2/II).

¹⁰⁶ TOPUZ, sh.6-7.

¹⁰⁷ Topuz'un ayrımcı istisna olarak saydıklarından 625 Sayılı özel öğretim kurumları yasası, ayrımcı değil, katılımcı istisna sayılabilir. Çünkü bu yasa, önceleri Ceza Kanununun tatbikinde bu kurumların yönetici ve öğretmenlerini memur saymış, Yargıtay bunu MMHK'un uygulanması için yeterli saymamışken, daha sonra, yasanın ilgili maddesine "ve kovuşturulmasında" hükmü eklenerek, MMHK kapsamına dahil edilmesi sağlanmıştır. Gerçi bu da ilginç olacak: Çünkü yasada açıkça MMHK'a atıf yapılmıyor ama, o anlama gelen bir düzenleme yapılmış oluyordu. Şimdi, memur kavramı Ceza hukukundaki anlamından sıyrılıp, idare hukukundaki anlamına aktarılınca, yargı yerlerinin bu kez de 625 Sayılı yasaya tabi kurumların yönetici ve öğretmenlerini MYY kapsamında görmemesi kuvvetle muhtemeldir. Ama, bu halde dahi bir ayrımcı istisna söz konusu olmayıp, kapsam dışındaki kişilerin durumu genel hükümler çerçevesinde çözülmüş olacaktır.

¹⁰⁸ Bkz. Yukarıda, "Suç Bakımından Kapsam" bölümü.

işlemlere ise “Soruşturma” denilmektedir. Yani, Anayasaya göre, Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki iddialarda, ancak yargılama aşaması adli makamlar önünde geçmek zorundadır. Ancak, bu da yasayla yetkili kılınan idari merciin iznine bağlı olacaktır. O halde, idari mercii “izin” vermeden önce doğal olarak bir soruşturma yapacak ve bu soruşturma da ceza davası açılması ya da açılmaması konusunda olacağı için, idari merciin kararı öncesi gerçekleşen işlemler idari soruşturma niteliği taşıyacak ve savcının görevi idari görevlilerce yerine getirilecektir. Özetle; Anayasa, MMHK’un getirdiği sisteme Anayasal bir dayanak hazırlamış; kanunla belirlenen istisnaları da saklı tutarak, 3628 Sayılı yasa ve diğer “ayrımcı istisnalara” da Anayasal müsaadede bulunarak, Anayasa yargısında iptal edilmemelerini sağlamıştır.

Burada, yasalardaki sözcüklerin (idari merci, idari makam) anlamlarını tartışarak, belki bulunacak bazı nüanslardan hareketle net olmayan bir çığırdı yol alıp bazı sonuçlara ulaşmaya çalışmak beyhudedir. Ancak, MYY ile getirilen sistemin, idarenin izin verme faaliyetini hazırlık soruşturmasının dışına çıkardığı ortadadır. Nitekim, bu sistemde de idari merciler izin vereceklerdir ama, bu iznin konusu, “kovuşturma yapılması” değil “soruşturma yapılması”dır¹⁰⁹. Bu yönüyle, belki anayasayla tam bir uyum içerisinde olmadığı düşünülebilirse de, sonuçta, yargılama yapılıp-yapılmayacağı da bu soruşturma izninin verilip-verilmemesiyle ilgili bir konu olduğuna göre, sistemin anayasaya uygun olduğu kabû edilmelidir¹¹⁰. Gerek anayasanın bu maddesinin ve gerekse memurların yargılanmasına ilişkin rejimin mantığında, apaçık asılsız isnatlardan memuru koruyarak, kamu hizmetinin zarar görmesini önlemek var olunca, idarenin bir çeşit “süzgeç” görevini görebilmesi için ille de hazırlık soruşturması yapması gerekmediği kolayca söylenebilir¹¹¹. O halde, hazırlık soruşturması öncesi yapılacak makûl bir inceleme de aynı sonucun elde edilmesine yetebilir.

Bu sistemde, idare bünyesinde yapılacak iş, artık, yargısal nitelikli sonuçlara yol açsa da; tamamen bir idari işlem niteliğindedir. Hal böyle olunca, ön inceleme aşamasında, ön incelemeyle görevli olanların yetkilerini kullanırken CMUK’na göre de işlem yapabileceklerini – ki bu hüküm yasaya TBMM Genel Kurulunda eklenmiştir - belirten yasanın 6’ncı maddesi bir dizi sorunlara yol açmıştır. Gerçekten de; “*ön inceleme aşamasında – yasada ceza yargılama usûlüne ilişkin hüküm var mıdır da, bu yasada hü-*

¹⁰⁹ “Ceza kovuşturması”nın “kamu davası açmak” anlamına geldiği, bunun öncesindeki soruşturma aşamasını ifade etmediği belirtilerek de 4483 Sayılı yasa eleştirilmiştir. Bkz, **MALKOÇ İSMAIL**, *Memur Yargılaması*, Ankara 2000, sh.11.

¹¹⁰ SAYIN, aksi görüşü savunur gözükmektedir. Bkz, SAYIN, sh.99, dn.14.

¹¹¹ Danıştay 1.Dairesi de, 4483 Sayılı yasayı Anayasanın 129/(son) maddesi gereği olarak değerlendirmiştir. Bkz. ag., sh.188.

küm bulunmayan hususlarda CMUK' na göre işlem" yapılabilirsin?¹¹² Esasen, bütün amacı, isnadın ciddi olup olmadığı noktasında yetkili idari merci de bir kanaat oluşturmaktan ibaret bulunan ön inceleme faaliyetinde, ön incelemeyle görevli olanları CMUK'undaki hazırlık soruşturmasının gerektirdiği sıkı şekil kurallarıyla bağlı kılmaya yol açar nitelikte düzenlemelere muhatap etmek, işin gereğiyle bağdaşmaz. Zaten, tanınan çok kısa süre sebebiyle, bu gerçekçi de olmaz.

Yasanın getirdiği sisteme göre, ön inceleme, soruşturma izni konusunda karar vermeye yetkili mercii, bu kararını verebilmek için kanaat sahibi olabilmesini sağlamaya yönelik idari bir faaliyettir. Ön inceleme faaliyetinin başlayabilmesi için, yetkili mercii, öncelikle suç isnadından haberdar olmalı, diğer bir deyişle suçu öğrenmeli; sonra, ön inceleme başlatmalı, yasada yazılan sürede ve şekilde ön inceleme yapılmalı ve yetkili mercie sunulmalıdır. Kısaca, ön inceleme faaliyetini, ön incelemenin başlatılması ve ön incelemenin yapılması aşamalarına ayırabiliriz.

B-Ön İncelemenin Başlatılması

Ön İncelemenin başlatılabilmesi için, öncelikle suçun öğrenilmesi gerekecektir. Yasaya göre, suçun yetkili merci tarafından öğrenilmesi üzerine (md.4) bir ön inceleme başlatılacaktır (md.5). Yetkili merci, yasada "soruşturma izni vermeye yetkili mercileri" düzenleyen 3.maddede sayılanlardır. Diğer bir ifadeyle, ön inceleme yaptırان merci ile soruşturma izni konusunda karar verecek olan merci aynıdır. Bu yasanın, MMHK' dan ayrıldığı önemli noktadan biri de budur. Bilindiği üzere MMHK'un sisteminde soruşturma emri veren ile yargılama konusunda karar verenler birbirinden kesin surette ayrılmıştı. O halde,4483 sayılı yasada yetkili mercilerle ilgili düzenlemeyi öncelikle görmeliyiz.

a-Yetkili Merci

Hem inceleme yapacak veya yaptıracak, hem de bunun sonucunda soruşturma izni konusunda karar verecek olan yetkili merciler, şöylece düzenlenmiştir (3.md.):

¹¹² "Ortada hazırlık soruşturması olmadığına göre, ortada sanık ya da tanık yokken kimin nasıl ifadesine başvurulacaktır; ifadesine başvurulana müdafii bulundurabilecek midir; bilirkişi tayin edilebilecek midir, edilebilirse sürelele nasıl uyulacaktır; sanığın ihzarı mümkün müdür, keşif yapılabilecek midir; ön inceleme, savcının mı ya da zabıta makam veya memurlarının mı yetkisini kullanacaktır.? Kısacası madde son derece kötü düzenlenmiştir". SAYIN, sh.105.

aa-Kaymakam : İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri(3/a).Ayrıca, köy ve mahalle muhtarları bakımından da ilçede kaymakam yetkilidir (3/j)^{112a}.

bb-Vali : İlde ve Merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri (3/b) ile merkez ilçedeki belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında bulundukları ilin valisi, yetkili mercidir^{112b}. Görüldüğü üzere, ilçe belediye başkanları ve meclis üyeleri hakkında, ne kaymakam, ne de vali yetkili değildir; Vali, bu bakımdan merkez ilçede kaymakama benzetilmiştir. Yasanın bu düzenlemesi, yerel siyasi önderlerle mülki amirleri karşı karşıya getirmemek amacını gütmektedir. Ancak, bir ilçe belediye başkanı ya da meclis üyesi konusunda yetkili merciin İçişleri Bakanı olarak düzenlenmesi pek isabetli olmamıştır. Çünkü, bizzat kullanılması gereken bu yetkinin bu yoğunlukta İçişleri Bakanınca gereğinin yerine getirilebilmesi beklenmemelidir. Nitekim, TBMM’de kabul edilen 27.06.2001 tarih ve 4696 Sayılı yasanın birinci maddesiyle, 4483 Sayılı yasanın 3’ncü maddesinde değişiklikler yapılarak, ilçe ve alt kademe (büyük şehirdeki ilçeler) belediye başkan ve meclis üyeleri hakkında da Valinin yetkili merci olması düzenlenmiş, ancak bu yasa Cumhurbaşkanınca Meclise geri gönderildiği için henüz yasalaşmamıştır.

Valilerle ilgili 3/b maddesinde dikkat çeken bir diğer husus da şudur: Yasa, valilerin “ilde ve merkez ilçede görevli” olanlar bakımından yetkili olduğunu belirtiyor. İlçelerde görevli olanlar bakımından zaten kaymakam yetkili kılındığına göre, valilerin yetkisini belirtirken “merkez ilçe” ifadesi yeterli olurdu. Acaba, “ilde ve merkez ilçede” ifadesiyle anlatılmak istenen, Valinin aynı zamanda kaymakamların yetki sahasında olan ilçe personeli bakımından da yetkili olduğu mudur? Böyle anlaşılırsa, ilçedeki kamu görevlileri bakımından iki ayrı merci aynı anda yetkili durumda bulunacaktır. Bu ise, MMHK’dan ayrı olarak, yasanın belirlediği “tek yetkili merci”¹¹³ siste-

^{112a} “İlçe Devlet Hastanesinde doktor olan sanık hakkında Sağlık Bakanı’nın soruşturma izni veremeyeceği;bu konudaki kararı Kaymakamın vereceği ve itirazın da Bölge İdare Mahkemesine yapılacağına” karar verilmiştir. (D.2.D.,2000/1972-2826 E-K).”İlçe Belediye Başkan Yardımcısı hakkında soruşturma iznini İçişleri Bakanı değil, İlçe Kaymakamının vereceği” hakkında .D.2.D.,2000/2720-3238 E-K sayılı”İlçe Vergi Dairesi Müdürü hakkında soruşturma iznini ilçe kaymakamının vereceği ve itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı” hakkında.D.2.D.,2000/3271-3759 E-K sayılı. **TOPUZ**, sh.345 vd.

^{112b} “İl Jandarma Komutanı hakkında soruşturma iznini Valinin vereceği ve bu karara itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı” hakkında.D.2.D.,2000/3398-3834 E-K sayılı.”Büyükşehir Belediyesi Müfettişi hakkında soruşturma izni ve ön inceleme yaptırma yetkisinin Valiye ait olduğu ve itiraza Bölge İdare Mahkemesinin bakacağı” hakkında.D.2.D.,2000/3175-3702 E-K sayılı. **TOPUZ**, sh.345 vd.

¹¹³ Danıştay 1.Dairesi, agk., sh.190.

matığıne aykırı düşecektir¹¹⁴. Ancak, yasadaki bu ifade şeklinin de bir anlamı olmalıdır. Bizce bu, olsa olsa şu üç anlama birden sahiptir. Birincisi, büyükşehir statüsündeki il merkezlerinde, eğer alt kademe belediyeleri oluşturulmuşsa, buna paralel olarak merkezde ilçeler de kurulmuş olacağından, buralarda “merkez ilçe” kavramı, yerini “merkezdeki ilçe” kavramına bırakacaktır. O halde bu tür yerler bakımından, Valinin yetkisinin ayrıca belirtilmesi için ilde görevli memur terimi uygundur. İkincisi, böyle bir yapılanma olmayan klasik il merkezlerinde de, “merkez ilçede görevli memur” ifadesi, valilik bünyesindeki il teşkilâtı görevlilerinin dışında kalan kamu görevlilerini (merkez ilçedeki öğretmenler, sağlık memurları vs. gibi) anlatacağından, yine bu ifadeye ihtiyaç vardır. Üçüncüsü, yasa bu ifadesiyle, kaymakamlar bakımından da valiyi “yetkili merci” saymış, ancak kaymakamların yetki sahasına valinin de girebileceği bir düzenlemeyi kastetmemiştir¹¹⁵.

Kaymakamlar hakkında Valinin yetkili merci olarak kabûl edilmesi halinde, bu kez de sorun başka bir noktada kendini gösteriyor. Kaymakam ile belediye başkanı birlikte suç işlerlerse, yasaya göre (md.3/son), ast, üste tabi olacağı için, ne tür bir işlem yapılacaktır? Ast-üst ilişkisi burada nasıl belirlenecektir? Protokol sırasını ölçüt olarak alıp, kaymakamı üst kabûl edersek¹¹⁶, yasanın vermediği bir yetkiyi valiye tanımış ve ilçe belediye başkanı hakkında da valinin soruşturma izni vermesini kabûl etmiş oluruz¹¹⁷.

Buna karşılık, soruşturma izni verecek merciler arasındaki ast-üst ilişkisine göre sorunu çözmeye çalıştığımızda da, belki bu örnek bakımından başarılı oluruz, ancak yasadaki ast-üst ilişkisi kavramına, yasada kastedilmeyen bir anlamı da yüklemiş oluruz. Görüldüğü üzere burada ciddi bir sorun bulunmaktadır^{117a}. Çözümü ise, ilçe belediye başkan ve meclis üyeleri

¹¹⁴ Ancak, Başbakanlık genelgesinde aksi düşünce savunulmakta, izin verme yetkisinin, hiyerarşik üst mercilerce de kullanılabileceği görüşü ısrarla savunulmaktadır. Ancak, Danıştay ikinci Dairesi de, birinci dairenin görüşüne paralel karar vererek, hiyerarşik amirlerin alt kademelerde yer alan idari mercilerin görevine giren konularda da soruşturma izni verebileceği görüşünü açıkça reddetmiştir (Danıştay ikinci dairesinin 24 Ocak 2000 tarihli ilk kararının 9'ncu maddesi). Aynı görüş için bkz. TOPUZ, sh.9; SAYIN, sh.103.

¹¹⁵ TOPUZ'a göre; yasanın kaymakamlarla ilgili izin vermeye yetkili merciyi düzenlemediği, en azından bu konuda açıklık olmadığı söylenebilir. TOPUZ, age, sh.345 vd.

¹¹⁶ PINAR, sh.180.

¹¹⁷ TOPUZ, sh.10.

^{117a} Nitekim, bu sorun kaymakam ve ilçe belediye başkanının değil ama, benzer şekilde ve tam da düşünüldüğü şekle uygun olarak, Vali Yardımcısı ile İl Daimi Encümeni Üyelerinin birlikte suç işlemeleriyle ilgili bir iddianın incelenmesi sonucu ortaya çıkmıştır. İkinci Daireye göre, bu durumda ön inceleme yaptıra-

hakkında da, yapılmak istenen değişiklikte olduğu gibi, Valiyi yetkilendirmektedir.

Valiyle ilgili bir düzenleme de; ilçede kaymakama verilen köy veya mahalle muhtarlarına ilişkin soruşturma yetkisinin, merkez ilçelerde valilere verilmiş olmasıdır (3/j).

Valiler, ayrıca bölge düzeyinde teşkilâtlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında da yetkili mercidirler. Bu kuruluşlar bakımından, görev yaptıkları ilin valisi yetkilidir. Bilindiği üzere, MMHK uygulamasında, bölge kuruluşları bakımından Bölge Müdürleri hakkında Valiler yetkili sayılmadıklarından, bunlar hakkında ilgili bakandan onay alınmaktadır. Şimdi, "görev yapılan yer" esasına göre yetki Valilere tanınmıştır.(3/L)^{117b}.

cc-En Üst İdari Amir : Aslında siyasi kişiler olan bakanların, bakanlıklarıyla ilgili görevleri dolayısıyla yaptığı idari işler, onları bakanlıkların en üst amiri konumuna getiriyor. Bakanlıktaki en üst amir, bakandır, onun da üstünde bir amir bulunmamaktadır. Başbakan, her ne kadar 1982 Anayasası döneminde Bakanlar Kurulu içerisinde, neredeyse amir konumuna geti-

cak ve soruşturma izni konusunda karar verecek olan yetkili merci, İl Valisidir. Çünkü olay, Vali Yardımcısının başkanlığında toplanan İl Daimi Encümeninin Vali Yardımcısının da iştirakiyle işlediği iddia edilen bir suçla ilişkindir. Yani, burada Vali Yardımcısı üst konumundadır ve onunla ilgili yetkili merci de İl Valisidir. O halde İl Daimi Encümeni üyeleri burada Vali Yardımcısının tabi olduğu statüye dahil olacaklardır. İkinci Daireye göre, İl Daimi Encümen Üyeliği, İl Genel Meclisi Üyeliğinden ayrı bir görevdir. **Ancak, bizim de katıldığımız ayrışık oy sahiplerine göre,** İl Daimi Encümeni üyelerinin, onlar aslında İl Genel Meclisi Üyesi oldukları ve Encümen üyeliğine de bu sıfatları gereği seçildikleri için, soruşturma izni vermeye yetkili mercileri İçişleri Bakanları ve, bu bakımdan iştirak halinde işlendiği öne sürülen bu suç için soruşturma izni konusunda verilecek kararın yetkili merci belirlenirken, Vali Yardımcısının değil, İl Daimi Encümeni üyelerinin statülerinin esas alınmasının gerektiği, yani yetkili merciin İçişleri Bakanlığı olduğudur. D.2.D.,2000/2032-2928 E-K sayılı. Karar metni için bakınız:**Danıştay Dergisi**, S.105, sh.64-66. İkinci Daireni aynı nitelikte diğer iki kararı:2000/1893-2756 E-K. Ve 2000/3563-266 E-K sayılı(aynı yerde).

^{117b}:"Bölge Müdürü hakkında soruşturma iznini Valinin vereceği ve itirazın Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı" hakkında.D.2.D.,2000/1421-2421 E-K sayılı. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü hakkında soruşturma iznini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanın değil, İl valisinin vermesi gerektiği" hakkında. D.2.D.,2000/1623-2581 E-K sayılı."Bölge Müdürlüğüne bağlı personel hakkında Valinin soruşturma izni vereceği ve itirazların Bölge İdare Mahkemesine yapılacağı" hakkında. D.2.D., 2000/ 1143 -2042 E-K sayılı. **TOPUZ,İbrahim:** sh.348 vd.

rilmişse de, Bakanlıkların yönetilmesinde, en üst amir bakandır. Başbakanın bir bakanlıkta doğrudan tasarruflarda bulunması düşünülemez.

Fakat bu yasada “İdari Amir” terimi, açıktır ki, “Siyasi Amir” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bakandan sonra gelen ve idari kadro içersinde yer alan Müsteşarın kastedildiği açıktır¹¹⁸. Bakanlık dışındaki bağlı ve ilgili kuruluşlar açısından ise, bu ifade daha da açıktır: O kuruluşun başındaki memurun unvanı (başkan, genel müdür, müsteşar) her ne ise, en üst idari amir odur. En üst idari amirler, başbakanlık, bakanlık veya bağlı ya da ilgili kuruluşun hangisinin en üst idari amiri ise, ortak kararlarla atananlar hariç, o kurumdaki bütün personelle ilgili yetkili mercidir^{118a}.

İdd-Bakan (ya da Başbakan) : Bakanlıkların merkez teşkilâtında görevli personelden ortak kararla atananlar için yetkili mercii, bakandır^{118b}. Bakanlar Kurulu kararıyla atanan Personel için de yine bakan yetkilidir. Ancak, bu takdirde bu personellerin görev yaptığı yerin önemi yoktur. Önemli olan, Bakanlar Kurulu kararıyla atanmış olmasıdır. Sözgelimi, Valiler ve Büyükelçiler merkezde görev yapmadıkları halde, yetkili mercii bakandır. KİT’lerde teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyeleri bakımından da durum aynıdır (md.17).Başbakanlık merkez teşkilâtının aynı durumdaki personeli için de Başbakan yetkilidir. Doğrudan Başbakanlığa bağlı KİT’lerde de bakan yetkisi Başbakanca kullanılır.

Burada da şöyle bir eksiklik gözlenmektedir: Bağlı ya da ilgili kuruluşların (KİT’ler hariç) en üst idari amirleri hakkında yetkili mercii neresidir? Bunların, Bakanlıkların ya da Başbakanlığın merkez teşkilâtında görevli sayılması mümkün değildir. Böyle bir yorum, bu tür kamu düzenine ilişkin kurallar sevk eden yasalar bakımından sakıncalı olacaktır¹¹⁹. Aynı şekilde, yine bu tür kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan personel için de kimin yetkili olduğu yasada belirli değildir. Bütün bu personel için ilgili bakanın yetkili olması gerektiği mantıken doğru ise de,

¹¹⁸ Danıştay 1.Dairesi, agk., sh.190-191. Nitekim, 4696 Sayılı (Cumhurbaşkanınca geri gönderildi) yasayla bu 3/a maddesine “merkez teşkilâtında müsteşar, bağlı veya ilgili kuruluşlarda” ifadesi eklenerek, en üst idari amir kavramına açıklık getirilmiştir.

^{118a} “...Bakanlığı ...Koruma Genel Müdürlüğü ...Koruma Daire Başkanı sanık hakkında soruşturma iznini en üst idari amirin vereceği ve itiraz da Bölge İdare Mahkemesine yapılacağından, Danıştay 2. Dairesine yapılan itiraz hakkında yapılacak bir işlem bulunmadığı”na karar verilmiştir.D.2.D.,2000/3444 Esas, 2001/138 Karar sayılı. **TOPUZ**, sh.361.

^{118b} “Bakanlıkların merkez teşkilatında görevli olup ortak kararla atanan memurlar hakkında ilgili bakan tarafından soruşturma izni yetkisinin kullanılacağı” hakkında, D.2.D., 2001/7-76 Esas-Karar sayılı karar. **TOPUZ**,İbrahim:sh.365.

¹¹⁹ **PINAR**, sh.180.

yasadan bu sonuç çıkmamaktadır. Biran, yorum yoluyla bu sonuca ulaşılsa dahi, başbakanlığa bağlı bunca kuruluş bakımından, Başbakanın yetili mercii olması, yine anlamsız olacaktır. Her bir olayda Başbakandan bizzat inceleme onayı ve sonra da soruşturma izni konusunda onay alınması mümkün olmayacaktır. Denilebilir ki, bağlı bulunulan Devlet Bakanı'ndan onay alınmalıdır. Devlet Bakanı, bu yasada belirtilen anlamda "vekil" değildirler, ancak, Başbakan vekili oldukları bir zaman diliminde bu yetkiyi kullanabilirler¹²⁰. Fakat uygulamanın, yasanın bu noksanlığını mantıksal şekilde doldurduğu; Bakanlık ve Devlet Bakanlıklarının ilgili ve bağlı kuruluşlarında üçlü kararnameli personelle ilgili yetkili merciin ilgili Bakan veya Devlet Bakanı olarak kabûl edildiği gözlenmektedir.

ee-İçişleri Bakanı : İçişleri Bakanı, bir bakan olarak sahip olduğu yetkilerin yanı sıra, Büyükşehir Belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları, büyükşehir, il ve ilçe belediye meclis üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında da soruşturma izni konusunda yetkili merciidir.(3/h). İlçe belediye başkanları ve belediye meclis üyelerinin yetkili merciinin içişleri bakanı olarak belirlenmesi, Vali başlığında izah edildiği üzere, isabetli olmamıştır. Fakat Cumhurbaşkanınca meclise geri gönderilen 4496 Sayılı yasayla içişleri bakanının yetkili merci olduğu kişiler düzenlenirken, ilçe belediye başkan ve meclis üyelerine yer verilmiş, bunlarla ilgili olarak yetki Valiye tanınmıştır. Böylece, konu yasama organının gündemine girmiştir.

ff-Cumhurbaşkanı : Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri ile ilgili yetkili merciidir.

gg-Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri : Cumhurbaşkanlığındaki kamu görevlileri hakkında yetkili merciidir.

hh-Meclis Başkanı : TBMM Genel Sekreteri ve Genel Sekreter Yardımcıları hakkında yetkili merciidir.

ii-TBMM Genel Sekreteri : TBMM de görevli olup, Genel Sekreter yardımcıları dışında kalan kamu görevlilerinin yetkili merciidir.

b-Yetkili Mercilerin Düzenlenişi

Görüldüğü üzere, çoğunlukla çalışılan yer, ama bazen de atama şekli esas alınarak, oldukça kazuistik sayılabilecek bir tarzda izin vermeye yetkili merciler belirlenmeye çalışılmıştır. Düzenleme böyle ayrıntılı olunca, bazı karmaşa ve hatta unutmaların önüne geçmek de mümkün olmamış; gözükmemektedir. Gerek birlikte işlenen suçlar bakımından var olan belirsizlikler ve karmaşa, gerekse bazı kamu görevlilerinin yetkili mercilerinin kim olacağının yasada unutulmuş olması, uygulayıcıları büyük problemlerle karşı karşıya bırakabilecek durumdadır. Sözgelimi, Belediye Birlikleri organların-

¹²⁰ PINAR, sh.178-179.

da görev alanlar için yetkili mercii kim olacaktır? Görev yapılan yer esasına göre sorunun çözülmesi¹²¹, çoğu zaman yasanın sistemiyle çelişecek, asli görevinden dolayı İçişleri Bakanının yetkisinde bulunan bir kamu görevlisiyle ilgili soruşturma izni, buradaki görevinden dolayı vali ve hatta bazen kaymakamın yetkisinde olabilecektir.

Bir diğer konu da, bu yasada yetkili merciler düzenlenirken, belediye-ler konusunda tamamen vesayet denetimi bakış açısının egemen oluşudur¹²². Halbuki bu bakış açısı doğru olsa bile, ne yeterlidir, ne de hizmetin gerekle-riyle tam olarak bağdaşır. En azından, belediyeler bakımından belki "tek yetkili merci" siteminden vazgeçilmesi, mevcutların yanı sıra, belediye baş-kanlarına da, hiç olmazsa ilçe, il ve büyükşehir belediyeleri açısından yetki tanınması uygun olacaktır¹²³.

c- Yetkili Mercii ile İlgili İlkeler

Yetkili mercii belirlenmesinde, yasanın 3.maddesiyle bazı genel ilke-ler de belirlenmiştir. Buna göre:

aa-Yetkili mercii veya yokluğu halinde vekili, yetkisini bizzat kul-lanır. Bu kuralın idare hukuku bakımından pratik sonucu, bu konuda yetki devrinin yasaklanmış olmasıdır. MMHK'da da zaten durum böyledi. An-cak, aynı konuda birden çok merci soruşturma izni verilebildiği için, prob-lem yaşanmıyordu. Ama şimdi, bir İçişleri Bakanı ya da İstanbul Valisi gibi bazı yetkili mercilerin işi zor gözükmemektedir. Yasadaki Vekaletin tam anla-mıyla uygulanması halinde, en zor durumda kalacak olan da, Başbakan ola-caktır. Çünkü, yasal olarak Başbakanlığa bağlı olup, Devlet Bakanlıkları aracılığıyla idare edilen bağlı ve ilgili kuruluşların sayısı herhalde oldukça fazladır.

bb-İştirak halindeki suçlarda, yetkili mercii, memurlar arasındaki ast-üst ilişkisine göre belirlenir. İzin, üst konumundaki memurun yetkili merciinden istenir. Bu kural, MMHK'un "madun-mafevke tabidir" diyen 15'nci maddesinden esinlenilerek sevk edilmiş olmalıdır. Bu konuyla ilgili problemler, MMHK uygulamasında olduğundan daha ağırdır. Çünkü, be-le-diye başkanı-kaymakam örneğinde olduğu gibi, sorun sadece ast-üst memur

¹²¹ SAYIN, sh.101. Meclise geri gönderilen 4696 sayılı yasada bu konu 3/k mad-desi olarak düzenlenmiştir.

1. İlçe düzeyinde örgütlenip, başkanı Kaymakam olanlarda Vali, diğerlerinde kaymakam,

2. İl düzeyinde örgütlenen ve başkanı Vali olanlar hakkında İçişleri Bakanı, diğerlerinde Vali,

3. Birden çok ili kapsayacak şekilde örgütlenenler hakkında İçişleri Bakanı.

¹²² SAYIN, sh.100.

¹²³ SAYIN, sh.100.

kavramını aşmakta, yasanın kendi sistemiyle çelişen sonuçlara yol açabilmektedir^{123a}.

cc-Bir diğer önemli ilke, yetkili mercii belirlenmesinde, memurun suç tarihindeki görevinin esas alınacağıdır. Bunu da doğal karşılamak gerekir¹²⁴.

C- Suçun Öğrenilmesi

Yasada sayılan yetkili merciler, suçu birkaç kanaldan öğrenebilirler. Bunlardan birincisi ihbar ya da şikayet yoluyla öğrenmedir.

Üçüncü şahıslar tarafından yapılacak ihbar ve şikayetlerin işleme konulabilmesi için, soyut ve genel nitelikte olmaması gerekir; somut kişi ya da olay belirtilmeden soyut bir suçlamada bulunulmuşsa, dilekçe işleme konulmayacak ve durum ihbar ya da şikayetin yapıldığı yere göre savcı ya da yetkili merci tarafından bildirilecektir (md.4/son).

İhbar veya Şikayet, doğrudan doğruya yetkili mercie ya da Cumhuriyet Savcılığına yapılmış olabilir. Eğer Cumhuriyet savcılığına yapılmışsa, savcı, ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit eder. Fakat bundan başka hiçbir işlem yapmadığı gibi, memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine de başvurmayarak, evrakın bir örneğini yetkili mercie göndererek soruşturma izni ister.

^{123a} “Ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde iznin üst memurun bağlı olduğu merciden isteneceği” hakkındaki 2000/583-643 Esas-Karar sayılı kararında Ankara Bölge İdare Mahkemesi;”...iştirak halinde işlenen suçlar için verilen soruşturma izinlerine yapılan itirazların, daha üst itiraz mercii tarafından itirazı incelenecek olan memurun itirazını incelemeye yetkili yerde incelenip karara bağlanmasının, Kanunun genel düzenleniş biçimi ve amacına uygun düşeceği kuşkusuzdur.”

“Bu itibarla ; T. İl Genel Meclisi Üyeleri ile birlikte aynı suça iştirak ettiği öne sürülen İl Özel İdare Müdür Vekili hakkında İçişleri tarafından verilen soruşturma iznine yapılan itirazın İl Genel Meclisi Üyeleriyle ilgili itiraza bakacak olan Danıştay 2. Dairesince incelenip karara bağlanması gerektiği açıktır” demektedir. Gerçi, karar metninden olayın detayları anlaşılamamakla birlikte, bu kararın, İl Daimi Encümeni Üyeliğini, İl Genel Meclisi üyeliğinden ayrı görüp, sonra da bu üyelerin yetkili mercii Vali Yardımcısı ile aynı sayarak Valiyi yetkili mercii sayan Danıştay 2. Dairesi kararlarından daha isabetli buluyoruz.

¹²⁴ Aksi görüş için bkz. Yozgat Milletvekili Cemil ÇİÇEK’in TBMM genel kurulundaki konuşması, 17.11.1999 günlü oturum. Metin için bkz. PINAR, 167 nolu sahifedeki dipnotu. Aynı konuşmada Belediye Başkanlarının, belediye memurlarıyla ilgili yetkili merci olarak kabûl edilmemesi de, gayet haklı olarak, eleştiriliyor.

Eğer ihbar ya da şikayet, yetkili merci dışında başka bir idari makama yahut memura yapılırsa, bunlar da durumu derhal yetkili mercie intikal ettirmek zorundadırlar. Memurlar, başka türlü de olsa, yani bir belge, bilgi, bulgu vs. yolla bir suç işlendiğini öğrendiklerinde, durumu yetkili mercie iletmek zorundadırlar (md.4/II). Aksi davranıştan hem disiplin, hem de cezai sonuçları doğabilir (TCK. md.235).

İhbar ya da şikayet dilekçesinin işleme konulmasıyla ilgili göz önünde tutulması gereken bir diğer yasa hükmü de, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun" dur¹²⁵. Bu yasanın 4.maddesinde, dilekçede bulunması gereken zorunlu şartlar sayılmıştır. Aynı yasanın 6.maddesinde ise, işleme konulmayacak dilekçeler belirtilmektedir. İşleme konulmayacak dilekçeler konusunu, bunun bir anayasal hak olduğunu da göz önüne alarak ele almak gerekir¹²⁶. Gerek 4483 Sayılı yasa ve gerekse 3071 Sayılı Dilekçe Yasası, somut bir olay belirtmeyen dilekçelerin işleme konulmayacağını bildiriyor. Yine 4483 Sayılı yasaya göre, dilekçenin işleme konulmaması halinde, durum ihbar ya da şikayette bulunana bildirilir. Bu hüküm, "kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" diyen Anayasa 74.madde kuralının bir gereğidir. Yalnız, burada bir problem oluşabilmektedir: Yetkili merci, dilekçeyi işleme koymayacağını ihbar yahut şikayette bulunana bildirmesine rağmen, ihbar yahut şikayette bulunan, dilekçesinin işleme konulması, yani bir ön incelemede bulunulması gerektiğini düşünüyorsa ne yapacaktır? Savcılığa baş vursa, bu takdirde savcılık da, konu 4483 kapsamında olunca yine durumu yetkili mercie iletecek, bir kısır döngü yaşanacaktır. Bu takdirde, önümüzde iki yolun var olduğu düşünülebilir: Birincisi, idarenin bu ret kararının bir idari işlem olduğundan hareketle, idari yargıda iptal davası açılabilmesi yollarının araştırılmasıdır ki, hem olumsuz bir işleme karşı iptal davası açılmasının -idari işlem ya da eylem nitelikli yargı kararına yol açabileceği yolunda çıkabilecek tartışmalar sebebiyle- güçlüğü ve hem de çoğu zaman davacının menfaat ihlalini ispat açısından karşılaşacağı güçlükler sebebiyle, oldukça zor bir seçenek olacaktır. İkincisi, yasaya uygun olarak verildiğine inanılan dilekçenin reddedilmesi, soruşturma izni verilmemesiyle aynı sonuçlar doğuracağı için, soruşturma iznine itiraz prosedürünün "dilekçe ret" kararına karşı da işletilmesidir. Nitekim bu yapılmış ve Danıştay ikinci dairesi, şikayetçi tarafından yapılan itirazı kabûl ederek, ön inceleme raporu düzenlenip gönderilmesini istemiş-

¹²⁵ 01.11.1984 tarih ve 3071 Sayılı Kanun. R.G.; 10.11.1984 tarih ve 18571 Sayılı.

¹²⁶ 1982 Anayasasının 74.maddesi bu hakkı düzenlemektedir. Yani dilekçelerin işleme konulmaması konusu dar yorumlanmalı, işleme koymanın ise Genel Kurul olduğu kabul edilmelidir. Dilekçe hakkını 1961 Anayasası yönünden inceleyen bir monografi için bkz. ARMAĞAN SERVET: 1961 Anayasası ve Dilekçe Hakkı, İstanbul Hukuk Fakültesi, 1975.

tir¹²⁷. Bu, idari yargının bir içtihat yargısı olmasıyla örtüşen olumlu bir karardır^{127a}.

Diğer bir hal de, suçun re'sen (kendiliğinden) öğrenilmiştir. Yetkili merci, suç işlendiğine bir şekilde ya bizzat kendisi tanık olabilir, duyabilir ya da belgelerden görebilir. Bu takdirde de ön incelemenin başlatılabileceğinden kuşku duymamak gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, olayın öğrenilmesini düzenleyen 4483 Sayılı yasanın 4.maddesinde 4696 Sayılı yasayla yapılmak istenen değişiklikler konusudur. Bir defa, madde metninde geçen Cumhuriyet Başsavcısı ibaresi doğru seçilmemiştir. Böyle bir ifade, 4483 Sayılı yasaya ilişkin bütün savcılık işlemlerinin, doğrudan doğruya Cumhuriyet Başsavcısınca bizzat yapılması gibi bir sonuca yol açacaktır ki, kanun koyucunun arzusunun bu olmadığı açıktır. O yüzden bu ifade bahse konu değişiklikle "Cumhuriyet Başsavcılığı" şekline dönüştürülmektedir ki, isabetlidir.

Diğer bir değişiklik, savcılara yapılan ihbar ve şikayet üzerine ya da başka bir şekilde kamu görevlilerinin suç işlendiğini öğrenen savcılarının, "evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler" ifadesi, "ilgili makama gönderirler" şekline dönüştürülmektedir. Bizce de bu düzenleme yerindedir. Çünkü savcı, henüz yeterli bilgiye sahip değildir ve soruşturma izni verilmesini isteyecek konumda değildir. Savcı o karara, ancak idarenin yapacağı "ön inceleme" çalışması sonucu varabilir. Bu sebeple, savcıyı, daha işin başında soruşturma izni istemeye mecbur eden bu yasal düzenleme zaten CMUK'ndaki genel sisteme de uymamaktadır. Belki mevcut hükmü "soruşturma izni konusunda (bir) karar verilmesini ister" şeklinde

¹²⁷ Danıştay 2.Dairesinin 27.04.2000 tarih ve E:2000/1442, K:2000/2318 Sayılı Kararı. **TOPUZ**, sh.9, dn.29.Yetkili merciin, ön inceleme başlatmaksızın ihbar ya da şikayet dilekçesini reddetmesi ya da işleme koymaması halinde, buna karşı yapılan itirazla üzerine merciin bu işleminin, idari yargı yerlerince soruşturma izninin verilmemesi olarak nitelendirilip denetlenmesine ilişkin diğer örnekler:"++83 sayılı kanunun 4. Maddesine göre verilen yetkili merci kararları itirazın incelenenle" .D.2.D.,2000/1399-2234 E-K;"İddialar somut ve iddiada olay, yer belirtiliyorsa, Yetkili Mercii tarafından 4483 sayılı kanunun 4 üncü maddesi uyarınca talebin işleme konulmaması durumunda, bu hususun 4483 sayılı kanuna göre yargı yerine itiraz konusu edilebileceği" hakkında,D.2.D.,2000/2897-3293 E-K sayılı kararı. **TOPUZ**, sh.371 vd.

^{127a} Nitekim daha sonra, 27.06.2001 tarih ve 4696 Sayılı yasa ile, "yetkili merciin ön incelemeye geçilmemesi kararına karşı da yasada yazılı 10 günlük süre içerisinde şikayetçi veya savcının itirazda bulunabileceği hükmü getirilmiştir (md.9 değişikliği-Ancak, yasa yayımlanmayarak Cumhurbaşkanınca 05.07.2001 tarihli yazıyla TBMM Başkanlığına geri gönderilmiştir.

yorumlamak mümkün ise de, buna da gerek yoktur. Böyle bir savcılık yazısının zaten başka bir anlamı olamaz.

Bu maddede (4.md.) yapılmak istenen sonuncu değişiklik, maddenin son fıkrasının şu şekle döndürülmesidir: “01.11.1984 tarihli ve 3071 Sayılı Kanunun 4’ncü maddesindeki yazılı şartları taşımayan ve yapılan araştırma sonucunda daha önce sonuçlandırılmış konular ile yukarıdaki fıkra (3.fıkra) aykırı bulunan ihbar ve şikayetler, Cumhuriyet Başsavcılıkları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum ihbar ve şikayette bulunana bildirilir. Ayrıca, bu durumun ön incelemenin herhangi bir aşamasında tespit edilmesi halinde, ön inceleme raporu düzenlenmeksizin konu sonuçlandırılır”.

Bu düzenlemeyle, hukuksal metinler arası ilişki kuruluyor ve konu sistematize edilmeye çalışılıyor. Gerçekten de, ihbar ve şikayet konularının, anayasal bir hakkın düzenlenmesi niteliğindeki dilekçe kanunuyla ilişkilendirilmemesi bir eksikliktir. Ancak bu fıkra çok hassas bir konu daha düzenleniyor ki, o da, daha önce sonuçlandırılmış konuların yeniden işleme konulmamasıdır. Gerçekten de, aynı konuda, hatta aynı kişilerce onlarca kez dilekçe verildiği ve idarenin boş yere meşgul edildiği olaylar çok olmaktadır. Ancak, idari kararlar, yargı kararları gibi kesin hüküm niteliği taşımazlar: Eğer başvuruda yeni bir unsur varsa, yeni bir delil öne sürülüyorsa, yeniden bir ön inceleme yapılmalıdır¹²⁸. Ancak, eskisinin tıpa tıp aynısı konularda ise yeniden ve tekrar tekrar inceleme yapılması gerekmez. Bu durumu belirtmek için “yeni bir unsur taşımayan” ifadesinin mutlaka madde metnine ilavesi gerekir. Ayrıca, değişiklik önerisinde dilekçelerin işleme konulmaması hususunda iki ayrı hal düzenlenmekte olduğundan, bu iki halin birbirine, öneride olduğu gibi “ve” ile değil, “veya” ile bağlanmaları gerekir. Aksi takdirde, iki halin de bir arada aranması gibi bir anlam çıkabilir ve bu takdirde de-iki hal aynı anda belki de hiç gerçekleşmeyeceği için-değişiklik anlamsız kalabilir.

Yapılmak istenen değişiklikler bunlardan ibaret değildir. İleride yeri geldikçe diğer değişikliklerden de söz edilecektir. Ancak, 4696 Sayılı yasa Cumhurbaşkanınca Meclise(05.07.2001 tarihinde) geri gönderildiğinden henüz yasalaşmamıştır. Konuyu uzatmamak için Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçelerine değinmiyoruz.

D- Ön İncelemenin Başlatılması

a- Soruşturma İzni Verilmesinde Süre

Memur veya diğer kamu görevlisi hakkındaki suçlamadan bir şekilde haberdar olan yetkili merci, soruşturma izni konusunda karar verebilecek

¹²⁸ Danıştay 1.Dairesi, *agk*, sh.195. (6.madde ile ilgili görüşün son paragrafı).

bilgilere ulaşabilmek amacıyla, bir kanaata sahip olabilmek için bir “ön inceleme” başlatacaktır (md.5). Yasanın birinci amacı, işlemlerde sürati sağlayıp, işin sürüncemede kalmasını önlemek olunca, ön inceleme süresi de, oldukça kısa tutulmuştur. Daha doğrusu, yasada ön inceleme için ayrı bir süre yoktur. Süre tektir ve o da suçun öğrenilmesinden (md.5/I) itibaren soruşturma izni konusunda karar vermek için yetkili mercie tanınan 30 günlük süredir. Ön inceleme çalışmasının da içine sığdırılacağı bu süre, zorunlu hallerde ve bir defayı aşmamak üzere en çok 15 gün uzatılabilir (md.7). Süre bu kadar kısa olunca, sürenin başlangıcı da oldukça önem kazanmaktadır.

b- Sürenin Başlangıcı

Süre, yasanın 5/I. maddesine göre, suç işlendiğinin yetkili merci tarafından öğrenildiği an başlar. Peki bu öğrenme ne zaman gerçekleşmiştir? Tebligat kanunu hükümleri göz önüne alınırsa, her halde ihbar veya şikayet dilekçesinin yetkili merciin kurumunda resmi kayda girdiği gün, başlangıç sayılabilir. Ancak bu pek gerçekçi olmamaktadır. Çünkü bakanlıklarda, böyle bir evrakın bakana ulaşması ciddi bir süreyi alabilmektedir. Zaten çok kısa olan karar verme süresinin bir kısmı da böyle hiçbir şey yapamadan geçince, ön inceleme iyice anlamsızlaşmaktadır. Bu sebeple, genel eğilim, sürenin, yetkili merciin olayı fiilen öğrendiği, yani inceleme onayının verildiği tarih olarak kabûl edilmesidir¹²⁹. Fakat itiraf etmek gerekir ki, bu çözüm, belki pratik gereklere uygun, fakat hiç de hukuksal dayanağı bulunan bir görüş değildir. Çünkü, kurum içinde evrakın aşırı derecede bekletilmesi yolu böylece açılmış olabilir. O yüzden, yasada bu konu ayrıca ve açıkça düzenlenmeli, hiç olmazsa ihbar veya şikayetin 4483 Sayılı yasa kapsamında bir suçla ilişkin olup olmadığını belirleme için, ön inceleme süresinin yarısı kadar (15 günlük) bir süre daha yetkili mercie tanınmalıdır. Ancak, bu takdirde de öğrenme tarihi, evrakın kurum kaydına giriş tarihi olarak kabûl edilmelidir. Kaldı ki, bu anlamda bir ön inceleme, Cumhuriyet Başsavcılıklarından intikal edecek ihbarlar bakımından gerekli de değildir; çünkü savcılık bu anlamda bir ön incelemeyi (ön inceleme öncesi inceleme) zaten yapmış olmalıdır¹³⁰.

Nitekim, bahse konu 4696 Sayılı değişiklik yasasında, süreye ilişkin önemli düzenlemeler mevcuttur. Bir defa, sürenin başlangıcının “yetkili merciin ön inceleme yazısı emri veya onayı tarihinde” başlayacağı kuralı getirilmektedir¹³¹. Ayrıca, temel süre otuz günden 45 güne çıkartılmış; daha da önemlisi, ön inceleme süresi, başka bir ön sürenin bitiminden sonra başlatılır duruma getirilmiştir: “İzin vermeye yetkili mercii, bu kanun kapsamına

¹²⁹ Danıştay 1.Dairesi, *agk*, sh.195.

¹³⁰ Başbakanlığın adı geçen genelgesi, sh.160.

¹³¹ 4483 Sayılı yasanın 7.maddesine eklenen ikinci fıkra (4696 Sayılı yasanın 5.maddesi).

giren bir suç işlendiğini bizzat veya 4'ncü maddede yazılı şekilde öğrendiğinde, en geç altmış gün içinde, doğrudan veya yaptıracağı araştırma sonucu gerekli görürse, bir ön inceleme başlatır"¹³². Demek ki, yukarıda tartıştığımız kurum evrakına giriş tarihinin başlangıç tarihi olacak süre, olsa olsa bu iki aylık "ön inceleme öncesi" sürenin başlangıcında ancak göz önüne alınabilecek duruma gelmektedir ki, bu değişikliğin, bu haliyle yasanın ruhuna uygun olduğu söylenemez. Ön inceleme süresinden daha uzun bir süre, ön inceleme öncesi geçmekte ve birden bire soruşturma izni konusundaki idari karar, bugünkü azami 45 günlük süre –ki bu da gerçekten oldukça kısadır– yerine, 120 günlük bir vadeye yayılmaktadır. Yasada bazı değişiklikler gerektiği doğrudur. Ancak bunun makul surette yapılması gerekir. Belki 45 günlük bir ön inceleme süresi, gerekirse 15 günlük ilave bir süreyle birlikte tanınıp, ön incelemenin başlangıç onayı için de, dilekçenin kurum kaydına girişinden itibaren de 30 günlük bir ön süre tanınabilir; savcılıktan gelecek ihbar yazılarında bir ön süreye de gerek olmadığı söylenebilir. Böylece, idarenin yapacağı ön incelemenin nihai süresi üç ay ile sınırlanmış olur ve bu süre işin niteliğine de uygun sayılabilir. Nitekim, aşağıda göreceğimiz üzere, ön inceleme kararına itiraz edilmesi halinde, idari yargı yerlerine de itirazı incelemek üzere üç aylık bir süre tanınmaktadır. Önerilen durumun kabul edilmesi halinde, yargı yerlerine tanınan süre ile idari mercilere tanınan süre de eşitlenmiş olacaktır.

Yapılan son değişiklikle "sahibinin adı, soyadı ve imzası bulunmayan veya ikametgah adresinin gerçeği yansıtmadığı tespit edilen dilekçeler üzerine ön inceleme yapılamaz" kuralı isabetli değildir. Gerçi, dilekçe yasasında da bu kural yer almaktadır; ancak bu yasanın özelliği gereği, söz konusu kural burada tam olarak uygulanamaz, uygulanmamalıdır. Çünkü dilekçeler genel anlamda belki kişisel taleplerin ön plana çıktığı yazılar olabilir de, 4483 sayılı kanun kapsamında verilecek dilekçeler çoğunlukla kişisel taleplerden ziyade veya onlarla beraber, kamu düzenini de ilgilendirirler. Anılan bilgiler olmasa da, yahut gerçeği yansıtmasa da, oldukça somut iddialar belirten dilekçelerin işleme konulmamasında kamu yararı olamaz. Ancak bu düzenleme; "içerdiği bilgilerin doğruluğu idari bir araştırma ile anlaşılmadıkça ön inceleme yapılamaz" şeklinde yapılabilirdi. Fakat, ön inceleme yolunun temelli kapatılması isabetli olmamıştır. Nitekim, bu düzenlemelerin yapıldığı yasa, Cumhurbaşkanı'nca Meclise geri gönderilmiştir.

c-Ön İncelemeyle Görevlendirilecek Olanlar

Ön inceleme, yetkili mercii tarafından elbette bizzat da yapılabilir. Ancak, olağan olan, görevlendirilecek diğer elemanlar tarafından yapılmasıdır. Bunlar da ikiye ayrılır:

¹³² 4696 Sayılı yasanın 3.maddesiyle değiştirilmek istenen 4483 Sayılı yasanın 5.maddesi.

aa-Denetim Elemanları : En uygunu, bu incelemenin denetim elemanlarınca yapılmasıdır. Ancak, yetkili mercilerin çoğunun emrinde (Kaymakam, hatta çoğu zaman Vali, Müsteşar) denetim elemanı bulunmamaktadır. Bu takdirde, başka kuruluşlardan yardım da istenebilirse de, bu isteğin yerine getirilmesi ilgili kuruluşların tamamen takdirine bırakılmıştır. Ayrıca, bu tür dolaylı görevlendirmeler, süre problemini daha da ağırlaştırmaktadır. Ön incelemenin denetim elemanlarına yaptırılması, hakkında ön inceleme yapılacak ile ast-üst ilişkisi gibi bir ölçüte gerek göstermemesi bakımından da oldukça yararlı bir yöntemdir. Özellikle seçilmişler bakımından bu problemin aşılmasında uygun bir çözüm olarak düşünülebilir^{132a}.

bb-Denetim Elemanı Olmayanlar : Bu takdirde, ön inceleme ile görevlendirilenin veya görevlendirilenlerin, hakkında ön inceleme yaptıkları kamu görevlisinin üstü konumundakiler arasından seçilmesi gerekir. Yasanın bu düzenlemesi isabetli olmamıştır. Halbuki, MMHK uygulaması döneminde Danıştay İçtihatlarıyla bu problem “en az eşiti” konumunda olmak şeklinde çözülmüştü. Şimdi bunu “üstü konumu” ile sınırlamak, yetkili mercileri zor durumda bırakacaktır. Bu sebeple “veya eşiti” ifadesi yasaya eklenmelidir^{132b}. Yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez. Eğer ön inceleme ile görevlendirilenler birden fazla iseler, biri başkan olarak belirlenir (md.5/son).

D-Ön İncelemenin Yapılması

Ön incelemeyle görevlendirilenler, hem bakanlık müfettişlerinin, hem de kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olarak çalışırlar. Ayrıca, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda CMUK’a göre de işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan kişinin ifadesini de alırlar, yetkileri dahilinde bulunan bütün gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenlerler ve bunu izin vermeye yetkili mercie sunarlar; varsa, farklı görüşler de bu raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir (md.6/I).

a- CMUK’na Yapılan Yollamanın Anlamı

İnceleme yapılmasıyla ilgili iki önemli sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi CMUK’na yapılan yollamanın anlamı ve sınırlarının belirlenmesi hususudur. Bilindiği üzere, MMHK zamanında, soruşturmacının (mu-hakkik) yaptığı iş, hazırlık soruşturması niteliğinde olduğu için, işlemlerini CMUK’taki hükümler çerçevesinde yürütmek, özellikle, sanığın savunması-

^{132a} “Genel Müdür hakkında maiyetinde çalışan müfettiş tarafından ön inceleme yapılamaz”. D.2.D.,2000/3488-4073 E-K; aynı nitelikte 200/3486-4072 E-K; “Teftiş Kurulu Başkanı hakkında maiyetinde görevli müfettiş ön inceleme yapamaz”. D.2.D.,2000/2908-3202 E-K. TOPUZ, sh.378 vd.

^{132b} Nitekim 4696 Sayılı yasa ile bu değişiklik yapılmak istenmiştir

nın alınmasında avukat bulundurmak istemesi halinde, buna uygun şartları sağlamak, gerekiyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmak ve dosyayı her yönüyle ve Ceza Usul Hukuku kurallarına uygun şekilde tekemmül ettirmek zorundaydı. Halbuki, şimdi ön inceleme görevlisinin yapacağı iş, dosyayı, bir hazırlık tahkikatı gibi oluşturmak değil, olsa olsa yetkili mercide suç isnadının ciddi olup olmadığı konusunda iyi kötü bir kanaat oluşturmaktan ibarettir. Artık, ön inceleme görevlisi, eskiden olduğu gibi adli görev yapan bir hakikat arayıcısı (muhakkik) değil, makul ölçüler içerisinde belli bir kanaatin oluşumuna çalışan idari bir görevlidir. O halde, CMUK kurallarına uymak zorunda bulunmamaktadır, belki idare hukukunun kuralları içerisinde hareket eden görevli konumundadır. Bütün bu sebeplerle, yasada CMUK'a yapılan atfı, uyulması gereken usûl kuralları olarak değil, belki gerektiğinde başvurulabilecek –doğaldır ki başvurulduğunda da, usûlüne uyulacak- yetki kuralları olarak anlamak yasanın ve işin mantığına uygun olacaktır¹³³. Zaten yasa tasarısının ilk şeklinde bulunmayan bu hükmün, görüşmeler sırasında Genel Kurulda verilen bir önergeyle –niteliği iyice tartışılmadan- yasaya dahil edildiğine yukarıda değinmiştik. En önemlisi de, hakkında iddia bulunan memurun ifadesi alınırken, avukat bulundurma zorunluluğunun bulunmadığı kabûl edilmelidir. Hatta, her durumda hakkında inceleme yapılan memurun ifadesinin alınması zorunluluğu da yasada yer almasa daha iyiydi^{133a}. Özellikle, soruşturma izni verilmemesi düşünülen memur yada diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurup başvurmamak, ön inceleme görevlisinin takdirine bırakılırsa, zaman tasarrufu ve kamu personelinin psikolojisinin bozulmaması bakımından daha yararlı olurdu. Nitekim, 4696 Sayılı yasa

¹³³ “İddia konusunun teknik olması ve dosyada karar verilebilmesi için yeterli bilgi bulunmaması halinde soruşturma derinleştirilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir”. 2.D., 1996/1429 esas, 1998/727 karar. Ancak, Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat zamanında verilmiş bulunan bu kararın, bu gün için hala geçerli olmayabileceği düşünülmelidir.

^{133a} Danıştay 2. Dairesi, çok sayıda kararında ön inceleme raporu düzenlenmemesi için sanığın ifadesinin alınması zorunluluğunu vurgulamıştır: 2000/2721-3134 E-K; 2000/3442-3907 E-K; 2000/3376-3906 E-K. Ancak, 2. Daire bir kararında, sanıkların ifadeleri alınmadan ön inceleme raporu düzenlenmesini, raporun hazırlanışında bir eksiklik olarak değerlendirmemiştir: “Belediye Başkanı ile Belediye Meclis üyesi olan sanıklar, şehir dışında olduklarından kendilerine tebligat yapıp ifadeleri alınmamış ise de; soruşturma iznine ilişkin itirazlarında, usul ve esasa ilişkin iddialarını belirttiklerinden, ifadelerinin alınmaması eksiklik görülmeyle işin esasına geçildi”. 2. Dairenin 2000/2507-3511 E-K sayılı kararı. **TOPUZ**, sh.371 vd Esasen, süre azlığı sebebiyle, çoğunlukla ön inceleme görevlilerinin zorlandıkları konuların başında, özellikle kötü niyetli ise, sanığa usulüne uygun tebligat yaparak ifadesini alabilmek gelmektedir. Danıştay’ın bu kararı, somut olay bakımından-yasanın lafzıyla ve istikrarlı şekilde verdiği kendi kararları ile çelişmesine rağmen-anılan güçlükleri gözetken bir karar gibi gözükmemektedir.

değişikliği (girişimi), soruşturma izni vermesine ilişkin karar verilebilmesi için ilgilinin ifadesini zorunlu tutarken, diğer durumlarda “gerektiğinde” bu yola başvurulması imkânını tanımakla, yukarıda söz ettiğimiz takdir yetkisini düzenlemiştir¹³⁴.

b-Ön İnceleme Görevlilerinin Yetkileri

İkinci husus, ön inceleme görevlilerinin yetkilerinin sınırı sorunudur. Yasaya göre; ön inceleme görevlileri, bakanlık müfettişlerinin ve kendilerini görevlendiren yetkili merciin bütün yetkilerine sahip olacaklarını belirtmektedir. Uygulamada, özellikle bu görevlilerin “görevden uzaklaştırma” yetkisine de sahip olup olmadıkları konusu tartışılmaktadır. Bir görüşe göre; yasanın açık hükmü karşısında, artık bu konuyu tartışmak (bile) anlamlı değildir. Madem ki, Bakanlık Müfettişlerinin yetkilerine sahip kılınmışlardır, o halde 657 Sayılı DMK’nun 138’nci maddesi gereği, görevden uzaklaştırma yetkisine de sahiptirler. Hele hele, görevlendiren yetkili mercii, bu maddede sayılan yetkililerden biri ise, yani vali, kaymakam ya da atamaya yetkili amir konumundaki makam sahibiyse, ön inceleme görevlisi bu yetkiye haydi haydi sahiptir¹³⁵.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, yetkili merci, eğer gerek görürse görevden uzaklaştırma önlemine DMK 137-140 maddeleri çerçevesinde başvurur veya bunu sağlar. Ön inceleme görevlisine tanınan yetkiler, suç işleme iddiasına ilişkin belgeleri toplamak, bu konuyu araştırmakla sınırlıdır. Yoksa, bakanlık müfettişi ve hele hele de yetkili merciin yerine bütünüyle geçmiş, ikame edilmiş değildir. Söz gelimi, yetkili merciin yetkisinde olsa dahi, nasıl ki ön inceleme görevlisinin ilgili kamu görevlisinin atamasını başka yere yapması düşünülemezse, görevden uzaklaştırılmasına da karar veremez. Verilen yetki, istisnai bir yetkidir ve genel bir hukuk kuralı olarak, bu yetkiyi veren kural da dar yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ilgili hangi gerekçeyle görevden uzaklaştırılacaktır? Yürütülen faaliyet, ne bir disiplin soruşturması, ne de bir yargı kovuşturmasıdır. Sırf “ön inceleme” gerekçesiyle görevden uzaklaştırma önlemine başvurulamaz. Ancak, ön inceleme görevlisinin kendisi zaten Bakanlık ya da genel müdürlük müfettişiyse, olayın disiplin yönü de varsa, görevden uzaklaştırma önlemine elbette ki başvurabilecektir¹³⁶.

¹³⁴ 4696 Sayılı yasanın 4.maddesiyle değiştirilmek istenen, 4483 Sayılı yasanın 6’ncı maddesi.

¹³⁵ TOPUZ, sh.13.

¹³⁶ Danıştay 1.Dairesi, agk, sh.194.; Başbakanlığın adı geçen genelgesinde de aynı görüşler savunulmuştur. Sh.159.

c-Ön İnceleme Raporu

Ön inceleme çalışması sonucunda bir rapor düzenlenerek, yetkili mercie sunulur^{136a}. Bu raporun belli bir kanuni şekli bulunmamaktadır. Ancak herhalde öncelikle görev emrini, hakkında inceleme yapılanın kimliğini ve ön incelemenin konusunu içermelidir^{136b}. Sonra, iddianın leh ve aleyhindeki kanıtlar sayılmalı^{136c}, bu kanıtlara göre konu tartışılmalı ve sonuçta, iddia veya iddiaların doğru olup olmadığı hususunda bir kanaata ulaşılmalıdır. Eğer ön inceleme kurul halinde yürütülüyorsa ve farklı görüşler varsa, bunlar da raporda gerekçeleriyle birlikte yer almalıdır. Yine doğaldır ki, bütün belgeler rapora eklenmeli, gerekçeler bu belgelere dayandırılmalıdır^{136c}.

4- Soruşturma İzniyle İlgili Karar

A- Kararın Verilmesi

Ön inceleme sonrası, yetkili merci, ortaya çıkan rapora göre soruşturma izniyle ilgili bir karar verecektir^{136d}. Bu karar, her şeyden önce, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin olacaktır (md.8). Bunların dışında, bazı ayrıksı durumlarda "karar verilmesine yer olmadığına" ilişkin karar verilmesi de mümkün olabilir.

Soruşturma izniyle ilgili karar, mutlaka gerekçeli verilmelidir. Ön inceleme raporu, bu kararın gerekçesini oluşturacaktır. Hatta, yetkili merciin soruşturma raporunu onaylaması dahi bir karar sayılabilmelidir. Bundan ötesi, yani kararın yasal bildirimlerinin yapılması, artık bir büro işlemi ola-

^{136a} "Soruşturma izni verilebilmesi için öncelikle ön inceleme izni verilmiş olmalıdır". D.2.D.,2000/3057-3666 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

^{136b} "Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin ismen belirtilmesi gerekir". "Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar verilemez".D.2.D., 2000/2208-3054 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

^{136c} "Ön inceleme ile görevlendirilenlerin, sanıkların leh ve aleyhindeki tüm delilleri toplamaları gerekir"

"Ön inceleme emri verilmesinden sonra, ön inceleme raporu düzenlenmesi zorunludur".D.2.D.,2000/2526-3570 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

^{136d} "Ön inceleme emri verilip, ön inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi hakkında, soruşturma izni ile ilgili kararın verilmesi zorunludur". D.2.D., 2000/2034-3017 E-K.;"Ön inceleme yaptırılan görevliler hakkında mutlaka soruşturma izni kararının(iznin verilmesi ya da verilmemesi) verilmesi gerekir.2.D.,2000/2909-3223 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

rak da yürütülebilir, elverir ki, inceleme raporu soruşturma izniyle ilgili karar yerine geçebilecek açıklık ve düzende hazırlanmış bulunsun^{136e}.

Ön inceleme raporuna dayanmaksızın, yetkili merci tarafından soyut bir karar verilemez. Yetkili mercie bu anlamda bir takdir yetkisi tanınmamıştır¹³⁷. Ancak, toplanan kanıtların kanaatin oluşumu bakımından elbette ki yetkili merci tarafından bir takdiri yapılacak, karar da ona göre olacaktır^{137a}. Soruşturma izni konusundaki yetkili merci, ön inceleme görevini veren merciidir. Bu noktanın, MMHK sisteminden ayrılan en önemli noktalardan biri olduğuna daha önce değinilmişti.

Soruşturma iznine ilişkin karar her halde yasada belirtilen süre içerisinde verilmelidir. Öyle ki, yasa tasarısının ilk şeklinde, bu süre içerisinde bir karar verilmemesi halinde, soruşturma izninin verilmiş sayılacağı kuralı vardı. Ancak bu daha sonra bu hüküm, tasarıdan çıkartılmış, fakat madde gerekçesi, eski metne göre kalmıştır¹³⁸. Peki, yasadaki sürede karar verilemezse ne olacaktır? Hemen belirtelim ki, gecikmeli de olsa verilen kararın hukuksal geçerliliği tartışmasızdır. Ancak, bu gecikmeye sebebiyet verenler hakkında soruşturma yapıp, unsurları –özellikle manevi unsur- gerçekleşirse cezai sorumlulukları yoluna da gidilebilir. Sözgelimi, ilgilinin korunmak istenmesi gibi bir niyet belirlenmesi halinde, görevin kötüye kullanılması suçu işlenmiş olacaktır. Ancak, iş yoğunluğu veya elde olmayan sebeplerle oluşan gecikmeler, elbette TCK anlamında bir sorumluluk doğurmayacaktır.

B- Kararın Kesinleşmesi

a- İdari Kesinlik

Soruşturma izniyle ilgili karar da, idari bir karar olması sebebiyle, tek yanlılık ve icrailik özelliklerine sahip olduğu gibi, hukuka uygunluk karinesinden de yararlanır. Sözgelimi, bu kararlar, yasada gösterilen süre içerisinde itiraz edilmediği takdirde, hukuksal kesinlik kazanır. İtiraz edilmesi, bir çeşit

^{136e} “Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin ismen belirtilmesi gerekir”. “Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar verilemez”.D.2.D., 2000/2208-3054 E-K.”4483 sayılı kanuna göre karar verilen sanıkların isimleri, görevleri ve olaylara katılış biçimlerinin soruşturma izni kararında gösterilmesi gerekir”.2.D.,2001/32-223 Esas-Karar. **TOPUZ**, sh.371 vd

¹³⁷ **Danıştay 1.Dairesi**, *agk*, sh.194.

^{137a} “Ön inceleme emri olmadan ve ön inceleme yapılmayan sanık hakkında yetkili merci tarafından karar verilemez”.D.2.D., 2000/2208-3054 E-K.

¹³⁸ “..... ve öngörülen süreler içerisinde karar verilmediği takdirde soruşturma izninin verilmiş sayılacağı vurgulanmak suretiyle...” : Bkz. 7.md. gerekçesi. Halbuki 7.maddede bu gerekçeye uygun kural yer almamıştır.

iptal davası açılması anlamına gelir ki, yargısal denetim sonucunda, ya hukuksal kesinlik kazanır, ya da bozulur. Görüldüğü üzere, soruşturma iznine ilişkin kararlar da klasik idari kararların karakteristik özelliklerine sahiptir, şu kadar ki, bu kararlar idari açıdan verildikleri an kesindir, ancak hukuksal kesinlik (itiraz edilmeksizin ya da yargı yerlerince onanarak) kazanmadıkça, icra edilemezler.

b-Bildirimlerin Yapılması

Yetkili merciin soruşturma izni konusundaki kararı – bu karar ne yönde olursa olsun- Cumhuriyet Başsavcılığına^{138a}, hakkında inceleme yapılana ve varsa şikayetçiye bildirilir (md.9/I). Dilekçesi işleme konulmadığında, ihbarcıya da durum bildirilirken-ki yasanın bu hükmü anayasal bir zorunluluktur- soruşturma izni konusundaki kararın ihbarcıya bildirilmesi öngörülmemiştir^{138b}. Bu düzenlemenin isabeti tartışılabilir¹³⁹. Çünkü, kamu adına yapılacak ihbarların zaten bir şikayetçisi çoğunlukla olmayacaktır ve çoğunlukla bu tür memur suçlarının mağduru da kamu olacaktır. Halbuki, ihbarda bulunanın, inceleme sonucunu bilmekte kişisel yararı vardır. Gerek DMK 25.madde ve gerekse 4483 Sayılı yasanın 15'nci maddesi, ihbarcı aleyhinde dava açılabilmesine ilişkin şartları düzenlemektedir. Bu sebeple, ihbarcının, yaptığı ihbarın neticesini ve hangi gerekçelerle ne sonuçlara ulaşıldığını bilmesi onun açısından önem taşımaktadır. Kamu adına duyarlılık gösteren vatandaşların gözetilmesindeki kamu yararı,her halde şikayetçinin gözetilmesinden daha az değerlidir¹⁴⁰.

^{138a} “4483 sayılı yasaya göre soruşturma izni verilmemesi kararının cumhuriyet başsavcısına tebliğ edilmesi gerekir”. D.2.D, 14.4.2000 tarih ve 2000/1228-2148 esas-karar sayılı kararı.*Danıştay Dergisi*, S.104,sh.42.Aynı konudaki diğer 2 karar için bkz. Aynı dergi, s. 48 ve 49.

^{138b} “İhbarcının, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara itiraz hakkı yoktur”.2.D.,2000/3235 E.,2001/20K. *TOPUZ*, sh.371 vd;Aynı nitelikte 2000/3379-4137 E-K sayılı karar. *Danıştay Dergisi*, S.105, sh.58-59. Bu son kararda,”kanunun ihbarcıya itiraz hakkı tanınmaz” şeklinde yorumlanmaması gerektiğine dair önemli bir ayrışık oy bulunmaktadır.

¹³⁹ *SAYIN*, sh.106.

¹⁴⁰ 4696 Sayılı yasayla yapılmak istenen değişikliğe göre, 9.maddenin hem adı değişmekte (“itiraz” yerine “Yetki Merciin Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler” olmakta), hem de, yetkili merciin kararı, kararın çeşidine göre, sadece itiraz hakkı bulunanlara bildirilmektedir. Bu sisteme ön incelemeye geçilmemesi kararı şikayetçiye bildirilecek, şikayetçinin ise, tıpkı soruşturma izni vermemesi halinde olduğu gibi, itiraz hakkı bulunacaktır. İhbarcıya, ihbarı sonunda ön incelemeye geçilmemesi halinde de bir bildirimde bulunulmayacak, itiraz hakkı da zaten tanınmayacaktır. Ancak, itiraz hakkı tanınmasa dahi hem ön incelemeye geçilmemesi, hem de soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi kararları da ihbarcıya bildirilse daha isabetli davranılmış olacaktır.

c-İtiraz

Eğer yetkili merci soruşturma izni verilmesi kararı vermişse, bu karara karşı ilgili kamu görevlisi^{140a}; tam tersine, soruşturma izni verilmemişse, bu karara karşı da Cumhuriyet Başsavcılığı ya da varsa şikayetçi, kararın kendilerine tebliğinden^{140b} itibaren 10 gün içerisinde^{140c}, itiraz edebilirler. İtiraz mercii, ya Bölge İdare Mahkemesi ya da Danıştay ikinci Dairesidir. Cumhurbaşkanınca verilen izne karşı itiraz mümkün değildir.

aa- Danıştay İkinci Dairesine İtirazlar

Bakan ya da Başbakan, TBMM Başkanı, TBMM veya Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterlerince verilen (3/e-f-g-h) soruşturma izni konusundaki kararlara karşı itiraz edilirse, dosya Danıştay İkinci Dairesinde incelenir. Mahalli İdarelerden belde belediye başkan ve meclis üyeleri ile köy muhtarları haricinde kalanların tamamına ilişkin kararlara, Danıştay'da itiraz edilebilecektir. İlçe Belediye Meclis Üyesine ilişkin karar itiraz halinde Danıştay'a giderken, Kaymakam hakkında olan karar Bölge İdare Mahkemesine gidecektir.

bb- Bölge İdare Mahkemesine İtirazlar

Kaymakam^{140d}, Vali ve En Üst İdari Amirlerce Verilen "soruşturmaya izin" konusundaki kararlara itiraz edilmesi halinde de, dosya Bölge İdare Mahkemesine gider.

İtirazlar öncelikle incelenir ve itiraz üzerine verilen kararlar kesindir; Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay 2.Dairesinin kararını üç ay içerisinde vermesi gerekir. Bu karar, onama ya da bozma şeklinde olacaktır. Ama, şartları varsa, karar verilmesine yer olmadığına da karar verilebilmelidir¹⁴¹. Bozma kararı sonunda dosya tekrar idari mercie gönderilmez, doğrudan bu karar gereğince işlem yapılır; çünkü itiraz üzerine verilen kararlar

^{140a} "Soruşturma izni verilmemesi kararına sanık itiraz edemez".2.D.,2000/3415-4186 E-K. TOPUZ, s.371 vd

^{140b} "Soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın sanıklara Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmesi gerekir". 2.D., 2000/2022-2943 E-K. TOPUZ, s.371 vd

^{140c} "İtiraz süresini adli tatil kesmez".2.D.,2000/2712-3145 E-K.;"Cumhuriyet Başsavcısı 10 günlük süreyi geçirdikten sonra itiraz ettiğinden, karar kesinleşmiştir".2.D.,2000/2712-3145 E-K.;"4483 sayılı kanuna göre yapılan itirazdan feragat edilemez".2.D.,2000/3517-4158 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

^{140d} "Kaymakamın, İlçe memuru hakkında verdiği soruşturma izni verilmesine ilişkin kararını kaldıran Bölge İdare Mahkemesi kararına itiraz edemeyeceği" hakkında, 2.D., 2000/3274-3905 E-K. TOPUZ, sh.371 vd

¹⁴¹ Söz gelimi, olay suç oluşturmuyorsa, 4483 kapsamında bir suç söz konusu değilse (dosya savcılığa gider), zamanaşımına uğramışsa vs.

kesindir. Yani, itiraz üzerine verilen bozma kararı, aslında sadece bir bozma kararı olmayıp, icra edilecek nihai bir karar kimliğini de taşır. Ancak, dosya karar verilmesine yeterli değilse, yani eksik inceleme varsa, ön inceleme raporu bir karar verilebilmesi için yeterli değilse, dosyanın yerine(yetkili mercie) geri çevrilmesine de karar verilmektedir^{141a}.

İtirazın usulü yasada düzenlenmemiştir. Ancak, itirazın inceleneceği yere (mahkemeye) değil de, buraya gönderilmek üzere kararı veren yere(yetkili idari mercie) yapılması usul ekonomisi bakımından aslında daha uygun olacaktır. Ancak, İdari Yargı usul kurallarının burada kıyasen uygulanarak, özellikle itiraz edecek kişi ile itiraz edilecek yargı yeri aynı yerde bulunmuyor ise, itiraz dilekçelerinin orada bulunan bir idari yargı yeri ve olmadığı takdirde de asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla gönderilebilmesi gerekir^{141b}. Aynı şekilde, yanlış yere yapılan itirazların da, idari yargı yerince kendiliğinden doğru yere gönderilebilmesi icap eder.

MMHK'un sisteminin bu sistemden ayrıldığı noktalar (itiraz açısından) şunlardır: Sanığın ve şikayetçinin itiraz hakkı vardır ve 5 gündür. Savcının itiraz hakkı ise bu sistemde bulunmamaktadır; buna karşılık "yargılamaya izin verilmemesine" ilişkin (men-i muhakeme) bütün kararlar re'sen Bölge İdare Mahkemesine veya Danıştay 2. Dairesine gönderilmektedir¹⁴². Yeni sistemde, savcının itiraz etmemesi halinde soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlar da bir üst inceleme olmaksızın kesinleşebilecektir.

Böylece kesinleşen soruşturma izni kararı, eğer soruşturmaya izin verilmesi şeklindeyse, kapsamının da bilinmesi önem taşır. Şimdi bu konuya bakalım.

d-Soruşturma İzninin Kapsamı

Soruşturma izni, öncelikle ön incelemeye konu olan ihbar, iddia ya da şikayet konusu olayları kapsar. Ancak, bunlara bağlı olarak ileride soruşturma sırasında (yani savcı hazırlık tahkikatını yaparken) ortaya çıkacak konu-

^{141a} "Ön inceleme yapılan suç konularının bazıları hakkında eksik karar verilmesi durumunda, dosyanın yetkili mercie bu hususu tamamlamak üzere iade edilmesi gerekir". 2.D.,2000/3459-4196 E-K; "Dosyada eksik bulunan 4483 sayılı kanunun 6 ve 9. Maddelerinde yazılı hususların tamamlattırılmasının idareden isteneceği" hakkında, 2.D.,2001/34-224 Esas-Karar sayılı kararı. "Suç konusu ile ilgili bilgi ve belgeler yeterince toplanmadan ön inceleme raporu düzenlenmesi halinde, eksikliğin tamamlanması için dosyanın idareye geri gönderilmesi gerekir". 2.D.,2001/146-286 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

^{141b} "Danıştay 2. Dairesine 4483 sayılı kanun uyarınca yapılacak itirazlar, Bölge İdare Mahkemesi aracılığıyla yapılabilir". 2.D.2000/3207-3681 E-K. **TOPUZ**, sh.371 vd

¹⁴² Örnek yargı kararı için bkz. **TOPUZ**, sh.15, dn.36 (Ankara Bölge İdare Mahkemesi 08.03.2000 tarih ve 2000/114-92 Esas-Karar Sayılı).

ları da yasa bu izin kapsamında değerlendirmiştir (md.8). Diğer bir ifadeyle, iddia, şikayet ya da ihbar konusu olayla ilgili olmakla birlikte, bunlarda yer almamış, hatta ön inceleme sırasında da ortaya çıkmamış bazı konular savcılık soruşturması sırasında ortaya çıkarsa ve söz konusu konuların iddia, şikayet ve ihbar konularıyla bağlantılı olduğu anlaşılırsa; savcı onlarla ilgili olarak da soruşturmasını sürdürecektir, yetkili merciden ek izin istemeyecektir.

Ancak, soruşturma sırasında savcı tamamen yeni bulgularla karşılaşsa, bu takdirde, bu yeni konular görev sırasında kendiliğinden haberdar olduğu yeni bir görev suçu sayılacak ve bunlar hakkında soruşturma yapıp, varsa kaybolması tehlikesi bulunan kanıtları hemen toplayacak, ama ilgili kamu görevlisinin konuyla ilgili ifadesine başvurmaksızın, derhal durumu yetkili mercie bildirecektir (md.4). Diğer bir ifadeyle, tamamen yeni konularla karşılaşılması halinde, bu konular aynı kamu görevlisiyle ilgili de olsalar, soruşturma iznine dahil sayılmazlar; ön inceleme sırasında bu durum ortaya çıkarsa, ön inceleme görevlisi de bu durumda konuyu derhal Yetkili Mercie bildirmeli, kendiliğinden o konuyu da ön inceleme raporuna dahil etmemelidir^{142a}.

Fakat, şuna da dikkat edilmelidir ki, olayın hukuksal nitelendirilmesindeki değişiklik, yeni bir olay sayılamaz ve yeniden izin alınmasını gerektirmez (md.8 (son)). Yani, yetkili merci, izin konusu olaydaki suçu "görevi ihmal" olarak nitelemiş, ancak savcı "görevi kötüye kullanma" demiş ise, burada yeni bir izin gerekmez. Soruşturma izni, suçun vasfıyla değil, suça yol açan maddi olayla ilgilidir. O yüzden, hukuksal nitelendirme değişikliği, soruşturma iznini hiç etkilemez.

5- Dosyanın Savcılığa İletilmesi, Hazırlık Soruşturması ve Dava Açılması

A- Dosyanın Savcılığa İletilmesi

Soruşturma izni verilse de, verilmese de, ön inceleme dosyasının bir örneği, ekleriyle birlikte savcılığa gönderilmelidir. Çünkü, soruşturma izni verilmemişse, savcı bu karara itiraz edip etmeyeceğine bu dosyayı inceleyerek karar verecektir¹⁴³. Soruşturma izni verilmişse de, hazırlık soruşturmasını yapan savcıya suç isnadına ilişkin eldeki bütün verilerin iletilmesi gerekir. Ancak, soruşturma izni verilmesi halinde, dosya, hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisinin itiraz süresinde itiraz etmemesi ya da itiraz etmişse, itirazının reddedilmesi suretiyle, soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın

^{142a} "Ön inceleme sırasında, inceleme izni verilen konudan tamamen farklı nitelikte bir fiil ortaya çıkmasına rağmen, yeniden ön inceleme emri alınmaksızın ön inceleme yapılması, 4483 sayılı kanunun 8/2. Maddesine aykırılık oluşturur". 2.D.,2000/3170-4084 E.-K. TOPUZ, sh.371 vd.

¹⁴³ TOPUZ, sh.17.

hukuksal kesinlik kazanmasından sonra savcılığa gönderilmelidir¹⁴⁴. Aynı şekilde, soruşturma izni verilmemesine karar verilip de, savcılığın itirazı halinde itiraz kabul edilirse, soruşturma izni verilmiş ve bu karar hukuksal kesinlik kazanmış olur. Bütün bu hallerde dosya, hukuksal kesinliğin kazanılmasıyla birlikte “derhal” gönderilmelidir (md.11)

Ön inceleme dosyası, kesinleşmiş soruşturma izni kararı ekinde Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildikten sonra, savcılık derhal hazırlık soruşturmasını başlatacaktır. Bunun sonucunda, yeterli kanıtlar elde edilemediği için yahut başka bir gerekçeyle (zamanaşımı, takibi şikayete bağlı suç vs.) takipsizlik kararı verilmediği takdirde, dava açılacaktır. Şimdi, hazırlık soruşturmasını yapacak merciler ile Yetkili ve Görevli Mahkemeleri görelim.

B- Hazırlık Soruşturmasını Yapacak Merciler

Hazırlık soruşturması, CMUK hükümleri çerçevesinde, Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yürütülür. Ancak, 4483 Sayılı yasa, genel hükümlerden bazı kamu görevlileri bakımından ayrılarak, soruşturmayı yapacak Başsavcılıkları ayrıca belirtmiştir. Bu “ayrıca belirtilenler” dışında, hazırlık soruşturmasını genel hükümlere göre yetkili ve görevli olan Cumhuriyet Başsavcılıkları yürütecektir (md.12/c). Ancak yasa, burada “itirazlar” konusundaki gibi “yetkili mercii” esas almamış, hakkında hazırlık soruşturması yapılacak “kamu görevlisini” esas alarak bir ayırımı gitmiştir. Buna göre, yetkili ve görevli merciler şunlardır:

a-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı (veya Başsavcı Vekili)

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, TBMM Genel Sekreteri, Müsteşarlar ve Bakanlar Kurulu Kararıyla atanan memur ve diğer kamu görevlileri ve Büyükşehir Belediye Başkanları hakkında hazırlık soruşturmasını yürütmekle görevlidir. Bu sırada, hakim kararını gerektiren bir işlem yapılması (tutuklama gibi) gerekirse, Başsavcılık, Yargıtay’ın ilgili Ceza Dairesine başvurur.

¹⁴⁴ Soruşturma izni verilmesi halinde, yetkili merciin, soruşturma işlemine başlamak üzere dosyayı derhal savcılığa göndermemesi, bu kararın hukuksal kesinlik kazanmasını beklemesinin daha isabetli olacağı öne sürülmektedir. Çünkü, bu arada dava açılır, soruşturma izni verilmesi kararını da idari yargı iptal ederse, ortaya hoş olmayan durumlar çıkabilir. **Bizim de katıldığımız bu görüş için bkz. : Başbakanlığın adı geçen genelgesi, sh.164.** Ancak, itiraz edip etmeyeceğinin anlaşılması amacıyla dosya elbette ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmelidir. Yoksa, Savcılık itiraz edip etmemesi konusuna nasıl karar verebilecektir? Nitekim bu konuda çok sayıda Danıştay 2. Dairesi kararı da bulunmaktadır.

Yasanın düzenlenişinde bazı teknik aksaklıkların da yapıldığı gözlenmektedir: İhbar ya da şikayet dilekçesi üzerine idari merciin ön inceleme başlatmaması halinde şikayetçi ya da savcının ne yapması gerektiği, memur ve kamu görevlisi kapsamına girdikleri kesin olan Mahalli İdare Birlikleri görevlilerinin yetkili merciinin kim olacağı, Bakanlıklar Merkez Memuru sayılmayan Bağlı ya da ilgili kuruluşların yetkili mercilerinin kim olduğu gibi sorulara yol açacak noksanlıkların yanı sıra; ilçe belediye başkanı ve ilçe belediye meclis üyelerinin dahi yetkili merciinin İçişleri Bakanı olarak belirlenmesi gibi, işlemesi kolay olmayan düzenlemelere de yasada yer verilmesi ilginçtir. Özellikle yerel yönetimlerle ilgili düzenlemenin tam bir “idari vesayet denetimi” mantığıyla hazırlanması sonucu, bir büyükşehir belediye başkanına dahi hiçbir memuru hakkında “ön inceleme başlatma” yetkisi verilmemesi işin niteliğiyle pek de bağdaşmamaktadır. Esasen belediye görevlileri hakkında, yasanın “tek yetkili merci” prensibinden ayrılmak pahasına da olsa, hiç olmazsa il ve büyükşehir belediye başkanlarına yetki tanınması gerekir. Bu, yasanın bakış açısının yanlışlığını da apaçık yansıtan bir noksanlıktır.

Memurların yargılanmasının, ceza yargılamasının genel hukuksal rejiminden (CMUK) ayrı bir usûle bağlanması bugün için kabûl edilebilir tek nedeni, kamu yetkisi kullanan kamu görevlilerinin haksız suçlamalara muhatap olup kamuoyu önünde yıpranmalarını önlemek suretiyle kamu hizmetinin aksamadan yürümesini sağlamaktır. Yani amaç kamu görevlilerinin değil, kamu hizmetinin korunmasıdır. Kamu yetkisi kullanmayan, sadece verilen görevleri yapmak durumunda olan kamu görevlilerinin, sırf Devlet Memurları Kanununa göre “memur” sayılmak gibi hukuksal statüleri dolayısıyla ayrı bir yargılama rejimine sahip kılınmaları, sistemin özüyle ve temel felsefesiyle bağdaşmaz. O halde, memur yargılama sisteminin, kişi bakımından kapsamını, kamu yetkisi kullanan, bulunduğu memuriyet itibarıyla tek başına ya da birlikte karar almayı gerektiren kamu görevlileriyle sınırlamak işin doğası gereğidir. Bugün olduğu gibi milyonlarca insanı içine alan bir yargılama usûlü istisnası, istisnanın bir çeşit genel kural haline dönüşmesine yol açıyor. Bu da, ceza yargılamasında kabûl edilebilir bir ayrıkı durum olarak algılanmıyor. Halbuki, sadece kamu yetkisi kullanan, tek başına ya da kurul olarak idari kararlar alabilen sınırlı sayıdaki kamu görevlisinin kapsamında bulunduğu bir hukuksal düzenleme, hem sistemin niteliğine uyar, hem de yargılama birliği ilkesini ihlal etmeyen gerçek bir istisna durumuna gelmiş olur.

Hukuksal kurumların özünü gözden kaçırmamak, yasa yapıcıların asla ihmal edemeyecekleri hususların başında gelmektedir. Aksi halde yasalar toplumsal ilişkileri düzenleyen ussal kurallar olmaktan çıkar, “kendi kendileri için var olan” kutsal metinler haline dönüşürler; asırlık çınarlar gibi çağdan çağa, hiçbir sosyal fayda temin etmemelerine rağmen, uzanırlar.

BÜTÇEDE KAYIT DIŞI VE YANILTICI İŞLEMLER: BÜTÇE DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ VE ETKİNLİĞİ

**LES OPÉRATIONS NON- RÉGISTRÉES ET FAUSSE DU BUDGET:
LE ROLE ET L'EFFICACITÉ DE LA COUR DES COMPTES DANS LE
CONTROLE DU BUDGET**

Dr. Elif Sibel PÜRSÜNLERLİ *

ÖZET

Bu çalışmada, öncelikle bütçede kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler hakkında genel bilgiler verilmeye çalışılmıştır. Bu işlemler, bütçede açıklığı ve aleniliği bozmakta ve bütçe büyüklüklerinin gerçek tutarlarının görünmemesine neden olmaktadır. Bütçede gerçek büyüklüklerin görünmemesi de, ekonomi ve maliye politikalarının gerçekçi olarak uygulanmalarına engel olmaktadır.

Bütçede yer alan kayıt dışı ve yanıltıcı işlem türleri ve büyüklükleri ortaya konulduktan sonra, bu işlemlerin hangi nedenlerle ortaya çıktıkları açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmada, ayrıca, Sayıştay'ın bütçe denetimindeki rolü ve önemi ile kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler üzerindeki denetimi incelenmeye ve değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Sayıştay denetiminin kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin ortadan kalkması konusunda yetersiz olduğu görülmektedir. Bunun sonucunda da, hükümetlerin uyguladıkları politikanın bir göstergesi olan bütçe gerçek durumu ortaya koymaktan uzak olmaktadır.

Çalışmanın son bölümünde ise, bütçede yer alan kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin ortadan kaldırılması veya azaltılması için yapılması gereken düzenlemeler ve Sayıştay'ın rolü konusunda öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Bütçede, kayıt dışı ve yanıltıcı harcamaların ortadan kaldırılması ve bütçe denetiminde Sayıştay'ın etkinliğinin artırılması, kuşkusuz bütçenin daha gerçekçi olması sonucunu doğuracaktır. Bütçenin gerçeği yansıtması da

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi- Maliye Bölümü Araştırma Görevlisi.

*Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı İşlemler:
Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın Rolü Ve Etkinliği*

uygulanan ekonomik ve mali politikaların başarısında önemli bir rol oynayacaktır.

RESUMÉ

Dans ce travail, les informations sur les opérations non-registrées et fausses du budget sont essayés d'être principalement représentées.

Ces opérations-la, en détériorant la transparence et la publicité de budget, détériorent aussi l'exactitude budgétaire. L'apparition des chiffres fausses dans le budget, empêchent aussi l'application véritable des politiques économiques et financières.

Après avoir mis en apparence les opérations non-registrées et fausses du budget, les raisons d'apparition de ces opérations sont essayées d'être indiquées.

Dans le travail, le rôle et l'importance de la Cour des Comptes sur le contrôle budgétaire et sur les opérations non-registrées et fausses sont aussi essayés d'être analysés.

Le contrôle de la Cour des Comptes à propos de la disparition des opérations non-registrées et fausses reste insuffisant. Pour cette raison, le budget qui doit représenter l'indice du programme suivi par le gouvernement, reste loin de montrer la véritable position.

Dans la dernière partie du travail, les propositions réglementaires pour pouvoir disparaître ou diminuer les opérations non-registrées ou fausses et le rôle de la Cour des Comptes sont essayées d'être présentées.

La disparition des opérations non-registrées et fausses du budget et l'enforcement de l'efficacité du contrôle de la Cour des Comptes, rendra sans doute le budget plus réaliste. Le budget qui représente la réalité, jouera un rôle plus important à la réussite des politiques économiques et financières.

Anahtar kelimeler: bütçe, denetim, kayıt dışı, Sayıştay

Les mots clés: le budget, le contrôle, non-registré, Cour des Comptes

BÜTÇEDE KAYIT DIŞI VE YANILTICI İŞLEMLER: BÜTÇE DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ VE ETKİNLİĞİ

I- BÜTÇEDE KAYIT DIŞI VE YANILTICI İŞLEMLERLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Anayasanın bütçenin hazırlanması ve uygulanması ile ilgili 161. maddesinde: “Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişiliklerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır. Mali yıl başlangıcı ile genel ve katma bütçelerin nasıl hazırlanacağı ve uygulanacağı kanunla belirlenir” ifadesi yer almaktadır.

Bütçe, hukuki tarafı ile; devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur¹. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir².

Bütçede kayıt dışı işlemler hiçbir kamu kurum ve kuruluşunun bütçesinde veya bilançosunda gelir veya gider olarak kaydedilmemekte, bu işlemlerle ilgili muhasebe kayıtlarının da, işlemlerle ilgili gelir veya gider niteliği gizlenmekte, birtakım işlemlerin de muhasebe kayıtları bulunmamaktadır³.

Yaniltıcı işlemlerin ise, bütçede muhasebe kayıtları bulunmakta, ancak, ait oldukları hesaplara değil farklı hesaplara kaydedilmekte, dolayısıyla bütçe içerisinde yanlış sonuç doğuracak kayıtlar ortaya çıkmakta⁴, bazı işlemler ise bütçe ile ilişkilendirilmeksizin gerçekleştirilmektedirler⁵.

Bütçe büyüklükleri, ekonominin bütününe olan etkisi nedeniyle, takip edilen en önemli göstergelerden biridir. Bu nedenle bütçe açığının ve bu açığın nasıl giderileceğinin eksiksiz olarak gösterilmesi gerekmektedir⁶. Ancak, uygulamada, bütçe kapsamında yapılması gereken bir çok harcamanın veya gelirin kayıt dışı kalması, veya ilgili oldukları hesaplar dışındaki

¹ AKDOĞAN Abdurrahman: *Kamu Maliyesi*, Geliştirilmiş 6. Baskı, Ankara 1997, sh. 277.

² MUZELLEC Raymond: *Finances Publiques*, 10 ème Edition, Paris 1997, sh. 132.

³ Sayıştay: *Hazine İşlemleri Raporu*, 2001. Ayrıntılı bilgi için bkz. MEHL L. BELTRAME P. : *Dictionnaire Encyclopedique des Finances Publiques*, Paris 1999, sh.33.

⁴ DERNEL François: *Finances Publiques*, 7 ème Edition, Paris 1996, sh.67.

⁵ Sayıştay: *Hazine İşlemleri Raporu 2001* ve ayrıntılı bilgi için bkz. KONUKMAN Aziz : “Bütçenin Adı Var” *Ekonomi*, S.2, Eylül 1996, sh.20-21.

⁶ BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie Christine, LASSALE Jean Pierre: *Finances Publiques*, 9 ème Edition, Paris 1998, sh.14.

Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı İşlemler:

Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın Rolü Ve Etkinliği

hesaplara kaydedilmeleri, gerçek bütçe açığının görünmemesine veya olduğundan farklı görünmesine neden olmaktadır⁷.

II-KAYIT DIŞI VE YANILTICI İŞLEM TÜRLERİ

Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler aşağıda açıklanmıştır.

a-Devlet muhasebesinde hiç kaydı olmayan işlemler:

Kayıt dışı giderlerin önemli bir bölümü, borçlanma yoluyla elde edilen kaynakların bütçede kullanılması sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Kayıt dışı dış borç kullanımı, bütçeye kaydedilmeyen dış borç kullanımı, Ekonomik Reform Kredisi kullanımı, Deprem kredisi kullanımı, IMF'ye (International Monetary Fund) ödenen gider, bono verilerek ödenen faiz, tahvil faizi ödemesi bütçede kaydı bulunmadan gerçekleştirilen giderler olarak ortaya çıkmaktadır⁸.

Bütçede kaydı bulunmayan gelirler ise; TCMB (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası) değerleme farkı geliri, TCMB değerleme farkı mahsubundan oluşmaktadır. Bazı borçlanma işlemleri ile nakit kaynak temin edilmeden bir takım giderler finanse edilmekte ve nakit akışı olmasa bile reel ödeme gerçekleşmekte ve Hazine borcu doğmuş olmaktadır⁹.

Görev zararı ödemelerinin nakden karşılanması yerine, kuruluşlara aynı miktarda iç borçlanma senedi verildiğinde, bir mahsup işlemi gerçekleşmekte, ancak, bu işlemde oluşan borç ve gider nedeniyle Hazine hesaplarına nakit giriş çıkışı olmamaktadır¹⁰.

b- Devlet muhasebesine yanlış sonuç verecek şekilde kaydedilen tutarlar:

Bütçe, devletin bir yıl içinde gerçekleştirmeyi öngördüğü gelir ve giderleri gösteren bir programdır. Bu programın açık ve net olması ve gerçeği yansıtması gerekmektedir. Ancak, hükümetler, mevcut ekonomik durumu olduğundan olumlu göstermek amacıyla bütçe büyüklükleriyle oynama yoluna gidebilmektedirler. İlgili oldukları hesaplar dışındaki hesaplara kaydedilen gelir ve giderler bütçe büyüklüklerinin olduğundan farklı görünmesine neden olmaktadır.

Yanıltıcı sonuç doğuracak şekilde kaydedilen işlemlerle ilgili olarak ise muhasebe kayıtları bu şekilde gerçekleştirilmemektedir. Bu işlemlerle ilgili olarak borç kayıtları yapılmakta, ancak, karşılığında yapılan gider bütçe

⁷ PICARD Jean Francois: *Finances Publiques*, Paris 1997, sh.64.

⁸ Sayıştay: *Hazine İşlemleri Raporu 2000 ve Sayıştay: İzleme Raporu 2001*.

⁹ Sayıştay: *Hazine İşlemleri Raporu 2000 ve Sayıştay: Hazine İşlemleri Raporu 2001*.

¹⁰ Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü : *Kamu Hesapları Aylık Bülteni*, S.47, Ekim 2001, sh. 12.

gideri olarak kaydedilmemektedir. Bunun yerine işlem, bütçe gideri dışında bazı başka hesaplara yazılmaktadır¹¹.

Devlet muhasebesinde bu tür giderlerin gizlenmesini sağlayan bazı “torba hesaplar” bulunmaktadır (değer değişimleri hesabı, dış borç hareketleri hesabı, tahvil hareketleri hesabı). Bu hesaplara, gider niteliğinde olan birçok işlem kaydedilebilmektedir. Ancak, yıl sonunda hesaplara yapılan kayıtlar devir vermemekte ve sıfırlanmaktadır.

Hesapların adı, bunlarda kayıtlı tutarların gider olduğunun anlaşılmasına engel teşkil etmektedir. Ancak, bu hesaplardaki işlemlerin hepsinin gider olarak dikkate alınması da mümkün değildir. Zira, farklı mahiyette birçok işlem bir arada kaydedildiği için, yıl sonunda, bu hesapların, yayınlanan verilere dayanılarak ayrıştırılması mümkün olmamaktadır. Öte yandan, bu uygulama ile, devlet borçlarının gerek vadelerini gerekse yapılarını bilmek mümkün olmamaktadır¹².

Borçlanma yoluyla elde edilen kaynaklar, çeşitli kamu kuruluşlarına aktarılmakta, bu tutarlar, devlet muhasebesine alacak olarak kaydedilmekte, ancak, söz konusu kaynak transferi hiçbir şekilde bütçe ile ilişkilendirilmemektedir.

Kur farkları bütçede borç ve alacak işlemleri arasında dengeleyici bir kayıt olarak ortaya çıkmakta ve bütçede kayıtlı bazı işlemlerin gerçek tutarlarının görünmesine engel olmaktadır¹³.

Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler dahil bütçe büyüklükleri Tablo 1’de gösterilmektedir.

Tablo 1: Bütçe büyüklükleri ve kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler dahil bütçe büyüklükleri (2000/2001) trilyon TL

2000 yılı	Bütçe büyüklükleri	Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin büyüklükleri	Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler dahil bütçe büyüklükleri
Gelirler	33.440	3.227	36.667
Giderler (*)	46.705	10.162	56.867
Açık	13.265	6.935	20.200
2001 yılı			
Gelirler	51.812	6.588	58.400
Giderler(*)	80.379	79.308	159.687
Açık	28.566	72.720	101.286

¹¹ ARSLAN Ahmet: “Kamu Harcamalarında Verimlilik, Etkinlik ve Denetim”, Maliye Dergisi, S. 40, Mayıs-Ağustos 2002, sh. 83.

¹² AKÇA Yusuf: *Bütçe ve Devlet Muhasebesi*, İstanbul 1996, sh. 217.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇA, sh. 168 vd.

Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı İşlemler:

Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın Rolü Ve Etkinliği

Kaynak: www. maliye.gov.tr, Sayıştay Hazine işlemleri raporu 2000, 2001 ve Maliye Bakanlığı Yıllık Ekonomik Rapor 2001 verileri kullanılarak hesaplama yapılmıştır.

(*) Bütçe emanetleri ve avanslar dikkate alınmak suretiyle hesaplama yapılmıştır.

Tablo 2: Bütçe büyüklükleri ve kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler dahil bütçe büyüklüklerinin gayri safi milli hasıla içindeki payları (%)

2000 yılı	Bütçe büyüklükleri/ GSMH	Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler /GSMH	Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler dahil bütçe büyüklükleri/GSMH
Gelirler	26.6	39.1	29.1
Giderler	37.1	45.1	45.2
Açık	10.5	16.0	16.0
2001 yılı			
Gelirler	28.8	3.6	32.5
Giderler	44.7	44.1	88.9
Açık	15.9	4.0	56.4

Kaynak: www. die. gov. tr. verileri esas alınarak hesaplama yapılmıştır.

-Cari fiyatlar ile gayri safi milli hasıla rakamları kullanılarak hesaplama yapılmıştır.

GSMH rakamları, 2000 yılı için 125.596.129 trilyon TL, 2001 yılı için ise 179.480.078 trilyon TL'dir.

III-KAYIT DIŞI VE YANILTICI İŞLEMLERİN ORTAYA ÇIKIŞ NEDENLERİ

Bütçede, kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin büyük bir çoğunluğu borçlanma işlemleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Kayıt dışı bütçe işlemleri, genellikle bütçe kanunlarında yer alan hükümlerden kaynaklanmaktadır.

Bütçe kanunlarında yer alan düzenlemeler ile, bazı giderlerin doğrudan bütçe dışında izlenmesine (gider kaydedilmemesine) yetki verilmektedir. Türkiye'de bütçe kanunlarında yer alan hükümlerle, yürütme organına ödenek ve harcamaları artırma konusunda önemli yetkiler verilmektedir. Bunun, bütçenin başlangıç dengesini bozma yönünde etkileri bulunmaktadır¹⁴.

¹⁴ BATIREL Ömer Faruk: *Kamu Bütçesi*, 7. Baskı, İstanbul 1994, sh.79.

Ayrıca, giderlerin, karşılığında özel tertip iç borçlanma senedi verilmesi yoluyla karşılanması da bütçe kanunlarında öngörülmektedir. Bu uygulama da gelir ve giderlerin bütçe dışında kalması sonucunu doğurmaktadır.

Gelir ve gider kayıtlarının kurumların yetkisine bırakılması da, işlemlerin kayıt dışı kalmasına neden olmaktadır.

Bütçe kanunlarında yer alan düzenlemeler sonucu yapılan işlemlerin bütçe gelir ve giderlerinin gerçeği yansıtmaması, gelir ve giderlerin TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi) ve Sayıştay denetimi dışında kalması sonucunu doğurmaktadır.

Hem borçlanmalar hem de bütçe işlemlerinin büyük bir bölümü Hazine bünyesindeki hesaplarda takip edilmektedir. Devlet Borç Saymanlığı ve Hazine İç Ödemeler Saymanlığı, devlet borçlarının izlenmesi ve bütçe işlemleri ile ilgili hesapları tutan birimler olarak ortaya çıkmaktadırlar.

Kamu dış borçlarıyla ilgili işlemler ise, Dış Borçlar Hesabı, Kredi Anlaşmaları Hesabı ve Kullanılacak Dış Krediler Hesabı adı altında ve Hazine bünyesinde oluşturulan hesaplardan yürütülmekte ve bütçe ve bütçe denetimi dışında bırakılmaktadır¹⁵.

Bütçede, ayrıca, iç ve dış borç faiz ödemeleri faiz giderleri hesabı dışında "bütçeden mahsup edilecek ödemeler hesabından da yapılabilmektedir. Bu hesaptan ayrıca, Emekli Sandığı, SSK (Sosyal Sigortalar Kurumu) ve Bağ-Kur' a da ödeme yapılabilmektedir¹⁶.

Devlet iç ve dış borç ödemelerinin faiz giderleri hesabı dışında ayrı bir hesapta görünmesi, faiz harcamalarının olduğundan daha düşük görünmesine neden olmaktadır. Bu da, faiz hariç fazlanın olduğundan daha yüksek çıkması sonucunu doğurmaktadır.

Ülkelerin borç ödeme kapasitesinin bir göstergesi olan faiz hariç fazla rakamının doğruluğu ise ülkelerin ekonomik politikalarında önemli bir rol oynamaktadır.

IV- BÜTÇE DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ

Sayıştay'ın bütçe denetiminde oldukça önemli bir rolü bulunmaktadır. Kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin tespiti ve ekonomiye olan olumsuz etkilerinin ortaya konulması açısından da Sayıştay'ın hazırladığı raporlar ve genel uygunluk bildiriminin önemi büyüktür. Bununla birlikte, Sayıştay'ın bütçe üzerindeki denetimi ve yaptığı tespitler, bütçede yer alan kayıt dışı ve yanıltıcı

¹⁵ Sayıştay: Hazine İşlemleri Raporu 2000 ve Sayıştay: Hazine İşlemleri Raporu 2001.

¹⁶ Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü : Kamu Hesapları Aylık Bülteni, S.48, Kasım 2001, sh. 15.

tıcı işlemlerin ortadan kalkmasında yetersiz kalmaktadır. Sayıştay bütçeyi yargı, yasama ve idari olmak üzere üç aşamada denetlemektedir.

A- BÜTÇENİN YARGI DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ

Bütçenin yargı denetimi Sayıştay'ca, uygulamadan sonra gerçekleştirilmektedir. Yargı denetimini iki şekilde incelemek gerekmektedir. Genel ve katma bütçeli idareler, kesin harcama cetvellerini mali yıl başından itibaren 9 ay içerisinde Maliye Bakanlığı'na ve Sayıştay'a göndermektedirler. Sayıştay da sayman hesapları üzerinden inceleme yapmaktadır. Bu hesapların incelenmesi sonucunda, beraat, zimmet ya da tazmin kararı vermektedir¹⁷.

B- BÜTÇENİN YASAMA DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ

Bütçenin yasama denetimi ise üç aşamada gerçekleştirilmektedir.

Uygulamadan önceki yasama denetimi. Bakanlar Kurulu, bütçe kanunu tasarısını, mali yıl sonundan 75 gün önce, diğer bir ifadeyle en geç 17 Ekim akşamına kadar TBMM'ye (Türkiye Büyük Millet Meclisi) sunmak zorundadır. Bu tasarı, öncelikle meclis Plan ve Bütçe Komisyonu'nda görüşülür ve 55 gün içerisinde Meclis Genel Kurulu'na sevk edilir. Meclis Genel Kurulu da, mali yıl sonundan önce görüşmeleri tamamlayıp Cumhurbaşkanının onayına sunar. Bu süreç içinde yapılan denetim yasama organının yaptığı ön denetimdir¹⁸.

Uygulama sırasında ise, gerçekleştirilen işlemlerle ilgili olarak, soru, gensoru, genel görüşme istemi ve Meclis araştırması istenebilmektedir.

Sayıştay'ın bütçenin yasama denetimi üzerinde, uygulamadan sonra gerçekleştirdiği denetim de büyük önem taşımaktadır. Bakanlar Kurulu, hazırladığı kesin hesap yasa tasarısını, mali yıl sonundan itibaren 7 ay içinde TBMM'ye sunmaktadır. Kesin hesap yasa tasarısı, bütçe kanunu tasarısı ile birlikte, mali yıl sonundan önce karara bağlanmaktadır¹⁹.

Sayıştay, ayrıca, sayman hesaplarını inceleyerek, genel uygunluk bildirimini hazırlamaktadır. Kesin hesap yasa tasarısının TBMM'ye sunulduğu tarihten itibaren 75 gün içinde genel uygunluk bildirimini vermek zorundadır²⁰.

¹⁷ COŞKUN Gülay: *Devlet Bütçesi (Türk Bütçe Sistemi)*, 6. Baskı, Ankara 2000, sh. 269.

¹⁸ BULUTOĞLU Kenan, KURTULUŞ Erciş: *Bütçe ve Kamu Harcamaları*, 2. Baskı, İstanbul 1988, sh.134.

¹⁹ AKSOY Şerafettin: *Kamu Bütçesi*, İstanbul 1993, sh. 387.

²⁰ BATIREL, 115.

C- BÜTÇENİN İDARİ DENETİMİNDE SAYIŞTAY'IN ROLÜ

Bütçenin idari denetimi de uygulama sırasında ve uygulama sonrasında olmak üzere iki aşamada gerçekleşmektedir.

Sayıştay'ın bütçeyi uygulama sırasındaki denetimi, öncelikle taahhüt aşamasında gerçekleşmektedir. Bu denetimi, Maliye Bakanlığı, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü ile Sayıştay ortaklaşa olarak yürütmektedirler. Yapılacak olan ödemelerin önceden Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nce tescil edilmesi gerekmektedir. Yapılacak olan sözleşme ve taahhütlerin ve kurumların harcamalarını gerektiren sözleşmelerin de Sayıştay'ca tescil edilmesi gerekmektedir²¹.

Bir borcun ödeme emrine bağlanması aşamasında da Sayıştay'ın rolü bulunmaktadır. Borç, ödeme emrine bağlanmadan önce, zaman bakımından denkliğin sağlanması amacıyla, Hazine'nin vize etmesi gerekmektedir. Bu ödemenin Hazine'nin yanı sıra, Sayıştay tarafından da vize edilmesi gerekmektedir.

Bütçenin uygulamadan sonraki denetiminde de Sayıştay'ın önemli bir rolü bulunmaktadır. Saymanlar, aylık olarak düzenledikleri harcama cetvellerini, uygulama sonrasında, Maliye bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'ne incelenmek üzere göndermektedirler. Bu denetime Sayıştay da katılmaktadır²².

V- SAYIŞTAY'IN BÜTÇE ÜZERİNDE ETKİN BİR DENETİM GERÇEKLEŞTİREMEMESİNİN NEDENLERİ

Sayıştay, bütçenin her aşamasında bütçeyi denetleme rolünü üstlenmiştir. Sayıştay, kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin yanı sıra, bütçe uygulamalarındaki olumsuzlukları da tespit etmektedir. Ancak, Sayıştay mevzuattaki ve uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle bütçe denetimini etkin bir biçimde gerçekleştirememektedir.

Sayıştay'ın etkin bir bütçe denetimi gerçekleştirememesinin belli başlı nedenleri aşağıda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

-Türkiye'de tasarılar, Plan ve Bütçe Komisyonu'na, Sayıştay'ca düzenlenen genel uygunluk bildirimleriyle birlikte sunulmaktadır. Sayıştay, bu yolla bütçenin uygulamadan sonraki yargı denetimini gerçekleştirmektedir. Kesin hesap yasa tasarılarında, kuruluşlara ait gider izahnamelerinin, hizmetin önemini, gelişimini, hedeflerini, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığını, ulaşılmamışsa bunun nedenlerini ve ödeneklerin kullanımını göstermesi gerekirken, gider izahnamelerinde, bütçe gerekçesindeki şekil ve esaslara ilişkin

²¹ GÜRİSOY Bedri: *Kamusal Maliye (Bütçe)*, C.2, Ankara 1980, sh.432.

²² GÜRİSOY, 440.

Bütçede Kayıt Dışı Ve Yanıltıcı İşlemler:

Bütçe Denetiminde Sayıştay'ın Rolü Ve Etkinliği

ayrıntılı bilgiler elde edilememekte, ödeneklerin aşılma nedeni görülmemektedir.

-Gider izahnameleri kimi zaman yetersiz kalmakta, kimi zaman da hiç verilmemektedir.

-Gider izahnamelerinden de gelirdeki sapmaların nedenleri anlaşılamamaktadır.

-Ödenekleri artırmanın tek yolu ek ödenek alınmasıdır. Ek ödenek alınması ise ancak yasa ile olmaktadır. Ancak kurumlar "kaydedilen ödenek" uygulamasıyla her yıl bütçenin temel ilkelerinden biri olan "ön izin" ilkesini aşmaktadırlar.

Gider izahnamelerinin yetersizliği nedeniyle, bu ödenek üstü harcamanın nedenleri de anlaşılamamaktadır. Kesin hesap yasa tasarısının TBMM'de onaylanmasıyla, her yıl, ödenek üstü harcamalara yasallık kazandırılmış olunmaktadır. Bu durum, yürütme organının, yasama organının kendisine verdiği yetkiyi, ödenek üstü harcama yaparak aşan hükümetin aklanması sonucunu doğurmaktadır.

-Sayıştay Kanununun 28. maddesine göre iç ve dış borçların hem kayıtlarının tutulması hem de denetiminin Sayıştay tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Sayıştay'ın iç ve dış borçların yönetimine ilişkin olarak TBMM'ye bildirdiği görüşlerde çoğu zaman olumsuz eleştiriler olmasına rağmen, genel uygunluk bildiriminin verilmesi ile, bu olumsuzluklar göz ardı edilmiş ve kayıt dışı harcamalar yasal prosedüre uygun olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır.

-TBMM, Sayıştay ve Cumhurbaşkanlığı bütçeleri Sayıştay tarafından denetlenmediği için, bu bütçeler konusunda Sayıştay'ın genel uygunluk bildiriminde gider izahnameleri bulunmamaktadır. Bu bütçelerin denetlenmemesi 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu'nun 127. maddesine dayandırılmaktadır. 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu'nun 127. maddesinde:" TBMM; Cumhurbaşkanlığı ve Sayıştay'ın giderleri, bu kanun çerçevesinde tahakkuk ettirilerek ödenir. Maliye Bakanlığı ile Sayıştay'ın bunlar üzerinde hiçbir inceleme hakkı yoktur. Genel bütçenin düzenlenmesi sırasında idare amirleri, bu bütçelere ilişkin rakamları Maliye Bakanlığı'na bildirir. Her yıl sonunda düzenlenecek kesin hesap cetvellerinin bir örneği Hazine genel hesabına dahil edilmek üzere Maliye Bakanlığı'na gönderilir". İfadesi yer almaktadır.

-Sayıştay'ın KİT'ler üzerinde de denetim yetkisi bulunmamaktadır. KİT'ler (Kamu İktisadi Teşebbüsleri), İDT (İktisadi Devlet Teşekkülleri) ve KİK'ler (Kamu İktisadi Kuruluşları) Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, ilgili bakanlık, Maliye Bakanlığı ve TBMM denetimine tabi bulunmaktadırlar.

-Sayıştay Kanunu'nun 87. maddesinde, genel ve katma bütçeli idarelerin mal hesaplarına ilişkin olarak Sayıştay'ın TBMM'ye "rapor- mal kesin hesabı" sunması öngörülmüşken, bu görev yerine getirilmemektedir.

-Gelişmiş ülkelerde, Sayıştay konumundaki kuruluşlar, performans denetiminin ölçütlerini kullanarak denetim yapmaktadırlar. Türkiye'de ise, Sayıştay, genel uygunluk bildirimini, anayasal bir zorunluluk olduğu için her yıl vermektedir. Ancak, bu bildirim, bütçe uygulamalarının performansını ve yasalara uygunluğunu denetlememektedir. Kesin hesap yasa tasarısının TBMM'de onaylanması da bir formalitenin yerine getirilmesi şeklinde gerçekleşmekte ve bütçenin yasama denetimi gerektiği gibi gerçekleştirilmemektedir.

-Çeşitli alanlarda ve çeşitli kuruluşlara bağlı olarak oluşturulan üst kurullar da bütçe denetimini olumsuz yönde etkilemektedir²³. 4743 sayılı kanunun " özel kanunlarda kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurulmuş olan üst kurulların yıllık hesaplarının denetimi Sayıştay'ca yapılır" hükmünü içeren 7. maddesinin ilk fıkrası " özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliğini haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetlenir..." ifadesini taşımaktadır. Yapılan bu düzenleme ile kimi zaman bağımsız özerk kuruluşlar kimi zaman da bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan otoriteler Sayıştay denetimi dışına çıkarılmaktadır. Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu gibi önceden Sayıştay denetimi kapsamında bulunan ve Şeker kurumu Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu gibi Başbakanlık Yüksek denetleme Kurulu'na denetlenen özerk kurumlar da bu komisyonun denetimine verilmiştir.

- Fonlar da Sayıştay denetimi dışında bulunmaktadır. 1993 mali yılından itibaren fonlar önemli ölçüde bütçe içine alınmış, harcamalarında kullanılacak ödenekler, fonla ilgili bakanlık bütçesinin transferleri içine konulmaktadır. Bütçeye alınmayan fonun gelirlerinden ise kesinti yapılmak suretiyle bütçeye gelir kaydedilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında 3346 sayılı Kanun ile ilgili 28.01.1988 gün ve 1987/12 Esas; 1988/3 Karar sayılı kararında, yasaya bırakılan, denetleme esaslarının düzenlenmesidir. Yasayla düzenleme yapılırken, kimi kuruluşların denetim dışında tutulması, anayasaya aykırı bir uygulama olmaktadır.

²³ 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı "Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun" yürürlüğe girmiştir.

VI- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Türkiye’de, kayıt dışı ve yanıltıcı uygulamalar nedeniyle bütçe büyüklükleri gerçek durumu ortaya koymaktan uzaktır. Dolayısıyla, uygulanan ekonomik ve mali politikalar da gerçeği yansıtmamaktadır.

Sayıştay’ın bütçe denetimindeki rolü ve öneminin büyüklüğü tartışılmazdır. Bununla birlikte, mevzuattan kaynaklanan aksaklıklar ve uygulamadaki eksiklikler nedeniyle etkin bir bütçe denetimi gerçekleştirememektedir. Sayıştay denetiminin kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin ortadan kalkması konusunda yetersiz olduğu görülmektedir.

Bütçede, kayıt dışı ve yanıltıcı harcamaların ortadan kaldırılması ve bütçe denetiminde Sayıştay’ın etkinliğinin artırılması, bütçenin daha gerçekçi olması sonucunu doğuracaktır.

Bütçenin gerçeği yansıtması da uygulanan ekonomik ve mali politikaların başarısında önemli bir rol oynayacaktır.

Sayıştay’ın kayıt dışı ve yanıltıcı işlemler başta olmak üzere bütçe denetimindeki etkinliğinin artırılmasına yönelik olarak yukarıda belirtilen konularda düzenlemelere gidilmesi bütçede kayıt dışı ve yanıltıcı işlemlerin azaltılması ve daha açık ve şeffaf bir bütçeye oluşturabilmek açısından olumlu bir uygulama olabilecektir.

