

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



**Bu sayı Amerika Birleşik Devletleri Türkiye Büyükelçiliği'nin
katkılarıyla yayınlanmıştır**

**11 Eylül 2001 tarihindeki terör eyleminde hayatını kaybedenlere
ve yakınlarına ithaf edilmiştir.**

Cilt : 9

Sayı : 3-4

Yıl : 2001

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



Yayın Kurulu

Prof Dr. Zehra ODYAKMAZ
Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Doç. Dr. Vahit DOĞAN
Yrd. Doç. Dr. M. Fatih UŞAN - Yrd. Doç Dr. M. Okan TAŞAR

Hakem Heyeti

Yayın ilkemiz gereği Hakem Heyeti üyelerinin ismi gizli tutulmaktadır.

Editör

Dr. Ali Şafak BALI

Haberleşme Adresi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Kampüs/KONYA
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05
E-mail : fusan@selcuk.edu.tr, abali@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu yayının hiçbir bölümü Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinin yazılı izni olmaksızın çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Bu yayında yer alan yazılardaki görüşler yazarlara aittir. Fakültenin görüşünü yansıtmaz. Yayın ilkeleri en son sayfada yer almaktadır.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	3
MAKALELER / ÖZEL HUKUK	
VEKİLİN BAŞKASINI TEVKİL ETME YETKİSİ.....	7
Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN	
YENİ ALMAN TAHKİM KANUNU	29
Dr. Iur. Gino LÖRCHER	
MAKALELER / KAMU HUKUKU	
İNGİLTERE VE ABD’NDE İDARİ USULE İLİŞKİN KISA NOTLAR.....	42
Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ / Doç. Dr. Murat SEZGİNER	
11 EYLÜL TERÖR EYLEMLERİNİN RUSYA’NIN KAFKASYA POLİTİKASINA ETKİSİ	53
Yrd. Doç. Dr. Kamer KASIM	
HOSTILE OCCUPATION AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	65
Dr. İbrahim KAYA	
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARINA GÖRE MAKUL TUTUKLULUK SÜRESİ VE TÜRK HUKUKU	77
Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN	
FRANSIZ HUKUKUNDA VİZE REDDİ, GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE CONSEIL D’ETAT DENETİMİ	110
Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA	
ERMENİ-YAHUDİ ANLAŞMAZLIĞI VE İSRAİL-TÜRKİYE İŞBİRLİĞİ’NİN ERMENİSTAN’A ETKİLERİ	125
Dr. Sedat LAÇİNER	
REALISIERUNG VON UTOPIEN: DIE GRÜNEN “ANTI PARTEI-PARTEI”	149
Arş. Gör. Hasan MOR	

MAKALELER / EKONOMİ - MALİYE

**TANZİMATTAN SONRA MALİ HUKUKUMUZDA MEYDANA GELEN
GELİŞME VE DEĞİŞMELER..... 173**
Arş. Gör. Nuran AY

METİNLER/ SEMİNER - KONFERANS

**BİLİRKİŞİ RAPORU VE BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL OLARAK
DEĞERİ 191**
Doç. Dr. Ömer ULUKAPI

**28 EKİM 1988 TARİHLİ AVRUPA BİRLİĞİ AVUKATLIK MESLEK
KURALLARI..... 209**
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN

TEZ ÖZETLERİ

**AVRUPA TOPLULUKLARINDA AKİTTEN DOĞAN BORÇ
İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA ROMA
SÖZLEŞMESİ 223**
Arş. Gör. Musa AYGÜL

KLASİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKUNDA 265
TA'ZİR SUÇ VE CEZALARI 265
Arş. Gör. Yılmaz YURTSEVEN

CEZAÎ YAPTIRIM GEREKTİREN VERGİ SUÇLARI VE 293
YARGILAMA USÛLÜ 293
Arş. Gör. Ümit Süleyman ÜSTÜN

makaleler

özel hukuk

VEKİLİN BAŞKASINI TEVKİL ETME YETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Recep AKCAN*

A-GİRİŞ

Avukat, üstlendiği işi kural olarak bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. 4667 sayılı Kanununun 83.maddesiyle, Avukatlık Kanunu m.171'in birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, avukata, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Avukatlık Kanunu, avukatın üstlendiği işi tek başına yürüterek, başka avukatların yetkilendirilmemesini kural olarak kabul etmiştir¹. 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Alman Avukatlık Kanununda (Bundesrechtsanwaltsordnung-BRAO), avukatın, edimini bizzat kendisinin yerine getirmesi gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Avukatın edimini şahsen yerine getirmesine ilişkin yükümlülük, Alman Medeni Kanunu (BGB-Bürgerliche Gesetzbuch) § 613'deki akdi yükümlülük çerçevesinde ele alınmaktadır. İlgili hükme göre, vekilin vekaleti bizzat yürütme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hüküm avukatlar içinde geçerlidir. Buna göre, avukatın vekalet yetkisini kural olarak bizzat kendisinin yerine getirmesi gerekir. Alman avukatlık Kanunu m.52 ve 53'ün sınırları içinde, avukat vekaletle ilişkin görevini başkalarına bırakabilir. Tevkil (mandatsübertragung), m.52 ve m.53'ün çerçevesi içinde yapılabilir. Tevkil edilen avukatın faaliyetleri, m.53'ün ikinci ve beşinci fıkrasında belirtilmiştir; m.53'ün yedinci fıkrasında ise, tevkil edilen avukatın yetkileri düzenlenmiştir. Tevkil edilen avukatın yetkileri sınırlıdır. Alman Avukatlık Kanunu m.52 uyarınca, tevkil yetkisi (untervollmacht) sınırlandırılmıştır. Sınırlı olarak tevkil yoluna başvurulabilir. Örneğin, sürenin korunması gereken hallerde tevkil sınırlı olarak mümkündür. Bir avukat, bir başka avukatı, kural olarak tevkil edebilir. Ancak, tevkil edilecek avukatın, o davada vekalet ehliyetine sahip (tevkil edilebilecek bir avukat) olması gerekir. Alman Hukukunda, avukatlar, belli mahkeme veya mahkemelerde davaya vekalet ehliyetine sahip bulunduğundan, tevkil yetkisi bu gibi hallerde geçerlidir. Alman Avukatlık Kanunu m.53 uyarınca, bir haftadan daha fazla mesleği yapamama gibi bazı nedenlerin varlığında, bir başka avukat tevkil edilebilir (bkz. Alman Hukukundaki tevkil konusunda: Ahrens H-J, Anwaltsrecht für Anfänger, München 1996 s.5-6; Hartstang G,

la, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır². Bu değişikliklerden biri de tevkil konusundadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanununu değiştiren 4667 sayılı Kanunun 36.maddesi ile, Avukatlık Kanununun 56.maddesine eklenen hüküm uyarınca, avukatlar ve avukatlık ortaklığı, vekaletname yerine geçmek üzere “yetki belgesi” düzenleyebileceklerdir. Bu yeni değişiklikle, avukat ve avukat ortaklığı, avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen tevkile ilişkin yetki belgesi verebilir. Benzer bir düzenleme, 25.11.2001 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38’de de bulunmaktadır. Bu değişiklikler karşısında, tevkil konusunun yeniden incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Hukukumuzda tevkil, Avukatlık Kanunu, Avukatlık Ortaklık Yönetmeliği ve Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. İncelememizi, Avukatlık Kanunu çerçevesinde ele aldığımızdan, Borçlar Kanunundaki tevkile ilişkin hükümlere sınırlı olarak girdik. Tevkil için, vekaletnamede avukata açıkça yetki verilmesi gerekir. Bu konuda öğreti ve Yargıtay kararları aynı doğrultudadır³. Tevkil konusunda, özel yetkinin varlığının incelenmesinden önce, tevkil kavramının ve tanımının açıklığa kavuşturulması uygun olacaktır.

B-KAVRAM ve TANIM

Tevkil etme: “Vekillik verme; bir kimseyi vekil olarak atamadır”. Tevkil yetkisi: “Bir başkasının adına bir kimseyi vekil tayin edebilme izni; vekil olarak tayin edilen kişinin, örneğin bir avukatın (kendi) vekillik yetkisini bir başkasına devretme yetkisi”dir⁴. Kendisine vekalet yetkisi verilen kimsenin, üstlenmiş olduğu işlemin yerine getirilmesini bir başka kişiye tamamen veya kısmen devretmesi tevkil işlemidir. Bu işleme tevkil eden yetkilidir. Tevkil eden, kendisine

Der deutsche Rechtsanwalt, Heidelberg 1986 s.201-203; BGB § 613, 615; Alman Avukatlık Kanunu m.52-53; BGH-NJW 2741, 2743).

2 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 10 Mayıs 2001 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

3 Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s.301; Kuru B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, İstanbul 2001 s.1294; Pekcanitez H./Atalay O./Özkes M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s.194; Tanrıver S.: Noterlik Açısından Vekalet (Temsil), Ankara 2000 s.61; Alangoya H. Y.: Medeni Usul Hukuku Esasları, C.I, İstanbul 2000 s.131; Özkan M. S.: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999 s.328; Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979 s.86; Bilge N./Önen E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978 s.243; Aday N.: Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1997 s.112; Berkin N. M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981 s.441; Karafakih İ. H.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952 s.123; Postacıoğlu İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975 s.324; HGK 28.6.1969, 151/643 (Erdoğan C., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1982 s.218 no.784); 13. HD 5.6.1992, 1902/5282 (YKD 1992/10 s.1571-1574).

4 Yılmaz E.: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001 s.876 tevkil ve tevkil yetkisi kavramları.

verilen vekalet yetkisi ile yerine getirilmesi gereken işlemin yapılmasını bir başka vekile devreden kimsedir. Vekilin kendi veya müvekkili adına yaptığı bir sözleşme ile, vekalet akdinin kendisine yüklediği ve şahsen yerine getirilmesi gereken edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız olarak yerine getirilmesi için tevkil ettiği kimseye tevkil olunur denir. Tevkil konusunda öğretici ve Yargıtay kararlarında şu kavramları görmek mümkündür. Başkasına yetki verilmesi (tevkil)⁵, vekilin başkasını tevkil etmesi, yani müvekkili için başka bir vekil tayin etmesi⁶, başkasına vekalet verme (başkasını tevkil)⁷, başkasını tevkil (alt vekalet veya temsil verme)⁸, başkasına temsil yetkisi verme⁹, vekilin başkasını tevkili, yani başkasına vekalet yetkilerini devretmesi ve başkasını vekil tayin etmesi¹⁰, bir başka avukatın tevkil olunması¹¹, başkalarını tevkil¹², vekilin aharı (üçüncü kişiyi, başkasını) tevkili¹³, davaya bir başka vekil atamak¹⁴, vekilin başkasına vekillik vermesi¹⁵, tevkil yetkisi¹⁶.

Avukatlık Kanunu m.171'in kenar başlığında (matlap'ında), "başkasını tevkil", yine adı geçen Kanununun 171.maddesinin ikinci fıkrasında, "başkasını tevkile yetki", 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 36.maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 56.maddesine eklenen beşinci fıkrasında "başkasını tevkil etme yetkisi", Borçlar Kanunu m.390'in üçüncü fıkrasında "başkasını tevkile mezun", aynı Kanununun 391.maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "başkasını tevkil" ibarelerine yer verildiği görülmektedir. Tevkil konusunda Avukatlık Kanunu m.171 avukat, Borçlar Kanunu m.390 ve 391 ise vekil kavramına yer vermiştir. Tevkillle ilgili hüküm olan, 4667 sayılı Kanunun 36.maddesiyle, 1136

5 Pekcanitez/Atalay/Özekes s.194.

6 Kuru/Arslan/Yılmaz s.301; Bilge/Önen s.243.

7 Kuru C.2 s.1294. Vekilin, başkasına vekalet verebilmesi (başkasını tevkil edebilmesi), vekaletnamesinde özel bir başkasını tevkil yetkisinin mevcudiyeti halinde mümkündür (13. HD 5.6.1992, 1902/5282: YKD 1992/10 s.1571-1574).

8 Tanrıver s. 40 ve s.61.

9 Alangoya s.131.

10 Berkin s.441.

11 Özkan s.215.

12 Aday s.112.

13 Postacıoğlu s.324; Karafakih s.123; HGK 28.6.1969, 151/643 (Erdoğan s.218 no.784); 6. HD 30.4.1974, 1751/2090 (Olgaç S., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1977 s.296).

14 Önen s.86.

15 Erdemir İ., Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1986 s.270.

16 HGK 23.12.1992, 2/659-768 (Kuru C.2 s.1295 dn.212b).

sayılı Kanununun 56.maddesine eklenen beşinci fıkrasında ise, avukatlar ve avukatlık ortaklığı kavramlarından bahsedilmektedir. Belirtilen bu Kanun hükümleri incelendiğinde, “başkasını tevkil etme yetkisi” kavramının benimsendiğini söylemek mümkündür¹⁷. Avukat dışında, bazı kişiler iş veya davalarda vekil olabilmektedir (Avukatlık Kanunu geçici m.13 ve 17). Avukatlık Kanunu yalnızca, avukatın ve avukat ortaklığının tevkil yetkisinden söz etmektedir. Borçlar Kanunu ise, vekilin tevkil yetkisi kavramına yer vermiştir. Tevkil yetkisi, belirtilen Kanunların açık düzenlemelerine dayanmaktadır. Bu nedenlerle, “vekilin başkasını tevkil etme yetkisi” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. Tevkil yetkisi, hukukumuzda yasal bir düzenlemeye dayanmaktadır.

C-YASAL DAYANAK

Hukukumuzda, vekilin müvekkil için başka bir vekil tayin edebilmesi hususu, Borçlar Kanunu m.390, III ile m.391’de, Avukatlık Kanunu m.56 ve m.171’in ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir¹⁸. Tevkil konusunda belirtilen bu hükümlerin incelenmesi sonucunda, aralarında bazı farklılıkların olduğu görülmektedir. Avukatlık Kanunu m.171/II hükmü, Borçlar Kanunu m. 390 ve 391 karşısında özel bir düzenlemedir. Avukatlık Kanunu m.171, ikinci fıkra hükmü, genel anlamda vekil için düzenleme getiren Borçlar Kanununun 390. maddesinin üçüncü fıkrasının özel bir düzenlemesi niteliğinde olup, onunla uyum içindedir. Ancak, Avukatlık Kanunu m.171, ikinci fıkra hükmü, tevkili yalnızca vekaletnamede “tevkil yetkisi” bulunması hali ile sınırlamıştır¹⁹. Yani, Avukatlık Kanunu, Borçlar Kanununun aksine, avukatın tevkil edilebilmesini, vekaletnamede yetki verilmiş olması hali ile sınırlamıştır. Avukatlık Kanununun 171/II. maddesi, Borçlar Kanunu m.390/III’ün aksine, “örf gereğince tevkile yetkili olma” halini düzenlememiştir. Borçlar Kanunu m.390/III’deki, vekilin başkasını tevkile halin gereklerine göre zorunlu olması hali, Avukatlık Kanununun m.171/II hükmü karşısında uygulama alanı bulmaz.

Tevkil konusunda bir başka düzenlemeyi Avukatlık Kanununun yeni değişikliğinde görmek mümkündür. 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 36.maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 56.maddesine eklenen beşinci fıkra ile yeni bir hüküm getirilmiştir. İlgili hüküm şu şekildedir: “Avukatlar veya avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekaletnameleri kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir”. Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38 uyarınca da: “Veka-

¹⁷ Avukat Ortaklığı Yönetmeliği m.38’de de benzer kavramı görmek mümkündür.

¹⁸ Karş. Berkin s.441.

¹⁹ Müderrisoğlu: Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974 s.56.

letnamede tevkil yetkisi olması halinde ortaklık, ortakları ve çalışan avukatları dışında üçüncü bir avukata da yetki belgesi verebilir". Tevkil konusunda, Borçlar Kanunu m.390, m.391 ile Avukatlık Kanunu m. 56, m.171 ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38'de hükümler mevcuttur. Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği, Borçlar Kanununun aksine, tevkili yalnızca avukat ve avukat ortaklığı açısından ele almış, örf veya halin gereklerine göre tevkili kapsam dışı bırakmış, tevkil için özel yetkinin varlığını aramıştır.

D-ÖZEL YETKİNİN VARLIĞI

Özel yetki, dışa (yani üçüncü kişilere ve özellikle diğer taraf ile mahkemeye) karşı vekilin o işlemleri yapmaya yetkili olduğunu gösterir. Vekilin başkasını tevkil etme yetkisine sahip olabilmesi için bu konuda yetkisinin olması gerekir. Yani, vekilin, başkasına vekalet verebilmesi (başkasını tevkil edebilmesi) için, vekaletnamesinde özel bir başkasını tevkil yetkisinin bulunması gerekir. Vekile özel yetki verilmesi gereken hususları düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.63'de, tevkilden bahsedilmemiştir. Tevkil konusunda vekaletnamede özel yetkinin bulunması gerektiği Avukatlık Kanunu m.56 V, m.171 II; Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38; Borçlar Kanunu m.390, III'de belirtilmiştir. Öğreti ve Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır²⁰.

Avukata (vekile) verilen vekaletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, avukat işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata veya avukatlık ortaklığına vererek takip ettirebilir (Av. K. m. 56 V; m.171, II c.1). Vekaletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekalet ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse, avukat, bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekalet almaya gerek kalmadan işi başka bir

²⁰ Kuru C.2 s.1294; Kuru/Arslan/Yılmaz s.131; Pekcanitez/Atalay/Özekes s.194; Tanrıver s.61; Özkan s.328; Aday s.112; Berkin s.441. "Direnme kararı davacılar vekili olarak Avukat Sezai Önder tarafından davacılar diğer vekilleri Avukat Hamdi Sevinç'i tevkil ettiğinden bahisle düzenlenen vekaletnameye istinaden temyiz edilmiştir.-Ne var ki, dosyada mevcut Beyoğlu 18. Noterliği'nce düzenlenen 31.1.1983 tarihli vekaletname fotokopisinde, Avukat Hamdi Sevinç'in başkalarını tevkil yetkisi olup olmadığı hususu belirgin değildir.-Bu nedenle, anılan vekaletname aslının dosyasına konulmak üzere ilgisinden istenmesi ve tevkil yetkisinin bulunması halinde dosyanın başkaca hiçbir işlem yapılmaksızın Yargıtay'a gönderilmesi; tevkil yetkisinin bulunmaması durumunda ise, direnme kararının davacılar Sumru Diril ile Berrin Doğan'ın diğer vekili Avukat Hamdi Sevinç'e tebliğ edilmesi, temyiz süresinin geçmesinin beklenmesi, süresinde yetkili vekil tarafından temyiz edilmesi halinde de dosyanın temyiz incelemesi için yine Yargıtay'a gönderilmesi gerekir" (HGK 23.12.1992, 2/659-768: Kuru C.2 s.1295 dn.212b).

avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir (Av. K m.171, II c.2).

Avukatlık Kanunu m.171 ikinci fıkra birinci cümlesine göre, tevkil konusunda yetkinin olup olmadığı hususunda, vekaletnameye ve müvekkil ile avukat arasındaki yazılı sözleşmeye bakmak gerekecektir. Vekaletnamede başkasını tevkile yetki olmasına rağmen, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm mevcutsa, tevkil mümkün gözükmemektedir. Tevkil için, vekaletnamede bu yetkinin verilmesi ve yazılı sözleşmede bu yetkiyi ortadan kaldıran açık bir hükmün olmaması gerekir. Avukatlık Kanunu m.56 beşinci fıkra hükmü, avukatlar veya avukatlık ortaklığı vekaletnamede tevkil yetkisine sahip ise, vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir kuralına yer vermiş, yazılı sözleşmede aksi bir hükmün bulunmaması hususunu aramamıştır. Avukatlık Kanunu m.171, birinci fıkra, avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder hükmünü içermektedir. Bu kurallar incelendiğinde, mutlaka vekaletnamede tevkil yetkisinin yer alması gerekmektedir. İş veya davanın takibi için, yazılı sözleşme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yazılı sözleşme yapılmamış, fakat vekaletnamede tevkil yetkisi mevcut ise, bu yetkiye dayanılarak tevkil yoluna başvurmak mümkündür. Yazılı sözleşme yok ise, vekaletnamedeki tevkil yetkisi geçerlidir. Yazılı sözleşme mevcut ise, burada tevkil konusunda vekaletnamenin aksine bir hükmün bulunmaması gerekir. Aksi halde, vekaletnamedeki tevkil yetkisi geçersizdir. Vekile, müvekkili tarafından, vekaletnamede tevkil konusunda özel yetki verilmemişse, genel (umumi) vekaletnameye dayanarak bu işlemi yapamaz. Ancak, müvekkilin, vekile özel yetkiyi davanın açılmasından veya işlemin yapılmasından sonra da vermesi mümkündür. Örneğin, müvekkil vekiline tevkil konusunda özel yetkiyi içeren yeni bir vekaletname verebilir ²¹.

E- TEVKİL VEKALETNAMESİ İÇİN NOTER İŞLEMİNE GEREK KALMADI

Noterlik Kanunu m.79 hükmü şu şekildedir: “Vekil...sıfatıyla... noterlik işlemi yaptırmak isteyenler, sıfat ve yetkilerini ve işlemi yapmaya izinli olduklarını bildirir belge göstermekle yükümlüdürler”. Noter, başkasını tevkil etmek isteyen vekilin, tevkil yetkisi olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür ²². Başkasını tevkil etmek isteyen vekil, vekaletnamesinin aslını veya kendisi tarafından onaylı örneğini notere vermesi gerekir. Yeni düzenlemeyle, tevkil vekaletnamesi için, Noterlik Kanunu m.79'daki noter işlemine ve onayına gerek kalmadı. 4667

²¹ Bkz. özel yetkisi olmayan vekilin yaptığı işleme icazet verilmesi konusunda: Kuru C.2 s.1305-1306; Berkin s.441.

²² Bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü 30.12.1964, 21710 (21720) (Adalet Bakanlığı Mütalaa ve Tamimler 1974 s.178; Adalet Bakanlığı Mütalaa ve Tamimler, Ankara 1976 s.236); Kuru C.2 s.1295 dn.213; Tanrıver s.41.

sayılı Kanunun 36.maddesiyle, 1136 sayılı Kanunun 56.maddesine eklenen beşinci fıkraya hükmünce, avukatlara ve avukatlık ortaklığına tevkil konusunda bir kolaylık getirilmiştir. Bundan sonra bütün avukatlar veya avukatlık ortakları bir diğer avukata veya avukatlık ortaklığına vekalet vereceğinde bu işlemi notere yaptırmak yerine kendileri yapabileceklerdir. Avukatlar veya avukatlık ortaklığı, kendi düzenleyecekleri yetki belgesi ile başka bir avukata vekaletname vermiş olacaklardır. Bu durum, zaman ve ekonomik açıdan avukatlara büyük yarar sağlayacaktır.

F- TEVKİL VEKALETNAMESİ, TEVKİL EDEN ve EDİLEBİLEN KİŞİLER

Tevkil vekaletnamesi (yetki belgesi), avukat veya avukat ortaklığı tarafından düzenlenir (Av. K.m.56, V). 4667 sayılı Kanunun 36.maddesiyle, 1136 sayılı Kanunun 56.maddesine eklenen beşinci fıkraya hükmü uyarınca, bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına verilecek yetki belgesi vekaletname hükmündedir. Yani, Avukatlar veya avukatlık ortaklığı bizzat kendilerinin düzenleyecekleri tevkil vekaletnamesi ile başka bir avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname verebileceklerdir. Avukatlık Kanunu m.56'da, vekaletname yerine geçen yetki belgesi kavramından söz edilmektedir. İlgili hükümde, tevkil vekaletnamesi kavramı yoktur. Yetki belgesinin, yalnızca tevkil konusunda düzenlenebileceği ve yetki belgesinin vekaletname niteliğinde olacağı hususlarından hareketle, belirgin bir kavram olarak ve anlaşılabilir olması açısından, yetki belgesi yerine, tevkil vekaletnamesi kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Vekaletname-Vekillik Belgesi: "Bir kimseye verilen temsil yetkisini ve bunun kapsamını belirten yazılı belge; temsil belgesi"dir²³. Tevkil vekaletnamesini ise, vekaletnamede tevkil konusunda özel bir yetkinin varlığı halinde, bizzat avukat veya avukat ortaklığı tarafından, bir başka avukata veya avukat ortaklığına verilen ve kapsamı belirtilmiş temsil yetkisini içeren yazılı bir belge olarak tanımlamak mümkündür.

Vekilin (avukatın) başka bir avukata "namlarına başkasını tevkili yetkili olduğum müvekkillerimin leh ve aleyhlerinde açılmış ve açılacak davalarda müvekkillerimi temsile yetkilidir" şeklinde genel bir vekaletname vermesi mümkün değildir. Çünkü, bu halde namlarına başkasına vekalet verilen müvekkiller belirli değildir. Bunun gibi, "müvekkillerimin bana vermiş oldukları vekaletname ile birlikte kullanıldığı takdirde muteber olmak" kaydı ile vekaletname düzenlenmesi de mümkün değildir²⁴.

²³ Yılmaz s.919 vekaletname kavramı.

²⁴ Bkz. Adalet Bakanlığı 10.11.1958, 71/16-16391 (Adalet Bakanlığı Mütalaa ve Tamimler, Ankara 1974 s.177-178); Kuru C.2 s.1296 dn.215; Aday s.113. Bu durumun değiştirilmesine ilişkin Ankara Barosu başvurusu için bkz: ABD 1974/5 s.1024-1025.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 65 ve diğer bazı özel kanunlarda dava vekaletnamesi düzenleyebilecek merciler belirtilmiştir²⁵. 4667 sayılı Kanunla, Avukatlık Kanunu m.56'ya eklenen fıkra ile avukat ve avukatlık ortaklığına da, önceden düzenlenmiş bulunan vekaletnamede, tevkil konusundaki özel yetkinin varlığında, vekaletname hükmündeki yetki belgesini düzenleyebilme yetkisi verilmiştir. Bu yeni değişiklikle, avukat ve avukatlık ortaklığını da, dava vekaletnamesi düzenleyebilecek merciler arasında saymak gerekir. Çünkü, bizzat avukat veya avukat ortaklığı tarafından düzenlenecek tevkil vekaletnamesi ile iş veya davaların takibi yapılabilecektir. Avukatlık Kanunu m.56 beşinci fıkra son cümlesi uyarınca, yetki belgesi vekaletname hükmündedir. Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun kararına göre, yetki belgesi vekaletname hükmünde olması nedeniyle, bu belgeye 1136 sayılı Yasanın 27.maddesi gereğince vekalet pulu yapıştırılması zorunludur²⁶. Yetki belgesi, vekaletname örneği ile birlikte sunuluyorsa, ayrıca bu vekalet pulu yapıştırılması dayanak olması nedeniyle zorunlu değildir²⁷.

25 Bkz. dava vekaletnamesi düzenleyebilecek merciler konusunda: Kuru/Arslan/Yılmaz s.293-294; 1111 sayılı Askerlik K.m.61; Kadastro K.m.31; Noterlik K. m.191-195.

26 Avukatlık Kanunu m.27 üçüncü fıkra uyarınca: “Avukatlarca vekaletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul edemez. Gerekliğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekaletname işleme konulamaz”.

27 Bkz. Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulunun 22 Haziran 2001 tarih ve 176-3 sayılı kararı. Bu karar ve yetki belgesi örneği tüm barolara bildirilmiştir (www.izmirbarosu.org.tr/haberler/yetki_belgesi.htm.) Yetki belgesi aşağıdaki şekildedir:

YETKİ BELGESİ

Yetki Belgesi Veren Avukat/Avukat Ortaklığı :
Bağlı Bulunduğu Baro ve Sicil No :
Vergi Dairesi ve Sicil No :
Adresi :
Yetkili Kılınan Avukat :
Bağlı Bulunduğu Baro ve Sicil No :
Sigortalı Avukat ise SSK Sicil No :
Adres :
Vekil Eden/Edenler :
Adı ve Soyadı :
Adresi :
Dayanak Vekaletname/Vekaletnameler :
Noter, Tarih ve Yevmiye Numarası :

Bu yetki belgesi, 1136 sayılı Avukatlık Yasasını değiştiren 4667 sayılı Yasanın 36.maddesi ile 56.maddeye eklenen hüküm uyarınca vekaletname yerine geçmek üzere tarafımdan düzenlenmiştir.

Tarih

Tevkil sadece avukatlar için geçerli bir kavram değildir²⁸. Avukatlık Kanunu m.171 ve 56. maddesi incelendiğinde, tevkil yetkisinin yalnızca avukat ve avukat ortaklığına verildiği, avukat ve avukat ortaklığı dışındaki kişilerin tevkil edilemeyeceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Avukat veya avukat ortaklığı, yalnızca dava vekili veya dava takipçisinin olduğu bir yerde, bunlardan biri adına tevkil vekaletnamesi düzenleyebilmelidir. Borçlar Kanunu m.390 ve m.391’de ise, tevkile ilişkin hususlarda vekil yetkili kılınmıştır. Borçlar Kanununa göre, tevkil konusunda, vekil kavramına giren tüm kişiler yetkilidir. Avukatlık Kanunu açısından, tevkile yalnızca, avukat ve avukatlık ortaklığı yetkilidir (Av.K.m.56 V, m.171 II). Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38’e göre, ortaklık, ortakları ve çalışan avukatları dışında üçüncü bir avukata da yetki belgesi verebilir. Avukatlık Kanunu geçici madde 13 ve 17 uyarınca, dava vekilleri ve dava takipçileri belirli unsurların varlığında, davalarda vekalet görevini üstlenebildiklerinden, tevkil yetkisinin yalnızca avukatlara ait olduğunu ileri sürebilmek mümkün değildir. Avukatın değil, vekilin tevkil yetkisinden bahsetmek daha uygun olacaktır. Çünkü, vekil kavramına avukatlar yanında, dava vekilleri ve dava takipçileri gibi kişileri de dahil etmek gerekir²⁹. Vekil, anlam olarak avukat kavramından daha geniş bir içeriğine sahiptir. Vekil, vekalet sözleşmesi gereği başkası adına işler yapmakla yetkilendirilen kimsedir³⁰. Vekil olarak, gerçek kişi olan avukatlar yanında, tüzel kişiliğe sahip avukat ortaklığı da seçilebilir³¹. Tevkile, gerçek

Avukat/Avukat Ortaklığı

- 28 Örneğin: “Davacı kat malikleri kurulu toplantısına katılmak üzere başkasını tevkil edebilir. Bu vekalet özel bir şekle bağlı olmadığı gibi, ibrazı halinde de katılım geçerlidir” (18. HD 28.11.1996, 9547/10601: YKD 1997/2 s.249).
- 29 Kadastro işlerinde, avukat, dava vekili ve dava takipçilerinden başka, davada menfaatleri zıt olmamak şartıyla, karı ve koca birbirlerini vekil tayin edebilirler (Kadastro Kanunu m.31, I). 3402 sayılı Kadastro Kanununun 31/2.maddesinde; kamu kurum ve kuruluşlarının, daire amiri veya amirinin yetkili kılacağı kişiler tarafından yargı mercilerinde temsil olunacağına yer verilmiştir (bkz. 16. HD 20.3.1995, 1512/2092: YKD 1995/9 s.1435-1436). Acente müvekkili adına dava açabileceği gibi, acenteye karşı da aynı sıfatla dava açılabilir (TK m.119). Gemi müdürü, donatma işbirliğini mahkemelerde de temsil edebilir (TK m.955). Ticari vekil ve ticari mümessil de temsil yetkisine sahiptir. Bkz. davada vekil olabilecek ve Avukatlık Kanunu m.35’in istisnalarını oluşturan kişiler konusunda: Kuru C.2 s.1231 vd; Aday s.47-48; Av. K.m.26; Kat Mülkiyeti Kanunu m.38 ve 40.
- 30 Yılmaz s.920 vekil kavramı.
- 31 4667 sayılı Kanun m. 30 ile değişik, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.44 B bendi uyarınca: “Avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir”. Bkz. ayrıca: Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.1, m.9, m.29 II. Avukatlık Kanunu m.44 B bendinin, a/2 alt bendi hükmü şu şekildedir: “Vekaletnameler ortaklık adına düzenlenir”. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38, birinci fıkraya uyarınca da, ortaklığın takip edeceği işlere ait vekaletnamelerin ortaklık adına düzenlenmesi gerekir. Yine belirtilen

ve tüzel kişiler yetkili olup, yine bu kişiler adına tevkil vekaletnamesi düzenlenebilir. Bu husus, Avukatlık Kanunu m.56'nın beşinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Yine bu konuda, belirtilen Kanununun 171.maddesine ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38'e bakmak yeterli olacaktır.

Vekaletnamede tevkil yetkisinin olması ve mevcutsa yazılı sözleşmede³² aksine açık bir hükmün bulunmaması durumunda, avukatlık ortaklığı, kendi ortaklarına, çalışan avukatlarına ve bunlar dışında üçüncü bir avukata veya avukatlık ortaklığına yetki belgesi verebilir³³. Avukatlar da, bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Birden fazla avukatın birlikte³⁴ çalıştığı bir büroda, bu avukatlardan birine iş verilmesi durumunda, aksi açıkça belirtilmedikçe, diğer ortakların da "teamül gereği" yetkili olduğunu söyleyebilmek zordur. Çünkü, Avukatlık Kanununun 171. maddesinin ikinci fıkrası, Borçlar Kanununun 390.maddesinin üçüncü fıkrasının aksine, teamül gereğince tevkile yetkili olma hususunu kapsam dışı bırakmış; buna izin vermek istememiştir. Bu nedenle, avukatın ortak çalıştığı bir avukata üstlendiği işin bazı aşamalarını bırakabilmesi için, vekaletnamesinde başkasını tevkile yetkili olduğunun açıkça belirtilmiş olması ve ayrıca avukatla müvekkili arasındaki sözleşmede de bu konuda aksine bir hükmün bulunmaması gerekmektedir (Av. K.m.171, II)³⁵.

Avukatlık Kanunu m.171 ikinci fıkra çerçevesinde, müdafii, savunmayı kısmen veya tamamen meslektaşına devredebilir veya onunla birlikte yürütebi-

Yönetmeliğin 39.maddesine göre, ortaklık adına iş ve dava takip etmek üzere alınan vekaletnameler, ortaklık vekaletname kayıt defterine kaydedilir. 4667 sayılı Kanun m.36 ile Avukatlık Kanununun 56.maddesine eklenen beşinci fıkra hükmü uyarınca "Avukatlar ve avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekaletnameleri kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir". Alman Hukukunda da, avukat, hazırlık işlemlerinde tüzel kişilerden yararlanabilir (Ahrens s.5).

³² 4667 sayılı Kanunla değişik 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 171.maddesinin birinci fıkrasına göre, avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.

³³ Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38; Avukatlık Kanunu m.56, V ve m.171 II.

³⁴ 4667 sayılı Kanun m.30 ile değişik 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.44 uyarınca: "Birlikte çalışma, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın mesleki çalışmalarını bir büroda yürütmeleridir. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, yapılan iş ticari sayılmaz. Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılması zorunludur. Karşılıklı hak ve yükümlülükler, gelir ve giderlerin paylaşılması, büro yönetimi, birlikteliğin sona ermesi birlikte çalışanlarca belirlenir ve yazılı olarak kayıtlı oldukları baroya bildirilir".

³⁵ Tanrıver s.62; Özkan s.328; Aday s.112.

lir³⁶. İşten yasaklanan avukat, müvekkili adına bir başka avukatı tevkil edemez
³⁷. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.71'deki durumun varlığı halinde, ikinci vekili, birinci vekilin değil, asilin tutması gerekir ³⁸.

I-Tevkil Edilen Vekilin Hukuki Durumu

Avukatlık Kanununun 171.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, avukata tevkil yetkisinin tanınmış olmasıyla, avukat kendi adına bir diğer avukatı vekil tayin edebilir veya müvekkili adına bunu yapabilir. Yine Avukatlık Kanunu m.56 uyarınca, avukatlar ve avukatlık ortaklığı, kendi adlarına diğer bir avukat veya avukatlık ortaklığını vekil atayabilirler veya müvekkili adına bunu gerçekleştirebilirler. Avukatın bir meslektaşını tevkili, alt vekalet veya ikame vekalet şeklinde olabilir. Asıl avukat, tevkil olunan avukata, kendi adına veya müvekkili adına yaptığı bir sözleşme ile avukatlık sözleşmesinin yüklediği ve kural olarak şahsen yerine getirmesi gereken edimlerin tamamının veya bir kısmının ifa olunması işini bırakır. Bu şekilde, avukatın yerine davaya giren meslektaşı alt vekil veya ikame vekil konumundadır ³⁹. Alt vekalette vekil, kendi adına yaptığı bir sözleşme ile borçlarının ifasını bir başka vekile tevdi etmekten; ikame vekalette vekil müvekkili adına yaptığı bir sözleşme ile borçlarının ifasını başkasına tevdi etmektedir ⁴⁰. Bu halde, başkasını tevkil yetkisi olan vekil, yalnız belirli bir (veya birkaç) müvekkil adına başkasını tevkil edebilir ⁴¹. Vekilin müvekkili adına başkasını tevkil etmesi (başkasına vekalet vermesi) ile, müvekkil

³⁶ Erem F.: Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978 s.192. Alman Hukukunda, tevkil yoluyla savunmanın müdafiyeye bırakılması mümkündür. Müdafii, savunmayı kural olarak bizzat kendisi yapar. Müdafinin irade açıklamaları, iç vekalet ilişkisinde bağlayıcıdır (Ahrens s.6).

³⁷ “1136 sayılı Yasanın 42.maddesine göre Baroların avukat görevlendirmeleri halinde ilgililerin Barodan yazılı istekte bulunmaları gerekmektedir. İlgililer deyimi işten yasaklanan avukat, iş sahibi ve mahkemeler ile Baro yöneticilerini kapsamaktadır.-İşten yasaklanan avukatın müvekkili adına bir başka avukatı tevkil etmesine olanak bulunmamaktadır. Baronun bir avukatı görevlendirmesi halinde iş sahibinin ayrıca vekalet vermesine gerek olmadan iş sahibinin temsil ve menfaatlerinin korunması mümkündür. Baro bir avukatı görevlendirirken iş sahiplerinin mümkün olduğu kadar isteklerine uygun ve isteklerini dikkate alarak bir karar vermelidir” (Türkiye Barolar Birliği İlke Kararı, 26.9.1987, 134/29: ABD 1987/5-6 s.826; İBD 1987/10-12 s.779-780).

³⁸ “HUMK 71.maddesi, vekil hakkında uygulanmaz. İkinci vekili, vekilin değil, asilin tutması gereklidir. Bunun için asile tebligat yapılması gereklidir” (8. HD 22.4.1968, 2349/2374: Erdoğan s.220 no.798).

³⁹ Özkan s.329.

⁴⁰ Tandoğan H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987 s.461.

⁴¹ Kuru C.2 s.1295.

ile, ikinci vekil arasında vekalet ilişkisi doğar ve ikinci vekilin yaptığı işlemler geçerlidir⁴². İkinci vekil, (birinci vekilin değil) müvekkilin vekilidir (temsilcisidir) ve bu sıfatla yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları müvekkili bağlar. İkinci vekilin temsil yetkisi, müvekkilin birinci vekile verdiği tevkil yetkisine dayanır⁴³.

Avukatın üstlendiği bir işi tevkil yetkisi kapsamında, bir vekile devretmesi durumunda, tevkil olunan avukatın, işi şahsen yerine getirmekle yükümlü olan tevkil eden avukatın yerine geçtiği, yani alt vekil olduğu ileri sürülebilir⁴⁴. Kendisine vekalet verilenin, üstlenmiş olduğu işlemin icrasını başka bir kimseye bırakması; kendisi yerine bir başkasını ikame etmesi halinde, alt vekaletten (veya temsilden) söz edilir. Avukat işi tamamen başka bir avukata bırakmış olsa bile, Avukatlık Kanunu m.171'in üçüncü fıkrası hükmünce, müvekkile karşı sorumludur. Alt vekil, bağımsız olarak hareket eden ve vekalet işini yürütürken tevkil eden avukattan emir ve talimat almayan kişidir. Alt vekalette, vekil kendisi yerine bir başkasını geçirmekle, kendi temsil yetkisini kaybetmemektedir. Çünkü, alt vekalette temsil yetkisinin ya da vekaletin devri değil; yalnızca onun kullanımının bir başkasına bırakılması söz konusudur⁴⁵. Alt vekalette, vekil, sahip olduğu yetkiye dayalı olarak, üçüncü bir kişiyi yetkilendirmektedir. Alt vekilin ya da temsilcinin sahip olduğu yetki, kapsam olarak, hiçbir zaman kendisine alt vekalet vereninkinden fazla olamaz, fakat daha az olabilir⁴⁶.

Alt vekalet verme yetkisinin, mutlaka "başkasını tevkil" şeklinde bir ibareye yer vermek suretiyle açıklanması zorunlu değildir; önemli olan müvekkilin bu konuya ilişkin iradesinin şüpheye yer vermeyecek bir şekilde anlaşılır olmasıdır. "Vekaletname tanzimi ve imzaya" şeklinde bir yetkilendirmeyi içeren ibare de, vekile, alt vekalet verme yetkisinin tanıdığı anlamına gelir. Bu şekilde bir yetkilendirme yapılmadığı sürece, alt vekalet ilişkisi kurulamaz. Bunun nedenini, vekalet ilişkisinin güven temeli üzerine kurulu bir ilişki konumunda bulunması ve bir iş için kime vekalet verilmişse, işin onun tarafından görülmesinin, kural olması oluşturur (BK m. 390). Alt vekalet verme yetkisinin, hangi kapsamda verildiğinin belirlenmesinde, müvekkilin iradesi dikkate alınacaktır. Müvekkil, alt vekalet verme yetkisinin kapsamını da, başkasını tevkil iradesini açıklarken, vekaletnamede belirtmelidir. Bu konuda herhangi bir açıklık yoksa, vekaletnamede başkasını tevkil iradesinin açıklandığı metin içerisindeki yerine ba-

42 "İlk vekile verilen vekaletnamede başkasının tevkilini mümkün kıldığına ve son vekil tarafından satışta yolsuzluk olmadığına göre davanın reddine ilişkin karar doğrudur" (1. HD 21.6.1976, 6348/6535: Olgaç s.293).

43 Bkz. örneğin HGK 13.2.1974, T/523-102 (İKİD 1974/160 s.2717-2723).

44 Özkan s.327.

45 Tanrıver s.40-42 ve s.61.

46 Kuru C.2 s.1296 dn.216; Tanrıver s.42.

kılmalıdır. Vekalet yoluyla yapılması istenen iş, alt vekalet elverişli bir özellikte ise veya halin gerekleri zorunlu kılmışsa, açıkça başkasını tevkil yetkisi verilmiş olsa bile, vekil, alt vekalet ilişkisi kurabilir. Borçlar Kanununun 390.maddesinin üçüncü fıkrasında, vekalet akdi yönünden bu husus açıkça düzenlenmiştir. Belirtilen hükme göre, vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya adet başkasını yerine ikameye müsait bulunmadıkça, vekalet konusu iş ve hizmeti bizzat kendisi yapmaya mecburdur. Ancak, Borçlar Kanununun aksine, Avukatlık Kanununa göre, avukatların, alt vekalet ilişkileri kurmaları, başkalarını tevkile açıkça yetkilendirilmiş olmalarına bağlıdır. Avukatlık Kanunu, avukatların alt vekalet ilişkisi kurabilmesini, bu konuda vekaletnamede açıkça yetkilendirilmiş olması haliyle sınırlandırmıştır. Avukatların teamül gereğince, başkalarını tevkile yetkili olduklarının kabul edilmesi Kanuna göre mümkün değildir (Av. K.m.171, II) ⁴⁷. Çünkü, belirtilen Kanunun 171.maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça “Avukata verilen vekaletnamede başkasını tevkile, yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi bir başka avukatla birlikte veya bir başka avukata vererek takip ettirebilir. Vekaletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekalet ve başkasını tevkile genel şekilde yetki verilmişse avukat, bu tarihten sonraki dava ve işlerden müvekkilden ayrıca vekalet almaya lüzum kalmaksızın işi bir başka avukatla birlikte veya bir başka avukata vererek takip ettirebilir” denilmektedir.

II-Tevkil Eden ve Tevkil Olunan Avukatın Azli

Vekil, kendisine verilen başkasını tevkil yetkisine dayanarak bir alt vekil atamışsa, bu durumdan, vekaletin güven temeline dayalı bir ilişki olması ve azil hakkının kullanımına uygun ortamın sağlanması amacıyla, asıl iş sahibini (müvekkilini) bilgilendirmelidir. Alt vekalette, alt vekilin sahip olduğu yetki, kapsam itibariyle kendisine alt vekalet vermiş olan vekilin yetkileriyle sınırlı olup; bu iç vekalet ilişkisini de alt vekalet vermiş olan vekil kurduğuna göre, hukuki bağı, azil yoluyla sona erdirme hakkı, ancak alt vekalet vermiş olan vekile ait olacaktır. Alt vekil ise, bu iç vekalet ilişkisini istifa yoluyla sona erdirebilir; onun kural olarak azil hakkının bulunduğu kabul edilmemelidir. Fakat, asıl iş sahibinin, alt vekilden, kendisine alt vekalet vereni azletmesini istemesi, yeni bir işlemin icrası için alt vekile yeni bir temsil yetkisi veya vekalet vermesi anlamına geleceğinden; alt vekil bu durumda, asıl iş sahibi ile kendisi arasında kurulan yeni vekalet ilişkisi çerçevesinde, iş sahibi adına, kendisine alt vekalet vermiş olan vekilin azli işlemini gerçekleştirebilecektir. Müvekkilin, başkasını tevkil yetkisi vermiş olduğu vekilini azletmesi, kendisine başkasını tevkil yetkisi verilmiş olan vekilin, bu yetkisine dayanarak önceden atamış olduğu alt vekilin de

⁴⁷ Tanrıver s.41 ve s.61.

azli sonucunu doğurmaz; alt vekilin azli isteniyorsa buna ilişkin irade ayrıca açıklanmalıdır ⁴⁸. Tevkile yetkili olan vekilin (avukatın), sulh mahkemesinde görülen bir davanın birkaç oturumuna stajyerini göndermiş olması azli için haklı bir neden oluşturmamalıdır ⁴⁹. Zincirleme alt vekalet ilişkilerinin varlığı halinde, alt vekalet verenlerden birinin ölümü, ölen alt vekilin daha önceden kurmuş olduğu alt vekalet ilişkisinin de sona ermesine neden olmaz: Çünkü, kendisine alt vekalet verilmiş olanlar alt vekalet verenlerin değil; müvekkilin (asıl iş sahibinin) vekilidirler ⁵⁰.

III-Sorumluluk

Vekilin başkasını tevkil etmesi halindeki sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu m.391 hükmü, genel anlamdaki vekil bakımından olup, avukat bakımından konu Avukatlık Kanunu m.171, III'de düzenlenmiştir. Avukatın kendisine tanınan tevkil yetkisi kapsamında, bir vekili tevkil etmesi durumunda ortaya çıkabilecek sorumluluğu, Avukatlık Kanununun 171.maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenmiştir. Birinci vekilin (avukatın) müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Avukatlık Kanunu m.171 üçüncü fıkra uyarınca, birinci vekil, birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatlarının kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı, müvekkile karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur ⁵¹. Avukatın işi tamamen bir başka avukata bırakıp bırakmadığı hususunun, avukatlar arasındaki sözleşmenin yorumundan çıkartılması gerekir. Bununla birlikte, avukat işi tamamen başka bir avukata bırakmış olsa bile, Avukatlık Kanunu m.171/III'ün açıklığı karşısında, müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Avukatın, işi tamamen bir başka avukata bırakıp bırakmadığı hususu, kural olarak iki avukat arasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü açısından önemli olup, tevkil eden avukat bu durumu müvekkile karşı ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamaz. ⁵².

Vekil ile müvekkil arasındaki iç ilişkide, vekaletnamesinde özel yetki bulunan vekil, müvekkilinden talimat almadan bu özel yetkileri kullanmamalıdır; aksi halde, müvekkiline karşı sorumlu olabilir ⁵³. Avukatlık Kanunu m.171 hükmü ile tevkil yetkisi tanındığı için, bir avukatı tevkil etmiş olan avukatın sorumluluğu devam ettiğinden, tevkil halinde tevkil eden avukat tamamen ilişkinin dışına çıkmış değildir. Avukatlık Kanunu m.171 III'de, tevkil eden "avukatın,

⁴⁸ Tanrıver s.42-43 ve s.83.

⁴⁹ 3. HD 4.3.1952, 2716/2080 (Kuru C.2 s.1323 dn.299).

⁵⁰ Tanrıver s.43.

⁵¹ Kuru C.2 s.1296.

⁵² Aday s.114.

⁵³ Kuru C.2 s.1304.

müvekkile karşı sorumluluğu devam eder” (Av. K.m.171 üçüncü fıkra birinci cümle) ifadesiyle, hak arayan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Alt vekil, yardımcı kişi sayılsa bile (BK m.100), tevkil eden avukat, Borçlar Kanunu m.100 uyarınca değil, Avukatlık Kanunu m.171 çerçevesinde sorumlu olabilir. Çünkü, Avukatlık Kanununun belirtilen hükmü özel bir hükümdür. Burada, Borçlar Kanunu m.100’ün uygulanamayışı, özel hüküm niteliğindeki Avukatlık Kanunu m.171/III’ün varlığındandır. Tevkil eden avukat, tevkil ettiği vekilin kusurlarıyla oluşturduğu zarardan onunla birlikte müteselsilen sorumludur. Tevkil yetkisi kapsamında, şahsen ifası önemli olan edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız olarak yapılması konusunda, bir vekilin tevkil edilmesi durumunda, müvekkile karşı sorumluluk, Avukatlık Kanunu m.171 üçüncü fıkrasına göre belirlenecektir ⁵⁴.

Avukatlık Kanunu, Borçlar Kanununa göre özel bir kanun niteliğinde olduğundan, öncelikle sorumluluk konusunda Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Avukatlık Kanunundaki ilgili özel hükmün varlığı karşısında, Borçlar Kanununun 391.maddesinin uygulama alanı bulması doğru değildir. Avukatın bir meslektaşını tevkil etmesi nedeniyle olan sorumluluğu, genel anlamda vekilin sorumluluğuna oranla daha ağır bir şekilde düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 391.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, vekil, tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken, özen gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Avukatlık Kanununun 171.maddesinin üçüncü fıkrası, tevkil eden avukatın, tevkil olunanın “kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen, hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen” sorumlu olduğunu belirtmiştir. Bu hükümler dolayısıyla, Avukatlık Kanununun, Borçlar Kanununun 391.maddesinin ikinci fıkrasına oranla çok daha katı bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bunun nedeni, avukat ile müvekkili arasında özel bir güven ilişkisinin varlığı ve avukatın faaliyetini kural olarak ücret karşılığı gerçekleştirmesidir. Borçlar Kanunu m.391, tevkil edene tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak tevkil olunanın verdiği zararlardan kurtulma fırsatını tanıırken, Avukatlık Kanunu m.171, tevkil eden avukat bu konuda üzerine düşeni yerine getirirse bile, tevkil olunan avukat kusurlu davranışıyla müvekkile zarar vermişse, tevkil eden avukatın müşterek ve müteselsil sorumluluğunun bulunduğunu düzenlemiştir ⁵⁵. Tevkil olunan avukat, müvekkili aleyhindeki kararın temyiz edilmemesinde ku-

⁵⁴ Özkan s.328; Aday s.113.

⁵⁵ Özkan s.328 dn.204 ve s.330-331. Avukatlık Kanununun tevkilden ötürü sorumluluğunu düzenleyen hükmü (m.171,III), genel anlamda vekilin birini tevkil etmesi halinde sorumluluğu düzenleyen Borçlar Kanununun 391.maddesine oranla daha ağır bir düzenleme iken; yardımcı şahsın fiilinden dolayı sorumluluğu düzenleyen Borçlar Kanunu m.100’e oranla daha ılımlı bir düzenlemedir. İlgili hüküm (BK m.100) farazi kusura dayanırken, Av. K.m.171/III tevkil olunan avukatın gerçek kusuruna dayanır (Özkan s.331 ve aynı sayfa dn.214).

surlu değilse, tevkil eden avukat da aynı konuda kusursuzluğunu ispatlayabiliyorsa, bu durumda her iki avukat da sorumlu olmamalıdır. Tevkil edilen avukat, temyiz etmemekte kusurlu ise, tevkil eden avukat “tevkil ettiği avukatı seçmede ve talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini” iddia ve ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz⁵⁶.

Resmi daire ve yargı mercileri önünde temsil görevi dışındaki vekalet durumlarında da, yerine başkasını tevkil eden avukatın, Borçlar Kanununun 391.maddesinin ikinci fıkrasındaki kurtuluş beyyinesinden yararlanamaması gerektiği düşünülebilir⁵⁷. Avukatlık Kanunu. m. 2 uyarınca, avukat sadece yargı organları değil, hakemler, özel kişi ve kurumlar önünde de vekalet alabilir. Avukatlık Kanunu m.171’de yargı organı önü ve dışı ayırımı yoktur. Bir avukatın avukatlık sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi, yürüttüğü işin avukatlık tekeline dahil olup olmaması ile ilgilidir. Avukatlık tekeli dışında kalan işlerde, başka birini tevkil eden avukatın alelade vekilden bir farkı bulunmadığından, bu halde, tevkil eden avukat, Borçlar Kanunu m.391/II hükmünden yararlanabilmelidir⁵⁸.

Tevkil edilen avukat, işin özenle, kusursuz biçimde yerine getirilmesi ile yükümlüdür. Aksine davranışı sorumluluğuna neden olur. Burada kanundan doğan teselsülün bir örneği mevcuttur (BK m.141/II). Bu bir eksik teselsül değil; tam teselsüldür. Yani, hem tevkil edene, hem tevkil olunana sorumluluk davası yöneltilebilir. Müvekkile karşı, tevkil eden ve tevkil olunan avukat, genel hükümlere göre birlikte sorumludur. Müvekkil, her bir avukatı ayrı olarak takip etme zorunluluğundan kurtulmaktadır. Zarara uğrayan müvekkil, doğrudan tevkil olunan avukata da başvurabilir. Müvekkilin tevkil olunan avukata doğrudan doğruya başvurabilmesi kanun hükmüne dayanır (Av. K m.171/III). Müvekkil, alt vekilden, tevkil yetkisi veren vekilin isteyebileceğinden fazlasını isteyemez⁵⁹.

Vekil, yetkisi dışında başkasını tevkil etmesi halinde, onun fiillerinden kendi yapmış gibi sorumludur. Birlikte tevkil edenler, vekile karşı müteselsilen sorumludurlar⁶⁰. Tevkil yetkisi olmayan bir avukatın, birini tevkil etmesi halinde, tevkil eden avukat, müvekkiline karşı özen yükümlülüğü gibi bazı yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılır. Bu durum, sözleşmeye aykırılık sonucunu doğurur.

⁵⁶ Aday s.115.

⁵⁷ Karş. bkz: Müderrisoğlu s.56.

⁵⁸ Aday s.114.

⁵⁹ Özkan s.333.

⁶⁰ Ersoy R.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1976 s.232-233.

Oluşan zararı, tevkil eden avukat, tevkil olunan avukatın kusurlu olup olmadığı aranmaksızın, bağımsız olarak gidermekle yükümlüdür ⁶¹.

Avukatın sorumluluğunun tek istisnası, avukatın “avukatlıkla birleşebilen işler”den birini yapmak üzere başka bir yerde çalışmak zorunda olması ve bu nedenle işi tamamen başka bir avukata bırakmış bulunması durumudur. Avukatlık Kanununun 171.maddesi hükmü, 12.maddedeki işlerden biri nedeniyle, önceden üstlenmiş olduğu vekalet görevlerini başkasına devretmek zorunda kalmış olan avukat bakımından uygulama alanı bulmaz. Bu halde, avukatın, Avukatlık Kanununun 171.maddesine tabi olmayacağı belirtildiğine göre (m.171, III son cümle), Borçlar Kanununun 391.maddesinin ikinci fıkrasındaki kurtuluş beyyinesine başvurulmamalıdır. Avukatın, Avukatlık Kanunu m.12’deki işlerden birini yapmak üzere, işi tümüyle bir başka avukata bıraktığı durumlarda, Borçlar Kanunu m.391/II hükmünün uygulanmaması gerekir. Çünkü, bu durumda avukat kendisine verilen tevkil yetkisine dayanarak işi tamamen bir başka avukata devrederek hukuki ilişkinin dışında kalmaktadır ⁶².

Avukatlık Kanunu m.44 B bendinin, a/4 alt bendine göre, Avukatlık ortaklığı, ortaklarının ve çalışan avukatlarının ortaklık ile ilgili her türlü işlem, eylem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sınırsız sorumludur. Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m. 38 uyarınca, avukatlık ortaklığı tarafından ortaklarına, çalışan avukatlarına veya üçüncü bir avukata yetki belgesi verilmesi halinde, ortaklığın müteselsilen sorumluluğu devam eder. Yine belirtilen Yönetmeliğin, 41.maddesine göre, avukatlık ortaklığı, ortağın ve ortaklıkta çalışanların mesleki görevlerine ilişkin eylem, işlem ve borçlarından dolayı bunlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sınırsız olarak sorumludur. Ortaklığın ilgisine rücu hakkı saklıdır. Avukatlık ortaklığının sorumluluğuna ilişkin, hukuki düzenlemeleri Avukatlık Kanunu m.44/B bendinin, a/4 alt bendinde, Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38 ve 41’de görmek mümkündür. Avukatlık Kanunu m.56 fıkra 5 hükmünde, avukatlık ortaklığının yetki belgesi düzenleyebileceği belirtilmiş, sorumluluğa ilişkin her hangi bir ibareye yer verilmemiştir. Avukatlık Kanunu m.171 hükmünde ise, avukatlık ortaklığına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Belirtilen bu hüküm, avukatlar tarafından başkasını tevkil halinde sorumluluğu düzenlemektedir. Tevkil halinde avukatlık ortaklığının sorumluluğunun ne olacağı açıkça, avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38’de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, avukatlık ortaklığı, vekaletnamede tevkil yetkisinin varlığı halinde, ortaklarına, çalışan avukatlarına veya üçüncü bir avukata yetki belgesi verirse, ortaklık müteselsilen sorumludur. Avukatlık Kanunu m.56 uyarınca, Avukatlık ortaklığı, bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına tevkil

⁶¹ Özkan s.333. tevkil yetkisi olmayan avukatın bir meslektaşını tevkil etmesi durumunda, alt vekil vekaletsiz iş gören olarak nitelenebilir (Özkan s.334 dn.223).

⁶² Aday s.114; karşı. Özkan s.331.

yetkisi verebilir. Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38 ve Avukatlık Kanunu m.56 birlikte incelendiğinde, avukatlık ortaklığının ortaklarına, çalışan avukatlarına, bunlar dışında üçüncü bir avukata veya bir başka avukatlık ortaklığına tevkil yetkisi verilebileceği görülmektedir. Tüm bu hallerde, tevkil yetkisini gerçekleştiren avukatlık ortaklığı müteselsilen sorumludur. Avukatların ve avukatlık ortaklığının tevkil yetkisini kullanmaları halinde sorumluluğunu düzenleyen, Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38 ve Avukatlık Kanunu m.171/III bazı konularda farklı düzenlemeleri içermektedir. Örneğin, yönetmelik m.38’de yalnızca müteselsil sorumluktan bahsedilirken, Avukatlık Kanunu m.171/III’de, müteselsil sorumluluk yanında müşterek sorumluluk ve tevkil edilen vekilin de sorumluluğuna da yer verilmiştir. Tevkil halinde, tevkil işleminin avukat veya avukatlık ortaklığı tarafından yapılması durumunda sorumluluğun kapsamında farklılık görülmektedir. Olması gereken hukuk açısından, sorumluluğa ilişkin hükümlerin birbirine benzer olması gerekir. Bu nedenle tevkil halinde sorumluluğun kapsamını daraltarak, avukat veya avukatlık ortağı ile sınırlamak veya kapsamı genişleterek, avukat ve avukat ortaklığı yanında, diğer avukat ve avukatlık ortaklığını da sorumluluk kapsamına almak uygun olacaktır.

IV-Ücret Konusu

Birinci (tevkil eden) avukat ile ikinci (tevkil olunan) avukat işi birlikte takip etmişlerse, ikinci avukat müvekkilden ayrı bir ücret isteyemeyeceği gibi, işi birlikte takip eden (birinci) avukat da müvekkilinden (ikinci avukat için) herhangi bir ücret isteyemez. Yani, tevkil yetkisi kapsamında, avukat tarafından işe başka avukatlar dahil edilmişse, avukat bu nedenle ayrı bir ücret isteyemeyeceği gibi, işi birlikte takip eden avukat da müvekkilden ücret isteyemez. İlk avukat ve sonraki avukat veya avukatlar müvekkilden ayrı bir ücret isteyemez (Av. K m.171, IV) ⁶³. Tevkil yetkisi kapsamında, birinci avukat, işi tamamen başka (ikinci) bir avukata bırakmış ise, tevkil eden ve tevkil olunan (birinci ve ikinci) avukatlar, ücret sözleşmesindeki miktarı aşmamak şartıyla, harcadıkları mesaiye

⁶³ Kuru C.2 s.1296; Özkan s.215 ve s.334; Aday s.114. Örneğin, ikinci avukat, müvekkile karşı ücret davası açmıştır. “Davalar, davacı (ikinci) avukata işi alan asıl (birinci) avukat tarafından verilmiştir. Görülen davaların bütünü asıl avukatın üzerine aldığı ve yürüttüğü işlerdir. Davalar onun tarafından yürütüldüğü gibi karara da onun kovuşturması üzerine bağlanmıştır. Davacı (ikinci) avukat, ilk avukatın vekaletnamesindeki yetkiye dayanarak kendisine verdiği vekaletname ile onun rahatsızlığı sırasında onun davalarını başvurmaya bırakmamak için bir iki oturum kovuşturmuştur. Bu davranış bir mesleki mücemele kuralının gerektireceği bir davranış aşmayan bir işlemdir. İşlem AK m.171 son fıkrada açıklandığı üzere bu davanın davacısı olan avukata, bir iki oturum için de olsa kovuşturduğu iş için asıl müvekkilden iş ücreti isteyebilmesini sağlamaz. İstek yasa kuralına tamamen aykırıdır. Çünkü girilen davalar tamamen davacıya görmesi için bırakılan davalar olmayıp önceden ve sonradan birinci avukat işi kovuşturmuştur” (4. HD 30.11.1976, 386/10443: İKİD 1977/201 s.5602-5603).

karşılık olan ücreti müvekkilden isteyebilirler. Ancak, tevkil eden (birinci) avukat müvekkilden peşin ücret almışsa, harcadığı mesaiye karşılık olan miktarın fazlasını tevkil ettiği avukata ödemekle yükümlüdür (Av. K m.171, IV) ⁶⁴.

Başkasını tevkil yetkisi olan vekilin, vekalet verdiği (ikinci) vekil ile müvekkili adına ücret sözleşmesi yapabilmesi için, vekaletnamesinde özel bir ücret sözleşmesi yapma yetkisinin bulunması gerekir. Avukatlık Kanunu m.171, IV hükmü de bu görüşü doğrulamaktadır. Uygulama da bu doğrultudadır ⁶⁵. Vekaletnamede “başkalarını tevkil, teşrik” şeklinde formüle edilmiş yetkilendirme, ücret sözleşmesi yapılabilmesi konusunda yeterli değildir ⁶⁶. Yargıtay’ın bazı

⁶⁴ Özkan s.215; Kuru C.2 s.1297.

⁶⁵ Örneğin: “...Uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken sorun, tevkil yetkisini haiz vekilini tayin ettiği ikinci vekil ile müvekkili adına vekaletnamesinde bu konuda özel yetki olmamasına rağmen ücreti vekalet sözleşmesi yapıp yapamayacağı ile yapılmış sözleşmenin müvekkili bağlayıp bağlamayacağına toplanmaktadır...B.K. nun 388 ve HUMK. nun 63.maddelerinde vekalet kapsamı ve özel yetkiyi gerektiren haller sayılmıştır. Avukatlık Yasasında da ücreti vekalet sözleşmeleri gerek miktar ve gerekse içerik bakımından bazı emredici nitelikteki hükümlerle sınırlamaya tabi tutulmuştur (Av. Kanununun 163 ve 164.maddeleri). Yanlar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde bu yasa hükümlerinin vaz edilmiş sebepleri de gözönüne alınarak bir sonuca gidilmesi gerekir.-BK. nun 388 ve HUMK. nun 63.maddelerinde özel yetkiyi gerektiren haller olarak sayılan hususların tahdidi olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılmasında, tahdidi olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. İşlemin müvekkil bakımından arzettiği önemden dolayı o işlem içinde özel yetki verilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Nitekim anılan yasa maddelerinde sayılan tüm haller müvekkil açısından işlemin niteliği de nazara alındığında önem arzeden hususlardır...Dava vekalette ikinci vekilin verdiği avukatlık hizmetine karşılık alacağı, vekalet ücretinin miktarı, müvekkil için önemli olabilir ve bu önem derecesi de kişiye, her somut olaya göre değişir. Objektif ölçülerle tespiti de mümkün değildir. Bu nedenle müvekkillerin ödenecek ücreti için başında bilmelerini sağlamak amacıyla Avukatlık Yasasının 164/1.maddesiyle ücretin belli bir miktarı kapsamaması gerektiği hükmü getirilmiş olmakla ücreti vekaletin müvekkil için önemli olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan anılan yasa kamu yararı ve avukatlık mesleğinin disipline edilmesi amacıyla avukatlık ücret sözleşmesinin yapılmasında, özellikle kararlaştırılacak ücret açısından başka sınırlamalar da getirmiştir (Avukatlık Kanununun 163/4, son, 164-2-3, 171.maddesi gibi). Kaldı ki vekilin vekaletnamesinde özel yetki olmadan tevkil ettiği avukatla ücret sözleşmesini yapabileceğinin kabulü istismara da neden olabilecektir. Yasa bunun önlemeye çalışmaktadır. Bu durumda vekilin, vekaletnamesinde açık yetki olmadan müvekkili adına avukatlık ücret sözleşmesi yapamayacağının kabulü gerekir.-Somut olayda, başkalarını tevkile yetkili ilk vekil Ali’ye verilen vekaletnamelerin hiçbirinde ücreti vekalet sözleşmesi yapma yetkisi olmadığı gibi müvekkili borçlandırmaya da yetkisi yoktur. Bu durumda ilk vekilin yetkisi olmadığı halde ikinci vekil ile yaptığı avukatlık ücret sözleşmesi geçersizdir” (13. HD 5.6.1992, 1902/5282: YKD 1992/10 s.1571-1574); bu kararın eleştirisi için bkz: ABD 1993/3 s.367 vd.

⁶⁶ Kuru C.2 s.1297; Aday s.115. Yargıtay bir kararında, “Aharı tevkil yetgisine sahip olan vekilin, avukat sıfatıyla mahkemede işin takip ve intacı için aharı tevkil ederken ücret

kararlarına göre, kural olarak ikinci vekil ücretini müvekkilden değil, kendisini vekil tayin eden birinci vekilden ister. Birinci vekil, ikinci vekil ile ücret sözleşmesi yapmış ise, bundan kendisi (birinci vekil) sorumludur. Fakat, birinci vekil kendisine vekalet verilen işi mahkemelerde takip için gerekli niteliklere sahip değilse, bu halde ikinci vekil ile yapılacak ücret sözleşmesi müvekkil adına yapılır ve ücretten müvekkil sorumludur⁶⁷. İkinci vekil, Avukatlık Kanunu m.171, fıkra IV cümle üçteki durum dışında, birinci vekile karşı ücret davası açamaz⁶⁸.

Avukatlık ortaklığına ilişkin hükümleri içeren, Avukatlık Kanunu m.44/Bbendinde, 56.maddede ve Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde, tevkil halinde ücret konusunun nasıl olacağına ilişkin husus yer almamaktadır. Bu nedenle, avukatlık ortaklığı tarafından tevkil halinde ücret konusunda, avukatlarca yapılan tevkil durumunda ücretin ne olacağını düzenleyen, Avukatlık Kanunu m.171 son fıkra hükmünün uygulanması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Avukatlık Kanunu, Borçlar Kanunu, Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği uyarınca, tevkilin mümkün olabilmesi için, vekaletnamede tevkil için özel bir yetkinin verilmiş olması gerekir. Ayrıca, avukat ile müvekkil arasındaki sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması gerekir (Av K. m.171/II). Vekil kavramı, yalnızca avukatlar olarak anlaşılmamalıdır. Vekil kavramına avukatlar yanında, Avukatlık Kanunu m.35'in istisnalarını oluşturan gerçek ve tüzel kişiler de da-

mukavelesi de akdeylemek selahiyetini haizdir" sonucuna varmıştır: (bkz. 4.HD 27.2.1954, 90/1044: Karaok H.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1957 s.236).

⁶⁷ "Vekil aksine anlaşma olmadıkça, vekalet görevini yerine getirdikten sonra ücrete hak kazanır. Bu ücretini müvekkilinden ister. Ancak işi görülen kişi, işin görüldüğü yerdeki mahkemede davayı takibe yetkili bir kişiyi vekil tayin eder ve ona başkalarında tevkile yetki verirdi, bu kişi bir üçüncü kişiyi vekil yaparsa, işi mahkemede takip eden bu son vekil ücretini esas müvekkilinden değil kendisini vekil tayin eden birinci vekilden ister. Çünkü bu takdirde vekil kendi yapacağı ve ücretini aldığı veya alacağı işi başkasına gördürmüştür. İkinci vekil ile yaptığı ücret anlaşmasından doğrudan doğruya kendisi sorumludur. Fakat birinci vekil kendisine vekalet verilen işi mahkemelerde takip etmek için esasen gerekli kanuni niteliklerden yoksun bulunuyorsa, onun ikinci vekil ile yapacağı ücret sözleşmesi kendi adına değil, müvekkili adına olur. Sözleşilen ücretin ödenip ödenmemesinden doğrudan doğruya müvekkili sorumlu bulunur. Çünkü müvekkili işini bir yargı yerinde takip yeteneğinden yoksun bir kişiye tevdi etmekle onun ikinci bir vekil aracılığıyla işin gördürülebileceğini başından beri bilmekte ve böylece kendi adına ücret sözleşmesi yapması için birinci vekile vekalet verdiği anlamına gelen bir durum almaktadır. Hal böyle olunca uyumsuzluk konusunda birinci vekilin avukatlık ve Hukuk Usulü Yasalarının 61 nci maddesi hükümleri uyarınca niteliği tesbit edilmek ve sonucuna göre yukarıda açıklanan esaslar uyarınca hüküm verilmek gerekirken eksik inceleme ile isteğin hüküm altına alınması usul ve yasaya aykırıdır" (4. HD 28.11.1968, 4974/9524: Olguç s. 290-291).

⁶⁸ Bkz.örneğin: 4. HD 19.6.1961, 10230/5811; 4. HD 6.10.1969, 7193/8211 (Kuru C.2 s.1297 dn.217a).

hildir. Tüzel kişiler olarak, avukat ortaklığı vekil kavramı içinde düşünölmelidir. Borçlar Kanununa göre vekil, Avukatlık Kanununa göre avukatlar ve avukatlık ortaklığı tevkil yetkisine sahiptir. Avukatlık Kanununa göre, yalnızca avukatlar veya avukatlık ortaklığı tevkil edilebilir. Dava vekilleri ve dava takipçileri de tevkil edilebilmelidir. Tevkil vekaletnamesinin düzenlenmesinde noter onayına gerek yoktur. Tevkil olunan vekil, alt vekil veya ikame vekil olarak atansa bile, Avukatlık Kanunu m. 171'in üçüncü fıkrasındaki hüküm nedeniyle sorumluluk açısından sonuç değişmemektedir. Avukatlık ortaklığının tevkil halindeki sorumluluğunu düzenleyen Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliği m.38 hükmü, avukatların bir başka avukatı tevkil etmesi halinde sorumluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu m.171/III hükmü, farklı hükümler içermektedir. Avukatlık ortaklığı veya bir avukat tarafından tevkil halinde ücret konusunun, Avukatlık Kanunu m.171 son fıkraya hükmünce çözümlenmesi gerekir.

YENİ ALMAN TAHKİM KANUNU

Dr. Iur. Gino LÖRCHER*

Çev. Arş. Gör. İbrahim ÖZBAY** / Arş. Gör. Zekeriyya ARI***

I- TARİHİ GELİŞİM

Tahkimi düzenleyen Alman Kanunu, 1 Ocak 1998’de yürürlüğe girerek, bütünüyle yeni bir biçim almıştır. Yeni Kanun, 30 Aralık 1997’de yayımlanmıştır¹. Kanun, Alman Medeni Usûl Kanunu (ZPO)’nun 10. Kitabının eski düzenlemesinin yerini almıştır. 10. Kitap ise, ZPO §1025 ile §1066 maddeleri arasındaki hükümlerden oluşmaktadır.

On yıldan fazla süren tartışmalardan sonra², yeni Kanun ile, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)³ Model Kanunu, Alman sistemine geçmiştir. Gerçekten Alman kanun koyucusu, çok açık şekilde Model Kanun’u takip etmiştir. UNCITRAL çatısı altındaki Birleşmiş Milletlere üye devletlerin delegeleri tarafından, dünya çapında kullanılması için hazırlanan bu Model Kanunun benimsenmesi, 1986 yılında BM Genel Kurulu tarafından

* Dr. Iur. FCI Arb., Avukat, Cologne, Almanya (Bu makalenin İngilizce metni, “The New German Arbitration Act” başlığı ile, adı geçen yazar tarafından, Journal of International Arbitration - Volume 15, No. 2, June 1998 – dergisinde yayımlanmıştır. Çevirenin Notu (ÇN)).

** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Usûl ve İcra- İflas Hukuku Bilim Dalı

*** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ticaret Hukuku Bilim Dalı

1 Resmi Gazete (Bundesgesetzblatt) 1997 I p. 3224; Kanun 22 Aralık 1997 tarihlidir.

2 G. Lörcher, Schiedsgerichtsbarkeit: Übernahme des UNCITRAL – Modelgesetzes?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987, s. 230 vd.

3 UNCITRAL kelimesi, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu” nun kısaltılmış şeklini ifade eder (ÇN.).

tavsiye edilmiştir⁴. Model Kanun, o zamandan beri bir çok ülkenin milli kanunlarına, çok sık olarak, çok küçük değişikliklerle girmiştir⁵.

Bu durum, UNCITRAL Model Kanunu'nun, uluslararası tahkim hukuku standartlarını belirgin şekilde yansıttığını göstermektedir.

Model Kanun ile yeni Alman Tahkim Kanunu arasındaki en belirgin fark, Almanya'daki yeni Kanunun uluslararası tahkim uyumsuzlukları ve ticari uyumsuzluklarla sınırlanmamış olması gerçeğinde yatmaktadır. Bu, daha önceden olduğu gibi, bu tür sınırlamaları kabul etmeyen Alman Tahkim Hukukundaki gelenekle de uyum içindedir. Alman çözümü, daha önceki uygulamanın da gösterdiği gibi, sınırlandırma ve ayırma ilişkin bir çok karmaşık sorunun önüne geçmiştir. Alman Hukukunun yerli ve yabancı hakem kararları arasındaki farkı dikkate almak zorunda olduğu konu, hakem kararlarının icrası (tenfizi) aşamasında karşımıza çıkar. Bu konuya daha sonra değinilecektir.

Belirtilmelidir ki, bir taraftan eski Alman Kanununa, diğer taraftan Model Kanununa esas teşkil eden temel kavramlar arasında pek farklılık yoktur. Daha doğru bir ifadeyle, sadece ayrıntılarda farklılıklar vardır. Hepsinden önemlisi, UNCITRAL Model Kanunu, daha fazla ayrıntılı ve açıktır. Ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu, eski Alman Kanunu hükümlerinde bulunmayan, tahkim yargılamasının hızlı yürütülmesi ve sona ermesine imkan tanıyan pek çok da kural içermektedir.

Uluslararası toplumun genellikle aşına olduğu Model Kanun'dan olabildiğince az ayrılan yeni Kanun, diğer önemli avantajları yanında, şeffaflığı da sağlamaktadır. Şimdiye kadar böyle bir şeffaflık mevcut olmamıştır. Tarih itibarıyla 1877 yılına kadar giden Kanun metnindeki temel unsurlar ve içtihat hukuku (case law), uluslararası standartlardaki gelişmeleri çok iyi yansıtmamasına rağmen, bu içtihat hukuku yabancılarca hemen hemen hiç anlaşılammakta idi. İla ve bir engel ise, Alman dilinin pek çok yabancı için neredeyse anlaşılmaz bir dil olduğu gerçeğidir.

Yabancı taraflar için Alman tahkim kurallarının kolay anlaşılabilir ve inceliklerine vakıf olunabilir olması, kanun koyucunun açık amaçlarından biridir. Amaç; Almanya'nın yabancılarca tahkim yeri olarak tercih edilmesini sağlamak ya da Alman tahkim hukukunun kabul edilmesine ilişkin engelleri ortadan kal-

⁴ BM Genel Kurulu Kararı, A/ RES/ 40/ 72, Şubat 1986.

⁵ UNCITRAL Hukuk Bürosu Sorumlusu J. Sekolec, Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Ebnat-Kappel seminerinde (ASA/CI Arb/UNCITRAL) Ocak 1998'de sunduğu tebliğinde aşağıdaki listeyi vermiştir: Avustralya, Bahreyn, Bermuda, Bulgaristan, Kanada, Kıbrıs, Mısır, Almanya, Guatemala, Hong Kong Özel Yönetim Bölgesi, Macaristan, Hindistan, Kenya, Malta, Meksika, Yeni Zelanda, Nijerya, Peru, Rusya Federasyonu, İskoçya, Singapur, Sri Lanka, Tunus, Ukrayna, Zimbabve ve Amerika Birleşik Devletlerinin Üye Eyaletleri; Kaliforniya, Connecticut, Oregon ve Teksas.

dırmaktır. Kanun koyucu burada açık olarak, daha çok, uluslararası ticaretin özel gereklerini düşünmüştür⁶.

II- TAHKİMİN ÖNEMİ

Uluslararası ilişkilerdeki uyuşmazlıkları çözecek olan tahkimin belli başlı avantajları vardır. Bunları kısaca özetlemek gerekir.

Devlet mahkemeleri ile karşılaştırıldığında tahkimin yararları çok ve çeşitlidir. Hız ve nispeten düşük maliyet, bu anlamda belirtilebilir. Bu etkenler, uyuşmazlıktan uyuşmazlığa değişiklik gösterir ve bu konuda tarafların beklentileri daima gerçekleşmez. Benzer şekilde, yargılamanın sadece bir durumla (belli bir uyuşmazlıkla) sınırlanmış olması, bazılarınca bir avantaj olarak görülür; ancak bu görüş genellikle paylaşılmamaktadır (Örneğin, kaybeden taraflar, her zaman bu prensipten memnun kalmazlar).

Diğer taraftan, pek çok etken, tahkim lehine (tahkimden yana) olacaktır. Ve bunlar, uluslararası ilişkiler bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu konuyla ilgili özel ilkeler; taraf hakimiyeti (party autonomy) ilkesi, bireysel uyuşmazlıkların gerekleriyle ilgili usule uyum sağlayabilme (the adaptability of procedure to the requirements of the individual case), gizlilik (confidentiality) ve tarafların sadece hukuken (in law) değil gerçekte de (in fact) (fiilen) eşit olması ilkeleridir. Bu son nokta (eşitlik) açısından vurgulamak gerekir ki, bir devlet mahkemesinde, uluslararası uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların eşitliği sadece teoride kalır. Zira bir devlet mahkemesi, usul kurallarını uygulamak zorundadır ve sadece kendi yargılama dilini veya yabancı tarafın dilini kabul edebilir. Bu durum aslında, mahkemece uygulanan en adil yargılamanın dengede tutulamaması gibi ciddi mahzurları beraberinde getirmektedir.

Bunlar, Alman Kanununun, tıpkı UNCITRAL Model Kanunu gibi çözümlenmek zorunda olduğu ve çözümlendiği noktalardır. Önemli diğer hususlar, yargılama boyunca gecikme ve engellemelere meydan vermemek; son olarak ise yerli ve yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırmaktır. 1958 tarihli New York Sözleşmesi çerçevesinde, 110'dan fazla devlette, hakem kararlarının uygulanabildiğini de vurgulamak gerekir⁷. Bu durum, tahkimin, devlet mahkemelerindeki yargılamayı ortadan kaldıran önemli diğer bir avantajıdır.

⁶ Kanuna İlişkin Resmi Şerh (Official Commentary accompanying the Bill), Alman Federal Meclisi (Deutscher Bundestag), Basım (Drucksache) 13/5274, s.22.

⁷ Haziran 1997 itibarıyla bu devletlerin listesi için bkz. G. Lörcher/ H. Lörcher, *Das Schiedsverfahren- national/ international- nach neuem Recht*, (1st Edn., Jehle Rehm, Munich) 1998, s. 143- 146

III- YETKİYE İLİŞKİN SORUNLAR

Kanun, devlet mahkemelerinin yetkisinin katı sınırları nedeniyle, münhasıran hakem yargılamasına ilişkin olarak, tarafların tahkim üzerinde anlaşmaya varmaları halinde, yukarıda belirtilen avantajlardan yoksun bırakılamayacaklarını temin etmektedir. Gerçekten, ZPO (Alman Medeni Usûl Kanunu)'nun 10. Kitabının açık hükümlerinden birine göre; devlet mahkemeleri ancak kanunun belirtmiş olduğu durumlarda, tahkim uyuşmazlığında müdahale edebilir (ZPO § 1026).

Üstelik devlet mahkemesi, davalının, uyuşmazlığın esasına ilişkin duruşmanın başlamasından önce itirazda bulunması şartıyla, tahkim anlaşmasının konusunun kabul edilemezliğinden dolayı, iddiayı reddedecektir. Bu, mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz ve uygulanamaz olduğuna karar vermesi halinde uygulanmaz⁸.

Kanun, hakem mahkemesin, bir uyuşmazlıkta kendi yetkisinin bulunup bulunmadığına karar verme yetkisini kabul etmektedir. Aynı zamanda Kanun, “ayrılabilirlik ilkesini” (the principle of severability) de öngörmektedir. Bu ilkenin anlamı; tahkim şartının, sözleşmeye ilişkin diğer kayıtlardan bağımsız bir anlaşma olarak düşünülmesidir⁹.

Taraflardan birinin, devlet mahkemeleri ile hakem mahkemesinin yetkisi arasında bir seçim yapma hakkına sahip olduğu tek alan, geçici koruma önlemleri (ihtiyati tedbirler) dir¹⁰.

IV- MEVCUT KANUNA GETİRİLEN BAZI ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

1. Şekil Zorunluluğu

Bir tahkim anlaşması yapıldığında uyulması gereken şekle gelince; eski kanun, tacirler (ticari faaliyetlerle devamlı uğraşan kişiler) ile diğerleri arasında bir ayırım yapmıştır. Tahkim anlaşması her iki taraf için ticari bir iş ise ve her iki taraf her zamanki şekilde ticari işleri yapıyorlarsa, o zaman özel bir şekle uymak zorunda değillerdir; kendi aralarındaki sözlü anlaşma geçerli olacaktır. Diğer kişilerin katılımıyla yapılan tahkim anlaşmaları ise, aksine yazılı olmak ve tahkim

⁸ ZPO § 1032; ZPO § 1025-1066 maddeleri arasındaki hükümler, eski hüküm özel olarak zikredilmedikçe, yeni Kanundaki hükümlere atıf yapmaktadır.

⁹ ZPO § 1040/1

¹⁰ ZPO § 1041; bkz. *Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drugsache 13/ 5274*, s. 45. (ZPO §1041/1'e göre “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem mahkemesi taraflardan birinin talebi üzerine, uyuşmazlık konusu ile ilgili gerekli gördüğü geçici koruma önlemlerini almaya karar verebilir...” ÇN.)

yargılaması dışındaki konular, ayrı bir belgede düzenlenmek zorundadır¹¹. Bu ayırım artık söz konusu değildir.

Kanun, tahkim anlaşmasının yazılı olarak veya anlaşmanın bir kaydını içeren teleks, telgraf gibi diğer iletişim araçlarında yer alması gerektiğini düzenlemektedir. Tüketicinin katıldığı anlaşmalar için gereken şartlar daha katıdır¹². Kanundaki şekil şartlarının UNCITRAL Model Kanun'a göre daha karmaşık olduğunu ve Kanun gereğince tahkim anlaşmasını kaleme alan birisinin Kanunu, yakından incelemesini gerektirdiğini belirtmek gerekir. Bununla beraber, taraflardan biri, hakem mahkemesinin yetkisizliğine ilişkin bir itiraz ileri sürmeksizin, davanın esasına ilişkin oturuma katılırsa, şekildeki eksiklik giderilmiş sayılır¹³.

2. Objektif Tahkime Elverişlilik (*Objektive Arbitrability*)

Yeni Kanun objektif tahkime elverişliliği, örneğin, tahkime götürülebilen uyuşmazlık konularının kapsamını, genişletmiştir.

Geçmişte kriter, Kanunda düzenlenen konulara ilişkin olarak, taraflara uyuşmazlığı sulh ile sona erdirme yetkisinin verilip verilmediği idi¹⁴. Yeni Kanunda *ekonomik menfaat* içeren uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği belirtilmiştir. Böylece Kanun, 1 Ocak 1989'da yürürlüğe giren İsviçre'nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Kanunu'nun 177. maddesinin ilk paragrafında yer alan kriteri benimsemiş olmaktadır. Bununla birlikte, ekonomik menfaat ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar da, kanunun taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde sulh yapma yetkisi vermesi şartıyla, tahkim anlaşmalarına konu olabilir.

Tahkime elverişliliğin bu kapsamı, şirketler veya ticaret hukuku ile ilgili bir takım önemli uyuşmazlıkları da içine alacaktır. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından kabul edilen tez çok önemlidir: Kural olarak tahkim, devlet mahkemelerinin yetkiye sahip olması şartıyla, taraflara eşit garanti sağlayan bir hukuki usul (araç) olarak düşünülecektir¹⁵.

¹¹ ZPO § 1027, eski hüküm.

¹² ZPO § 1031. (Gerçekten, ZPO § 1031/ 4'e göre "Tüketicinin taraf olduğu tahkim anlaşmaları, taraflarca bizzat imza edilmiş olduğu bir belgeyi içermelidir. ..." ÇN.).

¹³ ZPO § 1031/ 6. (Söz konusu hükme göre "Hakem yargılamasında şekildeki eksiklik, davanın esasına ilişkin müzakereye katılarak giderilebilir" ÇN.).

¹⁴ ZPO § 1025/ 1, eski hüküm. (Bir başka deyişle, eski düzenleme açısından, tarafların üzerinde serbestçe sulh edebilecekleri konularda tahkime gitmek mümkündü. Hukukumuz açısından bu durumu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 518. maddesinde de görmek mümkündür. Zira söz konusu hükme göre "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez" ÇN.).

¹⁵ Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/ 5274, s.34.

3-Geçici Koruma Önlemleri (*İhtiyati Tedbirler*)

Taraflarca kararlaştırılan hakem mahkemesinin yetkisi, bir başka açıdan da genişletilmiştir: Nasıl ki devlet mahkemesi geçici ya da koruyucu önlemler konusunda karar verebiliyorsa, hakem mahkemesi de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bu yetkiye sahiptir.

Hakem mahkemesi ayrıca tarafları teminat yatırma yükümlüğüne zorlayabilir. Taraflardan biri muvafakat etmezse, diğer taraf, önlemin icra edilebilir olduğunun açıklanması (beyanı) için devlet mahkemesine başvurabilir. Bu durumda devlet mahkemesi, davada bütün şartları göz önünde tutarak karar vermek zorundadır. Geçici veya koruyucu tedbir isteyen taraf, yine de, haksız çıkması halinde zararlardan sorumlu olabileceğini unutmamalıdır¹⁶.

4. Hakemlerin Sayısı

Önceki kanunun ilginç bir özelliği, hakem mahkemesinin, her biri iki tarafça atanan iki kişiden oluşmasıydı¹⁷.

Bunun iki sakıncası vardı. Birinci olarak, böyle bir durumda, hakem mahkemesinde, uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmaya varmak genellikle zordu. İkinci olarak, hakemlerce anlaşmaya varılamazsa ve taraflar bu uyuşmazlık için özel hükümler koymamışlarsa, tahkim anlaşması geçerliliğini yitirecektir¹⁸. Bu durum, şu anda ZPO 1034 ile giderilmiştir. Nitekim bu hükme göre, taraflarca yapılan bir anlaşmanın yokluğu halinde, hakemlerin sayısı üçtür. Yine aynı hükme göre, tahkim anlaşması, bir tarafa diğer tarafın elverişsiz durumda bulunduğu hakem mahkemesinin oluşumuyla ilgili olarak üstün haklar veriyorsa¹⁹, hakemi değiştirme imkanı verilmiştir²⁰.

¹⁶ ZPO § 1041.

¹⁷ ZPO § 1028, eski hüküm.

¹⁸ ZPO § 1033/2, eski hüküm.

¹⁹ Yani, diğer tarafın haklarını ihlal edecek bir üstünlük veriyorsa (ÇN.)

²⁰ ZPO § 1034'ün yeni düzenlemesi şöyledir: (1) Taraflar hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttir. Belirleme yapılmadığı takdirde hakem sayısı üçtür. (2) Tahkim anlaşması, bir tarafa, diğer tarafın elverişsiz bir durumda bulunduğu (diğer tarafın haklarını ihlal edecek) hakem mahkemesinin oluşumuyla ilgili olarak üstünlük veriyorsa, bu taraf (...) farklı hakem/ hakemlerin atanması için mahkemeye başvurabilir. Bu talep, söz konusu tarafın, hakem mahkemesinin oluşumunu öğrenmesinden itibaren en geç iki hafta içinde yapılmalıdır. § 1032/3 hükmü burada kıyasen uygulanır" (ÇN.).

5. Hakem Kararının Tevdi Edilmesi

Yabancılar için genellikle beklenmedik olan, Alman Hukukunun bir diğer kuralı, hakem kararının uygulanmasının bir ön şartı olarak, hakem kararının bir Alman mahkemesine tevdi edilmesi zorunluluğu idi²¹. Geçmişte bu, karışıklıklara ve en azından gecikmeleri neden oluyordu.

Kanun böyle bir zorunluluğu ortadan kaldırmıştır.

V. YENİ KANUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Taraf Hakimiyeti (*Party Autonomy*)

Taraf hakimiyeti ilkesi, kanun çerçevesinde geniş bir uygulama alanı bulur. Burada, önceki hukuki durum ile karşılaştırıldığında, yeni kanunda bir farklılık olmadığı görülmektedir.

Taraflar arasında tahkime ilişkin bir anlaşma olması halinde, tahkim usulünün münhasırlığı ile hakem kararının kesin hüküm olarak kabul edilmesinin birlikte düşünülmesi, elbette kanun koyucunun taraf hakimiyeti ilkesine ilişkin en önemli ifadesidir. Bununla birlikte, bu prensip, genellikle “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” şeklindeki ayrıntılı bir çok hükümde ortaya çıkmaktadır. Tarafların, diledikleri şekilde anlaşmaları için Kanunda emredici hükümlere çok az yer verilmiştir.

Kanunun tarafından iki değişmez kural konulmaktadır: Taraflara eşit işlemde bulunma ve her bir tarafa usulüne uygun olarak hukuki dinlenilme hakkı verilmesi zorunluluğu²². Diğer emredici kural da şudur: Taraflar, tahkim yeri Almanya ise, başka bir devletin usul kuralının uygulanmasını kararlaştıramazlar²³.

Diğer taraftan, taraflar, örneğin, anlaşmaya hüküm koyarak veya Alman Tahkim Kanunu; DIS (Alman Tahkim Kurumu), UNCITRAL Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yapmak suretiyle, birlikte, uygulanacak usul kurallarını belirlemede serbesttirler²⁴.

²¹ ZPO § 1039/ 3, eski hüküm.

²² ZPO § 1042/ 1.

²³ ZPO § 1025/ 1.

²⁴ ZPO § 1042/ 3.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler²⁵. Aynı durum, yargılamanın dili veya dilleri²⁶; tahkim yeri²⁷ ve hakemlerin atanmasına ilişkin kurallar²⁸ için de geçerlidir.

2- Hakem Mahkemesinin Yetkileri

Kanun'un düzenlemediği ve tarafların ayrıntıları belirlemediği durumlarda, boşluk, hakem mahkemesinin usul kurallarını bizzat belirleme yetkisi ile doldurulur. Buna karşılık, taraflar ZPO'nun 10. Kitabındaki emredici hükümlerle bağlı oldukları halde, yeni kanun çerçevesinde hakem mahkemesi ancak 10. Kitabın hiç düzenlemediği durumlarda serbestiye sahiptir²⁹. Buna uygun olarak, hakem mahkemesince uyulacak kuralların hiyerarşisi şu şekilde belirtilebilir: İlk olarak kanunun emredici hükümleri, ikinci olarak tarafların anlaşması, üçüncü olarak ise tarafların değiştirdikleri hükümlerdir. Ancak uyulacak bu kuralların olmaması halinde, hakem mahkemesinin bizzat özgürlüğünden söz edilir³⁰.

Bu, örneğin, hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku özgürce belirleyemeyeceği anlamına gelir. Eğer taraflar uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamışlarsa, o zaman hakem mahkemesi, yargılama konusu ile en yakın irtibat içinde olan Devletin hukukunu uygulamalıdır³¹.

İlave etmek gerekir ki bu kurallar hiyerarşisinin uygulamadaki etkisi sınırlıdır. Çünkü Kanunun çoğu hükümleri, hakem mahkemesine, açıkça takdir yetkisi vermektedir³².

Bu bağlamda; kararların daima hakem mahkemesince, daha doğru ifadeyle tüm üyelerin oy çoğunluğu ile alındığını vurgulamak gerekir³³. Ancak bir durumda, hakem mahkemesinin başkanından söz edilebilir ve ona özel yetki verilebilir: Başkan, sadece tarafların veya diğer üyelerin (hakem mahkemesinin) başkana böyle yapması konusunda yetki vermeleri halinde, başkan usul hukukuna ilişkin bireysel hususlarla (individual questions of procedure) ilgili olarak tek başına karar verebilir³⁴. Bu, normal olarak hakem mahkemesinin bütün üye-

25 ZPO § 1051/1.

26 ZPO § 1045/1.

27 ZPO § 1043/1.

28 ZPO § 1035/1.

29 ZPO § 1042/4.

30 Deutscher Bundestag, Drucksache. 13/ 5274, s. 46, 47.

31 ZPO § 1051/2.

32 Bkz. § 1043/2, § 1045/1, §1047/1.

33 ZPO § 1052/1.

34 ZPO § 1052/3.

lerinin eşit haklara sahip oldukları anlamına gelmektedir. Öyle olsa bile, hakem mahkemesindeki denge ve taraflarla ilgili eşitlik açısından, başkanın kural olarak – sadece fiilen değil aynı zamanda hukuken de- hakem mahkemesinin sözcüsü rolüne sahip olduğu sonucuna varmak gerekir³⁵. Daha ileri gidilerek, başkanın fonksiyonlarının, tahkimin dış yönetimine ilişkin hususlara kadar genişletileceği belirtilmişse de³⁶, biz böyle bir sonucun kanunundan çıkarılabileceğini düşünmemekteyiz.

3-Yargılamanın Etkin Yönetimi

Kanun, yargılamanın hızlı olmasına ve yönetiminin kolaylaştırılmasına yönelik bir çok hüküm ihtiva etmektedir.

Kanunun amaçlarından biri, taraflara ya da taraflarca alınmış bir kuralın olmaması halinde taraflara atfedilebilir engellerin ve gecikmelerin sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. Kanun, örneğin, atamanının gerçekleşmemesi halinde bir hakemin atanması mekanizmasını içerir³⁷. Kanun, ayrıca hakemlerin reddedilmeleri ya da hakemin başka nedenlerle artık görevini yerine getiremez olması halinde hükümleri de içermektedir³⁸.

Yargılamadaki usulsüzlüklere gecikmeksizin itiraz edilmelidir; aksi takdirde, uyumsuzluğun ilgili tarafı itiraz etme hakkını kaybeder³⁹. Taraflardan birinin davayı mazeretsiz olarak sürüncemede bırakmaya yönelik davranışı ile karşı karşıya kalındığında, hakem mahkemesi, yargılamaya devam edebilir⁴⁰. Bir hakem oylamaya katılmayı reddederse, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, diğer hakemler, oylamaya katılmayan hakem olmaksızın karar verebilirler⁴¹.

4- Diğer Hükümler

Kanuna dahil edilen ve aşağıdaki hususları ilgilendiren diğer hükümler şunlardır:

- Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili şüpheler doğuracak bütün durumları açıklama yükümlülüğü, ZPO §1036'da düzenlenmiştir.

³⁵ G. Lörcher, *Zur Stellung des Vorsitzenden im Schiedsgericht*, DIS- Materialien I (1997), s. 35 vd.

³⁶ Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, s. 54.

³⁷ ZPO § 1035.

³⁸ ZPO § 1037-1039.

³⁹ Örnek olarak bkz. ZPO § 1027.

⁴⁰ ZPO § 1048.

⁴¹ ZPO § 1052/2.

- Hakem mahkemesince atanan bilirkişiyle ilgili ayrıntılı hükümler ZPO § 1049'da düzenlenmiştir.
- Kanun, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem mahkemesine dava giderleri ve bu giderlerin taraflara yükletilmesine ilişkin karar verme konusunda açık bir yükümlülük yüklemektedir (§1057).

Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Kanunda, taraflardan birine, devlet mahkemeleri ve hakem mahkemeleri arasında seçim yapma konusunda seçim hakkını vermeye bağlı olan sınırlayıcı anlaşmalardaki tahkim şartının geçerli olduğuna ilişkin bir hüküm kaldırılmıştır⁴².

VI- HAKEM KARARLARININ İPTALİ

Hakem kararı verildikten sonra, kararın yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığına bağlı olarak, bu iki karar arasındaki farklılık, hakem kararının icrası aşamasında ortaya çıkar.

Hakem kararlarının iptali nedenleri çok sınırlandırılmıştır. Hakem kararını ortadan kaldırmak için tek bir usuli imkan vardır. O da “iptal başvurusu” (Aufhebungsantrag)dur⁴³. Kanun, hukuk mahkemelerinde başka bir başvuru (*appeal*) şekline izin vermemektedir. Bu suretle Kanun, devlet mahkemelerinin müdahale yetkilerini sınırlamış olmaktadır.

Bu iptal nedenleri; tahkime elverişsizlik, iddia ve savunma haklarının (due process) ihlal edilmesi, kamu düzenine aykırılık ve hakem mahkemesinin başvuru kapsamını aşan konularda karar vermesi veya hakem kararının hakemlerinin atanmasına ilişkin kuralları ya da uyulması gereken usulü ihlal etmesidir.

Yeni olan husus, iptal talebinin, kanun tarafından öngörülen belli bir sürede devlet mahkemelerine sunulması gerektiğidir. Normal olarak, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, iptal başvurusunda bulunan tarafın, hakem kararını aldığı tarihten itibaren 3 ay içinde iptal talebinde bulunmalıdır.

Hakem kararı, kesin hüküm (*res iudicata*) kuvvetine sahiptir⁴⁴. Bu hüküm, tahkimin, devlet mahkemelerine alternatif bir yargılama usulü olarak büyük önemini ifade eder.

⁴² GWB. Art. 91. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alman Rekabet Kanunu) m. 91.

⁴³ ZPO § 1059.

⁴⁴ ZPO § 1055. Gerçekten, ZPO § 1055'e göre “Hakem kararı, mahkemenin kesin ve bağlayıcı kararı gibi taraflar üzerinde aynı etkiye sahiptir”. (ÇN.)

VII- HAKEM KARARLARININ TENFİZİ

Hakem kararlarının tenfizi, hem yerli hem de yabancı hakem kararları bakımından devlet mahkemelerinin ve yargı kurumlarının müdahalesini gerektirir.

Bu hakem kararları arasında yatan farklılık, yabancı hakem kararlarının Alman mahkemelerince iptal edilemeyeceği gerçeğidir. Buna karşılık, hem yerli hem de yabancı hakem kararları tenfiz edilebilme (icra edilebilirlik) kuralını (*enforceability; Vollstreckbarerklärung*) gerektirir⁴⁵.

Yerli hakem kararları bakımından, §1059/2’de belirtilen hakem kararının iptali nedenlerinden birisinin varlığı halinde, bu şekildeki bir icra edilebilirlik beyanı, reddedilecektir. Buna karşılık, eğer süre, başvuruda bulunmaksızın geçmişse; icra edilebilirlik beyanı talebi artık reddedilemez⁴⁶.

Yabancı hakem kararlarına gelince; kanun, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde 1958 tarihli New York Sözleşmesi’ne atıf yapmaktadır. Almanya’da bir kararın tenfizini isteyen yabancı bir taraf için bu, Almanya’da uygulanabilecek kuralların şeffaflığına doğru önemli bir adımdır.

VIII- GEÇİŞ (İNTİKAL) HÜKÜMLERİ

En önemli geçiş hükümleri⁴⁷ aşağıdaki gibidir:

- Yeni Kanunun yürürlüğünden önce yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine, eski kanun hükümlerine göre karar verilecektir.
- Eski Kanun, tarafların aksini kararlaştırmamaları şartıyla, 1 Ocak 1998’de sona eren yargılamalara da uygulanacaktır.
- 1 Ocak 1998 tarihi itibarıyla derdest olan Devlet mahkemelerindeki yargılama, eski kanuna tabi olarak kalır.

IX- DEĞERLENDİRME

Yeni Alman Tahkim Kanunu, ZPO’nun yürürlüğe girmesinden bu yana, uzun yıllardan bu yana gelişen Alman içtihat hukukunda, devletin uyum sağladığı uluslararası standartları yansıtır. Yerli ve uluslararası tahkim arasındaki sınırlandırmanın zor sorunlarından kaçınan Kanun, taraf hakimiyeti ilkesine büyük önem vermektedir. Aynı zamanda Kanun, hakem mahkemesine yargılamanın etkin yürütülmesi ve hızlılığın gerekliliğine ilişkin yetkiler de vermektedir.

⁴⁵ ZPO § 1060/ 1 ve 1061/ 2.

⁴⁶ ZPO § 1060/ 2.

⁴⁷ Bkz. Kanunun 4. Bölümü.

Kanun, aynı zamanda, gerek Almanya'da gerek yurtdışındaki hakem kararlarının tenfizini de kolaylaştıracaktır.

Yabancı kullanıcı için, Kanun, UNCITRAL Model Kanununu takip eden ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak 1958 tarihli New York Sözleşmesine atıf yapmakla, ikili bir avantaja da sahip bulunmaktadır. Bu, Alman olmayan bir taraf veya danışman için, Alman kurallarının büyük bir şeffaflığı anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak, bütün bu anlatılanların hepsi, bizi hem Almanya'da hem de yurtdışında, yeni kuralların çok makul olduğu sonucuna götürecektir.

makaleler

kamu hukuku

İNGİLTERE VE ABD'NDE İDARİ USULE İLİŞKİN KISA NOTLAR

Doç. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ* / Doç. Dr. Murat SEZGİNER**

İNGİLTERE

1. İngiltere'de idare hukukunun gelişimi, Common Law çerçevesinde yargısal içtihatlarla olmuşken¹; doktrinin “sistemleştirici etkisi”² örneğin bir Almanya ile kıyaslanamayacak kadar azdır³. Buna karşılık İngiltere'de somut hukuki durumların, hukuki alanların sistematik şekilde araştırılıp, hukuk politikalarının saptanması, hukuk dogmatikliği geliştirilmeye çalışılması amacıyla oluşturulan “ad hoc” komisyon ya da komitelerin idare hukukunun gelişimine etkisi ise inkâr edilemez⁴. Bu tür komitelerden biri olan “Committee of the JUSTICE”, çalışmalarını bir raporla yayımladı⁵. Sistematik bir şekilde hazırlanan bu raporda İngiliz idare hukukunun var olan yapısı da analiz edilerek, idari usul, hukuki koruma yolları ve devletin sorumluluğu gibi idare hukukunda çok önemli kabul edilen alanlarla ilgili olarak reform teklifleri sunuldu⁶.

2. İngiltere'de bu zamana kadar idari usul, ülkemizde olduğu gibi kanunlaştırılmamıştır. Yasaların sessiz kaldığı veya o konuda herhangi usuli bir düzenleme bulunmayan durumlarda idari makamlar, kendi usullerini kendileri belir-

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

** Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Hukuk Müşaviri

1 **SCHWARZE** Jürgen, Europäisches Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1988, s. 5.

2 **WANK** Rolf, “Rechtswissenschaft und Rechtssprechung”, DVBl, 1989, s. 633.

3 **SPOERR** Wolfgang, “Verwaltungsrechtsschutz in Großbritannien”, AöR, sy. 82, 1991, s. 26.

4 **SPOERR**, s. 26.

5 Administrative Justice - Some Necessary Reforms, Report of the Committee of the JUSTICE - All Souls Review of the Administrative Law in the United Kingdom, Oxford 1985. (JUSTICE)

6 **GALLIGAN** D. J., Due Process and Fair Procedures, A Study of Administrative Procedures, Clarendon Press, Oxford, 1996, s. 308; **SPOERR**, s. 26-27.

ler⁷. Ancak bu idarenin idari usuller konusunda tamamen serbest olduğu anlamına gelmez. İngiltere’de genel olarak, kural koyma usulünün bir parçası⁸ kabul edilen idari işlem yapma usulü, özel kanuni düzenlemelerin yanısıra, “case law” la şekillenmiştir⁹. Bunda da işlev olarak az çok hukuk devleti ilkesi ile benzeştirebileceğimiz¹⁰ “adil işlem yükümlülüğü” (duty to act fairly) ve “tabii adalet ilkesi” (principle of natural justice) nin önemli katkıları olmuştur¹¹. Case law ile şekillenen idari usul, kazuistik metodun getirdiği sakıncaları da beraberinde getirmiş ve örneğin idari usulün önemli ilkelerinden olan gerekçe ilkesi bakımından önemli eksiklikler taşımıştır¹².

3. 1988 de yayımlanan JUSTICE Raporunda idari usul ilkelerinin içerikleri hakkında herhangi bir açıklama yapılmaktan kaçınıldı. Ancak raporda 1971 tarihli başka bir rapora¹³ ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 77/31 sayılı, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”ına¹⁴ atıfta bulunuldu¹⁵. Raporda, dinlenilme hakkı, geçmişe yürümeme, objektif aydınlatma yükümlülüğü, belgelere erişim ve bilgi edinme hakkı, takdir yetkisinin doğru kullanılması, gerekçe yükümlülüğü, idari müracaat yollarının gösterilmesi ve idari usulde temsil ve hukuki yardım tek tek belirtildikten sonra bunların mutlaka kanunla düzenlenmesinin gerekmediği bildirildi¹⁶. Komisyona göre bu ilkelere sadece gerekçelendirme ve belli bir süre içinde karar verme yükümlülüğü kanunla düzenlenmeli, diğerleri idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenerek yurttaşlara duyurulmalıdır¹⁷.

7 **GALLIGAN**, s. 298.

8 **GALLIGAN**, s. 298.

9 **SPOERR**, s. 30.

10 **SPOERR**, s. 30.

11 **de SMITH** Stanley – **WOOLF** Harry - **JOWELL** Jeffrey, *Judicial Review of Administrative Action*, 5. Ed., London 1995, s. 401-406.

12 **SPOERR**, s. 31, 46.

13 1971 tarihli Raporda ise bütün idari organlarla bağlantılı olan ve dinlenilme, geriye yürümeme, dürüst delil toplama, bilgi edinme, çabukluk, gerekçe ve kararların bildirim gibi hakları içeren bir öneri sunulmuştur. Justice, Administration Under Law, London 1971. **GALLIGAN**, s. 308; **SPOERR**, s. 31.

14 “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, çev. **KUNT BAY İhsan**, AİD, c. 11, Sy. 4, 1978, s. 3-11. **AKILLIOĞLU Tekin**, “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, c. 14, Sy. 3 1981, s. 37 vd.

15 **SPOERR**, s. 31.

16 Bkz. **SPOERR**, s. 31, dn. 42-49.

17 **SPOERR**, s. 32.

4. İngiltere’de Council of Tribunal ve ombudsmanın da etkileriyle, idari usulün kanunlaştırılması konusunda çabalar bulunmaktadır. CLA, (Yerel Yönetim Komisyonu, Yerel Ombudsman-Commission for Local Administration)¹⁸ özellikle usul konusunda çok etkilidir ve yerel hükümetler için iyi idare kanununun tasarlanması konusunda çalışmalar yapmaktadır. JUSTICE Raporunun kendisine sunulduğu PCA (Parlamento İdari Komisyonu, İngiliz Ombudsmanı Parliamentary Commissioner for Administration)¹⁹ ise rapora rağmen idari usul düzenlemeleri konusunda fazla hevesli olmamıştır²⁰.

5. İngiltere’de Parlamentonun, “kural koyma yetkisini” idari makamlara vermesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilmektedir²¹. İdari makamlar veya bakanlar tarafından “kural” yapımında iki ana özellik bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kurallar çok çeşitli organlar tarafından yapılmasına rağmen, nihai sorumluluk parlamentoya aittir. İkincisi ise, kural koyma faaliyetinde genel ve sistematik usullerin ortaya çıkmamış olmasıdır²². İdarece yapılan düzenlemeler (kural işlem), öncelikle parlamentonun önüne gelir; böylece parlamenterler onun hakkında eleştirilerini ortaya koyabilirler. Parlamentonun, her şeyin parlamentonun önüne getirilip getirilmediğini araştırma yetkisi vardır. Gelen düzenlemeler, çeşitli komisyonlarda biçimsel ve teknik açıdan incelenir. Bir komite ise düzenlemenin yararlı olup olmayacağı konusunda bir rapor hazırlar ve işlemi

¹⁸ CANE Peter, Administrative Law, 2. Ed., Oxford 1992, s. 319-321.

¹⁹ SPOERR, s. 31; CANE, s. 307-319; GALLIGAN, s. 302-306.

²⁰ Galligan’a göre, her ne kadar İngiliz hükümeti formüle edilmesine katılsa ve terimlerde hem fikir olsa da Bakanlar Komitesinin kararı da hiçbir işe yaramamıştır. İngilizlerin karıştırma özelliği bir kez daha galip gelmiş ve idari uygulama her zamanki gibi farklı ve koordinesiz olmaya devam etmiştir. Citizen’s Charter formüle edilirken zımni olarak objektif kanuni ilkelerin kabulünün idarenin kalitesini yükseltmenin temel taşı olduğunu kabul edilmekle birlikte, uygulama kararların niteliğini geliştirmekten daha çok bir hata yapıldığında müracaat hakkını sağlamaya yöneliktir. Şikayetleri düzeltmek için yeterli araçların olması önemlidir. Fakat etkililik ve adaletle ilgili temel meseleleri yok sayarak müracaat hakkı üzerinde yoğunlaşmak, aysbergin sadece suyun üstünde görünen kısmını görmek gibi bir hataya neden olur. GALLIGAN, s. 309. Ayrıca bkz. SPOERR, s. 30-31.

²¹ İdari organlara yasama gücünü devretmekle parlamento tam bir otoriteye sahip olmakta ve dilediği usulleri empoze edebilir bir hale gelmektedir. Bir kez ikincil yasama faaliyeti yapıldığı zaman parlamento onu kontrol için geniş bir yetkiye sahip olmakta, değişiklikler yapılmasını talep edebilmekte veya veto yetkisine dayanarak hükümsüz ilan edebilmektedir. Veto yetkisini kullanımındaki rolü çok tartışılmıştır. Devredilmiş yasama faaliyeti ile ilgili normal uygulama, yürürlüğe girmeden belli bir süre önce parlamentonun her iki kanadının da önüne gelmesi ve böylelikle üyelere onun kavramlarını dikkatlice inceleme ve yeniden inceleme için geri gönderme veya veto etme yetkisine sahip olmaları şeklindedir. GALLIGAN, s. 484.

²² GALLIGAN, s. 484.

yeniden gözden geçirir. Parlamentonun düzenlemeyi tamamen iptal yetkisi de bulunmaktadır²³.

6. İşlem yapma sürecinde, genel ve sistematik bir hukuki çatı bulunmamaktadır. İşlem yapımında uyulacak usul kuralları kaynak kanuna bağımlıdır²⁴. Bazı kanunlar ise idareye herhangi bir usulü empoze etmezler ve belirlenecek usulü idarenin takdir yetkisine bırakırlar. Bununla beraber modern kanunlar genellikle izlenecek usulleri, çeşitli usuli varyasyonlar ve farklı modellerle ortaya koymaktadırlar²⁵. Galligan'a göre kaynak kanun, idari işlem yapılırken izlenecek usulleri tayin etmede başarısız olursa, idari makam otorite düşündüğünün en iyisini yapmalıdır. Bu durum, bilgi alma, görüşme ve uzman tavsiyelerini alma gibi usullerin kabulünü gerektirir. Bu konuda yerleşmiş bir model yoktur. Bu konuda şekli bazı usullerden çok, kanunkoyucunun tavırları ve tercihlerinin etkili olmaktadır. İngiliz sisteminde derinlerde kök saldıgını gördüğümüz gayri resmi, bilgi ağlarının (networks) kuralların oluşturulmasında hakim bir rol oynadıkları da bir gerçektir²⁶.

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

1. Amerikan hukukunda usulde adalet ve objektiflik, “due process of law” ilkesine dayanır. Amerikan doktrinindeki “due process of law” usulü “Common Law” dan etkilenmiş; Amerikan mahkemeleri ilk zamanlarda, Common Law geleneğinden yardım almışlardır. “Due process of law” usulü ile ilgili İki sistem arasındaki en büyük fark, Amerikan doktrininin anayasada yer almasına karşın, İngiliz yaklaşımının Common Law’un ürünü olmasıdır²⁷.

²³ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu usuller parlamento tarafından etkili bir şekilde kullanılmamaktadır. İdareciler, işlemi yapan ya da kuralı koyan bölümler ve parlamento arasındaki bilgi alışverişi son derece zayıftır. Gerçekte ne teknik meselelerle ilgilenen komiteler ne de yararlılık komitesi etkili araştırma konusunda sahip oldukları potansiyelden haberdar görünmemektedirler. **GALLIGAN**, s. 485.

²⁴ **GALLIGAN**, s. 485.

²⁵ **GRIFFITH J.A.G-STREET**, Introduction to Administrative Law, 5. Ed., London 1973, s. 126-135.

²⁶ **GALLIGAN**, s. 486.

²⁷ 18. yy. sonlarında mahkemeler davaları görürken bir dereceye kadar İngiliz Common Law’undan etkilenmişler ise de uzun bir süredir farklı Amerikan yaklaşımını yaratmışlardır. Bu yaklaşımı anlayabilmek için not edilmesi gereken ilk nokta, due process teriminin yalnızca usuli doktrinleri desteklemek için kullanılmadığıdır. Aradaki farklılık temelde İngiliz anayasa tarihinden kaynaklanmakla birlikte ilke Birleşik Krallıkta, ABD’deki gibi sürekli bir öneme sahip olmamıştır. Birleşik Krallıkta bağımsız “due process”, hukuk devleti doktrinini, parlamentonun hakimiyeti, yargılama kavramı gibi doktrinleri kapsarken, ABD’deki “due process”, anayasal alanda aksi takdirde anayasa içinde yer almayacak değerlere bir giriş noktası yaratmaktadır. ABD’de 1791’de

2. Uzun bir tarihi gelişim içinde karşımıza çıkan²⁸ İlkeye göre, kanunkoyucu da idareciler de due process kavramının sujeleridir. Due process kavramı, usulde adalete, objektifliğe referans oluşturur. İlkenin hem usule ilişkin bir yönü, hem de bağımsız, maddi bir yönü bulunmaktadır. Usule ilişkin yönü, İngiliz hukukundaki usuli adalette aynı alanı kapsar. Maddi yönü ise usuli adalatten daha dar ve daha spesifik bir anlama sahip olup; yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkına ilişkin faaliyetlerle sınırlandırmıştır²⁹. Özet olarak due process kavramının mantığı açıktır: Hukuki veya idari bir eylemle, kişinin temel hak ve özgürlükleri etkilenirse, belirli usuller izlenmek zorundadır³⁰. Amerikan hukukunda, yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkı, Supreme Court tarafından dar yorumlandığı için bu haklar dışında bir idari kararın uygulanması niteliğindeki idari eylemlerle, kişilerle ilişkileri düzenleyen idari işlemler due process kavramının dışında kalmaktadırlar³¹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki gerek federal devlet, gerekse federe devletler, anayasada ifadesini bulan due process ilkesinin ötesinde daha geniş kapsamlı usuller kabul edebilirler. Örneğin APA, idari işlemin yapılış usulünü anayasal kuralların ötesinde düzenleyen bir Kanun olarak karşımıza çıkmaktadır.³²

3. Due process’e iki aşamada başvurulur: İlk olarak, hukuki veya idari eylem ya da kararlar kişinin yaşam, özgürlük veya mülkiyet hakkının etkilendiğinin

kabul edilen anayasa tasarısındaki değişiklik önergelerinden ikisi 5. ve 14. Maddelerde şahısların due process of law olmadan yaşama, özgürlük ve mülk edinme haklarından mahrum edilemeyeceğini şart koşmaktadır. Amendment V: “(N)or shall any person ... be deprived of life, liberty, or property, without due procees of law”. Amendment XIV: “(N)or shall any state deprive a person of life, liberty, or property, without due procees of law”. Nakleden **GALLIGAN**, s. 187-188. Virginia, Maryland, North Carolina ve Massachusetts gibi bazı koloniler de kendi anayasalarında bu ilkeye yer vermişlerdir. Koloni anayasaları, haklar ve özgürlüklerle ilgili kısımlarda İngiliz hukukundan ilham almışlardır. 1765’te New York’te toplanan koloni kongresi, kolonilerin İngiliz vatandaşı olarak Magna Carta’da belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahip olduklarını; insanların tabii hukukun değişmez hükümleri ve İngiliz anayasal ilkeleriyle güvence altına alınmış olan haklardan yararlanmaları gerektiğini ilan etmişlerdir. **GALLIGAN**, s. 188.

28 Coke’a göre, due process of law’un izleri Magna Carta’ya uzanır. Coke, Magna Carta’da yeralan “per legem terrae” ifadesinin due process of law anlamına geldiğini iddia eder ve III. Edward’ın, 1354’te çıkardığı yasada due process fikrinin bulunduğunu söyler. **COKE E.**, *Institutes, especially Institute II*, i (E. And R. Brooke, London, 1629). Nakleden **GALLIGAN**, s. 188.

29 Yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkı, ABD’nde "üç temel hak" olarak önce 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi’nde daha sonra da 4 Temmuz 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesinde yer almış önemli haklardır. Bkz. **OKANDAN** Recai Galip, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul 1968, s. 258-261.

30 **GALLIGAN**, s. 189.

31 **GALLIGAN**, s. 189.

32 **GALLIGAN**, s. 190.

ortaya konulması gerekmektedir. İlk aşama gerçekleştikten sonra ikinci aşamada hangi usulün uygulanacağı belirlenir³³. İdari bağlamda hangi usullerin gerekli olduğuna karar verecek olan mahkemelerdir. Due process genellikle bilgi verme ve dinlenme hakkı, şahitlerin çağırılması ve sorguya çekilmesi, sebeplerin ortaya konması, ve tarafsız karar yapımı sürecini ifade eder. İlkenin temelindeki düşünce, belirlenecek usulün en doğru sonuca götürmesi hedefidir. Bu da olayların doğru tesbiti ve olaylara en uygun hukukun uygulanmasını gerektirir. Due process ayrıca, açıklık, katılma ve gerekçe gibi diğer önemli ilkeleri de kapsamı içine alır³⁴.

4. Federal ve eyalet sistemlerinin idari işlem süreci, usulleri farklılıklar göstermekle birlikte ABD’nde idari işlemin yapılışı belli bir çerçevede gerçekleşir³⁵. Federal Anayasa’nın due process ile ilgili ifadelerinde idari işlemle ilgili bir gönderme yoktur³⁶. Fakat 1946 tarihli APA (Administrative Procedure Act), usullerle ilgili yasal bir çerçeve ortaya koymaktadır. Bu çerçeve karmaşıktır ve idareye çok sayıda opsiyon sağlamaktadır. APA, şekle bağlı ve şekle bağlı olmayan (formal-informal) idari işlemleri birbirinden ayırmıştır. Bu ayırım, izlenen usule bağlıdır. Şekle bağlı olmayan (İnformal) idari işlemde notice-and-comment usulü uygulanırken, şekle bağlı (formal) idari işlemde, işlemler Adjudicative usulü izlenerek yapılmaktadır. Notice-and-comment normal bir usuldür. İşlemin yasal dayanağında açık bir hüküm bulunması halinde ise Adjudicative izlenecektir. İdari işlemin dayanağı olan yasal düzenlemenin ışığında, idare, yetkisini kullanırken iki usulden hangisini izleyeceğine kendisi karar verir. Bunlardan hangisinin daha yararlı olduğu ise tartışmalı olmakla beraber³⁷, uygulamada notice-and-comment usulü daha yaygın olarak kullanılmaktadır³⁸.

5. Bunların arasında § 553 deki “notice-and-comment” usulü günümüzde tartışmaların yoğunlaştığı en ilginç usuldür³⁹. Bu usulde (notice-and-comment) yapılacak işlem önceden ilgililere ilan yoluyla duyurulması ve ilgili taraflara düşüncelerini açıklama (müzakere) şansının tanınması gerekmektedir. Bu usul idari makamın, doğrudan bir kanun hükmünün uygulanması niteliğinde olmayan; ida-

³³ Anayasa bu konuda özellikle ceza davalarında yol göstermektedir.

³⁴ **GALLIGAN**, s. 191.

³⁵ **GALLIGAN**, s. 493

³⁶ “The Judicial Role in Defining Procedural Requirements For Agency Rule-Making” (1974) 87 Harvard Law Rev. 782. Nakleden **GALLIGAN**, s. 493.

³⁷ Tartışmalarla ilgili bkz. **FRIENDLY H.**, “Some Kind of Hearing”, 1975, 123, U Pa. Law Rev., s. 1267; **SHAPIRO M.**, “The Choice of Rule-Making or Adjudication in the Development of Agency Policy”, 1983, 92, Yale LJ, 1487.

³⁸ **GALLIGAN**, s. 495.

³⁹ **DAVIS K. C.**, Administrative Law, New York 1979, s. 6.

ri makamların bağımsız olarak işlem yapacakları zaman başvuracakları usuldür. Başka bir ifadeyle, idare genel bir düzenleme yetkisine sahipse ve yapacağı bu düzenleme kişilerin hukuki durumunu etkiliyorsa § 553’deki “notice and comment” usulünü izlemesi gerekmektedir⁴⁰. Şekle bağlı olmayan usul, basit ve esnek olup üç aşamadan oluşmaktadır⁴¹: (1). Hakkında işlem yapılacak kişiler belirlenip, planlanan işlem yapma faaliyeti Resmi Gazete’de (Federal Register) ilan edilir. İlanda işlemle ilgili kavramlar, işlemin esası, sorunlar ve işlemin amacı bulunur. Böylelikle kamunun katılımı için gerekli referanslar verilmiş olur. (2). İşlem yapımı ile ilgili ilanın yayınlanmasından sonra, idari makam ilgili kişilere istatistikler, görüşler veya tartışmaları içeren yazılı yorumlardan oluşan bir belge ile katılma şansı tanımak zorundadır. Bu aşamada idari makamdaki sözlü hearing düzenlenmesi talep edilmemektedir. İlgili kişilerin tanıklık etmesine izin vermek veya sözlü tartışma ortamı hazırlamak, idarenin takdirine kalmıştır. (3). Nihayet idari makam, katılım aşamasından sonra kısa ve özlü genel bir açıklama şeklinde nihai kuralı yayınlamalıdır. § 553’deki şartlar, özel durumlarda daha fazla standartın ilave edilebileceği asgari şartlardır. Bilgi alışverişi (müzakere) ve toplantılar, bilgilendirmeler ve araştırmalar idari işlemin yapılış usulünde çeşitliliği sağlayabilen genel standartlardır⁴². Sıra dışı olmakla birlikte tarafların toplantıya çağırılarak sözlü olarak dinlenilmesi (hearing) de mümkündür. APA’nın getirdiği asgari ilkelere ve şartlara, işlemin dayanağı olan özel düzenlemeler ya da idari uygulamanın gerektirmesi halinde idare ek şartlar ekleyebilir⁴³. İdari makam eğer standartların uygulanmasının mantığa aykırı, gereksiz veya kamu yararına aykırı olduğu yönünde iyi gerekçelere sahipse, bunlardan vazgeçmek konusunda takdir yetkisine sahiptir. (APA § 553 (b)/B). Bununla beraber bu konudaki takdir yetkisinin çok seyrek olarak kullanıldığı da bir gerçektir⁴⁴.

6. APA’nın ışığında bazen idari işlem için mahkemede hüküm ve karar verme modeline çok yakın olan trial-type hearing (mahkeme türü dinlenilme

40 **GALLIGAN**, s. 494. APA’da notice and comment usulünün istisnası olarak, usulün pratik olmadığı, gereksiz olduğu ve kamu yararına aykırı olduğu durumlar gösterilmiştir. Eğer bu usulün uygulanması idari işlemin gecikmesine sebep olup, amacının gerçekleşmemesine neden olarsa; işlem rutin veya önemsizse ve idare kamunun katılımından kaçınılması konusunda “iyi bir gerekçe” gösteriyorsa usul uygulanmaz. Ancak bu şartlara uyulmaması işlemin hukuka aykırılık sebebidir ve yargı yerleri bu alanı mümkün olduğu kadar dar yorumlama eğilimindedirler. **GELLHORN / LEVIN**, s. 324-325

41 **GELLHORN / LEVIN**, s. 323.

42 **GALLIGAN**, s. 494. Usulü farklılıkla ilgili daha fazla bilgi için bkz. **FOX W. F.**, *Understanding Administrative Law* 2. Ed., New York, 1992, s. 7.

43 **GELLHORN / LEVIN**, s. 322.

44 “The Judicial Role in Defining Procedural Requirements For Agency Rule-Making” (1974) 87 *Harvard Law Rev.* 782. Nakleden **GALLIGAN**, s. 494.

hakkı) talep edilmektedir. Şekli idari usulün özelliği, olayın soruşturulması, ilgililerin dinlenilmesi, bilirkişilerin katılımı gibi hususları, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde düzenlemiş olmasıdır⁴⁵. Diğer taraftan ABD’nde şekle bağlı olmayan usulün basit ve etkili, fakat ilgililere sınırlı bir katılım sunması; şekle bağlı usulünse usul ekonomisine aykırı olması sebebiyle etkisiz hale geldiği görülünce, işlem yapımında etkili halk katılımına imkân verecek yeni usuller geliştirilmeye çalışıldı ve özellikle teyiz mahkemesinin katkılarıyla⁴⁶ “melez (karma) idari usul” (hybrid rulemaking) olarak adlandırılacak uzlaştırıcı usuller geliştirilmiştir⁴⁷.

7. APA, idari usul ilkelerini ve hakları ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. APA § 552 b hükmüyle, maddede belirtilen istisnalar dışında⁴⁸, “her toplantının her aşamasının kamuya açık olacağı” net bir şekilde belirtilmiştir. Maddeye göre, ister kamuya açık olsun ister kapalı olsun, her toplantının yeri, zamanı ve konusu toplantıdan en az bir hafta önce, idarece toplantı hakkında bilgi alımı için yapılacak başvuruları cevaplamakla görevli kamu görevlisinin adı ve telefon numarası ile birlikte kamuya duyurulur. Yine toplantı bittikten sonra da toplantıda yapılan müzakereler kamuya duyurulur. APA § 552 ye göre İdari makam ya da merci, idareden bilgi edinilmesine ilişkin her türlü tedbiri alır. Kanun tarafından, istisna olarak belirtilen haller dışında her idare, bilgi ve belgeleri isteyen herkese bunları verecektir. İdarenin kendisine yapılan başvuru üzerine 10 gün içinde, söz konusu talebin yerine getirilip getirilmeyeceği konusunda karar verip, gerekçelerini ve cevabın olumsuz olması halinde daha üst makama başvuruda bulunma hakkı olduğu belirtilerek ilgiliye tebliğ etmesi gerekir⁴⁹. § 552/b ise idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün istisnalarını düzenlemektedir⁵⁰.

45 GELLHORN / LEVIN, s. 325; GALLIGAN, s. 495.

46 GELLHORN / LEVIN, s. 330-333.

47 Bu konuda bkz. DAVIS K. C., Administrative Common Law and the Vermont Yankee Opinion, 1980 Utah L.Rev. 3.

48 Milli savunma, dış politika, ticari ve mali sırlar, özel hayatın gizliliğini ilgilendiren işlemler, salt içdüzen işlemleri gibi § 552b(c) de 10 bent halinde sayılan işlemlerin yapılmasında “açıklık ilkesi” uygulanmayacaktır.

49 GELLHORN / LEVIN, s. 344. İlgilinin üst makama, başvuru hakkını kullanması halinde 20 gün içinde duruma ilişkin bir karar verilir. Kararın olumsuz olması halinde yargısal yola müracaat edilebileceği başvurana bildirilir (§ 552/a-6). İdari belgelerin başvuran kişiye verilmemesi üzerine yargısal yola gidildiğinde mahkeme, idareyi bu şekilde davranmaktan men’etmek ve şikayetçiden usulsüzce gizli tutulan belgelerin açıklanmasını emretmek yetkisine sahiptir. Bu sebeple açılmış bir davada mahkeme, gizli oturum yapmak suretiyle idari belgenin içeriğinin, kanun tarafından, gizli tutulması gereken bir konu olup olmadığını inceler. Bu konuda açılacak olan davalar, mahkemenin daha önemli saydığı davalar hariç, diğer tüm davalardan öncelikle görülür. Bunlarla ilgili oturum, duruşma ve tartışmalar mümkün olan en yakın tarihte yapılır ve muamelelerin hızlanması için tüm olanaklar kullanılır. Dava sonucunda davacının haklı

8. ABD’nde idari işlem, İngiltere’den farklı olarak, genel olarak bakanlıkların bünyesi içinde kalmayıp, çok çeşitli idari birimler tarafından yapılabilmektedir. Ayrıca idare, idari işlem yapma yetkisi İngiltere’de olduğu gibi, kaynağını parlamentonun yasama yetkisini devretmesinde değil; doğrudan doğruya kanundan almaktadır. Amerikan idaresi kanunun yarattığı bir organizasyondur ve gücünü kanundan almaktadır. Fakat, hükümet ve yasamanın doğrudan kontrolünden de uzaktır. İdare, hem kendi yaptığı kurallardan (işlemlerden) hem de yetkisi altına giren alandan bir başka organa karşı sorumlu değildir. Adeta gerçek bir kanun koyucudur. İngiltere’deki idari işlem yapımı, parlamentonun fonksiyonlarına ek bir görev olduğu ve onun denetimi altında gerçekleşirken, bu anlayış ABD’nde yoktur. Amerikan idareleri sadece bağımsız organlar olmakla kalmayıp İngiltere’deki benzerlerinden farklı olarak, daha siyasal nitelikte ve daha önemli meselelerde karar verme yetkisine sahiptirler. Bu bakımdan Amerikan idarelerinin, faaliyet usullerini kurallaştırma çabalarına ABD’nde büyük ilgi duyulmaktadır. Amerikan mahkemelerinin, özellikle kamu hukuku alanında, hükümet ve idare faaliyetleri üzerinde İngiltere’de olduğundan çok daha fazla aktif bir rol oynadıkları gerçektir. Bu durum, idari makamlarca idari işlemin yapılış sürecinde yargısal muhakeme usullerinin etkili olmasına, en azından belli oranda rol oynamasına yol açmaktadır. Yargı yerlerinin idari işlemin yapılışında oynadığı bu rol, kısmen genel bir usuli çatının oluşmasına; yargılama usulünde var olan bazı ilkelerin idari işlem sürecine de uygulanmasına yol açmaktadır. İşte şekle bağlı usul, yargının bu rolünün azalmasına sebep olabilecek bir usuldür⁵¹.

olduğuna hükmedilmesi halinde avukatlık ücreti ve yargılama masraflarının idare tarafından ödenmesine karar verebilir. Dava sonucunda, idarenin saklı tuttuğu belgeleri başvurana ödenmesi yönünde bir karara varıldığında mahkeme, idari belgenin verilmeyişinin, idari personelin keyfi veya ihmali davranışları sonucunda ortaya çıkıp çıkmadığına ilişkin kanaatlerini içeren bir metin hazırlar. Bu durumu incelemekle görevli özel komisyon derhal, bu durumdan öncelikle sorumlu olduğu ileri sürülen memur ya da görevli hakkında bir disiplin soruşturması başlatır. Özel komisyonun raporu üzerine yetkili merci, gerekli işlemleri yapar (§ 552/a-4).

50 (1) Millî savunma ve dış siyasete ilişkin çıkarların korunması amacıyla, yürütmenin bir düzenleyici işlemiyle belirlenmiş kriterlere uygun olarak gizli tutulması özellikle belirlenmiş ve fiilen bir yürütme işlemi kapsamına giren konular, (2) İdarenin salt iç düzen işlemleri, (3) Kamunun incelemesine kapalı tutulacak meseleleri hiç bir oranda takdir hakkı kullanılmayacak şekilde sarîh olarak belirtmek veya gizli tutulacak olan meseleler için kriter getirmek veya böyle bir uygulamaya tabi tutulacak meseleler için örnekler vermek şartıyla, düzenleyici bir işlemle yasaklanmış konular, (4) Ticari sırlar veya gizli tutulması koşuluyla bir kimseden öğrenilmiş ticari veya mali bilgiler, (5) İdare içi veya idareler arası yazışmalar, (6) Açıklanması halinde, özel hayatın gizliliği alenen ihlal edilmiş olacak kişisel veya tıbbî bilgiler, (7) Soruşturma ve teftiş dosyaları ve belgeleri, (8) Mali kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi veya denetlenmesiyle görevli bir idare tarafından veya onun adına veya onun kullanımı için hazırlanmış denetleme raporları, işletme faaliyet raporları ve sair raporlar, (9) Haritalar da dahil olmak üzere, petrol kuyularına ilişkin jeolojik ve jeofiziki bilgiler ve veriler.

51 **GIFFORD** D. J., *Administrative Law: Cases and Materials*, 1992, s. 7.

9. Amerikan yaklaşımını irdelerken karşımıza çıkan bir başka özellik, çıkar gruplarının idari işlemin yapılış sürecindeki rolleridir. Çoğunlukla verilen izlenim, Amerikan çıkar gruplarının İngiltere'den daha güçlü ve daha iyi organize oldukları ve idari işlem üzerinde daha fazla etkiye sahip olduklarıdır. ABD'nin birbiriyle rekabet halinde olan çıkar gruplarının görüşleri temeline dayanan plüralist bir hükümet sistemine dayandığı açıktır. Birçok yazar, ABD'nde savunmasız bir idarenin güçlü çıkarlar tarafından esir alındığını ifade etmektedirler. Her ne kadar Amerika'daki çıkar grupları İngiltere'ye nazaran siyaset belirlemede daha fazla etkiye sahiplerse de bunun net bir şekilde ortaya koymak mümkün görülmemektedir⁵². Ayrıca idarenin esaret altına alınması konusunda bir genelleme yapmak da kolay değildir. Amerikadaki çıkar grupları idari birimler içinde çıkarlarını takip etmek konusunda belirgin olarak aktiftirler ve istenilmeyen sonuçlara karşı her zaman yargı yoluna başvurmada son derece istekli görünmektedirler⁵³.

⁵² Geniş bilgi için bkz. **WILSON G. K.**, Interest Groups, Oxford 1990.

⁵³ **GALLIGAN**, s. 496.

11 EYLÜL TERÖR EYLEMLERİNİN RUSYA'NIN KAFKASYA POLİTİKASINA ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Kamer KASIM*

Giriş

11 Eylül 2001'de ABD'de meydana gelen terör eylemlerinin dünyanın bir çok bölgesinde olduğu gibi Kafkasya'da da etkileri oldu. Soğuk Savaş döneminden sonra etnik temelli çatışmalar ile istikrarsızlığa sürüklenen bölge de üç bölgesel güç Rusya, Türkiye ve İran ile bölge dışı bir güç olarak ABD başat aktörler olarak yer aldı. Zengin enerji kaynaklarının varlığı nedeniyle bölgesel güçler arasında rekabete sahne olan Kafkasya'da yeni bağımsızlığını kazanan ülkelerin politik ve ekonomik istikrarsızlığı, bu ülkeleri dış etkilere açık hale getirdi. Rusya 1992 yılı sonuna kadar dış politikasına hakim olan Atlantikçi akımın etkisiyle bölgeyi ikinci plana itti. Ancak 1993 yılından itibaren Avrasyacı akımın Rusya dış politikasında etkili olması ve 'Yakın Çevre' doktrininin ortaya konmasıyla Rusya, Kafkasya politikasında aktif olarak rol almaya ve bölgesel olaylara doğrudan müdahale etmeye başladı. Çeçenistan'da kuvvet kullanan Rusya, Gürcistan'da Gürcü ve Abhazlar arasındaki çatışmada ve Azeri ve Ermeniler arasındaki Dağlık Karabağ çatışmasında da rol oynadı. Soğuk Savaş dönemi sonrası Kafkasya politikasını bu çatışmalar ve enerji kaynakları için rekabet belirledi. İran Batı tarafından izole edilmiş konumuyla bu rekabette zorluklarla karşılaştı. Türkiye petrol ve doğal gazın uluslararası pazarlara taşınmasında rol almak için harekete geçti. Özellikle Azerbaycan petrolünün dünya pazarlarına taşınmasında söz sahibi olmak isteyen Türkiye, Bakü-Ceyhan projesini ortaya attı. Enerji hatları rekabetinde ABD'nin de desteğini alan Türkiye bölgesel olaylarda da rol oynamaya başladı. Bu ortamda Kafkasya'da 19. yüzyıldaki "Büyük Oyun"un yeniden sahneye konduğu yorumları yapıldı.¹ Rusya özellikle Çeçenistan'da izle-

* Abant İzzet Baysal Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü. İletişim Adresi: Konrad Adenauer Cad. No. 61, Yıldız/Çankaya, 06550, Ankara Tel : 0-312-491 70 14 Fax: 0- 312-491 70 13 E-Mail: kamerkasim@hotmail.com

¹ Rus ve İngiliz imparatorlukları Kafkaslar ve Orta Asya bölgesinde hakimiyet kurma mücadelesine 19. yüzyılda başladılar ve bu 20. yüzyılın başına kadar sürdü. Parrott Stuart, "Central Asia: Powers Replay Great Game" *RFE/RL*, 3 February 1998. Elkhan

diği politika nedeniyle Batı tarafından yoğun eleştirilere uğradı. Yine Gürcistan'ın ve Azerbaycan'ın içişlerine de müdahale etmekle de suçlandı. Kafkasya Rusya ile Batının ilişkilerinin gerilmesine neden olan bir noktaydı.

Bu makalede 11 Eylül terör eylemleri sonrası Rusya'nın bölgedeki konumunun nasıl şekilleneceği ele alınacaktır. Önce Kafkasya'daki çatışmaların ve enerji hatları konusunda rekabetin 11 Eylül öncesi geldiği noktaya değinilecek ve sonra bölgedeki aktörlerin 11 Eylül sonrası konumları çerçevesinde gelişmeler analiz edilecektir.

2. Rusya ve Kafkasya

2.1. Soğuk Savaş Dönemi Sonrası Rusya ve Kafkasya

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra onun halefi olan Rusya Kafkasya'daki yeni stratejik duruma uygun bir dış politika belirleme ihtiyacı duydu. Rusya Kafkasya'da artık yalnız değildi. Türkiye ve İran gibi iki bölgesel gücün yanı sıra bölge dışı bir güç olarak ABD'de Kafkasya'da rol oynamaya başlamıştı. Rusya'da Atlantikçi bakış açısının hakim olduğu 1992 yılı sonuna kadar olan devrede hakim olan görüş, Rusya'nın çıkarlarının Batı ile birlikte hareket etmekte olduğu ve Rusya'nın ancak Batıya dönük bir dış politika ile uluslararası sisteme entegre olabileceğiydi.² Atlantikçilere göre Rusya'nın güvenlik sisteminin iki ayağı vardı. Silahsızlanma ve global güvenlik sistemi aracılığı ile ABD ve Avrupa ile ilişkileri geliştirmek ve Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) ortak güvenlik sistemini global güvenlik sisteminin parçası haline getirmek.³ Atlantikçilerin hakim olduğu ilk dönemde Rus yönetimi Batının desteği ile Rusya ekonomisini pazar ekonomisine dönüştürmeyi öncelikli olarak ele aldı. Bunun sonucu olarak bu dönemde Rusya Kafkaslar ve Orta Asya bölgelerine önem vermedi.⁴ Rusya'nın bu dış politika anlayışının 1992 yılı sonuna kadar sürdüğu söylenebilir. 1993 yılından itibaren ise Avrasyacı görüş Rusya'nın dış politikasında hakim olmaya başladı. Atlantikçi akımın başarısızlığının temel nedenleri

E. Nuriyev, "The Ongoing Geopolitical Game in the Caucasus and the Caspian Basin: Towards War or Peace?" *Turkistan Newsletter*, vol. 3, 16 April 1999. Andrew Apostolou, "New Players in an old Game", *The Middle East*, July 1992, no. 213, pp. 5-6.

2 Bakınız Roland Dannreuther, "Russia, Central Asia and the Persian Gulf", *Survival*, vol. 35, no. 4, Winter, 1993, ss. 95-99. Renee D. Nevers, *Russia's Strategic Renovation*, Adelphi Paper, 289, London: The International Institute for Strategic Studies, 1994, s. 24.

3 Mohiaddin Meshabi, "Russian Foreign Policy and Security in Central Asia and the Caucasus", *Central Asian Survey*, vol. 12, no. 2, 1993, ss. 182-184

4 Örneğin, Rus Dışişleri Bakanı Kozyrev Orta Asya'ya ilk ziyaretini Nisan 1992'de yaptı. Aynı dönemde ABD Dışişleri Bakanı James Baker üç resmi ziyarette bulunmuştu. Bakınız, Graham E. Fuller, "Russia and Central Asia: Federation or Fault Line?" ss. 125-127.

Rusya'nın ekonomik krizden bir türlü kurtulamaması ve Batının küçük ortağı konumuna düşmeyi kabul etmeyen çevrelerin varlığıdır. Avrasyacılar Rusya ile Batının çıkarlarının her alanda uyuşmadığı ve Rusya'nın güvenliği açısından Kafkasya ve Orta Asya'yı ihmal edemeyeceği görüşündeydiler.⁵ BDT içerisinde bağları kuvvetlendirmeyi savunan Avrasyacılar 'Yakın Çevre' doktrinini ortaya attılar.⁶ Rusya'nın "Yakın Çevre" politikası çerçevesinde bölgede etkin olmasına, Kafkasya ve Orta Asya Cumhuriyetlerindeki rejimlerin iç ve dış tehdit algılaması ve Rusya'nın askeri varlığının bir süre daha devamını istemeleri de yardım etti.⁷ Rusya sözde barışı koruma kuvvetleri adı altında gönderdiği birlikler ile bölgesel çatışmalara müdahale etti.⁸ Rusya'nın Kafkasya'da temel amacı diğer bölgesel güçlerin ve bölge dışı bir güç olarak ABD'nin yeni cumhuriyetler üzerinde etkisini azaltmaktır.⁹ Ekonomik açıdan zayıf olan ve Kafkasya'ya aktarabileceği kaynağı olmayan Rusya, bölgedeki askeri varlığını pekiştirerek bu açığını telafi etmeye çalışmıştır. Güvenlik ve savunma konusunda ön planda olmayı sürdürmeyi amaçlayan Rusya için Kafkasya'daki askeri üslerinin varlığı ve ikili ya da çok taraflı güvenlik anlaşmaları hayati önemdedir. Güvenlik anlaşmalarından en önemlisi Mayıs 1992 tarihinde imzalanan Taşkent Ortak Güvenlik anlaşmasıdır. Anlaşmanın dördüncü maddesi anlaşmaya taraf olan ülkelere birine yönelecek bir saldırının tüm taraf ülkelere yönelik bir saldırı sayılacağını belirtmektedir.¹⁰ Anlaşma ile Rusya saldırıya uğrayan taraf ülkeye destek adı altında bölgesel çatışmalara müdahale imkanı elde etmiştir. Rusya Avrupa Konvansiyonel Kuvvet İndirimi (AKKA) Anlaşmasında öngörülen indirimleri yapmakta çekingen davranarak AKKA'nın Soğuk Savaş dönemi koşullarının bir ürünü olduğunu ve Kafkasya'da Soğuk Savaş döneminden sonra ortaya çıkan istikrarsız ortamın daha fazla kuvvet bulundurmasını gerektirdiğini iddia etti.¹¹

⁵ Mohiaddin Meshabi, "Russian Foreign Policy and Security in Central Asia and the Caucasus", *Central Asian Survey*, vol. 12, no. 2, 1993, s. 188.

⁶ Roy Allison, *Military Forces in the Soviet Successor States*, Adelphi Paper, 280, London: The International Institute for Strategic Studies, 1993, s. 46. A. Kortunov, "Russia, the 'Near Abroad', and the West", G. Lapidus (ed.), *The New Russia: Troubled Transformation*, Boulder: Westview, 1995, ss. 157-160.

⁷ John W. R. Lepingwell, "Russian Military and Security Policy in the Near Abroad", *Survival*, vol. 36, no. 4, 1994, ss. 83-84.

⁸ Gareth M. Winrow, "A Region at the Crossroads: Security Issues in Post-Soviet Asia" *Journal of South Asian and Middle Eastern Studies*, vol. 18, no.1, Fall, 1994, ss. 13-15.

⁹ Robert Legvold, "Russia's Unformed Foreign Policy", *Foreign Affairs*, Vol. 80, Issue 5, Eylül/Ekim 2001.

¹⁰ *FBIS-SOV*, 26 Mayıs 1992, p. 53.

¹¹ AKKA Kasım 1990 da imzalanmış ve iki yıl sonra yürürlüğe girmiştir. NATO ve Varşova paktı üyesi 22 ülke ile yapılan görüşmeler sonucu ortaya çıkan AKKA bölgesel ve ulusal alanda kuvvet indirimlerini ön görmektedir. Avrupa'da sürpriz bir saldırı

Putin ile birlikte Rusya yeni bir Ulusal Güvenlik Konsepti ile Askeri doktrin kabul etti. Ulusal Güvenlik Konseptinde istikrarlı ekonomik gelişmenin ülkenin ulusal çıkarlarının korunması için temel koşul olduğu vurgulanırken, Rusya'dan dışarıya kapital ve beyin göçünün olmasından duyulan kaygı dile getirilmektedir. Gelişmiş Batılı ülkelerin hakim olduğu ve uluslararası alanda sorunların tek taraflı olarak ve askeri kuvvet kullanılarak çözülmeye çalışılmasından duyulan endişe de Ulusal Güvenlik Konseptin de belirtilmektedir. Terörizm ile mücadele de öncelik verilecek noktalar arasında vurgulanmaktadır.¹² Rusya'nın Ulusal Güvenlik Konseptinin içeriğine NATO'da meydana gelen değişikliklerin etkisi büyük olmuştur. Polonya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti NATO üyesi oldular. Nisan 1999'da NATO'nun kuruluşunun 50. yılı kutlamalarında NATO'nun BM kararı istemeksizin geleneksel sorumluluk sahası dışına müdahale edebilmesini içeren yeni bir stratejik doktrin kabul edildi. Bunlar Rusya tarafından tehdit olarak algılandı. 2000 yılında kabul edilen Ulusal Güvenlik Stratejisi Rusya'nın büyük güçlerden birisi olduğu çok kutuplu bir dünyayı tercih ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Rusya'ya yönelik tehditlere yapılan vurgu ve Batıya yönelik kuşkuya rağmen Putin'in Avrasyacı olarak adlandırılan görüşe tamamen uyumlu bir politika izlediği söylenemez. Putin BDT içerisinde dayanışmaya önem vermesine rağmen Batı ile yakınlaşmayı da ihmal etmeyen bir strateji izleyeceği izlenimi verdi. 11 Eylül terör eylemleri ve onu izleyen ABD'nin Afganistan hareketinden önce genel olarak Rusya'nın yeni güvenlik doktrini ile birlikte Kafkasya'da daha etkin bir rol oynamaya çalıştığı söylenebilir. Ancak Rusya Çeçenistan politikası nedeniyle Batı tarafından eleştirilmekte ve Gürcistan üzerinde Batı etkisinden de rahatsız olmaktadır. Rusya, Gürcistan'ın giderek BDT'den kopmaya başladığını ve bölge enerji kaynakları üzerinde de Batının petrol şirketleri vasıtasıyla etkili olduğunu gördü. Putin rahatsızlık duyduğu noktalarda müdahalede bulunurken Batının tepkisini de hesaba katmak durumundaydı. Bu ortamda 11 Eylül terör eylemleri ve ABD'nin Afganistan hareketi başladı. ABD'deki terör eylemleri ve bunun Rusya üzerindeki etkilerine değinmeden önce Rusya ile Batı arasındaki gerginliğin temellerini oluşturan Kafkasya'daki çatışma noktalarına yönelik Rusya'nın politikasına kısaca değinilecektir.

Kafkasya'daki etnik çatışmalar Rusya'nın bölgeye müdahalesine imkan sağladı ve bölge istikrarını olumsuz yönde etkiledi. Bunlar Abhazlar ve Gürcüler arasındaki çatışma, Ermeni ve Azeriler arasında Dağlık Karabağ çatışması ve Çeçenistan'daki çatışmalardır. Bu çatışmalardan Gürcü ve Abhazlar arasındaki

ihtimalini de ortadan kaldırarak istikrarı sağlamayı amaçlayan AKKA en önemli ve kapsamlı silah indirimi anlaşması olarak kabul edilebilir. Bakınıza, Steve Bowman, "Conventional Armed Forces in Europe (CFE): Flank Agreement and Treaty", *Congressional Research Service*, <http://www.house.gov.csce>, 1998.

¹² Jyotsna Bakshi, "Russia's National Security Concepts and Military Doctrines: Continuity and Change", *Strategic Analysis*, Vol. XXIV, No. 7, ss. 1278-1281.

çatışmalarda Rusya Abhaza'lara silah sağlanmasında rol oynadı.¹³ Rusya'nın Abhazyaya'yı desteklemesinin temel sebebi Gürcistan'ın BDT'ye girmesini sağlamak ve Türkiye-Gürcistan sınırına askeri birlik yollama imkanına kavuşmak istemesiydi.¹⁴ Nitekim Gürcistan kuvvetlerinin yenilgisinden sonra Gürcü hükümeti BDT'ye üyeliği kabul etti ve Gürcistan Taşkent Ortak Güvenlik Anlaşmasını da imzaladı. Bundan sonra Rusya, Abhazyaya ile olan sınırını kapattı ve buraya denizden ambargo uyguladı.¹⁵ Rus askerleri Türkiye sınırına geldi ve Rusya, Gürcistan'da dört askeri üs elde etti. Bu üslerin tamamı stratejik noktalardaydı. Bir tanesi Abhazyaya'da, biri Adjara bölgesinde, diğeri Ermeni nüfusun yaşadığı Ahalkelek'de ve bir tanesi de Tiflis yakınlarındadır.¹⁶

Gürcistan, Rusya'nın Hazar petrolerinin taşınmasında rakip olarak gördüğü Bakü-Ceyhan petrol boru hattının geçiş güzergahında yer alan kilit bir ülkedir. Rusya hem Gürcistan'ın Bakü-Ceyhan projesine verdiği destekten hem de Devlet Başkanı Shevardnadze'nin Batı ile yakın ilişkilere dayalı politikasından rahatsızdı. Rusya hem Kazakistan hem de Azerbaycan petrolerinin Rusya'nın *Novorossiysk* limanından uluslararası pazarlara taşınmasını istiyordu. Bu noktada özellikle petrolün İran üzerinden taşınmasına karşı ABD görüşü dikkate alındığında Bakü-Ceyhan projesi, Rusya'nın önerisine en güçlü alternatif olarak değerlendirilmiştir.¹⁷

Rusya'nın Kafkasya politikasında en önemli ayağı bölgedeki askeri varlığıdır. Ekonomik açıdan etkili olmak için yeterli kaynaklara sahip olmayan Rusya bölgedeki askeri üslerini bırakmakta çekingen davranmaktadır. Bu noktada Gürcistan'daki üslerin boşaltılmasında da mümkün olduğunca yavaş davranma eğilimindedir. Ancak Gürcistan'daki üslerin geleceği ile ilgili 1999 yılından itibaren gelişmeler oldu. Kasım 1999 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) zirvesi sırasında açıklanan Rusya Federasyonu-Gürcistan Ortak Bildiriminde 1 Temmuz 2001 tarihine kadar Gürcistan'daki iki Rus askeri üsünün (Vaziani ve Guduata) kapatılması ve Batum ve Ahalkelek Rus askeri üsleri ile

¹³ Rusya çatışmalara karıştığı yolundaki iddiaları reddetse de Gumsat'daki Gürcü kuvvetleri Rus savaş uçakları tarafından bombalandı. Rusya Gürcistan'ın Eshera'daki Rus askeri laboratuvarına saldırarak bombalamaya neden oluşturduğunu iddia etti. Viacheslav A. Chirikba, "Georgian-Abkhazian Conflict And Its Aftermath", Mehmet Tütüncü (ed.), *Caucasus: War and Peace*, SOTA, Haarlem, 1998, ss. 75-79.

¹⁴ Ali Fuat Borovalı, "The Caucasus within a Historical-Strategic Matrix: Russia, Iran And Turkey", *Dış Politika (Foreign Policy)*, vol. 18, 1994, s. 33.

¹⁵ Viacheslav A. Chirikba, "Georgian-Abkhazian Conflict and its Aftermath", Mehmet Tütüncü (ed.), *Caucasus: War and Peace*, The Netherlands: SOTA Haarlem, 1998, s. 75.

¹⁶ Stephen Kinzer, "Defiant Satellite Nation Finds Russia's Orbit Inescapable" *Sunday*, 3 Mayıs 1998.

¹⁷ Robert V. Baryliski, "Russia, The West And The Caspian Energy Hub", *Middle East Journal*, Vol. 49, No. 2, Spring 1995, ss. 217-331.

İlgili de 2000 yılı içinde bir karar verilmesi açıklanmıştı.¹⁸ Buna rağmen Rusya Vaziani askeri üssü bünyesinde bulunan havaalanının üstün bağımsız olarak ele alınmasını istedi. Gudauta üssünün ise Abhazya-Gürcistan sınırındaki barış gücüne devredilmesini isteyen Rusya'nın bu önerisi Gürcistan tarafından kabul edilmiştir.¹⁹

Kafkasya'daki çatışmalardan Rusya'yı en çok etkileyen Çeçenistan'daki çatışma oldu. Çatışma Aralık 1994 de başlamış ve 21 ay sürmüştür. Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Çeçenistan bağımsızlığını ilan etti. Fakat bu ilan Rusya tarafından kabul edilmedi ve 10 Aralık 1994'de Rus ordusu Çeçenistan'a girdi.²⁰ Rus kuvvetleri 22 Ağustos 1996 tarihli ateşkes anlaşmasıyla çekildi ve çatışma sona erdi. General Alexander Lebed'e göre 70,000 kişi çatışmalarda hayatını kaybetti.²¹ Çeçenistan'ın bağımsızlığı konusundaki tartışmalar ileriki bir tarihe ertelenerek, Çeçenistan'a beş yıllık bir özerklik verildi. 12 Mayıs 1997 tarihindeki bir anlaşma ile de Rusya ve Çeçenistan'ın aralarındaki sorunları silahlı kuvvet kullanmadan çözmesi kararlaştırıldı.²² Fakat Ekim 1999'da Rusların Çeçenistan'a saldırılarıyla çatışmalar yeniden başladı ve Rus ordusu Çeçenistan'ı işgal etti. Rusya Çeçenistan politikası nedeniyle Batı tarafından eleştirildi. AGİT'in İstanbul zirvesinde, Rusya Devlet Başkanı Yeltsin'in silahlı çeteler ile masaya oturmayacaklarını ve teröristler ile sonuna kadar mücadele edeceklerini ve kimlerin onlara yardım ettiğini bildikleri yolundaki açıklamasına karşılık, ABD Başkanı Clinton, Rusya'nın sorunu çözmek için kullandığı yolun korkuya neden olduğunu ve politik diyalogun olması gerektiğini söyledi.²³

Kafkaslardaki yukarıda değinilen iki çatışma da Rusya'nın askeri gücü ile bölgede etkili olma politikasını sürdürme kararlılığını göstermektedir. Kafkasya'daki diğer bir çatışma olan Dağlık Karabağ çatışmasında da Rusya bölgede etkisini artırıcı doğrultuda müdahalede bulundu. Azerbaycan'da Elçibey'in Devlet Başkanlığı döneminde hem Hazar petrollerinde rol oynamak hem de

18 Nüfusunun çoğunluğunu Ermeniler'in oluşturduğu Ahalkelek'de Rus askeri üssünün varlığının Gürcistan-Ermenistan ilişkileri açısından da yansımaları vardır.

19 Hasan Kanbolat, Kamil Ağacan, "Gürcistan'daki Rus Üslerinin Tasfiyesinde Mehter Adımları: Bir İleri, İki Geri", *Stratejik Analiz*, Cilt: 2, Sayı: 16, Ağustos 2001.

20 Michael Mc Faul, "Eurasia Letter: Russian Politics after Chechnya", *Foreign Policy*, no. 99, Summer, 1995, s. 149.

21 *BBC-SWB*, 28 May 1996

22 Mehmet Binay, "The New World Disorder in Transcaucasia", Mehmet Tutuncu (ed.), *Caucasus: War and Peace*, The Netherlands: SOTA Haarlem, 1998, s. 36.

23 Michael R. Gordon, "Yeltsin and West Clash at Summit Over Chechen War", *The New York Times*, 19 Kasım 1999. "In Words of Yeltsin and Clinton: Examining Terrorism and Human Rights", *The Associated Press*, 19 Kasım 1999. *Milliyet*, 19 Kasım 1999. Rajan Menon and Graham E. Fuller, "Russia's Ruinous Chechen War", *Foreign Affairs*, vol. 79, no. 2, Mart/Nisan 2000, ss. 32-44.

Azerbaycan'ın BDT üyeliğini sağlamak için Ermeni kuvvetlere destek verdi. Ancak 1994 yılında Aliyev'in Devlet Başkanı olmasıyla ve Azerbaycan'ın BDT üyeliği ile birlikte Rusya'nın Dağlık Karabağ sorununda daha dengeli bir politika izlediğini söylemek mümkündür.²⁴

2.2. 11 Eylül Saldırıları Sonrası Rusya ve Kafkasya

11 Eylül terör eylemlerinin Soğuk Savaş dönemi sonrası olarak adlandırılan bir periyodu sona erdirdiği ve dünyada yeni bir dönemin başladığı yorumları yapıldı.²⁵ Dünyanın çeşitli bölgelerinde olduğu gibi Kafkasya'da da yeni dengeler oluşturacak bir süreç başladı.

Rusya, Çeçenistan'da "teröristlere" karşı mücadelesinde, Batının destek olmasa bile eleştirilerde bulunmamasını ve Gürcistan'ı ise kendi etki sahasından çıkarma girişimine son vermesini istiyordu. 11 Eylül terör saldırılarından sonra Rusya Devlet Başkanı Putin ABD'nin oluşturmaya çalıştığı terörizme karşı koalisyonla girmekteki isteğini hemen belirterek saldırıların sadece ABD'ye değil tüm insanlığa yönelik olduğunu ifade etti.²⁶ Rusya Afganistan'daki terör grupları ile Çeçenleri ilişkilendirerek Batı kamuoyundan Çeçenistan'da yürüttüğü savaşta destek ummaktaydı. Yine Gürcistan'ı da Çeçen teröristlere yardım ettiği için suçlayan Rusya, bu ülkeye de müdahale etmenin yollarını aradı.²⁷ 24 Eylül 2001'de Gürcü ve Abhaza birlikleri arasında çatışmalar oldu. Bölgedeki gerginlik Kodor'un bombalanmasıyla daha da arttı. Abhazyaya bombalamadan Gürcistan'ı sorumlu tutarken, Gürcistan, uçakların Rusya'dan geldiğini iddia etti. Rusya-Gürcistan ilişkileri ise daha da gerginleşti.²⁸ Gürcistan parlamentosu Rusya barış gücünün Abhazyaya'dan üç ay içerisinde çekilmesini isteyen bir karar aldı. Rusya 11 Eylül saldırılarından sonra ABD'ye verdiği destek ile de Çeçenistan ve Gürcistan'a yönelik serbest hareket etme imkanına sahip olacağını hesapladı. Ancak ABD, Gürcistan'a Rusya'nın müdahalesi konusunda hassas olduğunu ve

- ²⁴ Dağlık Karabağ çatışması ve Rusya'nın rolü için bakınız, Kamer Kasım, 'The Nagorno-Karabakh Conflict, Caspian Oil and Regional Powers', Bülent Gökay (ed.), *The Politics of Caspian Oil*, New York, Palgrave, 2001, ss. 185-198. Kamer Kasım, 'The Nagorno-Karabakh Conflict From Its Inception to the Peace Process', *Armenian Studies*, Issue 2, Haziran-Temmuz-Ağustos, 2001, ss. 170-185.
- ²⁵ "The New Enemy", *The Economist*, 15 Eylül 2001.
- ²⁶ Marsha Lipman, 'Will Russia Join the War of the West?', *The Washington Post Online*, 19 Eylül 2001.
- ²⁷ Will Englund, 'Attacks on US Affording Kremlin a New Boldness, Russia Put Pressure On Chechens, Deals In Arms With Iran', *Baltimore Sun*, 3 Ekim 2001.
- ²⁸ *Pravda*, "Abkhazia: Kodor George Tensions On", <http://english.pravda.ru/hotspots/2001/10/04/17143.html>, 23 Ekim 2001.

Gürcistan Devlet Başkanı Eduard Şevardnadze'ye olan desteğini gösterdi.²⁹ Çeçenistan'da ise Rusya, kontrolü tamamen sağlama yönünde girişimleri çerçevesinde çatışmaları sürdürürken, bir yandan da Çeçen yetkililerle görüşmelere başladı. Rusya'yı temsilen Viktor Kazantsev'in ve Çeçenistan'ı temsilen Zakayev'in katıldığı görüşmelerde Zakayev çatışmaları sona erdirecek diplomatik ve politik bir çözüm bulunmasını istedi.³⁰ Bu görüşmelere karşın Rusya'nın 11 Eylül terörist saldırılarından sonra Çeçenistan'da halka yönelik daha sert bir politika izlediği insan hakları kuruluşlarınca ileri sürüldü.

Rusya bir yandan 11 Eylül terör saldırılarından sonra Batının Çeçenistan konusunda Rusya'ya daha anlayışlı davranacağını ve 11 Eylül sonrası uluslararası ortamdan yararlanacağını hesaplarken, diğer yandan bölge ülkelerinin hava sahalarını ABD'ye açmaları ve hatta ABD'ye üs vermelerinden ise rahatsızdı. Bu durum ABD'nin askeri varlığıyla bölgeye yerleşmesi sonucunu doğurabilecek bir gelişme olarak algılandı. Kısa vadede ABD'nin bölgedeki etkisine engel olamayacağını bilincinde olan Rusya ABD'ye açıkça karşı çıkmadı. Ancak Özbekistan'daki ABD üslerinin uzun süre bu ülkede varlığının sürmesi olasılığından da rahatsızdı.³¹ Yine Türkiye ve ABD arasındaki özel ilişki ve 11 Eylül saldırıları sonrasında terörle mücadelede daha da artan işbirliği dikkate alındığında ABD'nin bölgeye yönelik ilgisinin artması Türkiye'nin de Kafkasya'da etkisini arttıracak bir gelişmedir. Rusya bölgedeki güç mücadelesinde Türkiye'yi rakip olarak gördüğü sürece ABD'nin varlığı ve Türkiye-ABD işbirliğini kaygı ile karşılayacaktır. Rusya-Türkiye ilişkilerinin geleceği de bu noktada önem taşımaktadır. Türkiye, Kafkasya ve Orta Asya'daki güç mücadelesinde diğer bölgesel güçlerden farklı olarak bölge dışı bir gücün ABD'nin bölgede etkili olmasını istemiştir. Rusya ise yukarı da ifade edildiği gibi özellikle 1993 yılından itibaren 'Yakın Çevre' doktrini ile birlikte Batı karşıtı bir çizgiye yöneldi ve bu çerçevede ABD ve Türkiye'yi işbirliği yapılabilecek ülkeler değil rakipler olarak değerlendirdi.³² Türkiye-Rusya ilişkilerindeki ilerleme ve iki ülkenin bölge enerji kaynaklarının taşınması konusunda işbirliğine girmeleri Kafkasya'daki istikrarın sağlanması açısından olumlu bir etkide bulunacaktır. Nitekim Rusya'nın Bakü-Ceyhan petrol boru hattına sıcak bakabileceğinin işaretleri görülmüştür. Türkiye Dışişleri Bakanı İsmail Cem ile Rusya Dışişleri Bakanı Ivanov'un New York'da yaptıkları görüşmeden sonra kabul edilen eylem planı çerçevesinde iki ülkenin

²⁹ Şevardnadze 3 Ekim 2001'de ABD'ye resmi bir ziyarette bulundu. Zeyno Baran, "US Policy In The Caucasus and Caspian Region", FDCH Congressional Testimony, 10 Ekim 2001.

³⁰ Francesca Mereu, 'Caucasus: Russian, Chechen Envoys Hold First Face to Face Talks On Ending War', *RFE/RL*, 19 Kasım 2001.

³¹ 'US Forces to Stay Longterm In Former Soviet Republic Uzbekistan', *Deutsche Presse*, 7 Kasım 2001.

³² Marshall Ingwerson, "The Turks Are Coming, Cry Russians In Their Ex-Empire", *Christian Science Monitor*, Vol. 87, Issue 21, 26 Eylül 1995.

politik, ekonomik ve terörizmle mücadelede işbirliği yapmasının temelleri atıldı.³³ 11 Eylül saldırılarından sonra Rusya ile NATO arasında daha yakın ilişki kurulması için girişimler de Rusya ile Batı arasında yeni bir dönemin başlangıcı olarak yorumlandı.³⁴ Rusya'nın NATO'ya üye mi olmaya çalıştığı sorulduğunda neden olmasın diye yanıtlayan Putin, Batıyla ekonomik ilişkilerin geliştirilmesinin Rusya'nın yararına olduğunu farkındadır.³⁵ NATO'nun genişlemesine Rusya'nın karşı çıkma politikasında da Putin değişiklik yapabileceği izlenimini vermektedir.³⁶ Ancak Putin, NATO'nun genişlemesi konusunda Rusya'nın daha uzlaşmacı olacağı yolunda işaretler vermesine rağmen Baltık ülkelerinin NATO'ya üyeliği ile ilgili net bir tavır ortaya koymuş değildir. Rusya-NATO ilişkileri 1997 yılından itibaren Ortak Daimi Konsey aracılığıyla yürütülmektedir. Ancak bu Rusya açısından yeterli değildir. Rusya'nın NATO'nun siyasi kanadına katılmak istediği ve bunun uzun vadede mümkün olabileceği yorumları yapılmaktadır.³⁷ Rusya, ABD'nin Anti-Balistik Füze Antlaşmasından çıktığını açıklaması karşısında da fazla bir tepki göstermeyerek Batı ile yakınlaşmak istediği izlenimini vermiştir.³⁸

11 Eylül saldırılarından sonra Rusya'nın Batı ile olan ilişkilerindeki gelişme işaretleri görülmekle birlikte temel görüş ayrılıklarının olduğu noktalarda bir uzlaşmaya varıldığını söylemek güçtür. Rusya belki Çeçenistan'da Batının eleştirilerinden uzak daha rahat hareket edebilecektir. Ancak Gürcistan'a yönelik politikalarında Rusya'nın serbest olacağını söylemek güçtür. Rusya'nın ABD'nin terörist ülke listesinde yer alan başta Irak olmak üzere ülkeler ile olan ilişkileri de ABD ile ilişkilerinde sorun olmaya devam edecektir.³⁹ Bunun yanında Putin'in Batıya yönelik açılımları ve Rusya'yı Batılılaştırma çabaları ciddi adımlar olarak değerlendirilse bile, Rusya'nın iç politikasından ve kamuoyundan

³³ Sami Kohen, 'Rusya ile Yeni Ortaklık', *Milliyet*, 23 Kasım 2001. 'Russian and Turkish Diplomats Sign Cooperation Deal', *BBC Monitoring Service*, 16 Kasım 2001.

³⁴ Mike Peacock, NATO-Russia-Britain, Blair Pushes for a New NATO/Russia Relationship, *Reuters*, 17 Kasım 2001.

³⁵ Jyotsna Bakshi, "Russia's National Security Concepts and Military Doctrines: Continuity and Change, *Strategic Analysis*, Vol. XXIV, No. 7, p. 1282. Aleksandr Kuranov, 'Putin's Plan, An Attempt to Westernize Russia May be Successful', *Nezavisimaya Gazeta*, 20 Kasım 2001. Jeremy Bransten, "Russia/US: 11 September Paves The Way For Warmer Relations", *RFE/RL*, 23 Ekim 2001.

³⁶ 'Putin Softens Russian Opposition to NATO Expansion', *Reuters*, 3 Ekim 2001.

³⁷ Ariel Cohen and Baker Spring, "Strategic Defence and Cooperation Must Top The Agenda At The Bush-Putin Summit in Texas", The Heritage Foundation, <http://www.heritage.org/library/background/bg1501.html>, 7 Kasım 2001.

³⁸ Ahto Lobjakas, "Russia: Analysts Ponder Integration Into Euro-Atlantic Community", *RFE/RL*, 16 Ocak 2002.

³⁹ 'US Mulls Russia's Iraq Commitment', *Associated Press*, 10 Kasım 2001.

kaynaklanan sınırlamalar vardır. Bir kamuoyu yoklamasına göre Rusya halkının üçte ikisi Rusya'nın kendi yolunu çizmesi gerektiğini ve Batı'nın Rusya'nın düşmanı olduğunu düşünmektedir.⁴⁰ Rus milliyetçiliği de Batı ile Rusya'nın bütünleşmesinin önünde engeldir. ABD ile silahlanmaya dayalı bir rekabetin içerisine giremeyeceğinin bilincinde olan Rusya yönetimi güvenlik kaygılarını Batı ile yakın ilişki yoluyla azaltma amacındadır. Bunun gerçekleşebilmesi için Rusya'nın, Sovyetler Birliği döneminden kalan Batı ile rekabet eden süper güç, "imparatorluk" psikolojisini bırakıp, farklı bir bakış açısı ile Batı ile ilişkilerini yürütmesi gerekir. Bu noktada Rusya'nın doğal olarak yaklaşabileceği ülkeler Avrupa Birliği (AB) ülkeleridir. Rusya'nın AB'ye yaklaşması Kafkasya'da istikrara da olumlu etki yapabilir. Avrupa ile yakın ilişkileri olan bir Rusya, Kafkasya'da askeri girişimlerde bulunmak konusunda daha az istekli olacaktır. Fakat Rusya'nın, ABD ve Avrupa'dan baskı gelmeyeceğini düşünerek Gürcistan, Azerbaycan ve Ermenistan üzerinde etkisini arttırmak için baskı yapması bölgesel istikrara yönelik bir tehdit oluşturabilecektir. Nitekim Türkiye Dışişleri Bakanı İsmail Cem'de hiçbir ülkenin Kafkasya Cumhuriyetlerini arka bahçesi olarak değerlendirmemesi ve gerginliği arttırmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁴¹ Kafkasya'da bölgesel güçler olan Türkiye ve Rusya arasındaki ilişkilerin gelişmesi de Rusya'nın Batı ile yakınlaşmaya dayalı bir dış politika izlemesiyle mümkündür.

Enerji kaynaklarının uluslararası pazarlara taşınmasındaki rekabette de 11 Eylül'den sonra Rusya aleyhine gelişmeler olabilir. Afganistan'da istikrarlı bir yönetimin kurulması bu ülkeyi enerji kaynaklarının taşınmasında gündeme getirebilir bu da Rusya'nın by-pass edilmesi anlamına gelmektedir. ABD'nin bölgede etkisinin artması, bu ülkenin desteklediği Bakü-Ceyhan petrol boru hattı projesinin de şansını arttırmaktadır. Afganistan'daki rejim değişikliği, kuzey ittifakını destekleyen İran'ın da etkisinin artmasına ve enerji kaynakları rekabetinde daha fazla rol oynamaya başlamasına neden olabilir.⁴²

Rusya'nın bölgedeki etkisini sınırlamak amacıyla kurulan ve Kafkasya'dan Azerbaycan ve Gürcistan'ın da üyesi olduğu GUAM'ın önemi de bu ülkelerin ABD'ye verdiği destek ile artmıştır.⁴³ Yine bir başka GUAM üyesi Özbekistan'da topraklarını ABD askerlerine açmıştır. Rusya'nın Kafkasya ve Orta Asya'daki güvenlik düzenlemelerinin ABD destekli oluşumlarla engellenmesi

⁴⁰ Richard Pipes, 'Russia: Russia Embraces the West', *Wall Street Journal*, 14 Kasım 2001.

⁴¹ Jean-Christopher Peuch, "Caucasus: Russia May Benefit From 11 September Fallout", *RFE/RL*, 30 Ekim 2001.

⁴² Emre Bayır, "Tehdit ve Fırsat Karmaşasında Pasif Komşu İran'ın Afganistan Krizindeki Durumu", *Stratejik Analiz*, Cilt 2, Sayı 19, Kasım 2001, ss. 47-51

⁴³ GUAM eski Sovyet Cumhuriyetlerinden Gürcistan, Ukrayna, Özbekistan, Azerbaycan ve Moldova'nın üyesi olduğu ABD desteği ile kurulmuş bir yapılanmadır. GUAM ile ilgili daha geniş bilgi için bakınız, <http://www.guam.org>.

veya etkisinin azaltılması BDT'nin yapısını da tehlikeye düşürmektedir.⁴⁴ Rusya, ABD'ye terörizmle mücadelede destek verirken BDT'yi bozmaya yönelik girişimlerini durdurmasını istemektedir. Bu noktada stratejik konumu sebebiyle Gürcistan temel güç mücadelesinin olduğu ülke durumundadır. Gürcistan, Azerbaycan ile birlikte ABD'nin müttefiki Türkiye ile yakın ilişkileri olan ve BDT'den giderek uzaklaşan bir ülke görünümü çizmektedir.⁴⁵ Bu durumdan özellikle Rusya yönetimi içerisinde yer alan Batı ile işbirliğine kuşkuyla bakan çevrelerde tedirginlik yaratmaktadır. Kafkasya'da Rusya'ya karşı oluşumların içerisinde olmayan ve topraklarında Rus askeri üslerinin bulunması konusunda itirazı olmayan Ermenistan, Rus yönetimi açısından 11 Eylül'den sonra ön plana çıkmıştır. Ermenistan'ın İran ile doğal gaz boru hattı konusunda girişimlerde bulunması, Ermenistan'ın enerji açısından Rusya'ya bağımlılığını azaltacağından Rusya'da tedirginlik yarattı. Rusya Devlet Başkanı Putin 14-15 Eylül 2001 tarihinde Ermenistan'a yaptığı ziyarette iki ülke arasındaki bağları kuvvetlendirmek amacıyla temaslarda bulunmuş ve Ermenistan'daki Rus askeri personelinin yasal durumu ile ilgili anlaşma imzalanmıştır.⁴⁶

3. Sonuç

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsızlığını ilan eden Cumhuriyetler dışında kalan sınırlarda hakimiyetini devam ettirme ve toprak bütünlüğünü koruma politikası izleyen Rusya'nın Gürcistan'da Abhazları desteklemesi bir çelişkidir. Azerbaycan'ın toprak bütünlüğünü tehdit eden Dağlık Karabağ çatışmasında Rusya'nın Ermeni kuvvetlere destek vermesi de dış politika amaçları açısından bir çelişki oluşturmaktadır.

Çeçenistan savaşı ise Putin için özel bir öneme sahiptir. Putin'i başbakanlığı döneminde Çeçenistan'da uyguladığı sert politika popüler yapmıştı. Ancak aynı politika Batı ile Rusya arasındaki ilişkilerde gerilim noktasını oluşturdu. 11 Eylül saldırılarından sonra ABD'ye olan desteğini açıklamakta gecikmeyen Putin, Çeçenistan'daki mücadelede de Batının daha anlayışlı yaklaşmasını bek-

⁴⁴ Bu noktada güvenlik endişesiyle kurulan Şangay Forumunun da Batı etkisinin artmasıyla öneminin azalacağı söylenebilir. Sinan Oğan, "Rusya'nın İkinci Afganistan Çıkması", *Stratejik Analiz*, Cilt 2, Sayı 19, Kasım 2001, ss. 58-59.

⁴⁵ *Yeni Azerbaycan*, "Türkiye-Azerbaycan-Gürcistan Arasında Güvenlik ve İşbirliği Hakkında Anlaşma İmzalanıyor", 28 Aralık 2001.

⁴⁶ Vladimir Socor, 'Armenia's Reliance on Russia Increase After Putin's Visit', *Jamestown Foundation Monitor*, Vol. VII, Issue 171, 19 Eylül 2001. Sedat Laçiner, "11 Eylül Olayları (Yeni Terörizm) Ve Ermeni Sorunu", *Stratejik Analiz*, Cilt 2, Sayı 19, Kasım 2001, ss 44-45. Nazmi Gül ve Gökçen Ekici, "Stratejik Ortaklar Arasında Bir Sorun mu Var? Putin'in Ermenistan Ziyareti ve Moskova-Erivan İlişkileri", *Stratejik Analiz*, Cilt 2, Sayı 19, Kasım 2001, ss. 32-38.

ledi. Afganistan'daki terörist gruplarla Çeçenler arasında da bağ olduğunu iddia eden Rusya, 11 Eylül sonrası gelişmeleri Gürcistan üzerinde de baskı kurmakta kullanmaya kalktı. Batı ile Rusya arasındaki yakınlaşmadan Rusya'nın bölgedeki etkisini arttırmak suretiyle yararlanabileceği düşünülse de eski Sovyet Cumhuriyetleri'nin hava sahalarını ABD'ye açması hatta ABD'nin üsler elde etmesi ABD'nin bölgeye askeri varlığıyla yerleşmesine neden olabilecek bir gelişmedir. Rusya'nın Gürcistan konusunda ABD'nin hassasiyetlerini dikkate almaması ve Azerbaycan'a karşı da Ermenistan ile olan ilişkilerini daha da ilerletmesi bölgede bloklaşmalara neden olacaktır. Yukarıda ifade edildiği gibi Rusya ile Batı arasındaki ilişkilerin gelişmesi konusuna da temkinli yaklaşmak gerekir. Rusya'nın ABD tarafından "serseri devletler" olarak ilan edilen ülkeler ile olan yakın ilişkisi, NATO'nun genişlemesi konusu Rusya ile Batı arasında potansiyel gerginlik noktaları olarak kalmaya devam edecektir.

HOSTILE OCCUPATION AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Dr. İbrahim KAYA*

I. INTRODUCTION

Civilians are the broadest group of persons who are protected by international humanitarian law. As a consequence of armed conflict, they may become subjects to a hostile army and it is highly likely that this may render them vulnerable if the rules for protecting civilian populations from foreign military oppression are inadequate or inapplicable. This paper will examine the rules applicable to a civilian population during a hostile occupation and evaluation of these rules will be discussed. This essay consists of three main headings. Namely the general application of humanitarian provisions, administration by an occupying power and aspects for the protection of a civilian population.

The effectiveness of the provisions and weaknesses through omissions will be analysed with the context of respective headings.

II. APPLICATION OF HUMANITARIAN PROVISIONS

It is very useful to find a proper comprehensive and legal definition of "occupation", before moving to the analysis of rules which are applicable in occupied territories. In this sense, Mc Coubrey's definition (1990) can be borrowed. He states that:

... occupation... involves the uninvited imposition of administrative control over a territory attached to some other states usually, but not absolutely necessarily, by means of military force in the course of armed conflict.

In chronological order, 1907 Hague Regulations, which are annexed to Hague Convention IV. with respect to the laws and customs of war on land, article 42 provides for application in an occupied territory which "is actually

* Canakkale Onsekiz Mart University

placed under the authority of a hostile army" and that such occupation applies to the territory where that authority is established and can be exercised. 1949 Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (hereafter the Fourth Geneva Convention) states by article 2 (2), which is common article of four Geneva conventions, that:

The convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a ...Party, even if the ... occupation meets with no armed resistance.

Additional Protocol I, 1977, extends the scope of application by article 1 (4), to cover all territories where an "alien occupation" occurred.

The terms "the territory of a ... Party" and "alien" raise some questions, as to the scope of application, of the "Geneva" provisions, whether they are applicable in those territories which are under the control of a hostile power even when power is not lawful sovereign.

Greenwood (1992) supports the view that the Convention is applicable without prejudice to any dispute relating to the status of the territory prior to the occupation. However, in practice as Greenwood (1992) quotes from Shamgar for instance, Israel has declined to accept applicability of the Convention in the West Bank and the Gaza Strip, despite the ICRC's position that the Convention is applicable *de jure*. On the other hand, Dinstein (1978) wrote that, as can be seen in the *Christian Association for the Holy Places v. The Minister of Defence et al*, the government of Israel, in a number of cases, accepted that the Supreme Court of Israel examine the acts of Israeli administration under the Convention and in addition the Attorney General of Israel officially announced in 1971 that Israel will act in accordance with the humanitarian provisions of the Convention. The Article 4 of the Additional Protocol reads:

The application of the Conventions and of this Protocol, ..., shall not affect the legal status of the Parties to the conflict. Neither the occupation of a territory nor the application of the Conventions and this Protocol shall affect the legal status of the territory in question.

Another important element which gives the title of occupation is "administrative control". As Oppenheim (1952) writes, when he draws the line between occupation and invasion, that: "The difference between mere invasion and occupation becomes apparent from the fact that an occupant sets up some kind of administration. The question of administration will be examined in the following heading.

It is also necessary to determine the beginning and ending of an occupation to examine whether the humanitarian provisions relating to occupation are applied properly, although it is not always easy to determine precisely. As Roberts (1984) states generally occupations are preceded by invasions. He also agrees with the view that occupation may be said to begin when the invader actually exercises au-

thority. Accordingly, Article 42 of the Regulations considers a territory occupied "when it is actually placed under the authority of the hostile army". According to the British Manual of Law (1958) "... the invader should take measures to make known by proclamation the fact of the establishment of occupation and the area over which it extends". Although this is desirable, there is no formal requirement in the law to do so. Despite the fact that it is not always necessary, an occupation ends when the occupant leaves. However, the Article 6 (3) of the Fourth Convention states that:

In the case of occupied territory, the application of the present convention shall cease one year after the general close of military operations...

It adds that after that time the occupying power is required to observe a list of some articles of the Convention. This "one year after" phrase is very debatable. It can be argued that the "one year after" rule may leave the inhabitants of the occupied territory with less protection against the occupying power, especially in the long occupation cases such as those in the Middle East. On the other hand, as Roberts (1984) argues, the remaining articles to be observed do not provide less protection than those which deal specifically with occupied territories. The occupying power is not required to observe the regulations after one year. He may do so if his motif has been revised by 1977 Additional Protocol by article 3, which states that "the application of the Conventions and of this Protocol shall cease ... in the case of occupied territories, on the termination of the occupation."

III. ADMINISTRATION BY OCCUPYING POWER

As the starting point, Article 43 of the Hague Regulations reads as follows:

The authority of the legitimate power having in fact the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

There are two requirements in this article: First, the duty to restore and ensure public order and safety, secondly the obligation to respect the laws in force unless prevented. Greenwood (1992) deduced four principles which set up the international legal framework for the administration of an occupied territory. They are:

1. The occupant acquires temporary authority, not sovereignty over the occupied territory

Occupation is a temporary state of affairs and does not confer sovereignty upon the occupying power. Hence, the annexation of occupied territory during a war is prohibited. Even if the occupying power does proclaim annexation of the

territory, it has no right to alter the status of the territory or inhabitants of this territory. In this case, the inhabitants of this territory remain subject to the law in occupied territories.

Article 47 of the Fourth Convention affirms this principle. According to this article it is prohibited to deprive protected persons in occupied territory of the benefits of the convention by any change in institutions or government of the territory, any agreement between the authorities of the said territory or any annexation, complete or partial, of the territory. It can be concluded from this article that, for example, following Iraqi invasion of Kuwait in 1990, the announcement by Iraq of its annexation of Kuwait as an Iraqi province had no effect upon the rights conferred by the Convention on the Kuwaiti territory and its inhabitants. As Oppenheim (1952) pointed out, changing of the status of an occupied territory also involves setting the said territory up as an independent state, and dividing it into administrative districts for political purposes. In this context, German's dividing of occupied Belgium into two separate administrative districts during the First World War infringed this prohibition.

2. The occupying power required to administer the occupied territory

Article 43 of the Regulations requires the occupant to "take all the measures in his power to restore and ensure public order and safety". However, it is doubtful to what extent the occupant administers the territory according to treaty provisions. Greenwood (1992) concludes, considering the French text of the Regulations which require the occupying power to ensure "L'ordre et la vie publique" that the occupying power is under a duty to prevent economic collapse as well as anarchy and disorder and this duty includes an assurance that the valid currency in the occupied territories must function and essential services must be maintained. Dinstein (1978) supports this view and adds that the occupant is entitled to introduce a new currency in the occupied territory since he has responsibility for regulating the social and economic life of the said territory. It seems that the duty to administer also gives many rights which might affect the inhabitants of the occupied territory, if they are not used in good faith. Under the excuse of providing public order, the occupant may oppress the civilian population. The Fourth Geneva Convention imposes a number of specific obligations upon the occupant as Greenwood (1992) mentions, such as the provision of education (Article 50), the supply of foodstuff and medical supplies to the civilian population (Article 55), the maintenance of medical and hospital facilities (Article 56), the distribution of books and articles required for religious needs (Article 58.2) and the facilitation of relief efforts where necessary (Articles 59-62). On the other hand, in reality, it must be born in mind that the administration of the occupation is not an ordinary administration, but a military administration and tries to administer the territory under extraordinary circumstances. Therefore, in practice, the administration must not be expected to fulfil all the requirement "perfectly". Accordingly no one could be held responsible for those

not in his power. This does not mean that the occupant may refrain from doing its best, and the inadequacy of circumstances is an acceptable excuse unless it does its utmost.

3. The occupant should respect the existing law, unless absolutely prevented

This principle is related to legislative competence of the occupying power . The occupying power is required, by Article 43 of the Regulations, to respect the laws in force in the occupied territory, subject to exception of absolute prevention from doing so. The first sentence of the article 64 of the Fourth Geneva Convention reaffirms this principle and provides that:

The penal laws of the occupied territory shall remain in force, with the exception that they may be repealed or suspended by the Occupying Power in cases where they constitute a threat to its security or an obstacle to the application of the present Convention.

In the light of these two provisions Greenwood (1992) concludes that a general legislative competence in the belligerent occupant is not recognised by international law and without the requirement for the legitimate interest of the occupant or concern for the civilian population only constitute an exception to introduce changes. However the exceptions to the duty to respect existing law are broad. As Dinstein (1978) argues the legitimate interests of the occupant includes legislation limiting freedom of movement and association, establishing censorship on the press, introducing food rationing. British Manual of Military Law (1958) also confirm such limitations and states that political laws and constitutional safeguards may be suspended during occupation: for example, among others, the right of assembly and the freedom of the press.

It can be argued that, if these exceptions are used beyond their purposes, they quite possibly create an extra means of oppression over civilian population. However, the British Manual (1958) also recognises that neither the law nor the jurisdiction in force in the occupying power's own country should be extended to the occupied territory.

It is also worth mentioning that the former sovereign which had to leave the authority to the occupying power keeps his sovereignty, but because of the circumstances created by the fact of occupation he is not able to exercise the laws in the occupied part of its territory. Thus, as mentioned by Greenwood (1992), if the displaced state from its territory makes changes in its legal system , these are not applicable in the occupied territory. On the other hand, Dinstein (1978) submits that although such new laws are not "in force" in the occupied territory, the occupying power is not prevented from applying them.

4. The powers of the occupant are limited under international law

International law requires an occupying power to set up an administration under Article 43 of the Regulations. However, the Fourth Geneva Convention Additional Protocol I and, to a certain extent, Hague Regulations introduce a number of constraints upon its power in order to provide humanitarian protection for the civilian population of the occupied territory. There are some certain constraints by international humanitarian law on the occupant, for example the prohibition of reprisals, torture, collective punishments and so on. The aim of these provisions is to preserve minimum humanitarian standards. These provisions will be examined in detail in the forthcoming heading.

IV. ASPECTS OF THE PROTECTION OF CIVILIAN POPULATION

There are some acts which are not permissible at any time and in any place.

Article 75, which is entitled "Fundamental guarantees" prohibits by the second paragraph the following acts at any time and in any place notwithstanding whether committed by a civilian or by military agents:

- a) violence to the life, health, or physical or mental well-being of persons, in particular:
 - (i) murder
 - (ii) torture of all kinds, whether physical or mental
 - (iii) corporal punishment; and
 - (iv) mutilation;
- b) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading, treatment enforced prostitution and any form of indecent assault;
- c) taking of hostages
- d) collective punishments; and
- e) threats to commit any of the foregoing acts

These will be examined in more detail under the forthcoming headings.

- a) Basic needs of civilian population

As pointed out by Dinstein (1978), there is a clause of general application of significance in the context of belligerent occupation, in Article 54 of the Additional Protocol I. Article 54 (1) prohibits the starvation of civilians as a method of warfare. According to Article 54(2) of the Protocol I, it is prohibited to destroy, remove or render useless objects indispensable to the survival of the civilian population, such as foodstuff, crops, livestock, drinking water installation and irrigation works,

which are intended to or could possibly result in the starvation of civilians. However, the article may be criticised on the grounds that it does not include in the definition of "objects indispensable to the survival of the civilian population", shelter and clothing. Furthermore in order to provide the sustainability of food production, agricultural equipment, for example tractors, would be expected to be included by the article. On the other hand, the Article 54 of the Protocol I seems not to be exclusive and it can be argued that "all objects indispensable to the survival of the civilian population" could be extended to include other necessary objects, as exemplified above apart from those which are listed in the article. Similarly Article 55 of the Fourth Geneva Convention requires the occupying power to ensure the food and medical supplies of the population "to the fullest extent of the means available to it" and if local supplies are not adequate, to bring them from outside. In other words, Article 55 of the Fourth Geneva Convention includes other "indispensable objects" such as clothing and shelter as well as those which are listed by the Article 54 of the Protocol I. In addition, the Article 69 of Protocol I extends the provision to clothing, bedding, means of shelter other supplies essential to the survival of the civilian population subject to the fullest extent of their availability.

b) Medical services

Medical services are needed in occupied territories as well as under normal circumstances. Under Article 56 of the Fourth Geneva Convention, the occupying power has a duty to ensure and maintain medical services and installations. The occupant must particularly take prophylactic and preventive measures in order to combat the spread of contagious diseases and epidemics. Medical personnel may not be prevented from carrying out their jobs. This duty also extends to new hospitals set up in occupied territory and their personnel. Article 57 of the Fourth Geneva Convention, permits the occupying power to requisition civilian hospitals temporarily and in cases of urgent necessity for the care of military wounded provided that "suitable arrangements are made in due time for the care and treatment of the patients and for the needs of the civilian population for hospital accommodation".

It can be said that although the requisition of civilian hospitals is permitted, this remains subject to some strict conditions, namely, hospitals can be requisitioned only temporarily, and even then the civilian patients must not suffer from this activity. Furthermore, to ensure proper care of civilian patients, Additional Protocol I, by article 14, requires the occupying power to take all necessary measure to meet the medical needs of the civilian population. By Article 14, the general content of requisition of civilian hospitals extended to include "their equipment, their material or the services of their personnel". On the other hand, the conditions of the requisition of hospitals and their materials are restricted by the Article 14 (2) which provides the requisition is subject to the following statement; that "these resources are necessary for the provision of adequate medical services for the civilian population and for the continuing medical care of any wounded and sick already under treatment".

By saying that, it achieved an important revision to protect civilian populations. Under Article 15 of the Protocol I, the occupying power must enable the medical personnel to perform their functions in occupied territory and they are not required to give priority to the treatment of any person except on medical grounds. They also cannot be compelled to carry out tasks which are not compatible with their vocation.

c) Work by civilian population

Under *jus in bellum* the occupying power has a right to make the civilian population work, subject to some specific conditions Article 52 of the Hague Regulations permits the occupying power to demand from inhabitants of the occupied country undertake compulsory work for the needs of the army of occupation, and the said work should "be in proportion to the resources of the country". The British Manual (1958) also states that if necessary, services for legitimate purposes may be obtained by force and refusal may be punished.

However, they must not involve taking part in military operations against the inhabitants' own country. Unlike the Hague Regulations, the Fourth Geneva Convention contains more details in relation to the conditions of compulsory work. Article 51 of the Convention manifestly prohibits imposing compulsory services on the inhabitants of the occupied territory in the armed or auxiliary forces of the occupant. However, voluntary enlistment is permitted, though to encourage them to do so, propaganda or other pressure techniques are forbidden. Persons over the age of 18 may be required to work which is necessary for the needs of the occupying army, public utility services or other needs of the civilian population. Protected persons may not be forced under any circumstances to undertake work concerning taking part in military operations. As Mc Coubrey (1990) mentions, to create or induce unemployment in order to secure volunteers for work is not permitted. The work must be carried out only in the occupied territory and the legislation in force must be applicable to the protected persons. They must also be paid a fair wage and work must be proportionate to their capacities both physically and intellectually.

In this context it is not always easy to draw the line between the works which involve "taking part in military operations" and others. Rowe (1987) argues that ammunition bearing falls into this category whereas helping to place sand bags around a particular building in preparation for an attack does not.

d) Internment of civilians

There are two kinds of civilians who can be interned. The first category includes those who are in the enemy country when the conflict occurred and the other group of civilians are those who are inhabitants of the occupied territory. The latter is included within the limits of the present paper, whereas the former is beyond them. Article 78 of the Fourth Geneva Convention allows the occupant to take safety measures concerning protected persons and to assign to them a specific resi-

dence on a compulsory basis or to intern them "for imperative reasons of security". Article 42 provides the basis on which civilians may be interned: Firstly, the security of the occupant, secondly voluntary demands to internment. The former reason may aim, for instance, to prevent the civilians from attending resistance movement which may create a genuine threat to the security of the detaining power, whereas the latter may help to save the life of interned civilians from any local threat. Article 43 provide a guarantee that the situation of the internee must be, as soon as possible, reconsidered by a court or an administrative board which has been designated for that purpose. Once internment or assigned residence has been obtained, the court or board must reconsider the case periodically, at least twice a year. Under Article 75 (3) of the Protocol internees are entitled to be informed "of the reasons why these measures have been taken. Internment must not be considered as a penalty by the occupant but as Dinstein (1978) states it must be resorted to "as a measure denying the suspect the possibility of committing an offence in the future".

There are also detailed provisions with respect to running of internment camps in the Fourth Geneva Convention. Although the detailed analysis of these provisions goes far beyond the limits of this paper, the nature of internment and vulnerability of internees makes it essential to mention them in particular as a means of protecting civilian population from oppression by foreign military forces. The Fourth Geneva Convention permits internees to retain full civil capacity. They must be granted the medical attention required by their state of health. The detaining power must also under the duty to provide support for those dependent on the internees, if they are with inadequate means of support. Family units must be kept together wherever possible. Places of internment must not be set up in areas exposed to the dangers of war. Internees must be kept separate from prisoners of war and "from persons deprived of liberty for any other reason", for example for committing an offence. The hygiene and health of the camp must be ensured by the occupant and observation of the religion must be granted. Canteens must be run and purchase must be enabled at prices not higher than local market prices. It can be argued that, although international law tries to protect the civilian internees by very detailed provisions, they still remain vulnerable. It can also be added that, if it is considered that they are deprived of liberty for no acts which constitute crimes, but merely for potentiality of threat to the foreign military, their internment is not in accordance with the principle of "everyone is innocent until proved guilty".

e) Judicial proceedings

According to the Article 64 of the Fourth Geneva Convention, the penal laws of the occupied territory remain in force unless they constitute a threat to the security of the occupant on an obstacle to the application of jus in bellum. In these cases , the occupying power may repeal or suspend them. The second sentence of the Article provides that "the tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws". This provision is also

subject to the above mentioned exception and "to the necessity for ensuring the effective administration of justice". These exceptions are very broad and vague. Therefore it seems that they are inadequate as a means of protecting civilian populations and open to misuse. Furthermore, Article 66 permits the creation of "non-political military courts". It is very difficult to suggest that these "special" courts conduct their duties with impartiality. However, there are also some basic safeguards in the laws of occupation, such as "the right to present evidence and call witnesses" (Art. 72), "the right of appeal" (Art.73) "The right to attend trials by representatives of the Protecting power" (Art. 74) and "human treatment of detained persons"(Art. 76).

Another important aspect of the judicial provisions of the Fourth Geneva Convention is to permit the imposition of capital sentences. This provision can be criticised if one considers that capital punishment has been abolished in most developed countries. Dinstein (1978) concludes that whether or not death sentences passed by the occupant's military courts are permissible, "the Hague Regulations ... do not imply any limitation of the occupant's authority". In this regard he adds that:

Article 68 of the Fourth Geneva Convention lays down that the penal provisions promulgated by the occupant (in accordance with Articles 64 and 65) may warrant inflicting the death penalty on protected persons only where they are guilty of (a) espionage; (b) serious acts of sabotage against the military installations of the occupying power; (c) intentional offences causing death.

If pre-existing laws of the occupied territory do not punish such offences, death penalty cannot be implemented.

There are also some restrictions on the implementation of capital punishment. For example the death penalty in the Fourth Geneva Conventions may not be pronounced against a protected person who is under 18 years of age (Art. 68). Additional Protocol I by Article 76 (3) also introduced further restraints, by forbidding the pronouncement of the death penalty on pregnant women or mothers having dependent infants. Furthermore Article 75 of the Fourth Geneva Convention provides that persons condemned to death penalty have a right to petition for pardon or reprieve.

f) Property

Under this heading only private property will be examined, due to it being included under the subject of this paper. as a general rule, as affirmed by Article 23 (9) of the Hague Regulations and Article 53 of the Fourth Geneva Convention, property may not be destroyed unless for absolute military necessity. Article 46 of the Regulations forbids the confiscation of private property. Article 52 of the Regulations permits requisition in kind and services from inhabitants for only the needs of the army of occupation. It also must be in proportion to the resources of the country and " can only be demanded on the authority of the commander in the lo-

cality occupied". These are safeguards to protect civilian population from oppressive demands of the occupied power.

The seizure of "all kinds of munitions of war" irrespective of the owner "but must be restored and compensation fixed when peace is made".

However the term of munitions of war is very broad. the Court of Appeal in The Dutch Oil Companies Case ruled that a raw material like oil is not munition of war because the fact that it is not suitable for direct military use without extraction and retaining in elaborate installation

V. CONCLUSION

In this paper, the relevant existing provisions in article from jus in bellum, i. e. "Geneva" law to protect civilian populations from the possible oppression that belligerent occupiers are able to exert when they invade foreign territory has been examined.

As can be seen, although the provisions where intended to prevent to abuse of the civilians of those territories which had been taken over and occupied they have not succeeded entirely in their aims. The reasons for this vary according to the situation but generally the provisions had been seen to be too idealistic at times, and incomplete in areas allowing them to be abused, by the occupying power.

Also, since they were designed for regulations of the occupants' power for temporary periods of time, they have not provided for situations where prolonged occupations exist for example in Palestine.

The provisions were also designed during a time when occupations were mainly due to inter-state conflicts. They are seen to be inadequate at the present time, since, especially after the Cold War, the proportion of internal conflicts has become more important than those of an inter-state nature.

To protect the future civilian populations from oppression, the existing provisions must be reviewed and developed further.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM)
KARARLARINA GÖRE MAKUL TUTUKLULUK SÜRESİ
ve TÜRK HUKUKU*

**Die angemessene Dauer der Untersuchungshaft nach den Entscheidungen des EGMR
und das türkische Recht**

Yrd. Doç. Dr. Faruk TURHAN**

**I. TUTUKLU SANIĞIN “MAKUL SÜREDE” YARGILANMA
HAKKI**

AİHS'nin kişi özgürlüğüne verdiği önemin bir göstergesi tutukluluk süresinin aşırı uzamasına ve bir çeşit cezanın önceden infazına karşı 5. maddesinde getirdiği güvencedir.¹ Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası tutuklu sanığa makul süre

* *AİHM*'nin bütün kararlarına (İngilizce veya Fransızca metinlere) internet üzerinden <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm> veya <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> adreslerinden ulaşılabilir. Bu nedenle çalışmada kararların yayınlandığı eserlere atıf yapılmayarak, *Mahkeme*'nin web sayfasındaki karar metinleri esas alınmıştır. Ancak, kararların Almanca veya Türkçe çevirileri varsa bunlar kararın atıfta bulunduğu ilk dipnotta gösterilmiştir.

Bu çalışma Mayıs 2001 tarihinde tamamlanmıştır.

** Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ AİHS'ye göre kişi özgürlüğünün önemi ve sınırlama nedenleri ile özgürlüğü kısıtlanan kişilere Sözleşme'nin getirdiği güvenceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ/Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s.205 vd.; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, **Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 49, No. 3-4 (1994) (Prof. Dr. **Yılmaz Günel'a Armağan**) s.199-218; Şeref ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1995, s.129 vd.; Mahmut GÖÇER, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku”, **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, no: 301, Ankara 2000, s.211-222; Burhan KUZU, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Bağlamında Keyfi Tutuklamaya Karşı Korunma”, **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s.1201-1240.

içinde yargılanma veya yargılama devam ederken salıverilme güvencesi tanı-
maktadır. Bir kişinin Sözleşme'nin 5. md. 1. fıkra c) bendi uyarınca makul şüphe
üzerine tutuklanmış olması, onun muhakemenin sonuna kadar tutuklu kalmasını
gerektirmez.² Belli bir olayda tutukluluğun makul süreyi aşmamasını sağlamak,
öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı mercileri,
masumluk karinesine dikkat ederek, kişi özgürlüğünden ayrılmayı haklı kılan
bütün şartları incelemeli ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında bunları
göstermelidirler.³ Tutuklu kişilerle ilgili işlemler gecikmeye neden olmayacak
şekilde yürütülmeli ve eğer bir yargılama makul bir süreyi aşıyorsa, yargılama
tutuksuz devam etmeli ve tutukluluk süresi hiçbir şekilde makul bir süreyi aş-
mamalıdır. Ancak hangi sürenin makul sayılacağını, daha doğrusu makul olan ile
olmayan süre arasındaki sınırın ne olduğunu her zaman kolayca tespit etmek
mümkün değildir. Burada tutuklu sanığın tekrar özgürlüğüne kavuşmasındaki
çıkarı ile, devletin etkin bir ceza koşturmasındaki çıkarları dikkate alınması
gerekir. AİHM tutukluluk süresinin makul olup olmadığını somut olayın özellik-
lerine göre değerlendirmektedir.⁴

Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasındaki tutukluluğa ilişkin makul süre, 6.
maddenin 1. fıkrasındaki yargılamadaki makul süre arasındaki bağlantıya da de-
ğinmek gerekiyor. Her iki hükmün amacı farklı olmakla birlikte, aralarında sıkı
bir bağlantı vardır.⁵ Sanık tutuklu değilse, ceza davası yine de gecikmeye yer
vermeden yürütülmelidir. AİHM'e göre, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkra hükmü adli
makamlara, yargılamayı makul bir süre içinde tamamlamak veya yargılama sü-
rerken sanığı belli bir teminat karşılığı serbest bırakmak arasında bir seçim im-
kanı verir şekilde yorumlanamaz. Böyle bir yorum tarzı Sözleşme'nin amacı ile
bağdaşmaz. Çünkü, Sözleşme taraf devletlerin yargı makamlarına, sanığın ser-
best bırakılması karşılığında, davayı makul süreyi aşacak şekilde uzatma imkanı
vermez. Böyle bir yorum tarzı 6. maddenin 1. fıkrasındaki davaların makul süre

² GÖÇER, s.220.

³ AİHM 27.08.1992, Tomasi/Fransa, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD), editör
Osman DOĞRU, İstanbul Barosu Yayınları, cilt I, İstanbul 1998, s.75-110, par.84.

⁴ Arthur HAEFLIGER/Frank SCHÜRMAN, Die Europäische
Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Basi, Bern 1999, s.113.

⁵ AİHM bu her iki hüküm arasındaki ilişkiyi 10.11.1969 tarihli Stögmüller/Avusturya
Kararı'nda (İHKAD, c.1, s.83-90) şu şekilde ortaya koymuştur (par.5, karar bölümü):
"Sözleşme'nin 6. md. 1. fıkrasındaki makul süre hükmü, her türlü davaya uygulanır;
hükmün amacı davanın taraflarını usuli gecikmelerin aşırılıklarına karşı korumaktır.
Özellikle cezai konularda, bir suç isnadı ile karşılaşan bir kimseyi akıbeti hakkında uzun
süre belirsiz bir durum içinde kalmamasını sağlamaya yöneliktir. Sözleşme'nin 5. md. 3.
fıkrasındaki 'makul süre' ise, sadece hakkında suç isnadı olup tutuklu bulunan
kimselerle ilgilidir. Bu fıkra, bu durumdaki kimselerle ilgili olayların kovuşturulmasında
özel bir ihtimam gösterilmesini ima etmektedir. Hazırlık soruşturmasının süresinin
şikayet konusu olmadığı hallerde bile, tutukluluk süresi makul bir süreyi aşmamalıdır."

içinde bitirilmesi yükümlülüğüne aykırıdır.⁶ Yani sanık tutuklu olmasa bile ceza yargılaması gecikmeksizin ve düzgün bir şekilde yapılması gerekir. 6. maddenin 1. fıkrasındaki makul süre ile 5. md. 3. fıkradaki makul tutukluluk süresinin başlangıcı aynı olmakla birlikte (en geç tutuklama anı), 5. md. 3. fıkradaki süre daha kısadır ve daha katı kriterlere göre değerlendirilmesi gerekir.⁷ *AİHM*, tutukluluktaki makul süre ile yargılamadaki makul süreyi değerlendirirken bazen, soruşturma konusu olayın karmaşıklığı, sanığın davranışı gibi, her ikisinde de aynı kriterleri kullanmaktadır.⁸

Belirtilmesi gereken diğer bir konu da, tutuklu sanıkların yargılandığı davaların gecikmeye yer vermeden süratle görülmesini isteme hakkı, dava konusu olayların tam olarak aydınlatılmasını engellememelidir. *AİHM* bu hususu bir çok kararında açıkça vurgulamıştır. *Mahkeme*, Wemhoff/Almanya Karar'ında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "Tutuklu sanığın kendi davasına öncelik ve özel hız verilmesi hakkına sahip olmasının, savunma ve iddia makamına ellerindeki tüm delilleri ortaya koymalarına ve görüşlerini ifade etmelerine imkan vermek ve suçun gerçekten işlenip işlenmediği ve cezası üzerinde dikkatlice aydınlatılmasını isteyen yargıçların çabalarını engellememesi gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır".⁹ Bu nedenle literatürde özellikle vurgulandığı gibi, ceza koşturmasının "her ne bahasına olursa olsun" hızla sonuçlandırılması diye bir amacı olamaz.¹⁰

Kişi özgürlüğüne büyük önem veren Anayasamız da, tutuklama konusunda AİHS'nin hükümlerini 19. maddeye aynen alarak, tutuklulukta makul sürenin aşılmasını emretmiştir. Ancak uygulamada tutuklamanın bir çeşit ön cezaya dönüştüğü ülkemizde bu durumu önlemek için CMUK'ta 1992 yılında yapılan değişiklikle tutukluluk sürelerine üst sınırlar getirilmiştir. Getirilen bu yenilikte aşağıda açıklanacağı gibi tutukluluğun uzun sürmesini engellemeye yeterli değildir.

⁶ *AİHM* 27.06.1968, Wemhoff/Almanya, **İHKAD**, c.1, s.47-66, par.5 (karar bölümü); *AİHM* 27.06.1968, Neumeister/Avusturya (Esas hakkında), **İHKAD**, c.1, s.67-76 (özet), par.4; *AİHM* 22.12.2000, Jablonski/Polonya, par.83.

⁷ FROWEIN/PEUKERT, s.126, no.118.

⁸ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s.226.

⁹ Wemhoff/Almanya, par.17 (karar bölümü); ayrıca bkz. *AİHM* 26.3.1993, W/İsviçre, **EuGRZ** 1993, s.384-389, par.42; *AİHM* 12.12.1991, Toth/Avusturya, **ÖJZ** 1992, S. 242-245, par.77; *AİHM* 28.03.1990, B/Avusturya, **ÖJZ** 1990, s.482-484, par.45.

¹⁰ Sulhi DÖNMEZER/Feridun YENİSEY, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", in: **KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s.1312, no.18.

Türkiye'de çok sık ve yaygın bir şekilde mahkemelerin tutuklama kararı verdiği ve tutukluluk sürelerinin uzun olduğu belirtilmektedir.¹¹ Ancak uygulamada tutuklamaya ne oranda başvurulduğu ve tutukluluk sürelerinin makul süreyi aşıp aşmadığını isabetli bir şekilde değerlendirebilmek için, mahkemelerce verilen tutuklama kararlarında hangi nedenlere dayanıldığı, sanığa isnat edilen suçlamaların neler olduğu, tutukluluk sürelerinin ne kadar devam ettiği, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda hangi gerekçelere dayanıldığı, tutukluluğun teminat karşılığı salıverilmesi için ne oranda talepte bulunulduğu ve ne oranda bu taleplerin kabul edildiği gibi konulara ilişkin istatistiksel bilgileri içeren ayrıntılı bir çalışma yapılması gereklidir. Gerçi **Dönmezer/Yenisey** tarafından "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği"¹² üzerine İstanbul'da yapılan bir araştırmada tutuklama nedenlerine ve verilen tutuklama sayılarına ilişkin çok önemli bilgilere yer verilmektedir ve bu çalışmada da bu bilgilerden faydalanılmıştır. Ancak, kesin sonuçlara ulaşabilmek için daha kapsamlı bir araştırma ihtiyaç vardır.

Bu çalışmada AİHM'nin tutuklama konusundaki kararları esas alınarak, *Mahkeme*'nin makul tutukluluk süresinin değerlendirilmesinde hangi süreleri dikkate aldığı (inceleme konusu yapılacak sürenin başlangıç ve sonu), tutukluluğun makullüğünü hangi kriterlere göre değerlendirdiği (makul tutukluluk süresine ilişkin geliştirdiği kriterlerin neler olduğu) ve tutukluluğun teminat karşılığı sona erdirilmesi incelendikten sonra, bu kriterler ışığında Türk hukuku değerlendirilecektir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için zorunlu olmadıkça 11 nolu Protokolle görevi sona eren Avrupa İnsan Hakları Komisyon'unun kararları incelenmemiştir.

II. MAKUL TUTUKLULUK SÜRESİNDE DİKKATE ALINACAK DÖNEM

Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası açısından makul sürenin değerlendirilmesinde göz önüne alınacak tutukluluk süresi sanığın göz altına alınarak fiilen özgürlüğünün kısıtlanması ile başlar. Ancak suçluların iadesi talebi nedeniyle yurt dışında iade tutuklamasında geçen süre sanığın iadesinden sonra yapılan ceza koğuşturması sırasındaki tutukluluk süresine dahil edilmez. Makul tutukluluk süresi, sanık talep eden devlete teslim edilmesinden sonra başlar. Talep edilen devletin iade talebini kabul etmeyerek kendisi ceza koğuşturmasına başlaması halinde de iade tutuklamasındaki süreler dikkate alınmaz.¹³ Eğer bir sanık ceza

¹¹ DÖNMEZER/YENİSEY, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", s.1389, no.206.

¹² DÖNMEZER/YENİSEY, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", s.1297-1446; Fatih Selami MAHMUTOĞLU, "İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul 1998, s.155-179 (172).

¹³ Jochen Abr .FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, **Europäische Menschenrechtskonvention/EMRK-Kommentar**, 2. Bası, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strassburg, Arlington, 1996, md. 5 no.120 (s.125-126).

muhakemesi sırasında birkaç defa serbest bırakılmış ve tekrar tutuklanmışsa, ilk tutuklama tarihi esas alınır ve ceza davası ile ilgili olan bütün tutukluluk sürelerinin toplamı makul süre açısından birlikte değerlendirilir.¹⁴

Tutukluluk süresinin bir kısmı bireysel başvurunun tanınmasından önceki döneme ait olduğu için Sözleşme'nin uygulanması söz konusu olmasa bile, bu süre de tutukluluğun toplam süresinin makullüğü açısından dikkate alınabilir. Bu açıdan *AİHM*, **Mansur/Türkiye** davasında, Türkiye'nin zaman bakımından yetkisizlik itirazını kabul etmeyerek, Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. Olayda başvuru 5 Kasım 1984 tarihinde tutuklanmış ve 19 Şubat 1991 tarihinde de mahkum olmuştur. Ancak *AİHM*, Türkiye'nin *Mahkeme*'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 tarihinden önceki tutukluluk süresini de dikkate almıştır.¹⁵ **Yağcı ve Sargın/Türkiye** davasında da *AİHM*'nin yargı yetkisinin kabul tarihi olan 22.1.1990 tarihinden önceki iki yıllık tutukluluk süresinin dikkate alınamayacağına ilişkin Türk Hükümeti'nin itirazı, *Mahkeme* tarafından yine aynı gerekçelerle kabul edilmemiştir.¹⁶

Yargılama sırasında sanığın cezai sorumluluğunun tespiti amacıyla bir hastaneye gönderilmesi söz konusu olmuşsa, hastane veya benzeri psikiyatri kurumunda geçen süre, tutukluluk süresine dahil değildir; çünkü bu halde Sözleşme'nin 5. md. 1. fik. e) bendine giren bir özgürlük kısıtlaması söz konusu olmaktadır.¹⁷

AİHM'nin üzerinde durduğu bir diğer sorun da, bireysel başvuru hakkının kullanılmasından sonra devam eden tutukluluğun, makul tutukluluk süresi aç-

¹⁴ Neumeister/Avusturya, par.6; *AİHM* 16.07.1971, Ringeisen/Avusturya (Esas hakkında), **İHKAD**, c.1, s.124-137 (özet olarak), par.100 vd.

¹⁵ *AİHM* 08.06.1995, Mansur/Türkiye, **İHKAD**, c.2, s.158-170, par.44, 51. Türkiye, *AİHM*'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ederken, 22 Ocak 1990 tarihinden sonra "meydana gelecek olaylar ya da olaylara ilişkin mahkeme kararları" için tanıdığı beyan etmişti. *AİHM* ise, 22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelen olaylar için inceleme yapamayacağını, zaman bakımından yetkisinin bu tarihten sonra meydana gelen olaylar için geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte, 5. maddenin 3. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasına ilişkin başvuruları incelerken, *Mahkeme*'nin yargı yetkisinin tanınması anındaki yargılamanın mevcut durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle *AİHM* Türkiye'nin *Mahkeme*'nin yargı yetkisini tanıdığı tarihten sonraki bir yıl sekiz günlük tutukluluk süresinin, bu tarihten önce varolan bir durumun sadece bir uzantısı olduğunu ve bu olaylarında *Mahkeme*'nin zaman bakımından yetkisi içinde bulunduğu karar vererek, tutuklama tarihi olan 5 Kasım 1984 tarihinden Türkiye'nin *Mahkeme*'nin yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 tarihine kadar geçen beş yıl üç aylık süreyi de dikkate almıştır.

¹⁶ *AİHM* 08.06.1995, Yağcı ve Sargın/Türkiye, **İHKAD**, c.2, s.139-157, par.49; ayrıca krş. *AİHM* 20.03.1997, Lukanov/Bulgaristan, **İHKAD**, c.2; s.263-272, par.40.

¹⁷ FROWEIN/PEUKERT, s.126, no.120.

sından dikkate alınıp alınamayacağıdır. Bilindiği üzere gerekli iç hukuk yollarının tüketilmesi şartıyla sanık, tutukluluğun sona ermesini beklemeden AİHM'e başvurabilir. İşte başvurunun yapılmasından sonra tutukluluk devam etmişse, başvuruçunun, tutukluluğun bu kısmı için de iç hukuk yollarına başvurması şartıyla, devam eden tutukluluk süresini AİHM dikkate almaktadır.¹⁸ Demek ki tutuklu sanığın tutukluluğun sona ermesi veya ilk derece mahkemesinin kararını beklemesine gerek yoktur. Tutukluluk makul süreyi aşar aşmaz bireysel başvuru hakkını kullanabilir.

Makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınacak sürenin sonu ise, AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, sanığın fiilen serbest bırakıldığı veya sanık tutuklu olarak yargılanmışsa ilk derece mahkeme kararının verilmesi anıdır.¹⁹ **Wemhoff/Almanya** davasında **Komisyon**, sanığın ilk derece mahkemesi önüne çıkarıldığı tarihi, yani duruşmanın başladığı anı, değerlendirmeye alınacak tutukluluk süresinin sonu olarak kabul etmişken, *Mahkeme* ise, 5. maddenin amacının kişileri uzun süreli tutuklanmaya karşı korumak olduğunu belirterek, bu görüşü kabul etmemiştir.²⁰ *Mahkeme*'ye göre, ilk derece mahkemesinin kararını vermesine kadar geçen tutukluluk 5. md. 3. fıkrada geçen yargılama sırasındaki tutukluluktur ve istinaf veya temyiz süresince sanığın tutukluk hali devam etmişse, bu süreler artık 5. md. 1. fık. a) bendinde belirtilen mahkumiyet kararından sonra özgürlüğün kısıtlamasına girmektedir.²¹ **B/Avusturya** davasında *Komisyon*'daki azınlık görüşü nedeniyle, *Mahkeme* yerleşik içtihadını yinelemiştir.²²

¹⁸ Neumeister/Avusturya, par.7; Stögmüller/Avusturya, par.7 vd.

¹⁹ FROWEIN/PEUKERT, s.126, no.121; Wemhoff/Almanya, par.9 (karar bölümü); AİHM 06.04.200, Labita/İtalya, İHKAD, c.3, s.302-348, par.147.

²⁰ Wemhoff/Almanya, par.8 (karar bölümü). Bu kararın eleştirisi için bkz. Hans-Jürgen BARTSCH, "Dauer der Untersuchungshaft und Europäische Menschenrechtskonvention", *Juristische Schulung* 1970, s.445-450.

²¹ Wemhoff/Almanya, par.9 (karar bölümü).

²² B/ Avusturya, par.39. AİHM'nin bu görüşü doktrinde eleştirilmekte, özellikle ceza muhakemesinde istinaf sistemini kabul eden devletlerde, istinaf süresince geçen süreyi tutukluluk olarak nitelendiren hukuk sistemlerinde tutukluluk süresinin istinaf sonuna kadar olan sürenin de 5. md. 3. fıkra kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir: bkz. WILLIGER, s.218, no.44; Susanne REINDL, "Probleme der Untersuchungshaft in der jüngeren Rechtssprechung der Strassburger Organe", in: Christoph Grabenwarter/Rudolf Thienel (Hrsg.), **Kontinuität und Wandel der EMRK/Studien zur Europäischen Menschenrechtskonvention**, N. P. Engel Verlag, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, s.45 vd.

III. TUTUKLULUK SÜRESİNİN MAKULLÜĞÜNE İLİŞKİN AİHM'İN GELİŞTİRMİŞ OLDUĞU KRİTERLER

1. Genel Olarak

Sözleşme, tutukluluğun makul süreyi aşmamasını emretmektedir. Ancak *AİHM* yerleşmiş içtihatlarına göre, Sözleşme'deki makul süre kavramının gün, hafta, ay veya yıl gibi tutuklamaya kesin üst sınırlar getirildiği şeklinde anlaşılması mümkün değildir.²³ Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı soyut olarak değil, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmek zorundadır.²⁴ Bu nedenle *AİHM*, olayın şartlarını dikkate alarak, örneğin tutukluluk süresinin 2 yıldan fazla sürdüğü Neumeister/Avusturya ve Ringeisen/Avusturya davalarında, 5. md. 3. fıkranın ihlal edilmediğine karar vermişken, yine 2 yıldan fazla tutukluluk sürelerini Stögmüller/Avusturya ve Matznetter/Avusturya davalarında ise makul olarak değerlendirmiştir.

AİHK ilk başlarda makul süre değerlendirmesinde yedi kriter ortaya koymuştu. Ancak *AİHM* ise bu kriterler yerine, öncelikle ulusal mahkemelerin tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gösterdikleri gerekçelere ve başvurunun tutukluluğun devamına karşı itirazlarında ileri sürdüğü olaylara dayanarak 5. md. 3. fıkra hükmünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre ulusal makamlar masumiyet karinesi ilkesine gereğince saygı göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan gerektiren bütün olayları incelemek ve bu olayları başvurunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar. İşte *AİHM*'de bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvurunun tutukluluğa karşı ileri sürdüğü olaylara dayanarak Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.²⁵

²³ Stögmüller/Almanya, par.4; W/İsviçre, par.30.

²⁴ W/İsviçre, par.30; Wemhoff/Almanya, par.10 (karar bölümü); *AİHM* 22.02.2001, Szeloch/Polonya, par. 86; Jablonski/Polonya, par. 79/1; Labita/İtalya, par.152: "Under the Court's case-law, the issue of whether a period of detention is reasonable cannot be assessed *in abstracto*. Whether it is reasonable for an accused to remain in detention must be assessed in each case according to its special features."

²⁵ *AİHM* tutukluluk süresinin makullüğünü inceleme yöntemini, konuyla ilgili ilk kararları olan 27.06.1968 tarihli Wemhoff/Almanya ve Neumeister/Avusturya kararlarında ortaya koymuş ve bu yöntemi pek az değişikliklerle daha sonraki konuyla ilgili bütün kararlarında uygulaya gelmiştir: Örnek olarak bkz. Stögmüller/Avusturya, par.3; Neumeister/Avusturya, par.5; Mansur/Türkiye, par.15; W/İsviçre, par.30; *AİHM* 27.08.1992, Tomasi/Fransa, *İHKAD*, c.2, s.75-110, par.84; *AİHM* 27.11.1991, Kemmache/Fransa (No. 1 ve No.2) (Esas hakkında), par.45; Szeloch/Polonya, par. 87; Jablonski/Polonya, par. 79/2. 06.04.2000 tarihli Labita/İtalya Kararı'nda *AİHM* inceleme yöntemini şu şekilde belirtmektedir: "It falls in the first place to the national judicial

AİHM tutukluluk süresinin makul olup olmadığına karar verirken ilk önce sanığın suç işlediği yolundaki şüphelerin devam edip etmediğini araştırmaktadır. Ancak makul suç şüphesi belli bir süre geçtikten sonra yeterli olmayacağı için, ulusal yargı mercileri tarafından tutukluluk süresinin devamı için başka gerekçe gösterilip gösterilmediğini ve bu gerekçelerin tutukluluk için “ilgili” ve “yeterli” olup olmadığını incelemektedir. Eğer bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görünüyorsa, incelemesini devam ettirip üçüncü aşamada yetkili makamların tutuklu sanığın muhakemesi sırasında gerekli özeni gösterip göstermediğini araştırmaktadır.

2. Sanık Hakkındaki “Makul Suç Şüphesinin” Devamı:

Sözleşme'nin 5. md. 1. fık. c) bendine göre bir kimsenin suç işlediği konusunda sadece makul şüphenin (“reasonable suspicion”) bulunması, kişinin göz altına alınması ve tutuklanması için yeterlidir. Tutuklanmış bir kimsenin suç işlediğine dair duyulan makul şüphelerin devam etmesi tutukluluğun devamı açısından olmazsa olmaz bir şarttır (a condition sine qua non).²⁶ Sözleşme'nin 5. md. 1. fık. c) bendi açısından polisin gözaltına alma anında veya sanığın tutuklanması sırasında başvuru hakkında dava açılmasını gerektirecek kadar yeterli delil toplanmış olması gerekli değildir.²⁷ Ancak makul şüphenin bulunabilmesi için, bir kimsenin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek olayların veya bilgilerin bulunması zorunludur.²⁸

AİHM Labita/İtalya davasında bir itirafçının dolaylı bir şekilde öğrendiği olaylara dayanan ifadelerine dayanılarak sanığın uzun süre göz altında tutulma-

authorities to ensure that, in a given case, the pre-trial detention of an accused person does not exceed a reasonable time. To this end they must examine all the facts arguing for or against the existence of a genuine requirement of public interest justifying, with due regard to the principle of the presumption of innocence, a departure from the rule of respect for individual liberty and set them out in their decisions dismissing the applications for release. It is essentially on the basis of the reasons given in these decisions and of the true facts mentioned by the applicant in his appeals, that the Court is called upon to decide whether or not there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention.” (par.152/2).

²⁶ Bkz. örneğin Stögmüller/Avusturya, par.4.; W/İsviçre par.30; Labita/İtalya, par.15; *AİHM* 12.12.1991, Clooth/Belçika, **ÖJZ** 1992, s.420-421, par.36; Szeloch/Polonya, par. 88; Jablonski/Polonya, par. 80; *AİHM* 31.07.2000, Barfuss/Çek Cumhuriyeti, par. 65; Yağcı ve Sargın/Türkiye, par. 50; Mansur/Türkiye, par.52: “The persistence of reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the validity of the continued detention”.

²⁷ Labita/İtalya, par.155.

²⁸ Labita/İtalya, par.155; *AİHM* 22.10.1997, Erdagöz/Türkiye, **İHKAD**, c.2, s.292-303, par.51: “However, for there to be reasonable suspicion there must be facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed an offence.”

sında makul sürenin aşıldığına karar vermiştir. Olayda sanık hakkındaki iddiaların tek kaynağı, mafya türü bir örgütün mali işlerine baktığını dolaylı bir şekilde öğrendiğini söylemiş olan bir itirafçısıdır. *Mahkeme*, bir itirafçının ifadelerine dayanılarak sanığın tutuklanabileceğini, ancak soruşturma sırasında yeni deliller ortaya çıkarılmamışsa, bu itirafların olayla ilgisinin azalacağını belirterek, bu davada üç yıl hapis cezası istenmiş olan sanığın tutukluluğu için başka haklı gerekçeler gösterilemediği için iki yıl yedi ay tutuklu kalmasını 5. md. 3. fıkrasına aykırı bulmuştur.²⁹

3. Ulusal Yargı Mercilerince Tutukluluğun Devamı İçin Gösterilen Diğer Gerekçelerin “İlgili” ve “Yeterli Olması”:

Sanık hakkındaki makul şüphelerin devam etmesi, tutukluluğun devamı için zorunlu şart (sine qua non) olmakla birlikte, belli bir sürenin geçmesinden sonra yalnız başına yeterli değildir. Bu gibi durumlarda ulusal yargı mercilerinin tutukluluğun devamını haklı göstermek için başka gerekçeler de göstermesi gereklidir. Ancak gösterilen bu gerekçelerin tutukluluk için “**ilgili**” (yerinde, önemli, uygun) (**relevant**, erheblich)³⁰ ve “**yeterli**” (**sufficient**, ausreichend) olması gerekir.³¹ *Mahkeme*'nin burada kastettiği, genelde ceza muhakemesi kanunlarında belirtilen, kaçma tehlikesi, delilleri karartma tehlikesi, failin suç işlemeye

²⁹ Labita/İtalya, par.156 vd. İtirafçıların ifadeleriyle ilgili olarak *Mahkeme*, mafya ile mücadelede itirafçılarla işbirliğinin çok önemli bir silah olmakla birlikte, itirafçılar tarafından verilen ifadelerin bir takım problemler doğurduğunu, çünkü bu nitelikteki ifadelerin manüplasyona açık olup, İtalyan hukukunun itirafçılara tanıdığı avantajları elde etmek amacıyla veya kişisel intikam duygularıyla verilmiş olabileceğini belirtmiştir (par.157). *Mahkeme*'ye göre bu nedenlerden dolayı itirafçı ifadelerinin başka delillerle desteklenmesi zorunludur; duyulanın aktarılması söz konusu ise bunun da objektif delillerle desteklenmesi gerekir (par.158).

³⁰ *Mahkeme*'nin yerleşmiş içtihatlarında kullandığı ve önemle vurguladığı terim olan “**relevant**”ın, Türkçe karşılığı “gösterilen delilin ispat olunan konu ile ilgili olması” anlamına gelmektedir (bkz. Mustafa OVACIK, İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Bası, Ankara 1986 s.272); konu ile ilgili Alman literatüründe ve *AİHM* kararlarının Almanca çevrilerinde ise bu ifade, “zutreffend”, “wesentlich” veya “erheblich” olarak çevrilmektedir. Kararların Türkçe çevrilerinde ise, “ilgili”, “yerinde”, “uygun” terimleri kullanılmaktadır. Biz burada *AİHM* kararlarının çevrisinde otorite olarak kabul ettiğimiz Osman DOĞRU'nun çevrilerinde (bkz. **İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, cilt I, II, III**) kullandığı “ilgili” kelimesini tercih ettik.

³¹ *AİHM* bu ölçütü konuyla ilgili bir çok kararında tekrarlamıştır, örn: Toth/Avusturya, par.67; W/İsviçre, par.30; Clooth/Belçika, par.36; Kemmache/Fransa, par.45; Yağcı ve Sargın/Türkiye, par.50; Mansur/Türkiye, par.52; Szeloch/Polanya, par. 88; Jablonski/Polanya, par. 80; Labita/İtalya, par.153: “Where such grounds were ‘relevant’ and ‘sufficient’, the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed “special diligence” in the conduct of the proceedings”.

devam etme tehlikesi gibi tutuklama nedenleridir. Başvurucu tarafından ileri sürülen gerçek olaylar da dikkate alınmalıdır.³² Burada AİHM kararlarında özellikle üzerinde durulan tutuklama nedenlerinin, *Mahkeme* içtihatlarında nasıl değerlendirildiğini incelemekte fayda görüyoruz.

a) Kaçma tehlikesi: Kaçma tehlikesi, Türk hukukunda olduğu gibi bir çok ülkenin ceza muhakemesi kanunlarında tutuklama ve tutukluğun devamı nedenleri arasında yer almaktadır. AİHM'e göre, sanığın mahkumiyeti halinde alabileceği cezanın ağırlığı haklı olarak sanığı kaçmaya teşvik edici bir faktör olarak görülebilir; ancak tutukluluk uzadıkça kaçma tehlikesinin azalacağı unutulmamalıdır. Çünkü, tutuklulukta geçen sürenin hükmedilecek cezadan düşürülmesi ihtimali, sanığın kendi mahkumiyetine daha az korku ile bakmasına yol açar ve kaçma isteğini zayıflatır.³³ Ancak *Mahkeme*, **kaçma tehlikesinin, sadece sanığın mahkumiyeti halinde alması muhtemel cezaya dayandırılarak değerlendirilemeyeceğini bir çok kararında vurgulamıştır.**³⁴ Sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, malvarlığı, aile bağları, yargılandığı ülke ile bağları ve uluslar arası irtibatları gibi, daha bir dizi faktörlerin de dikkate alınması gerekir. Bu faktörler, kaçma tehlikesinin varlığını teyit ederler veya tutukluluğu haklı gösterecek kadar ağır olmayabilir.³⁵ Ayrıca tutukluğun devamı sadece sanığın kaçması tehlikesine dayanıyorsa, bu durumda sanığın teminat karşılığında serbest bırakılma hakkının olduğu da unutulmamalıdır.³⁶

Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında, Ankara DGM, sanıkların tahliye taleplerini reddederken, “suçların niteliğini”³⁷, “eldeki delillerin durumunu” ve “tutukluluk tarihini” belirtmiş ve başka herhangi bir açıklama yapmamıştı. AİHM ise, kaçma tehlikesinin sadece suç için kanunda öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceğini hatırlattıktan sonra, başvuruçuların Türkiye'ye tamamen kendi istekleri ile Komünist Partisi kurmak için geldiklerini, cezai koşuşturmaya uğrayacaklarını bildiklerini, tutukluluğun uzatılmasına ilişkin DGM kararlarında sanıkların niçin kaçma tehlikesinin bulunduğuunun hiç-

³² WILLIGER, s.228, no.262.

³³ Neumeister/Avusturya, par.10; Wemhoff/Almanya, par.14 (karar bölümü);

³⁴ Wemhoff/Almanya, par.14 (karar bölümü); Neumeister/Avusturya, par.10; W/İsviçre, par.32; B/Avusturya, par.44; Tomasi/ Fransa, par.84.

³⁵ Neumeister/Avusturya, par.10; Yağcı ve Sargın/Türkiye; Mansur/Türkiye, par.54; W/İsviçre, par.33; AİHM 26.06.1991, Letellier/Fransa, par 43; Stögmüller/Avusturya, par.15

³⁶ Bkz. aşağıda IV.

³⁷ Suçların niteliğinden, CMUK'a göre ağır suçlarda sanığın kaçacak sayılması karinesi kastedilmekte.

bir şekilde açıklanmadığını belirterek³⁸, 2 yıl 2 ay süren tutukluluğu Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bulmuştur.

Mansur/Türkiye davasında, Edirne Birinci Ağır Ceza Mahkemesi, Mansur'un tahliye taleplerini reddederken, sanığa isnat edilen "suçun niteliği" ve "delillerin durumuna" dayanmış ve bazı kararlarında ise hiçbir gerekçe göstermemiştir. *AIHM* ise, Yağcı ve Sargın kararında olduğu gibi, kaçma tehlikesi için suçun niteliğinin yeterli olmadığını,³⁹ "eldeki delillerin durumu" ifadesinin de, sanığın suçluluğuna ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu ve bunların devam ettiği şeklinde anlaşılabilirliğini, ancak bunların da tutukluluğun devamını haklı göstermeye yeterli olmadığını belirterek,⁴⁰ 5 yıl 3 ay devam eden tutukluluk süresini Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.

AIHK, **Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye**⁴¹ olayında, Ankara Sıkıyönetim Mahkemesince tutukluluğun devamı için gerekçe olarak gösterilen "isnat edilen suçun niteliği", "tutuklama tarihi" şeklindeki ifadeleri sanığın kaçma tehlikesinin varlığını göstermek için yeterli olmadığını belirterek, tutukluluğun makul süreyi aştığına karar vermiştir.⁴² *Komisyon* başka bir kararında 16 kişinin öldürülmesinden sorumlu tutulan terör örgütü üyesi bir sanık hakkında öngörülen ömür boyu hapis cezasını kaçma şüphesi açısından önemli bir faktör olarak kabul etmiştir. Ayrıca bu olayda diğer sanıklardan bir kısmının yurt dışına kaçmış olması da sanığın kaçma tehlikesi için haklı neden olarak görülmüştür.⁴³ *AIHM*, uluslar arası boyutu olan ağır ekonomik suçlardan tutuklu bir sanığın yaptığı

38 Yağcı ve Sargın/Türkiye, par.52. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tutukluluğun devamına ilişkin kararları matbu olmamakla birlikte, bu kararlarda kaçma tehlikesinin varlığını hiçbir şekilde açıklamayan ifadeler tekrarlanmaktadır.

39 Mansur/Türkiye, par.53-55.

40 Mansur/Türkiye, par.56.

41 *AIHK* başvuru no.15530/89 ve 15531/89; Komisyon raporunun Türkçe çevrisi için bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye – 2-: Nihai Raporlar**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998, s.2-31.

42 Bu olayda başvuruçular yaklaşık 8,5 yıl tutuklu kalmışlardır. Ancak bu sürenin yaklaşık iki buçuk yıllık bölümü Türkiye'nin *AIHK*'ya bireysel başvuru hakkını tanıdığı 28 Ocak 1987 tarihinden sonraki döneme rastladığı için Komisyon'un zaman bakımından yetkisi içinde kalmaktaydı. Komisyon, başvuru tarihinde davanın mevcut durumunu da dikkate alarak, tutukluluğun devamı için gösterilen nedenlerin ilgili ve yeterli olmadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrasının ihlaline karar vermiştir. *AIHM* ise, Türkiye tarafından *Mahkeme*'nin yargı yetkisinin 22 Ocak 1990 tarihinde tanındığı, Ankara Sıkıyönetim Mahkemesi'nin ise sanıkları 19 Temmuz 1989 tarihinde mahkum ettiği ve bu nedenle de tutuklulukta dikkate alınacak sürenin geçtiğini belirterek, zaman bakımından yargı yetkisinin olmadığı sonucuna varmıştır: *AIHM* 25.03.1996, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, **İHKAD**, c.2, s.228-235, par.26-27.

43 FROWEIN/PEUKERT, s.130, no.124.

başvuru ile ilgili verdiği **W/İsviçre** Kararı'nda, başvurucunun tutuklanmadan önce sık sık yurt dışı gezileri yapmasını ve çeşitli ülkelerle bağlantılarının olmasını, kendisinin birkaç defa Amerika'ya yerleşmek niyetinden bahsetmesini, ülke dışında önemli miktarda parasal kaynaklarının olduğuna ilişkin belirtilerin bulunmasını ve birden fazla pasaport sahibi olmasını, kaçma tehlikesi açısından önemli ve yeterli nedenler olarak kabul etmiştir.⁴⁴

b) Delilleri karartma tehlikesi: Delilleri karartma, yani hazırlık soruşturmasını tehlikeye düşürme tehlikesinin ((Kullusion) bulunup bulunmadığı önemli oranda soruşturulmakta olan suçların nitelik ve kapsamına bağlıdır.⁴⁵ Hazırlık soruşturmasının başında sanığın delilleri yok etmesini önlemek için tutuklanması normaldir. Ancak tutukluluk hali uzadıkça "soruşturmanın gerekleri" sanığın tutukluluğunun devamı için haklı gerekçe olmaktan çıkar. Çünkü, hazırlık soruşturmasının ilerlemesine, tanıkların ifadelerinin alınmasına ve gerekli incelemelerin tamlanmasına paralel olarak sanığın delilleri karartma tehlikesi de azalır.⁴⁶ Yine aynı şekilde sanığın, hazırlık soruşturmasının başlamasından aylar sonra tutuklanmış olması halinde de sanığın delilleri karartma tehlikesi önemli oranda azalmıştır.⁴⁷ **Ringeisen/Avusturya** davasında, *AİHM*, Avusturya Hükümeti'nin ileri sürdüğü tanıklara baskı yapma tehlikesini kabul etmemiştir. *Mahkeme* sanığın, hakkında hileli iflas suçu nedeniyle iki defa ifadesi alındıktan beş ay sonra tutuklandığını ve sanık bu süre içinde isteseydi tanıklarla temas kurup onların ifadelerini değiştirmeye zorlayabileceğini gerekçe göstererek delilleri karartma tehlikesinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁸

c) Sanığın suç işlemeye devam etmesi tehlikesi: Sanık hakkındaki ithamların ağırlığı, yargı mercilerini sanığın suç işlemeye devam etmesini önlemek amacıyla tutuklama kararı vermeye ve tutukluluğun devamına sevk edebilir. Ancak suç işlemeye devam tehlikesinin anlaşılır ve alınan tedbirlerin olayın şartları ve özellikle sanığın geçmişi ve kişiliği ışığında değerlendirildiğinde verilen kararlar orantılı olması gerekir.⁴⁹ Yine sanığın aynı nitelikteki belli fiilleri uzun bir süredir işliyor olması, mağdurların büyük maddi zararlara uğramış olması ve sanığın kurnazlığı gibi hususlar tekerrür tehlikesi olarak dikkate alınabilir.⁵⁰ Tekerrür tehlikesi daha ziyade sabıkalı sanıklar için söz konusu olur. İlk defa suç işleyen tutuklu sanık hakkında ise kural olarak masumluk karinesi geçerli olaca-

⁴⁴ W/İsviçre, par.33. Bu olayda sanık 4 yıl tutuklu kalmasına rağmen *AİHM* makul sürenin aşılmadığına karar vermiştir.

⁴⁵ Wemhoff/Almanya, par.14 (karar bölümü).

⁴⁶ Clooth/Belçika, par.43; W/İsviçre, par.35.

⁴⁷ FROWEIN/PEUKERT, s.131, no.126.

⁴⁸ Ringeisen/Avusturya, par.106.

⁴⁹ Clooth/Belçika, par.40

⁵⁰ *AİHM* 10.11.1969, Matznetter/Avusturya, **İHKAD**, c.2, s.92-100 (özet) par.9.

ğından, bunlar hakkında tekerrür tehlikesini çok özel şartların varlığı halinde kabul etmek gerekir.⁵¹

d) Diğer nedenler: Ulusal yargı mercilerince tutukluluğun devamı için genelde yukarıda belirtilen üç nedene dayanılmakla birlikte, kamu düzeninin korunması, delillerin durumu gibi başka nedenlere de yer verildiği görülmektedir. **Kamu düzeninin gerçekten tehlikede bulunması** halinde tutukluluğun devamı haklı görülebilir. Örneğin adam öldürme gibi ağır suçlarda kamu oyunun bu suçlara tepkisi, tutukluluğun en azından kısa bir süre devam etmesini haklı kılabılır. Ancak tutuklunun salıverilmesi halinde kamu düzeninin bozulacağını gösteren yeterli olgulara dayanılması gerekir. Aksi takdirde gösterilen nedenler “ilgili” ve “yeterli” olarak kabul edilemez.⁵²

Yağcı ve Sargın/Türkiye ve Mansur/Türkiye davalarında, Türk mahkemelerince “**delillerin durumu**” da tutukluluğun devamı konusunda gerekçe olarak gösterilmiş, ancak bununla ne kastedildiği belirtilmemiştir. *AIHM*, bu kavramın suçun işlendiğine ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu ve bunların halen devam ettiği şeklinde anlaşılabilirliğini ve bu belirtilerin “ilgili” faktör olarak kabul edilebileceğini, ancak bu belirtilerin varlığının tutukluluğun devamını kendiliğinden haklı göstermeye “yeterli” olmadığını belirtmiştir.⁵³ *AIHM*, Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında tutukluluğun devamı için Türk mahkemelerince gerekçe olarak gösterilen “**tutukluluk tarihi**”ni de Sözleşme ile “ilgili” bir neden olarak görmemiş ve toplam tutukluluk süresinin kendi başına haklı bir neden olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle yetinmiştir.⁵⁴

4. Tutuklu Sanıkların Muhakemesinde “Gerekli Özenin” (“special diligence”) Gösterilmesi

AIHM, başvurular hakkında yaptığı inceleme sonunda tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin ulusal yargı mercilerinin (mahkemelerin) kararlarında gösterilen gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olmadığı sonucuna vardığı takdirde, artık incelemenin üçüncü aşaması olan, yargı makamlarının tutuklu sanığın muhakemesi sırasında gerekli özeni gösterip göstermedikleri sorununu araştırmaya gerek görmeden, incelemesini bitirmektedir. Buna karşın *Mahkeme*, tutukluluğun devamına ilişkin gösterilen gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olduğu sonucuna varması halinde incelemenin üçüncü aşamasına geçmekte ve yetkili ulusal makamların yargılamanın yürütülmesi sırasında “**gerekli özeni**” (special diligence,

⁵¹ FROWEIN/PEUKERT, s.131, no.125

⁵² Letellier/Fransa, par.51; Tomasi/Fransa, par.91.

⁵³ Yağcı ve Sargın/Türkiye, par.53; Mansur/Türkiye, par.56.

⁵⁴ Yağcı ve Sargın/Türkiye, par.54.

notwendige Sorgfalt) gösterip göstermediklerini, yani tutuklu kişilerin muhakemesinde özel bir özen gösterip göstermediklerini incelemektedir.⁵⁵ AİHM, bu incelemesinde, yargı mercilerinin ceza muhakemesinin ilerlemesi ve sonuçlandırılması için gerekli süratle çalışıp çalışmadığını, dosyanın hiçbir işlem yapmadan uyumaya bırakılıp bırakılmadığını özellikle araştırmaktadır.⁵⁶ Ancak tutuklu sanıkların muhakemesi sırasında ceza koğuşurma makamlarının dosyayı inceleme, sorguya hazırlık ve gerekli yazışmaların yapılması gibi rutin işlerin belgelendirilmesinin her zaman mümkün olmadığı ve bunların da belli bir zaman alacağı gözden uzak tutulmamalıdır.⁵⁷ **B/Avusturya** olayında AİHM, iki yıl dört buçuk ay süren tutukluluk süresini makul bulmuştur. Sanık hakkında bir dizi dolandırıcılık suçu işlemekten açılan soruşturmada, olayın özel karmaşıklığı nedeniyle bir yıl süren hazırlık soruşturmasında hakimlerin muhakeme sırasında gerekli özeni gösterdikleri sonucuna varmıştır. Olayda soruşturma amacıyla yurt dışından adli yardım talebinde bulunulmuş olması, çok sayıda tanığın dinlenmesi ve soruşturma konusunun çok sayıda dosyayı içermesi, gecikmeyi haklı gösteren nedenler olarak kabul edilmiştir.⁵⁸

Hakim sayısının azlığı veya hakimlerin iş yükünün fazlalığı ise 5. maddenin 3. fıkrası açısından tutuklu sanıklarla ilgili işlemlerin gereken süratle yapılamamasında haklı neden olarak kabul edilemez.⁵⁹ Hastalık veya adli tatil nedeniyle koğuşurma makamlarınca dosya hakkında işlem yapılmaması da kabul edilebilecek bir mazeret teşkil etmez.⁶⁰ Tutukluluğun devamına itiraz edilmesi halinde dosyanın bu itiraz merciinde incelenmesi zaman alacaksa, hazırlık soruşturmasının gecikme tehlikesini önlemek için dosyanın fotokopisinin alınması yoluna gidilmelidir.⁶¹

Savunma hakkını kötüye kullanmadığı veya aşırı şekilde kullanmadığı sürece **tutuklu sanık muhakemenin uzamsından kural olarak sorumlu tutulamaz**. Ancak iç hukuk sanığa bir çok kanun yolları veya başkaca savunma imkanları tanıyorsa, bu durumda sanık davanın esaslı bir şekilde hazırlanması ile

⁵⁵ AİHM bu ölçütü konuyla ilgili bir çok kararında tekrarlamıştır: Örnek olarak bkz.:Matznetter/Avusturya, par.12; Toth/Avusturya, par.76; W/İsviçre, par.30; Clooth/Belçika, par.36; Letellier/Fransa, par.35; B/Avusturya, par.42; Yağcı ve Sargın/Türkiye, par.50; Mansur/Türkiye, par.52; Matznetter/Avusturya, par.12; Labita/İtalya, 153; Mansur/Türkiye, par.52: “Where such grounds are ‘relevant’ and ‘sufficient’, the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed ‘special diligence’ in the conduct of the proceedings.”

⁵⁶ Krş. B/Avusturya, par.45; Toth/Avusturya, par.76.

⁵⁷ VILLIGER, s.229.

⁵⁸ B/Avusturya, par.45.

⁵⁹ Stögmüller/Avusturya, par.5.

⁶⁰ VILLIGER, s.229.

⁶¹ Toth/Avusturya, par.77.

duruşmanın hızlı bir şekilde yürütülmesi arasında bir seçim yapmak zorundadır. Belli bir dereceye kadar da yaptığı seçimin sonuçlarına katlanmak zorundadır.⁶²

Soruşturma konusu **olayın olağanüstü karmaşıklığı** Sözleşme'nin 6. md. 1. fıkrasına göre yargılama süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınan bir kriter olmakla birlikte, *AIHM* bu durumu **tutukluluk süresi açısından da dikkate almaktadır**. Özellikle olayın aydınlatılması herhangi bir zorluk göstermediği veya sanığın suçunu ikrar ettiği hallerde koğuşturmanın hızlı bir şekilde neticelendirilmesi gerekir. Buna karşın olayın olağanüstü karmaşıklığı koğuşturmanın uzamasını haklı gösterebilir.⁶³ *AIHM*, oldukça karmaşık ekonomik suçların söz konusu olduğu **W/İsviçre** davasında 4 yıl 4 gün süren tutukluluk süresini makul bulmuştur. *Mahkeme* bu olayın taşıdığı özel zorlukları dikkate alarak İsviçre yargı mercilerinin herhangi bir gecikmeye yer vermeden hazırlık soruşturmasını yürüttükleri sonucuna varmıştır.⁶⁴

IV. TEMİNAT KARŞILIĞI TUTUKLULUĞUN SONA ERDİRİLMESİ

Tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı konusunda dikkate alınması gereken bir başka faktör de sanık tarafından teminat gösterilmişse, buna karşı ulusal yargı mercilerinin gösterdiği tavidir. Çünkü, Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası "Salıverme ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir" diyerek tutuklu sanık için bir güvence daha getirmiştir. Sözleşme teminat karşılığı salıverme konusunda ulusal mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanımakla birlikte, eğer tutuklama nedeni sadece kaçma tehlikesine dayanıyorsa, artık bu konuda mahkemelerin takdir yetkisi bulunmamaktadır. *AIHM*, gösterilen teminatın sanığın kaçma tehlikesini ortadan kaldırmaya yeterli olması halinde, sanığın serbest bırakılması gerektiğine, bu açıdan ulusal mahkemelerin tutukluluk süresinin uzatılması yönünde bir takdir yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁵ Bu nedenle *Mahkeme*, makul tutukluluk süresinin değerlendirilme-

⁶² FROWEIN/PEUKERT, s.132, no.130; krş. W/İsviçre, par.42.

⁶³ VILLIGER, s.229; Matznetter/Avusturya, par.12.

⁶⁴ W/İsviçre, par.41-42: Gerçekten olayın soruşturması oldukça zorluklar taşıyordu. Öyle ki, görevi sadece bu olayı soruşturmak olan özel bir birim oluşturulmuştu. Bu birimde iki sorgu hakimi ve onlara yardımcı olmak üzere iki uzman polis görevlisi ve 4 sekreter görevlendirilmişti. Ayrıca işi sadece bu olayı soruşturmak ve soruşturmayı denetlemek olan bir kanton savcısı görevlendirilmişti. Dava dosyası 711 dosyadan oluşuyordu. Ayrıca soruşturma sırasında on bin sayfa fotokopi yapılması gerekmişti.

⁶⁵ Bkz. FROWEIN/PEUKERT, s.133, no.131; WILLIGER, s.230; Wemhoff/ Almanya, par.15 (karar bölümü); *AIHM* 26.06.1991 Letellier/Fransa, **ÖJZ** 1991, s.789 vd., par.46: "When the only remaining reason for continued detention is the fear that the accused will abscond and there by subsequently avoid appearing for trial, he must be released if

sinde sanığın teminat gösterip göstermediğini, ulusal mercilerin sanığın bu yön-
deki talebini ret ederken dayandığı gerekçelerin haklı olup olmadığını da denet-
lemektedir.

Teminatın amacı suçtan doğan zararları karşılamak olmadığı için, miktarı
da suçun meydana getirdiği zarar dikkate alınarak tespit edilmez. Bu nedenle
teminatın miktar ve cinsi sanığı kaçırmaktan alıkoymaya yetecek miktarda olma-
lıdır. Bunun için ulusal mahkemeler öncelikle sanığın kişisel ve ekonomik du-
rumunu, teminatı üçüncü kişi gösteriyorsa, sanıkla bu kişi arasındaki ilişkiyi
dikkate almalıdır.⁶⁶ **W/İsviçre** davasında *AİHM*, sanık hakkındaki isnatların ağır
cezaları gerektirmesini ve sanığın karakterini dikkate alarak, gösterilen kefaletin
İsviçre mahkemesince reddedilmiş olmasını haklı bulmuştur.⁶⁷ Sanığın teminat
karşılığı serbest bırakılması söz konusu ise, ulusal merciler sanığın ekonomik
durumunu re'sen araştırması gerekir. Ancak sanık da kendi ekonomik durumu
hakkında gerekli bilgileri vermek zorundadır. Sanığın gerekli bilgileri vermeyi
reddetmesi halinde ise, teminat karşılığı serbest bırakılma talebi reddedilebilir
veya kendisinden çok yüksek bir teminat istenebilir.⁶⁸

V. *AİHM* KARARLARI AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA TUTUKLULUK SÜRESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Türk Hukukunda Tutukluluk Nedenleri ve Süreleri:

Öncelikle belirtelim ki, Türk ceza muhakemesinde kural olarak tutukla-
ma mecburiyeti yoktur. Anayasa'nın 19. md. 3. fıkrasında yer alan "Suçluluğu
hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler ... tutuklanabilir" ifadesi⁶⁹ ve CMUK
md. 104 fık.1 de, "suç işlediğine dair aleyhinde kuvvetli emareler elde edilen
sanık aşağıda yazılı hallerde tutuklanabilir" hükmü bu hususu açıkça belirtmiştir.
Kanunda yazılı bulunan tutuklama nedenlerinin varlığı halinde tutuklama kara-

he is in a position to provide adequate guarantees to ensure that he will so appear, for
example by lodging a security."

⁶⁶ Neumeister/Avusturya, par.13-14.

⁶⁷ W/İsviçre, par.33. Çok sayıda ağır ekonomik suçlardan sanık olan başvuru kefalet
olarak 30.000 İsviçre Frankı göstermiş. *Mahkeme*, bu kefaleti, hem miktarının azlığı,
hem de bu paranın kaynağının belli olmaması nedeniyle, sanığın kefaleti yakıp
kaçmayacağı yönünde yeterli güvence olarak görmemiştir.

⁶⁸ Arthur HAEFLIGER/Frank SCHÜRMAN, Die Europaeische
Menschenrechtskonvention und die Schweiz/ Die Bedeutung der Konvention für die
schweizerische Rechtspraxis, 2. Bası, Bern 1999, s.116.

⁶⁹ Ancak, KUNTER/YENİSEY, s.604, no.45.4, Anayasanın bu ifadesinden tutuklama ile
ilgili mecburilik veya ihtiyarilik yolunda bir hüküm bulunduğu şeklinde sonuç
çıkarmanın mümkün olmadığı görüşündedir.

rını vermek hakimın takdirine bırakılmıştır.⁷⁰ Ancak aşağıda inceleneceği gibi, kanunun kabul ettiği bir takım karinelerle sanık kaçacak sayılarak, hakimın takdir yetkisi önemli oranda kısıtlanmıştır.

CMUK'un 104. maddesi sanığın tutuklanabilmesi için ön şart olarak suçluluğu hakkında kuvvetli belirtilerin bulunmasını aramıştır. Bu şart gerçekleşmişse ayrıca kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesinin de bulunması gerekir.

Buna karşın 1999 yılında bir komisyon tarafından hazırlanan ve CMUK'da çok önemli değişiklikler getiren **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı**⁷¹ ise (aşağıda kısaca Tasarı olarak belirtilecektir), tutuklama kararı verilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesini aramıştır: Birincisi suçüstü halinde sanığa isnat edilen suçun cezasının üst sınırının bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi, diğer hallerde de iki yıl veya daha fazla hapis cezasını veya ağır hapis cezasını gerektirmesi; ikincisi ise şüpheli veya sanığın suçluluğu ve Tasarıda belirtilen tutuklama nedenleri hakkında kuvvetli belirtilerin bulunması (Tasarı md. 115). Bu düzenleme hafif suçlarda ve kabahatlerde tutuklamayı kaldırdığı için çok önemlidir.⁷² Tasarı, Kanunda yer alan karineleri kaldırıp bunun yerine yeni tutuklama nedenleri getirmiştir.

Eğer sanık tutuklanmış ise, AİHS gibi Anayasamızda da tutuklu sanığa makul sürede yargılanma veya yargılama devam ederken salıverilme hakkı tanınmıştır. Gerçekten AİHS'nin 5. maddesinin 3. fıkrasındaki konuya ilişkin hükmünü hemen hemen aynen alan 1982 Anayasası'nın 19. maddesinin 7. fıkrasında, "Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya koğuşurma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir" diyerek bu hakkı güvence altına almıştır. Anayasanın bu hükmüne rağmen tutukluluk sürelerine kanunla herhangi bir üst sınır getirilmemiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁷³ Ancak, ceza muhakemesinde insan haklarına uyumu sağlamak ve ihlalleri önlemek amacıyla 1992 yılında CMUK'da yapılan değişiklikle tutukluluk sürelerine üst sınırlar getirilmiştir.

⁷⁰ Bkz. Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992, s.77 vd.; KUNTER/YENİSEY, s.605, no.45.4.

⁷¹ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2000.

⁷² Ancak 108. maddede belirtilen adli kontrol altına alma kararı verilmemişse bu suçlar hakkında da tutuklamaya engel yoktur.

⁷³ Bkz. CENTEL, s.159-160.

2. Türk Hukukunda Tutukluluğun Devamına ve Tutukluluğun Makul Süreyi Aşmasını Önlemeye İlişkin Kriterler ve Bunların AİHM Kararları Açısından Değerlendirilmesi

a) CMUK ile tutukluluk süresine getirilen üst sınırlar: Bir çok Avrupa ülkesinde kişi özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla tutukluluk sürelerine getirilen üst sınırlara ilişkin düzenlemeler,⁷⁴ 3842 sayılı Kanunla CMUK’da yapılan değişiklikle Türk hukukuna da girmiştir.⁷⁵

CMUK’un 110. maddesine göre hazırlık soruşturması sırasında tutukluluk süresi en fazla 6 aydır. Sanık hakkında kamu davası açılmış ise, hazırlık soruşturmasında geçen süre dahil tutukluluk süresi en fazla 2 yıl olabilir. Ancak kanun, bu sürelerin sonunda bütün suçlar açısından otomatik olarak salıvermeyi kabul etmemiştir. Eğer soruşturma konusu suçun kanunda belirtilen cezasının alt sınırı 7 seneye kadar hapis cezasını gerektiriyorsa, belirtilen bu süreler dolunca tutukluluk sona erdirilecektir. Buna karşı alt sınırı 7 yıl ve üstü olan hürriyeti bağlayıcı ceza veya ölüm cezasını gerektiren suçlarda ise tutukluğun devamı veya sanığın salıverilmesi hakim takdirine bırakılmıştır. Hakim bu sürelerin sonunda tutukluluğun devamına veya sanığın serbest bırakılmasına veya teminat karşılığı salıverilmesine karar verebilir. Ancak kanun, hakim bu kararlardan her hangi birisini tercih ederken, tutuklama nedenini, delillerin durumunu veya sanığın şahsi hallerini dikkate alarak takdir yetkisini kullanmasını emretmektedir.

Tutukluluk süresinin makul süreyi aşmasını önlemek için kanunda öngörülen bu sınırlamalar isabetli olmuştur.⁷⁶ Ancak hemen belirtelim ki, getirilen bu üst sınırların çok fazla pratik bir önemi yoktur. Çünkü birinci olarak, suç karşılığı kanunda ön görülen soyut ceza esas alınmış, sanığa isnat edilen suç için yargılama sonunda verilebilecek muhtemel somut ceza dikkate alınmamıştır.⁷⁷ Bu durumda uygulamada tutuklama tedbirine en fazla başvuru olan suçlar olan bir çok

⁷⁴ Bazı Avrupa ülkelerindeki tutukluluk sürelerine ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. CENTEL, s.150 vd.; MAHMUTOĞLU, s.172 vd.

⁷⁵ CMUK’da tutuklama nedenleri ve 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikler hakkında bkz. İlhan AKBULUT, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Tutuklama”, **YD**, cilt: 20, sayı 1-2, 1994, s.80-92.

⁷⁶ MAHMUTOĞLU, s.172: “Hatta denilebilir ki, AİHS’de ifadesini bulan makul sürede yargılanma hakkının mevzuatımızdaki en somut ifadesidir”.

⁷⁷ Kanunda, başka süreler değil de niçin yedi senenin esas alındığının makul bir açıklamasının olmadığını belirterek eleştirmektedirler, bkz. Bahri ÖZTÜRK/Mustafa R. ERDEM/Veli Özer ÖZBEK, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.651-652.

ağır cezalı suçların tutukluluk sürelerinde üst sınırlar geçerli olmadığı gibi⁷⁸, bazı asliye cezalı suçlar için bile üst sınırlar geçerli olmayacaktır. İkinci olarak hakime, belirtilen bu sürelerin sonunda “tutuklama sebebi”, “delillerin durumu” ve “sanığın şahsi halleri” gibi çok geniş nedenlere dayanarak tutukluluğun devamına karar verme yetkisi tanındığı için, suçun cezasının alt sınırı yedi yılı aşması halinde tutuklamaya getirilen bu sürelerin pratik bir anlamı kalmamaktadır. Üçüncü olarak da tutukluluk süresine ilişkin getirilen bu üst sınırlar askeri ceza muhakemesinde geçerli olmaması⁷⁹ önemli bir eksikliklerdir.

Tutukluluk süresine getirilen altı ay ve iki yıllık üst sınırlar olumlu bir gelişme olmakla birlikte, yukarıda açıklandığı gibi *AİHM*'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, makul tutukluluk süresinin ay, yıl gibi kesin bir süresi olmadığı için, 2 yıllık bir tutukluluk süresi de soruşturma konusu olayın niteliğine göre Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası açısından makul sürenin aşılması niteliğini taşıyabilir. Sonuç olarak CMUK ile tutuklamaya getirilen bu üst sınırlar makul tutukluluk süresini sağlamada tek başına uygun ve yeterli değildir.

CMUK Tasarısı ise, tutuklulukta geçebilecek azami süreleri oldukça kısaltmıştır. Tasarı'nın 117. maddesine göre tutukluluk süresi; cezanın yukarı sınırı beş yıl ve daha az olan cürümlerde en fazla altı ay, buna karşın üst sınırı beş yıldan fazla⁸⁰ ise en çok bir yıldır. Ancak bu sürelerin sonunda sanığın otomatik olarak salıvermesi kabul edilmemiş, cezanın üst sınırı beş yıla kadar hapsi gerektiren suçlarda bir defaya mahsus olmak üzere dört ay daha, beş yıldan fazla hapsi gerektiren suçlarda ise altı ay daha uzatılmasını kabul etmiştir. Ağır cezalı cürümlerde ise tutukluluk süresi iki yıla sınırlanmıştır. Kanunun mevcut hükmü karşısında, Tasarı'nın hem süreleri kısaltması, hem de hakim in takdirine bırakmadan kesin üst sınırlar getirmesi makul tutukluluk süresinin gerçekleştirilmesinde çok önemli yeniliklerdir. Ancak bu sürelerin sonuna kadar kullanılması *AİHM*'nin içtihatları açısından somut olayın özelliğine, tutuklama kararında gösterilen gerekçelere ve yargılama makamlarının gösterdiği özenin derecesine göre makul sürenin aşılması olarak kabul edilebilir. Tutukluluğa üst sınırlar konması yalnız başına makul tutukluluk süresini sağlamada yeterli değildir.

⁷⁸ CMUK md. 421'e göre ağır cezalı suçlar, ölüm cezasını, ağır hapis cezasını ve 10 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren cürümlerdir.

⁷⁹ Krş. Köksal BAYRAKTAR, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki Değişikliklerin Askeri Yargıda Uygulanması”, **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul 1999, s.101-111 (111). KESKİN ise, CMUK 110. maddedeki tutukluluk sürelerinin askeri yargıda da geçerli olması gerektiği görüşündedir, s.83.

⁸⁰ Tasarı'daki, “şüpheli veya sanık beş yıldan fazla hapis cezasına mahkum edilebilecekse” ifadesi açık değildir. Burada sanığa isnat edilen suçun soyut cezasının üst sınırı mı, yoksa sanığın mahkum olması halinde hakkında verilebilecek somut cezanın mı esas alındığı belli değildir. Bu nedenle açıklık getirilmesinde fayda vardır.

b) Sanığın suç işlediğine ilişkin kuvvetli şüphelerin devam etmesi:

Türk hukukunda bir kişinin tutuklanabilmesi için ön şart olarak suç işlediğine dair “kuvvetli şüphe” bulunmalıdır. Gerçi AY md. 19/III ve CMUK md. 104/I “kuvvetli belirti”den söz etmekte ise de, doktrinde bu hüküm CMUK’un diğer hükümleri ile birlikte değerlendirilerek, “kuvvetli şüphe” olarak anlaşılmaktadır.⁸¹ Yukarıda belirtilen AİHS’nin tutuklama için sadece “makul şüpheyi yeterli gören” hükmü karşısında, Türk hukukunun düzenlemesi sanığı daha fazla koruyucu niteliktedir.

CMUK 112. maddesi hazırlık soruşturması sırasında tutukluluğun devam edip etmeyeceğinin en geç otuzar günlük süreler içinde, son soruşturma sırasında da her celsede incelenmesini, 123. maddesi tutuklama nedenlerinin ortadan kalkması halinde sanığın salıverilmesini emretmektedir. Buna göre sanığın suç işlediği yolundaki şüphelerin kuvvetini kaybetmesi halinde yetkili makamlarca tutukluluğun sona erdirilmesi gerekir. Türk hukukundaki bu düzenleme, sanık hakkındaki makul şüphelerin tutukluluk süresinde varlığının devamını zorunlu gören AİHM kararları ile uyumludur. Ancak uygulamada bu incelemenin gerekli özenle yapıldığını, tutukluluğun devamını veya sanığın serbest bırakılmasını gerektiren nedenlerin gereğince dikkate alındığını söylemek mümkün değildir. Çünkü uygulamada mahkemeler 112. madde uyarınca yaptıkları incelemede tutukluluğun devamına karar verirken ya gerekçe göstermemekte, ya da gerekçe gösterse de bunlar “suçun niteliği”, “delillerin durumu” gibi kalıplaşmış ifadelerden oluşmakta, gerekli açıklamaya yer verilmemektedir (bkz. aşağıda, c) aa).

c) Kaçma şüphesi, delilleri karartma tehlikesi ve diğer tutuklama nedenleri: Türk hukukunda AİHS’nin aksine, sanığın suç işlediği konusunda kuvvetli şüphelerin bulunması, onun tutuklanması için yeterli değildir. Tutuklama kararı verilebilmesi için CMUK md. 104’e göre, kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesinden birinin de bulunması gerekir. Buna karşın devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda ve askeri ceza muhakemesinde bu iki tutuklama nedeni dışında daha başka tutuklama nedenleri de kabul edilmiştir. Gerçekten devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda hala yürürlükte olan CMUK’un eski 104. maddesinde yukarıda belirtilen kaçma şüphesi ve delilleri karartma tehlikesi yanında üç tutuklama nedeni daha bulunmaktadır⁸². Buna göre, “suç, devlet veya hükümetin nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde bulunursa” sanık tutuklanabilir. Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nda bu tutuklama nedenleri yanında başka tutuklama nedenlerine

⁸¹ CENTEL, s.38 vd.

⁸² DGM görev alanına giren suçlarda tutuklama, CMUK’un eski ve yeni 1104 md. ayrımı ve bunun eleştirisi için bkz. Serap KESKİN, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları/cogito, İstanbul 2000, s.75 vd.

de yer verilmiştir. Bu tutuklama nedenleri aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Yukarda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kanunda düzenlenen **kaçma şüphesi veya delilleri karartma tehlikesinin** tutukluluğun devamı açısından “ilgili” ve “yeterli” olduğundan hiçbir kuşku duymamak gerekir. Elbette bunların nelerden ibaret olduğu tutukluluğun devamına ilişkin mahkeme kararında açıklanması gerekir. Ancak CMUK’un 104. maddesi ile devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda yürürlükte olan CMUK eski 104. maddesinde ve Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun (As.MKYUK) 71. maddesinde kaçma şüphesi ve delilleri karartma tehlikesine ilişkin bazı karinelerle hakimin takdir yetkisi önemli oranda sınırlandırılmıştır.

aa) Suçun ağırlığı: CMUK’un 104. md. 2. fıkrası “soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi” halinde sanık kaçacak veya delilleri karartacak “sayılabilir” diyerek, suç için kanunda öngörülen soyut cezanın yüksekliğini kendi başına tutukluluğun devamı için yeterli olarak kabul etmiştir. Gerçi Kanun “sayılabilir” diyerek, hakime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak uygulamada bu sanki bir mecburiyetmiş gibi algılanmaktadır.

DGM’nin görev alanına giren suçlarda uygulanacak 104. maddenin eski metni ile As.MKYUK’un 71. maddesi⁸³ ise bu konuda daha da sınırlayıcı bir düzenleme ile soruşturma konusu “suçun ağır cezalı cürümlerden” olması halinde ise “sanık daima kaçacak sayılır” diyerek ağır cezayı gerektiren suçlarda kaçma karinesini kabul etmiştir.⁸⁴ Bu düzenlemenin, yukarda açıklanan *AIHM*’in yerleşmiş içtihatlarına uymadığı ortadır. *AIHM*’e göre sanığa hükmedilecek muhtemel cezanın ağırlığı kaçma tehlikesinin varlığına delil olarak kabul edilebilir. Ancak *AIHM*, **kaçma tehlikesinin sadece sanığın mahkumiyeti halinde alması muhtemel cezaya dayandırılarak değerlendirilemeyeceğini birçok kararında açıkça vurgulamıştır.**⁸⁵ Sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, malvarlığı, aile bağları ve ceza koşturması yapan ülke ile bağlantıları gibi, daha bir dizi faktörlerin de dikkate alınması gerekir. *AIHM*, Türkiye’yi mahkum ettiği Mansur kararı ile Yağcı ve Sargın kararında, Türk mahkemelerince tutukluluğun devamı nedeni olarak gösterilen “suçun niteliği” gerekçesini, yani ağır cezalık olmasını yeterli olarak kabul etmemiş, neden kaçma tehlikesinin bulunduğuunun açıklanmamasını eleştirmiştir. **Labita/İtalya** davasında, tutukluluğun devamına karar veren İtalyan mahkemesi, başka nedenler yanında

⁸³ As.MKYUK md. 71’de “daima kaçacak sayılabilir” diyerek dar da olsa hakime takdir yetkisi verir şekilde ifade edilmiştir.

⁸⁴ Kanunda belirtilen kaçma karinelerinin eleştirisi için bkz. CENTEL, s.45 vd.

⁸⁵ Örnek olarak bkz. Wemhoff/Almanya, par.14 (karar bölümü); Neumeister/Avusturya, par.10; W/İsviçre, par.32; B/Avusturya, par.44; Tomasi/ Fransa, par.84.

İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 275. md. 3. fıkrasında yer alan karineye dayanmıştı. Bu madde mafya türü örgüte üyelik gibi belirli bazı suçlar için tutuklama gereğinin var olduğuna dair aksi ispatlanıncaya kadar geçerli bir karine getirmektedir. *AİHM* ise kararında suçun soyut niteliğinin kaçma şüphesi için yeterli olmadığını tekrarlamıştır.⁸⁶

Gerçi Anayasa Mahkemesi suçun ağır cezalı olması halinde mahkemenin tutuklama mecburiyetinin olmadığını, bunun bir tutuklama nedeni değil, bir karine olduğunu, mahkemenin aksini kabul ederek tutukluluğa karar vermeyebileceğini belirtmiştir.⁸⁷ Ancak uygulamada Türk mahkemeleri tutuklamaya ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda genellikle “suçun niteliğine” dayanmaktadır. Mahkeme kararlarında “suçun vasıf ve mahiyetine ve tevkif tarihine göre tutukluluğun devamına” şeklinde kalıplaşmış bir ifade kullanmakta ve bunu veya benzer ifadeleri tutukluluğun devamına ilişkin her kararda tekrarlamakta, başkaca açıklayıcı bilgiye yer verilmemektedir. Genellikle ağır cezalı suçlarda kullanılan bu ifadeler asliye ceza, hatta sulh ceza mahkemelerinin kararlarında bile rastlanmaktadır.⁸⁸

Burada konu ile bağlantısı nedeniyle belirtilmesi gereken bir diğer husus da uygulamada tutukluluk kararı ve özellikle tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda tatmin edici gerekçe gösterilmemesi, gösterilse de yeterli açıklama yapılmamasıdır. Mansur/Türkiye olayında Türk mahkemelerinin tutukluluğun devamına ilişkin kararları, uygulamayı yansıtan örnek olarak gösterilebilir. *AİHM*'in tespitlerine göre, Edirne 1. ve 2. Ağır Ceza Mahkemeleri, 2 duruşmada “dosya içeriği ve sanığa isnat edilen suçun niteliğine”, 3 duruşmada “sanığa is-

⁸⁶ İtalyan mahkemeleri tutukluluğun devamına gerekçe olarak, tanıklara baskı yapma ve delilleri karartma tehlikesini, başvurunun tehlikeli olmasını, olayın karmaşıklığını ve İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 275. md. 3. fıkrasını göstermişlerdir (par.162). *AİHM* ise, bu gerekçelerin genel olduğunu, başlangıçta tutukluluk için yeterli olabileceğini, ancak tutukluluğun devamı için gösterilen nedenlerin gerçekte varlığını gösterebilecek herhangi bir unsura işaret edilmediğini, sabıkası bulunmayan ve hakkında sadece 3 yıl hapis istenen sanığın tehlikeli bir kişi olduğunun ortaya konmadığını, başvuru hakkında dayanılan delillerin zamanla güçlenmek yerine azaldığının dikkate alınmadığını belirterek (par.163), tutukluluk için gösterilen nedenlerin yeterli olmadığını karar vermiştir (par.164).

⁸⁷ Ersan ŞEN, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında/Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılama Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, 1962-1927**, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997, s.484.

⁸⁸ DÖNMEZER/YENİSEY tarafından gerçekleştirilen “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği” araştırmasında incelenen 1117 ceza davası dosyasından 178’inde tutuklama kararı verilmiş olduğu, bunlardan 53 dosyanın ağır cezalı, 109 dosyanın asliye cezalı ve 16 dosyanın ise sulh cezalı olduğu tespit edilmiştir. Tutuklama nedeninin gösterildiği 168 dosyada, tutuklama nedeni olarak suçun niteliği gösterilmiştir. 10 dosyada ise hiçbir gerekçe gösterilmemiştir: bkz. DÖNMEZER/YENİSEY, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği”, s.1384.

nat edilen suçun niteliğine”, 21 duruşmada “suçun niteliğine” ve/veya “delillerin durumuna” dayanarak, ”, yirmi beş duruşmada ya hiçbir gerekçe gösterilmeden ya da “tutuklama kararında yer alan gerekçelerin geçerliliğini koruduğuna” dayanarak ve 20 duruşmada ise açık gerekçe göstermeden tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.⁸⁹ Ancak bu gerekçeler açıklanmamıştır. Halen Türk mahkemelerin uygulaması da aynı yöndedir. Gerekçe gösterilse de bunların nelerden ibaret olduğu kararlarda çoğunlukla açıklanmamaktadır.⁹⁰ Gerekçe gösterilirken de CMUK 104. maddesinde sayılan kaçma veya delileri karartma tehlikesine değil, genellikle “suçun niteliği” “tutuklama tarihi”, “delil durumu” gibi nedenlere dayanılmakta ve bunlardan da nelerin kastedildiği açıklanmamaktadır.⁹¹ Bu da tutukluğun devamına karar veren mahkemenin gerekçelerinin tutuklama ile “ilgili” ve “yeterli” olup olmadığının denetimini zorlaştırmaktadır.

bb) Suçun “Devlet veya hükümet nüfuzunu kıran fiillerden” olması:

Bu tutuklama nedeni hem devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda (CMUK eski 104. md., fık. 1, bent 3) hem de askeri ceza muhakemesinde geçerlidir (As.MKYUK md. 71. fık. 1, D) bendi). Bu hüküm doktrinde kişi özgürlüğü açısından tehlikeli ve tutuklamanın amacına aykırı olduğu gibi bir çok gerekçelerle eleştirilerek kaldırılması istenmektedir.⁹² Yağcı ve **Sargin/Türkiye** davasında, DGM başvuruçuların salıvermeye ilişkin taleplerini ret ederek tutukluluğun devamına karar verirken gerekçe olarak diğer nedenler yanında sanıklara isnat edilen suçların devletin ve hükümetin nüfuzunu kırıncı nitelikte olmasına da dayanmıştı. *AİHK* ise bu başvuru hakkında kabuledilebilirlik kararı vermiş ve nihai raporunda mahkemenin bu gerekçesini “özgürlükten yoksun bırakmayı

⁸⁹ Mansur/Türkiye, par.30, 31.

⁹⁰ Isparta Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan dava dosyaları üzerinde yaptığımız kısa bir inceleme bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Örneğin kasten adam öldürmeye ilişkin bir dosyada konu ile ilgili bilgiler şöyledir: suç tarihi: 19.2.2000; gözaltına alma tarihi: 19.2.2000; Tutuklama tarihi: 20.2.2000; dava tarihi: 21.2.2000; ilk duruşma tarihi: 23.3.200. Tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gösterilen gerekçeler ise sırasıyla şöyledir: “tevkif tarihi,” “suçun vasıf ve mahiyeti”, “suçun vasıf ve mahiyeti ile tevkif tarihi”, “suçun vasıf ve mahiyeti ile mevcut delil durumu”. Ancak bu gerekçeler hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tutuklama nedenleri için ayrıca krş. DÖNMEZER/YENİSEY, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği”, s.1384.

⁹¹ Askeri yargıda da mahkemeler tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda yeterli gerekçe gösterilmemektedir. Bkz. Cemil ÇELİK, **Askeri Yargıda Tutuklama**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996, s.28: “Uygulamada tutuklama işlemi bir kalem işi niteliğini almış durumdadır. Kişi güvenliği ile sıkı sıkıya bağlantılı bu sorun rasgele yapılan bir iş halindedir. Gerekçeler uygulamada matbu haldedir. Hakim sanığı ve suçun ismini yazdırmakla kanun hükmünü yerine getirmektedir.”

⁹² Bu konudaki eleştiriler için bkz. CENTEL, s.52 vd.; KUNTER/YENİSEY, s.609, no 45.6.

haklı kılmayacağı” görüşüyle tutukluluğun devamı için ilgili ve yeterli olarak kabul etmemiştir.⁹³

cc) Suçun “memleketin asayişini bozan fiillerden” olması: CMUK eski 104. md. ile As.MKYUK 71. maddesinde düzenlenen bu tutuklama nedeni ile kamu düzenini bozucu nitelikteki suçlar kastedilmektedir. Bu tutuklama nedeni de doktrinde eleştirilerek, ülke asayişini bozan suçlarda tutuklamanın, ceza mahkemesinin amacına aykırı olduğu, sanığın serbest bırakılmasının her zaman kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayacağı ve kötüye kullanılmaya elverişli olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.⁹⁴ Buna karşın Tasarı ise, “kamu düzeninin, suçun neden olduğu veya olabileceği ağır zararlardan korunması” amacıyla tutuklama kararı verilebileceğini açıkça belirtmiştir (md. 115, fık. 1, bent 5).

AİHM, bazı kararlarında, özellikle adam öldürme ve yaralama suçlarında kamu düzeninin tehlikede bulunması nedeniyle sanığın tutuklanmasının ve tutukluluğunun devamının haklı görülebileceğini belirtmiştir.⁹⁵ **Tomasi/Fransa** davasında, Fransız mahkemeleri tutukluluğun devamı için diğer gerekçeler yanında kamu düzeninin korunması ihtiyacına da dayanmışlardır. *AİHM*, özel ağırlıkları ve halkın bunlara tepkisi nedeniyle bazı suçların, en azından kısa bir süre için tutukluluğu haklı gösterebileceğini, ancak bu tutuklama nedeninin sadece sanığın salıverilmesinin kamu düzenine gerçekten zarar vereceğini göstermeye yeterli vakıalara dayanıldığı zaman “ilgili” ve “yeterli” olarak kabul edilebileceğini belirlemiştir. Ayrıca *Mahkeme*’ye göre “tutukluluk sadece kamu düzeninin gerçekten tehlikede olması halinde meşruluğunu sürdürebilir; tutukluluğun devamı verilecek hapis cezasını beklemek için kullanılamaz”.⁹⁶

AİHM’in bu değerlendirmesi karşısında, bazı suçların kamu düzenini bozacak nitelikte olması nedeniyle sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak, bu halde sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin bozulacağını gösteren somut olgulara dayanılmalıdır. Halbuki Türk hukukundaki düzenleme suçun ülkenin asayişini bozan suçlardan olmasını yeterli görmekte, ancak sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin bozulacak olması şartını aramamaktadır.⁹⁷ Bu açıdan *AİHM*’in içtihadına aykırıdır.

⁹³ *AİHK* 30.11.1993, başvuru no 16419/90 ve 16426/90, par.76. Komisyon Raporunun Türkçe çevrisi için bkz. GEMALMAZ, **Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye -2-**, s.57-85.

⁹⁴ Bkz. CENTEL, s.55 vd. Anayasa Mahkemesi ise bu hükmün Anayasa’ya (1961) aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (CENTEL, s.56)

⁹⁵ Tomasi/Fransa, par, 90, 91; Letellier/Fransa, par.51; Kemmache/Fransa, par.51 vd.

⁹⁶ Tomasi/Fransa, par.91.

⁹⁷ Tasarı’nın “Kamu düzeninin, suçun neden olduğu veya olabileceği ağır zararlardan korunması” şeklinde ifade edilen bu tutuklama nedeni, mevcut düzenlemeye göre daha isabetli olmakla birlikte, *AİHM*’nin belirttiğimiz içtihatları karşısında yetersizdir. Bu

dd) “Askeri disiplinin korunmasını sağlamak amacı” ile tutuklama:

Bu tutuklama nedeni sadece askeri ceza yargılamasında geçerlidir. Anayasa Mahkemesi de 23.6.1963 tarihli bir kararında, askeri disiplinin sağlanması ve devamı için zorunlu olduğu takdirde tutuklamanın yapılabileceğini belirterek, Anayasaya aykırılık görmemiştir.⁹⁸ Askeri disiplinin korunması amacıyla tutuklamaya baş vurulması uygulamada suiistimallere yol açmaktadır. Çünkü hangi suçun işlenmesi halinde disiplinin ihlalinin söz konusu olacağı kanunda belirtilmeyerek tamamen hakim takdir yetkisine bırakılmıştır. Asker kişinin suç teşkil eden her fiil aynı zamanda disiplinin de bozulması anlamına geleceği için, askeri hakim de önüne gelen her suç ile ilgili olarak tutuklama kararı verebilir.⁹⁹

Tespit edebildiğimiz kadarıyla *AIHM*'in konu ile ilgili henüz bir kararı mevcut değildir. Yukarıda belirtildiği gibi (III. 1.) *AIHM*, tutukluluğun devamı için gösterilecek nedenlerde bir sınırlama getirmemekle birlikte, bu nedenlerin “ilgili” ve “yeterli” olmasını aramaktadır. Sadece sanığa isnat edilen suçun niteliğini de tutukluluğun devamı için yeterli görmemektedir. Sanığın serbest bırakılmasının ordudaki disiplini bozacak ve dolayısıyla yeni suçların işlenmesine neden olacağı, bu durumu kamu düzeninin bozulması olarak kabul edebiliriz. *AIHM*'in biraz önce belirttiğimiz kamu düzeninin korunmasına ilişkin içtihatları dikkate alındığında, disiplinin bozulmasını önlemek amacıyla kısa süreli tutuklama makul olabilir. Bu durumda sanığın tutuksuz yargılanması halinde ordudaki disiplinin bozulacağına ilişkin somut olgulara dayanılması ve bu hususların tutukluluğun devamına ilişkin kararda gösterilmesi gerekir. Ancak disiplin ve düzeni sağlama amacı uzun süren tutukluluk da haklı olarak görülemez; başka haklı gerekçelere dayanılması gerekir. Çünkü tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin yapılmasını sağlamaktır. Eğer disiplin sağlanmak isteniyorsa, bu durumda askeri yetkililerin elinde disiplin cezaları verme imkanı vardır.¹⁰⁰

ee) Diğer nedenler: Suçun “genel ahlak aleyhinde işlenmiş” olması, sanığın “serseri veya şüpheli takımından olması” veya “yabancı olması”:

nedenle Tasarı'nın ilgili hükmüne “sanığın tutuklanmaması halinde kamu düzeninin bozulacağına ilişkin somut olguların bulunması” şartı da eklenmelidir.

⁹⁸ ŞEN, s.486.

⁹⁹ Bkz. ÇELİK, *Askeri Yargıda Tutuklama*, s.24, 25, 80. Uygulamada askeri mahkemeler, kanunda yer almamasına rağmen tutuklama kararı verirken, disiplinin ağır derecede ihlal edilmiş olması şartını arayarak, tutuklamaya sınırlama getirmektedirler (s.80)

¹⁰⁰ Disiplin suçlarının işlenmesi halinde askeri amir veya üstün yakalama ve tutuklama yetkisi konusundaki tartışmalar için yakında yayınlanacak olan başka bir makalemize bkz. Faruk TURHAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*AIHM*) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/ Gözaltında Kayıplar, Askeri Disiplin Cezaları, Hakim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri”, **Prof. Dr. Kayıhan İçel'e 65. Yaş Günü Armağanı**.

Suçun **genel ahlak aleyhine işlenmiş olması** As.MKYUK md. 71’de tutuklama nedeni olarak kabul edilmiştir.¹⁰¹ Doktrinde bu halde sanığın tutuklanmasının sadece suçun niteliğine dayandığı için eleştirilmekte ve Anayasa’ya aykırı olduğu belirtilmektedir.¹⁰² Tespit edebildiğimiz kadarı ile AİHM’nin bu tutuklama nedeniyle ilgili bir kararı mevcut değildir. Ancak, ağır suçların kamu düzenini bozma tehlikesi karşısında tutuklamayı haklı gören kararına ilişkin gerekçesi bu konuda da geçerli olabilir. Gerçekten, genel ahlak aleyhine işlenen suçlar toplum gelenekleri ve anlayışı nedeniyle halk arasında tepki ve sarsıntı meydana getirebilir.¹⁰³ Bunun sonucu olarak da kamu düzeni bozulabilir. AİHM ise kamu düzeni ile ilgili olarak Tomasi/Fransa kararında, “özel ağırlığı ve halkın tepkisi nedeniyle bazı suçların kısa bir süre için tutukluluğu haklı göstermeye yetecek kadar halkın huzursuzluğuna yol açabileceğini” belirtmiş, ancak bu durumun istisnai şartlarda geçerli olduğunu ve yeterli delilin bulunması gerektiğini de eklemiştir. Ayrıca sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin bozacağına ilişkin somut olguların da tutuklama kararında gösterilmesi gerekir.¹⁰⁴ Buna karşın As.MKYUK’daki düzenleme, sadece suçun niteliğini sanığın tutuklanması için yeterli saymakta, bu suçun gerçekten toplumda infial uyandıracak ve kamu düzenini bozucu nitelikte olmasını aramamaktadır. Bu nedenle kanundaki düzenleme suçun sırf genel ahlak aleyhinde işlenmiş olmasını yeterli saydığı ve kamu düzenini veya toplum huzurunu bozmaya elverişli olayların varlığını için, AİHM kararları ile uyumlu değildir. Bu nedenle kanundan çıkarılması ve bunun yerine Tasarı’da olduğu gibi kamu düzeninin korunması tutukluluk nedeni olarak getirilmelidir.

Sanığın “**ikametgahı veya meskeni bulunmaması veya serseri veya şüpheli takımından olması**” hallerinde de sanık kaçacak sayılmıştır (CMUK eski 104. madde; As.KYUK md. 71). Bu hallerde sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklama için başlangıçta yeterli olmakla birlikte, sanığın ikametgahına veya nerede oturduğuna ilişkin yeterli delillerin elde edilmesi halinde tutukluluğun hemen sona erdirilmesi gerekir. Sözleşme’nin 5. md. 1.fık. e) bendine göre “serserilerin” (yersiz yurtsuzların)¹⁰⁵ gözetim altına alınarak özgürlüklerinin kı-

¹⁰¹ Suçun genel ahlaka karşı işlenmiş olması, CMUK eski 104. maddesinde, işlenen suçun “adabı umumiye aleyhinde” olması şeklinde belirtilerek, bağımsız bir tutukluluk nedeni olarak kabul edilmişken, As.MKYUK md. 71’de ise sanık kaçacak sayılarak, kanuni karine şeklinde düzenlenmiştir. Devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlar arasında genel ahlaka karşı işlenen suçlar bulunmadığı için, bu tutuklama nedeni artık sadece askeri ceza muhakemesinde geçerlidir.

¹⁰² CENTEL, s.57; KESKİN, s.77.

¹⁰³ Krş. Anayasa Mahkemesi’nin 13.5.1963 tarihli kararı, RG 18.9.1963.

¹⁰⁴ Tomasi/Fransa, par.91.

¹⁰⁵ Sözleşme’nin resmi tercümesinde bu kişiler “serseri” olarak çevrilmiş ve Anayasamın 19. maddesine de bu şekilde geçmiştir. Kelime olarak hakaret niteliğinde olduğu için, onun

sıtlanması hukuka uygundur. Yersiz yurtsuzluk sabit bir ikametgahı veya meskeni olmayan, meşru bir geçim imkanı bulunmayan kimselerin durumunu ifade ettiğinden¹⁰⁶, esasen bunun ayrı bir tutuklama nedeni olarak kabul edilmesine de gerek yoktur.¹⁰⁷

Sanığın sırf **yabancı olması** tutuklama için yeterli görülmemiş, ayrıca mahkemenin davetine veya mahkumiyet halinde hükmün infazı için sanığın gelmeyeceğine ilişkin ciddi nedenlerin bulunması da aranmıştır. Sanığın yabancı olması, tutuklamanın başında kaçma şüphesinin varlığı için yeterli olmakla birlikte, tutukluluk süresi uzadıkça etkisinin azalacağı da gözden uzak tutulmamalıdır. Sanığın yabancı olması halinde kaçacak sayılması, yabancılara karşı bir ön yargıyı ifade ettiği, hakime geniş takdir yetkisi tanıdığı ve bir yabancının sırf kaçacak diye tutuklanması bazen yurt dışında Türkiye aleyhinde kötü propaganda ya neden olduğu için mevzuattan çıkarılmalıdır.

Tasarı'da yer alan "suça son verilmesi" veya "suçun yenilenmesine engel olunması" amacıyla tutuklama, yukarıda açıklandığı gibi (III. 3. c) *AİHM* kararlarına aykırı değildir.

d) Muhakemenin icrası sırasında gerekli özenin gösterilmesi:

Türk hukukunda tutuklu işlere öncelikle bakılmakta ve adli tatilde de duruşma yapılmaktadır (CMUK md. 104). Ancak uygulamada, tutuklu işlerin duruşması gerekli olsa da, olmasa da genellikle birer ay ertelenmektedir. Başlangıçta dosyanın hazırlanması, bilirkişi tayini, keşif yapılması, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi açısından duruşmaların ertelenmesi gerekli olabilir. Ancak tutukluluk süresi ilerledikçe, bu periyodik uzatmanın geçerli bir nedenin gösterilmesi, gereksiz yere uzatılmasının önlenmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi (III. 4.) *AİHM*, yargı mercilerinin ceza muhakemesinin ilerlemesi ve sonuçlandırılması için gerekli süratle çalışıp çalışmadığını, dosyanın hiçbir işlem yapmadan uyumaya bırakılıp bırakılmadığını özellikle araştırmaktadır. Bu nedenle gerçekten gerekli olmadan tutuklu kişilerin yargılandığı davaların duruşmalarına periyodik olarak her defasında birer ay arar verilmesi şeklindeki uygulama, Sözleşme'nin ihlali niteliğindedir.

Uygulamada savcılar işi çok kısa sürede mahkemeye sevk ettikleri için davaların uzaması genelde son soruşturma sırasında meydana gelmektedir. Da-

yerine "yersiz yurtsuz" ifadesinin (bkz. **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, ekindeki AİHS metni) kullanılması daha isabetli olur.

¹⁰⁶ Krş. *AİHM* 18.06.1971, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika Kararı (Esas hakkında), **İHKAD**, c.1, s.107-137.

¹⁰⁷ Bkz. CENTEL, s.58.

vaların uzamasında ise, hakimlerin iş yükünün fazlalığı,¹⁰⁸ dava sırasında hakim değişmesi¹⁰⁹ önemli etkenler olduğu araştırmalarda ortaya çıkmaktadır.¹¹⁰ Yine davalarla ilgili olarak adli tıp kurumundan veya diğer sağlık kurumlarından rapor alınması gereken hallerde bu kurumların işleri gereken süratle yapmadıkları, raporlarını geç gönderdikleri uygulamada karşılaşılan ve davaların uzamasına neden olan önemli etkenlerdendir. Adliyenin ödenek yokluğu nedeniyle tutuklu sanığın gözetim için ruh ve sinir hastalıkları hastanesine sevkinin yapılamaması¹¹¹, pul yokluğu nedeniyle duruşmaya mağdur ve tanıkların çağrılmaması gibi tutuklu sanıkların yargılama süresini uzatan bir çok faktörler bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi (III. 4.) bu gibi eksiklik ve ihmaller Sözleşme'nin 5. md. 3. fıkrası açısından tutukluluk işlerin gecikmesinde haklı nedenler olarak kabul edilemez.¹¹² AİHM Stögmüller/Avusturya davasında, hakim sayısının azlığı veya hakimlerin iş yüklerinin fazlalığı nedeniyle tutuklu kişilerle ilgili davaların uzun sürmesini haklı göstermeyeceğini açıkça belirtmiştir.

e) Oranlılık ilkesi ve teminatla salıverme:

CMUK'un 104. maddesi soruşturma konusu fiilin önemi ve uygulanacak ceza dikkate alındığında, tutuklama haksızlığa neden olacak veya tutuklama yerine başka yargılama tedbiri ile tutuklamanın amacına ulaşılacak ise, tutuklamaya karar verilemez, diyerek tutuklulukta oranlılık ilkesini kabul etmiştir. Kanunumuzda bu tedbirlerden olarak teminatla salıverme, yurt dışına çıkma yasağı, müşahade altına alma, faaliyetten men etme gibi çeşitli tedbirlere yer vermektedir. Ancak bu tedbirlerin yetersiz kaldığını görmekteyiz.¹¹³ Bu tedbirlerden sadece teminat karşılığı salıverme için tutukluluğu sona erdirme imkanı kanunda (CMUK md. 117 vd.) açıkça düzenlenmiş, buna karşın diğer tedbirlere başvurulması halinde tutuklu sanığın serbest bırakılacağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmemiştir. CMUK'da kefaletle salıverme olarak adlandırılan bu halde, sanığın delileri karartma tehlikesi yoksa, gösterilecek uygun bir teminat karşılığı tutuklamanın infazı durdurulmaktadır. Anayasanın 19. md. 7. fıkrasının "serbest bırakılma ... güvenceye bağlanabilir" ve CMUK 117. maddesinin "... sanığın kefalet vermesi şartıyla tutuklanmasından vazgeçilebilir" hükümleri karşısında teminat karşılığı serbest bırakmanın sanık için bir hak olmadığı ve hakim takdir

¹⁰⁸ DÖNMEZER/YENİSEY, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", s.1405 vd.

¹⁰⁹ DÖNMEZER/YENİSEY, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", s.1410.

¹¹⁰ Davaların uzamasını etkileyen nedenler konusunda bkz. Mustafa Tören YÜCEL, "Ceza Yargılaması: Makul Süre – Verimlilik ve Etkinlik", **YD**, cilt: 20, sayı 1-2, 1994, s.67- 79.

¹¹¹ Örneğin, Isparta Ağır Ceza Mahkemesinde halen görülmekte olan bir dava dosyasında bu yönde bilgiler vardır.

¹¹² Stögmüller/Avusturya, par.5.

¹¹³ KUNTER/YENİSEY, s.620, no.45.11.

yetkisinde olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁴ Bu nedenle olsa gerek, uygulama da teminatla salıverme oranı oldukça düşüktür.¹¹⁵ Kefalet karşılığı salıverme talepleri ret edilirken genellikle herhangi bir gerekçe de gösterilmemektedir.¹¹⁶

Yukarıda belirtildiği üzere (IV.) gösterilen teminatın sanığın kaçma tehlikesini ortadan kaldırmaya yeterli olması halinde, serbest bırakılmanın sanık için bir hak olduğuna, bu açıdan bir takdir yetkisinin bulunmadığına, sanığın teminat karşılığı serbest bırakılması söz konusu olan hallerde ulusal mercilerin sanığın ekonomik durumunu re'sen araştırması gerektiğine ve tutuklamanın reddine ilişkin kararların gerekçeli olmasına ilişkin *AİHM*'nin içtihatları karşısında Türk hukukundaki uygulamanın *Mahkeme*'nin içtihatlarına açıkça aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ise tutuklamaya alternatif yeni bir kurum olarak “adli kontrol” sistemi getirmektedir. Batı hukukundaki gelişmeler, özellikle Fransız hukuku¹¹⁷ göz önünde bulundurularak, tutuklama şartlarının bulunması halinde hakime, tutuklama kararı yerine Tasarı'nın 108. maddesinde 16 bent halinde sayılan tedbirlerden bir veya bir kaçına birden hükmederek sanığın adli kontrol altına alınması imkanı getirilmektedir. Tasarı hayata geçirilebildiği ve iyi uygulanabilmesi halinde tutukluluğu neredeyse isitsnai hale getirebilecek bu tedbirleri burada incelemek konunun kapsamını aşacağı için, sadece kefaletle ilgili düzenlemeyi kısaca değerlendireceğiz. Tasarı'nın 108. maddesinin 11. ve 15. bentlerine göre kefalet karşılığında şüphelinin tutuklanmasından vazgeçilebilecektir. Yine hakkında tutuklama kararı verilmiş sanık da 118. maddede göre adli kontrol tedbirlerine başvurularak – kefalet yatırılması da bu tedbirler arasındadır – serbest bırakılabilir. Kefaletin miktar ve ödeme şekli, şüpheli ve sanığın parasal durumu dikkate alınarak Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakim tarafından belirlenecektir. Tasarı açıkça belirtmese de, kaçma tehlikesine karşı gösterilecek kefalet ile (bent 11), mağdurun haklarını güvence altına alan kefalet veya başka güvenceyi (bent 15) ayırmış, ancak kefaletin neyi kapsamaması gerektiği, daha doğrusu kefaletin miktarı belirlenirken

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi 22.09.1964, 1963/140 E., 1964/62 K.: ŞEN, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında**, s.494; KUNTER/YENİSEY, s.622, no.45.11.

¹¹⁵ Krş. DÖNMEZER/YENİSEY, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği”, s.1385: incelenen 1117 dosyadan sadece 7 dosyada teminatla salıverilme kararı verildiği tespit edilmiştir. Tutukluluk kararı verilmiş olan dosya sayısının 178 olduğu düşünülürse, bu sayının oldukça az olduğu ortaya çıkar.

¹¹⁶ Isparta Ağır Ceza Mahkemesi dosyaları üzerinde yaptığımız kısa bir incelemede uygulamanın bu yönde olduğuna ilişkin bilgi edindik. Mahkemelerin bu tutumları nedeniyle, sanık avukatları da kefalet karşılığı tahliye talebinin bir anlamı olmadığını düşünerek, genellikle bu yönde talepte bulunmadıklarını belirtmektedirler.

¹¹⁷ Fransız hukukunda adli kontrol tedbirleri hakkında bkz. KUNTER/YENİSEY, s.621, no.45.11, dipnot. 91.

hangi kriterlerden hareket edileceği düzenlenirken aynı ayırım yeterince göz önünde bulundurulmamıştır. Gerçekten 112. maddeye göre kefalet, şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesinde hazır bulunmasını sağlamayı güvence altına almalı (1.fik. 1.bent), suçtan zarar görenin masraflarını, suçun neden olduğu zararların giderilmesini, kamusal giderleri ve para cezalarını karşılamalıdır (1.fik. 2.bent). Gerçi hakimın kararında kefaletin karşılayacağı kısımların ayrı ayrı gösterilmesi istenmektedir. Ancak her iki kefalet cinsinin birlikte uygulanması ve sanıktan istenmesi halinde karışıklığa ve haksızlığa neden olabilecektir.

Bu hükmün uygulaması ayrıca *AİHM*'in içtihadına aykırılık da oluşturabilir. Çünkü Neumeister/Avusturya davasında Avusturya mahkemesinin kefaletin miktarını suçun meydana getirdiği zarara göre tespit etmesini Sözleşme'ye aykırılık bulmuştur. Yukarıda da belirtildiği (IV.) gibi, *AİHM* bu kararında, kefalet miktarının sadece sanığa isnat edilen suçun meydana getirdiği zarara bakılarak tespit edilemeyeceğini, kefaletin kayıpları karşılamak için değil, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için gerekli olduğunu açıkça belirtmiştir. Buna karşın Tasarı'nın düzenlemesine göre kefalet, hem sanığın duruşma ve cezanın infazında hazır bulunmasını, hem de suç nedeniyle mağdurun uğradığı zararları, yapılan diğer masrafları, para cezalarını hatta nafaka borcu nedeniyle yapılan koğuşmalarında nafaka borçlarının ödenmesini de kapsayabilecektir. Mahkemenin bütün bu durumları dikkate alarak kefaleti belirlemesi halinde sanığın istenen miktarda kefalet göstermesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle sadece duruşmada hazır bulunmayı sağlayacak kadar kefalet gösterebilecek olan sanıktan ayrıca diğer gider ve para cezası için de kefalet istenmesi halinde AİHS'ye aykırılık oluşacağını düşünüyoruz. Ayrıca suç nedeniyle tutuklamanın amacının, sanığın neden olduğu ve bir kısmı tamamen özel hukuka giren zararların ve yargılama sonunda verilecek para cezasının tahsili amacına yönelik olmadığı için bunları temin amacıyla da sanıktan kefalet istenmesi tutuklamanın amacına aykırıdır.¹¹⁸ Ayrıca ekonomik durumları iyi olmayan sanıkların kefalet karşılığı salıverilmeleri de sınırlandırılmış olur.¹¹⁹ Belirtilen zarar ve giderler için teminat göstermeyen veya gerektiğinde ödemeyen sanık hemen tutuklanabileceği için (md. 111) Tasarı'da yeni tutuklama nedenleri de meydana getirilmiş olmaktadır.

Tasarı'nın kefaletle ilgili bir diğer eksikliği de gösterilen teminatın şüpheli veya sanığın duruşmada ve cezanın infazında hazır bulunmasını sağlayacak nitelik ve miktarda olması halinde sanığın tutuklanıp tutuklanmamasının hakimın takdirine bırakılarak, salıverilmenin onun için bir hak olduğunun belirtilmemesidir. Yukarıda belirtildiği gibi mevcut düzenleme kefalet karşılığı serbest bı-

¹¹⁸ Ancak, bu hallerde tutuklama, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1.fikrasının a) ve b) bentlerine göre hukuka uygun olabilir.

¹¹⁹ Krş. CENTEL, s.138.

rakmayı tamamen hakimın takdirine bırakmıştır. Hakimler ise uygulamada bu tedbire başvurmadan kaçınmaktadırlar.

VI. GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Tutuklama kişi özgürlüğüne ağır bir müdahale olduğundan AİHS, tutuklu sanıklar için makul sürede yargılanma hakkını güvence altına almıştır. Sözleşme'nin 5. md. 3. Fıkrasındaki "makul tutukluluk süresini" *AİHM* 1968 yılından beri konu ile ilgili verdiği kararlarla ilgili olarak geliştirdiği kriterlerle somutlaştırmıştır. *Mahkeme* her şeyden önce makul tutukluluk süresi hakkında gün, ay, yıl gibi bütün davalara uygulanabilecek kesin süreler koymanın mümkün olmadığını, bunun her olayın niteliğine göre değişebileceğini belirtmektedir. Tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin yapılan başvuruları *AİHM* üç aşamada incelemektedir: Birinci aşamada tutukluluk süresince sanığın suç işlediği yolundaki şüphelerin devam edip etmediğini incelemektedir. Ancak makul suç şüphesi, belli bir süre geçtikten sonra yeterli değildir. İkinci aşamada ulusal yargı mercileri tarafından tutukluluk süresinin devamı için başka gerekçe gösterilip gösterilmediğini ve bu gerekçelerin tutuklulukla "ilgili" ve tutukluluk için "yeterli" olup olmadığını incelemektedir. Eğer bu gerekçeler "ilgili" ve "yeterli" görünüyorsa, incelemesini devam ettirip üçüncü aşamada yetkili makamların tutuklu sanığın muhakemesi sırasında gerekli özeni gösterip göstermediğini araştırmaktadır.

AİHM'in bu kriterleri açısından Türk hukukundaki düzenleme ve uygulamaları incelediğimiz zaman önemli eksiklik ve aykırılıkların olduğunu görmekteyiz. Tutukluluk süresinin makul süreyi aşmasını önlemek için CMUK ile 1992 yılında tutukluluk sürelerine getirilen üst sınırlar isabetli olmakla birlikte çok fazla pratik bir önemi yoktur. Çünkü bu düzenleme ile kanunda ön görülen soyut ceza esas alınarak, TCK'deki suçların büyük bir kısmı için hakime tutukluluğu devam ettirme yetkisi verilmiştir. Ayrıca, tutukluluk süresine ilişkin getirilen bu üst sınırlara askeri ceza muhakemesi dahil edilmemiştir. Tutuklamaya getirilen bu üst sınırlar makul tutukluluk süresini sağlamada tek başına uygun ve yeterli değildir. CMUK Tasarısı'nda tutuklulukta geçecek süreler kısaltılmakla birlikte, yine de makul tutukluluk süresini sağlamada tek başlarına yeterli değildir.

AİHM, kaçma tehlikesinin, sanığın mahkumiyeti halinde sadece alması muhtemel cezaya dayandırılarak değerlendirilemeyeceğini; sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, malvarlığı, aile bağları, yargılandığı ülke ile bağları ve uluslar arası irtibatları gibi, daha bir dizi faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini içtihatlarında sürekli vurgulamaktadır. Buna karşın Türk hukukunda isnat edilen suçun ağır cezalı olması halinde sanık kaçacak sayılmaktadır. Uygulamada da mahkemeler suçun niteliğini kaçma tehlikesini varlığı için yeterli görmekte, sanığın niçin kaçma tehlikesinin bulunduğunu ise açıklamamaktadır.

Suçun devlet nüfuzunu kıran fillerden olması *AİHM* kararları açısından tutukluluğu haklı gösteren ilgili ve yeterli nedenler olmadığı için kanunlardan çıkarılması gerekir. Genel ahlaka karşı işlenen veya ülkenin asayişini bozan suçlar nedeniyle tutuklama kararına başvurulması halinde tutuklama ancak kısa süre için ve sanığın serbest bırakılması halinde kamu düzeninin bozulacağını gösteren olgulara dayanılması halinde tutukluluğun devamı için ilgili ve yeterli olarak kabul edilebilir. Tasarıda bu tutuklama nedenlerine yer verilmemesi isabetlidir.

Askeri disiplini korumak amacıyla askeri hakime tanınan tutuklama yetkisi de AİHM'nin içtihatları ile uyumlu değildir. Çünkü, hangi suçların işlenmesi halinde disiplinin ihlal edilmiş sayılacağı kanunda belirtilmemiştir. Esasen her türlü suç az veya çok askeri disiplinin bozulması anlamına gelir. Askeri hakim de disiplini korumak için her türlü suç için tutuklama kararı verebilir. Halbuki *AİHM*'in kamu düzeninin korunmasına ilişkin içtihatları dikkate alındığında, disiplinin bozulmasını önlemek amacıyla kısa süreli tutuklama mümkündür. Ancak bu durumda sanığın tutuksuz yargılanması halinde ordudaki disiplinin bozulacağına ilişkin somut olgulara dayanılması ve bu hususların tutukluluğun devamına ilişkin kararda gösterilmesi gerekir. Türk hukukunda kanunun düzenlemesi ise bu şartları aramamaktadır.

Muhakemenin icrası sırasında gerekli özenin gösterilmesi açısından Türk hukukunu değerlendirdiğimizde, Türk hukukunda tutuklu sanıkların muhakemesindeki gecikmeyi engellemek için, tutuklu işlerin duruşmasının bir aydan fazla ertelenmemesi, bu işlere öncelikle bakılması gibi bir takım düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. Ancak uygulamada tutukluluğun devamına ilişkin incelemeler bir formalite haline gelmiştir. Tutuklu sanıkların duruşmaları gerçekten gerekli olup olmadığı yeterince dikkate alınmadan genellikle birer ay ertelenmektedir. Ödenek yokluğu, yargı teşkilatının iyi işlememesi gibi daha bir çok nedenlerle tutuklu sanıkların yargılandığı davalar uzayıp gitmektedir. Bu eksiklik ve aksaklıklar ise *AİHM*'ne göre tutukluluğun makul sürede bitirilememesinde haklı mazeret olarak kabul edilmemektedir. Bunları önlenmesi ise, ceza adalet sisteminin etkin hale getirilmesi ile mümkündür.¹²⁰

Teminat karşılığı salıverme uygulamada yeterince dikkate alınmamaktadır. *AİHM*, tutuklama sebebi olarak sadece sanığın kaçma tehlikesine dayanılması ve gösterilen teminatın da sanığın kaçma tehlikesini ortadan kaldırmaya yetecek nitelikte olması halinde teminat karşılığı serbest bırakılmayı sanık için bir hak olarak görmesine rağmen, Türk hukukunda teminat karşılığı serbest bırakma tamamen hakim takdir yetisine bırakılmıştır. CMUK Tasarı'nın kefaletle ilişkin düzenlemesi de yeterli olmadığı gibi, *AİHM* içtihatlarına da uygun değildir. Çünkü, Tasarı'nın düzenlemesine göre kefalet, hem sanığın duruşma ve cezanın infazında hazır bulunmasını, hem de suç nedeniyle mağdurun uğradığı za-

¹²⁰ Bu konuda DÖNMEZE/YENİSEY tarafından gerçekleştirilen "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", araştırmasında yapılan öneriler dikkate alınmalıdır (s.1297-1446).

rarları, yapılan masrafları ve para cezalarını de kapsayabilecektir. *AIHM* ise, kefaletin miktar ve kapsamının sanığın sebep olduğu zararlar dikkate alınarak tespit edilmesini Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. Teminat karşılığı salıvermeyi etkin hale getirmek için *AIHM*'in kararları ışığında, tutuklamanın sadece sanığın kaçma tehlikesine dayanması ve gösterilen teminatın sanığın kaçma tehlikesini ortadan kaldırmaya yeterli olması halinde, serbest bırakılmanın sanık için bir hak olduğu kanunda açıkça düzenlenmelidir.

Sonuç olarak *AIHS* ile güvence altına alınan ve Anayasamıza da aynen alınan tutuklu sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmaması, Türk hukukunda mevzuattaki düzenleme ve uygulama nedeniyle gereğince gerçekleşmemektedir. CMUK Tasarısı tutukluluk süresinin uzamasının, sanık için bir ön ceza niteliğine dönüşmesini önleyici bazı düzenlemeler öngörmektedir. Ancak bu Tasarı'nın ne zaman kanunlaşacağına ilişkin herhangi bir tahminde bulunmak bile mümkün olmadığı gibi; Tasarı'daki düzenlemeler devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçları, askeri ceza muhakemesini ve özellikle sıkıyönetim ve diğer olağanüstü yönetim hallerini de kapsamamaktadır. Bu nedenle Tasarı'daki düzenlemelerin de Türk hukukunda tutukluluk sürelerinin makul süreyi aşmasını önlemeye yeterli olmadığını söyleyebiliriz. Sadece mevzuatın değiştirilmesi de tutukluluk sürelerini kısaltılmak için yeterli değildir. Çünkü, sorunların önemli bir kısmı mevzuattaki düzenlemeden çok uygulamadan kaynaklanmaktadır. Sorunun çözümü için ise yerleşmiş adli kültürün de değişmesi gerekir. Yıllarca devam eden tutukluluğu, kanunun açık hükmüne rağmen, yeterli gerekçe göstermeden her defasında tekrar edilen kalıplaşmış birkaç kelime ile haklı göstermek mümkün değildir. Mahkemeler artık bu alışkanlıklarını bırakıp, tutukluluğa, tutukluluğun devamına, teminatın reddine ilişkin kararlarını *AIHS*'nin içtihatlarında ortaya koyduğu şekilde “ilgili” ve “yeterli” gerekçelere dayandırmalıdır.¹²¹

¹²¹ Kesin çözüm önerileri için, uygulamayı tam olarak ortaya koyan geniş kapsamlı bir araştırmanın faydalı olacağını da belirtmekte yarar görüyoruz.

FRANSIZ HUKUKUNDA VİZE REDDİ, GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE CONSEIL D'ETAT DENETİMİ

Yrd. Doç. Dr. Cemil KAYA*

GİRİŞ

Bireylerin etkinlik alanlarında devletin söz sahibi olmasının günümüzde giderek artması çağdaş idare için “günüşığında yönetim” ilkesini gerekli kılar. Günüşığında yönetim ilkesinin idari işlemler bakımından anlamı, idari işlemin hukuka uygun bir sebebi ve gerekçesinin bulunması yoluyla işlemin şeffaflığını sağlamasında yatmaktadır. Bu açıdan, idarenin yapmış olduğu işlemlerinde gerekçe belirtme yükümlülüğünün bulunması, gelişmiş idare hukuku sistemlerinin çoğunda asli öneme sahiptir ve geliştirmekte olan bütün sistemler için de arzu edilen bir sondur.

İdari işlemin sebebi, idareyi bir işlem yapmaya yönelten tüm etkenlerdir. Sebep unsuru, hukuki bir hataya, olaydaki bir hataya veya olayların hukuki nitelendirilmesindeki bir hataya dayanarak yapılmış bir hukuka aykırılığı ortaya çıkartmaya yarar¹. İşlemin sebebi ile gerekçesi arasında çok yakın bağlantı bulunmakla birlikte, sebep unsuru hakime, gerekçe ilkesi ise daha çok ilgiliye yönelik bir işleve sahiptir².

Gerekçe belirtme yükümlülüğü ilkesinin, idari işlemi yapan idare, idari işlemin muhatabı olan birey ve idari işlemi denetleyecek olan yargı organı bakımından üç boyutu bulunmaktadır. İdare bakımından ilkenin önemi, tutarlı ve rasyonel bir idare modeli öngörmesinde karşımıza çıkmaktadır. Birey açısından ilke, işlemin şeffaflığını sağlayarak idareye olan güveni arttırması yanında, bireyin işleme karşı yargı yoluna müracaat edip etmeme konusundaki kararsızlığına da son verir. Nihayet yargı organı bakımından ise ilke, hakime olayın detaylı bir

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
cemilkaya_law@yahoo.co.uk

¹ **Chapus** R., *Droit Administratif Général* (5th ed., 1990), Tome I, s. 711. Naklen, **Burchett** J.C.S., “Administrative Law – The French Comparison” (Aralık 1995) 69 A.L.J. s. 982.

² **Akilloğlu** T., “Yönetmeliklerde Gerekçe İlkesi” (Haziran 1982) 15 A.İ.D. s. 7.

fotoğrafını vererek işlemin muhtemel hukuka aykırılıklarını kolaylıkla görmesini sağlar ve bu şekilde yargısal denetimin etkinlik ve kalitesi artar.

Türk idare hukukunda, Fransız hukukunda olduğu gibi idareyi işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmeye zorlayacak bir Yasa³ -maalesef- bulunmamaktadır. Yakın zamanda Türk hukukunda konuyla ilgili ümit verici bir adım, 1998 yılında Ankara’da yapılan İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumunda atılmıştır. Ancak aradan geçen süreye rağmen hala bir sonuç alınabilmiş değildir.

Esas olarak bu çalışmanın konusu, akademik yönü yanında halen *Conseiller d’Etat* olan *Roger Errera*’nın 1985 yılından beri *Public Law* adlı dergide, “*Recent Decisions of the French Conseil d’Etat*” başlığıyla Fransızca’dan İngilizce’ye özetleyerek tercüme ettiği *Conseil d’Etat* kararlarına dayanmaktadır. Çalışmada, gerekçe ve vize ile ilgili kısa açıklamalardan sonra bu konudaki kararlara yer verilecek ve daha sonra sonuç bölümünde genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK FRANSIZ HUKUKUNDA GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Conseil d’Etat*⁴, idarenin işlemlerinde gerekçe belirtme ve istek üzerine ilgili kişilere bildirme yükümlülüğünü uzun bir süre genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmemiştir. Bu önemli eksiklik 11 Temmuz 1979 tarihli Yasa ile doldurulmuştur⁵. Gerekçe yükümlülüğü’nün uygulama alanı ve şekli ise Başbakan’ın 31 Ağustos 1979 tarihli sirkülerinde daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu sir-

³ Bununla birlikte mevzuatta gerekçe öngören özel düzenlemeler mevcuttur. Örnek olarak bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, m. 7/1, 8/1, 20/1, 71/3, 153/4; 2908 sayılı Dernekler Kanunu, m. 54/1; 1615 sayılı Gümrük Kanunu, ek madde 2; 1512 sayılı Noterlik Kanunu, m. 12/1; 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m. 13/3; Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği, m. 23; Evlendirme Yönetmeliği, m. 23/1; Kamu Konutları Yönetmeliği, m. 19; İl Millî Eğitim Disiplin Kurulları Yönetmeliği, m. 17/1; Rekebet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 23. Yine, Basın Kartları Yönetmeliği’nin ilgili maddeleri idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak düzenlemiştir. Danıştay 10. Dairesi, sarı basın kartı verilmesi istemini gerekçe göstermeden reddeden işlemi, “idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi”ne aykırı bularak iptal etmiştir. (D10D, E. 93/1403, K. 94/5633, KT. 10.11.1994, DD. sy. 90, s. 1043-1047). Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ilgili şekil kuralını, işlemin varoluş şartına ilişkin olmayan, dolayısıyla sonucunu etkilemeyen bir husus olarak görmüş ve işlemin esasının incelenmesini engellemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur. (DİDDGK. E. 95/769, K. 97/525, KT. 17.10.1997, DD. sy. 95, s. 84-87).

⁴ Ayrıntılı olarak bkz. **Elliott C. – Vernon C.**, *French Legal System* (2000), s. 78-82; **Alibert R.**, “The French Conseil d’Etat” (Nisan 1940) 3 M.L.R. s. 257-271.

⁵ **Brown L. N. – Bell J. S.**, *French Administrative Law* (5th ed., 1998), s. 233; **Bell J. – Boyron S. – Whittaker S.**, *Principles of French Law* (1998), s. 183; **Schwarze J.**, *European Administrative Law* (1992), s. 1385.

külerin III. Bölümü uyarınca gereke, aktüel devlet idaresinin, yerel yönetimlerin, kamu kuruluşlarının ve kamu gücü kullanma yetkisi verilmiş özel kişilerin işlemlerine uygulanacaktır⁶. 11 Temmuz 1979 tarihli Yasadan önce Fransa'da, idarenin işlemlerinde gereke belirtmesi sınırlı bir alanda söz konusu idi. Bunlar, gereke belirtmeye ilişkin açık bir yasal yükümlülüğün olduğu birkaç olayda ve idarenin yapısına ve işleyişine bakarak işin tabiatı gereği Conseil d'Etat'ın bu yükümlülüğün bulunduğu karar verdiği birkaç davada söz konusu olmuştur⁷.

11 Temmuz 1979 tarihli Yasa bu alanda önemli bir gelişmeyi ifade eder. Yasa, genel bir gereke belirtme yükümlülüğü yerine⁸, bu yükümlülüğün geçerli olacağı işlemlerin bir listesini verir⁹. Yasanın 1. maddesi şu şekildedir¹⁰: “Gerçek veya tüzel kişiler, kendilerini olumsuz yönde etkileyen bireysel idari işlemlerin gerekesini gecikmeksizin öğrenme hakkına sahiptir. Bu amaçla, temel hakları kısıtlayan, düzenleyici bir tedbir getiren, bir yaptırım öngören, ruhsat vermeyi sınırlandırıcı birtakım şartlara bağlayan, ... hakları kısıtlayan veya geri alan, bir zaman kısıtlaması getiren, yasal şartlara uyduğu halde ilgiye istediği yararı sağlamayı reddeden işlemlerde gereke belirtmek zorundadır”.

Maddede dikkat edilmesi gereken husus, bu yükümlülüğün kapsamındaki bireysel idari işlemlerin¹¹ sayılanlarla sınırlı olmasıdır. Uygulamada *Conseil d'Etat*, varolan bu yasal düzenlemeye çok nadiren müdahale ederek ilaveler yapmıştır¹².

Aynı yasanın 3. maddesine göre gereke yazılı olmalı, işlemin ana hatlarını içermeli ve işlemin temelini oluşturan maddi¹³ ve hukuki sebepleri tam ve açık bir şekilde ifade etmelidir¹⁴. Bunlara ilaveten Sirküler'in 4. bölümüne göre

⁶ **Schwarze**, s. 1386.

⁷ C.E. (Ass.) 27.11.1970, Agence maritime Marseille-fret Rec. 704; C.E. 13.11.1974, Guizelin Rec. 554. Naklen, **Gerapetritis** G., Proportionality in Administrative Law (1997), s. 209.

⁸ C.E. (Ass.) 21.12.1990, Assoc. Pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement (1991) A.J.D.A. s. 159. Naklen, **Gerapetritis**, s. 209.

⁹ **Brown – Bell**, s. 233; **Gerapetritis**, s. 209. 1979 tarihli Yasa yanında, Planlama Hukuku (Planning Law - Code de l'Urbanisme) örneğindeki gibi gereke belirtme yükümlülüğüne ilişkin olarak özel düzenlemeler de söz konusudur.

¹⁰ **Brown – Bell**, s. 91.

¹¹ Kural işlemler (normative acts) 1979 tarihli Yasanın kapsamı dışındadır.

¹² Zimni redler (implicit refusals) hakkında içtihat hukuku yaratılması yönünde bkz. C.E. 7.11.1975, Laglaine Rec. 549; C.E. 29.3.1985, Testa Rec. 93. Naklen, **Gerapetritis**, s. 209.

¹³ Genel olarak Conseil d'Etat, olayın fiili temelleri üzerinde daha çok durmaktadır. Bkz. C.E. (Sect.) 24.7.1981, Bélasri (1981) A.J.D.A. s. 464. Naklen, **Gerapetritis**, s. 210.

¹⁴ **Schwarze**, s. 1385-1386.

gerekçe açık ve doğru olmalı, aktüel işlemin alınmasının temel sebepleri açık olarak ifade edilmelidir. Bununla birlikte bir idari işlem için hiçbir gerekçe belirtmeme veya eksik gerekçe belirtme geçmişe yönelik olarak düzeltilebilir¹⁵. Bu standartlara uyulmadan yapılan bir idari işlem, temel usuli bir gereğin (*an essential procedural requirement*) ihlal edildiği gerekçesiyle idari mahkemeler tarafından iptal edilebilecektir¹⁶.

Mutlak bir olağanüstü hal (*complete emergency, special urgency – urgence absolue*) durumunda¹⁷ veya zımni idari işlemlerde idare, işlemin muhatabı olan bireyin talebi üzerine gerekçeyi bildirmekle yükümlüdür¹⁸. Ayrıca, devlet sırrı veya mesleki sırların söz konusu olduğu durumlarda ise gerekçe belirtme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA VİZE REDDİ VE GEREKÇE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Vize, pasaportun incelendiğini ve hamilinin seyahat etmesine izin verildiğini gösteren, pasaporta işlenmiş resmi bir mühürdür²⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda vize reddi bir polis tedbiri (*mesure de police*) olarak görülmediğinden gerekçe belirtme yükümlülüğü ile ilgili 1979 tarihli Yasanın kapsamı dışında tutulmuştur²¹. Dolayısıyla, bir vize müracaatı reddedildiği zaman -red kararına karşı dava açılması durumu hariç- 1998 tarihine kadar herhangi bir gerekçe belirtme yükümlülüğü de söz konusu olmamıştır.

Fransız hukukunda bir yabancıyla ilgili olarak bir vize müracaatının reddedilebileceği özel sebeplere ilişkin düzenleyici bir işlem veya yasa da bulunmamaktadır²². Bu konuda yayınlanmamış genel bir talimat mevcuttur. Yakın bir

¹⁵ **Schwarze**, s. 1386. Bununla birlikte Gerapetritis, sonraki bir gerekçenin geçmişe yürütülemeceğini ifade etmektedir. s. 210.

¹⁶ **Gerapetritis**, s. 210. **Schwarze**, s. 1386.

¹⁷ **Schwarze**, s. 1386. Bkz. C.E. 13.1.1988, Belkacem Abina (1988) A.J.D.A. s. 225. Naklen, **Gerapetritis**, s. 210.

¹⁸ **Gerapetritis**, s. 210.

¹⁹ C.E. 10.4.1991, Chemouni Rec. 126. Naklen, **Gerapetritis**, s. 209-210.

²⁰ **Garner B. A.**, (Ed.), *Black's Law Dictionary* (7th ed. 1999), s. 1565.

²¹ **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1987 Summer] PL, s. 288.

²² **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1987 Summer] PL, s. 288; **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1996 Spring] PL, s. 167-168; **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1997 Summer] PL, s. 352; **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1999 Spring] PL, s. 163.

zaman öncesinde bir insan hakları derneği bu genel talimata ulaşmak istemiştir. Ancak Dışişleri Bakanlığı bu talebi reddetmiştir. Hem Paris İdare Mahkemesi hem de *Conseil d'Etat*, bu reddi, bu nitelikteki bir belgeye ulaşmanın idari belgelere ulaşma hakkına bir istisna getiren “dış politikanın gizliliği” gerekçesiyle hukuka uygun bularak, bu konuda idarenin (Yurtdışındaki Fransız Konsoloslukları ve Dışişleri Bakanlığı) geniş bir takdir yetkisi olduğuna (*un large pouvoir d'appréciation*) karar vermiştir²³.

Uygulamada Konsolosluklar ve Dışişleri Bakanlığı, kamu düzeni (*public order – ordre public*), kamu yararı (*public interest – l'intérêt général*) ve kamu güvenliği (*public security – sûreté publique*) gibi idareye geniş takdir yetkisi veren kavramlara dayanarak vize müracaatlarını reddetmektedir²⁴.

İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesinin kapsamını genişletmek isteyen yasakoyucu, oldukça yeni olan Mayıs 1998 tarihli Yasa ile, devletin güvenliği ile ilgili olmadıkça vize red gerekçesinin idari işlemle birlikte “yazılı” olarak ilgiliye bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Gerekeç yükümlülüğü, 1998 tarihli Yasa ile revize edilen Yabancılar Hakkındaki 1945 tarihli Yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında sayılmış 8 yabancı kategorisine uygulanacaktır. Örneğin bu kategorilerden bir tanesi, eşi Fransız olan bir yabancıdır. Değişiklik, vizeye müracaat edenlerle ilgili olduğu kadar idare için de yeni bir gelişme ve kısmen kültürel bir yenilik olmuştur²⁵.

III. VİZE REDDİ İŞLEMLERİNİN CONSEİL D'ETAT TARAFINDAN DENETİMİ

Vize reddine ilişkin olarak açılan bir davada *Conseil d'Etat*, gerekçe yükümü öngörüldükten itibaren red işlemiyle birlikte ilgiliye bildirilen gerekçeyi ve gerekçe yükümü öngörülmeden önce idarenin mahkemeye sunduğu gerekçeyi ulusal ve uluslararası kriterlere göre denetlemiştir.

Uluslararası Andlaşmalar, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Avrupa Topluluğu Hukuku²⁶, yabancılarla ilgili kararları denetlemede Fransız idari

²³ Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1997 Summer] PL, s. 352.

²⁴ Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1987 Summer] PL, s. 288; Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1996 Spring] PL, s. 167-168; Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1999 Spring] PL, s. 163.

²⁵ Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1999 Spring] PL, s. 163; Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1999 Summer] PL, s. 367; Errera R., “Recent Decisions of the French Conseil d'Etat” [1999 Winter] PL, s. 763.

²⁶ Avrupa Topluluğu Hukuku'nun üstünlüğü ilkesine karşı uzun bir dirençten sonra Conseil d'Etat, Avrupa Andlaşmaları hükümlerinin (Bkz. Nicolo, October 20, 1989: (1990) 1 CMLR. 173), Avrupa düzenlemelerinin (Bkz. Boisdet, September 24, 1990: (1991) 1 CMLR. 3) ve Avrupa direktiflerinin (Bkz. Compagnie Alitalia, February 3, 1989: (1989)

yargı organları tarafından yaygın olarak kullanılmaktadır. 1946 Anayasası'nın 26. maddesi ve 1958 Anayasası'nın 55. maddesi, usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası andlaşmaların, Parlamentonun yasalarından üstün olduğunu açıkça öngörmüştür. Bu nedenle bu belgelerdeki her bir kelime, idarenin kararında dayandığı gerekçenin denetiminde son derece önemli bir rol oynar ve idari işlem tarafından yapılan ihlal bu işlemin iptaline yolaçar²⁷.

Uluslararası belgeler bakımından özellikle 1992 yılından itibaren *Conseil d'Etat*, aile hayatına saygı duyma hakkıyla (*right to respect for family life*) ilgili Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (*European Convention on Human Rights*) 8. maddesine sıkça yollama yapmıştır²⁸.

Conseil d'Etat'nin denetimde başvurduğu diğer kriterler ise; hukukta hata (*error in law*), mantığa aykırılık (*unreasonableness*), yetkisizlik (*lack of jurisdiction – incompetence*), yetkinin kötüye kullanımı (*abuse of power – détournement de pouvoir*), konuyla ilgisiz hukuki düşünüş (*irrelevant legal considerations – erreur de droit*) tür.

Burada sırasıyla aile hayatına saygı duyma hakkı ile ilgili kararlara ve diğer kararlara yer verilecektir.

A. Aile Hayatına Saygı Duyma Hakkı İle İlgili Kararlar

1. Aykan (Nisan 10, 1992)²⁹

1976 yılında Fransa'ya öğrenci olarak gelen Türk vatandaşı Aykan, öğrencilik yanında kazanç getirici aktivitelerle de uğraşmış ve 1982 yılında uyuşturucu ticareti nedeniyle bir Alman Mahkemesi tarafından 4 yıllığına tutuklanmıştır. Almanya'da cezaevinde iken, *Strasbourg*'da yaşayan bir Fransız bayanla evlenmiştir. Hapishaneden çıkınca da vize müracaatında bulunmuştur. Fakat bu talebi reddedilmiştir. Aykan, red işleminin ECHR'nin 8. maddesini ihlal ettiğini

A.J.D.A. 387; SA Rothmans International France et SA Philip Morris France, February 28, 1992: (1993) CMLR. 253 üstünlüğünü tanımıştır. **Dadomo C.** – **Farran S.**, French Substantive Law (1997), s. 160; **Helin J.C.**, The Influence of European Law on French Administrative Law, in T.G. Watkin, (ed.), The Europeanisation of Law (1998), s. 129-142; **Roserren P.**, “The Application of Community Law By French Courts From 1982 to 1993” (1994) 31 C.M.L.R. s. 315-376; **Pollard D.**, “European Community Law and The French Conseil d’Etat” (1993-1995) 28-29 I.J. s. 79-120.

²⁷ **Dadomo C.** – **Farran S.**, The French Legal System, (2nd ed., 1996), s. 34-38; **Dadomo – Farran**, Substantive Law, s. 159.

²⁸ Sözleşmenin 8. maddesi hakkında bkz. **Liddy J.**, “The Concept of Family Life Under the ECHR” [1998] E.H.R.L.R. s. 15; **Warbrick C.**, “The Structure of Article 8” [1998] E.H.R.L.R. s. 32.

²⁹ **Errera R.**, “Recent Decisions of the French Conseil d’Etat” [1992 Summer] PL, s. 343.

iddia etmiştir. Ancak *Conseil d'Etat*, Aykan'ın Fransa'da bulunmasının kamu düzenini tehlikeye sokacağı gerekçesiyle red kararını hukuka uygun bulmuştur. Dolayısıyla vizenin reddi Aykan'ın aile hayatına saygı duyma hakkına orantısız bir sınırlama getirmemiştir.

Hiçbir zaman eşiyile birlikte yaşamamış olmasına rağmen, Aykan'ın aile hayatının bulunduğu da kararda belirtilen bir gerçektir.

2. *Marzini (Nisan 10, 1992)*³⁰

Cezayir uyruklu Bay *Marzini* 6 yaşında iken Fransa'ya gelmiştir. Sağlık sebepleriyle 1973 yılında Fas'a dönmüştür. 15 yıl sonra bir turist vizesiyle Fransa'ya tekrar gelmiştir. Vize süresi bitmiş ve işçi olarak ikamet izni de reddedilmiştir. Bu gerekçelerle *Conseil d'Etat*, vize reddinin ECHR'nin 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.

3. *Mme Abbasse (Kasım 20, 1995)*³¹

Abbase, 1992 yılında evlendiği Fransız eşiyile birlikte yaşamak amacıyla Fransa'ya gitmek için vize müracaatında bulunmuştur. Ancak Ocak 1994'te Fas'taki Fransız Konsolosluğu, Fas uyruklu *Abbase*'nin vize müracaatını reddetmiştir. Dışişleri Bakanlığı, daha önce hukuka aykırı olarak Fransa'da bulunan *Abbase*'nin tekrar Fransa'ya girmesine izin verilmesini sağlamak amacıyla bu evliliğin yapıldığı gerekçesiyle vize müracaatının reddedildiğini *Conseil d'Etat*'a bildirmiştir.

Bir yabancı Fransız vatandaşı birisiyle evlenmesinin o kişiye Fransız vatandaşlığını daha kolay kazanma, sınır dışı edilmeye karşı korunma, 10 yıllık ikamet izni gibi bazı hak ve ayrıcalıklar tanıdığı açıktır.

Evliliğin muvazaalı olduğunu isbat yükümlülüğü idareye aittir. İsbat halinde, hukuk mahkemeleri evliliği iptal etmese bile bu durum geçerli kabul edilir. Ancak olayda idare evliliğin muvazaalı yapısını kanıtlayamamıştır. Dolayısıyla *Conseil d'Etat*, red kararının ECHR'nin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle işlemi iptal etmiştir. Olayda *Conseil d'Etat*, aile hayatına saygı duyma hakkı ve vize reddi arasında oran (*proportionality*) yokluğuna dikkat çekmiştir.

4. *M. Chand (Kasım 20, 1995)*³²

Vize müracaatı reddedilen Hindistan uyruklu *Chand*, 1993 yılında evlendiği Fransız eşinden ayrı kalmıştır. Reddin sebebi, *Chand*'in evlenmesine rağmen Fransa'da kalmasına izin verilmeyecek olmasıydı. Çünkü *Chand*'in, huku-

30 **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1992 Summer] PL, s. 343.

31 **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1996 Spring] PL, s. 168.

32 **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1996 Spring] PL, s. 168.

ka aykırı olarak kaldığı Fransa'dan daha önce ayrılması emredilmişti. İdare bunu bir şekilde "kamu düzeni" ile ilişkilendirdi. Ancak başka herhangi bir sebep de ileri sürülmediğinden *Conseil d'Etat*, bu durumun vize reddine hukuki bir gerekçe olamayacağını belirterek ECHR'nin 8. maddesi uyarınca işlemi iptal etmiştir.

5. *M. Et Mme Ceran (Şubat 26, 1997)*³³

Türk vatandaşı Bay Ceran, birkaç yıldır birlikte yaşadıkdan sonra kısa bir süre önce evlendiği Fransız eşine ve bu birliktelikten olma çocuğuna kavuşmak için vize müracaatında bulunmuştur. Ancak vize talebi reddedilmiştir. Açılan davada Ankara Fransız Konsolosu, daha önce ikamet izni reddedilen Bay Ceran'ın sırf Fransa'ya gidebilmek amacıyla evlendiğini iddia etmiştir. Ancak, böyle bir durumda içtihat hukukuna göre idare, evliliğin muvazaalı nitelikte olduğunu isbat etmek zorundadır. Bu da ispatlanamadığından vize müracaatının reddi ECHR'nin 8. maddesini ihlal etmiş ve işlem iptal edilmiştir³⁴.

6. *Chéa (Haziran 8, 1998)*³⁵

1980 yılında Çin'de doğan Bayan *Shao*, *Cambodian* uyruklu Fransız vatandaşı amcası Bay *Chéa* tarafından 1993 yılında evlatlık alınmıştır. Fransa'da yaşamak için vize müracaatında bulunan bayan *Shao*'nun bu talebi reddedilmiştir.

Red kararı üzerine açılan davada Bakan, evlat edinmeye ilişkin dosyanın Çin otoritelerine gönderilmediği gerekçesiyle, Çin hukuku uyarınca evlat edinmenin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Cour de Cassation'ın kararlarını gözönünde bulunduran *Conseil d'Etat*, evlat edinilen kişinin muvafakatı şartlarının evlatlık kurumunun iç hukukunca belirlenmesine karşılık evlat edinmenin hüküm ve şartlarının evlat edinen kişinin ülkesinin hukukuna tabi olacağına karar vermiştir. Bunun üzerine idare, Bayan *Shao*'nun Fransa'da varsayımsal (*fictive*) bir aile yaşamına sahip olacağını iddia etmiştir. Bu iddiaya cevap Medeni Yasanın 365. maddesi gösterilerek verilmiştir. Madde şu hükmü taşımaktadır: Bir çocuğu evlatlık alan kişi bu çocuk üzerinde aile otoritesi tekeline sahiptir.

³³ **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1997 Summer] PL, s. 353.

³⁴ Aynı yönde ve aynı yerde bkz. M. Badaoui, Şubat 21, 1997; M. et Mme. Suman, Şubat 26, 1997.

³⁵ **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1999 Spring] PL, s. 163-164.

Sonuç olarak *Conseil d'Etat* vize müracaatının reddinin, hem Bayan *Shao*'nun ve hem de babasının aile hayatına saygı duyma hakkını düzenleyen ECHR'nin 8. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Dava, ECHR'nin katı bir şekilde uygulanmasının nasıl yararlı ve iç hukukta bir düzenleme yokluğunda geçerli bir müracaat yolu olabileceğini göstermiştir.

7. M. Erdal (Aralık 11, 1998)³⁶

Türk uyruklu Fransız vatandaşı Bay Erdal, Türkiye'de büyükbaba ve büyükannesiyle birlikte yaşayan üç çocuğunu Fransa'ya getirmek istemiştir. Bu nedenle de çocukları için vize müracaatında bulunmuştur. İdare, 1997 yılında müracaatı hiçbir gerekçe belirtmeksizin reddetmiştir. Bay Erdal, ECHR'nin 8. maddesine dayanarak, Ankara'daki Fransız Konsolosunun kararını iptal ettirmek üzere *Conseil d'Etat*'ya başvurmuştur. Yapmış olduğu savunmada İdare, çocukların Türkiye'de büyükbaba ve büyükannesiyle yaşamasının Fransa'da babasıyla birlikte yaşamasına oranla daha iyi olacağını ifade etmiştir. Ancak *Conseil d'Etat*'ya göre bu şekilde bir ailesel ilgi veya endişe, çocuğun üstün yararıyla ilgili çocuk hakları hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 3/1. maddesine dayanmadıkça – ki dayanılmamıştır – Bakanın işi değildir.

ECHR'nin 8/2. maddesi, 8/1. tarafından garanti altına alınmış hakların sınırlandırılabilirliğine ilişkin ayrıntılı bir liste içerir. İşte, idare tarafından belirtilen sebepler bu listede de yer almamaktadır. Bu nedenlerle red işlemi *Conseil d'Etat* tarafından iptal edilmiştir.

8. M. et Mme Forabosco (Haziran 9, 1999)³⁷

Romanya uyruklu bayan *Forabosco*, 1996 yılında Bükreş'te bir Fransız vatandaşıyla evlenmiştir. Ardından Fransız Konsolosluğuna uzun süreli bir vize müracaatında bulunmuştur. Ancak hiçbir gerekçe gösterilmeksizin müracaatı reddedilmiştir. *Forabosco* karara karşı *Conseil d'Etat*'da dava açmıştır.

Yargılama sırasında Dışişleri Bakanı red kararının, Bayan *Forabosco*'nun Almanya tarafından *SIS*'de (*Schengen Information System*) rapor edilmesine dayandığını belirtmiştir. Bu raporda, bayan *Forabosco*'nun evlenmeden önce Almanya'ya yaptığı mülteci statülü başvurusunun reddedildiği yer almıştır. *Conseil d'Etat*'ın işlemi iptal etmesi üzerine ilk reddeden itibaren 1 yıl sonra Bakan vizeyi vermiştir. Olayda üzerinde durulması gerekli birtakım konular bulunmaktadır.

³⁶ **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1999 Summer] PL, s. 366-367.

³⁷ **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1999 Winter] PL, s. 763-765.

İlk olarak, Almanya'nın rapor etme kararının sebeplerine değinmek gerekir. *Schengen* Sözleşmesinin 96/2 ve 96/3. maddeleri, ülkeye girişin reddedilmesi amacıyla yönelik olarak bir yabancının rapor edilebileceği sebepleri saymıştır. Ancak Bayan *Forabosco* hakkında tutulan rapor hali 96/2 ve 96/3 teki sebeplerden biri değildir. Dolayısıyla Alman idaresi hukuki bir hata yapmıştır. Bu durumda Fransız idaresi, madde 106/2 çerçevesinde bu yanlışlığı düzeltmesini Alman idaresinden istemiştir.

İkinci olarak, Sözleşmenin 5/2. maddesine göre, Sözleşmenin tarafı bir devletin ülkesine giriş, *SIS*'de rapor edilen yabancılar için reddedilir. Ancak, bu 3 aydan az olan vizeler için uygulanır. Her bir devletin yasama organınca kabul edilen ve 3 aydan çok olan ulusal vizelere bu durum uygulanmaz. (madde 18). Madde 10/1 uyarınca Sözleşmenin tarafı devletlerin ülkesine girişte kısa dönem vizeler geçerli olduğundan, Sözleşmenin katı ve dar yorumu, uzun dönem vizelerin reddiyle ilgili rapor edilmeyi tamamıyla istisna tutacaktır. Fakat bu iki çeşit vize arasında tam bir ayırım kolaylıkla yapılamayabilir. Dolayısıyla, uzun dönem bir vize müracaatını reddetmede, bir yabancının *SIS*'de rapor edilmesini gözönünde bulundurmayı Konsolosluklara yasaklamak biraz mantığa aykırı olacaktır. Bu yüzden *Conseil d'Etat*, kendisini bununla bağlı hissetmediği sürece, idarenin böyle bir raporu gözönünde bulundurmasında hukuki bir hata işlemediğine karar vermiştir.

Üçüncü olarak, *Schengen* Sözleşmesinin 111. maddesine göre, "1. Sözleşmenin tarafı devletlerin ülkesindeki herhangi bir kişi, kendisiyle ilgili bir raporla bağlantılı olarak tazminat elde etmek, bilgi sağlamak, bir işlemi iptal etmek veya düzeltmek için milli hukuka göre yetkili idare veya mahkemeye müracaat edebilir. 2. Sözleşmenin tarafı devletler, 1. fıkrada bahsedilen idare veya mahkemeler tarafından alınmış nihai kararları 116. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla yerine getirmeyi garanti edecektir". Madde 116, *SIS*'deki milli data dosyasının kullanımı yoluyla bir kişiye verilmiş zarardan dolayı sorumlulukla ilgilidir. Buna göre, rapor eden Sözleşmenin tarafı devlet, hukuka aykırı işlem nedeniyle tazminat olarak diğer devletin ödediği miktarı geri ödemekle yükümlüdür. Bu iki hükmün sonuçları tam olarak açık olmamakla birlikte, diğer bir devletin hukuka aykırı raporunun iptal edilmesinde, mahkemeler arasındaki işbirliği yapma fikri burada gözükmektedir.

Son bir konu *Schengen* sözleşmesi hakkındaki protokolün 2. maddesi ve Avrupa Birliği hakkındaki Anlaşmanın 35. maddesi yoluyla *ECJ*'deki bir hususla ilgilidir. Yargılama konusu hakkında, Sözleşmenin tarafı devletlerin uygulamasını bir derece uyumlu hale getirmek için *ECJ*'nin buradaki görüşüne başvurmak son derece faydalı olacaktır. *SIS*'deki bir raporun hukukiliği konusunda farklı ülke mahkemeleri farklı görüşlere sahip olabilir.

9. Mme Hamssaoui (Haziran 9, 1999)³⁸

Fas'ta yaşayan Bayan *Hamssaoui*, bir Fransız vatandaşıyla evlenmiş kızını ziyaret etmek için kısa dönem vize müracaatında bulunmuştur. Ancak bu müracaatı *Schengen* Sözleşmesinin 5 ve 15. maddelerine dayanılarak *SIS*'de rapor edildiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Eğer Bayan *Hamssaoui* *SIS*'de niçin rapor edildiğini bilmek isteseydi, Fransız hukukuna göre kişisel bilgi korumakla görevli bağımsız idare *CNIL*'a³⁹ (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) müracaat etmeliydi⁴⁰.

Bildirilen gerekçenin yeterli olmadığını iddia eden *Hamssaoui*, niçin rapor edilmiş olduğunu bilmek istemiştir. Bu doğrultuda *Schengen* Sözleşmesinin 109/1. maddesine göre görevli denetleyici idareye müracaat etmeli idi. Ancak bu arada açıklık ve şeffaflıktan uzak olan 109/2. madde, "Bir kişiyi ilgilendiren bilgiye erişim, raporda belirtilmiş bir görevin icrasına engel olacaksa veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla reddedilecektir. Bilgiye erişim, titiz ve dikkatli gözetim amaçlarıyla rapor etme süresince her halükarda reddedilecektir" hükmünü öngörmektedir.

Conseil d'Etat, hazırlık işlemlerine (*travaux préparatoires*) ek olarak, Sözleşmenin diğer hükümlerinden de yararlanarak gerekçe belirtme yükümlülüğünün yabancıyı rapor etmiş devleti de bildirmeyi kapsadığına karar vermiştir.

³⁸ **Errera R.**, "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1999 Winter] PL, s. 765-766.

³⁹ *CNIL*, 6 Ocak 1978 tarihli Yasa ile oluşturulmuş bağımsız idari otoritedir. Görevi, hükümete tavsiyede bulunmak, hakların kullanımına açıklık kazandırmak ve elektronik ortamda bireyler hakkındaki bilgileri saklamaktır. Ayrıca, yasa ihlali ile ilgili şikayetleri dinler ve davaları yetkili otoritelere iletir. *CNIL*'ı bilgi koruma idaresi (Data Protection Authority) olarak nitelendirmek mümkündür. **Bell J.**, "Independent Administrative Authorities in France" (Aralık 1997) 3 E.P.L. s. 475.

⁴⁰ Fransa'da resmi belgelere ulaşma hakkı bulunmaktadır. Bu belgelere tam olarak ulaşma, icrai veya hazırlayıcı nitelikteki bireysel idari işlemlerin genel sebeplerini bireylerin bilmesini sağlama anlamına gelir. Birey bilgi alma hakkına sahiptir. İdare ise bilgi sağlama yükümlülüğü altındadır. Bazı yönleriyle İsveç Yasası'ndan ilham alan 17 Temmuz 1978 tarihli ve Aralık 1978'de yürürlüğe giren Yasa talep anında sirküler, direktif, istatistik, görüşme tutanağı, çalışma, rapor ve dosya gibi idare tarafı işlemlere herhangi bir kişinin ulaşması hakkını tanır. Ayrıca bireyler, kendilerini kişisel olarak ilgilendiren belgeleri de talep edebilirler. Eğer idare istemi reddederse bireyler konuyu *Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA)*'ya iletirler. *CADA*, bireyin belgeye ulaşma hakkını tanıdığı konusunda "tavsiye" niteliğinde bir karar verecektir. **Brown – Bell**, s. 91; **Ducamin B.**, "Recent Case Law of the French Conseil d'Etat" (1987) 35 A.J.C.L. s. 348-349. Yasanın uygulanmasını denetlemek amacıyla oluşturulan *CADA*, 1993 yılında uygulamadan kaynaklanan 3.200 şikayeti *Conseil d'Etat*'ya iletmiştir. **Birkinshaw P.**, *Freedom of Information* (2nd ed. 1996), s. 80.

Dolayısıyla işlem, yabancıyı rapor eden “ulusal idareyi” içermediğinden iptal edilmiştir.

Burada akla şu soru gelebilir. Acaba *Conseil d’Etat*’nın kararı idarenin, yabancıyı rapor eden devletin yanında devletin hangi idaresinin bu raporu tesis ettiğini de bildirmek zorunda olduğu anlamına mı gelmektedir? Yoksa idarenin işlemi tesis eden devleti bildirmesi ilk soruyla aynı sonuca mı gelmektedir? Şüphesiz burada her ikisi de kabul edilebilir. Ancak, eğer yabancı yukarıda bahsedilen müracaat yollarını kullanacaksa, hakkında rapor tutan devletin yanında bu devletin hangi idaresinin (idari/yargısal, merkezi/mahalli) görevli olduğunu bilmesi tercih edilir.

10. *Mme Cucicea – Lamblot (Ekim 25, 2000)*⁴¹

Bir Fransız vatandaşıyla evli Romanya uyruklu *Cucicea*, eşini görmek amacıyla 3 aydan az süreli bir vize müracaatında bulunmuştur. Bükreş’teki Fransız Elçiliği *Cucicea*’nın müracaatını, *SIS*’de rapor edilmiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁴². 1990 tarihli *Schengen* Sözleşmesi’nin 5/2. maddesi, -dar yorumla- 3 aydan az süreli vize müracaatları için sözleşmenin tarafı devletlerin ülkesine girişin, *SIS*’de rapor edilmiş kişilere reddedileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla Elçilik, *Schengen* Sözleşmesinin 5 ve 15. maddeleri uyarınca müracaatı reddetmek zorunda idi.

Cucicea’nın eşi vize red işleminin, ECHR’nin 8. maddesi çerçevesinde onun aile ve aile yaşamına saygı duyma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Acaba davacı, bir Sözleşmenin (*Schengen* Sözleşmesinin) hükümlerinin uygulanmasına yönelik olarak idarece tesis edilmiş bir işleme karşı başka bir sözleşme (ECHR) hükümlerine dayanabilecek midir? Andlaşmalar hukuku⁴³ hakkında uzun bir değerlendirme yapan *Conseil d’Etat*, *Schengen* Sözleşmesini uygulamak için alınmış bir kararın ECHR’yi ihlal edebileceğine karar vermiştir.

41 **Errera R.**, “Recent Decisions of the French Conseil d’Etat” [2001 Summer] PL, s. 425-426.

42 *SIS*’in amacı, “Sözleşmenin taraflarınca oluşturulmuş idarelerin, vize verme, ikamet izni verme ve kişilerin dolaşımıyla ilgili bu Sözleşme hükümlerinin uygulanması bağlamında yabancıların idaresi amacıyla 96. maddede zikredilen tek tip rapor hali dahil, milli hukuka uygun olarak ülke içinde yürütülen vergi, polis ve sınır kontrolleri amacıyla kişiler ve nesnelere hakkında tutulmuş raporlara ulaşması hakkını verir”. (Madde 92/1)

43 Özellikle Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesinin 30. maddesini gözönünde bulundurmıştır.

B. Diğer Kararlar

1. *Ngako Jeuga (Şubat 28, 1987)*⁴⁴

Douala (Kamerun) daki Fransız Konsolosu, *Ngako*'nun Fransa'ya gitmek için yaptığı vize müracaatını, *Douala*'daki Fransız firmasına çok büyük miktarda borçlu olduğu ve bu davranışının halihazırda şikayet konusu olduğu gerekçesiyle (kamu yararı) reddetmiştir. Açılan davada *Conseil d'Etat*, Konsolosluğun vize reddinde yetkisini kötüye kullanmadığına karar vermiştir.

Yurtdışındaki Fransız vatandaşlarının menfaatlerinin korunması Konsolosluk ve Elçiliklerin görevinin bir parçası olduğu halde özel kişiler arasındaki uyumsuzluğa dayanan vize reddi tartışmaya açıktır.

2. *Mme. Tonbazian (Şubat 19, 1997)*⁴⁵

Fransız idaresi İsviçre'de çalışan yabancıların (özellikle uluslararası memurların) *Ain* bölgesinde bulunmalarının problem yaratacağı gerekçesiyle İsviçre vatandaşı *Tonbazian*'ın vize müracaatını reddetmiştir. Redde karşı açılan davada mahkemeye daha fazla açıklama da yapılmamıştır. *Conseil d'Etat*, böyle bir gerekçenin gerçeği yansıtmadığına (*inexactitude matérielle des motifs*) karar vererek işlemi iptal etmiştir.

İptal kararı, bu şekilde birçok vize müracaatını reddetme niyetinde olan idareye zamanında bir uyarı niteliğindedir.

SONUÇ

Neo-liberal düşüncenin etkisi altında yayılan fikirlerin aksine, bu yüzyılın başından itibaren modern toplumlarda idare nicelik olarak artmıştır ve bu artış devam edecek gözükmektedir. İdarenin toplumda ağırlığının artması, yetkilerinin de artması sonucunu beraberinde getirmiştir. Yetkileri artan idarenin bireyleri etkileyen birçok karar alması ise doğaldır. Bu kararların hiçbir denetime tabi olmaksızın keyfi şekilde alınması, toplumsal yaşamı imkansız hale getirecektir. Bu itibarla, idarenin bütün işlemlerinin denetimi hukuk devleti ve demokrasinin bir gereği olarak karşımıza çıkar⁴⁶.

Fransız hukukunda idarenin işlemlerinde gerekçe belirtme ve istek üzerine ilgili kişilere bildirme yükümlülüğü 11 Temmuz 1979 tarihli Yasa ile getirilmiştir. Vize reddi işlemi bu Yasanın kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak

⁴⁴ **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1987 Summer] PL, s. 288.

⁴⁵ **Errera** R., "Recent Decisions of the French Conseil d'Etat" [1997 Summer] PL, s. 352-353.

⁴⁶ **Braibant** G., The Control of Administrative Acts, in Judicial Control of Administrative Acts (Multilateral Seminar, Madrid, 13-15 Kasım 1996), (1997), s. 5-7.

yasakoyucu 1998 yılında Yabancılar Hakkındaki 1945 tarihli Yasanın 5. maddesinde bir değişiklik yaparak idareye bu yükümlülüğü getirmiştir.

Bir vize müracaatının reddedilebileceği sebepler yazılı olarak bulunmamaktadır. Vize müracaatları, belirsiz birer kavram olan kamu düzeni, kamu yararı ve kamu güvenliği gerekçeleriyle reddedilmektedir. Dolayısıyla gerekçe belirtme yükümlülüğü, bu konuda geniş takdir yetkisi bulunan idarenin yetkisini hukuka uygun olarak kullanmasını sağlayan bir müeyyide niteliğindedir.

Conseil d'Etat vize müracaatını reddeden işlemleri ulusal ve uluslararası kriterlere göre denetlemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aile hayatına saygı duyma hakkıyla (*right to respect for family life*) ilgili 8. maddesine bu denetimde sıkça yollama yapılmaktadır. *Conseil d'Etat*'ya göre, vize reddi ile aile hayatına saygı duyma hakkı arasında bir oran bulunmalıdır. Yani, bir yabancıya vize müracaatının reddedilmesi, onun aile hayatına saygı duyma hakkına orantısız bir sınırlama getirmemelidir. Örneğin, kamu düzeninin tehlikeye düşmesi ihtimali halinde, bir yabancıya vize verilmemesi o kişinin aile hayatına saygı duyma hakkına orantısız bir sınırlama getirme anlamına gelmez.

Evlilik ve evlatlık gibi aile hukukuna ilişkin işlemlerin vize almayı kolaylaştırma amacıyla yapıldığını (muvazaalı olduğunu) ispat etmek yabancıya değil idareye aittir. Bununla birlikte, salt ispat yeterli olup, bu konuda bir mahkeme kararına -evlilik iptali gibi- gerek yoktur. Ayrıca yine vize müracaatının reddine dayanak olan *fiktif* (varsayımsal) gerekçeler de idare tarafından ispat edilmek zorundadır.

Vize müracaatlarının reddinde *Schengen* Sözleşmesi hükümleri önem arz etmektedir. *Schengen* Sözleşmesi uyarınca oluşturulan *SIS*'de rapor edilmiş yabancılar için, Sözleşmenin tarafı devletin ülkesine giriş reddedilecektir. İstisnaları bulunmakla birlikte Sözleşmeye göre yabancıların, *SIS*'de hangi devlet tarafından ve hangi sebeplerle rapor edilmiş olduklarını öğrenmesi mümkündür.

ERMENİ-YAHUDİ ANLAŞMAZLIĞI VE İSRAİL-TÜRKİYE İŞBİRLİĞİ'NİN ERMENİSTAN'A ETKİLERİ

Dr. Sedat Laçiner*

'Türklerden nefret etmek bizim kanımızda var. Ancak bizler Bulgarlardan ve Yunanlılardan da nefret ederiz. Yahudiler Türkleri severler, fakat Araplardan nefret ederler. Araplar Türkleri pek sevmeyiz. Ve kinin seviyesi yükseldikçe yükselmekte... İsrail'de liseli gençlerin yüzde 40'ı Araplardan nefret ediyor... Acaba Yahudiler sadece Araplardan mı nefret ediyorlar?'

Narek MESROPIAN¹

Giriş

Türkiye ile İsrail'in yapmış olduğu 'stratejik işbirliği'nin her iki ülke için de ayrı ayrı hedefleri vardır ve her iki ülke de bu işbirliğinden sınırlı yararlar ummaktadırlar. Bu çerçevede söz konusu işbirliği Balkanlar'da ya da Kafkaslar'da hiçbir ülkeyi hedeflememektedir. Kafkasya'da resmi ve şekillenmiş bir işbirliği olmamasına karşın bölgede her iki ülkenin de Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile yakın temasta olduğu bilinmektedir. Örneğin Novikova, ABD'nin Güney Kafkasya'da, 1997 Samuel Berger Raporu'nda belirlenen hedefler doğrultusunda, İsrail ve Türkiye ile yakın mesaiye girdiğini belirtmektedir.² Hal

* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü ve Ermeni Araştırmaları Enstitüsü, Ankara. Lisans (Ankara Üni. SBF, Ulus. İlişkiler), MA (Sheffield, İng.), Doktora (Londra Üniv. King's College). İletişim Adresi: Dr. Sedat Laçiner, Ermeni Araştırmaları Enstitüsü, Konrad Adenauer Caddesi, No. 61, Yıldız, Çankaya, Ankara. Tel: 0312 491 70 14. Cep Tel: 0543 74 350 97

¹ *Goless Armenii*, 5 Ağustos 1997.

² Gayane Novikova, 'Armenia and the Middle East', *MERIA, Middle East Review of International Affairs*, Vol. 4, No. 4, December 2000.

böyle de olsa iki ülke ilişkileri Kafkasya'ya dönük bir ittifak şeklinde algılanamayacağı gibi, İran'ı ya da Ermenistan'ı hedef alması da düşünülemez. Rus çıkarlarına karşı dengeleyici bir faktör olduğunu iddia etmek dahi *zorlama* bir yorum olur. Fakat iki ülke arasında gelişen ilişkiler sadece Araplar'ı (Suriye, Irak, Mısır vd.) kızdırmakla kalmamış, beklenmedik bir şekilde Yunanistan, Kıbrıs Rum Kesimi ve İran da bu işbirliğini kendilerine karşı yapılmış saymışlar ve tepkilerini açıkça ortaya koymuşlardır.³ Ermenistan'ın bu denkleme katılmasında Yunanistan ve İran'ın rolü yadsınmazsa da, asıl etkenin İsrail'in Kafkasya politikalarında Türkiye ve Azerbaycan'a yakın sayılabilecek bir çizgi izlemesi ve Ermeni soykırımı iddialarına destek vermemesi olduğu söylenebilir. Tüm bu gelişmeler Ermenistan'ı İran, Rusya, Yunanistan ve Kıbrıs'a yaklaştırmakla kalmamış, şaşırtıcı bir şekilde Ermenistan'da gizli bir şekilde yaşayan Yahudi düşmanlığını da ortaya çıkarmıştır. Ülkedeki Yahudi sayısı 1000 kişinin altında olmasına karşın, bugün Ermenistan'da bir kesim, karşılaşılan her sorun için Yahudileri ve İsrail'i suçlamaktadır. Reel politika açısından büyük bir etkisi yokmuş gibi görünse de, Ermenistan'da yükselen anti-semitik söylem Ermenistan'ın içine düştüğü izolasyon hissini ve artan 'paranoya'yı anlamak için iyi bir örnek oluşturmaktadır. Ermenistan'da anti-Semitizmin bu çalışmaya konu olmasının en önemli nedeni de budur. Çünkü Ermenistan'ın içine düştüğü yalnızlık ve hatta 'paranoya' anlaşılmasından Türkiye ile ilişkileri anlaşılabilir ve ileriye dönük öngörülerde bulunulamaz.

Bu çerçevede çalışma ilk olarak Ermenistan'ın yalnızlık ve güvensizlik hissini genel olarak ele alıyor. Ermeniler'in yalnızlık ve 'ihanete uğramışlık' algılamalarının tarihsel ve güncel nedenlerini sorgulayan bu bölümün ardından ikinci bölümde çalışmanın asıl odak noktası olan Ermeni toplumlarında Yahudi düşmanlığına geçiliyor. Öncelikli olarak tarihsel örneklerle değinen çalışma, Osmanlı Dönemi'ndeki deneyimleri detaylandırıyor. Tarihsel deneyimin ardından Ermenistan Yahudileri ve bu toplumun Ermeniler ile ilişkisine odaklanılıyor. Bu bağlamda Azerbaycan'ın Yahudi vatandaşlarına karşı göstermiş olduğu tarihi hoşgörülü yaklaşım Ermenistan ve Karabağ örnekleriyle karşılaştırılıyor. İkinci bölümün en son kısmında ise Ermeniler arasındaki Yahudi düşmanlığının nedenleri irdeleniyor ve özel olarak İsrail'in soykırım iddialarına yaklaşımı ve Türkiye ile ilişkilerinin Ermeniler üzerindeki etkilerine değiniliyor. Sonuç bölümünde ise çalışmanın ulaştığı önemli noktalar özetleniyor.

³ İran'ın tepkisi için bkz.: 'Iran Condemns Turkey, Israel US Naval Exercises', *Asbarez*, 16 Ocak 2001.

BÖLÜM I.**ERMENİSTAN: GÜVENSİZLİK VE YALNIZLIK HİSSİ**

Üzerinde bir uzlaşma olmamakla birlikte, Ermeniler kendilerini insanlık tarihinin en eski milletlerinden biri sayarlar. Bazı Ermeni kaynakları Ermeni tarihini M.Ö. 6.000 yılına kadar götürür. Bugünkü Güneydoğu ve Doğu Anadolu bölgelerinde ilk yıllarda dikkate değer idareler kurmuşlarsa da, Ermeni tarihinin tamamına yakını bir 'azınlık hayatı' olagelmıştır. Bu dönemde Persler ile Araplar arasında sıkışıp kalan Ermeniler, tarihçiler arasındaki genel kabule göre M.S. 301'de (veya (306) Hıristiyanlığı bir ulusun dini olarak kabul eden ilk halk olmuşlardır. Bu dönemde, ezilmiş bir ulus olarak, Ermenilerin Hıristiyanlık dininden beklentileri oldukça fazla olmuştur. Dini dayanışmaya bel bağlayan Ermenilerin etnik kimliklerinde dinin önemi diğer uluslara nazaran belli bir ağırlık göstermiştir.⁴ Bu beklentilere karşın Hıristiyanlık da Ermenilerin kaderini değiştirememiş ve 653'te Bizanslılar 'savunması zor' olduğu gerekçesiyle Ermenileri adeta Müslüman Arapların insafına terketmişlerdir. Bu dönemde kısa süreli bir otonomiden bahsedilse bile Ermeniler yine azınlık olarak yaşamışlar, Selçuklu Türklerinin Anadolu'ya akınlarıyla birlikte bu kez bir başka Müslüman idarecinin, yani Selçukluların yönetimi altına girmişlerdir. Selçuklu yönetiminde istikrarlı ve görece rahat bir hayat yaşayan Ermeniler bu dönemde de neredeyse hiçbir bölgede çoğunluğa ulaşamamışlardır. Haçlı seferleri belki de bağımsızlık hedefleyen Ermeni grupların en çok özlemini duydukları gelişme olmuştur. Haçlılara canla başla yardım eden Ermeniler, Klikya bölgesinde Müslüman komşularına ve idarecilerine karşı Haçlıları desteklemişler,⁵ fakat bunun bedelini de ağır bir şekilde ödemişlerdir. Haçlılar beklenildiği gibi Ermenileri 'kurtaramamış', hatta bazı bölgelerde Ermeni halka zarar da vermişlerdir. Böylece Ermeniler Selçuklu yönetimindeki huzurlarını da kaybetmişlerdir. Bundan sonra Memluk devleti bir süre Klikya'yı kontrol ettiyse de, Osmanlıların bölgeye gelişleriyle birlikte Ermeniler için uzun bir Osmanlı Türk yönetimi dönemi başlamıştır. Bağımsız bir devlet olma hayallerini bu dönemde neredeyse tamamen yitiren Ermeniler zaman içinde imparatorluğun çeşitli bölgelerine öylesine yayılmışlardır ki, hiçbir şehirde çoğunluğu oluşturamayacak bir hale gelmişlerdir. Diğer bir deyişle Osmanlı döneminde bir Ermeni şehirden bahsetmek mümkün değildir.⁶ Esnafılık, sanatkarlık, hekimlik gibi önemli iş kollarında yükselen Ermeniler, Osmanlı İmparatorluğu'nun millet sistemi altında geniş bir hareket alanı bulmuş,

4 Örneğin Saint Mesrop, bugün bile dini ayinlerde kullanılan Ermeni dilinin alfabetini tamamen dini amaçlar ile icat etmiştir.

5 Michael Foss, *People of the First Crusade*, Londra, Michael O'mara Books Limited, 1997, ss.111, 119-120.

6 Yusuf Halaçoğlu, *Ermeni Tehciri ve Gerçekler (1914-1918)*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2001, ss.1-12.

bu çerçevede kendisine gösterilen hoşgörüye hizmetle karşılık vermiş ve diğer etnik unsurların bir adım önüne geçerek, 'sadık millet' unvanını almıştır.⁷ Bu noktaya kadar anlatılanları özetleyecek olursak, karşımıza Yahudilerin tarihlerini andıran bir millet çıkar. Hristiyan olmasına karşın ezilmiş, kendi dindaşlarından yeterince destek bulamamış, hatta onlar tarafından ezilmiş, geniş bir coğrafyaya yayılmış bir halk. Yüzyıllar boyunca farklı coğrafyalara savrulmuş bu insanlar, tıpkı Yahudiler gibi, barışı ve istikrarı Osmanlı döneminde yaşamışlardır. Fakat bu tablo 19. yüzyılla birlikte değişmiş, Rus ve İngiliz politikaları arasında sıkışıp kalan Ermeniler her seferinde kendi devletlerine karşı kışkırtılmışlar, buna karşın yeterli yardımı alamayarak Osmanlı güvenlik güçleriyle karşı karşıya bırakılmışlardır. Rusya ve İngiltere bu dönemde Osmanlı Hristiyanlarının neredeyse tamamına (Sırp, Bulgarlar, Yunanlılar vb.) bağımsız birer devlet kurdurmuş, fakat Ermeniler istedikleri ilgiyi görememişlerdir. Bu noktada şu gerçeği belirtmekte yarar vardır, eğer Rusya ve İngiltere gerçekten istemiş olsa idi Ermeniler çok daha kısa bir zamanda, üstelik de Osmanlı toprakları üzerinde, çoğunluğu oluşturmadıkları halde bağımsız bir devlet kurabilirlerdi. Diğer bir deyişle ne Rusya ne de İngiltere belli bir dönem için bağımsız bir Ermenistan için ısrarcı olmuş, aksine kimi örneklerde Ermenileri bağımsız olmamaları için engellemişlerdir. Bağımsız bir Ermenistan'ı hedeflediklerinde ise çıkarları birbirine uymamıştır.⁸ Bu sonuçta büyük güçlerin çekişen çıkarları kadar Ermeni milliyetçiliğinin sağlam temellere oturmamış olmasının da büyük bir rolü vardır. Belli bir bölgede dahi çoğunluğu oluşturamayan bir etnik grubun milliyetçiliği zayıf kalmaya ve dış kaynaklara bağımlı olmaya mahkumdur. Sonuçta Ermeniler ayrılıkçı hareketlerinin cezasını ağır bir şekilde ödemişler, önce devlet nezdindeki ayrıcalıklı konumlarını kaybetmişler, ardından yüzlerce yıl yaşadıkları bölgelerden ayrılmak zorunda kalmışlardır, savaş ve kötü koşulların da etkisiyle binlercesi hayatlarını kaybetmiştir. Tüm bu olanlar için Türkleri suçlayan Ermenilerin Rusları, Fransızları ve İngilizleri de en hafif tabiriyle 'sitem' ile andıklarını belirtmekte yarar vardır. Birinci Dünya Savaşı boyunca yine İngilizler, Fransızlar ve Ruslar tarafından kışkırtılan Ermeniler'e Paris'te ve Sevr'de yardım ve ayrı devlet sözü verilmiş, fakat bu sözlerde yine durulmamış, Ermeniler bir anlamda bir kez daha dindaşlarının ağır ' ihanetleri'ne uğramışlardır. Klıkya bölgesinde Ermeniler'i Müslüman halka karşı kullanan Fransızlar durum kötüleşince Ermeniler'i yüzüstü bırakmış⁹, Kafkasya'da kurulan küçük Ermeni devleti ise büyük

⁷ Osmanlı yönetim sistemi ve bunun içinde Ermeniler konumu konusunda bkz.: Yavuz Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001); Davut Kılıç, *Osmanlı İdaresinde Ermeniler Arasındaki Dini ve Siyasi Mücadeleler*, (Ankara: ASAM, 2000); A. Erçikan, *Ermeniler'in Bizans ve Osmanlı İmparatorluklarındaki Roller*, (Ankara: 1949).

⁸ Ermeni sorununda uluslararası çekişme için bkz.: Mim Kemal Öke, *Ermeni Sorunu*, (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996).

⁹ Fransa'nın Ermeniler politikası için bkz.: Durmuş Yılmaz, *Fransa'nın Türkiye Ermenilerini Katolikleştirme Siyaseti*, (Konya: S.Ü. Vakfı Yayınları, 2001).

Ermenistan hayallerini, ‘dostları’ yardım etmeyince toprak ve asker kaybederek ödemiştir. Kısacası Ermeniler’e göre Ermeniler’in tarihi düşmanlarla ve ihanetlerle doludur. Bu algılama Sovyetler Birliği’nin dağılmasından sonra da devam etmiştir. Eski SSCB’nin en küçük ülkesi olarak, denizlere kapalı çevresi düşmanlarla (Türkiye, Azerbaycan, İran) çevrili bağımsız Ermenistan, Karabağ olayları nedeniyle Rusya’ya karşı da dostane duygular ile dolu olmamıştır. Özellikle ilk dönemlerde ülkenin hemen her kurumunu KGB ajanları ile dolduran, ekonomiyi çökme noktasına getiren Ruslar, diğer cumhuriyetlerde olduğu gibi Ermenistan’da da sevilmiyorlardı.¹⁰ Buna bir de Gorbaçov’un *status quo* yanlısı Karabağ politikası eklenince, 1980lerin sonu ve 1990ların başında Rusya’ya tepkiler had safhaya ulaşmıştır. Radikal Ermenilere göre Rusya Ermenistan’a ‘ihane ediyor’, onun yerine Müslüman Azerbaycanlılara destek oluyordu. Halk gösterileriyle pekişen bu ‘ihane uğramışlık ve yalnızlık hissi’, Rus birlikleri Baku’ye girdiğinde bile dağılmış değildir.¹¹ Rusya’ya duyulan güvensizlik, kısmen de olsa Türkiye’nin bölgeye ‘sınırlı’ müdahalesiyle dağılmaya başlamıştır. Azerbaycan’a hemen her konuda destek veren Türkiye, Rusya, Ermenistan ve İran’ı istemeyerek de olsa birbirine yaklaştırmış, Türkiye’nin bölgede ağırlığını arttırdığına inanan Rusya’nın Ermenistan’a büyük askeri yardımlarda bulunmasına yol açmıştır. Rus silahlarıyla Azerbaycan topraklarını işgal eden Ermenistan Rusya’ya duyduğu güvensizliği biraz olsun aşmayı başarmışsa da, bu politikası dış ilişkilerinde hareket alanını daraltmış, onu Batı güvenlik sisteminden uzaklaştırmıştır. Rus üslerini ülkesinde barındıran ve Rusya’nın ‘bir dediğini iki etmeyen’ bir Ermenistan’ın dış politika hedefleri tamamıyla ABD, Avrupa ve İsrail’in bölgedeki çıkarlarıyla ters hale gelmiştir.¹² Bu durum Bakü petrollerinin yükselen önemiyle daha bir belirginlik kazanmış, politikalar arasındaki uçurum arttıkça güvensizlik de artmıştır. Gelinek noktada diğer bölge ülkeleri Rusya’nın etki sahasından kaçmaya çalışırken, Ermenistan tam tersi bir politika izlemiştir.¹³ Şüphesiz yaşanan ‘yalnızlık’ ve ‘kuşatılmışlık’ hissinde en önemli faktör Ermenistan’ın saldırgan dış politikası olmuştur. Ermenistan komşularını tehdit

¹⁰ Novikova, ‘Armenia...’.

¹¹ Country Review, Armenia 2001, Houston, Texas, CountryWatch, 2001, ss.16-17.

¹² Ermenistan’ın Batı’dan uzaklaşımını Koçaryan’ın şu sözleri açıkça ortaya koyar: ‘Türkiye’de ABD’nin askeri üsleri var. Fakat hiç kimse bu üslerin Türkiye’nin bağımsızlığına hanel getirdiğini düşünmüyor... Ermenistan’daki Rus üslerinin bölgede istikrarı sağlayıcı bir etkisi vardır. Bu üs halkımıza daha geniş bir güvenlik hissi vermektedir.’ Ara Tadevosian, ‘Kocharian Woos Europe’, *IWPR*, CRS No. 87, 18 Haziran 2001.

¹³ Örneğin Gürcistan ve Azerbaycan ülkesinde NATO ya da NATO üyesi bir ülkenin üslerinin kurulması yönünde açık ya da ima yoluyla talepte bulunurken, Ermenistan Devlet Başkanı Koçaryan vasıtasıyla Ermenistan’ın NATO’ya girmeyi düşünmediğini NATO’ya bildirmiştir: ‘NATO Secretary General Robertson in yerevan’, *Asbarez*, 16 Ocak 2001; Novikova, ‘Armenia...’.

ettikçe ve yayılcı politikalarını dış güçlerin (özellikle Rusya) gerçekleştirmeye çalıştıkça bölgede tepki görmüş ve bu sarmal dışarıda izolasyona, içeride ise dış dünyaya karşı güvensizliğe yol açmıştır. Bu durumda Türkiye'nin Kafkasya politikasının rolü de şüphesiz yadsınamaz.¹⁴ Ermenistan ile ilişkilerini Azerbaycan-Ermenistan ilişkilerinin düzelmesine bağlayan Türkiye fiiliyatta Ermenistan'a karşı bir tür siyasi ve ekonomik ambargo uygulamış, bu da Ermenistan'ı zor durumda bırakarak kuşatılmışlık hissini arttırmaya yol açmıştır. Bu kuşatılmışlık hissi 1990lı yılların sonunda öyle bir noktaya ulaşmıştır ki, Ermenistan sadece Türkiye ve Batı'yı değil, Türkiye'nin dost saydığı ülkeleri de potansiyel 'düşman' olarak algılamaya başlamıştır. Örneğin 27 Ekim 1999'da Erivan'da parlamento binasına kanlı bir baskın düzenlendiğinde, Ermenistan Başbakanlığı adına basın sözcüsü Tigran Abramyan, baskından dolayı Türkiye, İran ve Rusya'yı suçlayabilmiştir.¹⁵

Ermenistan'ın içine düştüğü yalnızlığın nedenlerini özetledikten sonra geçmişte ve günümüzde Ermeni toplumunda Yahudilere karşı siyasi ve toplumsal tepkilere ve bunun güncel politikaya etkilerine değineceğiz.

BÖLÜM II.

ERMENİLER ARASINDA YAHUDİ DÜŞMANLIĞI VE NEDENLERİ

II. a. Osmanlı İmparatorluğunda Ermeni-Yahudi İlişkileri: Ermeni Anti-Semitizminin Tarihsel Kökenleri

Tarihte çok sık karşı karşıya gelmemelerine karşın, koyu bir dini taassup içinde yaşayan ilk dönem Ermeni toplumlarında Yahudi düşmanlığının bulunduğu kolayca tahmin edilebilir. Bu döneme ilişkin ciddi bir çalışma bilgimiz dahilinde olmamasına karşın Osmanlı dönemi anti-Semitizmin Ermeniler arasında sanıldan çok daha güçlü tarihsel kökleri olduğunu ortaya koymaktadır.

Osmanlı Ermenileri arasında anti-Semitizmin **ilk nedeni** dinidir. Hıristiyan Ermenilere göre Yahudiler Hz. İsa peygambere yaptıklarından dolayı 'büyük günahkarlardı' Onlar sadece Hz. İsa'yı öldürmekle kalmamış, 'sapkın inançlarını Hıristiyan toplumlarının içinde yaşatmaya devam da etmişlerdi. Diğer bir çok Hıristiyan mezhep ve topluluğunda olduğu gibi Osmanlı Ermenileri arasında da 'kan içme' efsanesi yaygındı. Bu inanca göre Yahudiler Passover orucu esnasında genç Hıristiyan Ermenilerin kanlarını kullanıyorlardı. Bu anlayış öylesine yaygındı ki zaman zaman Ermenilerin asılsız iddiaları sonucu Yahudi cemaati

¹⁴ Türkiye'nin bu süreçte oynadığı rol bir başka çalışmada daha detaylı olarak ele alınacağından bu çalışmada konuya yüzeysel olarak değinilmekle yetinilecektir.

¹⁵ 'Ermenistan, Türkiye, İran ve Rusya'yı Suçladı', *Anadolu Ajansı*, 15 Kasım 1999.

zor durumda kalıyor, bazı olaylar ise trajik sonuçlar ile bitiyordu. Amasya Olayı bunlar içinde en çok bilinenidir. Bu olayda Ermeni bir kadın, Yahudileri bir Ermeni çocuğu kanını içmek amacıyla kaçırdıklarını iddia etmişti. Kadının iddiası Amasya'yı karıştırırken bir çok Yahudinin hayatına mal olacak süreç de başlamış oluyordu. Tarihçi Stanford J. Shaw söz konusu olayları şu şekilde tasvir ediyor:

'Baskınlar ve isyanları günlerce süren saldırılar takip etti. Ayaklananlar şehrin Yahudi mahallesini yok ederken, kadın, erkek, çocuk ayırmaksızın hemen herkesi dövdüler, darp ettiler.¹⁶ Ermeni cemaatinin ileri gelenleri Osmanlı Valisi üzerinde baskı kurarak aralarında Haham Yakub Avayu'nun da bulunduğu Yahudi liderleri tutuklaması için ikna ettiler. Tutuklananlar ağır sorgulama altında suçlarını itiraf etmek zorunda kaldılar ve asıldılar. Ancak, daha sonraları kaçırılıp öldürüldüğü iddia edilen çocuk bulundu. Bunun üzerine yeni atanan Osmanlı Valisi suçlama sahiplerini cezalandırdı. Fakat geçen zaman içinde zarar gören Yahudiler artık çok geçti.'¹⁷

Dini önyargılara karşın Yahudi cemaati imparatorluktaki nüfus ve etkinliğini hızla arttırmıştır. Bu eğilim ticaret ve sanat dallarında önemli bir yeri bulunan Hıristiyan unsurların, özellikle Rum ve Ermenilerin, aleyhine olduğundan Yahudiler ile Ermeniler arasında bir anlaşmazlık nedeni daha ortaya çıkmıştır. Bu rekabetten daha çok Yahudilerin zararlı çıktığı söylenebilir. Bir çok Yahudi, Ermeni ve Rum saldırılarına uğrarken, bazıları da yine bu gruplarca öldürülmüştür.¹⁸ İmparatorluğun son iki yüzyılında Batılı devletlerin imparatorluk üzerindeki ekonomik ve siyasi etkilerini arttırmaları Osmanlı Yahudileri için bir diğer olumsuz gelişmeydi. Avrupalı ve Amerikalı tüccarlar daha çok dini sebeplerle Rum ve Ermenileri tercih ediyor, Hıristiyan-Yahudi nüfuz çekişmesinde kendi dindaşlarının yanında yer alıyorlardı. Buna karşın Yahudilerin güvenebilecekleri dış kaynaklar son derece sınırlıydı. Onlar daha çok kendi aralarındaki dayanışmayı arttırıyor, bunun yanında Osmanlı bürokrasisi ile ilişkilerini geliştiriyorlardı. 19. yüzyılın özellikle ikinci yarısında İzmir'de olduğu gibi Ermeni ve Rumlar etkinliklerini arttırdıkça Yahudilere bu gruplarca yapılan hakaret ve baskıda da artışlar yaşanmıştır. Hıristiyan – Yahudi rekabeti Saray'da ve finans sisteminde çok daha şiddetliydi. Ermeni bankerler Osmanlı finans sisteminde tekel halini

¹⁶ Örnekler için bkz. Stanford J. Shaw, *The Jews of the Ottoman Empire and the Turkish Republic*, (New York: New York University Press, 1991), s. 148.

¹⁷ Shaw, *The Jews...*, s. 84.

¹⁸ Abrahm Ben-Yakob (Jerusalem), 'The Immigration of Iraki Jews to the Holy Land in the 19th Century', sunulmuş tebliğ, *First International Congress for the Study of Sephardic and Oriental Judaism*, 27 Haziran 1978, aktaran Stanford Shaw, 'Christian Anti-Semitism in the Ottoman Empire', www.tetedeturc.com/Armenien/Antisemitisme.htm; Stanford J. Shaw, 'Christian Anti-Semitism in the Ottoman Empire', *Belleten*, Cilt: LIV, 68, 1991, s. 1129.

aldıklarında nüfuzlarını kullanarak Yahudi bankacı ve tüccarları Sultan'a ya da diğer etkili isimlere şikayet ediyorlar, bu 'kumpaslar' sonucunda bazı Yahudiler hayatlarını dahi kaybedebiliyorlardı.

Yahudiler için **üçüncü** büyük olumsuz gelişme Avrupalı ülkelerin Osmanlılara karşı kazandıkları askeri zaferlerdi. Yahudilerin imparatorluktaki rahatları bir ölçüde Osmanlının başarılarına da bağlıydı. Hıristiyan Avrupa orduları Osmanlı topraklarını işgal ettikçe bu bölgelerdeki Yahudiler, tıpkı Müslüman ahali gibi büyük zararlara uğruyorlardı. Çünkü yeni gelenler bu iki grubun mallarına el koyuyor, Ermeni, Yunan ve Bulgarları desteklerken Yahudi ve Müslümanları cezalandırıyorlardı. Bu ortam Yahudileri Müslümanlara yaklaştırırken, Ermenilerin de dahil olduğu Hıristiyan grupları ayrılıkçı hareketlere ve dış unsurlar ile işbirliğine itti. Gelinek nokta böylece Yahudiler ile Ermeniler arasındaki gerginliği daha da arttırdı. Öyle ki yüzyılın sonunda Ermeniler, Yahudileri devletin ulusçu hareketlere karşı 'ajanı', ya da potansiyel 'ihbarcısı' olarak görüyorlardı. Bu döneme ilişkin söz konusu kanaatler Ermeniler arasında öylesine güçlüydü ki, bugün bile bazı Ermeniler 1915 tehcir kararının Yahudiler ve masonların teşvikiyle alındığını iddia etmektedirler. Hiçbir delile dayanmayan bu iddiaların ciddiye alınması zorsa da Ermeniler arasındaki Yahudi düşmanlığını göstermesi açısından yararlıdır.

Tahmin edilebileceği üzere Osmanlı Yahudileri için **dördüncü** olumsuz gelişme ayrılıkçı etnik hareketlerin yükselmesi idi. Bunlardan özellikle Arapların yoğun olduğu vilayetler ile Balkanlar'daki durum dikkat çekicidir. Bu bölgelerde Yahudilerin neredeyse 'tek koruyucusu' Osmanlı devleti ve onun valisiydi. Araplar ve Hıristiyanlar Yahudileri şüphyle karşıyor, kimi zaman ise 'günahkar' olarak görüyorlardı. Bu sonuçta dini taassup ve ön yargılar kadar Yahudilerin dışa kapalı cemaat yapıları da yadsınmaz. Ancak neden ne olursa olsun yalnız kalan Yahudiler devlete daha çok yaklaştılar ve diğer etnik grupların tepkisini daha çok çektiler. Örneğin, 1897 Girit Savaşı'nda açıkça gözlemlendiği gibi, bir çok Yunan isyanında Yahudiler Osmanlı Devleti'nin yanında yer almıştır. Bunun karşılığında bir çok yerel çatışmada Osmanlı askerleri Yahudi halkı koruma görevini üstlenmiştir. Özellikle Suriye'de Hıristiyan Araplar ve Ermenilerin nefreti karşısında dengeleyici unsur yine Osmanlı güçleri olmuştur.

Özetleyecek olursak, Osmanlı döneminde diğer bazı Hıristiyan gruplar gibi Ermeniler de Yahudilere dini ve kişisel nedenlerle saldırdılar ve onları tehdit olarak gördüler. Bu saldırılar kaçınılmaz olarak şiddetli gerginliklere yol açtı ve iki toplum arasındaki karşılıklı nefreti daha da arttırdı. Bu tablo karşısında izole olmaktan çekinen Yahudiler, Ermenilere karşı diğer etnik gruplar ile işbirliği yoluna gittiler:

'Devam edegelen Yunan ve Ermeni baskı ve cinayetlerine karşı Yahudilerin kızgınlığı öyle bir kine yol açtı ki bir çok Yahudi 1896 ve 1908'deki karşılıklı çatışmalarda Kürt ve Lazların Ermeni mahallelerine saldırılarını aktif bir şekilde desteklediler ve onlara yardımcı oldular. Yahudiler bu

olaylarda Ermenilerin nerede saklandığını Kürtlere gösterdiler ya da onlara bizzat katıldılar. Sonuç Ermeniler arasında Yahudilere karşı kinin daha da artması ve saldırıların devam etmesiydi.¹⁹

Sonuç olarak denebilir ki Osmanlı İmparatorluğu yıllarındaki deneyimlerimiz Ermeniler arasında Yahudi düşmanlığının geleneksel bir hal aldığını kanıtlamaktadır.²⁰

II.b. II. Dünya Savaşı: Hitler-Ermeni İşbirliği İddiaları

Kökleri tarihte bulunan ulusal alışkanlıklar kolay kolay sona ermez ve Ermeniler de bu konuda bir istisna oluşturmazlar. Bu bağlamda I. Dünya savaşı sonrasında da Ermeniler arasındaki Yahudi düşmanlığı devam etmiştir denebilir. Öyle ki II. Dünya Savaşı döneminde İngiltere'nin Ankara Büyükelçisi Londra'ya geçtiği bir raporunda Türkiye'deki Ermenilerin Naziler için uygun bir işbirlikçi olduklarını iddia etmiştir. Bu raporu bizlere aktaran araştırmacı Ayhan Ozer'e göre Ermenilerin Naziler'e yatkınlığı sadece dönemin Türkiye hükümetini değil Türkiye Yahudilerini de telaşlandırmıştır.²¹

Bazı kaynaklara göre ise Ermeniler Naziler ile askeri alanda da işbirliği yapmış, hatta sayıları 20.000'i bulan Ermeni gönüllülerden oluşan bir Ermeni Lejyonu (diğer adıyla 812. Tabur) Naziler'in emrinde Ruslar'a karşı savaşmışlardır. Bu Ermenilerin temel amacı ise Ruslar'a kaptırdıkları toprakları yeniden ele geçirmek ve Türkiye ile İran'dan da ekleyecekleri yeni topraklar ile 'Büyük

¹⁹ Shaw, *The Jews...*, s. 210.

²⁰ Osmanlı Yahudileri ve onların diğer etnik gruplar ile ilişkileri için ayrıca bkz.: B. Braude ve B. Lewis (ed.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire*, (New York: Holmes and Meier, 1982), ss. 185-207; Bernard Lewis, *The Jews of Islam*, (Princeton: 1984); C. H. Dodd, *Nations in the Ottoman Empire: A Case Study in Devolution*, Hull Papers in Politics, No. 18, University of Hull, April 1980; Uriel Heyd, 'The Jewish Community of Istanbul in the Seventeenth Century', *Oriens*, Vol. VI, 1953, ss. 299-314. Stanford J. Shaw, *The Jews...*; Stanford J. Shaw, *Turkey and the Holocaust, Turkey's Role in Rescuing Turkish and European Jewry from Nazi Persecution, 1933-1945*, (London: Macmillan Press Ltd., 1993); M. Sevilla-Sharon, *Türkiye Yahudileri*, (Ankara: İletişim Yayınları, 1991); Ahmet Hikmet Eroğlu, *Osmanlı Devletinde Yahudiler*, (İstanbul: Alperen Yayınları, 2001); Hakan Alkan, *500 Yıllık Serüven, Belgelerle Türkiye Yahudileri I*, (İstanbul: Zvi-Geyik Yayınları, 2000); Aron Rodrigue, *Türkiye Yahudilerinin Batılılaşması*, (İstanbul: Ayraç, 2001); Eva Groepler, *İslam ve Osmanlı Dünyasında Yahudiler*, (İstanbul: Belge, 1999); Avner Levi, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Yahudiler*, (Ankara: İletişim Yayınları, 1998).

²¹ F.O. 371/30031/R5337, Public Record Office, içinde Ayhan Ozer, *The Armenian-Nazi Collaboration in WWII*, http://www.ataa.org/ataa/ref/arm_nazi.html

Ermenistan'ı kurmaktır.²² Bu dönemde *Hairenik* gibi bazı Ermeni yayınları yoğun bir şekilde anti-Semitik yayınlar yapmışlar ve Nazilerin politikalarına hak vermişlerdir.²³

II.c. Ermenistan Yahudileri ve Yükselen Yahudi Düşmanlığı

'Dağ Yahudileri'²⁴ olarak adlandırılan Kafkasya Yahudileri bugünkü Ermenistan'ın en eski sakinlerindedir. Yahudilerin bu bölgeye gelişleri 1. yüzyıla kadar dayandırılabilir.²⁵ İlk çağlarda bir çoğu başka bölgelere göçmüşse de, 19. yüzyılda İran ve Polonya'dan (*Eşkinaziler*) göçlerle Yahudi nüfusu yeniden artmıştır. Mayıs 1918'de Ermeniler bağımsız Ermenistan'ı ilan edince modern çağda ilk kez olarak Ermeniler ile Yahudiler devlet-vatandaş ilişkisi içine girmişlerdir. Bu dönemde Ermeni milliyetçiliği radikalizmi kısa dönemli bir korkuya neden olduysa da ilişkilerde ciddi bir sorun olmadığı söylenebilir. Ancak Ermeni milliyetçileri başarısız olunca ülke Sovyetler Birliği'nin yönetimine girmiştir.

Stalin'in göç politikalarıyla 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Ermenistan'da Yahudi toplumu 5.000 kişiye kadar ulaşmıştır.²⁶ En önemli göçlerin 1965 ve 1972 yıllarında yaşandığı söylenebilir.²⁷ 1970 ve 1980'lerde Yahudi cemaati hızla İsrail'e ve başka bölgelere göçmüş ve Ermenistan ile Karabağ bölgesindeki sayıları çok azalmıştır. Tüm bu gelişmelere karşın denebilir ki ikinci bağımsız

22 Nazi-Ermeni işbirliği ile ilgili olarak bkz.: Christopher J. Walker, *Armenia: The Survival of a Nation*, (London: 1980); *The Times*, 19 July 1941, p. 5, also see Sonyel, *The Great...*, p. 183; Türkaya Ataöv, *Hitler and the "Armenian Question"*, (Ankara: 1984); Salahi Sonyel, *The Great War and the Tragedy of Anatolia*, (TTK, 2000), pp. 182-183; James G. Mandalian, *Who Are The Dasnags*, (Boston: Hairenik Press, 1944).

Ozer, *The Armenian...*; 'Ermeni Nazi İşbirliği', *INAF Haber Bülteni*, 31 Ocak 2001; 'The Armenian Allegation of Genocide', www.byegm.gov.tr.

23 Örnekler için bkz.: Ozer, *The Armenian...*

24 Lev Gorodetsky, 'Mountain Jews in Jeopardy', *The Jerusalem Post*, 31 Ekim 2001.

25 Yahudilerin bu bölgeye Ermeni Kralı I. Tigran döneminde geldikleri ve ilk gelenlerin sayılarının 10.000'i bulduğu tahmin ediliyor. Fakat bu konudaki kanıtların çok kuvvetli olmadığı belirtilmelidir. Sydney Galanty, '2000-Strong Jewish Community in Armenia Struggles to Retain Identity', *The Armenian Mirror-Spectator*, 27 June 1998. Geçtiğimiz yıla kadar Ermenistan'da Orta Çağlar'daki Yahudi varlığı ile ilgili ciddi bir bulguya rastlanmıyordu. Ancak en son araştırmalar bunun tersini ortaya koymuştur. Bu dönem Yahudi varlığını gösteren bir mezar alanı Hebrew Üniversitesi araştırmacıları tarafından ortaya çıkarılmıştır: 'Ancient Jewish Cemetery Found', *Russia Intercessory Prayer Network*, 2 April 2001.

26 Göçler 1828 ve sonrasında yoğunlaşmıştır.

27 'The Jewish Community of Armenia History and Activities', www.iatp.am/resource/ngo/jewish/text.html

Ermenistan devletine kadar Yahudiler bölgede hemen her türlü rejimi ve çok farklı etnik grupların yönetimini görmüş ve varlıklarını devam ettirmeyi başara-bilmişlerdir.

1991 yılında Ermeni devleti Yahudileri resmen azınlık olarak tanımışsa da, Yahudilerin binlerce yıldır yaşadıkları bu ülkedeki statüsü, Ruslar, Azerbay-canlılar ve Polonyalıları ile birlikte 'misafir' olarak belirlenmiştir.²⁸ Bağımsızlık sonrasında 'paranoya' düzeyine varan güvensizlik ve korku Yahudilerin 'dış güçlerin ülkedeki ajanları' olarak görülmesine neden olmuştur.

Ermenistan'daki faal Yahudi derneklerinden bazıları şunlardır: *Birleşik Ermenistan Yahudi Topluluğu*, *Amerikan Yahudi Ortak Dağıtım Komitesi* (JDC), *İsrail İçin Yahudi Ajansı* (JAFI). Ayrıca Yahudilerin Erivan'da bir de sinagogları vardır. Bu sinagogun bir kütüphanesi ve bir de *Köelet* adlı aylık dergisi vardır. Erivan sinagogu Ermenistan'da son 70 yıl içinde açılan ilk sinagogdur ve sinagog da Yahudi inançları ve İbranice üzerine ders veren bir de sınıf bulunmaktadır. İkinci bir sinagog da Sevan şehrinde ve sayıları yok denecek kadar azalmış olan bir topluluğa hizmet vermektedir. Dini ve toplumsal toplantılarda İsrail ve Amerikalı diplomatların koruyuculuğu dikkat çekicidir.

1990'lar boyunca artan çatışmalar, etnik gerginlik ve ekonomik sıkıntılar nedeniyle Yahudi sayısı 2000 yılında Ermenistan'da 500 aileye (yaklaşık 1500) kişi düşmüş, Karabağ bölgesinde ise sadece 30 kadar Yahudi kalabilmiştir.²⁹ 2001 yılında toplam Yahudi sayısının 1000 kişinin dahi altına düştüğü tahmin edilmektedir. Bunların önemli bir kısmı devlet dairelerinde memur, esnaf ya da aydın kesim olarak tabir edebileceğimiz kişilerdir ve son dönemde yaşanan ekonomik sıkıntıların da etkisiyle hemen hepsinin hedefi İsrail'e, ya da bir Avrupa ülkesine göç edebilmektir. Pazar okullarında genç yaşlı insanlar büyük bir çabayla İbranice öğreniyorlar. Bunda İsrail'in teşviki varsa da asıl hedefin dış göç

28 'Anti-semitism in Armenia', *NCSJ Armenia Country Report*, 2001. Diğer eski Sovyetler Birliği cumhuriyetlerinde olduğu gibi Ermenistan'da da geniş çaplı bir milliyetçilik dalgası yaşanmış, Ermeni olmayan hemen her unsura karşı çıkmıştır. Dil bu konuda başı çekmiş, Rusça ve diğer azınlık dilleri yerine Ermenice konuşulması özendirilmeye çalışılmıştır. Ancak Ermenice güçlü bir dil değildir ve bölge dilleri (Rusça, Türkçe ve Farsça) ile rekabet edebilmesi çok güçtür. Nitekim bağımsızlıktan 10 yıl sonra gelinen nokta Ermenice'nin yeterli olmayacağı ve Rusça'nın yeniden özendirilmesinin gelişme için şart olduğu yönündedir. Bu konudaki bir tartışma için bkz.: Susanna Petrosian, "Armenia's Cultural Watershed", *IWPR*, CRS No. 82, 14 Mayıs 2001.

29 'Antisemitism in the Former Soviet Union and the Baltic Republics', içinde *Antisemitism Worldwide 1997/8*, Tel Aviv; 'Armenia' içinde *Antisemitism in Georgia, Azerbaijan and Armenia*, *UCSJ Special Report*, Union of Councils for Soviet Jews, 25 Ağustos 1999. Komşu Azerbaycan'daki Yahudi sayısı 3.500 civarındadır ve Sovyet Yahudileri Konseyler Birliği'ne göre bu ülkede ciddi bir anti-Semitizm izine rastlanmamaktadır: *Azerbaijan*, *Union of Councils for Soviet Jews*, net aracılığıyla, www.fsumonitor.com/stories/asemlaz.shtml.

olduğu söylenebilir.³⁰ Bu kişiler de daha önceki Yahudiler gibi son derece uyumlu kişiler ve hepsi sıradan bir Ermeni gibi, anadilleri olarak Ermenice'yi konuşuyorlar ve Sovyet dönemi de dahil devlet ile herhangi bir problemleri olmamış kişiler. Devlet kademelerinde yoğunlukla yer almışlar. Bir çoğu karma evlilik yapmış olan bu insanlar Ermenistan'ın bağımsızlığını kazandığı tarihe kadar tipik bir Ermeni gibi yaşamışlardır.

II.d. Karabağ Yahudileri

Benzeri bir durum Karabağ Yahudileri için de geçerlidir. Hatta Sovyet döneminde ülkenin başka bölgelerinde yaşayan Yahudiler, etnik hoşgöründen yararlanmak ve anti-semitik akımlardan kaçmak için Azerbaycan'a bağlı bu otonom bölgeye sığınmışlardır.³¹ Sovyetler Birliği'nin bazı bölgelerinde Yahudi düşmanlığı yapılırken, Karabağ'da Yahudiler dinlerini açıktan yaşamışlar, üzerinde Davut yıldızı bulunan yardım paketleri Bakü'den hiçbir şekilde gizlenmeye ihtiyaç duyulmaksızın bu bölgeye ulaştırılmış, bölge Yahudileri adeta altın çağlarını yaşamışlardır.³² Fakat bu dönemde bile Ermeni milliyetçileri Yahudileri tehdit ederek bölgeden koparmaya çalışmışlardır.³³ 1988 yılındaki çatışmalara sayıları çok az da olsa bazı Yahudiler Ermeni ordusunun yanında katıldı. Buna karşın Nagorna Karabağ'ın Azerbaycan'dan ayrılıp Ermenistan'a geçmesi ile Ermeni olmayanlara karşı hoşgörüsüzlük tırmanmış ve sayıları 30'a kadar düşmesine karşın Yahudiler sökülüp atılması gereken 'yabancı bir unsur' olarak görülmeye başlamışlardır.³⁴ Yönetimin tamamen Ermeniler'in eline geçmesi ile birlikte ise Yahudi düşmanlığı olabildiğine artmış, Yahudiler kendilerini, kimliklerini saklamak zorunda hissetmişlerdir. Bugün Ermeniler, Yahudi azınlığı küçümseme amacıyla 'Yid'ler takma ismiyle çağırıyor, ya da kötü anlamlara gelen diğer sıfatları kullanıyorlar.³⁵ Diğer bir deyişle Yahudi olmak Karabağ'da büyük bir sorundur. Daniel ve Svetlana Groisman çiftinin son dönemde uluslararası basına yansıyan tecrübeleri konuya ışık tutuyor. 1990-1994 yılları arasında Ermeni ordusunda yer alan Svetlana Daniel Groisman yaşadıklarını şöyle özetliyor:

³⁰ Sydney Galanty, '2.000 Strong Jewish Community in Armenia Struggles to Retain Identity', *Mirror-Spectator*, 27 Haziran 1998.

³¹ Gelenler özellikle Ukrayna ve Rusya'nın bazı sorunlu bölgelerinden gelmişlerdir. Yahudilerin bu bölgeye geliş sebepleri arasında iş ve karma evlilikler de dikkat çekicidir: Steve Sverdlow, 'The Forgotten Jews of Karabakh', *Institute for War & Peace Reporting*, CRS No. 85, 4 Haziran 2001, Londra.

³² Sverdlow, 'The Forgotten...?'

³³ Karabağ Yahudileri'nden Maria Spector Groisman, daha 1977 yılında kendisinin Ermeni milliyetçiler tarafından tehdit edildiğini söylüyor: Sverdlow, 'The Forgotten...?'

³⁴ Sverdlow, 'The Forgotten...?'

³⁵ 'Yabancı', 'ucube' bunlardan bir kaç.

‘Bizler Ermeni bile değildik, yine de burada kaldık ve Karabağ’a ihanet etmedik. Şimdi ise insanlar bizi Yid’ler diye çağırıyorlar... Savaşın sonra yeni hükümet savaş gazilerine tazminat ödedi. Fakat Daniel’in başvurusunu reddettiler ve “safkan Ermeniler”e verilen ödülün alamadı. 1998 yılında şehir mahkemesi garajımıza el koyduğunda, garajı bir Ermeni’ye verdiler ve “sadece Ermeniler tam vatandaşdır. Sizler İsrail’e gitmelisiniz” dediler.³⁶

Amerikan Yahudisi bir çift olan Alexander ve Sventlana çiftinin yaşadıkları da ibretlik ve Ermeni anti-Semitizminin boyutlarını ortaya seriyor. Savaş boyunca büyükanne ve büyükbabalarının yanında kalan bu çiftin başına gelenleri büyükbabaları Nuisia Sarkisian şöyle anlatıyor:

‘Dört yıl süren savaş boyunca çocukları okula göndermedik. Ölü gibi evin bodrumuna saklıyorduk. Bizler çok korktuk, çünkü onlar Ermeni değildi. Bakü üzerinde onları kaçırabilmek için her şeyi yaptık.’³⁷

Bu örnekler 1998 öncesi Yahudi düşmanlığını açıkça ortaya koyuyor. Bu tarihten sonra ise durum Karabağ’da çok daha kötü bir hal aldı. Karabağ Yahudileri, Erivan ve Bakü’deki yardım amaçlı Yahudi örgütleriyle bağlantı kurmakta bile zorluk çekiyorlar. Buradan çıkmak isteyen Yahudilerin karşılaştığı önemli bir sıkıntıda Karabağ’ın işgal altında bölge olması nedeniyle başka bir ülkeye geçmede zorluklarla karşılaşmalarıdır.

II.e. Ermenistan Yahudileri ve Yahudi Düşmanlığı

Ermenistan’daki anti-Semitizm ise bireylere baskıya ek olarak, daha çok ‘hayali bir Yahudi düşman’a dönüktür. Kötü giden hemen her şeyden dolayı Yahudi unsurları suçlayan bir kesime göre Batı’da ve bölgede çok güçlü, ama gizli bir Yahudi ağı bulunmaktadır ve bu ağ kurduğu komplolarla Ermenistan’ı zor duruma sokmaktadır. Bu anlayış bir çok olayda kendisini göstermekle birlikte, 1997 yılında Rus askerlerinin Ermenistan’da kalmaya devam etmesi için mecliste yapılan oylamadan sonra daha bir kristalleşmiştir. Oylamada Ermeni milletvekilleri neredeyse oybirliğiyle Rus askerinin Ermenistan’da bulunmasını onayladılar. Ret oyu kullanan milletvekili sayısı ise sadece dörttü. Buna rağmen Meclis Başkan Yardımcısı Ara Saakian Ermenistan üzerinde Yahudi lobisinin ‘çok kötü’ emelleri bulunduğunu belirterek, karşı renkte oy kullanan milletvekillerini ve Ermenistan topraklarında **Rus askeri istemeyen Ermenileri Yahudiler’in oyununa gelmekle** suçladı. Saakian’a göre Yahudi lobisi bu kez Azerbaycan

³⁶ Sverdlow, ‘The Forgotten...’.

³⁷ Sverdlow, ‘The Forgotten...’.

petrollerinin peşindeydi ve Ermenistan'a karşı Azerbaycan'ı destekliyordu.³⁸ Saakin'in üzerinde durduğu 'Yahudi tehlikesi' bu konuşmadan sonra geniş bir şekilde tartışıldı. Bu tartışmalarda Ulusal Demokratik Birlik hareketinin yayın organı olan Ajzm'in yaklaşımı önemlidir. Bu gazete Ermenistan yöneticilerinin Yahudi deyince Batı'yı, İsrail'i ve ABD'yi anladıklarını iddia ederek paranoya düzeyine varmış bir korkudan bahsetmiştir. Buna göre Ermenistan'da Yahudilere karşı duyulan korku ve güvensizliğin nedeni azınlığın faaliyetlerinden çok Ermenistan'ın algılamalarından ve dış dünya ile ilişkilerinden kaynaklanmaktadır.

Bu örneklerde de görüldüğü üzere Ermenistan'da Yahudi düşmanlığı en üst makamlara kadar tırmanmış durumdadır. Anti-Semitizm ve Yahudilere duyulan güvensizlik basın yayın organlarında da görülmüştür. Örneğin Igor Muradyan'ın Nisan 1999 tarihinde Golos Armenii'de yazmış olduğu makale buna güzel bir örnektir. Muradyan yazısında 'Aryan' Ermeniler ile 'Semitik' Yahudilerin yüzyıllardır karşı karşıya geldiklerini ve ilişkilerinde rekabet ve çatışmanın hakim unsur olduğunu belirtmiştir. Yine Muradyan'a göre Yahudiler bölgede etnik çatışmaları harekete geçirmek istemektedirler. Büyük bir Yahudi Komplosu'ndan bahseden yazarın Türkiye ile İsrail arasındaki yakın ilişkilere de değinmesi dikkat çekicidir. Muradyan'a göre 'Türkiye'yi kuran Genç Türkler masondur ve Yahudiler ile yakın ilişkileri' vardır.³⁹

Ayrıca çeşitli Yahudi derneklerinin toplantı ve yayınları da Ukrayna ve Beyaz Rusya ile birlikte Ermenistan'ın eski Sovyet Cumhuriyetleri arasında anti-Semitizmin güçlü olduğu yerler arasında olduğunu doğrulamaktadır.⁴⁰

III. Ermeni-Yahudi Güvensizliğinin Nedenleri

Şu ana kadar verilen örnekler Ermeniler ile Yahudiler arasında tarihi bir güvensizliğin bulunduğunu ve bunun zaman zaman düşmanlık boyutuna ulaştığını göstermektedir. Bu bölümde söz konusu 'düşmanlığın' nedenleri ele alınacaktır. Bu nedenler şu şekilde sıralanabilir:

- a. Tarihsel nedenler,
- b. Dini nedenler,
- c. Batı'ya karşı duyulan güvensizlik,
- d. Azerbaycan petrollerinde İsrail ve Yahudi lobisinin tutumu,

³⁸ Mikael Danielian, *Express-Chronicle* (çev. Lena Cochran) aktaran UCSJ, 'An Armenian Journalist Discusses "The Jewish Problem" in Armenia', *Union of Councils for Soviet Jews*, 12 Kasım 1997.

³⁹ Igor Muradyan, *Golos Armenii*, April 1999. Yazının İngilizce versiyonu için bkz: 'Armenia', via net, www.fsmonitor.com/stories/082599caucasus.shtml.

⁴⁰ 'Ambassador S. Escudero: No Anti-semitism in Azerbaijan', *Azarkhaber*, 23 - 30 December 1998.

- e. İsrail'in sözde soykırım iddialarına yaklaşımı ve
- f. Türkiye-İsrail işbirliği.

III. a. Tarihsel Nedenler

Tarihsel nedenlere Osmanlı dönemi kısmında değinilmişti. Sovyetler Birliği döneminde bu konuda olumlu bir gelişme olduğunu söyleyebilmek zordur. Aksine, diğer etnik gruplarda olduğu gibi komünist sistem Ermeniler üzerinde de 'komplocu' yaklaşımları güçlendirmiştir. Geleneksel olarak karşılaştığı sorunları dış güçlere bağlama eğilimi yüksek olan Ermeni toplumu baskıcı komünist idare döneminde daha şüpheli ve komplocu bir hale gelmiştir.

Ermeniler arasında Yahudilere karşı duyulan tarihsel şüpheliğine ek olarak Yahudiler ile Türkler arasında köklerini tarihten alan dostane ilişkiler de Ermenileri daha şüpheli olmaya itmektedir.

III. b. Dini Nedenler

Dini nedenlere de daha önceki bölümlerde kısmen değinilmişti. Bu bölümde üzerinde durulması gereken nokta dinin Ermeniler için diğer uluslar ile kıyaslanamayacak derecede öneme sahip olmasıdır. Bir topluluğu ulus yapacak güçlü öğelere sahip olmayan Ermeniler için Ermeni kimliğinin en önemli unsurudur Hıristiyan olmaktır. Bu da Hıristiyanların en eski hastalıklarından olan Yahudi şüpheliği ve düşmanlığını kuvvetlendirmektedir.⁴¹

III. c. Batı'ya Karşı Duyulan Güvensizlik

Yeni kurulan Ermenistan devletinin en önemli karakteristiği yalnızlık ve 'terk edilmişlik' hissidir. Sovyet döneminin de etkisiyle Ermeniler karşılaştıkları hiçbir sorun karşısında Batılı ülkelere güvenememişlerdir. Ermeni toplumu Batı'daki güçlü Ermeni diasporasına karşı Batı'ya karşı sürekli bir şüpheliçilik içinde olmuştur. Hatta bu duygu zaman zaman 'ihanete uğramışlık' hissine de neden olmaktadır. Yahudilere ve İsrail'e karşı duyulan güvensizlikte bu duygu-

⁴¹ Anti-Semitizmin dini kökenleri için bkz.: David I. Kertzer, *The Popes Against The Jews: The Vatican's Role in the Rise of Modern Anti-semitism*, (2001); Sidney G. Hall, *Christian Anti-semitism and Paul's Theology*, (2000); Judith Taylor Gold and Joseph Gold (eds.), *Monsters and Madonnas: The Roots of Christian Anti-Semitism*, (New York: Syracuse University Press, 1999); Rosemary Ruetether, *Faith and Fratricide: The Theological Roots of Anti-semitism*, (New York: Seabury Press, 1971); David M. Szonyi (ed.), *The Holocaust: An Annotated Bibliography and Resource Guide*, (New York: KTAV for the National Jewish Research Center, 1985); Turkkaya Ataöv, 'The Jewish Holocaust and the Armenians', in Turkkaya Ataöv (ed.), *Armenians in the Late Ottoman Period*, (Ankara: 2001), pp. 314-344.

nun da büyük bir rolü vardır. Çünkü Ermeniler çoğu zaman Yahudileri ve İsrail'i suçlarken aslında Batı'yı kastetmektedirler. Onlara göre Yahudiler Batı sisteminin bölgedeki ve Ermenistan'daki temsilcileridir. Bir çok Ermeni için CIA ve MOSSAD, İsrail ve ABD aynı anlamlara gelir.⁴²

III. d. Azerbaycan Petrolleri, İsrail ve Yahudi Lobisi

Son on yılda İsrail'in ve uluslararası Yahudi lobisinin Kafkasya'ya dönük yaklaşımlarını belirleyen en önemli faktörlerden biri de Hazar ve çevresindeki petrol yatakları olmuştur. Amerikalı Yahudi işadamları konuya petrol ihalelerinden en yüksek payı kapmak ve çıkarılacak petrolü en güvenli yollardan bölge dışına çıkarmak kaygılarıyla yaklaşmaktadırlar. Bu da Azerbaycan'la iyi geçinme gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Buna karşın Yahudi gruplarının Ermenistan gibi küçük, dışa kapalı, kaynakları sınırlı ve hemen hemen tüm komşularıyla kavgalı bir ülkede ticari çıkarlarının Türkiye ve Azerbaycan ile kıyaslanamayacak bir düzeyde olacağı aşikardır. Bu nedenlerle Amerikan Yahudi lobisi, Ermeni grupların da etkisiyle çıkarılan ve Azerbaycan'a Amerikan yardımlarını neredeyse tamamen yasaklayan 907 sayılı kararın kaldırılmasında büyük bir çaba harcamışlardır.⁴³ Bu çerçevede Yahudi lobisinin faaliyetleri yerel Yahudiler üzerinde baskının artmasına neden olmuştur.

Sadece Yahudi lobisinin değil, devlet olarak İsrail'in bölgeye dönük politikaları da Ermenistan'ı rahatsız etmektedir. Araplar ile sorunları had safhaya ulaşan İsrail'in İran ile de anlaşamadığı bir ortamda yeni petrol kaynaklarının bu ülke için ne kadar önemli olduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Tel Aviv petrole ek olarak diğer konularda da (Pazar, ticaret vb.) Azerbaycan'ın da dahil olduğu Türk dünyasını bir alternatif ve şans olarak görmektedir. Bunlara ek olarak İslam dünyasının en önemli etnik gruplarından olan Türkler ile iyi ilişkiler geliştirmek İsrail'in politikalarına meşruiyet kazandırması açısından da büyük önem taşımaktadır. İsrail'in Azerbaycan ile iyi ilişkiler geliştirme politikasının temel nedenleri bu şekilde özetlenebilir. Ancak İsrail sadece Azerbaycan'la değil bölgenin diğer önemli ülkelerinden Gürcistan ile de ilişkilerini geliştirmeye ve ABD'nin bölgedeki politikalarıyla çelişmemeye büyük bir özen göstermektedir.⁴⁴ Tüm bunlara karşın İsrail'in bölgesel çatışmalarda herhangi bir tarafa destek olmaktan kaçındığı açıktır. Böyle bir yaklaşım tabii karşılmalıdır. Buna rağmen kendilerini desteklemeyen ülkeleri Azerbaycan'ı destekliyor sayan Ermeniler için durum farklıdır. Ermenistan'a göre İsrail, Azerbaycan'a örtülü bir

⁴² *The Ajzhn* gazetesinde 13 Mayıs 1997'de yayımlanan 'Onlar Yahudi Deyince Batının Bir Temsilcisini Anlıyorlar' adlı makale bu konuda iyi bir örnektir. Söz konusu makalenin İngilizce özeti için bkz.: Danielian, *Express*...

⁴³ 'Anti-semitism in Georgia, Azerbaijan and Armenia', *UCSJ Special Report*, 25 August 1999.

⁴⁴ Novikova, 'Armenia...?'

destek vermektedir. Oysa ki Ermenistan'ın İsrail için ekonomik değeri oldukça sınırlıdır. Bu nedendir ki diplomatik ilişkisi bulunmasına karşın İsrail'in Erivan'da bir büyükelçiliği bulunmamaktadır. İsrail'in Ermenistan ile ilgili faaliyetlerini İsrail'in Gürcistan Büyükelçisi Tiflis'ten yürütmektedir. Aynı şekilde Ermenistan'ın İsrail'e bir büyükelçi göndermesi 2000 yılını bulmuştur.⁴⁵

Son yıllarda Ermenistan basını ve yönetimi İsrail'in Azerbaycan'a askeri yardım yaptığından dahi şüphelenmeye başlamış, hatta bazı çevreler bu konuda kesin kanaatlere sahip olmuşlardır. Buna benzer iddialar Karabağ çatışmaları esnasında da ortaya atılmış ve Ermeniler Yahudi grupların ve İsrail'in Azerbaycan'a yardım ettiğini iddia etmeye başlamışlardır. Hatta araştırmacı Jane Hunter bu dönemde İsrail'in Azerbaycan'a, Ermenistan'a karşı kullanılmak üzere silah sattığını öne sürmüştü.⁴⁶

11 Eylül sonrasında Türk 'İslam anlayışı'nın yükselişi ve Türkiye ile birlikte Azerbaycan'ın da Batı politikalarında önem kazanmış olması Ermenistan'da Türkiye-Azerbaycan-İsrail işbirliği konusunda 'aşırı' yorumlara neden olmuştur. Örneğin bu ilişkiye dikkat çeken Ermeni *Nezavisimaya Gazeta* 4 Aralık 2001'de Azerbaycan'ın İsrail ve Türkiye'den askeri teçhizat aldığını iddia etmiştir. Buna göre sadece Azerbaycan değil Gürcistan da Türkiye ve Bazı Batılı ülkelerce askeri açıdan desteklenmektedir. İstihbaratını Lübnan'da yayın yapan *Muari* adlı bir gazeteye dayandıran *Nezavisimaya Gazeta* iddialarını bir adım daha ileri götürerek İsrail'in Azerbaycan'a 100 tank ile 30 askeri servis helikopteri vereceğini de iddia etmiştir.⁴⁷ Karabağ'da çatışmalar devam ederken de benzeri bir dedikodunun yayıldığı hatırlanacak olursa Ermenistan'da İsrail'e dönük güvensizliğin boyutları daha kolay anlaşılabilir. Konunun Azerbaycan boyutuna bakıldığında ise Azerbaycan yönetiminin kompleks bloklaşmalar yoluyla tepkileri üzerine çekmek istemediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Azerbaycan yönetimi bu yöndeki tüm iddiaları reddetmiştir. Son olarak Azerbaycan'ın Ankara Büyükelçisi Mehmet Nevruzoglu Aliyev Azerbaycan ile İsrail arasında stratejik bir işbirliği olduğu yolundaki imaları reddetmiştir. Aliyev'e göre Azerbaycan'ın İsrail ile ilişkileri diğer herhangi bir üçüncü dünya ülkesi ile olan ilişkilerinden çok da farklı değildir.⁴⁸

İsrail'in Azerbaycan politikasından bahsederken İsrail ile bölgenin bir diğer devleti olan Gürcistan arasındaki gelişen ilişkilere de değinmek gerekir. Tür-

⁴⁵ The Jewish Community of Armenia, History and Activities, www.iatp.am/resource/ngo/jewish/text.html.

⁴⁶ Jane Hunter, 'Israel and Turkey: Arms for Azerbaijan', *Middle East International*, 23 October 1992, s. 12.

⁴⁷ "İsrail-Türkiye-Azerbaycan", *AZG, Armenian Daily*, 6 Aralık 2001.

⁴⁸ Saadet Oruç, "Azerbaijani Ambassador Aliyev: Azerbaijan is the Key State in the Strategies of Our Age", *Turkish Daily News*, 22 Ağustos 2001.

kiye ve Azerbaycan ile ilişkileri çok yakın olan Gürcistan'ın Rusya ve müttefiklerine karşı Türkiye, ABD ve İsrail'e yaklaşmaya çalışması önemli bir gelişmedir. Şu anda İsrail, Gürcistan'a en çok yatırım yapan ülkeler arasında yer almaktadır.⁴⁹ ABD'nin ve Türkiye'nin Gürcistan'a verdiği siyasal destek ve Ermenistan ile Gürcistan arasındaki görüş farkları ve çatışma alanları⁵⁰ dikkate alındığında İsrail'in bu denkleme katılması manidar olmaktadır ve bu gelişme Eriwan'da İsrail'e duyulan şüpheleri arttırıcı bir etkiye neden olmaktadır.

III. e. İsrail'in Sözde Soykırım İddialarına Yaklaşımı

Ermeni-Yahudi ve Ermenistan-İsrail ilişkilerinde belki de en büyük 'çıban başı'nı sözde soykırım iddialarına İsrail'in verdiği tepki oluşturmaktadır. Çünkü son yıllarda Ermenilerin izlediği en önemli strateji Yahudi holokostu ile Ermeni iddiaları arasında paralellik kurmak ve Yahudilerin holokost nedeniyle yararlandıkları 'ayrıcılıklar'dan yararlanabilmektir. Ermenilere göre 20. yüzyılın ilk soykırımını 1915 yılında Osmanlıların (onlar sadece 'Türkler' diyor) Ermeni halkına uyguladığı sözde zulümler oluşturur. 1915 tehcirini '*pre-Holocaust*', yani 'holokost öncesi holokost' olarak adlandıran Ermenilere göre Naziler tarafından Yahudilere yapılan soykırım ile Ermenilere yapıldığı iddia edilen 'muameleler' arasında hiçbir fark yoktur. Hatta, Türklerin 'yaptıkları hoş görüldüğü, gerekli tepki gösterilmediği için Naziler cesaret almış ve Yahudileri bu sayede soykırıma uğratabilmişlerdir.'⁵¹ Bu iddiaya göre Ermenilere en büyük desteği Yahudilerin vermesi gerekir.⁵² Bu iddiaların asılsızlığı ve sahte belge ve yanlış bilgiler üzerine kurulu olduğu Türk kamuoyunun ve bilim adamlarının malumudur. Fakat dünya kamuoyunun bu iddialara inanmasına ramak kalmıştır

⁴⁹ Bu listede yer alan diğer ülkeler Türkiye, İrlanda, ABD, Kore, Almanya, İngiltere, Hollanda ve Rusya da yer almaktadır: *Fact Sheet: Republic of Georgia*, 1 August 2001, www.bignis.doc.gov.

⁵⁰ Ermenistan ile Gürcistan arasındaki en önemli sıkıntıyı Gürcistan'daki Ermenilerin ayrılıkçı faaliyetleri oluşturmaktadır. Bu konuda detaylı bir çalışma için bk.: Hasan Kanbolat ve Nazmi Gül, 'The Geopolitics and Quest for Autonomy of the Armenians of Javakheti (Georgia) and Krasnodar (Russia) in the Caucasus', *Armenian Studies*, No. 2, June-July-August 2001, ss. 186-210.

⁵¹ Bu konuda Ermeni araştırmacılar Hitler'in bir sözünü kullanmaktadırlar. Ancak bu sözün kaynağı meçhuldür ve bu sözü kullanan hiçbir kaynak sözün orijinal kaynağını vermemekte, hepsi bir diğer ikincil Ermeni kaynağına atıfta bulunmaktadır. Tarihi belgelerde en az iki kez tahrifatta bulunan bir Ermeni grubunun varlığı dikkate alınacak olursa bu sözün gerçekliğinin tartışmalı olduğu söylenebilir.

⁵² Ermeni tarihçi Richard Hovanissian Ermenilerin bu konudaki duygularını şu sözler ile tercüme eder: 'Ermeniler, İsrail'in ne nedenle olursa olsun soykırımı tanımamasından özellikle büyük bir yara aldılar. Yahudi deneyimleri dikkate alındığında bu durum bir kat daha fazla acı veriyor.' Marilyn Henry, "Armenia Asks Israel to Recognize Turkish Genocide", *The Jerusalem Post*, 22 Nisan 1999.

ve bu noktada Yahudilerin tutumu büyük önem kazanmıştır.⁵³ Ermeni gruplara göre Yahudilerin destek vermesi halinde ‘soykırım’ iddialarını kabul ettirmek an meselesidir. Bu bağlamda Ermenistan ve Ermeni lobisi uzun yıllardır İsrail’e ve diğer ülkelerdeki Yahudi gruplara Ermenilerin de holokosta uğradıkları iddiasını kabul ettirmeye çalışmaktadırlar.⁵⁴ Ancak bu çabalar İsrail ve Yahudi gruplarınca düzenli olarak reddedilmiştir.

Son 20 yıldaki tecrübe incelendiğinde şu olaylar öne çıkmaktadır:

İlk olarak 1978 yılında Ermeni yanlısı bir filmin İsrail devlet televizyonunda gösterilmesi engellenmiştir. Bu tarihte İsrail Yayıncılık Otoritesi (IBA) tarafından Kudüs’teki Ermeni mahallesini konu alacak bir film siparişinde bulunulmuştu. Ancak daha sonra anlaşıldı ki film, Ermeni mahallesinden çok 1915 olayları ve bu olayların tipik Ermeni iddiaları çevresinde yeniden kurgulanmasından ibarettir. Filmin yönetmeni Michael Arlen filmde Türklere hakaretlerde bulunmakla kalmayıp Türk-Ermeni çatışmalarını da tek taraflı bir katliam şeklinde yansıtıyordu. Doğal olarak IBA filmin gösterimini reddetti ve filmin tek taraflı hazırlanmış bir Ermeni propaganda filmi olduğunu kabul etti. Bu kabulde Türkiye’nin taleplerinin rolü olmuşsa da asıl etkenin İsrail Hükümeti ve Türkiye Yahudilerinin çabaları olduğu söylenebilir. Bu çerçevede Türkiye’den İsrail’e gitmiş yahudilerin çabaları da unutulmamalıdır.

1982 yılında ise bu kez bir grup Ermeni araştırmacı ve onlar gibi düşünen bir grup ‘Ermeni soykırım’ iddialarını İsrail’in başkenti Tel Aviv’de düzenlenecek olan Holokost ve Soykırım başlıklı uluslararası bir sempozyuma taşımak istediler. Ancak İsrail Dışişleri Bakanlığı bu girişimi erken tespit etti ve başvuruların önemli bir kısmı kabul edilmedi ya da vize başvuruları reddedildi. Fakat Ermeniler bunun üzerine İsrail aleyhine ‘akademik özgürlükler zedeleniyor’ gerekçesiyle uluslararası bir kampanya başlattılar.⁵⁵

Üçüncü çarpıcı gelişme ise Eylül 1989’da gerçekleşti. Bu kez Rum lobisinin de desteğini alan Ermeni lobisi Kongre’de sözde Ermeni soykırımını anmak için bir gün tahsis edilmesi için bir tasarı hazırladı ve çok sayıda Senatör de bu çerçevede ikna edildi. 1985 ve 1987 yıllarındaki girişimler başarısızlığa uğ-

⁵³ ‘Dr. Yar Auron Responds to Shimon Peres’ Statements’, *Asbarez*, 18 April 2001.

⁵⁴ Henry, “Armenia...”

⁵⁵ Israel Charny, ‘The Conference Crisis. The Turks, Armenians and the Jews’, in *The Book of the International Conference on the Holocaust and Genocide. Book One: The Conference Program and Crisis*, (Tel Aviv: 1982); on, *The Banality...*, pp. 354-355; Leora Eren Fruncht, ‘A Tragedy Offstage No More’, *The Jerusalem Post*, 15 June 2000. Also see: Amos Elon, ‘Their Holocaust’, *Ha’aretz*, 11 June 1982; Yad Vashem, ‘We and the Armenians’, *Ha’aretz*, 29 June 1982; Israel Amrani, ‘A Little Help for Friends’, *Ha’aretz*, 20 April 1990; Norman G. Finkelstein, *The Holocaust Industry, Reflections on Exploitation of Jewish Suffering*, (Verso Books, 2001), Chapter 2.

ratılmış olmasına karşın bu kez dengeler Ermenilerden yanaydı ve Türkiye'nin tek başına bu girişimi durdurabilmesi zor görünüyordu. Bu noktada Yahudi lobisinin aktif desteği devreye girdi. Ayrıca İsrail, ne kadar reddederse reddetsin, Washington'daki diplomatik temsilcileri vasıtasıyla tasarımı engellemeye çalıştı. Bu çabalar bazı liberal Yahudi gruplarca ağır bir dille eleştirildiyse de İsrail böylece Ermeni iddialarına karşı tavrını daha bir netleştirmiş oluyordu. Bu noktada İsrail'in desteğinin alınmasında ve Amerikan Yahudilerinin harekete geçmelerinde Türkiye Yahudilerinin büyük bir rolü olduğu unutulmamalıdır. Özellikle Hahambaşı'nın her bir senatöre gönderdiği kişisel mektupların önemli bir etkisi oldu. Hahambaşı yazmış olduğu mektubunda söz konusu dönemde Türklerin ve Ermenilerin karşılıklı olarak büyük acılar yaşadıklarını ancak 'soykırım' kelimesinin kesinlikle kabul edilemeyeceğini belirtti. Hahambaşı'nın üzerinde durduğu bir diğer nokta da başta Yahudiler olmak üzere Osmanlı döneminde azınlıklara karşı büyük bir hoşgörü gösteren Türkler ile Ermenilerin çizdikleri tablo arasındaki uyumsuzluk oldu.⁵⁶

1990'da ise bir diğer film 'Ermenistan'a Yolculuk' IBA ile Ermeniler arasında yeni soruna neden oldu. IBA'nın verdiği bilgilere göre bu filmin gösterilmemesi için İsrail'de yaşayan 100.000'e yakın Türkiye Yahudisi protesto mektubu gönderdi. Ayrıca yine Türkiye'deki Yahudiler de aktif bir lobi faaliyeti yürüttüler. Daha sonra söz konusu olay ile ilgili olarak bir açıklama yapan IBA Yöneticiler Kurulu'nun bir üyesi film hakkındaki görüşlerini şu şekilde özetlemiştir:

'Film propaganda malzemeleri içermektedir ve bu haliyle toplumun bir kesimini rencide edecektir. Çünkü holokost sadece Yahudilere karşı yapılmıştır.'⁵⁷

Özetleyecek olursak 1970 ve 1980ler boyunca resmi İsrail görüşü Ermeni iddialarının aksine olmuştur. Fakat bu dönemde Ermeniler ile ilişkilerini fazlaca bozmak istemeyen İsraililer bu yaklaşımlarını 'perde arkası'ndan sürdürmeyi yeğlemişlerdir. Son dönemde ise İsrail'in tavrında Türkiye lehine bazı değişikliklerin olduğu ve İsrail'in açıkça tavrı alabildiği söylenebilir. İsrail Dışişleri Bakanı Shimon Peres'in Türkiye'ye 2001 yılı içinde gerçekleştirdiği ziyaret buna güzel bir örnek oluşturur. Ermeni iddialarını 'anlamsız' olarak değerlendiren ve İsrail'in Ermeni iddiaları konusundaki konumunu daha bir netleştiren Peres sözlerini şöyle sürdürmüştür:

'Biz Holokost ile Ermeni iddiaları arasında herhangi bir benzerlik yaratılmasına dönük her türlü çabayı reddediyoruz. Hiçbir şey Holokost gibi olamaz. Ermenilerin yaşadıkları bir trajedidir fakat bir holokost değildir... İsrail Ermeni sorunu konusunda tarihi veya felsefi bir tavrı almamalıdır.'

⁵⁶ Auron, *The Banality...*, s. 356.

⁵⁷ *Kol Haair*, 22 June 1990 aktaran Auron, *The Banality...*, s. 359.

Eğer böyle bir tavır alacaksak da, tarihi gerçekleri çarpıtmamak için çok dikkatli olmalıyız.⁵⁸

Peres'in konuşmasında Türkiye ve İsrail'i 'aynı botta iki ülke' olarak tasvir etmesi ve ayrıca Amerikan Yahudi lobisinin Türkiye'ye olan desteklerinin sürmesini temenni etmesi de önemlidir.

Sadece İsrail değil Yahudi diasporası da Ermeni iddialarını reddetmiştir. Örneğin İngiltere Yahudileri açıkça Ermeni iddialarına destek vermeyeceklerini açıklamışlardır. Buna Türkiye Yahudileri de katılmıştır. Türkiye Yahudileri adına yapılan açıklamalarda holokostu anma törenlerine Ermenilerin de dahil edilmesinin öldürülen Yahudilere karşı bir saygısızlık olacağını söylediler.⁵⁹

İsrail'in ve Yahudi grupların Ermeni sorununda aldığı Türkiye'ye yakın, fakat Ermenileri çok kızdıran bu tavrının nedenleri incelendiğinde bunda tarihi gerçeklerin, yani böyle bir soykırımın olmadığı gerçeğinin rolü olduğu kabul edilse de daha önemli nedenlerin de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenlerin başında holokosta uğramış tek ulus olmanın ayrıcalıklarının bırakmak istememek gelmektedir. Bu çerçevede Yahudi gruplar diğer ulusların katliam iddialarının holokost kategorisinde değerlendirilemeyeceğini iddia etmektedirler. Bu tavrın bir diğer nedeni ise Türkiye'nin kararlı tutumudur. Türkiye ile ilişkilerini bozmak istemeyen gruplar Türkler ile Ermeniler arasındaki bir tartışmada, üstelik de emin olamadıkları bir konuda taraf olmak istememektedirler. Bu sebeplere Yahudiler ile Ermeniler arasındaki tarihsel soğukluk ve İsrail'in Türkiye ve bölge ile ilgili stratejilerini de eklemekte yarar vardır. Son bir neden olarak da soykırım kavramını kolay kullanılabilir hale getirmeme çabası anılabilir. Bu bağlamda eğer Ermeni iddiaları kolayca 'soykırım' olarak kabul edilirse başta Filistinliler olmak üzere bir çok ulus soykırım iddiasında bulunacak ve bu da İsrail'in de dahil olduğu bir çok ülkeyi zor durumda bırakacaktır.

Özetle, Ermenilerin beklentilerine karşın Yahudi cemaatinin önde gelen temsilcileri ve İsrail devletinin üst düzey yöneticileri açıkça Ermeni iddialarını

⁵⁸ 'Peres: Armenian Allegations are Meaningless', *Turkish Daily News*, 10 April 2001; Thomas Patrick Carroll, 'Ankara's Strategic Alignment with Tel Aviv: Implications for Turkey and the Region', *Middle East Intelligence Bulletin*, Vol. 3, No. 5, May 2001; Boyodjian, 'Peres...?'

⁵⁹ 'Rabbi in Turkey Says Jews Only in the Holocaust Day', *Asbarez*, 26 January 2001. Holokost Anma Günü ve Ermeni faaliyetleri ile ilgili olarak bkz.: Sedat Laçiner, 'Armenian Diaspora in Britain and the Armenian Question', *Armenian Studies*, No. 3, September-October-November 2001, ss. 233-257. Çalışmanın geniş bir Türkçe özeti için aynı dergide, 'İngiltere'de Ermeni Diasporası ve Ermeni Sorunu', ss. 160-165.

reddederek, söz konusu olaylar ile Yahudi soykırımı arasında bağlantı kurulamayacağını ilan etmişlerdir.⁶⁰

III. f. Türkiye – İsrail Yakınlaşması

Ermenistan'da, Yahudilere ve İsrail'e tepkiyi arttıran belki de en önemli etken Türkiye ile İsrail arasındaki yakınlaşmadır.⁶¹ Çalışmanın başında da belir-

⁶⁰ Doğal olarak tüm Yahudilerin Ermeni sorununda aynı görüşleri paylaştıklarını söyleyebilmek zordur ve yanıltıcı olur. Aksine bazı Yahudi gruplar Ermeni iddialarını desteklemekte ve ülkeleri ile birlikte Türkiye'ye ağır eleştiriler yöneltebilmektedirler. İsrail'in koalisyon sistemi zaman zaman bu grupların üst mevkilere yükselmesine de neden olmaktadır. Ancak denebilir ki bu tür görüşler seslendirilse de İsrail'in resmi görüşü son 30 yıl içinde değişmemiştir. Bu görüşlere örnek verecek olursak ilk olarak Yossi Beilin Nisan 1994'de radikal Ermeni görüşlerine destek vermiştir. Bu kişi daha sonra İsrail Dışişleri bakan yardımcısı olacaktır. Bunu takibeden yıllarda ise iki İsraili bakan Ermeni iddialarına duydukları sempatiyi belirtmişlerdir. Ancak bu açıklamaların yapıldığı dönemde zamanın İsrail Dışişleri Bakanı David Levy bu açıklamaların İsrail'in resmi görüşünü yansıtmadığını söylemiştir. Bu konuda en önemli gelişme ise İsrail Eğitim Bakanı Yossi Sarid'in okullardaki müfredata Ermeni iddialarını yansıtmaması olmuştur. Türkiye bu girişime büyük bir tepki gösterdiyse de başarılı olamamıştır.

⁶¹ İsrail-Türkiye yakınlaşması konusunda bkz.: Efraim Inbar, 'Regional Implications of the Israeli-Turkish Strategic Partnership', *Meria*, Vol. 5, No. 2, June 2001; Raphael Israeli, 'The Turkish-Israeli Odd Couple', *Orbis*, 2001, pp. 65-79; Robert W. Olson, *Turkey's Relations with Iran, Syria, and Russia, 1991-2000: The Kurdish and Islamist Questions*, (Mazda Pub., 2001), ss. 125-165; Hakan Yavuz, 'Turkish-Israeli Relations Through the Lens of the Turkish Identity Debate', *Journal of Palestine Studies*, Vol. 27, No. 1, 1997, pp. 22-37; Meltem Müftüler-Bac, *Turkey and Israel: An Evolving Partnership*, Ariel Center For Policy Research, Policy Paper No. 47, 1998; Amikam Nachmani, *Israel, Turkey and Greece: Uneasy Relations in the Eastern Mediterranean*, (London: Frank Cass, 1987); Amikam Nachmani, 'The Remarkable Turkish-Israeli Ties', *Middle East Quarterly*, June 1998; Neil Lochery, 'Israel and Turkey: Deepening Ties and Strategic Implications, 1995-98', *Israel Affairs*, 5, no.1, Fall 1998; George Gruen, 'Dynamic Progress in Turkish-Israeli Relations', *Israel Affairs*, 1, no. 4; Daniel Pipes, 'The Emerging Turkish-Israeli Entente', *The National Interest*, Winter 1997/98; Dov Waxman, 'Turkey and Israel: A New Balance of Power in the Middle East', *The Washington Quarterly*, Vol. 22, No. 1 (Winter 1999), pp. 25-32; Don Waxman, 'Turkey and Israel: A New Balance of Power in the Middle East', *Washington Quarterly*, Winter 1999, Vol. 22, No. 1; Alan Gresh, 'Turkish-Israeli-Syrian Relations and Their Impact on the Middle East', *Middle East Journal*, 52, No. 2, Spring 1998; John Tirman, 'The Ankara-Jerusalem Axis', *Nation*, 1 April 1999, Vol. 268, No. 1; Anat Lewin, 'Turkey and Israel', *Journal of International Affairs*, Fall 2000, Vol. 54, No. 1; Nadia E. El-Shazly, 'Arab Anger at New Axis', *World Today*, January 1999, Vol. 55, No. 1; Gil Dibner, 'My Enemy's Enemy', *Harvard International Review*, Winter 1998/1999, Vol. 21, No. 1; Stanley K. Sheinbaum, 'Israel Plays Turkey', *NPQ, New Perspectives Quarterly*, Summer 1996, Vol. 13, No. 3; Alptekin Dursunoğlu, *Stratejik İttifak, Türkiye-İsrail İlişkilerinin Öyküsü* (Strategic Alliance, The Story of Turkey-Israel Relations), (Ankara: Anka Yayınları, 2000); Kamer Kasım, 'Türkiye-İsrail İlişkileri: İki Bölgesel Gücün Stratejik Ortaklığı', içinde İdris Bal (ed.), *Türk Dış Politikası (Turkish Foreign*

tildiği üzere bu işbirliğinin Ermenistan'a karşı yapıldığını iddia etmek neredeyse imkansızdır. Buna karşın Yunanistan, Suriye ve İran ile birlikte Ermenistan da Türkiye-İsrail işbirliğini kendi çıkarlarına karşı saymış ve karşı-ittifak peşinde koşmuştur. Suriye, İran, Yunanistan ve Kıbrıs Rum Kesimi'yle imzalanan antlaşmalar bu çabanın bir ürünüdür. Türkiye'nin Gürcistan ile yakınlaşmasını arttırması ve işbirliğini askeri alanda yardıma taşınması Ermenistan'ın korkularını daha da arttırmış, bazı Ermeni gruplar Ermenistan'ın çevresinde Türkiye ve müttefikleri tarafından daralan bir çemberin oluşmaya başladığına inanmaya başlamışlardır. Bu korkuları İran ve Yunanistan tarafından beslenen Ermenistan bu çerçevede İsrail'in Türkiye ile işbirliğini 'abartmakta'dır. Sonuçta Ermeni halkı ve yönetimi Türkiye-İsrail yakınlaşmasını kendilerine karşı bir tehdit olarak algılayabilmektedir. Dönemin Ermenistan Dışişleri Bakanı Vartan Oskanian bu durumu 1999 yılında şu şekilde ifade etmiştir:

'İsrail ve Ermenistan'ın bölgedeki çıkarları taban tabana zıttır. İsrail'in Türkiye ile işbirliğine ek olarak İsrail Azeri petrolleriyle de ilgileniyor.'⁶²

Bu sözlerine karşın kendilerinin İsrail ile iyi ilişkiler geliştirebilmek için büyük bir gayret sarf ettiklerini ve Ermenistan'ın Rusya ve İran ile iyi ilişkilerinin Ermenistan-İran ilişkilerini olumsuz etkilemeyeceğini⁶³ söylese de gerçeklerin bu 'temenniler' ile uyuşmadığı bilinmektedir.

İsrail algılaması doğal olarak Ermenistan'daki Yahudilerin durumlarını da yakından ilgilendirmektedir. Milliyetçi Ermeni gruplar Yahudileri İsrail'in ülkedeki 'ajanları' olarak algılıyor ve bir an önce İsrail'e gitmelerini istiyorlar. Bu ortamda İsrail ile Türkiye'nin isimlerinin Ermeni basınında sıklıkla birlikte telaffuz edilmesi dikkat çekmektedir.

Türkler ile Yahudiler arasındaki yakınlaşmanın bir diğer boyutu olarak ise Amerikalı Yahudiler'in Türkiye'ye yaklaşımı örnek gösteriliyor. Buna göre Amerikan Yahudi lobisi Ermeni sorunu da dahil olmak üzere Türkiye için çalışmaktadır. Bu konuda doğrudan bir tavır almaktan çekinen Ermeni basını dolaylı yollardan bu ittifaka dikkat çekiyor. Örneğin 23 Eylül 2000'de yayınlanan Ermenice günlük bir gazete olan Ayots Ashkar'ın Yahudi lobisinin ABD yönetimi-

Policy, (Ankara: Alfa, 2001); Süleyman Özmen, 'Türkiye İle İsrail Arasındaki İlişkiler' (Turkey and Israel Relations) içinde *Ortadoğu'da Etnik, Dini Çatışmalar ve İsrail*, (İstanbul: IQ, 2001); Alp Tanır, *Türk İsrail İlişkilerinin Tarihsel Köken*, yayınlanmamış mastır thesis, Ankara, 1996.

⁶² Marilyn Henry, "Armenia Asks Israel to Recognize Turkish Genocide", *The Jerusalem Post*, 22 Nisan 1999.

⁶³ Henry, "Armenia..."

ni Monica Lewinsky olayını da kullanarak tehdit ettiği, Türkiye'nin de bu lobinin yolundan gittiğini duyurması dikkatlerden kaçmamıştır.⁶⁴

Sonuç

Ermeniler ile Yahudiler tarih içinde çok fazla karşı karşıya gelmemiş olmalarına karşın karşılaştıkları dönemlerde birbirlerinden fazlaca haz etmedikleri ortadadır. Özellikle Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki tecrübeler Ermeniler arasındaki Yahudi düşmanlığını ortaya koymaktadır. Bunun en önemli nedeni, bugün de etkisini sürdürmekte olan dini önyargılardır. Tarihsel olarak bir Ermeni için Yahudiler 'güvenilmez' ve 'karanlık' insanlardır. Bu dönemde kişisel ve toplumsal çekişmeler ekonomik ve siyasi alandan taşarak iki toplum arasında 'kin' noktasına varan bir anlaşmazlığa varmıştır. İmparatorluk çökerken Yahudiler, Ermenilere karşı Müslüman grupları desteklemişler, adeta Ermenilerden intikamlarını almaya çalışmışlardır. Sovyet döneminde aradaki güvensizliği giderecek bir ortam oluşmadığı gibi Ermeniler arasında komplocu yaklaşımlar ağırlık kazanmıştır. Sovyetler'in dağılmasından sonra ise Ermenistan'ın içine düştüğü yalnızlık hissi Yahudilerin büyük zararlar görmesine neden olmuştur. Karabağ çatışmalarında yaşananlar bunun tipik bir örneğidir. Bağımsızlıktan sonra Türkiye, Azerbaycan ve Gürcistan tarafından sarıldığı hissine kapılan ve saldırgan tavırlarıyla hemen herkesin tepkisini çeken Ermeniler bu yalnızlık hissini de etkisiyle ülkedeki azınlıklar üzerinde baskı kurmuşlardır. Bundan Türk Azerbaycanlılar kadar Yahudiler de paylarına düşeni almışlardır. Bugün sayıları 1000 kişinin altına düşmesine karşın Yahudilere ve onların devleti olarak kabul edilen İsrail'e karşı duyulan güvensizliğin temelinde azınlıkların Ermenistan'daki faaliyetleri olamaz. Sonuç olarak Ermeniler arasında tarihsel kökleri güçlü bir anti-Semitizm olmakla birlikte, günümüzdeki anti-Semitizmin en önemli nedeni dış dünyaya karşı duyulan korku ve yalnızlık hissidir. Diğer bir deyişle Ermenistan'ın korkuları azınlıkları kurban olarak seçmiştir. Bundan sonraki 'kurban' ise meçhuldür.

⁶⁴ Aktaran Union of Councils for Soviet Jews, "Armenian Newspaper Says Jews Blackmailed the United States", 26 Eylül 2000.

REALISIERUNG VON UTOPIEN: DIE GRÜNEN “ANTI PARTEI-PARTEI”

Die Entstehung und Entwicklung einer europaweiten verbreiteten Bewegung

Arş. Gör. Hasan MOR*

1. EINLEITUNG

Die hier vorliegende Arbeit hat die Aufgabe zu untersuchen, welche politische, gesellschaftliche und ethische Faktoren es waren, die dazu führten, daß eine Partei, wie die GRÜNEN gegründet werden konnte.

Es wird der Versuch unternommen, auf die geistigen Wurzeln der Bewegungen, die wesentliche Quelle und spätere Stützen der Partei sind, einzugehen.

Weiterhin wird erforscht, wie es dazu kam, daß die bestehende politische Parteienlandschaft ihrem Auftrag, als Vermittlungsapparat das Gesellschaftliche in das Politische zu transformieren, nicht gerecht werden konnte, und diese durch den vollzogenen Wertwandel bedingte neue und ungewöhnliche Forderungen ins politische System einzugliedern versuchte.

Weiterhin gilt es zu untersuchen, wie die unterschiedlichen Bürgerinitiativen in Form von Umwelt-, Ökologie-, Friedens-, Frauen-, Jugend-, Hausbesetzer-, Selbsthilfe-, Antiatomkraft- und studentische Protestbewegungen sich dazu durchdringen konnten eine solche Partei mit der in der Arbeit beschriebenen Programmatik zu gründen und sie später mit zu tragen. Des weiteren wird auf die Problematik der Ausgangslogik bei der Gründung der Partei eingegangen, auf die Erfahrungen der letzten Jahren und die sich daraus ergebenden Spannungen und Zerreißen, denen die GRÜNEN ständig ausgesetzt sind.

In der abschließenden Beurteilung wird Bilanz gezogen darüber, ob und inwieweit die sog. "Anti Partei-Partei" für die politische Landschaft eine Bereicherung darstellt, etwas bewirkt hat und sich sogar überflüssig gemacht haben konnte, mit welchen inneren und äußeren Konflikten zu leben ist.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Bilim Dalı

2. DIE ENTSTEHUNG DER GRÜNEN

2.1. Geistige Wurzeln der GRÜNEN-Bewegung

Die heutigen GRÜNEN speisen sich aus drei politischen Strömungen.

- APO der 60er Jahre
- Bürgerinitiativen aller Art
- Friedensbewegungen¹.

Die neue Betrachtung, daß die Menschen auf die Probleme reagieren, worauf sie früher nicht reagiert haben, hat natürlich ihre Ursachen. Einige Erklärungen dieser Ursachen:

In der westlichen Industriegesellschaft wird besonders seit Ende der 70er Jahre ein Gegensatz sichtbar zwischen denen, die in traditionellen Formen leben, arbeiten und Politik machen und jenen, die in selbstorganisierten Projekten neue Lösungsansätze suchen und unkonventionelle Formen von Politik präferieren. Die Wissenschaftler sprechen von "zwei Realitäten", die sich in zunehmender Konfrontation gegenüberstehen.

Die eine Realität umfaßt den einfachen Konsumenten mit wenig schulischer Bildung und die andere den engagierten Menschen mit akademischen Berufen.

Die neuen sozialen Bewegungen - sichtbarer Ausdruck dieser zweiten Realität - finden ihre parlamentarische Vertretung in der Partei "DIE GRÜNEN".

Ein großer Zulauf bekommen der Erklärungsansatz für diese neue Weltanschauung und die als Folge entstehende neue soziale Bewegung - die Wertwandeltheorie.

Nach dem Übergang von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft haben sich auch die Wertstrukturen verändert: Die "Materiellen" Werte werden zunehmend durch "Postmaterielle" ersetzt². Werte wie soziale Sicherheit, Wirtschaftswachstum, Disziplin, Treue, Gehorsam und Unterordnung sind Orientierungen wie Selbstverwirklichung, Emanzipation, Ungebundenheit, Gleichheit, Selbsthilfe und Selbstorganisation gewichen. Die Ursachen für diesen Wertwandel in der BRD sind:

¹ Olzog, Gunter; Liese, Hans-J., Die Politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland, München 1988 S.134.

² Für eine ausführliche Information siehe Hillmann, Karl-Heinz, Wertwandel, Darmstadt 1989, S. 241.

- Die von den Sozialdemokraten initiierte Öffnung des Bildungswesens, das mit den kleinbürgerlichen Lebensidealen der Eltern nicht übereinstimmt.

- Der Konsumdruck und die zunehmende Bedeutung der Werbung geben keinen Anlaß zu den alten Selbstbeschränkungen und Bescheidenheitsnormen.

- Der Sozialstaat wurde zu einem Legitimations- und Forderungsinstrument von Selbstentfaltungswerten³.

Die Postmaterialisten sind nach Ronald Inglehart, der ein Pionier der international vergleichenden Werteforschung ist, jene Bevölkerungsgruppen, die in aller Regel aus den Mittelschichten stammen und ein hohes Bildungsniveau haben, deren Kindheit und Jugend in die Prosperität der Nachkriegs-geschichte fiel⁴. Diese kann man in allen hochentwickelten Industriegesellschaften antreffen.

Der Postmaterialismus ist ein sukzessiv alle Bevölkerungsschichten ergreifendes Wertmuster, das nicht auf ein Jugendphänomen reduziert werden kann. Es ist auch falsch zu behaupten, Postmaterialisten seien gegen den Wohlstand. Sie sind nur gegen dessen industriell-warenformige Ausprägung⁵.

Die Wissenschaftler sind sich darüber einig, daß in den Industriegesellschaften ein "Wertwandel" erlebt wird. Über die Ursachen des Phänomens gibt es jedoch keine Übereinstimmung. In der Literatur wird noch eine Reihe anderer Faktoren und Determinanten für krisenhafte Situation und das Entstehen neuer sozialer Bewegungen genannt.

-Die Industrialisierung des Reproduktionsbereiches und Entstehen eines sozial-industriellen Komplexes: die Sozialindustrie, die Freizeitindustrie und die Sicherheitsindustrie sind Wachstumsbranchen⁶.

-Die Spaltung der Gesellschaft in einem "produktiven Leistungskern" und in "marginalisierte Gruppen - ein Prozeß, der sich unter den Krisenbedingungen der Weltwirtschaft noch verschärft. Diese Gesellschaftsdiagnose ist von "progressiver" Seite unter dem Stichwort "Disparitätentheorie" von konservativer Seite mit dem Terminus "Neue soziale Frage" in die Diskussion gebracht worden⁷.

³ vgl. Weinberger, Marie-Luise, Aufbruch zu neuen Ufern? Grüne Alternative zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bonn 1984, S.15.

⁴ vgl. Hillmann, Karl-Heinz, Wertwandel, a.a.O., S.148.

⁵ vgl. Weinberger, Marie-Luise, Aufbruch zu neuen Ufern? a.a.O., S.13

⁶ vgl. Huber, Josef, Die verlorene Unschuld der Ökologie, Frankfurt 1982, S.125 ff.

⁷ vgl. Geißler, Heiner, Die neue soziale Frage und die Zukunft der Demokratie, München 1977, S.175.

-Zunehmende Marginalisierung der Arbeiterklasse durch die Automatisierung der Produktion; Herausbildung einer "NichtKlasse" des nachindustriellen Proletariats ⁸.

-Eine kulturelle Erschütterung des Fortschrittsglaubens und die Infragestellung des "Projekts der Moderne".

Doch auch das politisch-administrative System und seine Institutionen sind zunehmend überfordert, die Krisenerscheinung gleich anzugehen:

"Das Parteien-Parlament hat ganz zweifellos mit Struktur- und Funktionsschwächen der ausschließlich parteivermittelten Meinungs- und Bedürfnisrepräsentation zu tun. Zwar ist es ganz unzweifelhaft nicht nur von Nachteil, daß die Parteien auch als Filter wirken und verhindern, daß jeder denkbare Konflikt politisch virulent wird."⁹

Konflikte abzumildern, zu dämpfen, ja gelegentlich auch Widersprüche zu absorbieren, um sie politisch "handelbar" zu machen, gehört ganz selbstverständlich zu den Kernfunktionen jedes funktionierenden Parteiensystems.

Die Bündelung von Emotionen, Meinungen und Interessen nebst den vielfältigen Prozessen politischer Willensvereinheitlichung gehen zwangsläufig auf Kosten realer Vielfalt und Unterschiedenheit. Aber sie sind ganz unverzichtbar, wenn mit Mehrheit entschieden werden soll. Diese unverzichtbare Mitwirkung der Parteien am Zustandekommen politischen Willens, wie sie auch das Grundgesetz im Artikel 21, Abs. 1 ausdrücklich vorsieht, hat sich in der Praxis jedoch längst zu einem faktischen Monopol auf Willensbildung ausgewachsen. Die enge wirkungspolitische Verzahnung von Parteien, Staatsapparat und wirtschaftlichen Großverbänden hat eine "Verapparaturung"¹⁰ der Parteien bewirkt und das partizipationsfeindliche Klima sorgsam gehüteter machtpolitischer Geschlossenheit gegenüber allen schwer kalkulierbaren Einflüssen "von unten" begünstigt. Dabei sind die Parteien ja durchaus, in einem sehr weiten Sinn, einmal als "Bürgerinitiativen" entstanden.

Sie sind herkunftsmäßig allesamt mehr Bürger- und Gesellschaftsorgane als Säulen hoheitlicher Staatlichkeit.

Sollte es tatsächlich nicht möglich sein, auch die Umweltproblematik im Rahmen des programmatisch ja durchaus flexiblen (Volks-)Parteiensystems zu integrieren und parteipolitisch abzudecken. Wäre es nicht aus der Augenperspektive des parlamentarischen Regierungssystems und unter

⁸ vgl. Gorz, Andre, Abschied vom Proletariat, München 1980, S.160 ff.

⁹ zit. Guggenberger, Bernd, Bürgerinitiativen in der Parteiendemokratie, Stuttgart 1980, S.73.

¹⁰ Guggenberger, Bernd, a.a.O., S.74

Berücksichtigung der Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit es seine Vorzüge entfalten kann, das Beste, es gelänge den Bürgerinitiativen, die Lernfähigkeit, die bestehenden Parteien zu stimulieren, damit diese imstande waren, von sich aus die Umweltbelange konsequent mitzuvertreten?

Die Bürgerinitiativbewegung ist von der reinen Establishmentpolitik genauso weit entfernt wie vom Klassenkampf. Es stünde also, zumindest prinzipiell einer formlichen Mit-Vertretung eines Großteils ihrer Anliegen, im Rahmen einer der bestehenden Parteien nichts im Wege. Vom Grundsatz her besteht hierin auch zwischen Regierungs- und Oppositionspartei/en keine entscheidende Differenz. Alle drei im Bundestag vertretenen Parteien sind grundsätzlich in der Lage, sich programmatisch wie handlungspragmatisch an Umweltschutzgesichtspunkten zu orientieren. Dies beweisen, nicht zuletzt die vorliegenden Parteiprogramme nebst den diversen gesetzgeberischen Bemühungen in Bund und Ländern seit 1969. Aber sind die Volksparteien auch willens und aufgrund ihrer Aktions- und Mitgliederstruktur (die Gewerkschaften auf seiten der SPD, der Unternehmerflügel auf seiten der CDU/CSU) in der Lage, eine politische Wende herbeizuführen d.h. den Wertwandel, welcher sich quer durch die Bevölkerung (und in ersten Ansätzen auch schon quer durch die Parteien) vollzogen hat, in Konkurrenz mit den etablierten Interessen und Wertorientierungen parteipolitisch zu organisieren und zu artikulieren?

Man darf dies mit Recht bezweifeln. Zwar sind die etablierten Parteien ihrer inneren Struktur nach ebenfalls allesamt mehr oder weniger lockere Koalitionen. Sie verfügen über ein sehr "breites" notgedrungen jedoch eher vages Programmspektrum, d.h. die Interessen, welche sie vertreten, liegen künftig sehr weit auseinander bzw. sind überhaupt nicht wirklich kompatibel. Dies ist auch der Hauptgrund für die schwach entwickelte Diskussions- und Problemerkörungs-"Kultur" in den etablierten Parteien.

Es sind weder nur Kapitalistische Interessenbefangenheit, noch allein "opportunistische Problemignoranz", welche die Volksparteien davon abhalten, in ihren eigenen Reihen die großen Zukunftsthemen des Wachstums, der Energieversorgung, der Bürokratierreform, der Entwicklungshilfe u.a. zu erörtern¹¹.

Fast immer zieht man es vor, sich ohne konsequente Problemerkörung auf der Ebene des kleinsten gemeinsamen Nenners zu treffen; dies einfach deshalb, weil eine politisch folgenreiche Auseinandersetzung mit solchen Fragen die Integrationsfähigkeit der Parteien überfordern würden¹². Anders als durch Ausklammern, so scheint es, vermag in Fragen weitreichender

¹¹ Guggenberger, Bernd, a.a.O., S.82.

¹² vgl. Krochow, C.Graf, Genügen drei Parteien? in: APuZ (1877), B 31, S.36.

Zukunftsbedeutung in den Volksparteien keine "Geschlossenheit" mehr zu erzielen. Die parteipolitische und auch die staatspolitische Handlungsfähigkeit werden von Fall zu Fall gerade durch Nicht-Entscheiden gelegentlich auch durch die machtopportunistisch motivierte Errichtung von Frage und Erörterungsverboten bewahrt oder besser: über die Runden gerettet.

Es würde also, nach dieser gedanklichen Versuchsanordnung, die Integrationskraft der von Machterwagungen und Vermeidungsimperativen bestimmten Volksparteien überfordern, wollten sie die "neuen Werte" offensiv, kontinuierlich und konzeptionell vertreten. Es wird demnach nicht als sehr wahrscheinlich gelten können, daß es gelingt, die Alternativen, um die es geht, im Rahmen des übereinkommenden Parteiensystems angemessen zur Geltung zu bringen. Dies ist nicht in erster Linie ein Problem mangelnder programmatischer Reichweite; es ist vielmehr ein Problem der über den Typus der Volkspartei vermittelten Willensbildungsstruktur. Das Neue läßt sich im Rahmen der überkommenen Willensbildungsstruktur nicht ausdrücken. Die aktuelle politische Situation ist ja gerade von der Besonderheit gekennzeichnet, daß der neue Fundamentalkonflikt längst gesellschaftlich virulent ist, politisch, d.h. in Parlament und Parteien, aber eigentümlich "sprachlos" bleibt. Die Bürgerinitiativen stellen, nach ihrer Struktur wie nach ihrer Funktion, Formationen des Willensbildungssystems dar, welche diese strukturelle Ungleichzeitigkeit, diesen "Strukturbruch" zwischen gesellschaftlicher Bedürfnisartikulation und politischer "Bearbeitung" zu vermittein trachten¹³. Das anhaltende Ungleichgewicht zwischen gesellschaftlicher und staatlich-politischer Problemrepräsentation ist über die stimmen-maximierenden "Allerweltparteien" nicht auszugleichen. Eine Umweltpartei, wie die GRÜNEN, mit breiter politischer Vorfeldverankerung und einem starken außerparteilichen und außerparlamentarischen Arm konnte diese Lücke durch ihren Beitrag zur Rekonstruktion einer politischen Öffentlichkeit u.U. also eher schließen¹⁴.

2.2. Auf dem Weg zur Grünen Partei

Wie bereits oben erwähnt, bestehen die GRÜNEN aus folgenden drei Strömungen, der APO der 60er Jahre, Bürgerinitiativen aller Art und der Friedensbewegung.

Der Unterschied der Parteien zu diesen - wie allen übrigen Interessengruppen liegt darin, daß die Parteien nicht nur ein bestimmtes Interesse vertreten, sondern das Gesamtinteresse der Gesellschaft bzw. des Staates und daß es ihre Aufgabe ist, als staatstragende Parteien zwischen den

¹³ zit. Guggenburger, Bernd, Bürgerinitiativen in der Parteidemokratie, a.a.O., S.83.

¹⁴ ebd., S.83.

verschiedenen Interessengruppen zu vermitteln und einen Ordnungsrahmen zu schaffen, in dem der berechtigte Konflikt der Eigeninteressen zu einem notwendigen Konsens im Sinne des Gemeinwohls finden kann.

Daß die Parteien diese ordnungspolitische Funktion nicht immer voll erfüllten, wird ihnen z.B. von den Bürgerinitiativen vorgeworfen. Mit den Vorgängen um Wyhl im Jahre 1975 drängt das, an konkreten Problemen aktualisierte bürgerliche Bewußtsein mit Macht an die politische Oberfläche. Das Erwachen dieses politischen Bewußtseins der Bürger verlief in drei Stufen¹⁵.

1. Entstehung von Bürgerinitiativen
2. Auftreten von Wahlgemeinschaften bei den Landtagswahlen
3. Gründung von Protestparteien.

In diesem Zusammenhang ist es notwendig, kurz auf die Entstehung der GRÜNEN zurückzublicken und einige Daten und Fakten über die Entstehung der GRÜNEN zu beobachten. Die Idee, eine neue Partei zu gründen, erwächst immer aus der Unzufriedenheit mit den bestehenden Parteien. Stellvertretend für viele in der Bürgerinitiativbewegung artikulierte 1978 der damalige Vorsitzende der BBU, Hans Günter Schumacher, die Unzufriedenheit über eine bürgerferne "Politik von Oben":

"Der Verfassungsauftrag der Parteien, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, wurde verfälscht. Aus "Mitwirken" wurde in vielen Fällen Machtanspruch und politisches Monopoldenken. Die so häufig in den Vordergrund gestellte Bürgernähe entpuppte sich bei näherem Hinsehen als Bürgerferne, ja als Bevormundung des Bürgers, durch eine übermächtige Funktionärsclique und Bürokratien¹⁶. Dann zitiert Schumacher aus einem "Alternativen Arbeitspapier" BBU zur Energiepolitik, wo es heißt: "Die Verantwortung für die politische Entwicklung in unserem Land obliegt den demokratischen Parteien. An sie ist die ernsthafte Frage gestellt, ob sie noch imstande sind, auch gegen massive wirtschaftliche Gruppeninteressen die Lebens- und Überlebensbedingungen des ganzen Volkes und unseren Nachkommen durchzusetzen und zu gewährleisten. Nur dann erfüllen sie den von der Verfassung erteilten Auftrag. Sollten sie dazu jedoch nicht mehr in der Lage sein - und eine derartige Entwicklung scheint sich derzeit anzubahnen - werden sich die Bürgerinitiativen zusammen mit den anderen Natur-Umwelt-

¹⁵ vgl. Olzog, Gunter; Liese, Hans-J., Die Politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland, a.a.O., S.135.

¹⁶ Schumacher, Hans G., Verhältnis des Bundesverbandes des Bürgerinitiativen Umweltschutzes zu den Umweltparteien, in: R.Brun, S.64.

und Lebensschutzverbänden, die für dieses allgemeine Lebens- und Überlebensinteresse eintreten, andere Möglichkeiten der politischen Präsenz und Durchsetzbarkeit einfallen lassen.

Es ist ein unerträglicher Zustand, daß nach den bereits gefallenem und noch zu erwartenden Entscheidungen der im Bundestag vertretenen Parteien die Meinung von vielen Millionen Bürgern in unseren Parlamenten nicht mehr repräsentiert ist. Im Bereich der Energiepolitik funktioniert unsere repräsentative Demokratie nicht mehr. "Die Frage nach der Atomenergie stellt unsere Demokratie auf den Prüfstand. Sie ist die größte Herausforderung der Menschheitsgeschichte. Nicht die Option auf die Atomenergie ist offen zu halten, sondern die Möglichkeit, unsere Zukunft auch ohne Atomenergie gestalten zu können¹⁷. Es wird deutlich, daß sich der Protest vieler Bürger zunächst an der Frage "Atomkraftwerke - ja oder nein?" entzündete. Darauf aufbauend ging es zunächst um ein Punkt-Programm, freilich um einen sehr zentralen Punkt, nämlich um den Einsatz für das "Lebens- und Überlebensinteresse" der Menschheit. Weil die gewählten Volksvertreter in den Parlamenten dafür taub zu sein scheinen oder taub waren, wuchs die Verbitterung vieler Bürger. Aus dieser Verbitterung nährte sich die wachsende Kritik an der bestehenden Staatsform der parlamentarischen Demokratie. Die damaligen Parlamentarier tragen selbst einen Großteil der Schuld daran, daß heute diese Kritik so lautstark geworden ist.

Nun aber rollte der grüne Zug unaufhaltsam an. Und alle möglichen Splittergruppen - von extrem rechts bis extrem links -versuchten, auf den fahrenden Zug aufzuspringen und ihre Ideologie innerhalb der grünen Bewegung zu verbreiten.

Während die extremen Rechten - zumindest personell bald abgeschüttelt wurden, gelang es extrem linken Gruppen, sich festzusetzen und schließlich sogar die Oberhand in Programmkommissionen, Führungsgremien usw. zu gewinnen. Dies führte sogar mit Recht dazu, daß manche die GRÜNEN heute nicht mehr für 'grün' halten, sondern für 'bunt' mit deutlicher Verschiebung nach rot -zwar nicht in jedem einzelnen Ortsverband, aber weithin in der Bundes- und Landespolitik.

In der Entstehungsphase hat sicher auch die Aktionsgemeinschaft Unabhängiger (AUD) eine Rolle gespielt, die schon 1970 unter Führung von August Haußleiter zusammen mit der demokratischen Lebensschutzbewegung ein 'Manifest des Lebensschutzes' erarbeitet hatten, das später weiterentwickelt wurde¹⁸.

¹⁷ zit. ebd. S.67.

¹⁸ vgl. Grupp, Joachim, Abschied von den Grundsätzen? Die GRÜNEN zwischen Koalition und Opposition, Berlin 1986, Berlin 1986, S. 11 ff.

Schon 1974 verabschiedete die AUD ein Programm des 'ökologischen Sozialismus' und es gab Anfänge einer Zusammenarbeit zwischen den damals noch kleinen Bürgerinitiativen und den traditionellen Umweltverbänden. Im Herbst 1977 fand dann in Viotho eine Sitzung statt, zu der sich verschiedene Vertreter von Organisationen und Gruppen trafen, die Interesse an einer Koordinierung der Umweltschutzbewegung hatten:

"Der Grundgedanke war, daß es möglich sein müßte, undogmatische Linke mit Umweltschützern zusammenzubringen, ein Programm zu formulieren und eine Liste mit glaubwürdigen Menschen aufzustellen. Durch weitere Annäherung der unterschiedlichen Positionen zwischen den Vorsitzenden und Vertretern der verschiedenen Listen bzw. Parteien wurde ein gemeinsamer Kongreß in Frankfurt-Sindlingen vorbereitet, auf dem 'sonstige politische Vereinigung' (SPV), DIE GRÜNEN gegründet wurde.

Ein Vorstand mit drei gleichberechtigten Vorsitzenden (Gruhl/ GAZ; HauBleiter/AUD; Nedermeyer /GLU) wurde gewählt, sowie ein Kurzprogramm und eine Kandidatenliste beschlossen. Danach waren im Grunde die Weichen zur Gründung einer Partei gestellt¹⁹. Am 13. Januar 1980 konstituierten sich die GRÜNEN in Karlsruhe als Bundespartei.

Bereits nach der Konstituierung als Bundespartei fing der innerparteiliche Streit an. Von Anfang an gehörte schon in diesem Zusammenschluß der Spaltpilz, der insbesondere auf den Programmparteitagen in Saarbrücken und Dortmund zu Zerwürfnissen, Austritten (Springmann) und Abspaltungen führte.

Bei der Bundestagswahl am 6. März 1983 gelang es den GRÜNEN dann als erste aller seit 1949 neu gegründeten Parteien in den Bundestag einzuziehen. Sie erhielten 5,6 % der Zweitstimmen, was ihnen 27 Mandate einbrachte. Angeführt wurde die Fraktion der GRÜNEN zunächst von drei Abgeordneten: Petra Kelly, Marie-Luise Beck-Oberdorf und Otto Schilly. Nach einem Jahr, im April 1984 wurden diese Sprecher "entmachtet" und ein weiblicher Fraktionsvorstand etabliert: Waltraud Schoppe, Antje Vollmer und Annemarie Bergmann. Das war ein Signal für die Frauen. Hauptgrund war aber wohl der Verdacht, der alte Vorstand habe ein Bündnis mit der SPD angestrebt. In der Mitte der Legislaturperiode wurden dann gemäß dem Rotationsprinzip die Abgeordneten der GRÜNEN ausgewechselt und damit auch der Fraktionsvorstand neu bestimmt, der nun wieder paritätisch mit Frauen und Männern besetzt wurde. Die seit der Gründung der GRÜNEN von ihnen bestrittenen Wahlen auf jeglicher Ebene zeigen, daß die GRÜNEN keine bloße Zeiterscheinung sind und sich in der politischen Landschaft der Bundesrepublik fest etabliert haben.

¹⁹ vgl. Grupp, Joachim, Abschied von Grundsätzen, a.a.O., S.49.

2.3. Der Gang ins Parlament

Wie bereits erwähnt, entschieden sich einige Exponenten der neuen sozialen Bewegung, die von ihnen vertretenen Themen und Forderungen nicht nur im außerparlamentarischen Rahmen zu vertreten, sondern auch im Parlament und deshalb gründeten sie die Partei "DIE GRÜNEN". Dieser Vorgang nannte man später auch "Doppelte Strategie"²⁰. Darüber wurde natürlich viel gesagt und gesprochen. Um die Frage nach dem, warum einer Partei und der Notwendigkeit ihres Einzugs ins Parlament beantworten zu können, muß die Begründung der Ideologen und Pioniere der GRÜNEN PARTEI betrachtet werden. Z.B. Der Berliner AL-Abgeordnete Martin Jänicke begründet dies:

"Erstens kann die Alternativ-Bewegung auf diese Weise etwas von der Nachrichtensperre durchbrechen, die anzeigenabhängige Zeitungen und die Sender der etablierten Parteien und Interessenverbände über sie verhängen. Zweitens wird es auf diese Weise möglich, dem Parteiensystem Themen aufzuzwingen, die es lieber ignoriert. Drittens verbessern sich die Arbeitsbewegungen für unterprivilegierte Organisationen wie Bürgerinitiativen und Miederinitiativen. Viertens und vor allem der Bürger erhält die Möglichkeit, auch im Wahlakt seinen politischen Protest zu artikulieren"²¹. Hier wird aber an die Macht kommen oder Regieren nicht erwähnt, was in der Politikwissenschaft als ein Kriterium, Partei zu sein, gilt oder der entscheidende Unterschied zwischen Partei und Interessegruppen ist. Aber nach dem Aspekt der GRÜNEN soll das "Doppelte Strategie" heißen.

In einem Interview mit dem 'Spiegel' äußerte sich auch die führende Politikerin der GRÜNEN, Petra Kelly, über die doppelte Strategie wie folgt:

"Die Parlamente sind für uns ein Ort wie der Marktplatz, wie der Bauplatz, wo wir sprechen können, unsere Standpunkte hineinbringen und Informationen hinaustragen können. Das Parlament ist daher nicht der Ort, der über Nachrüstung entscheidet. Die Entscheidungen sind lange vorher und von anderen programmiert, etwa von Rüstungslobby. Ich möchte, daß eine starke Basisbewegung wie unsere eine Stimme im Parlament hat - aber nicht, um eine Koalition einzugehen und Macht erwarten zu können. Wir wollen ungehindert sprechen können, uns zu Gesetzesvorlagen äußern, auch gewaltfreie Proteste ins Parlament tragen und Entscheidungen transparent machen [. ..] wir möchten im

²⁰ Vgl. Monbaur, Martin, „Im Parlament und auf der Straße. Die Doppelstrategie der Grünen Niedersachsen“, in: Mettke, Jörg R., Die GRÜNEN - Regierungspartner von morgen?, Hamburg 1982, S.135.

²¹ Zit. Jänicke, Martin, „Parlamentarische Entwarnungseffekte? Zur Ortsbestimmung der Alternativbewegung“, in Mettke, Jörg R., Die GRÜNEN - Regierungspartner von morgen?, a.a.O. S.72 ff.

Parlament und zugleich außerhalb Schwerpunkte durchsetzen. Ich möchte lebenswichtige Fragen, die jetzt entschieden werden müssen, dort angehen und weiterhin den Widerstand auf den Straßen an der Startbahn, auf dem Bauplatz verstärken. Das Parlament ist kein Ziel, sondern Teil einer Strategie. Wir sind die Antipartei-Partei [...]"²².

In einer späteren Phase ihres Gesprächs äußerte sie sich auch über ihre Befürchtung, daß die GRÜNEN in den Wahlen plötzlich 13 % kriegen und zur Machterwerbspartei werden, führte sie weiter an, „wir sollten lieber, über sechs und sieben Prozent bleiben und dafür kompromißlos in unseren Grundforderungen, lieber das als Minister stellen“²³. Hier sieht man auch ganz klar, daß die GRÜNEN sich im Sinne von den etablierten Parteien nicht als Partei betrachten; sie distanzieren sich von den existierenden Parteien und auch von dem parlamentarischen System. Damit wird klar, daß sie nur aus strategischen Gründen die Partei „GRÜNE“ gegründet und auch aus den selben Gründen ins Parlament wollen.

Anna Hallensleben nennt in ihrer Dissertation drei Gründe für die "Parteiwerdung der sozialen Bewegungen" Dafür werden drei Gründe genannt:

- das Engagement und individuelle "Parteiaufbaukonzept" einzelner besonders Aktiver;
- die Wahlkampf-Kostenerstattung;
- die Erkenntnis, daß außerparlamentarische Protestformen für eine konsequent ökologische Politik nicht ausreichend waren und daß umweltschädigende Großvorhaben durch Protest nicht verhindert werden konnten²⁴.

3. DIE PROGRAMMATIK DER GRÜNEN

Die programmatischen Ideen der GRÜNEN zielen auf eine Abkehr von der Ausbeutung der Natur und des Menschen hin zu einem ökologischen Humanismus; oder mit den Worten Petra Kellys:

²² zit.Mettke, Jörg R.; Degler, Hans-Dieter, "Wir müssen die Etablierten entbloßen, wo wir können", Spiegel-Gespräch mit der Bundesvorsitzenden der Grünen Partei Petra Kelly in: Mettke, Jörg R., Die GRÜNEN... a.a.O. S.30.

²³ vgl. ebd., S.31 ff.

²⁴ vgl. Hallensleben, Anna, Von der Grünen Liste zur Grünen Partei?, Göttingen 1984, S.257.

"Was wir anstreben, ist eine Form von ökologisch-selbstverwaltetem emanzipativem Sozialismus - den gab es bisher historisch noch nicht."²⁵ Ihn will man erreichen, und das ist eines der wichtigsten Unterscheidungsmerkmale der Grünen. Nach ihrer Meinung ist das Parlament kein Ziel, sondern nur ein Teil ihrer "Strategie". Sie sagen auch, "wie sind die Antipartei-Partei"²⁶. Diese Haltung wirkt sich auch auf die grüne Programmatik aus.

Man hat den grünen Parteien, ganz gleich welcher Art, vorgeworfen, sie hatten nur eine "Ein-Punkt-Programmatik". Von den Anfängen her gesehen (die Vorläufer der grünen Parteien sind die BL) mag das zutreffen. Für die heutige Position der GRÜNEN allerdings stimmt das nicht mehr. Das programmatische Spektrum der Grünen richtet sich, wie das der anderen Parteien auch, auf alle gesellschaftlichen Bereiche. Das wurde bereits bei den Programmen und Manifesten der Vorläufer der GRÜNEN sichtbar. Ihr Programm enthält Forderungen zur Wirtschaftspolitik, Energiewirtschaft, Produktion, zu Verkehr, Raumordnung, Städte- und Wohnungsbau, Boden, Wasser, Luft, Bildung, Forschung, Verbesserung der Demokratie usw.²⁷. Herbert Gruhl dazu in einem Kommentar vor der Gründung der GAZ sagte: "Die Hauptvorstellung für den Erfolg einer Umweltpartei ist jedoch die, daß sie nicht nur eine Umweltpartei sein dürfte. Das könnte sie auch gar nicht bleiben. Da das (falsche) wirtschaftliche Wachstum der Angelpunkt der ganzen Bewegung wäre, müßte schon die gesamte Wirtschaftspolitik aufgegriffen werden. Da die Wirtschaft heute weltweit verflochten ist, geht es nicht ohne Außenpolitik und vor allem Entwicklungspolitik. Wenn also eine neue Partei kommt, dann wird das keine 'Umweltpartei' sein, sondern eine Partei, die sich in alien wichtigen Fragen völlig von den bisherigen unterscheidet."²⁸ In dieser Hinsicht haben die GRÜNEN vor allem auch zur Arbeitsmarktiage und zur wirtschaftlichen Situation in eigenen Programmen Stellung genommen. Die Landesarbeitsgruppe Wirtschaft der GRÜNEN Nordrhein-Westfalens legte im Oktober 1982 ein Programm "Sinnvolle Arbeit für alle, Konzept gegen Arbeitslosigkeit" vor. Darin wird vorrangig für eine Verkürzung der Arbeitszeit plädiert, insbesondere der Wochenarbeitszeit; weiterhin für alternative Investitionen.

Diesem Aktionsprogramm folgte ein Bundesaktionsprogramm gegen Arbeitslosigkeit und sozialabbau unter dem Titel: "Sinn voll arbeiten - solidarisch leben", verabschiedet auf der Bundesdelegiertenversammlung am 15./16.Januar 1983 in Stuttgart-Sindelfingen. Wie es in der Einleitung heißt,

²⁵ Mettke, Jörg R., Degler, H.-D.: Gespräch mit P.K.Kelly, in: Mettke, Jörg R., Die Grünen ..., a.a.O., S.35.

²⁶ ebd., S.30-32.

²⁷ siehe: Die Grünen, das Bundesprogramm, Bonn 1980.

²⁸ zit.: Olzog, Günter, Liese, Hans-J., Die Politischen Parteien, a.a.O., S.145 und auch siehe: Beckenbach, Frank u.a. Grüne Wirtschaftspolitik. Machbare Utopien, Köln 1985.

handelt es sich dabei nicht um ein Wirtschaftsprogramm der GRÜNEN, sondern um ein "Sofortprogramm gegen Arbeitslosigkeit und Sozialabbau", ebenfalls mit detaillierten Vorschlägen für die Finanzierung der geforderten Maßnahmen. Maßgebend für die programmatischen Aussagen der GRÜNEN ist das Bundesprogramm.

"Dieses Programm, so heißt es als Anmerkung, "schreibt den jetzigen Diskussionsstand der GRÜNEN auf Bundesebene fort. Nach unserem basisdemokratischen Verständnis wird die Programm Diskussion von allen Mitgliedern laufend fortgesetzt, orientiert an neuen Erkenntnissen und Erfahrungen aus der Praxis. Die Grundwerte der GRÜNEN - ökologisch, sozial, basisdemokratisch und gewaltfrei - sind dem Paradigma der "neuen Politik"²⁹ entsprungen.

Die GRÜNEN verstehen sich als "Alternative" "zur eindimensionalen Produktionssteigerungspolitik" der etablierten Parteien. Laut Parteiprogramm der GRÜNEN ist ein volliger Umbruch des kurzfristig orientierten Zweckdenkens notwendig. Sie halten es für einen Irrtum, daß die jetzige Verschwendungswirtschaft das Glück und die Lebenserfüllung fördere; im Gegenteil, die Menschen würden immer gehetzter und unfreier. Erst in dem Maße, wie wir uns von der Überschätzung des materiellen Lebensstandards freimachen, wie wir wieder die Selbstverwirklichung ermöglichen und uns wieder auf die Grenzen unserer Natur besinnen, werden auch die schöpferischen Kräfte frei werden für die Neugestaltung eines Lebens auf ökologischer Basis³⁰. Zur Erreichung dieser Ziele bedarf es vier neuer ethischer Grundsätze: ökologisch, sozial, basisdemokratisch und gewaltfrei. Ihren gemeinsamen Nenner haben sie in zwei Programmsäulen definiert: ökologisch und sozial für das, was sie wollen, basisdemokratisch und gewaltfrei für das, wie sie es wollen.

3.1. Ökologisch

Ökologische Politik wendet sich gegen den "Raubbau an Naturgütern und Rohstoffen sowie zerstörerische Eingriffe in die Kreisläufe der Naturhaushalte" und tritt für eine "Partnerschaft" von Mensch und Natur ein. "Sie gelingt am besten in selbstbestimmten, selbstversorgenden, überschaubaren Wirtschafts- und Verwaltungseinheiten." Um dies durchzusetzen, müsse zuerst die Absage an ein konkurrenzbestimmtes Leistungs- und Hierarchiedenken erteilt werden³¹.

²⁹ Vgl. Die Grünen, Das Bundesprogramm, a.a.O., S.4.

³⁰ Vgl. Hallensleben, Anna: Von der Grünen Liste zur Grünen Partei?, a.a.O., S.257.

³¹ Vgl. Die Grünen, Das Bundesprogramm, a.a.O., S.5.

3.2. Sozial

"Nur durch eine Selbstbestimmung der Betroffenen kann der ökologischen, ökonomischen und sozialen Krise entgegengetreten werden." Nur so kann der "realen Verarmung", die insbesondere die einkommensschwachen Teile der Bevölkerung trifft, Einhalt geboten werden. "Sowohl aus der Wettbewerbswirtschaft als auch aus der Konzentration wirtschaftlicher Macht in Staats- und privatkapitalistischen Monopolen gehen jene ausbeuterischen Wachsturnszwänge hervor, in deren Folge die völlige Verseuchung und Verwüstung der menschlichen Lebensbasis droht. Hier genau verbinden sich die Umweltshutz-und Ökologiebewegung mit der Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung. Deshalb treten wir gemeinsam für humane Arbeitsbedingungen ein."³²

3.3. Gewaltfrei

Nach Meinung der GRÜNEN soll man eine gewaltfreie Gesellschaft anstreben, in der die Unterdrückung von Menschen durch den Menschen aufgehoben ist. Der oberste Grundsatz der GRÜNEN heißt, daß humane Ziele nicht mit inhumanen Mitteln erreicht werden können. Gewaltfreiheit bedeutet für die GRÜNEN auf internationaler Ebene eine "Aktive Friedenspolitik"³³.

3.4. Basisdemokratisch

Vor dem Hintergrund der aktuellen Notwendigkeiten der Parlamentarischen Mehrheitsbildung gewinnt unter diesen vier Orientierungsblöcken das Konzept "Basisdemokratie" besonderes Interesse.

Das ist der dritte Grundwert der GRÜNEN; er ist insbesondere gegen das innerparteiliche Demokratieverständnis der etablierten Parteien gerichtet. Den erstarrten und übermächtigen Parlamentsparteien soll die Basisdemokratie entgegengesetzt werden. Nach der Vorstellung der GRÜNEN habe sich der Bundestag als Repräsentationsorgan des Volkes verselbständigt und sei zum Herrschaftsorgan der staatlichen Interessen geworden. Die dort vertretenen Abgeordneten handelten wie gehorsame Mitglieder von Parteien, deren Führungsgremien sie zu hochgradiger Partei- und Fraktionsdisziplin anhielten. Die Parteien seien als Volksparteien zu unbeweglichen und unsensiblen Großunternehmen geworden, die ihre eigenen Herrschaftsinteressen an die Stelle der wahren Interessen der Bürger gesetzt hatten. Deswegen gabe es keine

³² Vgl. ebd. S.8.

³³ Vgl. Die Grünen, Das Bundesprogramm, a.a.O., S.5 u.18 ff.

Opposition mehr, die als eine Gegenmacht die Regierung kontrollieren sollte³⁴. Diesen Verselbständigungstendenzen solle mit basisdemokratischer Politik, die der Entscheidung von unten (Basis) prinzipiell Vorrang einräumt, begegnet werden.

Im Bundesprogramm der GRÜNEN von 1980 heißt es: "Basisdemokratische Politik bedeutet verstärkte Verwirklichung dezentraler, direkter Demokratie ..., daß der Entscheidung der Basis prinzipiell Vorrang eingeräumt werden muß. Überschaubare, dezentrale Einheiten (Ortsebene, Kreisebene) erhalten weitgehende Autonomie und Selbstverwaltungsrechte zugestanden³⁵. Hiermit wird eine regelrechte Reform der politischen Machtstruktur gefordert. Nicht nur andere Träger der Macht sollen her, sondern eine andere Machtverteilung. Die Politik der GRÜNEN soll nicht nur durch die Basis unterstützt werden, sondern es soll sich um eine autokratische Politik der Basis selbst handeln.

Basisdemokratie in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. Entsprechend ihrer Analyse, daß "es starke Tendenzen zu einem autoritären Maßnahmen- und Überwachungsstaat gibt", fordern die GRÜNEN zunächst die "Aufhebung der staatlichen Eingriffe in die gesetzlich gesicherten Rechte der Meinungsfreiheit: Streichung von §§ 88a ("Gewaltbefürwortung"), 90a ("Staatsverunglimpfung") sowie 130a ("politische Zensur") des Strafgesetzbuches", da nach Auffassung der GRÜNEN diese Bestimmungen zur Ausgrenzung mißliebiger Meinungen fehlangewendet werden. An ihre Stelle soll "die Möglichkeit der unzensierten Selbstdarstellung von Minderheiten und kritischen Meinungen in den Medien" treten. Den Ordnungskräften sollen Handhaben entzogen werden, die das Versammlungs- und Demonstrationsrecht beeinträchtigen. Hausdurchsuchungen ohne richterliche Anordnung sollen verboten werden, und die Polizei soll keine Schußwaffen mehr tragen³⁶.

Alle derartigen Forderungen hängen sehr eng mit den Erfahrungen mancher Bürgerinitiativen und insbesondere der Bewegung gegen Atomkraftwerke zusammen³⁷.

Des weiteren möchten die GRÜNEN den Föderalismus stärken (mehr Finanzmittel in Regionen, Kommunen und Stadtteilen zu Lasten von Bundes- und Landesmitteln). Vor allem soll auch für eine "rechtzeitige und verständliche Information des Bürgers über alle Verwaltungsmaßnahmen" gesorgt werden. Als

³⁴ Vgl. ebd. S.28 ff.

³⁵ Vgl. ebd., S.5.

³⁶ Vgl. ebd., S.28, 29 und 31.

³⁷ Vgl. Huber, Josef, „Basisdemokratie und Parlamentarismus“, in: Kraushaar, Wolfgang: Was sollen die Grünen im Parlament?, Frankfurt am Main 1983, S.72.

weitere einzuführende Maßnahme fordern sie, was ebenfalls ein unmittelbarer Ausfluß der Bürgerinitiativenbewegung ist, "daß durch verstärkte Mitbestimmung der betroffenen Bevölkerung in regionalen, landesweiten und bundesweiten Volksabstimmungen Elemente direkter Demokratie zur Lösung lebenswichtiger Planungen eingeführt werden"³⁸.

Innerparteiliche Basisdemokratie:

Die GRÜNEN verstehen sich als "eine Parteiorganisation neuen Typs". Deren Kerngedanke ist "ständige Kontrolle aller Amts- und Mandatsinhaber und Institutionen durch die Basis und die jederzeitige Ablosbarkeit, [...] um der Loslösung einzelner von ihrer Basis entgegenzuwirken"³⁹. Dazu sollen folgende Regeln dienen:

1. Mitgliederoffenheit ausnahmslos aller Gremien und Sitzungen.
2. Imperatives Mandat von Abgeordneten durch Mitgliederversammlungen der Partei.
3. Rotation aller politischen Ämter, in der Regel zwei bis sechs Jahre, wobei meist eine einmalige Wiederwahl möglich sein soll.
4. Keine Ämterhäufung, besonders nicht gleichzeitige Wahrnehmung von Parteiamt und Abgeordnetenmandat, oder von Parteivorstandsamtern auf Landes- und Kreisebene zugleich.
5. Ehrenamtlichkeit aller politischen Ämter.
6. Minderheitenschutz in der Partei, insbesondere soll möglichst nach Konsensbildung und nicht mechanisch nach Mehrheitsbeschluß oder gar Kampfabstimmung vorgegangen werden.

4. DIE MERKMALE DER GRÜNEN

4.1. Allgemein

Es muß von vornherein festgehalten werden, daß keine andere Partei in der Bundesrepublik sich so wenig als Partei im herkömmlichen Sinn versteht wie die GRÜNEN. Sie sehen sich als "Antipartei-Partei" (P.Kelly), als Opposition gleichzeitig innerhalb wie außerhalb der Parlamente, wobei der außerparlamentarische Bereich (sie sogenannte "Basis") das Fundament, das "Standbein" der Bewegung bildet.

³⁸ Vgl. Die Grünen, Das Bundesprogramm, a.a.O., S.5.

³⁹ Vgl. ebd.

Zweitens umfaßt keine andere Partei in der Bundesrepublik ein so breites Spektrum an verschiedenen Gruppen, Grüppchen und Meinungen wie die GRÜNEN, besonders in ihrer Gründungszeit.

Bei der Betrachtung des Verhältnisses der heutigen GRÜNEN zu den etablierten Parteien muß man ins Kalkül ziehen, daß die GRÜNEN nicht als einheitlicher Block betrachtet werden können. Auf der Bundesdelegiertenkonferenz vom November 1982 in Hagen traten in den Diskussionen zwei Richtungen zutage, die innerhalb der GRÜNEN bestimmend sind: Der reformistische Flügel ("Realos") setzt sich für konkrete Maßnahmen zur Überwindung von Arbeitslosigkeit und Umweltzerstörung ein, mit Vorschlägen, die der Gewerkschaftsbewegung nahestehen. Dabei stützt sich dieser Flügel auf ein von der Bundesarbeitsgemeinschaft erarbeitetes Programmpapier (siehe Programmatik).

Diesem Flügel steht die Fundamentalopposition ("Fundamentalisten"), getragen u.a. von Rudolf Bahro (der nach der Hagener Bundesversammlung im Juni 1985 seinen Austritt aus der Partei erklärt hat), gegenüber; ihre Forderung richtet sich auf eine Überwindung der industriellen Wachstumsgesellschaft. Die stärkere Position innerhalb der Bundespartei hatte anfangs offensichtlich der reformistische Flügel. Auf der Delegiertenkonferenz in Hagen erklärten sich die GRÜNEN bereit, auch politische Verantwortung für die Durchsetzung ihrer Vorstellungen zu übernehmen und sich an der Bundestagswahl 1983 zu beteiligen. Dabei forderte man die "etablierten" Parteien zu öffentlichen Gesprächen auf, um festzustellen, "ob die Durchsetzung überlebenswichtiger Ziele durch Tolerierung einer Regierung möglich ist"⁴⁰

Andere Akzente wurden dann auf dem Strategiekongreß der GRÜNEN am 5. Juni 1983 in Hannover gesetzt. Rudolf Bahro forderte eine Abkehr von der Linksideologie wie von der SPD, hin zu den Wählerschichten der Konservativen, die man mit einer neuen Ideologie gewinnen sollte. Die "Linksmeinung" vertrat auf diesem Kongreß Rainer Trampert, einer der drei Sprecher des Bundesvorstandes. Er wandte sich gegen Bahros Forderung nach einem solchen wertkonservativen Wandel, plädierte aber auch nicht für ein Zusammengehen mit der SPD, sondern für eine stärkere Profilierung gegenüber den Sozialdemokraten, vor allem, was die Opposition gegenüber der CDU/CSU angehe.

Die Bundesversammlung der GRÜNEN hat sich dann schließlich im Dezember 1984 in Hamburg entschlossen, die Bündnisfrage dahingehend offenzuhalten, daß die Landesverbände selbst über Bündnisse mit der SPD entscheiden sollten. Im Sinne dieses Beschlusses haben z.B. die GRÜNEN im

⁴⁰ Zit. "Die Grünen stellen sich zur Wahl", SZ vom 15.1.1982.

Saarland Oskar Lafontaine eine eindeutige Absage erteilt. In Nordrhein-Westfalen dagegen haben die GRÜNEN, nach der Schlappe im Saarland, einen Schwenk zur SPD hin vollzogen.

Die letzte Standortbestimmung der GRÜNEN erfolgte auf der Hagener Bundesversammlung im Juni 1985. Die für die Entwicklung der GRÜNEN wichtigsten Ergebnisse kann man wie folgt zusammenfassen:

1. Die Partei erkennt, daß sie kein gemeinsames Grundkonzept verbindet. Es wird daher beschlossen, zur Vorbereitung der Bundestagswahl 1987 eine Strukturkommission sowie eine Programm- und eine Wahlkampfkommission einzusetzen. Dabei soll die Strukturkommission in erster Linie die Arbeit der innerparteilichen Gremien neu bestimmen und u.a. die Frage der Rotation und der bisher praktizierten Trennung von Amt und Mandat prüfen. Die Programmkommission soll rechtzeitig vor der nächsten Bundestagswahl ein Wahlprogramm vorlegen.

2. Die beiden Flügel der Partei, die "Realos" und "Fundis" bleiben bestehen; die Programmarbeit soll beiden Flügeln dienlich sein.

3. Die GRÜNEN befürworten eine Zusammenarbeit mit der SPD, wenn gleichzeitig damit die SPD zu einer einschneidenden Kursänderung bereit sei⁴¹.

Die beiden Flügel der GRÜNEN sind in sich auch wieder zum Teil uneinheitlich: Bei den „Fundis“ unterscheiden sich die „Radikal-Ökologen“ streng von den „Öko-Sozialisten“, die in der Mitte zwischen „Fundis“ und „Realos“ stehen. Die unterschiedlichen Richtungen innerhalb der Flügel treten jedoch nach außen gegenüber der Polarisierung zwischen den Hauptströmungen der „Fundis“ und „Realos“ zurück. Um die Kluft zwischen beiden zu überbrücken, formierte sich innerhalb der Fraktion der GRÜNEN im Mai 1987 mit der Gruppe der unabhängigen ein „Dritter Flügel“, um die Kluft zu überbrücken, die sich nach der Wahl des Öko-Sozialisten Thomas Eberman zu einem von drei gleichberechtigten Fraktionsprechern und -sprecherinnen vor allem aus der Sicht des bei der Wahl unterlegenen Realos Schily erneut verschärft hatte, aber auch durch die beiden Schläppen bei den Landtagswahlen in Schleswig-Holstein wo es den GRÜNEN, die in Bremen ihren Stimmenanteil und ihre Mandate verdoppeln und drittstärkste Partei werden konnten, nicht gelang, in den Landtag einzuziehen.

4.2. Die organisatorischen Besonderheiten

Die GRÜNEN verstehen sich als grundlegende Alternative zu den herkömmlichen Parteien. Das trifft auch für ihre Organisation zu, die in wesentlichen Teilen von der anderen Parteien abweicht.

⁴¹ Vgl. Grupp, Joachim: Abschied von den Grundsätzen? Die Grünen ..., a.a.O., S.97 ff.

Da ist vor allem das Rotationsprinzip zu nennen, das sowohl für die Mitglieder des Bundesvorstandes wie für alle gewählten Abgeordneten gilt. Die 11 Mitglieder des Bundesvorstandes werden nach dem rotierende System ausgewählt. Die Hälfte der Vorstandmitglieder ist dem nach jedes Jahr neuer zu wählen, wobei eine Wiederwahl in das gleiche Amt einmal möglich ist; danach scheidet das Vorstandmitglied obligatorisch bis zur nächsten Wahl aus.

Vor allem aber unterscheiden sich die GRÜNEN von allen anderen Parteien durch ihre Auffassung vom politischen Mandat. Laut Grundgesetz sind die Abgeordneten des Deutschen Bundestages "Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nichtgebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen"⁴². Die GRÜNEN dagegen bekennen sich zum "imparativen Mandat". Nach den Beschlüssen der Bundesversammlung 1983 in Sindelfingen will man das mit drei Schritten erreichen:

1. Durch Bindung der Abgeordneten an Parteibeschlüsse. So lautet einer der in Sindelfingen gefaßten Beschlüsse: "Die Grünen im Bundestag sind an die Beschlüsse der Bundesversammlung und des Bundeshauptausschusses gebunden."

2. Durch das Prinzip der "Rotation". Grüne Abgeordnete sollen ein politisches Amt nur eine begrenzte Zeit (2 Jahre) ausüben, dann sollen sie an die Basis der Partei zurückkehren. Dem abgelösten Abgeordneten folgen die jeweils nächsten Listenkandidaten, die im Parlament tätig sind, um sich mit den dortigen Vorgängen vertraut zu machen.

3. Die Bezahlung der Abgeordneten: Monatlich soll der Grüne Abgeordnete als "Grunddiät" 1950.- DM behalten dürfen.

Ein weiteres organisatorisches Wesensmerkmal der GRÜNEN ist die sogenannte "Basisdemokratie", die durch eine dezentrale Parteigliederung erreicht werden soll. In diesem Sinne räumt die Satzung des Orts-, Kreis- und Landesverbänden größtmögliche Autonomie ein; sie haben Programm-, Satzungs-, Finanz- und Personalautonomie. Programm und Satzung dürfen den programmatischen Grundsätzen und Zielen der Partei nicht widersprechen. Auch das Rotationsprinzip gilt als basisdemokratisches Instrument, mit dem verhindert werden soll, daß sich die Grünen Parlamentarier von der Basis ablösen. Das gilt auch für die Abgeordneten in Straßburg.

5. SCHLUSSWORT

Inhaltliche Heterogenität und Widersprüchlichkeit des bunten Potentials, die teilweise vorhandenen irrationalen und subjektiven Tendenzen machen es

⁴² Zit. Grundgesetz Artikel 38.

schwer, allgemein gültige Schlußfolgerungen zu ziehen oder gar zu wägen und Prognosen abzugeben. Dies und die programmatischen Änderungen der heutigen GRÜNEN belegen folgende Zitate: "In diesem Wettlauf der Realo-Abteilungen um die Hoffähigkeit für die SPD spielen neben den Hessen-Grünen die Bayern wieder die Vorreiterrolle. Die Forderung nach dem Austritt aus der NATO fehlt neuerdings einfach im Landesprogramm. In der Frage der Abtreibung und des § 218 unterscheidet man sich dort nur noch graduell von Papst und CSU, und die Marktwirtschaft ist im bayrischen Programm inzwischen zur besten - wenn auch zu verbessernden aller Wirtschaftsformen avanciert"⁴³.

Die "taz" über den Hagener Parteitag (bissiger hätten auch die "WELT" oder "FAZ" nicht schreiben können): "Daß diese Grünen Schwierigkeiten mit der Logik haben, laßt sich ja noch ertragen, aber nun schicken sie sich auch noch an, das Fäld der Ökonomie zu erobern. Nachdem die verschiedenen Positionen über Wirtschaftspapier durch die 'Grus, Grus', so nennt die Basis jene Leute, die das eine oder andere Buch gelesen haben und die sich ein paar Gedanken machen, bevor sie in ein Mikrofon sprechen, dargestellt worden waren, meldeten sich jene zu Wort, die meinten, daß es ausreicht, wenn man Ökonomie buchstabieren kann, um sich an einer wirtschaftlichen Debatte zu beteiligen"⁴⁴.

Aus dem Prinzip der Basisdemokratie entstandene Probleme haben die Partei so in Aufruhr gebracht, daß sie sich zu einigen ihrer wesentlichsten Diskussionsthemen entwickelten und auf jeden Fall eine Reform bedingten. So wurden folgende Vorschläge erarbeitet: satzungsmäßige Selbstbeschränkung aller Parteigremien, Abschaffung des Rotationsprinzips, Aufhebung der Trennung von Amt und Mandat sowie eine Professionalisierung der Partei, um so ein Gegengewicht zu den "übermächtigen Fraktionen" auf Bundes- und Landesebene zu schaffen. Und diese Reformvorschläge wurden und werden auch von den Realos, um weiter existieren zu können, unterstützt.

Wenn aber all das, was sowohl die programmatische als auch die organisatorische Seele der GRÜNEN ausmachte bzw. noch ausmacht, aufgegeben wird oder werden sollte, ist die berechnete Frage zu bestellen, was ist übrig geblieben von dem, was "Grün" war, wo die Originalität, Eigenart und die Alternative bleiben. Es ist zur Zeit die Sackgasse der GRÜNEN, die darin besteht, ihre Ideale, Hoffnungen und Identität aufgeben zu müssen als Preis für eine angebliche Salonfähigkeit.

Ob das mit der Schwierigkeit zusammenhängt, die einer Theorie bei ihrer Realisierung üblicherweise widerfährt, oder eine Utopie der GRÜNEN, ein

⁴³ Zit. Grupp, Joachim: Abschied von den Grundsätzen? Die Grunen ..., a.a.O., S.103.

⁴⁴ Zit. Weinberger, Marie Luise: Aufbruch zu neuen Ufern? Grünen-Alternativen ..., a.a.O., S.122.

„grünes Paradies“ zu bauen, den harten Tatsachen der Realitäten nicht standhalten könnte, ist ohne Relevanz bei der Feststellung folgender Bilanz:

1. Die Mechanismen des herrschenden Parlamentarismus wirken auch auf radikale Parteien integrativ und diktieren weiterhin die Spielregeln. Hier wird also eine Partei mit dem Anspruch auf Systemveränderung vor die Alternative gestellt, entweder eine Adaptation in das bestehende politische System oder eine Isolation im Sinne des Aussterbens vorzunehmen.

2. Es ist den GRÜNEN gelungen, ihr ursprüngliches Ziel zu erreichen, durch ihren Protest und ihre Aktion Defizite und Mängel der etablierten Politik einer entwickelten Industriegesellschaft an das Tageslicht zu bringen, und sie erreichte, die Öffentlichkeit in wichtigen gesellschaftspolitischen Fragen wie Umwelt, Frieden oder Benachteiligung der Frauen zu sensibilisieren und/oder zu mobilisieren. Es ist das grüne Verdienst, die bundesrepublikanische Öffentlichkeit und Parteienlandschaft "begrünt" zu haben.

makaleler

ekonomi - maliye

TANZİMATTAN SONRA MALİ HUKUKUMUZDA MEYDANA GELEN GELİŞME VE DEĞİŞMELER

Arş. Gör. Nuran AY*

I. GİRİŞ

3 Kasım 1839'da ilan edilen ve yeni bir dönem açtığı belirtilen Tanzimat Fermanı ve uygulaması, Türk toplum bilimcilerince çok tartışılmıştır¹. Özellikle tarihçiler, hukukçular, sosyologlar, bu önemli olay üzerinde birbirinden çok farklı düşüncelere sahiptirler². Tanzimat Fermanı Osmanlı tarihinde ortaya çıkan ilk ıslahat girişimi değildir³. Böyle bir hattın ilanı ilk bakışta Osmanlı Devlet geleneğine uygundur. Üç asırdan beri tahta çıkan her Sultan, tebaasına adil bir idare vaad eden ve adaletname adı verilen benzeri hattı hümayunlar ilan etmiştir⁴. Fakat bu hattı hümayunu Sultan adına kaleme alan genç hariciye nazırı öyle

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Bilim Dalı.

1 **MARDİN** Şerif, Türk Modernleşmesi, Makaleler 4, İstanbul 1997, s. 11 vd; **ARSEL** İlhan, "Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1962, s. 18-19; **SERVER** Feridun, "Anayasalar ve Siyasî Belgeler, İstanbul 1962, s. 1-4; **ABADAN** Yavuz, "Tanzimat Fermanının Tahlili", Tanzimat, İstanbul 1940, s. 31-58; **KARAL** Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, Ankara 1947, c. V, s. 280 vd; **OKANDAN** Recai G., Amme Hukukumuzun Ana Hatları, İstanbul 1957, s. 90-96.

2 **MUMCU** Ahmet, "İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri," Ankara 1992, s. 154-155; **ALDIKAÇTI** Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 36-37; **KAYNAR** Reşat, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Ankara 1954, s.1vd; **TUNAYA** Zafer Tarık, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, s. 31vd; **ABADAN**, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri, AÜHFD, 1957, XIV, 1-4, s. 3-37.

3 **ŞENER** Abdülatif, Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, İstanbul 1990, s. 17; **DAL** Kemal, Türk Esas Teşkilat Hukuku, Ankara 1986, s. 10 vd.

4 **İNALCIK** Halil, "Adaletnameler", Türk Tarih Belgeleri Dergisi, (c.II, sy. 3-4) ayırtbasım, Ankara 1967, s. 86.

yeni esaslar getirmiştir ki, bunlar devlet idaresinde kökten değişiklikler yaratacak nitelikte olmuştur⁵.

Osmanlı Devleti'nde On altıncı Yüzyılın ikinci yarısından itibaren toplumsal düzen çözülmeye başlamış, kurumlar zamanla geleneksel fonksiyonlarını yerine getiremez olmuşlardır. O dönemde savaş teknolojisinin gelişmesi karşısında tımarlı sipahilerin askeri fonksiyonları anlamını yitirmiştir⁶. Aynı zamanda devletin giderleri artmış, nakit sıkıntısı çekilmeye başlanmış, bu durum ise tımar düzeninin bozulmasına ve tımar sisteminin yıkılışına neden olmuştur. Çöken tımar sistemi ile birlikte Osmanlı toprak düzeni ve üretim mekanizmasındaki dengeler sarsılmış, toplumsal düzen sallanmaya başlamıştır⁷. Bir taraftan da tebaa arasında sürüp giden isyanlar ekonomik ve mali sıkıntıları iyice körüklemiştir⁸. Osmanlı düzeninde meydana gelen sarsıntılara çözüm arama yönündeki çabalara daha XVII. Yüzyılın başlarından itibaren rastlanmaktadır. Bu yıllarda yazıldığı tespit edilen risalelerde, tımar sisteminin bozulduğundan söz edilerek, sistemi eski gücüne kavuşturma yolunda önerilerde bulunulmuştur⁹. Tanzimat dönemine gelindiğinde artık geriye dönmenin bir fayda sağlamayacağı su yüzüne çıkmıştır. Bu kanaat Batıya yönelmenin gerekliliği düşüncesinin iyice güçlenmesine yol açmıştır¹⁰. Tanzimat temelde Osmanlı Devleti'nin tüm kurumlarıyla batılılaşma kararını yansıttığı için, daha önceki benzer girişimlerden ayrılmaktadır. Bununla beraber Tanzimattan önce Batılılaşma hareketlerinin olmadığını söylemek doğru değildir. Tanzimat Fermanı iç ve dış dengelerin değişmesiyle meydana gelen buhranlara çözüm arayan Tanzimatçı devlet adamları tarafından pratik amaçlarla benimsenmiştir¹¹. Tanzimat hareketinin temel hedefi, Osmanlı Devlet idaresini çağın idari esaslarına dayandırmak, yani devlet gücünün tek elden etkili biçimde kullanılmasını sağlamak olmuştur¹². Bu çerçevede

5 **İNALCIK**, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hattı-ı Hümayunu", BELLETEN, c. XXVIII, 1964, s. 603-611.

6 **BARKAN** Ömer Lütfi, "Türkiye'de Toprak Meselesi", Toplu Eserler I, İstanbul 1980, s. 852.

7 **CİN** Halil-**AKYILMAZ** Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 331vd; **CİN** Halil, Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Konya 1992, s. 327vd; **AKDAĞ** Mustafa, Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası, "Celali İsyânları", Ankara 1975, s. 488vd; **MANTRAN** Robert, Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, (çev. Server **TANİLLİ**), c.I, s.434.

8 **ŞENER**, s. 18.

9 **BARKAN**, s. 852 vd.

10 **MARDİN**, "Türkiye'de İktisadi Düşüncenin Gelişmesi (1838-1918)" Ankara 1962, s. 6.

11 **ORTAYLI** İlber, Türkiye İdare Tarihi, Ankara 1979, s. 264.

12 **MARDİN**, "Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu", Toplu Eserleri 5, İstanbul 1998, s. 9.

Tanzimat bir merkezîyetçilik eğilimi ortaya çıkarmıştır¹³. Tanzimat hareketinin ortaya çıkardığı bu merkezîcilik eğilimi eyalet yönetimini de etkilemiştir. Mali alanda yeni bir teşkilatlanmaya gidilmiştir. Mahalli kişi ve kümelerin devlet yönetimini etkilemeleri sürecinin düzgün ve eşitlikçi biçimde işlemesi sağlanmaya çalışılmıştır¹⁴.

II. TANZİMAT VE OSMANLI MALİYESİ

Osmanlı maliye tarihi açısından Tanzimat, önceki dönemlerden farklı özellikler taşıyan bir yenileşme, yeniden düzenleme dönemi olarak anıla gelmiştir¹⁵. Tanzimatla birlikte maliyede yeni bir dönemin başladığı konusunda pek çok araştırmacı hem fikirdir¹⁶. Zaten Tanzimat Fermanı da mali hukuk alanını yeniden düzenleyip daha iyi bir sisteme kavuşturacağını vaad etmiştir¹⁷.

Tanzimat sonrası mali hukukumuzdaki temel değişiklikleri şöyle sıralayabiliriz:

1. Her çeşit kamu gelirleri doğrudan doğruya hazineye gelecek, giderler de doğrudan karşılanacaktır. Dolayısıyla merkez bütçesi, tımar düzeni ve hatta vakıfların bile mali durumu kısmen de olsa tek hazinede toplanmıştır. Yani kamu hizmetleri tek kaynaktan finanse edilecektir.

2. Tımar, padişah hasırları, malikaneler ve özetle her çeşit araziden, nispeti ve ismi değişik olan her çeşit vergi, aşer vergisi adı altında birleştirilmiş ve nisbeti ismine uygun olarak onda bir olarak tayin edilmiştir. Böylece miri arazi anlayışı, yerini öşür arazisi anlayışına terketmiştir denilebilir.

3. Tekalif-i örfiye ve ihtisap resimleri ilga edilmiş ve yerine herkesin mali gücüne göre miktarı tespit edilecek bir çeşit vergi kabul edilmiştir.

4. Müsadere usulü tamamen kaldırılmıştır.

¹³ Bkz. AY Nuran, "Osmanlı Devletinde Merkezîyetçilik ve Hukuk Sistemine Etkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2001.

¹⁴ **ORTAYLI**, "Tanzimat Devri Ve Sonrası İdari Teşkilat", Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, İstanbul 1999, s. 291.

¹⁵ "Türkiye'nin Tanzimattan önceki vergiler düzeninin, devletin doğuşundan başlayıp 1839'a kadar gelişen bir geçmişi vardır." **AKDAĞ**, Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi (1453-1559), İstanbul 1995, c. II, s. 34 vd.

¹⁶ **ŞENER**, s. 22.

¹⁷ **CİN Halil-AKGÜNDÜZ** Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1990, c. I, s. 383 vd.

5. Devlet mukataaları dışında kalan haslar, malikaneler, zeamet, tımar ve ocaklık gibi arazilerin üçer yıllık gelirlerinin üçte biri bedel tayin edilerek, sene sene seneye hazineye sahiplerine verilmesi kararlaştırılmıştır.

6. Bütün devlet memurlarına maaş usulü getirilmiş ve çeşitli adlarla vatandaşlardan hiçbir şey alınmaması esası kabul edilmiştir.

7. Cizyenin tarh ve tevzii ıslah edilmiş, ruus cizyesi kaldırılarak yerine patrikhaneler aracılığı ile toplu vergi esası kabul edilmiştir.

8. Çeşitli isimler altındaki ağnam ile ilgili vergiler kaldırılmış ve sadece ağnam rüsumu eski usulde devam ettirilmiştir¹⁸.

Bu yeni esaslar çerçevesinde, bütün kamu hizmetlerinin finansman kaynaklarını tanzim eden bütçedeki gelir fasılları ise şu şekilde ortaya çıkmıştır:

1. Vasitasız Vergiler (Bila vasita alınan tekalif) 2. Vasıtalı Vergiler (Bil-Vasita alınan tekalif) 3. Devletin tekelinde olan işletmeler (inhisarlar) 4. Devlete ait ticari ve sınai müesseselerin gelirleri 5. Maktu vergiler 6. Diğer gelirler¹⁹

Başta hükümdarlık kurumu olmak üzere, Osmanlı devlet teşkilatı, Tanzimat hareketinden önemli ölçüde etkilenmiştir. Oluşturulan yeni kurum ve düzenlemeler bir yandan padişahın mutlak gücünü sınırlandırmaya doğru gelişirken, öte yandan geleneksel Osmanlı devlet teşkilatında belirgin bir değişimi ortaya çıkarmıştır. Tanzimat ile oluşan bu yapı birdenbire ortaya çıkmamış öncesinde temelleri atılmıştır. Bu çerçevede arz ettiği önem sebebiyle mutlaka bahsedilmesi gereken tarihi süreç II. Mahmut dönemidir.

III. II. MAHMUT DÖNEMİNDE MALİYE ALANINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN YENİLİKLER

Osmanlılarda devlet işlerinin görüldüğü en üst kuruluş Divan-ı Hümayundur²⁰. Ancak zamanla Divan-ı Hümayun önemini kaybetmiştir. Vezir-i Azam dairesinin Saraydan ayrılıp, müstakil bir binaya sahip olmasının en önemli sonucu kuşkusuz yönetim merkezinin artık Saray değil Bab-ı Ali olmasıdır. Bundan sonra yönetimin gerçek başı Vezir-i Azamdır²¹. II. Mahmut aldığı bazı tedbirlerle Vezir-i Azamın bu üstün konumuna son vermek istemiştir. II. Mahmut Sultan'ın üstünlüğünü yeniden hakim kılmak ve merkezileşmeyi sağlamak

¹⁸ CİN-AKGÜNDÜZ, s. 383 vd.

¹⁹ CİN-AKGÜNDÜZ, s. 383 vd.

²⁰ HALAÇOĞLU Yusuf, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara 1996, s. 8-9; AYDIN Akif Mehmet, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1999, s. 138; MUMCU Ahmet, Siyasal karar organı olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976, s. 13 vd.

²¹ MUMCU, s. 13 vd.

için Bab-ı Ali'ye karşı bir mücadeleye girişmiş, katiplik ve saray hizmetlerini düzenleyip, Vezir-i Azam'ın silahlarını elinden almıştır²². Sivil bürokrasinin ortaya çıkmasında, nezaretlerin ihdasında, II. Mahmut'un amacı Padişahı güçlendirmek ve Vezir-i Azam'ın nüfuzunu kırıp vekil-i Mutlaklığı ortadan kaldırmaktır²³. II. Mahmut Vezir-i Azam'ın Vekil-i Mutlak sıfatının izlerini tamamen silmek için din ve devlete ait her türlü işe bakmaya yetkisi olan Vezir-i Azam'ın fonksiyonlarını değişik birimler arasında paylaşmak yolunu seçmiştir. Böylelikle daha önce sadrazamın kontrolünde yürütülen işlerden doğrudan doğruya sorumlu olacak nezaretler kurulmuştur. Sonuç olarak Vezir-i Azam, II. Mahmut döneminde kısa bir süre için Avrupa kabine sisteminde olduğu gibi nazırlıklar arasında işbirliği ve uyumu sağlayan bir görevli haline gelmiştir²⁴.

II. Mahmut merkezleşme planı çerçevesinde kalemiyeyi sivil bürokrasiye dönüştürmek için bir dizi tedbir almıştır. Bunlardan ilki tevcihat sisteminin²⁵ değiştirilmesi ve maaş sistemine geçilmesidir. 1838'de yıllık tevcihat sistemi tamamen kaldırılmıştır. Bundan sonra tayin ve işten atılmaların sadece şartlar gerektirirse yapılması hiçbir memurun sebepsiz yere görevinden azledilmemesi esası benimsenmiştir²⁶. II. Mahmut merkezleşme tedbirlerinin bir devamı olarak memurların ücret sistemini de değiştirmiştir. Memurların belli hizmetler karşılığında topladığı tekalif-i örfiye ödemelerini kaldırmış, düzenli maaşlar tahsis etmiştir²⁷. Bu dönemde, devlet ve toplum ilişkileri bakımından önem ifade eden hak ve özgürlükler, özellikle mülkiyet hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü ve eşitlik alanında yapılan yenilikler ön plana çıkmıştır²⁸. II. Mahmut, devlet hizmetinde bulunmuş kişilerin ölünce mallarına el konulması (müsadere) usulünü ve siyaset-i örfiye cezalarını kaldırarak yönetici sınıfın mal ve can güvenliklerini sağlamıştır²⁹. Müsadere yasağı uygulamada hemen sonuç doğurmamış ve uzun

22 **FİNDLEY** Carter V., Osmanlı Devleti'nde Bürokratik Reform Babiâli (1789-1922), (çev. Latif Boyacı-Izzet Akyol), İstanbul 1994, s. 35 vd.; **AKYILDIZ** Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, İstanbul 1993, s. 70-90.

23 **AKYILMAZ** Gül, "Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000, s. 51 vd

24 **KARAL**, c. 5, s. 140 vd.

25 Osmanlı Devleti'nde uygulanan sisteme göre haccanlık rütbesinden başlayarak kalemlerdeki memurlar birer yıllık sürelerle görevlere atanmışlardır. Bir yıl sonra üst düzey katiplerin işlerin kaybetme ihtimalleri vardır. Bu ise karşılıklı güvensizliği doğurmuştur. **AKYILMAZ**, s. 162.

26 **AKYILMAZ**, s. 162.

27 **MUMCU** Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet, İstanbul 1985, s. 285, **AKYILMAZ**, s. 162.

28 **TANÖR**, s. 51-52.

29 **ÜÇÖK** Coşkun-**MUMCU** Ahmet-**BOZKURT** Gülnihal, , Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 306-307.

süre kurumsallaşamamıştır. Ancak getirilen ilke yalnız bu kişilerin hakları bakımından değil, rasyonel ve çağdaş bir idarenin ihtiyaçları açısından da zorunlu ve olumlu bir atılımdır³⁰. Mahmut'tan beri yapılmakta olan kapsamlı nüfus ve arazi tahriri ve hayvan sayımının, modern merkezîyetçi bir mali sisteme geçiş için önemli bir adım sayılacağı ortadadır. Bu dönemde vakıfların bir idare altında toplanması da merkezîyetçi toparlanma adına alınmış bir tedbirdir³¹.

Yukarıda açıkladığımız üzere II. Mahmut, Vezir-i Azamlık makamının nüfuzunu kırmak için din ve devlete ait her türlü işe bakmak yetkisi olan sadrazamın fonksiyonlarını değişik birimler arasında paylaşmak yolunu seçmiştir³². Hariciye nezareti ve Dahiliye Nezareti gibi Maliye Nezareti de ilk kurulan nezaretler arasındadır³³. II. Mahmut'un saltanatının son yılına kadar defterdar en büyük maliye memurudur. 1838 yılında, defterdar tabiri terk edilerek, vezirlik rütbesi ve paşalık ünvanı ile maliye nazırlığı kurulmuştur³⁴.

IV. TANZİMAT SONRASI MALİ ALANDAKİ GELİŞMELER

1841'de Maliye Nezareti tekrar düzenlenmiştir³⁵. Tanzimat dönemi boyunca da bu yapı devam etmiştir. Maliye Nezareti'nin kurulmasıyla masrafların tek elde toplanmasını sağlamak, taşrada vergi tarh ve tevzini kontrol etmek, yolsuzluk ve zülmü önleme amaçları güdülmüştür³⁶. Bu dönemin en önemli sıkıntılarını oluşturan mali sorunlar, nezaretin kuruluşundan itibaren maliye nazırlarının sık sık değiştirilmesine neden olmuş ve ortalama görev süreleri bir yılı geçememiştir. Tanzimatın ilk yıllarında sekiz muhasebe ve sekiz kalem olarak kurulan Maliye Nezareti teşkilatı, ufak tefek değişikliklerle devam etmiş, 1842'de ise müsteşarlık yerini Anadolu ve Rumeli defterdarlıklarına bırakmıştır³⁷.

Tanzimat sonrası mevcut hazineler birleştirilerek Maliye nezareti kurulunca, artan iş yükünü yeni birimler üzerine aktarmak gerekmiştir. Tanzimat dönemi süresince, gerek yeni reformların uygulanışından doğan sorunları çözümlemek, gerekse mali idareye yardımcı olmak amacıyla pek çok komisyon ve meclis oluşturulmuştur. İlk önce, 1840'da Meclis-i Muhasebe-i Maliye adıyla bir

30 TANÖR, s. 15 vd.

31 AYDIN Mahir, "Sultan II. Mahmut Döneminde Yapılan Nüfus Tahminleri" Sultan Mahmud Ve Reformları, İstanbul 1990, s. 81-101, ORTAYLI, "Tanzimat...", s. 291.

32 ORTAYLI, "Tanzimat..." s. 294.

33 AKYILMAZ, s. 162vd.

34 AKYILMAZ, s. 162 vd.

35 PAKALIN Mehmet Zeki, Maliye Teşkilatı Tarihi (1442-1930), c. I, Ankara 1978, s. 26.

36 ORTAYLI, "Tanzimat..." s. 294.

37 ŞENER, s. 26.

üst meclis kurulmuştur. Bu meclisin üye sayısı sürekli artmıştır. Meclisin asıl görevi Tanzimata dahil bölgelerdeki vergilerin yeniden tespiti, tahsilinin sağlanması, bu konudaki yolsuzlukların ve anlaşmazlıkların önlenmesi olduğu halde, bir ihtisas meclisi niteliği taşıdığından çok çeşitli konularla uğraşmıştır³⁸.

Nitekim bu meclis varlığını fazla sürdürememiş ve yerini yeni kurulacak çeşitli komisyon ve meclislere bırakmıştır. Bunlardan ilki Zimemat Komisyonudur. Hazineye olan borçların zamanında ödenmemesi nedeni ile meydana gelen sorunları çözmek için böyle bir komisyon kurulmuştur. Sürekli nakit darlığı çeken hazine, 1851 yılında yapılan yeni düzenlemelerle rahatlatılmak istenmiştir. Buna göre sarraflar taksitlerinin vadesini on gün geçirirlerse borçlarını faiziyle ödeyeceklerdir. İki ay içerisinde borcunu ödemeyen sarraf ise, müflis sayılacak; ikamet ettiği hanesi hariç tüm malları ve emlakı sattırılıp borcu tahsil edilecek ve odası kapatılacaktır. Ancak ödemeyeceklerini ve özür sebeplerini zamanında Babıaliye dilekçe ile bildirdikleri takdirde Zimemat komisyon tarafından durum görüşülecek ve haklı bir sebebe dayanarak ödemediği anlaşılırsa kendisine süre verilecek, yine ödemezse iflas hükümlerine tabi olacaktır³⁹.

1858 yılında Meclis-i Muhasebe-i Maliye ve Zimemat Komisyonu kaldırılmıştır. Yerlerine Meclis-i Muhasebe ve Meclis-i Maliye adında iki meclis kurulmuştur. Sarraflar ve mültezimlerin devletle veya birbiriyle olan uyumsuzluklarına bakmakla Meclis-i Maliye görevlendirilmiştir. Bir yıl sonra o da lağvedilerek bu uyumsuzluklar Meclis-i Muhasebeye bağlı olarak kurulan bir cemiyette görüşülmeye başlanmıştır. Yeni vergiler konması veya mevcut vergilerin değiştirilmesini incelemek, defterdar ve malmüdürlerinin azil veya değişikliğine bakmak, tüm eyalet ve livaların gelir ve giderlerini incelemekle görevli olan Meclis-i Muhasebe varlığını 1863-1864 yılına kadar sürdürmüş görünmektedir⁴⁰.

Kırım savaşı sonrası devlet normal gelirleri savaşı finanse etmeye yetmemiş ve Osmanlı tarihinde ilk kez dış borçlanmalar başlamıştır⁴¹. Bunun üzerine görevleri arasında mali idarede yapılması gereken reformların araştırılması, gelir ve giderlerin gözden geçirilmesi, vergilerin tahsil biçiminin tespiti, hazine işlemlerine ait hükümlerin ıslahı gibi konular yer alan Islahat-ı Maliye

³⁸ Gerek Tanzimatın uygulandığı yerlerde, gerekse müstesna bölgelerde ortaya çıkan değişik mali sorunlar Meclis-i Muhasebe-i Maliyede görüşülerek, meclis mazbatası, maliye nazırının takriiriyle birlikte Meclis-i Ahkam-ı Adliyyeye sunuluyor ve padişahın onayıyla karara bağlanıyordu. Zaman zaman yapılan düzenlemelerde, meclise çeşitli görevler verildiği de görülmektedir. Örneğin 1855 tarihli Bütçe nizamnamesinde, bütçe hesaplarının kontrolü görevi Meclis-i Muhasebe-i Maliyeye verilmiştir. **ŞENER**, s. 28.

³⁹ **ŞENER**, s. 28.

⁴⁰ **ŞENER**, s. 28 vd.

⁴¹ **TABAKOĞLU** Ahmet, "Osmanlı İktisat Sistemi", Osmanlı Ansiklopedisi, İstanbul 1996, s. 9 vd.

Komisyonu kurulmuş bir yıl sonra isim değiştirerek Meclis-i Ali-i Hazain adını almıştır. Birkaç yıl herhangi bir fonksiyon ifa etmeyen Meclis 1865 yılında çıkarılan nizamname ile yeniden kurulmuştur. Bu nizamnameye göre Meclisin görevleri; devlet gelirlerinin zayi olmaksızın tahsilini sağlamak, ülke servetinin artırılması ile yeni gelirlerin oluşturulmasını araştırmak, devlet harcamalarında tasarrufu gerçekleştirmek ve devlete ait gelir ve gider kaynaklarını düzene koymaktır. Ancak bu meclis de uzun ömürlü olamamış ve 1866-1867 yılı sonrasında tarihe karışmıştır⁴².

Şu ana kadar üzerinde durduğumuz tüm komisyon ve meclisler, ya mali uyumsuzluklara bakmış ya da mali sorunlara çözümler araştırmıştır. Daha önceki deneyimler de dikkate alınarak, her iki amacı da yerine getirmek üzere Divan-ı Muhasebat adıyla 1862’de yeni bir birim kurulmuş ve üç yıl sonra 1865’te de nizamnamesi çıkarılmıştır. Kuruluşundan itibaren tüm Tanzimat boyunca varlığını sürdüren ve bugünkü Sayıştayın nüvesini oluşturan bu kuruluş, biri maliye diğeri muhakeme olmak üzere iki daireden meydana gelmiştir. Hazine-i Celileye tabi idarelerin tüm gelir ve giderlerine ait muhasebe defterlerinde gerekli incelemelerde bulunmak, görevden alınmasını gerektiren bir durumu ortaya çıkan maliye memurlarını Maliye Nezaretine bildirmek, gerektiğinde tüm maliye memurlarının hesap işlerini teftiş ve tahkik etmek, memurların sınavlarını ve seçimlerini yaparak görevlendirilmelerini kararlaştırmak, taşra idarelerinin veya halkın göndermiş olduğu dilekçelerden ilgili birimlerce çözüme ulaştırılmayanları görüşmek, yeniden gelir ihdası veya eski gelirlerin değiştirilmesi veya bazı giderlerde tasarrufa gidilmesi gibi konuları görüşerek karara bağlamak gibi konular Maliye Dairesinin görev alanına girmektedir. Ancak divanın aldığı kararlar hemen uygulanmamakta bir mazbatayla Maliye nezaretine bildirilmiştir. Muhakemat Dairesi ise esas itibarıyla hazine ile diğer şahıslar arasındaki mali konulardan kaynaklanan uyumsuzlukların muhakeme yeri olmuştur⁴³.

V. TAŞRA MALİ İDARESİ

A-Eyalet Sorunlarının Araştırılması

Tanzimatın ilk yıllarındaki uygulamalardan beklenen sonuçların alınmaması, toplumsal sorunların araştırılmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Bunun için bütün eyaletlerden yörenin genellikle ileri gelen eşrafı İstanbul’da toplanmış ve görüşleri alınmıştır. Ancak bu görüşmeler bekleneni verememiştir. Bu kez merkezden taşraya heyetler gönderilmiştir. Eyaletlerdeki sorunları araştırma ve taşra teşkilatının denetlenmesi gereği, teftiş geleneğinin de doğmasına neden olmuştur. Daha Tanzimatın ilk yıllarında Anadolu ve Rumeli’ye güvenilir müfet-

⁴² KIRAY Emine, Osmanlı’da Ekonomik Yapı ve Dış Borçlar, İstanbul 1993, s. 73 vd.

⁴³ ŞENER, s. 28 vd.

tişler gönderilmiş daha sonraki yıllarda da devam eden teftiş usulü gittikçe gelişmiştir⁴⁴.

B. Muhassılıklar Döneminde Mali İdare

Muhassılık uygulamasının doğuşuyla iltizamın kaldırılması arasında yakın bir ilişki vardır. Tanzimatın iltizam konusundaki tutumuna açıklık getirmek gerekir.

1. İltizamın Kaldırılması

Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda hiçbir zaman faydalı bir semeresi görülmeyen, tahrip aleti olarak değerlendirilen iltizam usulü, memleketin mali işlerini “bir âdemin yed-i ihtiyarına ve belki pence-i cebr ü kahrına “teslim etmek olarak değerlendirilmekte ve bu kişinin de “bir iyice âdem değilse” hemen kendi çıkarına bakıp bütün davranışlarının zulümden ibaret olacağı belirtilmekteydi⁴⁵.

Tanzimat Fermanında ülkenin en önemli mali sorunu olarak iltizam görürken, takınılan bu ciddi tavrın peşinden gerekli değişikliklerin yapılacağı açıktır⁴⁶. Her şeyden önce iltizam halkı ezen, bunaltan bir yapıya sahiptir⁴⁷. 1840 yılı martından itibaren iltizam ilga edildi. Mültezimlerin bıraktığı boşluğu doldurmak için de, “muhassıl” veya muhassıl-ı emval” denilen memurluklar oluşturulmuştur. Bu yeni usulün güzelliklerinden tüm ülkeyi yaralandırmak için, Tanzimatın uygulanmadığı uzak bölgelere de aynı usulün yaygınlaştırılacağı belirtilmiştir. Tanzimatla birlikte önceleri iltizama verilen devlet gelirlerinin büyük bir heyecanla muhassıllar vasıtasıyla emaneten idaresine başlanılmıştır⁴⁸.

Başta iltizamın kaldırılması olmak üzere, Tanzimat reformlarının uygulanabilmesi amacıyla, 1840 yılı başlarında Tanzimatın ilkelerinin geçerli olduğu tüm bölgelere muhassıl ismiyle yeni memurlar gönderilmiştir. Muhassıllar gönderildikleri kaza ve sancaklara, bizzat padişah tarafından “memur-ı müstakil” olarak seçilmiş ve atanmışlardır. Böylece eyalet yönetimi dışında merkeze bağlı ayrıcalıklı statüleriyle muhassıllar, iltizamın kaldırılması sonrasında, vergilerin doğrudan doğruya devlet hazinesi adına tahsil edilmesini sağlayacak devlet memurları olmuşlardır. Muhassılların ilk görevleri gittikleri yerlerde Tanzimatı ta-

44 CİN, s. 327 vd.

45 CİN- AKYILMAZ, s. 365.

46 Tanzimat Fermanında dirlik sisteminin kaldırıldığına dair herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen, müelliflerin büyük bir kısmının kabul ettiği fikre göre, Tanzimatla birlikte dirlik sistemi kaldırılmıştır. BARKAN, “Türk Toprak Hukukunda Tanzimat Ve 1274/1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi”, Tanzimat, İstanbul 1940, s. 401.

47 TABAKOĞLU, s. 9 vd; ÜÇÖK-MUMCU-BOZKURT, s. 225-227.

48 BARKAN, “Tanzimat...”, s. 401.

nıtmaktır. Bundan başka yapılacak iş memleket işlerinin görüşülmesi için bir meclisin kurulması olmuştur. Bu görevlerini gittikleri yerde hemen yerine getiren muhassıllar, böylece Tanzimat sonrasında eyaletlerde Müslüman ve gayrimüslim grupların idareye katılmalarını amaçlayan önemli bir kurumun oluşmasını sağlamışlardır⁴⁹.

Muhassıllara, ellerindeki talimatta yer aldığı üzere çıkarılan bir ilmuhaberde de devlet gelirlerinin tahsili ile ilgili önemli görevler verilmiştir. O zamana kadar çeşitli hazineler vasıtasıyla idare olunan mukataaların ve her mahallin iltizam defterlerinde kayıtlı bulunan bütün malların tahsili muhassıllara devredilmiştir. Muhassılların önemli görevlerinden biri de, nüfus ve emlak tahrirleridir. Tanzimatla birlikte herkesin ödeme gücü tesbit edilerek, çeşitli isimlerle alınan örfi vergilerin yerine tek bir vergi tahsiline geçilmesi amaçlanmıştır. Bu uygulamanın başlatılabilmesi içinse Tanzimatın uygulandığı bölgelerde tahrir çalışmaları yapmak gereklidir. Atanırken çeşitli sıfatlar ile övülen muhassıllar kendilerine bağlanan büyük umutları boşa çıkarmışlardır. Tanzimatın ilk yılında başta aşar olmak üzere bütün vergiler muhassıllar vasıtasıyla emaneten tahsil edilmiştir. Ancak görevlilerin yolsuzlukları yanında, aynı olarak alınan ürünlerin saklanması ve vaktinde satılmasında ulaşım imkanlarının yetersizliği nedeni ile büyük güçlükler doğmuştur⁵⁰.

2. Mali İdarede Değişim ve Gelişmeler

Daha önce mevcut olan eyalet düzeni Tanzimat sonrasında da devam etmiştir. Eyaletlerde merkezi denetimin kurulabilmesi Tanzimatın başlıca hedeflerinden biri olduğundan, dönem boyunca bu amacı gerçekleştirmek için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Başlangıçta eyalet, sancak ve kaza birimleri içerisinde valilerin yetkileri sınırlandırılmaya çalışılmış, İstanbul'a bağlı memurluklar oluşturulmuş, eyaletlerde kurulan meclislere idari ve mali görevler verilmiştir. Ancak muhassılların başarısızlıklara uğraması üzerine görevlerine son verilmiş, valilere eski otoriteleri iade edilmiştir. Valilere bağlı olarak sancaklara kaymakam ve bir alt birim olan kazalara da müdürler atanmıştır. 1858 Eyaletler Nizamnamesi mevcut eyalet düzenini korumakla birlikte valinin yetkilerini daha da artırmıştır⁵¹. Bu arada, mali idarede de önemli değişiklikler olmuştur. Mali işlerin idaresi ve sorumluluğu mülkiye memurlarına bırakılmıştır. Defterdarlık ve malmüdürlükleri lağvedilerek, hesap işlerinin yürütülmesi için gereği kadar katip ve her eyalete bir muhasebeci tayin edilmiştir. 1858'de kurulan bu yeni eyalet düzeni 1864'e kadar devam etmiştir. 1864'te başlatılan eyalet reformları

⁴⁹ ŞENER, s. 28 vd.

⁵⁰ Tanzimat reformlarının yürüyebilmesi muhassılların başarısına bağlıdır. Bu nedenle itibarlı bir memuriyet olarak oluşturulmuştur. Tüm bu çabalara rağmen muhassıllardan memnun kalınmamıştır. Pek çok Muhassıl bu dönemde yargılanmıştır. ŞENER, s. 28 vd

⁵¹ ORTAYLI, "İdare Tarihi..", s. 283

ile Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar devam edecek olan İstanbul dışındaki idarenin temeli atılmıştır. 1867 tarihli Vilayet Nizamnamesine göre vilayetin mülkiye, maliye ve zaptiye işlerinin nezareti ile hukuki hükümlerin yerine getirilmesi padişah tarafından atanan valilere bırakılmıştır. Sancaklarda padişah iradesi ile atanan mutasarrıflar kazalarda kaymakamlar köylerde de muhtarlar bulunacaktır⁵².

1864 sonrası oluşturulan taşra idaresinde görevi kayıt ve hesap işlerinde ibaret bulunan muhasebecilikler de kaldırılmıştır. Muhasebecilerin yerini tekrar defterdarlar almıştır⁵³. Vilayetin tüm mali işlerinin görüldüğü merci olarak defterdarlar valinin maiyetinde olmakla birlikte görevlerinden dolayı aynı zamanda Maliye Nezaretine karşı doğrudan doğruya sorumlu olmuşlardır⁵⁴.

Mali işlemlerle ilgili olarak çıkarılan nizamnamede devlet malını tahsil eden herkesin senet vermeye, ödeme yapanların da senet almaya mecbur olduğu belirtildikten sonra en küçük birim olan köylerden vilayete her kademedeki yapılacak işlemler ayrıntılarıyla kurallara bağlanmaktadır. Buna göre mahalle ve köylerde devlet mallarının birinci derecede tahsilinden muhtarlar sorumludurlar. Nizamnamede köylerden sonra kazalarda mali işlerin nasıl yürütüleceği açıklanmaktadır. Kazalarda devlet gelirlerinin tahsiline kaymakam, muhasebesinin düzenlenmesine mal müdürü memur olduğu gibi, genel olarak devlet gelirlerinin idaresi, korunması ve hesaplarından kaymakam ile beraber mal müdürü müştereken sorumludur. Her sene mart ayı başında sancaktan kazaya gönderilecek kaza muvazene defterinde, yıllık tahsilat ve harcamalar gösterildiğinden, gelirlerin tahsili buna göre yapılmaktadır. Kazalarda gelirlerin toplanması için bulundurulacak sandık, Osmanlı tebaasından kefilli bir "sandık emini" nin sorumluluğuna verilmekte, köylerden veya kasaba mahallelerinden gelecek tahsilat bu sandığa yatırılmakta ve tahsil edilen gelirlerin tutarı belli bir miktardan az değilse, her hafta sancak "mal sandığı"na gönderilmektedir⁵⁵.

Vilayet merkezi olan sancaklarda bir muhasebeci bulunmaktadır. Ancak vilayetin en büyük maliye memuru defterdardır⁵⁶. Genel olarak vilayette devlet gelirlerinin tahsili, korunması, gönderilmesi ve harcanması valinin nezaretindedir. Bununla birlikte vilayetin hesap işlerinin memuru defterdardır. Fakat valinin emir ve onayı bulunmadıkça devlet gelirlerini harcamamakta gönderememekte ve hesabını verememektedir. Kısaca mali işler nedeniyle devlet hazinesine karşı vali ile defterdar müştereken sorumludur. Her bir sancağın çeşitli gelirleri

⁵² ŞENER, s. 28 vd

⁵³ BÜLBÜL Zekeriya, Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyeti Tarihi, Ankara 2000, s. 188.

⁵⁴ ŞENER, s. 28 vd

⁵⁵ ŞENER, s. 28 vd

⁵⁶ BÜLBÜL, s. 188.

ve giderleriyle ilgili vilayet muvazenesi Hazine-i Celileden vilayetlere gönderildiğinden bu yeni düzenlemelerde mali idare merkezden köylere kadar belli bir hiyerarşi ve ilişki içinde görünmektedir. Bu arada vilayet, sancak, kaza, nahiye ve köy gibi birimlerin her birinde kurulan meclislerin, önemli mali görevleri bulunduğunu da belirtmek gerekir⁵⁷.

Vilayetlerde defterdar, sancaklarda muhasebeci, kazalarda mal müdürü biçimindeki maliye memurlukları, tüm ülke düzeyinde yaygın olarak oluşturulmuştur⁵⁸. Gelir ve giderlerle ilgili olarak her birimde tutulacak defterler, belgeler ve hesap özetlerinin nasıl düzenleneceği, hangi mercilere nasıl ne zaman gönderileceği, gerektiği zaman ilgili memurların nasıl muhakeme edileceği de açıkça belirlenmiştir⁵⁹.

Bu son maliye teşkilatı içinde muhtarlar köylerdeki vergilerin tahsili açısından önemli görevler verilmiştir. Ancak mali idarenin tahsil işlemlerin yalnızca bu mekanizma ile eksiksiz yerine getirilebilmesi mümkün görülmediğinden, gerektiğinde köylere adam gönderilmesi öngörülmüştür. Bir ara tahsildar adıyla özel bir memurluk oluşturulmuştur. Bir süre sonra bu memurların görevleri de zaptiyelere devredilmiştir. Daha sonra bundan da memnun kalınmamış ve tahsil işlemlerinin sorumluluğu tekrar vali, defterdar, mutasarrıf, muhasebeci, kaymakam ve mal müdürüne bırakılmıştır. Ayrıca sorumluluk bu şahıslarda kalmak üzere “tahsilat yoklamacısı” adıyla da yeni bir memuriyet ihdas edilmiştir. Daha önce mevcut bulunan Gümrük Emanetleri müdürlüğe, Memliha Müdürlükleri memurluğa ve Duhan nezaretleri de müdürlüğe çevrilip birleştirilerek, her biri çeşitli bölgelerde olmak üzere on yedi nezarete ayrılmış ve her nezarete “rusumat nazırı” ünvanıyla birer memur atanmıştır. Bu rusumat nezaretleri birer bölge idaresi niteliğinde olup, gümrük, tuz ve bölgenin bütün gelirleriyle ilgilenmişler ve yapmış oldukları işlerle ilgili olarak merkezdeki Rusumat Emanetine bağlı olmuşlardır⁶⁰.

3. Muhassılık Meclisleri

Çeşitli bölgelere giden muhasıllar gittikleri yerlerde ilk iş olarak birer meclis kuracaklardır. Muhasıllar tarafından kurulup oluşturulan bu meclislere “Meclis-i Muhassilin” denildiği gibi, “memleket meclisi” veya “muzakere meclisi” de denilmiştir. İlgili meclisler Muhassillığın kaldırılışından sonra eyalet meclisi olarak ifade edilmiştir. Kurulan bu mahalli meclislerle esas olarak halkın

57 ŞENER, s. 28 vd

58 ÜÇÖK -MUMCU –BOZKURT, s. 227-228.

59 ŞENER, s. 28 vd

60 ŞENER, s. 28 vd.

yönetime katılması amaçlanmıştır⁶¹. Böylece devletin görev ve yükümlülükleri halk ile paylaşılacak ve Tanzimat reformlarının tabanda benimsenmesi sağlanacaktır. Muhasıllara verilen talimatta başta vergi tahriri ve tevzii olmak üzere memleket işlerinin meclislerde müzakere edileceği ifade edilmiştir. Aynı talimatta “muzakere meclisi” olarak anılan meclisin görevleri arasında sandık emini tayini de yer almıştır⁶². Tahsil olunan devlet gelirleri anılan emine teslim edilip, sandık meclis memurlarının mühürleriyle mühürlenecektir⁶³.

Meclisler muhassallıklarla birlikte kaldırılmamış yeni düzenlemelerle varlıklarını sürdürmüşlerdir. Daha sonra mevcut bazı eyaletlerde taksimat yapılarak vilayet merkezlerinde büyük meclisler kurulmuştur. Bununla ilgili olarak çıkarılan talimata göre meclisin muhakeme, zaptiye ve mülkiyeye ilgili olanları dışında önemli mali görevleri de vardır. Aylık ve yıllık masraf ve tahsilatları gösteren jurnal ve defterler, defterdar tarafından meclisin incelemesine sunulacak, devlet gelirleri, vergi tevzii ve cizye işlemleri denetlenecektir. Bunlarla birlikte meclisin en önemli mali görevi, muhassallık deneyiminin ardından tekrar ortaya çıkan iltizamla ilgilidir. Mukataaların ihale ilanları ve açık artırılması meclisçe yerine getirilecek, işlemlerin tamamlanmasıyla müfredat defterleri ile mazbatalar Maliye Nezaretine gönderilecektir. Mültezimler ve kefilleri iyice tahkik edilecektir. Bu doğrultuda iltizam işleri ülkenin uzak yerlerinde bile meclislerce yerine getirilmiştir. 1864’e gelinceye kadar varlıklarını koruyan meclisler, bu yıldan itibaren yapılan eyalet reformlarıyla önemli değişikliklere uğramıştır. Her vilayette iki meclis kurulmuştur. Birincisi “Vilayet İdare Meclisi” dir⁶⁴. Bu meclisin iltizamın ihalesi, gelir ve giderlerin teftişi, vilayete ait tevzi vergilerin sancaklara taksimi ve tahsili gibi görevleri vardır. Vilayetlerde kurulacak ikinci meclis ise, “Meclis-i Umumi”dir⁶⁵. Senede bir defa kırk günü geçmemek üzere toplanacak bu meclis, vilayetin sorunları ve bu arada özellikle sancak, kaza ve köylerdeki vergilerin değiştirilmesi ve düzenlenmesine ait konuları da görüşecektir. Sancaklarda mutasarrıfın maiyetinde “Liva idare Meclisi”, kazalarda kaymakamın maiyetinde “Kaza idare Meclisi”, nahiyelerde müdürlerin başkanlığında “Nahiye Meclisi”, köylerde de muhtarların başkanlığında bir “İhtiyar

61 **ORTAYLI**, “İdare Tarihi..”, s. 283.

62 Sandık eminliği yeni bir kurum değildi. Tanzimat öncesi sancak masraflarının tek elden yapılmasını sağlamak üzere II. Mahmut zamanında kurulmuştu. Ancak Tanzimat sonrasında açıklanan esaslara bağlanmıştır. **ŞENER**, s. 28 vd

63 **ORTAYLI**, “İdare Tarihi..”, s. 283, **ŞENER**, s. 28 vd

64 Valinin maiyetinde merkez naibi, defterdar, mektubcu, hariciye müdürü ile ikisi Müslüman ikisi gayrimüslimler arasından seçilen üyelerden meydana gelmektedir. **ŞENER**, s. 28 vd

65 Valinin başkanlığında iki Müslüman iki gayrimüslim olmak üzere her sancaktan seçilecek üyelerden meydana gelmektedir. **ŞENER**, s. 28 vd.

Meclisi” kurulmuş ve bu meclislere mülkiye, zaptiye ve bayındırlık işleri dışında mali görevler de verilmiştir⁶⁶.

Taşra mali idaresinde gelirlerin toplandığı, giderlerin yapıldığı mal sandığı ve sandık eminliği kurumunda daha sonraları değişiklikler yapılmıştır. 1846 yılında mal sandıklarına fesat karıştırıldığı gerekçesi ile mal sandıkları adeta özel sektöre devredilmiştir. Kumpanya sarrafları denilen kuruluş bu işi üstlenmiş ve teslim edeceği para üzerinden belli bir pay almaya başlamıştır. Ancak bu usul de yaygınlaşmamıştır⁶⁷.

Tanzimat dönemi maliyesinde para nakliyle ilgili en önemli olay Bank-ı Osmaninin devreye girişidir⁶⁸. Buna göre İstanbul’un gelirleri, bu gelirlerin tahsiline memur olan idareler tarafından masraflar düşüldükten sonra kalanı bankaya teslim olunacaktır. Banka ise ödemeleri Maliye Nezaretinden alacağı emirler doğrultusunda yerine getirecektir. Bankanın şubesinin olduğu yerlerde masraflar çıkarıldıktan sonra para buraya yatırılacak şube yoksa direk İstanbul’daki bankaya gönderecektir⁶⁹.

VII. SONUÇ

Kuruluş ve gelişme yıllarında Osmanlı devlet gelirlerinin tümü hazineye girmemiş tüm giderler hazineden karşılanmamıştır. Daha sonraki Yüzyıllarda devletin başına bela olan rüşvet iyice yaygınlaşmıştır. Batıyı örnek alan Tanzimatçılar, bu eski ve toplum için bir huzursuzluk kaynağı haline gelen uygulamaları değiştirerek batı modeline uygun olarak tüm devlet gelirlerinin hazineye girdiği ve tüm giderlerin de hazineden çıktığı bir yapı oluşturmak istemişlerdir. 1793’e kadar tek bir hazine vardı. Bu tarihten itibaren çoklu hazine ve defterdarlık dönemi, 1826’dan itibaren de maliyede merkezileşme başlamıştır. 1840 yılında padişah ve hanedan mensuplarına ait bazı çiftlikler hariç özel gelir kaynaklarının maliye hazinesine aktararak, padişah ve ailesine merkezi hazineden maaş tahsisine karar verilmiştir. Farklı hazineler kaldırılarak maliye hazinesi ile birleştirilmiştir Hazine-i Hassanın varlığı ise devam etmiştir⁷⁰.

Aynı zamanda bazı kamu hizmetlerinin aynı olarak halk tarafından yerine getirilmesine ve kamu görevlilerinin devletten alacakları maaş yerine, bazı kamu gelirlerini kendi adlarına tahsil etmelerine son verilmiş ve bunun neticesi olarak

⁶⁶ **ORTAYLI**, “Tanzimattan Sonra Mahalli İdareler”, s. 87-95. **ORTAYLI**, “İdare Tarihi...”, s. 54-104.

⁶⁷ **ŞENER**, s. 28 vd.

⁶⁸ **ORTAYLI**, “Tanzimat...” s. 314 vd.

⁶⁹ **ŞENER**, s. 28 vd.

⁷⁰ **EKİNCİ** Necdet, İmparatorluktan Cumhuriyete Türk Mali Politikasına Bakış”, BELLETEN, c. I, sy. 214, 1991, s. 757-790; **ŞENER**, s. 28 vd.

tüm kamu görevlilerine maaş bağlanması bir zorunluluk olarak hissedilmiştir. Daha sonraki yıllarda devlet gelirlerinde umulan artışların gerçekleşmemesi, maaş ödemelerinin büyük külfet halini alması nedeni ile başlangıçtaki kararlı tutumdan tavizler verildi. Artık her memura maaş vermekten söz eden bir idare yoktu. Bunun yerine memurların ve özellikle hakimlerin halktan kanun ve nizamlarla tayin edilen miktarlardan fazla bir şey almamalarını öngören bir yapı varolmuştur⁷¹.

Tanzimat devri, mali merkeziyetçilik istikametinde bilinçli ve önemli teşebbüslerin yapıldığı tarihi bir dönemdir. Gerçi bu niyet ve teşebbüslerin sık sık kesintiye uğradığı ve Osmanlı reform çabalarının mali merkeziyetçiliği, teşkilatlanma ve mali teknikler açısından tam gerçekleştiremediği malumdur. Ama gerek muhasebe tekniklerinde, gerekse bütçe tekniklerinde ve maliye bürokrasisinin eğitiminde hayli yol alınmış, mali idarenin bazı kompartımanları sağlam bir hiyerarşik yapıya bağlanmış ve asrın sonlarına doğru Maliye Nezareti varlığını ispat ederek ve bir gelenek oluşturabilmiştir. Maalesef Türkiye mali tarihinde muhasebe ve bütçe tekniklerinin çağın gereklerine göre geliştirilebilmesi ve memleketteki gelir ve giderlerin kaydı, verginin doğru olarak tarh ve tahakkuku ve alacakların tahsil ve takibindeki işlemlerin mükemmelleştirilmesi gibi yeniliklerde payı olan ve bu işlem ve bilgilerin öğrenildiği kurum “Osmanlı Borçları İdaresi Düyun-ı Umumiyye) olmuştur⁷². 28 Muharrem 1299 (20 Aralık 1881) Kararnamesi ile kurulan bu uluslararası alacaklılar idaresinin, Osmanlı borçlarının tahsili ve bazı nafia hizmetleri ve borçlara karşı teminat olarak gösterilen varidat kaynaklarını kontrol için sağlam tesbit ve izleme teknikleri, Düyun-ı Umumiyye’de çalışan Türk maliyecilerine de bu usulleri öğretmiştir⁷³.

Bir mali sistemin işleyebilmesi için yapılması gereken ön işlem, hiç şüphesiz önce kaynakların tespiti yani nüfus sayımı, arazi tahriri ve hayvan sayımı gibi gelir getirecek vergi tarh edilecek kaynakların doğru olarak bilinmesidir. Zamanına göre başarılı bir teknik sayılan Osmanlı memleket tahririnin geçen birkaç yüzyılda eskidiği ve bu gibi kayıtların artık modern maliyeye ve idareye cevap veremeyeceği açıktır. XIX. Yüzyılda Osmanlı idaresi bu işlemlere daha geniş ve başka varidat kalemlerini göz önüne alarak girişmiştir. Eski dönemlerde tahrir işlemlerinden itibaren İmparatorluk topraklarının mal varlığını, nüfus kapasitesini tespit edecek envanterlerin yapılmadığı göz önüne alınırsa, II. Mahmud’dan beri yapılmakta olan kapsamlı nüfus ve arazi tahriri ve hayvan sa-

71 ŞENER, s. 28 vd.

72 TABAKOĞLU, s. 9 vd.

73 BÜLBÜL, s. 196.

yımının modern merkezîyetçi bir mali sisteme geçiş için önemli bir adım sayılacağı aşikardır⁷⁴.

Tanzimat dönemi asıl olarak siyasi, askeri, ve mali bir buhran döneminde başlamıştır. XIX. Yüzyıl bürokratlarının amacı, devletin mali gücünü ve merkezi kontrolünü geliştirmektir. Bunun için ise vergileri artırmak bu çerçevede vergi kaynaklarını iyi tespit ederek hazineyi bol gelire kavuşturmayı amaçlamışlardır.

Tanzimat döneminin maliye alanında modernleşmeye yönelik olarak başlattığı çalışmalar beklenen olumlu sonuçlar verememiştir. Devlet bu dönemde iltizamı kaldırarak merkezi bir vergi teşkilatı kurma amacıyla olmuştur. Bunun için bugünkü defterdarlıkların menşei olan muhassıllıklar kurulmuştur⁷⁵. Ancak başarılı olunamamıştır. Nihayet iltizam dışarıdan aldığımız borçlarla orantılı olarak yeniden yerleşecek ve Duyun-u Umumiye ile dış devletlerin kontrolünde olarak yeniden daha güçlü ve dışa dönük karakterle I. Dünya Savaşına kadar devam edecektir. Bazı Hıristiyan ahali din ve vicdan özgürlüğünü vergi vermemek şeklinde algılayarak isyan etmişlerdir. Aynı şekilde isyanlar Rumelinde de görülmüştür⁷⁶. Doğu Anadolu'da muhasıllar ve merkez adına hegemonya tesis etmek isteyen memurlarla çatışan ve otoritelerini kaybetmekten çekinen aşiret beyleri de isyanlar çıkardılar⁷⁷.

Tanzimat döneminin en önemli sonucu ve Türk köyünün çehresini değiştiren yönü, arazi hukuku alanında getirdiği yeniliklerdir. Bu konuda ismini zikredebileceğimiz en önemli düzenleme 1858 tarihili Arazi Kanunnamesidir. Bu kanunla mülkiyet hakkına oldukça yaklaşılmıştır⁷⁸. Tımar sistemi kaldırılmış ancak bu bir anlam ifade etmemiş ve devlet dış borç almaya başlamıştır. Kurulan Duyun-u Umumiye ile Osmanlı İmparatorluğu büyük devletlerin ekonomik çıkarının bir jandarması haline gelmiştir⁷⁹. Şunu söylemek gerekir ki bugünkü Türk Cumhuriyetinin sorunları yakın geçmişte girilen bazı çıkmazların etkisi altındadır. Bugünkü Türk Maliyesi radikal değişikliklerden çok bir evrimsel değişimin biçimlendirdiği bir yapıdır. Bu nedenle bu günü anlamak için yakın ve uzak tarihi yapının ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

⁷⁴ Nitekim 1248 (1830) senesi sayımı bu bakımdan önemlidir. **CEZAR** Yavuz, Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişik Düzeni, İstanbul 1986, s. 289-290.

⁷⁵ **ORTAYLI**, "Tanzimat...", s. 303.

⁷⁶ **ORTAYLI**, "Tanzimat...", s. 303.

⁷⁷ **İNALCIK**, "Tanzimat ve Bulgar Meselesi", s. 76 vd.

⁷⁸ **CİN**, s. 19 vd.

⁷⁹ Duyun-u Umumiye; o dönemde kurulmuş olan bir bütçe teşkilatıdır. Bu yapılanmayla devlet gelirinin büyük bir kısmına el koymakla kalmamıştır, ayrıca alacaklarını tahsil için bizzat teşkilatlanmıştır. 75 milyonluk bütçenin 60 milyonu Duyun-u Umumiyenin kasasına girmiştir. **ORTAYLI**, "Tanzimat...", s. 314-315.

metinler

seminer - konferans

BİLİRKİŞİ RAPORU VE BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL OLARAK DEĞERİ*

Doç. Dr. Ömer ULUKAPI **

A. GİRİŞ

Gelişen teknoloji ve bunun günlük hayatta kullanımı sonucu, hukuki uyuşmazlıklara konu olan somut hayat ilişkileri çeşitlilik kazanmış ve bunların bir kısmının niteliğinin anlaşılabilmesi uzmanlık gerektirir hale gelmiştir. Bu durumlarda uyuşmazlıklara (davaya) bakmakla yükümlü bulunan hâkimin, kendisinde bulunmayan özel ve teknik bilgiye sahip kişilerden yararlanması gerekir. Bu ihtiyacı, kanun koyucu bilirkişi kurumu ile karşılamıştır.

Bilirkişilik, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, bir takdiri delildir. Bu çerçevede bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir¹. Örneğin; bir yöredeki gayrimenkul fiyatlarının, bir babalık davası ile ilgili olarak kan grubunun tesbiti gibi.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275 nci maddesinin 1 nci cümlesi; "*Mahkeme, çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir...*" şeklinde hükme yer vermiştir. Söz konusu bu düzenlemeye göre, ancak çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurulabilir. Davada bir

* Bu çalışma, Türkiye Barolar Birliği'nin Samsun Barosu'nun katkılarıyla 9-10 Kasım 2001 tarihinde düzenlediği "Bilirkişilik" konulu Sempozyumda sunulan tebliğ metnidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Pekcantez, H.**, Medenî Usul Hukuku, B. 2, Ankara 2001, s. 425.

maddi meselenin çözümünün özel ve teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğini o davaya bakan hâkim tarafından karar verilir. Ancak bazı durumlarda bilirkişiye başvurulması yasal düzenlemelerle zorunlu kılınmıştır. Bu düzenlemeler bir tarafa bırakıldığında, hâkim, davanın ve onun dayanağını oluşturan vakıaların aydınlanması ve tesbiti için özel ve teknik bilgiye ihtiyacı olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bu noktada hâkimin bilgisi, vakıaların aydınlanması için yetersiz ise, bilirkişiye başvuru zorunlu hale gelecektir². Öte yandan, bir davanın çözümü için gerekli olan vakıaların aydınlanması başka delillerle sağlanabildiği durumlarda (örneğin, keşif delili gibi) bilirkişi deliline başvuru gerekmez. Neticede bir uyuşmazlıkta özel ve teknik bir meselenin (vakıanın) çözümü (aydınlanması) açısından bilirkişiye başvurulmasının gerekip gerekmediğini, o davaya bakmakla görevli hâkim belirleyecektir. Bu çerçevede gerçekleştirdiği işlevi nedeniyle bilirkişi hâkimin yardımcısı değil, ona yardım eden kişi olarak görülmüştür³. Bilirkişi kurumunu düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 nci maddesinin 2 nci cümlesinde, “*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez*” hükmüne yer verildiğini görmekteyiz. Getirilen bu hükümlerle hukuki konularda bilirkişilik yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bunun en önemli nedeni, hukuki konularda uygulamada sıkça bilirkişiye başvurulması ve bunun önlenmeye çalışılması denebilir. Öğretide haklı olarak eleştirildiği şekilde, hukuki konularda gereksiz yere bilirkişiye başvurulması, Anayasa’nın 9 ncu maddesinde (yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı) ve 141 nci maddesinde (davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir) kuralı ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 76 ncı maddesinde (Hâkim re’sen Türk Kanunları mucibince hüküm verir) ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77 nci maddesinde (Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sür’at ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir) şeklinde ifade edilen usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Çünkü gereksiz yere bilirkişiye başvurulması gereksiz zaman, para ve emek kaybına yol açacağı gibi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin bu Anayasa kuralına açıkça aykırılık oluşturacaktır⁴.

Bilirkişilik hakkındaki bu genel girişten sonra sayın konuşmacıların iş bölümü çerçevesinde şahsıma tevdi edilmiş bulunan “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi

² **Atalay, O.**, “Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar”: Manisa Barosu Dergisi, Y. 14, S. 53-54, s. 133-142, s. 134.

³ **Aşçıoğlu, Ç.**, “Bilirkişilik Sorunu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000.

⁴ Bilirkişi deliline hukuki konularda başvurulmasının Anayasa’nın 138. maddesinde düzenlenmiş bulunan “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine aykırı bulunduğu, bunun etkin ve adil yargı amacına gölge düşürdüğü görüşü ile de ifade edilmektedir, bkz. **Şişli, Z.**, “İş Hukukunda Bilirkişilik”, Yargı Reformu Sempozyumu, İzmir 2000, s. 222-234), s. 223.

Raporunun Delil Olarak Değeri” üzerinde durmak istiyorum. Bu çerçevede tebliğimin birinci kısmında “Bilirkişi Raporu” ve ikinci kısmında ise “Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri” üzerinde durulacaktır.

B. BİLİRKİŞİ RAPORU

Bilirkişi, kendisinden sorulan görüşünü sözlü olarak veya yazılı rapor biçiminde mahkemeye sunabilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 281 nci maddesinde, “*Bilirkişinin beyan ettiği oy ve görüş hemen tutanağa geçirilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Gerçi bu hükümden bilirkişi raporunun mutlaka yazılı olacağı sanısını uyandırırsa bile, gerçekte, anılan hüküm bilirkişinin görüşünün yazılı olarak verilmesi yolunda bir kural değildir, aksine bilirkişi sözlü de rapor verebilir⁵. Rapor hazırlanmasına gerek görülmezse, bilirkişi görüşünü duruşma veya keşif sırasında beyan eder ve bu beyanı tutanağa geçirilir. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 281 nci maddesinin III ncü fıkrasına göre, “*İşin niteliğine göre bilirkişilerin oy ve görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri gerekiyorsa, hâkim raporunun kaç nüsha olacağını ve verileceği süreyi belli eder*” hükmü çerçevesinde bilirkişinin sözlü görüş verebileceği kabul görmektedir. İstisnaen bir kanun hükmünün açıkça öngördüğü hallerde bilirkişi raporunun yazılı olması gerekmektedir. Örneğin, kamulaştırma davalarında bilirkişi raporunun yazılı olması şarttır (bkz. Kamulaştırma K.m.15/IX).

Öte yandan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na göre, “Bilirkişi mütalâasını yazı ile bildirir. Ancak, hemen mütalâa verilmesi mümkün olan işlerde bilirkişilerin sözlü mütalâası ile yetinebilir ve bu mütalâa tutanağa geçirilerek imza ettirilir” (CMUK.m.75). Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda kabul edilmiş bu hükmün, medeni yargılama açısından duraksamaları ortadan kaldırmak adına Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da yer almasının uygun olacağı öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür⁶.

Bir davanın çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin görüşüne başvurulup başvurulmayacağına o uyuşmazlığa bakan mahkeme hâkimi karar verecektir. Hâkim bilirkişi deliline taraf veya tarafların istemi üzerine karar verebileceği gibi, re’sen (kendiliğinden) de karar verebilir.

Hâkimin davada bilirkişiye başvurmaya gerek duyduğu durumlarda, bunu vereceği ara kararında belirtmesi gerekir. Bu ara kararında bilirkişi (veya bilirkişiler) ile bilirkişiden istenilen hususlar belirtilmelidir. Ara kararında seçilen bilirkişi veya bilirkişilerin kimliğinin özellikle uzmanlık durumunun belirtilmesi gerekir. Davanın hâkimi bilirkişi seçiminde ihtiyaç duyduğu özel veya teknik

⁵ Yılmaz, E., “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”, Mali Hukuk, 1996/62, s. 12-31, s. 25.

⁶ Bkz. Yılmaz, Bilirkişi Raporları, s. 25.

bilgiye sahip kişiler arasından bilirkişi seçecektir. Bu seçimi öncelikle tarafların birlikte yapmalarını isteyecek, taraflar bu konuda anlayamadığı takdirde hâkim kendisi seçecektir. Bilirkişinin seçiminde kanun hükümleri ile resmî bilirkişiler belirlenmişse, hâkim seçimini bu kişiler arasından yapacaktır. Resmî bilirkişi olarak bir kurumun belirlendiği hallerde (Örneğin; Adli Tıp Kurumu, adli tıp ile ilgili konularda bilirkişilik yapmak üzere kanunla kurulmuştur, bkz. 14.4.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ve Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği), bilirkişi olarak bu kurumun görüşü istenecektir⁷. Resmi olmayan bilirkişi seçiminde ise hâkim, vakıaların aydınlatılması ve değerlendirilmesinde ihtiyaç duyduğu özel veya teknik bilgiyi yeterince verebilecek, konunun uzmanı kişi ya da kişileri seçmede özen göstermek zorundadır. Taraflar bu özeni göstermese bile, hâkim bu konuda gerekli titizliği göstermeli, kendisine gerçekten yardımcı olacak, konunun uzmanının seçilmesini sağlamalıdır. Bu şekildeki bir seçimin yapılmaması her şeyden evvel konunun aydınlanmasını engeller. Gerçi hâkim, bilirkişi görüş ve raporları ile bağlı değildir. Ancak davada vakıaların aydınlanması açısından hâkimin yeniden bilirkişiye başvurmak zorunda olması karşısında yeniden gider yapılmasına ve boşa emek ve zaman harcanmasına neden olabilecektir. Bu da usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, bilirkişinin konunun uzmanı olması davada hâkimin vereceği karar açısından daha sağlıklı değerlendirebilmesine yol açacaktır. Neticede hâkim, bilirkişi seçiminde göstereceği titizlik sayesinde bilirkişi raporunun davada yararlanılabilir olmasını baştan sağlamış olacaktır⁸.

Seçilen bilirkişinin konunun uzmanı olması yanında, tarafsızlığını ve saygınlığını yitirmemiş olmasına da özen göstermek zorundadır.

Hâkim bilirkişiden ne istiyorsa, bunu tam olarak kendisine ara kararında tam ve doğru olarak bildirmeli ve gerekiyorsa sözlü olarak da açıklaması yerinde olur. Bu konuda Alman hukukunda “bilirkişi faaliyetinin yönetimi” başlığı altında ZPO § 404a’ da açıkça, bilirkişinin yapacağı faaliyeti mahkemenin yöneteceği ve ona çalışmanın kapsam ve tarzı hakkında talimat verebileceği, olayın gerektirmesi durumunda hakimin bilirkişiyi raporun yazılmasından önce dinlemesi, yapacağı işi belirtmesi ve ona talebin gereklerini açıklaması gerekir. İhtilâflı hususlarda mahkeme, bilirkişinin raporuna hangi olayları esas alması gerektiğini de belirler. Öte yandan, mahkemenin bilirkişiyi yükümlülükleri konusunda da bilgilendirmesi gerekir (ZPO § 407a, IV). Bunun gibi, gerekli olması durumunda mahkeme, bilirkişinin kendisine sorulan hususlarda hangi kapsamda bir açıklama yapmaya yetkili olduğunu, hangi şartlarla taraflarla buluşabileceğini ve ne zaman onları araştırmalarına dahil edebileceğini belirler. Bilirkişilere verilen talimatlar taraflara bildirilir (ZPO § 404a, IV, V). Görüldüğü üzere bilirkişiden

⁷ Arslan, R., “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”, YD., 1989/1-4, s. 156-183, s. 171.

⁸ Arslan, Bilirkişilik Uygulaması, s. 172.

istenen hususların tespiti bakımından başta mahkeme hakimi olmak üzere taraflara da yükümlülük getirilmiştir⁹.

Türk hukukunda bilirkişiye başvuruya ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 279 ncu maddesinde, hâkim iki tarafın dinlenmesinden sonra bilirkişiye sorulacak soruları belirler, hükmü yer almaktadır. Buna rağmen uygulamada, "dosyanın bilirkişiye tevdi ile dava hakkında görüşünün alınmasına", "dosya ve eklerinin bilirkişiye havalesine", " tarafların iddia ve savunmaları karşısında bilirkişi görüşünün alınmasına" şeklinde ifadelerle bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Oysa, uygulamadaki bu şekildeki tutum ve davranış, bilirkişinin hazırlayacağı rapora dayanak teşkil edecek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 279 ncu madde hükmünün hem lâfzına hem de amacına ters düşmektedir. Bu şekilde yapılacak bir görevlendirme neticesinde, bilirkişi görevinin ne olduğunu tam olarak anlayamamakta, dolayısıyla davanın çözümü konusunda ya hâkime yardımcı olmamakta ya da hâkim yerine hükmü veren duruma gelebilmektedir. Yargı yetkisini yalnızca hâkim kullanacağından, hâkim hükmü ulaştırılmasında yardımcı olacak önemli soruları bilirkişiye sorar, bu yolla hükme etkili olacak vakıaların aydınlanmasını sağlamaya çalışırken bilirkişinin varacağı sonucun kendisinin kullanacağı yargı yetkisinin kısıtlanmasına ve bilhassa takdir yetkisinin daraltılmasına neden olmamasını sağlamaya çalışmalıdır¹⁰.

Somut uyuşmazlıkta, hâkim vakıaların aydınlatılması ve değerlendirilmesinde önemli olan soruları belirlerken, tarafların bu konudaki görüşlerini almak yanında, kendisi de davanın o andaki durumu hakkında tam bilgi sahibi olması gerekir. Özellikle bilirkişiye sorulacak sorular bağlamında, davada öncelikle hukuki sorun ile vakıalara ilişkin sorunları ayrı ayrı tespit edip, bilirkişinin görüşlerini vakıalara ilişkin sorunlara hasretmesi açısından çaba sarfetmelidir. Özellikle bilirkişiye sorulacak soruların tarafların huzurunda sorulması yararlı olabilecektir. Zira, tarafların bulunduğu oturumda soruların belirlenmesi, bilirkişiye başvurulmasına ihtiyaç olup olmadığının kontrolü bu yolla sağlanabilir¹¹.

Uygulamada Yargıtay'ın, seçilen bilirkişinin görevinin ve işinin nelerden ibaret bulunduğunun açıklanmasında hâkimin yüksek özen göstermek zorunda olduğunu belirten (Örneğin bkz. 4. HD., 21.3.1983, 1276/3007) kararları bulunduğu gibi, bu özenin gösterilmediği davalar bakımından herhangi bir eleştiri getirmeksizin onanan ilk derece mahkemesi kararlarının bulunduğu da bir gerçektir. Bu açıdan, bilirkişi raporlarına temel teşkil edecek sorunların mahkeme hâkimince özenle tespit edilerek, bu konularda bilgi ve görüşü istenmelidir.

⁹ Bilirkişiye adli talimat yetkisinin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Soergel, C.**, "Die Grenzen gerichtlicher Weisungsbefugnis dem Sachverstaendigen gegenüber", Festschrift für Karlmann Geiss zum 65 Geburtstag, Köln 2000, s. 179-186.

¹⁰ **Arslan**, Bilirkişilik Uygulaması, s. 173.

¹¹ **Arslan**, Bilirkişilik Uygulaması, s. 174, dn. 35.

Öte yandan, bilirkişi deliline başvurulduğu uyuşmazlıklarda, bilirkişi ya da bilirkişiler, mahkemenin vermiş olduğu ara kararını ve bu ara kararındaki sonuçları tam olarak anlamamışsa bunun açıklanmasını davanın hâkiminden (mahkemenin) istemesi gerekir¹².

Bilirkişi mahkemenin verdiği ara kararı gereği olarak istenilen konu üzerinde araştırmasını yapar ve bunu bir rapor haline dönüştürerek mahkemeye belirlenen süre içinde sunar. Mahkemece birden fazla bilirkişi görevlendirilmişse (ki, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276 ncı maddesinin III ncü fıkrasına göre “yalnız bir kişi bilirkişi seçilebilir. Üçten fazla seçilemez”), bu bilirkişiler kendi aralarında müzakereler yaparak sonuca varırlar. Yoksa, her bir bilirkişinin ayrı ayrı rapor vermesi söz konusu değildir. Ancak, raporun oybirliği ile düzenlenmesi gerekli olmayıp, rapordaki çoğunluk görüşüne katılmayan bilirkişinin muhalefet (azınlık) şerhi vermesi mümkündür. Azınlıkta kalan bilirkişi ayrı bir rapor da verebilir (HUMK.m.281/III).

Bilirkişinin raporunu vereceği süre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 281 ncı maddesinin III ncü fıkrasında, “...Bu süre işin niteliğine göre üç ayı geçemez.” hükmüyle bir kayıtlamaya tâbi tutulmuştur. Bu süre ceza yargılaması alanında iki ayı geçemez (bkz. CMUK.m.75/II). Medeni yargılama alanında kanun koyucu rapor verme süresini azami üç ayla sınırlanmış olmasına karşın, uygulamada yakınılan en çok konulardan biri de, bu süreye hiçbir şekilde uyulmamasıdır. Nitekim, mahkemeler çoğu zaman bilirkişiye başvururken, Kanunda yer alan bu emredici hükmü bilirkişiye ya hatırlatmamakta ya da süreye uyulup uyulmadığını takip etmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, bazı bilirkişiler davaların karara bağlanmasını geciktirmektedir. Gerçi kanun koyucu bu süreye uyulmamasının yaptırımını bilirkişinin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 278 ncı maddesinin III ncü fıkrası ve 271 ncı maddeye göre para cezasına ve celse giderlerine mahkûm edileceğini belirtmiştir. Hatta, buna rağmen rapor verilmediği takdirde, bilirkişi, Türk Ceza Kanunu'nun 282 ncı maddesine göre cezalandırılır. Bilirkişinin raporunu süresi içinde vermemesi halinde uygulanacak bu normatif düzenlemelere karşın, hâlâ günümüzde bu tür aksaklıklara yer verildiğini müşahade etmekteyiz. Bu gerçekler karşısında her türlü sıkıncanın giderilebilmesi için, bilirkişi seçimine ilişkin kararda hem üç aylık azami süre gösterilmeli hem de buna uyulmaması halinde yukarıda ifade ettiğimiz çerçevede bilirkişinin sorumluluğunun söz konusu olacağı bilirkişiye hatırlatılmalıdır.

Bilirkişi raporunda ne gibi kayıtların bulunması gerektiği hususu kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Buna göre raporun;

- (1) Tarafların ad ve soyadlarını,

¹² Yılmaz, Bilirkişi Raporları, s. 25.

- (2) Bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususları¹³,
 - (3) İnceleme konusu yapılan maddi vakıaları (olayları),
 - (4) Gerekçeyi,
 - (5) Sonucu,
 - (6) Bilirkişiler arasında anlaşmazlık varsa bunun sebebini,
 - (7) Düzenlendiği günü,
 - (8) ve bilirkişilerin imzalarını,
- taşınması gerekir.

Bilirkişi raporunu, davada dayanılan vakıalara istinaden gerçekleştirmelidir. Bu bağlamda, bilirkişi yalnız özel ve teknik bilgiyi gerektiren vakıaları raporunda inceleme konusu yapmalı, hukuki mesele ile hâkimlik mesleğinin gerektirdiği davadaki inceleme konularını raporuna dayanak yapmamalıdır. Bilirkişi raporlarında hukuki değerlendirmeler yapılması hukuki hata yapılması olasılığını artırabileceği gibi, bu tür değerlendirmeleri içeren bilirkişi raporlarının inandırıcılığı ve tarafsızlığı tartışmaya açılmış olur.

Bilirkişi raporunda taraflarca ileri sürülen vakıalara dayanabileceği gibi, İsviçre hukukunda kabul edildiği şekilde, bilirkişi raporunda taraflarca ileri sürülmemiş vakıaların tespit edilmiş olması halinde, bunların usulüne uygun olarak dosyaya intikâl etmiş bulduklarından hükme dayanak yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁴. Bu görüş, Türk hukukunda usul hukukunun amacına uygun olduğu gerekçesiyle destek görmüştür.

Bunun gibi bilirkişi raporlarının *gerekçeli* olması şarttır. Bu gerekçe sayesinde, bilirkişiye başvuru o uzmanlık ve özel bilgiyi gerektiren hususlarda hâkim, ikna olabilmekte ve kuracağı hükmü bu gerekçeye dayanarak oluşturabilecektir. Bunun gibi, gerekçe sayesinde hâkim ve taraflar, bilirkişi raporundaki sonucun doğru olup olmadığını kontrol etme imkânına sahip olurlar¹⁵.

Yine, bilirkişi raporunda mahkemece kendisine tevdi edilmiş bulunan sorular hakkında yanıt vermeli, kendisine sorulmayan sorular hakkında görüş bildirmemelidir.

¹³ Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, B. 6, İstanbul 1997, s. 749.

¹⁴ Guldener, M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 321, dn. 72.

¹⁵ Alangoya, Y., Medenî Usul Hukuku Esasları, I, İstanbul 2000, s. 321; Köroğlu, H., Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001, s. 43.

Ayrıca, bilirkişi raporunda kendisine hâkim tarafından gösterilen usule de uyması gerekir. Bu usule uyulmaması, bilirkişi raporunun anlaşılabilir veya çok zor anlaşılır hale getirebilir.

Belirtilen bu hususlarda davanın hâkiminin bilirkişi raporunu denetlemesi mümkündür. Bu noktalar dışında bilirkişi raporunun denetlenmesi oldukça güçtür¹⁶. Ancak hâkimin diğer hususlarda da gerekli özeni göstermesi gerekir.

Bilirkişi raporunun bilirkişi (veya bilirkişiler) tarafından imza edilmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Bilirkişi raporunda çıkıntı, silinti ve kazıntı yolu ile düzeltme yapılmış ise, bu çıkıntı, silinti veya kazıntının ayrıca imza edilmesi gerekir; aksi halde bunlar yok sayılır. Bu gibi (imzasız) çıkıntı, silinti veya kazıntı mahkemece bilirkişi raporunun geçerliğine veya anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, bilirkişi raporu kısmen veya tamamen geçersiz sayılabilir (HUMK.m.298 kıyasen)¹⁷.

Bilirkişi raporu, hâkimin havalesini müteakip mahkeme kalemine teslim eder ve kalem tarafından da taraflara gönderilir. Bilirkişi, raporunu mahkemeye verdikten sonra, artık raporunda değişiklik yapamaz, raporundaki görüşten dönemez veya bilirkişilikten çekinmek (yani, istinkâf etmek) suretiyle raporunu verilmemiş (geçersiz) saydıramaz¹⁸.

Bilirkişi raporu bir adli yazı olup, her adli yazıda bulunan öğeleri içermelidir. Buna göre bilirkişi raporu, tam olmalı, kısa, açık, doğru olmalı ve uygun bir dille kaleme alınmış bulunmalıdır. Raporun bu öğeleri içerir şekilde düzenlenmesi için, şu beş aşamadan geçmesi gerekir¹⁹:

(1) Bilirkişiden istenilecek olan hususun tam ve doğru olarak anlaşılabilir olarak öğrenilmesi,

(2) Araştırma,

(3) Araştırma sonucunda elde edilen malzemenin düzenlenerek kaleme alınması (yazılması),

(4) Yazılanın tashih edilmesi,

(5) Yazılanın doğruluğunun kontrol edilmesi gerekir.

Raporun tamlığı, eksik olmaması demektir. Gerçi, bilirkişinin raporunun eksik olması veya çelişkili bulunması halinde, hâkimin aynı bilirkişilerden ek

¹⁶ **Sendler, H.**, “Richter und Sachverstaendiger”, NJW, 1986/47, s. 2910; **Pieper, H.**, “Richter und Sachverstaendiger im Zivilprozess”, ZZP, 1971/84, s. 21.

¹⁷ **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 6, İstanbul 2001, s. 2742; ayrıca bkz. 5. HD., 5.2.1973, 1332/674: İBD., 1973/5-6, s. 712.

¹⁸ Bkz. 1. HD., 21.6.1954, 1700/5433 (**Kuru**, Usul, C. III, s. 2743).

¹⁹ **Yılmaz**, Bilirkişi Raporları, s. 26.

rapor alması mümkündür. Bu ek rapor da aynı esaslar dahilinde, asıl rapor gibi hazırlanmalıdır (HUMK.m.283-284). Aksi halde ek rapor alınması da, boş yere ek zamana ve hatta ilave gider yapılmasına neden olur (Anayasa m. 141/IV; HUMK.m.77).

Raporun öğelerine ilişkin öğretide **Yılmaz**'ın sürdürdüğü aşağıdaki görüşler tercihe şayandır. Önemine binaen bu hususlar aynen şu şekilde dile getirilmiştir²⁰: “*Kısalık, açıklık, doğruluk, raporun diğer önemli kuralını oluşturmaktadır. Raporda kullanılan gereksiz ayrıntı, işin ana temasının (özünün) gözden kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Bu açıdan, rapor işin ana temasını (özünü) engelleyecek tarzda ele alınmamalıdır.*

Raporda kullanılan ifade açık (vazih) olmalıdır. Yazının açıklığı, hem anlaşılabilirliğini sağlamakta hem de her türlü duraksamaları ortadan kaldırarak ilgililerin davranışını yönlendirmektedir. Rapordaki kesinliğin çoğu zaman iknayı beraberinde getirdiği söylenebilir.

Rapor konusunun uzun olması ve özellikle bilirkişinin birden çok sorun hakkında görüş bildirmesinin gerekmesi halinde rapor, mutlaka paragraflara ve hatta ayrı ayrı başlıklara bölünmelidir. Paragraf, uzun bir konunun belli bir kısmını veya bir tek konuyu ifade eden cümle grubudur. Yazının doğru bir şekilde paragraflara ayrılması, olayları, düşünceleri ve görüşleri planlamaya bunların gelişme sürecini anlamaya yardım ettiği için okuyanların raporda anlatılanların gelişmesini izleyerek kolaylıkla ve tam anlamlarını ve böylece raporun açıklığını sağlar. İyi bir paragrafın özellikleri şöyle belirtilebilir: İyi bir paragrafta, o paragrafın asıl konusunu açık veya gizli ifade eden bir asıl cümle (veya cümle parçası) bulunur. İyi bir paragrafta fikir birliği vardır ve genellikle tek fikir üzerinde durularak, bunun dışındakilere yer verilmez. Paragraf tam bir (esas) fikrin ifadesi olduğu için bu (esas) fikir açılır ve malzeme, birbirine bağlı biçimde sıralanarak düzenlenir; konunun bütünü gözönüne alınıp, paragraftaki fikir üzerinde önemi oranında durulur. Paragraflar, yazını türüne ve fikrin önemine göre ayarlanacağından arka arkaya uzun veya kısa paragraflar yapılmaması uygun olur. Bir paragraftan diğerine geçerken, fikirler arasında bağlantı kurulur. Paragraf tüm konunun bir parçası olduğu için, paragraflar arasındaki bağın kurulmasında ve paragraf sıralamasında, tüm konunun özelliği hep gözönünde bulundurulmalıdır. Bunun için de, raporlarda genellikle başlangıç, geçiş (gelişme) ve sonuç paragrafları yer alır. Çoğunlukla, başlangıç ve sonuç kısımları birer paragraf, geçiş kısmı ise birden çok paragraftan oluşabilir”.

Ayrıca, raporda noktalama işaretleri ile imlâ kurallarına özen göstermeli, bilhassa imlâ kurallarının kullanılmasında cümlenin yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek tarzda ele alınması gerekir. Bunun gibi, rapordaki ifadeler yalın ve

²⁰ **Yılmaz**, Bilirkişi Raporları, s. 27.

özlü olmalıdır. Çeşitli anlamlara gelebilecek kelimeler kullanılmamalıdır. Teknik kelimeler ve tanımlamalar, o konuda hiçbir bilgisi olmayan bir kimsenin anlayacağı tarzda ifade edilmelidir. Raporda ağıdalı bir dil ya da çoğu yabancı bir dille ifade edilmiş kelimelerin seçilmemesine dikkat edilmelidir.

Yine raporlarda, soyut kavramlar somuta indirgenmelidir; aksi takdirde, soyut kavramların kaypaklıklar ya da anlaşılmazlığı, raporun niteliğini engelleyebilir. Bu bağlamda bilirkişi, hâkimin özel ve teknik bilgisinin yetmediği o hususta somut açık bilgi vermelidir.

Öğretide *Yılmaz*'ın, bilirkişi raporunun tam olarak hazırlanıp hazırlanmadığını kontrol için aşağıda belirtilen teste²¹ geçirilmesinin, sağlıklı bir yaklaşım tarzı olacağı fikrine katılmamak mümkün değildir. Buna göre, bilirkişi raporu:

- (1) Somut olaylara dayalı mı?
- (2) Gereksiz ayrıntıya boğulmuş mu?
- (3) İlk okumada anlaşılabilir mi?
- (4) Mantıklı mı?
- (5) Tartışmalara yol açacak nitelikli mi?
- (6) İkna edici mi?
- (7) Hâkimin istediği bütün sorulara cevap veriyor mu?

sorularına verilecek yanıt çerçevesinde değerlendirmeye tâbi tutulabilecektir.

Taraflar kendilerine tevdi edilen (gönderilen) bilirkişi raporuna itiraz edebilirler. Nitekim bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 283 ncü maddesinde; "*Hâkim raporda noksan ve müphem gördüğü cihetleri itmam ve izah için ehlivukufa yeni sualler tertip edilebilir. İki taraf dahi noksan ve müphem cihetler hakkında ehlivukuftan izahat alınmasını raporun kendilerine tebliğ tarihinden bir hafta zarfında hâkimden tahriren talep edebilirler.*

Hâkim mütemmim izahat vermeleri zımında ehlivukufu tâyin edeceği celseye dâvet ile şifahen istima edebilir.

Ehlivukufun şifahen verecekleri izahat hulâsa veçhile zapta kaydedilerek ziri kendilerine imza ettirilir." biçiminde dile getirilmiştir. Buna göre, davada iki taraf da noksan ve müphem hususlar hakkında bilirkişiden izahat alınmasını, raporun kendilerine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde hâkimden isteyebilirler.

²¹ Bkz. *Yılmaz*, Bilirkişi Raporları, s. 28.

Bir görüşe göre bu talep, bilirkişi raporuna itirazdır. Ayrıca, taraflar, raporun gerçekleri yansıtmadığı, tarafsız olmadığı gibi nedenlere dayanarak rapora itiraz edebilirler. Bu çerçevede bilirkişi raporundaki bazı hususlar için izahat istemekle bilirkişi raporuna itiraz birbirinden ayrılmalıdır. Bunlardan raporun noksan ve müphem kısımlarının tamamlanması amacıyla başvurulması halinde bilirkişiden ek rapor istemek şeklinde belirtilebilir. Bilirkişi raporuna itiraz ise, bilirkişi raporunun tamamen kabul edilmediği hallerde söz konusudur.

Bilirkişi raporuna itiraz ile bilirkişi raporu hakkında izahat istenmesi arasındaki ayrımın pratik önemi, bilirkişi raporuna itiraz edilmesinin bir süreye bağlanmamış olmasına karşın, izahat istemenin bir haftalık süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. Ayrıca itiraz bir şekle bağlı olmadığı halde, izahat isteme mutlaka yazılı yapılmalıdır (HUMK.m.283/1)²².

Bilirkişi raporuna itirazın önemi, bir tür usulî müktesep (kazanılmış) hak doğrultusunda kendisini göstermektedir. Nitekim, Yargıtay kararlarına göre, bir tarafın, bilirkişi raporuna itiraz etmemesi ile, itiraz eden diğer taraf lehine bir tür usulî müktesep (kazanılmış) hak doğar. Yani, bir taraf rapora itiraz etmez ve diğer tarafın itirazı üzerine, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılır ve ikinci bilirkişi raporu, birinci rapora itiraz edenin daha da aleyhine olursa, ilk rapora itiraz etmeyen taraf bakımından ilk rapor kesinleştiğinden ve bununla, itiraz eden diğer taraf lehine bir müktesep (kazanılmış) hak doğduğundan, mahkemenin ilk bilirkişi raporuna göre karar vermesi gerekir²³.

C. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL OLARAK DEĞERİ

Bilindiği üzere deliller, davanın dayanağını oluşturan vakıaların ispatına yarayan vasıtalar (araçlar)'dır. Deliller; kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Takdiri delillerden biri de bilirkişi delili olup, kanun koyucu bunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275 ve devamı maddelerinde düzenlemiştir.

Yukarıda izah ettiğimiz şekilde, bilirkişi deliline, teknik veya özel bir bilgiyi gerektiren hallerde başvurulabilmekte, mahkemece tayin edilen bilirkişi (veya bilirkişiler) görüşünü bir rapor halinde mahkemeye sunmaktadır. Bilirkişi raporlarının delil olarak değeri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286 ncı maddesinde, "*Ehliyyukufun rey ve mütalâaları, hakimi takyit etmez*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, bilirkişi raporu hâkimi bağlamaz. Zira, bilirkişi raporu takdiri bir delildir ve hâkim bu takdiri delili serbestçe takdir eder. Bu hüküm, "*hâkim delilleri serbestçe takdir eder (HUMK.m.240)*" biçimindeki genel kura-

²² Bkz. **Üstündağ**, Usul, s. 750; **Atalay**, Bilirkişilik, s. 142.

²³ **Atalay**, Bilirkişilik, s. 142.

ın özel olarak vurgulanmasından başka bir şey değildir²⁴. Yoksa, bilirkişi raporunun hâkimi bağlaması, hâkimin bağımsızlığı ile bağdaşmaz. Kural bu olmakla birlikte, hâkim, kendi uzmanlık alanı dışında başvurduğu bilirkişi raporunu nasıl takdir edecektir?

Bu hususta öğreti ve uygulamada farklı yaklaşım tarzının sergilendiğini görmekteyiz. Öğretide bir görüşe göre, hâkim, bilirkişi raporunu tamamen serbest takdir eder, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa, bilirkişiden ek rapor isteyebileceği (HUMK.m.283) gibi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabilir (HUMK.m.284). Ancak, hâkim, bilirkişi raporunda yazılı olan özel ve teknik açıklamalardan, bilirkişi raporunda varılan sonucun yanlış olduğunu takdir edebilecek derecede bilgi sahibi olduğu kanısına varabiliyorsa yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmadan, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir²⁵ ²⁶. Başka bir görüşe göre, hâkim, bilirkişi raporlarını rasyonel esaslara göre takdir etmelidir²⁷. Diğer bir görüşe göre, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamaması ile ilgili kural, hâkimin mutlaka bilirkişi raporlarına göre ve bilirkişi raporları doğrultusunda karar vermemesi anlamına gelmelidir. Yine bilirkişi raporlarında mutlaka bir kesinlik bulunması ve bu takdirde hâkimin karar verebileceği de, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralına aykırıdır²⁸.

Uygulamada Yargıtay, bilirkişi raporlarının hâkimi bağlamayacağı kuralını kabul etmekle beraber, bu kuralın anlamını öğretiden farklı yorumlamaktadır. Buna göre, hâkim, bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Şayet, bilirkişi raporu yeterli görülmezse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Nitekim, Yargıtay'ın çeşitli tarihlerde verdiği kararlarında; "...Bilirkişi raporu hüküm vermeye elverişli görülmediği takdirde mahkemece yapılacak iş, ya Usulün 283 ncü maddesi gereğince bilirkişiden ek düşünce almak ya da Usulün 284 ncü maddesi uyarınca başka bilirkişi eliyle yeni baştan inceleme yaptırmaktan ibarettir"²⁹, "...Gerçekten hâkim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir. Bu hükmün amacı, hâkimin uygun görmediği rapor karşısında yeniden bilirkişiden mütalâa alınmasına veya gerekirse başka bilirkişinin düşüncesine başvurmasına imkân sağlamaktır. Bu itibarla hâkimin bilirkişi yerine geçerek kişisel düşünce ve müşahadelerine

²⁴ **Kuru**, Usul, C. III, s.2769.

²⁵ **Kuru**, Usul, C. III, s. 2770.

²⁶ Öğretide, bu görüşün modern usul hukukunun gereklerine uygun düşmediği, ülkemiz bakımından sahip olmadığı bir özel bilgi için üçüncü kişilere başvuran hâkimin elde ettiği bilgileri nasıl takdir edebileceği sorulması ve cevaplandırılması gereken çok güç bir soru olduğu; bu nedenle, uygulamadaki gerçekler karşısında, bilirkişilik kurumu bu gerçeklere uygun düşecek yeni bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği ileri sürülmüştür, bkz. **Üstündağ**, Usul, s. 755-756.

²⁷ **Postacıoğlu, İ. E.**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 655.

²⁸ **Pekcanitez**, Usul, s. 430-431.

²⁹ 2. HD., 10.12.1970, 5018/6437 (RKD., 1971/2, s. 52).

dayanarak hüküm vermesi mümkün değildir³⁰, “Çözümü özel ya da teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Her ne kadar bilirkişinin oy ve mütalâası hâkimi bağlamaz ise de bu kural, hâkimin kendisini bilirkişi yerine koyarak karar vermesine imkân tanımak anlamına gelmez. Bu gibi hallerde yapılacak iş, yeterli görülmeyen rapor hakkında bilirkişiye çağırıp gerekli bilgi alınıp sonucuna göre karar verme ya da yeni bilirkişiye işi havale edip bilgisinin tespit etmekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden bizzat yapılan şahsi görüşü esas alınarak hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır³¹, “... hâkim, belirtilen bilirkişi görüşüyle bağlı olmamakla beraber, bu tür hallerde hâkimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi de usule uygun düşmez...”³², “Dava konusu taşınmazın çok yakınındaki taşınmaz satışı emsal alınmasına rağmen, düzenlenen raporlar arasındaki fahiş fark değerlendirmenin isabetsiz olduğunu gösterir. Alınan ek raporlara rağmen bu çelişki giderilmediği takdirde, mahkemece yeni bilirkişi kurullarından raporlar alınmalı, emsalle dava konusu taşınmazın benzer konumda oldukları olgusu da gözetilerek raporlar denetlenmeli ve sonuca göre karar verilmelidir”³³, “Sağlık Şurası, hukuk davalarında HUMK’nun 276/2 ncı maddesinde öngörülen nitelikte resmi bilirkişi değildir. Hâkim, aynı Kanunun 286 ncı maddesi gereğince bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Raporlar arasında çelişki vardır. Denetime elverişli rapor alınarak, tarafların varsa kusurları ve bu kusurlu eylemler ile doğan zararlı sonuç arasında, bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı hususlarının saptanması gerekir”³⁴, bilirkişi hâkimi tatmin etmemesi karşısında ikinci, üçüncü, dördüncü ve hatta beşinci bilirkişilere başvurulabileceği³⁵ görüşünü benimsemiştir. Yine Yargıtay’a göre oy çokluğu ile verilmiş bilirkişi raporlarında, hâkimin, bilirkişi çoğunluğunun görüşünü benimseyerek karar verebileceği, aksi takdirde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği, yoksa azınlıkta kalan bilirkişinin görüşüne göre karar veremeyeceği kanaatini taşımaktadır. Örneğin; “Tenkis davasında, bilirkişilerin beyanları arasında değer bakımından uyumsuzluk çıkması halinde hâkim, çoğunluğun görüşüne katılabilir. Fakat azınlıkta kalanın görüşünü esas alarak hüküm veremez. Bu takdirde Usulün 286 ncı maddesi gereğince yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden azınlıkta kalan bilirkişinin beyanında gösterdiği değer in hükme esas alınmış ol-

30 2. HD., 11.9.1975, 6948/6497 (YKD., 1976/2, s. 144-145).

31 2. HD., 30.5.1989, 4901/5270 (YKD., 1990/1, s. 23).

32 19. HD., 16.6.1997, 9645/6213 (YKD., 1998/6, s. 890-891).

33 18. HD., 29.9.1999, 11867/11154 (YKD., 2000/2, s. 248-249).

34 13. HD., 9.5.2000, 1146/4438 (YKD., 2000/8, s. 1237-1239).

35 Bkz. 12. HD., 4.7.2000, 10507/11310 (Kuru, Usul, C. III, s. 2777); 18. HD., 29.9.1999, 11867/11154 (YKD., 2000/2, s. 248-249); 9. HD., 29.4.1975, 13141/27782 (Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s. 1254).

ması usul ve kanuna aykırıdır”³⁶, “...Usulün 284 ncü maddesi gereğince bilirkişilerce düzenlenen raporlar hükme yeterli değildir. Mahkemece yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve Usulün 286 ncü maddesi mahkemeye kendisini bilirkişi yerine koyarak takdir yetkisi de vermiş değildir. Mahkemece böyle yapılmayarak kararda yazılı gerekçelere göre mecurun yıllık kira parasının 24.000 TL olduğu kanaatine varılarak ve hükme yeterli görmediği ikinci bilirkişi kurulu raporunda, muhalif kalan tek bilirkişi tarafından verilen azınlık raporu yerinde görülerek ve bu rapora müsteniden mecurun yıllık kira parasının 20.000 TL olarak tespitine karar verilmesi doğru değildir.”³⁷ biçiminde kararlara da yer vermiştir.

Alman hukukuna yönelik, Alman Usul Kanununun 412 nci maddesine göre verilen raporu yeterli görmeyen mahkeme aynı veya başka bilirkişiler tarafından yeni bir rapor verilmesini emredebilir. Alman Yargıtay’ının kararlarına göre, yeni seçilecek bilirkişilerden daha büyük dikkat ve tecrübe beklenecek olan hallerde ikinci bir bilirkişi incelemesini emredilebileceği gibi, önceki bilirkişiden daha geniş meslekî veya daha iyi bilgi kaynaklarına sahip olan bir bilirkişinin tayini halinde de bu yol izlenmelidir. Özellikle, başka bir bilirkişi önceki bilirkişinin araştırma vasıtalarına üstünlük gösteren vasıtalara sahipse bu taktirde yeni bir bilirkişi isteği reddedilemez³⁸. Öte yandan, bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde Alman hukukundaki genel prensip, hâkimin delilleri (bu arada bilirkişi raporunu) serbestçe takdir edecektir (ZPO § 286/I,1)³⁹. Ancak, Alman hukukundaki yasal düzenleme bu doğrultuda olmasına karşın, uygulamada, mahkemelerin bilirkişi raporları üzerinde takdir hakkı geniş ölçüde sınırlanmış veya bazı hallerde tamamen kaldırılmıştır. Bu çerçevede uygulama sayesinde ki, bilirkişi raporları üzerinde hâkimin serbest takdir hakkına çok dar alanda geçerlilik sağlanmış, hâkimin serbest takdirinin artık bir prensip değil, bir istisna olduğu açıkça vurgulanmaktadır⁴⁰. Alman hukukunda bilirkişi kurumunun yeniden yasal bir çerçeveye oturtulması konusunda bir takım eğilimler mevcuttur.

Fransız Hukukunda ise, Usul Kanununun 179 ncü maddesine göre, hâkim bütün davalarda tarafların huzurunda uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında şahsi bilgi alabilir ve gerekli gördüğünde, bu vakıalar hakkında tespitler, değerlendirmeler, tahminler yapabilir. Bununla davada hâkimin ihtilâflı vakıalar üzerinde bilirkişiye başvurmasını engellememesine karşın, sınırlı bir çerçevede bilirkişi

³⁶ 2. HD., 19.2.1971, 658/1082 (Kuru, Usul, C. III, s. 2775-2776).

³⁷ 3. HD., 8.9.1970, 4312/3209 (İBD., 1971/3-4, s. 245-246).

³⁸ ZZP, 1984/1, s. 26’da not 114, 115, 116’da zikredilen kararlar.

³⁹ Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P., Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, s. 657; Baumbach, A./Lauterbach, W./Albers, J./Hartman, P., Zivilprozessordnung, 50. Aufl., München 1992, s. 872.

⁴⁰ ZZP., 1984/1, s. 25-30.

deliline başvurma veya bilirkişi üzerinde hâkimin denetiminin kuvvetlendirildiği kanısı yaygındır⁴¹.

Gerek öğretilerde ve gerekse uygulamadaki bu görüşler dikkate alındığında, bilirkişi raporunun değerlendirilmesinde şu sonuçlara varmak mümkündür:

Kanaatimizce, davanın hâkimi bilirkişi görüşünden yararlanırken, bilirkişi görüşünün hâkimi bağlamayacağına ilişkin olan ve hâkim delilleri serbestçe takdir eder biçiminde ifade edilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240 ncı maddesindeki hükmün, bilirkişi açısından tekrarını ifade eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 286 ncı madde hükmünü de gözönüne alacaktır. Başka bir deyişle, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görürse kararını vermede (hükmü oluşturmada) bu rapordan takdiri delil olarak yararlanabilecektir. Şayet yeterli görmezse, ek raporla yeterli hale getirilmesini bilirkişiden talep edebilecek veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir⁴². Hâkimin bilirkişi raporu karşısında yapacağı şey, genel mantık kuralları ve kendi hayat tecrübesi karşısında, bilirkişinin vardığı sonuç ile gösterdiği gerekçeler arasındaki mantıki bağ aramak, yapılan bilirkişi değerlendirmesinin mantık ve genel bilgilere aykırılık teşkil edip etmediğini araştırmaktır. Neticede hâkim, ister bilirkişinin raporunu yeterli görsün, ister ek raporla verilen bilgileri kabul etsin, isterse yeni bir bilirkişi raporu almış olsun, kararını verirken mutlaka bilirkişi raporunu tartışmalı ve değerlendirmelidir. Bunu yaparken bilirkişi görüşünün aksine karar da verebilmelidir⁴³. Yine hâkim, birden fazla bilirkişi raporundan varacağı sonuca göre, fakat hiçbir bilirkişi raporuna tam olarak uymayan karar da verebilir^{44 45}.

Buna karşılık Yargıtay, yukarıda belirttiğimiz kararlarında da görüldüğü üzere, hâkimin bilirkişi görüşü ile bağlı olmadığına işaret etmesine rağmen bilirkişi raporuna aykırı karar veremeyeceğini, bilirkişi görüşüne katılmıyorsa yeni bilirkişi incelemesi yaptırması ve kararını, bu bilirkişi raporuna dayandırması gerektiğini kabul etmektedir. Gerçi Yargıtay istisnai de olsa, mahkemenin alınmış bulunan bilirkişi raporundaki görüşlerden yararlanmak suretiyle, bu raporlardaki görüşün aksine karar verebileceğini kabul etmektedir. Örneğin; “...Bilindiği üzere, teknik konularda bilgisine başvurulmuş uzman görüşü, hâkimi mutlak anlamda bağlamaz. Verilen teknik bilgilerin ışığı altında bunun takdirini

⁴¹ ZZP., 1991/3, s. 297.

⁴² Aynı doğrultuda bkz. **Arslan**, Bilirkişilik Uygulaması, s. 177; **Bilge, N./ Önen, E.**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, Ankara 1978, s. 550.

⁴³ Bkz. **Kuru**, Usul, C. III, s. 2780; **Guldener, M.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 350-351; **Rosenberg, L./Schwab, K. H./ Gottwald, P.**, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., München 1993, § 123, IV.

⁴⁴ **Pekantez**, Usul, s. 431.

⁴⁵ Aksi görüşte, bkz. **Mavioğlu, O.**, “Bilirkişiyeye Başvurma Zorunluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, (İHFM., 1970, XXXVI/1-4, s. 371-387), s. 385.

yapmak hâkimin yetki ve görevi içerisindedir”⁴⁶, “... bilirkişinin, maddi olgulara ters düşen, raporun sonuç bölümündeki ... değerlendirmesi ile bağlı olmayacağı”⁴⁷ şeklindeki kararlarına rastlanılmaktadır. Bu gibi isabetli istisnai kararlar bir tarafa bırakıldığında, bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağına ilişkin Yargıtay’ın görüşleri, bilirkişi delilinin niteliği ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay’ın uygulaması, hâkimin takdir yetkisini ve bununla hâkimlik yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamakta, hâkimi adeta bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir vasıta ve aracı durumuna sokmaktadır⁴⁸. Alman hukukuna yönelik, Almanya’da yapılan istatistiklerde hâkimlerin bilirkişi raporlarıyla yüzde doksanbeş oranında bağlı bulduklarını göstermiştir⁴⁹.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 286 ncı maddesi gereğince, hâkim, bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirecektir. Burada hâkim, bilirkişi raporlarını rastgele değerlendirmek yetkisi ve keyfilğine de sahip değildir. Bilirkişi raporunun aksine karar veren hâkim bunun gerekçesini de göstermek zorundadır. Şayet gerekçe gösteremeyeceği uzman olmadığı konularda bilirkişi raporuyla yetinmek istemiyorsa tekrar bilirkişi deliline başvurabilmelidir. Bu adlî hakikatın ortaya çıkması açısından yadsınamaz bir gerçektir.

Şüphesiz bu hususta öğreti ve uygulayıcılar yanında Yargıtay’a büyük iş düşmektedir. Adlî gerçeğin ortaya çıkması açısından, davada bilirkişi raporlarının takdirine bağlı olarak verilen kararların olağan kanun yolu denetiminde Yargıtay’ın bilirkişi uygulaması ile ilgili ve eleştiri konusu olacak hatalı hususlar üzerinde titizlikle durması, yanlış uygulamanın kararların sonucu üzerindeki etkisi ortadan kaldırılması hususunda etkin çaba sarfedilmelidir.

D. SONUÇ

Hâkimin özel veya teknik bilgisinin yetmediği durumlarda, bilirkişinin bilgisinden ve görüşünden yararlanması kaçınılmazdır. Bu medeni yargılama alanında adlî hakikatın (şeklî ve maddî gerçeğin) ortaya çıkması açısından önem taşımaktadır.

Buna rağmen uygulamada gerek bilirkişiye başvurulması ve bilirkişi raporunun hazırlanması gerek bilirkişinin raporunun hâkimi bağlaması gerektiğine ilişkin Yargıtay’ın tutumu bu kurumdan beklenen amaca gölge düşürecek niteliktedir. Bu husus, uyumsuzluklara yönelik bilirkişi kurumuna ilişkin haklı eleştiri-

⁴⁶ 1. HD., 10.11.1994, 11683/14123 (YKD., 1995/5, s. 718-719).

⁴⁷ 20. HD., 7.9.1994, 93/12408, 1994/9892 (YKD., 1994/10); ayrıca bkz. 4. HD., 9.4.1984, 3007/3527 (İBD., 1971/3-4, s. 312-314).

⁴⁸ **Kuru**, Usul, C. III, s. 2781.

⁴⁹ Bkz. **Sendler**, Richter und Sachverstaendiger, Neue Juristische Wochenschrift, 1986, s. 47.

rilere maruz bırakılmasına neden olmuştur. Bu durum karşısında bilirkişi kurumunun yeniden ele alınarak köklü bir reforma tâbi tutulması yerinde olacaktır. Söz konusu değişiklik yapıncaya kadar, bilirkişi kurumundan beklenen faydanın gerçekleşmesi için yukarıda belirttiğimiz esaslar dahilinde Yargıtay bu konuda hassasiyet göstermeli, kararların bu doğrultuda gerçekleşmesi konusunda yapacağı inceleme ve değerlendirmelerle konuya ışık tutmalıdır.

Bu bağlamda, konumuzla sınırlı olarak, mahkemelerin bilirkişi seçiminde ve bilirkişiye başvurulacak konularda Kanundaki düzenleme amacına sadık kalınarak gerekli titizlik gösterilmeli, bilirkişilerin hazırlayacakları bilirkişi raporlarının bilimsel esaslara uygun olması, anlaşılır, açık ve net olmalı, hâkime yön gösterici nitelikte bulunmalıdır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta adaletli karar verme adına bilirkişi delilini de objektif ve bilimsel esaslar çerçevesinde serbestçe değerlendirebilmelidir.

28 EKİM 1988 TARİHLİ AVRUPA BİRLİĞİ AVUKATLIK MESLEK KURALLARI*

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN**

1- GİRİŞ

1-1 Avukatın Görevi

Hukuka saygı ilkesi üzerine kurulmuş bir toplumda avukat, önemli bir role sahiptir. Onun görevi, sadece kanun çerçevesi içinde verilen bir vekilliğin özenle yerine getirilmesi ile sınırlı değildir. Bir hukuk devletinde avukat, hem adalete, hem de hak ve özgürlüklerini savunmakla yükümlü olduğu kişiler için vazgeçilmezdir. O, müvekkilinin hem savunucusu, hem de danışmanıdır.

Avukat, bir vekilliği yerine getirirken, kısmen birbirlerine zıt görünen çok sayıda kanuni ve mesleki yükümlülükler ile bağlıdır. Bu yükümlülükler;

-Müvekkiline,

-Nezdinde müvekkilini temsil ettiği, ya da yardımcı olduğu mahkemelere ve diğer yetkili makamlara,

-Genel olarak mesleğine ve özellikle her meslektaşına,

* Beck'sche Textausgaben; BRAO, BRAGO Bundesrechtsanwaltsordnung Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung und zugehörige Gesetze, 3. Auflage, München 1999, s. 111 vd. dan tercüme edilmiştir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflas Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

-Kendi koyduğu kurallara dayanan, özgür ve bağımsız bir avukatlık mesleğini, kişinin haklarını devlet ve diğer menfaat gruplarına karşı savunmanın temel unsuru olarak gören bir topluma,

karşı olan yükümlülüklerdir.

1-2 Meslek Kurallarının İçeriği

1.2.1 Avukat, meslek kurallarına kendiliğinden uymakla, AB için vazgeçilmez olan görevlerinin, birlik tarafından hukuka uygun olarak algılanmasını güvence altına almış olur. Bu kurallara uyulmaması ise, avukat için nihayetinde bir disiplin cezasını gerektirir.

1.2.2 Her baro, kendine özgü, kendi mesleki geleneklerine dayanan meslek kurallarına sahiptir. Bu kurallar, üye devletlerin meslek ile ilgili organizasyonuna, mesleğin faaliyet sahasına, milli mevzuata, mahkeme ve idari makamlardaki uygulamaya göre belirlenirler. Bu kuralları, bu bağlantılarından ayırmak veya onları bunlarla uyum sağlamayacak şekilde genelleştirmek, imkansız olduğu gibi, arzu edilen bir şey de değildir. Ancak, her baronun meslek kuralları, aynı değerlere dayanmakta ve büyük ölçüde bu konuda temel bir birlikteliği ifade etmektedirler.

1-3 Meslek Kurallarının Hedef ve Amaçları

1.3.1 Avrupa Topluluğunun giderek yerleşmesi ve avukatın iş sahasının bu topluluk içinde giderek artan bir oranda sınırötesi alanlarda yoğunlaşması sonucu, hak arayan kişinin yararının korunması bakımından, gerçekte hangi baroya tabi olduğuna bakılmaksızın her avukatın tabi olacağı ortak kuralları belirleme zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Meslek kuralları konusunda bu şekilde bir düzenleme yapmanın temel amacı, 22 Mart 1977 tarih ve 77/249 sayılı Talimatın 4 üncü maddesinde öngörüldüğü üzere, farklı meslek kurallarının uygulanmasından doğabilecek zorlukların azaltılmasıdır.

1.3.2 CCBE¹ bünyesinde toplanmış avukatlık mesleği ile ilgili kuruluşların temsilcileri, aşağıda hüküm altına alınmış kuralların,

-Şimdiden AB barolarının ortak düşüncelerinin bir ifadesi olarak kabul edilmesini,

-En kısa sürede ulusal ve/veya topluluk hukukunda yapılacak düzenleme ile, avukatın AB içindeki sınırötesi faaliyetlerine uygulanması bakımından bağlayıcı olduğunun açıklanmasını,

¹ Conseil des Berraux de la Communauté Européenne (Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft - Avrupa Topluluğu Barolar Meclisi).

-Meslek kurallarında ulusal düzeyde yapılacak her reform çalışmasında dikkate alınmasını, böylelikle AB Meslek Kuralları'nın giderek artan bir ölçüde uyumunun sağlanmasını,

temenni etmektedirler.

Birlik içindeki milli meslek kurallarının AB Meslek Kuralları ile uyum içinde yorumlanması ve uygulanması yukarıda belirtilen kuruluşların diğer bir temennisidir.

Bu meslek kurallarının sınırötesi faaliyetler bakımından bağlayıcı olmasından sonra, avukat, AB Meslek Kuralları ile çelişmediği sürece, bağlı olduğu baronun meslek kurallarına bağlı olmaya devam eder.

1-4. AB Meslek Kurallarının Kişi İtibariyle Uygulanma Alanı

Aşağıdaki kurallar, 22 Mart 1977 tarih ve 77/249 sayılı Talimatname çerçevesinde Avrupa Birliği içindeki bütün avukatlara uygulanır.

1.5. AB Meslek Kurallarının Konu İtibariyle Uygulanma Alanı

Milli sınırlar içinde geçerli olan kuralların tedricen uyumlaştırılması amacına halel gelmemek şartıyla, aşağıdaki kurallar avukatın Avrupa Topluluğu içindeki sınırötesi faaliyetlerine uygulanacaktır.

- a) Diğer bir üye devlet avukatı ile kurulan her türlü mesleki ilişkiler,
- b) Avukatın şahsen bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bir diğer üye devlette yaptığı mesleki ilişkiler;

Sınırötesi faaliyetlerdir.

1-6 Tanımlar

Aşağıda verilen meslek kuralları açısından, hangi deyimlerin hangi anlamda kullanıldığı aşağıda belirtilmiştir:

- “Menşe devlet”, avukatın kayıtlı bulunduğu baronun bağlı olduğu devleti,
“Kabul eden devlet”, avukatın sınırötesi faaliyette bulunduğu üye devleti,
“Yetkili merci”, disiplin kovuşturmalarını yapma ve meslek kurallarını koyma konusunda yetkili olan devletin mesleki kuruluş ya da kuruluşları veya ilgili mercilerini,
ifade eder.

2- GENEL İLKELER

2-1 Bağımsızlık

2.1.1 Avukata yüklenen yükümlülüklerin çeşitliliği, onun dışardan gelecek baskılara karşı bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bu husus, özellikle avukatın kendi kişisel çıkarlarına ve üçüncü kişilerden gelecek baskılara karşı da geçerlidir. Avukatın sahip olması gereken bu bağımsızlığı, adalete duyulan güven açısından hakimlerin bağımsızlığı kadar önemlidir. Bu nedenle, avukat, bağımsızlığına hanel getirmemeli, müvekkilini, hakimi ya da üçüncü şahısları memnun etmek için meslek kurallarını göz ardı etmemelidir.

2.1.2 Bu bağımsızlık, mahkeme nezdinde yürütölen faaliyetlerde olduğu kadar, mahkeme dışında yapılan faaliyetler için de önemlidir. Çünkü, avukat tarafından hatıra binaen, kişisel menfaatten ya da üçüncü bir kişinin baskısı ile verilen hukuksal görüşün müvekkil için değeri olmaz.

2-2 Güven ve Onur

Güvene dayalı bir ilişki, avukatın, doğruluğu, dürüstlüğu ve onuru konusunda şüphe duyulmamasını gerektirir. Avukatlık mesleğinin bu geleneksel değerleri, avukat için aynı zamanda meslek kuralları niteliğindedir.

2.3 Meslek Sırrı

2.3.1 Avukatın müvekkilinin sırlarının mutemedi olması ve kendisine güvene dayalı bilgilerin verilmesi, avukatlık mesleğinin temelidir. Gizlilik kurulmamış ise, güven de oluşamaz. Bu nedenle, meslek sırrı, avukatın başlıca temel hak ve temel yükümlülüğüdür.

2.3.2 Avukat, müvekkilinin kendisine verdiği veya onun müvekkilinin çıkarlarını korumak ile ilgili olarak öğrendiği bütün sırları korumakla yükümlüdür.

2.3.3 Bu yükümlülük, zamanla sınırlı değildir.

2.3.4 Avukat, mesleki faaliyeti dolayısıyla kendisi ile işbirliği yapan herkesin ve yanında çalışanların meslek sırlarına saygı göstermelerine dikkat eder.

2.4 Başka Baroların Meslek Kurallarına Saygı

Avrupa Topluluğu hukukundan dolayı (özellikle 22 Mart 1977 tarih ve 77/249 sayılı Talimatın uygulanması açısından) bir üye devletin avukatı, kabul eden devletin barosunun meslek kurallarına uymak durumunda kalabilir. Bu durumda avukat, belli bir faaliyeti nedeniyle uymak zorunda olduğu meslek kuralları hakkında bilgi edinmek zorundadır.

2.5 Meslekle Bağdaşmayan İşler

2.5.1 Avukatın bağımsızlığı ve yargılama faaliyetine katkıda bulunma konusundaki yükümlülüğüne zarar gelmemesi için, avukatlık mesleği bazı meslek ve işlerle bağdaşmamaktadır.

2.5.2 Kabul eden bir devletin mahkemesinde veya resmi makamlarında bir müvekkilini savunan veya temsil avukat, o üye devlette avukatlık mesleği ile bağdaşmayan işleri düzenleyen kurallara uymakla yükümlüdür.

2.5.3 Kendi devleti dışında bir üye devletin topraklarına yerleşmiş bulunan avukat, avukatlık mesleği dışında ticari ya da başka bir faaliyette bulunmak istiyorsa, bulunduğu üye devletin avukatlık mesleği ile bağdaşmayan işleri düzenleyen kurallara uymak zorundadır.

2.6 Kişisel Reklam

2.6.1 Avukat, yasak olduğu yerde kendisi için reklam yapamaz veya başkasına reklamını yaptırtamaz. Bunların dışında kalan durumlarda avukat, bağlı bulunduğu baronun meslek kurallarının izin verdiği ölçüde kişisel reklamını yapabilir veya yaptırtabilir.

2.6.2 Kişisel reklam, özellikle medya yoluyla yapılacak kişisel reklamın yapılması, bunlara izin verilen ülkede caizdir. Ancak, bunun için avukatın bu reklamı, sadece bu ülkede bulunan mevcut veya muhtemel müvekkillere ulaşmak amacıyla yaptığını, dolayısıyla başka bir yerde bulunanlara yönelik olmadığını ispatlaması gerekir.

2.7 Müşterinin Menfaati

Kanuni hükümler ile meslek kuralları saklı kalmak kaydıyla avukat, müvekkillerini onların menfaatlerini kendi kişisel menfaatinden, meslektaşının veya avukatlık mesleğinin menfaatinden önce gelecek şekilde temsil etmek ve/veya savunmakla yükümlüdür.

3- MÜVEKKİLLERLE İLİŞKİLER

3-1 Vekilliğin Başlangıcı ve Sonu

3.1.1 Avukat, müvekkili temsil eden bir başka avukat ya da yetkili bir merci tarafından görevlendirilmesi halleri dışında, ancak müvekkilden vekalet aldıktan sonra harekete geçebilir.

3.1.2 Avukat müvekkilini savunurken veya ona hukukî danışmanlık yaparken, seri, özenli ve titiz olmak zorundadır. Kendisine verilen vekaletin yerine

getirilmesinden şahsen sorumludur. Müvekkilini, aldığı işin gelişmelerinden haberdar eder.

3.1.3 Avukat, hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği bir işi reddetmek zorundadır, meğer ki bu konuda yeterli bilgiye sahip olan bir başka avukatla birlikte çalışıyor olsun. Avukat diğer işleri dolayısıyla gecikmeksizin ilgilenmesinin imkansız olduğu bir davayı kabul edemez.

3.1.4 Avukat, belli bir işi takipten veya savunmadan çekilme hakkını, müvekkilinin herhangi bir zarara uğramadan başka bir meslektaşının yardımını alabilecek durumda olabilecek şekilde kullanmalıdır.

3.2 Menfaatler Çatışması

3.2.1 Avukat, menfaatleri arasında ihtilaf bulunan veya böyle bir ihtilafın çıkması konusunda kuvvetli ihtimal bulunan bir davada birden fazla müvekkilin danışmanı, temsilcisi ya da müdafii olarak görev yapamaz.

3.2.2 Avukat bir menfaat çatışmasının ortaya çıkması, meslek sırrına tecavüz ihtimali olması ya da bağımsızlığın tam olarak kullanılabilmesinin tehlikeye girdiği hallerde, o dava ile ilgili olarak tüm müvekkillerinin vekilliğini bırakmak zorundadır.

3.2.3 Avukat, eski müvekkilin verdiği sırların açığa çıkması tehlikesinin bulunması ya da eski müvekkile ait işlerin bilinmesinin yeni müvekkili eskiye karşı haksız bir şekilde elverişli duruma sokabilecek işleri kabul edemez.

3.2.4 Bu maddenin 3.2.1'den 3.2.3'e kadar olan fıkra hükümleri, ortak avukatlık bürosu ile bu büroda çalışan avukatlar hakkında da uygulanır.

3.3 Hasıl-ı Davaya İştirak (Dava Sonucuna Katılma) Sözleşmesi

3.3.1 Avukat, aldığı davanın sonucuna katılımını sağlayacak şekilde vekalet ücreti kararlaştırılmaz.

3.3.2 Dava sonucuna katılma sözleşmesi, avukatla müvekkili arasında, müvekkili ilgilendiren bir işin nihai olarak sonuçlanmasından önce yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile müvekkil, dava sonucunun bir bölümünü bir miktar para veya herhangi başka bir menfaat şeklinde avukata ödemeyi taahhüt eder.

3.3.3 Vekalet ücretinin avukatın üzerine aldığı bir davanın değeri üzerinden tayin edileceğini öngören sözleşme, resmi ücret tarifesine uygunsa ya da avukatın bağlı bulunduğu makam tarafından kabul ediliyorsa, dava sonucuna katılma sözleşmesi olmaz.

3.4 Vekalet Ücretinin Tayini

3.4.1 Avukat talep ettiği vekalet ücreti konusunda müvekkiline bilgi vermeli ve ücretinin tutarı hakkaniyete uygun olmalıdır.

3.4.2 Müvekkil ile avukat arasında geçerli bir sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet ücreti, avukatın bağlı bulunduğu baronun bu konudaki düzenlemesine göre tespit edilecektir. Avukat birden fazla baronun üyesi ise, vekalet ilişkisinin en yakın bağlantılı olduğu baronun düzenlemesi esas alınır.

3.5 Ücret ve Masraf Avansı

Avukat, masraflar ve/veya ücrete mahsuben bir avans ödenmesini talep ederse, bunun, işin gerektirdiği tahmini harcamalar ve vekalet ücretine biçilecek makul bir değer üstünde olmaması gerekir. Talep edilen avansın ödenmemesi durumunda avukat, 3.1.4 maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla sözkonusu vekalet reddetme veya bundan çekilme hakkına sahiptir.

3.6 Vekalet Ücretinin Avukat Olmayan Birisi İle Avukatmış Gibi Paylaşılması

3.6.1 Aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, avukatın vekalet ücretini avukat olmayan birisiyle paylaşması yasaktır.

3.6.2 3-6-1'deki kural, avukatın ölen meslektaşının mirasçılara, ya da müstafi meslektaşına, bu meslektaşın bürosunu devralma karşılığında ödenen ücret ya da tazminata uygulanamaz.

3.7 Adli Yardım

Avukat, adli yardımdan (dava ve davadan önce danışmanlık yardımı için) yararlanabilecek durumda olan müvekkilini bu konuda bilgilendirmekle yükümlüdür.

3.8 Müvekkile Ait Paralar

3.8.1 Müvekkil veya üçüncü bir şahıs adına kendisine herhangi bir zamanda bir para ödemesi (bundan sonra müvekkile ait para olarak anılacaktır) yapılan avukatın aşağıda belirtilen kurallara uyması gerekir.

3.8.1.1 Müvekkile ait paranın daima kamunun denetimi altında bulunun bir bankadaki hesaba yatırılması gerekir. Müvekkilin açık veya zımni bir talimatıyla başka bir uygulama sözkonusu olmadığı sürece, avukatın eline geçen müvekkile ait bütün paraların bu hesaba yatırılması şarttır.

3.8.1.2 Müvekkil ait paranın yatırıldığı avukata ait bütün hesaplara, yapılan ödemenin müvekkile ait olduğu konusunda kayıt düşülmesi gerekir.

3.8.1.3 Müvekkile ait paranın yatırıldığı avukat hesabında daima, en az, avukatın elindeki müvekkile ait para kadar bir miktar bulunmalıdır.

3.8.1.4 Müvekkile ait para, müvekkilin ilk talebi ile (ikinci bir isteme gerek kalmaksızın) veya müvekkil ile bu konuda yapılan şartlar çerçevesinde müvekkile ödenmelidir.

3.8.1.5 Aksini öngören kanun hükümleri ile ödeme konusunda müvekkilin açık veya zımnı muvafakati saklı kalmak üzere, müvekkile ait paranın üçüncü bir kişiye ödenmesi caiz değildir. Bu husus;

a) Müvekkile ait paradan başka müvekkile veya başka müvekkil için yapılan ödemeler,

b) Avukat ücretinin takas edilmesi,

için de geçerlidir.

3.8.1.6 Avukat, müvekkilin parasını kendi hesap bakiyesinden ayırmalı ve müvekkile ait para ile ilgili yapılan bütün işlemler hakkında tam bir muhasebe tutmalıdır. Avukat, müvekkiline talep üzerine bu konuda hesap özeti de (hesap ekstresi) verir.

3.8.1.7 Üye devletlerin yetkili makamları, belirledikleri kurallara uyulup uyulmadığını incelemek ve uyulmamış olunması halinde yaptırımları uygulamak için, meslek sırrını korumak şartıyla, müvekkil ait para ile ilgili belgeleri denetleme ve incelemeye yetkilidirler.

3.8.2 Aşağıda belirtilen hususlar saklı kalmak üzere, 3.8.1 maddede öngörülen kurallara hanel gelmemek kaydıyla, başka bir üye devletteki mesleki faaliyeti çerçevesinde kendisine müvekkile ait para verilen avukat, üyesi bulunduğu devletin barosunca müvekkile ait paraya ilişkin kurallara uymak zorundadır.

3.8.3 Menşe bir devlette faaliyette bulunan avukat, kabul eden devlet ile menşe devletin yetkili makamlarının uzlaşmaları halinde, kabul eden devletin kurallarına uymak zorunda kalmaksızın sadece menşe devletin kurallarıyla bağlı tutulabilir. Bu durumda avukat, müvekkillerini, kabul eden devletin kurallarına tabi olduğunu bildirmek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

3.9 Mesleki Mesuliyet Sigortası

3.9.1 Avukat, mesleki sorumluluğu hususunda, mesleki faaliyeti sebebiyle karşı karşıya bulunduğu riskin nitelik ve boyutlarıyla orantılı ölçüde daima sigortalanmış olmalıdır.

3.9.2.1 Aşağıdaki hükümler saklı kalmak üzere, bir başka üye devlette mesleki faaliyette bulunan avukat, menşe ülkede geçerli mesleki sorumluluk hususunda sigortalama yükümlülüğüne ilişkin hükümleri yerine getirmekle mükelleftir.

3.9.2.2 Menşe ülkede geçerli olan hükümlere göre mesleki mesuliyet sigortası yapmak zorunda olan avukat, bir başka üye devlette mesleki faaliyette bulunursa, sözkonusu sigortanın kabul eden üye devletteki faaliyetine teşmilini sağlamak için çaba göstermelidir.

3.9.2.3 Menşe ülkenin mevzuatı avukata böyle bir sigorta yükümlülüğü getirmiyorsa, ya da 3.9.2.2 maddede öngörülen sigortanın teşmili mümkün değilse, avukat yine de kabul eden üye devletteki müvekkillerinin hizmeti için yürüttüğü mesleki faaliyeti ile ilgi olarak hiç değilse kabul eden devletteki avukatlara getirilen zorunluluk ölçüsünde sigortalanmalıdır. Bu şekilde sigortalanmanın imkansız olması, bu yükümlülüğe istisna teşkil eder.

3.9.2.4 Yukarıda kurallar uyarınca sigortalanması mümkün olmayan avukat, bu sigortanın yokluğu sebebiyle zarara uğrama riski altına giren müvekkillerini bilgilendirmek için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

3.9.2.5 Kabul eden üye devlette faaliyette bulunan avukat, menşe devlet ve kabul eden üye devletin yetkili makamlarının uzlaşmaları halinde, sadece kabul eden üye devletin mesleki mesuliyet sigortasına ilişkin kurallarıyla bağlı tutulabilir. Bu halde, avukat, sigortasının kabul eden devlette yürürlükte bulunan kurallara uygun olduğu hususunda müvekkillerini bilgilendirmek için gerekli bütün çabayı göstermekle yükümlüdür.

4 MAHKEMELER İLE İLİŞKİLER

4.1 Yargılama Faaliyetine Uygulanacak Meslek Kuralları

Bir üye devletin yargı mercii önüne çıkan ya da böyle bir mahkemede derdest olan bir davaya katılan avukat, o mahkeme için geçerli olan meslek kurallarına uymak zorundadır.

4.2 Davada Şansların Eşitliğini Koruma

Avukat, her zaman adil bir yargılamanın yapılması için gereken özeni göstermek zorundadır. Önceden karşı tarafın avukatına bilgi vermeksizin bir davanın konusu ile ilgili olarak hakimle temasa geçemez. Usul hukukunun buna cevaz vermesi dışında, avukat, zamanında karşı tarafın avukatına takdim etmeden hiçbir belgeyi, notu ya da benzeri dökümanı hakime sunamaz.

4.3 Mahkemeye Saygı

Avukat, hakimlik makamına karşı gereken saygı ve kibarlık ölçüleri içinde, müvekkilini özenle ve müvekkilinin menfaati için kendisine en uygun gelen hukuksal yolu kullanarak savunmalıdır.

4.4 Asılsız ya da Hataya Sevkedici Bilgilerin Verilmesi

Avukat asla, asılsız ya da hataya sevkedici nitelikte bilgileri mahkemeye bilerek vermemelidir.

4.5 Hakem ve Benzer İşlevleri Olan Şahıslara Uygulanacak Hükümler

Avukatın hakimle olan ilişkilerine uygulanan hükümler hakem ya da arızı de olsa hakim ya da hakime yardımla yükümlü kişi ile olan ilişkilerde de uygulanır.

5 MESLEKTAŞLAR İLE OLAN İLİŞKİLER

5.1 Mesleki Dayanışma

5.1.1 Mesleki dayanışma, müvekkilin menfaati ve gereksiz davaların önlenmesi için avukatlar arasında güven ilişkisini ve işbirliğini gerektirir. Mesleki dayanışma, avukatın menfaatlerini asla adaletin ya da hak arayanın menfaatleriyle karşı karşıya getirmemelidir.

5.1.2 Her avukat, bir başka üye devletteki avukatı meslektaş olarak görmeli ve ona karşı adil ve kibar davranmalıdır.

5.2 Çeşitli Üye Devletlerden Olan Avukatlar Arasındaki Mesleki Dayanışma

5.2.1 Kendisine üye devletlerden bir meslektaşı tarafından başvuru alan avukat, hakkında yeterli donanıma sahip olmadığı işi almamalıdır. Bu durumda, sözkonusu avukat, talep edilen hizmeti istenilen şekilde yerine getirecek bir avukat bulabilmesi için meslektaşına yardımcı olmalıdır.

5.3 Avukatlar Arasındaki Haberleşme

5.3.1 Üye bir devletteki meslektaşına gizli veya bekletilmemesi gereken bir haber yollayan avukat, bu arzusunu açıkça belirtmelidir.

5.3.2 Gizli veya bekletilmemesi gereken bir haber alan avukat, haberin niteliğine uygun davranamayacak ise, aldığı bu haberi, içeriğini açıklamadan geri göndermelidir.

5.4 Aracılık Ücreti

5.4.1 Avukat, diğer bir avukattan veya üçüncü bir şahıstan, ismini verdiği veya tavsiye ettiği bir müvekkilden dolayı bir ücret, komisyon ya da benzeri maddi bir karşılık talep edemez ve yapılan böyle bir ödemeyi kabul edemez.

5.4.2 Avukat, hiç kimseye, müvekkil bulma konusunda aracılık yapma karşılığında bir ücret, komisyon ya da benzeri maddi bir karşılık ödeyemez.

5.5 Karşı Tarafla İlişki

Karşı tarafın avukatının muvafakat etmesi ve onun bilgilendirilmesi saklı kalmak üzere, avukat, bir davada, bir avukat tarafından temsil edildiğini ya da avukattan hukuki yardım gördüğünü bildiği tarafla doğrudan ilişkiye geçemez.

5.6 Avukat Değişikliği

5.6.1 Avukat, madde 5.6.2. hükmü saklı kalmak kaydıyla, selevi olduğu meslektaşını durumdan haberdar etmek ve onun avukatlık ücreti ile yaptığı masrafların ödenmesini güvence altına almak şartıyla, belirli bir davada bir meslektaşına halef olabilir. Ancak, bu mesleki yükümlülük, avukatın, selevinin avukatlık ücretinden ve yaptığı masraflardan şahsen sorumlu olması sonucunu doğurmaz.

5.6.2 5.6.1 maddede öngörülen şartlar yerine getirilmeden önce müvekkilin menfaati acil önlemler alınmasını gerektiriyorsa, avukat selevine derhal bilgi vermek şartıyla bu önlemleri alabilir.

5.7 Ücret Talebi Konusunda Meslektaşlar Arasındaki Sorumluluk

Çeşitli üye devlet barolarına mensup avukatlar arasındaki mesleki ilişkilerde, müvekkiline başka bir ülkedeki meslektaşını tavsiye ya da vekaletin ona verilmesi konusunda aracılık etmekle yetinmeyip, davayı temas halinde olduğu bir avukata havale eden ya da ona danışan avukat, müvekkilinin ödeme yapmaması halinde, yabancı avukata danışmadan kaynaklanan ücret, masraf ve günlük harcamaları bizzat ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte ilgili avukatlar, ilişkilerinin başında yapacakları anlaşma ile bu konuda farklı bir düzenleme getirebilirler. Bundan başka, avukat, her zaman kişisel sorumluluğunu, yabancı meslektaşına bu konuda bildirim yaptığı zamana kadar olan ücret, masraf ve günlük harcama tutarı ile sınırlı tutabilir.

5.8 Genç Avukatların Yetiştirilmesi

Çeşitli üye devletlere mensup avukatlar arasındaki işbirliği ve güveninin güçlendirilmesi ve müvekkillerin menfaatinin korunması için, üye devletlerin kanunları ve usul kurallarına daha iyi vakıf olunmasını teşvik etmek gerekir. Avukat, bu amaca yönelik olarak başka üye devletlerden gelen genç meslektaşlarının yetiştirilmelerini sağlamayı, kişisel bir görev olarak kabul etmelidir.

5.9 Üye Devlet Avukatları Arasındaki İhtilafların Çözümü

5.9.1 Bir avukat, başka bir üye devlete mensup meslektaşının meslek kurallarından birini çiğnediği kanaatinde ise, bu meslektaşının dikkatini çekmekle yükümlüdür.

5.9.2 Farklı üye devlete mensup avukatlar arasında mesleki faaliyet konusunda bir ihtilaf çıkarsa, taraflar meseleyi önce sulh yoluyla halletmeye çalışmalıdırlar.

5.9.3 Avukat, 5.9.1 ve 5.9.2 maddelerde öngörülen türden bir ihtilafı ilgili olarak bir başka üye devlete mensup bir meslektaşına karşı dava yoluna gitmeden önce, ihtilafın sulh yoluyla çözümü konusunda çaba gösterebilmeleri için, kendisinin ve diğer meslektaşının bağlı olduğu barolara haber vermekle yükümlüdür.

tez özetleri

AVRUPA TOPLULUKLARINDA AKİTTEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA ROMA SÖZLEŞMESİ*

Arş. Gör. Musa AYGÜL*

GİRİŞ

Avrupa Toplulukları Hukukunda, Topluluk Hukukunun kaynakları arasında AT sözleşmeleri olarak adlandırılan Sözleşmeler de yer almaktadır. İşte bu sözleşmelerden biri de, Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesidir¹.

AT Antlaşmasınının 220. maddesi; üye devletler arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi, şirketlerin karşılıklı olarak tanınması, ticaret ve özel hukuk alanındaki mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için, üye devletlere anlaşmalar yapma hususunda ödevler yüklemiştir².

Sadece üye devletler arasında yapılan bu anlaşmalar ortak pazarın güçlenmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, Topluluk hukukunun amaçlarına hizmet edecek nitelikte anlaşmalardır. Bu nedenle, bu anlaşmalar, Topluluğun hukuk sisteminde, Topluluk hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir.

* Bu çalışma, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans tezi olarak hazırlanan ve Prof. Dr. Tuğrul Arat, Yrd. Doç.Dr. Gülin Güngör ve Yrd. Doç.Dr. Bige Tanrıbilir'den oluşan jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulunan tezin özetidir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı

1 "Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations Opened for Signature in Rome on 19 June 1980": O.J., 9.10.1980, L. 266, s.1-18.

2 LASOK, D. - BRIDGE, S.W.:Law & Institutions of The EEC, London 1991, s. 120.

Madde her ne kadar üye devletlere bir ödev yüklemişse de, bu anlaşmaların hazırlanmasında Topluluk Komisyonu aktif bir rol oynamıştır³.

Bu anlaşmalar ile üye ülkeler, Topluluk hukukunun yanında, Topluluk hukukunun bir parçası olarak yeni bir hukuk kaynağı yaratabilirler. Bu sözleşmeler, üye ülkelerde de yürürlüğe gireceği için, hem millî mahkemeler, hem de ATAD, sözleşmeyi uygulamak durumundadır.

AT Antlaşmasının 220. maddesi hükmü altında, bugüne kadar dört tane sözleşme imzalanmıştır. Bunlardan birincisi, 1968 tarihli Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Sözleşmedir. Bu Sözleşme üye devletler arasında 1969 tarihinde imzalanmış ve kurucu üye devletler arasında 1 Şubat 1973’de yürürlüğe girmiştir⁴.

İkincisi 1968 tarihli Tüzel Kişiliklerin ve Ortaklıkların Tanınması Hakkındaki Sözleşmedir. Bu Sözleşme 1968’de kurucu ülkeler arasında imzalanmış, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir⁵. Üçüncüsü Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmedir. 1 Nisan 1991 tarihinden itibaren, İngiltere’nin yedinci onay belgesini vermesi ile yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁶. Sonuncusu ise, 1975 tarihinde imzalanıp, ancak henüz yürürlüğe girmeyen Ortak Pazar için Avrupa Patenti Sözleşmesidir⁷.

Bazı yazarlar⁸ Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi ile Ortak Pazar için Avrupa Patenti Sözleşmesinin, doğrudan AT Antlaşmasının 220. maddesine dayanmadığını savunmaktadırlar. AT Antlaşmasının 220. maddesinde, yalnızca şirketlerin karşılıklı tanınması ve hakem ve mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve tenfizi ile ilgili konularda

3 HARTLEY, T.C.: The Foundations of The European Community Law, Clarendon Press, Oxford 1994, s. 103.

4 “Convention on Jurisdiction and The Enforcement of Judgements In Civil and Commercial Matters”: O.J., 30. 10. 1978, L.304, s. 36-54.

5 “Convention on The Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate”: EC, Bull. Supp., 2/1969, s. 6-16; LASOK-BRIDGE, s. 123.

6 NORTH, P.: Varying the Proper Law, Essays in Private International Law, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 51, (Proper Law); LEWIS, A: Principles of Contract & European Commercial Law, Tudor 1992, s. 363.

7 “The European Patent for Common Market Convention”: O.J., 1976, L. 17; LASOK-BRIDGE, s. 123.

8 DICEY-MORRIS: The Conflict of Laws, London 1993, s.1193-1194; NORTH, P.: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation(1980): Its History and Main Features, Essays in Private International Law, Clarendon Press, Oxford 1993, s.30-31, (Contractual Obligations); STONE, P.:The Conflict of Laws, London and Newyork 1995, s.224, dpn. 1; COLLIER, J. G.: Conflict of Laws, 2nd Edition, Cambridge 1996, s.182, dpn.2.

üye devletlere bir yükümlülük getirdiği, akitlerle ile bir düzenleme yapılması hususunda devletlere bir yükümlülük yüklenmediği belirtilmektedir. Yine bu yazarlar, Roma Sözleşmesinin yasal dayanağının, doğrudan 220.maddesi olmasa da, 220.maddeye dayanılarak yapılan Brüksel Sözleşmesinin doğal bir uzantısı olduğunu kabul etmektedirler⁹. Akitlerin Topluluğun yetki alanı içinde kaldığında şüphe yoktur¹⁰. Akitlerle ilgili kanunlar ihtilâfi kurallarının birleştirilmesiyle akde uygulanacak hukukun saptanması kolaylaşmış olacaktır. Topluluk alanında, aynı konuda, aynı kişiler arasında daima aynı maddî hukukun uygulanması temin edilecektir¹¹. Bunun ise Ortak Pazarın gerçekleştirme amacına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle Roma Sözleşmesinin de yasal dayanağının AT Antlaşmasının 220. maddesi olduğunda kuşku yoktur¹². Bu sözleşmelerin amacı da (üye ülkeler arasında) Ortak Pazar hedefinin gerçekleşmesi için üye ülkelerde yeknesak hukuk kurallarının oluşturulmasıdır. Yine bu sözleşmelerde, örneğin Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmede, ATAD'a yorum yetkisi verilmiştir. Üstelik Topluluklara katılan her yeni üyenin bu sözleşmelerin tarafı olması beklenir¹³.

I. ROMA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Hollanda, Belçika ve Benelux ülkeleri tarafından Avrupa Topluluklarında milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla 8 Eylül

⁹ LASOK, D. – STONE P.A.: Conflict of Laws in the European Community, Oxon 1987, s.341; LANDO, O.: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, CMLR, 1987,V.24, s.160, (EEC Convention).

¹⁰ Commission Opinion of 17 March 1980 Concerning the Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 11.04.1980, L.44, s.39; ancak akdî borç ilişkileri Topluluğun amaçlarını gerçekleştirmede bir araç olsa bile, tam olarak Topluluk organlarının yetki alanına girmektedir. Eğer akdî borç ilişkileri, Topluluğun yetki alanına girmiş olsa idi, üye ülkeler arasında bir sözleşme ile değil, Topluluk organları tarafından yapılacak bir düzenleyici tasarrufla düzenlenirdi. Bu şekilde hem daha kolay hem de süratle hedeflenen amaca ulaşılabilirdi. Konunun, AT ülkeleri arasında bir konvansiyonla düzenlenmiş olması, Topluluğun yetki alanı dışında kaldığını göstermektedir.

¹¹ Commission Recommendation of 15 January 1985 Concerning the Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 14.02.1985, L.44, s.42.

¹² BENNETT, T. J.: The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, CMLR, 1980, s.269; KİRAZ, B.: AET Çerçevesinde Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu, G.Ü.İd. Bil. Fak. Der. 1992, C. 8, S. 1, s.262, (Uygulanacak Hukuk).

¹³ LASOK - BRIDGE, s. 123; HARTLEY, s. 103.

1967 tarihinde Komisyon'a bir öneri verildi. Bu öneri ile birlikte Roma Sözleşmesinin hazırlıkları başlamış oldu¹⁴.

Komisyon teklifi olumlu karşıladı ve bir çalışma grubu oluşturarak teklif hakkında bir rapor hazırladı. Komisyon, hazırlanmış olan raporu, daha sonra üye ülkelere, bu raporla birlikte sundu.

Üye devletler teklifi olumlu karşıladılar ve Sözleşmenin hazırlanması için bir çalışma grubu oluşturulmasına karar verdiler. Bu çalışma grubunda hem üye devletlerden gelen uzmanlar, hem de Komisyonun temsilcileri bulunmaktaydı. Çalışma grubu, 1972 yılında, çalışmalarını tamamladı ve akdî borçlara ve akit dışı borçlara uygulanacak hukuk hakkındaki çalışmasını bir raporla birlikte daimî temsilciler komitesine sundu¹⁵.

1973 yılında Avrupa Topluluklarına üç yeni üyenin (İngiltere, Danimarka ve İrlanda) katılımı nedeniyle, bu çalışmalar hemen incelenemedi. Topluluğa yeni katılan ülkelerin hukuk sistemleri ilk altıların hukuk sistemlerinden oldukça farklı bir yapıya sahipti. Üstelik, İngiltere'nin üyeliğinin devamı 1975 tarihindeki referanduma kadar belirli değildi. 1975 yılından sonra çalışma grubu görevine tekrar başladı ve yeni üç üyenin temsilcileri de çalışma grubuna dahil oldular. Yeni giren üye devletlerin hukuk sistemlerinin farklılığı nedeniyle 1978'de Sözleşmenin yalnızca akdî borçlara uygulanacak hukuk ile sınırlı kılınması hususunda anlaşmaya varıldı. Akit dışı borçlara uygulanacak hukukla ilgili bölümün ise başka bir Sözleşmeyle düzenlenmesi kararlaştırıldı.

Sözleşme, 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzaya açıldı. Aynı tarihte, Belçika, Hollanda, İrlanda, Lüksemburg, Fransa, İtalya ve Almanya tarafından imzalandı. Daha sonra Danimarka 10.03.1981 tarihinde, İngiltere 7.12.1991 tarihinde, Yunanistan 10.04.1984 tarihinde, İspanya ve Portekiz 18.05.1992 tarihinde Sözleşmeyi imzaladılar¹⁶. Sözleşme, daha sonra üyeliğe kabul edilen Avusturya, Finlandiya ve İsveç tarafından da imzalanmıştır¹⁷.

¹⁴ GIULIANO – LAGARDE, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., C.282, s. 4.

¹⁵ GIULIANO-LAGARDE, s. 7-8; DICEY- MORRIS, s. 1191; NORTH, Contractual Obligations, s. 32.

¹⁶ Bu devletlerin Sözleşmeyi imzalamaları ile ilgili olarak bkz. O.J., 14.2.1985, L 42, s.44; Yunanistan'ın imzalamasıyla ilgili olarak bkz. "Convention on The Accession of the Hellenic Republic to the Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980", O.J., 1.5.1984, L. 146, s. 2-3; NORTH, Contractual Obligation, s. 34.

¹⁷ Convention on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, and to the First and Second Protocol on its interpretation by the Court of Justice, O.J., C.015, 15.01.1997, s.10-15.

19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmeye ekli protokolde, ATAD'a, Sözleşmeyi yorumlama yetkisi verilmemiş, sadece Divan'a yetki verilmesi için ek bir protokolün yapılması temenni edilmiştir.

ATAD'ın yetkisi sınırlıdır. Yani ATAD'a açıkça yetki verilmeyen durumlarda, ATAD yetkili değildir¹⁸. Kurucu Antlaşmalarda, ATAD'ın yetkisi ve görevi belirtilmiştir. Sözleşmeden doğacak ihtilafları çözme yetkisi, ATAD'a Aralık 1988 yılında imzalanan iki protokol ile verildi. Bu protokoller ile Roma Sözleşmesinden doğan ihtilâflar üye devletlerle ilgili olsun ya da olmasın ATAD tarafından yorumlanıp hükme bağlanacaktır¹⁹.

II. SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

Roma Sözleşmesinin 1. maddesinde, Sözleşmenin, farklı devletlerin hukuk sistemleriyle bağlantılı akitlerden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır (md. 1/1). Buna göre, Sözleşmenin kuralları her şeyden önce akdî borç ilişkilerine uygulanacaktır. Akdî borç ilişkisi kavramı üzerinde Sözleşmede durulmamıştır. Akdî borç kavramı nasıl anlaşılmalıdır? Akdî borç kavramının sınırının tespit edilmesi her zaman kolay olmayabilir. Bazı durumlarda bir borcun kaynağının akit mi, yoksa başka bir hukukî sebep mi olduğu ilk bakışta anlaşılabilir. Özellikle, bazen bir borcun haksız fiilden mi, yoksa akitten mi kaynaklandığı konusunda farklı yorumlar olabilir. Bu yüzden Sözleşmenin ilk tasarısında Sözleşmenin kapsamına haksız fiilden doğan borçlar da dahil edilmişti²⁰. Sözleşmenin bütün üye ülkelerde aynı şekilde uygulanabilmesi için her şeyden önce akdî borç kavramının ortak bir şekilde tanımlanıp anlaşılması gerekir.

Bir borç ilişkisinin akdî nitelikte sayılıp sayılmayacağı sorunu, eğer o borç ilişkisi akdî nitelikte kabul edilseydi hangi hukuk uygulanacak ise, o hukuk tarafından çözüme bağlanacaktır. Eğer uygulanacak hukuk bu borç ilişkisini akdî bir borç olarak nitelerse, ilişki, Sözleşmenin kapsamına dahil olacak, aksi takdirde Sözleşmenin kapsamı dışında kalacaktır²¹.

¹⁸ ARAT, T.: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara 1989, s.33-34, (ATAD).

¹⁹ First Protocol on the Interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980 , O.J., 20.2.1989, L. 048; Second Protocol Conferring on the Court of Justice of European Communities Certain Powers to Interpret The Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980, O.J., 20.2.1989, L. 048; DICEY-MORRIS, s. 1194; COLLIER, s. 183.

²⁰ LASOK – STONE, s. 340; DICEY - MORRIS, s. 1198.

²¹ KİRAZ, Uygulanacak Hukuk, s. 265; WILLIAMS, P. R.:The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, ICLQ, 1986, V. 35, s. 6.

Yine Sözleşmenin birinci maddesinde, onun, farklı devletlerin hukuk sistemleri ile bağlantılı akitlerden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir²². Ancak Sözleşmede, farklı devletlerin hukukları ile bağlantının ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği açıklanmamıştır.

Akit yabancı unsuru havi bir akitse, hâkim kendi maddî hukuk kurallarını uygulayamaz. Bu halde hâkim, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına müracaatla yetkili hukuku tespit etmek durumundadır. Bir akdin yabancılik unsuru taşıması için tarafların farklı vatandaşlıkta olmaları, taraflardan birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin yabancı ülkede bulunması, akdin konusunun, yapıldığı yerin veya ifa yerinin başka bir ülkede olması durumlarından birinin gerçekleşmesi gerekir²³.

Milletlerarası akit kavramı ile yabancılik unsurunu havi akit kavramı aynı hususu ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, bu iki kavram açısından fark olduğu ve milletlerarası akit kavramının diğerinden daha dar bir kapsamı olduğu vurgulanmaktadır²⁴.

Farklı devletlerin hukukları ile bağlantı kavramı, akdin iki ya da daha fazla hukuk sistemi ile bağlantısını ifade eder. Buna göre yabancı unsur içermeyen akitler Sözleşmenin kapsamı dışında kalacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir soru da, “tamamen iç hukuka ait, yabancılik unsuru içermeyen bir akde taraflar anlaşarak yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler mi”, sorusudur. Bu soruya bazı yazarlarca olumlu cevap verilmektedir²⁵. Bu yazarlara göre, böyle bir hukuk seçimi yoluy-

22 Sözleşmenin İngilizce, Almanca ve Fransızca metinlerinde farklı ifadeler kullanılmıştır. İngilizce metinde “farklı devletlerin hukuk sistemleri arasında bir seçimin olduğu durum”, Almanca metinde, “farklı ülkelerin hukuklarıyla bağlantı gösteren maddi vakıalar”, Fransızca metinde ise, “kanunlar ihtilâfını kapsayan durumlar” ifadeleri kullanılmıştır: EKŞİ, N.: Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı, MHB, 1992, Y. 12, S. 1-2, s.6.(Yabancılik Unsuru); DOĞAN, V.: Avrupa Birliği Bünyesinde Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995 Konya, s. 464.(Avrupa).

23 GIULIANO - LAGARDE, s. 10; TEKİNALP, G.:Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), 5. Bası, İstanbul 1995, s. 13,(MÖH); NOMER, E.:Devletler Hususî Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1996, s. 5; GÖGER, E.: Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar ihtilâfı), Dördüncü Baskı, Ankara 1977, s. 5, (DHH); ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 1995, s. 5, (MÖH). ÇELİKEL,MÖH, s. 7.

24 Daha fazla bilgi için bkz. EKŞİ, Yabancılik Unsuru, s. 4; ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 29-30,(Ticarî Tahkim); TİRYAKİOĞLU, B.:Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 5-7,(Taşınır Mallara).

25 Türk doktrinindeki bazı yazarlara göre, taraflarca yabancı bir hukukun seçilmiş olması da iç hukuka ait bir akde yabancılik unsuru verir: NOMER, DHH, s. 264; EKŞİ,

la, akde *lex fori* veya seçilen hukukun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar ve bu da akde yabancılik unsuru kazandırır²⁶.

Sözleşme çerçevesinde de, bu soruya, 3. maddenin 3. paragrafı göz önünde bulundurularak olumlu cevap vermek gerektiği öne sürülmektedir. Bu maddeye göre, ister yabancı bir mahkeme seçimi ile olsun, ister olmasın, tarafların yabancı hukuku seçmiş olmaları halinde, seçim anında akitle ilgili tüm unsurların yalnızca bir ülke ile irtibatlı bulunması, o ülkenin emredici kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Buna göre, akdin, bütün unsurlarıyla, bir ülke ile bağlantılı olması halinde bile, bu ülkenin emredici hukuk kuralları saklı kalmak üzere, taraflar hukuk seçimi yoluyla akde yabancılik unsuru verebilirler²⁷ ve bu akit Roma Sözleşmesinin kapsamına dahil olur²⁸.

Birinci maddedeki temel kural, bir borcun yabancılik unsuru taşıması ve akdî borç olması halinde Sözleşmenin kapsamına dahil olmasıdır. Yani Sözleşme genel olarak tüm akit türlerini kapsamaktadır. Ancak bazı akit türleri ve akitlerle ilgili bazı konular, yukarıdaki özellikleri taşısa bile çeşitli gerekçelerle Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Şimdi bunlar, Sözleşmedeki sırasıyla incelenecektir.

-Ehliyet: Gerçek kişilerin hukukî ehliyetleri Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2 -a). Bu konuda her devletin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacaktır. Ancak bazı durumlara işlem güvenliği için istisna getirilmiştir (md. 11)²⁹.

-Miras Hukuku ve Aile Hukuku: Vasiyetnamelerden ve mirasdan doğan akdî borçlar, evlilik hukuku ilişkilerinden doğa

n haklar ile ilgili akdî borçlar, gayrisahih nesepli çocuğun nafaka alacağı da dahil olmak üzere evlilik, velayet ve sıhrî hısımlık gibi aile hukuku ilişkile-

Yabancılik Unsuru, s. 7; aksi görüş için bkz. ÇELİKEL, MÖH, s. 235-236; TEKİNALP, MÖH, s.245; ULUOCAK, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 185, (MÖH).

²⁶ Ayrıca bkz. NORTH, Contractual Obligation, s. 35; LANDO, EEC Convention, s. 163; NORTH, P.:General Course on Private International law, Rec des Cours, 1990, s. 180, (General Course).

²⁷ DICEY - MORRIS, s. 1215; LANDO, EEC Convention, s. 164.

²⁸ Ancak buradaki irade muhtariyeti, devletler özel hukuku anlamındaki irade muhtariyeti değil, dahilî hukuk alanındaki irade muhtariyeti çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, yani akdin tamamen irtibatlı olduğu ülkenin hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, seçilen hukukun diğer hükümlerinin irade muhtariyeti esaslı çerçevesinde akde uygulanabileceği kabul edilmektedir: Karş. DOĞAN, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 28-30, (İş Akdinden).

²⁹ NORTH, Contractual Obligation, s. 36; GIULIANO-LAGARDE, s. 14.

rinden doğan hak ve borçlar Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-b).

-Kambiyo Senetleri: Poliçe, çek ve bonoya dayalı borçlar, Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

-Yetki ve Tahkim Anlaşmaları: Yetki ve tahkim anlaşmalarının geçerliği Sözleşmenin uygulama alanı dışına çıkarılmıştır (md. 1/2 - d)³⁰. Yetki konusunda 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmenin özellikle 17. maddesi, yetki anlaşmalarının geçerliği konusunda gerekli hükümleri ihtiva etmektedir³¹.

Ancak, bir akitte tahkim veya yetki şartı olması, akdin tamamının Sözleşme dışında kalmasına yol açmaz. Sadece, yetki ve tahkim şartı Sözleşmenin kapsamı dışındadır. Yetki ve tahkim³² sözleşmesinin (şartının) geçerli olup olmadığı, mahkeme hukukuna göre belirlenir³³.

-Şirketler Hukukuna İlişkin Konular: Tüzel kişiliği olan veya olmayan kurumlara ilişkin sorunlar, bunların tescillerine, ehliyetlerine, iç organizasyonlarına, şirketlerin veya tüzel kişiliği olan veya olmayan kurumların tasfiyesine, organlarının ve üyelerinin şirket veya kurumun borçlarından dolayı sorumluluklarına, Sözleşmenin hükümleri uygulanmayacaktır (md. 1/2-e).

-Temsile ilişkin Konular: Mümessilin temsil edileni veya organın tüzel kişiliği olan veya olmayan şirketleri ya da diğer toplulukları üçüncü kişilere karşı bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağı, keza Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-f).

-Trust: Trust'ın kuruluşu, kurucularla yararlananlar ve trust verilenler arasındaki ilişkiler Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-g). Trust'ın borçlar hukuku alanına değil, eşya hukukuna ait bir konu olduğu kabul edilmektedir³⁴. Trust kavramı, *Common Law* ülkelerindeki anlamı ile yorumlanmalıdır. Aynı karakteri taşıdıkları ölçüde, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde farklı ad ve

³⁰ GIULIANO - LAGARDE, s. 16; NORTH, Contractual Obligation, s. 36; LANDO, EEC Convention, s. 165.

³¹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. SARGIN, F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 122-142.

³² Tahkime ilişkin bazı Konvansiyonlar, tahkim sözleşmesinin veya şartının hangi kanuna tâbi olacağını düzenlememiş veya yetersiz düzenlemiştir. Üstelik bu Konvansiyonların tüm üye devletler tarafından da imzalanmadığı ileri sürülmüştür (DICEY - MORRIS, s. 1202); 1958 tarihli New York Sözleşmesinin 5/I-a maddesinde tahkim sözleşmesinin taraflarının tâbi kıldıkları hukuka veya hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz olması halinde tanıma ve tenfizinin engellenebileceği hükme bağlanmıştır.

³³ DICEY - MORRIS, s. 1202; LASOK - STONE, s. 353.

³⁴ LASOK-STONE, s. 354.

kavram altında olsalar dahi, hâkim, benzer ilişkileri Sözleşmenin kapsamı dışında tutabilir³⁵. Ayrıca yine bu konuda milletlerarası anlaşmalar bulunmaktadır³⁶.

-Deliller ve Yargılama Usulü: Sözleşmenin on dördüncü maddesi hükmü saklı kalmak üzere, deliller ve yargılama usulü, Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur (md. 1/2-h). Çünkü deliller ve yargılama usulü, mahkemenin hukukuna tâbidir.

-Sigorta Akitleri: Avrupa Topluluklarının egemenliği alanında gerçekleşen riskleri karşılayan sigorta akitleri Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu bölgelerde bir riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine mahkeme kendi hukukunu uygulayarak karar verecektir. Reasürans akitleri ise bu istisnanın dışında bırakılmıştır (md. 1/3-4).

Sözleşmenin ikinci maddesi ise, Sözleşmede yer alan yeknesak kuralların Sözleşmeye taraf olmayan bir ülke hukukunu yetkili kılması halinde, bu ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Bu madde ile Sözleşmenin evrensel bir uygulamaya sahip olduğu açıkça ortaya konmuş olmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM: AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde, eskiden beri gerek uygulamada, gerekse doktrinde çok farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Akde uygulanacak hukuk tespit edilirken tarafların iradesine yetki tanınip tanınmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazı müellifler, taraflara bu yetkinin verilmesinin kanuna karşı hileyi teşvik edeceğini ileri sürerek karşı çıkmışlardır. Ancak ekseriyet, akitler alanında taraflara bu yetkinin tanınabileceğini belirtmişlerdir³⁷.

Devletler Özel Hukuku alanında irade muhtariyeti, ilk olarak, XVI. yüzyılda *Dumoulin* tarafından ifade edilmeye başlanmıştır. XIX. yüzyılda ise, irade muhtariyeti birçok Avrupa ülkesinde akde uygulanacak hukukun tespitinde kullanılmaya başlanmıştır³⁸.

³⁵ GIULIANO-LAGARDE, s. 18; DICEY - MORRIS, s. 1203.

³⁶ ŞANLI, C.: Trust'a ve Trust'ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon, MHB, 1986, S. 1, s. 24-29.

³⁷ ESENER, T.: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, AHFD, 1954, C. XI, s. 486.

³⁸ SEVİĞ, V. R.: İrade İstiklâli Esası Hakkında Muhtelif Temayüller, A.S. Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 358; TİRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara, s. 19.

Günümüzde yabancı unsur ihtiva eden borç ilişkileri öncelikle taraflarca seçilen hukuka tâbi olacaktır. Bu ilke hemen hemen bütün ülkelerde ve milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmiştir. Tarafların akdî ilişkiye uygulanmasını istedikleri hukuk, prensip olarak hiçbir şarta bağlı olmaksızın uygulanacaktır (Türk MÖHUK, m. 24 I; Alman MÖHK, m. 27; İsviçre MÖHK m. 116)³⁹.

Taraflarca yetkili hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda akit statüsü olarak en son gelişmeler akit ile sıkı irtibatlı hukukun uygulanması yönündedir. Sıkı irtibatın belirlenmesinde de karakteristik edimden hareket edilmektedir. Akdin inikat yeri tesadüfi olduğu ve gaipler arasındaki akitlerde problem olacağı için reddedilmektedir. Akdin ifa yerinin ise, birden fazla ifa yeri olan akitlerde veya ifa yeri belirlenemeyen hallerde çözüm getirmediği savunulmaktadır⁴⁰.

A) SÜBJEKTİF BAĞLAMA ESASINA GÖRE AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

1. GENEL OLARAK İRADE MUHTARİYETİ

Borçlar Hukuku alanında kabul edilen irade muhtariyeti ilkesi fertlerin diledikleri sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları için kalmak kaydıyla yapabilme yetkilerini ifade eder⁴¹. Fertler ancak emredici kuralların dışında kalan alanlarda istedikleri gibi düzenleme yapabilirler. Devletler Özel Hukuku sahasında kabul edilen irade muhtariyeti ilkesi ise, âkit taraflara ilişkiye uygulanacak hukuku seçme yetkisi verir. Seçilen hukuk artık emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla birlikte akde uygulanacaktır⁴². İrade muhtariyeti ilkesi, sadece millî kanunlarda değil, milletlerarası düzenlemelerde de yaygın biçimde kabul görmüştür. Bunun nedeni, irade muhtariyeti esasının, milletlerarası akitlerin mahiyetine ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmesidir. Bu prensip; basitlik, kolaylık sağlamak ve aklı selime dayanmaktadır⁴³.

³⁹ TEKİNALP, G: Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB, 1988, S. 1, s. 60, (Alman ve İsviçre); TURHAN, T.:İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AHFD, 1989-1990, S. 41, s. 122, (İsviçre).

⁴⁰ TEKİNALP, Alman ve İsviçre s. 61; NOMER, DHH, s. 238.

⁴¹ EREN, F.:Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara 1991, C. I, s. 368; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 1993, s. 362.

⁴² NOMER, DHH, s. 262; TEKİNALP, MÖH, s. 244; ÇELİKEL, MÖH, s. 234; ULUOCAK, N.:Kanunlar ihtilâfi (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 140, (Kanunlar İhtilâfi); GÖĞER, E.: Devletler Hususî Hukukunda Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi, AHFD, 40.Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 304,(Yetkili Kanun).

⁴³ ŞANLI, Tahkim, s. 108; LANDO, EEC Convention, s. 171.

2. HUKUK SEÇİMİ

Roma Sözleşmesinin 3. maddesi akdin taraflarca seçilmiş hukuk tarafından idare edileceğini hükme bağlamıştır. Roma Sözleşmesi akitlerle ilgili diğer milletlerarası sözleşmelerde⁴⁴ ve üye ülkelerde kabul edilen irade muhtariyeti ilkesine öncelik tanımış olmaktadır.

Hukuk seçimi, akdin içinde yer alan bir hükümle olabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Eğer hukuk seçimi akdin içinde yer alan bir hükümle yapılmışsa bu hüküm ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmelidir⁴⁵.

a) Açık İrade Beyanı İle Hukuk Seçimi

Taraflar hukuk seçimine ilişkin iradelerini açık olarak belirtebilirler. Taraflar akde ekleyecekleri bir hükümle veya ayrı bir akitle, “bu akitten doğan borçlara İngiliz hukuku uygulanacaktır” gibi basit ve anlaşılabilir ifadelerle açık olarak hukuk seçimini yapabilirler. Sözleşmenin 3. maddesinin 1. paragrafı “...Seçim ya açık olmalı...” diyerek tereddüde yer vermeyecek şekilde bunu ifade etmiştir⁴⁶.

b) Zımnî İrade Beyanı İle Hukuk Seçimi

Sözleşmenin 3/1. maddesi, taraflarca yapılan hukuk seçiminin, ya açık olarak ya da akdin hükümlerinden veya olayın genel durumundan makul bir kesinlikle anlaşılır olması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme, zımnî irade beyanı ile hukuk seçimini kabul etmiştir. Akdin hükümlerinden veya olayın genel durumundan bir hukuk seçiminin varlığı makul bir kesinlikle anlaşılabiliriyorsa hukuk seçimi kabul edilmektedir⁴⁷. Zımnî hukuk seçiminde de, açık irade beyanı ile hukuk seçiminde olduğu gibi, bir “seçim iradesi” vardır; ama örtülüdür⁴⁸.

44 Bkz. 15 Haziran 1955 tarihli Uluslararası Satımlara Uygulanacak Hukuka Dair Anlaşma, md. 2; 22 Aralık 1986 Tarihli Uluslararası Mal Satımlarına Uygulanacak Hukuka Dair Anlaşma, md. 7: ŞANLI, C.:La Haye Devletler Özel Hukuku Anlaşmaları, İBD, 1989, C. 63, S. 7-9, s. 374-386, (La Haye); Anlaşmaların İngilizce Metinleri için bkz. CARR - KIDNER, Convention on The Law Applicable to International Sales of Goods, The Hague, 1955, s. 335-336; Convention on the Law Applicable to Contracts For the International Sale of Goods, The Hague, 1985, s. 495-500.

45 ŞANLI, Tahkim, s. 107; DIAMOND, A.L.:Harmonization of Private International Law, Rec. des Cours, 1986, V. 19, s. 251, (Harmonization).

46 COLLIER, s. 186; DICEY - MORRIS, s. 1219; DIAMOND, Harmonization, s. 255.

47 DOĞAN, İş Akdinden, s. 19; TIRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara, s. 29.

48 ÇİLİNGİROĞLU, C.: Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri, MHB, 1989, S. 2, s. 109.

Zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin varlığını gösteren bazı emareler hem doktrin, hem de uygulama tarafından belirtilmiştir. Özellikle, belli bir ülkenin hukukuna göre düzenlenen tip akitler bakımından bu ülke hukukunun seçildiği kabul edilmektedir. Yine, taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir akit varsa ve bu akit açık olarak bir hukuk seçimi içeriyorsa, daha sonraki akdin de önceki akitte seçilen hukuka tâbi olacağı söylenebilir. Yetkili mahkemenin seçilmiş olması da, akdin diğer hükümleri ve olayın genel durumu ile bağdaşıyorsa, bu mahkemenin mensup olduğu devletin hukukunun zımnî seçildiği anlamına gelebilir⁴⁹.

c) Farazî İradeye Dayanılarak Hukuk Seçimi

Farazî irade beyanı ile hukuk seçiminde taraflar akde uygulanacak hukuku ne açık olarak, ne de zımnî olarak seçmişlerdir. Taraflarca açık ve zımnî irade beyanıyla hukuk seçimi yapılmamış olmasına rağmen, söz konusu akdi yaparlarken akıllı, dürüst ve titiz âkit taraflar olarak hukuk seçimi yapmış olsalardı, hangi hukuku seçeceklerdi sorusunun cevabının araştırılması sonucu bulunan hukuk kabili tatbik hukuk olarak kabul ediliyorsa, burada farazî iradeye dayanıldığı kabul edilir⁵⁰.

Sözleşmede, taraflar açık veya zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi yapmadıkları zaman, objektif akit statüsüne göre tespit edilecek hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Yani sözleşme farazî irade beyanı ile hukuk seçimine izin vermemiştir⁵¹.

3. KISMÎ HUKUK SEÇİMİ

Akdin bölünebilen kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını taraflar kararlaştırabilirler mi? Bu soruya genellikle olumlu cevap verilmektedir. Zaten akdin ehliyet ve şekle ait şartları farklı hukuklara tâbi tutulmaktadır. Bu nedenle akdin parçalanabilen bölümlerine farklı hukukların uygulanabileceği genellikle kabul görmektedir.

Taraflara irade muhtariyeti tanındığı vakit bunun sınırlanmaması gerektiği belirtilmiştir; madde 3/1'in son cümlesi ise, tarafların seçecekleri hukukla akdin tamamına veya bir bölümüne bunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerini be-

⁴⁹ GIULIANO - LAGARDE, s. 25; DICEY - MORRIS, s. 1224 - 1225; LANDO, EEC Convention, s. 185; DIAMOND, s. 256 - 257; CLARKSON, C.M.V.- HILL, J.: Jaffey on the Conflict of Laws, London 1997, s. 200-201.

⁵⁰ GÖĞER, DHH, s. 313; DOĞAN, İş Akdinden, s. 24; ÇİLİNGİROĞLU, s. 110; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 32; DIAMOND, s. 258-259; TEKİNALP, Gülören, Akdî ilişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk seçimi, MHB, 1985, S. 1., s. 29, (Zımnî Hukuk Seçimi).

⁵¹ CLARKSON - HILL, s. 205; NORTH, General Course, s. 156.

lirtmiştir. Taraflar, yalnızca akdin bir kısmı için hukuk seçimi yapmışlarsa, hâkim, bunu akdin tamamına uygulamak üzere bir karine kabul edemez. Akdin kalan kısmı için objektif bağlama kuralına göre bulunan hukuk uygulanacaktır. Yine taraflar akdin bölünebilen kısımları için farklı hukuk seçmişler ve seçilen hukukların mantıklı bir biçimde bağdaştırılması mümkün olmamışsa, hâkim uygulanacak hukuku yine objektif bağlama statüsüne göre tespit edecektir⁵².

4. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI

Taraflar hukuk seçimini akdin yapılması anında veya akdin yapılmasından sonra, hatta mahkeme safhasında yapabilirler⁵³. Yine taraflara önceden yapmış oldukları hukuk seçimini değiştirme imkânı da tanınmaktadır⁵⁴.

Sözleşmenin 3. maddesinin 2. paragrafı da taraflara hem akdin kuruluşu anında, hem de akit kurulduktan sonra hukuk seçimi yapma imkânı vermiştir. Sözleşme taraflara yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesini değiştirme imkânını da vermiştir. Ancak taraflarca sonradan yapılan değişiklik 3. kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Önceki hukuka göre, 3. kişiler tarafından kazanılmış hakların yeni hukuk tarafından etkilenmemesini sağlamak amacıyla böyle bir düzenleme getirilmiştir. Yine sonradan yapılan değişiklik akdin şekli geçerliliğini de etkilememelidir. Bunun nedeni de, önceki seçilmiş hukuka göre, şekli açıdan geçerli bir akdin, sonra seçilen hukuka göre geçersiz kabul edilme tehlikesini bertaraf etmek düşüncesidir. Üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla getirilen sınırlama hakkaniyet ve kazanılmış haklara saygı ilkesinden kaynaklanmaktadır⁵⁵.

5. HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLARI

Hukuk seçimi ilkesi, akitlere uygulanacak hukukun tespitinde, üye ülkelerin hukukları tarafından az ya da çok kabul edilmiştir. Ancak, ülkeden ülkeye farklı olmakla beraber, taraflara tanınan hukuk seçimi yapma imkânı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmaların değişik nedenleri bulunmaktadır. Bazı akit tiplerinin özel formalitelere ihtiyacı olabilir; bazı akit tiplerinde bir taraf zayıf durumda olduğu için korunması gerekebilir; bazı durumlarda da bir ülkenin emre-

⁵² GIULIANO - LAGARDE, s. 25.

⁵³ TEKİNALP, MÖH, s. 247; DIAMOND, s. 261.

⁵⁴ NORTH, P.M.: Is European Harmonization of PIL a Myth or a Reality? A British Perspective, Essays in PIL, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 14, (Harmonization).

⁵⁵ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 139; DOĞAN, Avrupa, s. 469; KİRAZ, Uygulanacak Hukuk, s. 280.

dici kurallarından kaçmak isteyen kötü niyetli taraflara bu imkânı vermemek için hukuk seçimi sınırlandırılmaktadır⁵⁶.

Sözleşmenin 3. maddesinin 3. paragrafı, hukuk seçimi sözleşmesi, yabancı bir mahkeme seçimi ile birlikte olsun, ya da olmasın, akdin tüm unsurları tek bir ülke ile bağlantılı ise, diğer bir ifade ile, akit yabancı unsur ihtiva etmiyorsa, seçilen hukukun o ülkenin emredici kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı hükmünü getirmiştir. Daha önce ifade edildiği gibi, akit hiçbir yabancı unsur ihtiva etmese de taraflar bu akde uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilirler. Taraflar akitle bağlantısı olmayan bir ülkenin hukukunu akitle bağlantılı ülkenin hukukunun emredici kurallarından kaçmak için seçebilirler. İşte madde 3/3 bunun önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Madde 3/3, hiçbir yabancı unsur içermeyen bir akdin, hukuk seçimi olmasa idi uygulanacak hukukun emredici hükümlerinden kaçmak için yapılması halinde, geçersizliğini sağlamak amacıyla getirilmiştir⁵⁷.

Sözleşmede, hukuk seçimiyle ilgili olarak yapılan diğer bir sınırlama, *lex fori*'nin veya hukukî ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgilidir. Seçilen hukuk, *lex fori*'nin veya sıkı irtibatlı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır⁵⁸.

B) OBJEKTİF BAĞLAMA ESASINA GÖRE AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

1. GENEL OLARAK

Tarafların akde uygulanmak üzere açık veya zımnî olarak hukuk seçimi yapmadıkları zaman akde uygulanacak hukukun tespiti problemi ortaya çıkar. Taraflar açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmadıkları için bu tespit objektif kriterlere göre yapılacaktır.

2. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ

Sözleşmenin 4. maddesi, tarafların 3. maddeye göre akde uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadıkları zaman akdin en sıkı irtibatlı ülke hukukunca idare edileceğini hükme bağlamıştır. Yine, dördüncü maddenin birinci paragrafında, akdin bölünebilen bir parçası başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibatlı ise, bu bölümün sıkı irtibatlı ülke hukukunca idare edileceği belirtilmiştir.

⁵⁶ DIAMOND, Harmonization, s. 265.

⁵⁷ LANDO, EEC Convention, s. 182.

⁵⁸ Bkz., s. 101 vd.

a) Sıkı İrtibatlı Hukukun Tespiti

Milletlerarası ticarî ilişkiler çok çeşitli ve karmaşık olduğu halde objektif olarak akit statüsünün tespiti önemli bir ihtiyaca cevap verir. Çünkü milletlerarası ticarete hukuk güvenliğine ve önceden bilinen kurallara duyulan ihtiyaç ancak objektif bir kuralın varlığı ile karşılanabilir. Ancak katı objektif kuralların somut olayda uygulanmasının neden olacağı haksızlıklar, daha esnek bir yöntem olan sıkı irtibatlı hukukun uygulanması suretiyle giderilmeye çalışılmıştır⁵⁹.

Sözleşmeye göre, dördüncü maddedeki ifadede de açıkça anlaşılacağı üzere, akitle sıkı irtibatlı ülke hukukunun uygulanabilmesi için, üçüncü maddeye göre, açık veya zımnî olarak tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları gerekir. Eğer taraflar üçüncü maddeye göre akde uygulanacak hukuku seçmişlerse, artık sıkı irtibatlı hukukun araştırılmasına gerek yoktur. Akde taraflarının seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır.

Hâkim, sıkı irtibatlı hukuku tespit ederken, akdî ilişkinin en yakın irtibatlı ve gerçek bağlantılı olduğu ülkeyi tespit edecek ve akde bu ülkenin hukukunu uygulayacaktır. Hâkim bunu yaparken her somut olayın özelliklerine dikkat edecektir. Daha önceden belirtildiği gibi, akdin yapıldığı yer, akdin ifa yeri, tarafların ikametgâhları, mutad meskenleri ve akdin yapısı ve konusu gibi unsurlar sıkı irtibatın tespitinde rol oynayacaktır⁶⁰.

Sözleşmede sıkı irtibatın tespit edilmesine yönelik olarak bazı karinelere yer verilmiştir. Ancak hâkim, önüne gelen somut akdî ilişkide, Sözleşmede karine olan ülke hukuklarından başka bir ülke hukuku ile, akdî ilişkinin daha sıkı irtibatlı olduğunu tespit ederse, bu sonuncu ülke hukukunu uygulayacaktır⁶¹.

b) Sıkı İrtibatın Tespitine Yönelik Karineler

aa. Karakteristik Edim Borçlusunun Mutad Mesken Hukuku

Sözleşmenin 4. maddesinin 2. paragrafı genel bir karine getirmektedir. Buna göre akdin yapıldığı anda karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku; karakteristik edim borçlusu tüzel kişiliği olan veya olmayan bir topluluk ise, merkezî yönetimin bulunduğu yer, akit ile sıkı irtibatlı ülke olarak kabul edilecektir. Eğer akit, taraflardan birinin ticareti veya mesleği gereği yapılmışsa asıl işyerinin bulunduğu yer; akitteki ifadelerden ifanın asıl işyerinden başka bir

⁵⁹ TEKİNALP, Objektif Genel Kural, s. 445; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 39.

⁶⁰ DICEY - MORRIS, s. 1232.

⁶¹ GIULIANO - LAGARDE, s. 29.

işyerinde yapılacağı anlaşılıyorsa, bu işyerinin bulunduğu yer akitle yakın irtibatlı sayılır.

Dördüncü maddenin ikinci paragrafı, aynı maddenin beşinci paragrafını saklı tutmuştur. Beşinci paragraf, karakteristik edimin tespit edilemediği veya akdin tamamının genel durumundan, başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde olduğu anlaşıldığı takdirde, 2, 3 ve 4. paragraftaki karinelerin uygulanmayacağı hükmünü getirmiştir. Yani ikinci paragraf sadece bir karine getirmektedir. Akit, karinenin aksine, farklı bir ülke ile daha sıkı irtibatlı ise, bu ülke hukuku uygulanacaktır. Bu durumda karinenin gösterdiği hukuk uygulanmayacaktır.

Sözleşme, sıkı irtibatı tespit eden karinelere, karakteristik edime önem vermiştir. Karakteristik edimin diğerine göre daha detaylı olması, hukuk düzenleri tarafından daha ayrıntılı düzenlemeye tâbi tutulmasına neden olmuştur. Bir akit iki ülke hukukunca aynı anda idare edilemeyeceği için, iki taraftan birinin - karakteristik edim borçlusunun veya diğer tarafın - ediminin tercih edilmesi gerekir. Bu nedenle, edimi daha ayrıntılı düzenlemeye tâbi tutulmuş olan tarafın ediminin hukuku tarafından akdin idare edilmesi olağandır⁶².

Karakteristik edim kıstası, uygulanacak hukukunun tespitinde, İsviçre’de, doktrin ve mahkeme kararlarında, uzun zamandan beri kullanılmaktaydı. Almanya’da da uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim kullanılmaktadır (İsviçre MÖHK m. 117, Alman MÖHK m. 28/11)⁶³.

Karakteristik edimden ne anlaşılması gerektiği Sözleşmede belirtilmemiştir. Karakteristik edim daha çok akdin yapısına ve içeriğine bağlı olup, tarafların vatandaşlığı, akdin yapıldığı yer gibi akdin dışında kalan kriterlerden farklıdır⁶⁴. Genel olarak para borcunun karşılığını oluşturan edim, akdi karakterize eden edim olarak kabul görmektedir⁶⁵.

Sözleşme, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunu benimsemiştir. Buna göre, akit, gerçek kişi söz konusu ise, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku; karakteristik edim borçlusu, tüzel kişiliği olan veya olmayan bir topluluk ise, merkezi yönetimin bulunduğu yer ile sıkı irtibatlı kabul edilecektir. Akit ticarî bir akit ise veya taraflardan birinin mesleği ile ilgili ise, asıl işyerinin bulunduğu ülke ile, eğer karakteristik edim asıl işyerinden başka bir iş yerinde yapılıyorsa, bu işyerinin bulunduğu ülke hukuku ile sıkı irtibat var kabul edilecektir.

⁶² LANDO, EEC Convention, s. 202-203.

⁶³ TEKİNALP, Alman ve İsviçre s. 60; D’OLIVEIRA, H. U. J.: “Charactereristic Obligation” in The Draft EEC Convention, AJCL, 1977, V. 25, s. 304.

⁶⁴ GIULIANO - LAGARDE, s. 30; DICEY - MORRIS, s. 1234.

⁶⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 30; NOMER, DHH, s. 269; D’OLIVEIRA, s. 306; DICEY - MORRIS, s. 1234.

Bazı akit tiplerinde karakteristik edimin belirlenmesi zor, hatta imkânsızdır⁶⁶. Örneğin, trampa akdinde karakteristik edimin belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü, trampa akdinde tarafların edimleri paradan başka bir şeydir (maldır)⁶⁷. Karakteristik edimin belirlenememesi durumunda, artık 2. paragraftaki, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken karinesi karine uygulanmayacaktır (m. 4/5). Bu durumda artık sıkı irtibatlı hukuk hâkim tarafından araştırılacak ve tespit edilmeye çalışılacaktır⁶⁸.

Sonuç olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin, sıkı irtibatlı hukuku tespit, karine olarak kabul edilebilmesi için, hem akitte karakteristik edim belirlenebilir olması, hem de akit başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olmamalıdır.

bb) Gayrimenkulun Bulunduğu Yer Hukuku

Sözleşmenin dördüncü maddesinin üçüncü paragrafına göre, ikinci paragraftaki hükme rağmen akdin konusu gayrimenkulün aynına veya gayrimenkulün kullanılmasına ilişkin bir hak ise, akdin, taşınmazın bulunduğu ülke ile sıkı irtibatlı olduğu varsayılacaktır. Bu hükümlerle, gayrimenkuller ile ilgili olarak kabul edilen geleneksel *Lex Rei Sitae* ilkesi Sözleşmede benimsenmiş olmaktadır.

Buna göre, örneğin, yabancı unsur taşıyan akit, bir taşınmazın satımı veya kiralanması ile ilgili ise, taşınmazın bulunduğu ülke ile sıkı irtibatlı kabul edilecek ve taşınmazın bulunduğu ülke hukuku akde uygulanacaktır.

Ancak, bu da, ikinci paragraftaki karine gibi, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Yani akdin genel durumundan taşınmazın bulunduğu ülke ile değil de, başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu anlaşılıyorsa, bu ülkenin hukuku akdi idare edecektir⁶⁹.

cc) Nakliye Sözleşmelerinde Durum

Dördüncü maddenin dördüncü paragrafına göre, menkul malların taşınmasına ilişkin bir akit ikinci paragraftaki karineye tâbi değildir. Bu paragraf hükmüne göre, böyle bir akitte, akdin inikadı sırasında taşıyıcının asıl işyerinin aynı zamanda onun yükleme veya boşaltma yaptığı yer olması veya gönderenin

⁶⁶ GIULIANO - LAGARDE, s. 30: Raporda, bazı akit tipleri sayılmış ve karakteristik edimin tespit edilmesinin güç olduğu belirtilmiştir; karşı görüş için bkz. LANDO, EEC Convention, s. 204.

⁶⁷ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Bası, C. I, İstanbul 1989, s. 173.

⁶⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 30.

⁶⁹ GIULIANO - LAGARDE, s. 31.

asıl işyerinin bulunduğu yer olması hakkında, akit bu ülke ile sıkı irtibatlı kabul edilir. Bu paragraf hükmünün uygulanmasında “*charter party*” seyahatini içeren taşıma akitleri ve asıl amacı menkullerin taşınması olan akitler, taşıma akitleri olarak kabul edilecektir.

Eğer taşıyıcının ülkesi ile boşaltma veya yükleme yeri veya gönderenin asıl işyeri ile aynı değilse, söz konusu dördüncü maddenin dördüncü paragrafındaki karine uygulanmayacaktır⁷⁰.

III. ÖZEL AKİT TİPLERİ BAKIMINDAN AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

A) TÜKETİCİ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUK

İrade muhtariyeti ilkesinin temeli eşit iki tarafın olmasıdır. Bazı akit türlerinde taraflar ekonomik ve sosyal yönden eşit değildir. Hukukî eşitlik ilkesi taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal dengesizliği ortadan kaldıramamaktadır⁷¹. Sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte, sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olan tarafı koruma yönünde gelişmeler, gerek doktrinde, gerek pozitif düzenlemelerde görülmeye başlamıştır⁷².

Tüketici akitlerinde de taraflar arasında eşitsizliğin olduğu, alıcı durumundaki tüketicinin satıcıdan ekonomik ve sosyal yönden zayıf olduğu ve bu nedenle tüketiciyi koruyucu hükümlerin hukuk düzenlerinde bulunduğu görülmektedir⁷³.

Tüketicinin korunması düşüncesi ilk olarak maddî hukuklarda uygulama alanı bulmuştur⁷⁴. Maddî hukukta, tüketici, emredici kurullarla korunmaya çalışılmıştır⁷⁵.

⁷⁰ CLARKSON - HILL, s. 210.

⁷¹ EREN, C. I, s. 368.

⁷² DOĞAN, V.: Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB, 1995, Y. 15, S. 1-2, s. 22, (Zayıf Âkit Taraf).

⁷³ DOĞAN, V.: Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, SÜHFD, Konya 1996, s. 154, (Tüketici Akitleri).

⁷⁴ Türk hukukunda tüketiciyi koruma konusunda 1982 Anayasasında düzenleme bulunmaktadır. Anayasa md. 172'de, “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder”, hükmü yer almıştır. Ancak, Türkiye’de tüketicilerin korunması ile ilgili pozitif düzenleme, 8.3.1995 tarihli “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun” ile yapılabilmıştır. Bkz. DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 154; ancak bu düzenlemenin de yetersiz olduğu ileri sürülmüştür. Bazı konularda (ayıp hükümleri, taksitle satım) mevcut düzenlemenin daha gerisine düğüldüğü, bazılarında da (kapıdan satışlar, tüketici kredisi) yetersiz bir düzenleme

Avrupa Birliğine üye devletlerde tüketicilerle ilgili düzenlemelerin yapılmasında, Avrupa Toplulukları organlarının çıkarmış olduğu yönergelerin etkisi büyüktür. Topluluk, tüketicileri koruyucu nitelikte olan ve tüm üye ülkelerde geçerli direktifler çıkarmıştır⁷⁶.

Roma Sözleşmesinin 5. maddesinde, tüketici akitleri ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Beşinci maddenin ilk paragrafında tüketici akitleri için bir tanım getirilmiştir. Buna göre, tüketicinin meslekî ve ticarî faaliyeti dışında kalacak şekilde, bir menkul malın teslim edilmesine veya bir işin görülmesine ilişkin olan veya böyle bir muamele için kredi temin etmeyi amaçlayan sözleşmeler tüketici akdi sayılacaktır⁷⁷.

Sözleşmede tüketici akdinin tam ve kesin bir tanımının yapılmasından bilerek kaçınılmıştır. Zira, üye devletlerde tüketici akitleri ile ilgili farklı tanımlar yer almaktaydı⁷⁸. Maddede işlemin amacından yola çıkılmıştır. Eğer bir kişi, meslekî ve ticarî faaliyeti dışında bir mal ya da hizmeti temin etmek amacıyla veya bu amaç yönünde bir kredi sağlamak için yapıyorsa, bu tüketici akdi olarak kabul edilecektir⁷⁹. Yine 5. madde, kira sözleşmelerine, hakların devrine, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanmayacaktır⁸⁰. Ancak, kapsam dahilinde yapılan bir iş görme sözleşmesine bu madde hükmü uygulanacaktır. Örneğin, otelde konaklamaya ilişkin akitler, ders alma sözleşmeleri, bankalar, sigorta ve aceneler tarafından akdedilen iş görme sözleşmeleri bu maddenin kapsamında değerlendirilir⁸¹.

getirildiği ileri sürülmüştür: ATAMER, Y.:Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, İÜHFM, 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 424.

- 75 ZEVKLİLER, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 15.
- 76 Kurucu antlaşmalarda, tüketicilerle ilgili bir düzenleme olmamasına rağmen, Topluluk tüketicilerle ilgili çeşitli programlar yayınlamaya başlamıştır. Örneğin 1975 yılında kabul edilen Birinci ve 1981 yılında kabul edilen İkinci “Tüketici Enformasyon ve Koruma programları”, 25.9.1985 tarihinde “ Ayıplı mallardan dolayı sorumluluğa ilişkin direktif”, 24.7.1990 tarihinde “Tüketici sözleşmelerinde dürüst olmayan koşullara ilişkin direktif” çıkarılmıştır. Nihayet, 1992 yılında Maastricht Antlaşması ile tüketicinin korunması sorunu AT Antlaşmasına eklenen bir madde ile açıkça ele alınmıştır: ZEVKLİLER, s. 13-14; DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 154; ATAMER, s. 423.
- 77 Benzer bir tanım Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Konvansiyonun 13. maddesinde yer almaktadır. İsviçre DÖH Kanununun 120. maddesinde de aynı tanım yer almıştır (TURHAN, İsviçre, s. 139).
- 78 DICEY - MORRIS, s. 1287.
- 79 GIULIANO - LAGARDE, s. 34.
- 80 ATAMER, s. 428.
- 81 ATAMER, s.428.

Sözleşmenin 5. maddesinin 4. paragrafında, bu maddenin taşıma akitlerine ve tamamen tüketicinin mutad meskeninden başka bir ülkede ifa edilecek iş görme sözleşmelerine uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Taşıma akitleri, daha özel koruma tedbirleri içerdiği için, haklı olarak 5. maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Yine tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede ifa edilecek iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin, tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede dil kursu veya konaklamaya ilişkin sözleşmelerde tüketici mutad mesken hukukundan faydalanamayacaktır. Bu sözleşmelerde akit diğer tarafın ülkesiyle daha sıkı irtibatlıdır⁸².

Aynı maddenin 5. paragrafında ise, 4. paragrafta yer alan hükme rağmen, eğer akit hem konaklama hizmetlerinin, hem de taşıma hizmetlerinin sunulduğu paket turlar için yapılmışsa, bu akdin 5. maddedeki düzenleme kapsamına dahil olacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin 5. maddesinin 2. paragrafında ise, üçüncü maddeye göre seçilen hukuk, tüketiciyi, tüketicinin mutad mesken hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının sağlamış olduğu korumadan mahrum bırakıyorsa, seçilen hukukun bu sonuçlarının uygulanmayacağı öngörülmüştür. Yani seçilen hukuk tüketicinin mutad mesken hukukundaki tüketiciyi koruyucu hükümlerden daha iyi hükümler taşıyorsa geçerli olacaktır. Seçilen hukuk tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyecektir. Bu sınıflandırma yukarıda da ispat edildiği üzere, çoğu durumlarda, tüketicinin hangi hukukun seçileceği konusunda söz hakkı bulunmadığı gözlemine dayanmakta ve onu koruma amacı gütmektedir⁸³.

Objektif bağlama noktalarına göre akit statüsünün tespitinde tüketici akitleri bakımından, 4.maddedeki genel kuraldan ayrılmıştır. Madde 5/3'de, açık veya örtülü olarak bir hukuk seçiminin olmadığı durumlarda tüketicinin mutad mesken hukukunun akdi idare edeceği belirtilmiştir.

Yine 5. maddenin 2. paragrafında, bazı pazarlama faaliyetleri neticesinde yapılan tüketici akitlerinin, tüketicinin mutad meskeninde yapıldığı kabul edilmiş ve bu akitlere de tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre:

“Akit tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ise, bu pazarlama faaliyetleri sonucunda, tüketicinin akdin inikadı için aynı ülkede gerekli adımları atması halinde akde, tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanacaktır.”

⁸² GIULIANO - LAGARDE, s. 36.

⁸³ Bkz. DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 164; ATAMER, s. 435.

B) BİREYSEL İŞ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUK

İş hukukunda birçok hükümler emredici niteliktedir ve bir devletin sosyal ve ekonomik politikasının gereklerine uygun biçimde düzenlenmiştir. Bu çeşit kurallar ülkede bulunan herkese uygulanır. İş hukuku alanında kamu hukuku ve özel hukuk karakterli kurallar bir ayrıma tâbi tutulmalıdır. Kamu hukukuna ait sosyal ve ekonomik politika hakkındaki hükümler hukuk seçimine imkân vermeyen ülkesel kurallardır. Bunun dışında kalan alanda hukuk seçimi yapılabilir⁸⁴.

Sözleşmenin 6. maddesinde, milletlerarası iş hukuku alanındaki gelişmelere uygun olarak, iş akitleri ayrı kanunlar ihtilâfi kuralı ile düzenlenmiştir.

Genel olarak iş akitlerinde de taraflara hukuku seçimi özgürlüğü tanınmıştır. Buna göre, taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı korumayı azaltıyorsa veya mahrum ediyorsa, bu takdirde seçilen hukukun bu nitelikteki hükümleri uygulanmayacaktır(md. 6/1).

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafı, irade muhtariyeti esasına bir sınıır getirmiştir. Buna göre, objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun emredici kuralları işçiye daha fazla yarar sağlıyorsa, seçilen hukuk değil, objektif akit statüsünün emredici kuralları uygulanacaktır. Burada, seçilen hukuk geçersiz kabul edilmeyecek, ancak objektif akit statüsünün işçiyi koruyucu nitelikteki hükümleri daha elverişli olduğu sürece seçilen hukukun yerine uygulanacak, diğer hususlarda ise seçilen hukuk uygulanmaya devam edecektir⁸⁵.

Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa veya yapılan hukuk seçimi geçersiz ise, iş akdine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafında, objektif bağlama noktası olarak, işçi geçici bir süre başka bir ülkede istihdam edilse bile, işçinin mutad olarak işini ifa ettiği yer hukuku tespit edilmiştir (md. 6/2-a). Sözleşme, “ifa yeri” nin, iş akitleriyle bir ülke hukuku arasında, kabili tatbik hukuku tayin etmek bakımından, yeterli bir sıkı irtibat içine sokan bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Ayrıca, Sözleşme, daha da ileri giderek “ifa yeri” nden maksadın ne olduğunu çeşitli ihtimaller göre belirlemeye yönelmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafında, işçinin mutad iş yerinden başka bir yere gönderilmesi hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “işçi geçici olarak başka bir ülkeye gönderilse dahi, işçi, akdin ifasında mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukuku, iş akdinde akit statüsü olarak kalmaya de-

⁸⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 267.

⁸⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 38; DICEY - MORRIS, s. 1304; DOĞAN, İş Akdinden, s. 73.

vam edecektir. Bu düzenlemede, geçici göndermelerin iş akdi statüsünde bir değişiklik yapmayacağı kabul edilmiştir⁸⁶.

Aynı maddenin 2. paragrafının b bendinde ise, işçinin edimini hiçbir ülkede mutaden yerine getirmemesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre, işçi edimini hiçbir ülkede mutaden yerine getirmiyor ise, işçinin işe alındığı işyeri hukuku, hukuk seçimi yokluğunda akde uygulanacaktır (md. 6/2-b). Bazı hallerde işçinin edimini değişik ülkelerde ifa etmesi sebebiyle mutad olarak çalıştığı bir yer bulunmayabilecektir. İşte böyle durumlarda işçinin işe alındığı işyeri merkezinin bağlı bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

İlk hüküm daha çok işçinin ediminin mutaden ifa ettiği yerden başka bir ülkede ifa etmesi hali için söz konusu olduğu halde, ikinci hüküm, işçinin edimini birden fazla ülkede ifa etmesi halinde önem kazanmaktadır⁸⁷. Ancak, Sözleşmede işyeri kavramı tanımlanmamıştır. Pozitif düzenlemelerde, işyeri kavramından işletme merkezi anlaşılmaktadır⁸⁸. Nitekim maddede işçinin işe alındığı işyeri esas alınmıştır.

Sözleşmede, iş akitleri bakımından ana hatları ile tespit etmeye çalıştığımız sabit nitelikli objektif bağlama kurallarından farklı bir bağlama kuralı daha kabul edilmiştir: “Sıkı irtibatlı yer hukuku”. Buna göre, iş akdi, sözleşmede tespit edilmiş olan sabit nitelikli objektif bağlama kurallarınca yetkili görülen ülkeden başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, bu durumda sıkı irtibatlı ülke hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir⁸⁹. Sözleşmede yer alan hükme göre, “iş akdi ve iş ilişkisinin başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkiyi gösterdiği, durumun genelinden ortaya çıkıyor ise, sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanır” (md. 6/2).

İKİNCİ BÖLÜM: AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI

I. AKİT STATÜSÜNÜN KAPSAMI

A) GENEL OLARAK

Tarafların seçtikleri hukuk veya objektif bağlama esasına göre tespit edilen hukuk genel olarak akitle ilgili tüm sorunlara uygulanacaktır. Sözleşmeye

⁸⁶ DICEY - MORRIS, s. 1310.

⁸⁷ DICEY - MORRIS, s. 1310.

⁸⁸ DICEY - MORRIS, s. 1310; DOĞAN, İş Akdinden, s. 83.

⁸⁹ DOĞAN, İş Akdinden, s. 85 vd.

göre belirlenen yetkili hukuk, akdin kuruluşu ve geçerliliğine, akdin yorumuna, ifasına, hasarın kime ait olacağına, akdin butlanının sonuçlarına uygulanacaktır.

Sözleşmenin 10. maddesinde akit statüsünün uygulama alanına giren bazı konular sayılmıştır. Buradaki sayma tahdidî değil, tadadî olarak yapılmıştır. Bunun nedeni 10. maddedeki bazı konuların, bazı üye ülkelerde akit statüsünün dışında kabul edilmesidir. Örneğin m. 10/d'deki dava açma süresi, İngiliz hukuk sisteminde (dava zamanaşımı) usule ait bir konu olarak kabul edilir ve *lex fori* uygulanır, akit statüsü değil. İşte, 10. maddedeki konular üye ülkelerde akit statüsü dışında kabul edilebilme ihtimali olan konular olduğu için, bu konuda doğabilecek ihtilâfları önlemek amacıyla 10. maddede akit statüsünün içinde olduğu belirtilmiştir⁹⁰. Anılan madde, özellikle akdin yorumu, ifası, akdin hükümsüzlüğünün sonuçları, borcun sona ermesi sebepleri, dava açma süresi, zamanaşımı, akdin butlanının sonuçları konularının akit statüsü içinde olduğunu hükme bağlamıştır (m. 10/1 a-e).

B) AKDİN KURULUŞU VE GEÇERLİĞİ

Bir akdin kurulabilmesi için tarafların, karşılıklı olarak, birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekmektedir⁹¹.

İcabın zımnî olarak yapılıp yapılamayacağı, icapla bağlılık süresi, icaptan dönülüp dönülemeyeceği, icabın hüküm ve sonuçları akit statüsüne tâbidir. Yine, susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği, kabulden dönülüp dönülemeyeceği, kabulün şekli, kabulün hüküm ve sonuçları da akit statüsüne tâbidir⁹².

Sözleşmenin 8. maddesinde “maddî geçerlik” başlığı altında akdin kuruluşu ve geçerliği düzenlenmiştir. Buna göre, bir akdin varlığına ve geçerliğine veya bir hükmünün varlığına ve geçerliğine, eğer akit geçerli olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse, o hukuk uygulanacaktır (m. 8/1).

Aynı hükmün gereği, olarak akdin hile, ikrah, hata gibi irade bozukluğu nedenleriyle geçerli olup olmadığı, eğer akit geçerli olarak kurulsaydı, hangi hukuka tâbi olacak idiyse, o hukuk tarafından karara bağlanacaktır. Çünkü bu gibi irade sakatlığı halleri akdin kuruluşu ile ilgili sorunlardır ve akit statüsüne tâbi olması doğaldır⁹³.

Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan “...akdin herhangi bir hükmü” ibaresi içine, akde bir madde olarak eklenen hukuk seçimi hükümleri de girebilir. Yi-

⁹⁰ NORTH, General Course, s. 177-178.

⁹¹ EREN, C. I, s. 285.

⁹² TEKİNALP, MÖH, s. 255; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 44.

⁹³ DICEY-MORRIS, s. 1248.

ne, hukuk seçiminin geçerliği ve kuruluşu da akit statüsü içinde değerlendirilecektir. Hukuk seçimi esas akitten ayrı olarak yapılsa bile, seçime ilişkin bu akdin maddî geçerliği akit statüsüne tâbidir⁹⁴. Netice olarak, akdin asli geçerliğine ilişkin bütün sorunlar kural olarak akit statüsüne tâbi olacaktır. Akdin muhtevasının ve konusunun imkânsız olup olmadığı da akit statüsüne tâbidir⁹⁵. Akdin nerede ve ne zaman kurulduğu sorunu da akit statüsüne göre tespit edilir⁹⁶.

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafına göre, taraflardan birinin davranışının, birinci paragrafta belirtilen hukukun hükümlerine göre belirlenmesinin adil olmadığı, hâl ve vaziyetten anlaşılması halinde, bu âkit taraf, kabul iradesinin olmadığı konusunda, kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep edebilir.

Bu paragrafta rızanın geçerliliği değil, sadece rızanın varlığına ilişkin özel bir durum düzenlenmiştir. Bir tarafın davranışlarından, akde rıza gösterdiğinin akit statüsüne göre tespit edilmesi, hâl ve vaziyete göre makul karşılanmayacaksa, âkit tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanabilir⁹⁷.

Bu paragraf, özellikle, âkit taraflardan birinin sessiz kalması sonucu akdin meydana gelip gelmeyeceği sorununa ilişkin olarak düzenlenmiştir⁹⁸. Örneğin, bir icaba muhatap olan kimse, sessiz kaldığı vakit, icabı kabul etmemiş olsa bile, kendisini birinci paragraftaki esasa uygulanacak hukuka göre akitle bağlanmış bulabilir. Bu nedenle bu paragraftaki istisna hükmü kabul edilmiştir.

Ancak, bu istisna “olumsuz (negatif) bir karakter” taşımaktadır. Yani, icap karşısında susan taraf, akit için rızasının olmadığını mutad mesken hukukuna dayanarak ileri sürebilir. Yoksa, birinci paragraf hükmü uyarınca uygulanan hukuka göre geçersiz sayılan bir akdin, geçerli olması için, âkit taraf, mutad mesken hukukuna dayanamaz, bunu ileri süremez. Rızasının varlığı genel akit statüsüne göre tespit edilir⁹⁹.

C) AKDİN İFASI

Sözleşmenin 10. maddesinde, akdin ifasının akit statüsü içinde yer aldığı açık bir biçimde belirtilmiştir (md. 10/I-b).

İfanın yeri ve zamanı, ifanın üçüncü kişi tarafından yapılıp yapılamayacağı, para borçlarının nerede ifa edileceği, ödemenin hangi para birimi üzerinden

⁹⁴ DIAMOND, s. 306.

⁹⁵ GIULIANO-LAGARDE, s.42.

⁹⁶ TEKİNALP, MÖH, s. 256; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara s. 48.

⁹⁷ DICEY - MORRIS, s. 1251; GIULIANO - LAGARDE, s. 43.

⁹⁸ CLARKSON - HILL, s. 231.

⁹⁹ CLARKSON - HILL, s. 231.

yapılacağı, seçimlik borçların ifası, bölünebilir veya bölünemez borçların ifası gibi konular esasa uygulanacak hukuka tâbidir¹⁰⁰.

Ödemezlik def'i¹⁰¹, çoğu ülkelerin hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olmasına rağmen, şartları bakımından hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunabilir. Ödemezlik def'inin kullanılmasına ilişkin şartlar ve bunun sonuçları da akit statüsüne göre belirlenecektir¹⁰².

Sözleşmede, akdin ifa usulü ve eksik ifası akit statüsünün uygulama alanından hariç tutulmuştur. İfa usulü ve eksik ifa, ifa yeri hukukuna (*lex loci solutions*) tâbi tutulmuştur (m. 10/2).

D) AKDİN İHLÂLİNİN SONUÇLARI

Sözleşmenin 10. maddesi, mahkemenin usul kurallarının izin verdiği ölçüde, zararın tayini de dahil olmak üzere, akdin ihlâlinin sonuçlarının esasa uygulanacak hukuka göre tayin edileceği hükmünü getirmiştir (md. 10/1-c). Buna göre, zararın hesaplanması da, akdin esasına uygulanacak hukuka göre yapılacaktır. Ancak zararın hesaplanmasında, hâkimin hukukunda bulunan usul kuralları da dikkate alınacaktır.

Akdin ihlâlinin sonuçları, akdi ihlâl edenin sorumluluğu, akdin ihlâli durumunda karşı tarafın akdi feshetme veya ifayı reddetme yetkisinin olup olmadığı da esasa uygulanacak hukuka göre belirlenir¹⁰³.

Sözleşmeye göre, akdin hükümsüzlüğünün sonuçları da esasa uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir (m. 10/1-e).

E) BORCUN SONA ERMESİ

Sözleşmeye göre, borcun sona erme sebepleri esasa uygulanacak hukuka tâbidir (m. 10/1-d).

Borcun sona ermesinin en doğal nedeni ifadır. Ancak borç ifa dışında başka nedenlerle de sona erebilir¹⁰⁴. İfa ile borcun sona ermesi yukarıda incelendi. Burada bunun dışındaki borcu sona erdiren nedenlere değinilecektir.

¹⁰⁰ GIULIANO-LAGARDE, s. 49; DICEY - MORRIS, s. 1262.

¹⁰¹ Bkz. EREN, C. III, s. 142 vd.

¹⁰² TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 54.

¹⁰³ GIULIANO - LAGARDE, s. 50; DICEY - MORRIS, s. 1263; COLLIER, s. 205.

¹⁰⁴ Bkz. EREN F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, C. III, s. 454.

Bozma akdi¹⁰⁵, fesih, dönme, geri alma, borcun yenilenmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas¹⁰⁶, zamanaşımı gibi sebepler de borcu sona erdiren sebepler olarak sayılabilir. İşte borcun ne sebeple hangi şartlarla sona ereceği de akit statüsüne göre belirlenecektir.

Borcun haklı sebeplerle tehir edilip edilemeyeceği, ifanın geciktirilebilme şartları veya ifanın ertelenip ertelenemeyeceği gibi hususların sebepleri ve şartları da esasa uygulanacak hukuka tâbidir¹⁰⁷.

F) ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı alacak hakkının belli bir süre kullanılmamasıyla zayıflamasını ifade eden ve alacak hakkının dava edilebilirliğini ortadan kaldıran bir müessesedir¹⁰⁸. Bir alacak zamanaşımına uğramış ise, alacak sona ermiş olmaz; ancak, zamanaşımı def'inin ileri sürülmüş olması, alacağın tahsil edilme imkânını ortadan kaldırır.

Zamanaşımı Kıta Avrupası ve Türk hukuk sisteminde maddî hukuka ait bir müessese sayılırken; Anglo-Sakson hukukunda usul hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilmektedir. Bu hukuk sisteminde zamanaşımı bir talebi ileri sürebilme imkânını ifade eder¹⁰⁹.

Zamanaşımı maddî hukuka ait bir müessese olarak kabul edildiğinde, onun akit statüsü içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir¹¹⁰. Zamanaşımı usul hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilirse *lex fori*'ye tâbi tutulur. İngiliz hukukunda zamanaşımı usule ait bir müessese olarak kabul edilmekteydi ve

¹⁰⁵ Taraflar, irade muhtariyeti ilkesi gereğince yaptıkları akdi ortadan kaldıracakları: EREN, C. III, s. 455.

¹⁰⁶ Takas, aynı cinsten ve muaccel olmak koşulu ile karşılıklı olarak borcu sona erdiren sebeplerden birisidir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1024). Takas için milletlerarası doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Biri (Fransa'da hâkim fikir) alacaklardan her birinin takas yoluyla sona ermesini, o alacağa hakim olan hukuka tabi tutar ve ancak her iki hukuka göre de takasın mümkün olması halinde alacakların sona ereceği kabul edilir. Buna mukabil diğeri (Almanya'da hâkim olan fikir) esas talebin, yani kendisine karşı takas dermeyan edilen alacağın tâbi olduğu hukuku nazara alır (NOMER, DHH, s. 270); borcun sona erme sebepleri ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 61-66.

¹⁰⁷ COLLIER, s. 204.

¹⁰⁸ EREN, C. III, s. 483.

¹⁰⁹ ŞANLI, C.: Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı, İBD, 1989, s. 637-638, (Zamanaşımı); NOMER, DHH, s. 187; TEKİNALP, MÖH, s. 100.

¹¹⁰ MÖHUK m. 7: "Zamanaşımı hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir."

lex fori'ye tâbi tutuluyordu¹¹¹. Anglo - Sakson ülkelerindeki bu anlayış, milletlerarası ticaretin gerekleri olan, akdî ilişkinin geleceği bakımından asgari hukukî güven ve istikrar ilkesini zedelediği için, İngiliz hukukunda 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren "Milletlerarası Zamanaşımı Kanunu" (*Foreing Limitation Act*. 1984) ile değiştirilmiştir. Böylece İngiliz hukukunda da zamanaşımı esasa uygulanan hukuka tâbi kılınmıştır¹¹².

III. YETKİLİ HUKUKUN KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

A) EHLİYET

Ehliyet konusunda iki temel anlayış vardır. Bunlardan birincisi, ehliyetin kişiliğin bir unsuru olması ve ehliyet konusunun düzenlenişinde taraf menfaatinin ön planda tutulması nedeniyle, ehliyet kişisel statünün hâkim olması yönündedir. Kişisel statüyü belirleyecek olan ise, genellikle kişinin millî kanunudur. Kara Avrupa hukuk sisteminde geçerli olan anlayış budur.¹¹³ İkinci anlayış ise, ehliyeti akdin yapıldığı yer hukukuna veya akit statüsüne tâbi tutan *Common Law* hukukundaki anlayıştır¹¹⁴.

Sözleşme de, ehliyet konusunu, akdin bir veçhesini ilgilendirmekten çok, kişisel statüyü ilgilendirdiği gerekçesiyle, Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakmıştır (md. 1/2-a)¹¹⁵. Tarafların ehliyeti konusunda, üye devletler kendi kanunlar ihtilâfî kurallarına göre karar vereceklerdir¹¹⁶. Sözleşme, ehliyet konusunu uygulama alanının dışında kabul ederken 11. maddeyi saklı tutmuştur. Sözleşmenin 11. maddesi de işlem güvenliğini sağlamak için istisnâî bir hüküm getirmiştir. Buna göre, aynı ülkede bulunan gerçek kişiler arasında yapılan bir akitte, o ülke hukukuna göre ehliyetli olan kişilerin başka bir ülke hukukuna (kendi

¹¹¹ ŞANLI, Zamanaşımı, s. 644; LASOK - STONE, s. 371.

¹¹² Taraflar arasında akdî ilişkiden doğan zamanaşımına dair bir sorun çıktığında, bunun, taraflarca seçilen ve bu sebeple taraflarca bilinen hukuka değil de, davanın şu veya bu sebeple açıldığı ülke hukukuna tâbi kılınması, akdî ilişkinin dayandığı güven prensibine ve tarafların beklentilerine aykırıdır. Mesela, Amerikan hukuk sisteminin anlayış tarzına göre, tarafların seçtikleri hukuka göre henüz zamanaşımına uğramayan bir alacak hakkına istinaden herhangi bir Amerikan mahkemesinde açılan dava, Amerikan hukukunun öngörmüş olduğu zamanaşımı süresi dolduktan sonra açılmış olduğu için reddedilecektir. Aynı şekilde, sözleşmenin tâbi olduğu hukuka göre zamanaşımına uğrayan bir dava, henüz Amerikan hukukundaki süre dolmadığından kabul edilecektir: ŞANLI, Zamanaşımı, s. 644; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 65.

¹¹³ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 66; TEKİNALP, MÖH, s. 46.

¹¹⁴ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 67; CLARKSON - HILL, s. 233-234.

¹¹⁵ CLARKSON - HILL, s. 233.

¹¹⁶ DICEY - MORRIS, s. 1272.

millî veya ikametgâh hukukuna) göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilmesi; ancak akdin karşı tarafının, akdin kuruluşu anında onun ehliyetsiz olduğunu biliyor olması ya da kendi ihmali neticesinde öğrenmemiş olması halinde mümkündür¹¹⁷.

Ancak, bazı problemlerin çözümü o kadar net değildir. Örneğin, ehliyetsiz olduğunu iddia eden taraf, kendisinin ehliyetsizliğini karşı tarafın biliyor olduğunu veya ihmâli neticesinde öğrenmediğini nasıl ispat edecektir? Bu madde, karşı tarafı ehliyetli zannederek, iyi niyetli olarak akit yapan tarafları korumak için kabul edilmiştir. Bu nedenle, ehliyetsiz olduğunu iddia eden taraf, karşı tarafın kendisinin ehliyetsiz olduğunu bildiği veya ihmâli neticesinde öğrenmediğini ispat edecektir. İspat yükü ehliyetsiz olduğunu iddia eden tarafa yüklenmiştir¹¹⁸. Bu çözüm tarzı akdî ilişkilerde hukukî güveni ve istikrarı sağlar.

B) İSPATA İLİŞKİN SORUNLAR

İspatla ilgili sorunlar usul hukukuna ait olduğu için *lex fori*'ye tâbidir¹¹⁹. İspat vasıtalarının kabul edilebilirliği ile bir delilin nev'i ve ileri sürülebilme şekli hakkında *lex fori* karar verir. Belirli bir müessesenin ispat hukukuna mı, yoksa maddî hukuka mı ait olduğu meselesi de *lex fori*'ye göre cevaplanır¹²⁰.

Delillerin takdirine ilişkin kaideler de usul hukukuna aittir. Bu sebeple bunlar da *lex fori*'ye tâbidir¹²¹.

Sözleşmenin birinci maddesinde delil ve usulle ilgili problemlerin, 14. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, Sözleşmenin uygulama alanı dışında kaldığı açıkça belirtilmiştir (md. 1/2-h).

Üye devletlerin hukuk sistemlerinde de, genellikle, ispat yükü (beyyine külfeti) hariç, delille ilgili tüm sorunlar hâkimin hukukuna tâbi kılınmıştır¹²².

Hukuk düzenlerinde, istisnaları olmakla birlikte, ispat yükü iddia ya da savunmayı ileri süren taraflara ait olup, taraflar iddia ve savunmalarını ispat etmek zorundadırlar¹²³. Bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun çıkarılması demek olan fiilî ya da kanunî karineler de ispat yükünün belirlenmesinde önemli

¹¹⁷ TEKİNALP, MÖH s. 57-61; SEVİÇ, V.R.: Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun, MHAD, s. 85-87; ULUOCAK, MÖH s. 199-201.

¹¹⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 52.

¹¹⁹ NOMER, DHH, s. 309; DICEY - MORRIS, s. 1257.

¹²⁰ NOMER, DHH, s. 311.

¹²¹ NOMER, DHH, s. 311.

¹²² GIULIANO - LAGARDE, s. 54-55.

¹²³ EDİS, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 365.

rol oynarlar¹²⁴. Sözleşmenin 14. maddesinde, ispat yükü başlığı altında, delillerle ilgili bazı sorunlara uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşmedeki kanunlar ihtilâfî kurallarınca akde uygulanmak üzere tespit edilen hukuk, bu konularda kural içerdiği takdirde, ispat yüküne ve kanunî karinelere de uygulanacaktır (md. 14/1).

İspat külfeti ile ilgili kaideler, genellikle kabul edilen anlayışa göre, maddî hukuka ait kaideler arasında yer almaktadır¹²⁵. Dolayısıyla, akdin esasına uygulanacak hukuk ispat külfeti ile ilgili problemlere de uygulanacaktır.

Ancak ispat yükü ile ilgili tüm hususlar akit statüsüne tâbi değildir. Yalnızca akdin muhtevası ve akitle ilgili maddî hukuk kurallarına etki ettiği ölçüde akit statüsüne tâbi olacaktır. Maddî hukuka ait belirli bir hukukî münasebete bağlı olmaksızın, doğrudan doğruya usul hukukuna ait konuları akit statüsüne tâbi tutmak yanlış olur. Özellikle ispat külfeti, tarafların dava sırasındaki davranışlarından etkileniyor ise, tarafların bu davranışları *lex fori*'ye göre hükme bağlanır¹²⁶.

C) AKDİN ŞEKLİ

Genel olarak, uluslararası ticarî akitlerde şekille ilgili kuralların mümkün olduğunca sınırlı tutulması eğilimi vardır¹²⁷. Uluslararası ticarî ilişkilerin temeli olan akitlerde yazılı şekilde yapılma mecburiyeti yoktur. Genel olarak hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda şekil bakımından “sözleşme serbestisi”¹²⁸ kabul edilmiştir¹²⁹.

Akdin şekli konusunda Devletler Özel Hukukunda eskiden beri kabul edilen, akdin yapıldığı yer hukuku (*Locus Regit Actum*) prensibi hâkimdir. Buna göre, akdin şekli geçerliği yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Yeni bir eğilim olarak şekil, akdin bir parçası, bir özelliği olması nedeniyle şekle akit statüsünün uygulanması da kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak akit statüsü *LRA*

¹²⁴ EDİS, s. 372.

¹²⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 54-55; NOMER, DHH, s. 311.

¹²⁶ NOMER, DHH, s. 311.

¹²⁷ DICEY - MORRIS, s. 1255.

¹²⁸ Şekil bakımından sözleşme serbestisi şekil serbestisi anlamına gelir. Yani bir hukukî muamelenin veya akdin geçerliğinin belirli bir şekle tâbi olmadığı, sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabileceği anlamına gelir. Bkz. EREN, C. I, s. 327; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 99.

¹²⁹ ŞANLI, Ticarî Akitler, s. 36.

kuralının yanında alternatif olarak uygulanmaktadır. Bu, akdin şeklen geçerliği lehine bir ilke olarak (*favor negotii*) ortaya çıkmaktadır¹³⁰.

LRA ve *lex causae*'nin alternatif olarak birlikte uygulanması milletlerarası ticarete güvenlik sağlar. Tarafların yapmış oldukları bir akitte, şekli şartların yerine getirilip getirilmediği hususunda bir ihtilâf ortaya çıktığında, tarafların, akit statüsünün veya akdin yapıldığı yer hukukunun şartlarını yerine getirmiş olmalarının yeterli kabul edilmesi, ticarî işlemlerin gerektirdiği kolaylık, sürat ve güvenliği sağlayacaktır¹³¹.

Sözleşmenin 9. maddesinde, aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılan akdin şeklen geçerliliği, akdin yapıldığı yer hukukuna veya Sözleşmeye göre akdin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir (md. 9/1).

Taraflar akdin bölünebilir kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırmışlarsa (md. 3/1) veya mahkeme objektif akit statüsünü tespit ederken akdin bir bölümüne daha yakın irtibatlı bulunduğu başka bir hukuku uygularsa akdin bir bütün olarak şekli geçerliği hangi hukuka tâbi olacaktır? Bu tür durumlarda akdin şekli geçerliğine, farklı hukuk sistemlerinden akitle sıkı irtibatlı hukuka göre değerlendirme yapılması savunulmaktadır¹³². Yani, akdin bir bütün olarak şekli geçerliği, akdin sıkı irtibatlı olduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir.

Üçüncü maddenin ikinci paragrafında, tarafların, akit yapıldıktan sonra da akde uygulanacak hukuku tespit edebilecekleri, ancak bunun akdin şekli geçerliğine etki etmeyeceği belirtilmiştir. Bunun amacı da tarafların sonradan seçtikleri hukuk dolayısıyla akdin şekil bakımından geçersiz kabul edilen başka bir ülke hukukuna tâbi kılınmasını önlemek ve bu nedenle üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaktır. Uygulanacak hukukta yapılan bir değişikliğin bu akde dayanarak bir hakkı iktisap edenlerin durumunun olumsuz olarak etkilememesi düşünülmüştür¹³³.

Dokuzuncu maddenin ikinci paragrafında ise, farklı ülkelerde bulunan kişiler tarafından yapılan akitlerde akdin şekli geçerliğinin, sözleşme uyarınca esasa uygulanacak hukukun şekil şartlarına veya tarafların bulunduğu ülkelerden birinin hukukuna göre tespit edileceği belirtilmiştir.

Dokuzuncu maddenin üçüncü paragrafında, akdin bir temsilci tarafından yapılması hali düzenlenmiştir. Buna göre akit bir temsilci tarafından yapılıyorsa

¹³⁰ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 68.

¹³¹ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 69.

¹³² GIULIANO - LAGARDE, s. 46.

¹³³ WILLIAMS, s. 21.

temsilcinin işlemi yaptığı anda bulunduğu devlet hukuku bu maddenin birinci ve ikinci paragrafındaki hükümlere göre tespit edilecektir (md. 9/3).

Eğer temsilciler aynı ülkede bulunmuyorsa akdin şekli geçerliği hem *lex causae*'ya, göre hem de akdin yapıldığı yer hukukuna göre alternatif olarak tespit edilecektir. Temsilciler farklı ülkelerde bulunuyorlarsa hem *lex causae*, hem de temsilcilerin bulunduğu ülke hukukları akdin şekli geçerliğine seçimlik olarak uygulanacaktır¹³⁴.

Bir akit, bir ya da birden çok temsilci vasıtasıyla yapılmakta ise, temsilcilerin akdi yaptıkları yerin göz önüne alınacağı bu maddenin üçüncü paragrafında belirtilmiştir. Eğer akit, tarafların temsilcileri tarafından daha önce kararlaştırılan bir ülkede yapılıyorsa taraflar farklı ülkede olsalar bile bu akit ilk paragraf anlamında aynı ülkede meydana gelmiş bir akit olarak kabul edilecektir. Yine tarafların temsilcileri akdin yapılması sırasında farklı ülkelerde bulunuyorlarsa taraflar akdin kurulması zamanında aynı ülkede bulunsalar bile akit farklı ülkelerde bulunanlar arasında meydana gelmiş sayılır¹³⁵.

Dokuzuncu madde tüketici akitleri ve gayrimenkullerle ilgili istisnâ düzenlemeler getirmiştir. Tüketici akitleri ile ilgili olarak Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci paragraf kapsamında genel şartları tanımlanan akdin şekli geçerliği, münhasıran tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Gayrimenkullerle ilgili ise altıncı paragrafta düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yukarıdaki hükümlere rağmen konusu taşınmaz mal üzerindeki bir hak veya taşınmazın kullanımına ilişkin olan bir akit; taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun şekil kuralları, akdi hangi hukuk idare ederse etsin, akit nerede kurulursa kurulsun uygulanacaktır (md. 9/5-6).

Akdin sıkı irtibatlı olduğu yer hukukunun veya *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları da göz ardı edilmemelidir. Akdin esasına uygulanan hukuka veya akdin yapıldığı yer hukukuna göre, şeklen geçerli olan bir akit *lex fori*'ye göre veya sıkı irtibatlı hukukun doğrudan uygulanan şekil kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz olma ihtimali ile karşılaşılabılır¹³⁶.

D) AKDİN İFASINA İLİŞKİN ÖZEL PROBLEMLER

Genel olarak akdin ifasıyla ilgili sorunlar akit statüsüne tâbi olmakla beraber pratik zaruretler nedeniyle ifa yeri hukukunun da dikkate alınması gerekmektedir. Mesela satılan malın sayılması, ölçülmesi, tartılması veya alıcı tara-

¹³⁴ DICEY - MORRIS, s. 1258.

¹³⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 47.

¹³⁶ GIULIANO - LAGARDE, s. 47.

findan muayene edilmesi, teslim ya da ödemenin yapılacağı günlere, saatlere, sürelerle ilişkin kurallar ifa yeri hukukuna tâbi olur¹³⁷.

Sözleşmenin onuncu maddesinin ikinci paragrafında akdin ifa tarzı ve kusurlu ifası halinde yapılması gereken işlemler bakımından ifa yeri hukukunun yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. İfa usulünün kapsamını, hâkim kendi hukukuna göre belirleyecektir. Ancak malın alıcı tarafından muayenesi, tatil günleri ve alıcının malı almaması halinde yapılacak işlemlerin ifa usulü kavramı içinde değerlendirileceği belirtilmiştir¹³⁸.

Yine ödemenin hangi para ile yapılacağı da ödemenin yapıldığı yer hukukuna göre tayin edilecektir¹³⁹.

Maddede ifa yeri hukukunun “dikkate alınmasından” bahsedilmiştir. Bu, hâkimin takdir hakkı olduğu, ifa yeri hukukunun mutlaka uygulanması gerekmediği anlamına gelmektedir. İfa yeri hukukunun tamamen mi, yoksa kısmen mi uygulanacağı konusunda yine hâkimin takdir hakkı bulunmaktadır¹⁴⁰.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YETKİLİ HUKUKUN UYGULANMASI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER

I. ATIF

Yabancı unsurlu bir olay veya ilişkide, kanunlar ihtilâfi kurallarının yabancı bir hukuku yetkili kıldığı hallerde, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının kendi hukukunu değil de, başka bir hukuku yetkili kılmasına atif denir¹⁴¹. Atif konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı hukukçular atfin kabul edilmesi ile birlikte uyuşmazlığın çözülmez bir hal alacağı ve atfin nerede kırılacağı sorununun ortaya çıkacağını öne sürerek atfin reddedilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴². Bazı hukukçular ise, milletlerarası uyuşmazlıklarda çözüm yek-

¹³⁷ TEKİNALP, MÖH, s. 261; ULUOCAK, MÖH, s. 204.

¹³⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 51; LASOK - STONE, s. 369; COLLIER, s. 205.

¹³⁹ COLLIER, s. 205.

¹⁴⁰ GIULIANO - LAGARDE, s. 51.

¹⁴¹ ÇELİKEL, MÖH, s. 98; ÇELİKEL, A.: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atif” Prensibinin Uygulanması, MHB, 1983, Y. 3, S. 2, s. 1, (Atif Prensibi); NOMER, DHH, s. 130; DOĞAN, İş Akdinden, s. 91.

¹⁴² ÇELİKEL, MÖH, s. 106-107; atif için milletlerarası hukukta yer alan bir tenis oyunundan veya masa tenisinden bir perpetuum mobile'den de söz edilmektedir: NOMER, DHH, s. 133.

nesaklığını sağladığı,¹⁴³ iade atfın hâkime kolaylık getirdiği, atfın kabulüyle milletlerarası hukukta adaletin sağlandığı gibi gerekçelerle, atfın kabulünden yana çıkmaktadırlar¹⁴⁴.

Akdî borç ilişkilerinde, akit statüsünün taraf iradelerine göre belirlendiği hallerde atıf genellikle reddedilmektedir. Tarafların seçmiş oldukları hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları değil, maddî hukuk kuralları uyuşmazlığa doğrudan uygulanacaktır. Çünkü bu çözümün, irade muhtariyeti prensibine uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Akit statüsünün objektif olarak tespit edildiği durumlarda ise, akdin kabul edilip edilmeyeceği iki ayrı ihtimale göre değerlendirilmektedir. Objektif akit statüsü esnek olmayan yöntemlere göre belirlenmişse, atıf kabul edilecektir. Objektif akit statüsü esnek olan yöntemlere göre belirlenmişse atıf reddedilecektir. Örneğin, objektif akit statüsü¹⁴⁶ “sıkı irtibatlı hukukun tespiti” yoluyla tayin ediliyorsa, artık atfa yer verilmeyecektir¹⁴⁷.

Roma Sözleşmesinin 15. maddesinde atıf açıkça reddedilmiştir. Buna göre, Sözleşme uyarınca belirlenen ülke hukukunun uygulanmasının o ülkenin yürürlükte bulunan hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları dışındaki kurallarının uygulanması anlamına geleceği belirtilmiştir.

II. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni kavramının bütün özelliklerini ifade edecek, sınırlarını çizerek şekilde somut olarak tanımlanması zordur. Bunun nedeni de, kamu düzeni kavramının içeriğinin zamana ve mekana göre değişmesidir. Yani kamu düzeni kavramının zamana ve mekana göre değişmesinden dolayı, tanımı yapılırken de, bu tanımın genel ve soyut olarak yapılması kamu düzeni müessesesinin niteliğine de uygun düşecektir. Genel olarak kamu düzeni, belirli bir ülke veya toplulukta, belirli bir dönemde, hâkim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin ve ahlâk anlayışının dayandığı temel değerler ve esaslar olarak tanımlanabilir¹⁴⁸.

¹⁴³ TİRYAKİOĞLU, s. Taşınır Mallara, 86.

¹⁴⁴ ÇELİKEL, MÖH, s. 105-106.

¹⁴⁵ DIAMOND, Harmonization, s. 253.

¹⁴⁶ DIAMOND, Harmonization, s. 253.

¹⁴⁷ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 87-88; Türk hukuku için ayrıca bkz. ULUOCAK, MÖH, s. 195; DOĞAN, İş Akdinden, s. 94.

¹⁴⁸ Tanım hakkında değişik yaklaşımlar için bkz. ŞANLI, Tahkim, 379; ÇELİKEL, MÖH, s. 125; DAYINLARLI, K.: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 659.

Niteliği gereği, ancak soyut ve genel bir şekilde tanımlanabilen kamu düzeninin kapsamını da önceden kesin bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Kamu düzeni zaman içerisinde toplumdan topluma değişir. Toplumun menfaatleri ve anlayışı zaman içinde değiştikçe kamu düzeni kavramının anlam ve içeriği de değişecektir¹⁴⁹. Ancak, kamu düzenine aykırılık tespit edilirken, “Hukuk düzeninin temel değerlerine aykırı düşme” veya “ahlak kuralları ve kanunların maksadına aykırı olma” gibi kıstaslar kullanılmaktadır¹⁵⁰.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır¹⁵¹. İç hukukta kamu düzenini ilgilendiren her kuralın dayanağı olan sebep, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir¹⁵². Bir akit, şartları itibarıyla, iç hukuk bakımından kamu düzenine aykırı hükümler taşıyabilir. Ancak, bu şartları düzenleyen yabancı hukuk hükümleri, milletlerarası özel hukuk bakımından, kamu düzenini ihlâl edici nitelikte olmayabilir. Aksi takdirde hâkimin iç hukukundaki kurallara aykırı olan yabancı akit statüsünün hiçbir şekilde uygulanmaması gerekirdi¹⁵³.

İç hukukta kamu düzeninin tespiti, çoğunlukla, bu amaca yönelik olmak üzere konmuş hukuk kuralları aracılığıyla yapılmaktadır. MÖH’de ise, kamu düzeni, kurallardaki hükümlerin belirlediği bir husus değildir. Hatta, kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kuralının kendisi de değildir. Yabancı hukuk kuralının uygulanmasıyla, önümüzdeki olay bakımından meydana gelecek sonuç, ülkenin müesses siyasal, hukuksal, ekonomik ve sosyal sistemlerinin altında yatan temel değer veya esasları, ya da toplumsal ahlâk anlayışının belirleyicisi olan yine temel değer ve etik ilkelerini ihlâl edici bir durumun ortaya çıkmasına, boy-

149 BERKİ, DHH, s. 81; ÇELİKEL, MÖH, s. 132.

150 ÇELİKEL, MÖH, s. 136.

151 ÇELİKEL, MÖH, s. 124.

152 Bazı konular iç hukukta, kamu düzeni düşüncesi ile konulmuş emredici kurallar ile düzenlenmiştir. Fakat milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeninden değildirler. Örneğin 1977 tarihli İngiliz Kanunu (*Unfair Contract Terms Act 1977*), sorumluluğu sınırlayan ya da bertaraf eden akit şartları hakkında düzenlemeler içermektedir. Söz konusu kanunun öngördüğü sınırlayıcı kurallara aykırı olarak akde bir kayıt konulması halinde, bu kayıtlar İngiliz kamu düzenini ihlâl etmesi sebebiyle batıl kabul edilmektedir. Ancak söz konusu kanunun 26/I. maddesi milletlerarası satım akitlerinde kanunun öngördüğü yasaklama ve sınırlamaların uygulanmayacağını, dolayısıyla, taraflara bu sınırlayıcı kuralları bertaraf etme izni verildiği belirtilmektedir. Hatta tarafların milletlerarası nitelikteki akde uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçmiş olmaları halinde bile 1977 tarihli Kanunun sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümleri, yine aynı kanunun 27/I. maddesi uyarınca uygulanmayacaktır. Bu kanunun kamu düzeni sebebiyle getirdiği sınırlama ve yasaklamalar iç hukuk akitleri içindir :TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 76, dpn. 293’den naklen.

153 ÇELİKEL, MÖH, s. 125; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara s. 76-77.

lece ulusal toplumun rahatsız olmasına neden olacaksa, işte bu durumda MÖH bakımından kamu düzenine aykırılık hali ile karşı karşıya gelmiş oluruz.

Bugün, kamu düzeni–doğrudan uygulanan kurallar ayırımı, artık MÖH’de kamu düzeninin kurallar aracılığıyla tespit edildiği iddiasını güçten düşürmüştür. Aynı nedenle, bugün artık, kamu düzeni bir ilke olarak değil, bir istisna olarak kabul edilmekte; kamu düzeninin “müspet etkisi”nden de söz edilmeyip, ya sadece menfi etki göstereceği, veya mahkemenin hukukunun uygulandığı hallerde “önce menfi, sonra müspet” etki göstereceği kabul edilmektedir. Hatta, eski anlayışla karışır diye “önce menfi, sonra müspet” etkisinden bile zorunlu olmadıkça söz edilmemektedir.

Akde uygulanacak yabancı hukukun ne zaman mahkemenin hukukunun temel değerlerini ihlâl etmiş sayılacağını tespit etmek önemli bir sorun meydana getirebilir. Sözleşmenin 16. maddesinde hâkimin hukukundaki kamu düzenine aykırılığın “açık” olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kamu düzenine açıkça aykırılığın aranması, herhangi bir mahkemenin, kamu düzeni gerekçesini kullanarak yabancı hukukun kendi hukukundan farklı her kuralının uygulanmasını reddetme eğilimi göstermesini önlemek amacıyla¹⁵⁴. Yabancı hukukun tatbiki hâkimin hukukunun kamu düzenini tahammül edilmez şekilde ihlâl ediyorsa, ancak bu durumda, yabancı hukukun ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Çünkü kamu düzeninin müdahalesi istisnaî niteliktedir. O halde hâkim, kamu düzenine başvururken, ihtiyat ve çekingenlik göstermek durumundadır. Hâkim yabancı ülkenin kendine özgü, belki de tuhaf gözüken hukuk anlayışını mümkün olduğu ölçüde müsamaha ile karşılayıp, titizlik yapmaktan kaçınmak zorundadır¹⁵⁵.

Kamu düzeninin istisnaî niteliği kabul edildiği takdirdedir ki, Devletler Özel Hukukunun temel amacı olan milletlerarası hakkaniyete ve ahenge ulaşmak mümkün olabilir. Diğer bir söyleyişle, devletler özel hukukunun önemi ve geçerliği kamu düzeninin istisnaî karakteri kabul edilmekle kendini ortaya koyabilir. Bir ülkede kamu düzeni kavramına Devletler Özel Hukuku alanında sık sık başvurulması, o ülkede kabul edilen kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmaması ya da yabancı mahkeme ve hakem kararlarının çoğunlukla tanınmaması veya tenfiz edilmemesi anlamına gelebilecektir¹⁵⁶. Kamu düzenine çok sık başvurulması halinde yine, Sözleşmeye göre yetkili kabul edilen hukukun uygulanmaması neticesini verecektir ki, bu Sözleşmenin istemediği bir neticedir.

Sözleşmede, akdin esasına ilişkin hukukun uygulanmasını engelleyen bir etkiye sahip olarak, kamu düzeni, 16. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, Söz-

¹⁵⁴ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 155; KİRAZ, Ortak Hükümler, s. 402.

¹⁵⁵ NOMER, DHH, s. 146.

¹⁵⁶ GÜRZUMAR, s. 25-26.

leşmedeki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmaz.

Maddedeki kamu düzeni kavramına, üye ülkelerin kamu düzeni anlayışları girdiği gibi, Avrupa Topluluğunun kendine ait kamu düzeni anlayışı da girmektedir. Dolayısıyla, Topluluk ticaretini ilgilendiren akdî ilişkilerde taraflarca anlaşmaya varılmış akit hukukunun veya objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun, Topluluk hukukuna aykırı düşen hükümleri, Topluluk kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşacak ve bu hukuktaki düzenlemeler yerine Topluluk hukukunun ilgili hükümleri uygulanacaktır¹⁵⁷.

III. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

A) GENEL OLARAK

Doğrudan uygulanan kurallar;¹⁵⁸ kamusal organizasyonun politik, sosyal ve ekonomik amaçlarına hizmet eden ve kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkiye uygulanan kurallar olarak tanımlanabilmektedir¹⁵⁹.

İç hukukta kendisine mutlak surette uyulması gerekli kurallara emredici hukuk kuralı denir ve bu kurallar akit yapma özgürlüğünün bir sınırlamasını teşkil eder. Taraflar yaptıkları akitlerde bu kuralların aksini kararlaştıramazlar¹⁶⁰.

İç hukuktaki emredici hukuk kurallarına verilen anlam ile Devletler Özel Hukukunda emredici hukuk kurallarına (doğrudan uygulanan kurallar) verilen anlam tam olarak aynı değildir. Bunlar, kendi bağlamlarında, farklı anlam ve uygulama alanına sahiptir. Yani iç hukuktaki her emredici kural Devletler Özel Hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmez. Ancak, iç hukukta kamu düzeninden olan ve emredici olarak yer alan bir kuralın hangi halde ya-

¹⁵⁷ GUILIANO - LAGARDE, s. 58; ŞANLI, Tahkim, s. 386-387; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 156.

¹⁵⁸ Sözleşmede “*mandatory rules*” ifadesine yer verilmiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde de değişik ifadeler kullanılmıştır. “*Lois d’application immédiate*”, “*Prohibitivgesetze*”, “*Zwingendes Rechts saetze*”, “*Eingriffsnormen*” deyimleri kullanılmaktadır (TEKİNALP, MÖH, s. 39’dan). “*Zwingendenormen*” emredici normlar, “*raumlich bedingsten normen*” yerel emredici normlar ifadeleri de kullanılmaktadır: DOĞAN, İş Akdinden, s. 99, dpn., 35; yine bazı metinlerde *laws of immediate application*, “*directly applicable laws*”, *lois de police*” ifadeleri de kullanılmaktadır. (DIAMOND, Harmonization, s. 288); doğrudan uygulanan kurallar ifadesi yerine “müdahaleci normlar” ya da “emredici kurallar” ifadeleri de kullanılmaktadır. (NOMER, DHH, s. 56; TEKİNALP, MÖH, s. 39).

¹⁵⁹ TEKİNALP, MÖH, s. 39; DOĞAN, İş Akdinden, s. 99.

¹⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 78.

bancı unsurlu ilişkiler için doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını tespit etmek kolay değildir. Bu aslında bir yorum meselesidir. Bu yorum, iç hukuk kurallarının düzenlediği konu bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu düzenini ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları dikkate almak suretiyle yapılacaktır¹⁶¹.

Bu yorum sonucunda, kural, Devletler Özel Hukuku açısından da emredici nitelikte kabul edilirse, artık kanunlar ihtilâfi kuralına müracaat edilmeksizin doğrudan uygulanacaktır.

Devletler Özel Hukukunda doğrudan uygulanan kurallar için ortak bir tanım yapılamamıştır. Doğrudan uygulanan kurallara sistematik yerini kazandıran *Francescakis* bu tür kuralları devletin iktisadî, politik ve sosyal organizasyonunu ilgilendiren ve kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmadan uygulanan kurallar olarak tanımlamıştır¹⁶².

Ancak tanımdan hareketle doğrudan uygulanan kurallarının kapsamını ve sınırlarını çizmek ve belirlemek güçtür. Bu nedenle doğrudan uygulanan kuralları tanımlamak yerine, daha çok bu kuralların özelliklerinin tespit edilmesi, amaçlarının ortaya konulması savunulmaktadır¹⁶³.

Devletin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin bulunduğu, belli malların ithalat ve ihracatına ilişkin yasaklar, kotalar, para politikasına ilişkin hükümler, döviz kontrol düzenlemeleri, kültürel mirasın ve güçlü ekonomik menfaatlerin korunmasına yönelik hükümler doğrudan uygulanan kurallara birer örnektir. Bir akdî ilişkide, âkit taraflardan zayıf tarafı koruyucu hükümler de doğrudan uygulanan kurallara birer örnektir¹⁶⁴. Yine, birçok hukuk sisteminde cezai şartla ilgili kurallar da doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵.

İsviçre hukukunda da, ister kamu hukuku karakterli olsun, ister özel hukuk karakterli olsun, işçileri koruyan kurallar, sosyal sigortalar ile ilgili kanunlar, taşınmaz kiralaları hakkındaki kurallar doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁶⁶.

¹⁶¹ ÇELİKEL, MÖH, s. 130-131.

¹⁶² DOĞAN, İş Akdinden, s. 100.

¹⁶³ Karş. DOĞAN, İş Akdinden, s. 101.

¹⁶⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 260; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 79; TURHAN, T.: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s. 202, (Yabancı Para).

¹⁶⁵ DIAMOND, Harmonization, s. 288.

¹⁶⁶ TURHAN, İsviçre, s. 142.

Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin yedinci maddesinde, doğrudan uygulanan kurallarla ilgili düzenleme yer almaktadır. Bu maddenin birinci paragrafında üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. İkinci paragrafında ise hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiştir. Bu paragraf hükmü Devletler Özel Hukukunda genellikle kabul gören bir kural getirmiştir. Akit statüsü, ister sübjektif olarak hukuk seçimiyle belirlensin, ister objektif bağlama kuralına göre belirlensin hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları akdi etkileyecektir¹⁶⁷.

B) HÂKİMİN HUKUKUNUN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Sözleşmenin 7. maddesinin 2. paragrafında, Sözleşmedeki hiçbir kuralın, mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümle mahkemenin hukukunun bazı kurallarının korunması amaçlanmıştır. Doğrudan uygulanan normlar devlet düzeninin korunması, devletin faaliyetleri ile özel bir irtibatı bulunan, bu nedenle de yabancı unsurlu ilişkilere uygulanması istenen normlardır. Özellikle, kartellerle ilgili kurallar, rekabete ve kısıtlamalarına ilişkin *lex fori*'nin kuralları bu niteliktedir¹⁶⁸. Yabancılık unsuru taşıyan bir olaya kural olarak kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk uygulanır. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ise istisnadır¹⁶⁹.

Bazı yazarlar¹⁷⁰, Sözleşmenin 7. maddesinin 2. paragrafını gereksiz bir düzenleme olarak kabul ederler. Bu paragraf olmasaydı bile Sözleşmenin 16, 7/1, 5 ve 6. maddeleri karşısında aynı sonuca varılabileceğini savunmaktadırlar. Savunmanın dayanakları; ilk olarak, hiçbir mahkemenin, kendi hukukunca tüm ülkede uygulanmak üzere-yabancı unsurlu ilişkiler de dahil -konmuş bulunan hukuk kurallarından kaçınmayacağıdır; ikinci olarak, 16. maddede düzenlenmiş bulunan kamu düzeninin de aynı etkiyi sağlayabileceği ileri sürülmektedir. Nite-

¹⁶⁷ NORTH, General Course, s. 192.

¹⁶⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 42; TPKKK'na dayanılarak çıkartılmış bulunan 32 sayılı kararın ithalat başlığını taşıyan 9. md.sinin son fıkrasına göre: "bu karara ve ilgili mevzuata göre geçici olarak veya muafiyetle yurda girmiş bulunan vasıta, mal ve eşyalar süreleri bitiminde aynen yurt dışına çıkarılır veya gümrüğe terk edilir. Bu vasıta, mal ve eşyaların her ne surette olursa olsun ahara devri ya da satışı yahut Türkiye'de yerleşik kişilerce iktisabı kesin ithali bedelinin transferine ve Bakanlığın iznine tabidir." Türk hâkimi önüne gelen her uyuşmazlıkta akde hangi hukuk uygulanırsa uygulansın 32 sayılı kararın 9. maddesini gözetecektir: TURHAN, Yabancı Para, s. 203.

¹⁶⁹ DICEY - MORRIS, s. 1240.

¹⁷⁰ Örneğin, DIAMOND, Harmonization, s. 291.

kim Milletlerarası Özel Hukukla ilgili uluslararası sözleşmelerde kamu düzeninin bu etkisi uzun zamandan beri bilinmekteydi. Mahkemenin ülkesinde geçerli olan hukuka göre yabancı hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, akde uygulanacak hukukun uygulanması, aykırılığın mahiyet ve derecesine göre, ya tamamen engellenir ya da kısıtlanır¹⁷¹. Kamu düzeninin olumlu etkisi de hâkimin hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını sağlayacaktır¹⁷².

Ancak, günümüzde kamu düzeninin istisnâ mahiyeti ve buna bağlı olarak da salt olumsuz etkisi kabul edildiğinden, doğrudan uygulanan kurallar, önce yabancı hukukun uygulanmaması halinde olumsuz sonucuyla müdahale edebilecek olan kamu düzeninin aksine, yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkilere tamamen iç hukuka ilişkin bir olaya uygulandıkları gibi uygulanacaktır.

C) ÜÇÜNCÜ ÜLKE HUKUKUNUN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Lex fori ve *lex causae* dışında, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının akde uygulanabileceği hem doktrinde, hem de uygulamada kabul görmektedir. Üye ülkelerin mahkemelerinin verdiği kararlarda da, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanındığı görülmektedir¹⁷³.

Sözleşmenin 7. maddesinde, yetkili hukukun uygulanmasını engelleyen üçüncü bir devletin emredici hukuk kurallarının akde uygulanması konusu, çok taraflı bir sözleşmede genel bir hüküm aracılığıyla ilk defa düzenlenmiştir¹⁷⁴. Buna göre, Sözleşmenin göstermiş olduğu ülkenin hukuku uygulanırken, hukukî ilişkinin sıkı biçimde irtibatlı olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınırken onların niteliğine, amacına ve uygulanıp veya uygulanmadıklarında ortaya çıkan sonuçlara bakılır (md. 7/1).

Bu hükmün uygulanması için aşağıdaki şartlar aranmıştır:¹⁷⁵

- Hukukî ilişki *lex fori* ve *lex causae*'dan başka bir ülke ile sıkı biçimde irtibatlı olmalıdır. Bu irtibat borçlunun ikametgâhının bulunduğu ülke veya borçlunun millî hukuku, mallarının bulunduğu yer hukuku gibi noktalarda olabilir¹⁷⁶.

¹⁷¹ DIAMOND, s. Harmonization, 292.

¹⁷² NOMER, DHH, s. 152.

¹⁷³ Örneğin Hollanda Yüksek Mahkemesi 1966 tarihli "*Alnati*" davasında bu prensibe yer vermiştir (GIULIANO - LAGARDE, s. 40); yine İsviçre IPRG m. 19'da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır (DOĞAN, İş Akdinden, s. 110-111).

¹⁷⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 290.

¹⁷⁵ COLLINS, s. 426.

- Üçüncü devletin normu doğrudan uygulanan norm olmalıdır. Üçüncü devletin kuralı mecburî olarak uygulanma iradesine sahip olmalıdır.

- Mahkeme bu kuralı uygulayıp uygulamayacağına karar verirken, onun niteliğine, amacına ve uygulanıp veya uygulanmadığında ortaya çıkacak sonuçlarına bakacaktır. Bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmıştır¹⁷⁷.

Mahkeme hangi bağlantının yedinci maddedeki bu hükmün uygulanması için yeterli olacağına, bu hükmün uygulanma iradesinin varlığına, kuralın amacına ve önemine göre karar verecektir¹⁷⁸.

Bu maddedeki belirsizliğin, özellikle hangi doğrudan uygulanan kuralların bu madde kapsamına girdiğinin belli olmamasının, pratikte, uluslararası ticarete belirsizliğe yol açtığı ileri sürülmüştür. Bu madde ile uluslararası ticaret hukukunun amaçlarından olan kesinlik ve basitliğin göz ardı edildiği söylenmektedir ki, bunlar uluslararası ticarete çok önemlidir¹⁷⁹.

Sözleşmenin bu maddesine çekince konabileceği, 22. maddede ifade edilmiştir. Bu hüküm uyarınca İngiltere, Almanya, İrlanda ve Lüksemburg bu paragrafa çekince koymuşlardır¹⁸⁰.

D) AKİT STATÜSÜNÜN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Akit statüsü ister hukuk seçimi yoluyla, isterse objektif olarak tespit edilen bir hukuk olsun, onun hem doğrudan uygulanan kuralları, hem de tamamlayıcı olarak kabul ettiği kurallar akdî ilişkiye bir bütün olarak uygulanacaktır¹⁸¹.

Akit statüsü hukuku emredici ve düzenleyici kuralları ile akdî ilişkiye bir bütün olarak uygulanacaktır. Eğer tarafların aralarında yapmış oldukları akdî bir hükmü akit statüsüne göre belirlenen hukukun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı ise, akdî hükmü değil, doğrudan uygulanan kural uygulanacaktır.

SONUÇ

Avrupa Toplulukları belli amaçları olan bir harekettir. Topluluk hareketi ekonomik bir entegrasyon hareketi olarak başlamıştır. Ancak, Toplulukların ni-

¹⁷⁶ TEKİNALP, MÖH, s. 261.

¹⁷⁷ GIULIANO - LAGARDE, s. 42.

¹⁷⁸ CLARKSON - HILL, s. 219.

¹⁷⁹ COLLINS, s. 426.

¹⁸⁰ DICEY - MORRIS, s. 1242; CLARKSON - HILL, s. 219.

¹⁸¹ TEKİNALP, MÖH, s. 260; DOĞAN, İş Akdinden, s. 104; AKIN, Ş.:Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi, MHB, 1989, S. 2, Y. 9, s. 100.

haî hedefi siyasal birliktir. Entegrasyonun sağlanabilmesi için, kurucu antlaşmalarda, emeğin, sermayenin ve malların serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması yönünde hükümler kabul edilmiştir. Bu sayede üye ülkeler arasındaki ilişkilerin artırılmasını hedeflenmiştir. Özellikle üye ülkeler arasındaki ticarî ilişkilerin gelişmesinin önündeki engellerden biri de, hukuk düzenleri arasındaki farklılıklardır. Üye ülkelerin hukuk düzenlerindeki farklılıklar ekonomik ilişkilerin güvenli ve istikrarlı bir ortamda gelişmesini engellemektedir.

Bu çalışmada Avrupa Topluluklarında akitlerle ilgili kanunlar ihtilâfi kullarlarını uyumlaştıran, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 18 Haziran 1980 Tarihli Roma Sözleşmesi”ni inceledik.

Roma Sözleşmesinin yasal dayanağı, AT Antlaşmasının 220. maddesidir. Bu nedenle Roma sözleşmesi de, Topluluk hukukunun kaynakları arasında yer alır. Nitekim Roma Sözleşmesinin yorumundan doğacak ihtilâflar için Avrupa Toplulukları Adalet Divanına yetki verilmiştir.

Sözleşme, tüm üye ülkelerde kabul gören irade muhtariyetini benimsemiştir. Taraflar akde uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilirler. Sözleşme, farazî irade beyanı ile hukuk seçimini kabul etmediği halde, açık ve zımnî irade beyanıyla hukuk seçimine izin vermiştir.

Sözleşmenin 4. maddesinde, tarafların akde uygulanmak üzere açık veya zımnî olarak bir hukuk seçimi yapmadıkları zaman, akde sıkı irtibatlı hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. 3. ve 4. paragraflarında bu kuralı tamamlayan karinelere yer verilmiştir. Bu karineler; karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku, eğer karakteristik edim borçlusu bir tüzel kişi ise, tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku akitle sıkı irtibatlı kabul edilmektedir. Sözleşme, objektif akit statüsünün tespitinde modern gelişmelere uygun olarak “sıkı irtibat” noktasını tercih etmiştir. Ayrıca bu kuralı tamamlayıcı karinelere de yer vermiştir. Yine karinelere “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni” tercih edilmiştir.

Bazı akit tiplerinde, âkit taraflardan biri, diğerine göre ekonomik ve sosyal yönden zayıf olduğu için koruyucu hükümlere ihtiyaç vardır. Sözleşme, bu ihtiyaçlara ve yeni eğilimlere uygun olarak tüketici ve iş akitlerini ayrı düzenlemelere tâbi tutmuş ve zayıf taraf lehine koruyucu hükümler getirmiştir.

Sözleşme, akdî borç kavramının geniş yorumlanmasını amaçlamıştır. Özellikle, üye ülkelerde akit statüsünün kapsamı içerisinde değerlendirilmeme ihtimali olan bazı konuları açık olarak belirterek, akdî borç kavramının geniş yorumlanmasını amaçlamıştır.

Sözleşme, akdin şekliyle ilgili, *favor negotii* ilkesinden hareketle ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Şekil eksikliği yüzünden akitlerin veya hukukî muamelelerin geçersizliğini önlemek istemiştir.

Genel olarak Roma Sözleşmesi, akitlerle ilgili çağdaş gelişmelere uygun olarak düzenlenmiştir. Bu Sözleşme ile üye devletlerde akitler alanındaki kanunlar ihtilâfî kuralları birleştirilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin tüm üye ülkelerde aynı şekilde anlaşılıp yorumlanması için Avrupa Toplulukları Adalet Divanına 1988 yılında iki protokol ile yetki verilmiştir.

KLASİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKUNDA

TA'ZİR SUÇ VE CEZALARI*

Arş. Gör. Yılmaz YURTSEVEN**

I. GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insan, toplumsal hayatını bir hukuk düzeni olmadan sürdüremez. Çünkü hukuk, toplumsal hayatın sürekliliğinin teminatıdır. Toplumda hukuk düzeninin korunmasını, huzur ve güvenliğin devamını sağlayan hukuk dalı ceza hukukudur. Ceza hukukunun, insan hayatına, hürriyetine, ırzına veya malına yönelik saldırılara karşı koymuş olduğu sert yaptırımlar, onu diğer hukuk dallarından ayıran en önemli özelliktir.

Teorik olarak İslam hukuku temeline oturmuş olan Osmanlı ceza hukuku, İslam ceza hukukunun temel esasları yanında ve onun çizdiği sınırlar içerisinde gelişen örfi hukuk ile kendine özgü bir karakter arzetmiştir. İslam ceza hukukunun temel esasları ve asli kaynaklarla getirilen hükümler aynen uygulanmıştır. Bununla birlikte, toplumsal hayatın getirdiği değişimler ve ihtiyaçlar, yeni cezai müeyyidelerin meydana getirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. İslam ceza hukukunun devlet otoritesine verdiği ta'zir cezası koyma ve uygulama yetkisi, Osmanlı uygulamasında oldukça geniş bir kullanım alanı bulmuştur. Dolayısıyla Türk hukuk tarihinin önemli bir bölümünü oluşturan Osmanlı hukuku üzerinde incelenip gün ışığına çıkarılacak çok önemli müesseseler ve uygulamalar bulunmaktadır. Osmanlı hukukunun temel alanlarından biri olan Osmanlı ceza hukuku,

* Bu çalışma, 2001 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Doç. Dr. Gül AKYILMAZ'ın danışmanlığında, yüksek lisans tezi olarak hazırlanmış, 25.01.2001 tarihinde oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu makalede çalışmanın orijinal metnine bağlı kalınarak özeti verilmiştir.

** S. Ü. Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Bilim Dalı

daha önce ifade ettiğimiz gibi, Şer'i ve Örfî hukukun mükemmel bir sentezinden oluşmakla kendine özgü bir karakter arz etmiştir. Osmanlı ceza hukukunun bu yönünü incelemek amacıyla yaptığımız bu çalışmanın, Türk ceza hukuku tarihine önemli katkılar sağlayacağına olan inancımız bizi bu alanda çalışmaya iten asıl etken olmuştur.

Bu çalışma içerisinde, öncelikle İslam-Osmanlı ceza hukukunun kaynakları ve temel esasları ele alınmıştır. İslam ceza hukukunun, asli kaynaklarda belirtilen suç ve ceza tipleri ile düzenleme ve uygulama yetkisinin devlet otoritesine bırakıldığı ta'zir cezaları ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Osmanlı hukukunun yapısı ve ceza hukuku inceleme konusu yapılırken, çalışma alanı klasik dönem uygulaması ile sınırlı tutulmuştur. Bu dönemde uygulanan ta'zir cezaları, çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

II. İSLAM-OSMANLI CEZA HUKUKU VE KAYNAKLARI

Bilindiği gibi İslam hukukunun aslî kaynakları kitap, sünnet, icma ve kıyasdır. Kıyas, her ne kadar İslam hukukunun asli kaynaklarından birini oluştursa da ceza hukukunda kaynak olarak kabul edilmemiştir. Ancak genel açıklamalar niteliğinde olduğu için kıyası da burada incelemeyi uygun gördük. Bütün bunlara ilave olarak Osmanlı Örfî hukukunun önemli metinleri olan ve Osmanlı ceza hukukuna kaynaklık eden Osmanlı Kanunnameleri hakkında da bilgi verilecektir. Çalışmamızın ana konusunu Osmanlı ceza hukukunda ta'zir cezalarının uygulanışı teşkil ettiğinden Osmanlı ceza hukukunun ve dolayısıyla İslam ceza hukukunun ikincil nitelikte olan kaynaklarına girmeyeceğiz.

A. KİTAP (KUR'AN)

Hız. Muhammed'e miladi 610 yılından itibaren vahiy yoluyla Arapça olarak gönderilen Kur'an, İslam hukukunun temel kaynağıdır. 23 yıllık bir sürede tamamlanmış ve günümüze kadar hiç bozulmamıştır. Kur'an'ın ihtiva ettiği hükümleri itikadî, ahlakî ve hukukî hükümler olmak üzere üç gruba ayırmak mümkündür. İslam hukukunun temel ilkelerini oluşturan hukukî hükümler, insan ile Allah arasında ve insanların kendi aralarındaki ilişkileri düzenler. Doğrudan hukukla ilgili ayetlerin sayısı 550'den fazladır. Hukukî hükümleri ihtiva eden ayetlerin hemen hemen tamamı Medine'de inmiş olup, doğrudan ceza ve yargılama hukuku ile ilgili ayetlerin sayısı 43'tür¹.

¹ CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, c. I, Konya 1989, s. 120; ÜÇÖK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 52; AKŞİT Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları (basım yeri ve tarih yok), s. 13-15; ÖZÇELİK A. Selçuk, "İslam Hukukunun Ana Kaynakları", M. Reşit Seviğ'e Armağan, İstanbul 1956, s. 1-11; FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2000, s. 433.

Kur'an bazı hukukî hükümleri ayrıntılı olarak düzenlerken, bazılarında temel esasları ve çerçeve hükümleri belirlemiş, açıklayıcı ayrıntıyı zamanın ulü'l emrine bırakmıştır. Örneğin, "adalet ve hakkaniyetle hükmetme", "suç ve cezada kanunilik ve eşitlik" gibi genel ilkeler yanında miras, evlenme, boşanma, had cezaları gibi bazı hükümleri ayrıntılı olarak düzenlemiştir².

B. SÜNNET

Sünnet, Hz. Peygamber'in sözleri, davranışları veya başkalarının söz ve davranışlarını uygun bulmasıdır. Dolayısıyla Hz. Peygamber'in sözlerine sözlü sünnet, davranışlarına fiili sünnet, başkalarının söz ve davranışlarını onaylamasına takriri sünnet adı verilir³. Sünnetin İslam hukukunun asli kaynağı olduğu konusunda hukukçuların büyük çoğunluğu görüş birliğindedir. Ayrıca Kur'an-ı Kerim'deki çeşitli ayetler sünnetin önemini vurgulamaktadır⁴. İslam hukukçusu Kitap'ta hüküm bulamadığı takdirde sünnet'e başvurmak zorundadır⁵.

C. İCMA

İcma, aynı asırda yaşayan İslam hukukçularının hukukî bir mesele üzerinde görüş birliğine varmalarıdır. İslam hukukuna kaynak oluşturabilmesi için icmanın kitap ve sünnete dayanması gerekir. Bu nedenle İslam hukukçuları icmaı üçüncü kaynak olarak kabul ederler⁶.

D. KIYAS

Bir İslam hukuku terimi olarak kıyas, hakkında kitap, sünnet ve icmada hüküm bulunmayan bir meseleyi, aralarındaki ortak gerekçeden dolayı, hakkın-da açık hüküm bulunan meseleye benzeterek, bu hükmü o meseleye uygulamaya denir⁷. Hanefiler ve İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kıyas, İslam ceza hukukunun kaynağı olamaz. Bunun nedeni kıyasın zannî (sanal) bir delil olma-

² CİN/AKGÜNDÜZ, s. 120-121; AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1996, s. 34-35; ÖZÇELİK, s. 4-5.

³ AYDIN, s. 35; ÖZÇELİK, s. 6.

⁴ "De ki: İtaat edin Allah'a ve peygambere...", Al-i İmran, 3/32; "Kim Peygamber'e itaat ederse Allah'a itaat etmiş demektir...", SADAK Bekir, Kur'an-ı Kerim ve Türkçe Anlatımı, İstanbul 1989, s. 53, 91.

⁵ CİN/AKGÜNDÜZ, s. 121; AYDIN, s. 35-36; AKŞİT, s. 16.

⁶ ORTAYLI İlber, Türkiye İdare Tarihine Giriş, Ankara 1996, s. 65; AYDIN, s. 39-40; ÖZÇELİK, s. 8; FENDOĞLU, s. 433.

⁷ ÜÇOK/MUMCU/BOZKURT, s. 55; AYDIN, s. 40; ORTAYLI, s. 65-66; ÖZÇELİK, s. 9-10.

sıdır. Cezaların nedenselliği kesin olarak bilinemez. Bu nedenle ceza hukukunda kıyas olamaz, kıyasla ceza takdir edilemez. Had ve kısas cezaları için suç ve ceza, asli kaynaklarda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ta'zir suçlarında ise düzenleme yetkili otorite tarafından yapılacağından, kıyasa gerek yoktur. Bu nedenle İslam ceza hukukunda kıyas yolu ile ceza tayini mümkün değildir⁸.

E. KANUNNAMELER

Osmanlı ceza hukukunun önemli yürürlük ve bilgi kaynaklarından biri de Kanunnamelerdir. Padişahların emir ve fermanlarıyla va'zettikleri kanun ve nizamları bir araya toplamak suretiyle düzenlenen mecmualara “kanunname” adı verilmiştir. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin kurallar Şer'i hukukun asli kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁹.

III. İSLAM-OSMANLI CEZA HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ

A. SUÇ (CERİME) VE UNSURLARI

İslam ceza hukukunda suç genellikle “Allah'ın had veya ta'zir cezası koyarak yasaklamış olduğu Şer'i mahzurlar” şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdaki “mahzurlar” terimi yasaklanmış bir hareketi yapmak veya emredilmiş olan bir fiili yapmamak anlamında kullanılmaktadır. “Şer'i mahzurlar” deyimini ise bir fiil veya davranışın suç olabilmesi için Şer'an yasaklanmış olmasını ifade etmektedir¹⁰. Bir başka tanıma göre ise suç; “Allah'ın veya yetkili otoritenin yasaklayıp, hakkında ceza belirlediği bir fiil veya ihmal demektir”¹¹.

İslam ceza hukukunda suçun, kanunilik, maddi ve manevi olmak üzere üç unsuru vardır:

⁸ Çağdaş ceza hukuku sistemleri de aynı esası kabul etmiştir. Bkz. DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c. I, İstanbul 1994, s. 176; FENDOĞLU, s. 434.

⁹ BARKAN Ömer Lütfi, “Kanun-name”, MEBİA, c. VI., İstanbul 1977, s. 185-187.

¹⁰ UDEH Abdülkadir, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (çev. Ali Şafak-Ruhi Özcan), c. I, Ankara 1990, s. 69; İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, I. Kitap, İstanbul 1999, s. 47.

¹¹ UDEH, s. 69 vd; KARAMAN Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. I, İstanbul 1991, s. 147-148; AYDIN, s. 171-172; FENDOĞLU, s. 438.

1. Kanunilik İlkesi

Bu ilke suçun kanuni unsurunu oluşturur. İslam hukukçularına göre suç ve cezaların kanuniliğinden amaç, “hakkında herhangi bir hüküm bulunmadan bir fiilin suç sayılmaması ve failine ceza verilememesi”dir. Bir fiilin yasak sayılabilmesi için nassa ihtiyaç vardır. Ayrıca failin cezalandırılabilmesi için fiilin gerçekleştiği anda kanunla konulmuş, yürürlükte olan bir cezanın bulunması şarttır. Bu ilkenin özü “kanunsuz suç ve ceza olmayacağı” hükmüdür¹². Kanunilik ilkesinin üç yönü vardır. Bunlar, cezaî hükümlerin zaman, yer ve kişi bakımından yürürlüğüdür.

2. Suçun Maddi Unsuru

Fiil ya da imtinâ şeklinde suç oluşturan bir davranışı gerçekleştirmek, suçun maddi (objektif) unsurunu oluşturur¹³. Sözle veya fille gerçekleşen bir hareket olmadıkça suç doğmaz. Bu fiil söz ve hareket şeklinde müspet olabileceği gibi yapılması gerekeni yapmama, kaçınma (imtinâ) şeklinde menfi de olabilir¹⁴. Genel olarak, yasaklanmış bir fiil işlemeyi tasarlayan kişi bu fiili bizzat gerçekleştirmedeği sürece cezalandırılmaz. Fiil, hareket ve sonucu kapsar. Hareket ve fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹⁵. Dolayısıyla dış dünyada müspet veya menfi bir hareketin bulunması suçun maddi unsurudur¹⁶.

3. Suçun Manevî Unsuru

Bir fiilin suç sayılabilmesi için ilk iki unsur yeterli değildir. Kişi gerçekleştirdiği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilecek ve sonuçlarını kavrayacak durumda olmalıdır. Bu unsurun gerçekleşebilmesi için suçlunun ceza ehliyetine sahip olması, ehliyeti ortadan kaldıran veya azaltan bir sebebin bulunmaması ve hukuka aykırı fiili kusurlu ve iradi olarak yapması şartı aranmaktadır¹⁷.

Suçun manevi unsurlarından birinin eksik olması cezai sorumluluğu ortadan kaldırır. Sorumluluk bazen yasak fiil serbest hale geldiği için kalkar ki bu duruma hukuka uygunluk sebepleri denir. Bazen de fiil yasak olmaya devam ettiği halde cezalandırılmaz. Yasak olan bir fiil ikrah, sarhoşluk, akıl hastalığı ve

¹² ŞAFAK Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Erzurum 1977, s. 36; BARDAKOĞLU Ali, “Ceza”, *DİA*, c. VII, İstanbul 1993, s. 475.

¹³ UDEH, c. I, s. 109.

¹⁴ AYDIN, s. 183.

¹⁵ AKŞİT, s. 42.

¹⁶ DÖNMEZER/ERMAN, c. I, s.366.

¹⁷ UDEH, c. I, s. 109, KARAMAN, c.I, s. 148; AYDIN, s. 188 vd.

yaş küçüklüğü gibi hallerde işlendiğinde, faile ceza ya hiç verilmeyecek ya da daha az verilecektir¹⁸.

B. CEZA (UKUBE)

İslam hukuk literatüründe ceza, birkaç şekilde tanımlanmıştır. Bunlardan birisi cezanın, kanunkoyucunun emrine karşı gelme sonucunda, toplum yararına tespit edilen yaptırım olduğu şeklindedir¹⁹. Bir başka tanıma göre ceza, yasaklanan bir şeyi yapma ve emredilen bir şeyi terketme karşılığında faile verilen uygun bir karşılıktır²⁰. Diğer bir tanıma göre ise ceza, kanunkoyucunun toplum yararı için yasaklamış olduğu fiilleri işleyene, acı veren bir karşılık olan, kanunda belirtilmiş, korkutucu bir yaptırımdır²¹.

Modern hukukta ise ceza, “topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı, devletin son çare olarak kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere, ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korkutucu, caydırıcı bir müeyyidedir”²².

IV. İSLAM HUKUKUNDA SUÇ VE CEZALAR

A. HADD SUÇ VE CEZALARI

Hadd sözlükte, sınır çizmek, ölçü, men etmek, tarif etmek, ayırmak gibi anlamlara gelmektedir²³.

Dar anlamda hadd suçları, Allah hakkına yönelik olan ve kitap ve sünnet tarafından yasaklanmış ve cezası belirlenmiş fiillerdir²⁴. İslam hukukçuları hadd cezalarının, “Allah’ın hakkı” olması ifadesini kamu hakkı olarak kabul etmişlerdir. İslam hukukçularına göre kamu yararı, kötülüğün insanlardan uzak tutulması, toplumda güven ve asayişin gerçekleşmesidir. Hadd cezaları, suçluyu cezalandırmak, onu ve diğer insanları suç işlemekten alıkoymak amacını taşırken,

18 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 259-260.

19 UDEH, c. II, s. 189.

20 AYDIN, s. 195.

21 AKŞİT, s. 51.

22 DÖNMEZER/ERMAN c. II, s. 544.

23 BİLMEN Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, c. III, İstanbul (tarihsiz), s. 14; YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1986, s. 264; BARDAKOĞLU Ali, “Hadd”, İslami Kavramlar, Ankara 1997, s. 273.

24 AYDIN, s. 202.

suça teşvik eden etken ve nedenlerle de mücadele etmek misyonunu üstlenmiştir. Dolayısıyla psikolojik açıdan sağlam temellere dayanan cezalardır²⁵.

Bu suçları en geniş kapsamıyla ele alan İslam hukukçuları, yedi adet hadd suçunun varlığı üzerinde birleşmişlerdir. Bunlar, zina, zina iftirası, içki içmek, hırsızlık, yol kesmek, devlete isyan ve dinden dönme suçlarıdır.²⁶

B. ŞAHSA KARŞI İŞLENEN CÜRÜMLER

Kasten yaralama, sakat bırakma ve öldürme fiillerinde suçlunun, işlediği fiile denk bir ceza ile cezalandırılması ilkesine “kıyas” denir. Kıyas, canda ve uzuvda kıyas olmak üzere iki bölüme ayrılmakta olup, her iki şekli de Kur’an’da düzenlenmiştir²⁷. Bu cezalar asli kaynaklarla takdir edilmekle birlikte, Allah hakkını değil, kişi hakkını ihlal eden suçlara uygulanan cezalardır. Bu suçlara cinayetler de denir.²⁸

Diyet, cinayet sebebiyle, mağdura ve varislerine bir nevi tazminat olarak ödenmesi gereken maldır²⁹.

Kıyas ve diyet cezaları da hadd cezalarında olduğu gibi miktarında azaltma veya çoğaltmaya gidilemeyen cezalardır. Kişi hakkını ihlal eden suçlara uygulanan cezalar oldukları için, af yetkisi sadece mağdura veya yakınlarına aittir. Bu af, uygulanacak asli cezayı düşürür. Otoritenin uygulayacağı ta’zir cezaları saklıdır³⁰.

Cana ve vücut bütünlüğüne yönelik olan kıyas ve diyet suçlarını adam öldürme ve müessir fiiller olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Hanefiler adam öldürme fiillerini beşe ayırmışlardır. Bunlar, kasten, kasta benzer, hataen, hataya benzer ve tessebbüben (ölüme sebebiyet) adam öldürme fiilleridir³¹. Osmanlı uygulaması beşli ayırımı esas almıştır.

Yaralama olarak da ifade edilen müessir fiiller, vücut bütünlüğüne yönelik veya acı ve ızdırıp doğuran fiillerdir. İslam-Osmanlı ceza hukukunda iki kısma

²⁵ UDEH, c. 2, s. 211.

²⁶ UDEH, c. II, s. 211; AKŞİT, s. 53 vd.; ŞAFAK, s. 137; AYDIN, s. 202; CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 265.

²⁷ BARDAKOĞLU Ali, “Ceza”, DİA, c. VII, İstanbul 1993, s. 473.

²⁸ FENDOĞLU, s. 459.

²⁹ BİLMEN, c. III, s. 12.

³⁰ BİLMEN, c. III, s. 100.

³¹ ZUHAYLİ, c. VIII, s. 16-17; Şafii ve Hanbeliler ise öldürmeyi kasden, kasda benzeyen ve hataen öldürme olarak üçe ayırırlar. ZUHAYLİ, c. VIII, s. 17-18; SABİK Seyyid, Fikh-us Sünné (çev. Mehmet Yılmaz), İstanbul 1988, c. IV, s. 348.

ayrılmaktadır. Birincisi “cerh” adı verilen yaralama fiileridir. Cerh, el, ayak, kulak ve burun gibi organların kesilerek vücuttan ayrılması (katl-i uzuv) veya fonksiyonlarını yerine gerçekleştiremez (tatil-i uzuv) hale getirilmesidir. İkincisi “şecc” olup insanın baş ve yüzünü yaralamaktır. Yaraya şecce adı verilir³².

Müessir fillerde daha çok diyete hükmedilir. Bu diyetin özel ismi “erş”tir. Müessir fiilin hata yoluyla gerçekleşmesi, kişinin zarar verici fiili bilerek yapması ancak saldırı kasdı taşımaması durumunda söz konusudur. Bu durumda uygulanacak ceza diyetdir. Ayrıca ulü'l-emr tarafından uygun ta'zir cezaları da verilebilir³³.

C. TA'ZİR SUÇ VE CEZALARI

Ta'zir sözlükte, takdir etme, ıslah, terbiye etme gibi anlamlara gelmektedir³⁴. Bir İslam ceza hukuku terimi olarak ta'zir, hakkında hadd ve keffaret çeşidinden cezalar bulunmayan suç ve günahlarda, Allah ve kul hakkı olarak yerine getirilen, tayini ve miktarı devlet otoritesine bırakılmış cezadır³⁵. Dolayısıyla ta'zir cezaları, İslam ceza hukukunun asli kaynaklarda hakkında ceza tespit etmediği suçlara uygulanan cezalardır.

Ta'zir suçları temelde iki bölümde incelenebilir. Birinci grup suçlar, aslında hadd veya kısas suçu iken, suçun unsurlarından herhangi birinin eksik olması ya da mağdur veya mağdur yakınlarının suçluyu affetmesi sebebiyle, hadd ve kısas cezasının uygulanamaması durumunda suçun ta'zir suçuna dönüşmesi yoluyla oluşan suçlardır. İkinci grup ta'zir suçları ise hadd ve kısas grubuna girmeyen ve düzenlenmesi devlet otoritesine (ulü'l-emr) bırakılan suçlardır³⁶.

İslam ve Osmanlı ceza hukuku uygulamasında, asli kaynakların koymuş olduğu sınırlar içerisinde, çeşitli ta'zir cezaları tespit edilmiş ve uygulanmıştır. En çok bilinen ve uygulanan ta'zir cezaları şunlardır. Ölüm (siyaseten katl, hapis, sürgün, sopa, müsadere, kınama, kamu haklarından yasaklamak, teşhir ve Osmanlı uygulamasında başvuru kürek, prangabentlik ve kalebentlik cezaları³⁷.

32 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 275; AYDIN, s. 220-221.

33 AYDIN, s. 221.

34 YILMAZ, s. 703.

35 ZUHAYLİ, c. VII, s. 472; UDEH, c. II, s. 255; BİLMEN, c. III, s. 24; ŞAFAK, s. 194-195; KARAMAN, Anahatlarıyla İslam Hukuku, c. I, İstanbul 1984, s. 233; BARDAKOĞLU, “Ceza”, c. VII, s. 473; SABIK, c. IV, s. 426.

36 AKŞİT, s. 50; AYDIN, s. 223; CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 278-279.

37 CİN/AKGÜNDÜZ, c.I, s. 279-281.

V. OSMANLI CEZA HUKUKUNDA TA'ZİR SUÇ VE CEZALARI

A. OSMANLI HUKUKUNUN YAPISI

Osmanlı Devleti, kuruluşu ile birlikte yeni bir hukuk sistemi ortaya koymamıştır. Osmanlılar kendilerinden önce kurulmuş olan Türk ve İslam devletlerinden edindikleri pek çok müessesenin yanı sıra, bu devletlerde yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arzeden bir hukuki yapıyı da devralmışlardır. Fakat Osmanlıların bu hukuki birikimi, üzerinde hiçbir değişiklik yapmadan uyguladıklarını söylemek doğru değildir. Devralınan bu hukuki yapı, altıyüzyıllık bir süreç içerisinde, gerekli olan değişiklikler ve ilaveler yapılarak geliştirilmiştir³⁸. Zaten, Şer'i hukukun farklı karakter ve yapılar gösteren, birbirinden farklı bölgelerdeki İslam devletlerinde hiç değişmeden, aynen uygulandığını söylemek, doğru bir düşünce olmasa gerektir³⁹. Yüzyıllar boyunca hiç değişmeksizin, aynı etkililikle uygulanacak ve ilahi nitelikli, hep aynı kalacak, tek ve tam bir hukuk sistemi düşüncesi, tarihi ve sosyolojik açıdan kabule değer görülemez. Hukukun, uygulandığı toplum şartlarıyla sıkı bir ilişki içinde bulunduğu ve canlı bir organizma gibi sürekli değişip gelişmekte olduğu fikri inkar edilemez. Dolayısıyla İslam hukuk sisteminin de uygulandığı ülkelerin yapılarına ve şartlarına göre değişik şekiller aldığı somut olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁰. Osmanlı hukuk sisteminin yapısı, tüm İslam ülkelerinde tek tip dini hukuk düzeninin uygulandığı düşüncesinin yanlışlığını ispatlamaktadır⁴¹.

Gerçek anlamda, tamamen kendi özel şartları altında gelişen Osmanlı Devleti, Şer'i hukuku aşan bir hukuk sistemi geliştirmiştir. Bu gelişime imkan veren prensip ise örf, yani dar anlamda hükümdarın sadece kendi iradesine dayanarak, Şeriat'ın alanına girmeyen konularda kanun koyma yetkisidir. Bu yetki, hükümdarın devlet içerisinde tam anlamıyla mutlak bir mevki kazanması ve devlet menfaatlerinin her şeyin üstünde sayılması yoluyla kazanılmıştır. İslam devletlerinde bu aşamaya, Osmanlılardan daha önce kurulan Türk-İslam devletlerinde ulaşılmıştır⁴².

38 İNALCIK Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk, no: 2, 1958, c. XIII, s. 102; BARKAN Ömer Lütfi, "Kanunname", MEBİA, c. VI, İstanbul 1977, s. 186; ŞEN Murat, "Osmanlı Hukukunun Yapısı", Yeni Türkiye, "Osmanlı", Ankara 1999, c. VI, s. 327 vd; AYDIN, s. 73.

39 ÖZEK Çetin, "Osmanlı'da Siyasal İktidar Din İlişkileri Düzeni", İÜHFD, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 179-212.

40 BARKAN Ömer Lütfi, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yılı Seminerinden ayrı basım, Ankara 1975, s. 51 vd.

41 ÖZEK, s. 184.

42 İNALCIK, s. 102-103.

B. OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ŞER'İ HUKUK-ÖRFİ HUKUK İLİŞKİSİ

Osmanlı ceza hukuku ve ceza kanunnameleri şer'ilik tartışmalarının odağını oluşturmuştur. Ancak burada doktrin ile fiili durum arasındaki sessiz uyumu da görmek gerekmektedir. Bu durum aynen Osmanlı döneminde yazılan ve okutulan eserlerde halifenin Kureyş'ten olması şartının devam ettirilmesi ve fiili durumun hiçbir tarafça tartışmaya açılmayıp adeta onanması, böylece hem doktrin hem de Osmanlı sultanlarının meşruiyetlerinin korunması şeklindeki sessiz uzlaşmaya benzemektedir. Ceza hukuku alanında Osmanlı dönemi teori ve uygulaması birlikte değerlendirildiğinde, suçun tespiti ve cezalandırılması gereği ilke olarak benimsenmiş olsa da cezaların uygulanış biçimlerinin dinin inanç ve ibadet gibi hükümlerinden olmayıp cezalandırmanın amacıyla ilgili olabileceği görülmektedir. Bunun yanında suçların, toplumların cezalandırma konusundaki genel kabullerine ve kamu vicdanının adalet beklentisine uygun şekilde cezalandırılmasının dinin genel amaçlarına aykırı düşmediği ve şer'i ceza tiplerinin de nihai bir çözüm veya bir caydırıcılık unsuru olarak teoride varlığını korumasının gerekli görüldüğü anlaşılmaktadır⁴³.

İslam düşüncesine göre şeriat, kendisine bağlı olanları hem bu dünyada hem öbür dünyada huzur ve mutluluğa erdirmektir. Bir örfi hukuk ürünü olan kanun ise daha sınırlı bir amaca hizmet etmektedir. Kanun, insandan kaynaklanan bir hukuktur ve sadece devletin düzenini ve devamlılığını garanti altına almak, zulmü ve çekişmeyi ondan uzaklaştırmak amacı güder⁴⁴.

Düşünsel açıdan örfi hukuk, şer'i hukuku ortadan kaldırmak veya şer'i hukukun yerine geçmek amacı taşıyan bir hukuk sistemi olarak değil, sadece şer'i hukukun uygulama alanını genişletmek amacı güden bir hukuk sistemi olarak görülmüş ve şer'i hukukun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmiştir⁴⁵.

Örfi hukuk, şekil ve karakter açısından şer'i hukuktan esas olarak farklıdır. Şeriat, üzerinde açıklama yapılması gereken hükümler içermektedir. Bu amaç üzerinde tefsir ve fıkıh gibi bilim dalları gelişmiş ve bu bilim dalları şer'i hukukun açıklanmasına ve topluma bildirilmesine hizmet etmişlerdir. Buna karşın örfi hukuk, hiçbir açıklama veya tefsire ihtiyaç duymamış olduğu gibi, üzerinde araştırmalar yapılmasına da gerek olmamıştır. Çünkü örfi hukuk, Türkçe ve toplumun anlayabileceği şekilde düzenlenmiştir. Şer'i hukuk, dini ve ahlaki ideallerle insanın huzur ve mutluluğunu amaç edinir. Esasen örfi hukukun da bu

⁴³ BARDAKOĞLU, "Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", Yeni Türkiye, Osmanlı, c. VI, Ankara 1999, s. 416-417.

⁴⁴ HEYD Uriel, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat" (çev. Selahattin Eroğlu), AÜİFD, c. XXVI, Ankara 1983, s. 642.

⁴⁵ HEYD, s. 642.

amacı taşıdığını söyleyebiliriz. Ancak örfi hukuk, bir diğer ifade ile padişahın çıkarmış olduğu kanun, daha pratik bir şekilde devletin geleceğini esas almaktadır. Şer'i hukuk ile örfi hukuk arasındaki asıl farklılık, değişkenlik açısından kendisini gösterir. Şer'i hukuk, ilahi vahye dayandığından, değişmez kabul edilmektedir. Örfi hukuk, dolayısıyla kanun ise toplumun gereklerine ve şartlara göre değişebilen düzenlemelerden oluşmaktadır⁴⁶. Bunlarla birlikte Osmanlı devletinde örfi kanunların hazırlanmasında Divan-ı Hümayun'un ve özellikle örfi hukuktan sorumlu olan nişancının önemli işlevleri vardır. Divanda yapılan görüşmeler ve nişancıların faaliyetleri sonucu şekillenen hukukî esaslar padişahın onayıyla kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir. Padişahlar tarafından konan kanunların yürürlük süreleri de esas olarak yine padişahların hayatlarıyla sınırlıdır. Bu nedenle her padişah değişiminde yürürlükte kalması istenen kanun ve imtiyazların yenilenmesi istenmektedir⁴⁷.

Osmanlı ceza hukukunda kanun ve şeriat arasındaki farklılık hukukun diğer alanlarına oranla daha belirgin bir özellik taşımaktadır. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Kanun, genel olarak şer'i hukukta ya hiç ya da çok yüzeysel olarak ele alınmış kamu hukuku alanlarına ait konularla ilgilenir. Şeriatla ceza hukuku önemli bir yer tutmaktadır. Ancak Osmanlı ceza kanunları, sadece ceza hukukunun modern anlamda anlamını ele almakla kalmaz, aynı zamanda İslam hukukunda genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan özel hukukun birçok meselelerini ve mala zarar vermekle ilgili konuları da içerir⁴⁸.

Bazı bilim adamlarınca Osmanlı ceza hukuku uygulamasında örfi hukukun birçok hallerde şer'i hukukun şiddetli cezalarını hafiflettiği görüşü ifade edilmiştir. Zina ve hırsızlık gibi suçlarda şer'i hukukun öngördüğü cezalar yerine daha hafif cezaların uygulanması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir. Bu durum, örfi hukukun şer'i hukuka göre ceza hukuku alanında daha yumuşak olduğu düşüncesini uyandırabilir. Ancak örfi hukuk ürünü olan kanunlar cezalandırma açısından daha etkin bir yapı göstermişlerdir. Ceza kanunlarında bazı suçlara şer'i hukukun öngörmüş olduğu cezalardan daha ağır cezalar düzenlenmesi ve uygulanması bu durumun en büyük göstergesidir. Dolayısıyla kanunun suç ve cezaya karşı takındığı tavır, şer'i hukukunkinden farklı olmuştur. Şeriat, suçları dar bir çerçevede tanımlarken, kesin ispat halleri, kısa süreli zaman aşımaları, ikrah, pişmanlık, şahitlikten dönme hakkı gibi pek çok durumu dikkate alarak mahkumiyet için karar verme yolunu güçleştirmektedir. Buna karşın kanun, sanık hakkında hükme varıp cezalandırabilmek için meşru olan her şeyi yapar. Örneğin şer'i hukukta delil sayılmayan bazı ispat vasıtaları örfi ceza hukukunda delil olarak kullanılabilmiştir. Sabıkalı bir geçmişe sahip olan sanık aleyhinde

46 HEYD, s. 643.

47 HEYD Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford 1973, s.172.

48 HEYD, "Kanun ve Şeriat", s. 643

komşuları, onun bu şöhreti hakkında tanıklıkta bulunursa, karar için bunun yeterli olması gibi⁴⁹.

Uygulanan cezaların şiddeti açısından da farklılıklar belirgindir. Örneğin bir köleyi efendisinden kaçırmaya teşvik eden, bir mahkumu kaçıran veya bir dükkana zorla giren kimse idamla cezalandırılmıştır⁵⁰. Sultan fermanlarının veya kadıların belgelerinin sahtelerini yapanlar el kesme cezası ile cezalandırılmışlardır. Dolayısıyla ceza kanunlarındaki müeyyideler, şer'î hukukun benzer suçlar için öngördüğü müeyyidelerden daha şiddetli bir yapı sergilemektedir. Bundan başka, örfî ceza hukuku şer'î hukukta bilinmeyen cezaları da düzenlemiştir. Örneğin, bir kız ya da oğlan çocuğunu kaçıran kimseyi hadım etme, bazı sahtekarlık çeşitleri ve pezevenklik suçları için alınmış dağlanması⁵¹ ve özellikle para cezaları⁵² uygulanmıştır⁵³.

VI. OSMANLI DEVLETİNDE TANZİMAT DÖNEMİNE KADAR TA'ZİR CEZALARININ DÜZENLENİŞ VE UYGULANIŞ BİÇİMİ

Osmanlı ceza hukukunda hem hadd ve kısas suçlarının unsurlarında bir eksiklik bulunması durumunda bunların ta'zir grubunda yer alması hem de bir çok hukuka aykırı fiilin cezai müeyyidesinin devlet başkanına bırakılması ta'zir alanının çok geniş olması sonucunu doğurmuştur. Osmanlı uygulamasında bu geniş alanın çok cüz'î bir kısmı hakimın takdirine bırakılmış, çok geniş bir alanı kapsayan ta'zir suç ve cezalarının düzenlenmesi kanunnameler yoluyla yapılmıştır⁵⁴.

Hadd ve kısas suçları dışında kalan ve kanunnamelerle düzenlenen suçların başında kalpazanlık, evrakta sahtekarlık ve özellikle sahte berat ve ferman düzenlemek, kız ve kadın kaçırmaya, ırza geçme, kadın satma, yankesicilik, meskene tecavüz, kundakçılık, görevi kötüye kullanma veya gerektiği gibi yapmama (ihmal), bulunmuş malı sahiplenme suçları gelmektedir⁵⁵.

49 HEYD, "Kanun ve Şeriat", s. 643-644.

50 "Ve esir uğurlayanı ve ayardanı ve dükkan açanı ve bir kaç kez hırsızlığı zahir olmuş kimesneyi asalar.", II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesi, m. 28, AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, c. II, İstanbul 1990, s. 43.

51 "Ve pezevenklik edenin alnını dağ edeler.", II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesi, m. 29, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler c. II, s. 43.

52 "Ve bir kişi bir kişiye fuhs ile söğse, şer'le ta'zir olunub, kırk akçe cerime alına. Ve bir kişi bir kişinin haremine nazır olsa yirmi akçe cerime alına.", Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 41, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 328.

53 HEYD, "Kanun ve Şeriat", s. 644-645.

54 AYDIN, s. 228-229.

55 AYDIN, s. 229.

Osmanlı ceza hukukunda ta'zir cezaları kanunnamelerle düzenlenmiştir. Osmanlı padişahlarının ilk dönemlerden itibaren kanun çıkardıkları bilinmektedir. Bunlar, aynı alanda değişik zamanlarda verilmiş emir ve fermanların yavaş yavaş bir araya getirilmesiyle belli bazı alanların özel kanunlarını veya kanunnamelerini oluşturmuşlardır. Bu tür kanunnameler Fatih döneminde şekillenmiştir. Fatih Sultan Mehmed, İstanbul'u fethettikten az sonra yayınladığı reaya kanunnamesi için "atalarımın ve dedelerimin kanunları" demektedir⁵⁶.

Osmanlı uygulamasında padişahın yasama yetkisini en geniş kullandığı alan ceza hukukudur. Ta'zir cezalarının devlet tarafından bir kanunname şeklinde düzenlenmesine şer'i anlamda bir engel söz konusu değildir. Ayrıca ta'zir cezalarında da kanunilik ilkesine uyulmasından devlet yani padişah sorumludur. Ancak bu yapılırken dikkat edilecek nokta, hakime mutlaka bir takdir hakkının bırakılmasıdır. Dolayısıyla kanun ile düzenlenecek ta'zir cezalarının bir alt ve bir üst sınırı bulunacak ve hakim, suça ve suçluya göre bunlardan birini tercih edecektir. Özellikle bütün Osmanlı kanunnamelerinde bu kurala uyulmuştur⁵⁷.

Fatih'in "Kanun-ı Osmani" adıyla anılan iki büyük kanunu vardır. İlki, Teşkilat Kanunu olup, ceza hukukuna ilişkin tek maddesi kardeş katli ile ilgili olan 37. maddesidir⁵⁸. İkincisi ise Fatih'in askeri mülki, ve cezai hükümleri içeren ve daha sonraki bütün umumi Osmanlı kanunnamelerinin temelini oluşturan kanundur. Bu kanunun ilk bölümü üç fasıl halinde ceza hukukuna ayrılmıştır⁵⁹.

Fatih'ten başka II. Bayezid, Sultan I. Selim (Yavuz) ve Kanuni'nin de kanunnameleri vardır. II. Bayezid ve Yavuz'un umumi kanunnameleri küçük farklılıklarla birbirinin aynı olup, birinci babları ceza hukukuna ayrılmıştır. Ancak Yavuz'un kanunnamesinde cezalar daha şiddetli olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kanunnamesi olan bir diğer sultan da Kanuni'dir. Kanuni'nin iki umumi kanunnamesi olup, ikincisi birincinin geliştirilmiş ve sistematize edilmiş halidir. Her ikisinde de ilk dört fasıl ceza hukukuna ayrılmıştır⁶⁰.

Bütün Osmanlı kanunnamelerinin ortak özellikler taşıdığını, hatta bazılarının çok küçük farklılıklar dışında birbirinin aynı olduğunu ifade etmiştik. Her şeyden önce şunu vurgulamak gerekir ki Osmanlı Devleti'nde ceza kanunname-

⁵⁶ ÇAĞATAY Neşet, "İslam Hukukunun Ana Hatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları", Belleten, sy. 200, Ağustos 1987'den ayrı basım, Ankara 1987, s. 630.

⁵⁷ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 128.

⁵⁸ "Ve her kimesneye evladından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmiştir. Anınla amel olalar", AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 328.

⁵⁹ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 129.

⁶⁰ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 129.

lerinin hükümleri bütün ülke topraklarını ve her sınıfı kapsayan genel kanun niteliğine sahiptir⁶¹.

Osmanlı ceza kanunnameleri şer'i esasları (hadd, kısas, diyet) içermektedir. Fakat bunun yanında şeriatın tayin ve tespit etmediği ta'zir cezalarında sultanın örfi prensibe dayanarak bir takım açık kurallar koyduğunu görmekteyiz. Bu yüzden Osmanlı ceza kanunnameleri de bir ferman (hüküm) şeklinde tebliğ ve ilan olunmaktadır ve "cerayim-i ma'rufe" veya "siyasetname" adıyla anılmaktadır. Hatta şer'i hukuk hükümlerini ifade eden maddelerde, örneğin adam öldürme suçunun diyet miktarı yine örfi-sultanî bir emrin konusu olarak Fatih'in ceza kanunnamesinin ikinci maddesinde yer almaktadır. Para cezaları asayiş işlerinden sorumlu olan subaşı, tımarlı sipahi gibi memurların dirliklerine dahil önemli bir gelir kaynağı olduğundan, devlet buna ait konuların düzenlenmesi ve ayrıntının tespiti ile ilgilenmek zorunda kalmıştır. Diğer taraftan, cezaları uygulama yetkisi sultanî otoritenin tekelindedir. Kadı (hakim), gerek şeriat gerek kanun-i sultani alanında hüküm vermek yetkisini üzerinde taşır. Bu nedenle sultanın ceza kanunlarıyla doğrudan ilgilenmesi doğaldır. Toplumun düzeni ve güvenliği, devletin devamı ve çıkarları endişesi padişaha bu alanda mutlak iradesini gösterme imkanı verir. Sonuç itibarıyla ceza hukuku, örfi-sultani hukukun özel olarak gelişmesine vasıta olmuş bir hukuk dalıdır.

VII. OSMANLI UYGULAMASINDA TA'ZİR SUÇ VE CEZALARININ ÇEŞİTLERİ

A. ÖLÜM CEZASI (SİYASETEN KATL) VE UYGULANDIĞI SUÇLAR

1. Padişaha ve Devlet Otoritesine Yönelik Füllere Uygulanan Ölüm Cezaları

Osmanlı ceza hukukunda genel olarak padişaha ve devlet otoritesine yönelik fiiller ve dolayısıyla siyaseten katl sebepleri şu şekilde sıralanabilir⁶².

- a) Padişahın mutlak otoritesini sınırlamak istememesi, bu yöndeki tehditlere karşı ölüm cezası uygulama yolunu açan bir neden olmuştur.
- b) Padişahın tahtına karşı herhangi bir tehlikenin belirmesi, ölüm cezası gerektiren bir durum olmuştur.

⁶¹ İNALCIK, s. 120.

⁶² MUMCU Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Ankara 1963, s. 84-100.

- c) Padişahın hayatına kastedilmesi de bir siyaseten katl sebebi kabul edilmiştir.
- d) Padişah hakkında ileri geri ve onu tahkir edici konuşmalar yapan kimseler rütbeleri ne olursa olsun idam edilmişlerdir.
- e) Devlete karşı isyan suçu hadd suçları kapsamında olmakla birlikte Osmanlı sultanları bu yönde bir şüphenin varlığı durumunda bile sorumluları ölümle cezalandırmışlardır.
- f) Bir devlet adamının sultana kamu işleri hakkında yalan haberler vermesi de padişahın şahsiyetinin kutsallığına yönelik çok ağır bir suç sayılmış ve bu tip fiiller genellikle ölümle cezalandırılmıştır.
- g) Memuriyet görevinin kötüye kullanılması ve görevde başarısızlık zaman zaman ölümle cezalandırılan fiiller arasında olmuştur.

2. Genel Olarak Osmanlı Kanunnamelerinde Düzenlenen Siyaseten Katl

Cezaları

Bir ta'zir cezası olarak siyaseten katl, Osmanlı kanunnamelerinde yer almıştır. II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesi'nin birinci babının dördüncü faslında ta'zir cezaları düzenlenmiştir. Kanununun 27. maddesi kısas cezası olarak adam öldürme suçu ve cezasını düzenlerken, 28. madde köle veya esirlerin kaçmasına bilerek neden olan veya onları kaçmaları için teşvik eden kimselerin, dükkan soyanların ve üst üste hırsızlık yaparak bu fiili alışkanlık haline getirenlerin asılarak idam edileceklerini düzenlemiştir⁶³. Aynı şekilde Yavuz Sultan Selim Kanunnamesinin 36. maddesinde bir başkasının evini veya dükkanını kundaklayan kimsenin asılarak öldürüleceğine hükmedilmiştir⁶⁴.

İstanbul kadılığına ait bir şer'iyye sicilinde insanları öldüren, silahla korkutma ve yaralama eylemleri ile insanlara zarar verip toplumda huzursuzluk ve fesada neden olan bir zimmîye padişah onayı ile ta'zir cezası olarak verilen idam cezası örneği aşağıda verilmiştir:

“Terkos nahiyesi kurasından Arnavud nam karyede (köyde) olub sadir olan ferman-ı âlîye imtisâlen dâî-hânede meclis-i şer'a ihzâr olunan Konstantidenbo veledi (oğlu) Foti'nin keyfiyeti nâhiye-i mezbûrede (belirtilen

⁶³ “Ve esir uğurlayanı ve ayardanı ve dükkan açanı ve bir kaç kez hırsızlığı zahir olmuş kimesneyi asalar.”, II. Bayezid'in Umumi Osmanlı Kanunnamesi, m. 28, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. II, s. 43.

⁶⁴ “Eğer bir kişi bir kimesnenin evin ya da dükkanın oda yaksa, salb edeler.”, Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi, m. 36, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. III, s. 93.

nahiyede) Tursun nâm (adındaki) karyede Mustafa b. Osman ve Süleyman b. Muhammed ve Şamil karyesinden Hüseyin b. İsmail ve Halil b. Muhammed ve Hacıbaşı karyesinden Ahmed b. Muhammed ve Yassıvıran karyesinden Süleyman b. Ahmed ve Filibos karyesinden Osman b. Numan ile Mahmiyye-i İslambol'da kârhâne yoğurtçularından ashab-ı arz-ı hal Mustafa Beşe ve nâm kimesneler merkûm Konstantidenbo için kendi halinde olmayub âlet-i harbiyle (silahla) zikrolunan kurâ (bölge) havalisinde geşt u gûzar ve katl-i nüfus âdet-i müstemirresi olub hatta bundan akdem anasını tüfenk ile katl eylediğinden mâ adâ yoğurtçular kethüdası Mustafa'nın yanaşması (besleme) olan es-Seyyid Muhammed'i dahi bir ay mukaddem (önce) Terkos nahiyesinde Çamurlu dereye tüfenk ile darb ve katl ve yine yanaşması Deymo nâm zimmîyi onbeş gün mukaddem yine Çamurlu dereye bıçak ile kolundan darb ve katl ve cerh (yaralama) eyledi deyu sû-i halini ihbâr ve yedlerinde (ellerinde) olub Terkos naibi İsmail Efendi imza ve mühür ile ibraz eyledikleri î'lamda dahi merkûm Denbo için nâhiye-i mezbûre ahalileri âlet-i harb ile geşt u gûzar ve katl-i nüfus âdetidir deyu haber verdikleri tahrir ve merkûm Denbo ibadullaha (Allah kullarına) muzır (zararlı) ve sâî bi'l fesâd olduğu ihbâr olunmağla bu mekûlelerin emri veliyyü'l emr ile katli meşru olduğu ma'lum-u devletleri buyuruldukta emri ferman hazret-i men lehu'l-emrindir. Fî Zilhicce, Sene 1179/1765"⁶⁵.

3. Osmanlı Sultanlarının Nizam-Alem İçin Kardeş Katli Meselesi

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi'nin üzerinde en çok tartışma yapılan maddesi, "Ve her kimesneye evladımından saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmişdir. Anınla amil olalar"⁶⁶ şeklindeki hükmü taşıyan maddesidir.

Saltanatın intikali konusunda kesin bir kural bulunmayan Osmanlı Devleti'nde⁶⁷ tahta oturma, ya önceki sultanın vasiyeti ya da devlet ileri gelenlerinin ittifakıyla olmuştur. Örneğin, Osman Bey'in büyük oğlu Orhan, babasının vasiyeti üzerine Ahiler topluluğunun önünde tahta oturmuştur. Aynı şekilde Orhan Bey'in oğlu Murad, babasının vasiyeti ile vezirlerin ittifakı ile sultan olmuştur. I. Murad, önce kendisine karşı saltanat mücadelesine kalkışan iki kardeşi İbrahim ve Halil Beyleri, sonra da Bizans İmparatorunun oğlu Andronikos ile işbirliği

⁶⁵ İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, İstanbul Kadılığı, no. 25, s. 53'den naklen, TEKİN Yaşar, Şer'iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti'nde Ta'zir Suç ve Cezaları (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Danışman: Ali BARDAKOĞLU), İstanbul 1995, s. 69.

⁶⁶ Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 37, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 328.

⁶⁷ İNALCIK Halil, "Osmanlılarda Saltanat Veraseti Usulü ve Türk Hakimiyet Telakkisiyle İlgisi" AÜSBFD, c. XIV, No. 1, Ankara 1959, s. 87 vd.

yaparak kendisine isyan eden oğlu Savcı Bey'i devletin selameti gerekçesiyle öldürtmüştür⁶⁸.

Her hukuk sisteminde olduğu gibi, Osmanlı hukukunda da “nizam-ı alem”, günümüzdeki ifadesiyle kamu düzeni ve kamu yararı için konmuş kurallardır. Bu kurallar, kendilerine uyulmadığı takdirde ağır müeyyideler içerebilir. Hatta bu müeyyideler ölüm cezasına kadar varabilir. Dolayısıyla Osmanlı hukukunda Fatih ile kanunlaşan kardeş katli meselesi devlet otoritesinin, egemenliğini, kendi geleceğini ve kamu düzenini korunmak amacıyla ortaya çıkmış bir tedbir olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde yer alan kardeş katli ile ilgili hüküm, şer'i ve örfi olmak üzere iki temel dayanağa dayandırılmaya çalışılmıştır. Hükümün şer'i dayanağı bir hadd suçu olan devlete isyan (bağy) suçudur. Bu suçun unsurları, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, meşru devlet otoritesine karşı, iktidarı ele geçirmek amacıyla, toplu halde, kuvvet kullanarak ayaklanmaktır. İsyanlılar düşüncelerini propagandaya dönüştürürlerse uyarılırlar. İleri giderlerse ta'zir cezaları ile cezalandırılırlar. Ancak kuvvet kullanarak isyan ettikleri an kendileri ile savaşılır ve cezaları idamdır⁷⁰. Osmanlı hukukçuları kardeş katlinin şer'i dayanağı olarak devlete isyan suçunu göstermişlerdir.

Kardeş katli meselesinin örfi dayanağı ise bir ta'zir cezası olan siyaseten katli cezasıdır. Bağy suçunun unsurları gerçekleşmediği takdirde, devlet otoritesine karşı işlenen suçlar hadd cezası olarak idam cezası ile cezalandırılmaz. Ancak unsurları tam olarak gerçekleşmese de kamu düzenini bozan bazı fiil ve hareketler devlet otoritesi (padişah) tarafından ta'zir yoluyla idam cezasıyla cezalandırılabilirler. Hanefi ve Hanbeli hukukçuları, kamu düzeni gerekçesiyle devlet otoritesinin idam cezası verebileceğini kabul ederek bu suça “siyaseten katli” adını vermişlerdir. Aynı şekilde fiilen isyan etmese bile isyana hazırlandığı hal ve eylemlerinden belli olan kimsenin kamu düzeni ve yararı amacıyla idam edilebileceğini Hanefi hukukçuları kabul etmektedir. Dolayısıyla Fatih'in kardeş katli ile ilgili kanun hükmündeki “ekseri ulema tecviz etmişlerdir” ifadesi bu du-

⁶⁸ ÖZCAN Abdülkadir, “Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem İçin Kardeş Katli Meselesi”, Tarih Dergisi, sy. 33, İstanbul 1982, s. 17; AKGÜNDÜZ Ahmet, “Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli ve Hukuki Boyutları”, Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı c. I, Ankara 2000, s. 781-782; AĞIRAKÇA Ahmet, “Osmanlılarda Kardeş Katli Meselesine Yeni ve Farklı Bir Yaklaşım”, Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı, c. I, Ankara 2000, s. 786; AKMAN, Kardeş Katli, s. 47-48.

⁶⁹ AKGÜNDÜZ, “Kardeş Katli”, s. 777.

⁷⁰ UDEH, c. II, s. 238; AKMAN Mehmet, “Önceki Hukukumuzda İsyan Suçu”, Hukuk Araştırmaları, c. IX, sy. 1-3, İstanbul 1995, s. 203; AKGÜNDÜZ, “Kardeş Katli”, s. 777.

ruma işaret etmektedir. Ancak bu durumda bile kişinin cezalandırılabilmesi için kesin delillerin olması gerekmektedir⁷¹.

Sonuç olarak Osmanlı uygulamasında kardeş katli meselesi gerçek bir olgudur. Pek çok padişah kardeşlerini, amcalarını, yeğenlerini “nizam-ı alem” için katletmişlerdir. Katledilenler, kimi zaman gerçekten padişaha isyan etmiş veya isyan edeceği şüphesi uyandıran eylemlerde bulunmuşlar ve bu yüzden öldürülmüşlerdir. Kimi zaman da isyan suçunu hiçbir zaman işlemediği gibi böyle bir suçu işleyebileceğine dair en küçük bir eylem veya davranış sergilememiş olmalarına rağmen katledilmekten kurtulamamışlardır. Bunlar, ya bir takım çekeme-mezlüklerin ya da dedikoduların kurbanı olmuş veya ileride isyan edebilirler şüphesi ile öldürülmüşlerdir⁷².

B. HAPİS CEZASI VE UYGULANDIĞI SUÇLAR

Osmanlı uygulamasında hapis cezaları en yaygın ve fazla başvurulan ta'zir cezalarıdır. Bu cezalar, hakaret, sövme, kız kaçırma, meskene tecavüz, ticarete hile karıştırmak ve gasp gibi suçlara uygulanmışlardır.

Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nin 4. maddesinin 4. bendinde erkek çocuğa yapılacak tacize verilecek para ve hapis cezaları düzenlenmiştir. Madde de, “...Eğer bir kimesnenin oğlun öpse veya yoluna varub söylese, muhkem ta'zir edüb ağaç başına bir akçe alına. Kadı maslahat gördüğü yerde hapis dahi ede” denmiştir⁷³.

Şer'iyye sicillerinde hapis cezalarına örnek olarak pek çok kayıt vardır. Bunlardan bir örneği burada vermek yararlı olacaktır:

“Sicile yazılmasının sebebi şudur;

Kayseri harici emniyet görevlisi Piri Bey, yargı meclisine Kasım oğlu Mezid'i, Karagöz oğlu Şeyh Ali'yi ve İbrahim oğlu Şahin'i getirerek şöyle demiştir; “Adı geçen Piri, daha önce emniyet görevlisi olan İbrahim Subaşı'yı tutup 46 gün kadar hapsedmiş, bana teslim etti. Ben de 46 gün vardım ki hapsedirim. Kimse buralardan dava hakkını kullanmadı. Şahıslarına kefil verseniz salıveririm” deyince, adı geçen Şeyh Ali ile Şahin'in şahıslarına, adı geçen Mezid kefil olmuş, Mezid'in şahsına da Mirza oğlu Cinni kefil olmuş, Cinni'nin şahsına da Kasım oğlu Ali kefil olmuş, bunun üzerine adı geçenlerin kefaletleri istek üzerine sicile tespit edilmiştir. 1 Cemaziyelahir 953/1546. Şahitler; Şad oğlu Yu-

⁷¹ AKGÜNDÜZ, “Kardeş Katli”, s. 778; AĞIRAKÇA, s. 789.

⁷² İNALCIK, “Osmanlılarda Saltanat Veraseti, s. 91-93.; AKGÜNDÜZ, “Kardeş Katli”, s. 776-779; AĞIRAKÇA, 786-790;

⁷³ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. III, s. 89.s

suf, Pir Ahmet oğlu Cihan Şah, Seyyid Ahmed oğlu Nasuh, Yörük oğlu Muharrem.”⁷⁴.

C. SÜRGÜN, UZAKLAŞTIRMA CEZALARI VE UYGULANDIĞI SUÇLAR

Sürgün ve uzaklaştırma cezaları Osmanlı ceza hukukunda oldukça sık başvurulan cezalardandır. Kanunnamelerde bu cezaya ilişkin hükümler mevcuttur. II. Bayezid’in Umumi Kanunnamesinin 36. maddesinde “Ve yeni giyenleri yasak edüb ilden süreler”⁷⁵ ifadesiyle sürgün cezasına işaret edilmiştir. Şer’iye sicilleri ve mühimme defterlerinde bu cezalara ilişkin örnek mahkeme kararları vardır. Osmanlı uygulamasında rüşvet, iltimas, irtikap ve benzeri görev suçu işleyen devlet memurlarına, gerek görevden alma ile beraber gerek bağımsız olarak sürgün cezaları verilmiştir⁷⁶. Örneğin, 1131/1703-1704 yılında, rüşvet aldığı iddiasıyla iftiraya uğrayan ve bu yüzden görevden alınan eski Anadolu Kazaske-ri Veliyüddin Efendi, iftiracıların susturulabilmesi için Midilli’ye sürülmüştür⁷⁷.

D. SOPA CEZASI

Osmanlı ceza kanunnamelerinde sopa (dayak) cezası “hakkından gelmek” şeklinde düzenlenmiştir. Nitekim Yavuz Sultan Selim Kanunnamesinin 38. Maddesinde yalan yere şahitlik edene ve sahte belge düzenleyen kimselere uygulanacak dayak cezası düzenlenmiştir. Söz konusu madde metni aynen şöyledir:

“Ve yalan yere şahadet edenin ve tezvîr hüccet (senet, delil, belge) yazanın ve anun ile amel edenin muhkem (kesin olarak) hakkından geleler. Telbîsi (hile, sahteleştirme) ve tezvîri (yalan dolan fitne) zahir olanın muhkem hakkından gelüb alnına tamga edeler. Ve tezvîr hüküm ve hüccet yazanın âdeti ise, elin keseler ve illâ muhkem hakkından geleler”⁷⁸.

Ortağının hakkını vermemek, satın aldığı bir şeyin parasını ve birisinden aldığı borcu ödememek ya da kasten geciktirmek gibi suçlar işleyen suçluya tenbih, te’dip, hapis ve dayak cezaları verildiğini öngören bir şer’iye sicilindeki kaydı burada örnek olarak vermek istiyoruz.

⁷⁴ Kayseri 4 no’lu Şer’iye Sicili, 23 no’lu Hüküm, Şer’iye Sicilleri, (Haz. Türk Dünyası Vakfı İlim Heyeti), İstanbul 1989, c. II, s. 138.

⁷⁵ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. II, s. 44.

⁷⁶ MUMCU Ahmet, Osmanlı Devleti’nde Rüşvet, Ankara 1969, s. 226 vd.

⁷⁷ MUMCU, Rüşvet, s. 226.

⁷⁸ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. III, s. 93.

“Kapan ustalarından olup Tophane’de Hendek başında ekmekçi fırını olan Ahmed b. Hüseyin şeriki olmak üzere fırın-ı mezkûre vaz’ eylediği Buya veled-i Doka nâm zimminin yetmiş yedi senesinde ameliyle faiz ve mesarifini (masraflarını) hesabını gördükde mezbûr Ahmed’in sermayesinden beş yüz seksen dört kuruşu kendi mesarifine sarfla (harcama) istihlak (tüketim) etmekle deyni (borçlu) olduğuna kat’iyyen ikrarını mezbûr Ahmed lede’l-murâfa’a udûlden (sapma, doğru yoldan ayrılma, cayma; âdiller, adaletliler) Osman b. Mustafa ve el-Hâc (hacı) Muhammed Emin b. El-Hac Ömer nâm kimesneler şehadetleriyle ba’de’l isbat (ispatından sonra) ve işbu yetmişdokuz senesi için dahi altı gün mukaddem (önce) Galata’da kapu içinde vaki odada hesap görüb yine sermayeden merkûm Buya zimmetinde üç yüz yirmi beş buçuk kuruş ve bir rubu’ zuhûr kezalik umûruna sarfla istihlak etmekle deynî olduğuna kat’iyyen ikrarını udûlden el-Hac Muhammed b. El-Hac İbrahim ve el-Hac Mustafa b. Muhammed nâm kimesneler şehadetleri ile isbat etmeğin mücebiyle (gereğiyle) deyn-i mecmû (toplam borç) mezkûr dokuz yüz dokuz buçuk kuruş ve bir rubu’un edâsına merkûm Buya zimmîye tenbih olunduğu tescil olunub bi’l iltimas huzur-ı âdillerine i’lâm olundu. Fî 25 Zilkade Sene 1179/1765”⁷⁹.

E. MEMURİYETTEN VEYA GÖREVDEN ALMA

Bu ceza memuriyet görevini kötüye kullananlara veya görevini iyi yapmayanlara uygulanmıştır. Ayrıca rüşvet alan memurlar da bu ceza ile cezalandırılmışlardır. Örneğin, rüşvetçilikten dolayı görevinden alınan kadıların sayısı oldukça fazladır⁸⁰.

F. PARA CEZALARI

Osmanlı hukukunda cürm-ü cinayet cezası adı verilen para cezası, özellikle Fatih’in ceza kanunu ile Osmanlı hukukunda ciddi olarak uygulanmaya başlanmıştır. Osmanlı kanunnamelerinde hadd veya kısas cezaları uygulanmadı-

⁷⁹ İstanbul Müftülüğü Şer’iyye Sicili Arşivi, İstanbul Kadılığı, no. 25, s. 35’ ten naklen, TEKİN, s. 49-50.

⁸⁰ “XVII. Yüzyıl ortaları rüşvetçi kazaskerlerle doludur: 1056/1646 yılında, Anadolu Kazaskerinden Ankara’daki naip dört bin kuruşla görevini satın aldı. Bu naiple oradaki bir Şerif arasında çıkan anlaşmazlık sonucu, sözü geçen Şerif de bin altın gönderip Ankara kazası naipliğini ister ve alır. Mevcut naip henüz altı ayını doldurmuştur ve daha bir o kadar süre görev hakkı vardır. Buna rağmen görevinden atılır. Naibin bir kadı olan kardeşi, durumu bir Cuma günü herkesin huzurunda kazaskere anlatır, fakat kovulur; ancak o, kendisi gibi “rüşvet vermiş kimseler ile meclisten meclise gezip” kazasker aleyhine konuşur. Sonuçta Kazasker Efendi ödevinden uzaklaştırılır ve bu sırada anlaşılır ki Kayseri Kadısı da üç bin kuruşla görevini ondan satın almış, ancak iki ay geçmeden azledilmiştir. Şeyhülislama şikayete giden bu kadı “rüşvet ile kadılığı satın almadığına” yemin etmiş, kazasının tevcihinden sonra, sabık kazaskerin üzerine çavuş gönderip zorla para istettiğini bildirmiştir”, MUMCU, Rüşvet, s. 144.

ğı takdirde, cürm ya da cerime şeklinde ifade edilen para cezalarının kanunda belirtilen miktarlarda uygulanacağı belirtilmektedir. Uygulanacak para cezaları, insanların gelir durumuna göre sınıflandırılarak tespit edilmiştir⁸¹. Yavuz Sultan Selim'in Umumi Kanunnamesinin 1. maddesi zina suçunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre: "Eğer bir kimesne zina eylese, şer' ile sabit olsa, zina eden kişi evlü ve gani (zengin) olsa ki, bin akçeye kâdir (gücü yetse) olsa veya dahi ziyadeye kâdir olsa, siyaset olunmadığı takdirde dört yüz akçe cürm alına. Vasat'ul hal (orta halli) olsa, iki yüz akçe cürm alına. Andan aşğa ki, gayet fakir ola, kırk akçe cürm alına. Eğer fakir-ül hal olsa, otuz akçe cürm alına"⁸².

G. MÜSADERE (ELKOYMA)

Müsadere usulü, Osmanlı Devleti'nin ilk devirlerinde sadece devlet malını zimmetine geçirenlerle isyancılar hakkında uygulanan bir ceza iken, zamanla merkezi yönetime bir takım siyasal ve ekonomik çıkarlar sağlamak amacıyla başvurulan bir vasıta haline almıştır. Kul sisteminin tam anlamıyla yerleşmesine kadar müsaderenin Osmanlı Devleti'nde bir ceza olarak büyük bir uygulama alanı bulduğu söylenemez. Fatih'in, kul sistemini yerleştirmek için öldürttüğü Çandarlı Halil Paşa'nın servetini önce müsadere edip sonra mirasçılara iade etmesi bu fikri desteklemektedir. Fakat Çandarlı Halil olayı, siyaseten katli sonucunda müsadere yapılması geleneğini başlatmıştır⁸³.

Osmanlı uygulamasında müsadere cezaları ölüm cezasının yerine verilebildiği gibi ölüm cezası ile birlikte de verilmiştir. Bazen de siyaseten katle bir adım olarak müsadere cezası verilmiş, siyaseten katli muhtemel olan kimselerin önce malları müsadere edilmiştir. Ayrıca görevden alınan devlet memurlarının müsadere cezasına çarptırıldığı da olmuştur⁸⁴. Nitekim bir arşiv belgesinde konu ile ilgili bir örnek şöyledir: "Mora valisi İsmail Paşa'nın zulmüne mebni (bağlı olarak) gizlice yakalanıp hapse atılması ve malının müsaderesi ve refi vezareti hakkında..." Sadaret Kaymakamı Mustafa Paşa'dan orduda bulunan sadrazama. 25 Rebiulahir 1206/1791"⁸⁵.

81 CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 281.

82 AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. III, s. 88-89.

83 MUMCU, Siyaseten Katli, s. 148-149.

84 MUMCU, Siyaseten Katli, s. 149.

85 Başbakanlık Arşivi Hattı Hümayun Tasnifi, no.4091'den naklen, MUMCU, Siyaseten Katli, s. 149, 389 no'lu dipnot.

H. KAL'A-BENTLİK CEZASI

Daha çok Osmanlı ceza hukukuna özgü bir ta'zir cezası olan kal'a-bentlik cezası, genellikle ticari hayata hile karıştıran kimselere uygulanmış bir ceza türü olmuştur. Nitekim, Galata'da fırıncılık yapan bir kişinin, nizamlara aykırı ekmek üretmesi sonucunda kale hapsi (kal'a-bentlik) cezasına mahkum edilmesi ve bir süre sonra iyi halinin görülmesi ile salıverilmesine ilişkin mahkeme kararı oldukça ilgi çekicidir:

“Arzolunur;

Galata dahilinde mahkeme yakınında ekmekçi olan dilekçe sahibi Hüseyin oğlu Ali, dilekçenin kenarında kaydedildiği gibi Cemâdi'l-uhuranın (Hicri 6. Ay) sekizinci gününden beri Boğazkesen kal'asında ta'zir için hapsedilmiştir. Bu müddet içerisinde iyi hali görülmüş, bundan sonra nizama aykırı ekmek çıkarmamak üzere bizatihi ortağı Mehmed oğlu Murtaza ve ekmekçiler ustalarından Hasan ve Molla Osman isimli şahıslar yüce mahkeme meclisinde kefil ve kefaletleri tescil olunup, adı geçen Ali'nin affedilip serbest bırakılmasını arz ve istirham eyledikleri dilekçelerinin muhtevasında yer aldığı, yüce makamınıza bildirilmiştir. 6 Receb 1179/1765”⁸⁶.

İ. KÜREK CEZASI

Osmanlı ceza hukukunda en fazla uygulanan ta'zir cezalarından biri de kürek cezasıdır. Bu ceza daha çok, hareket ve davranışlarıyla toplumun huzurunu bozanlara, İstanbul'da başı boş dolaşanlara, İstanbul'a gelip kötü işler yapanlara ve görevini kötüye kullanan memurlara uygulanmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun özellikle gerileme devrinde bu cezaya çok yaygın olarak başvurulmuştur. İmparatorluk donanmasının büyümesi ve savaş zamanlarında, kürekçiye olan ihtiyaç artmış, bu ihtiyaç gönüllü kişilerden yeteri kadar sağlanamayınca, kürek cezalarına mahkumiyetler çoğalmıştır⁸⁷.

Kürek cezaları ile ilgili olarak mühimme defterlerinde ve şer'iyye sicillerinde oldukça fazla kayıt vardır. Bunlardan birisini örnek olarak vermek istiyoruz:

“Karahisar-ı Sahib kadısına; “Pir Ahmed oğlu Kurd'un fesadı arz olunmağla küreğe göndermeğ için” hükm-i şerif yazılıb, kayd cüz'ine geçmiştir. Fî 21 Şaban, sene 972/1765. Çavuşbaşı ademine virildi”⁸⁸.

⁸⁶ Şer'iyye Sicilleri, c. II, s. 139.

⁸⁷ GÖKÇEN Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 40.

⁸⁸ 6 Numaralı Mühimme Defteri II, no. 910, s. 55.

VIII. TA'ZİR CEZALARININ UYGULANMASINA ETKİ EDEN ÖZEL HALLER

A. CİNSİYET (KADIN-ERKEK AYRIMI)

Osmanlı ceza hukukunda ta'zir cezalarının uygulanmasında cinsiyet ayırımına gidilmeksizin kadın ve erkeğe aynı cezalar uygulanmıştır. Nitekim, Fatih'in Umumi Kanunnamesinin 5. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "Eğer avret pezevenklik eylese, kadı ta'zir ura, ne kadar mâ-yerah (takdir ederse). Ağaç başına bir akçe cürm alına"⁸⁹. Bu konuda sadece kadının biyolojik durumundan kaynaklanan bazı özellikleri nedeniyle –örneğin hamilelik gibi- özel uygulamalar yapılmıştır⁹⁰.

Tanzimat öncesinde ta'zir cezalarının kadınlara da uygulanmış olduğunu gösterir belgeler mevcuttur⁹¹. Hatta bu dönemde kadınlara sürgün cezasının verildiğini bildirir belgeler vardır⁹². Bu dönemde kadınların kürek ve prangabentlik gibi ta'zir cezalarına mahkum edildikleri bilinmektedir. 1147/1735 tarihli bir hükümde ise eşkıyalık suçu işleyenlerin karıları da sürgün cezasına uğramışlardır⁹³.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Osmanlı Devleti'nde cezai sorumluluk açısından kadınlar ile erkekler arasında cinsiyet ayrımı yapılmamış, aynı suçu işleyen kadın veya erkeğe aynı ceza uygulanmıştır.

⁸⁹ AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 348.

⁹⁰ AKYILMAZ Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya 2000, s. 68.

⁹¹ 1179/1765 tarihli bir şer'iyye siciline göre, İstanbul'da Zincirlikuyu semtinde bazı müslüman ve zimmî kadınlar, evlerine kendilerine nâmahrem ve yabancı olan erkekleri almaları, nâmahreme hassasiyet göstermedikleri gibi yapılan uyarılara da aldırmamaları ve bu davranışlarıyla mahalleyi rahatsız etmeleri sonucunda çıkarıldıkları mahkemede önce tenbih ve uyarı almışlar, bununla uslanmadıkları anlaşılınca, mahkeme mahalleden çıkarılmalarına hükmetmiştir. İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, İstanbul Bab Mahkemesi, no. 235, s. 6b' den sadeleştirilerek naklen, TEKİN, s. 76.

⁹² 1233 tarihli bir telhis belgesinde, Meki kızı ile zevcinin (kocasının) ve Vasıf kızının Tekfur Dağı'na sürgün edildikleri bildirmektedir. BOA, HHT, no. 4889, t. 1223'den naklen, AKYILMAZ, s. 67.

⁹³ Avsar, Kılıçlı ve Bektaşlı'daki eşkıyaların erkeklerinin idam ve izale kadın ve çocuklarının Reka'ya nefyedilmeleri hakkındaki hüküm. BOA, CTD, No. 12276, tarih, Şaban 1147/1735'ten naklen, AKYILMAZ Gül, Osmanlı Devletinde Eşitlik Kavramının Gelişimi (yayımlanmamış profesörlük çalışması), Konya 2000, s. 174; AKYILMAZ, Kadının Statüsü, s. 66-67.

B. HÜRRİYET (HÜR-KÖLE AYRIMI)

İslam ceza hukuku açısından köleler farklı muameleye tabi tutulmuşlardır. Şöyle ki, hadd ve kısas suçlarını işleyen köleye hür kimselere verilen cezanın yarısı ya da uygun ta'zir cezaları verilmektedir⁹⁴. Buna karşılık kölelerin ceza hukuku açısından korunması da hürler göre daha zayıftır⁹⁵.

Ta'zir cezalarının uygulanması açısından, hür kimse ile köle arasında ciddi bir farklılık göze çarpmamaktadır. Ta'ziri gerektiren suçlarda, cezanın düzenlenmesi devlet otoritesine bırakıldığı için devlet başkanı kölenin cezai sorumluluğunu her suç için hadd ve kısas suçlarındaki örnek düzenlemeler ışığında belirler. Genel olarak ceza hukuku alanında Allah hakkına yönelik veya bu özelliği ağır basan suçlarda kölelik, beklenenin aksine köle lehine sonuçlar doğurmakta, kişi hakkına yönelik suçlarda ise hür kimselerden farklı bir durum yaratmamaktadır⁹⁶.

Fatih'in ve II. Beyazıt'ın Umumi Kanunnamelerinde yaralama filleri karşılığı uygulanacak ta'zir cezaları konusunda hür ve köle ayrımı yapılmazken Kanuni'nin Umumi Kanunnamesi'nde kölelerden hürlerden alınanın yarısı kadar para cezası alınacağı öngörülmektedir⁹⁷.

C. DİN (MÜSLÜMAN-GAYRİMÜSLİM AYRIMI)

Osmanlı ceza hukuku, İslam ülkesinde suç işleyen herkese İslam hukukunun (dolayısıyla Osmanlı hukukunun) uygulanacağını kabul eden Ebu Yusuf'un görüşünü esas almıştır⁹⁸.

Osmanlı uygulamasında ta'zir cezası gerektirecek suçlara uygulanacak cezalar açısından müslümanlarla gayrimüslimler arasında ciddi farklılıklar yoktur. Özellikle zimmîler Osmanlı vatandaşı kabul edildiklerinden, gerek müslüman aleyhine zimmînin gerek zimmî aleyhine müslümanın suç işlemesi durumunda, birbirine eşdeğer ta'zir cezalarıyla cezalandırıldıkları mahkeme kayıtlarından anlaşılmaktadır. Örneğin, 1169/1765 tarihli, İstanbul Bab Mahkemesine ait bir şer'iyye sicilinden, davranışlarıyla ve sözleriyle mahalleyi rahatsız ettikleri gerekçesi ile bazı müslüman ve zimmî kadınlara mahalleden çıkarma cezasının verildiği anlaşılmaktadır⁹⁹.

94 AYDIN, s. 183.

95 AKYILMAZ, Eşitlik, s. 66.

96 AYDIN, s. 265.

97 Kanuni'nin Umumi kanunnamesi, m. 23, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. IV, s. 300.

98 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 180-181.

99 İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, İstanbul Bab Mahkemesi, no. 235, s. 6b'den naklen, TEKİN, s. 76.

D. YÖNETİCİ SINIF-REAYA AYRIMI

Osmanlı ceza hukukunda yönetici sınıf ile reaya arasında hadd ve kısas cezalarının uygulanması açısından herhangi bir fark yoktur. Kul sistemine bağlı olarak, yönetici sınıfın can ve mal güvenliği açısından içinde buldukları teminatsızlıklara karşılık reaya bu konuda daha fazla güvenceye sahiptir. Reayanın mallarına el konulmasına pek fazla tesadüf edilmediği gibi yargılanmadan ölüm cezasına çarptırıldıkları da çok nadirdir. Reayadan ölenlerin mallarının müsadere edilmemesi esastır¹⁰⁰. Ancak reayaya siyaseten katl cezası verildiği bazı durumlarda müsadere cezası da uygulanmıştır¹⁰¹. Diğer yandan Osmanlı padişahları anarşik dönemlerde bile reayaya ölüm cezası verileceğinde yargılama ilkesine bağlı kalmaya çalışmışlardır¹⁰².

Osmanlı Devleti'nde reaya her zaman doğrudan doğruya devletin koruması altında olmuş ve yönetici sınıf üyelerinin reayaya zulmetmesinin önüne geçilmesine çalışılmıştır. Devlet etkin bir denetim ağı kurarak yönetici sınıfın halka zulmetmesini önlemeye çalışmıştır. Bu yönde öncelikle kadılar bölgelerindeki suistimalleri derhal beylerbeyine bildirmek zorundadır. Eğer bundan bir sonuç alamazlarsa konuyu doğrudan padişaha arz etmeleri gerekir¹⁰³. Kadı gibi beylerbeyi de reaya yapılan zulümleri merkeze bildirmek zorundadır. Ayrıca her Osmanlı vatandaşının “devletten adalet talep etme veya adaletsizlikleri gidermeyi isteme” hakkı vardır. Bu nedenle bütün Osmanlı reayası din, dil, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, uğradığı haksızlığı ileri sürerek Divan-ı Hümayun'a başvurabilir¹⁰⁴.

Reayaya zulmedenlere suçun ağırlığına göre hafif ya da ağır cezalar verilmiştir. Hafif ta'zir cezalarının başında bu suçu işleyenlere “tevbihname” gönderilmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda sopa, memuriyet yerinin değiştirilme-

¹⁰⁰ AKYILMAZ, Eşitlik, s. 213.

¹⁰¹ Mesela eşkıyalıktan katledilen reaya ile katl sebebi ne olursa olsun katledilen ayanların malları müsadereye tabi tutulmuştur. MUMCU, Siyaseten Katl, s. 152.

¹⁰² AKYILMAZ, Eşitlik, s. 213.

¹⁰³ “...ve ehl-i hüküm olan kadılar men eyleyeler. Men ile memnu olmayanları beylerbeyi ve Dergâh-ı Muallaya arz eyleyeler”, Karaman Vilayeti Kanunnamesi, m. 53, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. III, s. 320; “... kadısına hüküm ... karyesi reayası ... sipahi ziyade zulüm ve teaddi ettiklerini bildirip ... mezburu kayd ve bend ile gönderesin”, BOA, MÜD, No: 78, Sıra 382, t: 7/1/1003, S. 1003, s. 163, naklen, MUMCU, Zulüm, s. 27, dipnot 29; AKYILMAZ, Eşitlik, s. 214.

¹⁰⁴ MUMCU, Divan-ı Hümayun, s. 97; Canik muhassılı Süleyman Paşa'nın zulüm teaddi ve rüşvet aldığından şikayetle haklarının iadesi için şeyhülislam Dürrüzade Mustafa Efendi'nin tayin edilmesiyle bölge halkının Divan-ı Hümayun'a verdiği arz-ı hal, BOA, HHT, No: 12094, t: 19 Z 1178 (1764), naklen, AKYILMAZ, Eşitlik, s. 215, dipnot 653.

si, görevden alma gibi cezalar da verilmiştir¹⁰⁵. Eğer soruşturma sonucunda ağır cezaların uygulanması hükme bağlanırsa bu ceza genellikle suçlu İstanbul'a çağrılarak infaz edilmiştir. Başlıca ağır cezalar hapis, küreğe koyma, sürgün¹⁰⁶ ve en ağır ceza olarak idamdır ve yönetici sınıfın reayaya zulmetmesi siyaseten katl sebebi sayılmıştır¹⁰⁷.

Tüm bu bilgiler ışığında Osmanlı'da yönetici sınıf ile reaya arasında yargılama ve cezalandırma açısından bariz bir farklılık göze çarpmamaktadır. Bu konuda temel ilke, yönetici sınıfın reayaya zulmünü önlemektir. Dolayısıyla sipahi-reaya ilişkisinde sipahi ve reaya aynı yargıya tabi olmuşlardır. Yani aynı kadı hem sipahiyi hem reayayı yargılayabilir. Ayrıca yönetici sınıf-reaya ilişkisinde hiçbir zaman sipahinin reayayı yargılayıp cezalandırma yetkisi olmamıştır. Çünkü Osmanlı hukuk sisteminde yargılama yetkisi tamamen devlete aittir. Bu nedenle sipahinin yargılama ve cezalandırma hukuku açısından herhangi bir ayrıcalığı söz konusu değildir. O da tıpkı reaya gibi kadının huzuruna çıkmak zorundadır¹⁰⁸.

IX. SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde hukuki problemler şer'i ve örfi hukuka göre çözümlenmiştir. Padişahların sınırlı yasama yetkilerine dayanarak ortaya koydukları örfi hukuk kanunnamelerle, emir ve fermanlarla düzenlenmiştir. Şer'i hukuk ise İslam hukukunun temel kaynakları olan Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas çerçevesinde oluşmuştur. Bu çalışmanın başında İslam hukukunun kaynakları hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Temel kaynaklar olan Kur'an, Sünnet, icma ve kıyas hakkında açıklamalar verildikten sonra, birer örfi hukuk düzenlemeleri olan Kanunnameler Osmanlı Örfi hukukunun temel kaynakları olarak incelenmiştir.

Ta'zir suç ve cezaları Şer'i hukukun sınırları içerisinde belirlenmiş örfi hukuk düzenleme ve uygulamalarıdır. Dolayısıyla çalışmamızın önemli noktalarında biri de Osmanlı hukukunun yapısı ve Örfi yönüdür. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle Osmanlı hukukunun yapısını incelemek uygun görülmüştür.

¹⁰⁵ MUMCU, Zulüm, s. 656; AKYILMAZ, Eşitlik, s. 215.

¹⁰⁶ Hile ve desise ile Yanbolu'ya ayan olan Salih'in ahaliye zulm ve teaddiyat yaptığı anlaşıldığından Limni'ye nefyine (sürgün) hüküm verilmiştir. BOA, HHT, No: 6067, t: L 1232 (1817), naklen, AKYILMAZ, Eşitlik, s. 215, dipnot 657.

¹⁰⁷ Taşrada bazı kadı, naib, şehir kethüdalarının reayaya sefer bahanesiyle meşakkatli teklifler yaptıkları malum olduğundan zulmün def'i ve nefy ve katle müstehak olanın arzı hususunda I. Abdülhamid'in Hatt-ı Hümayunu, BOA, HHT, No: 702, t: 1203 (1788), naklen, AKYILMAZ, Eşitlik, s. 216, dipnot 658.

¹⁰⁸ CİN/ AKYILMAZ, s. 302-321.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi Osmanlı hukuku Şer'i ve Örfî karakterli kendine özgü bir hukuk sistemidir. İslam hukuku şer'i hukukun yanında, devlet otoritesine sınırlı bir hukuk yaratma yetkisi tanımıştır. Osmanlı hukuk sisteminde bu sınırlı yasama yetkisi Osmanlı padişahları tarafından oldukça etkin bir şekilde kullanılmıştır. Bu konuda çalışmamızda varılan nokta, örfî hukukun, hukukun dinamizmini devam ettirmek, durağanlığı önlemek, gündelik hayata pratik çözümler sunmak gibi kaygılarla ortaya çıkışıdır. Dolayısıyla bu konuyu ayrıntılı olarak incelemeye gayret edilmiştir. Yine Osmanlı ceza hukukunda örfî hukuk-şer'i hukuk ilişkisi önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan örfî hukuk ile şer'i hukuk arasındaki temel farklılık örfî hukukun değişken bir karakter arzemesi, buna karşılık şer'i hukukun vahye dayandığı için değişmez kabul edilmesidir.

Belirli bir sıra çerçevesinde vermeye çalıştığımız bu bilgilerin ardından Osmanlı uygulaması değerlendirilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla Osmanlı uygulamasında ta'zir suç ve cezalarının çeşitleri ayrı ayrı örneklerle incelenmiştir. Özellikle ölüm cezası başlığı altında, Osmanlı'ya özgü bir cezalandırma şekli olan "siyaseten katl" ve "nizam-ı alem için kardeş katli" meselesi Osmanlı uygulamasında ta'zir cezalarının yeri ve önemi hakkında bize önemli ipuçları vermektedir. Söz konusu cezalandırma şekilleri ta'zir uygulamasının ve dolayısıyla örfî hukukun ne kadar dikkat çekici olduğunun birer göstergeleridir. Bu nedenle bu konuları ayrıntılı olarak irdelemek yararlı görülmüştür. Gerek siyaseten katl, gerek kardeş katli ve gerekse diğer suç tiplerini örnek mahkeme kararları ile destekleyerek vermeye çalıştık. Bu amaçla mühimme defterlerinden ve mahkeme kayıtları olan şer'iyye sicillerinden faydalandık. Söz konusu kayıtlardan çıkardığımız sonuç, Osmanlı ceza hukukunda gerek hadd ve kısas cezalarında gerek ta'zir cezalarında istisnalar ve istisमारlar olsa da İslam-Osmanlı ceza hukukunun esaslarına büyük ölçüde uyulmuş olmasıdır. Bu düşüncemizi destekleyen olgular ise, ta'zir cezalarının uygulanmasına etki eden bir takım özel hallerin varlığı olmuştur. Bu bağlamda cinsiyet, din, hürriyet ve yöneten-yönetilen gibi farklılıkların, Osmanlı ceza hukuku ve dolayısıyla ta'zir cezaları uygulamasında dikkate değer oranda adalete bağlılık çerçevesinde değerlendirilmiş olmasıdır. Her ne kadar kayıtlarda bazı istisमारların yapıldığı görülse de modern adalet ve ceza hukuku sistemleri açısından değerlendirdiğimizde, Osmanlı ceza hukukunun oldukça güçlü bir hukuk sistemi olduğunu görmezden gelmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, Osmanlı ceza hukukunda şer'i hukuka dayanan ceza hukuku esasları aynen uygulanmıştır. Örneğin hadd ve kısas suçlarının cezalandırılması hususunda cezalandırma açısından devletin herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Şer'i hukukun asli kaynaklarında bu tip suçlara hangi cezalar öngörülmüş ise o cezalar istisnasız olarak uygulanmıştır. Ancak, bu suçlarda şekil ve ispat, kesin kurallara bağlıdır. Dolayısıyla bu suçların unsurlarında veya ispat açısından gerekli olan şartlarda eksiklikler olması, bu suçlar için öngörül-

müş şer'i cezaların uygulanmasını engellemiştir. Bu durumda devlet başkanına verilmiş olan sınırlı yasama yetkisinin bir sonucu olan ta'zir cezaları karşımıza çıkmaktadır. Osmanlı uygulamasında padişah, söz konusu yasama yetkisini, özellikle ceza hukuku alanında oldukça etkin bir şekilde kullanmıştır. Dolayısıyla, unsurları tam olarak gerçekleşmemiş hadd ve kıyas suçlarına, örfi hukuk düzenlemeleri olan ta'zir cezaları uygulanmıştır. Padişah, ayrıca şer'i hukuk ile düzenlenmemiş olan suç tiplerine de cezalar öngörmek şeklinde de yasama yetkisini kullanmıştır. Bunun en bariz örnekleri çeşitli padişahların çıkarmış oldukları kanunnamelerdir. Kanunlaştırma açısından özellikle Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman oldukça dikkate değer padişahlar olarak Türk Hukuk Tarihi'nde yerlerini almışlardır. Ceza kanunnamelerinde bir yandan şer'i ceza hukuku hükümleri yer alırken diğer yandan, örfi hukuk ürünü olan ta'zir cezaları düzenlenmiştir. Dolayısıyla, verdiğimiz örnek belgelerden de anlaşılacağı üzere, ta'zir cezaları Osmanlı ceza hukukunda oldukça önemli bir yer tutmuştur.

CEZAÎ YAPTIRIM GEREKTİREN VERGİ SUÇLARI VE YARGILAMA USÛLÜ *

Arş. Gör. Ümit Süleyman ÜSTÜN **

I. GİRİŞ

“Vergi”, devletin egemenlik hakkına dayanarak cebren ve karşılıksız olarak, kamu giderlerini karşılamak üzere, herkesten ödeme gücüne göre aldığı ekonomik değer olarak tanımlanmaktadır. Kamu gelirlerinin çok önemli bir bölümü, tahsil edilen vergilerden sağlanmaktadır. Verginin bu önemi sebebiyle her dönemde yönetimler verginin daha etkin bir şekilde toplanabilmesi için gerekli tedbirleri almış olmalarına rağmen, yine de önemli miktarda vergi kaybının meydana gelmesini önleyememişlerdir. Çünkü yönetimlerin daha fazla vergi toplama çabalarına karşın kişiler daha az vergi ödeme eğilimindedirler.

Vergi ile birlikte vergi kayıp ve kaçakları da ortaya çıkmış, dolayısıyla vergi kayıp ve kaçakçılığı ile mücadele de başlamıştır. Bu mücadeleler sonucu vergi hukukunun vergi suç ve cezaları ile uğraşan dalı (vergi ceza hukuku) önem kazanmıştır. Ülkemizde vergi suçları ve cezaları esas olarak Vergi Usûl Kanunu’nda düzenlenmiştir. Vergi Usûl Kanunu’nun düzenlediği suç ve cezaların bir kısmı yalnız vergi hukukunu ilgilendirmekte olup bunlarda fiil ve yaptırımlar idarî usûllerle saptanır. Vergi dairesi tarafından suç olarak saptanan fiil için hiçbir yargısal karara gerek olmadan yine vergi dairesince yani idarî bir merci tarafından ceza kesilir. Vergi Usûl Kanunu’nun öngördüğü bir kısım başka fiiller ise, ceza hukuku anlamında suç oluşturur. Bunların belirlenmesi ve yaptırımlarının tespiti ceza mahkemelerinin görev alanına girer.

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalında hazırlanan ve 12.1.2001 tarihinde savunulan aynı adlı yüksek lisans tezinin özetidir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi-Maliye Bölümü Araştırma Görevlisi

ii. vergi suçları

a. genel olarak

Vergi hukuku, vergi ödevini ve devletle vatandaş arasındaki vergi ilişkilerini düzenleyen, vergi borcunun doğması ve ortadan kalkmasına ilişkin maddî ve şeklî hukuk kuralları bütününden oluşmaktadır¹. Bir başka açıdan ise vergi hukuku, devletin kamu gücüne dayanarak elde ettiği kamu gelirlerini inceleyen hukuk dalı olarak da tanımlanır. Kısaca vergi hukuku sadece vergi ilişkisini düzenleyen bir hukuk dalı olmayıp, devletin vergi toplarken kamu gücüne dayanmasını ve ayrıca verginin etkin şekilde toplanması için önlemler alıp yaptırımlara başvurmasını da inceleme konusu yapan geniş kapsamlı bir hukuk dalıdır². İşte, vergi hukukunun vergi suç ve cezalarını inceleme konusu yapan ilgili alt dalına da “vergi ceza hukuku” adı verilmektedir.

Suç, basit bir ifade ile, hukuka aykırı fiillerden biridir³. Pozitif hukuka göre suç, kanunun yasaklayıp yaptırma bağladığı fiildir⁴. Bir başka ifade ile suç, şeklî bakımdan hukuk düzeni tarafından ceza veya emniyet tedbiri yaptırımına bağlanmış kanunî tip olarak tanımlanabilir⁵. Fakat suçun bu şeklî görünümünün yanında hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları da bulunur. Yani bir fiil kanunlarda yaptırma bağlandığı halde, hukuka aykırılık unsuru taşııyorsa, fiil suç teşkil etmeyecektir. Bütün bu özellikleri dikkate alınarak suç, kanunî tipe (tarife) uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle ceza normunun ihlâli olarak tanımlanabilir⁶.

Bu tanımda yer alan unsurlar, tüm suçlar için ortak özelliklerdir. Bu unsurlardan birinin dahi bulunmaması halinde suçun varlığından söz edilemez. Bu yüzden bu unsurlara suçun genel veya aslî unsurları adı verilmektedir. Bu unsur-

¹ **ÖNCEL** Mualla - **KUMRULU** Ahmet - **ÇAĞAN** Nami, Vergi Hukuku, Ankara 1999, s. 2; **KIRBAŞ** Sadık, Vergi Hukuku, Ankara 1998, s. 23; **MUTLUER** M. Kâmil, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir 1979, s. 6.

² **ERMAN** Sahir, Vergi Suçları, İstanbul 1988, s. 2; **ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN**, s. 1; **KIRBAŞ**, s. 75, 76.

³ **İÇEL** Kayıhan - **ÖZGENÇ** İzzet – **SÖZÜER** Adem – **MAHMUTOĞLU** Fatih S. – **ÜNVER** Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 15; **EREM** Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Genel Hükümler, Ankara 1995, s. 23 vd.; **ERMAN** Sahir, “Vergi Usul Kanununda Yer Alan Ceza Hukuku Kaideleri”, Maliye Enstitüsü Konferansları, 5. Seri, İstanbul 1959, s. 206.

⁴ **ZORLU** Selahaddin, Vergi Hukuku, Ankara 1981, s. 90; **MUTLUER**, s. 29; **KIRBAŞ**, s. 173.

⁵ **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 15.

⁶ **ÖZGENÇ** İzzet, Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1998, s. 11; **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 16.

lar, kanunî unsur, maddî (objektif) unsur ve manevî (subjektif) unsur olarak da adlandırılabilir⁷.

Kanunî unsur, bir fiile suç diyebilmek için onun kanunda açık bir biçimde suç olarak düzenlenmiş ve karşılığında da bir yaptırımın belirtilmiş olmasını ifade eder⁸. Bu unsur, kanunsuz suç olmaz ilkesinin bir sonucudur. Bu unsura kanunî tip veya tipiklik de denilmektedir⁹. *Maddî unsur* suçun var olabilmesi için ortada bir fiilin bulunması gerektiğini ifade eder. Elbette ki bu fiilin kanunî tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurla yapılan bir fiil olması gerekir. Suçun maddî unsurunun da alt unsurları vardır. Bunlar hareket, sonuç ve sonucun hareketten kaynaklandığını gösteren nedensellik (illiyet) bağıdır. Bu alt unsurlar, yalnız suçlar için geçerli değildir, bütün hukuka aykırı veya uygun olan fiillerin de unsurlarını oluşturmaktadırlar¹⁰.

Manevî unsur, failin, fiili iradesi ile yani *kusurlu* olarak işlemesini ifade eder. Bu bakımdan failin iradî olarak gerçekleştirmediği fiil hukuka aykırı olsa dahi, fail bu fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır¹¹. Bu unsurlar dışında, *hukuka aykırılık* da bir unsur olarak incelenebilir. Çünkü bir fiil hukuka aykırı olmadıkça, suç da oluşmayacaktır. Bu unsuru bağımsız bir unsur olarak kabul eden yazarlar vardır¹².

Suçun konusu ile hukukî değer kavramlarına da değinmek gerekir. Suçun konusu, eşya ve şahsın maddî yapısıdır. Suçun konusu ile suçun ihlâl ettiği değer birbirinden farklıdır. Hukukî değer ise, bir şahsın veya eşyanın ilişkin olduğu husustur¹³.

Türk Hukukunda, suç ve cezalar ilke olarak Türk Ceza Kanununda yer almaktadır. Fakat Türk Ceza Kanunu dışındaki bir takım kanunlarda da bazı suç

7 “Geleneksel doktrin suçta yalnız iki unsur kabul eder: Objektif (maddî unsur), sübjektif (manevî) unsur.” Bkz.: **EREM**, s. 22.

8 **ÖNER** Erdoğan, Vergi Açısından Türk Kamu Hukuku, Ankara 1981, s. 172; **EREM**, s. 74 vd.; **MUTLUER**, s. 30.

9 Bazı yazarlar tipikliği bağımsız bir unsur olarak kabul etmemektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 94.

10 **KUNTER** Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 10.

11 **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 204; **EREM**, s. 487 vd.; **MUTLUER**, s. 31; **ÖNER**, s. 175.

12 Ayrıntılı bilgi için, bkz.: **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 106; Karşı görüş için bkz.: **EREM**, s. 41.

13 **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 95, 96; Ayrıntılı bilgi için bkz.: **TOROSLU** Nevzat, Cürümleri Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu, Ankara 1970, s.72.

ve cezalar düzenlenmektedir¹⁴. İçinde ceza hükümleri bulunduran kanunlardan bir tanesi de Vergi Usûl Kanunudur¹⁵. Bunun dışında bazı vergi kanunlarında da vergi suçları ile ilgili hükümler vardır¹⁶. Fakat bu çalışmanın inceleme konusu sadece VUK.'ta yer alan vergi suçlarını kapsayacaktır.

VUK.'un 331. maddesine göre, “*Vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar.*” Vergi suçları, devletin gelir kaynaklarına zarar veren veya vermesi muhtemel olan fiillerdir¹⁷. İşte, vergi suçları, vergi kanunlarına aykırı hareket edilmesi sonucu ortaya çıkan ve devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlar olarak tanımlanabilir.

B. VERGİ SUÇLARININ BÖLÜMLERİ

Vergi suçları devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlardır. Burada ihlâl edilen hukukî değer olan “hazine yararı” ile korunan hukukî değer “kamu yararı” örtüşmektedir¹⁸. Vergi suçları çeşitli açılardan tasnife tâbi tutulabilir. Örneğin, bazı vergi suçları zarar suçu niteliğindedir, bazıları da tehlike suçu niteliğindedir. Zarar suçlarında fiil sonucunda suç konusunun bir zarara uğraması gerekir. Oysa tehlike suçlarında fiilin sonucunun, suç konusu bakımından bir zarar meydana getirme tehlikesi vardır¹⁹.

Yaptırım kavramı, suç kavramının zorunlu bir sonucudur. Yani, ancak bir suç işlendikten sonra yaptırımdan bahsedilebilecektir²⁰. Ceza da yaptırımın bir

14 **DÖNMEZER** Sulhi – **ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1985, s. 124; **EREM**, s. 70.

15 **ULUATAM** Özhan – **METHİBAY** Yaşar, Vergi Hukuku, Ankara 1999, s. 204; **YILDIRIM** Ramazan, “Vergi Reformu Üzerine Genel Düşünceler” Kamu Hukuku Arşivi, yıl 2, S. 1, Şubat 1999, s. 20; **ATAR** Yavuz, Vergi Hukuku, Konya 1994, s. 139; **ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN**, s. 209; **KIRBAŞ**, s. 173.

16 Bkz.: Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, m. 10; Damga Vergisi Kanunu, m. 24, 25; AATUHK, m. 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115.

17 **ÖZER** Yılmaz - **DOĞAN** A. Abdullah - **ARICA** M. Nadir, Vergi Hukukunda Belgeler, Ankara 1996, s. 195; **ERMAN**, s. 2.

18 **ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN**, s.209.

19 **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 78.

20 **İÇEL** Kayıhan – **SOKULLU/AKINCI** Füsun – **ÖZGENÇ** İzzet – **SÖZÜER** Adem – **MAHMUTOĞLU** Fatih S. – **ÜNVER** Yener, İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2000, s. 3; **GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, “İdarî Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki” AÜSBFD, C. XVIII, no: 2, Haziran 1963, s. 118, (İdarî Ceza).

türüdür. Ceza hukukunun asıl yaptırım cezadır²¹. Yaptırım, “hukuk kurallarının ihlâl edilmesi halinde, devletin gücünü kullanarak, kurallara uyulmasını zorla sağlaması” olarak tanımlanabilir²². Bir başka deyişle yaptırım, “suç işleyen kimşenin ıslahını sağlamak için devletin kanunla tespit ve hükümle tatbik ettiği tedbirler”²³ olarak tanımlanabilir.

İdarî ihlâlin ortaya çıkması halinde, idarî düzen bozulacaktır. İdarî düzenin korunması veya bozulduğu takdirde yeniden kurulması amacıyla idare bir takım yaptırımlara başvurabilmektedir. İşte bu yaptırımlara, “idarî yaptırımlar” denilmektedir²⁴. İdarî yaptırım; idarenin görevlerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla idareye tanınan subjektif bir hak olarak da tanımlanabilir²⁵. Yetki sınırları içinde kalmak ve usûlüne uygun olarak alınmış olmak şartıyla, idarenin aldığı kararlara uymak²⁶ idare edilenler için bir yükümlülüktür. Aksi takdirde sadece idarenin düzeni bozulmakla kalmayacak, toplum içindeki düzen de tehlikeye düşmüş olacaktır.

Kanunlarda yer alan ve gerçek anlamda suç olmayan belirli fiillerin ceza mahkemelerinde yargılanması ve dolayısıyla hak edilenden daha fazla bir manevî yaptırıma uğranılması²⁷ idarî yaptırımların ortaya çıkmasının sebeplerindedir. İdarî yaptırımların kolay uygulanabilmeleri, cezaî yaptırımlara göre daha az masraflı olmaları ve ceza mahkemelerinin küçük davalarla meşgul olup iş yükünün artmaması gibi sebepler de idarî yaptırımlara duyulan ihtiyacı arttırmıştır.

İdarî yaptırım gerektiren suçlar, genellikle fiilin işlenmesiyle tamam olur, yani manevî unsur aranmaksızın sadece sonuç göz önünde tutularak yaptırıma

21 **DÖNMEZER** Sulhi – **ERMAN** Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II, İstanbul 1983, s. 577; **İÇEL-SOKULLU/AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, *Yaptırım Teorisi*, s. 65.

22 **KARTAL** Zihni, “İdari Vergi Cezalarına Yargı Organlarının Yaklaşımı”, *Vergi Dünyası*, yıl XVIII, Kasım 1998, S. 207, s. 119; **ÖNER**, s. 168.

23 **EREM** Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, C. II, Ankara 1985, s. 153.

24 **OĞURLU** Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım – Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, Erzincan 1999, s. 145; **GÖLCÜKLÜ**, *İdarî Ceza*, s. 116.

25 **ZANOBİNİ** Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi”, (Çev.: **GÜNAL** Yılmaz), *AÜSBFD*, C. XVIII, no. 3-4, Eylül-Aralık 1963, s. 314.

26 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **TOSUN** Öztekin, “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, *İÜHFM*, C. XXVIII, S. 2, İstanbul 1962, s. 349 vd.

27 **DONAY** Süheyl, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *İÜHFM*, C. XXXVII, 1972, S. 1-4, s.424.

tâbi tutulurlar²⁸. Zaten idarî yaptırıma tâbi vergi suçlarının oluşumunda kast unsurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bu da cezaî yaptırıma tâbi vergi suçları ile arasındaki en büyük farklardan biridir.

Vergi kanunlarına aykırı hareketler iki şekilde cezalandırılmaktadırlar. Bunlardan ilki, kanuna aykırı hareketlerin idarî yaptırımlara tâbi tutulmasıdır. Bu gibi durumlarda ya sabit bir para cezası öngörülmüştür ya da devlet hazinesinin uğradığı zarara göre değişen oranlı para cezası düzenlenmiştir²⁹. Buradaki amaç, vergi mükellefinin vergi kanunlarına uyması durumunda katlanacağı maddî külfet ile kanunlara uymadığı takdirde uğrayacağı yaptırımı karşılaştırarak, kanunlara uymayı tercih etmesini sağlamaktır³⁰. Danıştay'ın bir kararı ise şu yödedir: “Vergi cezalarında vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat ya da zam almak değil, zararı aşan tutarda karşılık almak yoluyla faili cezalandırmak ve ceza tehdidiyle söz konusu fiili önlemek amacı güdülmüştür”³¹. İkinci durumda ise vergi kanunlarına aykırı hareketler, tam anlamıyla cezaî yaptırımlara tâbi tutulmaktadır. Burada hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanabilmektedir. Bu tür vergi suçları, aynı zamanda kamu düzenini bozucu nitelikte olduğundan, kanun koyucu sadece idarî yaptırımla yetinmeyerek, cezaî yaptırımlara da başvurmuştur³².

Diğer ülkelerde olduğu gibi, bizim vergi hukukumuzda da vergi suçlarına karşılık olarak bir takım idarî ve cezaî yaptırımlar öngörülmüştür. VUK.'un 331. maddesinde vergi suçlarının yaptırımı olarak, *vergi cezaları ve diğer cezalar* düzenlenmiştir. İdarî yaptırıma tâbi vergi suçları olarak nitelendirilebilecek *vergi cezalarının uygulanacağı vergi suçlarının* içinde, vergi ziyai ile usûlsüzlük bulunmaktadır. Bunlar içinde ayrıca VUK.'a 3239 sayılı kanunla eklenen mükerrer 354. madde ile işyeri kapatma yaptırımına tâbi vergi suçu da sayılmaktadır. Cezaî yaptırıma tâbi vergi suçlarına ise, kanunun tabiriyle *diğer cezalar* uygulanacaktır. Buradaki cezalar genellikle hürriyeti bağlayıcı cezalardır. Bu tür vergi suçları arasında, yargılamaları ceza mahkemelerine tâbi olan, kaçakçılık, mükellefin özel işlerini yapma ve vergi mahremiyetinin ihlâli sayılabilir.

Sonuç itibarıyla, vergi suçları için iki tür yaptırım söz konusudur. Bunlar; “idarî” ve “cezaî” yaptırımdır. Bu nedenle, vergi suçlarının tâbi oldukları yaptırımlar açısından sınıflandırılmaları daha doğru olacaktır.

28 GÖLCÜKLÜ, İdarî Ceza, s. 138.

29 KOCAHANOĞLU Osman Selim, Türk Vergilendirme Hukukunda Vergi Suçları Vergi Cezaları ve İhtilaflar Sistemi, İstanbul 1977, s. 161.

30 ERMAN, s. 2.

31 DİBK. 12.6.1980 gün ve E.1977/1, K.1980/2, DD. yıl 11, S. 40-41, s. 69.

32 KOCAHANOĞLU, s. 161; MUTLUER, s. 40; “... asıl cezaî müeyyideleri gerektiren vergi suçlarının diğer suçlardan farkı yoktur. Her iki hâlde de suçun hukukî mevzuu aynıdır”, bkz.: ERMAN, s.2.

C. İDARÎ YAPTIRIMA TÂBİ VERGİ SUÇLARI

İdarî yaptırıma tâbi olan vergi suçlarında, vergi alacağını tahsil etmek amacı bir üstünlük arz etmekte ve devlet aynı zamanda bir alacaklı sıfatıyla ortaya çıkmaktadır. Bu yaptırımlar esas itibariyle idarî nitelikteki organlar veya idarî yargı sistemi içindeki mahkemeler tarafından, ceza yargılama usûlü dışında kalan usûllerle uygulanıp, infaz edilirler³³. Kısaca idarî yaptırıma tâbi vergi suçlarında, devletin vergi alacağını tahsil etme amacı ön plandadır ve bu yaptırımlar idare tarafından uygulanmaktadırlar.

İdarî yaptırıma tâbi vergi suçlarına doktrinde değişik adlar verilmektedir. Kimi yazarlar, bu tür suçlara “malî nitelikli suçlar” veya “malî suçlar”³⁴ derken, bazıları da “idarî vergi suçları”³⁵ adını vermektedir. *Erman* ise bu tür suçlara, “vergi cezalarını gerektiren fiiller” demektedir³⁶. İdarî yaptırıma tâbi vergi suçları, cezaî yaptırım gerektiren vergi suçlarına oranla ahlâkî açıdan ilgisiz kalınabilecek veya çok tehlikeli olmayan ya da korunan hukukî yararın çok da önemli olmadığı toplumsal düzene aykırılıklardır³⁷.

4369 sayılı kanunla üçlü ayrıma tâbi tutulan idarî yaptırıma tâbi vergi suçları, vergi ziyayı adı altında birleştirilmişlerdir³⁸. Vergi ziyayı dışında, usûlsüzlük ve işyeri kapatma yaptırımına tâbi vergi suçları da idarî yaptırıma tâbi vergi suçları arasında yer almaktadırlar.

D. CEZAÎ YAPTIRIMA TÂBİ VERGİ SUÇLARI

Suçun tüm unsurlarını taşıyan bir fiil tespit edildikten sonra, bunu işleyen kimseye bir ceza yaptırımı belirlenecek ve uygulanacaktır. Ceza, genel mânâda yaptırımın bir türüdür ve ceza hukuku alanındaki temel yaptırımdır. Ceza hukukundaki ceza diğer yaptırımlardan ayrıdır. Çünkü bu ceza bir kamu yaptırımı niteliğindedir³⁹. Cezalandırmanın amacının ise caydırıcılık ve suçluluğun azaltıl-

³³ **ERMAN**, s. 8.

³⁴ Bkz.: **ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN**, s. 211; **ULUATAM-METHİBAY**, s. 205.

³⁵ Bkz.: **MUTLUER**, s. 39.

³⁶ Bkz.: **ERMAN**, s. 3.

³⁷ **BAŞARAN** Funda, “Bankaların Bilgi Verme yükümlülüğünün Sınırları ve Bilgi Vermekten Çekinmeye bağlı Özel Usulsüzlük Suçu – Müşteri Sırrını Açıklama Yükümlülüğü ile Özel Usulsüzlük Suçu Arasında Bir Gri Bölge –”, *VSD*, yıl 23, S. 143, Ağustos 2000, s. 184.

³⁸ **ÜLGEN** Soner, “Vergi Ziyayı Cezası ve Hesaplanması”, *Vergi Dünyası*, yıl XX, S. 226, Haziran 2000, s. 112; **BAŞ** Seyit Ahmet, “Vergi Cezalarında Yapılan Değişikliklerin İrdelenmesi”, *Mükellefin Dergisi*, S. 71, Kasım 1998, s. 32.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **EREM**, C. II, s. 152 vd.

ması ile suçlulara toplumun çoğunluğu tarafından onaylanan yaptırımların uygulanması olduğunu söylenebilir.

Cezaî yaptırıma tâbi vergi suçlarının, ceza hukuku anlamındaki diğer suçlardan farkı yoktur. Her iki durumda da suçun hukukî konusu aynıdır ve her ikisinin de amaçları, kamu düzeninin bir takım cezaî yaptırımlarla korunmasıdır. Bu yüzden, doktrinde bu tür cezaî yaptırıma tâbi vergi suçlarına bazı yazarlar, “dar mânâda suç” veya “dar mânâda vergi suçu” demektedir⁴⁰. Bazı yazarlar da bu tür suçları “kamusal vergi suçu” olarak nitelendirmektedirler⁴¹.

Cezaî yaptırımlar sadece gerçek kişilere uygulanmakla beraber, idarî yaptırımlar tüzel kişilere de uygulanabilmektedirler. Bir başka ifadeyle cezaların şahsiliği prensibi, idarî yaptırımlar alanında mutlak mânâda geçerli değildir⁴². Uygulanan usûl hükümlerinin ve uygulayan makamların farklılığı da bu iki yaptırım türünü ayırt etmekte kullanılan kıstaslardandır. Ceza yaptırımının en önemli özelliği, bu yaptırımın yargı mercilerince ceza yargılama usûlü hükümleri uygulanarak verilmesidir⁴³.

Sonuçta bu suçların gerek yapıları ve gerekse yargılama usûlleri bakımından diğer suçlardan hiçbir farkı yoktur. Bu suçlardan dolayı yargılamanın yapılması da ceza mahkemelerinin görevidir⁴⁴.

Cezaî yaptırım gerektiren vergi suçları içinde esas itibarıyla kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlâli ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları yer almaktadır. 4369 sayılı kanun ile daha önceden cezaî yaptırıma tâbi olan kaçakçılığa teşebbüs ile bilgi vermekten çekinme suçu kaldırılmıştır. Daha önce VUK’un 361. maddesinde bulunan bilgi vermekten çekinme suçu artık, ceza mahkemesinde yargılanacak bir suç değildir⁴⁵. Bilgi vermeme günümüzde yal-

⁴⁰ Bkz.: **ERMAN**, s. 2 vd.

⁴¹ Bkz.: **MUTLUER**, s. 41.

⁴² **GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, “İdarî Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, AÜSBFD, C. XVIII, Eylül-Aralık 1963, no. 3-4, s. 215.

⁴³ **HIZLI** Yılmaz, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara 1984, s.32.

⁴⁴ “VUK.’un kaçakçılıkta hapis ... cezalarının verilmesine ilişkin 359. maddesine göre açılan davaların vergi mahkemesinde değil, ceza mahkemesinde görülmesi gerekir.”, Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 8.12.1989 gün ve E.1989/36, K. 1989/36; 7.1.1990 tarih ve 20395 sayılı RG.; **GÜNDEL** Ahmet, Ceza Mahkemelerince Yargılanacak Vergi Suçları ve Cezaları, Ankara 1990, s. 2 vd.; **ÇETİNKAYA** Mehmet, “Ceza Mahkemelerinde Yargılanabilecek Vergi Suçları ve Cezaları”, TBB, 1991, S. 2, s. 187 vd.

⁴⁵ “Vergi dairesine bilgi vermekten çekinmek eyleminin cezai yaptırımını teşkil eden VUK’un. 361. maddesi yürürlükten kaldırıldığı için bu maddeye dayanılarak hüküm kurulması isabetsizdir.”, Y.11.CD. 4.11.1999 gün ve E.6342, K.7353, İKİD, yıl 40, S. 476, Ağustos 2000, s. 15057.

nızca özel usûlsüzlük suçu oluşturmaktadır. Doktrinde bu durum, bilgi vermekten çekinme suçunun yaptırım gücünü kaybetmiş olmasından dolayı, haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁶.

1. KAÇAKÇILIK

Eskiden VUK.'un 357. maddesinde hileli vergi suçu ve 359. maddesinde de bu suça verilecek ceza düzenlenmekteydi⁴⁷. Hileli vergi suçu, 31.12.1980 tarihinde 2365 sayılı kanun ile kaldırılmış ve 344. maddede kaçakçılık suçu olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu madde 4008 ve 4108 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramış⁴⁸ ve 4369 sayılı kanun ile kaçakçılık suçu, 359. maddede yeni baştan düzenlenmiştir⁴⁹.

Kaçakçılık suçu, seçimlik hareketli suçlardandır⁵⁰. Bazı suçların kanunî tanımlarında, suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Bu tür suçlara “seçimlik hareketli suçlar” denir. Bu seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesi suçun tamamlanması için yeterlidir⁵¹. Seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleşmesi hâlinde dahi suç bir defa işlenmiş kabul edilmektedir. Dolayısıyla, seçimlik hareketli suçlarda bir hareketin veya birden çok hareketin yapılması arasında fark yoktur⁵².

Kaçakçılık suçu, suça sebebiyet veren fiillerin nitelikleri ve ağırlık dereceleri dikkate alınarak iki gruba ayrılmışlardır⁵³. Birinci grupta VUK.'un 359-a maddesinde düzenlenen hesap ve muhasebe hilesi yapmak, olmayan kişiler adına hesap açmak, defter ve kayıtların tahrifi, gizlenmesi ve muhteviyatı itibarıyla

46 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **BAŞARAN**, s.184 vd.

47 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **KAYIŞOĞLU** Bahattin, “Hileli Vergi Suçu”, Adalet Dergisi, yıl 53, Haziran-Temmuz 1962, S. 7-8, s. 848 vd.

48 **DİNÇELİ** Nuriye, “Kaçakçılık veya Kaçakçılığa Teşebbüs Suçlarını İşleyenler ile Bu Suçlara İştirak, Teşvik ve Yardım Fiili ile Katılanlara Verilecek Cezalar”, VSD, yıl 15, S. 94, Temmuz 1996, s. 52 vd.

49 “Vergi Usul Kanununun 359. maddesi, 4369 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmayıp değiştirilmiştir.”, Y.11.CD. 8.11.1999 gün ve E.6344, K.7321, İKİD (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi), yıl 40, S. 476, Ağustos 2000, s. 15056.

50 **ERMAN**, s. 51.

51 **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, s. 75.

52 **EREM**, C. I, s. 275.

53 **AKDOĞAN** Abdurrahman, Türk Vergi Sistemi ve Uygulaması, Ankara 1998, s. 40; “Vergi inceleme raporuna göre aleyhine vergi kaçakçılığına teşebbüs suçundan dava açılan sanığın eyleminin, ne şekilde VUK.'un 359. maddesinde öngörülen vergi kaçakçılığı suçunu oluşturduğu açıklanmadan mahkumiyet hükmü kurulması isabetsizdir.”, Y.11.CD. 27.10.1999 gün ve E.6002, K.7184, İKİD, yıl 40, S. 475, Temmuz 2000, s. 14996.

yanıltıcı belge düzenlenmesi gibi fiiller yer almaktadır. İkinci grupta ise, VUK.'un 359-b maddesinde düzenlenen defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi, sahte belge düzenlenmesi, yetkisiz veya sahte belge basımı gibi daha ağır nitelikteki fiiller yer almaktadır. İkinci grupta yer alan fiiller hakkında daha ağır yaptırımlar söz konusudur. Bu fiiller, konunun daha iyi anlaşılması bakımından dört ayrı başlık altında incelenebilir.

a. Hesap ve Muhasebe Hilesi Yapmak, Olmayan Kişiler Adına Hesap Açmak, Çift Defter Kullanmak

Kanun, hesap ve muhasebe hileleri yapmayı kaçakçılık suçunun maddî unsuru olarak belirtmiştir. Kanun koyucu, hesap ve muhasebe hilelerinin neler olduğunu belirtmemiştir. Bu tür hileler o kadar çok ve çeşitlidir ki bunların kanunda sayılması zaten imkânsızdır. Kanunun bu şekilde düzenlemesi, ekonomik yaklaşım ilkesini esas alan yoruma da uygundur⁵⁴.

Her zaman görülebilen hesap hataları ile hesap hilelerini birbirinden ayırt etmek çok zordur. Burada önemli olan nokta, failin mazur görülemeyecek tarzda bir hesap hatası yapmış olmasıdır. Muhasebe hileleri ise kanunî defterlere kaydı gereken hususların, vergi matrahını azaltmak amacıyla muhasebe kurallarına aykırı biçimde işlenmesi olarak tanımlanabilir⁵⁵. Burada önemli olan nokta, defterlerde tutulan kayıtların muhasebe kurallarına aykırı olması sonucunda matrahın azalmasıdır. Ortada bir matrah azalması bulunmakla beraber, bu azalmaya yol açan kayıtlar geçerli bir şekilde açıklanabiliyorsa, alışılmadık bir defter tutma sistemi kullanılmış olsa bile muhasebe hilesinden bahsetmek doğru olmayacaktır.

Olmayan kişiler adına hesap açmak fiili, mükellefle ticarî bir ilişkiye girmemiş olan bir kişiyi, işletmeye borçlu veya işletmeden alacaklı göstermek şeklinde ortaya çıkar⁵⁶. Aslında bu fiil, hesap ve muhasebe hilelerinin bir bölümünü oluşturmaktadır.

Çift defter kullanmak fiilinin suç teşkil edebilmesi için öncelikle ortada vergi kanunlarına göre tutulması mecburî defterlerin bulunması, diğer bir ifadeyle failin defter tutmakla yükümlü olması gerekmektedir. Ayrıca, bu deftere geçirilmesi gereken bir kaydın kısmen veya tamamen başka defterlere, belgelere veya diğer kayıt ortamlarına yazılması gerekmektedir⁵⁷. Ancak fail, mecburî deftere geçirmediği kaydı başka bir yere de yazmamış ise kaçakçılık suçunun bu şekli oluşmayacaktır. Bu şartlara ek olarak, bu yazma sonucunda vergi matrahının

⁵⁴ İNAL A. Metin – SOFUOĞLU Ahmet, “4108 Sayılı Kanunla Değişik Ceza Yargılamasına Tabi Vergi Kaçakçılık Suç ve Cezası Üzerine Düşünceler”, Manisa Barosu Dergisi, yıl 15, S. 56, Ocak 1996, s. 9.

⁵⁵ HIZLI, s. 127.

⁵⁶ ERMAN, s. 58.

⁵⁷ KOCAHANOĞLU; s. 160; ERMAN, s. 52.

azalması gerekmektedir⁵⁸. Dolayısıyla bazı kayıtlar mecburî deftere geçirilmiyip özel deftere yazılsa bile, bir matrah azalması meydana gelmediği takdirde suç oluşmayacaktır.

b. Defter ve Kayıtların Tahrifi veya Gizlenmesi, Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi veya Kullanılması

Tahrif, gerçek bir belgede yer alan yazı veya rakamlardan bazılarını kazıntı, silinti gibi yollarla değiştirmektir. VUK.'a göre tutulan ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri ispat etmek amacıyla düzenlenen her türlü vesika, VUK. nezdinde belgedir⁵⁹. Bu fiilin sahte belge düzenlemekten farkı, belgenin esasının gerçek bir işleme dayanmasıdır. Kaydın başından beri gerçeğe aykırı olduğu durumlarda ise, hesap hilesi söz konusu olacaktır⁶⁰.

Tahrif eden kimsenin cezalandırılması için tahrif edilen vesikanın onun veya başkası tarafından kullanılması şart değildir ve VUK.'un bu düzenlemesi TCK.'nın resmî evrakta sahtekârlık suçları bakımından kabul ettiği sisteme benzerdir⁶¹. Bir başka deyişle, vesikaları tahrif eden kimse, bunu bizzat kullanacak olursa, kullanmadan dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır.

Kanunda gizlemenin tarifi yapılmıştır. Buna göre, varlığı sabit olduğu hâlde, defter veya belgelerin ibraz edilmemesi gizleme olarak kabul edilmektedir. İbraz etmemenin yani gizlemenin gerçekleşmesi için bu defter ve belgelerin ibraz zorunluluğunun bulunması gerekmektedir. İbraz zorunluluğunun bulunması için de, defter ve belgelerin tutulması ve muhafazasının vergi kanunlarına göre zorunlu olması, muhafaza sürelerinin geçmemiş olması, ibrazı talep eden kimsenin vergi incelemesine yetkili bir kişi olması gerekmektedir⁶². Bu şartlar bulunmadıkça defteri muhafaza mecburiyeti ve buna bağlı olarak ibraz zorunluluğu da ortadan kalkacağı için defter ve belgelerin gizlenmesi, kaçakçılık suçunu

58 “Hesap ve işlemlerin kanunen tutulması gereken defterler yerine matrahı azaltacak biçimde başka defter ve kağıtlara kaydetmek suretiyle vergi ziyana sebep olmak , VUK.'a muhalefet suçunu oluşturur.”, Y.11.CD. 28.4.1999 gün ve E.2377, K.3931, İKİD, yıl 40, S. 477, Eylül 2000, s. 15121.

59 **HIZLI**, s. 123; **BAŞ**, s. 38.

60 **MUTLUER**, s. 164; **ERMAN**, s. 57.

61 Bkz.: **ERMAN** Sahir, Sahtekârlık Suçları, Ticarî Ceza Hukuk-III, İstanbul 1981, s. 406-407.

62 Bkz.: VUK. m. 135; “Defter ve belgelerin tutulduğu yılı takip eden 5 yıl içinde, usulüne uygun tebligata rağmen yetkililere ibraz edilmemesi VUK.'a muhalefet suçunu oluşturur.”, Y.11.CD. 14.4.1999 gün ve E.1960, K.3533, İKİD, yıl 40, S. 477, Eylül 2000, s. 15122.

oluşturmayacaktır⁶³. Burada önemli olan defter ve belgelerin istendiği anda inceleme elemanına sunulmasıdır. Bununla beraber defter ve belgeleri hemen sunmaya ilişkin engeller çıkabilir. Bu durumda süre isteyen mükellefe uygun bir süre verilir⁶⁴. (VUK. m. 139).

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin tarifi kanunda yapılmıştır. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi veya kullanılması suçunda, gerçek bir belgenin değiştirilmesi, bozulması (tağyir edilmesi) söz konusudur⁶⁵. Dolayısıyla bu fiil, “tahrif etmekten” ayrı bir fiildir.

“Düzenlemek”, böyle bir belgeyi ilk olarak meydana getirmektir. Ayrıca vergi muamelelerinde kullanılacak belgeler özel evrak niteliğindedir. TCK.’ya göre, özel evrakta sahtekârlık suçunun oluşması için sahte evrakın düzenlenmesi yanında bu evrakın bizzat sahtekâr veya bilerek başkası tarafından kullanılması gerekmektedir⁶⁶. Fakat VUK, TCK.’nın sisteminden, bu tür belgelerin sadece düzenlenmesini kaçakçılık suçunun oluşumu bakımından yeterli kabul etmek suretiyle ayrılmıştır.

Belgeyi düzenleyenlerin ve alanların belli bir irade ile bu işi yaptıkları gerçektir. Dolayısıyla muhteviyatı itibariyle gerçeği yansıtmayan bir belge yüzünden, bu belgeyi düzenleyen ve kullananların birlikte cezalandırılmaları gerekir⁶⁷. 4369 sayılı kanundan önce muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin “bilerek” kullanılması şartı aranıyordu. 4369 sayılı kanun ile bilerek kullanma şartı kaldırılmıştır.

63 “Sanıkların terk ettikleri işyerine ait defter ve belgelerin incelenmek için değil, iptal için istenilmiş olması karşısında, suçun unsurları oluşmaz.”, Y.9.CD. 16.12.1998 gün ve E.1997/3825, K.1998/468, YKD, C. 24, S. 4, Nisan 1998, s. 624-625.

64 “İşini terkettiğini ve defterlerinin kaybolması nedeniyle ibraz etmediğini savunan sanığa, 213 sayılı yasanın 139. maddesine uygun tebligat aranmaz.”, Y.9.CD. 30.5.1996 gün ve E.1995/4318, K.1996/2231, YKD, C. 22, S.9, Eylül 1996, s. 1513; “Vergi incelemesinin dairede yapılmasına imkan veren istisnalardan birinin varlığı önceden belirlenmeden faaliyetini sürdürdüğü anlaşılan sanığa kanuni defter ve belgelerin yetkililere ibrazı için yapılan tebligatın hukuki geçerliliği yoktur.”, Y.11.CD. 28.4.1999 gün ve E.1999/2452, K.3933, İKİD, yıl 40, S. 471, Mart 2000, s. 14735; “Defter ve belgelerin kaybedildiğinin ileri sürülmesi karşısında VUK.’un 139. maddesine uygun tebligat aranmaz ve sanığın vergi mahkemesinde açtığı davaların sonucunun beklenmesi gerekir.”, Y.11.CD. 31.5.1999 gün ve E.3948, K.4952, İKİD, yıl 40, S. 478, Ekim 2000, s. 15187.

65 “Sanığın, ayrı vergilendirme dönemlerinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanmasına ilişkin eylemleri ayrı ayrı suç oluşturur.”, Y.9.CD. 14.11.1996 gün ve E.1996/2131, K.1996/6546, YKD, C. 23, S. 5, Mayıs 1997, s. 823; Ayrıca bkz.: Y.9.CD. 16.12.1996 gün ve E.1996/3796, K.1996/7838, YKD, C. 23, S. 2, Şubat 1997, s. 312.

66 **ERMAN**, Sahtekârlık, s. 477.

67 **SEVİĞ** Veysi, “Yanıltıcı ve Sahte Belge İle İlgili Cezalandırma”, Dünya Gazetesi, 1 Haziran 2000.

c. Defter, Kayıt ve Belgelerin Yok Edilmesi, Defter Sayfalarının Yok Edilmesi, Sahte Belge veya Suret Düzenlenmesi veya Kullanılması

“Yok etmek”; defter, kayıt ve belgelerin maddî varlığına son vermek demektir. Bunların maddî varlığına son verilmeyip kayıtların tamamen okunmaz hâle getirilmesi, defter ve belgelerin tahrifi fiiline girer⁶⁸. Tabî ki yanma, çalınma ve kaybolma⁶⁹ gibi failin iradesi dışındaki yok olmalar yani mücbir sebep hâlleri bu fiil kapsamına dahil değildir. Eğer mükellef hiç defter tutmamışsa ve defterlerini tasdik ettirmediği de sabitse, burada yok etme fiili söz konusu olmayacaktır. Bu durumda ancak defter tutmama fiilinden söz edilebilecektir.

Defter sayfalarının yok edilmesi fiili, tutulması zorunlu defterlerin kanuna uygun şekilde tasdik ettirilip düzenlendikten ve gerçek kayıtlar defterlere doğru olarak geçirildikten sonra, yapraklarının koparılıp yok edilerek yerlerine yanlış bilgiler içeren başka yapraklar konulması veya hiç yaprak konulmaması şeklinde meydana gelir⁷⁰. Bu fiilin cezalandırılması için, defterin varlığına zarar gelmeden sadece yapraklarının yırtılıp defterden ayrılması ve yok edilmesi gerekir. Eğer bütün yapraklar koparılıp yok edilmişse artık defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi fiili söz konusu olacaktır.

Fail koparılan sayfayı yok etmeyip, inceleme sırasında inceleme elemanına ibraz ederse cezalandırılmayacaktır. Fakat bu düzenleme, vergi kaçırmak bakımından kötü niyetli mükelleflere imkân vermektedir. Dolayısıyla sadece sayfaların koparılmasını suç saymak ve ayrıca bunların yok edilmesini aramamak daha doğru olacaktır⁷¹.

4369 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, sahte belgenin tanımı da yapılmıştır: “Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir.” “Düzenlemek”, böyle bir belgeyi ilk olarak meydana getirmek demektir. “Suret”, asılda yazılı olan bütün hususları olduğu gibi içeren bir belgedir. Suretin sahteliğinden bahsedebilmek için bir aslın bulunması ve asılda herhangi bir tahrifin yapılmamış olması gerekir⁷². Sahte fatura da sahte belgenin bir türüdür. Sahte fatura gerçeği yansıtmayan, hiç olmamış bir ticarî ilişkiyi faturanın bazı şeklî unsurlarını bünyesinde bulundurarak varmış

⁶⁸ **ERMAN**, s. 60.

⁶⁹ “1990 yılına ait defter ve belgeler istendiği halde kamu davası 1993 yılı defter ve belgelerinin ibraz edilmemesi sebebiyle açıldığına ayrıca sanığın bir cilt serbest meslek makbuzunu kaybettiğini vergi dairesi müdürlüğüne bildirdiği anlaşıldığına göre, beraati yerine mahkumiyet kararı verilmesi isabetsizdir.”, Y.11.CD. 29.4.1999 gün ve E.2549, K.4054, İKİD, yıl 40, S. 471, Mart 2000, s. 14734.

⁷⁰ **KOCAHANOĞLU**, s. 182.

⁷¹ Bkz.: **ERMAN**, s. 59; **KOCAHANOĞLU**, s. 183.

⁷² **ERMAN**, s. 56.

gibi gösteren belgedir. Sahte fatura esas itibariyle kullanılmak yani vergi kaybına yol açmak amacıyla düzenlenir⁷³.

VUK.'un 359. maddesinde, “sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar” ibaresi vardır⁷⁴. Bir kimse kendisinin sahte olarak yaptığı belgeyi kullanacak olursa kullanma fiilini değil yine düzenleme fiilini işlemiş olur. Ayrıca eskiden maddede sahte belgenin “bilerek” kullanılması ibaresi vardı. 4369 sayılı kanunla “bilerek” kelimesi maddeden çıkarılmıştır.

d. Yetkisiz Belge Basımı, Sahte Belge Basımı veya Kullanılması

Belge düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesi amacıyla, belge basımını gerçekleştirecek matbaa ve basım evlerinin bu konuda Maliye Bakanlığı'ndan yetki belgesi almaları gerekmektedir. Kayıt ve belge düzeninin sağlığı açısından yetkisiz belge basımı yapılması, ağır şekilde cezalandırılması gereken suçlar arasına alınmıştır⁷⁵.

Belgeleri Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmadığı hâlde basan kişiler bu maddenin kapsamına girdikleri gibi, Maliye Bakanlığı ile anlaşmaları olduğu hâlde sahte olarak basanlar da bu kapsamdadırlar. Bunlara ilaveten, bu belgeleri kullananlar da bu fiili işlemiş sayılabilecektir.

Eskiden kaçakçılık suçu, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyana sebebiyet verilmesi olarak düzenlenmekteydi. Yeni düzenlemeyle, kasten yapılıp yapılmadığına ve vergi ziyana sebebiyet verilip verilmediğine bakılmaksızın durum adli yargıya intikal ettirilecektir⁷⁶. Kaçakçılık suçunda vergi ziyana sebebiyet verilmesi unsurunun kaldırılması doktrinde eleştirilmiştir. Vergi suçlarına karşı düzenlenen yaptırımlarla ağırlıklı olarak kamu yararının bir başka ifadeyle hazinenin korunmasının amaçlandığı kabul edilir. Fakat vergi ziyana sebebiyet verilmesi unsurunun kaldırılmasıyla hazine yararının korunmasının önceliğini kaybettiği ve vergi cezaları ile sistemin korunmasının hedeflendiği görülmektedir⁷⁷.

4369 sayılı kanundan önceki bazı Yargıtay kararları şu şekilde belirtilebilir: “Sanığın istenilen defter ve belgeleri ibraz etmemesi eyleminde, vergi kaybı-

⁷³ GÜNDAY Malik, “Sahte Fatura Kullanımı Önlenmeli mi? Sahte Fatura Neden Kullanılıyor Sorusuna Doğru Cevap Vermeden Sahte Fatura Kullanımı Önenebilir mi?”, VSD, yıl 23, S. 141, Haziran 2000, s. 60.

⁷⁴ “(Sanığın), paravan olarak kurdukları şirketlerden sahte faturalar temin edip kullandığı (anlaşıldığından) hakkında mahkumiyet hükmü kurulmalıdır.”, Y.9.CD. 15.1.1997 gün ve E.1996/4387, RK.1997/115, YKD, C. 23, S. 5, Mayıs 1997, s. 826.

⁷⁵ AKDOĞAN, s. 43.

⁷⁶ BAŞ, s. 36-37; YÜCEL, Vergi Cezaları, s. 82.

⁷⁷ SABAN Nihal, “4369’un Suç ve Ceza Sistemine Nasıl Bakmalıyız?-II”, VSD, yıl 23, S. 144, Eylül 2000, s. 95.

nın varlığı araştırılmalıdır”⁷⁸. “(Sanığın, sahte faturalarda) ödenmiş görünen katma değer vergisi kaybına sebebiyet verdiği anlaşılacakla, hakkında mahkumiyet hükmü kurulmalıdır”⁷⁹. 4369 sayılı kanundan sonraki mevcut uygulamayı, Yargıtay’ın şu kararı çok net bir şekilde yansıtmaktadır: “Usulüne uygun yapılan tebligata rağmen, yasal defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen sanığın bu fiilinin vergi kaybına neden olup olmadığına bakılmaksızın, sübuta eren bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekir”⁸⁰.

Bütün suçlar gibi kaçakçılık suçu da ancak kasten işlendiği takdirde cezalandırılabilir⁸¹. 4369 sayılı kanun ile kaçakçılık suçunun tarifindeki “kasten” ibaresi kaldırılmıştır. Ceza mahkemelerince hükmedilecek cezalar açısından TCK.’nın 45. maddesindeki kast kaidesinin aranacağı tartışmasızdır. Yani cürmün oluşması kastın varlığına bağlıdır. O halde VUK.’un 359. maddesinde oluşturulan suçlarda bu hareketlerin bilerek ve istenerek yapılabileceği yani kastın varlığı kabul edilmektedir⁸². Kastın olmaması da suçun oluşmasını engelleyecektir.

Kaçakçılık suçunda, bu suçu işleyen kimse mükellef de olsa bunun dışındadır herhangi bir üçüncü kişi de olsa fail olabilecek veya cezaya muhatap tutulabilecektir. Bunun sebebi de cezaî yaptırım gerektiren suçların kamu düzenini etkileyici nitelikte olmaları ve dolayısıyla bu suçların kim tarafından işlenirse işlensin önlenmesi gerektiği düşüncesidir⁸³.

Cezaî yaptırımlar sadece gerçek kişilere uygulanırken, idarî yaptırımlar tüzel kişilere de uygulanabilmektedirler⁸⁴. Mükellefin bir tüzel kişi olması hâlinde, idarî yaptırım niteliğindeki vergi cezaları tüzel kişi adına kesilir fakat ceza mahkemesine sevk edilen kişi, suçun ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilcidir⁸⁵. 4369 sayılı kanunla, VUK.’un tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili 333. maddesinin son fıkrası hükmü değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle

⁷⁸ Y.9.CD. 23.10.1997 gün ve E.1997/2722, K.1997/5334, YKD, C. 24, S. 7, Temmuz 1998, s. 1097-1098; “... sanığın defter ve belgeleri ibraz etmemesiyle vergi kaybına (ziyana) sebebiyete (verip) vermediği araştırılmalı ...”, Y.9.CD. 29.2.1996 gün ve E.1995/2394, K.1996/1017, YKD, S. 6, Haziran 1996, s. 1003.

⁷⁹ Y.9.CD. 15.1.1997 gün ve E.1996/4387, K.1997/115, YKD, C. 23, S. 5, Mayıs 1997, s. 826.

⁸⁰ Y.11.CD. 1.12.1999 gün ve E.1999/6980, K.1999/8295, YKD, C. 26, S. 2, Şubat 2000, s. 313-314.

⁸¹ **ERMAN**, s. 74.

⁸² **SABAN**, II, s. 100.

⁸³ **KOCAHANOĞLU**, s. 191.

⁸⁴ **GÖLCÜKLÜ**, Kanun Yolları, s. 215.

⁸⁵ **ERMAN**, s. 51.

VUK.'un 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi hâlinde bu fiiller için 359 ve 360. maddelerde ön görülen cezaların, “tüzel kişilerin kanunî temsilcileri” yerine “bu fiilleri işleyenler” hakkında hükmolunacağı belirtilmiştir⁸⁶. Bu düzenlemeye göre, suçta ve cezada şahsîlik ilkesi gereğince suçu kim işlemişse cezayı o çekecektir. Ancak günümüzde tüzel kişilerde bu tür suçları işleyen her zaman gerçek suçlu olmadığına da dikkate alınması gerekir.

Kaçakçılık suçunun yaptırımını yine VUK.'un 359. maddesinde düzenlenmiştir. Burada, suçların ağırlığına göre, iki çeşit yaptırım söz konusudur. VUK.'un 359-a maddesinin birinci bendinde yer alan hesap ve muhasebe hilesi yapmak, olmayan kişiler adına hesap açmak, çift defter kullanmak fiilleriyle ikinci bendinde yer alan defter ve kayıtların tahrifi veya gizlenmesi, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi veya kullanılması fiillerini işleyenler hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur. Fakat bu hapis cezasının para cezasına çevrilmesine de imkân tanınmıştır. Aynı tarihte aynı suçu işleyenler hakkında hüküm tarihinin farklı olması hâlinde farklı ceza uygulanmasının haklı bir sebebe dayanmadığı gerekçesiyle VUK.'un 359-a maddesindeki “hüküm tarihinde” sözcüklerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi de “hüküm tarihinde” sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliğiyle karar vermiştir⁸⁷.

On sekiz aydan üç yıla kadar ağır hapis cezası, VUK.'un 359-b maddesindeki defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi, defter sayfalarının yok edilmesi, sahte belge veya suret düzenlenmesi veya kullanılması fiilleri ile yetkisiz belge basımı, sahte belge basımı veya kullanılması fiillerinin yaptırımındır.

2. VERGİ MAHREMİYETİNİN İHLÂLİ

Vergi memurlarının ve vergi işi ile uğraşan diğer kimselerin görevleri dolayısıyla elde ettikleri gizli bilgileri ifşa edememeleri ve kendilerinin ve üçüncü kişilerin yararına kullanamamaları vergi mahremiyeti olarak adlandırılır. Devlet vergi mahremiyeti ile mükellefin öğrenilen sırlarının üçüncü kişilere açıklanamayacağını garanti etmektedir⁸⁸.

Vergi mahremiyetinin ihlâli suçu, VUK.'un 362. maddesinde düzenlenmiştir. Vergi mahremiyeti ise esas itibariyle VUK.'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. VUK.'taki bu hükümler vergilerin tarh ve tahakkuk aşamalarında geçerli

86 **KARABAYIR** Adem, “4369 Sayılı Kanun Temsilcilerde Hapis Cezasını Kaldırıyor mu?”, Vergi Dünyası, yıl XVIII, S. 205, Eylül 1998, s. 111.

87 Anayasa Mahkemesi, 7.6.1999 gün ve E.1999/10, K.1999/22; 12 Ekim 2000 tarih ve 24198 sayılı RG.

88 **TAŞ** Suat – **KARAKIŞ** Şerafettin, “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu”, Vergi Dünyası, yıl XIX, S. 227, Temmuz 2000, s.91.

olan vergi mahremiyetine ilişkin kurallarla ilgilidir⁸⁹. Vergilerin tahsil ve icra aşamaları bakımından da AATUHK.'un 107. maddesinde vergi mahremiyetine ilişkin bir hüküm vardır.

Suçun maddî unsuru, vergi mahremiyetini ihlâl etmektir. VUK.'un 5. maddesine göre ihlâl; ya vergi sırrının ifşa olunması ya da failin veya üçüncü kişilerin yararına olarak kullanılması şeklinde ortaya çıkabilecektir. Kısaca maddî unsur iki şekilde yani sırrı ifşa etmek veya kullanmak şeklinde meydana gelebilir⁹⁰.

Vergi sırrı, bir meslek sırrı olarak incelenmelidir. Bir meslek sırrının bulunması için de öğrenilen sırla, yapılan veya yapılmış olan meslek arasında bir ilginin bulunması gerekir⁹¹. Sırrı ifşa etmek veya açıklamak, yetkili olmayan kişinin sırrın konusu hakkında tamamen veya kısmen bilgi sahibi olmasını sağlamaya elverişli herhangi bir hareketin yapılmasını ifade eder⁹². Burada önemli olan husus, kendisine açıklama yapılan kişinin bu sırrı öğrenmek konusunda bir hak ve yetkiye sahip olmamasıdır.

VUK.'un 5. maddesinde sırrın, failin kendisinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanılması yasaklanmıştır. AATUHK.'un 107. maddesinde ise sırrın failin kendisi veya başkaları için menfaat temini amacıyla kullanılmasını ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır. “Kullanmak”, sırrı açıklamaksızın ondan bir yarar sağlamaktır. Çünkü sır açıklanmak suretiyle kullanılırsa, esas itibariyle “sırrı ifşa etmek” fiili işlenmiş olacaktır. Bir sır ise açıklanmadan, ancak ifşa edileceği tehdidi ile kullanılmış olabilir. Ayrıca vergi mahremiyetini ihlâl suçuna bazı istisnalar getirilmiştir⁹³.

Bu suç, kasten işlenebilen bir suç olduğu için failin açıkladığı hususun bir vergi sırrı olduğunu bilmesi ve bunu açıklamayı istemesi gerekir. Ayrıca sır sahibine zarar vermek gibi özel bir kast aranmaz. Failin öğrendiği sırları iyi korumaması sebebiyle öğrenilmesine yol açması hâlinde, taksiri varsa bile cezalandırılması mümkün değildir. Böyle bir durumda Maliye Bakanlığı aleyhine maddî ve manevî tazminat davası açılabilir⁹⁴.

89 ÇAĞAN Nami, “Vergi Hukuku Açısından Yasak Faaliyetler”, Prof. Dr. Bülent N. ESEN’ e Armağan, Ankara 1977, s. 98.

90 ÇETİNKAYA, s. 200-201.

91 ERMAN, s. 99; GÜNDEL, s. 58.

92 ERMAN, s. 101.

93 Bkz.: GENÇER Çağlan Ahmet, “Vergi Usul Kanunu’nun Vergi Mahremiyeti Gecikme Faizi, İş Bırakma, İbraz Mecburiyeti ve Yetki Maddelerinde Yapılan Değişiklikler”, VSD, yıl 17, S. 120, Eylül 1998, s. 120 vd.

94 ERMAN, s. 104.

VUK.'un 5. maddesinde fail olabilecek kimseler dört bent hâlinde sayılmışlardır. Bunlar vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerdir. Ayrıca tüm bunlara, kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumları da eklemek gerekecektir. 4369 sayılı kanunla, kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumların da bu maddede yazılı yasaklara uymak zorunda olduğu hükmü getirilmiştir.

VUK.'un 362. maddesine göre vergi mahremiyetini ihlâl edenlere verilecek ceza, TCK.'nın 198. maddesinde yazılı cezanın iki katı yani, 14 günden 6 aya kadar hapis cezasıdır. Fakat bu ceza iki aydan az olamaz. Dolayısıyla verilecek ceza iki ay ile altı ay arasında hapis cezası olacaktır. Para cezası da iki kat olarak uygulanacaktır. Ayrıca suçları tekerrür edenler ise bir daha devlet hizmetinde kullanılmazlar.

3. MÜKELLEFLERİN ÖZEL İŞLERİNİ YAPMAK

VUK.'un 363. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümle, vergi işlemlerinde görev alan kimselerin tarafsızlıktan ayrılmamalarını sağlamak amaçlanmıştır. Ancak VUK.'un 6. maddesinin birinci fıkrasının üç bendinde yer alan hareketlerden birinin yapılması bir suç teşkil etmediği hâlde, ikinci fıkraya aykırılık bir suç teşkil etmektedir. VUK.'un 6. maddesinin ilk fıkrasında yer alan yasaklanmış işlerin yapılması hâlinde, bu kimselerin yaptıkları işlemler hükümsüz olur ve haklarında disiplin cezaları uygulanabilirse de fiil suç teşkil etmez. Sadece 6. maddenin son fıkrasına aykırılık hâlinde, mükelleflerin özel işlerini yapma suçu gerçekleşmiş olur ve VUK.'un 363. maddesinde yazılı cezaların uygulanması söz konusu hâle gelir⁹⁵.

Suçun maddî unsuru, bir mükellefin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaktır⁹⁶. Burada da önemli olan, vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili muameleler yapmaktır. Yani, vergi muameleleri ile ilgili olmayan özel işlerin yapılması hâlinde bu suç oluşmayacaktır. Failin yaptığı iş karşılığında ücret alması da şart değildir (VUK. m. 363).

Bu suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Kısaca fail, yaptığı işin bir mükellefe ait olduğunu, bunun vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili olduğunu bilecek ve isteyecektir⁹⁷.

Suçun faili, VUK.'un 6. maddesinin son fıkrasında sayılan vergi muameleleri ve vergi incelemeleri ile vergi ve bölge idare mahkemelerinde ve Danış-

⁹⁵ ERMAN, s. 108.

⁹⁶ ÇETİNKAYA, s. 202; GÜNDEL, s. 60.

⁹⁷ ERMAN, s. 109.

tay'da görevli olan kimseleridir. VUK.'un 363. maddesinin başında “memur” tabirinin kullanılması ve cezanın da TCK.'nın 240. maddesine atfı yapılarak belirlenmesi, failin memur statüsünde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kimlerin memur olduğu, TCK.'nın 279. maddesinde belirtilmiştir. Fakat VUK.'un 363. maddesi açısından “memur”, 657 sayılı kanuna tâbi olan kimsedir⁹⁸.

VUK.'un 363. maddesine göre fail hakkında hükmedilecek ceza TCK.'nın 240. maddesinde yazılı olan cezanın aynısıdır. Yani bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Hafifletici sebeplerin varlığı hâlinde ise, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası söz konusu olacaktır. Ayrıca para cezası da aynı şekilde uygulanacaktır. Kanun koyucu, mükellefin özel işlerini yapma suçunu, vergi mahremiyetini ihlâlden daha ağır bir yaptırıma bağlamıştır.

III. YARGILAMA USÛLÜ

İdarî bir organ tarafından uygulanan bir yaptırım, idarî bir işlemin bütün niteliklerine sahip bulunduğundan, bu yaptırıma karşı yargı yoluna gidilmesi mümkündür. İdarî işlemlere karşı, bu işlemin iptali için idarî yargı organlarına başvurulacaktır. İdarî yargı organları, vergi hukuku bakımından esas olarak vergi mahkemeleridir. İdarî yargı organlarının önünde açık tutulan bu kanun yolu, idare tarafından uygulanan yaptırımlarda ana kuralı teşkil eder⁹⁹.

Cezaî yaptırım gerektiren vergi suçları için ise, ceza mahkemelerinde yargılama yapılır. Bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim tarafından işlenmiş olduğu ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla, kural olarak CMUK.'a göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete “ceza yargılaması (muhakemesi)”; bununla ilgili hukuk dalına da ceza yargılaması hukuku denir¹⁰⁰. Ceza yargılamasının amacı medenî yargılamanın aksine, maddî gerçeğe ulaşmaktır. Ceza yargılaması sadece şekli gerçeği aramaz, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir¹⁰¹. Bunun başlıca sebebi, ceza yargılamasının kişinin özgürlüğü ve toplum düzeni ile çok ya-

⁹⁸ **ERMAN**, s. 108.

⁹⁹ **GÖLCÜKLÜ**, Kanun Yolları, s. 194.

¹⁰⁰ **ÖZTÜRK** Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, no. 1; **YURTCAN** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, s. 2.

¹⁰¹ **EREM** Faruk, “Hukuk Usulünden Ceza Usulüne Kıyaslama”, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 105.

kından ilgili olmasıdır¹⁰². Hatta, sanığın suçluluğu konusunda tam bir karara ulaşılmadığında, onun beraatine karar vermek gerekir.

Ceza yargılamasının bir başka amacı da toplumda hukukî barışı ve düzeni kurmaktır. Bir başka açıdan ceza yargılamasının amacı, “insan hakları ihlallerine yol açmadan¹⁰³ maddî gerçeğin araştırılıp bulunması, adaletin gerçekleştirilmesi ve hukukî barışın sağlanması” olarak tanımlanabilir¹⁰⁴.

Yargılama usûlü yargılama şartları, yargılama sujeleri, ön ve son soruşturmalar başlığı altında incelenebilir. Kanun yollarının ise normal ceza muhakemesinde olduğundan farkı bulunmadığı için, ayrıca ele alınmasına gerek yoktur.

A. YARGILAMA ŞARTLARI

Ceza yargılaması makamları olan iddia, savunma ve yargılama makamlarının harekete geçmesi ve yargılama faaliyetinin başlayıp devam etmesi, bazı durumlarda belli şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Gerçekleşmesi gereken bu şartlara, “yargılama (muhakeme) şartları” denilmektedir. Ceza yargılamasında ise bu şartlara, ceza yargılaması şartları adı verilmektedir¹⁰⁵. Bu şartlara doktrinde, dava şartı¹⁰⁶, yargılama şartı¹⁰⁷, koşuşturma şartı¹⁰⁸ gibi çok çeşitli isimler verilmektedir. Fakat bu isimler altında belirtilmek istenen kavramda bir fark bulunmamaktadır.

Savcıların bazı suçlarda dava açarken, yargılama makamlarının uyumsuzlukları çözüme aydınlanmaları için yetkili makam ve memurlardan “mütalâa” almaları gerekmektedir.

Mütalâa şartı VUK’un 367. maddesinde düzenlenmiştir. VUK.’un 367. maddesinde öngörülen yargılama şartına, doktrinde “mütalâa şartı”¹⁰⁹, “takip

¹⁰² TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, Genel Kısım, İstanbul 1981, s. 37 vd.

¹⁰³ Bkz.: SOYDAN Billur Yaltı, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II”, VSD, yıl 23, S. 144, Eylül 2000, s. 117.

¹⁰⁴ ÖZTÜRK, no. 3.

¹⁰⁵ KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998, no. 39; ÖZTÜRK, no. 38; YURTCAN, s. 226 vd.

¹⁰⁶ ÖZTÜRK, no. 40.

¹⁰⁷ ÖZTÜRK, no. 62; YURTCAN, s. 226.

¹⁰⁸ İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, Suç Teorisi, s. 35.

¹⁰⁹ KUNTER-YENİSEY, no. 49.

şartı”¹¹⁰, “kovuşturma şartı”¹¹¹ gibi değişik isimler verilmektedir. Kanun metnindeki ifadeyi en iyi “mütalâa şartı” terimi karşılamaktadır¹¹².

Kaçakçılık suçunun işlendiğini herhangi bir şekilde öğrenen iddia makamının, kendiliğinden hazırlık soruşturması başlatabilmesi ve kamu davası açabilmesi mümkün değildir. Bu durumda, Cumhuriyet Savcılığının hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek vergi incelemesi yapılmasını talep etmesi gerekir¹¹³.

Maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve bunların yardımcıları ile gelirler kontrolörleri ve stajyer gelirler kontrolörleri, yaptıkları inceleme sırasında söz konusu suçları tespit etmeleri hâlinde doğrudan Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilirler¹¹⁴. Bunlar dışında kalan diğer vergi inceleme elemanları ise, ancak ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalâasıyla birlikte durumu yetkili Cumhuriyet Savcılığına bildirebilirler¹¹⁵. Eskiden sadece defterdarlığın mütalâası gerekirken, 4369 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, gelirler bölge müdürlüğünden de mütalâa alınabilmektedir.

İnceleme yapanlar, ortada bir suç bulunduğu mütalâasına varmaları hâlinde durumu savcılığa bildireceklerdir. Fakat savcı bu mütalâa ile bağlı değildir. Nitekim, mütalâanın nisbîliği ve geçiciliği buna imkân vermemektedir¹¹⁶. Yargıtay konuya ilişkin kararlarında, vergi incelemesi yapılmadan ve mütalâa alınmadan kamu davası açılmasının usûlüne uygun olmadığını kabul etmektedir¹¹⁷.

¹¹⁰ **ERMAN**, s. 12.

¹¹¹ **HIZLI**, s. 53 vd.

¹¹² **KARAKOÇ** Yusuf, “Ceza Mahkemelerinde Yargılanması Gereken Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının ‘Mütalâa’ Şartına Bağlı Olması”, Vergi Dünyası, s. 174, Şubat 1996, s. 144.

¹¹³ **KAYIŞOĞLU**, s. 852.

¹¹⁴ **KARAKOÇ**, s. 145; **KAYIŞOĞLU**, s. 852; **SOYDAN**, II, s. 116.

¹¹⁵ **ÇETİNKAYA**, s. 210; “213 sayılı Yasanın 367. maddesi gereğince Defterdarlıktan mütalâa alınmadan Emniyet Müdürlüğünün ihbar yazısına dayanılarak açılan davaya devamla hüküm tesisi yasaya aykırıdır.”, Y.9.CD. 29.4.1997 gün ve E.1997/1251, K.1997/3001, YKD, C. 24, S. 10, Ekim 1998, s. 1569-1570.

¹¹⁶ **KARAKOÇ**, s. 147; **KUNTER-YENİSEY**, no. 49.

¹¹⁷ “213 sayılı VUK. uyarınca, kamu davasının Defterdarlığın görüşüyle (mütalâasıyla) açılmaması yasaya aykırıdır.”, Y.9.CD. 13.4.1989 gün ve E.1988/7494, K.1989/1939, YKD, C. 15, S. 8, Ağustos 1989, s. 1206; “213 sayılı Vergi Usul Yasasına aykırılık eylemleri nedeniyle açılacak kamu davalarının aynı yasanın 367’nci maddesine uygun olarak açılması gerekir.”, Y.9.CD. 16.5.1985 gün ve E.1985/2395, K.1985/2758, YKD, C. 11, S. 12, Aralık 1985, s. 1858.

Dava bu mütalâa alınmadan açılmışsa, yargılama makamı da şart yerine getirilmemiş olduğundan yargılama işlemlerini yapmadan, şart gerçekleşene kadar “durma” kararı vermelidir¹¹⁸.

VUK.’un 367. maddesindeki yargılama şartı olan defterdarlık veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalâasının yazılı olarak verilmesi gerekmektedir¹¹⁹. Ayrıca açılan davada, tarafları oluşturmak için Hazine temsilcisine duruşma gününü belirten bir davetiye gönderilmesi gerekir¹²⁰. Çünkü, bir vergi suçunun tabiki için açılan kamu davasına, suçtan zarar gören sıfatıyla hazinenin müdahale etme hakkı vardır.

Vergi mahremiyetinin ihlâli ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları bakımından ise, herhangi bir yargılama şartı düzenlenmemiştir.

B. YARGILAMA SUJELERİ

Ceza yargılaması faaliyeti, belirli kişi ve organların katılımıyla yürütülen ortak bir faaliyettir. Bu bakımdan, önce bu faaliyette rol alanların belirlenmesi ve sonra da bunların rollerinin incelenmesi gerekir. Suje konusundaki görüşlerin farklıdır. Fakat, “ceza muhakemesi adı verilen faaliyetler dolayısı ile erklere sahip olan veya kendisine ödevler yükletilen her şahıs”¹²¹, ceza yargılamasında suje olarak tanımlanabilir.

Yargılama sujeleri esas olarak, hâkim, savcı, sanık ve müdahil başlıkları altında incelenebilir. Hâkimin bu sujeler içinde en önemlisi olduğu söylenebilir. Savcının suje olarak, vergi suçlarının yargılanması bakımından ayrı bir farklılığı bulunmamaktadır.

1. HÂKİM

Hâkim, yargılamada en önde gelen kişidir. İddia ve savunma makamlarının ışığı altında, uyuşmazlık hakkında karar veren kişidir. Yargılama makamını

¹¹⁸ “Suç tespiti, maliye müfettişi, hesap uzmanı veya muavini ya da gelirler kontrolörü tarafından yapılmamışsa, davaya bakabilmek için, Defterdarlık mütalâası alınmak üzere *muhakemenin durmasına* karar vermek gerekir.”, Y.9.CD. 6.11.1990 gün ve E.1990/2860, K.1990/3641, YKD, C. 17, S. 2, Şubat 1991, s. 306-307.

¹¹⁹ “213 sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca alınan defterdarlık mütalâasının aslı veya onaylı örneği dosyada bulunmalıdır.”, Y.9.CD. 28.5.1997 gün ve E.1997/1545, K. 1997/3886, YKD, C. 24, S. 9, Eylül 1998, s. 1404-1405.

¹²⁰ “Defterdarlığın ihbarı ile VUK.’a aykırılık suçundan açılan davada, Yargıtay’ın içtihatlarına uygun olarak tarafları oluşturmak için Hazine temsilcisine duruşma gününü belirleyen davetiye çıkarılmadan duruşmaya devamla karara bağlanması doğru değildir.”, Y.9.CD. 5.11.1982 gün ve E.1982/3307, K.1982/3437, YKD, C. 9, S. 1, Ocak 1983, s. 140-141.

¹²¹ **KUNTER-YENİSEY**, no. 158.

işgal eden hâkim, sadece makam itibariyle sujedir. Yargılama makamları, hâkimlik ve mahkeme olmak üzere iki çeşit olduğuna göre hâkimlerin bazısı mahkeme adı verilen makamı, bazısı da hâkimlik makamını işgal eder. Aynı hâkim, iki çeşit makamı da işgal edebilir¹²². Dolayısıyla sujenin yetki ve görevleri, işgal ettiği makama göre değişir.

Hâkim başlığı altında, madde ve yer bakımından yetki kurallarına değinmek gerekir.

Hangi hâkimin, hangi tür ve ağırlıktaki işe bakacağını gösteren kurallara, madde bakımından yetki kuralları denir. Madde bakımından yetki, kamu düzeyiyle yakından ilgilidir¹²³.

Kabahatlere ve kanunda açıkça sulh ceza mahkemesinde görüleceği gösterilen cürümlere sulh ceza mahkemesi bakar. Ayrıca, özel kanunlardaki kabahtlar ve yalnız para cezasını gerektiren fiiller de burada yargılanır¹²⁴. Genel mahkemelerin yetki bölüşümü içinde asıl yetkili olan mahkeme, asliye ceza mahkemesidir. Bu sebeple, kanunlarda asliye ceza mahkemesinin yetkisi ayrıca gösterilmemiştir. Sulh ve ağır ceza mahkemelerinin yetkisi dışında kalan konularda, asliye ceza mahkemesi yetkili sayılır¹²⁵. Dolayısıyla genel olarak, 10 sene kadar (10 sene dahil) hapis cezası gerektiren cürümlerde asliye ceza mahkemesi yetkilidir.

Bu açıklamalara göre, kaçakçılık suçunun ilk grubuna giren fiiller bakımından yargılama yetkisi asliye ceza mahkemelerindedir. Bu fiiller, VUK.'un 359-a maddesinde düzenlenen hesap ve muhasebe hilesi yapmak, olmayan kişiler adına hesap açmak, çift defter kullanmak fiilleri ile defter ve kayıtların tahrifi veya gizlenmesi, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmesi veya kullanılması fiilleridir. Bu fiilleri işleyenler hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü için, asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Ayrıca, vergi mahremiyetinin ihlâli ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçları bakımından da asliye ceza mahkemesi yetkilidir. Vergi mahremiyetinin ihlâli suçunun yargılanması, TCK.'nın 198. maddesine yapılan atıf gereği (iki aydan altı aya kadar hapis cezası) asliye ceza mahkemelerinin yetkisi dahilindedir. Aynı şekilde, mükelleflerin özel işlerini yapma suçunda da TCK.'nın 240. maddesine yapılan atıf sonucu (bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası) asliye ceza mahkemelerinde yargılama yapılacaktır.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: KUNTER-YENİSEY, no. 178.

¹²³ Bkz.: ÖZTÜRK, no. 134.

¹²⁴ ÖZTÜRK, no. 133; YURTCAN, s. 78; KUNTER-YENİSEY, no. 189.

¹²⁵ ÖZTÜRK, s. 80; KUNTER-YENİSEY, no. 190; TOSUN, s. 401.

CMUK.'un 421. maddesine göre ölüm, ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezasını gerektiren cürümlere karşı yargılama yetkisi ise, ağır ceza mahkemesininidir. Maddede hapis cezasını gerektiren cürümlerin 10 yıldan çok olması aranmıştır. Ama ceza ağır hapis ise, isterse bu cezanın alt sınırında olsun, yine de sırf ceza ağır hapis olduğu için ağır ceza mahkemesi yetkili olur¹²⁶. Kaçakçılık suçunun ikinci grubunu oluşturan fiillerin yani; defter, kayıt, belge ve defter sayfalarının yok edilmesi, sahte belge veya suret düzenlenmesi veya kullanılması, yetkisiz veya sahte belge basımı veya kullanılması fiillerinin yargılama yetkisi ağır ceza mahkemelerine aittir¹²⁷. Bu fiillerin cezası, onsekiz aydan üç yıla kadar *ağır hapis* cezası olduğu için ağır ceza mahkemeleri yetkilidir.

Hangi hâkimin hangi yerdeki işe bakacağını gösteren kurallara ise, yer bakımından yetki kuralları denir¹²⁸. Yer bakımından yetki kuralları da kamu düzeni ile ilgili olup, sanık için teminat oluşturmaktadır. Yer bakımından yetkili mahkeme kural olarak, *suçun işlendiği yer* mahkemesidir¹²⁹ (CMUK. m. 8/I). Suçun işlendiği yer bilinemediği takdirde, kanunda düzenlenmiş olan yedek kriterlere bakmak gerekecektir. Suçun işlendiği yer, vergi suçları açısından genellikle bilinmektedir ve bu açıdan bir sorun yoktur.

Suçun işlendiği yer bilinmediği takdirde başvurulacak ilk yedek kriter, sanığın *yakalandığı yer* kriteridir (CMUK. m. 9/I). Sanık yakalanmamışsa, *ikametgâhi* mahkemesi yetkili olur (CMUK. m. 9/I). Sanık, Türkiye'de ikamet etmiyorsa, *Türkiye'de en son oturduğu yer* mahkemesi yetkilidir (CMUK. m. 9/II). Bu üç yedek kriterle yetkili mahkeme tayin edilemediği takdirde, sanık hakkında *ilk yargılama işleminin yapıldığı yer* mahkemesi yetkili olacaktır (CMUK. m. 9/III). Suç basın yoluyla işlenmişse¹³⁰, yer bakımından yetkili mahkeme, *yayın (neşir) merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir*. Ancak aynı mevkenin bir çok yerde basılması hâlinde suç, mevkenin neşir merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için mevkenin basıldığı yer mahkemesi de yetkili olacaktır (CMUK. m. 8/III).

¹²⁶ KUNTER-YENİSEY, no. 341; YURTCAN, s. 79; TOSUN, s. 401.

¹²⁷ “359. maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın, 647 sayılı yasanın 4. maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmesi gerekir. 213 sayılı yasanın 359. maddesinde, 4108 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu, fer’î ceza tayini ile ilan keyfiyetinin kaldırıldığı, davaya bakma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu göz önüne alınmalıdır.” Y.9.CD. 12.11.1996 gün ve E.1996/1488, K.1996/6440, YKD, C. 23, S. 1, Ocak 1997, s. 137.

¹²⁸ ÖZTÜRK, no. 154; TOSUN, s. 410.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: KUNTER-YENİSEY, no. 198.

¹³⁰ Bu durum, doğal olarak vergi mahremiyetinin ihlâli suçu bakımından söz konusu olabilecektir.

2. SAVCI

Savcı, “suç haberini alır almaz devlet adına, şüpheli veya sanığın, gerektiğinde lehine olarak da araştırma ve soruşturma işlemlerine girişmek, suç şüpheleri kuvvetli olduğunda dava açmak, açtığı davayı yürütmek ve nihayet mahkemenin verdiği kararları yerine getirmek mecburiyetinde olan ve yasama-yürütme-yargı erklerinden yürütme içinde yer alan bir devlet memuru” olarak tanımlanabilir¹³¹. Savcı, ceza yargılaması içinde *iddia* faaliyetini yürüten sujedir.

3. SANIK

Ceza yargılamasının bir diğer önemli sujesi de sanıktır. Hâkim ve savcı, makam itibariyle sujelik sıfatını taşıırken; sanık, şahıs itibariyle sujedir¹³². Sanık kısa bir tanımla, kendisine suç isnat edilen, suç işlediği sanılan kişidir. Bu sebeple, tüm ceza yargılaması mekanizması onun için harekete geçmektedir. Sanık, aleyhinde asıl ceza davası açılmış veya henüz açılmadan önce kendisine sanık sıfatını veren bir işlem yapılmış olan kişidir¹³³.

Sanık sıfatını ancak *gerçek kişiler* alabilir. Sanıklık için, hayatta olmak ve gerçek kişi olmak çok tabiidir. Ceza sorumluluğunun subjektifliği adı verilen bu ilke, tüzel kişilerin cezalandırılmasına ve dolayısıyla sanık sıfatını almalarına engeldir¹³⁴.

a. Kaçakçılık Suçu Bakımından

Kaçakçılık suçu bakımından vergi mükellefi, vergi sorumlusu veya bunların dışında herhangi üçüncü bir kişi de sanık olabilir.

Tüzel kişiler de vergi mükellefi olabilirler. Tüzel kişilerin vergi mükellefi olmaları hâlinde, bunlara düşen görevler kanunî temsilcileri tarafından yerine getirilecektir. Sanık sıfatını ancak gerçek kişiler alabilirler. Ceza sorumluluğunun subjektifliği adı verilen bu ilke, tüzel kişilerin cezalandırılmalarına, sanık sıfatını almalarına engeldir. Tüzel kişilerin de karıştığı bir suç varsa, bu durumda bile suçu işleyen bir gerçek kişidir. Bu kişiler, tüzel kişinin müdürü, memuru ya da temsilcisidirler¹³⁵. Eğer bir suç varsa, onu işlemiş olan gerçek kişi, yani tüzel kişinin müdürü, memuru, temsilcisi şahsen cezalandırılmalı ve dolayısıyla şahsen sanık sıfatını almalıdırlar.

¹³¹ ÖZTÜRK, no. 175.

¹³² YURTCAN, s. 136; KUNTER-YENİSEY, no. 241.

¹³³ KUNTER-YENİSEY, no. 242; TOSUN, s. 516 vd.

¹³⁴ KUNTER-YENİSEY, no. 243; YURTCAN, s. 136; ÖZTÜRK, no. 184.

¹³⁵ YURTCAN, s. 136; ÖZTÜRK, no. 184.

4369 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, VUK.'un 359. maddesinde yazılı kaçakçılık fiillerinin işlenmesi hâlinde öngörülen cezaların tüzel kişilerin kanunî temsilcileri adına hükmolunacağı düzenlenmekteydi. 4369 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, cezaların fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı kabul edilmiştir. Cezaların şahsiliği ilkesine göre bir suçtan dolayı o suçu işleyen kimse sorumlu tutulacak ve cezalandırılacaktır. Kaçakçılık suçundaki bu düzenleme de söz konusu ilkeye uygundur ve haklı gerekçelere dayanmaktadır.

b. Diğer Suçlar Bakımından

Vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimseler şunlardır: Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler (VUK. m. 5). Dolayısıyla bu kişiler söz konusu yasağa uymadıkları takdirde, vergi mahremiyetinin ihlâli suçu bakımından sanık olabileceklerdir.

Mükellefin özel işlerini yapma suçu bakımından ise; vergi muameleleri ve incelemeleri ile vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olan kimseler sanık sıfatını alabileceklerdir (VUK. m. 6/son; m. 363).

4. MÜDAHİL

Kamu davasına katılan veya kısaca “katılan” da denilen müdahil, kamu davasının sujelerinden biridir. Suçtan zarar gören kişinin, savcının açtığı kamu davasında savcının yanında yer almak istemesine “müdahale”, bu isteğinin yetkili merci tarafından kabul edilmesi durumunda talepte bulunan kişiye de “müdahil” denir¹³⁶.

Kaçakçılık suçu bakımından da Devlet (Hazine), suçtan zarar gören konumundadır¹³⁷. Kaçakçılık suçu bakımından Cumhuriyet Savcısı tarafından açılan kamu davasına, CMUK.'un 365. maddesine dayanarak, suçtan zarar gören (mağdur) sıfatıyla Hazinenin müdahale etme hakkı vardır¹³⁸. Nitekim, Hazinenin vergi kaybından doğan zararının başka merciler aracılığıyla takip ve tahsil imkânının olması sebebiyle şahsî hak alacaklısı durumunda bulunmaması, kamu adına açılacak bu gibi ceza davalarına suçtan zarar gören sıfatıyla müdahale etmesine engel olmamaktadır¹³⁹.

¹³⁶ ÖZTÜRK, no. 179.

¹³⁷ MUTLUER, s. 72.

¹³⁸ KOCAHANOĞLU, s. 200.

¹³⁹ “Defterdarlığın ihbarı ile VUK.'a aykırılık suçundan açılan davada, Yargıtay içtihatlarına uygun olarak tarafları oluşturmak için Hazine temsilcisine duruşma gününü belirleyen davetiye çıkarılmadan duruşmaya devamla karara bağlanması doğru değildir.”, Y.9.CD. 5.11.1982 gün ve E.1982/3307, K.1982/3437, YKD, C. 9, S. 1, Ocak 1983, s. 140-141.

Yargılama şartları ve yargılama suçlarının ele alınmasının ardından, asıl ceza yargılaması da şu şekilde incelenebilir.

c. ÖNSORUŞTURMA

Asıl ceza yargılamasının, önsoruşturma ve son soruşturma olmak üzere iki aşaması vardır. Önsoruşturma ceza yargılamasının birinci aşamasıdır. Bu aşamada suç haberinin yetkili organlara ulaşması üzerine harekete geçilir ve bir olayın suç teşkil edip etmediği şüphesi ve bu olayın kimin tarafından gerçekleştirildiği araştırılmaya başlanır. Önsoruşturmanın amacı, kendinden sonra gelen son soruşturmayı hazırlamak yani, onun daha iyi, daha çabuk ve daha güvenli yapılabilmesini sağlamaktır¹⁴⁰. Önsoruşturma bugün hazırlık soruşturmasından oluşmaktadır¹⁴¹. Hazırlık soruşturması olmaksızın bir ceza yargılaması faaliyeti düşünülemez.

Kaçakçılık suçunun işlendiğini herhangi bir şekilde öğrenen iddia makamının (savcılığın), kendiliğinden hazırlık soruşturması yapabilmesi ve kamu davası açabilmesi mümkün değildir. Çünkü, bu durumda Cumhuriyet Savcılığının hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek vergi incelemesi yapılmasını talep etmesi gerekir. Savcılık, hazırlık soruşturmasını başlatabilmek ve kamu davasını açabilmek için bu inceleme sonucunu beklemek zorunda kalacaktır.

Vergi mahremiyetini ihlâl ve mükellefin özel işlerini yapma suçları bakımından hazırlık soruşturmasında özellik arz eden bir husus bulunmamaktadır. Ancak buradaki özellik, suç işleyeninin memur olması durumunda söz konusu olmaktadır.

Görev suçu işlediği iddia edilen memurun fiili, çok uzun bir süre, Memurun Muhakematı Hakkında Kanuna (MMHK) tâbi olmuştur. Bu sistemde önsoruşturma, adliye dışında ve idarî mercilerce yapılmaktaydı. Son soruşturma açısından bir özellik yoktu, çünkü bir memur hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verildiğinde bu aşama genel kurallara göre adliye mahkemelerinde yapılmaktaydı¹⁴². MMHK, 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun¹⁴³” ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu kanunun getirdiği en büyük yenilik, memur yargılama usûlü bakımından MMHK.’da yer alan soruşturma sisteminin bırakılıp *izin* sistemine geçilme-

¹⁴⁰ KUNTER-YENİSEY, no. 410.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZTÜRK, no. 350, dn. 1; YURTCAN, s. 366, dn. 5.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz.: YURTCAN, s. 634; ÖZTÜRK, no. 472 vd.

¹⁴³ 4 Aralık 1999 gün ve 23896 sayılı RG.

sidir¹⁴⁴. 4483 sayılı kanun sadece memurlar ve diğ er kamu g evlilerinin g ev-leri dolayısıyla işledikleri suçlardan bahsetmek suretiyle, kanunun uygulama alanını memurlar tarafından işlenebilecek mahsus ( zg ) suçlarla sınırlamış bulunmaktadış.

4483 sayılı kanunla beraber artık, idarî mercilerin ve kurulların memur hakkında hazırlık soruşturması yapması ve kamu davasının açılmasına karar vermesi söz konusu olmayacak, bu işlemler yetkili idarî merciden izin alındıktan sonra genel hükümlere göre Cumhuriyet savcılarını tarafından yürütülecek ve sonu landırılacaktır¹⁴⁵.

d. SON SORUŞTURMA

Asıl ceza yargılamasının ikinci ve sonucu aşamasına son soruşturma adı verilmektedir. Son soruşturma aşamasında ceza uyumazlığı  oz l r ve sanığın suçluluğu ya da suçsuzluğu konusunda son karar (hüküm) verilir¹⁴⁶. Bir başka deyişle kamu davasının açılması ile başlayıp, iddia ve savunma işığında yargılama neticesinde verilen bir hükümle sona eren; duruşma hazırlığı, duruşma ve son karar devrelerinden oluşan ceza yargılaması aşamasına son soruşturma denmektedir¹⁴⁷.

Duruşma hazırlığı devresi, adından da anlaşılacağı üzere duruşmayı hazırlayan bir bölümdür. Bu devrenin amacı, kendinden sonra gelen duruşma bölümünün en kısa zamanda yapılabilmesini sağlamaktır. Bunun için bu devreden daha önce eksik kalmış hususlar tamamlanacağı gibi, duruşmanın yapılabilmesini sağlayacak işlemlerin de gerçekleştirilmesi gerekir¹⁴⁸.

Duruşma, son soruşturma aşamasının en çok faaliyeti gerektiren ve son karar üzerinde etkili olan devresidir. Bu yüzden son soruşturma denildiğinde akla genellikle duruşma gelir. Duruşmanın amacı, kendinden sonra gelen sonuç çıkarma devresine geçmeyi mümkün kılmaktır¹⁴⁹. Duruşma, iddia ve savunma makamlarının katılımıyla, mahkemenin (yargılama makamının) yönetiminde gerçekleştirilir. Duruşmanın amacına ulaşmak için yapılan faaliyetler onun g -

¹⁴⁴ L VANEL OĞLU Ömer Aşım, “Memurlar ve Diğ er Kamu G evlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Eleştirisi”, Ankara Barosu Dergisi, 2000, yıl 57, S. 2, s. 37.

¹⁴⁵ L VANEL OĞLU, s. 38.

¹⁴⁶ YURTCAN, s. 391.

¹⁴⁷ ÖZTÜRK, no. 363; karş. KUNTER-YENİSEY, no. 460.

¹⁴⁸ ÖZTÜRK, no. 364.

¹⁴⁹ KUNTER-YENİSEY, no. 467; YURTCAN, s. 395.

revini oluşturur. Bu görevleri duruşmaya giriş, delilleri toplama, delilleri ortaya koyma ve koruma olarak dört grupta toplamak mümkündür¹⁵⁰.

Ceza yargılaması hukukunda maddî gerçeğe ulaşılmaya çalışıldığı için, her şey delil olabilmektedir. Ceza yargılamasının amacı, bir olaya ilişkin hakikatin araştırılmasıdır¹⁵¹. Bir başka ifadeyle ceza yargılaması hukukunda delil serbestliği *ilkesi* geçerlidir¹⁵².

Sonuç çıkarma devresi de denilen son karar devresi, asıl ceza yargılamasının son devresidir. Bu devre ile asıl ceza yargılaması sona erdiğinden, sonuç çıkarma devresinin amacına ulaşması, asıl ceza yargılamasının amacına varması anlamına gelir. O hâlde bu devrenin amacı, asıl ceza yargılamasının amacıdır, yani bir suç isnadı konusunda çıkan uyuşmazlığın kollektif olarak ve yargı hâlini alacak bir son kararla çözülmesidir¹⁵³. CMUK.'un 258. maddesine göre, duruşma sırasında yalnızca fiilin nitelemesinde bir değişiklik olur ve aynı fiille ilgili ağırlatıcı sebepler ortaya çıkarsa, mahkeme savunma hakkına uymak ve gereğini yapmak şartıyla bunları da yargılama kapsamına alabilir ve son karar bunları da kapsayabilir¹⁵⁴.

CMUK, uyuşmazlığı çözen son karar müessesesini düzenlememiş onun yerine duruşmaya son veren karar mânâsına olmak üzere hüküm adlı müesseseyi ele almıştır. Temyiz edilebilmesi, hükmün başlıca özelliğini oluşturur. CMUK.'un 253. maddesinde beş karara hüküm adı verilmiştir: 1) Beraat kararı, 2) Mahkumiyet kararı, 3) Davanın reddi kararı, 4) Davanın düşmesi kararı, 5) Muhakemenin durması kararı.

Ceza yargılaması faaliyetinin birinci derece yargılama bölümü, duruşma sonunda mahkemenin son kararını vermesiyle tamamlanır. Mahkeme son kararını verip bunu kanunda gösterildiği biçimde bildirdikten sonra, mahkemenin o işten elini çekmesi gerekir. Mahkeme artık kararın üzerinde değişiklik yapamayacaktır. Bundan sonra ancak kanun yollarına başvurulabilecektir.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **KUNTER-YENİSEY**, no. 467.

¹⁵¹ **KUNTER-YENİSEY**, no. 329.

¹⁵² **ÖZTÜRK**, no. 220.

¹⁵³ **KUNTER-YENİSEY**, no. 481.

¹⁵⁴ “Sanık hakkında 213 sayılı yasanın 359. maddesine aykırılık suçundan dava açıldığı halde (CMUK.'un 258. maddesi uyarınca) ek savunma hakkı tanınmadan aynı yasanın 360. maddesi uyarınca ceza tayini yasaya aykırıdır.”, Y.9.CD. 30.4.1997 gün ve E.1997/1263, K. 1997/3120, YKD, C. 23, S. 9, Eylül 1997, s. 1498.

IV. SONUÇ

Vergi hukuku dinamik bir hukuk dalıdır. Sürekli değişmekte ve gelişmektedir. Bu hukuk dalında özellikle ülkemiz açısından kanun değişiklikleri sık bir şekilde söz konusu olmaktadır. Ancak kanun değişiklikleri çok dikkatli ve özenli bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca kanun değişikliklerinde, bilimsel çalışmaların sürekliliğinin devamı, uygulamada karışıklık ve sorunlar çıkmaması için, kanun sistematüğının bozulmamasına dikkat edilmelidir.

Vergi suçları devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçlardır. Burada ihlâl edilen hukukî değer olan hazine yararı ile korunan hukukî değer kamu yararı örtüşmektedir. Ancak 4369 sayılı kanunla kaçakçılık suçunda “vergi ziyana sebebiyet verilmesi” unsuru kaldırılmıştır. Böylece hazine yararının korunmasının önceliğini kaybettiği ve sistemin korunmasının hedeflendiği görülmektedir.

Daha önce cezaî yaptırıma tâbi bir suç olan bilgi vermekten çekinme suçu, 4369 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Şu anki düzenlemede bilgi vermeme sadece özel usulsüzlük suçu teşkil etmektedir. Bu çok sakıncalı bir düzenleme olmuştur. Halen yürürlükte olan düzenlemeye göre bilgi verme yükümlülüğüne uymayanlar hakkında özel usulsüzlük cezası kesilmekte, bunun haricinde herhangi bir hürriyeti bağlayıcı ceza gündeme gelmemektedir. Kısaca mevcut haliyle bilgi vermekten çekinme suçu, yaptırım gücünü kaybetmiş bir durumdadır. Dolayısıyla hedeflenen yararları ulaşılabilmesi bakımından, suçun etkin cezalarla donatılması gerekir.

Altı aydan üç yıla kadar hapis cezası gerektiren kaçakçılık suçlarında, hükümlenen cezanın para cezasına çevrilmesine imkân tanınmıştır. Burada VUK.’un 359. maddesinde “hüküm tarihinde” yürürlükte bulunan bir aylık brüt asgari ücretin yarısının esas alınacağı düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi “hüküm tarihinde” ibaresini Anayasaya aykırı bularak iptal etti. Bu durumda da, suçtan kısa bir süre sonra mahkum olan ile uzun bir süre sonra mahkum olanlar arasında bir eşitsizlik meydana gelecektir. Dolayısıyla maddeye sabit bir ceza konulması hem bu gibi sakıncaların meydana gelmesini engelleyecek, hem de cezanın hesaplanmasındaki söz konusu karmaşık durumu ortadan kaldıracaktır.

4369 sayılı kanunla uzlaşma müessesesinde de değişiklikler yapılmış fakat, kaçakçılık cezası kesilen bir tarhiyata ilişkin vergi ve cezanın uzlaşma konusu yapılamayacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemişti. Bu düzenleme ile kaçakçılık suçunda hapis cezası pratikte kalkmış olmaktadır. 4444 sayılı kanun ile kaçakçılık cezasını gerektiren tarhiyatlarda, vergi ve ceza uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmıştır. Böylece ortadaki haksız uygulama düzeltilmiş oldu.

4369 sayılı kanunla VUK.’un tüzel kişilerin sorumluluğu ile ilgili 333. maddesinin son fıkrası hükmü değiştirilmiştir. Buna göre kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde öngörülen cezaların tüzel kişilerin kanunî temsilcileri yerine bu fiilleri işleyenler hakkında hükümlenacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre

suçta ve cezada şahsîlik ilkesi gereğince suçü kim işlemişse cezayı o çekecektir. Bu bakımdan yapılan düzenleme isabetlidir. Ancak günümüzde tüzel kişilerde bu tür suçları işleyenlerin, her zaman tek başlarına gerçek suçlu olmadıklarının da göz ardı edilmemesi gerekir.