ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Kitaplar, Dergiler
- Adli Tıp
- Çevre

EYLÜL- EKİM / SEPTEMBER-OCTOBER: 2012 YIL/YEAR: 25 SAYI/ISSUE: 102

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ

UBAP
Ulusal
Baro Ağı
Projesi

www.ubap.org.tr

UBAP ile

- Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MERKEZİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Assocations

Sahibi / Owner
Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Ağar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Sezercan Bektaş
Av. Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Haluk Günuğur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.
Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.
Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.
Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez,
Galatasaray Hukuk Fak.
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik. org. tr
e-posta: yayin@barobirlik. org. tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Mustafa Horuş - Türkiye Barolar Birliği

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www. senmatbaa. com

Basım Tarihi / Printing Date : 25. 10. 2012

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

EYLÜL - EKİM/ SEPTEMBER - OCTOBER 2012 YIL/YEAR: 25 SAYI/ISSUE : 102

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

   Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

   Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

   Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

   Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (" .....") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

   Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

   Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlik. org. tr" adresine gönderilmelidir.

   Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.
6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

   Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

   Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *"olur"* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Burcu DEMREN DÖNMEZ
Ayırımcılık Suçu / Criminal Discrimination

59 Eyüp İPEK
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler / Innovations Introduced by the Turkish Code of Oblifations Numbered 6098 Regarding the Reasons for Eviction in the Rented Residential Premises and Commercial Buildings with Roof

93 Ahmet TAMER
Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: "Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı" (TTK. M. 358) / A New Regulation Introduced by the New Turkish Commercial Code: "Prohibition of Borrowing to Company of Shareholders (Partners)" (TCC. Art. 358)

115 Olgun AKBULUT
Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi / Official Language and Its Codification In Constitutions

149 Nimet ÖZBEK HADİMOĞLU
Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan İkamet İzni Türleri ile Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranan İkamet Şartı Arasında İlişki / The Relationship Between the Sorts of Residence Permit in the Draft Foreigners and the International Protection Act and the Condition of the Residence Required in Acquisition of Turkish Citizenship in Generai Way in the Turkish Citizenship Act

173 Mustafa ÜNLÜTEPE
İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı / The Extension of Mortgage in Terms of Credit

219 Serdar GÜLENER
Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı" / Deleting on Demand from Digital Memory: "The Right to be Forgotten" As a Fundamental Right

241 Murat KORKMAZ
Müvekkil Beklenti ve Tatminin Avukat Tarafından Karşılanmasının Uygulamalı Olarak İncelenmesi / An Applied Analysis of Client Expectation and Meeting the Satisfaction by the Lawyer

269 İslam Safa KAYA
Uluslararası Enerji Politikalarına Bir Bakış: Türkiye Örneği / An Overlook At International Energy Policies: The Case Of Turkey

MAKALELER / ARTICLES

289 Halis YAŞAR
Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları / The Right and the Responsibilities of the Third Party (Buyer) in the Construction Contract in Return for Flat

323 Ufuk ÜNLÜ
Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu / Bribery within the Scope of the Last Amendment

341 Teoman SALGIRTAY
Türkiye'de Kadın Hakları: Bir İleri, İki Geri
Borca Batık Kocanın Mirasını Ret Eden Kadının Edinilmiş Mallardaki Katılma Payı Alacağının Yokluğu ve Koca Borca Batıksa Boşanan Kadının Edinilmiş Mallardaki Alacağının Hayal Olduğu Hakkında Bir Nokta Çalışması

353 Halil YAZGI
Yeni HMK ve Türkiye Barolar Birliği'nce Hazırlanan Avukatlık Kanunu Üzerinde Değişiklik Çalışmalarında Avukatın Vekalet Ücreti

363 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

443 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Hepimizin çok iyi bildiği üzere, her iki senede bir Ekim ayı baroları-mızın seçim ayıdır. Buna göre önümüzdeki Ekim ayında seçimlerini tek yıllarda yapan birkaç baromuz dışında diğer bütün barolarımızda seçim var. Dileğimiz bu seçimlerin biz avukatlara yakışan bir olgunluk, düzey ve nezaket içerisinde geçmesidir.

İster seçim, isterse bir başka yarışma olsun, bir yarışı kazanmanın ahlaki hiçbir anlamı yoktur. Önemli olan yapılan yarışın adil, eşit koşullarda ve etik kurallara uygun biçimde yapılmış olması ve yine seçim sonrasında seçilenlerin üstlendikleri sorumluluğun hakkını vermesidir. Esasen seçilenler için yapılacak iş bellidir ve bu: ülkemize, mesleğimize, meslektaşlarımıza, barolarımıza hizmet etmek, bu amaçla yeni değerler-ler üretmektir.

Demokrasi, yarışmaya, yani seçenlerin tercihine dayanmakla, farklı düşünce ve inançları kurucu unsur olarak kabullenmeyi, yani siyasi çoğulculuğu, yani fikirlerin birbirleriyle serbestçe rekabet etmesini, bütün bunlara bağlı olarak karşı siyasi düşüncelerin ve felsefelerin kendilerini ifade etmelerini, örgütlenmelerini, siyasi eşitliğe dayanarak gerçekleştiri-len düzenli seçimleri gerektirir.

O nedenle demokrasi "ağır bir yüktür" ve onu herkes taşıyamaz. Genel siyasette olduğu gibi baro siyasetinde de esas olan ilkeli ve omurgalı olmaktır, dürüstlüktür, tarafsızlıktır, hizmet etmeyi ve bu amaçla yeni değerler üretmeyi her şeyin önünde tutmaktır. Bir meslek örgütü olan baroyu siyasi bir çizgiye çekmek, baro üyesi avukatları "sen sağcısın, sen solcusun, sen ilericisin, sen gericisin, sen liberalsin" şeklinde kodlamak, bölmek, cepheleştirmek, ötekileştirmek, bir tür siyasi sicil kaydı tutmak ne baro yönetimlerine, ne de avukata ve avukatlık mesleğine yakışan bir tarz değildir.

Düşünce polisliğinden hiçbir farkı olmayan bu yaklaşım, çoğulculuğu ve farklılığı kurucu unsur olarak kabul eden demokrasinin temel değerlerine, insanı insan yapan en temel özgürlüklerden olan seçme/tercih özgürlüğüne saygısızlık olduğu kadar, beşeri/insani ilişkilerin doğasına ve avukatlık meslek etiğine de aykırıdır.

Sadece avukata, avukatlık mesleğine ve etiğine değil, insana yakışmayan bir diğer basitlik ise hukukun diliyle değil, sokağın diliyle konuşmak ve yazmak, isim ve imza kullanma dürüstlüğünü göstermeden insanları karalamak, iftira atmak ve bu yolla itibarsızlaştırmaya çalışmaktır. Bu tür davranışlar sadece avukatlık mesleğine ve etiğine değil, siyasi etiğe de aykırıdır. Genel siyasete olduğu kadar baro siyasetine de aykırı olan bu tarz anlayışlar benimsendiği ve uygulandığı, bu bağlamda siyaset, toplumumuzu sinsice zehirleyen biz/öteki ayrımı üzerine inşa edildiği, kin ve nefret öğeleri kullanılarak yapıldığı zaman iş çığırından çıkar, her gün hepimizin katkı yapması gerek demokrasi zaafa uğrar, hak ve özgürlükler tehlikeye girer, mesleki ve toplumsal barış bozulur. Oysaki gelecek, kırmanın, dökmenin, bozmanın, intikam almanın değil, bütünleşmenin, yeni kazanımların günü olmalıdır. Onun için bizlere düşen görev, demokrasiyi, hoşgörüyü, sağduyuyu barolarımız için, ülkemiz için, dünya için emniyetli kılmaktır.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AYIRIMCILIK SUÇU
CRIMINAL DISCRIMINATION

Burcu DEMREN DÖNMEZ*

Özet: Ayırımcılık suçu, 5237 sayılı TCK ile yürürlüğe giren yeni bir suç tipidir. Ancak ayrımcılık kavramı, Türk hukukuna yeni giren bir kavram değildir. Başta Anayasa olmak üzere pek çok kanunda ve onaylanıp yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmede yer almaktadır. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler bu düzenlemelerle korunmaya çalışılsa da, Türkiye'de halen pek çok alanda ayrımcılığın yapıldığını görmekteyiz. Bu makalede TCK'ya yeni bir suç tipi olarak giren "ayırımcılık suçu" nu inceleyerek, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak bir hüküm olup olmadığını değerlendirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, temel hak ve özgürlükler, Avrupa Birliği Hukuku

Abstract: Discrimination is a new crime which has been put into effect by Turkish Penal Code (TPC) number 5237. But it is not a new conception in Turkish Law. This conception already exists in the Constitution, and in many codes and international conventions which have been legally adopted and put into force. Although the aim of these regulations is to protect fundamental rights and freedoms, still we can see discrimination in many areas in Turkey. In this article we will try to examine "criminal discrimination", which entered the TPC as a new crime form, and try to appraise if it is able to meet the needs of the society.

Key words: Discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, fundamental rights and freedoms, European law.

Giriş

Gelişen yüzyılımızın gerekleri dikkate alınarak hazırlanan 5237 sayılı TCK da, 765 sayılı TCK'da yer almayan yeni suç tipleri düzenlenmiştir. Bu yeni suç tiplerinden biri de madde 122'de düzenlenen

* Yrd. Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

"ayırımcılık" suçudur. *"Ayırımcılık"* kavramı Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına yeni girmiş bir kavram değildir. Gerek Anayasa'da gerekse İş Kanunu ve benzeri kanunlarda, usulüne göre onaylayıp iç hukuk kuralı haline getirdiğimiz temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Örneğin, Anayasanın 10. maddesinde (kanun önünde eşitlik) ve 70 maddesinde (kamu hizmetine girme hakkı) ayırımcılığa ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Çerçeve yasa olan Anayasa'da, en temel insan haklarından biri olan vatandaşların eşit muameleye tabi tutulmasının düzenlenmiş olması, elbette ki olağandır. Ancak Anayasa'da yer alan düzenlemeler, devlet ile vatandaş arasındaki ilişkileri düzenlemişken, TCK m. 122'deki düzenleme ayrım gözetmemiş, vatandaşlar arasındaki ilişkileri de kapsamı içerisine almıştır.

Çağdaş dünya ülkelerinde artık insanların sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu temel hak ve özgürlükler sıkı şekilde korunmakta ve uygulamalar da bu anlayış çerçevesinde gelişmektedir. Bireylerin temek hak ve özgürlüklerini kullanmaları bazı şart ve kurallara bağlanamaz veya şartlarla ve kurallarla sınırlandırılamaz. Önemi gereği ayırımcılık yasağı çeşitli uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur. Ayrıca pek çok ülke, ayırımcılık, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile mücadele edebilmek için ceza kanunlarında buna yönelik hareketleri suç olarak düzenlemiştir.

Hiç kimse dünyaya gelirken annesini, babasını, ailesini, ülkesini, ırkını, cinsiyetini seçemez. Sadece doğarız, sonra bir de bakarız ki bir kimliğimiz, bir cinsiyetimiz, bir ırkımız, ve bazı özelliklerimiz var. Bizler bunlara sahip olmayı önceden seçemeyiz. İçinde yaşadığımız devlet, eğer bir hukuk devleti ise, bize ırk, cins, dil vs. gibi herhangi bir ayrım gözetmeksizin sadece insan olduğumuz için insanca yaşama ve diğer insanlarla eşit hak ve özgürlüklere sahip olma hakkını tanır.

Günümüzde eğitimli gelişmiş insanların hemen hepsi ayrımcılık yapmanın yanlış olduğunu bilir. Ancak fotoğrafı bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, insanların çoğunun ayrımcılık yaptığını görürüz. Toplumda ayrımcılığın yanlış ve kötü olduğu genel bir değer yargısı olarak benimsenmiş olsa da, tek tek bireylerin hareketlerine baktığımızda, ayrımcılığın etrafımızda ne kadar yaygın olduğunu

görmemek mümkün değildir. Örneğin bazı mesleklerde veya işyerlerinde kadınların çalıştırılması arzu edilmez veya işten çıkarmalarda ilk çıkarılanların kadınlar olması sıkça duyduğumuz haberlerdir. Benzer sorunlar eşcinseller ve sabıkalı kişiler için de geçerlidir. Ev kiralarken kişilerin evli olup olmadığının sorulması, sıkça işittiğimiz başka bir konudur. Bazı mahallelerde ev satarken veya kiralarken bile kişilerin kökenlerinin sorulması, bunların dikkate alınması, sadece kadın olduğu nedeniyle eşlerinden kötü muamele gören ve aşağlanan insanlar, kız çocuğa nazaran erkek çocukların evde daha fazla itibar görmesi ve sevilmesi gibi pek çok örnek aslında sürekli günlük hayatımızın içindedir.

Elbette ki ayrımcılığın hukuki boyutu kadar ahlaki ve etik boyutu da bulunmaktadır. Ancak çalışmamız kapsamında konuyu mümkün olduğunca TCK'daki düzenlemeleri öne çıkararak sınırlandırmaya çalışacağız. Gerçek şu ki, konunun hukuki boyutunu tam anlamıyla ortaya koymak için felsefik ve ahlaki boyutunu da değerlendirmenin gerekli olduğunun bilincindeyiz. Bu nedenle yeri geldikçe ilgili hususlara sınırlı da olsa, kendi bakış açımızla değinmeye gayret gösterdik.

Çalışmamız kapsamında öncelikle kavram ve kaynaklar hakkında bilgi verilecek daha sonra TCK'da düzenlenen ayırımcılık suçunun özellikleri açıklanarak değerlendirmesi yapılacaktır.

I- Genel Olarak Kavram

Kavram hakkında genel bir değerlendirme yapmak için öncelikle terminolojik olarak kavramı değerlendirmenin uygun olacağını düşündük. Ancak, terminolojik bakımdan konuyu değerlendirmek için yaptığımız çalışmalarda öncelikle Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan sözlükte bu yazım şekliyle kelimenin yer almadığını gördük. Sözlükte yer alan sözcük 'ayrımcılık' kelimesiydi[1]. Ancak TCK'da ne yazık ki Türkçe yazım kurallarına uygun olmayarak 'ayırımcılık' olarak ifade edilmiştir. Çalışmamızın kapsamı, TCK bakımından 'ayırımcılık suçunu' açıklamak olduğu için, biz de kavramı TCK'nın kullanıldığı şekliyle kullanacağız.

1 http://tdkterim. gov. tr/bts/, erişim tarihi: 09. 03. 2012

Hukuki bir tanım yapmak gerekirse ayırımcılık, insanlara karşı önyargı veya düşmanlık duyguları nedeniyle farklı davranmak olarak değerlendirilebilir[2]. Bu kapsamda yapılan her ayırımcılık ahlak dışı olmakla birlikte hukuka aykırı bir hareket olmayabilir[3]. Örneğin bir kimse bazı ırktan kişileri veya dini inançtan olan kişileri eş olarak seçmeyebilir. Çünkü bu gruplara karşı önyargısı olabilir. Burada yapılan davranış da aslında ayrımcılıktır, ancak bu davranış ahlak dışı olarak kabul edilebilirse de hukuka aykırı bir hareket olarak değerlendirilemez.

Ayrımcılık, kendi içerisinde doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılır. Doğrudan ayrımcılık, ayrımcılığın en basit şeklidir. Bir kişinin diğer bir kişiye sahip olduğu koruma altında olan temel özellikleri (cinsiyet, ırk, vs. gibi) nedeniyle daha az değerli gibi davranmasıdır. Örneğin bir iş ilanında *"kütüphaneci aranıyor, kadınlar başvuramaz"* yazması doğrudan ayrımcılık kapsamındadır[4]. Doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer durumda olan kişiler arasında fark yaratılmasıdır[5]. Yukarıda verdiğimiz örnekte de görüldüğü üzere liyakat özellikleri aynı olmakla birlikte sadece kadın olmak nedeniyle bireylerin işe alınmaması doğrudan ayrımcılıktır. Eşitler arasında farklı muamele yapılmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık ise, doğrudan ayrımcılık ile izlenen amaca farklı yollarla ulaşılmasıdır. Örneğin, *"kütüphaneci aranıyor, kadınlar başvuramaz" ilanı doğrudan ayrımcılık oluştururken, "kütüphaneci aranıyor, başvuracak adayların 1. 80 ve üzeri olması gerekliliği bulunmaktadır"* denilerek kadınların fiziksel özellikleri nedeniyle bu işe alınmamaları mümkün hale getirilmektedir. Bu da doğrudan ulaşılmak istenen amaca, dolaylı olarak ulaşmayı sağlar. Diğer bir ifade ile sadece yasalarla ayrımcılık konusunda yasaklar düzenlemek yeterli değil-

2 Connoly Michael., *Discrimination Law*, 1st. Ed., London Sweet & Maxwell Ltd. 2006, s. 1

3 Alexander Larry., *"What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, sterotypes and proxies" University of Pennsylvania Law Review*, November 1992, vol. 141:149, s. 201

4 Connolly M., *Discrimination Law*, s. 59

5 Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, s. 9 http:// ihop. org. tr/dosya/ab-kurumlar. pdf, erişim tarihi: 27. 04. 2012

dir[6]. Dolaylı ayrımcılık ile, görünüşte herkes için aynı ve tarafsız olduğu düşünülen ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde farklı muamele yaratacak olan uygulamalar, yasal düzenlemeler ve tedbirler kast edilmektedir[7]. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak, ayrımcı etki sonucunu doğuran her türlü muamele yasaklanmaktadır. Bunun dış görüntüsünün nasıl olduğu önem taşımaz, netice bakımından değerlendirme yapılır.

TCK m. 122/1'de kavram, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özgürlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılarak, bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını devrini veya hizmetin yararlanılmasını engellemek veya kişinin işe alınması veya alınmaması; besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmek, kişinin olağan bir etkinlikte bulunmasını engellemek olarak ifade edilmiş, açıkça ayrımcılık kavramı tanımlanmamıştır. Kanunda ayrımcılık yapma sebeplerinin örnekleyici olarak sayılmış olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi (TCK m. 2) ile çelişmektedir[8]. Bu yaklaşım, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde konunun niteliği gereği ucunun açık olarak düzenlenmiş olmasından kaynaklanmış olabilir. Ancak düzenleyici nitelik taşıyan kuralların iç hukuka aktarılmasında TCK'nın genel ilkeleri ve uygulamalarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler seçimlik ve sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Aslında ayrımcılık yapısı ve kapsamı gereği çok geniştir. Fakat kanun koyucu TCK'daki düzenleme bakımından sınırlı bir koruma getirmeyi tercih etmiştir. Uygulamada dikkat edilmesi gereken bir başka konu, seçimlik hareketlerin değerlendirilmesi noktasında ortaya çıkacaktır. Bu değerlendirmelerde sadece görünüşte ayrımcılık ile sınırlı kalınmamalıdır. Diğer bir ifade ile, doğrudan veya dolaylı olarak maddede belirtilen saiklerle ilgili seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmiş olması, ayırımcılık suçunun kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

---

6 Connolly M., *Discrimination Law*, s. 127-128

7 Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, s. 9 http://ihop. org. tr/dosya/ab-kurumlar. pdf, erişim tarihi: 27. 04. 2012

8 Benzer görüş için bkz. Öztürk Bahri, Erdem Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, 11. baskı, s. 48

II- Kaynakları

1- Ulusal Kaynaklar

A. Anayasa

Değiştirilmesi gündemde olan 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. İnsan haklarına saygılı demokratik, sosyal bir hukuk devletinde bireylerin keyfi muamelelerden korunması en önemli temel gerekliliklerden biridir. Zira Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında[9] Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır.

Hukuk devleti ilkesinin[10] üzerine oturduğu üç temel unsur bulunmaktadır. Bunlar, insan haklarının korunması, adaletin sağlanması ve güvenliğin oluşturulmasıdır. Yasama, yürütme ve yargı organları, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bu sistemde, bu üç temel unsuru sağlamak adına, birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmeden, Anayasa'ya, Türkiye'nin imzalayarak yürürlüğe soktuğu uluslararası antlaşmaların getirdiği yükümlülüklere ve diğer kanunlara bağlı ka-

---

9 Anayasa Mahkemesi 01. 02. 1996, 1995/20 E., 1996/4 K. RG. Sayı 22713, 31. 07. 1996 *"...Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda, adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır. "* Şen Ersan., *1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku*, Beta, İstanbul 1998, s. 13; *" ...Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Bu güvence yasama, yargı ve yürütme organlarının tüm işlemlerinin hukuk kuralları içerisinde kalması ile gerçekleşebilir. Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ve eşitlik ilkesi vardır. " AYM. 6. 6. 1991 T., 1990/35 E., 1991/13 K. Bkz. Yenidünya Caner. " 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu"*, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2006/4, s. 100

10 Hukuk devleti ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Özbudun Ergun., *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 123 vd. ; Demir Fevzi., Bakıcı Zeynel., Çınarlı Serkan., *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Orion Yayıncılık, İzmir 2011, s. 23 vd. ; Teziç Erdoğan ., *Anayasa Hukuku,* Beta Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 137; Demir Fevzi., *Anayasa Hukuku*, 7. baskı, İzmir 2009, s. 313 vd., Erdoğan Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayıncılık,6. baskı, Ankara 2011, s. 71 vd. ; Tanör Bülent., Yüzbaşıoğlu Necmi., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2001 s. 99 vd. ; Gözler Kemal., *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yayıncılık Bursa 2007, s. 209 vd. ; Öztürk Bahri., Tezcan Durmuş., Erdem Mustafa R, Sırma Özge., Saygılar Yasemin., Alan Esra., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin yayıncılık Ankara 2009, s. 105 vd.

larak hareket etmek mecburiyeti altındadırlar. Bu çerçevede ayrımcılığın engellenmesi, gerekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde etkili yaptırımların uygulanması, hukuk devleti olduğunu ifade eden bir devletin asli görevleri arasında yer alır.

Temel ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen *"eşitlik"* ilkesi çerçevesinde, bireylerin ayrımcılığa tabi olmadan kanun önünde eşit olmaları güvence altına alınmıştır. Eşitlik, kural olarak eşit paylaşımı veya eşit davranışı gerektirir; haklar ve özgürlükler konusunda insanlar arasında ayrım yapılmaması olarak değerlendirilir[11]. Maddenin ilk fıkrası özellikle ayrımcılık yasağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ayrımcılık yasağının içeriği keyfi ayrımlarla sınırlı olarak değerlendirilmeli, mutlak anlamda anlaşılmamalıdır. Örneğin, sosyal güvenlik, sigorta gibi hakların herkese aynı ayda tanınmaması veya bazılarının bunlardan yararlanamaması ayrımcılık olarak kabul edilmez[12]. Çünkü, bazı haklardan yararlanmak için belli koşulların yerine getirilmiş olmasının beklenmesi mümkündür. Zira insanlar içinde bulundukları koşullar, özellikleri ve ihtiyaçları bakımından farklılıklara sahiptir[13]. Yine bazı fiili eşitsizlikleri dengelemek veya gidermek amacıyla farklı düzenlemelerin veya uygulamaların yapılması eşitliğe aykırı, ayrımcı yaklaşımlar şeklinde değerlendirilmez. Örneğin kadınlara verilen doğum izinleri, süt izinleri, (çocuğun rahatsızlığı ve benzer nedenlerle verilen) mazeret izinleri gibi. Toplum içerisindeki eşitsizlikleri ve adaletsizlikleri gidermek amacıyla uygulanan pozitif ayrımcılık da ayrımcılık yasağını ihlal etmez[14]. Kısaca eşitlik ilkesinden kast edilen, aynı durum ve şartlara sahip olan kişilerin haklardan yararlanma ve ödevleri üstlenme bakımından, yetki ve sorumluluk çerçevesinde aynı sınıfta değerlendirilmesidir[15]. Buna karşılık Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen özellikler, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım yapılması Anayasaya aykırıdır; böyle bir anlayışla yapılan kanunlar da elbette ki Anayasa'ya aykırı olacaktır[16].

---

11 Aliefendioğlu Yılmaz., *"Eşitlik İlkesi"*, *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 79
12 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 114
13 Yenidünya C., s. 101
14 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 114
15 Yenidünya C., s. 101; Aliefendioğlu Y., s. 80;
16 Özbudun E., s. 151

Anayasa, devletin eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğunu açıkça ifade etmiş, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda olduklarını belirtmiştir. Buna Anayasa hukukunda *eşitlik yükümlülüğü* adı verilmektedir[17]. Ancak Anayasa'daki bu düzenleme devlet organları veya idare ile bireyler arasındaki ilişkiye yöneliktir. Diğer bir ifade ile, kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması bakımından korunan ve gözetilen devlet organları veya idari makamlarla karşı karşıya gelen bireylerdir. Bireyler arasındaki ilişki bu kapsamda değerlendirilmez. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi, Anayasa madde 10'da düzenelenen kanun önünde eşitlik ilkesinden daha geniş bir düzenleme alanına sahiptir ve TCK'da düzenlenen ayırımcılık suçuna ilişkin düzenlemenin kaynağı durumundadır. Zaten Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesine aykırılığın, aynı zamanda hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir[18]. Buna karşılık öğretideki bazı yazarlar, eşitlik ilkesinin düzenlendiği yer itibariyle devlet yönetimine egemen olan bağımsız bir temel ilke olduğunu, hukuk devleti ilkesinin bir parçası gibi düşünülerek temel hak şeklinde nitelendirilmesinin yerinde olmadığını ifade etmektedirler[19].

Yasama organı gerekli iç düzenlemeleri yaparak bireylerin sadece devlet ile olan ilişkilerini değil, birbirleri ile olan ilişkilerini de düzenleyebilir. Her ne kadar bireyler arası ilişkilerde sözleşme serbestliği ilkesi hakimse de, hukukta iyiniyet kuralı esastır ve hiç bir hak kötüye kullanılamaz. Bu çerçevede bireylerin özel hayatlarına, bireysel tercihlerine müdahale etmeden, ancak aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerin de kötüye kullanılmasını engelleyecek düzenleme ve uygulamaların yapılabilmesi mümkündür. TCK m. 122'de düzenlenen ayırımcılık suçu, bu amaca hizmet eden ve kayanağını Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinden alan, TCK'ya kazandırılmış yeni düzenlemelerden biridir.

---

17 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 115

18 Any. Mah. 8. 10. 1991 tarih, E. 1991/34, K. 1991/34 RG. 12. 12. 1991; 19. 7. 1991 tarih, E. 1991/15, K. 1991/22, RG. 31. 7. 1991 Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., s. 115

19 Gözler K., s. 212; Özbudun E., s. 150 *Yazara göre, kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünülebileceği gibi temel bir hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir ilke olarak da değerlendirilmesi mümkündür.*

Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında 5170 sayılı yasa ile eklenen son fıkra çerçevesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme sayesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme getiren uluslararası andlaşmalar kanunlardan üstün tutulmuş ve çatışma halinde öncelikle uygulanır hale gelmiştir. Devletin tüm organları bu hususa dikkat etmek ve uluslararası metinlerdeki düzenlemelerin doğrudan uygulanırlığına imkan tanımakla yükümlüdür. Bu kapsamda ayırımcılığı yasaklayan ve usulüne uygun olarak kabul edilen ve iç hukuka dahil edilen uluslararası andlaşmaların hükümleri, getirdiği standartlar günlük hayata geçirilmelidir. Konuya ilişkin uluslararası andlaşmaları aşağıda yeri geldikçe ayrıca değerlendireceğiz.

Yeni Anayasa yapma çalışmalarının sürdüğü bu günlerde mevcut Anayasa'da var olan düzenlemelerin ayrımcılık yasağı konusunda geliştirilmesinde fayda olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin AİHS ek 12 nolu[20] protokolde ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasına ilişkin 1. maddeye benzer bir düzenlemenin Anayasa'ya alınması bu anlamda faydalı olacaktır.

Sonuç olarak, mevcut Anayasa'nın yukarıda açıkladığımız hükümlerinin TCK m. 122'de yer alan *"ayırımcılık"* suçunun temel kaynaklarından biri olduğunu ve TCK'daki düzenlemeyi yorumlarken birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmeliyiz. Ancak yeni anayasada konunun daha kapsamlı düzenlenmesi faydalı olacaktır.

B. TCK'nın Kanunlaşma Süreci

TCK'da yer alan düzenlemenin ayrıntılarını aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız için bu başlık altında sadece düzenlemenin kanunlaşma sürecindeki gelişimini ve mevcut halini, karşılaştırmak suretiyle açıklamayı uygun gördük.

---

20 Madde 1
Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması
1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiç bir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

765 sayılı TCK'da, ayırımcılık ile ilgili bir düzenleme yoktu. Kanunun yürürlükte olduğu süre içinde konu ile ilgili yaşanan sorunlar, 1982 Anayasası ve ilgili uluslararası sözleşmeler, İş hukuku ve diğer mevzuat kapsamında değerlendirilerek çözülmeye çalışılmıştır. Aslında burada hemen belirtmekte yarar gördüğümüz bir husus, bu dönem içerisinde böyle bir suçun düzenlenmemiş olmasının ciddi bir sıkıntı yaratmamış olmasıdır. Örneğin eski ve yeni iş hukuku alanında konuya ilişkin yapılan düzenlemeler 5237 sayılı TCK'nın çok daha ötesindedir. Bu konu ileride yeri geldikçe detaylandırılacaktır.

Ayırımcılık suçu, 12. 05. 2003 tarihinde TBMM'ye sevk edilen 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nın 170. maddesinde; "*Kişiler arasında köken, cinsiyet, aile durumu, örf ve adet, siyasal düşünce, felsefi inanç, sendika, bir etnik gruba mensupluk, ırk, din, mezhep nedeniyle ayırım yaparak;*

1- *Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan;*

2- *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden;*

3- *Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen; kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya 750 milyon liradan 2 milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.*

Bu maddede yazılı suçlar tüzel kişiler aleyhine işlendiğinde de aynı cezalar uygulanır.

Tüzel kişiler de bu maddede yazılı suçlardan dolayı sorumludurlar. " denilmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan düzenleme, Hükümet tasarısındaki düzenlemeden bazı yönleriyle farklılık göstermektedir. Buna göre; (TCK m. 122) "*(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet,özürlülük*[21]*, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya ki-

21 *"özürlülük"* deyimi, 1. 7. 2005- 5378 sayılı kanunun 41. maddesi ile eklenmiştir.

şinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir."

İki düzenlemeyi kıyaslayacak olursak, hükümet tasarısındaki metinde ayırımcılık sayılan hallerin yasa tekniğine ve kanunilik ilkesini uygun olarak sınırlandırılarak belirtildiği; buna karşılık, TCK'da bu hallerin örnekleyici olarak belirtildiğini görmekteyiz[22]. Diğer bir ifade ile, TCK m. 122'de sayılan ayrımlar dışında kalan benzer nitelikteki ayrımlar da bu suçun kapsamı içerisine girecektir, ancak bu durum ceza kanunlarının belirlilik ve açıklık taşıması gerekliliğine tamamen ters düşmektedir. Benzer nitelikteki ayrımlar kapsamında, tasarıda yer alıp, kanun hükmünde belirtilmemiş olan aile durumu, örf adet, sendika, köken ve etnik bir gruba mensup olmak değerlendirilebilir. Başka bir ifade ile tasarıda sınırlı olarak sayılmış ancak sonra kanun metnine girmemiş durumlar, 've benzeri sebeplerle ayrım yapılarak' ifadesi kullanılarak aslında yine kapsam içerisine girmiştir. Bunlara ek olarak, AİHS ek 12 numaralı protokolde ifade edilen, servet, doğum, ulusal bir azınlığa mensup olma, ulusal veya sosyal köken veya herhangi bir diğer statü nedeniyle ayrımcılık gözetilmesi de benzeri sebepler arasında değerlendirilebilir.

Diğer önemli bir fark ise, suçun mağduru ve faili bakımından karşımıza çıkmaktadır. Hükümet tasarısındaki metinde, suçun faili gerçek kişiler ve tüzel kişiler olarak ifade edilmiştir; aynı şekilde mağdur da gerçek veya tüzel kişi olabilir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK bakımından suçun mağduru ve faili ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişilere ilişkin düzenlemelere yer verilmiş değildir. Bu konu aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Yukarıda da görüldüğü üzere, hükümet tasarısı bir takım önemli değişikliklere uğramış ve yasanın bugünkü haline dönüşmüştür.

22 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 97

2- Uluslararası Kaynaklar

Yukarıda da açıkladığımız üzere Anayasa m. 90/son'a göre temel hak ve özgürlüklere ilikin hükümler içeren usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler iç hukuk kuralı haline gelmiş ve kanun üstü konuma kavuşmuştur. Bu itibarla bu sözleşmelerde yer alan düzenlemeler hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır. Aşağıda bazı önemli sözleşmeler bakımından konu üzerinde durulacaktır. Genel düzenleme yapan sözleşmelerdeki düzenlemeler daha detaylı incelenecek; buna karşılık özel düzenleme yapan sözleşmelerle ilgili olarak sadece ilgili tanımlar üzerinde durulacaktır.

Türkiye, ayrımcılık yasağına yer veren pek çok uluslararası sözleşmeyi usulüne uygun olarak onaylamış ve iç hukuk kuralı haline getirmiştir. Ayrımcılık yasağına yer veren uluslararası sözleşmelere baktığımızda, aslında hiç birinin ayrıntılı olarak ayrımcılığı tanımlamadığını görmekteyiz. Genel olarak hepsi, bir takım nedenler belirtmiş ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır, gerekli tedbirlerin alınması hususunda sözleşmeci devletlere pozitif yükümlülükler getirilmiştir. Bu husus, aşağıda sözleşmeler hakkında bireysel değerlendirmeler yapılırken de görülecektir. Kendi konuları kapsamında kalmak üzere ayırımcılığa ilişkin tanım getiren düzenlemeler "*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme*[23]" ve "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme*[24]" de yer almaktadır. Ancak, gerek 'Her Türlü Irk Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme' de gerekse "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme*" de sadece düzenleme konusu ayrımcılık kavramları tanımlanmıştır. Bunlar yukarıda da ifade ettiğimiz üzere genel tanımlar değildir, sadece özel olarak kendi kapsamlarında değerlendirilebilirler.

Tanımlar bakımından üzerinde duracağımız bir başka tanım da Sözleşmede tanım olarak yer almamasına karşın Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi kapsamında kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin, ayrımcılığa ilişkin yapmış olduğu tanımdır. Ancak bu konu aşağıda ilgili sözleşme kapsamında değerlendirileceği için tekrardan kaçınmak için burada ayrıca üzerinde durmayacağız.

23 http://www. tbmm. gov. tr/kanunlar/k4750. html erişim tarihi: 20. 04. 2012
24 http://www. unicef. org/turkey/cedaw/_gi18. html erişim tarihi: 04. 07. 2012

Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa m. 90/son kapsamındaki açık düzenleme itibariyle TCK m. 122 uygulaması bakımından da oldukça önemlidir. Zira TCK m. 122'de ayrımcılık tanımlanmamıştır. Sadece maddede sayılan nedenler ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Kavramın belirlenmesi ve gerekçelendirilmesi bakımından uluslararası sözleşmeler kapsamında yapılan tanımların ve düzenlemelerin dikkate alınması yerinde olacaktır.

A. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Türkiye'nin de imzaladığı[25] Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2(1). maddesine göre "*bu sözleşmeye taraf her devlet, bu sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder*"; 2(2)'ye göre, Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler. Yine aynı sözleşmenin 2(3). maddesine göre, sözleşmeye taraf devletlerin ilgili yükümlülüklerini yerine gettirmeye yönelik taahhhütleri arasında;

a) Bu Sözleşme'de tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili *resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi*, ***etkili bir hukuki yola*** başvurma hakkı sağlamak;

b) Bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, idari ve yasama organları veya devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamı tarafından karara bağlanmasını sağlamak ve *yargısal hukuki yollara başvurma imkanını geliştirmek*;

25 Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen "*Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*"ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Bugüne kadar BM üyesi 188 ülkeden 144'ünün imzaladığı Sözleşme, TBMM'de onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir.

c) Bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, *yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak*.

TCK m. 122, bu anlamda hukuki bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak etkili bir hukuki yol olup olmadığı tartışmalıdır. Bu nokta, aşağıda anlatacağımız hususlar gözetildiğinde daha da iyi anlaşılacaktır.

Yine aynı sözleşmenin 3. maddesinde cinsiyet eşitliği düzenlenmiş, sözleşmeye taraf devletler sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasi hakların kullanılmasında farklı cinsiyetlere eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir.

Sözleşme'nin 26. maddesinde hukuk önünde eşitlik düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre "*Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar. "*

Türk Ceza Kanunu bakımından yeni bir kavram olan ayırımcılık, ilgili Sözleşme ile kurulan İnsan Hakları Komitesi'nin uzun süredir ele aldığı bir kavramdır. Komite yaptığı değerlendirmelerle uluslararası alanda kabul gören standartları oluşturmaya çalışmaktadır[26]. Komite, ayrımcılık kavramının " *...ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınIrlandıracak ayrımcılığı..."* ifade ettiğini belirtmiştir[27]. İnsan Hakları Komitesi, 26. maddede her türlü ayrımcılığın yasaklandığını, madde metninde sayılan sebeplerle sınırlı kalınmadığını, hatta yapılan sayımın yanında 'veya başka bir statü ile yapılan' ifadesini eklendiğini ve bu sebeple Komite önüne gelen her başvurunun ayrıca değerlendirilmiş ve karar bağlanmış olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşımdan da görüleceği üzere 26. maddenin kapsamı oldukça geniştir. Hatta herhangi bir sınır çizilmemiş, ucu açık bırakılmıştır[28].

---

26 Karan U., s. 149

27 Karan U., s. 151

28 Karan U., s. 151; Scott Davidson., "*Equality and Non-Discrimination*", Defining Civil and Political Rights: *The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Comittee*, Alex Conte, Scott Davidson, Richard Burchill, Ashgate, Aldershot, 2005, s. 172

B. AİHS

AİHS m. 14'e göre "*Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma özellikle, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiç bir ayrım yapılmadan sağlanır*[29]. "

Maddede de belirtildiği üzere, ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından herhangi bir ayrıma tabi olmadan herkes tarafından yararlanmayı garanti altına almaktadır. Maddede cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, azınlık mensubiyeti, servet, doğum gibi sebeplerle ayrıma tabi tutulma sınırlayıcı olarak değil, örnekleyici sebepler olarak ifade edilmiştir[30].

Sözleşme'de düzenlenen hakların Sözleşmeci Devlet tarafından insanlar arasında hiç bir ayrıma tabi kılınmadan herkese karşı yerine getirilmesini düzenleyen bu madde aslında diğer hükümlerle birlikte yorumlanması gereken bir maddedir. Çünkü ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde, Sözleşmede ve ek protokollerde tanınan ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin herkes tarafından kullanılabilmesi için getirilmiş bir hükümdür[31]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu durumu ilk kez Belçika-Dil Davasında[32] dile getirmiştir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar 14. madde tek başına bir garanti getirmese de Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlüklerin garanti altına alınabilmesi için ilgili diğer maddelerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmedeki hakların ve özgürlüklerin kullanılması bakımından 14. madde dikkate alınır.

Sözleşme'nin 14. maddesi ile, ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır. Bu madde, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından aynı ya da benzer durumda bulunanların farklı uygulamalara tabi tutulmasını engellemektedir[33].

---

29 Çeviri için bkz. Gölcüklü Feyyaz., Gözübüyük Şeref., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. bası, Ankara 2002, s. 452

30 Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R., Sancakdar Oğuz, Önok Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin yayıncılık Ankara 2011, s. 400

31 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400; Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 400; Janis Mark W., Kay Richard S., Bradley Anthony W., *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 3. baskı, 2008, s. 457

32 *Belçika Dil Davası (No 2)*, 23 Temmuz 1968, 1 E. H. R. R. 252, parag. 9

33 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400

AİHS madde 14'te yer alan ayrımcılık yasağı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 26. maddesi[34] ve 12. Ek Protokol[35] hükümleri ile tam olarak örtüşmemektedir. Ancak bu durum 14. maddenin etkisiz olduğu anlamına gelmez[36].

Her ayrım m. 14 kapsamında değerlendirilmez. Örneğin çocukların veya kadınların korunması amacıyla getirilen koruyucu düzenlemeler ayrımcılık yasağı kapsamına girmezler. Burada ifade edilen ayrım yasağı, eşit durumda olanlara eşit davranılmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Pek çok mahkeme kararında[37] da belirtildiği üzere yasaklanan ayrım, "*objektif ve makul bir nedenden mahrum bulunan*" diğer bir ifade ile meşru amaca yönelik olmayan, güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir oran ilişkisi bulunmayanlardır. Açıkça belirtmek gerekirse, farklı durumda veya konumda olan kişilerin farklı statü ya da işleme tabi tutulmaları ayrımcılık olarak tanımlanmaz[38].

Önceki dönemlerde AB uyum süreci çerçevesinde, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin yanında, ayrımcılık yasağının doğrudan Anayasa'da düzenlenmesi girişimleri sonuçsuz kalmıştır[39]. Ancak yeni anayasa çalışmaları kapsamında

---

34 Hukuk önünde eşitlik m. 26, "*Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar.* "

35 Zira Ek 12 Nolu Protokol, hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma bakımından ayrımcılık yasağını düzenleyerek oldukça geniş bir düzenleme getirmiştir.
"Madde 1:
Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması
1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiç bir gerekçeyle, hiç bir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz. "

36 Janis M. W., Kay R. S., Bradley A. W., s. 457; Livingstone Stephen, "*Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*", *European Human Rights Law Review* 1997, s. 25-34, parag. 26

37 *Marckx/Belçika,* 13. 6. 1979, A 31, parag. 33; *Abdulaziz, Cabales & Balkandali v. Birleşik Krallık*, 28. 5. 1985, A 94, parag. 72 parag. 78; *Lithgow et autres/İngiltere*, 8. 7. 1986, A 102, parag. 177,181-183.

38 Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s. 400; Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 400

39 Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., s. 401

ayrımcılık yasağının Anayasal dayanak kazanması yerinde olacaktır. TCK'da *"ayırımcılık"* suçunun düzenlenmiş olması, mevcut Anayasa'daki düzenlemeyi desteklese de, anayasal düzenlemenin sadece devlet veya idari makamlar ile vatandaş arasındaki ilişkiye yönelik olması nedeniyle eksik bir düzenleme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zaten kabul edilip yürürlüğe girmesi halinde, AİHS Ek 12 nolu protokol, her türlü yasal haktan faydalanma bakımından daha geniş anlamda koruyucu bir düzenleme getirecektir. Bu çerçevede konuya ilişkin yeni anayasal düzenlemenin, her türlü yasal hakkı kapsar nitelikte olması gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

1 Ekim 1972'de New York'ta imzalanan Sözleşme 03. 04. 2002 tarihinde 4750 sayılı kanun ile onaylanmış ve 16. 02. 2002 tarihli 224787 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında *"ırk ayrımcılığı"* terimi, *"siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayrım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır[40]"*, şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşme ayrımcılığa ilişkin yasakları ve sözleşmeci devletlerin yükümlülüklerini özellikle ırk ayrımı bakımından değerlendirdiği için daha özel niteliktedir. Ancak bir tanım yaptığı için özel olarak burada ifade etme gereği duyduk.

D. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme

Bu sözleşme de Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi gibi özel nitelik taşıyan uluslararası bir sözleşmedir[41]. Bu Sözleşme'nin 1. maddesinde kadınlara karşı ayrımcılık kavramı tanımlanmıştır. Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı *"siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlarda-*

40 http://www. tbmm. gov. tr/kanunlar/k4750. html erişim tarihi: 20. 04. 2012

41 http://www. resmigazete. gov. tr/main. aspx?home=http://www. resmigazete. gov. tr/arsiv/18898. pdf&main=http://www. resmigazete. gov. tr/arsiv/18898. pdf erişim tarihi: 20. 04. 2012

ki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayrım, dışlama veya kısıtlama" olarak yapılmıştır[42].

Sözleşme'nin 2. maddesinde taraf devletler kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıtayla ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi kabul etmiş ve bu amaçla çeşitli taahhütlerde bulunmuştur.

3- Mukayeseli Hukuk

a. Ceza Mevzuatlarında Ayrımcılık Suçuna Yer Veren Ülkeler

Mukayeseli hukuka baktığımızda ayırımcılık suçuna benzer düzenlemelerin başka Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında da yer aldığını görebiliyoruz.

Örneğin İsveç Ceza Kanunu'nun 2. kitabının "*Kamu Düzenine Karşı Suçlar*" başlıklı 16. bölümünün 9. paragrafında[43];

---

42 8. 3. 2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 2. maddesinde *"kadına yönelik şiddet"* kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, 20. 03. 2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren kanunda tanımlar yapılırken *"Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme"* de yer alan esaslar temel kaynaklardan olmuştur. Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi de bu kaynaklardan bir tanesidir.

43 http://legislationline. org/documents/section/criminal-codes ; erişim tarihi: 22. 05. 2012

"A businessman who in the conduct of his business discriminates against a person on grounds of that person's race, colour, national or ethnic origin or religious belief by not dealing with that person under the terms and conditions normally applied by the businessman in the course of his business with other persons, shall be sentenced for *unlawful discrimination* to a fine or imprisonment for at most one year. The provisions of the foregoing paragraph relating to discrimination by a businessman shall also apply to a person employed in a business or otherwise acting on behalf of a businessman and to a person employed in public service or having a public duty.

A sentence for unlawful discrimination shall also be imposed on any organiser of a public assembly or gathering, and on any collaborator of such organiser, who discriminates against a person on grounds of his race, colour, national or ethnic origin or religious belief by refusing him access to the public assembly or

"*Belirli bir işkolunda faaliyet gösteren bir işveren, insanları ırklarına, renklerine, milliyetlerine, etnik kökenlerine ve dini inanışlarına göre ayrıma tabi tutarak, diğer kişiler ile girdiği iş ilişkilerinde uyguladığı normal şart ve koşulların altında muamele ederse, bu hukuka aykırı ayırımcılık dolayısıyla para cezası veya bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir.*

Önceki fıkrada yer alan ayırımcılıkla ilgili hüküm, bir işte çalışan veya işveren adına hareket eden veya kamu hizmetinde çalışan veyahut kamu görevlisi hakkında da uygulanır.

Yaşadışı ayırımcılığa dair hüküm, kamusal veya herhangi bir özel toplantıda kişilerin ırkları, renkleri, milliyetleri, etnik kökenleri veya dini inançlarından dolayı toplantıya girişini engelleyen toplantının organizatörleri veya onlara yardım edenler hakkında da tatbik edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hüküm, homoseksüel bir kimseye bu durumundan dolayı ayırımcılık yapanlara da uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir[44]. Bu son fıkra, 1987 yılında 610 sayılı Kanun'la ilave edilmiştir.

Yine İspanyol Ceza Kanunu'nun 2. Kitabının 21. başlığının 4. kısmında yer alan "*Anayasa ile Garanti Altına Alınmış Temel Hak ve Hürriyetlerin İcrasına İlişkin Suçlar*" a ilişkin 1. bölüm 512. maddede[45];

"*Her kim, mesleğini ve işini yerine getirirken bir kimseye karşı dünya görüşü, dini inancı, etnik gruba, ırka veya milliyete mensubiyeti, cinsiyeti, cinsel tercihi, ailevi durumu, hastalığı ve engelliliği nedeniyle iş vermeyi reddederse, sahip olduğu bir meslek veya sanatı veya ticareti yapma ehliyetini 1 yıldan 4 yıla kadar kaybeder*"[46] şeklinde düzenlenmiştir.

---

gathering under the terms and conditions normally applied to other persons.
A sentence for unlawful discrimination shall also be imposed on any person designated in the first to third paragraphs above who, in the manner there indicated, discriminates against another on the ground that the latter has a homosexual disposition. (Law 1987:610)"

44 Yenidünya C., "*5237 sayılı TCK'da Ayırımcılık Suçu*", s. 100

45 http://www. google. com. tr/search?q=spanish%20penal%20code&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org. mozilla:tr:official&client=firefox-a&source=hp&channel=np erişim tarihi: 22. 05. 2012
Article 512: "*Those who, in the exercise of their professional or business activities, were to deny a person a service to which he is entitled due to his ideology, religion or belief, his belonging to an ethnic group, race or nation, his gender, sexual preference, family situation, illness or handicap, shall incur the punishment of special barring from exercise of profession, trade, industry or commerce, for a term of one to four years.* "

46 Yenidünya C., "*5237 sayılı TCK'da Ayırımcılık Suçu*", s. 99-100

Hem İsveç Ceza Kanunu'nda hem de İspanyol Ceza Kanunu'nda ayrımcılık ile ilgili suç tipleri iş hukuku ilişkileri esas alınarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık yaparak işe almamak, çalıştırdığı kişiye farklı muamele yapmak gibi. Bu anlamda yapılan düzenlemeler aslında iş hukuku mevzuatını desteklemektedir. Oysa ki Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, bu düzenlemelerden çok daha geniştir ve genel niteliklidir. Sadece işe almamak değil, bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetten yararlanılmasını engellemek, besin maddelerini vermemek, kişinin olağan ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek şeklinde çeşitlendirilmiştir.

b. Ayrı Bir Ayrımcılık Mevzuatı ile Düzenleme Yapan Ülkeler

Bu başlık altında öncelikle Birleşik Krallık'taki düzenlemeler üzerinde duracağız. Birleşik Krallık'ta yer alan düzenlemelere baktığımızda, ayrımcılık hukuku (discrimination law) adı altında bir bilim alanı oluşturulduğu ve ayrımcılığın konusuna ve türüne göre değişik kanunlarda, değişik düzenlemelerin yapılmış olduğunu görmekteyiz. Bunun temel nedeni, Birleşik Krallık'ın çok uluslu bir devlet yapısına sahip olması ve sömürgecilik dönemi nedeni ile ülkenin sömürgeleştirdiği yer insanlarına kendi pasaportunu vermiş olmasıdır. Çok uluslu bir yapının ve çeşitli farklı kökenden gelen insanların birarada yaşaması, ayrımcılık ile ilgili sorunları da beraberinde getirmektedir. Nitekim sadece Birleşik Krallık değil, benzer yapıda olan diğer ülkelerde de ayrımcılığa ilişkin mevzuatları ulus devlet olanlara göre daha geniştir.

Birleşik Krallık mevzuatında, yerel yasal düzenlemeler (*statutory law ve common law)* kadar Avrupa Birliği Hukuku, Adalet Divanı tarafından verilmiş yargı kararları da oldukça önemli bir yere sahiptir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ile iç hukuka adapte edilmesi neticesinde gelişen uygulamalar da büyük önem taşımaktadır[47].

Konuya ilişkin temel yerel düzenlemelerden bazıları şunlardır: 1976 tarihli Irk İlişkileri Kanunu (*Race Relations Act 1976*); 1975 tarihli Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu (*Sex Discrimination Act 1975);* 1970 tarihli

47 Connolly M., s. 15-57

Eşit Ücret Kanunu *(Equal Pay Act 1970)* ve 1995 tarihli Engelli Ayrımcılığı Kanunu *(Disability Discrimination Act 1995)*. Bu düzenlemeler iş alımında yaşanan ayrımcılıklar kadar; mal satımı, hizmet ilişkileri, fırsat eşitliği, eğitim, iskan, mülkiyet, idari makamların faaliyetleri gibi diğer alanlarda da yapılan ayrımcılıkları kapsar. Ayrıca, Avrupa Birliği hukukunun gerektirdiği iş hukuku kapsamında din ve inanç[48], cinsiyet[49], yaş[50] nedeniyle yapılan ayrımcılıklara ilişkin yasal düzenlemeler de bulunmaktadır[51].

Yukarıda ifade ettiğimiz yazılı düzenlemeler, nerede ise ayrımcılıkla ilgili her detayı tek tek değerlendirmiştir. Çünkü Birleşik Krallık'ta ayrımcılık, kendine özgü mevzuatı bulunan ayrı bir bilim dalıdır. Bu nedenle Birleşik Krallık ile ilgili açıklamalarımızda sadece konuya ilişkin yasal düzenlemelerin adlarını vermekle yetindik.

Sonuç olarak Birleşik Krallık mevzuatına baktığımızda ayrımcılık hukukuna ilişkin çok kapsamlı düzenlemelerin ve uygulamaların olduğunu ifade edebiliriz. Yukarıda da açıkladığımız üzere farklı ırtan gelen pek çok insanın bir arada yaşaması bu düzenlemelerin yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Britanya adası içindeki ırk farklılıklarının yanında, ayrıca sömürgecilik döneminde İngiliz sömürgesi olan pek çok ülke vatandaşına Birleşik Krallık pasaportunun verilmiş olması, ülke içerisindeki kozmopolit yapıyı ve ayrımcılığı arttırmıştır. Bunun doğal sonucu olarak ortaya çıkan ve yaşanan sıkıntıları çözmek amacıyla ciddi düzenlemeler yapılmıştır.

Federal Almanya'da da Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, ayrımcılığa ilişkin özel bir mevzuat bulunmaktadır. Kamu çalışanları ve kamu hizmeti gibi kamu hukuku ile ilgili alanlarda eşitlikle ilgili temel güvenceleri içeren hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. İş hukukunda genel bir ayrımcılık yasağı öngören düzenleme ve içtihatlar bulunmaktadır. Engellilik, cinsel eğilim, din ve inanç alanlarında çeşitli normlar kabul edilmiştir. 2006 yılında ayrımcılık ile ilgili yeni bir kanun (*Gesetz zur Umsetzung Europaisher Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung-General Equal Treatment Act)* kabul edilmiş ve

48 2 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir.
49 1 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir.
50 1 Ekim 2006'da yürürlüğe girmiştir.
51 Connolly M., s. 15

daha önce kabul edilmiş olan Genel Eşit Muamele Kanunu (*Allgemeines Gleichbehndlungsgesetz)*, Askerlere Eşit Muamele Kanunu (*Soldaten und Soldatinnengleichbehandlungsgesetz)* ve diğer bazı kanunlarda değişiklikler yapılmış, ayrımcılık yasağı konusunda yasal düzenlemeler yenilenmiştir[52].

2006 yılında kabul edilen Genel Eşit Muamele Kanununun en önemli getirilerinden biri 25. maddesi ile Federal Alman Ayrımcılık Karşıtı Ajansı kurmuş olmasıdır. Ajans, Federal Aile İlişkileri, Vatandaşlık, Kadınlar ve Gençlik Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Görevleri bakımından idareden bağımsız, kendi kanunu ile bağlı bir kuruluştur. Ajans, bireylerin ayrımcılık yasağına karşı haklarının korunmasında destek sunma, temel haklar konusunda bilgilendirme, diğer hukuki kurumlarca hukuki yardım sunulmasını sağlama, taraflar arasında arabuluculuk yapma, genel olarak kamuoyunu bilgilendirme,ayrımcılığın önlenmesi için harekete geçme, bilimsel çalışmalar yapma ve 4 yılda bir ayrımcılıkla ilgili rapor sunma görevlerini yürütmektedir[53].

Federal Almanya'da ayrımcılık ile ilgili görev yapan kuruluşlar bunlardan ibaret değildir. Federal ve federe yönetimlerde ayrımcılık ile ilgili çalışmalar yapan, hükümete ve diğer kamu kurumlarına tavsiyelerde bulunan, raporlar yayınlayan, ayrımcılık mağdurlarına bireysel tavsiyelerde bulunmak gibi görevleri yerine getiren Yabancıların Entegrasyonu Temsilcisi, Alman Etnik Kökenine Sahip Göçmenler, Ulusal Azınlıklar ve Engelliler Temsilcileri veya Alman İnsan Hakları Enstitüsü gibi kurumlar da bulunmaktadır[54].

4- Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Ayırımcılık

Avrupa Birliği dahilinde olan tüm devletlerin mevzuatlarında ayrımcılık yasağına ilişkin değişik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu ülkelerden bazıları konuyu ceza hukuku kapsamında da değerlendirmiştir. Birliğin temel ilkelerinden biri, üye ülkelerde iş ve sermaye hareketliliğinin sağlanması ve bu amaçla gerek sermayenin gerekse iş gücünün Birlik içerisinde ayrım yapılmaksızın hareket etmesinin

52 Karan U., "*Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı...*", s. 82
53 Karan U., Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı..., s. 85
54 Karan U., Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı..., s. 85

sağlanmasıdır. Bu da ancak ayrımcılık yapılmaması ile mümkün olabilir. Oysa ki, son yıllarda Avrupa'da ırkçılık ve yabancı düşmanlığı sürekli artmaktadır. Avrupa Birliği'ne üye olan devletlerin ceza hukuklarındaki konuya ilişkin düzenlemelerin birbirinde farklılık teşkil etmesi, ayrımcılık ile mücadele edilmesini her geçen gün zorlaştırmaktadır. Yukarıda mukayeseli hukuk kapsamında bazı ülkeler bakımından yaptığımız açıklamalar da da görüleceği üzere yeknesaklık oluşturulamamıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği düzeyinde de ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır[55]. Ancak bunlar değişik alanlarda ve farklı düzenlemeler ile gerçekleştirilmektedir. Örneğin ırkçılık ile yabancı düşmanlığı ile mücadele (Lizbon Antlaşması m. 67/3), istihdamda eşit muamele (2000/78/EC) gibi farklı farklı direktiflerde düzenleme altına alınmaktadır. Zira Avrupa Birliği'nin doğrudan uygulanabilir ceza hukuku kuralı koyma yetkisi bulunmamakta, bunun doğal sonucu olarak, Birlik organlarının da kriminal bir cezaya hükmetme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum Avrupa Birliği Adalet Divanı ve üye ülke yargı organları kararlarında ve öğretide de dile getirilmekte ve vurgulanmaktadır. Üye devletlerin ceza hukukuna ilişkin yetkilerini Birliğe devretmedikleri, Avrupa Birliği'nin doğrudan suç tipleri yaratma ve cezaya hükmetme yetkisinin bulunmadığı konusunda genel bir görüş birliği bulunmaktadır. Çünkü Avrupa Birliği ceza hukuku alanında hukuk yaratma yetkisine sahip değildir ve ceza hukukuna ilişkin yaptırım uygulama yetkisi de bulunmamaktadır[56].

Bununla birlikte, Avrupa Birliği'nin direktif çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Kural olarak, direktiflerin muhatabı olan üye Devletler, iç hukukta düzenleme yapmadıkça, Direktifin iç hukuka doğrudan bir etkisi olmaz. Antlaşma tüzükler için açık olarak belirttiği doğrudan etkiyi direktifler için öngörmemiştir[57]. Bununla birlikte üye ülkelerin ilgili direktifleri iç hukukun bir parçası haline getirme zorunluluğu bulunmaktadır[58]. Bunun şekli ve metodu üye ülkenin

55 Erdem Mustafa R., 'Avrupa Birliği'nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele', *Fasikül Hukuk Dergisi*, yıl. 3,sayı. 16, Mart 2011, s. 61

56 Erdem Mustafa R., s. 8

57 Özkan Işıl., *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin yayıncılık, Ankara 2011, s. 102

58 Hartley Trevor C., *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 7th ed., 2010, s. 229

bizzat kendi takdirine bırakılmıştır. Verilen süre içerisinde direktifin iç hukuk kuralı haline getirilmemesi halinde, İlgili devlet Birlik hukukundan kaynaklanan görevlerini yapmamış olur. Böyle bir durumda milli yargıç, direktifi uygulayabilir. Nitekim *Sace*[59] ve *Van Duyn*[60] kararlarında direktiflerin doğrudan etkisi kabul edilmiştir[61]. *Grad* kararında[62], direktiflerin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin sona ermesi ile direk etki oluşacağı ve iç hukuka doğrudan etki edeceği ifade edilmiştir.

Direktifleri yaşama geçirmeyen üye devletlere Avrupa Birliği'nin yaptırım uygulama imkanı bulunmaktadır. Ancak bu direktifleri uygulama zorunluluğu kamu kurumlarına aittir; özel kurumlar bakımından böyle bir bağlayıcılık bulunmamaktadır[63]. Çünkü her iki tarafın da özel kişi olduğu durumlarda doğrudan etki söz konusu olmaz[64]. Bununla birlikte özel bir kurumun direktife aykırı uygulaması nedeniyle birey herhangi bir zarara uğrarsa, zarar nedeniyle devlete tazminat davası açma hakkına sahip olmaktadır.

Direktiflerden farklı olarak Avrupa Birliği Konseyi'nin konuya ilişkin çıkardığı çerçeve kararlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda Konsey'in 06. 12. 2008 tarihinde yürürlüğe giren Irkçılık ve Yabancı Dümanlığının Belirli Türleri ve İfade Biçimleri ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele Hakkında Çerçeve kararı (*On Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by means of Criminal Law*[65]) önem taşımaktadır. Üye devletlerin söz konusu çerçeve kararı 28. 11. 2010 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmaları gereklidir. Ancak gördüğümüz kadarı ile üye devletlerin ancak bazıları bu yükümlülüklerini yerine getirmiş durumdadır. İlgili çerçeve karar ile ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile bağlantılı suçların etkin, uygun ve caydırıcı

59 17. 12. 1970, 33/70 Rec, 1213
60 04. 12. 1974, 41/74, Rec. 1337; 1974 ECR,1346
61 Özkan I., s. 102; Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın, 5. baskı, Ankara 2011, s. 167
62 *Grad v. Finanzamt Traunstein*, 9/70, (1970) ECR., 825
63 Nyssens Harold, Lackhoff Klaous, "*Direct Effect of Diectives in Triangular Situations" European Law Review*, 1998- 2, No. 5, s. 402
64 Weatherill Stephen, Beaumont Paul, *EU Law*, 3rd. Ed., Penguin, 1999, s. 401; Steiner Josephine, Woods Lorna, *Twigg-Flesner Christian EU Law,* Oxford Unv. Press, 9th ed., 2006, s. 104; Nyssens H., Lackhoff K., s. 397-413
65 COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA of 28 November 2008, L 28/55

cezalarla yaptırım altına alınması amaçlanmıştır (madde 3/1). Ayrıca 3. maddenin 2. fıkrasında birinci madde kapsamına giren hareketlerin cezalarının sınırları da belirtilmiştir. Buna göre ceza asgari 1 yıl azami 3 yıl hapis cezası olabilir.

Görüldüğü üzere çerçeve karar ile, üye devletlerin iç hukukuna, ceza hukukuna doğrudan etki yaratacak bir düzenleme yapılmış ve konu üzerindeki takdir yetkileri sınırlandırılmıştır. Kural olarak çerçeve kararlar mevzuatın uyumlulaştırılması için kullanılır. Bunlar hedef yönünden bağlayıcı olmakla birlikte milli mahkemelerde ileri sürülebilecek bağımsız haklar sağlamazlar[66]. Buna karşılık yukarıda ifade ettiğimiz karar, uyumlulaştırma kapsamında doğrudan ceza hukuku üzerinde etki yaratmıştır. Uyumlulaşma sürecinde ceza hukukunun bir araç olarak kullanılması tartışmalı bir durumdur[67]. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere üye ülkelerin bu konu üzerinde çekinceleri bulunmaktadır.

Son olarak ayrıca belirtmeliyiz ki, 13 Aralık 2007 tarihinde Lizbon'da imzalanan ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması[68], AB Temel Haklar Şartı'nı hukuki olarak bağlayıcı hale getirmiştir[69]. Temel Haklar Şartının III. Bölüm 20-23. maddelerinde 20. maddede kanun önünde eşitlik, 21. maddede ayrımcılık yapmama[70], 22. maddede kültür, din, dil çeşitliliği ve 23. maddede kadın ve erkek arasındaki eşitlik düzenlenmiştir. Lizbon Antlaşması ile bu düzenlemeler artık üye devletlerin iç hukukunda tam bir hukuki bağlayıcılığa kavuşmuştur.

---

66 Çerçeve Kararların hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Özkan I., Avrupa Birliği Kamu Hukuku, s. 118 vd.

67 Erdem Mustafa Ruhan., 'Avrupa Birliği'nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele', s. 15

68 Lizbon Antlaşması için detaylı bilgi için bkz. Topal Emre, "*Lisbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış*", *Yasama Dergisi* sayı 9, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2008, s. 17-34

69 http://www. mfa. gov. tr/lizbon-antlasmasi. tr. mfa ; erişim tarihi: 9. 08. 2012

70 Madde 21: Ayrımcılık yapmama
1- Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, server, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.
2- Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulama alanı kapsamında ve bu Antlaşmaların özel hükümlerine halel gelmemek kaydıyla, milliyet esasına dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.

III- Ayırımcılık Suçunun Unsurları

1- Korunan Hukuksal Yarar

Gerekçede, 'bu suç ile insanlar arasında yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmelerinin cezalandırıldığı' belirtilmiştir. Suçun amacının ise, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayrım yaptırmamak ve millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek olduğu ifade edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti de Anayasası'nın 2. maddesinde ifade edildiği üzere, bir hukuk devletidir. Yine Türkiye'nin de imzalamış olduğu Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 13. maddesine göre, 'herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını kolaylaştırmak' için önlemeler almak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun görevleri arasında yer almıştır. Birleşmiş Milletlerin bu misyonu günümüzde uluslararası hukukun temel kavramlarından biri olmuştur[71].

AİHS m. 14 kapsamında da ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, "*bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırımcılık yapılmadan sağlanır*". Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapılmasının engellenmesi, sözleşmeci devletlere yüklenen önemli bir ödevdir. Ayrıca, ek 12 nolu Protokol ayrımcılığı genel olarak yasaklayan temel bir düzenleme getirmiş ve hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma bakımından her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır.

Yukarıda da açıklandığı üzere Türkiye'nin de imzaladığı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 2. maddesine göre Türkiye ayırımcılığın engellenmesi konusunda çeşitli taahütlerde bulunmuştur.

Yine aynı sözleşmenin 3. maddesinde cinsiyet eşitliği düzenlenmiş sözleşmeye taraf devletlerin sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasi hakların kullanılmasında farklı cinsiyetlere eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir.

---

71 Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R, Sırma Ö., Saygılar Y., Alan E., s. 86

Elbetteki Türkiye'nin konuya ilişkin olarak imzaladığı uluslararası sözleşmeler bunlardan ibaret değildir. Yukarıda bunları ifade etmiştik. Türkiye gerek imzaladığı uluslararası sözleşmeler ile gerekse Anayasası ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılık yapmayacağını ifade etmiş; bunun doğal bir gereği olarak da TCK'da *"ayırımcılık"* suçu düzenleme altına alınmıştır. Ancak düzenlemenin ne kadar yeterli olduğu konusu tartışmalıdır. Bu husus yeri geldikçe ilgili bölümlerde açıklanacaktır.

Ayırımcılık suçu, TCK'da ikinci kitap ikinci kısım yedinci bölümde *"hürriyete karşı suçlar"* başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda temel bir hak ve özgürlük olan farklı muameleye tabi olmamak hakkının korunması söz konusudur. Farklı muameleye tabi olmamak amacıyla değişik hukuk alanlarında yapılmış olan düzenlemeler, cezai bir düzenleme ile desteklenmiştir[72].

Tüm bu açıklamaların ışığı altında sonuç olarak suç ile korunan hukuksal yararı, kişilerin sadece insan olması nedeniyle hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve özgürlükleri hiç bir ayrım yapılmaksızın kullanmalarının sağlanması ve gerek devlet makamları önünde, gerekse bireyler arasında eşit muamele görme hakkının korunması olarak ifade edebiliriz[73].

2- Maddi Unsurlar

A. Fiil

TCK m. 122'de suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler seçimlik olarak belirtilmiş ve 3 bent altında toplanmıştır. Failin maddede belirtilen saiklerle bu hareketlerden yalnızca birini gerçekleştirmesi yeterlidir[74]. Birden fazla hareketin somut olayda birlikte gerçekleşmesi halinde de yine tek suç oluşur. Bunlar yer aldığı bendler kapsamında aşağıda ayrı ayrı değerlendirilecektir.

---

72 Benzer yönde görüş için bkz. Özbek Veli Ö., Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 480

73 Benzer görüş için bkz. Artuk Emin, Gökcen Ahmet, YeniDünya Caner, *TCK Şerhi*, Turhan Kitapevi, 3. cilt, Ankara 2009, s. 3023

74 Suçun bağlı hareketli bir suç olduğununu ifade eden farklı görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 480

Ayırımcılık suçu salt hareket suçudur. Seçimlik hareketin yapılması ile tamamlanır. Ayrıca bir neticenin doğmuş olması aranmaz. Diğer bir ifade ile, maddede belirtilen *"engelleme", "işe almama veya alınma", "reddetme"* hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır[75].

Ayırımcılık suçu, TCK m. 122/1- a ve c bendleri kapsamında (a bendinde yer alan işe almama hariç) seçimlik hareketler bakımından ancak icrai hareketle işlenebilir. Buna karşılık TCK m. 122/1-b bendi, suçun seçimlik hareketini gerçek ihmali hareket olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK, gerçek ihmali suçlar dışında kalan görünüşte ihmali suçlar bakımından sadece kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88) ve işkence suçu (TCK m. 94/5) bakımından suçun ihmali hareketle işlenebileceğini açıkça düzenlemiş ve bu bağlamda, ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabileceği durumların 3 suç ile sınırlı tutmuş olmasından dolayı; görünüşte ihmal, TCK'nın özel bölümünde ve yan ceza kanunlarında yer alan diğer suçlar bakımından tipik hareket olarak kabul edilmemiştir. Aksini kabul, tipikliği genişletici bir etki oluşturur. Genel hükümler kapsamında da, icrai hareketle işlenebilen suçların ihmali hareketle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Oysa ki Alman Ceza Kanunu'nda (m. 13/1) olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nda da bu konuya ilişkin genel bir düzenleme yapılması gereklidir[76]. Bu düzenleme yapılmadığı sürece yukarıda açıkladığımız gerekçelerle ayırımcılık suçunun birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerinde sayılan seçimlik hareketlerinin (a bendinde yer alan işe almama hariç) sadece icrai hareketle işlenebileceği kanaatindeyiz. Ancak öğretide bu konuda farklı görüşte bulunanlar da bulunmaktadır [77].

---

75 Yenidünya C., s. 107

76 Öztürk B., Erdem M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 179; Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010, s. 369; Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul 2010, s. 161; Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 11. baskı, Ankara 2011, s. 141 "*Hakeri daha önceki yayınlarında bütün suçların garantörsel ihmali suç şeklinde işlenebileceğini savunmuşsa da son basısında bu görüşünü değiştirmiş ve genel hüküm eksikliği nedeniyle TCK'da sadece açık olarak ifade edilen yukarıda bizim de sözünü ettiğimiz suçlar bakımından icrai hareketin ihmali harekete eş değer olarak kabul edileceğini ifade etmiştir.* " Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 218 "*Özgenç'e göre de TCK Genel Hükümler'de ihmali suçlar ile ilgili genel bir düzenlemenin yapılması gereklidir. Böyle bir düzenleme olmadan icrai hareketle işlenebilen suçların ihmali hareketle işlenebileceğinin kabulü kanunilik ilkesi ile çelişir*".

77 Farklı görüş için bkz. Yenidünya C., s. 107

a. Birinci bent kapsamına giren hareketler

Birinci bent kapsamına giren hareketler şunlardır: Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını veya devrini engellemek; bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engellemek; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını engellemektir. Maddede belirtilen (kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle) saiklerle ayrım yapılarak bu hareketlerden birinin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından yeterli olacaktır. Bu bent altında 3 seçimlik hareketten bahsedildiği için her bir seçimlik hareketi ayrı başlık altında değerlendirmek yerinde olacaktır.

aa- Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını veya devrini engellemek

Bir taşınır veya taşınmaz malın maddede belirtilen ve benzeri saiklerle satılmasının veya devrinin engellenmesi bu başlık altında açıklayacağımız ilk harekettir. Tipik hareket yukarıda da açıkladığımız üzere ancak icrai bir hareket olabilir[78].

Bir taşınır veya taşınmazın maddede belirtilen saiklerle ayrım yapılarak satılmasının veya devrinin engellenmesi özel hukuk alanında olabileceği gibi kamu hukuku alanında da olabilir. Kamu hukuku kapsamında gerçekleşen sözleşmelerin şartları genellikle ilgili kanunlar çerçevesinde (örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu) açık bir şekilde düzenlenmektedir. Buna karşılık özellikle özel hukuk alanında gerçekleşecek sözleşmeler bakımından *"sözleşme özgürlüğü"* ne ilişkin sınırın dikkatlice belirlenmesi gerekir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 04. 02. 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun 26. maddesine göre " *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*". Yine aynı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasında sözleşme özgürlüğünün sınırları belirtilmiştir. Buna göre "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*". O halde sözleşme özgürlüğünün sınırı ne zaman aşılacak ve ilgili hareket ne zaman ayırımcılık suçu kapsamına girecektir? TCK m.

78 Farklı görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 482

26/1'de 'hakkın kullanılması' ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Şimdi soruyu bir de şöyle soralım. Hakkın kullanımı hukuka uygunluk nedeni bakımından 'sözleşme özgürlüğü hakkı' nın sınırı ne zaman aşılacak yada yapılan hareket ne zaman sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyecektir? İşte bütün bu hususların dikkatlice somut olay bakımından değerlendirilmesi ve tespit edilmesi gerekir[79].

Bu noktada yaşanacak bir başka sorun da ispat konusunda olacaktır. Çünkü ilgili hareketin sözleşme özgürlüğü kapsamına girmemesi için TCK m. 122'de belirtilen saiklerle yapılmış olması gerekir. Ancak böyle bir ayrımın yapıldığını ispatlamak her zaman kolay olmayacaktır. Örneğin, (K) ırkından gelmesi nedeniyle o site içerisinde yer alan konutların bu kişilere satılmaması. Ancak bu hususun ispatlanması büyük bir sorun teşkil edecek, yazılı veya bilimsel delillerle bu hususların açıklığa kavuşması nerede ise mümkün olmayacaktır. Zira bu tür ayrımcılıklar genellikle dolaylı yollardan yapılır. Yazılı olarak metin haline getirilmezler. Çünkü bu tarz ifadeler kat malikleri yönetim planlarına yazılmaz veya ilgili inşaat firması bu tarz yaklaşımlarını açıkça ortaya koymaz. Günlük hayatta en sık karşılaştığımız hallerden bir tanesi homoseksüel kişilere taşınmaz satmama şeklinde görülmektedir. Fuhuş ile uğraşan veya taşkın hareketlere sahip bir kişinin ilgili site veya apartman içerisinde sıkıntı oluşturabileceği düşünülerek ev satılmaması ayrımcılık olarak mı değerlendirilmeli yoksa sözleşme özgürlüğü kapsamında da mı değerlendirileecektir? Genellikle toplumsal önyargılar fiili durumların önüne geçmekte ve sosyal hayatımıza etkilemektedir. Değer yargılarımız, korkularımız, bireysel tercihlerimizin şekillenmesinde büyük bir rol oynamaktadır. İşte bu noktada ortada bir suç oluşup oluşmadığının tespitini yapmak, hakimler için oldukça güç olacaktır. Genel olarak sadece cinsel tercihleri nedeniyle kişilere karşı ayrımcılık yapılıp yapılmadığı somut olay bakımından mutlaka ispatlanmalıdır, aksi halde bu suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zaten aşağıda da görüleceği üzere, ilgili suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilen dava sayısı neredeyse yok denecek kadar azdır.

79 Artuk Emin, Gökcen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhankitapevi, Ankara 2011, s. 355

Mevzuatta yer alan kısıtlamaların uygulanması ayrımcılık suçu kapsamında değerlendirilmez. Örneğin yabancılara taşınmaz satımı ile ilgili getirilen sınırlamalar bu kapsamda olacaktır. Bu çerçevede bir malın satımının veya devrinin engellenmesi ayırımcılık suçu olarak nitelendirilmeyecektir[80].

ab- Bir hizmetin icrasını veya bu hizmetten yararlanmayı engellemek

TCK m. 122'nin birinci fıkrasında düzenlenen diğer seçimlik hareket, bir hizmetin icrasını veya bu hizmetten yararlanmayı engellemektir. Elbetteki bu engellemenin hukukça meşru sayılabilecek haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Gerçekleştirilen hizmetin özelliklerine uygun, haklı ve makul sınırlamalar bu suçun oluşmasını engeller ve tipik hareket gerçekleşmiş sayılmaz. Örneğin 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesine[81] 19. 01. 2008 tarih ve 5727 sayılı Kanun'un

80 Yenidünya C., s. 108

81 **Tütün Ürünlerinin Yasaklanması**
Madde 2 - (Değişik madde: 19/01/2008-5727 S. K. /3. mad)
(1) Tütün ürünleri;
a)Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,
b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,
c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,
ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,
d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,
tüketilemez.
(2) Ancak;
a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,
b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde, tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.
(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.
(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir.
(5) Bu Kanunun tütün ürünleri tüketilmesine tahsis edilen kapalı alanlarının koku

3. maddesi ile yapılan değişiklik kapsamında kapalı mekanlarda sigara içilmesi bazı istisnalar dışında yasaklanmıştır. Sigara kullanan bir kişinin kapalı mekanda sigara içmesi mümkün olamayacağı için kapalı mekandaki hizmetten bu sebeple faydalanamayacaktır. Bu gibi hallerde yapılan engellemeler, ayırımcılık suçu olarak değerlendirilmeyecektir.

Ancak yapılan ayrım hiç bir hukuki haklı gerekçeye dayanmıyorsa, ilgili hareket ayrımcılık suçunun oluşmasına sebep olur. Örneğin, dini inançları nedeniyle restoran işleten bir kişinin başı açık gelen bir kadını, restorana girmesinin engellenmesi; terör olayları nedeniyle farklı etnik kökenli TC. vatandaşlarına yönelik ayrım yapıp sadece farklı etnik kökenden oldukları için yemek vermemek amacıyla restorandan çıkartılmaları bu suçu oluşturur. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Dini inanış, renk, cinsiyet, mezhep, ırk gibi gerekçelerle yapılan insan onuruyla bağdaşmayacak davranışlarla kamuya sunulmuş hizmetlerden bazı insanların faydalanmasını engellemek, bu suçun oluşmasına neden olacaktır.

Engelleme hareketi ancak icrai bir hareket olabilir. Bu nedenle yukarıda verdiğimiz örneklerin hepsi icrai hareketlidir. Diğer bir ifade ile, hükümde ifade edilen sebeplerle hizmetten yararlandırmamanın ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmaz. Bu takdirde yukarıda verdiğimiz örnekleri yemek vermemek şeklinde değiştirdiğimizde suçun oluşmayacağını söylemek durumdayız. Bu sonuç, suç ile korunan hukuksal yarar ve maddi unsuru birlikte değerlendirdiğimizde sıkıntı yaratmaktadır. Ancak TCK'nın konuya ilişkin yaklaşımı açıkça ortadadır. Sadece bu suç tipi bakımından değil, başka suçlar bakımından da benzer sıkıntıların doğması söz konusu olabilmektedir. Bu sıkıntıların giderilebilmesi için TCK'nın genel hükümleri düzenleyen ilgili kısmına en kısa zaman içerisinde ek bir düzenlemenin yapılması gereklidir.

---

ve duman geçişini önleyecek şekilde tecrit edilmesi ve havalandırma tertibatı ile donatılması gerekir.

(6) Bu Kanunun uygulanmasında *"tütün ürünü"* ibaresi tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş maddeyi ifade eder.

Ayırımcılık suçu salt hareket suçudur. Bu nedenle maddede belirtilen gerekçelerle hizmetten yararlandırılmanın engellenmesi yeterlidir. İlgili hareket nedeniyle mağdurun ayrıca bir zarara uğraması gerekmez.

İlgili hareket, ayrım yapılan kişinin bu hizmetlerden tamamen faydalanmasını engellemek şeklinde ortaya çıkabileceği gibi ilgili hizmetin alınmasının zorlaştırılması şeklinde de olabilir. Çünkü zorlaştırmak da engellemenin bir çeşitidir. Nitekim ilgili hizmetten faydalanmak isteyen kişinin bu hizmeti almasının zorlaştırılması, çoğu zaman mağdurun bu hizmeti almaktan vazgeçmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle zorlaştırmanın da engelleme içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz[82]. Ancak bu zorlaştırma hareketinin de icrai nitelik taşıması gerekecektir.

ac- Bir kişinin işe alınması veya alınmamasını birinci fıkrada sayılan hallerden birine bağlanması

TCK m. 122'nin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan üçüncü seçimlik hareket, bir kişinin işe alınması veya alınmaması kararının maddede sayılan ve örnekleyici olarak bildirilen sebeplerden birine bağlanmasıdır. İşe almak icrai bir hareket iken işe almamak fiili ihmali bir hareket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda işe almamak, gerçek ihmali hareket olarak değerlendirilecektir.

Bu seçimlik hareketin tespiti bakımından yapacağımız değerlendirmelerde Anayasa ve İş Kanununun ilgili maddelerini de dikkate almalıyız. Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan ekleme ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. İkinci fıkraya 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yapılan ekleme ile bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa'nın bu maddesine uygun olarak düzenlenen 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma

82 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 109

ilkesi düzenlenmiştir. Bu kapsamda m. 5/1'e göre *"iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz"*. Bu hükümde de TCK'daki düzenlemeye benzer bir şekilde *"benzer sebeplerle"* ifadesi kullanılmış ve örnekleyici bir tanım yapılmıştır. Bu nedenle ayrım yapma yasağı sadece sayılan sebeplerle sınırlı tutulmamış benzer nedenleri de kapsam içerisine almıştır[83].

Bu ilke işverene, işyerinde çalışan işçilere makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu getirdiği için işverenin davranış özgürlüğünü kısıtlamaktadır. İşverenin keyfi ayrım yapmasını yasaklamaktadır. Eşit davranma ilkesi tüm işçilere hiç bir farklılık gözetilmeksizin aynı uygulamaların yapılmasını değil, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaçlar[84].

İş Kanunu'nun m. 5/3'e göre işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınların da olmasına rağmen işe alınan işçilerin tamamen erkek olanlardan seçilmesi veya hamile olan kadınların işe alınmaması gibi hallerde ayrımcılık yapılması söz konusu olacaktır. Gerek İş Kanunu m. 5/3, gerekse TCK m. 122/1-a'da durum yasaklanmış ve TCK kapsamında bu durum suç haline getirilmiştir. İş Kanunu m. 5/6'da ise tazminat sorumluluğu düzenlenmiştir. Konuya ilişkin bir başka düzenleme de Sendikalar Kanunu m. 1'de yer almaktadır. 31/1'e göre, işçilerin işe alımalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

İş Kanunu'nun m. 99/1-a'da bu kanunun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklere aykırılık halinde işveren veya işveren vekiline idari para cezası verileceği düzenlenmektedir. Diğer bir ifade ile İş Kanunu eşit davranma ilkesine aykırılığı ve de bu bağlamda ayrımcılık yapılmasını kabahat olarak düzenlemektedir. Konuya ilişkin TCK m. 122'deki düzenleme ise ayrımcılık yapılarak bir kişinin işe alınması veya

83 Süzek Sarper, *İş Hukuku*,Beta, 2. bası, İstanbul 2005, s. 362
84 Tuncay A. Can., *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 5

alınmaması kararı verilmesini ayırımcılık suçu olarak düzenlemiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/'e göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmışsa, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Bu çerçevede, eğer bir işveren ayrımcılık yaparak bir kişiyi işe almamış veya yine ayrımcılık yaparak bir takım kişileri işe almış ise, bu takdirde İş kanunu m. 99, İş Kanunu m. 5/3 ile bağlantılı olarak uygulanmayacak TCK m. 122'den hareket edilerek ilgili işlemler yapılacaktır. Kısaca İş Kanunu m. 5'te yer alan hallerin TCK m. 122 kapsamına girmesi halinde, İş Kanunu m. 99 artık uygulanmayacaktır. Ancak burada hemen belirtmekte yarar var ki, TCK m. 122'de düzenlenen ayrımcılık yaparak işe almama veya alma fiillerinin kapsamı İş Kanunu m. 5'te yapılan düzenlemeden çok daha geniştir. Zira İş Kanunu m. 5/3'te sadece cinsiyet ayrımı ve gebelik ile sınırlı bir düzenleme yapılmıştır.

Liyakata ilişkin hususlar dikkate alınarak gerçekleştirilen farklı uygulamalar bu madde kapsamında değerlendirilmez. Zira yerine getirilecek işin gerektirdiği uzmanlıklara sahip olunmasını aramak her işverenin hakkıdır. Maddede yasaklanan ayrımcılık keyfi olarak yapılandır.

Son olarak üzerinde duracağımız husus, işe alınmış olan kişilerin daha sonra haklarında öğrenilen bilgiler üzerine ayrımcılık yapılarak işten çıkarılmasıdır. Bu gibi hallerde işe alınmama kapsamında değerlendirilebilecek midir? TCK m. 2/son da kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum yapılamayacağı açıkça ifade edildiği için bu soruya olumsuz yanıt vermemiz gerekecektir. Bu gibi hallerde İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklere aykırılıktan hareket edilerek m. 99/1-a'daki idari para cezasının uygulanması söz konusu olacaktır. Aslında işten çıkarma işe almamaktan çok daha ağır bir durumdur. Hatta bu işten çıkarmanın ayrımcılık yapılarak gerçekleştirilmiş olmasını ispatlamak TCK m. 122/1-a bendi kapsamındaki işe almamak eyleminin ispatlanmasına göre daha kolay olabilecektir. Daha ağır nitelikte olan bir hareketin kabahat olarak düzenlenmiş daha hafif veya aynı düzeyde kabul edebileceğimiz bir hareketin suç olarak düzenlenmiş olması pek de isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bu durum eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira ayrımcılık yaparak bir takım kimseleri işe almayan kişi suç işlemekle itham edilirken, ayrımcılık yaparak işten çıkarma sadece idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

b. İkinci bent kapsamına giren hareketler

İkinci grup kapsamına giren hareketler ise şunlardır: Besin maddelerini vermemek veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddetmektir.

Kanun koyucu açık olarak 'vermemekten' ve 'reddetmekten' bahsettiği için ikinci bend kapsamına giren hareketler, gerçek ihmali suç olarak düzenlenmiştir.

Bu noktada öncelikle besin maddelerini vermeyi reddetmek üzerinde durulacaktır. Maddenin lafzında ilgili hareketin mahiyeti biraz bulanık kalmıştır. Çünkü besin maddelerini kimin vermemesi halinde böyle bir sorumluğun söz konusu olacağı açık olarak ifade edilmemiştir. Elbette ki, hiç kimsenin sahip olduğu besin maddelerini bir başkası ile paylaşması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk hukuken getirilemez. Burada besin maddesinin verilmemesinden anlaşılması gereken, besin maddesi satan kişilerin maddede sayılan sebeplerle ayırımcılık yaparak kişilere satmamasıdır. Aksi takdirde *"farklı etnik kökenden geldiğim için komşum bana yemek vermedi, ekmeğini benimle paylaşmadı"* gibi gerekçelerle gelen iddiaların hepsini değerlendirme kapsamına almak gerekir ki, böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Burada besin maddesi sağlamak, satmak, dağıtmak ile hukuken yükümlü olan kişilerin ayrımcılık saiki ile hareket edip, bu maddeleri vermemesi, suçun maddi unsuru olan hareketi oluşturacaktır. Örnek olarak, bir bakkalın besin maddelerini maddede belirtilen sebeplerle ayrım yaparak satmaması, fırının ekmek vermemesi, kasabın et satmaması, manavın sebze veya meyve satmaması gibi. Özellikle eşcinsellere yönelik, toplumda gözle görülen bir ayrımcılığın varlığı bu alanda çok yaygındır. Besin maddesi vermemenin yanında pek çok semtte bu kişilerin tartaklandığı, aşağlandığı ve dövüldüğü herkesce bilinmektedir. Günümüzde pek çok çağdaş gelişime rağmen toplumun ciddi bir kesiminde insanın insan olduğunu unutan yaklaşımlar sıkça sergilenmektedir. Üzülerek ifade ediyoruz ki, bazı kişiler en temel ihtiyaç maddesi olan besin maddelerini bile insanlara vermekten kaçınacak kadar acımasız olabilmektedir. Devletin gerek uluslararası yükümlülükleri gerekse anayasal düzenlemeler nedeniyle TCK m. 122'de ayırımcılık suçunu düzenlemiş olması sevindirici bir yaklaşım olarak değerlendirilebilirse de, düzenlemenin etkisi aşağıda da tartıştığımız üzere gerçekten amaca hizmet edecek niteliklere sahip değildir.

Kamuya arz edilmiş bir hizmetin ayrımcılık nedeniyle yapılmasının reddedilmesine örnek olarak da bir lokantanın yemek vermeyi reddetmesi, özel hastanenin hastayı kabul etmemesi, eczanenin ilaç vermemesini örnek göstermek mümkündür[85].

Suçun işlenmesi için, besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya arz edilmiş hizmetin yapılmaması yeterlidir. Ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekli görülmemiştir. Ancak ilgili hizmetin yapılmaması nedeniyle veya besin maddesinin verilmemesi nedeniyle ayrıca bir netice doğmuş ve bu da ayrı bir suçun konusunu oluşturmuş ise, bu takdirde fikri içtima kuralları çerçevesinde hareket edilmelidir. Örneğin fail ayrımcılık nedeniyle mağdura ilaç vermemiş ve mağdur da başka açık nöbetçi eczane bulamadığı için çok ağır bir iç kanama geçirmişse, burada hem ayırımcılık suçu hem de doğrudan veya olası kastla yaralama (TCK m. 88) suçu oluşur. Tek hareket ile birden fazla kanun hükmü ihlal edildiği için fikri içtima kuralları çerçevesinde fail, en ağır cezayı gerektiren suç dikkate alınarak cezalandırılmalıdır.

c. Üçüncü bent kapsamına giren hareketler

Üçüncü bent kapsamında düzenlenen hareket, kişinin olağan bir ekonomik faaliyette bulunmasını engellemektir. Hareketin kapsamının anlaşılabilmesi için öncelikle 'olağan ekonomik faaliyet' kavramının açıklanması gerekir. Olağan ekonomik faaliyet, bir kişinin kendi kararları çerçevesinde yapabileceği devletçe izin verilen her türlü iktisadi faaliyet olarak açıklanabilir. Bu kapsamda ticari iş niteliğinde olsun olmasın, her türlü alışveriş veya sözleşme ilişkisi ekonomik faaliyet olarak tanımlanabilir[86]. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. maddesi gereğince ticari iş, TTK'da düzenlenene hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ve fiillerdir[87]. Ancak TTK kapsamında olmayan Borçlar hukuku kapsamında gerçekleştirilen de pek çok ekonomik faaliyet söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesi de olağan ekonomik faaliyet kapsamında değerlendirilmelidir[88]. Bu anlamda ayırımcılık

85 Yenidünya C., s. 111
86 Yaşar Osman., Gökcan Hasan T., Artuç Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayıncılık, c. 3, Ankara 2010, s. 3863
87 Arkan Sabih., *Ticari İşletme Hukuku*, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E, 15. bası, Ankara 2011, s. 64
88 Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483

suçu ile ilgili değerlendirme yaparken daha geniş anlamda konunun değerlendirilmesi gerekecektir. Zira aksi halde kanun koyucu 'ekonomik faaliyet' yerine sadece 'ticari faaliyet' ifadesini kullanabilirdi.

Ekonomik faaliyetleri sadece parasal değer taşıyan faaliyetlerle sınırlandırılması gerektiği öğretide bazı yazarlarca savunulmuştur[89]. Buna karşılık bazı yazarlar ise, böyle sınırlamanın yerinde olmayacağını, her türlü mal veya hizmet üretiminin, üretime katılmanın ve tüketimin ekonomik faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir[90]. Biz de bu son görüşün daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

Kanunkoyucu üçüncü bent kapsamında da hareketi 'engellemek' olarak dile getirdiği için ekonomik faaliyette bulunmak ancak icrai bir hareketle engellenebilecektir[91]. Bu nedenle örneğin bir kişinin ekonomik faaliyette bulunmasını engellemek amacıyla maddede belirtilen saiklerle gerekli ruhsatın verilmemesi, ayırımcılık suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak böyle bir durumda görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenmesi; eski tabiriyle görevi ihmal suçu; oluşabilir (TCK m. 257/2).

B. Fail

Suçun faili açısından herhangi bir özellik aranmış değildir. Bu nedenle suçun faili herkes olabilir. Suçun faili kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Kanunkoyucu bu suçu özgü suç olarak düzenlememiştir.

Bu noktada tartışılması gereken husus, tüzel kişilerin bu suçun faili olup olamayacağıdır. Zira, bir tüzel kişinin verdiği hizmetten kişiler arasında ayrım yapılarak bireylerin faydalanmasını engellenmesi halinde veya kişinin işe alınması veya alınmaması bakımından işin liyakat gerekliliklerinin dışında bir ayrım yapılarak işçi alım politikasının belirlenmesi durumunda tüzel kişi bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilecek midir?

89 Meran Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 422
90 Yaşar O., Gökcan H. T., Artuç M., s. 3864; Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2011, s. 359
91 Farklı görüş için bkz. Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 359

Maddenin lafzına baktığımızda, ilgili suçu işleyen gerçek kişiden bahsedildiğini görmekteyiz. Tüzel kişilere ilişkin herhangi bir açıklama, madde metninde yer almadığı gibi ilgili kısıma ilişkin tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören herhangi bir ortak hüküm de bulunmamaktadır. Zira 60. maddenin 4. fıkrası gereğince tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde söz konusu olabilir. Bu nedenle tüzel kişi hakkında ayrıca bir güvenlik tedbirinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Tüzel kişilere ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olması ilgili suç bakımından yerinde olmamıştır. Zira toplumda, bazı tüzel kişilerce özellikle işe alımlarda bu tür ayrımların yapıldığına ilişkin kanaatler çok yaygındır. Oysa ki 2003 tarihli Hükümet Tasarısı m. 170/3'te tüzel kişilerin de maddede yazılı suçlardan sorumlu olacağı belirtilmişti. Bu düzenlemenin tüzel kişilerin suçtan sorumluluğu yerine güvenlik tedbirine tabi tutulacağı şeklinde değiştirilerek kanuna alınmış olması daha yerinde bir yaklaşım olabilirdi. Özellikle istihdam konusunda tüzel kişilerin oluşturduğu potansiyel düşünüldüğünde, böyle bir düzenlemenin ne kadar gerekli olduğu daha da net görülebilir.

Sonuç olarak, 5237 sayılı TCK kapsamında ayırımcılık suçunun faili sadece gerçek kişiler olabilir. Eğer bir tüzel kişinin faaliyeti söz konusu ise, ceza sorumluluğu, tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişilere ait olacaktır. İlgili tüzel kişi özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir.

E. Mağdur

Suçun mağduru, dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrıma tabi tutulan grup içerisinde bulunan kişilerdir. Mağdurun Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak özellikle taşınmazların satılması bakımından, yabancılara ilişkin yapılan yasal sınırlamalara ilişkin düzenlemeler saklıdır. Yabancı kişilerin taşınmaz alımlarına ilişkin devlet tarafından getirilen sınırlamalar ve uygulamalar TCK m. 122 kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Madde ayrım yapılmasına ilişkin gerekçeleri sınırlayıcı olarak belirtmemiş, 've benzeri durumların kullanılarak kendisine karşı ayırım-

cılık yapılan kimse' demek suretiyle örnekleyici bir tanım yapmıştır. Böyle bir durumda mahkeme, kanundaki metinde sayılan ayrımlar dışında benzeri bir durumdan hareket edip suçun oluşup oluşmadığını incelerken örf ve adetten faydalanacaktır. Bu durum da, örf ve adete dayalı olarak ceza normu yaratılamayacağı gereğini içeren kanunilik ilkesi bakımından sıkıntılı bir durumun doğmasına neden olacaktır. Zira maddenin düzenlemesi yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanunilik ilkesi ile çelişmektedir[92].

Hükümde ifade edilen ayırımların gözetilmediği bir grup içerisinde yer alan kişiler, bu suçun mağduru olamazlar. Örneğin liyakat şartlarına uymadığı gerekçesiyle işe alınmayan bir kişi kendisine karşı ayırımcılık suçunun işlendiğini ileri süremez.

2003 tarihli Hükümet Tasarısı'nda, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği ifade edilmişti. Yerinde olmadığını düşündüğümüz bu düzenlemenin kanun metni içerisine alınmaması yerinde olmuştur. Zira ceza muhakemesi hukukunda sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilirler, tüzel kişiler ise suçtan zarar gören olarak değerlendirilirler[93]. CMK m. 237 kapsamında suçtan zarar gören tüzel kişi, davaya katılma hakkına sahiptir. Bu çerçevede TCK m. 122 kapsamında haklı bir menfati, diğer bir ifade ile suçun işlenmesi ile hukuken korunan menfaati doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen tüzel kişi yargılamaya katılan sıfatı ile katılabilir. Ancak suçun mağduru, ilgili tüzel kişiliğin hisse sahipleri veya üyeleri olacaktır[94].

3- Manevi Unsur

Ayırımcılık suçu bakımından kanunkoyucu, failin suçun objektif unsurlarını belirli bazı saiklerle gerçekleştirmesini aramıştır. Bu nedenle

92 Benzer yönde görüş için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483

93 *"Suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı iken suçtan zarar gören ancak hukuk ilişkisinin tarafıdır ve iddiası esas itibariyle yalnızca hukuksal nitelik taşımaktadır. Bu durumda mağduri dar anlamda suçtan zarar görmeyi ifade eder, buna karşılık bir kimsenin haklı bir çıkarı, işlendiği iddia edilen suç ile zedelenmişse bu zedelenme onun fiilin kovuşturulmasını isteme yolundaki isteğini haklı görülebilecek duruma getiriyorsabu kişi geniş anlamda suçtan zarar görendir. "* Öztürk B., Tezcan D., Erdem M. R, Sırma Ö., Saygılar Y., Alan E., s. 223-224

94 Benzer görüş için bkz. Yenidünya C., s. 105

suç, ancak özel kast ile işlenebilir[95]. Suçun genel kast ile işlenmesi mümkün olmadığı için olası kast ile işlenmesi de mümkün olmayacaktır.

Suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle işlenebilmesi de mümkün değildir. Zira bu suçun taksir kusur şekli ile işlenebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten failin hareketinin kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle gerçekleştirilmesi arandığından suçun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak işlenebilmesi, fiili olarak da pek mümkün gözükmemektedir.

Madde içerisinde bazı saikler sayıldıktan sonra 've benzeri sebeplerle' denilmiş olması, kapsamı ciddi şekilde genişletmiştir. Ayrıca maddede belirtilen saiklerin dahi, somut olay bakımından gerçekleştiğini ispatlamak oldukça güç iken, sayılmayanların tespit edilmesi ve ispatlanması oldukça sıkıntılıdır. Somut olayda faildeki düşünceler dış dünyaya yansımadığı sürece, sadece tipik hareketlerin yapılmış olması suçun oluşması bakımından yeterli olmayacaktır[96].

Ayrıca sözleşme serbestliği ilkesi ile de çelişen bir durum söz konusudur. Örneğin, bireyler taşınır veya taşınmaz mallarını istedikleri kişilere satmak veya devretmek konusunda özgürdürler. Belirtilen saiklerle de olsa malikin malını satıp satmama konusundaki özgürlüğü ile ayırımcılık yasağı nasıl birlikte değerlendirilecektir? Bize göre kanunkoyucunun bu düzenleme ile korumaya çalıştığı husus, özellikle bireylerin onur ve şereflerinin incitilmesinin ve zedelenmesinin engellenmesidir. Bir kişi farklı etnik kökten gelmesi nedeniyle bir kişiye malını satmak istemeyebilir, ancak bunu o kişiyi kırarak inciterek yapıyorsa ayırımcılık suçundan bahsetmek mümkün olacaktır. Yoksa kişi böyle bir saikle hareket etmiş olmasına rağmen, dış dünyaya bu saikini yansıtmamış ise, o takdirde ayırımcılık suçunun işlendiğini ifade etmemiz mümkün olmayacaktır. Zira bunun ispatı da mümkün olmayacaktır. Belki yerine göre başka bir suçun işlenmiş olabilmesi, somut olay bakımından ayrıca tartışılabilir.

95 Öğretideki bazı yazarlar suçun **genel kast** ile işlenebileceğini ancak olası kastla işlenmesinin mümkün olamayacağını ifade etmektedirler. Farklı görüşler için bkz. Özbek V. Ö., Kanbur N., Doğan K., Bacaksız P., Tepe İ., s. 483-484

96 Benzer görüş için bkz. Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 359

4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A- Teşebbüs

Ayırımcılık suçu yukarıda da çeşitli defalar belirttiğimiz üzere salt hareket suçudur. Bu nedenle hareketin belirtilen saiklerle yapılması ile gerçekleşir. Ancak icra hareketleri kısımlara ayrılabiliyorsa, teşebbüs gerçekleşebilir.

Suç tipinde bazı hareketler ihmali hareket olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda yer alan hareketler bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. İhmali hareketin gerçekleşmesi ile birlikte suç tamamlanmış olur[97].

B- İştirak

Ayırımcılık suçu, iştirak bakımından özellik göstermez. Genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılır. Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle konuya ilişkin özel bir değerlendirme yapılmayacaktır .

C- İçtima

Bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin değişik zamanlarda, aynı mağdura yönelik aynı suç işleme kararı ile birden fazla bu suçu işlemesi, (ister aynı seçimlik hareketi, isterse farklı seçimlik hareketleri gerçekleştirsin) halinde TCK m. 43/1 uygulanacaktır. Failin tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı ayırımcılık suçunu işlemesi halinde ise, TCK m. 43/2 kapsamında zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Failin hareketi aynı zamanda mağdur üzerinde başka etki ve sonuçlar da doğurmuş ve farklı suç tiplerinin oluşmasına neden olmuşsa, bu takdirde TCK m. 44 çerçevesinde fikri içtima hükümleri uygulanacak, en ağır cezayı gerektiren suç ile fail cezalandırılacaktır. Örneğin fail, maddede sayılan saiklerle ayrım yaparak ilgili hareketi yerine getirirken faile hakaret etmiş de olabilir. Örneğin failin *"hain pis kominist, sana ev filan satmıyorum"* demesi halinde, hem TCK m. 122 kapsamında

97 Benzer görüş için bkz. Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 362

ayırımcılık suçu, hem de TCK m. 125/3-b kapsamında hakaret suçunun nitelikli hali oluşur. Bu durumda TCK m. 44 uyarınca fikri içtima yapılmak suretiyle sorun giderilir.

Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin eczacının ilaç satmaması nedeniyle mağdurun sağlığının bozulması söz konusu olmuşsa, yine TCK m. 44 uyarınca, kasten yaralama ve ayırımcılık suçu dikkate alınarak, en ağır ceza ile cezalandırılan suç esas alınıp ceza tayin edilecektir. Bu konuda gerçek içtima hükümlerinin uygulancağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır[98]. Ancak kanun koyucu, ayırımcılık suçu ile birlikte ilgili hareketin kasten yaralama suçuna da sebebiyet vermiş olması halinde, diğer bazı başka suçlarda olduğu gibi gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağına ilişkin özel bir düzenleme getirmediği için, bu görüşe iştirak etmiyoruz. Ancak fail, ayırımcılık suçuna ek olarak ayrıca kasten yaralama suçunu ayrı bir hareketle işlemişse, o takdirde zaten gerçek içtima kurallarının uygulanacağı kuşkusuzdur. Örneğin fail, ayırımcılık suçu kapsamında mağdurun bir hizmetten yararlanmasını engellemek için ayrıca cebir veya tehdit kullanmışsa, bu suçlardan dolayı da gerçek içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılması gerekecektir[99].

5- Yaptırım ve Kovuşturma

TCK m. 122'de düzenlenen ayırımcılık suçunun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun yaptırımı hapis cezası veya adli para cezası olmak üzere seçimlik ceza kapsamında düzenlenmiştir.

Adli para cezasının alt ve üst sınırları belirtilmediği için, adli para cezasının verilmesinin uygun bulunması halinde, TCK m. 52 hükmü kapsamında uygulama yapılacaktır. Buna göre, "*adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olamaz*".

Hakimin hapis cezasının uygulanmasını takdir etmesi halinde, her ne kadar kısa süreli hapis cezaları adli para cezasına çevrilebiliyor ise de, hakim seçimlik yaptırım olarak adli para cezasını uygulamayı

98 Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 363
99 Artuk E., Gökcen A., Yenidünya C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 363

tercih etmediği için, artık kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına çeviremez (TCK m. 50/2). Ancak hapis cezasının diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür[100]. Bu konuda herhangi bir sınırlama kanunkoyucu tarafından düzenlenmemiştir[101].

Suçun tekerrürü halinde, TCK m. 58 gereğince artık seçimlik yaptırımların düzenlendiği suçlarda hakimin adli para cezası uygulama imkanı ortadan kalkmaktadır. Hakim kural olarak kısa süreli hapis cezasını uygulamak zorundadır. Bu durumda da yine hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi imkanı ortadan kalkacaktır. Öğretideki bazı yazarlar burada hakimin takdir yetkisinden kaynaklanan bir durum olmadığı için, kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilebileceğini ifade etmektedirler. Gerekçe olarak, tekerrür hükümlerinin hakimin adli para cezası verme konusundaki takdir yetkisini, teorik olarak ortadan kaldırdığını belirtmektedirler[102]. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız[103]. Zira burada kanunkoyucu, failin suç işleme iradesini kırmaya yönelik tedbir almaktadır. Aksi yönde yaklaşım sergilemiş olsaydı, zaten böyle bir sınırlama getirmezdi. Bu nedenle, hakimin tekerrür halinde uyguladığı hapis cezasının seçenek yaptırımlar kapsamında adli para cezasına çevrilmesini kabul etmek kanunun amacı ile ters düşmekte ve çelişki yaratmaktadır.

TCK m. 51 kapsamındaki şartların oluşması halinde hapis cezanın ertelenmesi mümkündür. Ancak adli para cezasının tercih edilmesi halinde erteleme yapılması mümkün olmaz. Bu itibarla ertelelme yerine seçenek yaptırımların uygulanması belki çok daha faydalı bir yaklaşım olabilecektir.

Suçun karşılığı olan ceza, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen suçun takibi şikayete bağlanmamıştır, re'sen kovuşturmaya tabidir. Suçun muhakemesini yapmakla görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir (5235 sk. m. 10).

---

100 Öztürk B., Erdem M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 11. bası, Ankara 2011, s. 371; Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010, s. 502

101 Benzer yönde bkz. Yenidünya C., s. 114

102 Yenidünya C., s. 114; Özbey Özcan., *"Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 88, 2010, s. 94

103 Benzer görüş için bkz. Üzülmez İ., *"5237 Sayılı Yeni TCK'da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar"*, *Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005/4, s. 218

Ayrıca suçun karşılığı gelen yaptırımların miktarı da azdır ve suç karşılığı ceza miktarı, CMK m. 231/5'de düzenlenen hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kapsamı içerisindedir. Ola ki, hükmün okunmasının geriye bırakılması şartları gerçekleşmedi, bu takdirde de cezanın ertelenmesi mümkündür. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, suçun ciddi bir yaptırım getirmediğini söylemek mümkün olacaktır.

Sonuç olarak, maddenin uygulanabilirliği tartışmalıdır[104]. Hükmün gerek genel önleme gerekse özel önleme bakımından caydırıcılık taşıdığını söylemek ne yazık ki mümkün değildir.

Sonuç

Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, ayrımcılık kavramı TC mevzuatına yeni girmiş bir kavram değildir. Konunun önemi gereği, 5237 sayılı TCK m. 122'de *"ayırımcılık"* suçu ayrıca düzenlemiştir. Gerek ulusal kaynaklar gerekse Türkiye'nin usulüne göre onaylayıp yürürlüğe koyduğu uluslararası kaynaklar dikkate alındığında, ayrımcılık konusunda pek çok düzenlemenin mevzuatımızda var olduğunu görmekteyiz. Bu kapsamda TCK m. 122'de yer alan suç tipi, diğer düzenlemelerin yanında fazla bir ağırlığa sahip bulunmamaktadır. Ayrımcılık kavramı son derece geniş bir kavram olduğu ve çeşitli nedenlerle yapılması mümkün olduğu için genelde yaklaşım, her hukuk alanının konuyu kendi içerisinde değerlendirmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu alanda yukarıda da ifade ettiğimiz gibi çeşitli düzenlemeler ve gerekli olduğu düşünüldüğü noktalarda yaptırımlar, değişik kanunlarda yer almaktadır.

TCK m. 122'de yer alan *"ayırımcılık"* suçunu öncelikle terminojik açıdan eleştirme gereği duyduk. Zira esas ifadenin *"ayrımcılık"* olarak ifade edilmesi icap ederdi. İlgili suç tipinin adı Türk Dil kurallarına uygun olarak ifade edilmemiştir.

Maddenin lafzı değerlendirildiğinde, suçun özel kast suçu olduğu ve suçun işlenebilmesi için, maddede belirtilen saiklerle maddi unsuru oluşturan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi gereklidir. Ancak

104 Benzer görüş için bkz. Karan U., *"Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 73, 2007, s. 146

ilgili saiklerden sadece bazıları maddede açık olarak belirtilmiş, geri kalan kısmı "*ve benzeri sebeplerle ayırım yapmak*" denilerek, örnekleyici olarak ifade edilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde kanunkoyucunun örnekleyici saiklerle suçun işlenebileceğini kabul etmiş olması, suçun belirlenmesinde muğlaklık yartmış ve kanunilik ilkesinin bir gereği olan açıklık ve belirlilik sağlanamamıştır. Bu hususun da ceza genel teorisi ile uyuşması mümkün değildir.

Suçun maddi unsuru, seçimlik hareketlerden oluşmuş; bazıları icrai bazıları ise ihmali hareket olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda TCK m. 122'de yer alan ayırımcılık suçu, bazı seçimlik hareketleri bakımından icrai, bazıları bakımından ise, gerçek ihmali suç olarak düzenlenmiştir. Ancak amacı gereği düzenlemenin gerçekten etki doğurabilmesi için icrai hareketle işlenmesi gereken bazı seçimlik hareketlerin ihmali olarak işlenebilmesinin mümkün olabilmesi gereklidir. Bu hususstaki sıkıntı da ancak, genel hükümlerde ihmali hareketin icrai hareket gibi cezalandırılabilmesine imkan veren bir düzenlemenin yapılması halinde giderilecektir. Zaten konuya ilişkin tartışmaları yukarıda açıkça ifade ettiğimiz için burada bunlara tekrar değinmeyeceğiz.

Suçun özel kast suçu olması ve ilgili saiklerin örnekleyici olarak belirtilmiş olması ispata ilişkin ciddi sorunları da gündeme getirmektedir. Zira suçun karşılığı gelen yaptırımların miktarı da azdır. Bu itibarla TCK m. 122'deki düzenlemenin uygulamada gösterdiği etkinlik (caydırıcılık), yetersizdir. Bu görüşümüzü TC. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan adli istatistiklerdeki veriler de doğrulamaktadır. İlgili istatistiklere göre 5237 sayılı TCK'nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren TCK m. 122'den 2006[105] yılında açılan dava sayısı bir, karara bağlanan dava sayısı ise sıfırdır; 2007 yılında açılan dava sayısı ve karara bağlanan dava sayısına ilişkin hiç bir bilgi girişi yoktur; 2008 yılında açılan dava sayısı[106] 6, karara bağlanan dava sayısı[107] 2, ancak her iki karar da beraat

105 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2006%20ACILAN%20KARAR_CEZA/FORM10TCK_TUR_2006. pdf erişim tarihi: 13. 04. 2012

106 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2008_4. pdf, erişim tarihi: 13. 04. 2012

107 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/ac_cik/2008_2. pdf, erişim tarihi: 13. 04. 2012

ile sonuçlanmıştır; 2009 yılında açılan toplam dava sayısı[108] 27, karara bağlanan dava sayısı[109] 9, bunlardan biri mahkumiyet, 3'ü beraat ve 5'i diğer yollarda sonuçlandırılmıştır; 2010 yılında açılan toplam dava sayısı[110] 8, karara bağlanan dava[111] sayısının 14, mahkumiyet sayısının sıfır, beraat sayısının 12 ve diğer şekilde sonuçlananların sayısının 4 olduğunu görüyoruz. 2011 yılı istatistikleri henüz yayımlanmadığı için 2011 yılına ilişkin bilgileri bu çalışma içerisinde değerlendiremedik. Ancak 2005 yılından bu yana TCK m. 122'nin uygulanmasının sonuçlarını değerlendirdiğimizde, bu güne kadar ayırımcılık suçundan dolayı sadece bir mahkumiyet kararının verilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu durum hükmün nerede ise yok denecek kadar az bir uygulama kabiliyeti olduğunu gözler önüne sermektedir.

Oysa ki, konuya ilişkin diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler çok daha etkili ve caydırıcı nitelik taşımaktadır. Bu noktada ayırımcılık suçu adı altında yeni bir suç tipinin varlığının gerekliliği gerçekten tartışmalıdır. Suç tipindeki unsurların daha net ve açık olarak düzenlenmesi ve belki yaptırımların daha caydırıcı olması veya konuya ilişkin uygulanabilecek seçenek yaptırımların etkinleştirilmesi sayesinde, hüküm işlerlik kazanabilir ve kendisinden beklenen yararı uygulamaya kazandırabilir.

Sonuç olarak, her gün gözle gördüğümüz, ancak bilmek görmek ve konuşmak istemediğimiz bir konu olan ayrımcılık ile mücadelenin daha etkin yapılabilmesi için, uygulamayı etkinleştirmek kadar toplumda yaşayan insanlar arasında sevgi bağlarını kuvvetlendirmek, bölücü değil toplayıcı ve bütünleştirici politikalar uygulamak ve bireyler arasındaki ilişkilerde saygılı davranmayı sağlayacak sosyal, eğitici ve siyasi politikaların hayata geçirilmesi gereklidir. Daha iyi bir yaşam için sadece hukuk kurallarını geliştirmek yeterli değildir. Bunların diğer tüm alanlarda da olduğu gibi, sosyal ve siyasi politikalarla desteklenmesi önemlidir.

---

108 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/CEZA_5237_2009. PDF, erişim tarihi: 13. 04. 2012

109 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/CEZA_5237_KARAR_2009. PDF, erişim tarihi: 13. 04. 2012

110 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/5237acilan2010. pdf, erişim tarihi: 13. 04. 2012

111 http://www. adlisicil. adalet. gov. tr/ISTATISTIKLER/1996/5237kararverilen2010. pdf, erişim tarihi: 13. 04. 2012

KAYNAKLAR

Alexander Larry, " *What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, sterotypes and proxies" University of Pennsylvania Law Review*, November 1992, vol. 141:149

Aliefendioğlu Yılmaz, *"Eşitlik İlkesi"*, *Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 7796

Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E., 15. bası, Ankara 2011, s. 64

Artuk Emin, Gökcen Ahmet, YeniDünya Caner, *TCK Şerhi*, Turhan Kitapevi, 3. cilt, Ankara 2009

Artuk Emin, Gökcen Ahmet, Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara 2011

Bozkurt Enver, Özcan Mehmet, Köktaş Arif, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2011

Connoly Michael, *Discrimination Law*, London Sweet & Maxwell Ltd., 1st ed., 2006

Demir Fevzi, *Anayasa Hukuku*, Orion, 7. baskı, İzmir 2009

Demir Fevzi, Bakıcı Zeynel, Çınarlı Serkan, *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Orion, İzmir 2011

Erdem Mustafa R., 'Avrupa Birliği'nde Ayrımcılık, Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı ile Ceza Hukuku Yoluyla Mücadele', *Fasikül Hukuk Dergisi*, yıl. 3,sayı. 16, Mart 2011, s. 626

Erdoğan Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion, 6. baskı, Ankara 2011

Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan kitapevi, 3. bası, Ankara 2002

Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayıncılık, Bursa 2007

Hakeri Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık,11. baskı, Ankara 2011

Hartley Trevor C., *The Foundations of European Union Law*, OxfordUniversity Press, 7th ed., 2010

Janis Mark W., Kay Richard S., Bradley Anthony W., *European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 2008

Karan Ulaş, "*Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği*", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 73, 2007, s. 146173

Karan Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları, http://ihop. org. tr/dosya/abkurumlar. pdf, erişim tarihi: 27. 04. 2012

Koca Mahmut, Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 3. bası, Ankara 2010

Livingstone Stephen, "*Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*", *European Human Rights Law Review* 1997, s. 2534

Meran Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2005

Nyssens Harold, Lackhoff Klaous, "*Direct Effect of Diectives in Triangular Situations*" *European Law Review*, 1998 2, No. 5

Özbek Veli Ö., Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

Özbey Özcan, "*Suçta Tekerrür ve Mükerirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri*", *TBBD*, s. 88, 2010, s. 55105

Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıcılık, Ankara 2010

Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009

Özkan Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011

Öztürk Bahri, Erdem Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin yayıncılık, 11. bası, Ankara 2011

Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R, Sırma Özge, Saygılar Yasemin, Alan Esra, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009

Scott Davidson., "*Equality and NonDiscrimination*", Defining Civil and Political Rights: *The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Comittee*, Alex Conte, Scott Davidson, Richard Burchill, Ashgate, Aldershot, 2005

Steiner Josephine, Woods Lorna, *TwiggFlesner Christian EU Law,* Oxford Unv. Press, 9th ed., 2006

Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Beta, 2. bası, İstanbul 2005

Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2001

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa R., Sancakdar Oğuz, Önok Mustafa, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin, Ankara 2011

Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul 1996

Topal Emre, "*Lisbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nde Yasama Niteliğindeki İşlemler ve Yasa Yapım Süreçlerine Getirilecek Değişikliklere Genel Bir Bakış*", *Yasama Dergisi* sayı : 9, Mayıs Haziran Temmuz Ağustos 2008, s. 1734

Tuncay A. Can., *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982

Üzülmez İlhan, "*5237 Sayılı Yeni TCK'da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlar*", *Hukuki Perspektifler Dergisi* 2005/4

Weatherill Stephen, Beaumont Paul, *EU Law*, 3rd. Ed., Penguin, 1999

Yaşar Osman., Gökcan Hasan T., Artuç Mustafa, *Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayıncılık, c. 3, Ankara 2010

Yenidünya Caner, "*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırımcılık Suçu*", *Çalışma ve Toplum Dergisi,* 2006/4

Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul 2010

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA TAHLİYE SEBEPLERİNE İLİŞKİN GETİRİLEN YENİLİKLER

INNOVATIONS INTRODUCED BY THE TURKISH CODE OF OBLIFATIONS NUMBERED 6098 REGARDING THE REASONS FOR EVICTION IN THE RENTED RESIDENTIAL PREMISES AND COMMERCIAL BUILDINGS WITH ROOF

Eyüp İPEK*

Özet: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümleri, 6570 sayılı Kanunun birebir tekrarı niteliğinde değildir. Getirilen değişikliklerle, 1955 yılından itibaren uygulanan köklü bir kanunun uygulamada karşılaşılan aksaklıkları, Yargıtay kararları ve doktrindeki eleştiriler ışığında yeniden ele alınmıştır. Çalışmamızda temel yaklaşımımız, tahliye sebeplerine ilişkin 6098 sayılı Kanunla getirilen hüküm değişikliklerini incelemek olacaktır. 6570 sayılı Kanun'un tekrarı mahiyetinde olan hükümler mümkün olduğunca inceleme alanımızın dışında kalacaktır

Anahtar Sözcükler: 6098 Sayılı Kanun, 6570 Sayılı Kanun, Gayrimenkul Kiraları, Kira Hukuku, Tahliye Sebepleri.

Abstract: The provisions of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 on the rented residential premises and commercial buildings with roof are not the exact repetition of the Law numbered 6570. After the amendments, the defects faced in practice of this fundamental Law which has been in force since 1955 are reconsidered in the light of the decision of the Court of Appeal and criticism of doctrine. The main approach in our study will be to examine the amended provisions of the Law numbered 6098 regarding the reasons for eviction. The provisions which constitute the repetition of the Law numbered 6570 will be excluded from the scope of our examination as much as possible.

Key Words: The Law numbered 6098, the Law numbered 6570, Real Estate Rents, Rent Law, Reasons for Eviction.

* Ar. Gör., PA. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Medeni Hukuk (eyupipek@gmail. com) İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a tabi kira sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmazlar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun dördüncü bölümünde *"Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"* başlığı altında düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, ancak 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen tahliye sebepleri ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte yeniden gündeme gelerek, konut ve çatılı işyeri kiralarında kira sözleşmesinin sona erme sebepleri olarak düzenlenmiştir. Bu tahliye sebeplerinin açıklanmasına geçmeden önce, konut ve çatılı işyeri kavramlarının ne anlama geldiği konusunda kısa bir açıklama yapmanın konumuzun anlaşılması bakımından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

6570 sayılı Kanun'un uygulama alanını düzenleyen 1. maddesinde, Kanun'un kapsamına girecek taşınmazlar için belediye sınırları içerisinde olma ile belediye sınırları dışında kalmakla birlikte iskele, liman ve istasyonlarda bulunma şartı aranmaktaydı. Buna karşın 6098 sayılı Kanunun 339. maddesinde, 6570 sayılı Kanunu'nun 1. maddesinden farklı olarak, kiralananın bulunduğu yer açısından bu ayrıma gidilmemiş ve tüm konut ve çatılı işyeri kiraları Türk Borçlar Kanunu'nun kapsamına alınmıştır. Ayrıca sözleşmeyle birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında da konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı m. 339' da açıkça düzenlenmiştir. Yine 6570 sayılı Kanundan farklı olarak niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmaları da kapsam dışı bırakılmıştır (TBK. m. 339/1). Madde gerekçesinde niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazlara örnek olarak, yazlık, otel odası, motel, pansiyon ve bunlara benzer yerler gösterilmiştir. Taşınmazın bu niteliği haiz olup olmadığına ilişkin somut olayda çıkacak ihtilafların çözümü ise hakime bırakılmıştır[1].

Kiralanan taşınmazın niteliğine ilişkin olarak 6570 sayılı Kanun'un 1. maddesinde aranan musakkaf olma (çatılı, üstü örtülü ve duvarları bulunan[2]) şartı da, 6098 sayılı Kanun'da konut ve çatılı işyeri olarak de-

1 Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, Beta, 2011, s. 385.

2 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 5. Bası, İstanbul, 1992, s. 19; Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993, s. 15. Musakkaflık kavramı üzerine ya-

ğiştirilmiştir. Ancak gerek konut kavramına gerekse çatılı işyeri kavramına ilişkin kanun maddesinde ve madde gerekçesinde herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Kavram olarak konut: İnsanların kötü hava koşullarından, düşmanlardan, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü, az çok kapalı ve güvenlikli barınaklardır. Kişinin barınmasına elverişli ve -sürekli olmasa da- yerleşme amacıyla kullandığı çeşitli taşınır veya taşınmaz bölümler konut olarak nitelendirilebilir[3]. Yani bina, otel odası gibi yerler konut olabileceği gibi gemi kamarası, baraka gibi taşınır hükmündeki yerler de konut olarak kabul edilebilecektir. Ancak Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun'un uygulama alanı ile ilgili vermiş olduğu kararlarda, kiralananın sabit inşaat olması şartının arandığı ve TMK. m. 728'de düzenlenen taşınır yapıların bu Kanun'un kapsamı dışında kaldığı ilke olarak benimsenmiştir[4]. Dolayısıyla bir taşınır yapı konut olarak kullanılsa bile, TBK. m. 339 vd. hükümlerinin kapsamına girmeyecektir. 6098 sayılı Kanunda işyerleri için açıkça "*çatılı işyeri kirası*" kavramı kullanıldığından, musakkaf olma şartının Türk Borçlar Kanunu'nda da arandığı sonucuna varılacaktır. Her ne kadar konutlar için böyle bir ifade kullanılmamış olsa da, çatısı olmayan konut düşünülemeyeceği için, çatılı olma unsuru konut kiralarında da, işin doğası gereği var olan bir şart olarak, aranmaya devam edecektir.

I. KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN TAHLİYE SEBEPLERİNE İLİŞKİN YENİLİKLER

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen ancak 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerini karşılayan 6098 sayılı Kanun'un 350. maddesinde, kiraya verenden kaynaklanan gereksinim, yeniden inşa ve imar sebepleriyle kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi halleri düzenlenmektedir. Bu maddede dü-

pılan bir çalışma için ayrıca bkz. Ferhat Erçin, "*Musakkaflık Kavramının Etkisi ve 6570 Sayılı Yasanın Uygulanma Zorunluluğu*", İBD., C. 82, S. 1, Yıl 2008, s. 65 vd.

3 Şükran Şıpka, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, Beta, 2004, s. 72.

4 Y. 12. HD., E. 1986/13585, K. 1987/998, T. 09. 10. 19871; Y. 12. HD., E. 7043, K. 688, T. 23. 01. 1986; Y. 6. HD., E. 5216, K. 888, T. 15. 02. 1968; Y. 6. HD., E. 7179, K. 7359, T. 07. 11. 1977, Kararlar için bkz. Burcuoğlu, a. g. e., s. 16-17; Y. 6. HD., E. 2008/8611, K. 2008/9959, T. 22. 09. 2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB), http://www. kazanci. com.

zenlenen sona erme sebepleri kiracının durum ve davranışları ile ilgili değildir. Yani kiracı kira sözleşmesine uygun davranmış olsa bile, onun kiralananı boşaltmak zorunda kalacağı haller ele alınmaktadır. Her ne kadar gereksinim, yeniden inşa ve imar ihtimalleri TBK. m. 350'de tek fıkra halinde düzenlenmişse de, bu ihtimallerin farklı başlıklar halinde incelenmesi konunun aydınlatılması bakımından faydalı olacaktır.

A. Kiralananı Konut Olarak Kullanma İhtiyacı

TBK. m. 350'de sayılan tahliye sebeplerinden ilki, kiralananın kiraya veren, onun eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut olarak kullanma zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Kanun'un bu hükmüne göre kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için, başlıca iki şart aranmaktadır. Bunlardan birincisi, ihtiyaç sahibi kişilerin kiraya veren veya kiraya verene belli yakınlıkta olmasıdır. 6570 sayılı Kanun'un 7/b maddesini kısmen karşılayan bu hükümde konut ihtiyacı sebebiyle tahliye davası açılabilmesi için, 6570 sayılı Kanun'dan farklı olarak, ihtiyacın şahsında doğduğu kişilerin kapsamının genişletildiği görülmektedir. 6570 sayılı Kanun'un 7/b maddesinde sadece kiraya verenin kendisi, eşi veya çocukları için konut ihtiyacına dayalı tahliye talep edilebilecekken, TBK. m. 350'de kiraya verenin kendisi ve eşi yanında altsoyu, üstsoyu ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için de kira sözleşmesinin sona erdirilmesi dava edilebilecektir. Kanun'un madde gerekçesinde "*çocuk*" sözcüğü yerine "*altsoy*" teriminin kullanılmasıyla, 6570 sayılı Kanun'un uygulanmasında karşılaşılan torun ve torun çocuğu gereksinimi bakımından ortaya çıkan olumsuz çözümlerin terk edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir[5]. Halbuki 6570 sayılı Kanun'un 7/b maddesinde kiraya verenin sadece kendisi, eşi ve çocukları için konut ihtiyacının doğması halinde tahliye davası açılabilecekti. Yargıtay da ihtiyacın kanun metninde sayılan kişilerin şahsında doğması şartına sıkı surette bağlı kalmaktaydı. Örneğin üstsoy olan baba kanun metninde sayılmadığı için babanın veya altsoy sayılmadığı için torunun konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açılamamaktaydı[6]. Ancak Yargıtay ihtiyacın kapsamı ile

5 Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 397.

6 Babanın konut ihtiyacının için tahliye istenemeyeceğine dair bkz. Y. 6. HD., E. 1992/2393, K. 1992/2782, T. 25. 02. 1992, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 392); torunun ihtiyacı için bkz. Y. 6. HD., E. 12688, K. 12726, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 392).

ilgili vermiş olduğu kararlarında, kiralanana eşya koymayı ve hatta hayvan bağlamayı ihtiyacın kapsamında değerlendirmekteydi[7]. Örneğin, kiraya verenin kendisinin oturduğu yerin altında bulunan kiradaki odayı odun koymak gibi bir nedenle boşaltabilmesi mümkün olmaktadır[8]. Anne babasını, kardeşini veya torununu kiralananda oturtamayan kişinin, kiralanana eşyasını koyabilmesi doktrinde eleştiri konusu olmakta ve en azından düz çizgi hısımları ile Medeni Kanun'umuza göre bakmakla yükümlü olunan kişilerin de bu kanunun kapsamına girmesi yönünde değişik teklifleri dile getirilmekteydi[9]. 6098 sayılı Kanun'la düz çizgi hısımları madde kapsamına alındığı gibi, kiraya verenin *"kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler"* in gereksinimi de kira sözleşmesini sona erdirme sebebi olarak sayılmıştır. TBK. m. 350'nin gerekçesinde, Türk aile içi ilişkilerinin dikkate alındığı ve uygulamada[10] piyano ve otomobil koymayı veya hayvan bağlamayı geçerli gereksinim sayan, ancak ana, baba ve kardeşlerin gereksiniminin dışlanması sonucunu doğuran düzenlemenin ve buna dayanan uygulamanın benimsenmemiş olduğu ifade edilmiştir. *"Kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler"* çevresinin ise, TMK. m. 364 gibi hükümlerle belirleneceği belirtilmiştir[11]. TBK. 'nun 350. maddesinde altsoy ve üstsoy açıkça ifade edildiği için, TMK. m. 364 hükmü kapsamında geriye sadece kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kardeşleri kalmaktadır ve bakmakla yükümlü olunan kardeşlerin zorunlu konut ihtiyacı nedeniyle de kira sözleşmesi sona erdirilebilecektir. TMK. m. 364 hükmünde nafaka vermekle yükümlü olunacak kişiler altsoy, üstsoy ve kardeşler olarak sayılmışken, Türk aile yapısına baktığımızda bakmakla yükümlü olunan kişilerin kapsamına gelin, damat ve diğer akrabalar da girebilmektedir. Ancak kanunkoyucu buna bir sınır koymak istemiş ve kanunen bakmakla yükümlü olunacak kişileri TMK. m. 364 hükmü ile altsoy, üstsoy ve kardeşler olarak sınırlamıştır.

---

7 Y. 6. HD., E. 2434, K. 5435, T. 16. 10. 1961, Senai Olgaç, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Açıklanması ve Uygulanması, Ankara, 1978, s. 119, (Eser sonraki atıflarda *"GKHK"* şeklinde kısaltılacaktır).

8 Y. 6. HD., E. 10743, K. 10937, T. 28. 11. 1996, (Cevdet Yavuz/Burak Özen/Faruk Acar, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 2007, s. 349, dn. 17). (Eser sonraki atıflarda *"Özel Hükümler"* şeklinde kısaltılacaktır).

9 Burcuoğlu, a. g. e., s. 393-394.

10 Yargıtay, kiraya verenin odun veya diğer eşya koymak, hayvan bağlamak ihtiyacı ile alt kattaki tek odayı tahliye ettirebileceğine karar vermiştir. Bkz. Y. 6. HD., 2434/5435, T. 16. 10. 1961, (F. Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Bası, İstanbul, 1980, s. 627, dn. 316'dan naklen).

11 Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 397.

Kiraya verenin kira sözleşmesini konut gereksinimi nedeniyle sona erdirebilmesi için aranan ikinci şart ise, yukarıda saymış olduğumuz kişilerin konut gereksiniminin zorunlu olmasıdır. Zorunluluğun kapsamına hangi hallerin girdiğinin belirlenmesi ise, 6570 sayılı Kanun'un 7/b maddesinde düzenlenen mesken ihtiyacında olduğu gibi, hakimin takdirine bırakılmıştır. Konut ihtiyacı sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için ihtiyacın gerçek ve samimi olması aranmaktadır[12]. Örneğin mevcut bir konuttan daha lüks ve üstün bir yerde oturma arzusu bir ihtiyacın ifadesi olarak kabul edilemez. Bunun gibi henüz mevcut olmayan ve sadece tasavvur ve tahmin edilen bir durumun, gerçek bir ihtiyaç sebebi olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir[13]. Uygulamada Yargıtay, yazlık olarak kullanmayı[14], kırk yaşındaki bekar erkeğin annesinin yanında kalmasını[15], kiraya verenin kendisinin de kirada oturmasını[16], sağlık nedenleriyle kiralananda oturulmak istenmesi[17] gibi halleri somut olayın şartları da desteklediği sürece gerçek ve samimi ihtiyaç olarak kabul etmektedir.

---

12 Tandoğan, a. g. e., s. 249; Burcuoğlu, a. g. e., s. 356; Yaşar Şahin Anıl, Kira Tahliye Davaları, İstanbul, 2007, s. 90. "*Davacı kızının ayrı oturma ihtiyacına dayanmışsa da davadan bir süre önce boşalan konutunu ihtiyaçlı kızına tahsis etmeyerek 01. 04. 2000'de kiraya vermiştir. Boşalan konutunu ihtiyaçlı kızına tahsis etmeyerek kısa bir süre sonra davalı hakkında tahliye davası açılmasında ihtiyacın samimi olduğu kabul edilemez*", Y. 6. HD., E. 2001/8167, K. 2001/8314, T. 23. 10. 2001, (KİBB).

13 Anıl, a. g. e., s. 90. Nişanlanmanın tek başına soyut olarak tahliye davasında ihtiyacın kabulü için yeterli olmadığına dair Y. HGK., E. 1982/6-863, K. 1984/1049, T. 12. 12. 1984 ve (Burcuoğlu, a. g. e., s. 360).

14 Y. 6. HD., E. 12791, K. 12831, T. 15. 11. 1983; Y. 6. HD., E. 6, K. 603, T. 21. 10. 1992, Kararlar için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, İstanbul, 2002, s. 1027-1028.

15 Y. 6. HD., E. 2133, K. 3692, T. 10. 09. 1964, (Tandoğan, a. g. e., s. 251, dn. 232'den naklen). Reşit bir kişinin bağımsız bir evde oturmak istemesinin de gerçek ve samimi bir istek olduğu yönünde bkz. Y. 6. HD., E. 1989/16027, K. 1989/17996, T. 22. 11. 1989, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 360), Y. 6. HD., E. 2007/1360, K. 2007/3234, T. 22. 03. 2007, (KİBB). "*Davanın hukuksal nedeni, oğlunun evlenme koşuluna bağlanmaktadır. Bu konuda herhangi bir hazırlık yapılmadığı gibi evlenme de gerçekleşmediğine göre ihtiyaç henüz doğmamıştır*", (Y. 6. HD., 3172/3327, 28. 03. 1995, A. Nevzad Odyakmaz, Uygulamada Tahliye Davaları ve Kiralayan-Kiracı İlişkileri, İstanbul, 2007, s. 15).

16 Y. 6. HD., E. 1987/15849, K. 1988/3446, T. 07. 03. 1988, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 357).

17 Y. 6. HD., E. 1987/13718, K. 1988/1804, T. 09. 02. 1988, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 360). "Trafik gürültüsü sadece tarafların bulunduğu yerler için değil, özellikle büyükşehirlerde toplumsal ve yaygın bir olaydır… Toplumsal yaygın bir sorun halinde bulunan bir nedenin kişisel nedenlere indirgenerek kişisel olarak bir sağlık bozukluğu meydana getirmeden tahliye sebebi yapılmasının yasanın amaçladığı konut ihtiyacı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Y. 6. HD., E. 1242, K. 1549, T. 08. 02. 1990, (Karahasan, a. g. e., s. 1036-1037, dn. 153).

İhtiyaç sebebini ileri süren kiraya verenin malik olması şart değildir. İntifa hakkı sahibi olan kiraya veren veya kiralananı alt kiraya vermiş olan kiracı da ihtiyaç sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirebilecektir[18]. Müşterek mülkiyette maliklerden birinin veya birkaçının ihtiyacı sebebiyle kiracıya karşı tahliye davası açılabilmesi için sayı ve hisse çoğunluğunun karar alması aranmaktadır[19]. İştirak halinde mülkiyette ise, tüm maliklerin davaya muvafakatleri veya katılmaları sağlanacaktır[20]. Yine ihtiyaç sahibi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişilerin ihtiyaçlarından özellikle belediyelerin ihtiyacı söz konusu olduğunda, kanunlarda belirlenen ihtiyaçlar dikkate alınacaktır[21]. Nitekim Yargıtay, kamu kurumu niteliğindeki belediyenin kamu hizmetlerinin görülmesi için, kiraya verilen taşınmazlara ihtiyaç duyulabileceği ve bu ihtiyaçlar nedeniyle tahliyeye karar verilmesi gerektiği yönünde isabetli karar vermiştir[22].

B. Kiralananı İşyeri Olarak Kullanma İhtiyacı

6570 sayılı Kanun'un 7/c maddesinde düzenlenen, gayrimenkulü kendisinin, eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için kullanma ihtiyacından kaynaklanan tahliye sebebi, doktrin ve uygulamada işyeri ihtiyacı nedeniyle tahliye sebebi olarak adlandırılmaktadır[23]. Tıpkı 6570 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da konut ihtiyacı nedeniyle açılacak tahliye davası ile işyeri ihtiyacı nedeniyle açılacak tahliye davası arasında büyük bir özdeşlik bulunmaktadır. Her iki tahliye sebebinde de ihtiyacın zorunlu, samimi ve gerçek olması aranacaktır[24]. Ayrıca ihtiyacın şah-

18 Tandoğan, a. g. e., s. 242; Burcuoğlu, a. g. e., s. 394-395.
19 Y. İBK., 12/18, T. 06. 07. 1955, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 347, dn. 15a).
20 Burcuoğlu, a. g. e., s. 395.
21 Y. 6. HD., E. 908, K. 942, T. 04. 03. 1974, (Olgaç, GKHK., s. 112).
22 Y. 6. HD., E. 2011/3614, K. 2011/8212, T. 14. 07. 2011, (KİBB).
23 Tandoğan, a. g. e., s. 251; Burcuoğlu, a. g. e., s. 399; Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 352; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuk Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 216; Fahrettin Aral, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 288; Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2004, s. 260; Senai Olgaç, Tespit Ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968, s. 143, (Eser sonraki atıflarda *"Tespit"* şeklinde kısaltılacaktır).
24 Tandoğan, a. g. e., s. 257; Burcuoğlu, a. g. e., s. 400; Abdülkadir Arpacı, Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2002, s. 112; Y. HGK., E. 335, K. 461, T. 03. 10. 1990, (Müslim Tunaboylu, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2006, s. 238, dn. 28, Eser sonraki atıflarda *"Kira Kanunu"* şeklide kısaltılacaktır). *"Davacı, işye-*

sında doğacağı kişiler, TBK. m. 350'de konut ihtiyacında olduğu gibi kiraya verenin kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü kişiler olarak genişletilmiştir. Gerçek kişiler işyeri ihtiyaç sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirebilecekleri gibi, tüzel kişiler de işyeri ihtiyacı nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirebilecektir[25].

İşyeri ihtiyacı, kiralayanın zaten öteden beri başka bir yerde icra etmekte olduğu meslek veya sanatını artık kiralananda devam ettirme ya da mesleğini geçici olarak icra ederken artık yerleşme isteği halinde ya da maddede sayılan kişilerin o zamana kadar bir işle meşgul olmayıp da o zaman bir iş edinmesi halinde gündeme gelebilir[26]. İşyeri ihtiyacının samimi ve gerçek olması için genellikle şu iki koşul aranmaktadır. İlk olarak, ihtiyaçlının başka bir işi olmamalıdır[27]. Yargıtay içtihatlarına göre de, mevcut bir işi olan kimsenin ikinci veya ek bir iş için kiralananın tahliyesini istemesi halinde zorunlu ihtiyaçtan bahsedilemeyecektir[28]. İkinci koşul ise, kiralananın, yapılacağı ileri sürülen işe uygun olması gerekmektedir[29]. Bunların yanında yapılacak işin niteliği, kişinin tahliyesini talep ettiği işyerinin bulunduğu yerde oturup oturmadığı, yapılacak iş için ihtiyaçlının sağlık durumunun ve niteliklerinin elverip elvermediği de somut olayda araştırılacaktır[30]. İşyeri

---

ri ihtiyacı nedeniyle tahliye talebinde bulunmuştur. İhtiyaç iddiasının gerçek, samimi ve zorunlu olduğu kanıtlanmadıkça tahliye kararı verilemez. Dosya kapsamından, davacının tahliye davası devam ederken dahi kiralananın satılmasına yönelik girişimlerine devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında ihtiyacın samimi olduğu kabul edilemeyeceğinden davanın reddi gerekir" Y. 6. HD., E. 2008/8610, K. 2008/9958, T. 22. 09. 2008, (KİBB.).

25 *"…şirket ihtiyacı için gerçek kişilere ait taşınmazların tahliyesi istenemez. Şirketler tüzel kişiliklere sahip kuruluşlar olduğundan, ancak şirket malı için şirketin ihtiyacı bahse konu olabilir"*, Y. 6. HD., E. 7309, K. 7768, T. 16. 06. 1992, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 353, dn. 25).

26 Tandoğan, a. g. e., s. 251.

27 Burcuoğlu, a. g. e., s. 401.

28 *"…davacının dava konusu yerde yapacağı iş üçüncü iş olacaktır. Oysa 6570 sayılı Yasa, sosyal içerikli ve sosyal amaçlı yasadır. Ancak meslek ve sanat icrası için işyeri bulunmayan kiralayana tahliye hakkı tanımıştır"*, Y. 6. HD., E. 12927, K. 13359, T. 02. 11. 1990, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 401-402).

29 Burcuoğlu, a. g. e., s. 401. Y. HGK., E. 1977/6-1107, K. 1978/257, T. 22. 03. 1978, (Olgaç, GKHK, s. 133). *"Davacının keşide ettiği ihtarnamede kendi işyeri ihtiyacını ileri sürdükten sonra davayı eşinin ihtiyacı için açması, samimiyetsizliğine delil olamaz. Kaldı ki açılmış olan dava sırasında dahi davalının kabulüne bağlı olmaksızın ihtiyaçlı kişi değiştirilebilir. Bu durumda ihtiyacın gerçek ve samimi olduğu kanıtlandığından, kiralananın tahliyesine karar vermek gerekir"*, Y. 6. HD., E. 2006/6593, K. 2006/8761, T. 19. 09. 2006, (KİBB.).

30 İlgili Yargıtay kararları için bkz. Karahasan, a. g. e., s. 1055-1069; Burcuoğlu, a. g. e., s. 407-412. "Davacının ihtiyaçlı kızının boş olduğu, çalışmasına ve ticaret

ihtiyacının kabulü için, kiraya verenin öne sürdüğü meslek veya sanatı bizzat yürütmesi aranmayacak; mesleği, dolayısıyla (bazı yardımcılarla) yürütülebilecek durumda olması yeterli sayılacaktır[31]. Son olarak belirtmek gerekir ki, konut ihtiyacına dayalı davalardan farklı olarak, Yargıtay işyeri ihtiyacına dayalı tahliye için sadece kirada bulunma keyfiyetini yeterli görmemekte, ayrıca davacının kiracı olarak bulunduğu yere nazaran kiralananın yapılacak faaliyet bakımında daha elverişli, hiç değilse çalışılan yerle eşdeğer bulunduğunun veya tahliye tehdidi altında olduğunun kanıtlanmasını da aramaktadır[32].

C. Yeni Malikin Konut veya İşyeri Olarak Kullanma İhtiyacı

818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre kiracının konut ya da işyeri olarak kullanmakta olduğu taşınmazın bir başkasına satılması halinde, yeni malik, kiracıyla eski malik arasında yapılan kira sözleşmesinin tarafı olmadığından kira sözleşmesini kabul etmiş olmadıkça kiracıyı taşınmazdan çıkarabilecekti (BK. m. 254). Yeni malikin bu hakkına karşı kiracıyı korumak amacıyla 6570 sayılı Kanun'la kira sözleşmesinin nispiliğine istisnai bir hüküm getirilmişti. 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesine göre, taşınmazın mülkiyetini sonradan kazanan yeni malik, taşınmazı kanunda sayılan kişilerin konut ya da işyeri ihtiyacı için kullanacaksa, ancak o zaman kiracıyı taşınmazdan çıkarabilecektir (GKHK. m. 7/d)[33]. Bu hükme göre yeni malik, kira sözleşmesinde eski malikin yerine geçerek sözleşmeyi yüklenmiş sayılmakta ve Yargıtay bu durumda yeni maliki eski malikin halefi olarak kabul etmektedir[34]. Kiralanan taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, kira sözleş-

---

yapmasına engel bir durumun bulunmadığı, enstitü mezunu olduğu, yapacağı iş yönünden işe yabancı bulunmadığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bunlar işyeri ihtiyacının varlığını göstermektedir. (Y. 6. HD., 7723/8101, 07. 06. 1991, Odyakmaz, s. 19).

31 Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul, 1977, & 14, II, a, bb, bbb başlığı altındaki bölüm; Tandoğan, a. g. e., s. 256.

32 Y. 6. HD., E. 2011/2359, K. 2011/7098, T. 28. 06. 2011, (KİBB). ; Y. HGK., E. 6-20, K. 825, T. 11. 10. 1972, (Tandoğan, a. g. e., s. 253); Y. 6. HD., E. 11441, K. 13788, T. 24. 12. 1987, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 413); Y. 6. HD., E. 2002/8254, K. 2003/30, T. 13. 01. 2003, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 252, dn. 24a).

33 Zevkliler, a. g. e., s. 262.

34 Y. 3. HD., E. 2004/1864, K. 2004/2377, T. 18. 03. 2004 (KİBB.). Halefiyetle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 208-218.

mesinin tümüyle devredildiği yani sözleşmenin yüklenilmesi ile meydana gelen taraf değişikliğinin kanun uyarınca olduğu doktrinde de kabul edilmektedir[35].

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 254. maddesince yeni malike tanınan tahliye imkanı ortadan kaldırılmış ve kiracıyı korumak amacıyla yeni malikin kiralananı edindiği anda, kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağı hükmü getirilmiştir. Böylece eski malikin kira sözleşmesiyle sahip olduğu mevcut hak ve yükümlülükler, eski malikin şahsına bağlı olanlardan başka, bütünüyle yeni malike geçecek, kiracının kiracılık hakkı da yeni malike karşı ileri sürülebilecektir[36]. Ancak 6570 sayılı Kanun'la yeni malike tanınan tahliye imkanı, konut ve çatılı işyerleri açısından 6098 sayılı Kanunun 351. maddesi ile muhafaza edilmiştir. Böylece taşınmazı sonradan edinen kişi, 6570 sayılı Kanunun 7/d maddesinde kabul edildiği gibi[37], 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 351. maddesine göre kendisine tanınan özel dava hakkı yerine, dilerse önceki kiraya verene ait bir sebebe dayanarak da halef sıfatıyla dahil olduğu kira sözleşmesini, dava yoluyla sona erdirebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 6570 sayılı Kanunu'nun 7/d maddesini karşılayan 351. maddesine göre, kiralananı sonradan edinen kişi; kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için kiralananı konut veya işyeri olarak kullanma zorunluluğu varsa dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilecektir. Türk Borçlar Kanunu'nun iki fıkradan oluşan 351. maddesinin birinci fıkrasında, yeni malikin kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirmek amacıyla, konut veya işyeri gereksinimlerini ileri sürebileceği kişiler,

35 Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul, 2008, s. 199; Herman Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çev. A. Suat Dura,, y. y., 1993, s. 268-269. Sözleşmenin yüklenilmesi ile ilgili ayrıca bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2008, s. 1206-1207.

36 Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler), 9. Bası, İstanbul, 2011, s. 212 (Eser sonraki atıflarda BH Dersleri şeklinde kısaltılacaktır).

37 Burcuoğlu, a. g. e., s. 438; Zevkliler, a. g. e., s. 263; Canan Ünal, "*Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri*", İBD. , Yıl 2010, C. 84, S. 3, s. 1534-1535. Y. 6. HD., E. 1992/758, K. 1992/1150, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 438). Y. 6. HD., E. 5866, K. 5861, T. 29. 06. 1999, (Zevkliler, a. g. e., s. 263,dn. 320).

350. maddenin (1) numaralı bendine uygun olarak sınırlayıcı biçimde sayılmıştır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesinde *"gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse"* tabiri yerine 6098 sayılı Kanunda *"kiralananı sonradan edinen"* ibaresinin kullanılmış olmasıdır. Çünkü doktrinde *"gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisap"* kavramının[38], Medeni Kanun'daki taşınmaz mülkiyetinden daha geniş anlaşılması gerektiği ve sadece mülkiyet hakkının iktisabı değil, aynı zamanda intifa hakkının iktisabı halinde bu hükümden yararlanılabileceği ifade edilmektedir[39]. İntifa hakkı söz konusu olduğunda, çıplak mülkiyet sahibi kendi ihtiyacı için tahliye davası açamayacaktır, bu hak intifa hakkı sahibine aittir[40]. Hatta kooperatiflerde olduğu gibi, henüz bireysel mülkiyete dönüşüm olmadan da, kendisine pay tahsis edilen kimsenin bu tahliye davasını açabileceği kabul edilmektedir[41]. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yönde gelişmiştir[42] ve bu gerekçelerle 6098 sayılı Kanunda *"kiralananı sonradan edinen"* ibaresine yer verilmiştir.

D. Kiralananın Kiraya Veren Tarafından Yeniden İnşası veya İmar İhtiyacı

6570 sayılı Kanun'un 7/ç maddesine göre, gayrimenkulün yeniden inşa veya imar maksadıyla esaslı bir surette tamir, genişletme veya yenileme ihtiyacı hasıl olur ve bu faaliyetler sırasında gayrimenkulün içinde ikamet veya iştigal mümkün olmadığı fennen anlaşılırsa kiraya veren tahliye davası açabilecektir. 6570 sayılı Kanun'un bu hükmünü karşılayan TBK. m. 350/ (2) hükmü ile kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi ge-

38 Medeni Kanuna göre iktisap kavramı için bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2006, s. 286 vd; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Baskı, İstanbul, 1989, s. 652 vd.

39 Burcuoğlu, a. g. e., s. 439; Zevkliler, a. g. e., s. 263; Aral, a. g. e., s. 94.

40 Aral, a. g. e., s. 94; Y. 6. HD., E. 624, K. 736, T. 30. 01. 1995, (Odyakmaz, a. g. e., s. 14).

41 Burcuoğlu, a. g. e., s. 439; Zevkliler, a. g. e., s. 263.

42 İntifa hakkı iktisap edenler için, Y. 6. HD., E. 12402, K. 14085, T. 09. 12. 1986 (Burcuoğlu, a. g. e., s. 446); Kooperatiflerde pay satın alma sebebine dayalı ihtiyaca binaen tahliye için Y. 6. HD., E. 6042, K. 6257, T. 25. 05. 1993, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 354, dn. 29b.).

rekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, kira sözleşmesi kiraya veren tarafından dava yoluyla sona erdirilebilecektir. Görüldüğü gibi TBK. m. 350/(2) hükmü, dilde sadeleştirme dışında 6570 sayılı Kanunun 7/ç maddesine göre bir hüküm değişikliği getirmemiştir. Bu yönüyle, 6570 sayılı Kanun'un 7/ç maddesinin bir tekrarı mahiyetindedir.

Gerek 6570 sayılı Kanun'un 7/ç maddesine göre, gerekse TBK. 350/(2) hükmü ile kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için üç temel unsura ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır. Bunlar: taşınmazın yeniden inşa edilmesi, imar amacıyla onarım veya genişletme ya da değiştirme ve bu işlemler yapılırken kiralananda oturulmasına imkan bulunmamasıdır. Burada imar kelimesi sözlük anlamı ile kullanılmıştır ve bayındır hale getirme, onarma, meskun bir yeri belirli bir plan dahilinde düzenleyip geliştirme anlamlarına gelmekte olup[43] iyileştirme, mamur hale getirme anlamını taşıdığı için, mevcut olan binada yapılan düzeltmelerle ilgilidir. Yeniden inşada ise, mevcut binanın tamamen yıkılıp, yerine yeni bir binanın inşa edilmesi söz konusudur[44]. Örneğin bir binanın üstüne kat ilavesi için ahşap olan tavanın betonarme hale getirilmesinde, eski bir binanın modernleştirilmesi için bütünüyle tadilat yapılmasında, daha güzel ve sosyal ihtiyacı karşılayacak hale getirilmesinde hep imar amacı vardır. Kiralananın tamamen yıkılıp yeniden yapılmasında ise imar amacı araştırılmaz. Çünkü imar ancak mevcut bir bina üzerinde söz konusu olmaktadır[45].

6570 sayılı Kanun'da düzenlenen bu hüküm, şehirlerin imarı ile taşınmazların bakım ve ıslahını sağlamak için binalar inşasına imkan vermek maksadıyla konulmuştur. Yargıtay'ın kökleşmiş ihtiyaçlarına göre, fenni bakımdan veya kiralayanın ihtiyaçları açısından herhangi bir tamir veya tadil zorunluluğu olmadığı halde, sırf geliri artırmak için tadile gidilmesinde ve özellikle konut olarak kiraya verilmiş bir yerin işyerine çevrilmesinde imar kastı bulunmamaktadır[46].

---

43 Ferit Develioğlu, Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, t. y., s. 505; Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, 2002, s. 215

44 Burcuoğlu, a. g. e., s. 454; Zevkliler, a. g. e., s. 265.

45 Y. 6. HD., E. 12670, K. 12992, T. 20. 12. 1994, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 354, dn. 30f.); Y. 6. HD., E. 1607, K. 1808, T. 20. 04. 1971, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 454).

46 Tandoğan, a. g. e., s. 279-280; "*6570 sayılı Kanunun 7/ç maddesinde hükme bağlanan yeniden inşa, imar amaçlı esaslı surette tamir, tadil ve tevsii sebebiyle tahliye kararı veri-*

II. KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE AÇILACAK TAHLİYE DAVALARINDA SÜRELERE İLİŞKİN YENİLİKLER

A. Belirli Süreli Kira Sözleşmelerinde Dava Açma Süresi

Kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle açılacak tahliye davalarında dava açma sürelerine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanununun 350/(2) ve 351. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK. m. 350/(2)ye göre, kiraya verenin konut ve işyeri ihtiyacına dayanan tahliye davası ile kiralananın yeniden inşa ve imarına dayanan tahliye davası, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelere uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açılabilecektir. Böylece kanunkoyucu, yukarıda A, B ve D başlıkları altında incelmiş bulunduğumuz üç farklı tahliye sebebi için ortak süre getirmiş ve dava açma süresini kira sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre iki farklı şekilde düzenlemiştir.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde her üç tahliye sebebi için ortak bir dava açma süresi getirilmiş ve bu süre kira sözleşmesinin sonu olarak belirlenmiştir. Bu yönüyle 6098 sayılı Kanundaki düzenleme, 6570 sayılı Kanunun 7/b, c, ç hükümleriyle paralellik arz etmektedir. TBK. 350/(2). maddesinde "*belirli* süreli sözleşmelerde sürenin sonunda," şeklinde ifadesini bulan hüküm, 6570 sayılı Kanun'un m. 7/b, c, ç fıkralarında "*kira akdinin hitamında*" şeklinde ifade edilmektedir. Ancak kira süresinin bitiminden itibaren hangi süre içerisinde tahliye davasının açılacağına dair her iki maddede de bir hüküm mevcut değildir. Her ne kadar, TBK. m. 350 hükmünün gerekçesinde "*…davanın açılma süresi olarak, mahkeme kararlarında, İcra ve İflas Kanununun 272 nci maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda benimsenen bir aylık süre açıkça belirtilmiştir*" denilmişse de, madde metnini dikkatli okuduğumuzda, bir aylık sürenin sadece belirsiz süreli kira sözleşmelerinde dava açma süresine ilişkin getirildiği anlamı çıkmaktadır. Dolayısıyla TBK. 350/(2)

---

lebilmesi için yeniden inşa yapılacak ise yeniden inşaat projesinin, mevcut bina muhafaza edilerek esaslı surette tamir, tadil ve tevsii edilecekse bununla ilgili belediyece tasdikli projenin ibraz, ibraz edilen projenin mahalline uygulanması gerekir" Y. 6. HD., E. 4479, K. 4648, T. 18. 06. 2003, ((Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 356, dn. 31). Aynı yönde, Y. 6. HD., E. 2007/10608, K. 2008/321, T. 21. 01. 2008, (KİBB.).

maddesinde geçen "*belirli* süreli sözleşmelerde sürenin sonunda," hükmünü yine İİK. m. 272 hükmü ile birlikte ele alarak, belirli süreli kira sözleşmelerinde tahliye davalarının açılabileceği süreyi ortaya koymamız gerekecektir. Çünkü İİK. m. 272'deki "*Mukavelename ile kiralanan bir taşınmazın müddeti bittikten bir ay içinde mukavelenin icra dairesine ibrazı ile tahliyesi istenebilir*" hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, 6570 sayılı Kanun'un 7/b, c, ç hükümlerine dayanarak açılacak tahliye davalarının kira süresinin bitiminden itibaren bir aylık süre içerisinde açılması gerektiği sonucuna zaten varılmaktadır[47]. Yargıtay içtihatları da bu yönde gelişmiştir[48]. Burada kiraya verenin davayı belirli sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde açabilmesi için, önceden mutlaka bir ihtarname göndermesi şart değildir. Buna rağmen kiraya veren, kiracıya bir ihtarname göndererek kira süresi bitiminde saymış olduğumuz sebeplerle tahliyeyi isteyeceğini bildirmiş ise, bir aylık süreyi geçirmiş olsa bile, kira süresinin bitiminden sonra gelen bir yıllık uzatma dönemi sona erinceye kadar tahliye davası açabilecektir. İhtarname çekilmesi sadece muhtemel zımni bir yenileme iddiasını önlemek ve bir ay geçmesine rağmen gelecek dönem başına kadar dava açabilme imkanını saklı tutmak bakımından faydalı ve ihtiyatlı bir yol olarak gözükmektedir[49]. Yerleşik uygulamanın benimsediği bu görüş TBK. m. 353'te de kabul edilmiştir. Buna göre kiraya veren, yapacağı yazılı bir bildirim üzerine dava açma süresini bir yıl uzatma imkanına sahip olacaktır. Ancak kiraya veren, kira sözleşmesi sona erdikten sonra yukarıda saydığımız sebeplerle tahliye davası açmadan ilk aya ait kira bedelini ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin alırsa ve TBK. m. 353 çerçevesinde yazılı bildirimde bulunmamışsa artık tahliye davası açamayacaktır[50].

---

47 Tandoğan, a. g. e., s. 263; Burcuoğlu, a. g. e., s. 92; Aral, a. g. e., s. 287.

48 *"6570 sayılı Yasanın 7/b-c-ç maddelerine dayanan tahliye davasının, anılan Yasa maddeleriyle İİK. 'nın 272. maddesinin kıyasen uygulanması ve yerleşmiş içtihatlar uyarınca kira akdinin hitamının takip eden bir ay içinde açılması gerekir. Daha önce veya bir aylık dava açma süresi içinde tahliye iradesi kiracıya bildirilmişse, bu irade açıklaması süreyi koruyacağından, bu bildirimi takip eden dönemini sonuna kadar dava açma hakkı saklı tutulmuş sayılır. Bu gibi durumlarda akdin başlangıcı olan ayın kirasının ihtirazi kayıtlı alınıp alınmaması önemli değildir. Bu cihet kamu düzeninde ilişkindir"* Y. 6. HD., E. 15546, K. 3487, T. 08. 03. 1988, (Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 352, dn. 22).

49 Tandoğan, a. g. e., s. 264; Zevkliler, a. g. e., s. 259; Aral, a. g. e., s. 288; Y. 6. HD., E. 2530, K. 2838, T. 25. 03. 1997; Y. 6. HD., E. 587, K. 719, T. 03. 02. 1997, (Celal Erdoğan, Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 2000, s. 870-871.

50 Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 299.

Burada zikretmiş olduğumuz süreler kamu düzeninden olduğu için, hakim tarafından re'sen dikkate alınacak ve taraflar arasında kira süresinin bitiminden önce dava açılabileceğine ilişkin anlaşmalar dikkate alınmayacaktır[51]. 6570 sayılı Kanun bakımından açıkça yer verilmeyen ancak mahkeme kararlarında İİK. m. 272'nin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda benimsenen bir aylık süre, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından TBK. m. 350/(2)'deki *"belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda,"* şeklindeki hüküm, *"belirli süreli sözleşmelerde sürenin sona ermesinden itibaren,"* şeklinde değiştirildiği takdirde kanunda doğrudan ifadesini bulmuş olacaktır.

B. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinde Dava Açma Süresi

Belirsiz süreli kira sözleşmeleri bakımından 6098 sayılı Kanun'un 350/(2) hükmü, kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelere uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açılacak dava ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesini düzenlemektedir. 6570 sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen, zaten uygulamada bu doğrultuda görüş kabul edilmekteydi[52]. Madde metnine göre, kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak kira sözleşmesinin bitim tarihi belirlenecek ve bu tarihten başlayarak bir ay içerisinde kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için dava açılacaktır.

Kiraya ilişkin genel hükümlere baktığımızda, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde daha uzun süreli bir fesih bildirim süresi veya fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, taraflardan her biri yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilecektir (TBK. m. 328/1). Eğer kira sözleşmesi bir taşınmaza ya da bir taşınır yapıya ilişkin ise, kira dönemi öncelikle yerel âdete göre

51 Y. 6. HD., E. 16712, K. 330, T. 17. 01. 1990; Y. 6. HD., E. 1987/7501, K. 1987/9952, T. 16. 10. 1987, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 97).

52 *"Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 11'deki kira sözleşmesinin birer yıllık dönemlerle yenilenmiş olacağı hükmü ancak süreli kira sözleşmeleri için geçerlidir; bu durumda süresiz kira sözleşmeleri yapılmasına Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununa göre engel bulunmamış olması itibariyle, kiracı tarafından feshin ihbarı hususunda BK. m. 262'de yazılı kuralların uygulanması gereklidir"*, Y. 4. HD., E. 964-6443, K. 5365, T. 01. 11. 1965, (Tandoğan, a. g. e., s. 203). Madde gerekçesinde kullanılan benzer ifade için bkz. 6098 sayılı TBK. m. 350 gerekçesi, Antalya, a. g. e., s. 397.

belirlenecek, böyle bir âdetin bulunmaması halinde ise, altı aylık kira döneminin sonu için üç aylık fesih bildirim süresine uyularak kira sözleşmesi feshedilebilecektir (TBK. m. 329). Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınacaktır (TBK. m. 328/1). Kanunkoyucu, kiracının sık ve ani değişikliklerden zarar görmesini önlemek ve yeni yer bulmasına imkan vermek amacıyla fesih bildiriminin, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanan belli dönemlerin sonunda yapılmasına cevaz vermiştir[53]. Böylece kira sözleşmesinin bir bölümü sözleşmeyle, yerel adetlerle veya kanunla kira dönemi olarak tayin edilecektir. Fesih dönemine bağlı olarak ise, fesih iradesinin kullanılabileceği nihai zaman aralığı fesih bildirim süresi olarak belirlenmiş olacaktır. Buna göre, taşınmaz ve taşınır yapı kiralarında, aksine yerel adet yoksa kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden itibaren altışar aylık dönemler tespit edilecek ve bir altı aylık dönem sonunun kira sözleşmesinin bitim günü olarak belirlenmesi için, bu günden en az üç ay öncesinden kiracıya bildirimde bulunmak gerekli ve yeterli olacaktır[54]. Örneğin, 1 Şubat başlangıçlı belirsiz süreli bir kira sözleşmesinde, altı aylık dönemlerin sonları olan 31 Temmuz veya 31 Ocak tarihlerini tahliye davası açılması için uyulması gereken bir aylık sürenin başlangıcı haline getirebilmek için, en geç 30 Nisan veya 31 Ekim tarihine kadar kiracıya bildirimde bulunulmalıdır[55]. TBK. m. 350 hükmünde sayılan tahliye sebeplerine dayalı olarak dava açılabilmesi için gereken süre, belirsiz süreli sözleşmeler için örnekte saptadığımız 31 Temmuz veya 31 Ocak tarihinden itibaren bir ay olacaktır. Ancak kiraya veren, yukarıda belirlediğimiz gibi, kiracıya yapacağı bir yazılı bildirimle tahliye davası açma süresini TBK. m. 353 gereğince bir kira yılı uzatma imkanına sahip olacaktır.

---

53 Tandoğan, a. g. e., s. 204.

54 *"Borçlar Kanununun kapsamına giren yerlerin tahliyesi için şartları taşıyan feshi ihbar yeterlidir. Başka sebep aramaya gerek yoktur. 6570 sayılı Kanunu kapsamına giren ve süresiz akde konu teşkil eden bu kanunun 7/b, c, ç maddelerine dayanan tahliye davasına konu yerler için ise, Borçlar Kanununun 262. Maddesindeki feshi ihbar yalnızca dava süresi için önem taşır. Süre yönünden, ihbar şartı yerine getirilmişse, anılan Kanunun 7/b, c, ç maddelerine dayanan dava sebeplerinin ayrıca ispat edilmesi şarttır"*, Y. 6. HD., E. 5747, K. 7682, T. 29. 06. 1987, (Karahasan, a. g. e., s. 974-975).

55 Burcuoğlu, a. g. e., s. 98; Tandoğan, a. g. e., s. 205; Müslim Tunaboylu, Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2006, s. 395, (Eser sonraki atıflarda *"Borçlar Kanunu"* şeklinde kısaltılacaktır).

Belirsiz süreli kira sözleşmesinin istenilen tarihte sona erdirilebilmesi için fesih bildiriminin, hem fesih dönemine hem de fesih bildirim süresine uygun yapılması gerekmektedir. Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, yapılan fesih bildirimi büsbütün hükümsüz kalmayıp bir sonraki fesih dönemi için geçerli olacaktır. Zira bu tip bir bildirim bir sonraki kira dönemi için hüküm ifade edecek ve kira ilişkisini bir sonraki dönem bakımından sona erdirecektir[56].

C. Yeni Malikin Dava Açma Süresi

Türk Borçlar Kanununun 351. maddesi ile kiralananı sonradan edinen kişiye de konut veya işyeri ihtiyacına dayalı olarak kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirme imkanı tanınmıştır. Kiralananı sonradan edinen kişi, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilecektir. 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesinde de kiralananı iktisap eden kimsenin, diğer koşullar da mevcut ise, iktisap tarihinden itibaren bir ay içinde durumu ihtarname ile kiracıya bildirmek şartıyla, yine iktisap tarihinden itibaren altı ay geçtikten sonra tahliye davası açabileceği hükme bağlanmıştı. Ancak 6098 sayılı Kanun'da *"ihtarname"* yerine, yeni malikin kiracıya yapmak zorunda olduğu bildirimin, bir tasavvur açıklaması niteliğinde olduğu göz önünde tutularak, *"yazılı olarak bildirme"* sözcükleri kullanılmıştır.

6570 sayılı Kanun bakımından, yeni malikin durumunu bildiren ihtarnamenin iktisap tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde kiracıya ulaştırılması aranmaktadır. Doktrinde iktisap tarihinden itibaren altı ay geçtikten sonra da, İİK. m. 272 gereğince bir ay içerisinde dava açma zorunluluğu bulunduğu ileri sürülmekteydi. Ancak Yargıtay, iktisabı izleyen altı ay geçtikten sonra, yeni malikin bu davayı sözleşmedeki sürenin sonuna kadar açabileceğini kabul etmektedir[57]. Artık Yargıtay'ın sözleşme sonuna kadar dava açılabileceği yönündeki içtihatlarını TBK. m. 353 ile birlikte değerlendirmemiz gerekecek ve böylece kiraya verene tanınan dava açma süresini uzatma imkanı,

56 Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 252.
57 Y. 6. HD., E. 2011/6973, K. 2011/10939, T. 17. 10. 2011, (KİBB).

yeni malikin dava açacağına ilişkin süresinde yapacağı yazılı bildirim sayesinde mümkün olacaktır. Böylelikle yeni malik, en geç davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmek kaydıyla, dava açma süresini bir yıl uzatabilecektir.

Ayrıca TBK. m. 351/2 hükmü gereğince yeni malik, 6570 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen fakat uygulamada kabul edilen görüş doğrultusunda, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirme hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilecektir. Yani yeni malik dilerse eski malik ile kiracı arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak TBK 350/1. hükmü gereğince kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içerisinde ihtiyaç sebebiyle tahliye davasını açarak kira sözleşmesini sona erdirebilecektir.

III. KİRACIDAN KAYNAKLANAN TAHLİYE SEBEPLERİNE İLİŞKİN YENİLİKLER

6098 sayılı Kanun'un 352. maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen fakat 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (a), (e) bentleri ile ikinci fıkrasını karşılayan, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hallerini düzenlemektedir. Madde metnine baktığımızda, kiracıdan kaynaklanan tahliye sebeplerinin üç fıkra halinde düzenlendiğini görmekteyiz. Bu sebeplerden ilki, kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi halidir. İkinci olarak, kira parasının zamanında ödenmemesi sebebiyle aynı kira dönemi içinde iki haklı ihtarın yapılmasını arayan sona erme hali düzenlenmiştir. Son olarak ise, kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirebilme imkanı düzenlenmiştir.

A. Kiracının Yazılı Tahliye Taahhüdünde Bulunması

TBK. m. 352/1 hükmüne göre, kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği halde o tarihte boşaltmazsa, kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvur-

mak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilecektir. Bu hüküm, 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinden alınmıştır. Ancak, uygulamadaki adıyla *"kiracının tahliye taahhüdünün"* geçerli olması yine uygulamada benimsendiği gibi, kiracının, bunu kiraya verene karşı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, yazılı olarak ve belirli bir tarih içerecek biçimde üstlenmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır[58]. Bu hüküm kiracının, belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılacağına ilişkin 6098 sayılı Kanun'un 347. maddesi ile 6570 sayılı Kanun'un 11. maddesine getirilmiş bir sınırlama niteliği taşımaktadır[59].

6570 sayılı Kanun'un 7/a maddesinde, kiralananın boşaltılacağına dair tahliye taahhüdünün geçerliliği için yazılı şekil şartı aranmakla birlikte, taahhüdün verilme zamanına ve belirli bir tarih içerecek biçimde verilmesi şartlarına ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktaydı. Uygulamada taahhütnamenin veriliş zamanı ile ilgili Yargıtay kararlarında, Milli Koruma Kanunu zamanında verilmiş içtihadı birleştirme kararına[60] atıf yapılarak, kira ilişkisi kurulmadan veya kurulurken alınan tahliye taahhütlerinin serbest iradeye dayanmadığı gerekçesiyle geçerli olmayacağı kabul edilmektedir[61]. Kiralanan teslim edildikten sonra alınan tahliye taahhütleri konusunda ise, artık kiraya verenin kiracıdan zorla bir taahhütname alması düşünülemeyeceğinden, teslimden sonra alınan taahhütnameler geçerli kabul edilmektedir. Ancak kiraya verenin düzenleme tarihini kendisinin koyduğu durumlarda, yani tahliye taahhüdünün gerçekte kiralananın tesliminden önce verilmesi ve bu durumun herhangi bir şekilde ispatlanması ihtimalinde, artık bu taahhütlerin de hükümsüz olacağı kabul edilmektedir[62]. 6570 sayılı Kanun'un 7/a maddesinde, yazılı olma dışında tahliye taahhü-

58 Bkz. 352. madde gerekçesi, Antalya, a. g. e., s. 399.
59 Tandoğan, a. g. e., s. 195.
60 Karar için bkz. Y. İBK., E. 20, K. 28, T. 04. 10. 1944, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 304-305); Y. 6. HD., E. 1987, K. 1624, T. 08. 02. 1991, (Aral, a. g. e., s. 285).
61 Y. 6. HD., E. 2010/2015, K. 2010/6263, T. 26. 05. 2010, (KİBB). ; Y. 6. HD., E. 1991/1187, K. 1991/1624, T. 08. 02. 1991, Y. 6. HD., E. 1204, K. 3186, T. 18. 03. 1987(Burcuoğlu, a. g. e., s. 306); Tandoğan, a. g. e., 196; Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 359.
62 Burcuoğlu, a. g. e., s. 312; Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 305.

dünün veriliş şekline ve içeriğine ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktaydı. Bu durum uygulamada *"kiralayanın ne zaman isterse"* veya *"bir yıllık süre geçtikten sonra, yeni kira dönemi içinde 3 ay için mal sahibinin ihbarda bulunması ile kesin tahliye edileceği"* gibi tahliye taahhütlerinin yapılmasına neden olmaktaydı. Böyle durumlarda kiraya veren, herhangi bir tarihte ihbarda bulunarak İİK. m. 272'de aranan bir aylık süreyi belirlemekte ve ihbar tarihinden itibaren bir ay içinde de tahliye davası açmaktadır[63]. Tahliye tarihinin sadece ay olarak belirtildiği hallerde de, taahhüde en yakın yılın o ayının son gününde tahliyenin öngörülmüş olduğu kabul edilmektedir[64].

Kanaatimizce 6098 sayılı Kanun'da tahliye taahhüdünün *"belirli bir tarih"* içerecek şekilde aranması ve dava tarihinin bir ay olarak açıkça belirtilmesi kiracı lehine faydalı olmuştur. Böylelikle *"kiraya veren ne zaman isterse"* gibi keyfiliğe açık ve tarihi belirli olmayan tahliye taahhüdü geçerli kabul edilmeyecektir. 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen kiraya verenin icraya başvurma hakkı yanında, 6098 sayılı Kanun'la kiraya verene tahliye davası açma hakkı da tanınmıştır. Tahliye taahhüdünün noterce resen düzenlenmediği veya tarih ve imzanın noterce tasdik edilmediği hallerde, eğer kiracı imzasını inkar etmiş ise, kiraya veren icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasını istemeyecek, artık doğrudan mahkemede dava açma yoluna başvuracaktır (İİK. m. 275/2)[65].

Tahliye taahhüdünün hukuki mahiyeti konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Eğer tahliye taahhüdünde tahliye günü olarak belirtilen gün kira sözleşmesinin bitiminden önceki bir gün olarak belirlenmişse, tahliye taahhüdünün hüküm doğurması mutlaka kiraya veren tarafından bu taahhüdünün kabul edilmesine veya uygun bir süre içerisinde karşı çıkılmamasına (BK. m. 6) bağlıdır[66]. Her ne kadar uygulamada tahliye taahhüdü kiraya verenin talebi ile gerçekleşmekte ve kiracının kiralananı tahliye etmesi kiraya veren lehine sonuçlar do-

63 Y. 6. HD., E. 16218, K. 4107, T. 18. 03. 1988, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 302).

64 Y. 12. HD., E. 4122, K. 5669, T. 09. 06. 1981, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 303); Aral, a. g. e., s. 284.

65 Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 305.

66 Haluk Burcuoğlu, *"6570 sayılı GKHD. 'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Güne veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması"*, İBD. , Yıl 1984, Sayı 10-12, s. 638-639(Eser sonraki atıflarda *"Tahliye Bildirimi"* şeklinde kısaltılacaktır); Burcuoğlu, a. g. e., s. 321.

ğurmaktaysa da, bu taahhüt, her iki tarafın rızası ile kurulan bir sözleşme hükmündedir. Ancak tahliye taahhüdünde kiralananın boşaltılacağı bildirilen gün kira döneminin sonuna gelmişse, bu ihtimalde tahliye taahhüdü, hem 6098 sayılı Kanun'un 352/1 hükmü (6570 s. Kanun 7/a) uyarınca verilmiş bir tahliye taahhüdü koşullarını içermekte, hem de 6098 sayılı Kanun'un 347 ve 348. maddeleri (6570 s. Kanun m. 11) uyarınca kiracının kira sözleşmesinin uzatılmasını engellemek için sözleşmenin bitim tarihinden en az on beş gün öncesine kadar yapabileceği yazılı beyan şeklinde anlaşılabilmektedir. Bu halde, tahliye taahhüdü kiraya verenin kabulüne ihtiyaç göstermeksizin hükümlerini doğurabilecektir[67]. Böylelikle tahliye taahhüdünün hukuki mahiyeti, kira süresinin bitimine rastlaması halinde kiracıya tek yanlı olarak kira sözleşmesini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran hak olarak kabul edilecektir. Tahliye taahhüdünün kira dönemi içerisine rastlaması halinde ise, kiraya verenin kabulü ile kurulan, kiracıya ve kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirmek için harekete geçme yetkisi veren bir sözleşme olarak kabul edilecektir. Ancak kiracı ve kiraya veren bu hakkını kullanmadığı takdirde, tahliye taahhüdü kendiliğinden hükmünü yitirecek ve taraflar arasındaki kira ilişkisi varlığını sürdürmeye devam edecektir[68]. Kira sözleşmesinin sona ermesi ise, kiracının belirtilen günde kiralananı tahliye etmemesi üzerine, bu günden itibaren bir ay içerisinde başlatılacak icra takibi veya sulh hukuk mahkemesinde açılacak davanın olumlu sonuçlanması ile mümkün olacaktır[69].

B. Kiracının Kira Bedelini Ödememesi Sebebiyle İki Haklı İhtara Yol Açması

TBK. m. 352/2 hükmüne göre, kiracı bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde, bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa; kiraya veren, kira süresinin veya bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı davayla kira sözleşmesini sona erdirebilecektir.

67 Burcuoğlu, a. g. e., s. 320.
68 Tandoğan, a. g. e., s. 199; Burcuoğlu, Tahliye Bildirimi, s. 642-643.
69 Burcuoğlu, a. g. e., s. 323.

Kiracının kira bedelini ödemedeki aksaklıkları ile doğrudan ilgili olan bu madde hükmünü, yine 6098 sayılı Kanunun *"Kiracının Temerrüdü"* başlıklı 315. madde hükmü ile birlikte değerlendirmemiz gerekecektir. TBK. m. 315 hükmüne göre, kiracı kiralananın tesliminden sonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verecektir. Bu sürede de kiracının kira borcunu ifa etmemesi halinde, kiraya veren sözleşmeyi feshedebilecektir[70]. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, konut ve çatılı işyeri kiraları için kiraya veren tarafından verilecek sürenin en az otuz gün olacağı ve bu sürenin kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı konuları düzenlenmiştir. 818 sayılı BK. m. 260 hükmünden farklı olarak, 6098 sayılı TBK. m. 315 hükmüyle kira bedelinin ödenmemesi üzerine iki haklı ihtar yapılarak açılacak tahliye davasının kapsamı içerisine yan giderleri ödeme borcu da alınmış, böylece Yargıtay'ın kabul ettiği[71], kira bedeli borcunun ödenmesinde temerrüt ile yan gider borcunun ödenmesinde temerrüt arasındaki fark ortadan kaldırılmıştır. TBK'nun 315. maddesi ile getirilen bir diğer yenilik, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda aranmayan ancak Yargıtay kararlarında aranan, kiraya veren tarafından kiracıya yapılacak bildirimin yazılı olması koşulunun açıkça düzenlemiş olmasıdır[72].

Her ne kadar TBK. m. 315 ile 352 hükümleri veya 818 sayılı BK. m. 260 ile 6570 sayılı Kanun'un m. 7/e hükümleri kiracının kira bedelini ödemedeki aksaklıklarını düzenlese de, bu hükümlerin uygulama alanları birbirinden farklıdır. Örneğin bir kiracı kira paralarını daima geç yatırır ancak bu gecikme hiçbir zaman otuz günü geçmezse, TBK. m. 315 hükmü (BK. m. 260) uygulanamayacaktır. Çünkü bu

---

70 6570 sayılı Kanunun 7/e maddesi ile BK. m. 260 hükmünün karşılaştırması için bkz. Haluk Burcuoğlu, *"6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (e) bendi uyarınca iki haklı ihtar nedeniyle tahliye kurumunun Borçlar Kanununun 260. maddesindeki temerrüt nedeniyle kira sözleşmesinin sona ermesi ile karşılaştırılması"*, İBD, Yıl 1984, Sayı 1-2-3, s. 66-79. (Eser sonraki atıflarda *"İki Haklı İhtar ve BK m. 260"* şeklinde kısaltılacaktır).

71 *"Elektrik parası iki haklı ihtara esas teşkil etmez"*, Y. 6. HD., E. 8264, K. 8444, T. 06. 10. 1982; *"Yakıt gideri hariç olmak üzere eklentileri temerrüde esas alınmaz"*, Y. 6. HD., E. 8044, K. 11864, T. 20. 11. 1987, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 216, 218). Elektrik, su, kapıcı ve temizleme paralarının ihtara esas teşkil etmeyeceğine dair Yargıtay kararları için bkz. Olgaç, Tespit, s. 163.

72 Kararlar için bkz. Burcuoğlu, a. g. e., s. 251 vd; Tandoğan, a. g. e., s. 214-215.

maddenin uygulanabilmesi için kiracının yazılı bildirime rağmen, kira bedelini en az otuz günden fazla geciktirmesi gerekecektir. Kiracının her kira bedelini belirlenen vadeden sonra fakat otuz günlük mehil süresinden önce yatırması halinde, kiraya veren kira sözleşmesini feshedemeyecektir. Aynı şekilde kiracının bir kira bedelini otuz günden daha fazla gecikme ile ödemesi fakat diğer kira bedellerini zamanında ödemesi halinde de TBK. m. 352/2 hükmü (6570 s. Kanun m. 7/e) uygulanamayacaktır. Çünkü bu hükmün uygulanabilmesi için en az iki kira bedelinin ödenmesinde aksaklık meydana gelmesi gerekmektedir[73]. Bu yüzden bu iki hüküm, birbirinin tekrarı veya birbiriyle çelişen hükümler olarak değil, birbirini tamamlayan hükümler olarak ele alınmalıdır. Zatenkanun koyucu kiracının sürekli kirayı vaktinde ödemeyerek kiraya vereni mehil tayinine mecbur bırakması ve sonra da verilen mehil süresi içinde ödemede bulunarak tahliyeyi önlemesine engel olmak gayesiyle 6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesini kabul etmiştir[74]. Bu maddenin tekrarı niteliğinde olan 6098 sayılı Kanunun 352/2 madde hükmünde de aynı gayeyle hareket edildiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

TBK. m. 315 ile 352 hükümleri arasındaki diğer bir fark da, bu hükümlerin neticeleri açısındandır. TBK. m. 315'te düzenlenen ihtar neticesinde verilen süre içerisinde kiracı kira bedelini ödemez ise, kira sözleşmesi kiraya verenin fesih beyanı ile sona erer ve sözleşme sona erdiği için de kiraya verenin kiralananın iadesine ilişkin dava açma hakkı ile ilgili süre sınırı yoktur. Ancak 352. maddeye göre verilen ihtarlar neticesinde kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermez, sadece kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirme hakkı verir ve kiraya veren bu hakkını mutlaka iki haklı ihtarın yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içerisinde dava yoluyla kullanmak zorundadır.

İhtarın içeriği ile ilgili madde metninde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak ihtarın amacının kiracıyı kanundan doğan ödevini yerine getirmeye çağırmak ve ona kira parasını ödetmek olduğunu dikkate aldığımızda[75], ihtar ile hangi ayın kira parasının

73 Burcuoğlu, a. g. e., s. 213-214.
74 Tandoğan, a. g. e., s. 221.
75 Tandoğan, a. g. e., s. 223.

ödenmediği ve bunun otuz gün içerisinde ödenmesi gerektiği, ödenmediği takdirde tahliye davasının açılacağı ikazlarında bulunulmalıdır[76]. Burcuoğlu, iki haklı ihtar sisteminde, ihtarlarla birlikte kiracıya süre vermeye gerek bulunmadığı görüşündedir. Yazara göre, bu zorunluluk olmamasına rağmen kiraya veren bir mehil vermişse, bu mehil içerisinde ödemede bulunan kiracıya karşı da ihtar hükümsüz kalmalıdır[77]. Yargıtay ise, bu görüşün tam aksini benimsemekte ve iki haklı ihtarda da otuz günlük süreyi aramakta ve bu süre içerisinde kiracının ödemede bulunması halinde, yapılan ödemenin ihtarı hükümsüz kılmayacağı görüşündedir[78]. Bizce de Yargıtay'ın bu konudaki görüşü daha isabetlidir. Çünkü TBK m. 315 ile 352/2 (BK. m. 260 ile 6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesi) maddeleri uyarınca kiracıya gönderilen ihtarlar mahiyeti itibariyle aynı olduğundan, mehil verilip verilmemesi uygulamada karışıklığa yol açacaktır. Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere her iki ihtar için de mehil aranmalı ancak bu ihtarın TBK. m. 352/2 hükmü (6570 sayılı Kanun m. 7/e) uyarınca iki haklı ihtar olarak kullanılabilmesi açısından verilen mehil içerisinde yapılan ödeme ihtarı hükümsüz bırakacak etkiye sahip olmamalıdır. İhtara haklılık kazandıran unsur, kira bedelinin sözleşme veya kanun hükmü gereğince belirli bir ifa zamanında yerine getirilmemesidir[79]. İki ayrı kira yılı içinde yapılmış birer haklı ihtar veya bir kira yılında aynı aya ait iki ihtar, bu madde kapsamında iki haklı ihtar olarak değerlendirilemeyecektir[80]. Yargıtay ayrıca, kendisine ödeme ihtarı gönderildiğini öğrenen kiracının ihtar eline geçmeden, yani ihtarın kiracıya tebliğinden önce, yapacağı ödeme ile ihtarın haklılığını ortadan kaldıracağını kabul etmektedir[81]. Kanun maddesinde iki haklı ihtarın bir yıldan kısa süreli sözleşmelerde kira süresi içerisinde, bir yıl ve daha uzun süreli sözleşmelerde bir kira yılı içerisinde yapılması aran-

76 Aral, a. g. e., s. 277; Zevkliler, a. g. e., s. 270; Burcuoğlu, iki haklı ihtar sisteminde, ihtarlarla birlikte kiracıya süre vermeye gerek bulunmadığı görüşündedir, Burcuoğlu, a. g. e., s. 267.

77 Burcuoğlu, a. g. e.,s. 267-268.

78 Bkz. Burcuoğlu, a. g. e., s. 267'deki kararlar.

79 Tandoğan, a. g. e., s. 221

80 Y. 6. HD., E. 2011/1952, K. 2011/7194, T. 30. 06. 2011, (KİBB). ; Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 319.

81 Y. 6. HD., E. 1986/14357, K. 1987/428, T. 02. 02. 1987, (Burcuoğlu, a. g. e.,s. 259).

dığı için, kira bedelinin yıllık kararlaştırıldığı kira sözleşmelerinde iki haklı ihtarın oluşması imkansızlaşacaktır[82].

Yargıtay 6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesinde geçen bir kira yılı ifadesinden hareketle, kira sözleşmesinin bir yıldan kısa süreli olması halinde kira sözleşmesinin iki haklı ihtarla sona erdirilemeyeceğine karar vermekteydi[83]. 6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesinde yer verilmeyen, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde iki haklı ihtarın kira sözleşmesini sona erdirmeye yeterli sebep oluşturması, 6098 sayılı Kanun'un 352/2 hükmü ile açıkça kabul edilmiştir. Artık bir yıldan kısa süreli kira sözleşmeleri de iki haklı ihtara dayalı olarak sona erdirilebilecektir. Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için, ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde dava açılması gerekecektir. Bu sözleşmelerde, bir kira yılını aşan süreler içinde kalması koşuluyla, iki haklı ihtar da, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi için yeterli olacaktır[84]. Yargıtay, tıpkı bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kabul ettiği gibi, belirsiz süreli kira sözleşmeler bakımından da iki haklı ihtarın söz konusu olamayacağını kabul etmektedir[85]. Kanaatimce 6098 sayılı Kanun'un 352/2. maddesine göre bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmeleri açısından getirilen hüküm belirsiz süreli kira sözleşmeleri için de uygulanabilecektir. Böylece bir kira yılını aşan süreler içinde kalması koşuluyla, iki haklı ihtar, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi için yeterli sebep oluşturacaktır. Ancak sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilmek için iki haklı ihtarın aynı kira yılı içerisinde yapılması gerekecektir. Aynı kira yılının hesabı da kira sözleşmesinin başlangıç tarihine göre belirlenecektir.

82 Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 306.

83 Y. 6. HD., E. 2011/3191, K. 2011/8464, T. 20. 07. 2011, (KİBB). ; Y. 6. HD., E. 3989, K. 6096, T. 06. 04. 1984; Y. 6. HD., E. 1984/11626, K. 1984/11876, T. 27. 11. 1984 (Burcuoğlu, a. g. e., s. 261-262).

84 Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 399.

85 Y. 6. HD., E. 12260, K. 13940, K. 04. 12. 1986, (Burcuoğlu, a. g. e., s. 265-266). Yavuz/Acar/Özen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında da belirsiz süreli kira sözleşmelerinde iki haklı ihtarın oluşmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 306.

C. Kiracının veya Birlikte Yaşadığı Eşinin Aynı İlçe veya Belde Belediye Sınırları İçerisinde Oturabileceği Konutunun Bulunması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 6570 sayılı Kanun'un 7/son fıkrasından alınmış olan m. 352/son hükmü gereğince, kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması ve kiraya verenin kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmemesi halinde, kiraya veren sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilecektir. Ancak 6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesinden farklı olarak, *"aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde olma"*, *"kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmeme"* ve *"sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sona erdirme"* koşullarının birlikte gerçekleşmesi aranmıştır. Böylece, kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin konutunun, *"aynı belediye sınırları içinde olmasından"*, dolayısıyla büyükşehir belediyelerinin de *"aynı belediye"* olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiş ve *"ilçe ya da belde belediye sınırları"* esas alınmıştır.

6570 sayılı Kanun'un 7. maddesinin son fıkrasına göre, kiraya verenin sözleşmenin kurulduğu sırada kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı şehir veya belediye sınırları içinde oturulabilir bir konutu bulunduğunu bilmesi halinde bile, başka bir koşul aranmaksızın, kira sözleşmesini derhal sona erdirmeye yönelik dava açabileceğine ilişkin uygulama 6098 sayılı Kanunda benimsenmemiştir. Bu uygulama, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarına aykırı sonuçlar doğurabilecek nitelikte görülmüştür[86]. 6098 sayılı Kanun'un 352. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemeye göre, kiraya veren, söz konusu durumu biliyorsa, sözleşmeyi dava yoluyla sona erdiremeyecektir. 6098 sayılı Kanun'la getirilen önemli yeniliklerden birisi de, 6570 sayılı Kanun'da kullanılan *"malik"* ifadesi yerine *"kiraya veren"* ifadesinin kullanılmasıdır. Böylelikle, konut ve işyeri kiraları açısından kira sözleşmelerinin dava yoluyla sonra erdirilmesine ilişkin diğer maddelerle paralellik sağlanmış ve malik olmasa dahi kiraya verene tahliye davası açma hakkı tanınmıştır.

86 Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 400.

Bu hükme dayanarak kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi, sadece konut kiralarına ilişkin sözleşmelerde söz konusudur. Kanunkoyucu kiracının başını sokacağı bir konutu olduğu düşüncesiyle ve kiralanandan çıkarılsa bile fazlaca mağdur olmayacağı gerekçesiyle diğer tahliye sebeplerine oranla daha kolay bir tahliye sebebi öngörmüştür[87]. Bu hükme dayanarak kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için, kiraya verenin ihtar çekmesine ya da kendisinin veya yakınlarının konuta ihtiyacı bulunmasına da gerek bulunmamaktadır. Sadece kiracının veya birlikte oturduğu eşinin aynı ilçe veya belde sınırları içerisinde oturmaya elverişli konutunun bulunması yeterlidir[88]. Bu konutun kullanılırlılığını tespitte, onun fiziki durumu, kiracının nüfus sayısı, sağlık ve sosyal durumu da göz önünde bulundurulmalıdır[89].

Madde metninde *"birlikte yaşadığı eş"* kavramına yer verildiğine göre, eşler arasında TMK. m. 170 uyarınca ayrılığa karar verildiği veya eşlerden birinin TMK. m. 197 hükmü gereğince ayrı yaşama hakkına sahip olduğu hallerde birlikte oturmaktan söz edilemeyeceği için, artık kiracının eşinin kontunun bulunması kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için devreye sokulamayacaktır[90]. Burada önemli olan husus, kiracının eşine ait taşınmazı kullanma imkanının bulunmasıdır. Eğer eşler hukuken ayrı yaşama hakkına sahip olmaksızın fiilen ayrı yaşıyorlarsa, bu durumda tahliye davası açılabilecektir[91].

IV. KİRACIDAN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE AÇILACAK TAHLİYE DAVALARINDA SÜRELERE İLİŞKİN YENİLİKLER

TBK. m. 352/1 hükmüne göre, kiracının tahliye taahhüdü vermesi halinde kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirebileceği tarih, tah-

87 Burcuoğlu, a. g. e., s. 330.

88 Kiracı veya eşinin bir kooperatifte konutunun bulunması halinde, henüz kiracı (veya eşi) adına tapuda tescil edilmiş olmamakla birlikte, ona tahsis edilmiş olması bile, 6570 sayılı Kanunun 7/son fıkrasının uygulanması için yeterlidir, Y. İBK, E. 1966/21, K. 1968/4, T. 21. 02. 1968, (KİBB). ; (Burcuoğlu, a. g. e., s. 333).

89 Aral, a. g. e., s. 293; Zevkliler, a. g. e., s. 266.

90 Tandoğan, a. g. e., s. 272; Burcuoğlu, a. g. e., s. 334. Ayrılığa karar verilmesi ve ayrı yaşama hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Akıntürk, Medeni Hukuk, 11. Baskı, İstanbul, 2005, s. 249 ve 272; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 17. Baskı, Ankara, 2005, s. 440.

91 Yavuz/Acar/Özen, BH Dersleri, s. 307.

liye taahhüdünde belirtilen tarihten itibaren bir aydır. Kiraya veren bir ay içerisinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle kira sözleşmesini sona erdirebilecektir. Burada üzerinde önemle durulması gereken husus, tahliye taahhüdünün taraflara kira sözleşmesini sona erdirme hakkı vermesidir. Eğer bir aylık süre içerisinde taraflar bu hakkını kullanmazsa, kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyecektir.

TBK. m. 352/2'de düzenlenen iki haklı ihtar nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi, bir yıldan kısa süreli sözleşmeler için kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içerisinde açılacak dava ile olacaktır. Bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya veren, bir yılık sürenin bitiminde veya iki haklı ihtar gönderilmesine sebep olan bir kira yılının bitiminden itibaren bir aylık süre içerisinde açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirebilecektir.

TBK. m. 352/3'de düzenlenen kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması halinde ise, kiraya veren sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içerisinde açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirebilecektir.

V. DAVA SÜRESİNİN UZAMASI VE DAVA SEBEPLERİNİN SINIRLILIĞI

TBK. m. 353 hükmü, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve 6570 sayılı Kanunda yer almayan yeni bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirmek isteyen kiraya veren, dava açmak için öngörülen bir aylık süre içinde dava açma yerine dava açılacağına ilişkin yazılı bildirimde bulunursa, dava açma süresi bir kira yılı uzamış sayılacaktır. Daha önce kanunlarda yer almayan bu imkân, yeni bir hüküm olarak yerleşik uygulamanın benimsediği görüşü yansıtmaktadır. Kira sözleşmesinin süresinin sona ermesinden itibaren dava açma süresi olan bir ay içinde yapılacak bildirim de yeterli görüldüğüne göre, yine yerleşik uygulamada kabul edildiği üzere, kira süresi içinde yapılacak bildirim de dava süresini uzatıcı etkiye sahip olacaktır[92].

92 Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 400.

6098 sayılı Kanun'la getirilen bir yenilik olarak tahliye sebeplerinin tamamı bakımından kiraya verene süre uzatma hakkının tanınması, uygulamada bazı sakıncaları da beraberinde getirecektir. Örneğin konut veya işyeri ihtiyacına dayalı tahliye davalarında yahut da yeniden inşa veya imara dayalı tahliye davalarında kiraya verene bir kira yılı içerisinde dava açma hakkı tanınması, çoğu zaman ihtiyacın gerçekliği ve samimiyeti koşullarıyla bağdaşmayacaktır. Ayrıca kiracı bakımından bir kira yılı boyunca sürekli dava açılması tehdidi içerisinde kiralananı kullanmak, kiracının kiralanandan beklenen faydayı elde etmesine de engel olabilecektir. Bu sebeple, dava açma süresi içerisinde kiraya verenin yazılı bildirimde bulunması nedeniyle dava açma süresinin uzaması, sadece kiracıdan kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesinin sona erdirilebileceği haller için uygulanmalıdır.

Dava sebeplerinin sınırlılığına ilişkin düzenleme getiren TBK. m. 354 hükmü, kısmen 6570 sayılı Kanunun 8. maddesini karşılamaktadır. Kira sözleşmesini sona erdirme sebeplerinin sınırlı sayıda olması ilkesi, 6570 sayılı Kanunda olduğu gibi, uygulama ve öğretide de kabul edilmektedir[93]. Yani kiraya veren, incelemiş bulunduğumuz ve TBK. m. 350, 351, 352'de öngörülen sebeplerden başka bir sebebe dayanarak kira sözleşmesini sona erdiremeyecek ve sözleşmeyle bu kuralın aksine bir düzenleme de kararlaştıramayacaktır. Ancak kanunla getirilmiş olan bu sınırlı sayı ilkesi, kiraya verenin genel hükümler uyarınca kira sözleşmesini sona erdirme imkanını ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin önemli sebeplerin varlığı halinde kiraya veren TBK m. 331'e dayanarak kira sözleşmesini bildirim yoluyla sona erdirebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, TBK. m. 353 hükmünün uygulaması, 31. 03. 2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi gereğince, 01. 07. 2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle ertelenmişti. Bu madde hükmüne ilişkin konularda, 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl boyunca sözleşme serbestisi gereğince kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmekteydi[94]. Ancak Türk Borçlar

93 Y. 6. HD., E. 2011/2647, K. 2011/3477, T. 22. 03. 2011, (KİBB). Madde gerekçesi için bkz. Antalya, a. g. e., s. 401; Yavuz/Özen/Acar, Özel Hükümler, s. 347.

94 Bkz. 14. 04. 2011 tarihli ve 27905 sayılı Resmi Gazete.

Kanunu'nun bazı maddelerinin 5 yıl süreyle uygulanmamasına ilişkin düzenlemede yapılan atıfların, Türk Borçlar Kanunu'nun tasarı metni ile kanunlaşan metin arasındaki bir maddelik sayı farkından dolayı yanlış yapıldığı anlaşıldı. Böylece aslında hedeflenmeyen maddelerin uygulanması ertelenmiş oldu. Bu yanlışlığın düzeltilmesi amacıyla, 04. 07. 2012 tarih ve 6353 sayılı Kanunla, 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde değişikliğe gidildi ve madde metni şu şekilde değiştirildi: Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11. 1. 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1. 7. 2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır[95]. Yapılan bu değişiklikle birlikte, yukarıda incelemiş bulunduğumuz TBK. m. 354 hükmünün uygulanması 1. 7. 2020 tarihine kadar ertelenmiştir.

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu tahliye sebeplerini, 6570 sayılı Kanun'dan farklı olarak, kiraya verenden kaynaklanan sebepler ve kiracıdan kaynaklanan sebepler olarak ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu yönüyle Kanun'un sistematiği, 6570 sayılı Kanunun düzenlemesinden daha isabetli olmuştur.

Kiraya verenden kaynaklanan sebeplerden ilki, ihtiyaç sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesidir. Bu konuda 6098 sayılı Kanun'la getirilen en önemli yenilik, Türk aile yapısı dikkate alınarak ihtiyacın şahsında doğduğu yakınların kapsamı genişletilmiştir. İhtiyacın şahsında doğduğu yakınlar bakımından, ihtiyacın türünde yani konut veya işyeri ihtiyacında bir ayrıma gidilmemiştir.

İkinci olarak, kiralananı sonradan edinen malike de konut veya işyeri ihtiyacı sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkı tanınmış ve 350. maddeye paralel olarak yeni malik açısından da ihtiyacın

95 Bkz. 12. 07. 2011 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete.

şahsında doğduğu kişilerin kapsamı genişletilmiştir (TBK. m. 351/1). Ayrıca yeni malike, dilerse TBK'nun 350. maddesi çerçevesinde önceki kiraya verene ait bir sebebe dayanarak da kiracıyı tahliye etme imkanı tanınmıştır (TBK. m. 351/2).

Dava açma süresi bakımından getirilen yenilik ise, belirsiz süreli kira sözleşmelerinin kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelere uyularak sona erdirilebilmesi imkanı TBK. m. 350 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca 6570 sayılı Kanun bakımından açıkça yer verilmeyen ancak mahkeme kararlarında İİK. m. 272'nin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda benimsenen kira sözleşmesinin bitiminden itibaren kabul edilen bir aylık süre TBK. m. 350'de açıkça hükme bağlanmıştır.

Kiracıdan kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi kanunda tek maddede (TBK. m. 352) düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin olarak kiracının tahliye taahhüdünde bulunma zamanı, kiralananın teslim edilmesi şartına bağlanmış ve ayrıca tahliye taahhüdünde kiralananın boşaltılacağı zamanın açıkça belirtilmesi de taahhüdün bir şartı olarak aranmıştır.

TBK. m. 352/2'de kiraya verenin iki haklı ihtar sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkı, bir yıldan kısa süreli sözleşmeler için olduğu gibi, süresi belirli olmayan kira sözleşmeleri için de açıkça tanınmıştır. Süresi belirli olmayan kira sözleşmelerinde, bir kira yılını aşan süreler içinde kalması koşuluyla, iki haklı ihtar, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi için yeterli olacaktır. Ancak sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilmek için iki haklı ihtarın aynı kira yılı içerisinde yapılması gerekecektir.

TBK. m. 352/3 hükmüyle kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin oturmaya elverişli konutu bulunması halinde, kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkı, bu konutun *"aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde olma"* ve kiraya verenin *"kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmeme"* koşullarına bağlanmıştır. Böylelikle büyükşehir belediyelerinin de *"aynı belediye"* olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiş ve *"ilçe ya da belde belediye sınırları"* esas alınmıştır.

Son olarak 6098 sayılı Kanun'un 353. maddesi ile kira sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde yapılacak yazılı bildirimle, dava açma hakkının bir kira yılı için uzatılmış sayılacağı hükmü getirilmiştir. Yine yerleşik uygulamada kabul edildiği üzere, kira süresi içinde yapılacak bildirim de dava süresini uzatıcı etkiye sahip olacaktır.

KAYNAKLAR

Akıntürk, Turgut; Medeni Hukuk, 11. Baskı, İstanbul, 2005

Anıl, Yaşar Şahin; Kira Tahliye Davaları, İstanbul, 2007

Antalya, Gökhan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, Beta, 2011

Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2007

Arpacı, Abdülkadir; Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2002

Becker, Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çev. A. Suat Dura,, y. y., 1993

Burcuoğlu, Haluk; "*6570 sayılı GKHD. 'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Güne veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması*", İBD., Yıl 1984, Sayı 10-12, s. 638-639, (Tahliye Bildirimi)

Burcuoğlu, Haluk; "*6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 7. maddesinin (e) bendi uyarınca iki haklı ihtar nedeniyle tahliye kurumunun Borçlar Kanununun 260. maddesindeki temerrüt nedeniyle kira sözleşmesinin sona ermesi ile karşılaştırılması*", İBD, Yıl 1984, Sayı 1-2-3, s. 66-79, (İki Haklı İhtar ve BK m. 260).

Burcuoğlu, Haluk; Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993

Develioğlu, Ferit; Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, t. y.

Erdoğan, Celal; Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 2000

Ferhat Erçin, *"Musakkaflık Kavramının Etkisi ve 6570 Sayılı Yasanın Uygulanma Zorunluluğu"*, İBD, Yıl 2008, C. 82, S. 1, s. 59-78.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2008

Feyzioğlu, F. Necmettin; Borçlar Hukuku, Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, 4. Bası, İstanbul, 1980

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir; Borçlar Hukuk Özel Bölüm, İstanbul, 1992

Karahasan, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I, İstanbul, 2002

Nomer, Haluk Nami; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul, 2008

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2006

Olgaç, Senai; Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Açıklanması ve Uygulanması, Ankara, 1978, (GKHK).

Olgaç, Senai; Tespit Ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968, (Tespit).

Odyakmaz, A. Nevzad; Uygulamada Tahliye Davaları ve Kiralayan-Kiracı İlişkileri, İstanbul, 2007

Öztan, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, 17. Baskı, Ankara, 2005

Şafak, Ali; Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, 2002

Şıpka, Şükran; Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul, Beta, 2004

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 5. Bası, İstanbul, 1992

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Baskı, İstanbul, 1989

Tunaboylu, Müslim; Borçlar Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2006, (Borçlar Kanunu)

Tunaboylu, Müslim; Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2006, (Kira Kanunu).

Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, İstanbul, 1977

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; Borçlar Hukuk Dersleri (Özel Hükümler), 9. Bası, İstanbul, 2011, (BH Dersleri).

Yavuz, Cevdet/ Özen, Burak/ Acar, Faruk; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 2007, (Özel Hükümler).

Zevkliler, Aydın; Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2004

http://www. kazanci. com.

YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İLE GETİRİLEN BİR YENİLİK: "PAY SAHİPLERİNİN (ORTAKLARIN) ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI" (TTK. m. 358)

A NEW REGULATION INTRODUCED BY THE NEW TURKISH COMMERCIAL CODE: "PROHIBITION OF BORROWING TO COMPANY OF SHAREHOLDERS (PARTNERS)" (TCC. Art. 358)

Ahmet TAMER*

Özet: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yeniliklerden biri de şirkete borçlanma yasağıdır. Bu yasak genel olarak, şirketin malvarlığını koruyarak, şirketin devamlılığını sağlamayı amaçlamaktadır. Şirkete borçlanma yasağı, öngördüğü temel yaklaşım bakımından, şirket (sermaye şirketi) denilen tüzelkişiliği haiz varlığı, onun ortaklarının ve yönetenlerinin kişiliğinden ayırmayı ve bu sayede profesyonel bir şirket işleyişini sağlamayı esas almaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu söz konusu yasağı, pay sahipleri (ortaklar) ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından ayrı hükümlerde (m. 358 ve m. 395/2) düzenlemeyi tercih etmiştir. Kamuoyunda daha çok tartışılması dolayısıyla bu makalenin konusunu, pay sahiplerinin (ortakların) şirkete borçlanma yasağı (m. 358) oluşturmaktadır. Söz konusu hükümde pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri iki koşula bağlanmıştır. Şirkete borçlanma yasağı kapsamında "*borçlanma*" kavramı özel bir önemi haizdir. Şirkete borçlanma yasağı konusunda 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, konunun çeşitli açılardan yeniden ele alınması ve düzenlenmesi yararlı olacaktır. Zira mevcut düzenlemeler, şirkete borçlanma yasağı getirilmesi ile ulaşılmak istenen amaçlara yeterince hizmet etmemektedir. Bu kapsamda özellikle pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın) arasında ayrım yapılarak, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır sonuçlar bağlanması uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Borçlanma, Şirkete Borçlanma Yasağı, Pay Sahibi

* Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı (atamer@dpt. gov. tr).

Abstract: One of the new regulations introduced by the new Turkish Commercial Code No. 6102 is the prohibition of borrowing to company. This prohibition, in general, aims to provide the continuity of company by protecting the company's assets. Prohibition of borrowing to the company, basically is predicated on contradistinguishing the company (stock corporation) which has a legal personality, from its shareholders' and managers' personality and thus ensures a professional management of the company. In this context the legislator has chosen to formulate this prohibition in separate articles with regard to the shareholders (partners) and board members who are not shareholders (art. 358 and art. 395/2). Prohibition of borrowing to company by shareholders' (partners) (art. 358) constitutes the subject of this study because of the so much discussion in the public. That provision envisages two conditions for borrowing of shareholders to company. Within the scope of the prohibition of borrowing to company the concept of "borrowing" has special significance. Although there are significant changes put into effect by the Law No. 6335 with regard to prohibition of borrowing, it would be useful to reconsider and propose new changes for the subject from several aspects. Since, the present form of the regulations fails to serve adequately the objectives to be achieved by the introduction of the prohibition of borrowing to company. In this context, it would be appropriate to envisage more severe legal sanctions for board members, in particular by the making distinction between shareholders and board members (whether or not shareholders).

Key Words: Borrowing, Prohibition of borrowing to company, Shareholders

1. Genel Olarak

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, ticari hayatı yakından ilgilendiren pek çok hüküm içermekte ve bu yönüyle toplumun tamamını ilgilendiren temel bir kanun niteliği taşımaktadır. Kanunun genel gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun böylesine temel bir kanunu değiştirirken, ticari iş ve işlemlerin daha hızlı gerçekleştirilmesi, ticari hayatın kolaylaştırılması ve bu alandaki esneklik ve şeffaflığın sağlanması gibi bazı temel amaçları gözettiği anlaşılmaktadır. Şüphesiz bu amaçlara ulaşılıp ulaşılamayacağını uygulama ve zaman gösterecektir. Ancak görülen o ki, bu alandaki tartışmalar daha uzunca bir süre devam edecektir. Yeni kanunla, bir yandan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu hükümleri revize edilmekte ve uygulamacıların daha

kolay anlayabileceği bir dile çevrilmekte, diğer taraftan da günün koşullarının gerektirdiği birtakım yeni hükümlere yer verilmektedir. Bu yeni hükümler arasında şirketler hukuku ile ilgili olanlar önemli bir yer tutmakta ve özellikle şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde ile 395 inci maddenin ikinci fıkrası dikkat çekmektedir.

Kanunkoyucu, 6335 sayılı Kanun'la[1] yapılan değişikliklerden önce, şirkete borçlanma yasağını, "*görev (yönetim kurulunda görev alıp almama)*" noktasında ikiye ayırarak "*pay sahipleri*" ve "*yönetim kurulu üyeleri*" için ayrı ayrı maddelerde ele almaktaydı. Ancak bu düzenlemelerde öngörülen hükümler birarada değerlendirildiğinde, bunların şirkete borçlanma yasağı getirilmesindeki amaçlara tam olarak uygun düşmediği görülüyordu. Zira pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395 inci maddenin ikinci fıkrasından daha ağır bir sonuç içeriyordu. Gerçekten daha sonra da açıklanacağı üzere, 358 inci maddenin yaptırımı kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle söz konusu işlemin geçersizliği iken, 395 inci maddenin ikinci fıkrasının yaptırımı şirket borçları sebebiyle şirket alacaklılarının borçlanılan tutar kadar bu kişileri doğrudan takip edebilmeleriydi.

Hâlbuki şirkete borçlanma yasağı getirilmesindeki temel düşünce, şirketle yakından ilgili kişilerin şirketle yapacakları birtakım iş ve işlemlerle şirkete (özellikle şirketin ekonomik varlığına) zarar vermelerinin önlenmesi ve dolayısıyla şirketin devamına (sürdürülebilirliğine) yönelebilecek risklerin baştan ortadan kaldırılmasıdır. Şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu üyeleri bakımından bu tür riskli işlemlerle şirkete zarar verilmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu bir gerçektir. Başka bir ifadeyle şirkete borçlanma yasağı getirilmesi, şirketin yönetimi ve temsilinden sorumlu olan kişiler için hayatın olağan akışı içerisinde daha kabullenebilir (hak verilebilir) bir durumdur. Bu nedenle önceki düzenlemelerde, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağının pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına göre daha ağır (sıkı) kural ve yaptırımlara bağlanması gerekirken, tam tersi bir durum yer almaktaydı.

1 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 30/06/2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

İşte bu hususu gözönüne alan 6335 sayılı Kanun (m. 17), şirkete borçlanma yasağını, "*görev*" esası yerine, "*pay*" esasını temel alarak düzenlemiştir. Bu çerçevede 395 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünün kapsamı, bütün yönetim kurulu üyeleri yerine, yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları ile sınırlanmıştır. Dolayısıyla artık pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri de tıpkı yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahipleri gibi 358 inci maddeye tabi olacaktır. Şu halde hâlihazırda şirkete borçlanma yasağını düzenleyen maddelerden 358 inci madde "*pay sahipleri (yönetim kurulu üyesi olsun veya olmasın)*" bakımından şirkete borçlanma yasağını düzenlerken, 395 inci maddenin ikinci fıkrası ise "*pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri*" ve "*pay sahibi olsun veya olmasın bütün yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları*[2]" için aynı konuyu ele almaktadır.

Ancak bu kez aşağıdaki noktalarda daha sıkıntılı bir durum ortaya çıkmaktadır:

a) Bir defa, yönetim kurulu üyesi olsun veya olmasın bütün pay sahiplerinin aynı hükümlere (m. 358'e) tabi tutulması, yönetim kurulu üyeleri hakkında daha ağır hükümlerin getirilmesi gerektiği düşüncesi ile bağdaşmamaktadır.

b) Ayrıca şirkete borçlanma yasağının müeyyideleri konusunda herhangi bir değişiklik yoktur. Önceden olduğu gibi mevcut halde de şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde, 358 inci madde bakımından kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle geçersizlik gündeme gelirken, 395 inci maddenin ikinci fıkrası şirkete borçlanan kişinin şirket borçları nedeniyle şirket alacaklıları tarafından doğrudan takibini öngörmektedir. Hal böyle olunca, yönetim kurulu üyelerini pay sahibi olan ve olmayan şeklinde ikiye ayırmak ve daha sonra da pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri

2 Burada sözü edilen yakınlar konusunda Türk Ticaret Kanununun 393 üncü maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan "*eşi*", "*alt veya üst soyundan biri*" ve "*üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları*", bu madde kapsamında şirkete borçlanma yasağına tabidir. 6335 sayılı Kanundan önce yönetim kurulu üyelerinin "*kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri*" ve "*en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri*" de bu yasak kapsamında iken, 6335 sayılı Kanun bunları yasak kapsamından çıkarmıştır.

için daha ağır bir sonuç bağlamak kolay açıklanabilir bir durum değildir. Zira şirketin temsili ve yönetilmesi konusunda yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olup olmaması büyük bir önem taşımaz. Pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri yapacakları borçlanma işlemleriyle şirket malvarlığını ne kadar riske sokabileceklerse, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri de yapacakları borçlanma işlemleriyle şirketi o derece riske sokabilirler. Ayrıca normal şartlarda bir kimsenin pay sahibi olduğu şirkete manevi olarak daha bağlı olacağı, bu nedenle ortağı olan şirketin zarar görmesini istemeyeceği de bir gerçektir. Bu bakımdan, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerine nazaran, yapacakları borçlanma işlemleriyle şirketi riske sokma ihtimalinin daha fazla olduğu dahi savunulabilir.

c) Bunun yanısıra yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine nazaran daha ağır sonuçlara tabi kılınması da yönetim kurulu üyeleri hakkında daha ağır hükümlerin getirilmesi gerektiği düşüncesine uygun düşmemektedir.

d) Öte yandan ne şirketin ortağı ne de şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu halde, yönetim kurulu üyelerine yakınlıkları sebebiyle bazı kimseler hakkında da şirkete borçlanma yasağının öngörülmesi anlaşılabilir bir durumdur. Hatta şirkete borçlanma yasağı altındaki yönetim kurulu üyelerinin, kanunun hükmünü dolanmak amacıyla, gerçekte kendileri borçlandığı halde kendilerine yakın kimseleri şirkete karşı borçlanmış gibi göstermeleri ihtimali karşısında, bu kişilere yakın bazı kimseler hakkında da şirkete borçlanma yasağının getirilmesi gerektiği dahi savunulabilir. Nitekim 395 inci maddenin ikinci fıkrasında, pay sahibi olsun veya olmasın (herhangi bir ayrım yapılmaksızın) bütün yönetim kurulu üyelerinin yakınları için şirkete borçlanma yasağı öngörülmüştür. Ancak pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri 358 inci maddeye tabi iken, bunların pay sahibi olmayan yakınlarının 395 inci maddenin ikinci fıkrasına tabi kılınması ilginçtir. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri, yaptırımı nispeten daha yumuşak olan 395 inci maddenin ikinci fıkrasını işletmek (bir bakıma kanunu dolanmak) için, şirkete borçlanma işlemlerini pay sahibi olmayan yakınları aracılığıyla yapabilir.

Pay sahipleri bakımından şirkete borçlanma yasağı her ne kadar anonim şirketleri düzenleyen hükümler arasında yer alsa dahi, kanundaki açık yollama (m. 644/1-b) sebebiyle, bu yasağın limited şirket ortakları bakımından da geçerli olacağı açıktır. Hatta önceden (kanunun ilk halinde) Türk Ticaret Kanunu'nun 644 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, yalnızca anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının (m. 358) limited şirketlerde de uygulanacağı belirtilmişken, daha sonra 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanmasına[3] ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümlerinin de limited şirketler bakımından müdürlerinin yakınları için geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece kanunkoyucu tarafından iki şirket türü arasındaki benzerlikler dikkate alınarak, şirkete borçlanma yasağı konusunda anonim ve limited şirketlerde aynı hukuki rejim benimsenmiştir.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağı (m. 395/2) Kanun'da daha ayrıntılı düzenlenmekle birlikte, kamuoyunda pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (m. 358) kadar tartışılmamaktadır. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü nispeten daha az sayıda kişiyi ilgilendirirken, 358 inci madde hükmü daha fazla kişiyi etkilemektedir. Özellikle 6335 sayılı Kanun'la 395 inci maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle hükmün kapsamının, yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları ile sınırlanması, 358 inci maddenin uygulama alanını, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerini de içerecek şekilde daha da genişletmiştir. Dolayısıyla pay sahipleri bakımından özellikle ortak sayısı fazla olan şirketler (örne-

3 Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanununun 6335 sayılı Kanunla değişik 644 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, limited şirket müdürlerinin yakınlarının şirkete borçlanma yasağı ile ilgili olarak 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine atıf yapılırken, söz konusu kişilerin "şirkete borçlanma *yasağı*"ndan söz edileceği yerde "şirkete *borçlanması*"ndan söz edilmesi kanun yapma tekniği bakımından eleştirilebilir. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve yakınlarının "*şirkete borçlanması*" değil, "*şirkete borçlanma yasağı*" düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede, olumlu bir durum (borçlanma) değil, olumsuz bir durum (borçlanma yasağı) hükme bağlanmaktadır.

ğin halka açık şirketler) gözönüne alındığında, uygulanması oldukça zor olacak ve pek çok kişiyi etkileyecek olan böyle bir yasağın kamuoyunda ve bilim çevrelerinde daha yoğun şekilde tartışılmasını doğal karşılamak gerekir.

Hemen belirtelim ki, her ne kadar pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı daha ön planda tartışılsa da bu konuyu kaleme alan bilimsel çalışmalara rastlamak pek mümkün değildir. Bu nedenle bu makalede, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde ve bu kapsamda özellikle "*borçlanma*" kavramı incelenecektir. Ancak konuyu açıklamaya başlamadan önce, şirkete borçlanma yasağı konusunda gelinen aşamanın daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, söz konusu müessesenin kanundaki ilk düzenleniş hali hakkında kısaca bilgi verilecektir.

2. 6335 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Düzenleme

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 358 inci maddesi, ilk halinde pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını şu şekilde düzenlemekteydi: "İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. *Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemden doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.* "[4]. Görüldüğü üzere kanunkoyucu pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını kural şeklinde düzenlemekte ancak bu kurala iki tane istisna öngörmekteydi.

Bu istisnalardan ilki, iştirak taahhüdünden doğan borçlardı. Buna göre gerek şirketin kuruluşunda gerekse de sermayenin artırılması sırasında pay sahipleri (ortaklar) tarafından şirkete ödenmesi taahhüt edilen borçlar bu yasak kapsamına dâhil değildi. Böylece pay sahiplerinin şirkete ortak olmaktan kaynaklanan asli borçları, işin mahiyetine uygun ve zorunlu olarak, yasak kapsamı dışında bırakılmıştı.

4 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 395 inci maddesinin ikinci fıkrası ise ilk halinde yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını şu şekilde düzenlemekteydi: "*Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi halde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.* ".

İkinci istisna türü ise şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bir işlemden doğan ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulan[5] borçlardı. Şirkete borçlanma yasağı konusunda "*borçlanma*" kavramı ile birlikte uygulamada en çok tartışılan husus bu istisna idi. Zira hükmün lafzı dikkate alındığında, bir borcun yasak kapsamının dışında kalabilmesi için, hem "*şirketin işletme konusu ile ilgili olması"* hem de "*işlemi yapan ortağın ticari işletmesini ilgilendirmesi*" gerekmekteydi. Zira madde metninde kullanılan "*ve*" ibaresi, bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiğini göstermekteydi. Buna göre, şirketin işletme konusunun dışında bir işlemle yapılacak borçlanmalar, bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamında olacaktı. Ayrıca bir gerçek kişi ortağın özel amaç taşıyan (ticari işletmesi ile ilgili olmayan) bir işlem ile şirkete karşı borçlanması halinde de bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamında olacaktı. Örneğin mobilya imalatı yapan bir şirketin ortağı, bu şirketten piyasa fiyatı üzerinden mağazasında satılmak üzere değil, evinde kullanmak üzere mobilya alırsa, bu işlem de yasak kapsamında olacaktı. Hatta bir pay sahibinin ticari işletmesi yoksa bu istisnadan hiçbir şekilde faydalanması mümkün olmayacaktı.

Görüldüğü üzere bu ikinci tür istisnanın uygulanması bakımından, madde metninde şirkete borçlandırıcı işlemin, "*şirketin işletme*

5 Belirtmek gerekir ki, bu istisna bakımından, söz konusu borcun "*emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulması*" olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldu. Dolayısıyla şirketle iş yapan ortak olmayan kişilere uygulanan şartların, şirketle iş yapan pay sahiplerine de uygulanması zorunlu idi. Ancak kanaatimizce burada mutlak bir eşitliği de aramamak gerekiyordu. Zira bir kimse şirkete ortak olurken genellikle malvarlığından bir kısmını şirkete devretmeyi üstlenmekte ve bazı riskler almaktadır. Tüm bu iş ve işlemler sırasında kişi ortağı olduğu şirketten istifade edeceği yönünde haklı bir beklenti içerisine girmektedir. Bu nedenle ortak olan bir kimsenin ortak olmayan bir kimseye göre ortağı olduğu şirketten makul ölçülerde daha fazla yararlanması (makul olmak şartıyla daha hafif şartlara tabi kılınması) doğal karşılanmalıydı. Nitekim 358 inci maddede borcun, sadece "*aynı hükümlere*" tabi tutulmasından değil, "*benzer hükümlere*" tabi tutulmasından da söz edilmesi de bu yorumumuzu güçlendirmekteydi. Bu nedenle hükmün gerekçesinde belirtilenin aksine, makul ölçülerde kalmak (ve bu ölçüyü dar yorumlamak) şartıyla, pay sahiplerine diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınmasını, hükme (m. 358'e) aykırılık olarak değerlendirmemek gerekirdi. Bu kapsamda pay sahibine tanınacak yumuşak (hafif) şartların makul ölçülerde olup olmadığı hususunu somut olayın koşullarına göre takdir ve tespit etmek gerekirdi.

konusuna girmesi" yanında, ayrıca "*pay sahibinin ticari işletmesi gereği olarak yapılmış olması*" şeklinde bir anlamın verilmesi son derece isabetsiz olmuştu[6]. Zira burada bir kimsenin, herkesle eşit koşullar altında şirket faaliyetlerinden yararlanabilecekken, sırf "*bu şirkete ortak olması sebebiyle ortağı olduğu şirketten faydalanamaması*" gibi garip, adaletsiz ve hatta mantıksız (anlamsız) bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Dolayısıyla 358 inci maddenin yukarıda belirtildiği şekilde uygulanması, şirkete ortak olmayı "*teşvik edici*" değil, "*cezalandırıcı*" bir etkinin ortaya çıkmasına neden olacaktı. Hâlbuki hükmün gerekçesinde, borçlanma yasağına istisna getirilirken, bu yasağın katı bir şekilde uygulanmasından doğacak haksızlıklara engel olunmasının amaçlandığı belirtilmekteydi[7]. Bu nedenle hükmün amacı gözönöne alınarak, burada geçen "*ve*" ibaresinin "*veya*" olarak algılanması gündeme gelecekti. Buna göre, emsalleriyle (yani ortak olmayan kişilerle) aynı veya benzer şartlara tabi tutulmak şartıyla, "*şirketin işletme konusu ile ilgili olan"* veya "*işlemi yapan ortağın ticari işletmesini ilgilendiren*" bir işlemden kaynaklanan borçları yasak kapsamının dışında saymak gerekirdi.

Öte yandan yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* prensibi ortadan kalktığından, bir ortağın, emsalleriyle (yani ortak olmayan kişilerle) aynı veya benzer şartlara tabi tutulmak şartıyla, şirketin işletme konusunun dışındaki işlemler bakımından da şirkete borçlanabilmesi gerekirdi. Aksi halde yukarıda olduğu gibi bir kimsenin, herkesle eşit koşullar altında şirket faaliyetlerinden yararlanabilecekken, sırf bu şirkete ortak olması sebebiyle ortağı olduğu şirketten faydalanamaması gibi adaletsiz bir sonuç ortaya çıkacaktı. Bu nedenle hükümde geçen "*şirketin işletme konusu"* ibaresini, "*şirketin yapacağı her türlü işlem"* şeklinde geniş olarak yorumlamak uygun olacaktı.

---

6 **KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 208.

7 Ne var ki gerekçede önce hükmün temel amacı bu şekilde açıklandıktan sonra, "*… **işletmesi dolayısıyla** şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye (tamamen güven esasına dayalı olarak, kesin satış tarihinden önce mal gönderilmesi yöntemi) veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. "* denilmek suretiyle, az evvel sözü edilen amaca aykırı biçimde (bu amacı tam sağlamayacak şekilde) dar bir düzenleme yapılmıştı. Zira bu ifade, kanun koyucunun gerçek kişi ortağın özel amaç taşıyan (ticari işletmesi ile ilgili olmayan) bir işlem ile şirkete karşı borçlanması hususunu, bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamına almak istediği (dolayısıyla bu adaletsiz durumu kabul ettiği) şeklinde sakıncalı olarak da yorumlanabilirdi.

3. Mevcut (6335 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki) Düzenleme

Söz konusu 358 inci maddenin yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olması halinde, yukarıda belirtilen şekilde uygulamada yaşanabilecek birtakım sorunların önüne geçmek amacıyla, 6335 sayılı Kanun'la pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı yeniden ele alınmıştır. Buna göre, hâlihazırda yürürlükte olan yasal düzenleme (m. 358) şu hükmü içermektedir: "*Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.* ".

Görüldüğü üzere kanunkoyucu, konuyu düzenleme tarzı itibarıyla önceki düzenlemeden farklı bir esas kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle kanunda yapılan değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, "*önce konuya ilişkin kuralı ortaya koyma daha sonra ise bu kuralın istisnalarını belirtme*" şeklinde değil, "*şarta bağlı şekilde*" düzenlenmiştir. Şu halde pay sahipleri aşağıdaki şartlar gerçekleşmedikçe şirkete borçlanamayacaktır.

a) Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesi (ödenmesi)

b) Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması

Yeni düzenlemede dikkat çeken başka bir husus ise daha önce de değinildiği üzere, 395 inci maddenin ikinci fıkrasının kapsamının yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarına hasredilmesi[8] sebebiyle, 358 inci maddenin pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için de uygulanacak olmasıdır.

---

8 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 6335 sayılı Kanunla değişik (hâlihazırda yürürlükte olan) 395 inci maddesinin ikinci fıkrası şu hükmü içermektedir: "*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.* ".

4. Borçlanma Kavramı ve Yasağın Kapsamı

Yukarıda açıklandığı üzere kanunkoyucu 358 inci maddede pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarını yasaklamaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümde geçen "*borçlanma*" tabirinin açıklığa kavuşturulması büyük önem taşımaktadır. Borçlanma kavramı, kelime anlamı itibarıyla, "*karşılığını sonra vermek şartıyla birinden para veya bir şey alma*" anlamına gelmektedir[9]. Dolayısıyla borçlanma, kişiyi belirli bir süre sonunda yerine getirilmesi gereken bir "*ifa yükümlülüğü*" altına sokmaktadır. Bu yönüyle aslında borçlanma, bir tür "*taahhüt*" manasına gelmektedir.

Kanunkoyucu, hukuki dayanağı kanunda gösterilen menfaatler (ücret, kâr payı, avans, faiz, kira, sermayenin azaltılması gibi) –ki bunlara meşru ödeme araçları diyebiliriz- dışında, şirket kasasından pay sahiplerine herhangi bir menfaat sağlanmasının önüne geçmeyi (engellemeyi) amaçlamıştır. Buna göre pay sahipleri, ortağı oldukları şirketle, kendilerini şirkete karşı ifa yükümü (borç, taahhüt) altına sokan herhangi bir işlem yapamayacaklardır. Örneğin pay sahipleri, şirketten para çekemeyecek veya şirkete karşı kendilerini borç altına sokacak bir sözleşme (örneğin satım sözleşmesi) de yapamayacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki her türlü "*taahhüt*" niteliğindeki işlem, 358 inci madde anlamında "*borçlanma*" kavramının kapsamına girmez. Zira borçlanma kavramı özünde, sonradan (belirli bir süre sonunda) iade edilmek üzere, bir menfaatin kişinin hukuki tasarruf alanından çıkarılarak başka bir kişinin hukuki tasarruf alanına dahil edilmesini gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle borçlanma niteliğindeki taahhütler bakımından, söz konusu değerin şirketin malvarlığından çıkarılması zorunludur. Nitekim hükmün gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun bu yasağı öngörürken şirketin malvarlığı değerlerini korumayı amaçladığı görülmektedir. Bu bakımdan şirketin hukuki tasarruf alanından çıkmayan menfaatler yönünden bu yasağın uygulanması mümkün değildir. Örneğin bir pay sahibinin ortağı olduğu şirketin bir taşınmazını kiralaması 358 inci madde kapsamında yasak değildir. Zira her ne kadar kira sözleşmesinde de kiracı (pay sahibi) belirli bir borç (kira sözleşmesi sonunda taşınmazın kiralayanın zilyetliğine terki taahhüdü) altına girse bile, kiralayanın (şirketin) kira konusu taşınmaz üzerindeki hukuki tasarruf yetkisi sona ermemektedir. Kira sözleşme-

9 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www. tdk. gov. tr/index. php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK. GTS. 4fc77e0ebc9557. 08132451 (Erişim Tarihi: 31/05/2012)

si, kira konusunun mülkiyetini değil, yalnızca zilyetliğini devretmeyi esas alan bir sözleşmedir. Diğer bir ifadeyle kira sözleşmesi ile birlikte kiralayan, belli bir süre için kira konusunun mülkiyetini (mülkiyet hakkını) değil, sadece zilyetliğini (fiili elde bulundurma hakkını) kaybetmektedir. Şu halde 358 inci maddedeki borçlanma yasağının uygulanabilmesi için, ortada şirketin malvarlığını etkileyen bir taahhüt bulunmalıdır. Bu nitelikteki bir taahhüt bulunduktan sonra ise bu taahhüdün türü, amacı, kapsamı önemli değildir.

Nitekim bu yasağın uygulanması bakımından, borçlanma konusunun nakit veya ayın (para dışında herhangi bir şey) olması önemli değildir. Başka bir ifadeyle 358 inci madde bakımından, -borçlanma konusunun çoğu zaman belli bir meblağın ödenmesi olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte- borçlanma konusunun türü herhangi bir önem taşımamaktadır. Pay sahibi, para dışında belirli bir mal veya hizmeti yerine getirmeyi üstlense dahi bu işlem de yasak kapsamındadır. Örneğin pay sahibinin şirketin malvarlığından temin ettiği bir menfaat karşılığında, bir malı piyasadan alıp şirkete vermeyi üstlenmesi (mal borçlanması) veya şirkete ücret almaksızın belirli bir süre çalışmayı taahhüt etmesi (hizmet borçlanması) 358 inci madde kapsamında yasaktır.

Aynı şekilde borçlanma işlemine dayanak teşkil eden menfaatin türü de önemli değildir. Pay sahibi şirketten para (nakit) şeklinde menfaat sağlayabileceği gibi, paradan başka bir menfaat (örneğin mal) de sağlayabilir. Bu nedenle pay sahibi şirketten ne tür bir menfaat sağlamış olursa olsun yine de söz konusu borçlanma yasak kapsamına girecektir. Bu noktada pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için farklı bir durumun olduğunu belirtmek gerekir. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrasında şirkete yalnızca "*nakit*" borçlanılamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu hükmün mefhum-u muhalifinden (karşıt anlamından), pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete konusu nakit olmayan değerler bakımından (örneğin mal) şirkete karşı borçlanabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Şüphesiz bu durum, pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından eşitlik prensibine aykırı olduğu gibi, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır şekilde şirkete borçlanma yasağı öngörülmesi fikriyle de ters düşmektedir.

Bunun yanı sıra ortağın pay durumu ve borçlanılan tutar (ekonomik değer) da önemli değildir. Buna göre şirketin en büyük ortağının ortağı

olduğu şirkete 1. 000. 000 (bir milyon) TL. tutarında borçlanması yasak olduğu gibi, şirketin en küçük ortağının ortağı olduğu şirkete 1 (bir) TL. tutarında borçlanması da bu yasak kapsamındadır. Ayrıca şirkete karşı kendisini borçlu kılan işlemden ortağın kişisel bir yarar sağlayıp sağlamaması (menfaat elde edip etmemesi) da önemli değildir. Şirkete borçlanma işlemini gerçekleştiren pay sahibinin kendisi bu işlem sebebiyle herhangi bir menfaat elde etmemiş olsa dahi yine de yasak gündeme gelecektir. Dolayısıyla 358 inci madde kapsamında pay sahipleri, ortağı oldukları şirketle üçüncü kişi lehine bir sözleşme de yapamayacaktır.

Öte yandan 358 inci maddenin gerekçesinde, şirketlere verdikleri zararların artması sebebiyle, pay sahiplerinin "*birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmaları*", "*kişisel harcamalarını* şirket kasasından *yapmaları*" ve "*şirketten para çekmeleri*" gibi ticari hayatta yayın olan birtakım uygulamaların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir[10]. Böylece burada kanun koyucu, - yukarıda çeşitli vesilelerle izah edildiği üzere- ortakların şirketin malvarlığından (nakit değerden veya şirketle ilgili başka bir maddi unsurdan) yararlanmak suretiyle, şirket malvarlığının azalması (şirketin içinin boşaltılması) riskini ortadan kaldırmak istemiştir. Başka bir ifadeyle 358 inci maddede yasaklanan husus, ortakların borçlanmalar yoluyla şirket kaynaklarından yararlanmasıdır (menfaat teminidir). Dolayısıyla şirket malvarlıklarının ortaklar tarafından amacı dışında kullanılmasını engellemek ve böylece şirket malvarlığını bu tür fiil ve risklerden korumak m. 358'in temel amacıdır.

Bu nedenle şirket malvarlığının azalması riskinin doğmayacağı işlemler bakımından, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri gerekir. Başka bir ifadeyle şirket malvarlığının azalması konusunda risk oluşturmayan borçlanma mahiyetindeki işlemler bakımından 358 inci madde uygulanmaz. Dolayısıyla pay sahibine tek taraflı olarak borç yükleyen sözleşmeler bakımından herhangi bir yasak söz konusu değildir. Örneğin pay sahipleri bir malı şirkete bağışlayacağı konusunda borç altına girebilmelidir. Çünkü böyle bir durumda (pay sahibi ile şirket arasında bağışlama sözleşmesi yapılması halinde), her ne kadar pay sahibi şirkete karşı bir taahhüt altına girse dahi, kanunun gerekçesinde belirtilen risklerin oluşması mümkün değildir, bilakis şirketin lehine bir durum söz konusudur.

10 Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçesi, http://www2. tbmm. gov. tr/d23/1/1-0324. pdf (Erişim Tarihi: 01/06/2012).

Aynı şekilde borcun nakli durumlarında da yasağın uygulanmaması gerekir. Zira bu yasağın getiriliş amacı, şirkete borçlandırıcı işlemi ilk olarak pay sahiplerinin başlatmasının engellenmek istenmesidir. Söz konusu borçlandırıcı işlemi pay sahibi dışındaki bir kimsenin başlatmış olması artık 358 inci madde hükmünü devre dışı (etkisiz) bırakacaktır. Bu nedenle şirket ortağı olmayan bir kimse, normal şartlarda şirketle borç ilişkisine girdikten sonra şirkete olan borcunu, -şirketin rızasını alarak- şirket ortağı olan bir kimseye (pay sahiplerinden birine) devrederse, bu işlemin borçlanma yasağının kapsamı dışında olması gerekir. Zira burada ortak bakımından borcun devrinde, ilk olarak borçlandırıcı işlemin kaynağı, "*borcu devralan şirketin ortağı*" değil, "*borcu devreden şirket ortağı olmayan kişi*"dir. Bununla birlikte şirket, pay sahibi bir kimsenin başkasına olan borcunu üstlenemez (devralamaz). Zira böyle bir durumda, pay sahibinden alacaklı olan kimseye şirketin borcu ödemesiyle birlikte, bu kez pay sahibinin şirkete borçlu hale gelmesi gündeme gelecektir. Nitekim şirketin borçlanma yasağına tabi kişilerin borçlarını devralamayacağı hususu, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları bakımından 395 inci maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Bu noktada, borcun devralınması dışında, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları bakımından 395 inci maddenin ikinci fıkrasında yasak olduğu belirtilen diğer işlemlerin, 358 inci madde kapsamında yasak olup olmadığı hususu tartışılabilir. Gerçekten 395 inci maddenin ikinci fıkrasında şirketin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, ayrıca sorumluluk yüklenemeyeceği de hükme bağlanmıştır. Burada belirtilen işlemlerin, şirkete borçlanma yasağı öngörülmesindeki amaçlar düşünüldüğünde şirket kasası bakımından ciddi bir risk oluşturacağı, bu nedenle açıkça söz edilmese dahi bu işlemlerin 358 inci madde kapsamında da yasak olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce her ne kadar burada sözü edilen işlemler şirkete borçlanma yasağı öngörülmesindeki amaçlarla yakından ilgili görünse dahi salt bu nedenle yasağın kapsamı genişletilemez. Zira hukuk sistemimiz içerisinde hukuki işlem serbestisi vardır. Dolayısıyla yasaklama istisnai (özel) bir durumdur. İstisnalar ise dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle kanunkoyucunun öngörmediği bir sonucu, hükmün kapsamını genişletecek şekilde geniş yorum yaparak

ortaya koymak uygun değildir. Kaldı ki kanun koyucu eğer isteseydi 395 inci maddenin ikinci fıkrasında sözünü ettiği işlemleri 358 inci madde kapsamında da aynen belirtebilirdi. Bu nedenle kefalet, garanti ve teminat verilmesi ile sorumluluk yüklenmesi gibi işlemleri, her durumda 358 inci madde kapsamında bir "*borçlanma*" olarak yorumlamak ve yasak kabul etmek doğru değildir.

Diğer taraftan borçlanma kavramını sermaye taahhüdünden de ayrı görmek gerekir. Zira her ne kadar sermaye taahhüdü de özünde bir borçlanma olsa dahi, bu borçlanma şirket malvarlığının azalması riski doğuran bir nitelik taşımaz. Bu nedenle sermayenin artırılması sırasında pay sahipleri (ortaklar) tarafından şirkete ödenmesi taahhüt edilen borçlar da bu yasak kapsamında değildir.

Kanaatimizce şirket malvarlığının azalması riskinin doğmayacağı işlemler konusunda dikkatli olmak ve bu tür işlemleri dar yorumlamak gerekir. Zira şirket malvarlığının azalması riskini ortaya çıkaran işlemlerin önüne geçilmesi, şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümlerin varoluş sebebidir. Bu sebebi zayıflatacak veya ortadan kaldıracak şekilde hükmün yumuşatılması kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla pay sahibinin piyasada geçerli faiz oranından (örneğin %15) çok daha yüksek bir faiz oranı (örneğin %25) ile şirketten borç para çekmesi halinde dahi şirkete borçlanma yasağının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar böyle bir işlemde şirketin malvarlığının zarar görmeyeceği, bilakis şirketin bu işlemden büyük menfaat (%10 faiz) elde edeceği savunulabilirse de şirkete karşı borçlanan pay sahibinin gerçekten bu borcunu vadesinde gereği gibi şirkete ödeyip ödemeyeceği belli değildir. Sonuçta şirket daha sonra bu işlemden menfaat elde edecek olsa dahi, söz konusu borç ödenene kadar şirket kasasında bir azalma meydana gelecektir.

Ayrıca dikkat edilecek olursa, borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci maddede, pay sahiplerinin yalnızca "*şirkete borçlanmaları*"ndan söz edildiği görülecektir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden (karşıt anlamından), pay sahiplerinin "*şirketten alacaklı*" olduğu durumlarda bu yasağın gündeme gelmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Buna göre pay sahipleri, ortağı oldukları şirkete borçlanamayacakları halde, şirketten alacaklı olabileceklerdir. Örneğin şirket pay sahibine bağışta bulunabilecektir. Şu halde, borçlanma yasağının getirilmesi konusunda 358 inci maddenin gerekçesinde sözü edilen risklerin (sakıncaların), pay

sahiplerinin şirketten alacaklı olduğu bazı durumlarda da ortaya çıkabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin şirket piyasadan %10 faizle kredi alabilecekken (borçlanabilecekken), pay sahibinden daha yüksek bir oranda (mesela %15) borç alabilir. Böylece pay sahibi yine şirket kasasını kullanmış ve menfaat (%5 faiz) elde etmiş olur. Hatta bu şekilde şirketten alacaklı olunabilmesi, şirkete borçlanmaları yasak olan pay sahiplerinin, kanunu dolanmak için birtakım muvazaalı işlemlere girişmesine dahi neden olabilir. Örneğin pay sahibi, gerçekte şirketten para çektiği halde, bu işlemi, sanki şirket bu meblağı kendisine bağışlamış gibi gösterebilir. Görüldüğü üzere 358 inci maddenin mevcut hali (kapsamı) ile gerekçede belirtilen sakıncaların tamamen ortadan kaldırılması pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle hükmün kapsamının ortakların şirketten alacaklı olma halini de kapsayacak biçimde genişletilmesi uygun olacaktır.

Öte yandan 358 inci maddede bu yasağın yalnızca "*pay sahipleri*" bakımından düzenlendiği görülmektedir. Buradan, çeşitli ilişkiler çerçevesinde (akrabalık vs.) şirketle temas halinde olduğu halde ne pay sahibi ne de yönetim kurulu üyesi olan kimselerin şirkete borçlanmalarının bu yasak kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin yönetim kurulu üyesi olmayan ancak hâkim durumda bulunan bir ortağın eşi şirkete borçlanabilecektir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere 358 inci maddenin gerekçesinde belirtilen riskler (sakıncalar) bu kez, yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahibi ile yakın ilişkide bulunan kişilerin şirkete borçlanmaları halinde ortaya çıkacaktır. Hatta bu durum, şirkete borçlanmaları yasak olan yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin, kanunu dolanmak için birtakım muvazaalı işlemlere girişmesine (örneğin gerçekte kendisi borçlandığı halde eşini şirkete borçlanıyor olarak göstermesi) bile neden olabilir. Bu nedenle 358 inci maddenin kapsamının, 395 inci maddenin ikinci fıkrasına paralel olacak şekilde, pay sahibinin "*eşini*", "*alt veya üst soyundan birini*" ve "*üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarını*" da kapsayacak biçimde genişletilmesi düşünülebilir ancak bu konuda dikkatli olmak gerekir. Zira daha önce de değinildiği üzere yönetim kurulu şirketin yönetim ve temsil organı (m. 365) olup, yönetim kurulu üyelerinin kendilerine menfaat sağlayacak şekilde şirketin malvarlığını tehlikeye düşüren iş ve işlemleri yapma riski, pay sahiplerine göre çok daha yüksektir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağının, pay sahiplerinin şirkete borçlanma ya-

sağından daha kapsamlı olması son derece doğal hatta gereklidir. Bu durum özellikle ortak sayısı fazla olan şirketler (halka açık şirketler) bakımından daha belirgindir. Bu nedenle 358 inci madde kapsamının *"ölçülü"* bir şekilde genişletilmesi daha uygun olacaktır.

5. Şirkete Borçlanabilmenin Şartları

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesini bazı şartlara bağlamıştır. Bu şartlardan birisi borçlanmak isteyen pay sahibine yönelik iken (sübjektif koşul), diğeri şirketin durumuna ilişkindir (objektif koşul). Bu şartları kısaca açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, şirkete borçlanma işleminin yasak kapsamında olmaması bakımından, aşağıda zikredilen şartların her ikisinin de aynı somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Zira 358 inci maddede kullanılan "*ve*" ibaresi, iki koşulun olmazsa olmaz bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Şu halde sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlar ifa edilmesine rağmen, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde değilse pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Aynı şekilde şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğu halde, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlar ifa edilmemişse yine pay sahipleri şirkete borçlanamaz.

a) Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesi (ödenmesi)

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri için ilk şart, bu kişilerin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmalarıdır. Kanunkoyucu sermaye taahhüdüne ilişkin borçları, pay sahiplerinin şirkete olan sadakatlerinin olmazsa olmazı olarak kabul etmiş ve bu asli yükümlülük yerine getirilmedikçe şirkete karşı borçlanamayacaklarını öngörmüştür. Böylece kanunkoyucu şirkete borçlanmak isteyen ortağın ahde vefa ilkesi çerçevesinde iyiniyetini ve samimiyetini ortaya koymasını isteyerek, şirket malvarlığını hem olumlu yönden hem de olumsuz yönden korumuştur. Bu kapsamda, borçlanmak isteyen ortağın sermaye taahhüdünü yerine getirerek şirket malvarlığının artmasının sağlanması olumlu koruma, söz konusu ortağın taahhütlerini yerine getirip getirmeme konusunda bir fikir vermesi ve böylece şirket malvarlığı yönünden borçlanma işleminden kaynaklanan riski azaltması ise olumsuz koruma şeklinde yorumlanabilir.

Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, sermaye taahhüdüne ilişkin bütün borçların değil, yalnızca vadesi gelmiş (muaccel) borçların ifa edilmesi yükümlülüğünün öngörülmüş olmasıdır. Dolayısıyla şirkete borçlanabilmek için henüz vadesi gelmemiş (müeccel) sermaye taahhütlerinin ifa edilmesi gerekmez. Hangi sermaye taahhüdünün vadesinin gelip gelmediği, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihe göre belirlenmelidir. Örneğin bir pay sahibi şirkete karşı borçlanma sonucunu doğuracak işlemi (mesela sözleşme) 20/11/2012 tarihinde yapıyorsa, bu tarihe kadar (bu tarih dâhil) vadesi gelmiş sermaye taahhütlerinin tamamını yerine getirmiş olmalıdır.

Kanunkoyucunun sermaye taahhüdünün ifa yükümlülüğü bakımından bu şekilde (vadesi gelmiş ve gelmemiş şeklinde) bir ayrım yapmış olması, birtakım suiistimallerin ortaya çıkmasına sebep olarak şirkete borçlanma yasağı getirilmesinde öngörülen amaçlarla ters düşebilir. Şöyle ki, şirkete borçlanmak isteyen veya gelecekte borçlanabileceği hususunu düşünen bir ortak, sermaye taahhüdünde bulunurken bunların vadelerini çeşitlendirebilir. Hatta sermaye taahhüdünün az bir kısmını yakın bir tarihe çekerken büyük kısmını çok ileri bir tarihe erteleyebilir. Böylece şirkete borçlanmak istediğinde, o zaman kadar vadesi gelmiş çok küçük sermaye taahhütlerini yerine getirmek suretiyle, şirketten çok daha fazlasını borçlanabilir. Örneğin bir pay sahibi, şirkete toplamda 100. 000 TL. tutarında sermaye taahhüdünde bulunmuş ancak buna ilişkin 10. 000 TL. tutarındaki borcunu bir ay sonra, geriye kalan kısmını (90. 000 TL.) ise üç yıl sonra ödeyeceğini taahhüt etmiş olsun. Böyle bir durumda pay sahibi bir aylık sürenin sonunda 10. 000 TL. gibi cüz'i bir tutarı ödeyerek üç yıl içerisinde çok yüksek miktarlarda (mesela 250. 000 TL.) şirkete borçlanabilir. Zira 358 inci maddede, şirkete borçlanılacak tutarın ancak vadesi gelmiş (ve dolayısıyla ifa edilen) sermaye taahhüdünün miktarı ile sınırlı olduğuna ilişkin bir kayıt yoktur. Dolayısıyla bu gibi suiistimaller gündeme geldiğinde 358 inci madde ile önlenmek istenen şirket malvarlığının azalması riski ortaya çıkabilir. Bu nedenle yapılacak bir kanun değişikliği ile şirkete borçlanılacak tutarın, ifa edilen sermaye taahhüdünün miktarıyla veya bu miktarın belli bir katını (örneğin üç katını) aşmayacak şekilde sınırlanması uygun olacaktır. Ayrıca mevcut durumda taahhüt edilen sermaye tutarı ile şirkete borçlanılabilecek azami tutar arasında herhangi bir ilişkinin kurulmadığı düşünüldüğünde, bu şekilde bir sınırlamanın getirilmesi, pay sahipleri arasında külfet ve nimet dengesi

bakımından da adaletli olacaktır. Böylece bir pay sahibi ne kadar fazla sermaye taahhüdünde bulunmuşsa o kadar şirkete borçlanabilecektir.

Bu noktada kanunda geçen "*ifa etme*" tabirine de açıklık getirmek gerekir. İfa etme, kelime anlamı itibarıyla bir borcun veya yükümlülüğün ödenmesi veya yerine getirilmesi demektir. Bu yönüyle ifa işlemi, ifa eden bakımından borcu veya yükümlülüğü sona erdiren bir mahiyet taşır. Bu nedenle sermaye taahhüdünü ortadan kaldırmayan işlemler ifa olarak değerlendirilemez. Örneğin bir ortak vadesi gelmiş sermaye taahhüdü borcunu yerine getirmek amacıyla şirkete altı ay süreli bir bono vermişse, böyle bir işlem "*ifa*" olarak nitelenemeyeceğinden, bu ortağın şirkete borçlanması düşünülemez. Bu ortak altı ay sonra bonosunu ödediği takdirde vadesi gelmiş sermaye taahhüdünü ifa etmiş sayılacak ve şirkete borçlanabilecektir. Aynı durum poliçe verilmesi halinde de geçerlidir. Ancak çekte durum başkadır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 795 inci maddesi gereğince çekte vade olmaz, çek görüldüğünde ödenir. Dolayısıyla çek, para gibi işlem görür. Bu nedenle çek verilmesi, "*ifa*" olarak değerlendirilebilir ve şirkete borçlanılabilir. Bununla birlikte çekin karşılıksız çıkması (ödenmemesi) halinde, hile (aldatma) sebebiyle söz konusu borçlanma işleminin geçersizliği gündeme gelir.

b) Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmelerinin ikinci şartı, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Kanunkoyucu pay sahiplerinin borçlanma işlemleri sebebiyle şirketin malvarlığının olumsuz yönde etkileneceğini gözönüne alarak, mali durumu zayıf olan şirketlerin bu tür işlemlere maruz bırakılmasını önlemek istemiştir. Bu çerçevede şirketin kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması koşulu aranmış ancak bu kâra, serbest yedek akçelerin de eklenmesi öngörülmüştür. Buna göre şirketin faaliyetleri sonucunda elde ettiği kâr ile serbest yedek akçelerinin toplamı, şirketin geçmiş yıl zararlarına eşit veya daha fazla olmalıdır, aksi halde pay sahipleri şirkete karşı borçlanamaz.

Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olup olmadığı, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihe göre belirlenmelidir. Dolayısıyla burada kastedilen geçmiş yıl zararları, yalnızca bir önceki seneye veya belli

bir döneme ilişkin zararlar değil, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihteki şirket bilançosunda gözüken zararlardır. Aynı şekilde şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı hesaplanırken, bir önceki seneye veya belli bir döneme ilişkin rakamlar değil, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihteki şirket bilançosunda gözüken rakamlar esas alınır.

6. Yasağın Yaptırımı

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanunkoyucu şirkete borçlanma yasağı getirmek suretiyle, bir taraftan şirketlerin mali açıdan ayakta kalmasını sağlamayı bir taraftan da şirket alacaklılarının korunmasını amaçlamıştır. Ayrıca bu konuya verilen önemin bir göstergesi olarak, bu yasağın caydırıcı olması hususu da gözetilmiş ve bu çerçevede söz konusu yasağa uymayanlar hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür (m. 562/5-b ve m. 562/5-c). Buna göre 358 inci maddeye aykırı olarak şirkete borçlanan pay sahipleri, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır.

Görüldüğü üzere pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı konusunda cezai yaptırım öngörülmüştür. Buna karşılık bu yasağa uyulmaması halinde hukuki yaptırımın ne olduğu konusunda 358 inci madde hükmünde herhangi bir açıklama yoktur. Dolayısıyla burada genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Buna göre pay sahiplerinin şirkete borçlanması halinde buna ilişkin işlem, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle butlanla (kesin hükümsüzlükle) geçersiz sayılacaktır[11]. Hâlbuki pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395 inci maddenin ikinci fıkrasında, bu yasağa uyulmaması halinde şirket alacaklılarının, şirkete borçlanılan tutar için söz konusu borçlanma işlemini gerçekleştiren kimseleri doğrudan (şirkete müracaat etmeksizin) takip edebilecekleri düzenlenmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, pay sahipleri için geçerli olan hukuki yaptırımın, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim

11 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27/1: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*".

kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için geçerli olan hukuki yaptırımdan daha ağır olduğu açıktır. Zira pay sahiplerinin karşı karşıya olduğu geçersizlik yaptırımı, söz konusu işlemi en başından itibaren hukuken etkisiz kılmaktadır. Buna karşın her ne kadar pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları şirket alacaklılarına karşı doğrudan sorumlu hale gelse de söz konusu borçlandırıcı işlem geçerliliğini korumaktadır. Pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında şirkete borçlanma yasağının hukuki yaptırımı bakımından sözü edilen bu fark, daha önce de açıklandığı gibi aslında hakkaniyete uymayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle caydırıcılığı sağlamak açısından, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır sonuçlar bağlanması uygun olacaktır.

Bu konuda son olarak, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının yürürlüğe girdiği tarihte, söz konusu yasak kapsamına girecek şekilde şirkete borçlu olan pay sahiplerinin durumunun ne olacağını da açıklamak gerekir. Bu konu 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 24 üncü maddesinde düzenlenmekteydi. Söz konusu hükmün birinci fıkrası, 358 inci maddeye aykırı şekilde şirkete borçlu olan pay sahiplerinin, söz konusu borçlarını, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde tamamen ödemek[12] (tasfiye etmek) zorunda olduklarını hükme bağlamaktaydı. Ayrıca söz konusu hükmün devamında, bu üç yıllık süre içerisinde şirkete olan borçlarını tamamen ödemeyen kişiler hakkında yukarıda sözü edilen cezai yaptırımın uygulanacağı (m. 24/2), bunun yanısıra şirketin alacaklılarının da söz konusu alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini doğrudan takip edebilecekleri (m. 24/3) öngörülmekteydi. Ancak 6335 sayılı Kanun (m. 47) ile yapılan değişiklikle, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 24 üncü maddesi kaldırıldı. Dolayısıyla şirkete borçlanma yasağı yürürlüğe girmeden önce şirkete karşı yapılan borçlanma işlemleri normal seyri içerisinde geçerliliğini koruyacaktır.

12 Kanun koyucu söz konusu borçların, "*borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi*", "*borç için kambiyo senedi verilmesi*", "*ödeme planı yapılması*" veya "*benzeri yollara başvurulması*" şeklinde değil, "*nakdî ödeme*" şeklinde yapılmasını zorunlu kılmıştır.

7. Sonuç

Şirkete borçlanma yasağını getiren hükümler temelde, şirket kasası ile şirketi oluşturan pay sahiplerinin şahsi kasalarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasını konu edinmekte ve böylece profesyonel şekilde işleyen bir şirket modeli kurmak istemektedir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, şirket kasasının pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri tarafından kendi şahsi kasaları gibi kullanılmasını önlemek amacıyla, "*borç*" adı altında dahi şirket malvarlığına el uzatılmasını engellemek istemiştir[13]. Ayrıca şirkete borçlanma yasağının şirkette yolsuzlukların önlenmesi bakımından hayati öneme sahip olduğu ileri sürülmektedir[14]. Ancak ülkemizde özellikle aile şirketi niteliğindeki şirket yapılarının çoğunlukta olması ve geçmişten günümüze insanımızın sözü edilen kurala aykırı düşen yerleşik uygulamaları, bu hükümlerin ve özellikle de pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci maddenin, uygulamada büyük tartışmalara ve sıkıntılara yol açacağı şeklinde bir izlenim oluşturmaktadır. Bu yönüyle şirkete borçlanma yasağının, hâlihazırda toplumun önünde (ilerisinde) bir müessese olduğu söylenebilir.

Yine de bu şekilde bir yasağın uygulanmasının, şirketlerin kendilerine çeki düzen vermesine, hesaplarının kaydını daha düzgün tutmasına, hesap verebilirliği ve şeffaflığı sağlamasına kısaca daha profesyonel bir şirket yönetimine ve işleyişine hizmet edeceği düşünülebilir. Bununla birlikte şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümlerin (m. 358 ve m. 395/2) yukarıda yapılan açıklamalar ışığında yeniden ele alınması önemli görülmektedir. Bu çerçevede özellikle kanunun ilk halinde olduğu gibi, konunun "*yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın)*" ve "*pay sahipleri*" şeklinde ayrılarak, şirkete borçlanma yasağının, pay sahiplerine nazaran yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın) için daha ağır düzenlemelere tabi kılınması uygun olacaktır.

---

13 **ODMAN BOZTOSUN, N. Ayşe:** "*Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi*", http://icongfesr2011.tolgaerdogan. net/documents/national_presantations/UL01. pdf (Erişim Tarihi: 18/06/2012), s. 4.

14 **ODMAN BOZTOSUN,** s. 4.

RESMİ DİL VE ANAYASALARDA DÜZENLENİŞİ

OFFICIAL LANGUAGE AND ITS CODIFICATION IN CONSTITUTIONS

Olgun AKBULUT*

Özet: Resmi dil konusu zaman zaman ülkemiz gündemini meşgul ediyor. Görünen odur ki gelecekte de meşgul etmeye devam edecek. Peki resmi dil nedir? Anayasalarda nasıl düzenlenmektedir? Bu makale, öncelikle resmi dile dair bir tanımlamayı takiben, farklı ülke anayasalarında resmi dile dair düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin arkasında yatan hukuki ve siyasi bağlantıları yargı kararlarına da referans vererek ortaya çıkarmayı amaçlıyor. Makalenin diğer bir amacı da resmi diller karşısında diğer dillerin yine anayasalardaki konumunu ortaya koymaktır.

Anahtar Sözcükler: resmi dil, bölgesel dil, azınlık dilleri, çok dilli ülkeler, anayasal sistemler

Abstract: The subject of official language has been the topic of daily discussions in Turkey in recent years. Apparently, it is likely to occupy a place on the national agenda in the foreseeable future as well. So what is an official language? How is it codified in constitutions? This article, following a definition of an official language, is trying to shed some lights, firstly, on the provisions regarding official languages in different constitutions, and secondly, the political and legal background of these provisions with reference to relevant judicial decisions on the application of them. Another aim of this article is to clarify the status of languages other than the official language(s) in the constitutions.

Keywords: official language, regional language, minority languages, multilingual societies, constitutional systems

Giriş

Ülkemizde kimi zaman yapılan tartışmalardan biri de resmi dil ve sayısı konusundadır. Bununla birlikte, resmi dil konusuna özgülenmiş bir çalışmaya rastlamamaktayız. Bu nedenle olsa gerek, *"bir ülkenin sadece bir resmi dili olur ya da birden fazla resmi dil olmaz"* şeklinde görüşlerin ileri sürüldüğüne tanık olmaktayız. Öyle ki, bu görüşün, karşısına

* Arş. Gör., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

aksini iddia eden eşit ağırlıkta çıkmadığına göre, mutlak doğruluğu zımnen kabul edilmiş gibi gözükmektedir. Bu makalenin amacı işte bu zımni kabule açıklık getirmektir. Bu amaçla öncelikle *"resmi dil"* kavramı anayasal belgelerde düzenlenen benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak inceleme altına alınmış, daha sonra da farklı ülke anayasal belgelerinin resmi dil konusuna dair hükümleri incelenerek bu ülke anayasaları sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Makalenin sonuç kısmı araştırma ve sınıflandırmanın bulgularını ve Türkiye için kimi önerileri içermektedir.

I. Resmi Dil Kavramı

Resmi dil hukuken tanınan ve devlet erklerinin (yasama, yürütme ve yargı) işleyişinde kullanılan dil demektir. Yasama organındaki komisyonlarda, komitelerde ve genel kuruldaki tartışma dili; alt derecedeki mahkemelerden temyiz organlarına kadar yargılamanın yapıldığı dil; devlet başkanının sarayından, başbakanlığa, bakanlıklara ve en alt kademedeki idari organlara kadar tüm devlet teşkilatının yazışmalarında kullandığı ve öncelikli olarak hizmet verdiği dil bize o ülkenin resmi dilini gösterir. [1]

Bu tanımdaki *"öncelikli olarak hizmet verdiği dil"* kavramı kamu makamlarının resmi dil dışında bir dilde de hizmet verebileceği anlamındadır. Kamu makamlarının resmi dil dışında bir dilde hizmet vermesi hukuken düzenlenmemişse bu hizmeti talep etmenin hukuki zemini sağlam olmayabilir. Burada ifade edilmek istenen, bir ülkenin resmi dili olması o ülkenin kamu makamlarının resmi dil dışında bir dilde de gönüllü hizmet vermesine engel olmadığıdır. Hizmetin daha iyi verilmesi başka bir dilde verilmesini gerekli kılıyorsa resmi dilin varlığı, hizmetin başka bir dilde sunulmasına engel değildir. Belirli bir bölgede kayda değer sayıda kişi tarafından kullanılan dillerde kamusal hizmet sağlanabilir. Örnek olsun, ABD'nin Kaliforniya, Kentucky, Massachusetts ve Kuzey Dakota eyaletlerinde ehliyet sınavına diğer birçok dilin yanında Türkçe dilinde de girmek mümkündür. [2]

---

1 Benzeri tanımlar için bkz. Note, "*Official English*": Federal Limits on Efforts to Curtail Bilingual Services in the States", *Harvard Law Review*, C. 100, Nisan 1987, s. 1348, dp. 17; Newell Stultz, "*Official Language Policies in Multilingual Societies: Evidence from the United States, South Africa, and Canada*", *The Journal of South African and American Studies*, C. 10, No. 1, January 2009, s. 59.

2 2000 yılında yapılan nüfus sayımı sonucunda ABD'de beş yaş ve üzeri kişilerin

Tanımdaki diğer önemli bir kavram da yazışma dili kavramıdır. Öyle ki, kimi ülke mevzuatları resmi dil düzenlemesine gitmeden sadece kamu organlarının yazışma dilini düzenleyerek dolaylı bir yolla resmi dili ilan edebilmektedirler. Örneğin, Norveç ulusal mevzuatında yer alan Kamu Hizmetlerinde Kullanılan Dil Hakkında Kanun'un birinci maddesi, Norveçce'nin iki lehçesi olan *Bokmål* ve *Nynorsk* eşit şekilde devletin tüm organlarında ve belediyelerde *"yazışma dili"*dir demektedir. [3] Litvanya Anayasası'nın 14. ve Slovakya Anayasası'nın 6. maddesindeki *"devlet dili"* kavramını da resmi organların yazışma dili olarak almaktayız. [4] Slovakya Anayasası Slovak dilini sadece *"Slovak Cumhuriyeti topraklarında devlet dili"* (m. 6/1) olarak niteleyerek diplomasinin dilinin farklı olabileceğini dolaylı yoldan düzenlemiştir.

Resmi dilden farklı olarak *"ulusal dil"* ise egemen bir devlette nüfusun çoğunluğu tarafından ülke çapında kullanılan dil demektir. Bazı ülke anayasaları hem ulusal hem de resmi dil düzenlemesine sahiptirler. Hatta, bir dili hem resmi dil hem de ulusal dil olarak ilan edebilmektedirler. Örneğin, Malta Anayasası'na göre (m. 5), Maltaca ulusal dildir ve aynı zamanda da resmi dildir. Anayasa ek olarak, İngilizcenin de resmi dil olarak kullanılabileceğini düzenlemektedir. [5]

Her iki kavramdan farklı bir anlama sahip olan *"azınlık dili"* kavramı ise egemen bir devlette yaşayan ve ülkenin geri kalan nüfusundan farklı bir dili konuşan grubun dili anlamına gelmektedir. Bir diğer ifade ile, azınlık dili, dilsel azınlığın dilidir. [6]

---

evde konuştukları dil sayısının 322 olduğunu tespit edilmiştir. Bkz. Official English – Fact Sheets: Languages Spoken in the United States According to the 2000 U. S. Census, http://www. us-english. org/view/304; Official English – Fact Sheets: Languages Used for Driver's Licence Exams, http://www. us-english. org/view/305 (Erişim tarihi: 29. 01. 2012).

3 *"Lov om målbruk i offentleg teneste"*, LOV 1980-04-11 nr 05, Bkz. http://www. lovdata. no/all/hl-19800411-005. html (Erişim tarihi: 09. 03. 2012)

4 Litvanya Anayasası için bkz. http://www. lrkt. lt/Documents2 e. html ve Slovakya Anayasası için bkz. http://www. ncsr. sk/web/Static/en-US/NRSR/Dokumenty/constitution. doc (Erişim tarihleri: 10. 03. 2012)

5 Anayasa metni için bkz. http://www. legal-malta. com/law/constitution-1. htm (Erişim tarihi: 03. 02. 2012). Benzer şekilde İrlanda Anayasası da İrlandacayı hem ulusal dil hem de resmi dil olarak nitelemektedir. Bkz. aşağıda *"Birden Fazla Resmi Dile Yer Veren Anayasalar"* başlığı.

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Olgun Akbulut, Barış İçinde Birlikte Yaşamanın Hukuk Zemini, On İki Levha yay., İstanbul, 2008, s. 27-36.

İlk üç kavramdan farklı olan *"bölgesel dil"* ise belirli bir bölgede yaşayan nüfusun çoğunluğunun kullandığı dil demektir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 1992 tarihli sözleşme Avrupa Azınlık veya Bölgesel Diller Şartı başlığını taşımaktadır. Şart'ın birinci maddesinin (a) bendine göre, *"bölgesel veya azınlık dil(i), sayıları devletin geri kalan nüfusundan daha az olan ve o devletin vatandaşı olan bir grup tarafından o devlet toprakları üzerinde geleneksel olarak konuşulan ve o devletin resmi dil veya dillerinden farklı olan dillerdir"*. [7] Kanımca bu maddede yapılan tanım *"azınlık dili"* tanımıdır. Şart'ı tasarlayanlar da her iki kavramın (*"azınlık dili"* ve *"bölgesel dil"*) tek bir tanıma sıkıştırılamayacağını fark etmiş olsalar ki maddenin takip eden bendinde bölge kavramına *"öngörülen çeşitli koruma ve teşvik önlemlerinin alınmasını meşru kılacak sayıda kişinin kendilerini ifade etmek için bu dili kullandıkları coğrafi alan*" şeklindeki ifade ile açıklık getirilmiştir. Şart'ın başlığında ve bu maddede yer alan *"bölgesel dil"* kavramının *"azınlık dili"* kavramına ek olarak kullanılmış olması Şart'a Fransa'nın katkısıdır. Ülkesinde etnik, dilsel veya dinsel azınlık bulunmadığını iddia eden Fransa, hukuk sisteminde bölgesel dil kavramını kabul etmiştir (1958 Fransa Anayasası m. 75-I). [8] Bu yüzden Şart'ta azınlık ve bölgesel kavramlarının arasında *"veya"* bağlacı konularak devletlere seçimlik bir hak tanınmıştır. Taraf devletler Şart'ta yer alan ilkeleri, *"bölgesel diller"*i veya *"azınlık dilleri"*ni koruma ve yaşatma adına hayata geçireceklerdir.

Ayrıca, Şart'ın uygulama alanını belirlemeye çalışan birinci maddesinin (a) bendi azınlık veya bölgesel dilin resmi dil veya dillerinden farklı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bir dil bölgesel veya azınlık dili tanımına uyuyorsa o dile *"bölgesel dil"* veya *"azınlık dili"* denir. Bu dilin aynı zamanda resmi dil olarak tanınmış olması ise başka bir şeydir. Resmi dil olunca azınlık veya bölgesel dil olma özelliğini kaybetmez. Tıpkı *"ulusal dil"* olarak ilan edilen bir dilin aynı zamanda *"resmi dil"* olarak da tanınmış olması ile *"ulusal dil"* olma özelliğini kaybetmemesi ve anayasalarda her iki kavram ile de niteleniyor olması gibi. Benzer şekilde örneğin, Finlandiya'da Fince ve İsveçce resmi dil iken İsveçce aynı zamanda azınlık dili ve de Åland adasında da bölgesel dildir. [9]

---

7 *"European Charter for Regional or Minority Languages"*, European Treaty Series - No. 148, İmza tarihi: 05. 11. 1992, Strasbourg. Yürürlüğe giriş tarihi: 01. 03. 1998.

8 Bkz. aşağıda *"Resmi Dil Dışındaki Diğer Dillerin Anayasalarda Düzenlenişi"* başlığı.

9 Bkz. aşağıda *"Birden Fazla Resmi Dile Yer Veren Anayasalar"* başlığı.

Bazı ülke mevzuatlarında, kimi dillere ulusal alanda ve uluslararası alanda farklı statüler verildiğine tanık olmaktayız. İsveç'deki mevzuat buna örnektir. İsveç anayasal belgeleri içinde resmi dile dair herhangi bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, 28 Mayıs 2009 tarihli Dil Yasası İsveçce'nin İsveç ülkesinde *"temel dil"*, *"esas dil"*, *"anadil"* anlamına gelen *"huvudspråk"* olduğunu söylemektedir (m. 4). [10] Oysa aynı yasanın 13. maddesi İsveçce'nin gerek uluslararası ilişkilerde gerekse AB nezdindeki konumunu *"resmi dil"* (*officiella språk*) olarak nitelendirmiştir. Bu farklılık neyi hedefliyor? Yasanın hazırlık çalışmaları sırasında İsveçcenin ülke içinde de resmi dil olarak düzenlenmesi tartışılmış ancak öneri kabul görmemiştir. Bunun birkaç sebebi vardır. Aynı yasa ayrıca beş adet dile de (Fince, Saamice, Torna Vadisi Fincesi, Roman dili, İbranice) ulusal azınlık dili statüsü vermiştir (m. 7). Ulusal azınlık dillerinin statüsüne zarar vermemek için İsveçce'nin resmi dil olarak nitelendirilmesinden kaçınılmıştır. Bu yaklaşıma ek olarak, yasada İsveçcenin *"temel dil"* olarak anılması ile bazı sektörlerde globalleşmenin gereği olarak İngilizcenin kullanılması da kolaylaştırılmıştır. Tüm bunların yanında İsveçce *"temel dil"* kavramı ile nitelendirilerek ona öncelik verilmesi de sağlanmıştır. Öyle ki, yasanın diğer hükümleri de bunu doğrulamaktadır. Yasanın beşinci maddesi, İsveç'te yaşayan herkesin toplumsal her alanda İsveççeyi kullanma imkanının olması gerektiğini, altıncı maddesi de ek olarak herkesin İsveçcenin kullanılmasında ve geliştirilmesinde sorumluluğu olduğunu belirtmektedir. Bu durumda İsveçce, İsveç'te, nüfusun çoğunluğu tarafından kullanıldığı için ulusal dil, resmi dil olarak ifade edilmediği ama devlet erklerinin işleyişinde kullanılan temel dil olduğu için de *de facto* resmi dil, yasal statüsüyle *"hukuken temel dil"* veya ifadeyi biraz zorlarsak *"resmen temel dil"*; İsveç'in dış ilişkilerinde ise ülkenin *"resmi dili"*dir. [11]

Aşağıda görüleceği üzere resmi dil düzenlemesi ağırlıklı olarak anayasalarda yer almakta; bir diğer ifade ile resmi dil, genellikle devleti siyasi ve hukuki bir kurum olarak ilk kez (ya da yeniden) kuran asli kurucu iktidarın karar verdiği bir konu olmaktadır. Asli kurucu iktidarlar kimi zaman resmi dile yer vermemeyi seçebilmektedirler.

10 *"Språklag"*, Svensk författningssamling, SFS 2009:600.
11 *"Swedish becomes 'official main language'"*, *The Local*, 01. 09. 2009, http://www.thelocal. se/20404/20090701 (Erişim tarihi: 08. 03. 2012)

II. Resmi Dile Yer Vermeyen Anayasalar

Kimi ülke anayasalarında resmi dil düzenlemesine yer verilmemiştir. Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İtalya, Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Yunanistan anayasaları örnek olarak verilebilir. Ne var ki, dil konusu kimi zaman anayasanın açık atfıyla[12] ya da kurucu iktidarın konuyu tamamen yasal düzenlemeye bırakmasıyla yasalarla da düzenlenebilmektedir. [13] Bu başlık altında ise anayasada resmi dile yer verilmeyen ve konunun yasal olarak da düzenlenmediği örnekler ele alınacaktır.

Bünyesinde birçok dili konuşan gruplar barındırmasına rağmen Amerika Birleşik Devletleri İngilizce'nin vatanı kabul edilen ülkelerden biridir. Resmi organların ülke içinde hizmet sunduğu temel dil ve de ülkenin uluslararası alanda temsil edildiği dil de İngilizcedir. Ancak, İngilizce olarak yazılan 1787 tarihli ABD Anayasası'nda resmi dile dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın hazırlayıcıları resmi dil konusunu da tartışmışlar ve fakat bu konuda düzenleme yapılmaması görüşü ağır basmıştır. [14]

Arada geçen sürede ABD Anayasası'na resmi dilin İngilizce olduğuna dair bir ekleme yapılmasına ya da İngilizce'nin federal düzeyde resmi dil ilan edilmesine dair yasal düzenleme önerileri olmuştur.

---

12 Örnek olsun Lüksemburg Anayasası'nın "*Dil*" başlıklı 29. maddesi "*Yasa adli ve idari konularda kullanılacak dilleri düzenler*" şeklindeki hükme yer vererek dil konusunu tamamen yasa konusu olarak belirlemiştir. Anayasa metni için bkz. http://www. servat. unibe. ch/icl/lu00000 . html (Erişim tarihi: 07. 03. 2012).

13 İtalya, İsveç, Norveç, Danimarka başta olmak üzere bazı ülkelerde resmi dil konusu yasa ile düzenlenmiştir. Almanya'da ise federal düzeyde dil konusuna özgülenmiş bir yasa dahi yoktur. Bununla birlikte, farklı yasalarda idarenin işleyişi ve mahkemelerin dili düzenlenmiştir. İdari Usul Yasası (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kabul tarihi: 23. 01. 2003, BGBl., I, S. 102, m. 23/1) ve Sosyal Güvenlik Yasası (Sozialgesetzbuch (SGB), Sosyal Koruma ve İdari Başvurulara Dair 10. Kitap: Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X, Kabul tarihi: 18. 08. 1980, BGBl I S. 1469, 2218, und 1450 (1982), BGBl III 860-10-1, m. 19/1)'nın ortak maddesine göre "*Kamu makamlarının dili Almancadır*".
Mahkemelerin Teşkilatına Dair Yasa (Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), Kabul tarihi: 09. 05. 1975, BGBl., I, S. 1077, m. 184/1) da benzer şekilde "*Yargılama dili Almancadır*" demektedir.
Bkz. *Värna språken – förslag till språklag*, Statens Offentliga Uttedningar: SOU 2008:26, Stockholm, 2008, s. 74.

14 Note, "*Official English": Federal Limits on Efforts to Curtail Bilingual Services in the States*", *Harvard Law Review*, C. 100, Nisan 1987, s. 1348.

Ancak bu önerilerin hiçbiri kabul görmemiştir. Bu nedenlerden ötürü, bugün İngilizce'nin ABD'de resmi değil, ulusal dil olduğunu söyleyebiliyoruz. Eğer mutlaka resmi dil ifadesini kullanmak gerekirse, İngilizce ABD'de *de jure* değil sadece *de facto* resmi dil konumunda bulunmaktadır.

Başkan Clinton tarafından imzalanan 11 Ağustos 2000 tarihli genelgede, federal hükümetin organları tarafından yapılan veya federal hükümetçe finanse edilen program, aktivite ve hizmetlere farklı ulusal kökenleri nedeniyle İngilizcesi iyi olmayan kişilerin erişiminin sağlanması düzenlenmiştir. Kimilerine göre, bu düzenleme ile ABD federal düzeyde çok dilli hale gelmiştir. [15]

Eyaletlerde ise durum farklıdır. ABD bir göçmen ülkesi olduğundan göçün arttığı dönemlerde (Birinci Dünya Savaşı sonrası, 1960'lar ve 1980-1990 arası) artan göç olaylarına tepki olarak İngilizcenin resmi dil olarak ilan edilmesi yönünde siyasi hareketlere eyaletlerde rastlanmıştır. 2010 yılı sonu itibari ile ABD'deki 50 eyaletten 31'i İngilizceyi eyalet anayasalarında veya bir kanun çıkartarak eyaletin resmi dili olarak ilan etmiştir. [16] Araştırmalar, eyaletin resmi dilinin İngilizce olmasını isteyenlerin ağırlıklı olarak Avrupa kökenli Amerikalılar olduğunu ortaya koymuştur. Afrika veya Latin Amerika kökenli Amerikalıların sayıca fazla olduğu eyaletlerde ise resmi dil düzenlemesine gidilememiştir. [17]

Yine, birçok kanunlaştırma hareketi halk girişimi yoluyla olmuştur. Bununla birlikte, bu kanunlaştırma hareketlerinin arkasındaki en etkin güç eyalette yaşayan ve yabancı bir ülkede doğmuş olanların eyalet nüfusuna oranıdır. Öyle ki, bu oran düştükçe resmi dilin İngi-

15 Metin ve açıklama için bkz. http://www. us-english. org/view/23 (Erişim tarihi: 29. 01. 2012)

16 En son 2009 yılında hazırlanan yasanın çıkmaması üzerine Minnesota eyaleti de yeni bir girişimle İngilizceyi resmi dil olarak kabul etme yolunda çabalamaktadır. Bkz. Official English – Legislation to Make English the Official Language Minnesota, http://www. us-english. org/view/805 (Erişim tarihi: 29. 01. 2012).

17 Resmi dilin İngilizce olması gerektiğini savunan ABD vatandaşlarının iddiası İngilizce'nin ABD'nin dili olduğu, Federal anayasanın bile İngilizce yazıldığı iken, İngilizce'nin resmi dil olmasına karşı çıkan vatandaşlar ise ABD'nin kültürel çeşitlilik üzerine kurulu olduğunu, bu yüzden ABD'nin tek bir dil ile sınırlanmasının gereksizliğini savunmuşlardır. Bkz. Nancy Sullivan, Robert T. Schatz, "*When cultures collide: the official language debate*", *Language & Communication*, C. 19, 1999, s. 262-268.

lizce olarak ilan edilmesi yönündeki eğilimler de artmaktadır. İkinci bir etken de eyaletin ideolojik yapısıdır. Resmi dil İngilizce hareketi muhafazakar eyaletlerde liberal eyaletlere göre arkasına daha güçlü bir rüzgar alabilmektedir. [18]

Kimi eyaletlerde yayınlanan *"sadece İngilizce bildirgeleri"* ise Yüksek Mahkeme tarafından federal anayasanın *"vatandaşlık hakları"*nı düzenleyen 14. ekinde yer alan *"adil yargılanma"* veya *"hukukun eşit korumasından yararlanma"* ilkelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. [19] ABD'deki yaygın anlayışa göre, bir eyaletin herhangi bir dili resmi dil olarak kabul edebilmesi için o eyalette bu dil dışındaki diğer dillerde eğitim-öğretim yapılmasına ve seçim materyalleri hazırlanmasına engel olunmaması gerekir. Oy kullanma ve çift dilli eğitim konuları federal yasalarla düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme, asıl amacı siyahlara da oy kullanma hakkı tanımak olan 1965 tarihli federal Oy Kullanma Yasası'ndaki oy kullanma hakkının İngilizce bilme şartına bağlanamayacağını düzenleyen hükmün anayasal olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı İspanyolca konuşan ABD vatandaşlarının seçimlerde oy kullanabilmeleri için özel önlemler alınması sonucu çıkarılmıştır. Buna rağmen, uygulamada kimi sorunların yaşanması karşısında, Oy Kullanma Yasası'nda 1975 yılında bir değişiklik yapılmış ve seçmen vatandaşların %5'inden fazlasının başka bir dili konuştuğu bölgelerde seçim malzemelerinin çift dilli hazırlanacağı kural haline getirilmiştir. [20] Bugün ABD'de 28 farklı dilde oy pusulası basılmaktadır. [21]

Bununla birlikte, resmi iki dilli eyaletler de olmuştur. Pennsylvania'da yasalar 1805-1850 arasında İngilizce ve Almanca yayınlanmakta idi. Yine, 1849 tarihli Kaliforniya Anayasası hem İngilizce hem de İspanyolca basılmıştı. Bu anayasa, tüm yasaların ve

18 Deborah J. Schildkraut, *"Official-English and the States: Influences on Declaring English the Official Language in the States"*, *Political Research Quarterly*, C. 54, No. 2 (June 2001), s. 446-447, 453-455.

19 Davalar için bkz. Note, s. 1349 vd.

20 Davalar için bkz. Note, s. 1350-1351.

21 Birden fazla dilde oy pusulası basan bölgelerin listesi için bkz. Official English – Fact Sheets: Multilingual Ballots, http://www. us-english. org/view/306 (Erişim tarihi: 29. 01. 2012); Official English – Fact Sheets: Growing Multilingualism in the United States, http://www. us-english. org/view/307 (Erişim tarihi: 29. 01. 2012).

yönetmeliklerin her iki dilde üretileceğine dair hüküm içeriyordu. [22] Günümüzde sadece Hawaii'de iki dil (İngilizce ve Hawaii dili) eyalet anayasasında (Bölüm 15, m. 4) resmi dil olarak tanınmıştır. [23] Ek olarak, resmi dili İngilizce olan veya resmi dili olmayan eyaletlerde de İngilizce dışındaki dillerde kamu hizmeti verilebilmektedir. Örneğin, New Mexico'da eyalet yasaları hem İngilizce hem de İspanyolca yayınlanır. [24] Oysa New Mexico'da her iki dilin de resmi dil olduğuna dair herhangi bir hukuki düzenleme yoktur.

İlginçtir, Fransa'da da Fransızcayı resmi dil olarak ilan eden düzenleme Avrupa Birliği'ni kuran Maastricht Antlaşması'nın kabulünün hemen sonrasında, 25 Haziran 1992 tarihinde, Anayasa'ya eklenmiştir. Düzenlemenin amacı ise Fransızcanın Avrupa Birliği'nde İngilizce'ye karşı konumunu güçlendirmektir. Bu düzenlemeden önce Fransa anayasalarında resmi dile dair herhangi bir düzenleme yoktu. [25] Fransız mahkemeleri 1539 tarihli Villers-Cotterêts Kararı'nı kullanarak mahkemeler önünde Fransızcadan başka bir dil ile yargılama talebini reddediyorlardı. [26] I. François tarafından 10 Ağustos 1539 tarihinde alınan karar, yargılamada ve resmi belgelerde Fransızcanın kullanılmasını zorunlu kılıyordu. Karar'ın 111. maddesi: *"(…) Tüm yargılamalar, kayıtlar, sözleşmeler, vasiyetler, kararlar, başka dillerde değil, anadil Fransızcada telaffuz, kayıt ve teslim edilsin"* buyurmakta idi. [27] Fransızca dilinin Fransız ulusal kimliğinin kurucu unsuru olarak görülen Fransa'da dahi Anayasada 1992 tarihine kadar resmi dilin belirlenmemiş olması bir eksiklik olarak görülmemişti.

III. Tek Resmi Dil Düzenlemesine Yer Veren Anayasalar

Çoğu ülke anayasasında tek bir dilin resmi dil olarak ilan edildiğini görmekteyiz. Yürürlükteki Fransa (m. 2), Türkiye (m. 2), Portekiz (m. 11), Macaristan (m. H), Polonya (m. 27), Romanya (m. 13), Bulga-

22 "*Official English…*", s. 1348.
23 Hawaii Anayasası'nın metni için bkz. http://hawaii. gov/lrb/con/conart15. html (Erişim tarihi: 05. 02. 2012)
24 Stultz, s. 61.
25 Florence Benoit-Rohmer, "*Les langues officieuses de la France*", *Revue française de droit constitutionnel*, 1/2001 (No: 45), tüm makale.
26 Bkz. Conseil d' État, No: 65105, 22 Kasım 1985 tarihli Danıştay Kararı.
27 Metin için bkz. http://www. assemblee-nationale. fr/histoire/villers-cotterets. asp (Erişim tarihi: 21. 02. 2012)

ristan (m. 3) Letonya (m. 4), Estonya (m. 6), Litvanya (m. 14), Slovakya (m. 6) anayasaları buna örnektir.

1958 Fransa Anayasası'nın egemenlik başlığını taşıyan bölüm içinde yer alan ikinci maddesine 1992 yılında eklenen ilk fıkraya göre, *"Cumhuriyet'in dili Fransızcadır"*. Fransa'da bu hükmü hayata geçiren yasa 1994 tarihli *"Fransızca Yasası"* başlığını taşımaktadır. Dönemin kültür bakanının ismiyle Toubon Yasası olarak da anılır. [28] Yasanın amacı Fransızca dilini korumaktır. Her ne kadar bu amacın varlığı yabancı dillerin etkisini sınırlamaya dayansa da Fransa sınırları içinde konuşulan ve *"yabancı"* kabul edilemeyecek diller de yasanın kapsamına girmektedir. Yasanın orijinali geniş bir uygulama alanına sahip iken Fransa Anayasa Konseyi, yasanın Fransızca dışındaki dillerin ticari hayatta, akademik faaliyetlerde vb. kullanımını yasaklayan hükümlerini ifade özgürlüğüne aykırı bularak iptal edebilmiştir. [29] Bununla birlikte, aynı Anayasa Konseyi, Avrupa Konseyi Bölgesel Diller Şartı'nın onaylanmasını, resmi dil dışındaki dillere (bölgesel ve azınlık dilleri) hukuki statü sağladığı gerekçesi ile Anayasa'nın birinci maddesinde yer alan Cumhuriyetin bölünmezliği/tekliği ilkesine aykırı bularak uygun bulmamıştır. Konsey'e göre, toplumsal köken, kültür, dil veya dine dayalı gruplara kolektif haklar tanımanın önüne geçmek Fransız halkının bütünlüğü ilkesinden kaynaklanmaktadır. [30]

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki düzenleme de Fransa Anayasası'na benzerdir. [31] 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın *"Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti"* başlık-

28 *"La Loi relative à l'emploi de la langue française"*, Yasa No: 94-665, Kabul Tarihi: 04. 08. 1994, Resmi Gazete No: 180, yayın tarihi: 05. 08. 1994, s. 11392, www. legifrance. gouv. fr, (Erişim tarihi: 13. 02. 2012).

29 Bkz. *"Loi relative à l'emploi de la langue française"*, Anayasa Konseyi karar No: 94-345, Karar tarihi: 29. 07. 1994, http://www. conseil-constitutionnel. fr/decision/1994/94345dc. htm (Erişim tarihi: 13. 02. 2012).

30 Bkz. *"Charte européenne des langues régionales ou minoritaires"*, Anayasa Konseyi karar No: 99-412, Karar tarihi: 15. 06. 1999, http://www. conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99412/99412dc. htm (Erişim tarihi: 13. 02. 2012); Giovanni Poggeschi, *"Language Rights and Duties in Domestic and European Courts"*, *European Integration*, C. 25(3), Eylül 2003, s. 209-210.

31 Burada kastedilen 1982 Anayasası koyucularının maddeyi Fransa Anayasası'ndan aldıkları değildir. Zira, resmi dile dair düzenleme Fransa Anayasası'na 1992 yılında eklenmiştir. Vurgu yapılmak istenen nokta terminoloji benzerliği ve Türkiye'nin Cumhuriyet ve genel olarak devlet, özel olarak da ulus devlet anlayışının Fransa kökenli olmasıdır.

lı üçüncü maddesi, ilk fıkrasında *"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. "* demektedir. Burada bir ifade bozukluğu vardır. *"Devletin dili"* kavramı yanlış kullanılmıştır. Oysa, dil ile iletişim kuran devletin insan unsurudur. O da sadece Türkçe konuşmamaktadır. [32] Bu açıdan 1958 Fransa Anayasası'nda yer alan *"Cumhuriyetin dili"* ve 1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 1945-1952 arası ikinci maddesinde yer alan *"Devlet dili"* kavramları da aynı şekilde yanlıştır. Doğrusu 1921, 1924 (orijinal metin)[33] ve 1961 anayasalarındaki şeklidir. 1921 Anayasası'na 1923 değişiklikleri ile giren ikinci maddesi *"Türkiye Devletinin … Resmi lisanı Türkçedir"* demektedir. [34] 1924 Anayasası da Türkiye devletinin *"resmi dili Türkçedir"* derken 1961 Anayasası'nın üçüncü maddesinde de *"Resmi Dil Türkçedir"* denmektedir. Öyle ki, yukarıda yer verilen anayasal düzenlemelerin de tamamına yakını ya *"Dil(ler)"* ya da *"Resmi Dil(ler)"* başlığı altında konuyu düzenlemiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise terminoloji farkını Türkçenin resmi boyutu aşan bir dil olmasına bağlamaktadır: "*Dil konusunda, 1961 Anayasası'nın 3. maddesinde "Resmî dili Türkçe'dir" tümcesi yer alırken, bu hüküm Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nca, "Değişik yorumlara sebebiyet verilmemesi için", "Dili Türkçe'dir" biçimine dönüştürülmüştür. Yapılan değişikliğin Türkçenin yalnızca bir resmî dilden ibaret olduğu yolundaki yorumları haksız çıkarmayı amaçladığı anlaşılmaktadır*". [35] Böylelikle, Türkçenin sadece devletin resmi dili değil, Türkiye devletindeki herkesin dili olduğu kabul edilmiştir. Oysa, yukarıda anılan Litvanya

32 Ayrıca bkz. Tolga Şirin, *"Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak"*, *Güncel Hukuk*, S. 4-88, Nisan 2011, s. 27.

33 İşin ilginci 1924 Anayasası'nın orijinal metni 1945 yılındaki değişiklikler ile *"mana ve kavramda bir değişiklik yapılmaksızın"* iddiasıyla Türkçeleştirilmiş olmasına rağmen Türkçeleştirme adı altında *"resmi dil"* *"devlet dili"* şekline dönüşmüştür. 1945 değişiklikleri için bkz. Kanun No: 4695, KT: 10. 01. 1945, RG. 5905-15. 01. 1945, s. 8178-8181. 1952 değişikliklerinin ise başlığı şu şekildedir: *"491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun tekrar meriyete konulması hakkında Kanun"*. Kanunun birinci maddesine göre, 1945 anayasa metni yürürlükten kaldırılmış ve eski metin 1945'e kadarki değişiklikleri ile birlikte yeniden yürürlüğe konulmuştur. Bkz. Kanun No: 5997, KT: 24. 12. 1952, RG. 8297, 31. 12. 1952, s. 5217-5220.

34 *"Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun"*, Kanun No: 364, Kabul tarihi: 29 Ekim 1339 (1923). Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, Beta yay., İstanbul, 2008, s. 7.

35 E. 1990/1, K. 1991/1, KG: 16. 7. 1991, (Siyasi Parti Kapatma: Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararı), Böl. VI. B. 3.

Anayasası'nın 14. ve Slovakya Anayasası'nın 6. maddesindeki *"devlet dili"* ibaresi sadece devletin yazışma dilini niteliyordu. [36]

1876 tarihli Kanun-i Esasi ise resmi dil başlıklı bir madde içermemektedir. Bununla birlikte, kamu görevlisi olabileceklerde aranan şartların düzenlendiği 18. maddede, doğru bir formülasyonla *"devletin lisanı resmisi olan Türkçe"* ifadesi kullanılmıştır. Madde şöyle demektedir: *"Tebaai Osmaniyenin hidematı Devlette istihdam olunmak için devletin lisanı resmisi olan Türkçeyi bilmeleri şarttır"*. Bu madde esasında kamu personelinin Türkçe bilme zorunluluğunu düzenlemiştir. [37] Ancak aynı zamanda resmi dilin Türkçe olduğu da ifade edilmektedir. [38] Resmi dil Türkçeyi bilmek Meclis-i Mebusan'a üye seçilebilmeyi düzenleyen maddede de yer almıştır. Anayasanın 68. maddesi kimlerin Meclis-i Mebusan'a üye seçilemeyeceğini düzenlerken *"salisen Türkçe bilmeyenler"* demektedir. Maddenin son cümlesi ise *"Dört seneden sonra icra olunacak iltihaplarda mebus olmak için Türkçe okumak ve mümkün mertebe yazmak dahi şart olacaktır"* demektedir. İlk Meclis için Türkçe okumak ve yazmanın şart olmaması ve bunun sonucu olarak ilk mecliste azınlık gruplarından yüksek sayıda üye seçilmiş olması üzerine Meclis'te kullanılacak dilin ne olacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Resmi dil Türkçe

36 Bkz. yuk. *"Resmi Dil Kavramı"* başlığı.

37 Bununla birlikte, Meclis'in 9 Şubat 1878 tarihli oturumunda Türkçe bilmeyen birinin memurluk için dilekçe vermesi üzerine çıkan tartışmada Erzurum'dan Giragos Efendi taşrada Türkçe bilmeyenlerin de memur olabildiğini dile getirmiştir. Bkz. Sina Akşin, *"Birinci Meşrutiyet Meclis-i Mebusanının Ele Aldığı Başlıca Sorunlar"*, *AÜSBFD*, C. XXV, No: 2, Haziran 1970, s. 104-105. Fiiliyattaki bu duruma dayanılarak Osmanlı Devleti'nin resmi dili yoktur görüşü de savunulmuştur (Bkz. Teyfur Erdoğdu, *"Osmanlı'nın resmi dili var mıydı?"*, *Star Gazetesi*, 24. 01. 2011). Ne var ki, bu makalenin başında verilen *"resmi dil"* tanımında, *"kamunun öncelikli olarak hizmet verdiği dil"* ibaresi, hukuki zemini olmasa da, resmi dilin varlığının kamunun resmi dil dışında bir dilde gönüllü hizmet vermesine engel olmadığını belirtmek içindir. Osmanlı'da da 1876 Kanun-i Esasi'nin ilan edilmesini takip eden dönemde olan budur ve 1908 devrimini izleyen dönem sonrası resmi dil Türkçe kuralı daha sıkı uygulanmaya başlamıştır (Bkz. Şükrü Hanioğlu, *"1876'dan günümüze resmi dil serüvenimiz"*, *Sabah*, 02. 01. 2011). Anayasalarda yazan her ilkenin uygulamaya birebir yansımıyor olması ise başka bir konudur.

38 Maddenin ilk halinde Osmanlı'da yaşayan herkesin kendilerine ait olan dilde eğitim öğretim görebilmesine dair bir cümle de vardı. Hüküm pek itirazla karşılaşmamıştır. Ne var ki, anayasa hazırlıklarında görev alan Eğinli Said Paşa'nın II. Abdulhamit'e bu hüküm ile Türkçe dışındaki dillerin anayasal statüye alındığı ve onlara adeta resmi dil payesi verildiği şeklindeki telkini ile ilk cümle madde metninden çıkarılmıştır. Bkz. Ali İhsan Gencer, *"İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmi Dil Olarak Kabulü Meselesi"*, *Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı Armağanı*, AÜSBF yay. No: 423, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 183-185.

dışında yemin etmek isteyen üyelere Meclis başkanı anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile izin vermemiştir. [39] Zira, Anayasa'nın 57. maddesi açıkça *"Heyetlerin müzakeratı lisanı Türkî üzere cereyan eder…"* demektedir. Maddede bahsedilen heyetler Osmanlı parlamentosunun iki kanadını oluşturan Heyet-i Ayan (Ayan Meclisi) ve Heyet-i Mebusan (Mebusan Meclisi)'dır. Bu noktada ise konuşulan Türkçe ile yazılan Türkçe arasındaki farktan kaynaklanan sorunlar yaşanmıştır. Bölgelere göre lehçeler değiştiği için Meclis'te yapılan konuşmaların kayda geçirilmesinde yaşanan sorunlar üzerine dilin sadeleştirilmesi çalışmalarına girişilmiştir. [40]

Sovyetler Birliği'nden ayrılarak 1991 yılında bağımsızlığını kazanan Letonya'nın yeniden doğan 1922 tarihli Anayasası'nın Genel Hükümler başlıklı bölümünde yer alan dördüncü maddesi de *"Letonyaca Letonya Cumhuriyeti'nin resmi dilidir"* ifadesini kullanmaktadır. Anayasa bununla yetinmemiş, 18. maddesinin ikinci fıkrasında Letonya Parlamentosu'nun yemin metninde her milletvekilinin Letonyacanın yegane devlet dili olan statüsünü güçlendirmeye yemin edeceğini düzenlemiştir. Ek olarak, 20. maddesinde de Letonyaca'nın Parlamento'nun çalışma dili olduğunu, siyasal faaliyetlere özgülenen 101. maddesinde yerel yönetimlerin çalışma dilinin Letonyaca olduğunu ve kamu kurumlarına dilekçe sunma hakkının düzenlendiği 104. maddesinde de dilekçelere herkesin Letonyaca dilinde cevap alma hakkı olduğunu vurgulamıştır. [41] Anayasa'nın *"Azınlıklar"* başlıklı 114. maddesi etnik azınlıklara mensup kişilerin kendi dillerini, etnik ve kültürel kimliklerini koruma ve geliştirme hakkından bahsetse de bu düzenleme Rusçaya kamu kurumları önünde herhangi bir kullanım alanı tanımamaktadır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesinin bir nevi tekrarı olan bu hüküm, eğer

39 Meclis başkanı Ahmet Vefik Paşa, Arabistan vilayetinden gelen milletvekillerinin milletvekili olmak için gerekli olan Türkçe bilme şartının kaldırılması yönündeki taleplerine karşı *"Gelecek seçime kadar daha dört yıl var. Akılları varsa bu zaman içinde Türkçe öğrenirler"* şeklinde çıkıştığı Meclis kayıtlarına girmiştir. Bkz. İlber Ortaylı, *"İlk Osmanlı Parlamentosu ve Osmanlı Milletlerinin Temsili"*, *Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı Armağanı*, s. 173.

40 Meclis üyelerinin Türkçenin farklı lehçelerinde yaptıkları konuşmaları yazılı Türkçeye geçirmek ile görevli zabıt katibi Ahmet Mithat Efendi'nin bu çok zor olan işi yaparken bayıldığı dile getirilmiştir. Bkz. Gencer, s. 188.

41 Anayasa metni için bkz. http://www. satv. tiesa. gov. lv/?lang=2&mid=8 (Erişim tarihi: 21. 02. 2012).

azınlıklar bir şekilde kültürel kimliklerini koruyabiliyorsalar devletin buna karışmayacağını söyleyen negatif hak düzenlemesidir. [42]

Bu başlık altında örneklenen üç ülkede de ortak özellik ya azınlık kavramının ve dillerinin hukuken tanınmıyor oluşu (Fransa, Türkiye[43]) ya da azınlıkların varlığını ve dillerini tanıyor olmasına rağmen bu dillerin kamu kurumlarında ve kamu ile iletişimde kullanılmasına sınırlandırmalar getirmek istiyor (Letonya) oluşlarıdır.

Örnek olsun, Letonya'da, ülke nüfusunun %40'a yakın bir oranı ana dili Rusça olan Rus azınlık olmasına rağmen Letonya, Letonyacanın tek dil oluşuna dair anayasal düzenlemeleri hayata geçirmek amacıyla çıkardığı yasalarda Letonyacayı kamu kurumlarında ve kamusal yaşamda tek geçerli dil kılmaya çalışmaktadır. [44] Konu, AİHM'ne kadar gitmiştir. Seçimlerde aday olan Rus kökenli siyasetçi yeterli oranda resmi dil olan Letonyacayı bilmediği için aday listesinden çıkartılınca başvurusunda seçme ve seçilme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Letonya hükümeti davada, ulusal parlamentonun çalışma dilinin resmi dil olan Letonyaca olduğunu ileri sürerek şahsın bu dile hakim olmadan parlamento üyesi olamayacağını, bunun amacının parlamentonun işleyişini sağlamak olduğunu ileri sürmüştür. AİHM de bu gerekçeyi haklı bulmuş ve bir ülkenin resmi dilinin belirlenmesinde o ülkeye özgü tarihi ve siyasi koşulların rol oynadığını ve bu yüzden de resmi dilin belirlenmesine tek başına

---

42 Azınlık hakları genel olarak sırf bu haklara özgülenmiş sözleşmelerin konusu olup genel insan hakları sözleşmelerinde yer almaz. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi bunun istisnalarından biridir. Madde şöyle demektedir: "*Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu Devletlerde, bu azınlıklara mensup kişiler, kendi grubunun diğer üyeleriyle birlikte toplu olarak, kendi kültürlerinden yararlanmak, kendi dinlerinin gereklerini yerine getirmek ve uygulamak veya kendi dillerini kullanmak haklarından yoksun bırakılmayacaklardır*". Madde metni için bkz. "*International Covenant on Civil and Political Rights*", Kabul Tarihi: 16. 12. 1966, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 03. 01. 1976, *A Compilation of International Instruments*, C. I (First Part), Universal Instruments, (ST/HR/1/Rev. 5 (Vol. I/Part 1), New York and Geneva, United Nations, 1994, s. 8-45. Türkçe metinler için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz (Der.), İnsan Hakları Belgeleri, C. IV, Boğaziçi Üniversitesi yay., İstanbul, 2004, s. 25-124.

43 Türkiye'nin Lozan Antlaşması kapsamında gayri Müslim azınlıklara tanıdığı dilsel haklar çok sınırlı bir alanı düzenlediği ve ayrıca bu gruplara Anayasada herhangi bir atıfta bulunulmadığı için Türkiye'yi bu çalışma kapsamında azınlık dillerini tanıyan ülke olarak nitelendiremiyoruz.

44 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ineta Ziemele, "*The Dilemma of Language Use in Latvia: Obligation and Necessity*", *Latvian Human Rights Quarterly*, No: 5/6, 1998, s. 29-59.

ülkenin karar verebileceğini ifade etmiştir. Mevcut olayda da ulusal parlamentoya seçilebilmek için belirli oranda resmi dile hakim olma şartını meşru amacı olan bir düzenleme olarak görmüştür. [45] Bununla birlikte, davada resmi dil konusu AİHS'nde yer alan *"seçme ve seçilme hakkı"* kapsamında incelenmiş ve AİHM, seçme ve seçilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'nin bu sonuca varmasına sebep olan olay ise, başvurucunun elinde resmi dili en üst seviyede bildiğine dair sertifika olmasına karşın başvurucunun hedef seçilerek sertifikasının geçerliliği sorgulanmadan yok sayılıp resmi dili üst seviye bilmediğine bir müfettiş raporu ile karar verilmesi ve milletvekili adaylığının engellenmesidir. [46]

Rusça üzerindeki baskıya son vermek isteyen Rus azınlık Rusçanın ikinci resmi dil olması için referandum talebinde bulunmuş ve 18 Şubat 2012 tarihinde yapılan referandumda Rusçanın ikinci resmi dil olması %75 gibi yüksek bir oyla reddedilmiştir. [47]

IV. Birden Fazla Resmi Dile Yer Veren Anayasalar

Birçok ülke anayasası birden fazla dile resmi dil statüsü vermiştir. Bir diğer ifade ile, bu ülkelerde kamu kurumları çok dillidir. Bu düzenlemeye sahip anayasalara her kıtada rastlamaktayız. Bunların bir kısmını örneklemek gerekirse;

İsviçre'nin 1999 tarihli Anayasası dört dili resmi dil olarak tanımıştır. Bunlar, Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romanş dilidir. Bu dillerin hepsi ülkede tarihsel olarak belirli bir nüfus tarafından konuşulmaktadır. Anayasa'nın Diller başlıklı 70. maddesine göre;

"(1) Federasyon'un resmi dilleri Almanca, Fransızca ve İtalyanca'dır. Romanş dilini konuşanlarla iletişimde Romanş dili de resmi dildir.

(2) Kantonlar kendi resmi dillerini kendileri belirler. Dilsel toplu-

45 Bkz. AİHM, Podkolzina/Letonya, Başvuru No. 46726/99, 09 Eylül 2002, par. 34. Benzer bir başvuru da BM İnsan Hakları Komitesi'ne yapılmış ve yine benzer şekilde sonuçlanmıştır. Bkz. Ignatane/Letonya, Başvuru No: 884/1999, 31 Temmuz 2007.

46 A. k., par. 36.

47 Bkz. *"Latvia rejects making Russian an official language"*, http://www. bbc. co. uk/news/world-europe-17083397 (Erişim tarihi: 03. 03. 2012)

luklar arasındaki uyumu korumak için dillerin geleneksel olarak toprağa bağlı dağılımına saygı duyar ve yerli dilsel azınlıkları gözetirler.

(3) Federasyon ve Kantonlar dilsel topluluklar arasında iletişimi ve paylaşımı teşvik ederler.

(4) Federasyon, çok dilli Kantonları kendi özel politikalarının hayata geçirilmesinde destekler.

(5) Federasyon, Grison ve Ticino kantonlarının Romanş dili ve İtalyancanın korunması ve geliştirilmesine dair alacakları önlemleri destekler".

Romanş dili, İsviçre Anayasası'nda 1996 tarihinde yapılan değişiklikle resmi dil statüsü kazanmıştır. Bununla birlikte, diğer üç resmi dilden farklı olarak sadece Romanş dilini konuşanlarla iletişimde resmi dil statüsüne sahiptir. Bir diğer ifade ile, federal düzeydeki her dökümanın Romanş dilinde de yazılması gerekmez. Bunun sebebi ise, Romanş dilini konuşanların ülke nüfusunun sadece %0. 5'ini oluşturuyor olmalarıdır. Anayasa'da Romanş diline dair Grison kantonunda alınacak önlemlerin ayrıca düzenlenmesinin sebebi ise bu kantonda Romanş dilini konuşanların kanton nüfusunun 1/5'ini oluşturuyor olmasıdır. [48]

Diğer bir federal devlet olan Kanada'ya bakarsak; Kanada anayasal belgeleri içinde yer alan 1982 tarihli Anayasal Kanun'un Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı başlıklı birinci kısmında yer alan Kanada'nın Resmi Dilleri başlıklı bölüm yedi madde ve 17 paragraf halinde resmi dil konusunu düzenlemiştir. [49] Anayasa İngilizce ve Fransızcayı fede-

---

48 Ingmar Söhrman, "*Intercultural communication or parallel cultures? The Swiss example with special regard to the Rhaeto-Romance situation*", *Journal of Intercultural Communication*, No. 7 (September 2004), s. 2-5. Romanş dilinin, bu dili konuşanların ülke nüfusunun çok küçük bir dilimini oluşturuyor olmasına rağmen resmi dil statüsüne alınmasına karşın ülke nüfusunun %1. 7'sinin ana dili olarak İspanyolca, %1. 3'ünün Portekizce ve %1. 1'inin Türkçe konuşuyor olmasına karşın bu diller göçmen dili olarak görüldükleri için resmi dil statüsüne alınmamışlardır.

49 Anayasa metni için bkz. http://laws. justice. gc. ca/en/const/Const_index. html (Erişim tarihi: 03. 02. 2012).
Anayasadaki hükümler 1985 tarihli Resmi Diller Yasası ile 120 maddeye yayılarak daha da detaylı olarak düzenlenmiştir. Bkz. http://laws-lois. justice. gc. ca/PDF/O-3. 01. pdf (Erişim tarihi: 09. 03. 2012)
Kanada'da kurumsal çift dilliliğin kökleri 1867 tarihli anayasal düzenlemeye ve 1969 tarihli Resmi Diller Yasası'na kadar gitmektedir. Bkz. Lionel A. Levert,

ral yönetimin ve New Brunswick eyaletinin resmi dilleri olarak düzenlemiştir. Ülkedeki diğer dokuz eyaletin yönetim organları ise kendi dillerini kendileri belirlemektedirler. Bu dokuz eyaletten sekizinde resmi dil İngilizce, diğer eyalet Quebec'de ise resmi dil Fransızcadır. [50]

Anılan Anayasal Belge'nin ilgili maddeleri kısaca şöyledir:

M. 16/1: "*İngilizce ve Fransızca Kanada'nın resmi dilleridir ve Kanada hükümetinin ve Parlamentosu'nun tüm kurumlarında kullanılmalarında eşit önceliğe ve hakka sahiptirler*"

M. 17/1 (Parlamentodaki Diller): "*Herkesin İngilizceyi veya Fransızcayı Parlamentodaki herhangi bir tartışmada ya da diğer tür işlemlerde kullanma hakkı vardır*".

M. 18/1 (Yasama Dili): "*Parlamentonun hukuki düzenlemeleri, zabıtları ve gündemi İngilizce ve Fransızca basılır ve yayınlanır; her iki dildeki sürümleri eşit şekilde geçerlidir*". [51]

M. 19/1 (Mahkeme Dilleri): "*İngilizce veya Fransızca herhangi bir kişi tarafından Parlamento tarafından kurulan herhangi bir mahkemede, mahkemelere sunulan dilekçelerde veya mahkemece yapılan herhangi bir işlemde kullanılabilir*".

Yürütme ve yasamanın çalışma dilleri kurumsal düzeyde kararlaştırılırken yargının dili suçlanan kişi tarafından da tercih edilebildiğinden uygulamada hangi dilin yargı dili olacağının belirlenmesi sorunlara yol açabilmektedir. Anayasa ve Ceza Yasası yargılanan kişiye seçimlik bir hak vermekte ve her iki dilde de yargılamanın talep edilebileceğini bildirmektedir. Bununla birlikte, Kanada Yüksek Mahkemesi, Ceza Yasası'nda yer alan yargılama dilini seçme hakkını "*adaletin gerekleri*" kavramıyla birlikte yorumlamakta ve yargılanan kişinin seçme hakkını iki dili birden de seçebileceği şeklinde geniş yo-

---

"*Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or Not To Be*", *Statute Law Review*, C. 25(2), Oxford University Press, 2004, s. 152.

50 Kanada'da toplam 145 dil konuşulmaktadır. En çok konuşulan dil İngilizcedir. Fransızca ise toplam nüfusun %23'ü tarafından konuşulmaktadır. Quebec'de yaşayanların ise %82'sinin dili Fransızcadır. Stultz, s. 60.

51 Kanada'da federal yasalar daha taslak aşamasında çift dilde hazırlanmakta, hatta, çift dilde müzakere edilmektedir. Anayasada yer alan çift dillilik sadece bir resmi dilden diğer resmi dile tercüme şeklinde uygulanmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Levert, tüm makale.

rumlayabilmektedir. Buna göre, yargılanan kişi resmi dillerden sadece birinde değil, hangi dile daha hakim olduğuna bakılmaksızın her iki dile de hakim çift dilli yargıç ve çift dilli jüri önünde yargılama talep edebilmektedir. [52]

Kanada'nın 1982 tarihli Anayasal Kanunu'nun *"İdari Diller"* başlıklı 20. maddesinin, birinci fıkrası ise kamu kurumları ile iletişimde kullanılacak dilleri düzenlemektedir. Buna göre, *"Kanada toplumunun herhangi bir üyesi İngilizce veya Fransızca dillerinde Parlamento'nun herhangi bir kurumunun merkezi bürosu veya başkanlığı ile veya Kanada hükümeti ile iletişime geçebilir ve bu kurumlardan sunulan hizmetleri alabilir"*. Fıkra devamındaki bentlerde anılan kurumlar dışındaki kamusal organlarla iletişimi de düzenlemekte ve bunu önemli oranda talep şartına ve birimin varlık nedenine bağlamaktadır. Kanada Yüksek Mahkemesi ise kararlarında, tüm bu düzenlemeleri iletişimde ve kamu hizmetlerinin sunumunda resmi diller arası eşitlik ilkesi üzerinden yorumlamaktadır. [53]

Güney Afrika'da çoğunluk tarafından konuşulan bir dil olmaması ve *apartayd* rejiminin acı hatıraları Anayasa'nın toplam 11 dile resmi dil statüsü tanımasına sebep olmuştur. Doktrinde, iki dile resmi dil tanıyan sistemleri ifade etmek için kullanılan *"resmi iki dillilik"* kavramına karşı Güney Afrika için *"resmi çok dillilik"* olarak adlandırılan bu sistem[54] 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası'nın Kurucu Hükümler başlıklı ilk bölümünde yer alan *"Diller"* başlıklı altıncı maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"1. Cumhuriyetin resmi dilleri Sepedi, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, İngilizce, isiNdebele, isiXhosa ve isiZulu'dur.

2. Devlet, halkımızın yerli dillerinin tarihsel olarak sınırlandırılmış kullanımını ve statüsünü göz önüne alarak, bu dillerin durumunu iyileştiren ve kullanımlarını artıran elverişli pozitif önlemler almalıdır.

---

52 Bkz. R. v. Beaulac, [1999] 1 S. C. R. 768, 20. 05. 1999.

53 Bkz. DesRochers *v*. Canada (Industry), 2009 SCC 8, [2009] 1 S. C. R. 194, 05. 02. 2009.

54 Güney Afrika'da konuşulan 35 dilden üçte ikisi yerli/kabile dil(i)dir. Nüfusun en fazla %23'ü tek bir dili (Zulu) konuşmaktadır. Onu %17. 6 oranıyla Xhosa dilini konuşanlar takip etmektedir. Bkz. Stultz, s. 60, 62-63.

3. a) Ulusal yönetim ve bölgesel yönetimler, kullanılma sıklığı, uygulanabilirlik, masraflar, bölgesel şartlar ve bütün nüfusun veya o bölgenin ihtiyaçları ve tercihleri dengesini gözeterek resmi dilleri yönetim işlerinde kullanabilirler; fakat, ulusal yönetim ve bölgesel yönetimler en az iki resmi dili kullanmalıdırlar.

b) Belediyeler kendi sınırları içinde oturanların kullandıkları dili ve tercihlerini göz önüne almalıdırlar.

4. Ulusal yönetim ve bölgesel yönetimler, yasal ve diğer önlemlerle, resmi dillerin kullanımını düzenleyip denetimini yapmalıdırlar. Tüm resmi diller, ikinci fıkradaki hükümlere aykırı olmayacak şekilde, aynı itibara sahip olmalı ve eşit muamele görmelidir". [55]

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de içtihatlarında ülke anayasasının 11 resmi dil karşısında tarafsız bir tutum sergilediğini, bunun anayasa koyucunun hedefi olduğunu, anayasada çok dilli bir yapının korunduğunu ve bu diller arasında herhangi bir üstünlük bulunmadığını vurgulamıştır. [56]

Diğer bir iki resmi dilli anayasa örneği bugün de yürürlükte olan 1937 tarihli İrlanda Anayasası'dır. Anayasa iki dilde yazılmıştır (İrlandaca ve İngilizce). Her iki metin arasında dilsel uyumsuzluk çıktığında İrlandaca metin esas alınır. Anayasa İrlandaca ve İngilizceyi resmi dil olarak düzenlemiştir. Anayasa'nın devletin niteliklerini sıraladığı ikinci bölümünde yer alan *"Dil"* başlıklı sekizinci maddeye göre;

"(1) İrlandaca ulusal dil olarak birinci resmi dildir.

(2) İngilizce ikinci resmi dil olarak tanınmıştır".

Maddede, her iki dil resmi dil ilan edildikten sonra bunlardan herhangi birinin resmi düzeyde tek başına kullanımı yasal düzenlemeye bırakılarak her işlemin çift dilli olması zorunluluğunu dayatmayan bir yol izlenmiştir (m. 8/3). Aynı durum ulusal parlamentodan çıkacak yasalar için de geçerlidir. Anayasa'nın 25. 4. 3. maddesine göre, devlet başkanı yasa parlamentodan hangi dilde çıkarsa o dildeki metni imza-

55 Anayasa metni için bkz. http://www. info. gov. za/documents/constitution /1996/index. htm (Erişim tarihi: 03. 02. 2012)

56 Gauteng Provincial Legislature In re: Gauteng School Education Bill of 1995 (CCT39/95) [1996] ZACC 4; 1996 (4) BCLR 537; 1996 (3) SA 165 (4 April 1996), par. 73-74.

layacak, eğer yasa iki resmi dilde birden hazırlanmışsa devlet başkanı iki metni de imzalayacaktır. Eğer yasa metni resmi dillerden birinde hazırlanmış ve devlet başkanı bu metni imzalamışsa, yasa metninin diğer resmi dile resmi çevirisi yapılır (m. 25. 4. 4). Diğer resmi dile çevirisinin *"derhal"* yapılmamış olması durumu İrlanda Yüksek Mahkemesi önüne gelmiş ve fakat mahkeme bu konuda herhangi bir zaman diliminin anayasa tarafından öngörülmediğini söyleyerek resmi dillerden herhangi birinde yasanın imzalanmasının yürürlüğe girmesi için yeterli olduğunu belirtmiştir. [57]

Pakistan Anayasası'nın Ulusal Dil başlıklı 251. maddesine göre, Pakistan'ın ulusal dili Urduca'dır. Aynı maddenin ikinci fıkrası İngilizce'nin de Urduca onun yerini alana kadar resmi dil olarak kullanılabileceğini belirtmektedir. Bu düzenlemelere ek olarak federe birimlerin çıkartacakları yasayla ulusal dil yanında yerel dillerin de öğretimini, gelişimini ve kullanımını düzenleyebileceklerini belirtilmiştir (M. 251/3). [58]

Finlandiya ise iki resmi dile sahip ama çok dilli bir ülkedir. 1999 tarihli Finlandiya Anayasası dil konusuna, devletin niteliklerinin sıralandığı Temel Hükümler kısmında değil (m. 1-6) Anayasa'nın Temel Haklar ve Özgürlükler başlıklı ikinci bölümünde yer alan Kişinin Dil ve Kültür Hakkı başlıklı 17. maddesinde yer vermiştir. Maddeye göre;

"Finlandiya'nın ulusal dilleri Fince ve İsveççedir.

Herkesin Fince veya İsveççe kendi dilini mahkemeler veya diğer organlar önünde kullanma ve o dilde resmi belgelere ulaşma hakkı yasa ile korunur. Kamu kurumları ülkedeki Fince konuşan ve İsveçce konuşan nüfusun kültürel ve toplumsal ihtiyaçlarını eşit şekilde karşılar".[59]

---

57 Ó Murchú -v- An Taoiseach & chuid eile, [2010] IESC 26, Supreme Court Record No: 91/05, 06. 05. 2010.

58 Bkz. http://www. na. gov. pk/publications/constitution. pdf (Erişim tarihi: 03. 02. 2012).

59 *"Finlands grundlag"*, (11. 6. 1999/731), bkz. http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/1999/19990731?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=konstitution (Erişim tarihi: 02. 02. 2012) Finlandiya Anayasası'nın İngilizce ve Fransızca resmi çevirileri için bkz. http://www. finlex. fi/en/laki/kaannokset/haku. php ?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=constitution (Erişim tarihi: 02. 02. 2012).

Anayasa her ne kadar *"resmi dil"* kavramı yerine *"ulusal dil"* (*nationalspråk, kansalliskielet*) kavramını kullansa da yukarıda anılan tanımlar kapsamında Fince ve İsveççe Finlandiya'da fiilen resmi dil statüsündedir. Anayasa'nın bu dilleri temel haklar ve özgürlükler bölümünde düzenlemesinin sebebi ise, azınlık dilleri ile birlikte dil konusunu tek bir maddede düzenleme çabasıdır. Öyle ki, İsveççe her ne kadar resmi dil olsa da ülke nüfusunun sadece %5'ini[60] oluşturuyor olduğu için aynı zamanda azınlık dilidir.

Finlandiya Anayasası'nın 120. maddesine göre Åland adaları özerk bölgedir ve Åland'ın özerkliği, özerklik yasası ile düzenlenmiştir. Özerklik Yasası'nın 36. maddesi *"Resmi dil"* (*Ämbetsspråket, Virkakieli*) başlığını taşımaktadır. Maddeye göre, "Åland'ın resmi dili İsveççe'dir. Devlet dairelerinde, Åland idari organlarında ve belediye organlarında kullanılacak dil İsveççe'dir.

Åland Delegasyonu'nun resmi dili İsveççe'dir. Yüksek Mahkeme'nin bu yasada atıf yapılan kararları ve görüşleri İsveççe yazılır.

Aksi Kilise Yasası'nda belirtilmedikçe bu yasanın devlet dairelerinde kullanılan dile dair hükümleri, uygun olduğu hallerde Evanjelik Lüteryan Kilisesi'ne de uygulanır".

Åland Özerklik Yasası 38. maddesi özerk kurumlar arasındaki ve özerk kurumlar ile merkezi hükümet arasındaki yazışmaların da İsveççe yapılacağını düzenlemekte, 37. maddesi ise Finlandiya vatandaşlarına kendilerini ilgilendiren konularda Åland mahkemeleri ve Åland'daki merkezi organlar önünde Finceyi kullanma hakkı tanımaktadır. [61]

Birden fazla resmi dile yer veren anayasal sistemler için sık sorulan

60 "*Finland*", *World Directory of Minorities*, Ed. Minority Rights Group International, London, Minority Rights Group International, 1997, s. 142.

61 Bkz. "*Självstyrelselag för Åland*" Yasa No: 1991/1144, (31. 12. 1994 tarihli ve 1994/1556 Nolu, 12. 07. 1996 tarihli ve 1996/520 Nolu, 28. 01. 2000 tarihli ve 2000/75 Nolu, 30. 01. 2004 tarihli ve 2004/68 Nolu yasalarla değiştirilmiş metin), Kabul tarihi: 19. 08. 1991, Yürürlüğe giriş: 01. 01. 1993. http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/1991/19911144, (Erişim tarihi: 02. 02. 2012).
Åland'ın anayasal statüsü, ilgili yasalar ve Åland'daki siyasi ve hukuki örgütlenme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Markku Suksi, Åland konstitution: En sammanställning av material och tolkningar i anslutning till självstyrelselag för Åland, Åbo Akademis Förlag, Åbo/Turku, 2005.

bir soru da kamunun tüm bu dillerde aynı anda hizmet verecek şekilde nasıl örgütleneceğidir. Başta anayasalar olmak üzere, ilgili kanunlar ve uluslararası sözleşmeler bu sorunun cevabını da vermektedir. Genel uygulama *"yeterli sayı", "uygulanabilirlik"* (Güney Afrika Anayasası m. 29/2) gibi genel kavramlar kullanarak idareye takdir yetkisi bırakmaktır. Neyin uygulanabilir olduğunu belirlemede her olayı kendi içinde değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, resmi dillerden birinde yeterli kabul edilen bir sayıda kişi tarafından eğitim talep edildiğinde devletin önünde, talep edilen dilde eğitim veren okul açma, çift dilli okullar kurma veya aynı okulda çoğunluk diline paralel sınıflar oluşturma gibi alternatifler vardır. Ancak bu hak bir kez sağlandığında bu sefer devletin negatif yükümlülüğü devreye girer ve yeteri derecede meşru gerekçeler olmadıkça bu hakkın kullanımı sınırlandırılamaz ve ortadan kaldırılamaz. [62]

Birden fazla resmi dile yer veren ülkeler listesini uzatmak mümkündür. Tüketici olmamakla birlikte, yukarıda yer verilenlere ek olarak şu ülkeler de örneklenebilir: Belçika'da Hollandaca, Fransızca ve Almanca; İspanya'da ulusal düzeyde İspanyolca, özerk bölgelerde Katalanca, Bask dili ve Gal dili (İspanya AY m. 3), Slovenya'da ulusal düzeyde Slovence bazı belediyelerde İtalyanca ve Macarca (Slovenya Anayasası m. 11); Singapur'da İngilizce, Mandarin Çince, Malayca ve Tamil dili (Singapur AY m. 44, 53); Lüksemburg'da Lüksemburgca, Fransızca ve Almanca; Malta'da Maltaca ve İngilizce (Malta AY m. 5); Montenegro'da Montenegro dili, Sırpça, Boşnakça, Arnavutça ve Hırvatça (Montenegro AY m. 13); Hollanda'da Hollandaca ve Frizce; İtalya'da ulusal düzeyde İtalyanca, özerk bölgeler Güney Tirol'de Almanca, Valle d'Aosta'da Fransızca, Tireste ve Gorizia'da Slovence; İsrail'de İbranice ve Arapça; Bosna Hersek'de Boşnakça, Sırpça ve Hırvatça, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde Rumca ve Türkçe (Kıbrıs Cumhuriyeti AY m. 3), Hindistan'da Hintçe ve İngilizce (AY m. 343) gibi.

Birden fazla resmi dil düzenlemesi kadar anayasalarda sıklıkla rastladığımız bir diğer düzenleme de resmi dil dışındaki diğer dillerin konumudur.

---

62 Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Head of Department: Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Another (CCT40/09) [2009] ZACC 32; 2010 (2) SA 415 (CC) ; 2010 (3) BCLR 177 (CC) (14 October 2009), par. 52.

V. Resmi Dil Dışındaki Diğer Dillerin Anayasalarda Düzenlenişi

Fransa'nın farklı bölgelerinde yaşayan azınlıkların yoğun lobi faaliyetleri sonrasında 1958 Fransa Anayasası'nın 75. maddesine 23 Temmuz 2008 tarihinde 75-I maddesi olarak şu hüküm eklenmiştir: "*Bölgesel diller Fransa'nın mirasına aittir*". [63] Örnek olsun, 2004 tarihli Fransız Polenezyası Özerklik Yasası, 1958 Fransa Anayasası'nın hem resmi dili Fransızca olarak ilan eden ikinci maddesini hem de bölgesel dilleri kucaklayan 75-I maddesini kapsayan bir düzenleme içermektedir. Yasanın 57. maddesi Fransız Polenezyası'nda resmi dil Fransızca'dır derken, aynı zamanda Tahiti dilinin de bölgenin kültürel kimliğinin temel bir unsuru olduğunu ifade etmektedir. [64] Ancak, Tahiti dili kamu makamlarının değil, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kullanabilecekleri bir dildir. AİHM de bu formülasyonu onaylamış ve Tahiti dilinin bölgede resmi makamlar önünde (davada, bölgesel parlamentoda) kullanılamıyor olmasını ifade özgürlüğü kapsamında incelenebilir bulmamıştır. [65] Buna rağmen, bölgesel dillerin geleneksel olarak konuşuldukları bölgelerde yarı-resmi dil statüsüne kavuşmakta olduğunu vurgulayanlar da vardır. Buna gerekçe olarak, geleneksel olarak bölge nüfusu tarafından konuşulan dilin öğretiminin kamu okullarında mümkün olmasını göstermektedirler. [66] Kanımca, bir dilin belirli bir grubun ana dili olmasına rağmen o gruba mensup çocuklara yabancı

---

63 "*France's L'Académie Française upset by rule to recognise regional tongues*", *Telegraph*, 17. 08. 2008.

64 "*Fransız Polenezyası'nın Özerklik Statüsü Üzerine 2004-192 sayılı 27 Şubat 2004 tarihli Organik Yasa*"nın Kültürel kimlik başlıklı 7. Kısım'da yer alan 57. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:
"*Fransızca, Fransız Polenezyası'nın resmi dilidir. [Fransızca'nın] kullanımı, gerek bir kamu hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında kamu tüzelkişileri ve özel hukuk kişileri için; gerekse idareler ve kamu hizmetleri ile ilişkileri esnasında kullanıcılar için zorunludur. Tahiti dili, kültürel kimliğin temel bir unsurudur: toplumsal bağlılığın çimentosu, gündelik iletişim dilidir; Fransız Polenezyası'nın zenginliğini oluşturan kültürel çeşitliliği teminat altına almak amacıyla, Cumhuriyet'in dili yanında diğer Polenezya dilleri ile aynı ölçüde tanınmıştır ve korunmalıdır. Fransızca, Tahiti, Marquis, Paumotu, Mangarev dilleri Fransız Polenezyası'nın dilleridir. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri, bunları işlemlerinde ve sözleşmelerinde serbestçe kullanırlar; bunlar, resmi dil ile yazılmadıkları gerekçesiyle hiçbir hükümsüzlük taşımazlar*".

65 Mahkeme ayrıca resmi dil dışında bir dilde kamu makamları ile iletişimi ifade özgürlüğü kapsamında görmemektedir. Bkz. Sabrina Birk-Levy/Fransa, Başvuru No: 39426/06, 21 Eylül 2010 tarihli kabul edilebilirlik kararı, s. 12-13.

66 Bkz. Poggeschi, s. 210-211 ve 221, dp. 18.

dil gibi öğretilmesi o dili yarı resmi dil statüsüne dahi sokmaz. [67] Aynı dilin trafik yol, işaret ve levhalarında resmi dil ile birlikte kullanılması da böyledir.

Resmi dil dışındaki dillerin anayasal konumunu ülkeler arası ilişkiler de belirleyebilmektedir. Eski Sovyetler Birliği içinde yer alan ülkelerin resmi dil ve diğer diller üzerine olan mevzuatları adeta bugünkü Rusya ile olan ilişkilerinin bir aynası gibidir. Kimi Rusçanın varlığına anayasasında özel bir vurgu yaparken kimi ülkeler ise ülke nüfusunun önemli bir oranını (%30-40) Rusça konuşan azınlık oluşturuyor olmasına rağmen Rusçayı adeta yok saymaktadır.

Ukrayna 1996 tarihli Anayasası'ndaki düzenleme ile birinci ülkeler sınıfına girmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi dilleri üç kategoriye ayırmıştır: resmi dil, azınlık dilleri ve uluslararası iletişim dilleri. Hatta denilebilir ki azınlık dillerini de Rusça ve diğerleri şeklinde iki alt kategoride sunmaktadır. Bunda şüphesiz ülkenin en büyük dilsel azınlık grubunun Rusça konuşanlar olmasının katkısı büyüktür. Maddeye göre;

"Ukrayna'nın devlet dili Ukraynacadır.

Devlet, Ukraynacanın ülkenin her yerindeki sosyal hayatın tüm alanlarında en iyi şekilde kullanımını ve gelişimini sağlar.

Ukrayna'da Rusçanın ve Ukrayna'nın diğer ulusal azınlıklarının dillerinin serbestçe kullanılması, gelişimi ve korunması hukukun koruması altındadır.

Devlet, uluslararası iletişim dillerinin öğrenilmesini teşvik eder.

Ukrayna'da dillerin kullanılması Ukrayna Anayasası tarafından korunur ve yasa tarafından belirlenir". [68]

---

67 Fransa Eğitim Yasası eğitim dilini Fransızca olarak belirlemekte, diğer dillerin sadece okullarda öğretilebileceğini düzenlemektedir. Bu da, yabancı okulların durumu hariç, Fransa'da Fransızca dışında bir dilde eğitim yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda çocuğun ana dili Fransızca dışında bir dil ise o dili okulda öğrenmesi tıpkı yabancı bir dil eğitimi gibi olacaktır. Bkz. *"Code de L'Education"* (Partie Législative), Ordonnance no 2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie Législative du code de l'éducation, JORF n°143, 22 Haziran 2000, s. 9346, ilgili maddeler: L121-1, 121-3, 121-4.

68 Ukrayna Anayasası'nın metni için bkz. http://www. rada. gov. ua/const/conengl. htm#r1 (Erişim tarihi: 08. 02. 2012).

Her üç kategoride yer alan dillerin anayasal değeri birbirinden farklıdır. Devlet, resmi dilin ülkenin her yerinde kullanımını ve gelişimini *"sağlar"*, azınlık dillerini hukuken *"korur"*, uluslararası iletişim dillerinin öğrenilmesini ise sadece *"teşvik eder"*. En düşük vurgu üçüncü kategorideki diller içindir. Öyle ki, devlet yabancı dilde dershane açılmasına izin vermekle bile teşvik görevini yerine getirmiş olabilecektir. Anayasada yer almasının gereği tartışılabilecek bu tarz bir düzenleme olsa olsa resmi dil ile Rusça ve diğer ulusal azınlık dillerinin ayrıcalıklı konumunu belirginleştirmeye yaramaktadır.

Slovakya Anayasası da 6. maddesinin ilk fıkrasında *"Slovak Cumhuriyeti topraklarında devlet dili Slovak dilidir"* dedikten sonra hemen ikinci fıkrada *"Slovak dilinin dışındaki dillerin resmi makamlarla olan iletişimde kullanılmasının kanunla düzenleneceğini belirtmiştir"*. [69] Böylelikle azınlık dillerinin kamu ile iletişimde kullanılabilecek diller olmasının yolu açılmış olmaktadır.

Letonya ise ikinci ülkeler sınıfındadır. Yukarıda ele alınan Podkolzina ve Ignatane davalarının konusunun ana dili Rusça olan azınlığın seçilme hakkı olduğunu ve Letonya Anayasası'nda koruma altına alınan tek dilin Letonyaca olduğunu hatırlatarak 1999 tarihli Devlet Dil Yasası'na bakalım. Yasa sadece Letonyaca'nın devlet dili olduğunu hatırlattıktan sonra beşinci maddesinde: *"Liv dili dışında, Letonya Cumhuriyeti'nde kullanılan diğer dillerin tümü bu yasa kapsamında yabancı dil kabul edilir"* demektedir. [70] Liv dili ise Fincenin eski bir versiyonu olup çok küçük bir grup tarafından konuşulmaktadır. [71]

Güney Afrika Anayasası 11 dili resmi dil olarak tanıdığı altıncı maddenin son fıkrasında resmi dil dışındaki diğer dillere de yer vermiştir. Bu maddeye göre (m. 6/5);

"Ulusal yasayla kurulacak Güney Afrika İçi Dil Kurulu;

a) i. Tüm resmi dilleri,

---

69 Bkz. http://www. ncsr. sk/web/Static/en-US/NRSR/Dokumenty/constitution.doc (Erişim tarihi: 10. 03. 2012)

70 Duncan Wilson, *Minority Rights in Education: Lessons for the European Union form Estonia, Latvia, Romania and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Elanders Novum AB, Göteborg, 2002, s. 44.

71 Valts Ernštreits, *"The Liv language today"*, http://www. livones. lv/libiesi/valoda/?raksts=168 (Erişim tarihi: 23. 02. 2012).

ii. Khoi, Nama ve San dillerini ve

iii. işaret dilini teşvik eder, gelişimleri ve kullanımları için gerekli şartları yaratır ve

b) i. Almanca, Yunanca, Gujarati, Hintçe, Portekizce, Tamil dili, Telegu ve Urdu dili dahil, Güney Afrika'da yaygın şekilde kullanılan dilleri ve

ii. Arapça, İbranice ve Sanskritçe ve Güney Afrika'da dini amaçlarla kullanılan diğer dilleri

teşvik eder ve onlara saygı kazandırır". [72]

Güney Afrika Anayasası'ndaki bu madde hemen hemen dokunulmadık bir dil bırakmamaktadır. Resmi dillerin dışındaki yerli diller, batı kökenli diller ve dini inancın gereği olarak öğrenilmesi veya kullanılması gerekli diller anayasal düzeyde tanınmış olmaktadır.

Benzer şekilde, Finlandiya Anayasası'nın yukarıda anılan 17. maddesinin üçüncü fıkrası da resmi diller dışındaki diğer dillerin anayasal konumunu belirlemektedir. Fıkraya göre;

"*Yerli halk olarak Saamilerin, aynı zamanda Romanların ve diğer grupların kendi dillerini ve kültürlerini koruma ve geliştirme hakları vardır. Saamilerin Saami dilini kamu makamları önünde kullanma hakkına dair düzenlemeler yasa ile düzenlenir. İşaret dilini kullanan ve engellilik nedeniyle çevirmen ihtiyacı olan kişilerin hakları yasa ile korunur*". Anayasadaki bu hüküm, karşılığını çeşitli yasalarda bulmaktadır. [73] Finlandiya ve Gü-

72 Anayasa metni için bkz. http://www. info. gov. za/documents/constitution/1996/index. htm (Erişim tarihi: 03. 02. 2012).

73 Bunlar dilsel hakların koruma altına alınmasını düzenleyen "*Dil Yasası*" (m. 2), kamu makamları ile Saamice, Roman dili ve işaret dilinde iletişime geçmeyi düzenleyen İdari Usul Yasası (m. 26/1-1), resmi diller olan Fince ve İsveççenin yanısıra, Saamice, Roman dili ve işaret dilinin de eğitim dili olabileceğini düzenleyen "*Temel Eğitim Yasası*" (m. 10) ve devlet kanalının yayınlarını düzenleyen yasadır (Yleisradio Oy Yasası m. 7). Sırasıyla bkz. "*Språklag*",(06. 06. 2003/423), Yürürlüğe giriş tarihi: 01. 01. 2004 http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/2003/20030423 (Erişim tarihi. 09. 03. 2012); "*Förvaltningslag*", (6. 6. 2003/434), Yürürlüğe giriş tarihi: 01. 01. 2004 http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/2003/20030434 (Erişim tarihi. 07. 03. 2012); "*Lag om grundläggande utbildning*", (21. 8. 1998/628), Yürürlüğe giriş tarihi: 01. 01. 1999. http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/1998/19980628 (Erişim tarihi. 07. 03. 2012); "*Lag om Rudradion Ab*", (22. 12. 1993/1380), Yürürlüğe giriş tarihi: 01. 01. 1994. http://www. finlex. fi/sv/laki/ajantasa/1993/19931380 (Erişim tarihi: 07. 03. 2012).

ney Afrika anayasaları işaret dilini de hukuken kullanılan dil konumuna yükselten ender anayasalardandır.

İspanya Anayasası da ulusal düzeyde bir dili resmi dil ilan ederken özerk bölgelerde o bölgenin dilinin yine o bölge içinde resmi dil olabileceğini belirtmektedir. Anayasa'nın üçüncü maddesine göre;

"Kastilya dili devletin resmi İspanyolcasıdır. Tüm İspanyolların onu bilme zorunluluğu ve kullanma hakkı vardır.

İspanya'nın diğer dilleri özerk bölgelerde, yasaları gereği, resmi dil olabilir.

İspanya'nın dilsel çeşitliliğinin zenginliği özel saygı ve koruma gerektiren kültürel mirasıdır".

İspanya Anayasası kapsamında iki şey vurgu gerektirmektedir. Bir, İspanyolca tüm İspanya'da resmi dildir. Bu konumuyla, hem ulusal organların hem de özerk bölge organlarının resmi dilidir ve gerek ulusal düzeyde gerekse özerk bölgelerde öğrenilmesi zorunludur. İki, özerk bölgelerde birden fazla resmi dil olabilir. Özerklik yasalarında buna yer verdikleri oranda İspanyolca dışındaki diğer diller özerk bölge ile sınırlı olmak üzere resmi dil statüsündedir. Böylelikle, İspanya Anayasası ulusal dilden farklı olan azınlık dillerine de resmi dil statüsü verilebileceğini düzenlemiş olmaktadır. Bir diğer ifade ile anayasa, resmi dil konusunda iki farklı kategori yaratmaktadır: *"ulusal resmi dil"* ve *"bölgesel resmi dil"*. Anayasa'daki düzenleme karşılığını özerklik yasalarında bulmuş ve Katalonya Özerklik Yasası'nda (1979) Katalan dili; Bask Özerklik Yasası'nda (1979) Bask dili ve Galiçya Özerklik Yasası'nda (1982) da Gal dili bölgesel resmi dil olarak kabul edilmiştir. [74]

Slovenya Anayasası, İspanya Anayasası'na benzer şekilde, ulusal düzeyde Slovenceyi resmi dil ilan ettikten sonra İtalyan ve Macarların yaşadıkları belediyelerde İtalyanca ve Macarcanın o belediye sınırları içinde resmi dil olduğunu belirtmektedir (Slovenya Anayasası m. 11).[75]

74 European Commission, Europeans and Their Languages, Special EUROBAROMETER 243, February 2006, s. 7, ve dp. 17, 18, 19.

75 Slovenya Anayasası için bkz. http://www. us-rs. si/media/full. text. of. the. constitution. pdf (Erişim tarihi: 10. 03. 2012).

Bir ya da birden fazla olsun eğer resmi dil, ülke nüfusunun önemli bir kısmının dini inancının gereklerini yerine getireceği dil değil ise bu durumda da dini inancın dilinin resmi dil karşısındaki konumunun ne olacağı sorunu devreye girmektedir. Temel hak ve özgürlükler açısından bakıldığında ise kutsal kitabın ve dinsel uygulamaların dili aynı zamanda din ve vicdan özgürlüğü sorunudur ve bu nedenle koruma altına alınmalıdır. Yukarıda anılan Güney Afrika Anayasası gibi (m. 6/5 (b) ii) 1973 tarihli Pakistan Anayasası da bunu yapmaktadır. Anayasa'nın *"İslami yaşam tarzı"* başlıklı 31. maddesi, Pakistan Müslümanlarının bireysel olarak veya toplu şekilde yaşamlarını İslam'ın temel ilke ve kavramlarına uygun olarak düzenleyebilmeleri ve Kuran'a ve Sünni inancına göre faaliyette bulunabilmeleri için önlemler alınmasını düzenlemektedir. Hüküm bir pozitif yükümlülük hükmüdür. İkinci fıkrada, yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceğini sıralarken Kuran'ın ve İslamiyet'in öğretimi için Arapçanın öğretiminin düzenlemesini zorunlu kılmaktadır. [76] Böylelikle resmi dil dışında bir dilin öğretimi anayasa eliyle zorunlu kılınmaktadır.

Sonuç

Dünyanın çok farklı bölgelerinde tek bir resmi dile sahip anayasal sistemler olduğu gibi birden fazla resmi dil düzenlemesine giden anayasal sistemler de vardır. Bu durumda *"bir ülkenin sadece bir resmi dili olur ya da birden fazla resmi dil olmaz"* şeklindeki ifade sadece ideolojik bir slogandır.

Anayasalarında birden fazla resmi dile yer veren ülkeler yönetim açısından ortak özellikler bile taşımayabilmektedirler. Birden fazla resmi dilli ülkelerin içinde merkezileştirilmiş üniter devlet modelini benimseyenler olduğu gibi (İrlanda), özerk yönetimlere sahip (Finlandiya), federalizm benzeri devletler (Güney Afrika), federal ve federe yönetimlere sahip devletler (Kanada, Hindistan, Pakistan) de vardır. Yine benzer şekilde kimi federal ülkelerde federal düzeyde resmi dil düzenlemesi yokken (ABD), kimilerinde bir resmi dile (Almanya), kimilerinde ise birden fazla resmi dile (Kanada, Belçika, İsviçre) yer verilmiştir. Peki bu çeşitlilik bize neyi anlatmaktadır? Galiba tek bir

76 Bkz. http://www. na. gov. pk/publications/constitution. pdf (Erişim tarihi: 03. 02. 2012).

şeyi: genelde hukuk, özelde anayasalar ile toplumsal yapı arasındaki ilişkiyi. Resmi dili belirleyen ülkenin tarihsel, kültürel, ekonomik ve siyasi yapısı ve bunun hukuka yansıyıp yansımayacağı konusudur. Görülen o ki, ülkede konuşulan dillere resmi dil statüsü, bunun bir ihtiyaç ya da siyasi veya ekonomik nedenlerle gereklilik olduğu durumlarda anayasalarda düzenlenmektedir. Konuya ihtiyaç ve gereklilik noktasından yaklaşınca devletin yönetim yapısının ne olduğu konu dışı kalmaktadır.

Birden fazla resmi dile sahip ülkelerin önemli bir kısmının federal devletler veya özerk bölgelere sahip devletler olması saptamamızı geçersiz kılmaz. Bu bize, bu ülkelerde ortaya çıkan toplumsal ihtiyaç ya da gerekliliklerin sadece resmi dil düzenlemesini değil, farklılıkların korunması ve belki ek olarak kolay yönetim ihtiyacını da yanına alarak, ülkenin yönetim yapısını da etkilediğini göstermektedir. Açıkça ifade etmek gerek ki, bir ülkenin birden fazla resmi dile sahip olması için o ülkenin federal devlet yapısına geçmesi veya özerk bölgeler yaratması gerekmez. İkinci resmi dili konuşan nüfus bir bölgede yoğunlaşmış olabileceği gibi ülke geneline de yayılmış olabilir.

İçinde yaşadığımız çok kültürlülük çağında gelişmiş dünya, bir kısmı söylem düzeyinde de olsa, çok kültürlülüğü koruma hedefini güderken, gelişmekte olan ülkeler henüz ulusal kültür yaratmanın heyecanına sarılmış gözüküyorlar. Bir arada yaşamanın unsuru kabul edilen "*tek millet*" sloganı "*tek dil*" sloganı ile tamamlanıyor. Bu açıdan bakıldığında birden fazla resmi dile sahip ülkelerin sürekli bir ayrılma tehlikesi içinde yaşıyor olmaları gerekiyor!

Türkiye de tek resmi dile sahip bir ülkedir. Türkiye'de öngörülebilir gelecekte resmi dil sayısının artması yönünde bir düzenleme beklemek yerinde olmaz. Siyasetçilerin resmi dil tartışmasından uzak durmakta oldukları gözlenmektedir. Yeni bir anayasa için hazırlanan taslaklarda da resmi dilin tekliğinin korunmasının önerildiği göze çarpıyor. Bununla birlikte, resmi dilin Türkçe olarak kalması yanında Türkçeden başka dillerde eğitim talebi ileri sürülmektedir. Anayasanın mevcut 42. maddesinin son fıkrası ise buna engeldir. Bu fıkraya göre, "*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim ya-*

pan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır". Türkiye, nüfusunun belirli bir kesimi resmi dilden farklı bir dili konuşan diğer ülkelerden ciddi oranda farklılıklar göstermiyor. Resmi dilin dışındaki dillerde eğitim talebinin karşılanabilmesi için 42. madde yerine, Anayasaya, Fransa Anayasası m. 75-I'daki ("*Bölgesel diller Fransa'nın kültürel mirasına dahildir"*) gibi genel bir hüküm eklenmesi düşünülebilir: Fransa Anayasası'ndaki formülasyon, devlete ana dilini öğretme veya ana dilinde eğitim sağlama yükümlülüğü yüklemez; ancak, dilsel çeşitliliği kucaklayıcı şekilde kaleme alındığından yasama organının bu yöndeki iradesine hukuki zemin sağlamıştır. Türkiye de tercihini karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri ışığında şekillendirebilir.

KAYNAKLAR

Kitap, Makale ve Derlemeler

A Compilation of International Instruments (1994). C. I (First Part), Universal Instruments, (ST/HR/1/Rev. 5 (Vol. I/Part 1), United Nations, New York and Geneva, 1994.

Akbulut, Olgun, Barış İçinde Birlikte Yaşamanın Hukuk Zemini, On İki Levha yay., İstanbul, 2008.

Akşin, Sina, "*Birinci Meşrutiyet Meclis-i Mebusanının Ele Aldığı Başlıca Sorunlar*", *AÜSBFD*, C. XXV, No: 2, Haziran 1970, s. 101-122.

Benoit-Rohmer, Florence, "*Les langues officieuses de la France*", *Revue française de droit constitutionnel*, 1/2001 (No: 45), s. 3-29.

Gencer, Ali İhsan, "*İlk Osmanlı Anayasasında Türkçenin Resmi Dil Olarak Kabulü Meselesi*", Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF yay. No: 423, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 183-189.

Gemalmaz, Mehmet Semih. (Der.), *İnsan Hakları Belgeleri*, C. IV, Boğaziçi Üniversitesi yay., İstanbul, 2004.

Hanioğlu, Şükrü, "*1876'dan günümüze resmi dil serüvenimiz*", *Sabah*, 02. 01. 2011.

Erdoğdu, Teyfur, "*Osmanlı'nın resmi dili var mıydı?*", *Star Gazetesi*, 24. 01. 2011.

European Commission (2006). *Europeans and Their Languages*, Special EUROBAROMETER 243, February 2006.

Levert, Lionel A., Bilingual and Bijural Legislative Drafting: To Be or Not To Be, *Statute Law Review*, C. 25(2), Oxford University Press, 2004, s. 151-164.

Minority Rights Group International. (Ed.) (1997). World Directory of Minorities, London.

Myntti, Kristian, *A Commentary to the Lund Recommendations on the Effective Participation of National Minorities in Public Life*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University tryckeri, Turku/Åbo, 2001.

Note, "*Official English*": Federal Limits on Efforts to Curtail Bilingual Services in the States", *Harvard Law Review*, C. 100, Nisan 1987, s. 1345-1362.

Official English – Legislation to Make English the Official Language Minnesota, http://www. us-english. org/view/305 (Erişim tarihi: 29. 01. 2011).

Official English – Fact Sheets: Multilingual Ballots, http://www. us-english. org/view/306 (Erişim tarihi: 29. 01. 2011); Official English – Fact Sheets: Growing Multilingualism in the United States, http://www. us-english. org/view/307 (Erişim tarihi: 29. 01. 2011).

Official English – Fact Sheets: Languages Spoken in the United States Accroding to the 2000 U. S. Census, http://www. us-english. org/view/304 (Erişim tarihi: 29. 01. 2011)

Official English – Fact Sheets: Languages Used for Driver's Licence Exams, http://www. us-english. org/view/305 (Erişim tarihi: 29. 01. 2011)

Ortaylı, İlber, "*İlk Osmanlı Parlamentosu ve Osmanlı Milletlerinin Temsili*", Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı Armağanı, AÜSBF yay. No: 423, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 169-180.

Poggeschi, Giovanni, "*Language Rights and Duties in Domestic and European Courts*", *European Integration*, C. 25(3), Eylül 2003, s. 207-224.

Schildkraut, Deborah J., "*Official-English and the States: Influences on Declaring English the Official Language in the States*", *Political Research Quarterly*, C. 54, No. 2 (June 2001), s. 445-457.

Söhrman, Ingmar, "*Intercultural communication or parallel cultures? The Swiss example with special regard to the Rhaeto-Romance situation*", *Journal of Intercultural Communication*, No. 7 (September 2004), s. 65-80.

Stultz, Newell, "*Official Language Policies in Multilingual Societies: Evidence from the United States, South Africa, and Canada*", *The Jorunal of South African and American Studies*, C. 10, No. 1, January 2009, s. 59-76.

Suksi, Markku, *Åland konstitution: En sammanställning av material och tolkningar i anslutning till självstyrelselag för Åland*, Åbo Akademis Förlag, Åbo/Turku, 2005.

Sullivan, Nancy. Schatz, Robert T., "*When cultures collide: the official language debate*", *Language & Communication*, C. 19, 1999, s. 261-275.

Şirin, Tolga, "*Anayasanın Değiştirilemez Hükümlerini Tartışmak*", *Güncel Hukuk*, S. 4-88, Nisan 2011, s. 26-27.

Telegraph, "*France's L'Académie Française upset by rule to recognise regional tongues*", 17. 08. 2008.

The Local, "*Swedish becomes 'official main language'*", *The Local*, 01. 09. 2009, http://www. thelocal. se/20404/20090701 (Erişim tarihi: 08. 03. 2011)

Valts, Ernštreits. "*The Liv language today*", http://www. livones. lv/libiesi/valoda/?raksts=168 (Erişim tarihi: 23. 02. 2011)

Värna språken – förslag till språklag, Statens Offentliga Uttedningar: SOU 2008:26, Stockholm, 2008.

Yüzbaşıoğlu, Necmi (Der.), *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, Beta yay., İstanbul, 2008.

Ziemele, Ineta, "*The Dilemma of Language Use in Latvia: Obligation and Necessity*", *Latvian Human Rights Quarterly*, No: 5/6, 1998, s. 29-59.

Wilson, Duncan, *Minority Rights in Education: Lessons for the European Union form Estonia, Latvia, Romania and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Elanders Novum AB, Göteborg, 2002.

İçtihatlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sabrina Birk-Levy/Fransa, Başvuru No: 39426/06, 21 Eylül 2010 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Ignatane/Letonya, Başvuru No: 884/1999, 31 Temmuz 2007.

Fransa Anayasa Konseyi, No: 65105, 22 Kasım 1985 tarihli Anayasa Konseyi Kararı.

Fransa Anayasa Konseyi, "*Loi relative à l'emploi de la langue française*", Karar No: 94-345, Karar tarihi: 29. 07. 1994, http://www. conseil-constitutionnel. fr/decision/1994/94345dc. htm (Erişim tarihi: 13. 02. 2011).

Fransa Anayasa Konseyi, "*Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*", Karar No: 99-412, Karar tarihi: 15. 06. 1999, http://www. conseil-constitutionnel. fr/decision/1999/99412/99412dc. htm (Erişim tarihi: 13. 02. 2011).

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Gauteng Provincial Legislature In re: Gauteng School Education Bill of 1995 (CCT39/95) [1996] ZACC 4; 1996 (4) BCLR 537; 1996 (3) SA 165 (4 April 1996).

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Head of Department : Mpumalanga Department of Education and Another v Hoërskool Ermelo and Another (CCT40/09) [2009] ZACC 32; 2010 (2) SA 415 (CC); 2010 (3) BCLR 177 (CC) (14 October 2009).

İrlanda Yüksek Mahkemesi, Ó Murchú -v- An Taoiseach & chuid eile, [2010] IESC 26, Supreme Court Record No: 91/05, 06. 05. 2010.

Kanada Yüksek Mahkemesi, R. v. Beaulac, [1999] 1 S. C. R. 768, 20. 05. 1999.

Kanada Yüksek Mahkemesi, DesRochers *v*. Canada (Industry), 2009 SCC 8, [2009] 1 S. C. R. 194, 05. 02. 2009.

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU TASARISI'NDA YER ALAN İKAMET İZNİ TÜRLERİ İLE TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU'NUN OLAĞAN TELSİK YOLUYLA TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA ARANAN İKAMET ŞARTI ARASINDA İLİŞKİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE SORTS OF RESIDENCE PERMIT IN THE DRAFT FOREIGNERS AND THE INTERNATIONAL PROTECTION ACT AND THE CONDITION OF THE RESIDENCE REQUIRED IN ACQUISITION OF TURKISH CITIZENSHIP IN GENERAI WAY IN THE TURKISH CITIZENSHIP ACT

Nimet ÖZBEK HADİMOĞLU*

Özet: Bu çalışmada, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Türk vatandaşlığının sonradan kazanma biçimlerinden olan genel yol/olağan telsikte aranan başvuru sahibinin "Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmesi" şartı (TVK m. 11/1-b) ele alınmaktadır. İkamet şartına ilişkin hükmün metni ile gerekçesi birbirinden farklıdır. 5901 SK uyarınca çıkarılan TVK'nun uygulanması amacıyla çıkarılan Yönetmelikte yer alan bazı hükümler, TVK m. 11/1-b hükmünün gerekçesine uygun; ama sözel yorumuna aykırı şekilde, geçici amaçla Türkiye'de bulunan kişilerin ikametini ikametten saymamaktadır. Yönetmeliğin bu sonuca yol açacak hükümleri, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişilerden bazılarının Türk vatandaşlığını kazanamaması sonucunu doğurmaktadır. Çalışmada ayrıca, İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanarak Başbakanlığa sunulmuş; Başbakanlık tarafından TBMM'ne gönderilmiş ve şu anda TBMM Genel Kurulu'nda ele alınmayı bekleyen "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı"nın konuyla ilgili hükümlerine de yer verilmiştir. Tasarı ile TVK Yönetmeliği arasında bir paralellik kurulmamıştır. Bu çalışmada da gösterileceği üzere, TVK Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri Tasarı ile yürürlükten kaldırılmadıkça söz konusu hukuka aykırılık giderilmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık, Türk Vatandaşlığı Kanunu, Türk Vatandaşlığının Kazanılması, Olağan Telsik, İkamet Şartı.

* Yrd. Doç Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Anabilim Dalı, Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Abstract: In this study, the condition of "to reside in Turkey for five years without interruption" stated in the Act of Turkish Citizenship numbered 5901 (m. 11/1-b) is discussed. There is a contradiction between the text of the article and its reason regarding the requirement of residence. Some articles of the Regulation which is issued in accordance with the Act numbered 5901, are compatible with the reason of the art. 11/1-b of the Act; but contradictory to its verbal meaning. This contradiction arises from the ignorance of temporary residence durations in Turkey for fullfilling the requirement of residence. That article of the Regulation would lead not to acquire the Turkish citizenship, some quarters who want to be a Turkish citizen. This article also examines the "Draft Foreigners and International Protection Act" prepared by the Ministry of the Interior Affairs. This act has interpreted to the Prime Ministry and submitted by the latter to the Turkish National Assembly. This act will be in the agenda of the National Assembly in the forthcoming days. There is a dissonance between the provisions of the Draft and the above mentioned Regulation. As it is indicated in this paper, said unlawfull practice will remain unless the relevant provisions of the Regulation are abolished with the Draft.

Key Words: Nationality, Turkish Citizenship Act, Acquisition of Turkish Citizenship, The Acquisition of Turkish Citizenship in General Way, The Condition of Residence.

Giriş: Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılması

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na[1] (TVK) göre bir yabancı, Türk vatandaşlığını sonradan çeşitli biçimlerde kazanabilir. TVK'na göre, *"sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir"* (m. 9).

TVK'na göre yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması, TVK m. 11, 12 ve 16 ile olanaklıdır. Ayrıca TVK, Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanacak yabancının daha önce Türk vatandaşlığına sahip olup olmamasına bağlı bir ayırım yapmaktadır. Daha önce Türk vatandaşı iken Türk vatandaşlığıyla ilişkisi çeşitli yollarla kesilen kişiler, TVK'nda kendileri için özel olarak düzenlenmiş hükümlerden (TVK m. 13, 14 ve 43) yararlanabilirler. [2]

1 29. 5. 2009 tarih ve 5901 SK, RG, 12. 6. 2009, 27256. Bu Kanun ile 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (11. 2. 1964 tarih ve 403 SK, RG, 1. 7. 1964, 11742) yürürlükten kaldırılmıştır.

2 TVK'nın anılan hükümlerinde, ilgilinin Türk vatandaşlığıyla ilişkisinin, çıkma (m. 13); 5901 SK uyarınca öngörülen sebeplerle kaybettirme ve seçme hakkını kullan-

Böylelikle, TVK'nda yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının beş yolu olduğu belirtilmelidir. [3]

TVK, mülga 403 SK'ndan farklı şekilde, Türk vatandaşlığına alınma yerine, *"Türk vatandaşlığının kazanılması"* terimini tercih etmiştir. [4] TVK'nda Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasında beş kategori halinde düzenlenen kurumların hepsinin *"telsik"* kapsamında nitelendirilmesi kabul edilmemekle birlikte, *"Türk vatandaşlığını ilk kez kazanacak kişileri kapsaması nedeniyle 11, 12 ve 16. maddelere göre yapılan başvurular sonucu vatandaşlığın kazanılması teknik anlamda "telsik" olarak nitelendirmeye elverişlidir"*. [5] Bu çalışmada, mülga 403 SK'nda *"adî telsik"* terimiyle düzenlenen kurumu karşılamak maksadıyla konulmuş ve *"genel olarak Türk vatandaşlığın kazanılması"* yolu şeklinde kabul edilen[6] TVK m. 11 hükmü, *"olağan telsik"* şeklinde nitelendirilmiştir.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında ikamet şartı, yalnızca[7] olağan telsik bakımından aranmak-

---

ma yoluyla (m. 14) kesilmesi halinde, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması düzenlenmiştir. Mülga 403 SK (bkz. dn. 1) uyarınca hakkında kaybettirme kararı verilmiş bazı kişilerin yeniden Türk vatandaşlığını kazanması, TVK m. 43'te yer almaktadır. Bu hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rıfat Erten, *"Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler"*, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara Güz 2008, Yıl:66, S. 4, s. 46-49.

3 TVK'na göre bu yollar, *"yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması"* (m. 11); *"Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnaî haller"* (m. 12), *"Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması"* (m. 13); *"Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması"* (m. 14) *ve "Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması"* (m. 16) olarak ifade olunmuştur.

4 Bu tercihin *"yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından yeknesak bir terim kullanma ihtiyacını karşılamakta" olduğu yolunda bkz. Bilgin Tiryakioğlu, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması"*, *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, (29 Şubat 2008), Bildiriler, (Ed. Vahit Doğan/Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 81.

5 Tiryakioğlu, s. 81.

6 Tiryakioğlu, s. 80; Erten, s. 44; Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 17. Baskı İstanbul 2009, s. 69; Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2009, s. 64; Bahadır Erdem, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Basım Yayım, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 96; Turgut Turhan/Feriha Bilge Tanrıbilir, Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 55.

7 Ayrıca, TVK'na göre ilgilinin Türk vatandaşlığıyla ilişkisi -5901 sayılı TVK'nda öngörülen- *"kaybettirme"* ya da *"seçme hakkını kullanma yoluyla"* kesilmişse, bu kişinin yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için, *"millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması"* şartına ek olarak, *"Türkiye'de üç yıl ikamet etmesi"* aranır (TVK m. 14). Türk vatandaşlığını yeniden kazanacak kişilerin bir

tadır.[8] Olağan telsik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin TVK hükmünde, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, diğerleri yanında[9], "başvuru tarihinden geriye doğru *Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek*" (m. 11/1-b) şartının aranacağı öngörülmüştür. Bu çalışma, anılan şartı incelemekle birlikte, İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanarak Başbakanlığa sunulmuş ve Başbakanlık tarafından TBMM'ne gönderilmiş olan *"Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı"*nın[10] ikamet izinlerine ilişkin hükümlerinin TVK'nda aranan ikamet şartının gerçekleşmesinde oynayacağı rol üzerine odaklanmaktadır.

I. TVK'na Göre Olağan Telsikte Öngörülen İkamet Şartının Gerçekleşme Biçimi

A) TVK'na Göre İkametin Anlamı ve Hesaplanması

Türk vatandaşlığının olağan telsik yoluyla kazanılmasında aranan *"Türkiye'de beş yıl kesintisiz ikamet etmek"* şartı (m. 11/1-b), hükmün gerekçesinde Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişinin Türkiye'yi yaşamak istediği bir yer olarak benimsediğine ve topluma uyum sağ-

---

kısmı için ikamet şartı getirilmesinin ayrımcılığa yol açtığı hakkında bkz. Tiryakioğlu, s. 88. Bu hükümde Türkiye'de belli bir süre ikamet etmeye bağlı olarak Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması düzenlenmiştir. Bu nedenle, olağan telsik kategorisi içinde yer almaz. Bununla birlikte, TVK'nda Türk vatandaşlığının sonradan kazanılma biçimlerinden biri olduğu ve ikamet şartına yer verdiği için kanımızca zikredilmeyi hak etmektedir.

8 TVK'nda *"Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnaî haller"* başlığıyla düzenlenmiş olan olağanüstü telsik (TVK m. 12) ve evlenme (TVK m. 16) yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında, ilgilinin Türkiye'de ikamet etmesi aranmaz.

9 TVK m. 11'de olağan telsikte ikamet dışında aranan diğer şartlar şunlardır: *"Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, a) Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak; c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek; ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak; d) İyi ahlâk sahibi olmak; e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek; f) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak; g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartları aranır".*
"Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulu'nun yetkisindedir".

10 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun Tasarısı (YUKK Tasarısı) Bakanlar Kurulu'nun ve Başbakan'ın onayı ile TBMM'ye sevkedilmiştir. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 3. 5. 2012 tarih ve B. 02. 0. KGG. 0. 10. 101-282/1981 sayı numaralı kanun tasarısı.

ladığına ilişkin göstergelerden biri niteliğinde değerlendirilmiştir.[11] TVK'na göre, "bir yabancı için ikamet, *Türk kanunlarına uygun olarak* Türkiye'de oturmaktır" (m. 15/1-ilk cümle). Hükümde yer alan *"Türk kanunları"*ndan maksat, Pasaport Kanunu (Pas. K.)[12] ile Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (YİSK)[13]'dur.

Pas. K.'na göre ilgili yabancı, öncelikle Bakanlar Kurulu'nun belirlediği giriş-çıkış kapılarından Türkiye'ye girmeli (Pas. K. m. 1)[14]; pasaport ya da onun yerine geçen belge (Pas. K. m. 19, m. 20/son) bulundurmalı[15]; giriş vizesi almış olmalı (Pas. K. m. 5/1)[16] ve Türkiye'ye girişi yasak olan kişilerden olmamalıdır (Pas. K. m. 8)[17]. Yabancıların Türkiye'de ikamet etmelerinin ön-koşulu ise, Türkiye'ye giriş şartlarının yerine getirilmesidir. Türkiye'de ikamet etmek isteyen bir yabancı,

---

11 5901 SK gerekçesi, TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 90. Öğretide de, bu şartın aranmasının nedeni olarak *"Türkiye'ye uyum sağlanması"* gösterilmektedir: Rona Aybay, Vatandaşlık Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 122, (Vatandaşlık); Nomer, s. 65; Erdem, s. 101.

12 15. 7. 1950 tarih ve 5682 SK, RG, 24. 7. 1950, 7564.

13 15. 6. 1950 tarih ve 5683 SK, RG, 24. 7. 1950, 7564. YUKK Tasarısı'nda, YİSK tamamıyla (m. 134/1-a); Pas. K. 'nun ise bazı hükümleri, yürürlükten kaldırılacak hükümler arasında sayılmaktadır (m. 134/1-b).

14 YUKK Tasarısı ile yürürlükten kaldırılacak hükümler arasında Pas. K. m. 1 sayılmamakla birlikte, Tasarı'da *"Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış[ın], Bakanlar Kurulunca sınır kapısı olarak belirlenmiş yerlerden geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılacağı"* hükmü yer almaktadır (m. 6).

15 YUKK Tasarısı'nda yürürlükten kaldırılacak hükümler arasında Pas. K. m. 19 ve 20 bulunmamakla birlikte, *"Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış[ın], Bakanlar Kurulunca sınır kapısı olarak belirlenmiş yerlerden geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılacağı"* düzenlenmiştir (m. 6).

16 Pas. K. m. 5/1, YUKK Tasarısı ile yürürlükten kaldırılması amaçlanan hükümler arasında değildir. Bununla birlikte, YUKK Tasarısı'nda da *"vize zorunluluğu"* düzenlenmiştir (m. 11).

17 YUKK Tasarısı'nda, Türkiye'ye girişi yasak olan kişileri düzenleyen Pas. K. m. 8'in yürürlükten kaldırılması plânlanmaktadır (m. 134/1-b). Tasarı'da, Pas. K. m. 8'den farklı olarak, Türkiye'ye girmek isteyen yabancının bulundurması gereken belgeler üzerinden bir sınıflandırma yapıldığı söylenebilir. Tasarı'ya göre Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar, *"pasaportu, pasaport yerine geçerli belgesi, vizesi veya ikamet izni ya da çalışma izni olmayanlar veya bu belgeleri sahte olanlar ya da bu izinleri hileli yollarla edindiği anlaşılanlar"*; *"menşe veya üçüncü bir ülkeye girişini ya da dönüşünü garanti etmeyen belgelerle gelenler"*; *"vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az 60 gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçerli belgesi olmayanlar"* ile *"kendilerine giriş vizesi verilmeyecek olanlar"* şeklinde sayılmıştır (m. 8/1). Tasarı'da, ayrıca, sınırlı sayıda olmamak üzere, *"kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı"* yönünden Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen kişiler ile hakkında sınır dışı etme kararı alınmış kişiler bakımından Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce giriş yasağı getirilebileceği düzenlenmiştir (m. 10).

Türkiye'ye giriş için aranan şartlara ek olarak, *"ikamet tezkeresi"*[18] de almak zorundadır (YİSK m. 3). Ayrıca yabancı, yabancıların Türkiye'de ikamet edebileceği bölgelere ilişkin yasaklama getiren herhangi bir Kanun hükmü kapsamında bulunmamalıdır. [19]

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasında başvuru makamı, yurt içinde valilik; yurt dışında dış temsilciliklerdir (TVK m. 37; TVK Yönetmeliği[20] m. 16). Başvuru yurt içinde yapılıyorsa, başvurunun yapıldığı valilik, ikamet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır (TVK Yönetmeliği, m. 16/2-a ve b). TVK'nda ikamet şartının hesaplanmasına ilişkin hüküm, selefinden farklıdır. [21]

TVK'na göre beş yıllık ikamet şu şekilde hesaplanacaktır: *"Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı, başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler, bu Kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir"* (m. 15). TVK'nun bu hükmüyle, başvuru sahibi

18 Bu konuda bkz. II, A). YUKK Tasarısı, YİSK'ndaki *"ikamet tezkeresi"* kavramı yerine *"ikamet izni"* kavramına yer vermiştir. Bu konuda bkz. IV, A).

19 Askerî Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na göre (18. 12. 1981 tarih ve 2565 SK, RG, 22. 12. 1981, 17552), yabancıların birinci derece askerî yasak bölgelere geçici olarak girmesi ve oturması Genel Kurmay Başkanlığı'nın iznine bağlanmıştır (m. 7/c). Anılan Kanun'a göre, yabancılar ikinci derece askerî yasak bölgelerde izin almadan oturamaz (m. 9/1-b). Bununla birlikte, görevli sivil ve askerî yabancılar, Kanun'da öngörülen izinleri almak suretiyle bu bölgelerde oturabilir (m. 9/2-3). Bu Kanundan başka, yabancıların köylerde ikamet etmesi, İçişleri Bakanlığından izin almaları koşuluna bağlanmıştır (18. 3. 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu, RG, 7. 4. 1927, 68, m. 88). Yabancıların ikametine sınırlama getiren diğer bir kanun hükmü de, YİSK m. 2'dir. Bu hükme göre, *"Yabancıların girmekten ve ikametten kanunla menedilmiş oldukları yerlerden başka, memleketin muayyen mıntıkalarında münferit veya toplu bir halde ikamet veya seyahatleri Bakanlar Kurulu kararı ile menedilebilir"*.

20 Tam adı, *"Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik"* için bkz. RG, 6. 4. 2010, 27544, (TVK Yönetmeliği).

21 Mülga 403 sayılı TVK (bkz dn. 1) ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelikte (RG, 1. 7. 1964, 11742) ikamet süresinin hesaplanmasında, *"Türk Medenî Kanun hükümlerine göre yerleşim yeri sahibi olup olmama"* ayrımı kullanılmıştı. Bu düzenlemeler uyarınca, *"Türkiye'de ikametgâh sahibi olan yabancının"* ikamet süresinin hesaplanmasında *"tedavi, öğrenim veya herhangi bir mücbir sebeplerle Türkiye dışına çıkması veya bu sebeplerle Türkiye dışında kalması halinde, Türkiye dışında bulunduğu süre altı ayı geçse dahi, beş yıllık ikamet süresinden"* sayılmaktaydı (403 SK m. 9/1; 403 SK uyarınca çıkarılan Yönetmelik m. 13/b). Buna karşılık, Türkiye'de Medenî Kanun hükümlerine göre ikametgâh sahibi olmayan yabancının Türkiye dışında geçirdiği zaman, ikamet süresinden düşülüyordu (403 SK m. 9/1; 403 SK uyarınca çıkarılan Yönetmelik m. 13/a). Yerleşim yeri sahibi olmaya dayalı bu ayrım, 5901 sayılı TVK'nda terk edilmiştir.

yabancının Türkiye'de yerleşim yerine sahip olup olmadığına ve *Türkiye dışında kalış amacına bakılmaksızın* altı aylık süre sınırı getirilmiştir.[22]

B) TVK Yönetmeliği'nin İkamete İlişkin Hükümleri

TVK Yönetmeliği, ikameti "*yabancının yasal ikamet izniyle Türkiye'de bulunması*" olarak tanımlamıştır (m. 3/h). Yönetmeliğin bu tanımıyla, ikamet bakımından yerleşim yeri edinmeye değil; "*yasal ikamet izni*[23] alıp almamaya" dayalı bir ayırımın yapıldığı söylenebilir. Fakat Yönetmeliğe göre, "*yasal ikamet izni*" de, telsik için aranan ikamet koşulunun gerçekleşmesi için yetmez. Kişinin hangi amaçla Türkiye'de bulunduğu; bir başka deyişle, Türkiye'de ikamet etmek için aldığı tezkerenin türü de belirleyicidir. Bu sonuca, Yönetmelik m. 16/2-c[24], m. 18[25] ile m. 71/1-ç ve d hükümlerinden ulaşılabilir. [26] Yönetmelikte ikametin türünün belirleyici olduğuna ilişkin en önemli hüküm, m. 71/1-ç hükmüdür. Bu hükme göre, "yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna

22 TVK'nda kabul edilen esaslar, TVK Yönetmeliği'nde de tekrarlanmıştır. TVK Yönetmeliği'ne göre, "*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı, aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilecek; bu süre, öngörülen ikamet süresi içinde değerlendirilecektir*" (m. 71/1-b). Yabancının ikamet süresi içinde toplam altı aydan fazlasını Türkiye dışında geçirmesi ya da geçerli ikamet izni olmaksızın veya ikamet izni almadan altı aydan fazla Türkiye'de bulunması, ikamet süresini keser ve bu tarihten önceki ikamet süreleri dikkate alınmaz" (m. 71/1-c).

23 Bu hükümde yer alan "*ikamet izni*" ile ifade olunmak istenen, YİSK m. 3'te belirtilen "*ikamet tezkeresi*" olmak gerekir. "*İkamet izni*" terimi, YUKK Tasarısı'nda "*ikamet tezkeresi*" yerine kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. IV., A).

24 "Yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de *yerleşme niyetini göstermeyen*; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin başvurusu kabul edilmez ve bu husus yazılı olarak ilgilisine bildirilir". Bu hükümle "*yerleşmek amacıyla ikamet etmeme*", Türk vatandaşlığına başvuruyu engelleyecektir.

25 Anılan hükümde, "[yabancının] hangi tarihte Türkiye'ye geldiği, *ikamet tezkeresinin hangi amaçla verildiğ*inin araştırılacağı" düzenlenmiştir.

26 TVK Yönetmeliği'nde kabul edilen esaslar, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2004 yılında çıkardığı Genelge'de de tekrarlanmıştır: "Vatandaşlık başvurularının kabulünde kişilerin *ikamet tezkerelerinin veriliş sebebi* büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, Emniyet Müdürlüğünce verilen ikamet tezkerelerinde ve güvenlik soruşturmalarında *yabancıların ne amaçla Türkiye'de bulunduğu açıkça belirtilecek*, Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüklerince bu doğrultuda işlem tesis edilecektir": İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün 26. 10. 2004 tarih ve 2004/14 Sayılı Genelgesi için bkz. www. nvi. gov. tr, (10. 4. 2012).

refakat, tedavi gibi amaçlarla alınan ikamet tezkeresiyle ya da diplomatik veya konsüller ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartıyla Türkiye'de ikamet edilmesi, *Türk vatandaşlığının kazanılmasında geçerli ikamet olarak kabul edilmez*". [27]

TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç, yasal olmayan yollarla Türkiye'ye giren ve Türkiye'de oturan yabancılar ile geçici amaçla Türkiye'de bulunduğu kabul edilen kişileri aynı kategoride değerlendirmektedir. Böylelikle usûlüne uygun Türkiye'ye giriş yapan ve Türkiye'de yasal yollarla ikamet eden yabancıların bir kısmının ikameti, ikametten sayılmamaktadır. Bununla birlikte, bu hukuka aykırılığı bir ölçüde de olsa gidermeye yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Yönetmelikte, "Türk vatandaşlığının kazanılmasında kabul edilmeyen ikamet nedenleri ile Türkiye'de bulunan kişinin *sonradan geçerli sayılan bir nedenle ikamete bağlanması* halinde önceki ikamet sürelerinin hesaba katılacağı" düzenlenmiştir (m. 71/1-d). Bu hükümde ifadesini bulan *"sonradan geçerli sayılan bir nedenle ikamet"*in nasıl gerçekleşeceğinin belirlenmesi bakımından, yabancıların Türkiye'de hangi amaçla ikamet ettikleri ve bu doğrultuda aldıkları ikamet tezkerelerinin incelenmesinde fayda vardır.

II. Türkiye'de İkametin Türleri

YİSK Açısından Değerlendirme

YİSK'nda ikamet tezkeresi alma zorunluluğu[28] ve istisnaları[29]

27 Bu hüküm, mülga 403 SK uyarınca çıkarılan Yönetmelikte (bkz. dn. 21) bulunmamaktaydı.

28 YİSK'na göre, *"Türkiye'de bir aydan fazla kalacak yabancılar bu müddet bitmeden ikamet tezkeresi almak için gerekli beyannameyi doldurmak üzere yetkili emniyet makamlarına bizzat veya bilvasıta müracaat etmekle ödevlidirler"*: m. 3/1. Bu hükümde yer alan bir aylık süre, ilgili yabancının aldığı giriş vizesi ve vize muafiyet süresi ile uyumlu olacak şekilde düzenlenerek *"90 gün"* olarak belirlenmiştir (22. 12. 2003 tarih ve 2003/6641 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 8. 1. 2004, 25340). Bu konuda yapılan son değişikliğe göre, *"YİSK m. 3/1'de öngörülen süre, vize muafiyet süresi veya vizede belirtilen kalış süresi yeterli ise yabancının Türkiye'den çıktığı gün itibarıyla önceki 180 gün zarfında 90 gün olarak uygulanır. Yabancının Türkiye'deki vize muafiyeti süresi veya vizede belirtilen kalış süresi 90 günden az ise 90 güne tamamlanacak şekilde yurt içinden uzatılabilir"*: 10. 10. 2011 tarih ve 2011/2306 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG, 24. 10. 2011, 28094.

29 YİSK m. 5'e göre, *"millî veya milletlerarası, tarih, kültür ve güzel sanatlar şenlikleri ve festival, spor müsabakaları, kongre ve konferanslar, sergi ve panayırlar münasebetiyle veya Bakanlar Kurulunca tayin olunacak yerlerde ziyaret, tedavi veya hava değiştirme maksadıyla "turist" damgalı giriş vizeleriyle gelecek yabancılar, bu vizelerinde ikamet ba-*

düzenlenmiş; tezkere türlerine ayrıntılı olarak yer verilmemiştir. Yabancılar, Türkiye'de bulunuş amaçlarına göre, çeşitli türlerde ikamet tezkeresi alabilir. İkamet tezkerelerinin dayanağına ilişkin hukuksal düzenlemeler farklılık göstermektedir. Çalışma amaçlı ikamet tezkeresi, YİSK m. 3/2'de; öğrenim amaçlı ikamet tezkeresi, "*Yabancı Öğrenci Yönetmeliği*"nde[30] düzenlenmiştir. "*Türkiye'de uzun süre kalmak üzere gelen yabancıların aldığı ikamet tezkeresi*", "*Türk vatandaşı ile evli olan yabancılara verilen ikamet tezkeresi*", "*Türk vatandaşı anne ya da babasına bağlı olarak küçüklere verilen ikamet tezkeresi*", "*turizm amaçlı ikamet tezkeresi*" ile "*tedavi amaçlı ikamet tezkeresi*"nin dayanağını ise idarenin düzenleyici işlemleri oluşturmaktadır. [31] Türk hukukunda "*ayrıcalıklı yabancı*"[32] kategorisinde yer alan KKTC yurttaşlarının ikamet tezkeresi alma zorunluluğu yoktur. [33] Mülteci ve sığınmacıların alacağı ikamet tezkereleri ise özel olarak düzenlenmiştir. [34] Ayrıca, uygulamada, öğretim görevlileri; Türkiye'de bulunan akrabalarını ziyarete gelmiş kişiler; misafir askerî personel için ayrı ikamet tezkerelerinin düzenlendiği görülmektedir.

---

kımından tahdidi tazammun eden bir şerh mevcut değilse, dört ay müddetle ikamet tezkeresi almakla mükellef değildirler". Bu hükümde yer alan amaçlarla veya seyahat amacıyla Türkiye'ye müşterek pasaportla gelenler bakımından da, ikamet tezkeresi alma zorunluluğunun, kısmen kaldırıldığı söylenebilir (YİSK m. 4/1). Bir başka istisna, YİSK m. 6'da yer alan "*Triptik vesikalarıyla, Milletlerarası Turizm ve Otomobil Birliğinin gümrüklerden giriş karneleriyle gelen yabancı seyyahlar*" bakımından söz konusudur. Ayrıca, Türkiye'de görevli "*yabancı devletlerin siyasî veya konsolosluk resmî memurları ve aileleri görev süresi boyunca ikamet tezkeresi almak zorunda değildir*" (m. 28/1).

30 Tam adı "*Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Yönetmelik*'"tir (RG, 30. 4. 1985, 18740). Bu düzenlemeye göre, Türkiye'de yüksek öğretim yapacak öğrenciler, "*öğrenim meşruhatlı ikamet tezkeresi*" alacaklardır (m. 3).

31 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 1. 4. 2004 tarih ve 2004/68 sayılı Hizmet Genelgesi. YİSK m. 5 uyarınca Türkiye'ye turizm ve tedavi amacıyla gelenlerin dört ay süreyle ikamet tezkeresi alma zorunluluğunun, bu sürenin geçmesinden itibaren sona ereceği belirtilmelidir.

32 Rona Aybay, Yabancılar Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2011, s. 95, (Yabancılar).

33 Bununla birlikte, KKTC vatandaşları, talebe bağlı olarak ikamet tezkeresi alabilirler. Bu uygulama, 3. 1. 1999 tarih ve 4465 SK uyarınca onaylanması uygun bulunan "*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İki Ülke Vatandaşlarına İlave Kolaylıklar Tanınmasına İlişkin Anlaşma*"ya (RG, 11. 11. 1999, 23873) dayanmaktadır.

34 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 22. 6. 2006 tarih ve 57 sayılı Genelgesi Uygulama Talimatı'nda, iltica veya sığınma başvurusunda bulunan yabancılara, "*serbest ikamet için belirlenen illerde yapılan ön mülakat sonucu re'sen 6 aylık ikamet tezkeresi*" verileceği düzenlenmiştir.

B) TVK'nda Düzenlenen İkamet Şartı ile İkamet Tezkeresi Türleri Arasındaki İlişki

TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç hükmü uyarınca, *"sığınma"*, *"öğrenim"*, *"turizm"* ve *"tedavi"* amaçlı ikamet tezkereleriyle Türkiye'de oturma, Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan ikamet şartının yerine getirilmesi bakımından geçerli bir neden sayılmamaktadır. Anılan amaçlarla verilen ikamet tezkeresi dışında, geriye *"Türkiye'de uzun süre kalmak isteyen yabancılara verilen ikamet tezkeresi"*; *"çalışma amaçlı ikamet tezkeresi"*; *"Türk vatandaşı ile evli olan yabancılara verilen ikamet tezkeresi"* ile *"Türk vatandaşı anne ya da babasına bağlı olarak küçüklere verilen ikamet tezkeresi"* kalmaktadır. Bu durumda, örneğin, Türkiye'de öğrenim gören yabancı bir öğrenci, öğrenim süresi ne kadar sürerse sürsün, Türk vatandaşlığına başvuruda bulunamayacaktır. İlgili öğrenci, ancak eğitimini tamamladıktan sonra, *"çalışma amaçlı"*; *"Türk vatandaşı ile evli olan yabancılara verilen ikamet tezkeresi"* veya *"Türkiye'de uzun süre kalmak isteyen yabancılara verilen ikamet tezkeresi"* almak suretiyle Türkiye'de oturmaya devam ederse başvuruda bulunabilecektir. [35]

Bu bakımdan TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç hükmünün, Türk vatandaşlığına başvuru için *"başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl ikamet edilmesini"* düzenleyen TVK m. 11/1-b'ye uygunluğu tartışılabilir. TVK Yönetmeliği'nin anılan hükmünün, TVK m. 11/1-b'nin *sözel yorumuna aykırı*; ama TVK m. 11/1-b'nin *gerekçesine uygun* olduğu söylenebilir. Buradaki sorun, TVK'nun ikamet şartını düzenleyen maddesinin metni ile gerekçesinin uyuşmamasından kaynaklanmaktadır. Zira TVK m. 11'in gerekçesinde, *"yabancıların yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal izni olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen geçici sığınmacı, öğrenim gibi nedenlerle Türkiye'de bulunmaları, vatandaşlığa alınma işlemi bakımından geçerli ikamet kabul edilmeyecektir"*, denilmektedir. [36] Bir başka ifadeyle, geçici bir amaçla Türkiye'de bulunan ve zikredilen *bir kısım yabancılar*, *"gerekçeyle maddenin kapsamı dışında bırakılmışlardır"*. [37]

---

35 Konuyla ilgili olarak bkz. Özbek Hadimoğlu, Nimet, *"Yabancı (Uyruklu) Öğrenciler Türk Vatandaşı Olamayacak mı?"*, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Kasım Aralık 2010, S. 75-76, s. 278-283.

36 5901 SK'un gerekçesi için bkz. dn. 11.

37 Turhan/Tanrıbilir, s. 54; *"Gerekçe, Kanun metnini aşmaktadır"*: Feriha Bilge Tanrı-

Yönetmelik m. 71/1-ç'de anılan kişi gruplarının büyük bir kısmının geçici olarak Türkiye'de ikamet ettikleri açıktır. Yönetmeliğin bu hükmünde sayılan kişilerden, örneğin iltica başvuru sahibi (mülteci) ve sığınmacılar, Türkiye'ye yerleşmek amacı olmaksızın[38] gelen kişilerdir. [39] Aynı şekilde, bu maddede sözü edilen *"diplomatik veya konsüller ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartı"*[40] sahibi yabancıların görev süresi içindeki ikametinin, *"geçerli"* ikamet olarak kabul edilmemesi[41] sonucu Türk vatandaşlığını kazanamaması, *içerik açısından*, uluslararası hukukta yer alan esaslarla çelişen bir yapı arz etmez. *"Özel statülü yabancı"* kapsamında değerlendirilen[42] diplomatik veya konsüler görevde bulunan kişiler,

---

bilir, *"Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2008, Yıl:21, S. 75, s. 37.

38 Türkiye'ye *yerleşmek amacıyla gelen* Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olan kişiler, İskân Kanunu'nda *"göçmen"* olarak tanımlanmıştır: 19. 9. 2006 tarih ve 5543 SK, RG, 26. 9. 2006, 26301, m. 3/1-d.

39 Türk Hukukunda mülteci, "Avrupa'da meydana gelen olaylar neticesinde ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasî düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıyı" ifade eder: Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme'nin (RG, 5. 9. 1961, 10898) uygulanması amacıyla çıkarılmış olan "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik", (RG, 30. 11. 1994, 22127), m. 3/1, (İltica Yönetmeliği). Bu hükümde yer alan "Avrupa'da meydana gelen olaylar neticesinde" ifadesi hariç, sığınmacının tanımı mülteci ile aynıdır: İltica Yönetmeliği, m. 3/2.

40 Bu kart, "Dışişleri Bakanlığı tarafından yabancı misyon personeli ve ailesine düzenlenen, ikamet ve kimlik ile ayrıcalık ve bağışıklıklar açısından temel belge niteliği taşır": Türkiye'deki Yabancı Misyon Personeli Kimlik Kartı Yönetmeliği, (RG, 10. 1. 2007, 26399), m. 4/1-f.

41 Anılan kişilerin Türkiye'de ikamet tezkeresi almak zorunda olmadıkları YİSK'nda şu şekilde düzenlenmiştir: "Türkiye'de görevli yabancı devletlerin siyasî veya konsolosluk resmî memurları ve aileleri görev süresi boyunca ikamet tezkeresi almak zorunda değildir" : YİSK m. 28/1.

42 "Diplomatik ve konsüler temsilciler, uluslararası örgüt memurları gibi "resmî" sıfatlı kişilerden oluşan bu kümeye giren yabancılara kendi durumları için özel olarak kabul edilmiş, uluslararası ve ulusal hukuk kuralları öncelikle uygulanır": Aybay, (Yabancılar), s. 36. Türkiye'nin de taraf olduğu Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (1961) (RG, 24. 12. 1984, 18815) ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (1963) (RG, 27. 10. 1975, 15369), diplomatik ve konsüler temsilcilerin ayrıcalık ve bağışıklarının belirleyen temel sözleşmelerdir.

bazı ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahip kılınmıştır. Uluslararası hukukta diplomatik ya da konsüler temsilcilere *"kabul eden devletin uyrukluğunun zorla yükletilemeyeceği"* ilkesi benimsenmekle birlikte, uluslararası düzenlemeler uyarınca tanınan ayrıcalık ve bağışıklar arasında, bu kişilere kabul eden devletin vatandaşlığının kazanılmasında kolaylıklar sağlanması zorunluluğuna ilişkin bir kural ya da teamül bulunmamaktadır. Bu durumda, kabul eden devlet vatandaşlığının kazanılması, her devletin ulusal hukukuna bırakılmıştır. Konsüler ve diplomatik temsilcilere görev yaptıkları ülke devletinin vatandaşlığının kazanılması konusunda kolaylık sağlanmaması da, esasen, olağan karşılanmalıdır. Zira konsoloslar, gönderen devletin çıkarlarını gözetmek ve gönderen devletin uyruklarını korumakla; diplomatik temsilciler ise kendilerini atayan devleti temsil etmekle görevlidir. [43]

Tedavi amacıyla Türkiye'de bulunanların, tedavi sürecinin tamamlanmasından sonra Türkiye'de oturmayacaklarının ön-kabulü de makûl görülebilir. Ama öğrenim görmek amacıyla Türkiye'de bulunan kişilerin ikametinin ikametten sayılmaması, bu kümeye dahil olan kişiler bakımından hak kayıplarına sebep olacak niteliktedir. Öğrenim görülen süre boyunca Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuru yapamayan yabancı öğrenci, bu süre sona erdikten sonra Türkiye'de çalışamaz[44] ya da evlenmezse, TVK m. 11/1-b'de öngörülen ikamet şartını yerine getirmiş olmasına rağmen, Türk vatandaşlığına başvuru yapamayacak[45] ve Türk vatandaşlığını kazanamayacaktır.

Konsolosların diplomatik temsilcilerden farkı ve görevleri hakkında bkz. Rona Aybay, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul 2009, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1. Baskı, s. 172-244, (Konsolosluk).

43 Aybay, (Konsolosluk), s. 5.

44 Yabancı öğrencilerin Türkiye'de çalışması ise ancak öğrenim süreleri bittikten sonra olanaklıdır. Çünkü "Yabancı uyruklu öğrenciler, öğrenimleri süresince gelir getiren herhangi bir işte çalışamazlar": Bkz. dn. 30'da künyesi verilen Yönetmelik, m. 10. YUKK Tasarısı'na göre, "Türkiye'de öğrenim gören ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora öğrencileri, çalışma izni almak kaydıyla çalışabilirler" (m. 41/1-ilk cümle). Tasarı'nın bu hükmü karşısında, anılan Yönetmelik'in bu hükmünün yürürlükten kalkacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

45 "Yönetmelik m. 71/1-ç hükmünde ilgilinin telsikte aranan koşulları yerine getirse de, vatandaşlığa alınıp alınmamasında idarenin sahip olduğu takdir yetkisi değil; bu yabancıların daha baştan hiç başvuru yapamayacaklarına ilişkin bir kural getirilmektedir": Özbek Hadimoğlu, s. 283.

III. Olağan Telsikte Aranan Yerleşme Niyeti ile İkamet Şartı Arasındaki İlişki

Olağan telsik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında kişinin yerine getirmesi gereken koşullardan biri de, "*Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmektir*" (TVK m. 11/1-c). [46] Bu koşuldan ne anlaşılacağı TVK Yönetmeliği'nde, "Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini; Türkiye'de taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak, ticaret ve iş merkezini Türkiye'ye nakletmek, çalışma iznine tâbi olarak bir iş yerinde çalışmak ve benzeri davranışlarla teyit etmiş olmak veya Türk vatandaşı ile evlenmek, ailece müracaat etmek, daha önce Türk vatandaşlığını kazanmış olan ana, baba, kardeş ya da çocuk sahibi olmak veya *eğitimini Türkiye'de tamamlamak*" şeklinde açıklanmıştır (m. 15/1-d).

TVK Yönetmeliği'nin anılan bu hükmü uyarınca, kişinin eğitimini Türkiye'de tamamlaması, yerleşme niyetinin göstergelerinden biri olarak kabul edilecek; ama ilgili, Türkiye'de eğitimini sürdürürken TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç nedeniyle vatandaşlık başvurusunda bulunamayacaktır; Yönetmeliğin ifadesiyle "*başvurusu kabul edilmeyecektir*" (TVK Yönetmeliği m. 16/2-c). Çünkü Yönetmelik, "*yerleşme niyetiyle Türkiye'de ikamet etme*"yi, bir başka deyişle, "*kişinin ülkede yerleşme iradesini gösteren şekilde oturmasını aramaktadır*". [47] Her ne kadar yerleşme niyeti ile ikamet etme şartları arasında bir bağlantı olduğu kuşku götürmez ise de, TVK'nda olağan telsik yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartların birbirinden bağımsız olduğu kabul edilmelidir. [48] Bunun aksinin kabulü, iyi ahlâklı olmayı sağlıklı olmak koşuluna bağlamak gibi TVK'nda öngörülmemiş bir sonuca varmamıza neden olur.

---

46 TVK'nun gerekçesinde, bu şarta ilişkin olarak, "Yabancı, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini evlenmek, aile birliği sağlamak, taşınmaz mal edinmek, ticaret ve iş merkezini Türkiye'ye nakletmek, yatırım, sermaye aktarımı gibi davranışlarla teyit etmiş olmalıdır", ifadelerine yer verilmiştir.

47 Doğan, s. 67. Farklı yönde: "Yönetmelikte "yerleşme niyetini göstermeyen" ifadesiyle, telsik şartlarına uyum sağlanmıştır": Turhan/Tanrıbilir, s. 58. "Türkiye'ye yerleşme niyetini gösterecek davranışlar içinde bulunma, zaten vatandaşlığa alınmanın bir şartı iken, bazı kişiler için önceden, gerekçeyle, karine olarak bu şartın bulunmadığını kabul etmenin isabeti tartışılabilir": Tanrıbilir, s. 37.

48 Bu yönde bkz. Erdem, s. 96.

IV. YUKK Tasarısı[49]

Türk yabancılar hukukunda yabancıların hak ve özgürlüklerini düzenleyen kod niteliğinde bir kanun bulunmamaktadır. YUKK Tasarısı'nın genel gerekçesi'nde, "*uluslararası koruma dışında kalan yabancıların ülkeye girişini, ülkede kalışını, ülkeden çıkışını, vize ve ikamet izni işlemlerini, sınır dışı edilmelerini ve Türkiye'de bulundukları sürece sahip oldukları hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Pasaport Kanunu ile Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 1950 tarihli olup, güncel sorunlar ve gelişmeler karşısında yetersiz kalmaktadır. Bunun yanında, uluslararası koruma alanında kanun düzeyinde temel bir düzenleme bulunmamakta, uygulamalar idarî düzenlemeler doğrultusunda yürütülmektedir*", denilmektedir.

Tasarı, bu haliyle kanunlaşması halinde, "*Türk Yabancılar Kodu*" olarak nitelendirilebilecek bir düzenleme olacaktır. Bu bağlamda oldukça ayrıntılı bir metne sahip olan YUKK Tasarısı'nda yer alan bazı kavramların yeni olduğu belirtilmelidir. Bu kavramlara "*göç*"[50]; "*uluslararası koruma*"[51]; "*şartlı mülteci*"[52]; "*ikincil koruma sahibi yabancı*"[53] ve

49 Bkz. dn. 10.

50 Tasarı'ya göç, "yabancıların, yasal yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını ve Türkiye'den çıkışını ifade eden düzenli göç ile yabancıların yasadışı yollarla Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'de izinsiz çalışmasını ifade eden düzensiz göçü ve Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumayı" ifade eder: m. 3/1-ı.

51 Uluslararası koruma; "mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü" ifade eder: YUKK Tasarısı m. 3/1-r.

52 YUKK Tasarısı, İltica Yönetmeliği'ni (bkz. dn. 39) yürürlükten kaldırılacak mevzuat arasında saymamaktadır. İltica Yönetmeliği'nde "sığınmacı" statüsünde olan kişiler (m. 3/2), YUKK Tasarısı'nda "şartlı mülteci" olarak tanımlanmaktadır (Tasarı m. 61/2). İltica Yönetmeliği'ndeki "mülteci" tanımı (m. 3/1) ile YUKK Tasarısı'nda mülteci tanımı (m. 61/1) aynıdır.

53 YUKK Tasarısı'nda mülteci ve şartlı mülteci kategorisine girmeyen bir kısım yabancılar, "ikincil koruma sahibi yabancı" olarak tanımlanmıştır. Tasarı'ya göre, "mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelenemeyen ancak, menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına ve hayatına yönelik ciddî, bireysel tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir": m. 61/3.

"insanî ikamet"[54] örnek teşkil edebilir. [55]

Tasarı'nın genel gerekçesinde Pas. K ve YİSK, *"dağınık, güncelliğini yitirmiş, karşılaşılan sorunlara cevap vermekte yetersiz mevzuat"* olarak değerlendirilmektedir. Bu amaçla Tasarı'da, YİSK, yürürlükten kaldırılacak mevzuat arasında sayılmaktadır (m. 134/1-a). Tasarı'ya göre, *"diğer mevzuatta, YİSK'na yapılmış olan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır"* (m. 136/1 ilk cümle). YUKK Tasarısı, YİSK'nda yer alan ve Türkiye'deki yabancıların ikametine ilişkin sağlamaları gereken koşullardan biri olan *"ikamet tezkeresi"* kavramı yerine *"ikamet izni"* kavramına yer vermiştir. [56]

A) İkamet İzni, İkamet İzninden Muafiyet ve İkamet İznini Vermeye Yetkili Makamlar

Tasarı'ya göre ikamet izni, *"Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesini"* ifade etmektedir (m. 3/1-j). Tasarı'nın *"ikamet izni"* başlığını taşıyan hükmüne göre, *"Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da 90 günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder"* (m. 19).

Tasarı, ikamet izninden muaf tutulacak yabancı kategorilerini 20. maddesinde düzenlemiş olup, bunlar arasında çalışma konumuzla ilgili olarak *"Türkiye'de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler"* (m. 20/1-ç)[57] ile *"vatansızlar"* da (m. 20/1-b) bulunmaktadır.

---

54 Bkz. dn. 61.

55 Tasarı ile yeni yetkili makamların ihdas edildiğini söylemek mümkündür. "Göç İdaresi Genel Müdürlüğü" (YUKK Tasarısı m. 101-102) ile "Göç Politikaları Kurulu" (YUKK Tasarısı m. 103) bu makamlara örnek olarak gösterilebilir.

56 Tasarı'ya göre, *"diğer mevzuatta geçen yabancılara mahsus "ikamet tezkeresi" ibaresinden, bu Kanundaki "ikamet izni" anlaşılır"* (m. 136/1-ikinci cümle).

57 Tasarı'nın YİSK'nda yer alan diplomatik veya konsüler temsilciler bakımından ikamet tezkeresi aranmayacağına ilişkin hükmü (YİSK m. 28) arasında bir fark yoktur. Tasarı'da "Türkiye'deki Yabancı Misyon Personeli Kimlik Kartı Yönetmeliği" m. 4/1-f hükmünün (bkz. dn. 40) kanun metnine aktarılacağı söylenebilir. Tasarı'ya göre, "bu yabancılara, "şekil ve içeriği İçişleri ve Dışişleri Bakanlıklarınca birlikte belirlenen, görevleri süresince geçerli olacak belge tanzim edilir. Bu yabancılar, ikamet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten sonra da Türkiye'de kalmaya devam edeceklerse, en geç 10 gün içinde ikamet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdürler" (m. 20/2).

YUKK Tasarısı ile ikamet izin başvurusu yapılacak makam değişecektir. Tasarı'ya göre, *"ikamet izni başvurusu, yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti konsoloslu*klarına yapılır" (m. 21/1). Bununla birlikte, hayli uzun sayılabilecek bir liste halinde sıralanan durumlarda, başvurunun valiliklere de yapılabileceği düzenlenmiştir (m. 22). Anılan bu hükümde sayılan listede *"uzun dönem ikamet izni"* ile *"insanî ikamet izni"* de yer almaktadır (m. 22/1-c ve ç).

B) İkamet İzni Türleri

YUKK Tasarısı'nda YİSK döneminde kanun ve genelgelerde hukukî dayanağını bulan birçok ikamet tezkeresi türünün kanun metnine aktarıldığını görmek mümkündür. Tasarı'da ikamet izni çeşitleri, kısa dönem; aile[58]; öğrenci[59]; uzun dönem[60]; insanî[61] ve insan ticareti mağduru ikamet izni[62] şeklinde sayılmıştır (m. 30).

Kısa dönem ikamet izni alabilecek kişi grupları arasında, *"turizm amaçlı gelenler"* ile (m. 31/1-e) *"kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi görecekler"* (m. 31/1-f)

---

58 "Türk vatandaşlarının veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin; a) Yabancı eşine, b) Kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna, c) Kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna her defasında iki yılı aşmayacak şekilde ve her halükârda destekleyicinin ikamet izni süresini aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilir": YUKK Tasarısı m. 34/1.

59 *"Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecek yabancılara, öğrenci ikamet izni verilir"*: YUKK Tasarısı m. 38/1-ilk cümle.

60 *"Türkiye'de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikaları Kurulu'nun belirlediği şartlara uyan yabancılara, Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından süresiz ikamet etme hakkı verilir"*: YUKK Tasarısı m. 42/1.

61 Tasarı ile Türk Yabancılar Hukukunda daha önce hiç yer almamış olan *"insanî ikamet izni"* düzenlenmiştir. Bu iznin özelliği, *"Kanundaki diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmasına"* gerek olmaksızın verilebilmesidir. İnsanî ikamet izninin, temelde, acil durumlarda Türkiye'de kalmak zorunda olan kişilere yönelik olduğu söylenebilir.

62 Yabancılar Hukuku mevzuatında bir diğer yenilik olarak nitelendirebileceğimiz *"insan ticareti mağduru ikamet izni"*dir. Bu izin türü, *"insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle işbirliği yapıp yapmayacaklarına karar verebilmeleri amacıyla valilikçe 30 gün süreli ikamet izni verilebilir"*: m. 48/1. İznin en önemli özelliği, bu iznin verilebilmesi için Tasarı'da ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmamasıdır (m. 48/2).

de sayılmaktadır. Tasarı'nın bu hükmü karşısında, YİSK döneminde *"turizm"* ve *"tedavi"* amaçlı ikamet tezkeresi alarak Türkiye'de ikamet etmek isteyen kişilerin, kanunlaşması halinde, YUKK döneminde *"kısa dönem ikamet izni"* alması gerekecektir.

YUKK Tasarısı'na göre, *"geçerli çalışma izni, Türkiye'de ikamet izni yerine de geçer"* (m. 27/1). Çalışma izni, yabancıların Türkiye'de çalışabilmesi için gereken koşullardan biri olup Yabancıların Çalışma İzni Hakkında Kanun'[63]da (YÇİK m. 4); çalışma amaçlı ikamet tezkeresi ise YİSK m. 3/2'de düzenlenmiş olup her ikisi farklı kavramlardır. Tasarı ile YİSK tamamıyla yürürlükten kaldırılacağına göre (Tasarı m. 134/1-a), YİSK gereğince alınan *"çalışma amaçlı ikamet tezkeresi"* uygulamasından da vazgeçileceği sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca, YUKK Tasarısı ile getirilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçeceği (m. 27/1) hükmünün bir yenilik oluşturacağı belirtilmelidir.

YUKK Tasarısı'nda yine yeni sayılabilecek bir başka kavram, *"vatansız kişi kimlik belgesi"*dir. Tasarı, vatansızların ikametini bu belgenin alınması koşuluna bağlamıştır. Tasarı'ya göre, *"vatansız kişilere, Türkiye'de yasal olarak ikamet edebilme hakkı sağlayan vatansız kişi kimlik belgesi düzenlenir"* (m. 50/1-ikinci cümle).

C) YUKK Tasarısı ile TVK Yönetmeliği Arasındaki İlişki

Tasarı'da yürürlükten kaldırılan mevzuat ile değiştirilen hükümler arasında TVK Yönetmeliği bulunmamaktadır. TVK Yönetmeliği, YUKK Tasarısı ile yürürlükten kaldırılmadığı ya da değiştirilmediğine göre, YUKK Tasarısı m. 136/1-son cümle ışığında değerlendirilmelidir. Bu hükümde, *"diğer mevzuatta geçen yabancılara mahsus "ikamet tezkeresi" ibaresinden, bu Kanundaki "ikamet izni" anlaşılır"* denilmektedir. Ayrıca, YİSK, Tasarı ile yürürlükten kalkacağına göre (Tasarı m. 134/1-a), YİSK döneminde verilen ikamet tezkeresi türlerinin YUKK Tasarısı'nda karşılığı ışığında yeniden değerlendirilmesi gereklidir.

Yönetmelik m. 71/1-ç'de, *"Yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla alınan ikamet tezkeresiyle ya da diplomatik veya*

63 27. 2. 2003 tarih ve 4817 SK, RG, 6. 3. 2003, 25040.

konsüller ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartıyla Türkiye'de ikamet edilmesi Türk vatandaşlığının kazanılmasında geçerli ikamet olarak kabul edilmez" hükmü, YUKK Tasarısı karşısında şu şekilde değerlendirilebilir:

"Yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen; insanî ikamet, kısa dönem ikamet izinlerinden turizm (YUKK Tasarısı m. 31/1-e) ve tedavi (YUKK Tasarısı m. 31/1-f) amacıyla alınan ikamet izinleri ile öğrenci ikamet izni ya da diplomatik veya konsüller ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartıyla Türkiye'de ikamet edilmesi, Türk vatandaşlığının kazanılmasında geçerli ikamet olarak kabul edilmez".

Yönetmelik m. 71/1-d'de, "Türk vatandaşlığının kazanılmasında kabul edilmeyen ikamet nedenleri ile Türkiye'de bulunan kişinin *sonradan geçerli sayılan bir nedenle ikamete bağlanması* halinde önceki ikamet süreleri de hesaba katılır. Bu hüküm, turistik amaçlı ikamet tezkeresi ile Türkiye'de bulunanlar hakkında uygulanmaz", denilmektedir. Bu hüküm ise, "*Türk vatandaşlığının kazanılmasında kabul edilmeyen ikamet nedenleri ile Türkiye'de bulunan kişinin sonradan geçerli sayılan bir nedenle ikamete bağlanması halinde, önceki ikamet süreleri de hesaba katılır. Bu hüküm, kısa dönem ikamet izni alabilecek kişilerden turizm amaçlı gelip Türkiye'de bulunanlar hakkında uygulanmaz"*, şekline dönüşecektir.

Yönetmelik m. 71/1-d'de yer alan "*sonradan geçerli bir nedenle ikamet*" ifadesi, nasıl anlaşılmalıdır? Yönetmelik m. 71/1-ç'de geçerli ikamet olarak kabul edilmeyen kısa dönemli ikamet izinlerinden "*turizm*" ve "*tedavi*" amaçlı ikamet izni, "*insanî ikamet izni*", "*insan ticareti mağduru ikamet izni*" ile "*öğrenci ikamet izni*" sahibi yabancıların bu izinlerle Türkiye'de bulunması Türk vatandaşlığını kazandırmayacaksa, geriye "*aile ikamet izni*", "*uzun dönem ikamet izni*" ile "*çalışma izni*" kalmaktadır.

Yönetmelik m. 16/2-c'ye göre, "Yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de *yerleşme niyetini göstermeyen*; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan kişilerin başvurusu kabul edilmez ve bu husus yazılı olarak ilgilisine bildirilir". Bu hükmün de, YUKK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde,

"Yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de *yerleşme niyetini göstermeyen*; insanî ikamet, öğrenci ikamet izni, kısa dönem ikamet izinlerinden turizm (YUKK Tasarısı m. 31/1-e) ve tedavi (YUKK Tasarısı m. 31/1-f) amacıyla Türkiye'de bulunan kişilerin başvurusu kabul edilmez ve bu husus yazılı olarak ilgilisine bildirilir", şeklinde olması beklenir.

Aynı şekilde, Yönetmeliğin 18. maddesinde yer alan, *"[yabancının] hangi tarihte Türkiye'ye geldiği, ikamet tezkeresinin hangi amaçla verildiğinin araştırılacağı"* hükmü, *"ikamet izninin hangi amaçla verildiğinin araştırılacağı"* şeklinde yorumlanabilir.

Tasarı'nın bu haliyle kanunlaşması fakat herhangi bir geçiş hükmü ya da TVK Yönetmeliği'nin m. 16, 18, 71/1-ç ve d hükümlerinin nasıl değiştirileceğine dair bir düzenleme getirilmemesi halinde, esasen YİSK döneminden farklı bir uygulama olmayacağı söylenebilir. Ancak, Tasarı'nın kanunlaşma aşamasında TVK Yönetmeliği'nin anılan hükümlerinin tamamıyla yürürlükten kaldırılması durumunda, bu çalışmada savunulan hukuka aykırılığın da önüne geçilmiş olur. Bu bağlamda önerimiz, Tasarı ile TVK Yönetmeliği'nin anılan hükümlerinin yürürlükten kaldırılacak mevzuat arasında sayılmasıdır. Bu önerinin kabul edilmemesi halinde, görüşümüz, Tasarı ile TVK Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri arasında paralellik kurulması zorunluluğudur. Aksi takdirde, Türk vatandaşlığına başvuruyu engelleyerek Türk vatandaşlığını kazanmak bakımından ayrımcılık uygulaması sonucunu doğuran ve mevcut haliyle Kanun ve Anayasaya aykırı olan TVK Yönetmeliği hükümlerinin uygulamasının, YUKK Tasarısı'nda geçiş hükümleri getirilmemesi nedeniyle, YUKK yürürlüğe girdikten sonra daha fazla sorun yaratması kaçınılmaz olacaktır.

Sonuç

1982 Anayasası'nın[64] 16. maddesine göre, "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak *kanunla* sınırlanabilir". Türk vatandaşlığı, Anayasa'nın 66. maddesinde düzen-

64 7. 11. 1982 tarih ve 2709 SK, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (RG, 9. 11. 1982, 17863 mükerrer).

lenmiştir. Türk vatandaşlığının düzenlendiği hüküm, Anayasa'nın *"Temel Hak ve Ödevler"* başlığını taşıyan İkinci Kısım Dördüncü Bölümü'nde yer almaktadır. Anayasa'nın bu hükmü, uluslararası düzenlemelerde yer alan *"herkesin vatandaşlık edinmeye hakkı olduğu"*[65] şeklinde yorumlanmaya kanımızca elverişli değildir. Bununla birlikte, *"Türk vatandaşlığı"* başlığını taşıyan bu hüküm, temel haklar arasında yer almaktadır. [66] Bu durumda, Anayasanın 16. maddesindeki *"temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanacağına"* ilişkin kuralın, vatandaşlık edinme hakkı bakımından da geçerli olduğu sonucuna ulaşmak yanlış olmayacaktır.

Kanımızca, TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç hükmü, Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan *"kanunla sınırlama"* ilkesine aykırıdır. Çünkü Yönetmeliğin bu hükmü, her ne kadar TVK'na dayanıyorsa da, *"kanunun uygulama esaslarını belirleme adına esasen hakkın özüne sınırlama getiren bir kural"*[67] niteliğindedir.

---

65 Vatandaşlık edinme, uluslararası belgelerde de temel haklar arasında sayılmıştır: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 15/1 (Bildiri için bkz. Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No:113, s. 3 vd) ve Medenî ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (4. 6. 2003 tarih ve 4868 SK, RG, 18. 6. 2003, 25142), m. 24/3; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi (http://www. unicef. org, 17. 5. 2012), (İlke 3); Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (Türkiye Sözleşmeyi 14. 10. 1990 tarihinde imzalamış ve 9. 12. 1994tarihinde ihtirazî kayıtla onaylamıştır. 4058 sayılı Onay Kanunu için bkz. RG. 11. 12. 1994, 22138), (m. 7). Diğer uluslararası düzenlemeler için bkz. Rona Aybay, *"İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık"*, *Cogito Dergisi*, İnsan Hakları Özel Sayısı, İstanbul 2000, Yapı Kredi Yayınları, s. 185-186, (İnsan Hakları). Uluslararası belgelerde bir uyrukluk hakkı sahibi olmanın tanınmış olmasının *"gerçekçi"* olmadığı; bir *"dilek"* bildirmekten öteye geçmediği hakkında bkz. Aybay, (İnsan Hakları), s. 184. Yazara göre, *"uyrukluk sahibi olma hakkının devletlere karşı ileri sürülebilecek bir hak olması için, devletlerin uyrukluk kazanmak isteğiyle kendilerine yapılan başvuruları kabul etmek ve olumlu sonuçlandırmak konusunda bir yükümlülük altında olması gerekirdi. Oysa, uluslararası hukukun günümüzdeki durumu, hiçbir devlete, kişilere kendi uyrukluğunu verme yükümlülüğü getirecek düzeyde değildir. Başka bir deyişle, kişinin bir devletin uyrukluğunu elde etme hakkının fülen sonuç doğurabilmesi, o devletin yasalarının ve uygulamasının olanak vermesine bağlıdır ve devletler bu konudaki yasalarını ve uygulamalarını düzenlerken "kapılarını" az ya da çok ölçüde kapalı tutmaktadırlar. Günümüzde hiçbir devlet, isteyen ya da başvuran herkese uyrukluk verecek kadar "liberal" değildir"*.

66 "Türk hukukunun geleneksel kuralları "vatandaşlığın" *bir anayasal temel hak* olarak kabulünü gerektirmektedir": Aybay, (İnsan Hakları), s. 186.

67 Fügen Sargın,*"Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları"*, *MHB*, Yılmaz Altuğ'a Armağan, 1997-1998, Yıl:17-18, S. 1-2, s. 353.

Ayrıca TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç'ye dayanan uygulama, Anayasa'nın 66. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve *"kanunîlik ilkesi"* olarak adlandırılan[68], "Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak *kanun*da belirtilen hallerde kaybedilir", şeklindeki hükmüne aykırılık teşkil eder niteliktedir. Zira Türkiye'de bulunan bir kısım yabancıların Türkiye'deki ikameti, TVK'na aykırı biçimde geçerli ikamet niteliğinde kabul edilmemekte ve bunun sonucu olarak Türk vatandaşlığına başvuru hakkı *yönetmelik hükmüyle* engellenmektedir. Bir kısım yabancıların Türk vatandaşlığına alınmasına bir sınırlama getirilmek amaçlanıyorsa, Anayasa m. 66/3'te yer alan kural gereğince, bu sınırlamanın kanun hükmüyle yapılması gerekir. [69]

Ayrıca TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç'de, Türkiye'de yasal ikamet izniyle ikamet eden bir yabancının, *ikamet nedenine dayanılarak* Türk vatandaşlığına alınma bakımından aranan ikamet şartını yerine getirmediği düzenlenerek getirilen sınırlayıcı etki, Yönetmeliğin bir başka hükmü (m. 71/1-d) ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Fakat kanımızca, TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç, TVK m. 11/1-b'de yer alan *"başvuru tarihinden geriye kesintisiz beş yıl ikamet etmek"* hükmünün *sözel yorumuna* aykırıdır. İlgili yabancının TVK Yönetmeliği m. 71/1-d ile daha sonra "*geçerli bir nedenle*" ikamet etmesi halinde, TVK Yönetmeliği m. 71/1-ç nedeniyle sayılmayan ikamet sürelerinin geriye dönük olarak geçerli ikamet şeklinde kabul edilmesi, bu hukuka aykırılığı gidermez.

TVK Yönetmeliği'nin belli amaçlar sayılmak suretiyle, Türkiye'de ikamet eden kişilerin başvurusunun kabul edilmeyeceğini düzenleyen m. 16/2-c; ilgili yabancının ikamet tezkeresinin amacının araştırılacağını düzenleyen m. 18 ile "*geçerli ikamet*"e ilişkin m. 71/1-ç ve d hükümleri, Türk vatandaşlığına başvuruda bulunacak kişiler arasında ayırım yapmaktadır. Yönetmeliğin bu hükümleri, TVK'na ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, kanımızca, anılan hükümlerin ya

68 Turhan/ Tanrıbilir, s. 40; Doğan, s. 36.

69 Bu yönde Tanrıbilir, s. 38. *"Kanunîlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak kanunda olmayan bir şartın yönetmelikte kabul edilmesi de mümkün değildir. Yönetmelik, kanunda kabul edilmiş şartların içeriğinin tespiti bağlamında açıklayıcı hükümlere yer verebilir. Yeni şartlar ihdas edemez"*: Doğan, s. 62.

kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılması ya da normlar hiyerarşisine aykırılık nedeniyle gereği iptal edilmesi[70] gereklidir.

YUKK Tasarısı ile YİSK'nda kullanılan *"ikamet tezkeresi"* kavramı yerine *"ikamet izni"* kavramı tercih edilmiştir. Kanımızca, Tasarı ile getirilen ikamet izinleri ile YİSK ve ilgili düzenlemeler uyarınca alınan ikamet tezkereleri arasında, yeni bazı izin türleri hariç, esasa ilişkin bir farklılık bulunmamaktadır. YUKK Tasarısı'nda TVK Yönetmeliği, yürürlükten kaldırılan mevzuat ya da değiştirilen hükümler arasında yer almamaktadır. Önerimiz, TVK Yönetmeliği'nin ikamete yönelik hükümlerinin de yürürlükten kaldırılacak mevzuata ilişkin Tasarı hükmüne dahil edilmesidir.

Günümüz yabancılar hukukundaki mevcut düzenlemelerde olduğu gibi, YUKK Tasarısı'nın ikamet iznine ilişkin hükümlerinin, TVK'nda olağan telsikte aranan ikamet şartının gerçekleşmesiyle ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişkinin kurulmasına neden olan TVK Yönetmeliği'nin ikametin türleri konusundaki hükümleridir. Tasarı'nın bugünkü haliyle kanunlaşması halinde, TVK Yönetmeliği'nin m. 16/2-c; m. 18 ile m. 71/1-ç ve d hükümlerinin Tasarı ile yürürlükten kaldırılması hariç, bu çalışmada savunulan hukuka aykırılık ortadan kalkmayacaktır. Savunduğumuz görüş ve önerinin kabul edilmemesi halinde, Tasarı'ya TVK Yönetmeliği hükümlerinin Tasarı kapsamında nasıl anlaşılacağı veya değiştirileceğine yönelik hükümler zorunludur. Zira TVK Yönetmeliği'nin anılan hükümleri, mevcut haliyle ve YUKK Tasarısı'nın bugünkü düzenlemesiyle kanunlaşması halinde, Türk vatandaşlığına başvuruda bulunacak kişiler arasında ayırım yaprak hak kayıplarına neden olmaktadır.

70 Yurt çapında uygulanacak yönetmeliklerin iptaline ilişkin davalara, Danıştay, ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakmaya yetkili kılınmıştır: 6. 1. 1982 tarih ve 2575 Sayılı Danıştay Kanunu, (RG, 20. 1. 1982, 17580), m. 24/1-a.

KAYNAKLAR

Aybay, Rona, "*İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık*", *Cogito Dergisi*, İnsan Hakları Özel Sayısı, İstanbul 2000, Yapı Kredi Yayınları, s. 179-194, (İnsan Hakları).

Aybay, Rona, Vatandaşlık Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2006, (Vatandaşlık).

Aybay, Rona, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Ankara 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yayın No:113, (Bildiri).

Aybay, Rona, Yabancılar Hukuku, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2011, (Yabancılar).

Aybay, Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009, (Konsolosluk).

Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2009.

Erdem, Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Basım Yayım, 1. Baskı, İstanbul 2010.

Erten, Rıfat, "*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler*", *Ankara Barosu Dergisi*, Güz 2008, Yıl:66, S. 4, s. 36-61.

Nomer, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2009.

Özbek Hadimoğlu, Nimet, "*Yabancı (Uyruklu) Öğrenciler Türk Vatandaşı Olamayacak mı?*", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Kasım Aralık 2010, S. 75-76, s. 271-284.

Sargın, Fügen, "*Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları*", *MHB*, Yılmaz Altuğ'a Armağan, 1997-1998, Yıl:17-18, S. 1-2, s. 317-354.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, "*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri*", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2008, Yıl:21, S. 75, s. 27-62.

Turhan, Turgut/ Tanrıbilir, Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2009.

Tiryakioğlu, Bilgin, "*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması*", *Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu*, (29 Şubat 2008), Bildiriler, (Ed. Vahit Doğan/Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 79-96.

İPOTEĞİN ALACAK BAKIMINDAN KAPSAMI

THE EXTENSION OF MORTGAGE IN TERMS OF CREDIT

Mustafa ÜNLÜTEPE*

Özet: Alacak miktarının belirli olup olmamasına bağlı olarak anapara ve üst sınır ipoteği tescil edilmesi, teminat altına alınan alacağın kapsamının belirlenmesi bakımından etki gösterir. Hangi alacak kalemlerinin talep edileceği ve sınırı buna göre belirlenir. Bu çalışmada, ipoteğin sağladığı teminatın alacak bakımından kapsamı, anapara ve üst sınır ipoteği ayrımı esas alınmak suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İpotek, ayni teminat, belirlilik ilkesi, anapara ipoteği, üst sınır ipoteği, anapara faizi, temerrüt faizi, alacağın kapsamı.

Abstract: Depending on whether a definite amount of credit principal and limit mortgage to be registered is effective in terms of the determination of the extension of secured credit. Which will be demanded credit items and the limit is determined accordingly. In this study, the extension of the security in terms of credit was provided by mortgage, the principal and limit mortgage on the basis of the difference were analyzed.

Keywords: Mortgage, collateral security, the principle of determination, principal mortgage, limit mortgage, principal interest, default interest, the extension of credit.

GİRİŞ

Genel anlamıyla teminat sözleşmesi[1], bir kimsenin, başkasının karşı karşıya olduğu belirli bir tehlikeyi üzerine aldığı sözleşmedir[2]. Borç-

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Teminat kavramı için bkz. Erden Kuntalp, *"Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk"*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995, s. 266 vd.

2 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 684; Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı, Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, İstanbul: Beta, Ekim 2011, s. 665; Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Şubat 2008, s. 1.

lunun, herhangi bir sözleşme ile yerine getirmeyi üstlenmiş olduğu edimini, usulüne uygun şekilde ya da hiç yerine getirmemesi tehlikesinin, alacaklıya karşı üstlenilmesi halinde, dar anlamda teminat sözleşmesi söz konusu olur[3] ve bu sayede alacaklı, alacağını başka surette elde etme imkânına kavuşur[4]. Borcun ifasının teminat altına alınması, alacaklıya tanınan yetkiye göre, ayni ve kişisel teminat sözleşmeleriyle[5] yerine getirilir[6].

Ayni teminat sözleşmeleri ile alacaklı, borçluya ya da üçüncü kişiye ait bir eşya veya hak üzerinde, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte ve teminat konusunun paraya çevrilmesinde öncelikle teminat sahibi olan alacaklı tatmin edileceğinden, diğer alacaklılara nazaran, öncelik kazanmasını sağlayan sınırlı bir ayni hak sahibi kılınmaktadır. Taşınmaz rehni, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi uyarınca, ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi olmak üzere, üç çeşit olarak düzenlenmiştir (Türk Medeni Kanunu [TMK] m. 850). Bu şekilde, ayni teminat sağlayan sınırlı bir ayni hak niteliğindeki ipotek de borçlunun, kişisel olarak sorumlu olduğu, belirli bir borcun ifasının teminat altına alınması amacını güder ve alacaklıya, teminatın konusunu oluşturan taşınmazın paraya çevrilmesi suretiyle alacağını elde etme yetkisi sunar[7].

---

3 Özen, s. 2.

4 Bülent Davran, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul: 1972, s. 2.

5 Kefalet, borca katılma ve garanti gibi kişisel teminat sözleşmelerinde, borçludan başka bir kişi, borçlunun borcunu temin etmek üzere yükümlülük altına girer ve alacaklı, borçlu yanında, teminat verenin de malvarlığına başvurma imkânını elde eder. Bu bakımdan alacaklı, kişisel teminat verilmiş bulunan borcun ifa edilmemesi halinde, teminatı veren kişinin haczi mümkün olan taşınır ve taşınmaz tüm mallarına icra yolu ile başvurarak alacağını elde etmek olanağına sahip olur. Dolayısıyla ayni teminat sözleşmelerinden farklı olarak, bu halde, alacaklının, diğer alacaklılara nazaran öncelikle faydalanabileceği bir mal ya da hak mevcut değildir. Tandoğan, s. 689; Davran, s. 4; Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 289 vd. ; Yavuz, s. 665; Rona Serozan, *"Taşınmaz Rehni"*, İÜHFM, 2006, Cilt: LXIV, Sayı: 2, s. 302; Barlas, Ayni Teminatlar, s. 199; Özen, s. 5; Seza Reisoğlu, Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara: 1978, s. 3-4.

6 Tandoğan, s. 688-689; Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 280 vd. ; Nami Barlas, *"Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri"*, Makalelerim, Cilt: I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 198; Özen, s. 2; Eyüp Eraslan, *"Öğreti ve Uygulamanın Işığında Üst Sınır İpoteği"*, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1988, Cilt: 62, Sayı: 1-2-3, s. 65.

7 Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul: 1982-1983, s. 252; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 14. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 715-717; Reşat Kaynar, Türk Medeni Kanununa Göre Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul: 1967, s. 2-3; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara: 1978, s. 1017; Turhan Esener, Kudret Güven,

Paraya çevrilen teminatın, alacağı karşılamaya yetmemesi halinde, alacaklının, borçluya ait diğer malvarlığı unsurlarına başvurması mümkündür. Ancak bu halde, alacaklı, diğer alacaklılar ile aynı konumda yer alacağından, önceliği sahip değildir. Üçüncü bir kişinin teminat vermesi halinde ise üçüncü kişinin sorumluluğu, sadece teminat konusu ile sınırlı olur ve ipoteğin paraya çevrilmesinden sonra elde edilen değerin, borcun tamamını karşılamaması halinde, teminat verenin diğer malvarlığı unsurlarına başvurulamaz; ancak burada, kalan kısım için asıl borçluya başvurulabilir[8].

Elbette ki bir alacağın, ipotek ile teminat altına alınması, alacağın varlığını ispat etmez, alacaklı alacağını ispat etmekle yükümlüdür[9]; ancak ipoteğin, alacağı teminat altına alması nedeniyle, teminat altına

---

Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2008, s. 423, 428; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul: Beta, 2009; s. 735; İlhan Helvacı, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul: XII Levha, 2008, s. 5; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 301-303, 313 vd. ; Faruk Acar, "*İpotekle Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması*", Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2008, Sayı: 62, s. 477-478; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Konya: 2000, s. 131-133; Barlas, Ayni Teminatlar, s. 198; Hasan Erman, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul: Der Yayınları, 2011, s. 160-161; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, İzmir: 2011, s. 523, 548; Reisoğlu, s. 4; Mustafa Reşit Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul: Beta, 2002, s. 237; Mustafa Cahit Günel, "*Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı*", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara: Seçkin, 2006, s. 247.

8 Davran, s. 3-4; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 771; Özen, s. 2-4; Kuntalp, Teminat Kavramı, s. 280-281, 289-295; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 5-8; Yavuz Selim Şener, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Ankara: Adalet, 2010, s. 10-11, 20-21; Ali Haydar Karahacıoğlu, M. Edip Doğrusöz, Mehmet Altın, Türk Hukukunda Rehin, Ankara: 1996, s. 156-157.

9 Kaynar, s. 33; Köprülü, Kaneti, s. 377; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1017; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 767; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 147; Acar, Uyarlama, s. 481; Şener, s. 16-17; Eraslan, s. 67; "*… Dava konusu ipoteğe ilişkin akit tablosu incelendiğinde, davacının alacağı 16 milyar Liraya karşılık, alacaklı davalı lehine, davacıya ait taşınmaz üzerine teminat ipoteği konulduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla doğmamış bir borç için ipotek konulmuştur. Anılan ipotek, teminat ipoteği olup, aynı zamanda üst sınır ipoteğidir. Davalı yan ipoteğe konu 16 milyar Liranın davacıya ödendiğini kanıtlayamamıştır. Bu nedenle, davacının borçlu olmadığının tespiti ile ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir…*" Yargıtay 14. HD, E. 2004/3260, K. 2004/4870, T. 18. 6. 2004; Kazancı İçtihat Bankası; "*…Takibe mesnet tutulan akit tablosuna göre, asıl borçlu Hüseyin ve arkadaşları olup, Ahmet bunlar lehine, 42 bin lira limit üzerinden açılan krediyi temin için gayri menkullerini ipotek etmiş bulunmaktadır. İleride doğacak bir alacağı temin için tesis edilen ipoteğe ait akit tablosu ve kredi mukavelenamesi, mezkur alacağın doğumunu ve miktarını gösterir kesin nitelikte bir delil sayılamaz. Alacaklının, bu hususu ayrıca belgelendirmesi lazımdır…*" Yargıtay 12. HD, E. 1965/4548, K. 1966/4337, T. 22. 4. 1966; Kazancı İçtihat Bankası.

alınan alacağa bağlı feri bir hak niteliği gösterir ve geçerlilik ile mevcudiyet bakımından alacağın hukuki akıbetine tabi olur[10].

Rehin hukukuna hâkim ilkelerden bir tanesi, belirlilik ilkesidir. Buna göre, rehnin konusunun ve teminat altına alınan alacağın, açık şekilde tespit edilmiş olması gerekir. İpotek bakımından belirlilik ilkesi, alacak ve taşınmaz kapsamında belirlilik[11] olarak kendisini gösterir[12]. Söz konusu ilke, taşınmaz üzerinde daha sonra tesis edilecek olan rehin veya diğer ayni hak sahipleri ya da taşınmaz malikinin alacaklıları ile taşınmazı rehinli olarak devralacak olan kişilerin, rehnin miktarının ne tutarda olduğunu bilmelerinin sağlanması bakımından önem arz etmekte olup; kamuya açıklık ilkesinin sonucu ve tamamlayıcısı niteliğindedir[13].

İpoteğin alacak bakımından belirli olması, ne miktarda alacağın teminat altına alınması için ipotek tesis edildiğinin, tapu sicilinde gösterilmesi gereği olarak karşımıza çıkar. Bu duruma ilişkin olarak, TMK' nin 851/1. maddesinde, "*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir. "* hükmüne yer verilmiştir.

Her türlü alacağın teminat altına alınmasını sağlamak için ipotek tesis edilmesi mümkündür. Bu bakımdan para alacakları yanında, paradan başka bir şey verme, yapma veya yapmama borçları[14] da ipotek

---

10 Köprülü, Kaneti, s. 255; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1100; Esener, Güven, s. 426, 455-456; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 767; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 310-311; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 6; Akipek, Akıntürk, s. 786; Erden Kuntalp, Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara: 1989, s. 13-14; Ayan, s. 133; Erman, s. 161, 169; Şener, s. 12 vd.

11 Taşınmaz bakımından belirlilik konusunda bkz. Faruk Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara: Turhan Kitabevi, Şubat 2008, s. 145 vd.

12 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1021; Köprülü, Kaneti, s. 282-283; Kaynar, s. 13 vd. ; Davran, s. 21; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 719; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 316; Esener, Güven, s. 432; Akipek, Akıntürk, s. 756; Acar, Belirlilik İlkesi, s. 147. Suat Sarı, "*Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi*", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: 2000, s. 963-964; Ayan, s. 135; Ertaş, s. 525; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 198-199; Erman, s. 161; Acar, Uyarlama, s. 480.

13 Köprülü, Kaneti, s. 283; Kuntalp, İpotek, s. 10-11; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 719-720; Yeşim Gülekli, İpoteği Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul: 1992, s. 65; Acar, Belirlilik İlkesi, s. 146, 159-160; Sarı, s. 964.

14 Paradan başka bir şey verme, yapma veya yapmama borçları bakımından kurula-

ile teminat altına alınabilir. Bu halde, para ödenmesi dışındaki borçlar bakımından, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle, alacaklının uğrayacağı zararın giderilmesi için para olarak talep edilecek tazminat tutarının teminat altına alınması söz konusu olur[15].

Çeşitli borçların teminat altına alınması için ipotek tesis edilmesi mümkünse de kural olarak[16], söz konusu hüküm gereği, alacağın belirli miktar üzerinden Türk Lirası ile gösterilmesi gerekir. Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş uyarınca, alacak miktarının tapu sicilinde Türk Lirası üzerinden gösterilmesine ilişkin hüküm, taşınmaz üzerinde daha sonra hak kazanacak olan kişilerin bilgi sahibi olmaları ve menfaatlerinin korunması amacına hizmet ettiğinden, emredici nitelikte olup; bu maddi şartın eksikliği halinde, yapılan tescil geçersizdir[17].

---

cak olan ipotek, gelecekte doğması muhtemel ve belirsiz bir para alacağına ilişkin olmakla, bir üst sınır ipoteği olabilecektir. Helvacı, İpotek Hakkı, s. 146; Sümer Altay, Ali Eskiocak, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 29-30.

15 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 719, 765, dn. 213; Esener, Güven, s. 428-429; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 7, 139, 145; Ertaş, s. 548; Kuntalp, İpotek, s. 3; Akipek, Akıntürk, s. 757; Erman, s. 168; Ayan, s. 135; Sarı, s. 966, 968; Şener, s. 6-7; Altay, Eskiocak, s. 29, 70; Eraslan, s. 66.

16 TMK' nin 851/2. maddesi ile istisnai olarak, belirli şartların varlığı halinde, yabancı para üzerinden ipotek tesis edilebileceği öngörülmüştür. Yabancı para ipoteğine ilişkin olarak bkz. Erden Kuntalp, "*Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni*", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul: 1995, s. 293 vd. ; Lale Sirmen, "*Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler*", AÜHFD, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 1, s. 1 vd. ; Barlas, Ayni Teminatlar, s. 210 vd. ; Ahmet Nar, Yabancı Para İpoteği, Ankara: Seçkin, 2009, s. 89 vd.

17 Köprülü, Kaneti, s. 283; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1023; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720; Gülekli, s. 66-67; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 140; Ayan, s. 138; Sarı, s. 966; Akipek, Akıntürk, s. 756-757; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 201; Ertaş, s. 525; Reisoğlu, s. 5-6; Şener, s. 103; Günel, s. 250; Altay, Eskiocak, s. 29; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 144; Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında aynı hususu belirtmektedir: "*… taşınmaz rehninin ancak belirli bir alacak için miktarı Türk parası ile gösterilerek tesis olunabileceği alacağın miktarı belirli değilse taşınmazın ne miktar için teminat teşkil edeceği taraflarca tesbit olunmasının gerekeceği 766. madde ile öngörülmüştür. Şu halde mevcut alacak için ipotek tesisi mümkün olduğu gibi ilerde doğacak bir alacak için de ipotek tesisi olanağı vardır. Ancak, her iki halde de taşınmazın ne kadar bir meblâğ için teminat teşkil edeceği herhalde tescilde gösterilmesi gerekir. Bu hususlar akdin şekil şartiyle ilgilidir…*" Yargıtay HGK, E. 1974/470, K. 1975/154, T. 7. 2. 1975; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 201-202; "*… limit dışında istemede bulunamayacağı, gayri muayyen bir miktar için kefaletin geçerli olamayacağı, gerek takipten evvel gerek takipten sonraki istenilen eklentilerin limit içinde mütalâası gerekip bunun dışında takibe devam edilemeyeceği, ipotek akit tablosunda yazılı limite ilâveten masraf vs. lerden söz edilmesinin neticeye etkili bulunmadığı ve 766. madde hükmünü bertaraf edemeyeceği*

İpoteğin alacağa bağlılığı ve alacağın hukuki akıbetine tabi olması yanında, teminat altına alınan alacak miktarının gösterilmiş olması aranmasına rağmen; alacağın, doğmuş veya henüz doğmamış olabilmesi yanında, şarta bağlı, miktar bakımından belirsiz veya değişken olması da mümkündür[18]. Bu bakımdan, alacağa bağlılık ve belirlilik ilkeleri, esnetilmekte; ancak ferilik tamamıyla terk edilmeyerek, alacağın, teminata başvurulduğu sırada mevcut olması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır[19]. Alacağın doğmuş ve miktarının belirli olması durumunda anapara ipoteği (sabit ipotek, adi ipotek, karz ipoteği, kesin borç ipoteği) mevcut olurken; henüz doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte miktarı belirsiz olan alacak da ipoteğin teminat sağladığı en yüksek sınır belirlenerek, üst sınır ipoteği (limit ipoteği, azami meblağ ipoteği, maksimal ipotek) tesis edilerek teminat altına alınır[20]. Böylelikle, belirlilik ilkesi yerine getirilmiş olur[21]. Elbette ki bu şekilde hem üst sınır ipoteğinin kurulmasının mümkün olması, hem de yabancı para üzerinden ipotek tesis edilebilmesi, belirlilik ilkesi zedelemekte ve bu ilkenin, mutlak bir biçimde uygulanmadığını göstermektedir[22].

İpoteğin alacak miktarının gösterdiği belirliliğe göre anapara ve üst sınır ipoteği olarak kurulması, teminat altına alınan alacağın kapsamının tayin edilmesi bakımından, önemli farklılık gösterir. Nitekim taşınmazın değerine başvurulmasında, takibe konu edilecek miktar, hangi alacak kalemlerinin talep edilebileceği ve bunun sınırı, söz konusu ayrıma

---

nazara alınmadan itirazın reddolunması isabetsiz…" Yargıtay 12. HD, E. 1988/11587, K. 1989/6686, T. 1. 5. 1989; Kazancı İçtihat Bankası.

18 Kaynar, s. 14-15, 31; Davran, s. 46; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1022, 1028; Esener, Güven, s. 428; Erman, s. 168; Kuntalp, İpotek, s. 16 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720 vd. ; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 6, 139 vd. ; Sarı, s. 966, 979; Gülekli, s. 76 vd. ; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 206-207; Şener, s. 6-7.

19 Kuntalp, İpotek, s. 16.

20 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720-721; Köprülü, Kaneti, s. 284, 287; Esener, Güven, s. 433-434, 455; Akipek, Akıntürk, s. 757, 760; Atilla Altop, "*4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği – Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları*", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 19-20, Sayı: 1-2, 1999-2000, s. 12-13; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 141 vd. ; Kuntalp, İpotek, s. 16 vd. ; Ertaş, s. 525, 548; Erman, s. 161-162, 168; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 206-207; Sarı, s. 966; Şener, s. 29 vd. ; Eraslan, s. 67.

21 Sarı, s. 966; Gülekli, s. 93; Acar, Uyarlama, s. 480; Günel, s. 249; Argun Sünkitay, "*Alacağın Ferileri Bakımından Taşınmazmal Rehninin Kapsamı*", İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1974, Mayıs Haziran, Sayı: 3, s. 479.

22 Acar, Uyarlama, s. 480, 482; Barlas, Ayni Teminatlar, s. 213, 216.

göre belirlenir. Uygulamada konuya ilişkin olarak pek çok uyuşmazlığın ortaya çıktığı görülmektedir. Çalışmamız ile ipotek hakkının alacaklıya sağlamış olduğu teminatın alacak bakımından kapsamı, anapara ve üst sınır ipoteği esas alınmak suretiyle incelenmeye çalışılacaktır.

I. ANAPARA İPOTEĞİNDE ALACAĞIN KAPSAMI

A. Genel Olarak

İpoteğin kuruluşu sırasında, teminat altına alınacak olan alacağın doğmuş ve miktarının belirli olması halinde, söz konusu alacak tutarının tapuya tescil edilmesiyle kurulan ipotek anapara ipoteğidir[23]. Bu halde, borçlanılan belirli bir sermayenin gerçek miktarı tescil edilir[24]. Anapara ipoteğinde, alacak bakımından teminatın kapsamı, TMK' nin 875 ve 876. maddeleri ile tayin edilmiştir. Buna göre anapara, takip giderleri, gecikme (temerrüt) faizi, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz (TMK m. 875) ve taşınmazın korunması yapılan zorunlu masraflar ile özellikle ödenmiş bulunan sigorta primleri (TMK m. 876) teminat kapsamı içerisinde yer alır.

İpoteğin, alacak bakımından kapsamını öngören TMK' nin 875 ve 876. maddeleri ile tayin edilen yan alacaklar, örneklendirici nitelikte olmayıp, sınırlı sayıda tayin olunmakla, bunlardan başka herhangi bir alacak, teminatın kapsamında yer almaz. Bu şekilde, örnek olarak cezai şart, gider vergisi, komisyon[25] ve ekspertiz ücreti gibi bir alacağın, teminat kapsamına dâhil edilmesi mümkün değildir. Söz konusu alacaklar, ayrı bir ipotekle teminat altına alınabilir; aksi halde, genel hükümlere göre takip yapılabilir[26].

---

23 Köprülü, Kaneti, s. 284; Altop, s. 13; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720, 766; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 141; Akipek, Akıntürk, s. 757; Ayan, s. 136; Ertaş, s. 548; Gülekli, s. 80; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 152; Şener, s. 30-31; Günel, s. 249; Altay, Eskiocak, s. 30.

24 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720; Gülekli, s. 80; Şener, s. 31; Günel, s. 254.

25 *"Taraflar arasındaki akit tablosunda faiz miktarının gösterildiği, bu nedenle % 38 faiz istenebileceği, "banka muamele vergisi, faizin Merkez Bankası iade fonunun borçluya ait olduğuna" dair bir anlaşmanın mevcut olmadığı, 2548 sayılı Yasanın 1. ve 2. maddelerine cezaevi harcının borçluya yükletilemeyeceği, MY. nın 875. maddesine göre komisyon istenemeyeceği düşünülmeden, faiz, miktarına yönelik şikayet, miktar yönünde tetkik edilmeden…"* Yargıtay 12. HD, E. 1984/13547, K. 1985/3326, T. 9. 4. 1985; Altay, Eskiocak, s. 345.

26 Davran, s. 22; Kuntalp, İpotek, s. 33; Gülekli, s. 80; Esener, Güven, s. 449; Altop, s. 13; Erman, s. 168; Şener, s. 32; Günel, s. 254-255; Altay, Eskiocak, s. 31, 81.

Diğer yandan, anapara ipoteğinde, TMK' nin 875 ve 876. maddelerinde belirlenen yan alacaklar, herhangi bir sınır söz konusu olmaksızın taşınmazın sağladığı teminattan yararlanır. Bu bakımdan, yan alacakların tapuda belirtilen miktarı aşmış olması halinde, bu miktarı aşan alacak tutarı da teminat kapsamında yer alır ve takibe konu edilebilir[27].

B. Teminatın Kapsamı

1. Anapara

İpotek, öncelikle, belirlilik ilkesi uyarınca, tapu sicilinde gösterilen belirli miktardaki sermaye borcunu, diğer bir ifade ile anaparayı teminat altına alır[28] (TMK m. 875/1, b. 1).

Alacak tutarı, zaman içerisinde, tapu kütüğünde gösterilmiş bulunan miktarın, altına düşebileceği gibi alacağın sona ermiş olması da mümkündür. Taşınmaz mal üzerine ipotek tesis edilmiş olması, alacağın varlığına ve miktarına karine teşkil etmeyeceğinden, alacaklının, alacağın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekir[29].

---

27 Kuntalp, İpotek, s. 34 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 757; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1029; Ayan, s. 137; Altop, s. 28-30; Şener, s. 31; *"… İpotek akit tablosunun incelenmesinde, taraflar arasında ana para karz ipoteği kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu ipotek, tapu sicilinin rehinler hanesinde yazılmış olan alacak miktarını, takip giderlerini yasal sınırlamalara uygun olarak sözleşmedeki faizleri teminat altına alır. Bu nedenledir ki, alacaklının limit ipoteği için zorunlu bulunan İİK'nun 150/ı maddesindeki ihtarname göndermesi zorunluluğu yoktur. Medeni Kanun'un 851. (eski MK'nun 766. mad.) maddesi gereğince taşınmaz rehni, ancak muayyen bir alacak için miktarı Türk parası gösterilerek kurulabilir. Somut olayda da, ipoteğin 1. 430. 000. 000. -TL. karşılığında karz ipoteği niteliğinde kurulduğu görülmekle icra takibinde taşınmazın sorumlu olduğu ipotek miktarının yukarıda açıklanan TMK hükmüne göre ipotek akit tablosunda açıklanan miktara göre tayin edilmesi gerekir. Bir başka anlatımla taşınmaz, üzerinde karz ipoteği kurulduğundan 1. 430. 000. 000. -TL'yi aşan borçtan da taşınmazın sorumlu olacağı tabiidir…"* Yargıtay 12. HD, E. 2004/16805, K. 2004/20943, T. 4. 10. 2004; Kazancı İçtihat Bankası.

28 Köprülü, Kaneti, s. 284; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1025; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 757; Gülekli, s. 80-81; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 147; Ayan, s. 155; Sarı, s. 968; Kuntalp, İpotek, s. 25; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 202-203; Ertaş, s. 536; Altop, s. 14; Şener, s. 205-206; Günel, s. 255; Altay, Eskiocak, s. 87.

29 Kaynar, s. 33; Köprülü, Kaneti, s. 377; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1017; Sarı, s. 968; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758, 767; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 147; Alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesi ve bunun neticesinde elde edilmiş bulunan tutardan talepte bulunabilmesi, alacağın geçerli ve mevcut bir alacak olmasına bağlıdır. Gülekli, s. 81; Günel, s. 155.

Tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan alacak miktarı, talep edilebilecek olan anapara tutarının en yüksek sınırını gösterir. Bu nedenle, anapara ipoteğinin, alacağın bir kısmına ilişkin olarak tesis edilmiş olması, diğer bir ifade ile asıl alacağın, tapuda gösterilen miktardan fazla olması halinde, teminat kapsamına, anapara alacağının sadece o kısmı dâhil olur; diğer kısım, teminattan yararlanamaz ve genel hükümler uyarınca takibe konu edilebilir[30]. Diğer yandan, bu şekilde asıl alacağın bir kısmının ipotek ile teminat altına alınması halinde, borçlu, teminat altına alınmış bulunan kısım tutarında ödeme yapsa da ipoteğin sona erdiğini ileri süremez. Borcun tamamı ödeninceye kadar, tapuda gösterilen tutarda teminat sağlanmıştır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 100/2. (Borçlar Kanunu [eBK] m. 84/2) maddesi uyarınca, alacaklının alacağın bir kısmı için teminat almış olması halinde, borçlunun yaptığı kısmi ödemeyi, teminat altına alınan kısma mahsup etmek imkânı yoktur[31].

2. Takip Giderleri

Alacağını elde edememiş bulunan alacaklı, İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 149 vd. hükümleri uyarınca, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurur ve bu nedenle de takip gideri yapmak durumunda kalır. İpoteğin paraya çevrilmesi amacıyla başlatılan söz konusu takibe ilişkin giderler, kanun hükmü uyarınca, teminat kapsamına dâhildir (TMK m. 875/1, b. 2). Bu nedenle, takip giderlerinin teminat altında olması için tapu kütüğüne ayrı bir tescil yapılmasına gerek yoktur[32].

Takip giderleri, takibin gereği gibi sonuçlandırılması amacıyla yapılan harcamaları ifade eder[33] ve harç ile masraflardan oluşur[34].

30 Gülekli, s. 81; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 147; Sarı, s. 968; Altop, s. 14, dn. 3; Günel, s. 255; Şener, s. 206.

31 Gülekli, s. 81; Altop, s. 14, dn. 3. Helvacı, İpotek Hakkı, s. 147-148; Günel, s. 255.

32 Köprülü, Kaneti, s. 284; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758; Kuntalp, İpotek, s. 25; Ayan, s. 155; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 149; Gülekli, s. 82; Altop, s. 14; Ertaş, s. 537; Sarı, s. 970; Günel, s. 256; Şener, s. 206; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 145.

33 Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul: 2000, s. 67; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, Ankara: Türkmen, 2006, s. 108; Akipek, Akıntürk, s. 758; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758; Gülekli, s. 82; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 148; Altop, s. 14; Sarı, s. 968; Günel, s. 255; Şener, s. 206.

34 İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 710; Kuru, s. 108; Üstündağ, s. 67; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Ankara: Yetkin, 2010, s. 186; Altop, s. 14-15; Sarı, s. 968-969; Helvacı, İpotek Hakkı,

Masraflar da icra takibinin tam ve doğru şekilde yürütülebilmesi için harcanan paralardır[35]. Bu bakımdan tebligat, ihtar, posta, yolluk, satış ve ilan masrafları ile takibe ilişkin asgari ücret tarifesi uyarınca belirlenecek olan icra vekâlet ücreti ve kıymet takdiri yapılması için ödenen bilirkişi ücreti takip giderleri içerisinde yer alır[36]. Diğer yandan, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip için alacaklı tarafından ödenen harçlar da takip giderlerine dâhildir[37].

Takip giderlerine dâhil bulunan masraf ve harçların, teminat kapsamına girebilmesi için borçludan talep edilebilecek nitelikte olması gerekmekte olup, cezaevi harcı gibi kanunun alacaklıya yüklemiş olduğu giderler, teminat kapsamında yer almaz. Aynı şekilde, alacaklının, takip giderlerini talep edebilmesi için takibi sonuçlandırması gerekir. Bu bakımdan, alacaklının takibi geri alması veya takipsiz bırakması halinde takip giderleri teminata dâhil olmaz[38].

İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takiple ilgili olarak, birtakım uyuşmazlıkların ortaya çıkması üzerine, dava ikame edilmesi söz konusu olabilir. Bu halde, açılmış bulunan davalara ilişkin yapılan masrafların, TMK m. 875/1, b. 2'de belirtilen takip giderlerine dâhil olup olmadığı noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Temel olarak takip nedeniyle ortaya çıkan bir davanın masrafları, takip giderleri olarak kabul edilmemekte; ancak takip nedeniyle itiraz veya şikâyet yoluyla icra mahkemesinde açılmış bulunan davalara ilişkin yapılmış bulunan masrafların, takip giderine dâhil olduğu benimsenmektedir[39]. Savunulmakta olan bir görüş[40], söz konusu masrafların yapılmasının, borçlunun veya taşınmaz malikinin davranışlarından kaynaklandığı, ipoteğin başarı ile sonuçlanmasına hizmet ettiği ve masraf yapılmasına sebep vermeyen alacaklının korunması gereği ile hükümde belirtilen takip giderleri geniş anlamda

s. 148-149; Altop, s. 14-15; Şener, s. 206-207; Altay, Eskiocak, s. 87.

35 Kuru, s. 110; Üstündağ, s. 71; Muşul, s. 186; Sarı, s. 969.

36 Akipek, Akıntürk, s. 758; Kuru, s. 111; Üstündağ, s. 71; Kuntalp, İpotek, s. 26; Gülekli, s. 81-82; Altop, s. 14; Günel, s. 256; Altay, Eskiocak, s. 87.

37 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758; Kuntalp, İpotek, s. 26; Altop, s. 14.

38 Kuru, s. 111-112; Kuntalp, İpotek, s. 26-27; Altop, s. 15; Şener, s. 207.

39 Üstündağ, s. 71-72.

40 Altop, s. 15; Sarı, s. 971; Şener, s. 207.

kullanıldığından hareketle teminat kapsamında görmektedir[41]. Bir diğer görüş[42] ise ipotekle teminat altına alınan alacağın varlığı veya ipotek hakkının geçerliliğine ilişkin ikame edilmiş bulunan davalarda yapılan masrafların, teminat altında olmadığını kabul etmektedir. Uzlaştırıcı nitelikteki bir görüş[43] ise takip ile ilgili şikâyet ve icranın geri bırakılmasına ilişkin davalarda yapılacak olan masrafları teminat kapsamında görmekte; ancak ipoteğin iptali, menfi tespit ve istirdat davaları nedeniyle yapılan giderlerin, takip giderlerine dâhil olmadığını benimsemektedir. Hükmün gerekçesinde, ipoteğin, takip ve dava giderlerini kapsamı içine aldığı belirtilmekte; ancak hangi davalara ilişkin giderlerin kapsamda olduğu noktasında açıklığa yer verilmemektedir.

TMK m. 875'de, takip giderleri yanında açıkça ifade edilmemiş bulunan, tüm dava masraflarının da teminat kapsamına dâhil edilmesi yerinde değildir. Dolayısıyla söz konusu kabul öncelikle, emredici nitelikli hükmün kapsamının genişletilmesi sonucunu doğurur. Borçludan başka bir kişinin taşınmazın üzerinde ipotek tesis etmesi halinde, onun taşınmaz ile sorumluluğunun bertaraf edilerek, şahsi sorumluluğunun ortaya çıkmasına sebep olunması ihtimali ortaya çıkabilir. Sorunun çözümü hangi makamlar tarafından yapılan harcamaların takip gideri kavramına dâhil olduğu ile ilgilidir. Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, takip gideri, takibin sonuçlandırılması için icra organlarınca yapılan harcamalardan oluşur. İcra müdürlüğü yanında, icra mahkemesi de icra organları arasında yer alır[44]. Bu nedenle kanaatimizce, icra müdürlüğü tarafından yapılan giderler yanında, takip nedeniyle icra mahkemesinde görülen davalarda yapılan giderlerin de teminat kapsamında görülmesi; icra organı olarak görülmeyen genel mahkemelerde açılacak olan menfi tespit, istirdat, ipotek sözleşmesi ve ipoteğin geçersizliği nedeniyle terkin edilmesi talepli davalarda yapılacak olan giderlerin, ipoteğin sağladığı teminatın dışında tutulması ve alacaklının, söz konusu giderler bakımından ilamların icrası yolu ile takip yapabileceğinin kabulü yerinde olacaktır.

41 Sarı, s. 971.
42 Gülekli, s. 82; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 153; Günel, s. 256.
43 Postacıoğlu, Altay, s. 711; Altay, Eskiocak, s. 87.
44 Kuru, s. 69; Üstündağ, s. 29; Muşul, s. 113.

3. Faiz

a. Genel Olarak

İpoteğin hangi faiz kalemlerini teminat aldığının belirlenmesinden önce, faize ilişkin bazı temel kavramların açıklanmasında fayda görmekteyiz.

Faiz, belirli bir miktar parayı ödemekle yükümlü olan borçlunun, alacaklının söz konusu paradan yoksun kalması nedeniyle, bir hukuki işlem ya da kanun hükmü uyarınca, ödemekle yükümlü olduğu karşılıktır[45]. Faiz ödeme borcunun doğumu için öncelikle bir para borcunun varlığı gerekli olup[46]; faizin ulaşacağı miktar, süre ve belirli bir oran göz önünde bulundurularak tayin edilir[47]. Faiz, esas olarak, anapara alacağının bir parçası olmayıp, anaparadan ayrı olarak dava ve takip konusu edilebildiğinden ondan bağımsızdır; ancak bir para borcuna bağlı olarak ortaya çıkması ve kural olarak borcun sona ermesi ile faiz borcunun da sona ermesi (TBK m. 131 [eBK m. 113]) nedeniyle, anapara alacağına bağlı (feri) niteliğe sahip, bir yan edimdir[48].

Para borcunun varlığı nedeniyle kendiliğinden, faiz borcunun ortaya çıkması mümkün olmayıp; bunun için bir hukuki işlemin ya da

---

45 Doktrinde yapılmakta olan tanımlar için bkz. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 322; Mehmet Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul: Beta, 2000, s. 64 vd. ; Nami Barlas, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul: Kazancı, 1992, s. 124 vd. ; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 786 vd. ; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul: Beta, Eylül 2011, s. 939 vd. ; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul: Beta, 2011, s. 201; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 261-217; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Temmuz 2011, s. 594 vd. ; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul: Beta, 2003, s. 153; Murat Aydoğdu, "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 86.

46 Barlas, Temerrüt, s. 137 vd. ; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 48; Kılıçoğlu, s. 594.

47 Eren, s. 939; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 788; Barlas, Temerrüt, s. 125; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 63; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 153, 156; Sarı, s. 971.

48 Barlas, Temerrüt, s. 125; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 50 vd. ; Oğuzman, Öz, s. 323; Eren, s. 939-940; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 786; Hatemi, Gökyayla, s. 217-218; Nomer, s. 201-202; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 154-155; Kılıçoğlu, s. 596-597; Aydoğdu, s. 87-88.

kanuni bir düzenlemenin varlığı gereklidir[49]. Doğumuna kaynaklık eden olguya göre, faiz, iradi (sözleşmesel faiz[50]) ve kanuni faiz olmak üzere ikiye ayrılır. Buna göre faiz, ancak hukuki işlem ile öngörülmüş olması halinde talep edilebiliyorsa, iradi faiz söz konusu olur; ancak bu şekilde, bir hukuki işlemle öngörülmemiş olmasına rağmen, faizin talep edilmesi mümkün ise kanuni faiz vücut bulur[51].

Faizin ilişkin olduğu dönem bakımından yapılan ayrıma göre anapara ve temerrüt faizi[52] söz konusu olur. Anapara faizi, para alacağına, borçlunun temerrüde düşmesine kadar işletilen faizdir[53]. Temerrüt faizi[54] ise para borcunu ödemekte temerrüde düşen borçlunun, temerrüt süresine ilişkin olarak, alacaklıya ödemekle yükümlü olduğu faizi ifade eder[55]. Borçlunun temerrüt faizi ödemekle yükümlü tutulması

49 Oğuzman, Öz, s. 322; Eren, s. 940; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 789-790.

50 Söz konusu ayrıma ilişkin olarak, sözleşmesel (akdi) faiz tabiri, kullanılmakta ise de faize kaynaklık edebilecek olan hukuki işlemler, sadece sözleşmelerden oluşmadığından ve tek taraflı hukuki işlemlerle de faiz öngörülebileceğinden hareketle, iradi faiz kavramı tercih edilmektedir. Konuya ilişkin açıklama için bkz. Helvacı, Faiz Kavramı, s. 96-97.

51 Barlas, Temerrüt, s. 125; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 97.

52 Yargıtay bir kararında, temerrüt faizinin hukuki niteliğine ilişkin olarak şu cümlelere yer vermektedir: *"… Temerrüt faizi, borçlunun para borcunun zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içersindedir. Borçlu kusurlu olsun olmasın, sonuçta borç alacaklıya zamanında ödenmemiş demektir. İşte gerek İsviçre ve gerekse Türk Kanun Koyucusu alacaklı, zararın varlığını ve miktarını, borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın temerrüt faizini talep edebilme imkanını tanımıştır. Temerrüt faizi, alacaklının uğradığı varsayılan zararının hiç değilse faiz oranı ölçüsünde zahmetsizce giderilmesi amacını güder. Faiz yükümlülüğünün doğumu için borçlunun alıkoyduğu para miktarından yarar sağlaması şart olmadığı gibi diğer yönden temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması da şart değildir. Borçlu bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemiyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlıyarak faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Temerrüt faizi alacaklının aksi iddia olunmayan farazi zararının asgari oranda giderilmesine yönelik maktu ve götürü bir tazminat niteliği taşır. Temerrüt faizi, sözleşmeden doğan para borçlarının yanı sıra, sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarında da uygulama alanı bulabilir…"* Yargıtay HGK, E. 1991/11-615, K. 1992/57, T. 12. 2. 1992; Kazancı İçtihat Bankası.

53 Helvacı, Faiz Kavramı, s. 102; Barlas, Temerrüt, s. 126.

54 Temerrüt faizi kavramı yerine gecikme faizi ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 929 vd. ; Gecikme ve temerrüdün, aynı anda gerçekleşmeme ihtimalinin var olması ve kanunun, sadece gecikmeyi değil, temerrüt için gerekli şartların yerine getirilmesi gerekebileceğinden, temerrüt faizi kavramının kullanılması yerinde görülmektedir. Bkz. Barlas, Temerrüt, s. 127.

55 Doktrinde yapılmakta olan tanımlar için bkz. Barlas, Temerrüt, s. 126; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 102; ; Eren, s. 1055-1056; Nomer, s. 247-248; Karahasan, Sözleşme-

için para borcunun ifasında temerrüde düşmesi yeterli olup, ayrıca kusurlu bulunması ve bir zararın doğmuş olması aranmaz[56]. Diğer yandan, tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın, borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle, doğrudan kanundan doğmakla, kanuni faiz niteliği gösterir[57].

TBK' nin 387. maddesinde (eBK m. 307) ticari olmayan tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde, anapara faizinin talep edilebilmesi için taraflarca kararlaştırılmış olması gerektiği; ticari tüketim ödüncü sözleşmesinde ise taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz talep edilebileceği belirtilmiştir. Görüleceği üzere, ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, anapara faizinin doğumunu bir hukuki işlem sağlamakla, sözleşmesel faiz niteliği söz konusu iken ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde anapara faizi, kanuni faiz teşkil eder[58].

Faiz borcunun doğumunun hukuki işleme ya da kanuna dayanması ile faiz oranının hukuki işlem veya kanun ile tayin edilmesi birbirinden farklıdır[59]. Bu bakımdan, örnek olarak bir sözleşmede tarafların para borcuna ilişkin temerrüt faizi oranını, sınırlar içerisinde kalmakla birlikte, kanunda öngörülen orandan daha yüksek olarak kararlaştırmaları halinde, söz konusu temerrüt faizi, sözleşmesel faiz niteliği kazanmaz; sözleşmeyle kararlaştırılan sadece faiz oranıdır.

TMK' nin 852. maddesinde tarafların, sınırlayıcı hükümler saklı kalmak kaydıyla, faiz oranını diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri ifade edilmiştir. 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca anapara faizi, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yıllık yüzde dokuz oranı üzerinde hesaplanır. Temerrüt faizi oranı da sözleşmede kararlaştırılmamış olması halinde, anapara faizinin tabi olduğu orana göre tayin edilir (3095 sayılı Kanun m. 2). Sözleşmede, anapara faizi oranına yer verilirken, temerrüt faizi oranına yer verilmemesi ve bu oranın, mevzuat hükümlerine göre talep edilebilecek olan temerrüt faizi oranından faz-

---

den Doğan Sorumluluk, s. 154, 320; Kılıçoğlu, s. 675.

56 Oğuzman, Öz, s. 520; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 929-930; Barlas, Temerrüt, s. 127-128; Helvacı, Faiz Kavramı, s. 102; Sarı, s. 971; Eren, s. 1056; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 332; Nomer, s. 247-248; Kılıçoğlu, s. 675; Günel, s. 256.

57 Barlas, Temerrüt, s. 125; Eren, s. 1055.

58 Helvacı, Faiz Kavramı, s. 97; Barlas, Temerrüt, s. 125.

59 Oğuzman, Öz, s. 324.

la olması halinde, öngörülen oran, temerrüt faizi oranı bakımından da uygulama alanı bulur (TBK m. 120/3 [eBK m. 103/2]).

TBK m. 88/2 hükmü ile anapara faizi oranının sözleşme ile kararlaştırılmasında emredici nitelikte bir sınırlama tayin edilmiştir. Buna göre, sözleşme ile kararlaştırılan yıllık anapara faiz oranı, yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre belirlenecek olan faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz. Diğer yandan, emredici nitelikte benzer bir sınırlama, TBK' nin 120/2. maddesi ile temerrüt faizi bakımından belirlenmiş ve sözleşme hükümleri ile kararlaştırılan yıllık temerrüt faizi oranının, yürürlükte bulunan mevzuata göre tayin edilen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı öngörülmüştür.

Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[60], TBK hükümlerinde tayin edilmiş bulunan söz konusu sınırlamaların, adi işlerdeki faiz oranları bakımından uygulama alanı bulacağını ve ticari işlere konu olacak faizlerin bu şekilde bir sınırlamaya tabi olmayacağını benimsemektedir. Buna gerekçe olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 8. maddesinde ticari işlerde tarafların faiz oranını serbestçe belirleyebileceklerinin öngörülmüş olduğu ve TTK m. 9 hükmüyle ticari işlerde, kanuni anapara ve temerrüt faizleri hakkında, ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağını öngören hükmün, bu sonucu değiştirmeyeceği gösterilmektedir. Bir diğer görüş[61] ise söz konusu sınırlayıcı hükümlerin, ticari işler bakımından da uygulama alanı bulacağını benimsemektedir.

Kanaatimizce, anapara ve temerrüt faizinin üst sınırını belirleyen söz konusu düzenlemeler, ticari işler bakımından da uygulama alanı bulur. Öncelikle söz konusu hükümler, sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına yönelik emredici nitelik taşıyan düzenlemelerdir. Bir sözleşmenin zayıf tarafı, sadece tarafların tüketici veya tacir olup olmamasına göre belirlenmemelidir. Nitekim bir para ödüncü sözleşmesinde, ödünç alan bir tacirin, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan tüzel kişi tacir banka ile her halde aynı konumda olduğunu söylemek zordur. Bu durumda da banka tarafından tek başına, herhangi bir pazarlık imkânı verilmeksizin, faiz oranı belirlenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin zayıf tarafı olan tacirin, bu korumanın dışında tutulması yerinde olmayacaktır.

60 Oğuzman, Öz, s. 327-328; Nomer, s. 203-204, 251; Kılıçoğlu, s. 605.
61 Aydoğdu, s. 97.

b. Gecikme (Temerrüt) Faizi

TMK' nin 875/1, b. 2. maddesi uyarınca, gecikme faizi, ipoteğin sağladığı teminat kapsamında yer alır.

Gecikme faizi ile temerrüt faizinin kastedildiği kabul edilmektedir[62]. Burada, temerrüt faizine TBK m. 120 (eBK m. 103) uyarınca işletilecek olan temerrüt faizi yanında, TBK m. 121(eBK m. 104) gereği, anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, icra takibinin başlatıldığı veya davanın açıldığı tarihten başlayarak talep edilebilecek olan temerrüt faizi de dâhildir[63]. Temerrüt faizinin kanunda tayin edilen oranda teminat altına alınması ve ipoteğin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen tutardan alınabilmesi için bunun, ayrıca tapu kütüğüne tescil edilmesine gerek yoktur[64]. Kanun hükmü uyarınca, kendiliğinden teminat kapsamına dâhildir[65] (TMK m. 875/1, b. 2).

Hükmün gerekçesinde de ifade edilmiş olduğu üzere, tarafların, sözleşme ile mevzuat ile öngörülmüş bulunan orandan daha yüksek bir faiz oranı kararlaştırmış olmaları halinde, bunun teminattan faydalanması için belirlilik ilkesi gereğince tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gereklidir[66].

---

62 Helvacı, İpotek Hakkı, s. 149; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758; Sarı, s. 971; Şener, s. 211.

63 Köprülü, Kaneti, s. 284; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026; *"… İpotek akit tablosunda 555. 930. 000. - TL için "satıcı lehine 1 yıl vade ile % 60 faizle ipotek tesis edildiği belirtilmiştir. Bu faiz akdi faizdir. BK'nun 104. Maddesi uyarınca "akdi faize, takip tarihinden faiz yürütülmesine" karar vermek gerekirken takip tarihinden itibaren yalnız asıl alacak yönünde temerrüt faizi yürütülmesi isabetsizdir. "* Yargıtay 12. HD, E. 14752, K. 16113, T. 15. 12. 1994; Altay, Eskiocak, s. 355.

64 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026; Köprülü, Kaneti, s. 284; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758; Kuntalp, İpotek, s. 32; Ayan, s. 155; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 150; Akipek, Akıntürk, s. 758; Gülekli, s. 82-83; Ertaş, s. 537; Altop, s. 16; Sarı, s. 972-973; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 203; Günel, s. 256-257; Şener, s. 213; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 153.

65 *"Satılan taşınmaz üzerinde bulunan 2. Derecedeki ipotekle temin edilen alacağı ve ipoteğin temellük eden kişi tarafından, taşınmazın sahibi aleyhine icra takibi yapılmış ve sonuçta taşınmazı alacaklı satın almıştır. Alacaklı birinci derecede ipotekle temin edilen 3. Şahsın alacağını icraya yatırarak, birinci derecede ipoteğin kaldırılmasını icra memurundan istemiştir. Birinci dereceli ipotek alacaklısına yapılan tebligat üzerine alacaklı, MY. nın 875. maddesine istinaden borcun muacceliyet kesbettiği tarihten itibaren faiz talebinde bulunmuştur. İpotek MY. nın 851. maddesine göre düzenlendiğinden, bu ipotek, temerrüt faizini de temin etmiş sayılır. BY. nın 101. maddesi 2. fıkrası gereğince vadeden itibaren muacceliyet kesbedeceğinden, temerrüt bu tarihten itibaren tahakkuk etmiş sayılır. "* Yargıtay 12. HD, E. 59, K. 2343, T. 13. 3. 1980; Nihat İnal, Taşınmaz ve Taşınır Mal Davaları, Ankara: 2006, s. 620.

66 Köprülü, Kaneti, s. 284; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026; Gülekli, s. 83; Helvacı, İpotek

Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[67] kanuni faiz oranının üzerinde bir faiz oranının belirlenmesi halinde, bu faizin sözleşmesel faiz niteliği kazandığını ve buna ilişkin hükümlere tabi olduğunu benimsemektedir. Kanaatimizce, temerrüt faizi oranının, kanunda tayin edilmiş bulunan faiz oranından daha yüksek oranda kararlaştırılması, temerrüt faizine sözleşmesel faiz niteliği kazandıramaz. Nitekim yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, temerrüt faizi, kaynağını kanundan alır ve taraflarca kararlaştırılmasa da talep edilebilir. Kanundan daha yüksek bir faiz oranı kararlaştırılması, onun bu niteliğini değiştiremez. Bu nedenle anapara faizini düzenleme altına alan TMK m. 875/1, b. 3 hükmünün, öngördüğü sınırlamaya tabi olmadan işlemiş olan temerrüt faizi ipoteğin sağlamış olduğu teminattan faydalanır[68].

Yargıtay, vermiş olduğu kararları ile ipoteğin tapu kütüğünde faizsiz olduğuna ilişkin kayıt düşülmüş olması halinde de temerrüdün gerçekleşmesi ile alacaklının temerrüt faizi talebinin, ipoteğin sağlamış olduğu teminattan faydalanacağını kabul etmektedir[69].

Hakkı, s. 150; Kuntalp, İpotek, s. 32; Ayan, s. 155; Akipek, Akıntürk, s. 758; Altop, s. 17; Ertaş, s. 837; Sarı, s. 973; Günel, s. 257; Şener, s. 213; Altay, Eskiocak, s. 30, 94.

67 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758, dn. 180; Sarı, s. 973, 975.

68 Altay, Eskiocak, talep edilebilecek döneme ilişkin olarak, gecikme faizi bakımından kanun tarafından bir sınırlama öngörülmediğini; ancak temenniye değer hukuk açısından, takip veya iflastan önceki sözleşme faizi ile birlikte gecikme faizinin de 3 yıllık süre ile sınırlandırılmasını daha adil ve rasyonel olacağını belirtmektedir. Altay, Eskiocak, s. 93.

69 *"… Davacı banka ile borçlu arasında düzenlenen borçlanma sözleşmesinin 17. maddesine göre taşınmaz üzerinde 171. 449. 400. - TL'lık ipotek tesis edilmiştir. İpotekli borç miktarı 171. 449. 400. - TL. olarak kabul edildiğinden taraflar arasındaki ilişki sonucu daha fazla borç doğmuş ve bu husus sözleşme ile yüklenilmiş olsa bile gayrimenkulun sorumlu olduğu miktar kararlaştırılan miktardır. İpotek kesin borç ipoteği olup faizsiz olduğu kararlaştırılmış olsa bile borçlu temerrüde düşürülmüşse alacaklı faiz isteyebilir. MK'nun 766-a maddesine uygun olarak kurulmuş bir ipotek olmadığından davacının yabancı para alacağının tamamından ipotekli taşınmazın sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda mahkemece borçlunun temerrüde düşürülüp düşürülmediği araştırılarak, temerrüde düşürülmüşse 171. 449. 400. - TL. alacağın satış tarihine kadar işleyecek faiziyle birlikte davacı bankaya ayrılmasına, aksi halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken…"* Yargıtay 19. HD, E. 1997/7887, K. 1997/10322, T. 4. 12. 1997; Altay, Eskiocak, s. 359-360; *"… Takip dayanağı ipotek, 1 yıl süreyle faizsiz olarak tesis edilmiş ise de bu kayıt, vade tarihine kadar ana para için faiz istenemeyeceğini göstermekte olup, temerrüdün oluşması halinde temerrüt faiz istenmesine engel teşkil etmemektedir. İpotek akit tablosunda borcun ifa edileceği gün tayin edilmiş ise, sözü edilen tarihten itibaren, aksi halde borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren alacaklı faiz talep edebilir. Mercice alacaklıların itirazın kaldırılması isteminin bu doğrultuda değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken…"* Yargıtay 12. HD, E. 2002/8420, K. 2002/9545, T. 6. 5. 2002; Altay, Eskiocak, s. 364.

TMK m. 875 hükmünde, gecikme faizi ibaresine yer verilmiş olmakla, alacaklının bununla karşılanamayan aşkın zararının giderilmesi için TBK m. 122 (eBK m. 105) hükmü uyarınca talep edebileceği tazminatın, ipoteğin sağladığı teminattan faydalanması mümkün değildir[70].

Borçludan başka bir kişinin taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmesi durumunda, alacağın muaccel olması için ihtar yapılması gerekmekte ise bu ihtarın, taşınmazın malikine de yöneltilmesi gerekir (TMK m. 887). Aksi halde taşınmaz maliki, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılamayacağını ileri sürerek itirazda bulunabilir ve ihtarın yapılacağı ana kadar işleyecek olan temerrüt faizleri, ipoteğin sağladığı teminatın dışında kalır[71].

c. Anapara Faizi

TMK m. 875/1, b. 3 hükmünde, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faizin, teminatın kapsamına dâhil olduğu öngörülmüştür. Görüleceği üzere, hükmün ifadesi yeterli açıklığa sahip değildir. Bu bakımdan, tayin edilen faiz ve üç yıllık sürenin hangi döneme tekabül ettiği tayin edilmelidir.

Söz konusu hükümle, sözleşmesel faizlerin düzenleme altına alındığı ve kanun hükmü gereği, kendiliğinden ipoteğin sağladığı

70 Gülekli, s. 83; Akipek, Akıntürk, s. 759; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 150; Sarı, s. 973-974; Günel, s. 257-258; Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, munzam zararın istenebileceği sonucuna ulaşmıştır: *"… Taraflar arasındaki uyuşmazlık 22. 9. 1988 tarihli sözleşmeden kaynaklanmakta olup, davacı 8. 9. 1993 tarihinde 184. 069. 256 TL üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmiştir. Takip tarihine göre davada BK. nun 83. maddesine eklenen fıkra hükmü uygulanacağından, borçludan yabancı paranın vade veya füli ödeme günündeki kur üzerinden Türk parası olarak tahsili olanağı bulunmaktadır. Ancak, taraflar arasında mevcut kredi sözleşmesi yabancı para (DM.) üzerinden düzenlenmiş olmasına karşın ipotek MK. nun 766/a maddesinde öngörüldüğü şekilde yabancı para ipoteği olarak tesis edilmediğinden, davacının Türk parası üzerinden takibe geçmesi zorunludur. Bu nedenle BK. nun 83. maddesine eklenen fıkrayla tanınan tercih hakkını Türk parası olarak kullandığı kabul edilemeyeceğinden davacı kur farkından dolayı munzam zarar isteyebilir. Munzam zarar hesaplanırken davaya esas olan takibin başladığı 13. 2. 1997 tarihindeki kur gözetilmeli ve 1. 000. 000. 000 TL'lık talebin haklı olup olmadığı saptanmalıdır…"* Yargıtay 19. HD, E. 2000/2837, K. 2000/5953, T. 21. 9. 2000; İnal, s. 593.

71 Gülekli, s. 84; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 151; Günel, s. 258; Şener, s. 212.

teminatın kapsamına dâhil olduğu belirtilmektedir[72]. Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[73], hükümde düzenleme altına alınmış bulunan faizin, sözleşmesel faiz olması nedeniyle, bu faizin, anapara faizi olabilmesi yanında, oranı kanun hükmü ile tayin edilmiş bulunan orandan daha fazla kararlaştırılan temerrüt faizi de olabileceğini; aynı şekilde, kararlaştırılan anapara faizi oranının kanuni temerrüt faizi oranından fazla olduğu halde, bu oran, temerrüt faizine de uygulanacağından, anapara faizi ve temerrüt faizinin sözleşmesel faiz niteliği taşıyacağını ifade etmektedir. Bir diğer görüş[74] ise burada düzenlenen faizin anapara faizi olduğunu benimsemektedir.

Kanaatimizce, TMK m. 875/1 b. 3 hükmünde belirtilen faiz, anapara faizidir. Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, ticari olmayan tüketim ödüncü sözleşmesinde, anapara faizinin talep edilebilmesi için taraflarca kararlaştırılmış olması gerekir. Ancak gerek temerrüt faizi, gerekse de ticari tüketim ödüncü sözleşmesindeki anapara faizi, kanuni faiz niteliğindedir. Nitekim her iki halde de sözleşme ile karar-

72 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026; Köprülü, Kaneti, s. 285; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759; Ayan, s. 156; Akipek, Akıntürk, s. 758; Sarı, s. 975; "… Davacı bankanın müflis şirketten alacağı gayrimenkul ipoteği ile teminatlı olup, davacı bu alacağını işleyen faizi ile birlikte masaya rüçhanlı alacak olarak kaydını istemiştir. Kaydı istenen alacak ve faiz tutarı, ipotek limiti içinde bulunduğu halde İflas İdaresi, iflas tarihinden sonra işleyen faizleri reddedip, iflas tarihi itibariyle gerçekleşen davacı alacağını masaya rüçhanlı olarak kaydetmiştir. İflas İdaresi, iflas tarihinden sonra işleyen faizleri kapsamında kalan rehinsiz alacaklarla ilgilidir. Oysa dava alacağı gayrimenkul rehinlidir. İİK. nun 195. maddesinde açıklandığı üzere alacağı gayrimenkul rehni ile temin edilmiş alacaklar bu maddenin uygulaması dışında bırakılmışlardır. Aynı şekilde 195. madde kapsamındaki alacakların faizlerine ilişkin düzenlemede bulunan 196. madde hükmü de, ipotek ile temin edilmiş faiz alacaklarını kapsamı dışında bırakmıştır.
Alacakları gayrimenkul rehni ile temin edilmiş alacaklıların, o gayrimenkulun satılacak bedeli üzerinde rüçhan hakları bulunduğu İİK. nun 206/1. maddesinde kabul edilmiş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise rehnin faiz ve teferruatına şümulü, Medeni Kanunun gayrimenkul rehnine müteallik hükümlerine göre tayin edileceği hükmedilmiştir. Medeni Kanunun 790/3. maddesinde gayrimenkul rehninin alacaklısına sağladığı güvenceler kapsamında, iflasın açılması tarihine kadar işleyen faizler ile iflasın açılmasından sonra rehnin satışına kadar işleyecek faizleri de kabul etmiştir.
Bu durumda, rehinle temin edilmiş alacağın, rehnin satışına kadar işleyecek faizinin de o gayrimenkulun bedeli üzerinde rüçhaniyeti vardır. O halde, davacı bankanın talebine konu ve ipotek limiti içinde kalan faiz alacağının da rüçhanlı alacak olarak kabulü gerektiği gözetilmeden…" Yargıtay 19. HD, E. 1992/7716, K. 1992/4727, T. 5. 10. 1992; Kazancı İçtihat Bankası.

73 Sarı, s. 975; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 758, dn. 180.

74 Helvacı, İpotek Hakkı, s. 151; Altay, Eskiocak, s. 92.

laştırılmış olmasa dahi kanun hükmü uyarınca, faiz ödeme borcu doğar. Sözleşme ile uygulanacak olan faiz oranının tayin edilmiş olması, faizin, sözleşmesel faiz niteliği kazanmasını sağlamaz. Bu bakımdan, hükmün düzenleme alanının, anapara faizi olduğu kabul edilmelidir.

İpotek sözleşmesinde, anapara faiz oranının gösterilmesi gerekmez[75]. İpoteğin tesis edilmesi ile teminat altına alınan asıl alacağın yer aldığı temel hukuki ilişkide yer alması yeterlidir. Temerrüt faizinde olduğu gibi kanun hükmü gereği, tapu kütüğüne tescile gerek olmaksızın, kanun hükmü uyarınca teminatın kapsamında yer alması gerekirse de belirlilik ilkesi uyarınca, gizli bir rehin anlaşmasının önüne geçilmesi ve sonraki hak sahiplerinin korunmasından hareketle, faiz oranının ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına girebilmesi için tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gerekir. Bu şekilde, ileride taşınmaz üzerinde hak sahibi olacak kişilerin bilgi sahibi olmaları mümkün olur[76]-[77]. Nitekim Tapu Sicili Tüzüğü'nün[78] 31/1. maddesinin (d) bendinde, varsa faiz oranının, kütük sayfasının özel kısmında gösterileceği belirtilmiştir. Tarafların faiz oranı olarak kanuni faiz oranını kabul etmiş olmaları halinde de tapu kütüğünde sadece faiz kaydına yer verilir ve bu oranın geçerli olduğunu göstermek üzere (K) harfi yazılır[79].

---

75 Tapu Sicil Tüzüğü'nün 15. maddesinde akit yapılmasını gerektirmeyen işlemlerde istem sahibinin kimlik bilgileriyle adresini içeren istem belgesi düzenleneceği; istem sahibinin belgeyi, *"Okudum"* ibaresini yazarak imzalayacağı ve belgenin müdürle belgeyi düzenleyen memur tarafından imza edileceği ve daire mührü ile onanacağı öngörülmektedir.

76 Köprülü, Kaneti, s. 285; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1027; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759; Kuntalp, İpotek, s. 27-28; Ayan, s. 156; Gülekli, s. 86-87; Altop, s. 20; Sarı, s. 976-977; Şener, s. 210; Günel, s. 259-260; Altay, Eskiocak, s. 30; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 148-149; Akipek, Akıntürk, belirlilik ilkesi uyarınca taraflarca kararlaştırılan faiz oranının tapu kütüğünde gösterilmesi şart olduğundan, faizle ilgili sözleşmelerin de resmi şekilde yapılması ve tarafların sonradan yapacakları sözleşmeyle önceki faiz oranını değiştirmeleri halinde, bu değişikliğin de tapu kütüğüne tescil edilmesi gerektiğini benimsemektedir. Akipek, Akıntürk, s. 759; Faiz oranına ilişkin anlaşmanın şekle tabi olup olmadığı, faiz alacağının doğduğu sözleşmenin şekle bağlı olup olmadığı ile ilgili olduğundan, söz konusu sözleşmenin resmi şekilde yapılması sonucuna ulaşılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Gülekli, s. 90; Sarı, s. 976, dn. 48.

77 Üst sınır ipoteğinde ise sözleşmesel faiz oranının tapu kütüğüne tescil edilmesi söz konusu değildir. Nitekim tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan üst sınır tüm alacaklar bakımından geçerli olacağından, bunun üzerinde bir değere ulaşılması mümkün olmaz.

78 7. 6. 1994 tarihli ve 21953 sayılı RG.

79 Altop, s. 20; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 152.

Anapara faizinin istenilmeyeceği hallerde de tapu kütüğünde faizsiz ibaresine yer verilir[80]. Görüleceği üzere temerrüt faizinde olduğu üzere, anapara faizi de kanun hükmü gereği ipoteğin sağladığı teminata dâhildir. Ancak tapu kütüğünde gösterilmemiş olsa da temerrüt faizi, kanunda tayin edilen faiz oranı üzerinden teminattan faydalanır. Farklı bir temerrüt faizi oranı kararlaştırılmış olması halinde, tapu kütüğüne tescil gerekir. Anapara faizi ise teminata dâhil olması için kanuni oran söz konusu olsa da bunun, tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir. Tarafların faiz oranı bakımından sözleşmeye yollama yapılmasına ilişkin kayda yer verilmiş olması halinde de esas alınacak olan sözleşme, tapu dışında yapılan işlemlerin, taraflar arasında etkili olması ve kamuya açıklığın sağlanamayacak olması nedeniyle, daha sonraki hak sahiplerinin korunması mümkün olamayacağından, resmi ipotek sözleşmesidir[81]. Nitekim tapu kütüğüne faiz oranının tescil edilmesi halinde, yapılan tescil gerekli korumayı sağlayacağından, resmi ipotek sözleşmesinde yer verilmesine gerek yoktur. Ancak sözleşmeye yollama yapılması halinde, üçüncü kişilerin resmi ipotek sözleşmesi dışındaki sözleşmeyi bilmeleri ve korunmaları mümkün değildir.

TMK m. 875/1 b. 3 hükmünde, anapara faizinin sınırsız şekilde, kanun hükmü uyarınca teminat kapsamına dahil olması kabul edilmemiş ve belirli bir sınırlama tayin edilmiştir.

Hükümde belirtilen muaccel olmuş üç yıllık faiz, iflasın açıldığı veya ipoteğin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarihe en yakın, faize ilişkin vadeden itibaren geriye doğru üç yıl içinde muaccel olan faizi ifade eder[82]. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, iflasın açıldığı veya paraya çevirme talep edilen tarihten geriye doğru üç yıl olarak talep hakkının bulunduğunu kabul etmektedir[83].

---

80 Helvacı, İpotek Hakkı, s. 152, dn. 40.

81 Kuntalp, İpotek, s. 28.

82 Gülekli, s. 87; Kuntalp, İpotek, s. 31-32; Sarı, s. 975-976; Günel, s. 260.

83 *"… dava konusu alacağın teminatını teşkil eden ipoteğin M. K. 'nun 796. maddesi gereğince (...ileride vücut bulacak yahut vücut bulması muhtemel olan herhangi bir alacağın) temini için yapılmış (Maksimal ipotek) değilde, yine aynı madde hükmü gereğince (Mevcut bir alacağın) temini için yapılmış bir (ana para rehni) diğer bir deyişle (kesin rehin) olduğu anlaşılmaktadır.*

Davacı alacaklı banka açısından mevcut bir alacağın munzam teminatını teşkil eden bu nevi ipotek teminatının kapsamına, MK. 790. maddesindeki (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde sayılan hususlar dahil bulunmaktadır. M. K. 'nun 790. maddesinin (3) numaralı bendine göre ise (gayrimenkulün satılması talep edildiği zamanda vadeleri hulül etmiş

Diğer yandan, son vadeden itibaren işleyecek olan faizin, iflasın açıldığı veya ipoteğin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarihe en yakın faize ilişkin vade tarihinde itibaren işleyecek olan faiz olduğu ve söz konusu faizin paraya çevirme işlemlerinin tamamlandığı ana kadar işlemeye devam edeceği belirtilmektedir[84]-[85]. Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[86], son vadeden başlayarak işleyecek olan faizin, aslında temerrüt faizi olduğunu ifade etmekte ve temerrüt tarihine kadar sözleşmesel faizin, bu tarihten sonra temerrüt faizi işletilmesini belirtmektedir.

Kanaatimizce, ipoteğin teminat altına aldığı anapara faizi ve temerrüt faizinin işleyeceği dönem bakımından farklı bir değerlendirme

---

bulunan 3 senelik faizler ile son vadeden itibaren cereyan eden faizlerin) taşınmaz ipoteği ile teminat altına alındığı hükme bağlamış bulunmaktadır. Dava, konusu talep kalemleri içerisinde yer alan (sözleşme faizi)nin hesaplanmasında bu madde hükmü gözönünde tutularak davacı ipotek alacaklısının taşınmazı üzerindeki rehnin paraya çevrilmesi istemi tarihinden itibaren geriye doğru üç yıllık talep hakkı bulunduğuna göre bu kalemden dolayı fazlaya ilişkin talebin reddi gerekir…" Yargıtay 11. HD, E. 1979/5471, K. 1979/5968, T. 27. 12. 1979; Altay, Eskiocak, s. 340-342.

84 Köprülü, Kaneti, s. 285; Kuntalp, İpotek, s. 32; Sarı, s. 976; Günel, s. 260; Şener, s. 209.

85 Kapsamın tayin edilmesi bakımından, doktrinde verilmiş bulunan bir örneği, burada aktarmayı uygun görmekteyiz: *"(B)'nin 1. 1. 2000 tarihinde (A)'dan yıllık % 10 faizle 10. 000- TL kredi aldığını ve bu krediyi teminat altına almak maksadı ile taşınmazı üzerinde (A) lehine 10. 000- TL'lik bir anapara ipoteği kurduğunu varsayalım. (B)'nin borcunu vadesinde ifa etmemesi üzerine alacaklı (A) 1. 4. 2005 tarihinde ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini talep eder ve taşınmaz fiilen 1. 5. 2006'da paraya çevrilecek olursa ipoteğin kapsamına girebilecek olan anapara faizlerinin şu şekilde saptanması gerekir:*
Rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği 1. 4. 2005'ten önceki üç yıllık faiz yani 31. 3. 2002'den 31. 3. 2003'e, 31. 3. 2003'ten 31. 3. 2004'e ve 31. 3. 2004'ten 31. 3. 2005'e kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz.
Rehnin paraya çevrilmesi talebinden (1. 4. 2005 tarihinden) önce gelen son vade tarihinden yani 31. 3. 2005 tarihinden itibaren paraya çevirmenin gerçekleştiği 1. 5. 2006 tarihine kadar işleyecek faiz. " Helvacı, İpotek Hakkı, s. 153; Doktrinde verilmiş bulunan diğer örneklerde ise faizin başlangıç tarihi itibariyle yıllık olarak tekabül edecek dönemler neticesinde, paraya çevrime talebine ilişkin tarihe en yakın vade tarihinden itibaren üç yıl geriye gidilmesi yolu ile üç yıllık dönem tayin edilmektedir. Buna göre son vadeden işleyecek olan faiz de belirtilen son vade tarihinden itibaren işleyen faizi göstermektedir. Köprülü, Kaneti, s. 285; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026-1027; Günel, s. 261; Bu durum, yukarıdaki örneğe uyarlanırsa, üç yıllık faizin 31. 12. 2004 tarihi ile 1. 1. 2001 tarihi aralığında işleyecek faiz olmaktadır. Son vadeden itibaren işleyen faiz de 31. 12. 2004 tarihinden paraya çevirmenin gerçekleştiği 1. 5. 2006 tarihine kadar işleyen faizi ifade eder. Ancak, verilmiş bulunan söz konusu örneklerde, üç yıllık faiz için tayin edilen dönem içerisinde, takip başlatılmış ve borçlu da en geç bu tarihte temerrüde düşmüş olacağından, anapara faizinin işlemesi mümkün değildir.

86 Şener, s. 209-210, dn. 573.

yapılması gerekmektedir. Nitekim anapara faizi, temerrüdün gerçekleşmesine kadar olan dönemde işler; dolayısıyla, bu tarihten sonra, anapara faizi işletilemez[87]. Temerrüt faizi de temerrüt tarihinden kural olarak ödeme tarihine, diğer bir ifade ile paraya çevrilme işleminin tamamlanmasına kadar işler. Borçlu daha evvel temerrüde düşürülmemiş ise icra takibinin başlatılması veya dava açılması ihtar yerine geçer; bununla, borçlu temerrüde düşmüş olur ve bu tarihten itibaren, temerrüt faizi talep edilebilir[88]. Diğer yandan, TBK m. 121(eBK m. 104)

87 *"… Bilindiği gibi faiz, işlevi ve oluşum tarzı bakımından "kapital faizi ve temerrüt faizi"* olarak ikiye ayrılır.
Temerrüt faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılıktır.
Kapital faizi ise, alacaklıya ait bir para meblağının faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde bir süre borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüşse kapital faizi söz konusu olacaktır…
Aydınlatılması gereken husus, vade tarihi ile takip tarihi arasındaki süreye ilişkin hesap edilen 1. 137. 839. 999. -TL. nın kapital faizi haline gelip gelmediği ve sonuç olarak bu miktara tekrar faiz yürütülüp yürütülmeyeceği hususundadır…
BK. Md. 104/f. 1 de, temerrüt faizinin, temerrüdün oluşumundan itibaren işleyeceği kuralına bir istisna getirilmiştir. Buna göre, faizlerin, iratların veya bağışlanan bir miktar paranın ödemesinde temerrüde düşen borçlu aleyhine ancak icraya veya mahkemeye başvuru tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülür, istisnai nitelikteki bu düzenleme sadece maddede sayılan para borçları bakımından geçerlidir. Kıyas yoluyla daha başka para borcu tiplerine uygulanamaz. Faizlerin ve iratların gelir getirecek biçimde yatırım amacıyla kullanılması mutad olmayıp, sadece çok sınırlı bir çerçevede bu yola gidilebilir. Bu yüzden faiz ve iratların temerrüdün oluşumundan itibaren faize tabi tutulmasına gerek görülmemiştir.
B. K. 104/1'de yer alan *"FAİZ"* deyimiyle kastedilenin KAPİTAL FAİZİ olup, temerrüt faizleri buraya dahil değildir. Çünkü temerrüt faizlerine esasen dava veya takip tarihinden sonraki dönem için dahi temerrüt faizi yürütülmesi BK. md 104/f. lll ile yasaklanmıştır…
Açıklanan hukuksal durum çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde, alacaklının alacağı kapital faizi olmayıp temerrüt faizi niteliğinde bulunduğundan, BK. 104/son maddesi uyarınca temerrüt faizi alacağına tekrar temerrüt faizi yürütülmesi kanunen mümkün bulunmadığından…" Yargıtay HGK, E. 2002/12-709, K. 2002/781, T. 9. 10. 2002; Kazancı İçtihat Bankası.

88 Oğuzman, Öz, s. 397; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 915; Barlas, Temerrüt, s. 45; Nomer, s. 248; Karahasan, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 205; "… *Borç taahhüdünü ihtiva eden adi senetler, ya vadeyi ihtiva eder yahut da vadesiz bulunur. Vadeyi ihtiva ettiği takdirde, alacaklı, takip zaptında, vade tarihinden itibaren faiz talebinde bulunursa, Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesi uyarınca, borcun ifa edileceği gün, evvelce müttefikan tayin edilmiş olacağından, vadesinde borcunu ödemeyen borçlu, mütemerrit sayılacağı cihetle, faizin vade tarihinden itibaren hesap edilmesi iktiza eder. Vade tayin edilmeyip de borçluya ihbar yapıldığı halde borç ödenmezse, yine ihbarda tespit edilen günün hitamından itibaren faiz yürütülmesi lazım gelir. Şayet, alacaklı vade tarihinden itibaren faiz isteğini takip zaptında açıkca beyan etmeyip de mutlak surette*

hükmü uyarınca, anapara faizinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, icra takibinin başlatıldığı veya davanın açıldığı tarihten başlayarak, temerrüt faizi talep edilebilir[89].

Anlatılanlar ışığında bir örnek üzerinden anapara ve temerrüt faizi bakımından ipoteğin sağladığı teminatın ele alınması yerinde olacaktır: (A), (B)' den 1. 2. 2001 tarihinde yıllık % 10 faizle 20. 000 TL tutarında tüketim ödüncü alır. Buna karşılık, (A), aynı tarihte taşınmazı üzerinde, (B) lehine belirtilen miktarda bir anapara ipoteği tesis eder. (A)' nın borcunu, 1. 4. 2006 tarihinde ifa edeceği kararlaştırılır. Ancak (A), bu tarihte borcunu ifa etmediğinden, (B), 1. 9. 2007 tarihinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatır ve 1. 5. 2009 tarihinde taşınmazın satışını talep eder. Taşınmaz, 1. 6. 2012 tarihinde paraya çevrilir.

---

faiz talep etmiş ise, faizin takip tarihinden itibaren hesap edilmesi zaruridir. Vade ve ihbar tarihlerine gidilemez. Senette vade yoksa, takip tarihinden itibaren faiz hesap edileceği tabiidir…" Yargıtay İBGK, E. 1957/17, K. 1957/29, T. 11. 12. 1957; Kazancı İçtihat Bankası; *"İpotek akit tablosuna göre ipotek kesin borç ipoteğidir. Merciin teminat ipoteği olduğuna ilişkin görüşü uygun değildir. MY. nın 875. maddesi hükmüne göre taşınmaz rehni alacaklıya asıl alacak, takip masrafları ve geçen günler faizlerini temin eder. İpotek akit tablosunda vade ve faiz öngörülmemiştir. Vade tayin edilmediğinden borçlu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. İhtarname tebliğ edilmediğinden alacaklı takip tarihine kadar faiz isteyemez. Takip talebi ihtar yerine geçeceğinden takip tarihinden itibaren faiz talebinde bir usulsüzlük yoktur…"* Yargıtay 12. HD, E. 16464, K. 20281, T. 27. 12. 1993; İnal, s. 622; *"… İpotek faizsiz ve süresiz kurulduğundan borcun muaccel hale gelmesi borçlunun temerrüde düşürülmesine bağlıdır. Zira BK. 'nun 101/2. maddesinde yer alan borcun ifa edileceği gün (vade tarihi) sözleşmede belirtilmemiştir. Bu durumda, borçlunun temerrüdünün ne zaman gerçekleştiğinin saptanmasında BK'nun 101. maddesinin "muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur" hükmü dikkate alınmalıdır. Borçlu ihtar ile temerrüde düşeceğinden alacaklı ihtardan itibaren geçmiş günler faizini isteyebilecektir. Alacaklı, alacağını Noterde düzenlediği ihtarname ile istemiş ise de bu ihtarname borçluya tebliğ edilemediği için sonuç doğurmaz. Ancak alacaklı Adana 5. İcra Müdürlüğü'nün 2002/4960 esas sayılı takip dosyasında bu alacağını daha önce takip konusu yaptığı anlaşılmakla önceden yapılmış bir ihtar bulunmasa dahi kesinleşen bu takip ile borçlunun mütemerrit olduğunun kabulü gerekir. Çünkü alacaklı ödeme emrinin tebliğ suretiyle ödeme talebini en ciddi ve etkili biçimde borçluya iletmiş olmaktadır. Bu durumda, alacaklının başlattığı bu ikinci takipte, ödeme emrinin tebliği tarihi itibarı ile başlatılacak yasal faizi ile birlikte ipotek alacağını isteyebilir…"* Yargıtay 12. HD, E. 2005/18517, K. 2005/23240, T. 25. 11. 2005; Kazancı İçtihat Bankası.

89 *"MY. nın 875. maddesinde taşınmaz rehninin alacaklıya temin edeceği haklar sınırlı olarak sayılmış olmasına göre, ipotek akit tablosunda 555. 930. 000 TL. için satıcı lehine 1 yıl vade ile % 60 faizle ipotek tesis edildiği belirtilmiştir. Bu faiz akdi faizdir. BY. nın 104. maddesi uyarınca akdi faize, takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekirken takip tarihinden itibaren yalnız asıl alacak yönünden temerrüt faizi yürütülmesine karar verilmesi isabetsizdir. "* Yargıtay12. HD, E. 14752, K. 16113, T. 15. 12. 1994; İnal, s. 622-623.

Verilmiş bulunan örneğe göre, kanaatimizce, faiz bakımından ipoteğin sağladığı teminatın kapsamı şu şekilde olmalıdır: Anapara faizi, 1. 2. 2001 tarihinden itibaren, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu 1. 4. 2006 tarihine kadar işler. Nitekim 1. 4. 2006 tarihinden itibaren, paraya çevrilme işleminin tamamlandığı 1. 6. 2012 tarihine kadar, temerrüt faizi işler. Anapara faizine işletilecek olan temerrüt faizi de 1. 9. 2007 tarihinden, paraya çevirme işleminin tamamlandığı 1. 6. 2012 tarihine kadar işler. Buna göre, talep edilebilecek olan üç yıllık muaccel olmuş bulunan faiz, 1. 4. 2006 tarihinden geriye doğru, bu tarihe en yakın vade olan 31. 1. 2006 tarihi ile 1. 4. 2003 tarihi aralığında işlemiş bulunan faizdir[90]. Son vadeden başlayarak işleyen faiz ise son vade tarihi olan 31. 1. 2006 tarihinden itibaren 31. 3. 2006 tarihine kadar işletilecek olan faizdir. TMK m. 875/1 b. 2'de, temerrüt faizi bakımından bir sınırlamaya yer verilmemiş olduğundan, asıl alacağa ilişkin olarak, 1. 4. 2006 tarihinden, paraya çevirme işleminin tamamlandığı 1. 6. 2012 tarihine kadar işleyen faiz ve anapara faizine ilişkin olarak, 1. 9. 2007 tarihinden, 1. 6. 2012 tarihine kadar işleyen temerrüt faizi ipoteğin sağlamış olduğu teminattan faydalanır.

Görüleceği üzere, üç yıllık faiz, anapara faizinin borçlunun temerrüde düştüğü tarihine kadar işleyebilecek olması ve borçlunun en geç takibin başlatılması ile temerrüde düştüğü nazara alındığında, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihten evvel, ancak temerrütten evvel işlemiş bulunan faizdir. İflasın açıldığı veya paraya çevirme talep edilen tarihten geriye doğru üç yıl olarak talep hakkının kabulü yerinde değildir. Nitekim belirtilen tarihler, temerrütten sonra olmakla, çoğunlukla anapara faizinin işleyemeyeceği döneme tekabül eder. Anapara faizi ve temerrüt faizinin işleyeceği dönem nazara alınarak yapılan değerlendirmeye göre, son vadeden itibaren işleyecek olan faiz de temerrüt faizi olmayıp, anapara faizidir. Bu nedenle, son vadeden itibaren işleyen faiz, sınırsız nitelikte olmaması yanında, ipoteğin paraya çevrildiği ana kadar da işlemeye devam etmez. Buna göre, anapara faizinin yıllık dönemler halinde muaccel olması nedeni ile anapara faizine ilişkin son vadeden itibaren temerrüt

90 Faiz belirli bir zamanın geçmesi neticesinde, ortaya çıkacağından, sözleşmeye göre 1. 2. 2001 tarihinden başlamak üzere, 1. 2. 2001 ile 31. 1. 2002, 1. 2. 2002 ile 31. 1. 2003, 1. 2. 2003 ile 31. 1. 2004 olmak üzere birer yıllık dönemler halinde muaccel hale gelmektedir. Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1026, dn. 22.

tarihine kadar işleyecek olan anapara faizi teminatın kapsamına dahildir. TMK m. 875/1 b. 2'de gecikme faizi, ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına dahil kalemlerden bir tanesi olarak gösterildiğinden, son vadeden itibaren işleyecek olan faizin de temerrüt faizini ifade ettiğinin kabulü yerinde değildir. Kanunun aynı hususu aynı maddede iki farklı bent içerisinde düzenlediği sonucuna ulaşılamaz. Borçlunun temerrüde düştüğü tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmesi ve bent hükmünde son vade tarihinden itibaren işleyecek olan faizin ipoteğin paraya çevirme işlemlerinin tamamlandığı tarihe kadar işleyecek olmasının kabulü, çakışacak olan her iki dönem bakımından mükerrer faiz işletilmesi sonucunu ortaya çıkarır.

Diğer yandan, ipoteği belirli bir süre ile faizsiz olduğu tapu kütüğüne tescil edilmişse, bu sürenin tamamlanmasının ardından, anapara faizi işletilebilir ve belirtilen sınırlar içerisinde, ipoteğin sağladığı teminattan faydalanır[91].

TMK m. 875/1 b. 3'te belirtilen ipoteğin sağladığı teminata dâhil bulunan anapara faizinin sınırlarına ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Üç yıldan önce işlemiş olan faiz teminat kapsamında yer almaz. Tarafların hükme aykırı olarak, öngörülen sınırlar dışında kalan faizin teminattan faydalanacağına ilişkin anlaşmalar, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bunlar için ayrı bir ipotek kurulabilir; aksi halde adi alacak olarak takibe konu edilebilir[92].

Uygulamada bankaların, başlangıçta yüksek bir faiz oranı öngörmeleri ve faiz oranını tek taraflı olarak değiştirme haklarını saklı tuttukları görülmektedir. Söz konusu sözleşme hükümlerinin, öncelikle yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, TBK m. 88/2 uyarınca öngörülen faiz oranı üst sınırına uygunluk bakımından denetlenmesi gerekir. Diğer yandan, faiz oranının tek yanlı olarak değiştirilmesine imkân veren sözleşme hükmü ise gerekli şartlar mevcut olması halinde, TBK' nin 20 vd. maddeleri ile düzenleme altına alınmış bulunan genel işlem şartlarının denetim ve geçerlilik koşullarına ilişkin rejime tabi olacaktır.

---

91 *"…Somut olayda, akit tablosunda yer alan bir yıllık süre, faiz ödenmeden geçecek zamanı ifade etmekte olup, bu dönemin geçmesinden sonra talep tarihine kadar ana para ve eklentilerinin ödenmesi halinde ipoteğin kaldırılmasına karar verilebilir…"* Yargıtay 12. HD, E. 2005/15879, K. 2005/19438, T. 10. 10. 2005; Altay, Eskiocak, s. 96.

92 Gülekli, s. 88; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 153; Gülekli, s. 87; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 153, dn. 43; Altop, s. 19-20; Sarı, s. 976; Günel, s. 261; Şener, s. 209.

Tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan faiz oranının, bir şekilde, teminat altına alınan alacağa ilişkin taraflar arasındaki sözleşme ile tayin edilmiş bulunan faiz oranından daha yüksek olması durumu ile karşılaşılması mümkündür. Bu halde, alacaklının, yüksek faiz oranı ile faiz alacağına teminat elde etmiş olması, daha sonra hak sahibi olan üçüncü kişilerin korunmasını amaçlayan, TMK' nin 875. maddesinin emredici düzenlemesinin etrafının dolanılması niteliğindedir. Nitekim söz konusu hüküm ile belirlenmiş bulunan alacak kalemlerine başka alacak kalemlerinin dâhil edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ipoteğe kaynaklık eden alacağın bulunduğu sözleşme ile belirlenen faiz oranından, daha yüksek tescil edilmiş faiz oranı kanuna karşı hile olarak değerlendirilmeli ve sözleşme ile belirlenen faiz oranı uygulama alanı bulmalıdır.

d. Faiz Oranının Arttırılması

Ekonomi alanında ortaya çıkacak olan değişiklikler nedeniyle, evvelce kararlaştırılarak tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan faiz oranı yükseltilmek istenilebilir. Ancak söz konusu artırım, sonraki alacaklıların zarara uğramasına yol açması mümkündür. Bu nedenle, TMK m. 875/2 hükmü ile daha önce belirlenmiş olan faiz oranının, sonra gelen alacaklıların zararına olacak şekilde arttırılamayacağı öngörülmüştür. Hüküm uyarınca taraflar, kanuni faiz oranından daha düşük bir oranda belirlenmiş bulunan faiz oranını, yine bu oranın altına olacak şekilde dahi alacaklılar zararına arttıramazlar. Bu şekilde faiz artırımı nedeniyle, sonradan gelen diğer alacaklıların, zarara uğraması önlenmek istenilmiştir. Tapu kütüğünde gösterilmiş bulunan faiz oranının yükseltilmesi, sonra gelen alacaklıların buna rıza göstermeleri halinde mümkün olur[93]. Ayrıca, sonra gelen ipotekle temin edilmiş bulunan alacaklar üzerinde hak sahibi olan kişilerin bulunması halinde, bunların da rızası aranmalıdır. Faiz oranının yükseltilmesi bakımından da resmi sözleşmeye gerek yoktur. Ancak yükseltilmiş bulunan oranın ipoteğin sağladığı teminattan faydalanabilmesi için tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekir. Diğer yandan, söz konusu hüküm, evvelce faiz kararlaştırılmamış olmasına rağmen, sonradan faiz kararlaştırılması için de uy-

93 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 154; Gülekli, s. 88-89; Ayan, s. 156; Akipek, Akıntürk, s. 759; Altop, s. 21-22; Sarı, s. 977; Şener, s. 211; Günel, s. 261-262; Altay, Eskiocak, s. 30, 94.

gulanır ve bu halde de rıza şartının yerine getirilmiş olması gerekir[94]. Bu şekilde, sonraki alacaklıların rızası alınmadan yapılan artırım, diğer rehinli alacaklılara karşı ileri sürülemez ve arttırılan faiz oranı, ipoteğin sağladığı teminattan faydalanamaz. Faiz oranının artırılması, sonraki alacaklıların zararına olacak şekilde artırılamayacağından, yapılmış bulunan söz konusu artırımın uyarınca alacaklıların zarara uğrayıp uğramadığı belirlenmelidir. İpoteğin paraya çevrilmesinden sonra, arttırılmış faiz oranına rağmen, tüm alacaklıların bir zarara uğramaması ve alacaklarının karşılanmış olması halinde, yapılan artırıma göre işleyen faiz, teminattan faydalanır[95]. Ayrıca hükümde, sonraki alacaklılar ibaresine yer verilmiş olmakla, daha sonra gelen alacaklılar dışındaki diğer sınırlı ayni hak sahiplerinin rızasının alınmasına yer yoktur[96].

4. Taşınmazın Korunması İçin Yapılmış Zorunlu Masraflar

TMK' nin *"Zorunlu masrafların güvencesi"* başlıklı 876. maddesinde alacaklının, rehinli taşınmazın korunması için yapmış olduğu zorunlu masraflar ve ödemiş olduğu sigorta primlerinden doğan alacaklarının, tescile gerek olmaksızın teminattan yararlanacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan ipotek, alacaklı tarafından ödenen sigorta primleri ile ipoteğin konusunu oluşturan taşınmazın korunması için yapılan diğer masrafları da teminat altına almaktadır.

Taşınmazın korunması için yapılmış bulunan zorunlu masraflar nedeniyle, alacaklı, tescile gerek olmaksızın, asıl alacak ile birlikte aynı derecede, söz konusu hüküm gereği ipoteğin sağlamış olduğu teminattan faydalanır[97]. Bu durumda, ipotek hakkı sahibi alacaklının, vekâletsiz iş gören gibi hareket ettiği kabul edilmektedir[98].

Burada tayin olunan zorunlu masraflar, TMK m. 865-867 hükümleri ile düzenleme altına alınmış bulunan, taşınmazın değerinin düşmesinin önlenmesi için yapılan masraflardan farklıdır. Nitekim belir-

94 Gülekli, s. 89-90; Günel, s. 261-262.
95 Köprülü, Kaneti, s. 286; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1027; Gülekli, s. 91; Günel, s. 262.
96 Sarı, sıra itibariyle sonra gelen diğer sınırlı ayni hak sahiplerinin de rızasının aranması gerektiğini belirtilmektedir. Sarı, s. 977.
97 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1028; Esener, Güven, s. 449; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759; Altop, s. 23; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 156; Gülekli, s. 92-93; Günel, s. 263; Şener, s. 214.
98 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1028; Ayan, s. 157; Şener, s. 214; Altay, Eskiocak, s. 31, 94.

tilen hükümler ile alacağını teminat altına alan ipotek sahibi alacaklı, ipoteğin paraya çevrilmesi neticesinde elde edeceği tutar kötüleşebileceğinden, taşınmazın değerinin düşmesini önleyecek veya giderecek mahiyette yapmış olduğu masraflar nedeniyle, kanundan doğan ve tescile tabi bulunmayan bir ipotek hakkına sahip olur. Bu bakımdan, zorunlu masraflar için taşınmazın, paraya çevrilmesi neticesinde teminatın kötüleşmesine sebep olacak nitelikte değerin azalmasını önlemek üzere yapılmış olmak şartı aranmaz[99]. Diğer yandan, zorunlu masraflar, asıl alacak ile birlikte aynı sırada teminat kapsamında yer alırken; taşınmazın değerin düşmesini önleyici veya giderici masraflar, taşınmaz üzerinde yer alan diğer yüklerden önce gelecek nitelikte ipotek hakkı sağlar[100].

Malikin borçlu olduğu sigorta primlerinin ödenmesi, zorunlu masraflar bakımından, örnek olarak gösterilmiştir[101]. İpotek konusu taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masrafların ipoteğin sağlamış olduğu teminat kapsamı içerisinde yer aldığı öngörülmüş olmakla, yapılacak faydalı ve lüks masraflar teminat dışında kalır[102]. Dolayısıyla zorunlu deprem sigortası prim bedelinin ipotek sahibi alacaklı tarafından ödenmesi halinde, bu harcama tutarı, ipoteğin sağladığı teminat içerisinde yer alır. Ancak bunun dışında örnek olarak, bankadan alınmış bir kredi neticesinde, üzerinde ipotek tesis edilmiş bulunan taşınmaza ilişkin olarak, yangın veya ev sigortası primlerinin, alacaklı banka tarafından ödenmiş olması halinde, bunlar, teminata dâhil olmamalıdır. Bundan başka, yapılmış bulunan masrafın hüküm kapsamında yer alıp almadığı, somut olayın özellikleri nazara alınarak tayin edilir. Dolayısıyla, aşırı yağmur nedeniyle su baskınına maruz kalmış bulunan taşınmazdan suyun tahliye edilmesi için veya su baskınına maruz kalmaması için ya da tesisatın su kaçırmasını engellemek üzere yapılmış bulunan masraflar ile üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen tecavüzün önlenmesi için yapılan dava masraflarının, bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

99 Köprülü, Kaneti, s. 343; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 156; Ertaş, s. 538; Sarı, s. 979; Günel, s. 263.

100 Kuntalp, İpotek, s. 33; Gülekli, s. 93; Altop, s. 23, dn. 23; Ertaş, s. 538; Ayan, s. 157.

101 Sarı, s. 979; Günel, s. 263.

102 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1028, dn. 26; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 759, dn. 184; Kuntalp, İpotek, s. 33; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 156; Gülekli, s. 93; Altop, s. 23; Günel, s. 263; Şener, s. 214; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 154.

II. ÜST SINIR İPOTEĞİNDE ALACAĞIN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Anapara ipoteği, sadece alacak miktarının belirli olması halinde tesis edilebilirken; üst sınır ipoteği, her türlü alacak için söz konusu olabilecek genel ipotek türüdür[103]. Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, alacağın, bir borç ilişkisi gereği doğmuş; fakat miktarının belirli olmaması ya da henüz doğmamış olması halinde de ipotek tesis edilebilir. Ayrıca henüz doğmamış bulunan alacağın, doğmasının kesin ya da sadece ihtimal dâhilinde olması mümkün olduğu gibi şarta bağlanmış bulunan alacaklar da teminat altına alınabilir[104]. Bu şekilde miktarı belirli olmayan alacakları teminat altına almak üzere kurulan olan ipoteğe, üst sınır ipoteği adı verilir[105]. Nitekim bu gibi hallerde, alacağın, anapara ipoteği ile teminat altına alınması mümkün değildir; ancak alacağın mevcut ve miktarının belirli olması halinde, bir üst sınır ipoteği kurulmasına engel yoktur[106].

İpotek, para borçları yanında, paradan başka bir şeyin verilmesi, yapma ve yapmama borçlarına ilişkin olarak da kurulabilecek olmakla, söz konusu borçların ifa edilmemesi halinde istenecek olan tazminat tutarı, teminat altına alındığından[107] ve söz konusu tazminat tutarının, ileride doğması muhtemel ve miktarı belirsiz bir alacak niteliği göstermesi nedeniyle, ancak bir üst sınır ipoteği tesis edilerek teminat sağlanabilir[108].

---

103 Kuntalp, İpotek, s. 22.

104 Kaynar, s. 14-15, 31; Davran, s. 46; Köprülü, Kaneti, s. 287-288; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1022, 1028; Esener, Güven, s. 428; Erman, s. 168; Kuntalp, İpotek, s. 16 vd. ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 766; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 6, 139 vd. ; Sarı, s. 966, 979; Gülekli, s. 76 vd. ; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 206-207; Şener, s. 6-7; Altay, Eskiocak, s. 32, 102.

105 Köprülü, Kaneti, s. 287-288; Esener, Güven, s. 434, 449-450; Akipek, Akıntürk, s. 760; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 766; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1022; Kuntalp, İpotek, s. 21 vd. ; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 143; Ertaş, s. 525; Altop, s. 23 vd. ; Ayan, s. 136; Sarı, s. 979 vd. ; Günel, s. 250; Şener, s. 32 vd. ; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 154.

106 Gülekli, s. 77-78; Kuntalp, İpotek, s. 22-23; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 32-33, 142; Ertaş, s. 548; Sarı, s. 983; Altay, Eskiocak, s. 31.

107 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 719, 765, dn. 213; Esener, Güven, s. 428-429; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 7, 139, 145; Ertaş, s. 548; Kuntalp, İpotek, s. 3; Akipek, Akıntürk, s. 757; Erman, s. 168; Ayan, s. 135; Sarı, s. 966, 968; Şener, s. 6-7; Altay, Eskiocak, s. 29; Eraslan, s. 66.

108 Helvacı, İpotek Hakkı, s. 146; Altay, Eskiocak, s. 29-30, 102.

TMK m. 851 hükmünde, alacak miktarının belirli olmaması halinde, alacaklının bütün taleplerini karşılayacak şekilde, taşınmazın teminat altına alacağı üst sınırın, taraflarca belirtileceği öngörülmüştür. Buna göre, üst sınır ipoteğinin kurulmasında, teminat sağladığı en yüksek sınır belirlenerek tapu kütüğüne tescil edilir[109]. En yüksek sınırın tescil edilmesi, belirlilik ilkesinin gerçekleşmesine ve bu anlamda, ileride taşınmaz üzerinde hak sahibi olacak kimselerin korunmasına hizmet eder[110].

Belirlilik ilkesi kapsamında, alacağın dayandığı hukuki sebebin, ipotek sözleşmesinde gösterilmesi anapara ipoteği bakımından aranmazken; üst sınır ipoteğinde, taraflar arasındaki her türlü hukuki ilişkiden doğan borcun ipoteğin kapsamına dâhil edilebilecek olması ve bunun kişilik hakkına aykırılığa sebebiyet verebilecek olması nedeniyle, hukuki sebebin gösterilmesi gerektiği haklı olarak benimsenmektedir[111]. Örnek olarak banka ile yapılmış bir genel kredi sözleşmesi neticesinde, tescil edilen üst sınır ipoteğine ilişkin sözleşmede, taşınmazın ileride taraflar arasında kurulacak ilişkiler için de teminat sağlanması yoluna gidilmektedir. Nitekim söz konusu kredi sözleşmesinin ardından başkaca kredi, mevduat, çek ve kredi kartı sözleşmesi gibi iliş-

109 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 720-721; Köprülü, Kaneti, s. 284, 287; Esener, Güven, s. 433-434, 455; Akipek, Akıntürk, s. 757, 760; Atilla Altop, s. 12-13; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 141 vd. ; Kuntalp, İpotek, s. 16 vd. ; Ertaş, s. 525, 548; Erman, s. 161-162, 168; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 206-207; Sarı, s. 966; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 145; Şener, s. 29 vd. ; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 155.

110 Sarı, s. 966; Gülekli, s. 93; Günel, s. 249; Altay, Eskiocak, s. 33; "*… şayet düzenlenen ipotek üst sınır (=maksimal) ipoteği ise, ipotek veren üçüncü kişi veya haleflerinin temerrüdü veya şahsi sorumlulukları bahis konusu dolmayıp, ipotekli taşınmaz borç altına girdiğinden ipotekli taşınmaz maliki akit tablosunda belirtilen tutarı ödeyerek veya dava konusu olayda olduğu gibi depo ederek ipoteğin fekkini isteyebilecek ve yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince de böyle bir istemin kabulü gerekecektir… Yasa koyucuyu böyle bir düzenlemeye (MK. 766) iten neden de böyle bir ipotek ileride vücut bulacak veya vücut bulması muhtemel bir alacağın teminatı için tesis edildiğinden bu belirsizlikten taşınmaz sahibini korumaktır. Aksi halde, yeni düzenlenen ipotek bir ana para (=resülmal) ipoteği ise ipotekli taşınmaz maliki bu takdirde ipotek akit tablosunda belirtilen ana alacaktan başka MK. nun 790 ıncı maddesi uyarınca takip giderleri ile faiz ve diğer fer'lerini de ödeyerek ipoteğin fekki talebinde bulunabilecektir…*" Yargıtay 11. HD, E. 1991/6839, K. 1992/7445, T. 5. 6. 1992; Kazancı İçtihat Bankası.

111 Köprülü, Kaneti, s. 302; Akipek, Akıntürk, s. 756-757; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 767; Esener, Güven, s. 455; Sarı, s. 981-982; Şener, s. 104; İpoteğin ileride doğması muhtemel bulunan bir alacak için tesis edilmiş olması halinde de hukuki sebebin gösterilmesinin zorunlu olmadığı görüşü için bkz. Davran, s. 46; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1023; Ertaş, s. 534; Kuntalp, İpotek, s. 9-10, 20, dn. 65; Acar, Uyarlama, s. 483; Gülekli, s. 79.

kilerin de ortaya çıkması mümkündür. Her ne kadar burada ipotek, tapuda tayin edilen üst sınıra kadar teminat sağlayacak ve ileride hak sahibi olacak kişilerin korunması için imkân tanıyacaksa da üçüncü kişilerin ipotek sözleşmesinde göremeyeceği ve var olacağı da bilemeyeceği yeni ilişkiler bu kapsama alınmaktadır. Diğer yandan, üst sınır, bu durum göz önünde bulundurularak daha da yüksek tespit edilmesi tercih edilmektedir. Dolayısıyla, üst sınır ipoteğinin kurulmasını sağlayan ilk sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesi halinde, terkin edilebilecek olan ipotek, yeni ilişkilerin teminatı olmaya devam edeceğinden varlığını sürdürecektir. Durum borçlu olmayan bir kişinin taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmesi durumunda, daha da belirginleşir. Söz konusu sakıncaların ortadan kaldırılması bakımından, üst sınır ipoteğine kaynaklık eden hukuki sebebin gösterilmesinin kabul edilmesi büyük önem arz eder. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerden doğmuş ve doğacak tüm alacakların teminatı olmak üzere bir üst sınır ipoteği tesis edilmesini, mümkün görmektedir[112].

B. Teminatın Kapsamı

İpoteğin tesis edilmesine ilişkin olarak, alacağın taşıması gereken nitelik bakımından anapara ve üst sınır ipoteğinde görülen farklılık,

112 *"… Bu genel açıklamalar ışığında dava konusu olaya dönüldüğünde, ipotek tablolarındaki açıklamalardan ipotek işlemlerinin kredi sözleşmesinin kurulması aşamasında doğmuş ve doğacak tüm kredi borçları için limit belirtilmek suretiyle dava konusu ipoteklerin azami meblağ ipoteği olarak tesis edildiği anlaşılmaktadır…"* Yargıtay HGK, E. 1989/11-294, K. 1989/378, T. 24. 5. 1989; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 211-212; *"… Somut olayda takip konusu ipoteğin doğmuş ve doğacak tüm borçlar için 200. 000. 000. 000 TL. limit belirtilmek suretiyle azami limit ipoteği olarak tesis olunduğu akit tablosundan anlaşılmaktadır…"* Yargıtay 12. HD, E. 2001/4552, K. 2001/5505, T. 30. 3. 2001; Altay, Eskiocak, s. 105; *"… Davacı bankanın ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yaptığı takibin dayanağı olan ipotek akit tablosunda, borçlu Ümit Yazan'ın bankaya doğmuş ve doğacak tüm borçlarının 7. 000. 000. 000,-TL. sına kadar olan kısmının ipotek konusu taşınmazın bedeliyle teminat altına alındığı yazılıdır. Bu ibare, davacı ipoteğinin üst sınır ipoteği olduğunu göstermektedir. Anılan ipotek türünde alacaklı, temel ilişki nedeniyle alacağı hangi miktara ulaşırsa ulaşsın, taşınmazın bedelinden en çok ipotek üst sınırı kadar faydalanabilecektir…"* Yargıtay 19. HD, E. 2004/12369, K. 2004/12988, T. 23. 12. 2004; Kazancı İçtihat Bankası; *"… Takip dayanağı ipotek akit tablosunun incelenmesinde; borçlu adına kayıtlı taşınmazın S...İnşaat Şti. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin doğmuş ve doğacak tüm kredilerin teminatını teşkil etmek üzere 160. 000. 000. 000 TL (Yüzaltmış milyar) limit ipoteği biçiminde kurulduğu görülmüştür…"* Yargıtay 12. HD, E. 2010/25840, K. 2010/26725, T. 11. 11. 2010; Kazancı İçtihat Bankası.

teminat kapsamında bulunan alacak yönüyle de kendisini göstermektedir. Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, anapara ipoteğinde, yan alacaklar tapuda belirtilen anapara miktarını aşmış olsa da aşan kısım ile birlikte teminattan faydalanmakta ve teminatın kapsamı, anapara, takip giderleri, gecikme (temerrüt) faizi, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz ve taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar ile ödenmiş bulunan sigorta primlerinden oluşmaktadır (TMK m. 875-876).

Üst sınır ipoteğinde, tapu kütüğünde gösterilmiş bulunan, üst sınır (TMK m. 851), teminat altına aldığı tüm alacak kalemleri için talep tutarının ulaşabileceği en yüksek miktarı tayin eder. İpoteğin paraya çevrilmesinde alacağın miktarı, taşınmazın yükünü de belirler. Bu bakımdan, TMK m. 875 ile tayin edilmiş bulunan alacak kalemlerinin teminat kapsamında bulunması, sadece anapara ipoteği için geçerlidir; üst sınır ipoteğinde uygulama alanı bulmaz[113]. Diğer bir ifade ile alacaklının tüm talepleri (anapara, faiz, takip gideri), tapu kütüğünde gösterilmiş bulunan üst sınıra kadar[114] teminat kapsamında yer alır[115].

---

113 Köprülü, Kaneti, s. 288-289; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1029; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 757; Kuntalp, İpotek, s. 34 vd. ; Gülekli, s. 93; Ertaş, s. 537; Günel, s. 264; Sünkitay, s. 480.

114 Üst sınırın aşıldığı yönündeki şikayetlerin süreye tabi olmadığına ilişkin bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2010/23451, K. 2011/3939, T. 21. 3. 2011; Kazancı İçtihat Bankası.

115 Köprülü, Kaneti, s. 288; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1029; Ertaş, s. 525, 537; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 157; Akipek, Akıntürk, s. 760; Kuntalp, İpotek, s. 40; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 316; Ayan, s. 157; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 148, 155; Sünkitay, s. 480; Şener, s. 214-215; Günel, s. 264; "… İleride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edilen, M. K'nun 766. ve 796/1. maddesinde ifadesini bulan azami meblağ ipoteği ile (üst sınır ipoteği), borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanabilir. M. K. 'nun 790. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip ve giderleri ve taraflarca kararlaştırılan ferilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir. Bu nedenle de. M. K'nun 769/1. ve 766. madde hükümlerini yok saymaya yönelik kayıtlar hukuki sonuç doğurmaz. H. G. K. 'nun 1989/11-294 Esas, 1989/378 Karar ve 24/05/1989 tarihli kararında da bu kural benimsenmiştir.

Takip dayanağı ipotek akit tablosunun incelenmesinde; borçlu adına kayıtlı taşınmazın S...İnşaat Şti. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin doğmuş ve doğacak tüm kredilerin teminatını teşkil etmek üzere 160. 000. 000. 000 TL (Yüzaltmış milyar) limit ipoteği biçiminde kurulduğu görülmüştür. Borçlu icra mahkemesine başvurusunda; borcun limiti aşar bir biçimde ödendiğini ileri sürerek takibin iptalini ve ipoteğin fekkini

Üst sınırı aşan kısım teminattan yararlanamaz[116] ve adi alacak olarak genel hükümlere göre takibe konu edilebilir[117]. Borçlunun üst sınırı

istemiştir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda; dava tarihi itibariyle toplam tahsilatın 188. 470,56 TL yapıldığı bildirildiğinden tüm giderler dahil olmak üzere limitle sınırlı takip yapmak gerekirken…" Yargıtay 12. HD, E. 2010/25840, K. 2010/26725, T. 11. 11. 2010; Kazancı İçtihat Bankası.

116 Esener, Güven, s. 434; Akipek, Akıntürk, s. 760; Köprülü, Kaneti, s. 288; Ayan, s. 157; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 157; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 207; Şener, s. 34, 37, 215; Günel, s. 264, Altay, Eskiocak, s. 32, 104; Yargıtay, kararlarında aynı hususu şu şekilde ifade etmektedir: "*… Davacının, önceki maliki tarafından üçüncü şahsın borcunun teminatı olarak üzerinde ipotek tesis ettirdiği taşınmazı sonradan satın aldığı, davalının da borçlu üçüncü şahıs aleyhine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlattığı hususları dosya kapsamıyla sabittir. Davacı vekili, ipoteğin limit ipoteği olduğunu ileri sürmüştür. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, ipoteğin karz ipoteği olduğu, davacının takibe konu tüm alacak ve fer'ilerini ödeyerek ipoteğin fekkini isteyebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, ipoteğin niteliği yönünde toplanmaktadır. İpotek, borçlunun kişisel sorumluluğu etkilenmeden, alacaklının bir isteminin, bir taşınmazın değeri ile teminat altına alınmasıdır. Azami meblağ ipoteği veya üst sınır ipoteği ise,ileride doğacak veya doğması ihtimal dahilinde olan bir alacağın teminatı olarak tesis edilir. Belirsizlik söz konusu olduğundan ileride meydana getireceği sorunları önlemek amacıyla taşınmazın belirsiz bu borca karşı ne miktar teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosunda bir limitle tespit edilir. Dolayısıyla, ilerde söz konusu olacak ana borç, buna eklenecek faiz ve taraflarca kararlaştırılan diğer fer'iler toplamı başka bir ifadeyle ipotekle teminat altına alınan toplam borç miktarı, bu tür ipotekte rıza ile tespit edilen limiti aşması mümkün değildir. Başlangıçta belirli olmayan bir borç altına giren ve taşınmazında alacaklı lehine ipotek tesis ettirilen borçlu veya borçlu lehine ipotek tesis ettirecek üçüncü kişiler yönünden önemli olan bu husus, üst sınır ipoteğinin en belirgin özelliğidir. Üst sınır ipoteğinde sorumluluk, ipotek sözleşmesinde belirtilen miktarla sınırlı olduğundan, buraya faiz ve diğer fer'iler de dahildir. Üst sınırı aşacak ve tespit edilen miktara ek olarak faiz vs. diğer giderlerden dolayı da sorumluluğu gerektiren koşullar ise geçersizdir…*" Yargıtay 14. HD, E. 2004/8125, K. 2005/4761, T. 9. 5. 2005; Altay, Eskiocak, s. 109; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 1985/2791, K. 1985/8915, T. 31. 10. 1985; Yargıtay 11. HD, E. 1992/1803, K. 1992/3697, T. 17. 3. 1992; Kazancı İçtihat Bankası.

117 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1029; Köprülü, Kaneti, s. 288; Erman, s. 168; Akipek, Akıntürk, s. 760; Ayan, s. 137, 157; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 155; Günel, s. 265; "*… M. K. 'nun 790/f. 1 maddesi hükmüne göre taşınmaz mal rehni alacaklıya anaparadan başka takip masraflarını, geçmiş günler faizlerini, iflâsın açıldığı veya taşınmazın satılması talep edildiği zamanda vadeleri hülül etmiş bulunan üç senelik faizler ile son vadeden itibaren cereyan eden faizleri de temin eder. Ancak anılan yasa hükmünün üst sınır ipoteğinde uygulanamayacağı, daha doğru bir deyişle ipotek sözleşmesinde gösterilen limitin aşılmaması şartiyle uygulanabileceği hususunda öğretide sözbirliği vardır… Adı geçen yazarlar rehnin kurulduğu anda tutarı kesinlikle belli olmayan ve ileride doğacağı zaman tutarının ne olacağı bilinmeyen bir alacak için kurulan ipoteğin gerek anapara borcu gerekse bu borcun faiz, takip giderleri vesair ferileri bakımından ancak ipotek sözleşmesinde gösterilen ve M. K. 'nun 766. maddesi uyarınca üst sınır oluşturan meblağı aşmamak şartıyla teminat teşkil ettiğini belirtmişlerdir. Yine bu yazarlara göre ileride tahakkuk eden alacağın ve fer'ilerinin üst sınır ipoteğinde belirlenen limiti aşması halinde bu aşan kısım ipotek teminatından değil adi bir alacak olarak asıl borçludan talep ve tahsil edilebilir…*" Yargıtay 11. HD, E. 1987/7882, K. 1988/1037, T. 23. 2. 1988; Altay, Eskiocak, s. 414-

aşar şekilde yapılan takibe itiraz etmemiş olması da durumu değiştirmez[118]; süresiz şikayet yoluna başvurulabilir[119]. Diğer yandan, TMK m. 864 hükmü uyarınca, ipoteğin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemeyecekse de üst sınır ipoteğinde, üst sınırı aşan kısım bu hükümden faydalanamaz[120].

Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[121], tapu kütüğünde tescil edilmiş bulunan üst sınırı aşan alacakların, ipoteğin sağlamış olduğu teminattan faydalanacağına ilişkin anlaşmanın varlığı halinde, bu gibi anlaşmaları belirlilik ilkesi uyarınca, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmediği sürece geçerli olarak kabul etmektedir. Buna göre, üçüncü kişilerin korunması gerekmeyen hallerde, üst sınırın aşılması nedeniyle, borçlunun, aşan kısım için takibin durdurulmasının istemesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve alacaklının, aşan kısım için adi

418; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 75, K. 981, T. 26. 02. 1985; İnal, s. 621; Yargıtay 12. HD, E. 1993/4123, K. 1993/10678, T. 14. 6. 1993; Kazancı İçtihat Bankası.

118 *"… Mevcut akit tablosuna göre, borçlu H. Ş. T. taşınmazını, borçlulardan T. Dış Ticaret A. Ş. firmasının doğmuş ve doğacak borçlarının teminatı olmak üzere 6. 000. 000 TL'sı üzerinden banka lehine ipotek etmiştir. İpoteğin azami limitle sınırlı teminat ipoteği olması nedeniyle MK'nun 790. maddesi hükmünün uygulanması mümkün bulunmadığından borçlunun bütün sorumluluğu 6. 000. 000 lira ile sınırlıdır. Borçlunun takibe itiraz etmemiş oluşu ve fazla ödediği miktar için Ticaret Mahkemesine istirdat davası açmış oluşu durumunu etkilemez…"* Yargıtay 12. HD, E. 1987/2499, K. 1987/4673, T. 2. 4. 1987; Kazancı İçtihat Bankası.

119 *"Bu durumda limitin aşıldığı anlaşılmaktadır. Limitle sınırlı sorumluluk konusundaki şikayet kamu düzeni ile ilgili olduğundan süreye bağlı olmadığı gibi bu hususun merciice re'sen nazara alınması gerekir. "* Yargıtay 12. HD, E. 11726, K. 12747, T. 22. 10. 1999; Altay, Eskiocak, s. 116.

120 Köprülü, Kaneti, s. 348; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 307; Altay, Eskiocak, s. 118; *"Borç İpotekle teminat altına alındığına göre, devam etmekte olan bir hesabı cari mukavelesinden doğan borç hakkında zamanaşımı cereyan ettiği Medeni Yasanın 864. maddesi gereğince ileri sürülemez. Ancak ipotek belirli bir limit dahilinde yapılmış ve paraya çevrilmesi için bidayette takip yapılmış ve ipotek temin edilen taşınmaz satılarak borç ödenmiştir. Ödenmeyen hakkında rehin açığı belgesi alınmamış ve bilahare 10 yıl geçtikten sonra bu hesabı cariden kalan borç için genel haciz yoluyla takip yapılmıştır. Bu halde, ipoteğin mevcudiyeti iddia edilemez. Aksi takdirde İİY. nın 45. Maddesi göz önünde tutularak umumi haciz yolu ile yapılan takip usul yönünden ilk kararının bozulması gerekirdi. Böyle yapılmayarak borçlunun zamanaşımına ilişkin itirazlarının da tetkiki ile sonucu dairesinde bir karar verilmesi yönünden ilk merci kararı bozulduğuna göre, merciin zamanaşımına ilişkin itirazı tetkik etmesi yasaya uygundur. İpoteğin limiti haricinde kalan alacak hakkında, Medeni Yasanın 864. maddesi uygulanamaz. Hesap devam etmediğinden Borçlar Yasası'nın 128. maddesi gereğince muacceliyet kesbettiği tarihten itibaren on yıl içinde takip yapılması gerekir. "* Yargıtay 12. HD, E. 1309, K. 2190, T. 4. 3. 1976; İnal, s. 607-608.

121 Şener, s. 215.

takip yapmak zorunda bırakılması, çift takip nedeniyle, usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, tapuda belirlenen üst sınırın, yan alacak ve giderlerle aşılarak teminata dâhil edilmesini mümkün görmemekte; TMK' nin 851, 875 ve 876. maddelerinin emredici niteliği karşısında, söz konusu hükümleri bertaraf eden, üst sınırı aşan kısmın ipoteğin sağlamış olduğu teminattan yararlanacağına ilişkin taraflar arasında yapılmış bulunan anlaşmaların, hüküm ifade etmeyeceğini benimsemektedir[122].

Kanaatimizce de Yargıtay'ın değerlendirmesi isabetlidir. Nitekim yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere, belirlilik ilkesi ve ipoteğin alacak bakımından kapsamını tayin eden hükümler, emredici niteliktedir. Diğer yandan, söz konusu hükümler, sadece üçüncü kişilerin korunmasına hizmet etmez. Aynı zamanda, ödünç almış olmakla sözleşmenin zayıf tarafı olan borçlunun da korunmasına hizmet eder. Para borcunu

122 "*… ipotek tablolarındaki açıklamalardan ipotek işlemlerinin kredi sözleşmesinin kurulması aşamasında doğmuş ve doğacak tüm kredi borçları için limit belirtilmek suretiyle dava konusu ipoteklerin azami meblağ ipoteği olarak tesis edildiği anlaşılmaktadır. Aynı ipotek akit tablosunda limit miktarı saptandıktan sonra (bu meblağa ilaveten ve ayrıca bu borçlarla ilgili doğacak akti faizler icra takip, yargılama giderleri ve temerrüt faizleri ve gider vergisini ve her türlü komisyonu ve masrafları da kapsamak) kayıtlarının eklenmiş olması azami meblağ ipoteği olarak tesis edilen bu ipotek nevini adi ipotek nevine dönüştürmesi mümkün değildir. Zira, M. K. 'nun yukarıda değinilen ve emredici nitelikte bulunan 796/1 ve 766. madde hükümlerini berteraf etmeye yönelik bu kayıtların hukuki sonuç doğurmaları kabul edilemez…*" Yargıtay HGK, E. 1989/11-294, K. 1989/378, T. 24. 5. 1989; Karahasan, Eşya Hukuku, s. 211-212; "*… Davacı dava dışı bir şirketin kredi borcu için kendi taşınmazlarını rehnetmiştir. M. K. 766. maddesi uyarınca ipotek, ancak muayyen bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilmek suretiyle tesis olunabilir. İpotek veren kişinin sorumluluğu, ipotek sözleşmesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır. Taraflar arasındaki akit tablolarına göre toplam 9. 950. 000 lira üst limit olup buna ek olarak ve limiti aşan faiz vs. masrafların da ayrıca alınacağı şartı geçersizdir. Binnetice tüm alacaklar dahil taşınmaz 9. 950. 000 lira ile sorumlu olup ipoteği verenin temerrüdü ve sonuçlarından taşınmazın sorumlu tutulması mümkün değildir.*

Bu durumda; davacının, davalı bankaya 9. 950. 000 lira ödediği uyuşmazlık konusu olmadığına göre mahkemece, ipoteğin kaldırılmasını teminen davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken…" Yargıtay 11. HD, E. 1988/9717, K. 1990/1883, T. 8. 3. 1990; Kazancı İçtihat Bankası; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. HD, E. 10159, K. 4195, T. 1. 4. 1992; İnal, s. 622; Yargıtay 11. HD, E. 1988/3225, K. 1988/6350, T. 3. 11. 1988; Yargıtay 12. HD, E. 2005/9735, K. 2005/13095, T. 16. 6. 2005; Kazancı İçtihat Bankası; Üst sınır ipoteğinin ana alacak dışında kalan yan alacakları kapsamayacağı ve bu nedenle her türlü masrafın rehnin kapsamına dâhil olacağına ilişkin sözleşme hükmünün geçersiz olduğuna ilişkin söz konusu kararın, üst sınır ipoteğinin uygulama alanını fazlaca daraltacağı düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bu görüş için bkz. Esener, Güven, s. 434.

ifa etmekle yükümlü olan borçlunun, sözleşmenin oluşturulması safhasında, üst sınır aşan kısmın da teminattan faydalanacağına ilişkin hükmün, sözleşmeye dâhil edilmesinde büyük çoğunlukla pazarlık olanağı olmayacaktır. Bu şekilde üst sınırın aşılarak şişirilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca ipoteğin borçludan başka bir kimsenin vermiş olduğu hallerde, üst sınıra kadar taşınmaz ile sorumlu olan taşınmaz maliki, emredici hükmün çiğnenmesi ile paraya çevirme neticesinde sorumlu olmayacağı aşan kısımdan da sorumlu tutulmuş olacaktır. Böylelikle sadece taşınmaz ile sorumluluğu söz konusu iken şahsi olarak da sorumlu tutulması yoluna gidilmiş olacaktır. Açıklanan nedenlerle, bunun gibi anlaşmalara cevaz verilmesi mümkün olmamalıdır.

İpoteğin paraya çevrilmesi neticesinde elde edilmiş bulunan tutarın, alacağın üst sınırı aşan kısmını da karşılaması halinde, doktrinde kabul edilmekte olan bir görüş[123], alacaklının adi takip yoluna başvurmaya zorlanmasının yerinde olmadığını ve satış tutarının, diğer alacaklıların da alacaklarının karşılanmasına yetmesi halinde, aşan kısmın, bu tutardan karşılanması gerektiğini savunmaktadır. Bir diğer görüş[124] ise ipoteğin paraya çevrilmesi sonucunda elde edilmiş bulunan tutar, tüm alacak kalemlerini karşılamakta olsa da sonucu değiştirmeyeceğini ve üst sınırı aşan alacakların, adi alacak olarak kalacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce, yukarıda ifade etmiş olduğumuz gerekçelerle, ikinci görüşün kabul edilmesi yerindedir.

Zorunlu masraflar ve özellikle ödenmiş bulunan sigorta primlerinin üst sınır ipoteğinin sağlamış olduğu teminattan faydalanması noktasında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş[125] belirtilen alacak kalemlerinin, üst sınır içerisinde kalmak koşuluyla, ipoteğin sağladığı teminattan faydalanacağını benimsemektedir. Diğer bir görüş[126] ise haklı olarak, söz konusu zorunlu masrafların, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan diğer ilgililerin de menfaatine hizmet ettiğinden, belirtilen alacak kalemlerinin, ipoteğin tescil edilmiş olduğu üst sınır içinde kalması gerekmeksizin, satış bedelinden karşılanması talep edilebileceğini kabul etmektedir. Buna göre, tüm ilgililerin faydalanacağı bu masraf-

123 Şener, s. 39, 215.
124 Helvacı, İpotek Hakkı, s. 157.
125 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 757.
126 Gülekli, s. 100; Altop, s. 27; Sarı, s. 987; Günel, s. 265-266; Helvacı, İpotek Hakkı, s. 158; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 150-151.

ların teminat dışında bırakılarak, sadece masrafları yapmış bulunan alacaklıya yüklenmesi ve genel takip yoluna başvurmasının istenmesi, hakkaniyete uygun değildir. Nitekim alacaklı, söz konusu masraflar nedeniyle tescile tabi olmayan kanuni bir ipotek hakkına sahip olur.

Üst sınır ipoteğinde, faiz oranının tapuya tescil edilmesine gerek yoktur. Nitekim tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan üst sınır tüm alacaklar bakımından geçerli olacağından, bunun üzerinde bir değere ulaşılması mümkün olmayacaktır[127]. Aynı şekilde, ipoteğin teminat sağladığı üst sınır tayin edilmiş olduğundan, TMK m. 875/1 b. 3 hükmü ile tayin edilmiş bulunan faiz talebine ilişkin sınırlamalar, üst sınır ipoteği bakımından geçerli değildir[128]. Diğer yandan, TMK m. 875/2'de öngörülmüş bulunan evvelce belirlenmiş olan faiz oranının, sonradan gelen alacaklıların zararına artırılamayacağı hükmü, üst sınır ipoteği bakımından uygulama alanı bulmayacağından, faiz oranının sonradan artırılması da mümkündür[129].

TMK m. 870 vd. hükümleri ile tayin edilmiş bulunan derece sistemi uyarınca ipoteğin sırası ve sağlamış olduğu teminat miktarı belirlenmektedir. Bir ipotek hakkının terkin edilmesi neticesinde, onun yerine, yeni bir ipotek hakkı tesis edilebilir (TMK m. 871/2). Bir üst sınır ipoteğinden boşalan derecenin yerine, kural olarak bir üst sınır ipoteği kurulabilir. Anapara ipoteğinin tesis edilmesi, alacak miktarı ile birlikte faiz oranının da tescilini gerektirdiğinden, teminat altına alınan alacak kapsamının genişlemesine ve bu nedenle sonraki ipotek hakkı sahiplerinin zarara uğramasına sebep olabileceğinden, bunun için sonraki hak sahiplerinin rızasının alınması ya da derece miktarının, yan alacakların miktarı kadar azaltılması yoluna gidilmesi gerekir[130].

Üzerinde durulması gereken bir husus da ipotek tesis edildikten sonra, enflasyon ya da başkaca ekonomik sebeplerle, tapuda belirtilen teminat miktarının değersiz hale gelmesi, diğer bir ifade ile teminat miktarının alacaklının aleyhine azalması durumunda, teminat tuta-

127 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1030; Köprülü, Kaneti, s. 289; Gülekli, s 98; Akipek, Akıntürk, s. 760; Sarı, s 985; Günel, s. 265; Altop, s. 27-28; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 148-149.

128 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1030; Gülekli, s 99; Sarı, s 985-986; Günel, s. 265; Altop, s. 28; Karahacıoğlu, Doğrusöz, Altın, s. 149-150.

129 Kuntalp, İpotek, s. 45.

130 Gülekli, s. 98; Kuntalp, İpotek, s. 44; Serozan, Taşınmaz Rehni, s. 317.

rının tespit edilmesi için bir uyarlama davasının açılıp açılamayacağıdır. Örnek olarak, belirtilen sebeplerle, 100. 000 TL değerinde olan bir taşınmaz üzerine, 50. 000 TL miktarlı olarak üst sınır ipoteği tesis edildikten sonra, taşınmazın değerinin 500. 000 TL olması halinde, alacak ile taşınmazın değeri arasındaki oran farklılaşacağından, taşınmazın değerine göre tesis edilen teminat miktarının değersizleşmesi söz konusu olur. Doktrinde ileri sürülmekte olan bir görüş[131], uyarlama davası açılmasına olumlu cevap vermekte ve belirlilik ilkesinin ihlal edilmediğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, burada temel borç ilişkisinde yer alan alacağın uyarlanması söz konusu olmayıp, taşınmazın değerine göre belirlenmiş bulunan teminatın miktarı uyarlanmaktadır. İpoteğin tesis edilmesinde, taşınmazın değeri göz önünde bulundurulduğundan, ipoteğin tesis edilmesinden sonra uzun yılların geçmesi ile ekonomik nedenlerle değerini yitiren teminat miktarı, güncel ve gerçek değerine uyarlanır. Bunun için taşınmaz ile ipoteğin değeri, diğer ipotek hakları da nazara alınarak, oranlama yapılması suretiyle, teminat miktarının tespit edilmesi yoluna gidilir. Taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olacak kişilerin, teminat miktarı ile taşınmazın değeri arasındaki oranı bildiklerinden hareketle, bu oranın yeniden kurulmasından ötürü zarara uğramaları söz konusu olmaz.

Kanaatimizce, ipoteğin sağlamış olduğu teminat miktarının uyarlanmasının istenilmesine mesafeli durmak gerekir. Nitekim belirlilik ilkesi bu şekilde ikame edilebilecek olan dava ile önemli şekilde zedelenmiş olacaktır. Öncelikle anapara ipoteği bakımından TMK m. 875 uyarınca belirtilen alacak kalemleri teminata dâhil olmakla, tapu kütüğünde gösterilen tutar asıl alacak tutarını gösterdiğinden, bu miktarın aşılmış olması halinde de ipotek alacaklıyı tatmin etmeye hizmet edecektir. Nitekim temerrüt faizi de kendiliğinden teminat kapsamında

131 Acar, Uyarlama, s. 487 vd. ; Serozan, yabancı para ipoteğinin tesis edilmesine imkan veren yasal düzenlemeyi eleştirdiği yazısında, enflasyon karşısında dayanıklı olacak bir ipotek tesis edilmesi bakımından, yabanı yatırıcımlar lehine belirlilik ilkesinin ödün verilmesi neticesini doğuracak bir düzenleme yapılacaksa da bunun yerine başka bir çarenin geliştirilebileceğini ve bu çarenin taşınmazın değerinin belirli bir oranı esas alınarak güvence oluşturulabileceği olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, enflasyona paralel olarak taşınmazın değeri arttıkça ipotek yükünün de kapsamı arttırılabilecektir. Rona Serozan, "*Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi*", İstanbul Barosu Dergisi, 1991, Cilt: 65, Sayı: 1-2-3, s. 220-221.

yer alır. Alacaklının enflasyon nedeniyle, temerrüt faizinin karşılamadığı zararının bu şekilde giderilmeye çalışılması, söz konusu TMK m. 875 hükmünün ve belirlilik ilkesinin bertaraf edilmesine sebep olur. Bu şekilde, yeni bir alacak kalemi, ipoteğin sağladığı teminattan faydalandırılmış olur. Dolayısıyla anapara ipoteğinde, uyarlama davasının olanaklı olmayacağı kabul edilmelidir. Üst sınır ipoteği bakımından da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Öncelikle, uyarlanması istenilen ipotek ile daha sonra kurulan ipotekler arasında uzun bir zaman geçmiş olabilir. Yukarıda verilmiş bulunan örnekte 80. 000 TL'lik ipoteğin kurulmasından daha sonra taşınmazın değerinin 500. 000 TL'ye ulaşmış olması neticesinde, 450. 000 TL tutarında bir ipotek tesis edildiği varsayımında uyarlamanın yapılması imkânsızlaşır. Nitekim oranlama yapılsa da daha sonra kurulan ipotek güncel değere göre tesis edilmiş olacağından, 450. 000 TL'nin azaltılması gereği ortaya çıkar. Bu ise mümkün değildir. Diğer yandan, bu şekilde bir durum oluşmamış olsa dahi her ne kadar teminat miktarı uyarlanmakta ise de burada alacaklının talepte bulunabileceği miktar da buna bağlı olarak yükselmektedir. Dolayısıyla üst sınırın aşılamayacağı yönündeki emredici hüküm göz ardı edilmektedir. Söz konusu durum, başkasının borcu için taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmiş bulunan kişi bakımından daha da belirgindir.

SONUÇ

Eşya hukukuna hâkim belirlilik ilkesi, teminat altına alınan alacak bakımından da emredici nitelikte etki gösterir ve üçüncü kişilerin korunmasının sağlanmasına hizmet eder. Buna göre, ipotekle teminat altına alınan alacağın miktarının, Türk Lirası üzerinden tespit edilmesi gerekir. Belirlilik ilkesinin mutlak etkisi, yabancı para üzerinden ipotek tesis edilmesinin öngörülmüş olması nedeniyle azalmış ve henüz doğmamış bulunan alacakların teminat altına alınabilmesi için de ipotek tesis edilebileceği kabul edildiğinden, ipoteğin alacağa olan bağlılığı zayıflamıştır. Nitekim teminat altına alınacak olan alacağın miktarının belirli olup olmadığı, tesis edilebilecek olan ipotek türünü de tayin eder. Alacağın doğmuş ve miktarının belirli olması durumunda anapara ipoteği kurulurken; doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte miktarı belirsiz olan alacak da üst sınır ipoteği ile teminat altına alınır. İpoteğin söz konusu ayrımı, alacak bakımından kapsamın tayin edilmesinde de temel hareket noktası olarak karşımıza çıkar.

Anapara ipoteğinde, teminatın kapsamına anapara, takip giderleri, temerrüt faizi, belirli bir döneme ait anapara faizi ve taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar girer. Tarafların kapsama, başka kalemleri dâhil etmeleri mümkün değildir. Üst sınır ipoteğinde, belirlilik ilkesinin yerine getirilmesi için gösterilen üst sınırı aşamamak kaydıyla anapara ipoteği için öngörülen hüküm içerisinde tayin edilen alacak kalemleri teminatın kapsamına dâhildir. Anapara ipoteğinde, anapara ve belirtilen yan alacakların tamamı, tapu sicilinde belirtilen alacak tutarını aşsa da ipoteğin sunduğu teminattan faydalanır; ancak üst sınır ipoteğinde tescil edilmiş bulunan üst sınırı aşan alacaklar, teminattan faydalanmazlar ve adi alacak olarak kalırlar. Tapuda belirlenen üst sınırı aşan kısmın, ipoteğin sağlamış olduğu teminattan yararlanacağına ilişkin anlaşmalar hüküm ifade etmez. Zorunlu masraflar ise üst sınırın dışında kalsa da teminattan faydalanır. İpoteğin teminat altına aldığı alacağın dayandığı hukuki sebebin, ipotek sözleşmesinde gösterilmesi anapara ipoteği bakımından aranmaz. Ancak üst sınır ipoteğinde, hukuki sebebin gösterilmesi gerekir.

İpoteğin sağladığı teminata dâhil olan takip giderleri, icra takip giderleri yanında, takip nedeniyle icra mahkemesinde açılmış bulunan davalara ilişkin giderlerdir; ancak genel mahkemelerde açılmış bulunan davalara ilişkin giderler, teminattan faydalanamazlar.

Taraflar faiz oranını emredici sınırlara uymak şartıyla serbestçe kararlaştırabilirler. Anapara ve temerrüt faizinin üst sınırını belirleyen TBK düzenlemeleri, adi işler yanında, ticari işler bakımından da uygulama alanı bulur. Kanuni temerrüt faizi oranının, tapu kütüğünde gösterilmesi gerekmez; ancak daha yüksek belirlenmiş temerrüt faizi oranı teminattan faydalanmak için tapu kütüğünde gösterilmelidir. Anapara faizi ise her iki halde de teminat kapsamında yer alması için tapu kütüğüne tescil edilmelidir. Üst sınır ipoteğinde, faiz oranının tapuya tescil edilmesine gerek yoktur. Aynı şekilde, ipoteğin teminat sağladığı üst sınır tayin edilmiş olduğundan, TMK m. 875/1 b. 3 hükmü ile tayin edilmiş bulunan faiz talebine ilişkin sınırlamalar ve evvelce belirlenmiş olan faiz oranının, sonradan gelen alacaklıların zararına artırılamayacağına ilişkin hüküm, uygulama alanı bulmaz.

Tapu kütüğünde gösterilmiş bulunan faiz oranının, sonra gelen alacaklıların zararına yükseltilmesi, sonra gelen alacaklıların buna rıza göstermeleri ile mümkün olur.

TMK m. 875/1 b. 3 hükmünde ifade edilen anapara faizine ilişkin sınırlama, anapara faizi ve temerrüt faizinin işleyebileceği döneme göre değerlendirilme yapılarak sonuca ulaşılmasını zorunlu kılar. Anapara faizinin, borçlunun temerrüde düştüğü tarihe kadar işleyebilecek olması ve borçlunun en geç takibin başlatılması ile temerrüde düştüğü nazara alındığında, bu tarihe en yakın vadeden geriye doğru yıllık vadeler itibariyle üç yıl esas alınarak tayin edilir. Son vadeden itibaren işleyen faiz ise bir temerrüt faizi olmayıp, anapara faizidir ve anapara faizine ilişkin son vadeden temerrüt tarihine kadar işletilerek belirlenir.

KAYNAKLAR

Acar, Faruk. Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi. Ankara: Turhan Kitabevi, Şubat 2008. (Belirlilik İlkesi).

Acar, Faruk. "*İpotekle Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması*", Legal Hukuk Dergisi. Şubat 2008, Sayı: 62, ss. 475-492. (Uyarlama).

Akipek, Jale, Turgut Akıntürk. Eşya Hukuku. İstanbul: Beta, 2009.

Altay, Sümer, Ali Eskiocak. Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

Altop, Atilla. "*4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği – Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları*", Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. Yıl: 19-20, Sayı: 1-2, 1999-2000, ss. 11-41.

Ayan, Mehmet. Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar. 2. Baskı. Konya: 2000.

Aydoğdu, Murat. "*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2010, Cilt: 12, Sayı: 1, ss. 85-136.

Barlas, Nami. Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar. İstanbul: Kazancı, 1992. (Temerrüt).

Barlas, Nami. "*Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri*", Makalelerim, Cilt: I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, ss. 197-221. (Ayni Teminatlar).

Davran, Bülent. Rehin Hukuku Dersleri. İstanbul: 1972.

Eraslan, Eyüp. "*Öğreti ve Uygulamanın Işığında Üst Sınır İpoteği*", İstanbul Barosu Dergisi. Yıl: 1988, Cilt: 62, Sayı: 1-2-3, ss. 65-80.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 13. Baskı. İstanbul: Beta, Eylül 2011.

Erman, Hasan. Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul: Der Yayınları, 2011.

Ertaş, Şeref. Eşya Hukuku. İzmir: 2011.

Esener, Turhan, Kudret Güven. Eşya Hukuku. Genişletilmiş 4. Baskı. Ankara: Yetkin, 2008.

Gülekli, Yeşim. İpoteği Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı. İstanbul: 1992.

Günel, Mustafa Cahit. "*Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı*", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan. Ankara: Seçkin, 2006, ss. 247-266.

Gürsoy, Kemal T. Fikret Eren, Erol Cansel. Türk Eşya Hukuku. Ankara: 1978.

Hatemi, Hüseyin, Emre Gökyayla. Borçlar Hukuku Genel Bölüm. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Helvacı, İlhan. Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı. İstanbul: XII Levha, 2008. (İpotek Hakkı).

Helvacı, Mehmet. Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı. İstanbul: Beta, 2000. (Faiz Kavramı).

İnal, Nihat. Taşınmaz ve Taşınır Mal Davaları. Ankara: 2006.

Karahacıoğlu, Ali Haydar, M. Edip Doğrusöz, Mehmet Altın, Türk Hukukunda Rehin. Ankara: 1996.

Karahasan, Mustafa Reşit. Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku. İkinci Cilt. İstanbul: Beta, 2002. (Eşya Hukuku).

Karahasan, Mustafa Reşit. Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk. İstanbul: Beta, 2003. (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk).

Kaynar, Reşat. Türk Medeni Kanununa Göre Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul: 1967.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. www. kazanci. com (çevrimiçi).

Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Genişletilmiş 14. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, Temmuz 2011.

Köprülü, Bülent, Selim Kaneti. Sınırlı Ayni Haklar. İstanbul: 1982-1983.

Kuntalp, Erden. "*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995, ss. 263-299. (Teminat Kavramı).

Kuntalp, Erden. Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı. Ankara: 1989. (İpotek).

Kuntalp, Erden. "*Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni*", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan. İstanbul: 1995, ss. 293-316.

Kuru, Baki. İcra ve İflas Hukuku. İstanbul: Türkmen, 2006.

Muşul, Timuçin. İcra ve İflas Hukuku. Ankara: Yetkin, 2010.

Nar, Ahmet. Yabancı Para İpoteği. Ankara: Seçkin, 2009.

Nomer, Haluk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 10. Bası. İstanbul: Beta, 2011.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir. Eşya Hukuku. 14. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.

Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt I. 9. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.

Özen, Burak. Kefalet Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Şubat 2008.

Postacıoğlu, İlhan E. Sümer Altay. İcra Hukuku Esasları. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Reisoğlu, Seza. Medeni Kanun Açısından İpotek İşlemleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. Ankara: 1978.

Sarı, Suat. "*Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi*", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan. İstanbul: 2000, ss. 963-1011.

Serozan, Rona. "*Taşınmaz Rehni*", İÜHFM. 2006, Cilt: LXIV, Sayı: 2, ss. 301-324. (Taşınmaz Rehni).

Serozan, Rona. "*Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin, Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi*", İstanbul Barosu Dergisi. 1991, Cilt: 65, Sayı: 1-2-3, ss. 194-222.

Sirmen, Lale. "*Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler*", AÜHFD. Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 1, ss. 1-12.

Sünkitay, Argun. "*Alacağın Ferileri Bakımından Taşınmazmal Rehninin Kapsamı*", İstanbul Barosu Dergisi. Yıl: 1974, Mayıs Haziran, Sayı: 3, ss. 479-482.

Şener, Yavuz Selim. Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması. Ankara: Adalet, 2010.

Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II. 1989 Yılı

Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop. Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, İstanbul: 2000.

Yavuz, Cevdet. Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Baskı. Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, İstanbul: Beta, Ekim 2011.

DİJİTAL HAFIZADAN SİLİNMEYİ İSTEMEK: TEMEL BİR İNSAN HAKKI OLARAK "UNUTULMA HAKKI"

DELETING ON DEMAND FROM DIGITAL MEMORY: "THE RIGHT TO BE FORGOTTEN" AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Serdar GÜLENER*

Özet: Bireylerin mekan ve zaman sınırı olmaksızın kişisel verilerini paylaşabildikleri sosyal medya aynı zamanda özel hayatın gizliliğinin ihlali riskini de beraberinde getirmektedir. Bu ihlallere karşı bireyi korumayı amaçlayan çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çalışmada son dönemde söz konusu girişimlerin en önemlilerinden biri olan unutulma hakkı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Unutulma hakkı, kişisel veri, özel hayatın gizliliği, sosyal medya, online sosyal ağlar.

Abstract: Social media is a space where people can share their personal data without place and time limitation also brings the risk of breach of secrecy of privacy of individual life. There are many regulations which aim to protect privacy of individual life against the breach of secrecy. In this article, the right to be forgotten which is a effort to protect privacy of individual life recently will be examined.

Keywords: The right to be forgotten, personal data, privacy of individual life, social media, online social network.

GİRİŞ

Bilginin depolanmasını kolaylaştırması ve bilgiyi kurtarılabilir-geri kazanılabilir hale getirmesi, dijitalleşmenin hayatımızın her alanına girmesini sağlayan iki önemli avantajını oluşturmaktadır. [1] Bireyler bu sayede istedikleri bilgiye arada mesafe olmaksızın ulaşabilmekte ve bunları istedikleri biçimde paylaşabilmektedir. Böylece başta siyasal, sosyal ve ekonomik alanı kapsamak üzere hayatın birçok alanında hızlı bir değişim süreci yaşanmaktadır. Bu baş döndürücü gelişmeler bireyin hak ve özgürlük alanını da derinden etkilemektedir. Bir yan-

* Dr., Sakarya Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü, serdargulener@gmail. com.

1 Bkz. Viktor Mayer-Schönberger, *The Virtue of the Forgetting in the Digital Age*, Princeton and Oxford 2009, s. 42.

dan gelişen imkanlarla özgürleştiği düşünülen birey için diğer yandan farklı bir tehlike baş göstermektedir. Bu tehlike, özellikle bireyin mahremiyet alanının daha aleni hale gelmesi ile ilgilidir. Çünkü iletişim teknolojilerinin gelişmesi ile sadece bireylerin kendi aralarındaki sınırlar kalkmamakta, bireyin özel hayatı daha görünür bir hale gelmektedir. Daha görünür hale gelen birey ise eskisinden daha fazla biçimde hak ve özgürlük ihlalleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Unutulma hakkı bu ihlallerin yaşanma potansiyelinin oldukça yüksek olduğu bir iklimin ürünü olarak gündeme gelmektedir.

2012 yılının başlarında Avrupa Komisyonu'nun adalet, temel haklar ve vatandaşlıktan sorumlu üyesi Viviane Reding tarafından yapılan açıklama[2] ile gündeme gelen unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hususunda dikkat çeken *"yeni"* bir hak olarak tartışılmaktadır. [3]

Ülkemizde de 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile birlikte *"özel hayatın gizliliği ve korunması"* maddesine eklenen bir fıkra sonucu anayasal bir dayanağa kavuşan kişisel verilerin korunmasına dönük olarak son dönemde artan bir akademik ilgi[4] olmasına rağmen, oldukça yeni bir hak olan unutulma hakkına dair çalışmaların sayısı oldukça azdır.

Bu çalışmada Dünya'da olduğu gibi Türkiye'de de yeni yeni tartışılmaya başlanan bu hakkının çerçevesinin çizilmesi amaçlanmaktadır. Öncelikli olarak unutulma hakkının kapsamı ve sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Bu sınırların ortaya konulmasında kişisel verilere

2 Açıklamanın tam metni için bkz. Viviane Reding, "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age"http://europa. eu/rapid/pressReleasesAction. do?reference=SPEECH/12/26 (Erişim Tarihi: 14. 05. 2012)

3 Unutulma hakkı ile birlikte ele alınan bir diğer hak *"verilerin taşınması hakkı"* dır. Ancak çalışmanın kapsamı gereği verilerin taşınması hakkı zaman zaman unutulma hakkının bir tamamlayıcısı olarak değerlendirilecektir.

4 Bu çalışmalardan bazıları; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukuku'nda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008; İkbal Gür, *Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Yaşanan Uyumsuzluklar ve Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010; Hüseyin Can Aksoy, *Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan kitabevi, Ankara, 2010; Dilek Yüksel Civelek, *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi (Uzmanlık Tezi)*, T. C Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, 2011.

ilişkin sorunların yaşandığı ana platform olan online sosyal ağlar ile ilişkisi temel alınacaktır. Ardından sözkonusu hakkı ortaya çıkaran nedenler irdelenerek bu hakkın ilk kez hukuki bir düzenlemeye konu olduğu Avrupa Birliği (AB) tecrübesi Amerika Birleşik Devletleri ile karşılaştırılmalı bir biçimde analiz edilecektir. [5]

Online Sosyal Ağların Ortaya Çıkışı ve Unutulma Hakkının Gelişimi

Aslında çok acil bir soruna işaret eden unutulma hakkı[6], bireyin başta internet olmak üzere dijital dünyadaki izlerinin başka bir ifadeyle geçmişinin kendi talebiyle silinip silinemeyeceği tartışmasının bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Bu tartışmaların yoğunlaşmasının en önemli nedenini sosyal medya adı verilen medya tipinin ortaya çıkışı oluşturmaktadır.

Şekil 1. 2008-2011 Yılları Arasında Dünyada Sosyal Medya Kullanımı[7]

5 Bugün dijital dünyada özel hayatın gizliliği hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiği hususunda bir çok ülke çeşitli düzenlemelere gitme eğilimindedir. Bunlar içinde ABD ve AB'nin ardından dünya nüfusunun %37'lik bir kesimini meydana getiren ve internet kullanımının oldukça yüksek seviyede olduğu iki ülke Çin ve Hindistan'dır. Her iki ülkede de 2000'li yılların başından itibaren kişisel verilerin korunması çerçevesinde hukuki düzenlemelere gidilmiştir. Ancak henüz somut sonuçlara ulaşılamadığı söylenebilir. Bu konuda bkz. "*Private Data Public Rules*", *Economist*, http://www. economist. com/node/21543489 (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

6 Jefry Rosen, "*The Right To Be Forgotten*", *Stanford Law Review*, Online 88, February 13, 2012, http://www. stanfordlawreview. org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten (Erişim Tarihi: 16. 05. 2012).

7 İstatistikler, Universal MacCann (UM)'ın 2006 yılından beri her yıl dünya çapında gerçekleştirdiği sosyal medya araştırmaları esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. "*Social Media Tracker 2012 Report*", s. 17, http://www. umww. com/global/knowledge/view?id=226 (Erişim Tarihi: 31. 05. 2012).

Sosyal medya[8], dijital dünyanın yaşadığı gelişimin son halkasını temsil eden ve geleneksel medyanın gazete, dergi, televizyon gibi konvansiyonel araçlarından farklı bir iletişim ağı oluşturan alanı ifade etmektedir. Önce bilgisayarın, ardından internetin ortaya çıkışına şahit olan dijital dünya, bugün sosyal medya ile bireyleri hiç olmadığı kadar birbirine yaklaştırmaktadır.

Online sosyal ağlar (OSA), anlık mesajlaşma, e-mail, fotoğraf ve video paylaşımı gibi çeşitli araçlar vasıtasıyla bireylerin birbirleriyle iletişime geçtikleri ve sosyalleştikleri geniş bir platformdur. [9] Bu ağlar kullandıkları teknik itibariyle de geleneksel olandan ayrılmaktadır. Dijital bir evrende elektronik ağlar üzerinden işleyen bir sistemi meydana getirmektedir. Bireyler, televizyon, radyo ya da telefon gibi geleneksel medya araçlarında tek taraflı ve edilgen birer aktör konumundayken, OSA'da herhangi bir mekan ya da zaman kısıtlaması olmadan diğer kullanıcılarla bir araya gelmekte sevdikleri markalardan, yemeklerden ve ya politik meselelerden bahsetme ve kurdukları iletişimin etkin birer aktörü olma imkanı elde etmektedir. [10] Hatta bugün akıllı telefon ve tabletlerin sayısındaki devasa artış, bu ağların cep telefonu şebekeleri üzerinden de kullanılabilir hale gelmesini sağlayarak daha geniş kitlelerin bunlara dahil olmalarını sağlamaktadır.

Şekil 1'den de takip edilebileceği üzere yıllara göre küresel anlamda sosyal medya kullanımında ciddi bir artışın olduğu görülmektedir. Bu çerçevede 2008 yılında *"aktif internet kullanıcıları"* arasında sosyal medya kullanım oranı %45,1 iken 2009 yılında bu oran %51,4'e, 2010 yılında %61,4'e, 2011 yılında ise %65,2'e çıkmıştır.

Aşağıdaki tabloda OSA tiplerinden yola çıkılarak kullanıcı sayıları ve toplam paylaşım hacimleri gösterilmektedir. Buna göre OSA içinde en fazla kullanıcı sayısı 865 milyon ile Facebook'a ait gözükmektedir. Günlük olarak 250 milyon adet fotoğraf Facebook'a yüklenmektedir. Hatta internet üzerinde açılan sayfaların %20'si Facebook sayfası oluşturmaktadır. Facebook'u 465 milyon kullanıcı ile Twitter takip ederken her gün 1 milyon adet twit atılmaktadır. Twitter'ı LinkedIn 135 milyon

8 Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında kişisel verilere daha fazla vurgu yaptığı düşünülen online sosyal ağlar kavramı kullanılacaktır.

9 Carla Money, *Online Social Networking*, Lucent Books, Farmington Hills, 2009, s. 10.

10 Peter J. Scott ve J. Mike Jacka, *Auditing Social Media A Governance and Risk Guide*, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2011, s. 3.

üye ile takip etmektedir. 2011 yılı istatistiklerine göre konuşulduğunda Google+ 90 milyon üye ile LinkedIn'ı takip ederken, Google+'ın bugünkü hızıyla devam ederse 2012 yılı sonunda 400 milyon üyeye ulaşacağı tahmin edilmektedir. Google+'ı 30 milyon üye ile Instagram, 10. 4 milyon üye ile Pinterest izlemektedir. Youtube sayılan bu paylaşım sitelerinden farklı bir platformu ifade etmektedir. Yalnızca video paylaşımına imkan tanıyan bu platformda günlük olarak 2 milyar video izlenmektedir.

Tablo 1. Sosyal Medya Kullanımına Dair Bazı İstatistikler (2012 Yılı)[11]

SOSYAL MEDYA	KULLANICI SAYISI	TOPLAM PAYLAŞIM
Facebook	865 milyon	Günlük 250 milyon fotoğraf yükleniyor. İnternette görüntülenen web sayfalarının %20'sini Facebook sayfaları meydana getiriyor.
Twitter	465 milyon	Günlük 175 milyon twit atılıyor. Her gün 1 milyon kişi hesap açıyor.
LinkedIn	135 milyon	Her saniye 2 yeni üye katılıyor. En fazla ziyaret edilen 36. web sitesi.
Youtube	2 milyar izlenme (Günlük)	Her gün 829 bin video yükleniyor. En fazla ziyaret edilen 3. web sitesi.
Instagram	30 milyon	150 milyon fotoğraf yüklenmiş durumda (Ağustos-2011 itibariyle).
Pinterest	10. 4 milyon	2012 yılının başından itibaren ziyaretçi sayısı %145 artış gösterdi.
Google+	90 milyon	Günde 625 bin kişi üye oluyor. 2012 yılı sonunda 400 milyon üyeye ulaşması bekleniyor.

OSA'ların tek bir amaç için kullanıldığını söylemek oldukça zordur. Sadece amaçlar yönünden bir farklılık değil aynı zamanda kullanma yöntemi açısından da farklı OSA tipleri de söz konusudur. Bunlar şu başlıklar altında toplanabilir. [12]

11 *"48 Significant Social Media Facts, Figures and Statistics Plus 7 Infographics"*, http:// www. jeffbullas. com/2012/04/23/48-significant-social-media-facts-figures-and-statistics-plus-7-infographics/ (Erişim Tarihi: 17. 05. 2012). Farklı bir sınıflandırma için ayrıca bkz. Lei Tang ve Huan Liu, *Community Detection and Mining in Social Media*, Morgan & Claypool Publishers, 2010, s. 1.

12 *"Types of social networks"*, http://www. privacyrights. org/social-networking-privacy#introduction (Erişim tarihi: 19. 05. 2012).

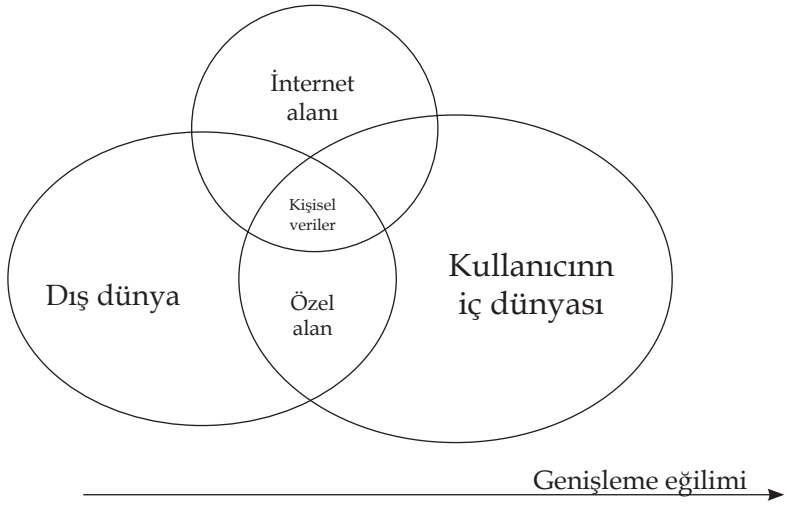
1. **Kişisel ağlar (personal networks):** Bunlar kullanıcılarına detaylı bir biçimde kişisel profil oluşturma imkanı tanımaktadır. Kullanıcılar yaş, cinsiyet, iş durumu, medeni durum gibi kişisel verilerini ilişki kurdukları diğer kullanıcılara açmakta, ayrıca fotoğraf, video ve müzik paylaşımı da gerçekleştirebilmektedirler. Başta Facebook olmak üzere bir çok sosyal medyayı bu kategoride saymak mümkündür.
2. **Güncel durum ağları (status update networks):** Bu sosyal medya ağları kullanıcının anlık durumunu hızlı bir biçimde iletişimde olduğu diğer kullanıcılara göndermesine imkan tanımaktadır. Twitter başta olmak üzere bir çok benzeri uygulama bu ağların kullanımı için tasarlanmıştır.
3. **Lokasyon (yer) bazlı sosyal medya ağları (location networks):** GPS (global position system) ve mobil telefon alanındaki gelişmelere bağlı olarak popülaritesi oldukça artan bir online sosyal ağ tipidir. Bu ağlarda kullanıcılar, uydu yardımıyla kullanılan bir teknoloji sayesinde bulundukları mekan içindeki diğer kişilerle iletişim kurulabilmektedir. Başta Foursquare olmak üzere bir çok sosyal medya uygulaması bu hizmeti vermektedir.
4. **İçerik paylaşma amaçlı sosyal medya ağları (content-sharing networks)**: Müzik, fotoğraf yada video gibi içerikleri paylaşmak amacıyla tasarlanan bu ağlar, kişisel profil oluşturmak suretiyle kullanıcıların yüklemiş oldukları içerikleri diğer kullanıcılarla paylaşmasını ve bunlar hakkında çeşitli yorumlar almalarını sağlamaktadır. Başta Youtube ve Instagram gibi ağlar bu amaçla kullanılmaktadır.
5. **Ortak ilgi paylaşımı amaçlı sosyal medya ağları (shared-interest network):** Bu tip ağlarda kullanıcılar ortak ilgi alanları, geçmiş, iş durumu, politik tercih ya da beğeni durumlarına göre birbirleriyle iletişime geçebilme imkanına sahip olmaktadır. Daha ziyade profesyonel amaçlarla kullanılan ağlardır. Başta LinkedIn ve DeviantART olmak üzere çeşitli örnekleri mevcuttur.

Bu örneklerden yola çıkıldığında kullanıcıların, fotoğraf, yaş, cinsiyet, adres, ilgi alanı, iş durumu, medeni hal vb. bir çok kişisel verisinin yer aldığı oldukça büyük bir (dijital) hafızadan bahsetmek müm-

kündür. Hatta kişisel veriler bazen kullanıcının doğrudan izin vermesi ile bazen ise kullanıcının onayı olmadan diğer kullanıcılara açılabilmektedir. Kullanıcıya ait kişisel veriler reklam amaçlı ya da üçüncü parti yazılımların geliştirilmesi için hukuk dışı olmayan yöntemlerle toplanabileceği gibi kimlik hırsızlığı ya da dolandırıcılık gibi hukuki olmayan yöntemlerle de elde edilebilmektedir. [13]

Kişisel verilen toplanması ve saklanması konusunda yalnızca sosyal medya ağlarını dikkate almak yeterli değildir. Özellikle alış-veriş siteleri, bankalar ya da iş arama ilanlarının yer aldığı ağlarda da girilen kişisel veriler kullanılmakta ve saklanmaktadır. Böylesi bir durumun doğal sonucu, kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesi riskinin varlığıdır. Bu durum sadece üçüncü kişilerle kullanıcı arasında değil, aynı zamanda ilgili (servis sağlayıcı) internet şirketleri ile kullanıcı arasında da olumsuzluklar yaşanmasına neden olabilmektedir.

Şekil 2. Değişen Özel Alan Kavramı[14]



13 *"Who Can Access Information"*, http://www. privacyrights. org/social-networking-privacy#introduction (Erişim Tarihi: 19. 05. 2012).

14 Jang-mook Kang, You-Jin Song, Jae-Sang Cha ve Seon-Hee Lee, *"A Study for Security Scheme and the Right to Be Forgotten Based on Social Network Service for Smart-Phone Environment"*, *Information Security and Assurance*, International Conference, ISA 2011 Brno, Czech Republic, August 15-17, 2011 Proceedings, Ed. Tai-hoon Kim, Hojjat Adeli, Rosslin John Robles and Maricel Balitanas, Springer, 328'den alınmıştır.

İletişim teknolojilerinde ortaya çıkan böylesi radikal bir dönüşümle birey eskisine göre daha fazla oranda kendini ifade etme ve bilgiye ulaşabilme imkanı elde ederken diğer yandan da şekil 2'de de gösterildiği kapsam içinde bireyin hak ve özgürlükleri adına önemli bir tehdit halini almaktadır. Unutulma hakkı, bu tehdidin varlığı karşısından bireyin kendi otonomisini koruma mekanizmalarından biri olarak değerlendirilmelidir.

Unutulma Hakkının Kapsamı

Temel bir insan hakkı olarak unutulma hakkının tanınmasında ve gündeme gelmesinde Avrupa Komisyonu'nun yapmış olduğu önerinin oldukça belirleyici olduğu söylenebilir. Komisyonun önerisine göre eğer geçerli bir neden söz konusu değilse kişisel verilerin herhangi bir biçimde saklanmaması, silinmesi gerekmektedir. [15] Bu çerçeveden hareketle unutulma hakkını;, *dijital hafızada yer alan bireye ait fotoğraf, kimlik bilgisi, adres ve diğer kişisel içeriğin, yine bireyin kendi talebi üzerine bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması* biçiminde tanımlamak mümkündür.

Unutulma hakkının sınırlarının belirlenmesi noktasında karşılaştırmalı hukukta önemli örneklere ulaşmak mümkündür. Kıt'a Avrupası hukuk geleneği (KAHG) ile Amerikan hukuk geleneği (AHG) arasında özellikle ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı ilişkisini merkeze alan bir bakış açısı sunmak oldukça faydalı olabilir.

Kıt'a Avrupası ve Amerikan Hukuk Geleneğinde Unutulma Hakkına ilişkin Temel Yaklaşımlar

KAHG içinde unutulma hakkının gelişiminde ilişkin yaklaşımın özellikle İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları önemli bir rol oynamıştır[16]. Bu yaklaşıma göre unutulma hakkı şeref, onur ve özel hayatın gizliliği ve korunması gibi kişilikle bütünleşmiş birçok unsur ile ya-

15 "*How does the data protection reform strenghten citizens rights*", http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en. pdf (Erişim Tarihi: 20. 05. 2012).

16 Bkz. Franz Werro, "*The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*", *George Town University The Center of Transational Legal Studies Colloquium Research Paper No.* 2, May 2009, s. 286.

kından ilgilidir. [17] Dolayısıyla hem ahlaki hem de hukuksal bir boyuta sahiptir. Aynı zamanda kişi güvenliğinin bir parçası olarak kişinin kendisine ait bilgiler üzerindeki sahipliğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle bir kontrol hakkı biçiminde değerlendirilebilir. [18]

Unutulma hakkının kapsamının belirlenmesinde KAHG içinde yargının oynadığı önemli rol, bu hakkın aynı zamanda özel hayatın gizliliği içinde değerlendirilmesine yol açmıştır. Özellikle kişiye ait bilgilerin medya tarafından kullanımında sınırın ne olduğu yargı organları tarafından belirlenmektedir. Aksi bir durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *"Özel Hayatın ve Ailenin Korunması"* başlığını taşıyan 8. maddesine aykırılık taşıdığı ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucunu doğurur. Ancak, bu kapsam içinde değerlendirilebilen unutulma hakkına doğrudan atıf yapılabilecek bir düzenlemeden bahsetmek oldukça zordur.

Unutulma hakkının AHG içindeki yeri incelendiğinde KAHG'den farklı bir yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. KAHG'nin aksine AHG'de, unutulma hakkı kavramı ile ifade ve basın özgürlüğü arasındaki gerilimin oldukça belirgin olduğu görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde bir suçlunun bilgilerinin kamuoyu ile paylaşılmasında, kamusal bir yarar söz konusu ise, basın özgürlüğü-ifade özgürlüğünü öne çıkaran bir anlayışın kabul gördüğü söylenebilir. [19] Bu gerilimin varlığı unutulma hakkının kapsamını büyük oranda belirginsizleştirmektedir. [20] Bu çerçevede oldukça sembolik olan bir olay 1990 yılında Alman aktör Walter Sedlmayr'ı öldürmekten suçlu bulunan ve hapis cezasına çarptırılan Wolfgang Werlé ve Manfres Lauber Amerika Birleşik Devletleri merkezli internet ansiklopedisi Wikipedia'yı dava etmeleriyle yaşanmıştır. Davanın gerekçesinde, cezalarını çekip hapisten çıktıkları ve topluma

17 Rolf H. Weber, *"The Right to Be Forgotten More Than a Pandora Box"*, *JIPITEC*, Vol. 2011, s. 121.

18 Jeff Ausloos, *"The "Right To Be Forgotten"-Worth Remembering"*, *Computer Law & Security Review*, 2012, s. 2-3.

19 Bu iki gelenek arasındaki yaklaşım farklılığını açıklamaya çalışan bir tartışma için bkz. Werro, a. g. e., s. 299-300; Ayrıca bkz. Weber, a. g. e., s. 122.

20 Amerika Birleşik Devletleri'de de kişisel verilerin korunmasına dönük artan bir talebin olduğu ve yakın bir gelecekte buna ilişkin bir hukuksal düzenleme söz konusu olacağı dile getirilmektedir. Bkz. *"Private Data Public Rules"*, *Economist*, http://www. economist. com/node/21543489 (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

olan borçlarını ödedikleri halde Wikipedia'nın sayfasında adlarının Walter Sedlmayr cinayetiyle birlikte anıldığını ve buna bağlı olarak toplumda kötü bir şöhretle tanınmalarına yardımcı olduğunu iddia etmişlerdir. [21] Söz konusu davaya ilişkin olarak Alman mahkemeleri, bir daha Sedlmayr'ın ölümüyle Werlé ve Lauber adlarını yan yana getiren yayın yapmayı yasaklamıştır. Wikipedia'nın Almanca yayınından Walter Sedlmayr ile ilgili başlıktan isimleri kaldırılmıştır. Daha sonra Werlé ve Lauber'in avukatı Wikipedia'nın İngilizce sayfasından da isimlerin silinmesini isteyen bir mektubu şirkete göndermişlerdir. [22] Olaya ifade özgürüğü açısından yaklaşan Wikipedia yetkilileri ise bir açıklama yaparak, Wikipedia'nın bağımsızlık ve gönüllülük esasına göre çalışan bir internet ansiklopedisi olduğunu, Almanca sayfadan isimlerin kaldırılmasının editörün tercihi olduğunu, buna saygı göstereceklerini ancak İngilizce sayfanın editörünün bu isimleri sayfadan kaldırıp kaldırmamakta özgür olduğunu, eğer kaldırmazsa bunu da destekleyeceklerini ifade etmişlerdir. [23] Rosen'ın da belirttiği gibi KAHG ile AHG arasındaki farklı bakışı ortaya koyan bu dava, internette özel hayatın gizliliği ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmanın uygun bir dengeye kavuşturulması gerekliliğini gözler önüne sermektedir. [24]

Bilgiye Ulaşma Hakkından Bilginin Korunması Hakkına Geçiş: Bir Geriye Dönüş mü?

Unutulma hakkının kapsamının belirlenmesinde etkili olan bir diğer gelişmenin, bilgiye ulaşmak konusunda devletlerin sergiledikleri tavır değişikliğinin olduğu da söylenebilir.

---

21 İngilizce yayın için bkz. *"Walter Sedlmayr"*, http://en. wikipedia. org/wiki/Walter_Sedlmayr (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

22 Mektubun tam metni için bkz. http://www. wired. com/images_blogs/threatlevel/2009/11/stopp. pdf (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

23 John Schwartz, *"Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent"*, November 12, 2009, http://www. nytimes. com/2009/11/13/us/13wiki. html (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012). Bu davayı ele alan bir çalışma için bkz. Lawrence Siry ve Sandra Schmitz, *"Online Archives on Trial in Germany: Is there a Right to be Forgotten?"*, http://www. law. mmu. ac. uk/wp-content/uploads/2011/04/Online-Archives-on-Trial-in-Germany. pdf (Erişim Tarihi: 01. 06. 2012).

24 Jefry Rosen, *"The Right To Be Forgotten"*, *Stanford Law Review*, Online 88, February 13, 2012, http://www. stanfordlawreview. org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten (Erişim Tarihi: 16. 05. 2012).

Tablo 2. Belli Başlı Ülkelere Göre Bilginin Korunması ve Bilgiye Erişme Hakkı Düzenlemeleri[25]

Ülke	Bilginin Korunması	Bilgi Edinme	Ülke	Bilginin Korunması	Bilgi Edinme
İsveç	1973	1766	Finlandiya	1987	1951
ABD	1974	1966	Hollanda	1988	1991
Almanya	1977	1999	İrlanda	1988	1997
Fransa	1978	1978	Portekiz	1991	1993
Norveç	1978	1970	Macaristan	1992	1992
Danimarka	1978	1970	İsviçre	1992	1993
Avusturya	1978	1987	Belçika	1992	1994
İzlanda	1981	1998	İspanya	1992	1992
Avusturalya	1982	1982	Y. Zelanda	1993	1982
Qubec	1982	1983	İtalya	1996	1990
B. Krallık	1984	2000	Yunanistan	1997	1986

Tablo 2'den de takip edilebileceği gibi son yarım yüzyıllık süre içinde devletlerin büyük çoğunluğu bilginin korunmasını yasal zemine kavuşturdukları görülmektedir. Tabi bu eğilimde kişisel bilgisayarın (PC) ve internetin ortaya çıkışına dikkat çekmek gerekmektedir. Bu sayede bilgiye ulaşmanın kolaylaşması, *"bilginin açıklığı"* (publicity) ilkesinden bir sapmanın meydana gelmesine neden olmuştur. Böylece bir özgürlük alanında meydana gelen bir gelişme, başka bir özgürlük alanını etkilemiştir. [26] Bilgi edinme hakkının önemli tamamlayıcıları olan ifade ve basın özgürlüğü gibi özgürlüklere verilen önem bugün giderek yerini bilginin korunması ve buna bağlı olarak da ifade ve basın özgürlüklerinin çerçevesinin daralmasına bırakmaktadır. Bilgi daha fazla adem-i merkezileşmekte ve artık bireyin verilerinin korunması gündeme gelmekte ve bireyin özel hayatı ile bütünleşen bir kavramsallaşmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kapsam içinde 2012 yılının Ocak ayında Avrupa Komisyonu tarafından yapılan açıklama önem kazanmakta ve Avrupa'nın bu hakka ilişkin bundan sonraki yaklaşımı hakkında fikir vermektedir.

25 Bkz. Weber, (Rolf H. Weber, Datenschutz v. Öffentlichkeitsprinzip, Zürich 2010, s. 16-17' den aktaran), a. g. e., s. 123.
26 Weber, a. g. e., s. 123.

Avrupa Birliği Perspektifinden Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı kavramının ortaya çıkışını sağlayan bu tarihsellik içinde AB tarafından yapılmak istenen yeni düzenlemenin etkisi, bu hakkının temel bir hak olarak kabul edilmesi noktasında kilometre taşı biçiminde kabul edilmelidir. Bu gelişme aynı zamanda AB açısından bir politika değişikliğini de gözler önüne sermektedir. Bugüne kadar verilerin korunması rejimini ekonomi eksenli değerlendiren AB, artık Avrupa Konseyi tarafından da benimsenen hak temelli bir anlayışa geçiş yapmaktadır. Artık verilerin korunmasını ekonomik hayat ile ilişkilendirmekten öte, ona polis ve yargı tarafından çerçevelenen bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır. [27]

Böylesi bir düzenlemenin Avrupa kaynaklı olarak ortaya çıkışı ayrıca anlamlı gözükmektedir. Devletler arasında siyasal, sosyal ve ekonomik sınırların büyük oranda kaldırıldığı bu coğrafyada bilginin paylaşımı konusunda da sınırların varlığından bahsetmek çok gerçekçi olmayacaktır. Ancak bu durum yukarıda da belirtildiği üzere önemli olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Bu olumsuzlukların en başında ise bilginin ve verilerin korunması sorununu getirmektedir.

Avrupa Komisyonu'nun önerisine göre unutulma hakkının başlıca amacı kişisel bilgilere dönük olarak ortaya çıkması muhtemel risklerin azaltılmasıdır. [28] Bu risklerin özellikle gençler açısından oldukça yüksek olduğu belirtilmektedir. Ssyal medya kullanımının gençler arasındaki yaygınlığı dikkate alındığında bu durum daha da anlam kazanmaktadır. Komisyon tarafından yapılan düzenlemede gençlerin sosyal medya aracılığıyla paylaştıkları kişisel verilerinin gelecekte önlerine birer kötü şöhret malzemesi olarak engel teşkil etmesinin önüne geçilmesinin de amaçlandığı anlaşılmaktadır. [29]

Birlik üyesi ülkelerde 2010 yılının Kasım ve Aralık aylarında saha çalışması yapılan, 2011 yılının Haziran ayında da sonuçları kamuoyu

27 Sjaak Nouwt, "*Towards a Common European Approach to Data Protection: A Critical Analysis of Data Protection Perspectives of the Council of Europe and the European Union*", *Reinventing Data Protection?*, Ed. Serge Gutwirth,Yves Poullet, Paul De Hert, C´ecile de Terwangne, Sjaak Nouwt, Springer Publishing s. 286.

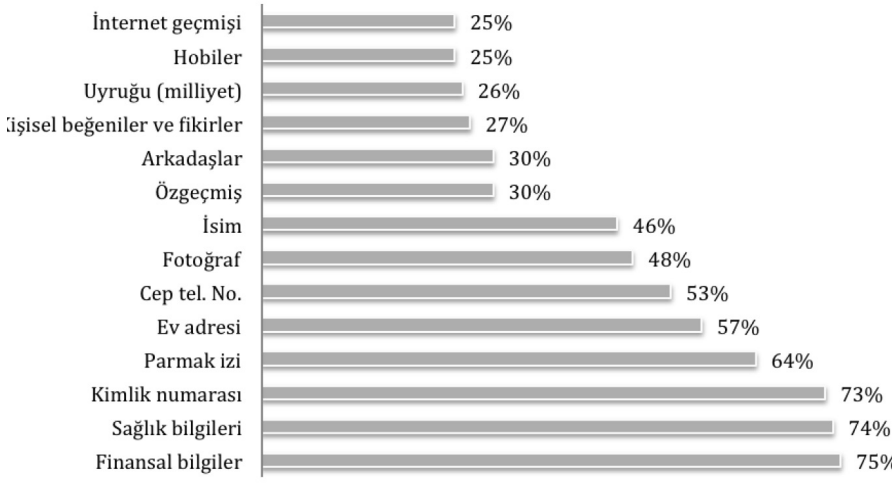
28 "*What will be the key changes*", http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en. pdf (Erişim Tarihi: 21. 05. 2012).

29 "*EU proposes 'right to be forgotten' by internet firms*", http://www. bbc. co. uk/news/technology-16677370 (Erişim Tarihi: 19. 05. 2012).

ile paylaşılan *"Avrupa Birliği'nde Verilerin Korunması ve Elektronik Kimliğe İlişkin Tutumlar"*[30] adlı araştırmanın sonuçları, Birliğin unutulma hakkına dair düzenlemelerinin altyapısını meydana getirmektedir.

Şekil 2, söz konusu araştırmanın önemli sonuçlarından biri olan hangi bilgi ve verilerin kişisel kabul edildiğine dönük cevapları içermektedir.

Şekil 2. AB Ülkelerinde Kişisel Kabul Edilen Bilgi ve Veriler[31]



Şekil 2'den de görüleceği üzere maaş, kredi kartı bilgileri gibi finansal veriler %75 gibi bir oran ile en fazla kişisel olarak algılanan veriler kategorisini meydana getirmektedir. Bunu %74 ile sağlık bilgileri, %73 ile kimlik numarası, %64 ile parmak izi, %57 ile ev adresi, %53 ile cep telefonu numarası, %48 ile fotoğraflar, %46 ile isim, %30 ile özgeçmiş bilgileri, %27 ile kişisel beğeniler ve fikirler, %26 ile milliyet (uyruk), %25 ile hobiler ve %25 ile internette kullandığı içerikler başka bir ifadeyle internet geçmişi izlemektedir.

Aynı araştırmaya göre Avrupalıların büyük çoğunluğu kişisel verilerinin internet ortamında paylaşılmasını modern hayatın bir ge-

30 Bkz. *"Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, June 2011 (Eurobarometer survey) "*,http://ec. europa. eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en. pdf (Erişim Tarihi: 21. 05. 2012).

31 Bkz. A. g. e., s. 12.

rekliliği olarak görmektedir. İnternette yapılan en önemli aktivitelerin başında alışveriş gelmektedir. Avrupalı kullanıcının %79'u internet üzerinden alışveriş yapmakta, Yarıdan fazlası sosyal paylaşım sitelerini kullanmakta, her 10 kullanıcıdan 4'ü de fotoğraf, video, müzik vb. paylaşımlarda bulunmaktadır. [32]

İnternetin bu kadar yaygın kullanımına rağmen, internet üzerinden toplanan bilgilerin korunması söz konusu olduğunda kullanıcıların kendilerini daha az güvende hissettiği görülmektedir. Örneğin kullanıcılardan sosyal medya kullananların %21'i, internetten alışveriş yapanların ise %18'i bilgilerini tamamen kendilerinin kontrol edebildiğine inanmaktadır. [33] Böylesi bir tablo internette paylaşılan kişisel verilerin güvenliği konusunda ciddi bir endişenin varlığına işaret etmektedir.

Unutulma hakkı, AB'nin kendi dijital dünyasını meydana getirme çabasının tamamlayıcı bir unsuru biçiminde değerlendirilmelidir. Bu hakkı ortaya çıkaran düzenlemenin arka planında AB'nin dijital hizmetleri sunan şirketlerle kullanıcılar arasındaki ilişkisine yeni biçim verme amacını güttüğü görülmektedir. [34] Şirketlerle bireyler arasındaki ilişkinin basit, şeffaf ve hesap verebilir bir boyuta sahip olmasının sağlanmaya çalışılmaktadır. Firmalar arasında daha rekabetçi bir dijital pazar oluşturmak ve şirketler karşısında kullanıcıları[35] daha güçlü bir koruma mekanizmasına kavuşturmak söz konusu çabanın başlıca hedefleri olarak belirtilmektedir. Bunun ya-

32 A. g. e., s. 94.

33 *"How will the data protection reform affect social networks"*, http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/3_en. pdf (Erişim Tarihi: 22. 05. 2012).

34 Peter Bright söz konusu teklifi ekonomik açıdan değerlendirmekte ve 1995 tarihli verilerin korunması kanunun Birliğin mevcut şartlara uyum sağlayamadığının altını çizmektedir. Bright ayrıca Verilerin korunması kanuun uygulanmasında ortaya çıkan giderlerin bu yeni düzenlemeyle azalacağına dikkat çekmekte ve Birliğin yaklaşık olarak 2. 3 milyar avroluk bir tasarruf sağlayacağını iddia aetmektedir (Bkz. Peter Bright, *"Europe proposes a right to be forgotten"*, http://arstechnica. com/tech-policy/2012/01/eu-proposes-a-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

35 Viviane Reding, "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age"http://europa. eu/rapid/pressReleasesAction. do?reference=SPEECH/12/26 (Erişim Tarihi:

nında 1995 tarihli *"Verilerin Korunması Kanunu"*nun[36] üye devletler tarafından farklı farklı uygulanmasının ortaya çıkardığı karışıklıklar da yeni düzenlemeyi ortaya çıkaran bir diğer neden olarak dile getirilmektedir.

Bu çerçevede yapılacak olan hukuki düzenlemelerle, verilerin korunması konusunda Birlik içindeki tüm devletlerin tek bir düzenlemeye tabi olmaları sağlanırken, diğer yandan da özellikle siber suçlarla mücadele kolluk güçleri ve yargı yerlerinin eli güçlendirilmektedir. [37] Komisyon'a göre düzenlemenin ana omurgasının şeffaflık üzerine inşa edilmesi gerekliliği belirtilmekte ve bu ihtiyacı doğuran nedenler ise şu şekilde sayılmaktadır. [38]

1. Kullanıcılar kendilerine ait bilgiler hakkında şu sorulara ilişkin olarak açık bir dille bilgilendirilmelidir: Bu veriler hangi amaçla toplanıyor? Nerede ne kadar süre saklanacak? Bu veriler üçüncü kişilerin eline geçerse ne olacak? Verilerin amacı dışında kullanılması durumunda hangi mercilere başvurulabilir?
2. Kullanıcıların verileri onların açık izni olmadan kullanılmamalıdır
3. Kullanıcılar kendi verilerinin kontrolü konusunda daha güçlenmelidir. Verilerinin silinmesi yada bir servis sağlayıcıdan diğerine verilerin taşınmasını daha kolay bir biçimde gerçekleştirebileceklerdir. Bu noktada Reding unutulma hakkının mutlak bir hak olmadığına dikkat çekmektedir. Bu hakkın ifade ve basın özgürlüğüne zarar vermeden kullanılması gerekliliğini ifade etmektedir.
4. Servis sağlayıcılar kullanıcıların kayıtlı verilerinin korunması konusunda gerekli güvenlik önlemlerini almalıdır. Kullanıcının kayıtlı verilerine herhangi bir zarar gelmesi, örneğin çalınması gibi durumlarda hızlıca kullanıcıları uyarmalıdırlar.

---

36 Bkz. *"Directive 95/46 EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the proccessing of personel data and on the free movement of such data"*, http://eur-lex. europa. eu/LexUriServ/LexUriServ. do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050: EN:PDF (Erişim Tarihi: 20. 05. 2012).

37 A. g. e., s. 4.

38 A. g. e., s. 4-6

Hukuki Çerçeve[39]

Unutulma hakkı, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'ne sunulan teklifin "*düzeltme ve silme*" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde 17. maddede düzenlenmektedir.

Düzenlemenin birinci fıkrasında kullanıcıya ait verilerin hangi durumlarda silinmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Buna göre, eğer veriler çok uzun süredir toplanış amaçları çerçevesinde kullanılmıyorsa ve kullanıcı da söz konusu verilerin saklanmasına rıza göstermiyorsa "*veri denetçisi*" (controller) kullanıcıya ait verileri silmek ve daha fazla yayılmalarını engellenmesinden sorumludur. Bu gibi durumlarda denetleyici verileri gecikmeksizin silmek zorundadır. Ancak, ifade özgürlüğünün korunması, genel sağlığı ilgilendiren bir konuda kamu yararının olması gibi şartların varlığının yanı sıra tarihsel, istatistiksel ve bilimsel amaçlar ile Birliğin veya üye devletlerin hukuk sistemlerinin gerekli kıldığı durumlarda denetleyici veriyi tutma ve saklama hakkına sahiptir

Düzenleme, denetleyici tarafından verinin silinmesinin yanında, verinin kullanımının kısıtlanması imkanını da getirmektedir. Buna göre verinin doğruluğunun tartışmalı olduğu durumlarda denetleyici, verilerin doğruluğu ortaya konulana kadar verilere ulaşımı sınırlandırabilir. Ayrıca elinde meşru dayanakları olduğu sürece göreviyle ilgili kullanıcı verilerine ihtiyaç duyabilir. Verilerin hukuksuz olması ve kullanıcı tarafından kullanılmamasının talep edilmesi üzerine denetleyici verinin kullanımını sınırlandırabilirken, kullanıcının isteği üzerine veriler başka bir servis sağlayıcıya aktarılabilir. Yine böylesi durumlarda da denetleyici tarafından verilerin kullanımı sınırlandırılabilir. Tabi bu sınırlandırmayı gerçekleştirmeden önce veri(ler)nin sahibi denetleyici tarafından bilgilendirilmelidir.

---

39 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'ne verilerin korunması hakkında yapılan değişiklik önerisinin tam metni için bkz. "*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Regulation)*", http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en. pdf (Erişim Tarihi: 25. 05. 2012).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Unutulma hakkı gün geçtikçe üzerinde tartışılan ve gerek ulusal gerekse ulus üstü insan hakları belgeleri ile temel bir insan hakkı olarak yeni düzenlemelere konu olması muhtemel bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede özellikle AB'nin bundan sonra izleyeceği yöntem, diğer düzenlemeler açısından da örnek teşkil edecektir.

Unutulma hakkının anayasal düzenlere girmesi bir gerçekliğin mi yoksa ütopyanın mı ürünü olacak bunu zaman gösterecektir. Ancak şu bir gerçektir ki unutulma hakkı içinin doldurulması noktasında çeşitli pratiklere ve uygulamalara ihtiyaç duymaktadır. Bunun temel nedeni de kavramın sınırlarının çok net bir biçimde çizilemiyor olmasıdır.

Kuşkusuz bu hakkı ortaya çıkaran arka plan, kullanıcı açısından önemli avantajları beraberinde getirirken ciddi olumsuzlukların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Her şeyden önce bu hakkın hayata geçirilmesi noktasında gerekli teknik altyapının hazırlanması gerekmektedir. Bu da yepyeni bir dijital mühendislik masrafını gerekli kılacaktır.

Mevcut öneride öne çıkan önemli unsurların başında verileri kontrol eden ve saklayan denetçiye oldukça ciddi rollerin verilmesi gelmektedir. Verilerin kısıtlanmasından sorumlu olan denetçi aynı zamanda verilerin tamamen silinmesinden sorumludur. Oysa ki farklı serverlarda saklanmış olan bazı verilerin tamamen silinmiş olmasının sağlanması oldukça zordur. Bu verilerin milyonlarca kopyasının alınmış olma olasılığı her zaman söz konusudur. Böylesi bir durumda denetçi ile kullanıcı arasında bir rıza ilişkisi olsa ve buna dayalı olarak denetçi verileri ortadan kaldırmış bile olsa her zaman bu verilerin üçüncü kişiler tarafından yayınlanması mümkündür. [40]

Söz konusu bu teknik sorunların yanında, hukuki olarak da ciddi sorunların yaşanması olasılık dahilindedir. Yukarıda da söz edildiği üzere unutulma hakkının çatışma içinde bulunabileceği bir diğer hak, ifade özgürlüğüdür. Kaldı ki hukukun giderek uluslararasılaştığı günümüzde servis sağlayıcı şirketlerin uyacakları hukuk kuralları

40 Clive Gringras, *"Data Protection-The Right to be Forgotten"*, http://www. olswang. com/articles/2012/03/data-protection-the-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi: 26. 05. 2012).

noktasında da önemli tartışmalar yürütülmektedir. Ve bu şirketlerin büyük çoğunluğu hak ve özgürlük sistemini ifade özgürlüğü üzerine oturmuş olan ABD kökenlidir. Dolayısıyla uyacakları esaslarda ABD hukuku çerçevesinde şekillenmektedir. Oysa unutulma hakkının hukuksal bir düzenlemeye tabi tutulması söz konusu olan AB ise hak ve özgürlükler rejiminde özel hayatın gizliliğine (bu kapsamda verilerin korunması) dayandırmaktadır. Kullanıcılar hizmet alırken bu iki rejimden hangisine tabi olacaktır.

Unutulma hakkının bir diğer boyutu ülke ekonomilerini ilgilendirmektedir. Çünkü bu hakkın muhataplarından bir de internet (teknoloji) şirketleridir. Bu şirketlerin hemen hemen hepsi uluslararası etkileri olan hizmetleri yerine getirmektedir. Bu nedenle bu hakka ilişkin yapılacak bir düzenleme bu şirketlerin ekonomik çıkarları ya da zararları dikkate alınmadan gerçekleştirilemeyecektir. Bu, hem şirketler hem de kullanıcılar açısından hukuki ve mali anlamda önemli belirsizliklere yol açabilecek bir durumdur. [41]

Sonuç itibariyle unutulma hakkı olarak yeni ortaya çıkan ancak henüz net olarak kapsamı belirlenememiş bu hakkın, bireyin hak ve özgürlükleri içinde oldukça önemli bir yere sahip olacağını söylemek falcılık olmayacaktır. Kuşkusuz bu durumdan etkilenmesi olası ülkelerden biri de Türkiye olacaktır. 2008 yılında "*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*"[42] meclise sunulmuş ancak hala yasalaşamamıştır. Ardından 2010 yılında kişisel verilerin korunması anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak bu konuda uygulamaya dönük herhangi bir somut ilerleme kaydedilememiştir. Gelişen ve farklılaşan dijital teknolojiler dünyada olduğu gibi Türkiye'yi de bu konuda acil somut adımlar atmaya zorlamaktadır. Bugün yapılması gereken konunun tüm taraflarını da kapsayacak ve unutulma hakkını da içine alacak bir biçimde somut adımların atılmasıdır.

41 Clive Gringras, "*Data Protection-The Right to be Forgotten*", http://www. olswang. com/articles/2012/03/data-protection-the-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi: 26. 05. 2012).

42 Bu konudaki bir değerlendirme için bkz. Fikret İlkiz, "*Kişisel Verilerin Korunması ve Gazeteciler*", Bianet, 10 Ekim 2011, http://bianet. org/bianet/ifade-ozgurlugu/133285-kisisel-veriler-ve-gazeteciler (Erişim Tarihi: 29. 05. 2012)

KAYNAKLAR

"*48 Significant Social Media Facts, Figures and Statistics Plus 7 Infographics*", http://www. jeffbullas. com/2012/04/23/48-significant-social-media-facts-figures-and-statistics-plus-7-infographics/ (Erişim Tarihi: 17. 05. 2012). .

"*Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union, June 2011 (Eurobarometer survey)* ",http://ec. europa. eu/public_opinion/a rchives/ebs/ebs_359_en. pdf (Erişim Tarihi: 21. 05. 2012).

"*Copy of cease and desist letter*", http://www. wired. com /images_ blogs/threatlevel/2009/11/stopp. pdf (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

"*Directive 95/46 EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the proccessing of personel data and on the free movement of such data*", http://eur-lex. europa. eu/LexUriServ/LexUriServ. do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050: EN:PDF (Erişim Tarihi: 20. 05. 2012).

"*EU proposes 'right to be forgotten' by internet firms*", http://www. bbc. co. uk/news/technology-16677370 (Erişim Tarihi: 19. 05. 2012).

"*How does the data protection reform strenghten citizens rights*", http:// ec. europa. eu/justice/data-protection/document /review2012/ factsheets/2_en. pdf (Erişim Tarihi: 20. 05. 2012).

"*How will the data protection reform affect social networks*", http://ec. europa. eu /justice/data-protection/document/review2012/factsheets/3_en. pdf (Erişim Tarihi: 22. 05. 2012).

"*Private Data Public Rules*", *Economist*, http://www. economist. com/ node/21543489 (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

"*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Regulation)*", http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en. pdf (Erişim Tarihi: 25. 05. 2012).

"*Types of social networks*", http://www. privacyrights. org/social-networking-privacy#introduction (Erişim tarihi: 19. 05. 2012).

"*Walter Sedlmayr*", http://en. wikipedia. org/wiki/Walter_Sedlmayr (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

"*What will be the key changes*", http://ec. europa. eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en. pdf (Erişim Tarihi: 21. 05. 2012).

"*Who Can Access Information*", http://www. privacyrights. org/social-networking-privacy#introduction (Erişim Tarihi: 19. 05. 2012).

AUSLOOS, Jeff, "*The "Right To Be Forgotten"-Worth Remembering*", *Computer Law & Security Review,* 2012.

BRIGHT, Peter, "*Europe proposes a right to be forgotten*", http://arstechnica. com/tech-policy/2012/01/eu-proposes-a-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

GRINGRAS, Clive, "*Data Protection-The Right to be Forgotten*", http://www. olswang. com/articles/2012/03/data-protection-the-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi: 26. 05. 2012).

John Schwartz, "*Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent*", November 12, 2009, http://www. nytimes. com/ 2009/11/13/us/13wiki. html (Erişim Tarihi: 30. 05. 2012).

KANG, Jang-mook, You-Jin Song, Jae-Sang Cha ve Seon-Hee Lee, "*A Study for Security Scheme and the Right to Be Forgotten Based on Social Network Service for Smart-Phone Environment*", Information Security and Assurance, International Conference, ISA 2011 Brno, Czech Republic, August 15-17, 2011 Proceedings, Ed. Tai-hoon Kim, Hojjat Adeli, Rosslin John Robles and Maricel Balitanas, Springer, s. 326-333.

NOUWT, Sjaak, "*Towards a Common European Approach to Data Protection: A Critical Analysis of Data Protection Perspectives of the Council of Europe and the European Union*", *Reinventing Data Protection?,* Ed. Serge Gutwirth,Yves Poullet, Paul De Hert, C´ecile de Terwangne, Sjaak Nouwt, Springer Publishing, 2009, s. 275-293.

REDING, Viviane, "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age", http://europa. eu/rapid/pressReleasesAction. do?reference=SPEECH/12/26 (Erişim Tarihi: 14. 05. 2012).

ROSEN, Jefry (2012), "*The Right To Be Forgotten*", Stanford Law Review, Online 88, February 13, 2012, http://www. stanfordlawreview. org /online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten (Erişim Tarihi: 16. 05. 2012).

SCHONBERGER, Viktor-Mayer, *The Virtue of the Forgetting in the Digital Age*, Princeton and Oxford 2009.

TANG, Lei ve Huan Liu, *Community Detection and Mining in Social Media*, Morgan & Claypool Publishers, 2010.

WEBER, Rolf H., "*The Right to Be Forgotten More Than a Pandora Box*", *JIPITEC*, Vol. 2011, s. 120-130.

WERRO, Franz, "*The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*", *George Town University The Center of Transational Legal Studies Colloquium Research Paper No. 2*, May 2009, s. 285-300.

SIRI, Lawrence ve Sandra Schmitz, "*Online Archives on Trial in Germany: Is there a Right to be Forgotten?*", http://www. law. mmu. ac. uk/wp-content/uploads/2011/04/Online-Archives-on-Trial-in-Germany. pdf (Erişim Tarihi: 01. 06. 2012).

"*(Universal MacCann –UM) Social Social Media Tracker 2012 Report*", s. 17, http://www. umww. com/global/knowledge/view?id=226 (31. 05. 2012).

Mooney, Carla, *Online Social Networking*, Lucent Books, Farmington Hills, 2009.

SCOTT, Peter J. ve J. Mike Jacka, *Auditing Social Media A Governance and Risk Guide*, John Wiley & Sons Inc., New Jersey, 2011.

BAŞALP, Nilgün, *Kişisel Verilerin Saklanması ve Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004;

ŞİMŞEK, Oğuz, *Anayasa Hukuku'nda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008;

GÜR, İkbal, *Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Yaşanan Uyumsuzluklar ve Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010;

AKSOY, Hüseyin Can, *Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınları, Ankara, 2010.

KÜZECİ, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan kitabevi, Ankara, 2010.

CİVELEK, Dilek Yüksel, *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi (Uzmanlık Tezi)*, T. C Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, 2011.

İLKİZ, Fikret, "*Kişisel Verilerin Korunması ve Gazeteciler*", Bianet, 10 Ekim 2011, http://bianet. org/bianet/ifade-ozgurlugu/133285-kisisel-veriler-ve-gazeteciler (Erişim Tarihi: 29. 05. 2012).

MÜVEKKİL BEKLENTİ VE TATMİNİNİN AVUKAT TARAFINDAN KARŞILANMASININ UYGULAMALI OLARAK İNCELENMESİ

AN APPLIED ANALYSIS OF CLIENT EXPECTATION AND MEETING THE SATISFACTION BY THE LAWYER

Murat KORKMAZ*

Özet: Bu çalışmanın amacı avukat ve müvekkil ilişkisinin boyutlarının belirlenmesidir. Bu boyutlar içerisinde avukat müvekkil arasındaki memnuniyet seviyesi tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmada saha araştırması gerçekleştirilmiştir. Saha uygulamasında ölçekli bir anket kullanılmıştır. Bu ankette toplamda 83 soru bulunmaktadır. Anket iki bölümden oluşmaktadır. 28 sorudan oluşan ilk kısım katılımcıların demografik özelliklerinin belirlenmeye çalışıldığı kısımdır. 55sorudan oluşan kısım ise katılımcıların çalışmanın konusuna ilişkin düşüncelerinin yer aldığı ölçekli kısımdır. Kullandığımız ölçek 5'li liret ölçektir. Bu ölçek soldan sağa doğru 5-4-3-2 ve 1 şeklinde puanlanmıştır. Demografik soruların yer aldığı kısımda 1-2-3-4-5-6-8-10 ve 23 nolu sorular oldukça önemlidir. Bu sorulara yönelik analizde korelasyon kullanılmış ve karşılaştırmalar gerçekleştirilmiştir. Özellikle 23 nolu soruda yer alan mahkeme grubuna yönelik dağılımlar yine 1-2-3-4-5-6 nolu demografik sorular ile karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırılmada özellikle yaş, eğitim, gelir, yaşanılan bölge ve eğitim seviyelerine yönelik dağılım içerisinde yer alan kişiya da kişilerin hangi mahkemede dava dosyası olduğu saptanmaya çalışılmıştır. Kullanılan anket daha önce kullanılan farklı anketlerden esinlenerek hazırlanmış bir ankettir. Bu nedenle anketin genel uygulanmasından önce 50katılımcı üzerinde uygulama yapılmış ve bu katılımcılardan elde edilen veriler SPSS17 istatistik programı ile analiz edilmiş "Cronbach's Alpha Sayısı olarak 902"değeri elde edilmiştir. Buda çalışmanın yüksek oranda güvenilir olduğunu göstermektedir. Çalışma özellikle avukatlık mesleği içerisinde yer alan kişilerin mesleğin gerekliliklerinin önemi ve bu önemin müvekkil beklentisi ile karşılaştırılmasına yardımcı olmaktadır. Günümüzde artık farklı suç unsurları ortaya çıkmış ve birçok toplumda bu durum ciddi bir boyut almıştır. Oluşan bu nedenler müvekkilin avukatına güvenmesini ve inanmasını zorunlu hale getirmiştir. Yaptığımız araştırma sonucunda katılımcıların büyük çoğunluğu avukatının kendisine sağladığı hizmetin yetersiz olduğunu belirtmesidir. Bu oran %65'dir. Yine oluşan bu güvensizliğin nedenleri arasında oldukça yüksek oranda sağlanan katılımcı kanaati ise avukatıma daha fazla ücret ödesem dava sonucum benim istediğim gibi sonuçlanırdır şeklindedir. Bu oranda yine %67 seviyesindedir. Ortaya çıkan bu tablo günümüzde avukatlık mesleğinin bir ticari işletme haline geldiğini ve yaptığımız bu araştırmada elde ettiğimiz bulgular-

* Güven Grup A.Ş. Finans Yönetmeni

da bu durumu destekler niteliktedir. Oysaki avukat ve müvekkil ilişkisi karşılıklı güven ve memnuniyet ilişkisi ile paralellik içerisindedir. Genel olarak avukat ve müvekkil arasında en başta güven, memnuniyet ve karşılıklı ikili ilişkinin nedenli önemli olduğu ortaya çıkmıştır. Bu olguların sağlanması avukatın müvekkili adına yaptığı çalışmada daha fazla başarı elde etmesine ve müvekkilinde avukatından beklentisinin karşılanmasına neden oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Avukat, Müvekkil, Mahkeme, Hukuk, Dava, Dosya, Memnuniyet

Abstract: The aim of this study is to determine dimensions of lawyer-client relation. Within these dimensions, the satisfaction level between lawyer and client was tried to be determined. A field study was carried out in the study. A scaled questionnaire was used in the field study. There are 83 questions in total in this questionnaire. The questionnaire is composed of two parts. Demographic features of participants were tried to be determined in the first part having 28 questions. The second part with 55 questions is the scaled part and being composed of thoughts of participants about the subject of the study. The scale we use is 5 likert scale. This scale is graded from left to right as 5-4-3-2 and 1. Questions no. 1-2-3-4-5-6-8-10 and 23 in the part with demographic questions are really important. Correlation was used in the analysis directed to these questions and comparisons were made. Distributions for the court group in 23rd question especially were compared with the demographic questions no. 1-2-3-4-5-6. In this comparison, in which court individual/individuals, who are within the distribution for age, education, income, inhabited region, have case file were tried to be determined. The questionnaire used was prepared by being inspired from different questionnaires used before. Therefore, an application was made on 50 participants before the survey and data obtained from these participants were analyzed with SPSS17 statistics program and Cronbach's Alpha number was found as 902. This shows that this study is highly reliable. The study helps for individuals within the attorneyship to understand the necessities of job, and for this importance to be compared with client expectation. Different crime factors have arisen today and the situation has gained a serious dimension in many societies. These conditions have made the client to trust and believe in his/her lawyer obligatory. Following our study, majority of participants have stated that the lawyer's service in inadequate for them. This rate is 65%. Among the reasons for this mistrust, the thought of majority of participants is that if they pay more to their lawyers, the case will result in their favour. This rate is 67% approximately. This picture shows that attorneyship has become a business and our findings support this idea. However, the lawyer-client relation is in parallel with the relation of mutual trust and satisfaction. In general, why trust, satisfaction and mutual relation is important between lawyer and client has been presented. Maintaining these facts constitute the reasons for the lawyer to be more successful in his/her efforts for the client and to meet the client expectation.

Key words: Lawyer, Client, Court, Law, Case, File, Satisfaction

GİRİŞ

Avukat hukuk eğitimi almış ve hukuki anlamda bilgi sahibi olan hukuk adamıdır. Avukat hakkında yapılan tanımlara bakıldığında ise *"Kurumların, bireylerin devlet ile olan ilişkilerinde ortaya çıkan hukuki ya da kanuni yönden oluşan anlaşmazlıklarda hukuki bilgisine başvurulan kişidir. Kurum ve bireylerin ilgili yerlerde onların adına temsil yetkisini elinde bulunduran vekil tayin edilen özellikle mahkemelerde vekilliğini yaptığı kurum ve bireylerin haklarını savunan kişidir"* şeklinde tanımlandığı görülmektedir (Usul ve Topçuoğlu, 2011: 53-66).

Günümüzde giderek artan suç ve suç unsurlarının ortaya çıkması ile birlikte avukat ve avukatlık mesleğine duyulan ihtiyaçta paralel olarak artmıştır. Avrupa İstatistik Kurumu *"EUROSTAT"* tarafından 2010 yılında yapılan istatistik açıklaması da bu durumu desteklemektedir. Bu istatistik verilerine bakıldığında 2010 yılı itibariyle yüz bin kişide Türkiye'de 1339, İsveç'te 14442, İngiltere'de 8123, Almanya'da 7630, Fransa'da 5603 olarak açıklanmıştır (Star Gazetesi 14. 11. 2010).

Yukarıdaki verilere bakıldığında Türkiye diğer gelişmiş dünya ülkelerine göre suç oranı yönünden en geride olan ülkeler arasındadır. Bu oran itibariyle gelişmiş ve gelişmekte olan dünya ülkelerine bakıldığında suç oranlarının artmasında etkili olan teknoloji ve teknolojiye bağlı ortaya çıkan internet kullanımıdır. Türkiye'de 1995 ile 2009 yıllarını kapsayan şekilde yapılan bir araştırmada özelikle son yıllarda oldukça yoğunlaşan internet kullanımı nedeniyle toplumsal ve kültürel yozlaşmanın ortaya çıktığı işaret edilmektedir. Yine TUİK'in 2009 yılında yapığı *"Yaşam Memnuniyeti"* araştırmasında suç oranlarının ciddiye alındığı ve buna yönelik olarak asayiş hizmetlerindeki kontrollü sunulan hizmet memnuniyeti dikkat çekmektedir (TUİK, 2009).

Boşanma oranlarının arttığı ve özellikle kadına şiddet aile içi geçimsizlik ve yaşanan huzursuzlukların başında da yine internet kaynaklı olaylar gelmektedir. Denning ve Baugh (2000) yılında yaptığı bir çalışmasında son yıllarda yaşanan boşanma ve aile içi şiddetin temel kaynağının yine teknoloji ve internet odaklı olduğu yönündeki saptamalarıdır (Denning ve Baugh, 2000).

2011 yılında Korkmaz ve Hergüner, tarafından yapılan araştırmada da yine 14-25 yaş arasındaki katılımcıların özellikle sanal âlem de-

nilen "*Facebook, Twitter, Youtube*" gibi sosyal paylaşım ağlarının yoğun olarak kullanıldığı, katılımcıların %87 sinin bu dünyaya artık bağımlı hale geldiği tespitidir. Ayrıca bu sosyal ağlar kullanılarak ortaya çıkan aldatmalar, evden kaçmalar, eşler arasında yaşanan sorunlar, çocuk cinsel istismarları ve diğer birçok suç ve suç unsurunun ortaya çıkması oldukça dikkat çeken hususlar arasındadır (Korkmaz, 2011); (Hergüner, 2011: 174-183).

Toplum ve toplumlar giderek sosyo-kültürel değerlerini kaybetmektedir. Bunun en önemli nedenleri arasında örf ve adetlerin yok olması, teknolojinin yaygınlaşarak sosyo-kültürel değerlerin önemi üzerinde erozyon yaratmasıdır. Dünya nüfusu hızla çoğalmaktadır. Nüfusun çoğalmasına rağmen kullanılan kaynaklar azalmakta, dünyanın eko dengesi de bu gelişmelere paralel olarak bozulmaktadır. Ortaya çıkan yiyecek ve içecek talebi, işsizlik, azalan doğal kaynaklar ve toplumsal çöküş. Bu durum toplum ve toplum bireylerini hatta milletlerin birbirine karşı savaşmalarına, politik ve siyasi çekişmelerine sahne oluşturmaktadır. Aile yapıları, kişiler arası ilişkiler, toplum bireylerinin psikolojik yapıları ve en önemlisi toplumsal ahlak değerleri yok olmaktadır.

Ekonomik istikrarsızlık paralelinde işsizlik ve ekonomik buhranın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Tabii olarak da ortaya hırsızlık, kapkaç, cinayet, aile içi düzensizlik, eşler arasındaki ilişkilerin yıpranması, anne, baba ve çocuklar arasında yaşanan sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durum da hukuki unsur ve yapının önemini ortaya çıkarmaktadır. Haliyle yaşadığımız bu olaylar ve içinde bulunduğumuz hukuki durum nedeniyle avukat ve avukat mesleğine duyduğumuz önemde ortaya çıkmaktadır. Avukatlık ve avukat müvekkil ilişkisi yönünde yapılan çalışmalara literatür açısından bakıldığında ise;

Tükel (2008) tarafından yapılan çalışmada; avukat ve müvekkil ilişkisini psikanaliz açısından değerlendirmiş ve her iki unsur arasında güven olgusunun önemine dikkat çekmiştir. Genellikle avukat bilgisine ihtiyaç duyan bireylerin bilinçsizce suç ya da buna benzer olaylar içinde yer alan kişilerden oluştuğu yönündeki saptamaları dikkat çekmektedir (Tükel, 2008: 13-14).

Whittle (1997) tarafından yapılan araştırma; avukata ihtiyaç duyan ve bu ihtiyacını gidermek içerisinde olan bireylerin yeterince avukat-

larına güvenmediğini, onları aslında bir materyal olarak gördüğünü, hukuki açıdan kendilerini ya da işledikleri suçlarının affedilmesinde bir etken olarak gördüğü sonucuna yönelik bulgularıdır (Whittle, 1997: 127).

Amerikan gizli servisi FBI "*Louis Freeh*" tarafından 1994 yılında terörizm ve şiddet suçlarında karışan kişiler üzerinde yaptığı bir araştırmasında özellikle bu suçlara karışmış kişilerin avukatları aracılığı ile dış ilişkilerini kontrol ettiklerini, avukat ile ikili ilişkilerinde en önemli unsurun güven olgusunun yaratılması yönündeki açıklamalarıdır.

Yine ABD Adalet Bakanlığı'nın yaptığı bir araştırmada bilgisayar ve fikri haklar konusunda işlenen suçlara karışan suçluların ikili ilişkiler konusunda avukatlarına karşı güven olgusunda ciddi bir boyut kazandığıdır. Ayrıca bu suçlar nedeniyle elde ettikleri birçok mali gücü avukatları aracılığıyla yönettikleri ve kontrol ettiklerine yönelik tespitler elde edilmiştir (Reitinger, 2000: 151).

Diffie ve Landau (1998) tarafından yapılan çalışmada, özellikle mahremiyet unsurunun yer aldığı olaylarda müvekkil ve avukat arasındaki paylaşımın gizliliği üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu nedenle avukat müvekkil ilişkisinde gizlilik ve karşılıklı güven olgusunun önemi belirtilmektedir (Diffie ve Landau, 1998: 125).

Yapılan bir başka çalışmada mahremiyet kavramının önemi ve bu öneme dikkat çekilmektedir. Birçok suçlu ya da hukuki mücadele verin bireyin, kurumun özellikle kendisinde sakladığı birçok bilgiyi avukatına aktardığı bu nedenle avukatına güven olgusunu tam olarak kazanması gerekliliği üzerinde durulmaktadır (Fischer ve Hubner, 2000: 19).

Yukarıdaki tanım ve araştırmalardan elde edilen sonuca göre avukat ve müvekkil ilişkisinde karşılıklı güven olgusunun önemi ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle müvekkil ile avukat arasındaki ilişkinin önceliği güven, gizlilik olgusunun önemi, inanmak, sağduyu, bilgi ve karşılıklı ilişkinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Yaptığımız bu araştırmada da en önemli faktör olarak güven olgusunun ne denli önemli olduğudur. Katılımcıların büyük çoğunluğu avukatına vekalet verirken güvendiğini fakat dava sonucunda bu güveninin aslında yersiz olduğu ve yanıldığı yönündeki düşüncele-

ridir. Ortaya çıkan bu tablo avukat ve müvekkil arasındaki ilişkinin, paylaşımın çok sağlam temeller üzerinde oturtulmadığını ve özellikle ortaya çıkan bu çerçevede maddi unsurun ön planda tutulduğudur. Araştırmaya katılanların yine büyük çoğunluğunun verdiği avukatıma daha fazla ödeme yapsaydım sonuç böyle olumsuz olmazdı yönündeki beyanlarıdır. Oysaki avukat ve müvekkil arasındaki bu ilişki maddiyat çerçevesinden çıkarılarak hukuksal çerçevede olumlu ve olumsuz yönleri ele alınarak hareket edilse durum hem müvekkil hem de avukat açısından olumsuz yönde bir durum oluşturmazdı.

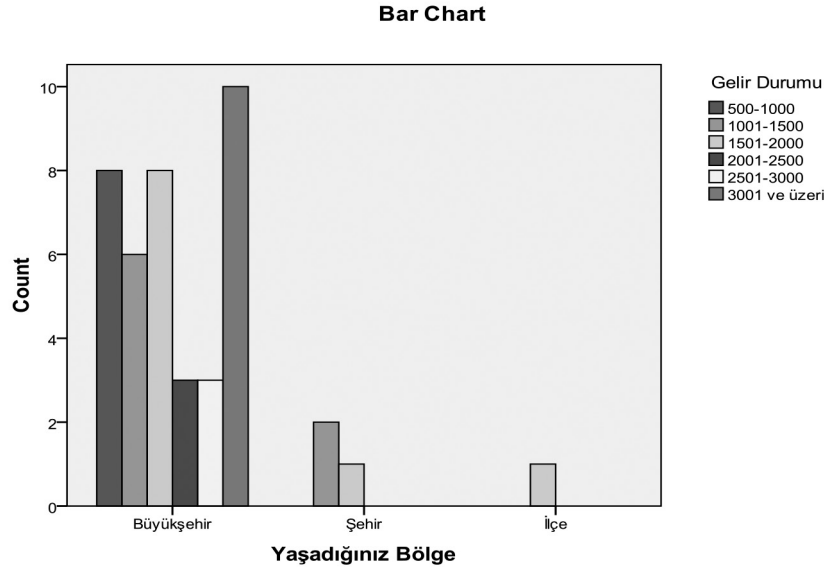
AMAÇ KAPSAM ve YÖNTEM

Bu çalışmanın amacı katılımcıların çeşitli özellikleri göz önünde bulundurularak kendi avukatları için memnuniyet düzeylerinin saptanmasıdır. Araştırmanın yönteminde katılımcılara ait yaş grupları, eğitim düzeyleri gibi özellikler doğrultusunda avukatlarından ne ölçüde memnun oldukları ya da memnuniyet duydukları belirlenmeye çalışılmıştır. Araştırmada avukatlarının yeterli olup olmadıkları, çalışmak istedikleri avukatların özellikleri gibi durumlar incelenmiştir. Araştırmada uygulama gerçekleştirilmiş ve bu uygulama avukat müvekkil ilişkisi şeklinde değerlendirilmiştir. Uygulamada anket kullanılmış ve kullanılan anket iki bölümden oluşmuştur. Bu anketin ilk bölümünde demografik ve 5'li likert ölçeğinde sorular yer almaktadır. İlk bölüm de yer alan 28 demografik şıklı soru ve ikinci bölümde yer alan 55 sorudan oluşan 5'li lirekt ölçeğinde soru bulunmaktadır. 55 sorudan oluşan kısmımdaki sorular 5, 4, 3, 2, 1 şeklinde puanlanmıştır. Bunlar *"Kesinlikle Katılıyorum (5)"*, *"Oldukça Katılıyorum (4)"*, *"Biraz Katılıyorum (3)"*, *"Çok Az Katılıyorum (2)"* ve *"Hiç Katılmıyorum (1)"* şeklindedir. 23 nolu demografik soruda 13 şıktan oluşan müvekkilin davasının görüldüğü mahkeme grubu yer almaktadır. *"Ağır Ceza, Sulh Ceza"* gibi. 8 ve 10 nolu demografik sorularda da yine çoklu şık kullanılmıştır. 8 nolu demografik soru müvekkilin avukatına nasıl ulaştığı, 10 nolu demografik soruda ise müvekkilin avukatını neden seçtiğine yönelik soru bulunmaktadır. Yine çoklu şıktan oluşan 1, 2 ve 3 nolu sorular sırasıyla yaş, eğitim ve gelir bilgilerinin sağlanmasına yönelik sorulardır. Bu çalışmada kullanılan anket farklı alanlarda kullanılmış bazı anketlerden esinlenerek hazırlanmış bir ankettir. Bu nedenle anket ilk öncelikle 50 kişiden oluşan katılımcıya uygulanmış ve bu ka-

tılımcılardan elde edilen veriler SPSS 17 istatistik programı ile analiz edilmiş *"Cronbach's Alpha Sayısı olarak 902"* değeri elde edilmiştir. Bu da anketin güvenirlilik değerinin oldukça yüksek olduğunu göstermektedir. Çalışmanın uygulamasında ve analiz yöntemlerinde ise kategorik veriler arasındaki ilişki durumlarını belirlemek üzere ki-kare analizleri, bir nitel değişkenin grupları arasındaki farklılıkları ortaya koymak üzere uygun ortalama testleri kullanılmıştır. Ayrıca bireylerin avukatlarından ne ölçüde memnun olduğuna ilişkin yanıtlanan toplam 55 soru için tanımlayıcı istatistikler elde edilmiştir. 55 sorunun toplam değerleri ele alınarak ve bu değerlere göre bireylerin çeşitli özellikleri arasında memnuniyet düzeylerinde farklılık bulunup bulunmadığı tartışılmıştır.

Demografik Özellik Dağılımları

Bu çalışmaya katılım sağlayan kişilerin cinsiyet dağılımının %71'i erkek %29'u bayandır. Katılımcıların yaş dağılımlarına baktığımızda ise %21'i 21-30, %36'sı 31-40, %21'i 41-50 ve %21'i 51 ve üzeridir. Katılımcıların eğitim durum dağılımları ise %26'sı ilköğretim, %24'i lise, %24'ü yüksekokul, %24'ü lisan ve %10'u lisan üstü eğitime sahiptir. Katılımcıların medeni durum dağılımına baktığımızda ise %62'sinin evli ve %38'inin ise bekar olduğu saptanmıştır.



Yukarıdaki grafikte kişilerin yaşadıkları bölgelere göre gelir düzeyleri gösterilmektedir. Buna göre büyükşehirde yaşayanlara bakıldığında en büyük oran 3001 TL ve üzeri gelir düzeyine sahip olan bireylerdir. Şehirde yaşayanların gelir düzeyi ise ortalama 1001-2000 TL arası değişmektedir. İlçede yaşayanların gelir düzeyleri ise 1501-2000 TL aralığındadır. Buna göre, büyükşehirde diğer yerleşim bölgelerinden farklı olarak gelir düzeyi iyi seviyede olan bireylerin bulunmasına karşın, şehir ve ilçelerde orta düzeyli gelir seviyesine sahip vatandaşların yaşadığı görülmektedir.

Kİ KARE ANALİZLERİ

Crosstab

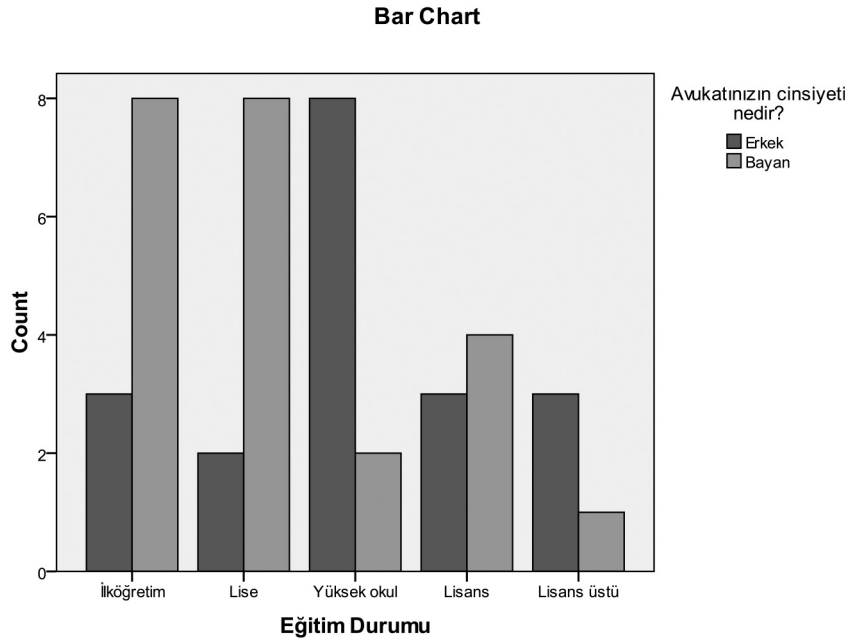
			Avukatınızın cinsiyeti nedir?		Total
			Erkek	Bayan	
Eğitim Durumu	İlköğretim	Count	3	8	11
		% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?	15,8%	34,8%	26,2%
	Lise	Count	2	8	10
		% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?	10,5%	34,8%	23,8%
	Yüksek okul	Count	8	2	10
		% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?	42,1%	8,7%	23,8%
	Lisans	Count	3	4	7
		% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?	15,8%	17,4%	16,7%
	Lisans üstü	Count	3	1	4
		% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?	15,8%	4,3%	9,5%
Total		Count	19	23	42
	% within Avukatınızın cinsiyeti nedir?		100,0%	100,0%	100,0%

Yukarıdaki tabloda bireylerin eğitim durumlarına göre tercih ettikleri avukatların cinsiyetlerine ilişkin çapraz tablo gösterilmektedir.

Chi-Square Tests

	Value	df	Asymp. Sig. (2-sided)
Pearson Chi-Square	10,328[a]	4	,035
Likelihood Ratio	10,876	4	,028
Linear-by-Linear Association	4,244	1	,039
N of Valid Cases	42		

Ki-kare tablosuna göre anlamlılık değeri 0,035<0,05 olduğu için bireylerin eğitim durumlarına göre tercih ettikleri avukatların cinsiyetleri arasında anlamlı bir ilişkinin var olduğu görülmektedir.



Yukarıdaki grafikte bireylerin eğitim durumlarına göre tercih ettikleri avukatların cinsiyetleri gösterilmektedir. Grafiğe bakıldığında ilköğretim, lise ve lisans seviyesinde eğitim görmüş bireyler bayan avukatlarla çalışmayı tercih ederken, yüksekokul ve lisansüstü seviyesinde eğitim görmüş bireyler erkek avukatlarla çalışmayı tercih etmektedir.

Crosstab

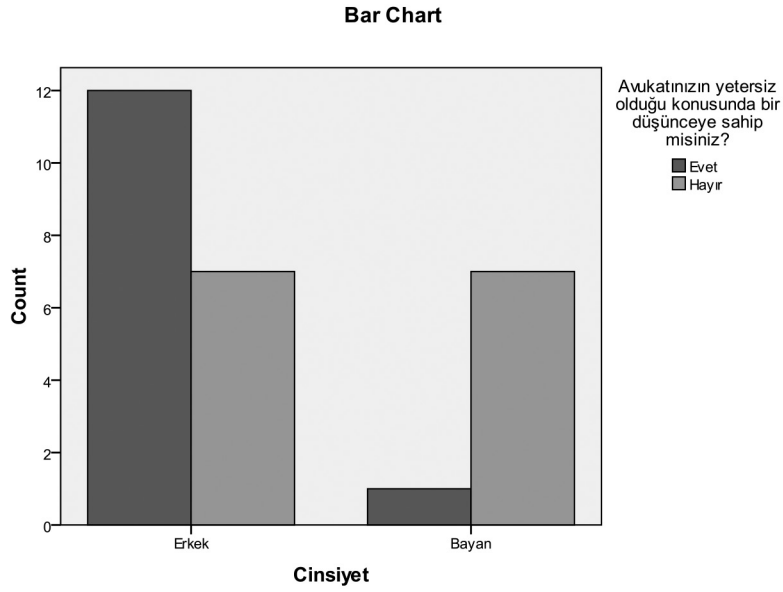
			Avukatınızın yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip misiniz?		Total
			Evet	Hayır	
Cinsiyet	Erkek	Count	12	7	19
		% within Avukatınızın yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip misiniz?	92,3%	50,0%	70,4%
	Bekar	Count	1	7	8
		% within Avukatınızın yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip misiniz?	7,7%	50,0%	29,6%
Total		Count	13	14	27
	% within Avukatınızın yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip misiniz?		100,0%	100,0%	100,0%

Yukarıdaki tabloda bireylerin medeni durumlarına göre *"Avukatınızın yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip misiniz?"* ifadesine ilişkin çapraz tablo gösterilmektedir.

Chi-Square Tests

	Value	Df	Asymp. Sig. (2-sided)	Exact Sig. (2-sided)	Exact Sig. (1-sided)
Pearson Chi-Square	5,787[a]	1	,016		
Continuity Correction[b]	3,935	1	,047		
Likelihood Ratio	6,356	1	,012		
Fisher's Exact Test				,033	,021
Linear-by-Linear Association	5,572	1	,018		
N of Valid Cases	27				

Ki-kare tablosuna göre Fisher anlamlılık değeri 0,033<0,05 olduğu için arasında anlamlı bir ilişkinin var olduğu görülmektedir. Buna göre bireylerin medeni durumlarına göre seçmiş olduğu avukatların yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip olup olmama görüşü arasında ilişkinin olduğu sonucuna varılmaktadır.



Yukarıdaki grafikte bireylerin medeni durumlarına göre seçmiş olduğu avukatların yetersiz olduğu konusunda bir düşünceye sahip olup olmama görüşü arasındaki ilişki gösterilmektedir. Grafiğe bakıldığında erkekler genel anlamda kendi avukatlarının yetersiz olduğu düşünürken, bayanlar kendi avukatlarının yeterli olduğunu düşünmektedir.

Crosstab

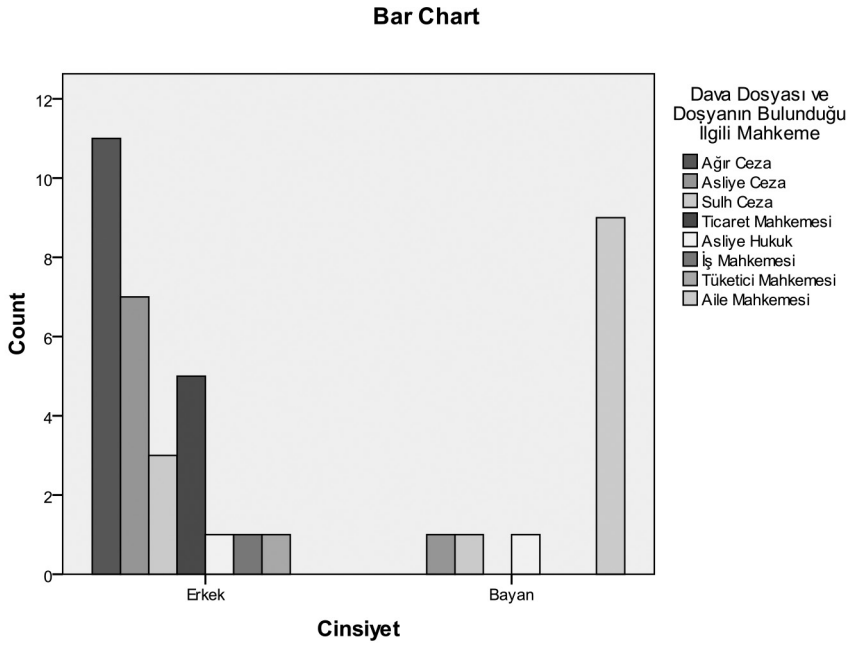
			Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme								Total
			Ağır Ceza	Asliye Ceza	Sulh Ceza	Ticaret Mahkemesi	Asliye Hukuk	İş Mahkemesi	Tüketici Mahkemesi	Aile Mahkemesi	
Cinsiyet	Erkek	Count	11	7	3	5	1	1	1	0	29
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	100,0%	87,5%	75,0%	100,0%	50,0%	100,0%	100,0%	,0%	70,7%
	Bayan	Count	0	1	1	0	1	0	0	9	12
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	,0%	12,5%	25,0%	,0%	50,0%	,0%	,0%	100,0%	29,3%
Total		Count	11	8	4	5	2	1	1	9	41
	% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme		100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

Yukarıdaki tabloda bireylerin cinsiyetlerine göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkemelere ilişkin çapraz tablo gösterilmektedir.

Chi-Square Tests

	Value	df	Asymp. Sig. (2-sided)
Pearson Chi-Square	30,735[a]	7	,000
Likelihood Ratio	36,272	7	,000
Linear-by-Linear Association	23,770	1	,000
N of Valid Cases	41		

Ki-kare tablosuna göre anlamlılık değeri 0,000<0,05 olduğu için bireylerin cinsiyetlerine göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkeme arasında anlamlı bir ilişkinin var olduğu görülmektedir.



Yukarıdaki grafikte bireylerin cinsiyetlerine göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkeme arasındaki ilişki gösterilmektedir. Grafiğe bakıldığında erkekler genel anlamda ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerine başvururken, bayanlar aile mahkemelerine başvurmaktadır.

Crosstab

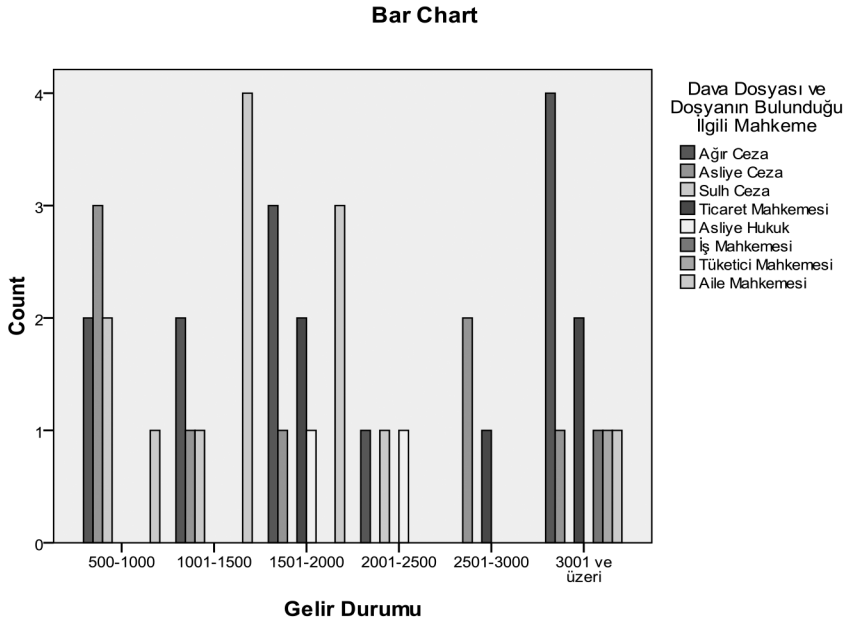
			Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme								Total
			Ağır Ceza	Asliye Ceza	Sulh Ceza	Ticaret Mahkemesi	Asliye Hukuk	İş Mahkemesi	Tüketici Mahkemesi	Aile Mahkemesi	
Gelir Durumu	500-1000	Count	2	3	2	0	0	0	0	1	8
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	16,7%	37,5%	50,0%	,0%	,0%	,0%	,0%	11,1%	19,0%
	1001-1500	Count	2	1	1	0	0	0	0	4	8
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	16,7%	12,5%	25,0%	,0%	,0%	,0%	,0%	44,4%	19,0%
	1501-2000	Count	3	1	0	2	1	0	0	3	10
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	25,0%	12,5%	,0%	40,0%	50,0%	,0%	,0%	33,3%	23,8%
	2001-2500	Count	1	0	1	0	1	0	0	0	3
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	8,3%	,0%	25,0%	,0%	50,0%	,0%	,0%	,0%	7,1%
	2501-3000	Count	0	2	0	1	0	0	0	0	3
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	,0%	25,0%	,0%	20,0%	,0%	,0%	,0%	,0%	7,1%
	3001 ve üzeri	Count	4	1	0	2	0	1	1	1	10
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	33,3%	12,5%	,0%	40,0%	,0%	100,0%	100,0%	11,1%	23,8%
Total		Count	12	8	4	5	2	1	1	9	42
		% within Dava Dosyası ve Dosyanın Bulunduğu İlgili Mahkeme	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Yukarıdaki tabloda bireylerin gelir durumlarına göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkemelere ilişkin çapraz tablo gösterilmektedir.

Chi-Square Tests

	Value	df	Asymp. Sig. (2-sided)
Pearson Chi-Square	37,695[a]	35	,034
Likelihood Ratio	38,310	35	,032
Linear-by-Linear Association	,180	1	,037
N of Valid Cases	42		

Ki-kare tablosuna göre anlamlılık değeri 0,034<0,05 olduğu için bireylerin cinsiyetlerine göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkeme arasında anlamlı bir ilişkinin var olduğu görülmektedir.



Yukarıdaki grafikte bireylerin gelir durumlarına göre dava dosyası ile dosyanın bulunduğu ilgili mahkeme arasındaki ilişki gösterilmektedir. Grafiğe bakıldığında genel olarak 500-1000 TL arası gelire sahip olanlar asliye ceza, 1001-1500 TL arası gelire sahip olanlar aile

mahkemesi, 1501-2000 TL arası gelire sahip olanlar ağır ceza, 2001-2500 TL arası gelire sahip olanlar ağır ceza, sulh ceza, asliye hukuk, 2501-3000 TL arası gelire sahip olanlar asliye ceza, 3001 TL ve üzeri gelire sahip olanlar ağır ceza mahkemesine başvurmaktadır.

GÜVENİLİRLİK ANALİZİ

Reliability Statistics

Cronbach's Alpha	N of Items
,921	55

Yukarıdaki tabloda güvenilirlik analizi sonucu elde edilen Cronbach Alfa katsayısı gösterilmektedir. Güvenilirlik katsayısı 0,921 olarak hesaplanmıştır. Buna göre analiz yaklaşık % 92 düzeyinde güvenilirdir. Bu sonuca göre gerçekleştirilen araştırmanın yüksek düzeyde güvenilir olduğu sonucuna varılmaktadır.

Item-Total Statistics

	Scale Mean if Item Deleted	Scale Variance if Item Deleted	Corrected Item-Total Correlation	Cronbach's Alpha if Item Deleted
s. 1	161,69	219,243	,452	,915
s. 2	161,62	216,827	,484	,909
s. 3	161,64	213,943	,528	,902
s. 4	161,62	229,412	,230	,913
s. 5	162,48	257,280	-,260	,905
s. 6	162,21	265,294	-,398	,920
s. 7	163,00	266,390	-,494	,918
s. 8	162,74	272,393	-,517	,913
s. 9	162,69	269,829	-,471	,919
s. 10	162,69	242,707	-,005	,914
s. 11	160,19	240,304	,175	,918
s. 12	160,00	244,780	,078	,906
s. 13	162,98	236,414	,172	,904
s. 14	161,26	215,710	,553	,904
s. 15	161,10	220,576	,447	,918
s. 16	161,31	214,609	,558	,902
s. 17	160,14	240,223	,192	,918
s. 18	161,07	222,702	,404	,920

	Scale Mean if Item Deleted	Scale Variance if Item Deleted	Corrected Item-Total Correlation	Cronbach's Alpha if Item Deleted
s. 19	161,14	221,686	,435	,920
s. 20	160,05	243,266	,092	,914
s. 21	162,69	224,804	,386	,918
s. 22	160,24	239,991	,145	,919
s. 23	160,05	241,217	,232	,919
s. 24	161,52	221,036	,423	,920
s. 25	162,19	218,499	,452	,914
s. 26	163,19	260,695	-,358	,908
s. 27	161,07	233,726	,193	,904
s. 28	161,43	215,568	,536	,905
s. 29	161,64	212,235	,613	,915
s. 30	162,33	218,130	,527	,910
s. 31	160,40	234,832	,308	,917
s. 32	160,17	237,313	,325	,914
s. 33	160,29	235,721	,311	,914
s. 34	161,14	228,760	,275	,909
s. 35	163,45	239,912	,130	,919
s. 36	163,36	230,869	,380	,918
s. 37	162,93	226,263	,324	,913
s. 38	162,60	220,247	,381	,912
s. 39	162,67	221,984	,361	,915
s. 40	163,10	232,381	,298	,913
s. 41	163,00	219,512	,500	,914
s. 42	162,71	222,794	,369	,905
s. 43	161,88	254,985	-,215	,903
s. 44	161,38	264,778	-,375	,911
s. 45	162,57	273,519	-,518	,916
s. 46	162,60	276,637	-,577	,914
s. 47	163,05	262,485	-,368	,914
s. 48	160,55	250,644	-,164	,916
s. 49	162,64	257,894	-,276	,906
s. 50	162,90	258,527	-,305	,905
s. 51	163,02	251,780	-,179	,905
s. 52	162,83	256,484	-,264	,901
s. 53	163,40	245,808	-,050	,915
s. 54	162,69	267,292	-,420	,915
s. 55	162,83	232,581	,189	,905

Yukarıdaki tabloda her madde için düzeltilmiş madde toplam korelasyonu, maddenin silinmesi durumunda elde edilecek ölçek ortalaması, ölçek varyansı ve Cronbach Alfa katsayısı gösterilmektedir. Burada önemli olan maddenin silinmesi durumunda elde edilecek Cronbach Alfa katsayısıdır. Bu değerin mevcut güvenilirlik katsayısı olan 0,921' den anlamlı ölçüde büyük olması durumunda madde silinecektir. Maddenin silinmesi durumunda elde edilecek Cronbach Alfa katsayılarına bakıldığında, analiz dışı bırakılacak soru olmadığı görülmektedir çünkü bu değerler 0. 907' den anlamlı ölçüde büyük değildir.

ANKET İÇİN TANIMLAYICI İSTATİSTİKLER

Tanımlayıcı İstatistikler

	N	Ortalama	Standart sapma
s. 1	42	3,24	1,736
s. 2	42	3,31	1,787
s. 3	42	3,29	1,825
s. 4	42	3,31	1,828
s. 5	42	2,45	1,811
s. 6	42	2,71	1,771
s. 7	42	1,93	1,421
s. 8	42	2,19	1,756
s. 9	42	2,24	1,778
s. 10	42	2,24	1,750
s. 11	42	4,74	,828
s. 12	42	4,93	,261
s. 13	42	1,95	1,361
s. 14	42	3,67	1,663
s. 15	42	3,83	1,666
s. 16	42	3,62	1,710
s. 17	42	4,79	,782
s. 18	42	3,86	1,661
s. 19	42	3,79	1,631
s. 20	42	4,88	,633
s. 21	42	2,24	1,574

	N	Ortalama	Standart sapma
s. 22	42	4,69	1,000
s. 23	42	4,88	,550
s. 24	42	3,40	1,712
s. 25	42	2,74	1,781
s. 26	42	1,74	1,515
s. 27	42	3,86	1,571
s. 28	42	3,50	1,714
s. 29	42	3,29	1,701
s. 30	42	2,60	1,594
s. 31	42	4,52	1,018
s. 32	42	4,76	,759
s. 33	42	4,64	,932
s. 34	42	3,79	1,675
s. 35	42	1,48	1,087
s. 36	42	1,57	1,151
s. 37	42	2,00	1,682
s. 38	42	2,33	1,908
s. 39	42	2,26	1,862
s. 40	42	1,83	1,267
s. 41	42	1,93	1,583
s. 42	42	2,21	1,774
s. 43	42	3,05	1,925
s. 44	42	3,55	1,864
s. 45	42	2,36	1,832
s. 46	42	2,33	1,790
s. 47	42	1,88	1,656
s. 48	42	4,38	1,343
s. 49	42	2,29	1,743
s. 50	42	2,02	1,585
s. 51	42	1,90	1,511
s. 52	42	2,10	1,605
s. 53	42	1,52	1,330
s. 54	42	2,24	1,832
s. 55	42	2,10	1,722

Yukarıdaki tabloda dosya sahibi müvekkillere mesleki doyumlarına ilişkin toplam 55 soru sorulmuş ve bu sorulara ilişkin verilen skor puanları için ortalama ve standart sapma değerleri hesaplanmıştır. Bu tabloya bakıldığında, en yüksek ortalama değerine sahip olan sorunun 12 numaralı "Avukatımın benden talep ettiği her görevi ve her sorumluluğu harfiyen yerine getiririm. " sorusu olduğu görülmektedir. En düşük ortalama değerine sahip olan sorunun ise 53 numaralı "Avukatıma daha fazla ücret ödeseydim sonuç benim lehime sonuçlanırdı. " sorusudur.

TUKEY TOPLANABİLİRLİK TESTİ

ANOVA with Tukey's Test for Nonadditivity

			Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig
Between People			182,996	41	4,463		
	Between Items		2551,306	54	47,246	19,861	,060
		Nonadditivity	37,502[a]	1	37,502	15,871	,060
Within People	Residual	Balance	5229,193	2213	2,363		
		Total	5266,694	2214	2,379		
	Total		7818,000	2268	3,447		
Total			8000,996	2309	3,465		

Yukarıdaki tabloda bireylerin avukatların memnuniyet dereceleri ile ilişkili bulunan toplam 55 soruya vermiş oldukları yanıtların toplam değerinin toplanabilirlik özelliğini sağlayıp sağlamadığı belirlenmek üzere gerçekleştirilen Tukey toplanabilirlik testi sonucu görülmektedir. Test istatistiğinin anlamlılık değeri 0,060>0,05 olduğu için toplam 55 soruya verilen yanıtların toplam değerinin toplanabilirlik özelliğine % 5 önem seviyesinde sahip olduğu görülmektedir. Toplanabilirlik testini gerçekleştirmenin asıl amacı, 55 soruya verilen sıralayıcı ölçeğe sahip yanıt değerlerinin nicel hale dönüştürmektir. 55 soruya verilen tüm yanıtların değerleri toplanarak müvekkillerin avukatlar hakkındaki memnuniyetlerine ilişkin bir skor puanı elde edilecektir.

NORMALLİK TESTİ

Tests of Normality

	Eğitim Durumu	Kolmogorov-Smirnov[a]			Shapiro-Wilk		
		Statistic	df	Sig.	Statistic	df	Sig.
Skor Puanı	İlköğretim	,160	11	,200*	,971	11	,895
	Lise	,173	10	,200*	,966	10	,847
	Yüksek okul	,251	10	,075	,865	10	,087
	Lisans	,191	7	,200*	,908	7	,380
	Lisans üstü	,211	4	.	,968	4	,826

Yukarıdaki tabloda normallik testi sonucu görülmektedir. Gözlem sayıları tüm eğitim grupları için 50' den küçüktür ve bu sebeple Shapiro-Wilk testine bakılır. Test sonuçlarına göre tüm eğitim düzeyleri için anlamlılık değerleri 0,05'ten büyük olduğu için % 5 önem seviyesinde eğitim düzeylerine göre memnuniyet skor puanları normal dağılıma uygundur.

Tests of Normality

	Yaş	Kolmogorov-Smirnov[a]			Shapiro-Wilk		
		Statistic	df	Sig.	Statistic	df	Sig.
Skor Puanı	21-30	,257	9	,089	,821	9	,360
	31-40	,197	15	,121	,917	15	,171
	41-50	,192	9	,200*	,948	9	,669
	51 ve üzeri	,152	9	,200*	,982	9	,972

Yukarıdaki tabloda normallik testi sonucu görülmektedir. Gözlem sayıları tüm yaş grupları için 50' den küçüktür ve bu sebeple Shapiro-Wilk testine bakılır. Test sonuçlarına göre tüm yaş grupları için anlamlılık değerleri 0,05'ten büyük olduğu için % 5 önem seviyesinde yaş gruplarına göre memnuniyet skor puanları normal dağılıma uygundur.

ANKET İÇİN VARYANS ANALİZİ

Bireylerin eğitim düzeylerine ve yaş gruplarına göre avukatlarından memnuniyet düzeyleri arasında farklılık olup olmadığını belirlemek üzere tek yönlü varyans analizi uygulacaktır. Tek yönlü varyans analizi uygulanmasını sebebi, yaş gruplarına ve eğitim düzeylerine göre memnuniyet skor puanlarının normal dağılıma uygun olmasıdır.

Descriptives

Skor Puanı

	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error	95% Confidence Interval for Mean		Minimum	Maximum
					Lower Bound	Upper Bound		
İlköğretim	11	162,8182	16,73809	5,04672	151,5734	174,0630	131,00	192,00
Lise	10	164,6000	19,67062	6,22040	150,5285	178,6715	133,00	204,00
Yüksek okul	10	167,2000	14,11697	4,46418	157,1013	177,2987	134,00	187,00
Lisans	7	165,8571	12,41543	4,69259	154,3748	177,3395	153,00	189,00
Lisans üstü	4	164,2500	17,82087	8,91043	135,8930	192,6070	146,00	188,00
Total	42	164,9286	15,66788	2,41761	160,0461	169,8110	131,00	204,00

Yukarıdaki tabloda her eğitim düzeyine ilişkin memnuniyet skor puanları için ortalama, standart sapma, standart hata, ortalama için % 5 önem seviyesinde çift yönlü güven sınırları, en küçük ve en büyük değerleri gösterilmektedir.

Test of Homogeneity of Variances

Skor Puanı

Levene Statistic	df1	df2	Sig.
,468	4	37	,759

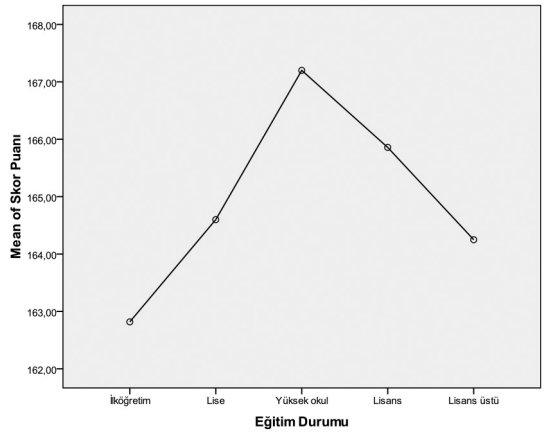
Yukarıdaki tabloda Levene varyans-homojenlik testi sonuçları görülmektedir. Levene testi anlamlılık değerlerine göre memnuniyet skor puanı için % 5 önem seviyesinde eğitim durumlarına göre gruplar arası varyansların homojen olduğu saptanmıştır. Levene test istatistiğinin anlamlılık değeri 0,759>0,05 olduğundan % 5 önem seviyesinde gruplar arası varyansların homojen olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda varyansların homojenliği varsayımının sağlandığı tespit edilmektedir.

ANOVA

Skor Puanı

	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	109,542	4	27,386	,102	,981
Within Groups	9955,244	37	269,061		
Total	10064,786	41			

Yukarıdaki tabloda tek yönlü varyans analizine ilişkin ANOVA test sonuçları görülmektedir. Test sonucuna göre anlamlılık değeri 0,981>0,05 olduğu için % 5 hata payı ile bireylerin eğitim durumlarına göre memnuniyet skor puanları arasında farklılık olmadığı sonucuna varılmaktadır. Sonuç olarak bireylerin eğitim durumlarına göre avukatlarından memnuniyet düzeyleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmadığı belirlenmektedir.



Yukarıdaki grafikte her eğitim düzeyindeki bireyler için memnuniyet skor puanlarının ortalama değerleri gösterilmektedir. Sayısal olarak incelendiğinde eğitim düzeylerine göre farklılık görülmektedir. Ancak bu farklılık sayısal olarak düşük düzeydedir ve istatistiksel açıdan anlamlı değildir.

Descriptives

Skor Puanı

	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error	95% Confidence Interval for Mean		Minimum	Maximum
					Lower Bound	Upper Bound		
21-30	9	166,6667	14,62874	4,87625	155,4220	177,9113	133,00	180,00
31-40	15	164,0667	12,46977	3,21968	157,1611	170,9722	146,00	188,00
41-50	9	170,2222	19,53060	6,51020	155,2097	185,2348	134,00	204,00
51 ve üzeri	9	159,3333	17,86057	5,95352	145,6045	173,0622	131,00	192,00
Total	42	164,9286	15,66788	2,41761	160,0461	169,8110	131,00	204,00

Yukarıdaki tabloda bireylerin yaş gruplarına ilişkin memnuniyet skor puanları için ortalama, standart sapma, standart hata, ortalama için % 5 önem seviyesinde çift yönlü güven sınırları, en küçük ve en büyük değerleri gösterilmektedir.

Test of Homogeneity of Variances

Skor Puanı

Levene Statistic	df1	df2	Sig.
,243	3	38	,866

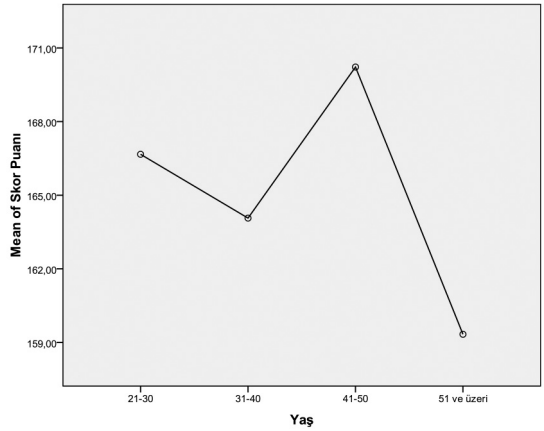
Yukarıdaki tabloda Levene varyans-homojenlik testi sonuçları görülmektedir. Levene testi anlamlılık değerlerine göre memnuniyet skor puanı için % 5 önem seviyesinde yaş gruplarına göre gruplar arası varyansların homojen olduğu saptanmıştır. Levene test istatistiğinin anlamlılık değeri 0,866>0,05 olduğundan % 5 önem seviyesinde gruplar arası varyansların homojen olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda varyansların homojenliği varsayımının sağlandığı tespit edilmektedir.

ANOVA

Skor Puanı

	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	572,297	3	190,766	,764	,522
Within Groups	9492,489	38	249,802		
Total	10064,786	41			

Yukarıdaki tabloda tek yönlü varyans analizine ilişkin ANOVA test sonuçları görülmektedir. Test sonucuna göre anlamlılık değeri 0,522>0,05 olduğu için % 5 hata payı ile bireylerin yaş gruplarına göre memnuniyet skor puanları arasında farklılık olmadığı sonucuna varılmaktadır. Sonuç olarak bireylerin yaş gruplarına göre avukatlarından memnuniyet düzeyleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmadığı belirlenmektedir.



Yukarıdaki grafikte her yaş grubundaki bireyler için memnuniyet skor puanlarının ortalama değerleri gösterilmektedir. Sayısal olarak incelendiğinde yaş gruplarına göre farklılık görülmektedir. Grafiksel olarak görülen farklılıklar sayısal olarak düşük düzeydedir ve istatistiksel açıdan anlamlı değildir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada bireylerin avukatları hakkındaki memnuniyet düzeylerini değerlendirmek üzere çeşitli istatistiksel testler uygulandı. Test sonuçlarına göre eğitim düzeylerine göre ilköğretim, lise ve lisans seviyesinde eğitim görmüş bireylerin bayan avukatlarla çalışmayı tercih ettiği, yüksekokul ve lisansüstü seviyesinde eğitim görmüş bireyleri erkek avukatlarla çalışmayı tercih ettiği görülmektedir. Anket içerisinde bulunan bireylerin avukatları hakkındaki memnuniyet düzeyleri için sorulan 55 soru için toplanabilirlik testi uygulanıp ve tüm soruların değerlerinin toplanabilirlik özelliğini sağladığı belirlenmektedir. 55 soru için verilen tüm yanıt değerleri toplanarak tek bir skor puanı oluşturularak bu skor puanı bireylerin avukatları hakkındaki memnuniyet düzeylerini ifade etmektedir.

Bireylerin eğitim düzeylerine göre avukatları hakkındaki memnuniyet düzeylerini araştırmak üzere tek yönlü varyans analizi uygulanıp, eğitim düzeyleri ve yaş grupları arasında % 5 önem seviyesinde bir farklılık görülmemektedir. Buna göre eğitim düzeylerine ve yaş gruplarına göre bireylerin avukatlarından yaklaşık olarak aynı seviyede memnuniyet duydukları sonucuna varılmaktadır. Tek yönlü varyans analizi uygulanmasının sebebi, bireylerin eğitim düzeyleri ve yaş gruplarına göre memnuniyet skor puanlarının normal dağılış göstermesidir.

Bireylerin cinsiyet durumlarına göre bakıldığında, erkeklerin genel anlamda kendi avukatlarının yetersiz olduğu düşündüğü, bayanların ise kendi avukatlarının yeterli olduğunu düşündüğü belirlenmektedir. Bireylerin avukatları hakkındaki memnuniyet düzeyleri için sorulan 55 soru için tanımlayıcı istatistikler hesaplanmıştır. Buna göre en yüksek ortalama değerine sahip olan sorunun 12 numaralı "Avukatımın benden talep ettiği her görevi ve her sorumluluğu harfiyen yerine getiririm. " sorusu olduğu görülmektedir. En düşük ortalama değerine sahip olan sorunun ise 53 numaralı "Avukatıma daha fazla ücret ödeseydim sonuç benim lehime sonuçlanırdı. " sorusudur.

Çalışmanın en önemli sonuçlarından birisi de; katılımcılar ile yaptığımız sözlü görüşme sonucunda elde ettiğimiz beyanlardır. Bunlara bakıldığında özellikle boşanma davalarında katılımcıların bayan avukat tercih etmeleridir. Bunun nedenleri arasında ise bayan avukatların konuya daha sıcak yaklaştığı ve müvekkil ilişkisinin daha sağlam olduğu beyanıdır. Ticari davalara yönelik yapılan çalışmalarda ise daha çok erkek avukatların tercih edildiği yönündeki bilgilerdir. Bunun nedeni olarak belirtilen faktörlere baktığımızda ise erkek avukatların ticari ve yüksek oranlardaki parasal davalarda daha baskın olduğu ve ataerkil davrandığının beyan edilmesidir.

Bir önemli husus ise davanın asıl verildiği avukatların kendi davalarına girmediği ya da davalara az katıldığının beyan edilmesidir. Gerçekte girmesi gereken ve anlaşma yapılan avukatın değil bu avukat adına farklı avukatların davalara girmesi ve takip etmedir. Bu durum katılımcıların rahatsızlık yaşamasına ve davanın olumsuz sonuçlanmasında önemli bir etken olduğunun belirtilmesidir. Yine davayla ilgili olarak müvekkil avukat ilişkilerinin "görüşmelerinin" çok iyi gerçekleştirilmediği yönünde de beyanlar söz konusudur. Bu konu katılımcıların çok fazla üzerinde durduğu bir faktördür. Bir katılımcıyla yapılan sözlü görüme de 13 ncü duruşmaya girildiği halde avukatı ile sadece 5 kez telefonla ve 2 kez de yüz yüze geldiğini belirtmiştir. Bu iki kez yüz yüze görüşmenin birincisinde avukat ile vekâlet anlaşması yapıldığı, ikinci görüşmede ise ilk duruşmaya girildiğidir. Diğer duruşmalara ise anlaşma yapılan avukatın yönlendirdiği diğer avukatlar girmiştir şeklindeki yorumdur. Davanın sonucu ise müvekkilin ilgili dava dosyasının kaybedilmesi yönündeki olumsuz sonuçtur. Gelinen bu olumsuz sonuç nedeni ile müvekkilin avukatı hakkındaki beyanları oldukça kötüdür. Avukatım beni daha iyi savunmuş olsa davanın sonucu bu olmazdı gibi yaklaşımıdır.

ÇALIŞMAYA YÖNELİK ÖNERİLER

Yapılan bu çalışmanın asıl temel amacı avukat ve müvekkil ilişkisinin neler olduğu ya da nasıl olması gerektiğinin belirlenmesidir. Günümüzde farklı suç ve suç unsurlarına yönelik olarak ortaya çıkan çeşitli sorunlar ve problemler bulunmaktadır. Çalışma sonucunda katılımcıların büyük çoğunluğu %67'si avukatları ile karşılıklı görüş alışverişinde bulunamadığını belirtmektedir. Her türlü talep edilen bilgi,

evrak ve konuya dair deliller avukatına verildiği halde ciddi olumsuzluklarla karşı karşıya kaldığı yönündeki beyanlar oldukça önemlidir. Bu nedenle avukatlık mesleğini ifa eden hukukçuların müvekkilleri ile her aşamada ve her duruşma sonunda karşılıklı ikili ilişkinin gerçekleştirilerek davaya ilişkin sürecin değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca müvekkil ve avukat ilişkisinin sürekli devam ettirilmesi gerekir. Katılımcıların önemli ikinci beyanı ise daha fazla ücret ödesem sonuç daha iyi olurdu şeklindeki düşünceleridir. Bu durumda yine oldukça manidar bir noktayı işaret etmektedir. Müvekkil avukat arasında bu parasal ilişkinin ya da davaya yönelik talep edilen ücretin karşılıklı rıza çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve para unsurunun bir araç olduğunu avukatın müvekkiline ifa etmesi zorunluluğudur. Katılımcıların avukatlık mesleğinin bir sosyal ve hukuksal nitelikten öte ticari bir işletme gibi algılamasının da ortadan kaldırılması gerekliliği meydana gelmektedir. Ayrıca birçok dünya ülkesinde avukatlık mesleği ve unvanının bir hukukçu kimliği ve özelliği oluşturduğu ortaya konmalıdır. Oysaki katılımcıların davasını yürüten avukatları hakkında yaptıkları beyan bunun tam aksini ifade etmektedir. Avukatının mahkemede çok pasif kaldığını gerekli ifade ve savunmanın yapılmadığı yönündeki beyanları da dikkat çekmektedir. Bu noktada avukatın müvekkiline işleyen sürecin bir hukuksal süreç olduğunu, davalarda belirli kuralların ve bu kuralların oluşturduğu bir takım zorunlulukların meydana geldiğini belirtmesi ve müvekkilini bu yönde ikna etmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Aslında avukatlık mesleği gerekleri ile bir psikoloğun mesleki gereklilikleri arasında paralellik olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Davanın alındığı andan bittiği ana kadarki süreçte avukatın müvekkilini hem hukuksal hem de psikolojik anlamda yönlendirmesi ve oluşabilecek olumsuz sonuçlara göre şekillendirmesi gerekliliğinin zorunluluğu meydana gelmektedir. Bu nedenle avukatın müvekkilini her aşamada ve noktada bilgilendirmesi olası olumsuzluklara göre müvekkilini yönlendirmesi ve hazırlaması gerekmektedir. Bunun aksi durumda müvekkilin avukatına karşı tutum, davranış ve düşünceleri olumsuz yönde gelişmektedir. Bu olumsuzluk yine avukatın yapacağı bilgilendirme ve davranışlarla rehabilite edilebilir şeklindedir. Gerekli durumlarda avukatın müvekkilini davaya yönelik bir psikoloğa yönlendirmesi, bu konuda destek almasını sağlaması da farklı bir çözüm önerisi olabilir. Davası sonucunda

olumsuzlukla karşı karşıya kalan bir müvekkilin avukatı hakkında ciddi olumsuzluklara yönelik düşünce içinde olduğu gerçeği de unutulmamalıdır. Kısaca avukat müvekkil ilişkisinin verimliliği karşılıklı iletişimin güçlü kurulmasıyla paralel olduğu sonucudur. Bu nedenle avukat ve müvekkil davaya ilişkin her aşamada karşılıklı görüş alışverişinde bulunmalı ve buna yönelik çalışmalar gerçekleştirilmelidir. Bu sayede yürütülen davada olumsuz bir sonuç bile olsa her iki taraf açısından da memnuniyet olgusunun yaratılacaktır.

KAYNAKLAR

ANDEW, S. W., (1976). The Lawyer in the Interviewing and Counselling Process, The Bonns-Merill Company

AYÇA, G. K., (2008). Aktarım ve Karşı Aktarım", ADÜ Tıp Fakültesi Dergisi 10(3).

AYŞEN, E. D., (2009). Karşı Aktarım Kavramının Gelişimi, Psikanaliz Yazıları, Aktarım ve Karşı Aktarım, İstanbul, Sonbahar

DENNIG, D. E., & BAUGH W. E., (2000). Hiding Crimes in Cyberspace, D. Thomas & B. D. Loader (der.) Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age, London: Routledge

DIFFIE, W., & LANDAU, S., (1998). Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press

FISCHER, HUBNER, S., (2000). Privacy and Security at Risk in the Global Information Society, D. Thomas & B. D. Loader (der.) Cybercrime: Law Enforcement, Security and Surveillance in the Information Age, London: Routledge

HERGÜNER, G., (2011). Opinions of Students in Physical Education and Sports Teaching on the USE of Social Network Sites, Turkish Online Journal of Educational Technology, Vol: 10

KORKMAZ, M., (2011). Practical Review Of The Place Of Social Networks In Our Daily Life And Their Effect On Todey's Youth, Rechtliche Rahmenbedingungen in der Onlineberatung

REITINGER, P. R., (2000). Encryption, Anonymity and Markets: Law Enforcement and Technology in a Free Market Virtual World' D. Thomas & B. D. Loader (der.) Cybercrime: Law Enforcement, security and Surveillance in the Information Age, London: Routledge

TÜKEL, R., (2008). Aktarım ve Dinamikleri, Psikanaliz Yazıları, Aktarım ve Karşı Aktarım, İstanbul.

USUL, H., TOPÇUOĞLU, M., (2011). Finansal Manipülasyonların Ortaya Çıkarılması ve Önlenmesinde Adli Muhasebenin Önemi: Türk Hukuk Sisteminde Var Olması Gerekliliği Üzerine Bir Tartışma", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:16 Sayı:3 Isparta.

WHITTLE, D. B., (1997). Cyberspace: The Human Dimension, New York: W. H. Freeman and Company.

http://www. ikincicumhuriyet. org/index. asp?sayfa=rapor lar& icerik=17387 Erişim: 16. 08. 2012

www. stargazete. com/

www. tuik. gov. tr/

ULUSLARARASI ENERJİ POLİTİKALARINA BİR BAKIŞ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ*

AN OVERLOOK AT INTERNATIONAL ENERGY POLICIES: THE CASE OF TURKEY

İslam Safa KAYA**

Özet: Enerji, yaşanan asra damga vurmuş bir yaşam kaynağıdır. Petrolün başını çektiği enerji kaynaklarına sahip olma uğruna akıllalmaz bir hızla yaşanan siyasi dönüşümler, savaşlar ve çatışmalar, enerji faktörünün dünya üzerinde ne denli önemli bir rol sahibi olduğunu ortaya koymaktadır.

Enerji rezervlerinin dünyanın belli coğrafyalarında kümelenmiş olması ve sürekli artış gösteren dünya nüfusuna paralel şekilde enerji ihtiyacının da artması hususları, enerji politikalarının belirlenmesinde temel faktörler olarak ortaya çıkmaktadır. Kaynakların sınırlı oluşu ve insan faktörünün bu noktada çaresiz kaldığı gerçeği dikkate alındığında tüm ülkeler doğru karta oynamak için hukuk kurallarını devreye sokmakta ve geleceğini teminat altına alıcı birtakım önlemleri şimdiden yürürlüğe sokmaktadır. Tüketimi çok yüksek oranlarda seyreden ülkeler, enerji arz güvenliklerini tesis etme amacıyla birçok hukuki metin ortaya koymaktadır. Avrupa Birliği bunların başında gelmektedir.

Bu çalışmada, enerji politikalarına genel perspektiften bakılarak geleceğe ilişkin tüketim provizyonlarına yer verilmiş, özelde ise Avrupa Birliği'nin enerji politikalarına değinilerek bunların ülkemize yansımaları yanında istatistiksel verilerle de Türkiye'nin enerji politikasındaki belirleyici unsurlar ortaya konulmuş ve nihayetinde enerji-çevre ilişkisinin boyutları açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Enerji politikası, petrol, enerji hukuku, yenilenebilir kaynak, fosil yakıt.

Abstract: Energy is a life source making a mark on this present era. Incredibly expeditious political evolutions, wars and conflicts that are experienced for the sake of possessing energy resources, primarily petroleum, display how important the role energy factor plays on the World is.

---

* Bu makale, 11-12 Mayıs 2012 tarihinde Çağ Üniversitesi'nce düzenlenen Uluslararası Enerji Hukuku Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulmuştur.

** Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Genel Müdürlüğü. iskaya@tpao. gov. tr

Energy rezerves' gathering in certain regions of the World and increasing energy need in parallel with constanly increasing population, are arising as main factors in determening the energy policies. Considering that resources are limited and human factor is inadequate in this regard, all nations activate legal rules and take some necessary acitons securing their future in order to bet on the best card. High-level consuming countries, bring out many legal instruments in order to secure energy supply. European Union heads the list.

This study gives place to consumption provisions regarding future by viewing energy policies from a broad perspective, and in particular, dealing with European Union's energy policies and influences of these policies on our country, besides, displaying distinctive components of Turkey's energy policy by providing statistic data, and ultimately, trying to explain dimensions of the energy-environment relationship.

Key words: Energy policy, petroleum, petroleum law, renewable resource, fossil fuel.

1. DEĞİŞKEN KÜRESEL ENERJİ POLİTİKALARI

1. 1. Genel Olarak Enerji Politikası Kavramı

Enerji, teknoloji, ekonomi ve siyaset köşelerinin belirleyici olduğu enerji politikası karesi, devlet tüzelkişiliğinin, arz ve talep dengesini dikkate alarak kısa dönemde, planlama işlevini gerçekleştirerek de uzun dönemde ortaya koyduğu sistematik faaliyetlerinden oluşmaktadır. [1] Enerji arz ve talebini etkileyen faktörlerin, değişen dünya koşullarına göre değişebilmesi, bilimsel analiz süreçlerinden geçirilmesi enerji politikalarının etkinliği açısından önemlidir. [2] Bu düşünceden hareketle, devletlerin ortaya koydukları enerji politikası, kendini yenileyebilmeli, tutarlı ve gerçekçi olmalı ve aynı zamanda hedefe yönelmelidir.

---

1 H. Naci BAYRAÇ, Uluslararası Doğalgaz Piyasasının Ekonomik Analizi, Türkiye'deki Gelişimi ve Eskişehir Uygulaması, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 1999, 14 (s.) .

2 A. Necdet PAMİR, ''Enerji Güvenliği: 2023'e Doğru enerji Alanında Küresel Gelişmeler, Küresel Politikalar Etkisinde Türkiye'de Enerji Politikaları'', Stratejik Öngörü 2023, (Ekim 2006), 4 (s.) .

Küresel enerji politikalarına yön veren anlayış; enerji arzının güvenliğinin sağlanması, kaynakların çeşitlendirilmesi, rekabet koşullarının hüküm sürmesi, en kaliteli ve en düşük maliyetli enerjinin tüketicinin kullanımına sunulabilmesi amacıdır. [3] Enerji arz güvenliği ve amacı ortaya koyan diğer kavramlar sıkı sıkıya ilişki içerisindedir. Zira, enerji arz güvenliği; mevcudiyet, ulaşılabilme ve kabul edilebilirlik ilkelerini bünyesinde barındırır. Bu doğrultuda enerji güvenliği, miktarı ve fiyatı uygun olan enerjinin tedarikidir. [4] Bu meyanda, enerji politikalarını belirleyen ülkelerin çok boyutlu bir bakış açısına sahip olmaları gerekliliği kuşku götürmemektedir.

Enerji politikalarındaki bir diğer belirleyici unsur çevre faktörüdür. Fosil yakıtlara dayalı enerji tüketimi, çevre kirliliğine neden olmaktadır. Devletler, bu sorunu bertaraf edebilmek maksadıyla bir taraftan çevre dostu yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmekte bir taraftan da çevreyi koruma amaçlı hükümler içeren uluslararası anlaşmalar imzalama yoluna gitmektedir.

Yenilenebilir ve temiz yakıt olmaları nedeniyle rüzgar, güneş, jeotermal gibi kaynakların geleceğin enerji kaynakları olduğu yorumu yapılmaktadır. [5] Bu neviden yenilenebilir kaynaklar, henüz diğer alışılan kaynaklarla ekonomik olarak rekabet edecek düzeyde olmasalar da, temiz enerjinin teşvik edilmesi ve kaynak çeşitliliği açısından, enerji politikalarında günden güne ön plana çıkmaktadırlar. [6] Güncel rakamlara göre yenilenebilir enerji, dünya genelindeki enerji rezervinin %13,1'ini ve dünya elektrik üretiminin %17,9'unu sağlamaktadır. [7] Her ne kadar düşük seyreden petrol fiyatları yenilenebilir enerjinin geliştirilmesini yavaşlatsa da 70'li yıllarda yaşanan petrol

3 Adem ÜZÜLMEZ, ''Türkiye'nin Enerji Politikaları, Enerji Güvenliği ve Sürdürülebilir Kalkınma'', Uluslararası Davraz Kongresi 2009 Bildiri Kitabı, (Eylül 2009), 335 (s.) ; H. Naci BAYRAÇ, ''Küresel Enerji Politikaları ve Türkiye: Petrol ve Doğalgaz Kaynakları Açısından Bir Karşılaştırma'', Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10 (C.), 1 (S.), Haziran 2009, 117 (s.) .

4 Şamil ŞEN, Şener ÜŞÜMEZSOY, Yeni Dünya Petrol Düzeni ve Körfez Savaşları, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2003, 106 (s.) .

5 A. Rıza KARACAN, Çevre Ekonomisi ve Politikası, Ege Üniversitesi İİBF Yayını, İzmir, 2007, 245 (s.) .

6 İsmail H. ÖZSABUNCUOĞLU, A. Atilla UĞUR, Doğal Kaynaklar Ekonomi, Yönetim ve Politika, İmaj Kitabevi, Ankara, 2005.

7 http://www. iea. org/textbase/papers/2006/renewable_factsheet. pdf (Erişim Tarihi: 18. 03. 2012) .

krizleri, devletleri yenilenebilir enerjiye itmiştir. [8] Bu yıllarda petrol arzının siyasi amaçlarla kesintiye uğratılması, aynı zamanda gelecek yıllardaki enerji politikalarının belirleyiciliği noktasında başrolü üstlenmiştir.

1. 2. Güncel Veriler ve Geleceğe Dair Öngörülerin Işığında Enerji Tüketiminin Enerji Politikaları Üzerindeki Belirleyici Rolü

Dünya coğrafyasını oluşturan devletlerin enerji politikalarının, enerji tüketim miktarlarına paralel biçimde değişiklik gösterdiği bir gerçektir. Toplumların, yaşamlarının hemen her alanında enerjiye olan bağımlılıkları, tüketim pastasını da çeşitlendirmeye zorlamıştır. Bu çeşitliliğin tarihsel süreç içerisinde de farklılık göstermesi şüphesiz, enerji kaynaklarının farklılaşmasından ileri gelmektedir.

Dünya birincil enerji tüketimi pastasında, en büyük payı fosil yakıtların aldığı görülmektedir. [9] Güncel enerji tüketim rakamlarına bakıldığında, enerji tüketiminin ortalama % 87'sinin fosil kaynaklardan, %7'sinin yenilenebilir kaynaklardan ve %6'sının da nükleer enerji kaynaklarından gerçekleştiği görülmektedir. 2010 yılındaki rakamlara bakıldığında, bir önceki yıla göre %5,6 artış gösteren enerji tüketimi, 1973 yılından beri kaydedilen en yüksek artışı göstermiştir. Artış; petrol, doğalgaz ve kömür gibi fosil kaynaklar ile hidroelektrik de dahil olmak üzere yenilenebilir kaynaklar ve nükleer enerji kategorisinde kendini göstermiştir. 2000 yılından bu yana ortaya koyduğu rakamsal oranlara göre payında düşüş olmasına karşın petrol, %33,6'lık oranla baskın durumunu korumuştur. Bunun yanında, kömür de toplam tüketim içerisindeki pay artışını sürdürmüş olup, doğalgaz ise kaydedilen en yüksek pay yüzdesini gerçekleştirmiştir. [10]

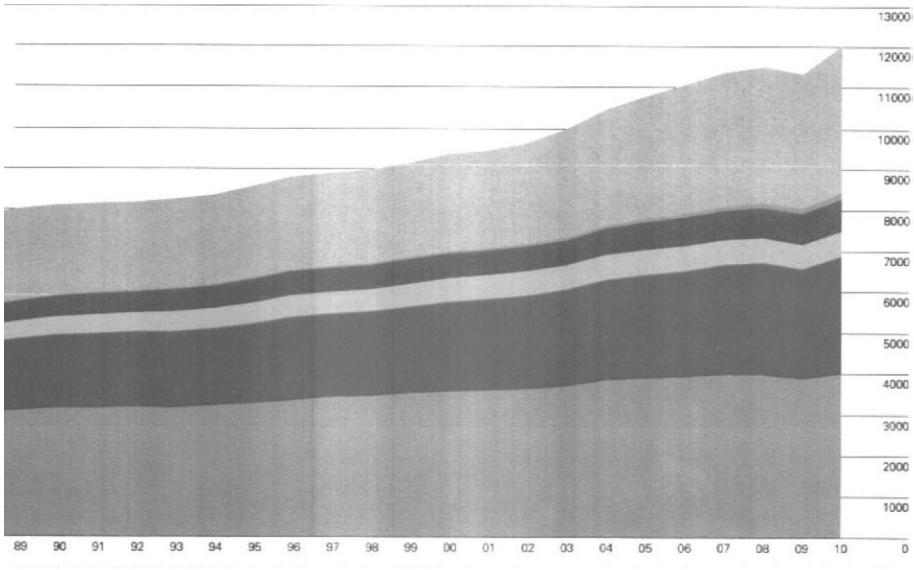
---

8 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 120.

9 Abdurrahman SATMAN, *"Dünyada Enerji Kaynakları"*, Türkiye'de Enerji ve Kalkınma Sempozyumu, TASAM, (Nisan 2006), 47 (s.) .

10 http://www. bp. com/liveassets/bp_internet/globalbp/globalbp_uk_english/reports_and_publications/statistical_energy_review_2011/STAGING/local_assets/pdf/statistical_review_of_world_energy_full_report_2011. pdf (Erişim Tarihi: 18. 03. 2012).

Tablo 1 – Dünya Enerji Tüketim Pastası

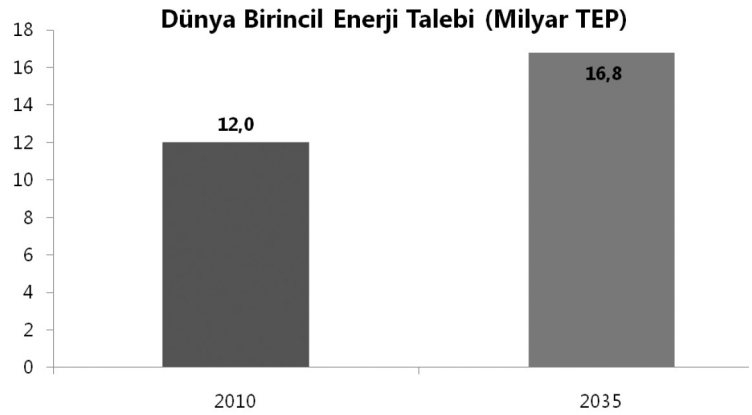


Kaynak: BP-2011

Geleceğe ilişkin yapılan tüketim tahminlerine bakıldığında ise, bu tip tahminlerde; teknolojik gelişmeler, ekonomik büyüme oranı, nüfus artış yüzdesi, enerji fiyatları, devam ettirilen enerji politikaları ve tüketici hareketlerinin dikkate alındığı görülmektedir. [11] Uluslararası Enerji Ajansı (IEA) tarafından gerçekleştirilen geleceğe dönük öngörüler, dünya enerji tüketiminin 2035 yılına kadar, ortalama yüzde 40 oranında artacağını göstermektedir. [12]

11 ÜZÜLMEZ, 333.
12 International Energy Agency (IEA), World Energy Outlook (WEO), OECD/IEA, Paris, 2010.

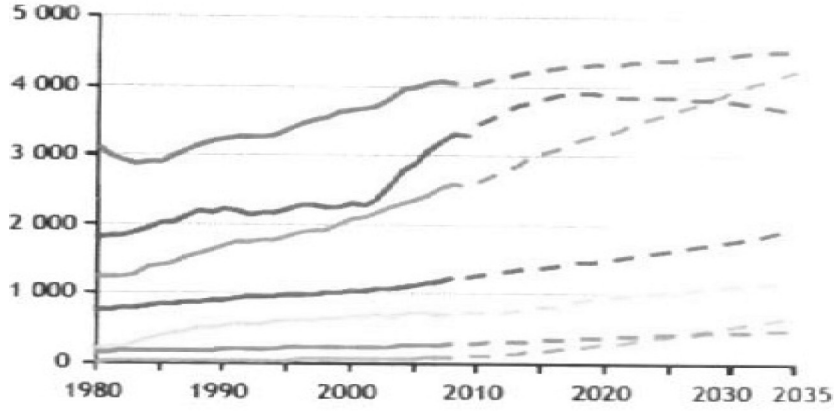
Tablo 2: Dünya Enerji Talebi Öngörüsü



Kaynak: IEA-2010

Yine aynı Ajans'ça 2011 yılında yapılan geleceğe dönük tahminlere bakıldığında, enerji talebinin gelecekte de fosil yakıtlarda yoğunlaşacağı görülmektedir. Bunlar arasında doğalgaza olan talebin sürekli yükseleceği, petrolün mevcut durumunu az da olsa artırarak koruyacağı, buna karşın kömüre olan talebin 2030'dan sonrası için düşüşe geçeceği anlaşılmaktadır. Bahsi geçen tahminde, bioyakıt, nükleer enerji ve yenilenebilir enerjiye olan talebin ise istikrarlı bir biçimde artacağı öngörülmüş ancak hidroelektriğe olan talebin durağan bir görünüm izleyeceği düşünülmüştür. [13]

Tablo 3: Dünya Enerji Talebi Dağılımı



13 International Energy Agency (IEA), World Energy Outlook (WEO), OECD/IEA, Paris, 2011.

- **Petrol**
- **Kömür**
- **Doğalgaz**
- **Bioyakıt**
- **Nükleer**
- **Hidroelektrik**
- **Yenilenebilir Enerji**

Kaynak: IEA-2011

Devletlerin, enerji politikalarını belirlerken güncel verilerden ve geleceğe ilişkin projeksiyonlardan yararlanmaları esastır. Zira, verilere dayalı olarak oluşturulan enerji politikaların temelinin sağlam oluşu sayesinde, enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesi suretiyle enerji arz güvenliği tesis edilecek, politika tesisindeki temel amaçlardan biri olan verimlilik ve en kaliteliyi en uygun fiyata alma prensiplerinin de yerine gelmesi sağlanacak, böylece gerek kısa vadede gerekse uzun vadede hedeflenen amaçlara ulaşım sağlanmış olacaktır. Ancak, açıkça söylenebilecek olan şudur ki, fosil yakıtların tükenir nitelikte oluşu ve insanoğlunun bunun karşısında çaresiz oluşu gerçeği karşısında, tüm devletlerin gerek çevresel hassasiyetleri gerekse de sürekli artarak devam edecek olan enerji taleplerini dikkate alarak politikalarını tespit etmesi ve bu meyanda çevre dostu olan yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmesi gerekliliği kaçınılmaz bir gerçekliktir.

2. AB ENERJİ POLİTİKALARI

1973-1974 ve 1979 yıllarında siyasi gelişmelere bağlı olarak yaşanan petrol krizleri, AB'nin enerji arz güvenliğinin olmadığını göstermiş ve AB ülkelerini, bu güvenliğin tesisi amacıyla ortak enerji politikaları belirlemeye ve bu alanda daha aktif olmaya yöneltmiştir. [14] Kriz sonrasında, birlik içinde enerji politikalarına ilişkin birkaç yıllık çerçeve planları oluşturulmaya başlanmıştır. Bu planlar vasıtasıyla her üye ülke için enerji etkinliğinin artırılması, ithalat bağımlılığının azaltılması, yerli enerji kaynaklarının daha fazla kullanılması ve yeni

14 Jeffrey HARROP, The Political Economy of Integration in the European Union, Edward Elgar, Third Edition, Cheltenham, 2000, 147 (s.) .

enerji teknolojilerinin teşviki açısından ortak görevler belirlenmiştir. [15] Bu doğrultuda, AB'nin enerji politikasının 3 temel üzerine tesis edildiği söylenebilir. Bunlar, enerji arz güvenliği, çevrenin korunması ve rekabet ortamının sağlanmasıdır. [16] Bu üç temel ilke çerçevesinde AB üyesi devletler, enerji kaynakları içerisinde doğalgazın, nükleer enerjinin ve yenilenebilir kaynakların payını artıracak, kömürün payını ise muhafaza edecektir. [17] Avrupa Birliği'nin enerji politikalarında özellikle yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji teminine ilişkin yöntem ve araçların geliştirilmesi ve bu kaynaklardan çok daha etkin bir şekilde yararlanılması gerekliliği vurgulanmaktadır. [18]

Avrupa Birliği'nin enerji politikalarının çevresel boyutuna yön veren metinlerden biri Kyoto Protokolü'dür. AB'nin Kyoto Protokolü'ndeki hedefi 2008-2012 yılları arasında sera gazı salınımlarını 1990 düzeylerine göre %8 oranında azaltmaktır. Ancak mevcut politikalarla bu hedefin tutturulamayacağı anlaşılınca, bu amaca yönelik olarak 2000 yılında "*Avrupa İklim Değişikliği Programı (ECCP)*" oluşturulmuştur. [19]

Enerjide verimliliğin artırılması ve sürdürülebilir çevre politikalarının oluşturulması hususlarında SEEERF (Güneydoğu Avrupa Enerji Düzenleyici Forumu), TACIS 1991 (Bağımsız Devletler Topluluğu'na Teknik Yardım), TRACECA 1993 (Avrupa-Kafkasya- Asya Ulaştırma Koridoru), INOGATE 1995 (Avrupa'ya Devletlerarası Petrol ve Doğalgaz Taşımacılığı Programı) gibi çeşitli girişimler yapılmıştır. [20] 1995 yılında AB tarafından yayınlanan Beyaz Kitap, AB enerji politikasının uzun vadeli hedeflerini ortaya koymaktadır. Buna göre enerji politikası; piyasa entegrasyonu, deregülasyon, tüketiciyi koruma, iç birlik gibi ortak ekonomik amaçlara uygun olmalıdır. [21] Bu amaçların tümü, esasında enerji güvenliğinin arttırılması temeline dayanmaktadır. 1998 yılında ise Enerji Şartı Anlaşması devreye sokulmuştur. 1999 yılında

15 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 123.
16 HARROP, 185.
17 BAYRAÇ, 124.
18 Ahmet ENİŞ, ''*Enerji Politikaları ile Yerli, Yeni ve Yenilenebilir Enerji Kaynakları*'', EMO Enerji Raporu, (2002), 312 (s.) .
19 Murat TÜRKEŞ, Gönül Kılıç, ''*Avrupa Birliği'nin İklim Değişikliği Politikaları ve Önlemleri*'', Çevre, Bilim ve Teknoloji, Teknik Dergi, 2 (S.), (2004), 1 (s.) .
20 Gelengül KOÇASLAN, ''*Avrupa Birliği'nin Doğalgaz Politikası ve Bu Eksende Türkiye'nin Rolü*'', İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 61 (C.), 2 (S.), (2011), 238 (s.) .
21 Tam metin için bkz. http://europa. eu/documentation/official-docs/white-papers/pdf/energy_white_paper_com_95_682. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012) .

petrol fiyatlarındaki aşırı yükseliş yeniden AB'nin enerji arz güvenliğinin olmadığını göstermiştir. Bu doğrultuda dışa bağımlılıktan kurtulabilmek için aktif bir enerji politikasının varlığına gereksinim olduğu teyit edilmiştir. [22] Bu temel amaca hizmet eden ve 2000 yılında AB tarafından kabul edilen Yeşil Kitap, AB üyesi 15 ülkenin 2000 yılı için ithalat oranının, tüketimlerinin % 50'si kadar olduğunu göstermekte ve gerekli önlemler alınmadığı takdirde 2030 yılında bu değerin %70'e çıkacağı sonucunu ortaya koymaktadır. [23] Yeşil kitapta, bu rakama ulaşılmasını engelleyecek nitelikte bazı tedbirler ve vasıtalar öngörülmüştür. Bu doğrultuda enerji güvenliğinin tesisi için enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesi ve buna ilişkin idari yapılanmaların tamamlanması gerektiği belirtilmiştir. [24]

2006/32 sayılı Avrupa Birliği Konseyi ve Parlamentosu yönergesinde enerjinin etkin kullanımı, *"bir işe, hizmete ya da mala ilişkin enerji çıktısı ve enerji girdisi arasındaki oran"* olarak tanımlanmıştır. [25] Bu doğrultuda, AB içerisinde enerjide verimliliği esas alan ve bu yönde araç ve yöntemler geliştiren başkaca programlar da vardır. Bunlardan bazıları, rüzgar ve sudan yenilenebilir enerji elde edilmesi konusunda ALTENER II, ulaştırma konusunda STEER ve sanayi ile ticaret konusunda SAVE'dir**.** Bu programlar, Avrupa Akıllı Enerji ve Teknoloji Programı (AETEP) kapsamında da desteklenen ve enerji kullanımında verimliliği ve tasarrufu esas alan programlardır. [26] Enerjinin verimli kullanımını ve yenilenebilir kaynaklardan enerji teminini teşvik eden COOPENER, hedefi emisyonların sınırlandırılması ve en iyi teknolojilere makul fiyatlarla ulaşmak olan CARNOT, nükleer sektördeki faaliyetlere yoğunlaşan SURE ve düzenli elektrik ve gaz akımının güvence altına alınması amaçlı TRANS AVRUPA ENERJİ AĞLARI (TEN-Energy), AB enerji politikasının dış siyasetini inceleyen SYNERGY ise diğer bazı programlardır. [27]

---

22 KOÇASLAN, 238.

23 Tam metin için bkz. http://ec. europa. eu/energy/green-paper-energy-supply/doc/green_paper_energy_supply_en. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012) ; PAMİR, 21.

24 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 124.

25 Jean-Arnold VINOUIS, Jean-Paul GOURLIA, Europe in the age of Efficiency, Energies, Advancing-Understanding-Sharing-Analysing-Discovering -Creating, (2007) .

26 TÜBİTAK AB Çerçeve Programları, Ulusal Koordinasyon Ofisi Rekabet Edebilirlik ve Yenilik Programı (RYP) (Competitiveness and Innovation Framework Programme) 2007 – 2013**,** Ankara, (2006), 9 (s.) **.**

27 Avrupa Birliği'nin Enerji ve Ulaştırma Politikaları ve Türkiye'nin Uyumu, İstan-

Yeşil kitabın, enerji ithalatı noktasında yapmış olduğu projeksiyonlarda yanılmadığı Tablo 8'den de anlaşılmaktadır. Zira, eldeki verilere göre 2010 yılı sonu itibariyle gelinen aşamada ortalama ithalat rakamlarının, tüketilen fosil kaynaklardan petrolün %71'ini, doğalgazın %43'ünü, kömürün de %41 kadarını oluşturması 2030 yılı beklentileri için çok da iç açıcı bir gelişme değildir. AB için bu darboğazdan çıkmanın yolu, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelerek daha çok üreten pozisyonunda olmasıdır.

Tablo 8: AB Üretim-Tüketim Dengesinin Kaynaklara Göre Dağılımı-2010

	Petrol (bin varil)	**Doğalgaz (milyar m3)**	**Kömür (milyon TEP)**
Üretim	3920	275,4	154,2
Tüketim	13781	484,5	264,2
İthalat	9861	209,1	110

Kaynak: BP-2011

AB'nin enerjideki dışa bağımlılığını artıran bir gelişme de genişleme politikasıdır. Zira, sürekli genişleyen ve yeni ülkeleri içerisine alan bir birlik daha çok tüketecek ve doğal olarak daha çok enerjiye gereksinim duyacaktır. Enerji kaynaklarının da sınırlı olmasının doğal bir sonucu olarak ithalata yönelecektir. Bunun yanında, enerji politikasının üç ayağından biri olan çevresel hassasiyet gereği de artık çevreye zarar veren bazı nükleer tesisler kapatılmakta, bu durum da AB'yi sıkıntıya sokmaktadır. Ayrıca, Enerji kaynaklarından kömürden faydalanmanın insan emeği gerektirdiği ve bunun da birtakım işçi ücret maliyetlerini ortaya çıkardığı gerekçesiyle kömürden uzaklaşarak doğalgaza yönelen bir AB'nin enerji geleceğinin pek parlak olduğu söylenemez. [28]

bul, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2004, 87 (s.) .

28 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 124.

3. TÜRKİYE'NİN ENERJİ POLİTİKALARI

3. 1. Türkiye'nin Enerji Politikalarına Hakim Olan Temel İlkeler

AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nda yer alan amaçlara bakıldığında, Türkiye'nin enerji politikalarının da başta AB olmak üzere, küresel ölçekteki enerji politikaları ile uyum içerisinde olduğu göze çarpmaktadır. [29] Bu doğrultuda, enerji arz güvenliğini esas alan Türkiye enerji politikasındaki temel amaçlar şunlardır: [30]

- Yerli kaynaklara öncelik vererek kaynak çeşitliliğini sağlamak,
- Yenilenebilir enerji kaynaklarının enerji arzındaki payını arttırmak,
- Enerji verimliliğini yükseltmek,
- Tam serbest piyasa koşullarına ulaşarak yatırım ortamını iyileştirmek,
- Petrol ve doğalgazdaki kaynak çeşitliliğini sağlamak, ithalattan kaynaklanan risklere karşı tedbir almak,
- Enerji alanında bölgesel işbirliği ile Türkiye'yi enerji koridoru ve terminali haline getirmek,
- Enerji faaliyetlerinin çevresel hassasiyetler dikkate alınmak suretiyle yürütülmesini sağlamak,
- Doğal kaynakların ülke ekonomisine katkısını arttırmak,
- Endüstriyel hammadde, metal ve metal dışı madenlerin üretimlerini arttırarak yurt içinde değerlendirilmesini sağlamak,
- Maliyet, zaman ve miktar açısından enerjiyi tüketiciler için ulaşılabilir hale getirmek.

29 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 135.
30 http://www. enerji. gov. tr/yayinlar_raporlar/2012_Plan_ve_Butce_Komisyonu_Konusmasi. pdf (Erişim Tarihi: 19. 03. 2012)

Sıralanan amaçlara bakıldığında Türkiye'nin enerji politikasının da kaynak çeşitliliği, çevresel duyarlılık ve rekabetçi yapı temelleri üzerine oturtulduğu görülmektedir. Enerji ithalatından doğacak riskleri önlemeye yönelik tedbirler almak da Türkiye'nin zorunlu rotasıdır. Zira, halihazırda enerji ihtiyacının çok büyük oranını dışarıdan tedarik etmektedir. Sadece doğalgaz ihtiyacının %65'ini Rusya'dan ithal eden Türkiye'nin enerji güvenliği açısından sorunlar yaşaması[31] ve buna yönelik önlemleri de bir politika olarak benimsemesi doğaldır.

3. 2. Türkiye'nin Güncel ve Geleceğe Dönük Enerji İstatistikleri

Gelişmekte olan tüm ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de ekonomik büyümeye paralel biçimde enerji tüketimi artmaktadır. Buna karşın, artan talebi karşılayacak arzın olmaması Türkiye'nin enerjide dışa bağımlı pozisyonunu devam ettirmektedir. [32] Bu durum şaşırtıcı değildir. Zira, insan eliyle artırılabilecek enerji kaynaklarının çeşitlendirilmemesi, tüketicileri sınırlı rezervleri olan fosil kaynakların tüketimine yöneltecek, bu da tüketim ihtiyacını karşılayacak derecede fosil kaynak arzı olmayan ülkeleri dış dünyaya bağımlı kılacaktır.

2011 yılında ortaya çıkan istatistikler, Türkiye'nin enerji tüketiminin halen büyük oranla fosil kaynaklar üzerinde yoğunlaştığını göstermektedir. Tüketim pastası içerisinde ilk sırayı doğalgaz almakta, hemen arkasından kömür ve petrol gelmektedir. Ancak, Tablo 4'te de görüldüğü üzere, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelim yüzdesindeki olağanüstü artış iyiye işarettir. Bu durum, çevreyle barışık olan enerji kaynaklarına yönelerek çeşitlilik sağlanmaya gayret edildiğinin açık göstergesidir. Bu da, Türkiye'nin gerek Kyoto Protokolü gibi uluslararası anlaşmalara riayet ettiğini, gerekse enerjide enerjik ülke konumuna geçtiğine delalettir. Şüphesiz bu durum, enerjide fosil kaynaklara olan bağımlılığın geneldeki zarar verici sonuçlarını engellemeye yeter nitelikte değildir.

---

31 Mahir ULUTAŞ, "*Küresel Enerji Savaşları ve Türkiye'nin Konumu*", Cumhuriyet Enerji, EMO Yayını, 1 (S), (Ocak 2008), 11 (s.) .

32 ÜZÜMCÜ, 336.

Tablo 4: Türkiye Enerji Tüketiminin Kaynaklara Göre Dağılımı

Enerji Kaynakları	2009	2010	2009-2010	2010
	Miktar (milyon tep)	Miktar (milyon tep)	Değişim Oranı (%)	Dünya Toplam Tüketim Payı (%)
Petrol	28. 2	28. 7	1. 7	0. 7
Kömür	32. 0	34. 4	7. 4	1. 0
Doğalgaz	32. 1	35. 1	9. 2	1,2
Hidroelektrik	8. 1	11. 7	44. 3	1,5
Nükleer	-	-	-	-
Yenilenebilir Enerji	0. 5	1. 0	88. 1	0,6

Kaynak: BP 2011.

Enerjideki fosil kaynaklara olan bağımlılık Enerji Bakanlığı'nın verilerinde de açık biçimde görülmektedir. Yerli üretimin, linyit dışındaki kaynaklarda ithalat karşısında çok küçük rakamlarda kalması enerjide dışa bağımlılığı tekrar ispat etmektedir. Olası bir uluslararası kriz veya enerji kaynaklarına erişimin kesilmesi halinde Türkiye'nin mevcut petrol ve doğalgaz rezervleri 4 ile 17 ay arasında yetebilecektir. [33] Bu da, sürekli belirtildiği gibi diğer enerji kaynaklarına yönelmenin gerekliliği yanında, enerji ithalatının tek bir kaynak yerine birden çok kaynaktan yapılmasının ve özellikle geniş kapsamlı taşıma projelerine ağırlık verilmesinin de artık bir zorunluluk olduğunu göstermektedir. [34]

Tablo 5: 2010 Yılı Fosil Yakıtlar Üretim-İthalat Dengesi

	Taş Kömürü (B. Ton)	Linyit (B. Ton)	Petrol (B. Ton)	Doğalgaz (106Sm3)
Yerli Üretim	2524	69698	2544	682
İthalat	21333	0	35722	38038

Kaynak: ETKB

33 ÜZÜMCÜ, 339.
34 M. Özcan ÜLTANIR, 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'nin Enerji Stratejisinin Değerlendirilmesi, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1998, 169-177 (s.) .

Türkiye'nin yenilenebilir enerji kaynaklarına ilişkin arz miktarına bakıldığında ise, çabaların olmasına karşın gelinen seviyenin çok yetersiz kaldığı görülecektir. Fosil kaynaklar karşısında, yenilenebilir enerji arzının düşüklüğü Türkiye'nin enerji arz güvenliğinin tehlikede olduğunu göstermektedir. Oysa Türkiye'deki yenilenebilir enerji potansiyeline bakıldığında arz miktarının çok daha iyi düzeylere çıkabileceği anlaşılmaktadır. [35]

Tablo 6: 2010 Yılı Yenilenebilir Enerji Arzı (Bin TEP)

	Odun	Jeotermal	Biyoyakıt	Rüzgar	Güneş
Birincil Enerji Arzı	3392	575	12	251	432

Kaynak: ETKB

Yenilenebilir bir diğer enerji olan hidroelektrik potansiyeli 140 GWh/yıl'dır. 2010 yılı itibariyle işletmede bulunan 150 adet hidroelektrik santrali 14. 417 MW'lık kurulu güce ve toplam potansiyelin yaklaşık %38'ine karşılık gelmektedir. 2009 yılında elektrik üretiminin %18,5'i hidroelektrik santrallerden temin edilmiştir. Hidroelektrik üretimi 2009 yılında 2008 yılına göre %7,8 oranında artarak 35. 870 MW olarak gerçekleşmiştir. [36] Mevcut artış trendinin devamı enerji arz güvenliği açısından faydalı olacaktır.

Dünyada, 2007 yılı sonrasındaki enerji fiyatlarının artışına paralel şekilde nükleer enerjiye yönelim de artış göstermiştir. [37] Ancak Türkiye'de durum böyle olmamıştır. Tablo 4'te de görüldüğü üzere Türkiye, nükleer enerjide bir varlık gösterememektedir. Nükleer enerjiye dair yapılan girişimler uzun yıllardan beri çeşitli sebeplerle sonuçsuz kalmıştır. [38] Elektrik enerjisi arz ve talep projeksiyonlarına bağlı olarak, 2020 yılına kadar, nükleer enerji santrallerinin, elektrik enerjisi üretimi içerisindeki payının en az %5 seviyesine ulaşması öngörülmektedir. Bu çerçevede, 2010'da Türkiye ile Rusya arasında Mersin-Akkuyu'da nükleer santral yapımına ilişkin hükümetler arası anlaşma imzalanmıştır. [39]

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=enerji&bn=215&hn=12&nm=384&id=384 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)
36 http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=hidrolik&bn=232&hn=&nm=384&id=40699 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)
37 ÜZÜMCÜ, 340.
38 Aybars GÜRPINAR, "*Nükleer Enerji ve Nükleer Güvenlik*", Stratejik Analiz, 83 (S), (2007), 38 (s.) .
39 http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=nukleerenerji&

IEA'nın 2009 yılı verilerine göre oluşturduğu Türkiye'ye ilişkin enerji geleceği öngörüsüne göre, birincil enerji tüketim ve üretimi 2008-2020 döneminde yılda ortalama %6,8 artış gösterecek, bu çerçevede toplam arz miktarı 2020 yılında 217,75 milyon TEP olacak, bu rakamın 65,9 milyonu üretim ile 151,7 milyonu ise ithalat ile sağlanacaktır. [40]

3. 3. Türkiye'nin Enerji Politikalarının Çevresel Boyutu ve Uluslararası Arenadaki Etkileri

3. 3. 1. Çevresel Boyut

Türkiye'nin son yıllardaki enerji politikasının çevresel boyutuna bakıldığında Kyoto Protokolü'nün ağırlığı dikkat çekmektedir. Kyoto Protokolü, 1992'de Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin (BMİDÇS) eki olarak kabul edilen uluslararası bir anlaşmadır. Protokolün esas amacı, atmosferdeki sera gazı yoğunluğunun, iklimi olumsuz etkilemeyecek düzeye çekilmesini temin etmektir. BMİDÇS, emisyonun azaltılmasını teşvik etmekte, Kyoto Protokolü ise zorlayıcı yaptırımlar içermektedir. Protokolün, Türkiye'nin ve taraf olan diğer tüm devletlerin enerji politikasını etkileyen hükümleri şöylece sıralanabilir:[41]

- Atmosfere salınan sera gazı miktarı %5'e çekilecek,
- Isınmada, ulaşımda, endüstriyel sahada, çöp depolama gibi faaliyetlerde daha az enerji tüketmek için gerekli teknolojik sistemlerin entegrasyonu sağlanacak,
- Atmosferdeki metan gazı ve karbondioksit oranını düşürmek için alternatif enerji kaynaklarına yönelinecek,
- Fosil yakıtlar yerine yenilenebilir enerji kaynakları kullanılacak,
- Sanayiden, motorlu taşıtlardan ve ısınmadan ortaya çıkan sera gazının öngörülen orana çekilebilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılacak,

---

bn=224&hn=224&nm=384&id=388 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

40 International Energy Agency (IEA) (2005), Energy Policies of IEA Countries: Turkey 2009 Review, OECD, Paris, 2010.

41 http://www. undp. org. tr/energEnvirDocs/kyoto. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

- Yüksek enerji tüketen işletmelerde atık işlemleri yeniden dizayn edilecek,
- Güneş enerjisinin faydası maximize edilecek, karbon salınımı olmayan nükleer enerji ön plana çıkarılacak,
- Fazla yakıt tüketen ve fazla karbon üretenden daha fazla vergi alınacak,
- Termik santrallerde de daha az karbon üreten teknolojik donanımlar kullanılacaktır.

Kyoto Protokolü temelinde çevresel olumsuz etkilerin en aza indirilmesi için Türkiye'nin fosil yakıtlara dayalı olan enerji tüketimini sürdürülebilir ve yenilenebilir enerji kaynaklarına yoğunlaştırması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Zira, kaynakların çeşitlendirilmesinde geride kalan bir ülkenin fosil yakıtlara mahkumiyeti ekolojik dengenin tesisini de güçleştirecektir. Ekolojik dengeden söz edilebilmesi için yenilenebilir enerji kaynaklarının varlığı şarttır. [42] Ancak, IEA'in verileri incelendiğinde önümüzdeki 20-25 yıllık süreçte Türkiye'nin bu dönüşümü gerçekleştirmekte zorlanacağı da bir gerçektir.

3. 3. 2. Uluslararası Arenadaki Etkiler

Enerji kaynaklarının dünya coğrafyasının pek çok bölgesinde var oluşu, kimi ülkelerin enerjiyi üreten, kimilerininse ithal eden konumunda olması, stratejik konumu itibariyle bazı ülkelerin enerji koridoru niteliğinde olması, enerji politikalarının uluslararası arenada birtakım etkiler doğurmasına yol açmaktadır. Zira, devletler bu neviden sebeplerle ilişki kurmakta ve satranç oyununda avantajlı duruma geçmek istemektedirler. Süper güçlerin enerji güvenliğinin günümüz koşullarında savaşlara sebebiyet verdiği gerçeği karşısında, enerjinin özellikle siyasi alanda etkisinin yüksek olduğu söylenebilir.

Türkiye'nin de verilerle de ortaya konan enerjide dışa bağımlı olma durumu ve bu durumun artarak devam edeceği gerçeği karşısında, enerji politikalarını tesis ederken sağlam stratejiler oluşturması ve bir taraftan kendisine sunulan fırsatları iyi değerlendirirken diğer ta-

42 Akın MAŞRAP, Müslüme NARİN, "*Çağdaş Enerji Yönetiminde Yeni Yaklaşımlar: Ekolojik Çevre, İklim Değişikliği ve Yaşam Kalitesi*", VII. Ulusal Temiz Enerji Sempozyumu, UTES, (Aralık 2008), 27 (s.) .

raftan da enerji rezervleri yüksek olan ülkelerle ''iyi geçinmesi'' gerekmektedir. Tablo 7'de görüldüğü gibi, dünya üzerindeki mevcut petrol rezervlerinin %74'ü ve doğalgaz rezervlerinin %82,1'i Türkiye'nin komşu coğrafyasında bulunmaktadır. Bu haliyle Türkiye, yabancı ülkeler için dinamik bir enerji pazarı özelliği taşımakta, bunun yanında doğal bir transit enerji nakil hattı sıfatına sahip olmaktadır. [43]

Türkiye'nin üstlendiği bu rol gereği dahil olduğu birçok uluslararası proje mevcuttur. Kerkük-Yumurtalık Ham Petrol Boru Hattı, Bakü-Tiflis-Ceyhan (BTC) Ham Petrol Boru Hattı, Samsun-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı, Rusya-Türkiye Batı Doğalgaz Boru Hattı, Mavi Akım Doğalgaz Boru Hattı, İran-Türkiye Doğalgaz Boru Hattı, NABUCCO Doğalgaz Boru Hattı, Irak-Türkiye Doğalgaz Boru Hattı, Mısır-Türkiye Doğalgaz Boru Hattı, Mavi Akımın İsrail'e Uzatılması, Türkmenistan–Türkiye Doğalgaz Boru Hattı, Türkiye-Yunanistan-İtalya Doğalgaz Boru Hattı bunların başlıcalarıdır. [44]

Tablo 7: Petrol ve Doğalgaz Rezervleri - 2010

Ülke	**Petrol Rezervi** (milyar varil)	**Pay** (%)	**Doğalgaz Rezervi** (trilyon m3)	**Pay** (%)
Ortadoğu	752,5	54,4	75,8	40,5
Avrasya	139,7	10,1	63,1	33,7
Afrika	132,1	9,5	14,7	7,9
Türkiyenin Yakın Çevresi	1. 024,3	74	153,6	82,1
Dünyanın Geri Kalanı	338,9	26	23,5	17,9
Dünya Toplamı	1. 363,2	100	187. 1	100

Kaynak: BP-2011

43 ÜZÜMCÜ, 343.
44 BAYRAÇ, Küresel Enerji Politikaları, 135.

Türkiye'nin iki ana aktörden biri olarak dahil olduğu ve yakın gelecekte çok daha fazla konuşulacak proje ise Trans Anadolu Doğalgaz Boru Hattı Projesi'dir (TANAP). Bu proje ile 2017 sonu itibariyle Şahdeniz-2 sahasından çıkarılacak olan gaz, Türkiye ve Avrupa'ya ulaştırılacaktır. Yani TANAP, Nabucco'nun gazını Bulgaristan sınırına getirecektir. Türkiye-Azerbaycan ilişkileri bu proje ile daha da güçlenecek, iki ülke Avrupa pazarına beraber çıkacak ve en önemlisi, Türkiye dev gaz pazarına transit ülke olarak değil, direkt ihracatçı, yani satıcı ülke olarak girecektir. Bunun uluslararası arenadaki doğal yansıması da, Türkiye ve Azerbaycan'ın ekonomik kazançları ile beraber siyasi kazanımları olacaktır. Azerbaycan'ın Avrupa'ya ulaşan direkt boru hattına sahip olması Ankara ve Bakü'nün dış politika hamlelerine de ayrı bir güç katacaktır. [45]

KAYNAKLAR

BAYRAÇ H. Naci, Uluslararası Doğalgaz Piyasasının Ekonomik Analizi, Türkiye'deki Gelişimi ve Eskişehir Uygulaması, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 1999.

BAYRAÇ H. Naci, ''*Küresel Enerji Politikaları ve Türkiye: Petrol ve Doğalgaz Kaynakları Açısından Bir Karşılaştırma*'', Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10 (C.), 1 (S.), Haziran 2009, 116-142.

ENİŞ Ahmet, ''*Enerji Politikaları ile Yerli, Yeni ve Yenilenebilir Enerji Kaynakları*'', EMO Enerji Raporu, 2002, 295-324.

GÜRPINAR Aybars, "*Nükleer Enerji ve Nükleer Güvenlik*", Stratejik Analiz, 83 (S), 2007, 33-39.

HARROP Jeffrey, The Political Economy of Integration in the European Union, Edward Elgar, Third Edition, Cheltenham, 2000.

International Energy Agency (IEA) (2005), Energy Policies of IEA Countries: Turkey 2009 Review, OECD, Paris, 2010.

45 http://www. stargazete. com/acikgorus/tek-millet-iki-devlet-ve-tanap-kardesligi-haber-413616. htm (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

International Energy Agency (IEA), World Energy Outlook (WEO), OECD/IEA, Paris, 2010.

International Energy Agency (IEA), World Energy Outlook (WEO), OECD/IEA, Paris, 2011.

İKV, Avrupa Birliği'nin Enerji ve Ulaştırma Politikaları ve Türkiye'nin Uyumu, İstanbul, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, 2004.

KARACAN A. Rıza, Çevre Ekonomisi ve Politikası, Ege Üniversitesi İİBF Yayını, İzmir, 2007.

KOÇASLAN Gelengül, ''*Avrupa Birliği'nin Doğalgaz Politikası ve Bu Eksende Türkiye'nin Rolü*'', İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 61 (C.), 2 (S.), 2011, 235-255.

MAŞRAP Akın, NARİN Müslüme, "*Çağdaş Enerji Yönetiminde Yeni Yaklaşımlar: Ekolojik Çevre, İklim Değişikliği ve Yaşam Kalitesi*", VII. Ulusal Temiz Enerji Sempozyumu, UTES, Aralık 2008, 25-36.

ÖZSABUNCUOĞLU İsmail H., UĞUR A. Atilla, Doğal Kaynaklar Ekonomi, Yönetim ve Politika, İmaj Kitabevi, Ankara, 2005.

PAMİR A. Necdet, ''*Enerji Güvenliği: 2023'e Doğru enerji Alanında Küresel Gelişmeler, Küresel Politikalar Etkisinde Türkiye'de Enerji Politikaları*'', Stratejik Öngörü 2023, Ekim 2006 .

SATMAN Abdurrahman, "*Dünyada Enerji Kaynakları*", Türkiye'de Enerji ve Kalkınma Sempozyumu, TASAM, Nisan 2006, 47-58.

ŞEN Şamil, ÜŞÜMEZSOY Şener, Yeni Dünya Petrol Düzeni ve Körfez Savaşları, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2003 .

TÜBİTAK AB Çerçeve Programları, Ulusal Koordinasyon Ofisi Rekabet Edebilirlik ve Yenilik Programı (RYP) (Competitiveness and Innovation Framework Programme) 2007 – 2013, Ankara, 2006.

TÜRKEŞ Murat, KILIÇ Gönül, ''*Avrupa Birliği'nin İklim Değişikliği Politikaları ve Önlemleri*'', Çevre, Bilim ve Teknoloji, Teknik Dergi, 2 (S.), 2004, 35-52.

ULUTAŞ Mahir, "*Küresel Enerji Savaşları ve Türkiye'nin Konumu*", Cumhuriyet Enerji, EMO Yayını, 1 (S), Ocak 2008.

ÜLTANIR M. Özcan, 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'nin Enerji Stratejisinin Değerlendirilmesi, TÜSİAD Yayını, İstanbul, 1998, 169-177.

ÜZÜLMEZ Adem, ''*Türkiye'nin Enerji Politikaları, Enerji Güvenliği ve Sürdürülebilir Kalkınma*'', Uluslararası Davraz Kongresi 2009 Bildiri Kitabı, Eylül 2009, 330-348.

VINOUIS Jean-Arnold, GOURLIA Jean-Paul, ''*Europe in the age of Efficiency*'', Energies, Advancing-Understanding-Sharing-Analysing-Discovering -Creating, 2007, 30-33.

http://www. iea. org/textbase/papers/2006/renewable_factsheet. pdf (Erişim Tarihi: 18. 03. 2012) .

http://www. bp. com/liveassets/bp_internet/globalbp/globalbp_uk_english/reports_and_publications/statistical_energy_review_2011/STAGING/local_assets/pdf/statistical_review_of_world_energy_full_report_2011. pdf (Erişim Tarihi: 18. 03. 2012).

http://europa. eu/documentation/official-docs/white-papers/pdf/energy_white_paper_com_95_682. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012).

http://ec. europa. eu/energy/green-paper-energy-supply/doc/green_paper_energy_supply_en. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012) .

http://www. enerji. gov. tr/yayinlar_raporlar/2012_Plan_ve_Butce_Komisyonu_Konusmasi. pdf (Erişim Tarihi: 19. 03. 2012)

http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=enerji&bn=215&hn=12&nm=384&id=384 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=hidrolik&bn=232&hn=&nm=384&id=40699 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

http://www. enerji. gov. tr/index. php?dil=tr&sf=webpages&b=nukleerenerji&bn=224&hn=224&nm=384&id=388 (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

http://www. undp. org. tr/energEnvirDocs/kyoto. pdf (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

http://www. stargazete. com/acikgorus/tek-millet-iki-devlet-vetanap-kardesligi-haber-413616. htm (Erişim Tarihi: 20. 03. 2012)

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARI

THE RIGHT AND THE RESPONSIBILITIES OF THE THIRD PARTY (BUYER) IN THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR FLAT

Halis YAŞAR*

Özet: Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin günümüz yaşamında çok yaygındır. Aynı yaygınlık ile paralel olarak bu sözleşme türünden kaynaklanan uyuşmazlıklar da aynı şekilde çok yaygındır. Bu sözleşme türünün en haklı ve gariban mağduru bu inşaatlarda daire veya yapı satın alan üçüncü kişilerdir. Yargıtay verdiği kararlarda bazı hususlarda bu kişilerin en haklı mağdur olduğunu ve masum olduğunu sanki unutmaktadır. Çünkü en kötü tasfiyede bile herkes verdiğini almaktadır. Ancak yılların birikimlerinin ve dar gelirli insanların alın terleri adeta buharlaşmaktadır. Yargı kararlarında özellik ile bazı hususlarda bu hassasiyetin olmadığını rahatlıkla görmek mümkündür. Konuya yaklaşımda bu hassasiyetin olması gerekir.

Anahtar kelimeler: Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, müteahhit, yapı sahibi, üçüncü kişi

Abstract: Construction contracts in return for flat is prevalently used in the day life. In parallel with this prevalence, the conflicts arising from this type of contract is also very common. The most rightful victim of this type of contract are the third parties who has bought flat from this construction. In some of cases, the Court of Appeal gives decisions as if they forget that these people are very right and innocent. Since even in the worst liquidation everyone takes what he gives. However, low-income families' great efforts and their savings are being dissolved. It can be clearly seen that there isn't any vulnerability especially in some of the cases in the court decisions. It is necessary to have a precision approach to this subject.

Keywords: Construction contracts in return for flat, contractor, owner, third party

* Avukat, Ağrı Barosu

I- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ VASFI

Günümüz dünyasında gelişme ile birlikte endüstri üretiminde temel problemlerin başında ham madde sıkıntısı çekmektedir. İnsanların yeryüzündeki çoğalması ve yayılması çok ciddi yerleşim problemlerini beraberinde getirmiştir. Nitekim yerin üzerinde yatay yayılma çok geniş bir alanı kapsadığı için toplu yaşamın zorunlu birçok hizmetinin de zamanında ve usulüne uygun olarak yerine getirilmesine engel olmaktadır. Yeryüzü şekilleri de çok geniş yayılma imkân ve kabiliyetini de vermemektedir. Bütün bu problemleri karşılanması ve çözüm üretmeleri ile ilgili çalışmalarda yerleşim düzenin arzın dikey kullanımı ile mümkün olup olmadığı ile ilgili olarak belli çözüm önerilerini beraberinde getirmiştir. Nitekim gayrimenkul hukuku arzın yatay hali ile ilgili tam olarak kendi sorunlarını çözemezken arzın dikey kullanımı ile yeni tartışmalar ve sorunları beraberinde getirmiştir. İşte insanın çaresizliği ve çare üretme becerisi yerden böyle yararlanmayı mümkün kılarken bu çabalar kendi içinde yeni bir endüstrinin de doğmasına yol açmıştır. Şu anda yerin dikey kullanımı modern şehircilikte tartışılmaz bir konuma oturmuştur. Çok katlı yapıların yapımı ve bunun piyasası arz ve talep dengeleri kat karşılığı inşaat sözleşmeleri türü işlemler ile hukuk dünyası tanışmıştır. Her insani ilişkilenmede yaşanabilecek hukuki problemler kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de doğmuştur. Türkiye'de özellikle 1950 yıllardan sonra önemi ciddi düzeyde hissedilen bu sözleşme yargısal uygulamalara konu edilmiş ve bu tür sözleşmeler ile ilgili çeşitli görüşler tartışılmış ve konu belli kriterlere bağlanmıştır. Bu konunun bütün boyutları ile ortaya konulması için bazı kavramların daha da özel olarak ele alınması gerekir.

Borçlar hukukunda sözleşme serbestîsi mevcuttur. Borçlar Kanununda belirlenmiş sözleşme türleri önemlerinden ve yaygınlıklarından dolayı kanunda ele alınmış ise de sözleşmeler sadece kanunda yazılı olanları değildir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi de ismi Kanun'da geçmediği için adsız olarak nitelenebilecek bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin yapılmasındaki hak ve borç dengeleri karşılaştırıldığında bu sözleşmenin Borçlar Kanunu'nun özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak ittifak ile kabul edilen bir husustur ki genel uygulamadan

dolayı ismi kat karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşme özelliğini taşımaktadır. Bünyesinde gayrimenkul satış vaadi ve eser sözleşmesini birlikte harmanlayan bir sözleşmedir. Bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Arsa sahibinin borcu arsayı yükleniciye tam ve zamanında her türlü ayıptan arî olarak inşaat yapımına hazır hale getirip ve teslim etmek ve sözleşmeye uygun yüklenici edimi yerine getirildiğinde ise yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin tapusunu devir etmektedir. Yüklenicinin edimi ise arsa sahibine karşı yükümlendiği binayı sözleşmeye ve yasaya uygun olarak yapmak ve arsa sahibine teslim etmek ve sözleşmeden kararlaştırdıkları bağımsız bölümlerin tapu devrini talep etmektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri çok çeşitli şekillerde yapılmaktadır. Bu çeşitler ve iki taraf hareket şekilleri de tamamen sözleşme serbestîsi kapsamında kalmaktadır. [1]

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin niteliği ile ilgili Yargıtay şu şekilde kararlar vermiştir. *"Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri* ***karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.*** *Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. "* **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 03. 07. 2003 gün, 2003/4696 Esas ve 2003/5639 sayılı kararı)**[2]

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli sözleşmelerdir. Bu konu sürekli edimli mi ani edimli tartışması hukuk âleminde çok yapılmıştır. Konunun Yargıtay cephesinde çok tartışılmış ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25. 01. 1984 gün, 1984/3 Esas ve 1983/1 sayılı kararı ile konu şu şekilde çözüme kavuşturulmuştur. *" İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütaala edilmekte ise de istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahidin emeğini ve masrafa dayanan edim borcunu genellik ile uzun bir zaman süreci içinde*

---

1 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 61, ERMAN Hasan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 4-10

2 Legal Hukuk Dergisi Sayı:8, Yıl:2008 sh: 1989–1990

yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri geçici- sürekli karmaşık bir özellik taşımaktadır. Borçlar Kanunun 106-108 maddeleri ise ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir." denilmektedir. Burada inşaat sözleşmesine bu nitelik karmaşık nitelik verilirken söz konusu içtihadı birleştirme kararının netice kısmı gerekçe ile uyumsuz bir şekilde ortaya çıkmıştır. *"İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerine müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeni ile sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu 106–108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verildi. "* [3]

İçtihadı birleştirme kararının gerekçesi ile sonuç uyumsuzdur. Çünkü Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük ve iyi niyet kuralı genel bir hukuk kuralıdır. Bu kural evrensel bir hukuk kuralı olup katalizör hükümlerdendir. Adalete rengini ve kokusunu veren hükümlerdendir. Adeta her uyuşmazlık bu hükmü bünyesinde zorunlu olarak taşır. Bu neden ile Medeni Kanun'un 2. madde uygulanması kavrama karma bir nitelik vermez. Başka bir deyim ile ister ani edimli bir akit olsun ister sürekli edimli bir akit olsun bu iki kavramın içeriğinde de MK. 2. madde düsturu vardır. Bu neden ile söz konusu içtihadı birleştirme kararı kanaatimce netice olarak inşaat sözleşmesini ani edimli akit olarak nitelemiştir. Nitekim aşağıdaki kararda da bu husus vurgulanmıştır. Ama gerekçesi yanlıştır.

Yargıtay şu kararları ile görüşünü ortaya koymuştur. " *Eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borç yükleyen* ***ani edimli*** *sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borç yüklüyor olması demek iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı hem de borçlu olması demektir. Ani edimli söz-*

[3] KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 807–812

leşmelerde eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır. Borçlar Kanununun 364. maddesi gereğince de aksine sözleşme hükmü yoksa eser bedeli (somut olayda bağımsız bölüm tescili istemi) ancak eserin teslimi ile istenebilir. **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 05. 03. 2009 gün, 2009/1786 Esas ve 2009/2803 sayılı kararı)** [4]

*" **Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir**. "*[5] **(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 07. 02. 2005 gün, 2004/3589 Esas ve 2005/526 sayılı kararı)**

Bu konunun tartışılmasının en önemli sebebi sözleşmenin fesih halinde tarafların hak ve borçları ne olacaktır sorusudur. Nitekim doktrinde de bu konu tartışmalıdır. Prof. Dr. Hasan ERMAN görüşünü şu şekilde ortaya koymaktadır. *" Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendirilemez. Gerçekten eser (bina) meydana getirilirken müteahhidin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edimin dışında saymak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek doğru olmaz. Bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce de edimler zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir. Borçlar Kanunu da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kurallar göz önünde tutarak düzenlenmiştir. "*[6]

Yargıtay Üyesi Y. Engin SELİMOĞLU görüşünü şu şekilde ortaya koymuştur. *" Eser sözleşmeleri ise yüklenicinin bir sonuca (eser) meydana getirme faaliyetinde bulunması nedeni ile uzun ömürlü iseler de alacaklının (iş sahibi) ifaya olan çıkarı bir anda teslim ile gerçekleştiğinden kural olarak ani edimlidir. Örneğin yüklenicinin 2 veya 3 yıl süreyle inşaatı tamamlamaya çalışması ifa olmayıp ifaya hazırlıktır. İfa son bir eylem ile yani teslimle gerçekleşecektir. Ancak bazı hukukçular yüklenicinin ifaya hazırlık faaliyetinin zamana yayılmışlığına bakarak, eser sözleşmelerini, sürekli edimli borç ilişkisi olarak kabul etmektedirler. Borçlar Kanunumuzun genel hükümleri de ani edimli sözleşmeler göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. "* [7]

---

4 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:36, Sayı:4 Yıl:2010 sh: 656–659

5 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 744

6 ERMAN Hasan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 9

7 SELİMOĞLU Y. Engin Eser Sözleşmesi ve Kavramlar Faruk Ereme Armağan sh. 686

Bizim kanaatimiz de kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler niteliğindedir. Tasfiyesi kural olarak ani edimli sözleşmelere göre yapılacaktır. MK 2. maddesi hükmünün zorunlu kıldığı hallerde ise sürekli edimli borç ilişkisi hükümleri uygulanacaktır.

II- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A-MÜTEAHHİT

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Yüklenicinin söz konusu sözleşmeye taraf olup sözleşmenin karma yapısı da dikkate alındığında eser ediminin borçlusu arsa payı-bağımsız bölüm ediminin ise alacaklısıdır. Yüklenici-müteahhit kural olarak arsa sahibine karşı yükümlendiği binayı sözleşmeye ve yasaya uygun olarak yapmak ve arsa sahibine teslim etmek ile yükümlüdür. Yüklenici gerçek ve tüzel kişi de olabilir.

B-ARSA SAHİBİ

Üzerinde bina-eser yapılacak arsanın sahibidir. Bu kişi söz konusu sözleşmeden eser sözleşmesinde taraf olup sözleşmenin karma yapısı da dikkate alındığında eser sözleşmesinde arsa teslimini yapmak bağımsız konut tapusunu vermek edimlerinin borçlusu ancak usulüne uygun bina yapılmasını istemek ediminin alacaklısıdır.

C–3. KİŞİ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi iki taraflı bir sözleşmedir. Ancak yapılan işin mahiyetinden dolayı bu sözleşmeye başka kişilerin katılımı söz konusudur. Bu üçüncü kişiler direkt sözleşmenin tarafı değildir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları ile imzaladıkları sözleşmeler ile hak ve borçları söz konusu kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kaderine bağlı olan kişiler olmaktadır. Nitekim bu kişilerin durumu sözleşmeye aşamaya göre feri müdahil veya asli müdahil olarak dâhil olmaları mümkündür. 3. kişiler sözleşmenin tarafları ile birlikte hareket edebilecekleri gibi onlardan bağımsız hatta sözleşmenin taraflarına karşı hareket edebilirler.

Nitekim Yargıtay bu durumu kararlarında şu şekilde vurgulamaktadır. *" Buna göre temliki öğrenen borçlu, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir.* ***Bir bakıma denilebilir ki temlik sözleşmesinin öğrenildiği ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminde haberdar olunca temlik işleminin tarafı olur****. Ve arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir.* **" (Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 29. 11. 2007 gün, 2007/13130 Esas ve 2007/15128 sayılı kararı)**[8]

Burada üçüncü kişi diğer kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları ile sözleşen olmayabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından bağımsız bölüm satın alan kişilerden bağımsız bölümü satın alan kişi de olabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında bu hususu kabul ederek şöyle karar vermiştir. *"****Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok işse de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. 'dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temliki hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır.*** *Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır. "* **(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02. 07. 2003 gün, 2003/14–452 Esas ve 2003/456 sayılı kararı)**[9]

Yukarıda beyan ettiğim gibi üçüncü kişi kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından herhangi biri ile sözleşme yapan kişi konumunda olduğu için arsa sahibinden arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri satın alan kişi de kat karşılığı inşaat sözleşmesine üçüncü kişi olabilir. Nitekim Yargıtay bu konuda aşağıdaki şekilde karar vermiştir. *" Sözleşme ilişkilerinden doğan alacak iddialarının muhatabı kural olarak sözleşmenin tarafı olan kişilerdir. Dava hakları da onlara aittir. Dava konusu olayda arsa sahibi olan ve sözleşmenin tarafı davacıların dava haklarının bu-*

8 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:4 Yıl:2011 sh: 666–669
9 Legal Hukuk Dergisi Sayı:8, Yıl:2003 sh: 1955–1959

lunduğundan kuşku yoktur. ***Arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan şahısların dava hakları ise sözleşmeden doğan hakların kendilerine temlik edilmesi halinde mümkünüdür.*** *Dairemizce arsa sahiplerince ve sattıkları kişilerin birlikte dava açmaları halinde satın alan kişilere satılan bölüme hasren dava haklarının temlik edildiği kabul edilmektedir. Bu neden ile arsa sahibinden satın alan kişilerin dava hakları bu çerçevede incelenerek kurala bağlanmalıdır. Dava konusu olayda 16 nolu daireyi satın alan davacı M satan davacı arsa sahipleri H. ve S. İle birlikte dava açtıklarından mahkemece davacı M. yönünden 16. 10. 1998 ile 19. 02. 1999 tarihleri arasında gecikme ve eksik ve kusurlu işlerin bedeli ile ilgili dava karara bağlanmalıdır.* **"(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30. 05. 2005 gün, 2004/4852 Esas ve 2005/3251 sayılı kararı)**[10]

III- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşmedir. İkili bir yapı içermektedir. Özünde eser sözleşmesi ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesini barındırmaktadır. Eser sözleşmesi ile ilgili geçerlilik koşulu olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak gayrimenkul satış vaadini içermesi nedeni ile resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Buradaki yazılılık şartı, geçerlilik şartıdır. Bu husus Borçlar Kanunu 213, (Yeni Borçlar Kanunu mad. 237) Türk Medeni Kanunu mad. 706 (Eski Medeni Kanunu mad. 634) Noterlik Kanunu mad. 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereği yasal zorunluluktur.

Bu husus Yargıtay'ın yerleşik görüşüdür. Aşağıda metinleri verilen şu kararlarda bu görüş tekrar edilmiştir. *" Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmeleri için MK. 706, B. K. 213. Noterlik Kanunun 60. ve Tapu Kanunun 26. maddesi gereği noterden düzenlenme biçiminde yapılması gerekir. "(***Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 11. 07. 2005 gün, 2004/5895 Esas ve 2005/4170 sayılı kararı)**[11]

"*Kural olarak istisna sözleşmelerinin geçerliliği şekil koşuluna bağlı değildir. Sözlü olarak da istisna sözleşmesi bağıtlanabilir. Ancak bedel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören istisna sözleşmeleri mülkiyetin nakli*

---

10 Yargı Dünyası Dergisi Sayı:120, Yıl:2005 sh:122–123

11 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 74

*borcunu içerdikleri için resmi biçimde MK. (Yeni 706 ve Eski 634. mad.) B. K. 213. Noterlik Kanunun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereği noterden düzenlenme biçiminde yapılmadıkça geçerlilik kazanamazlar. (BK. 11/2 mad.) Edimlerin ifasında taraflardan birinin sözleşmenin şeklen geçersizliği ileri sürmesi iyi niyetle bağdaşmaz. (M. K. 2. mad.)"(***Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 25. 02. 1991 gün, 1990/3882 Esas ve 1991/851 sayılı kararı)***[12]

Ancak bu kural mutlak değildir. Çünkü çalışmamızda yukarıda da değindiğimiz gibi Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük ve iyi niyet kuralı genel bir hukuk kuralıdır. Bu kural evrensel bir hukuk kuralı olup katalizör hükümlerdendir. Adalete rengini ve kokusunu veren hükümlerdendir. Adeta her uyuşmazlık bu hükmü bünyesinde zorunlu olarak taşır. Özellik ile geçerli şekil şartlarına riayet etmeden sözleşme edimleri yerine getirildikten sonra işin resmiyete dökülme safahatında taraflardan birinin şekil şartlarının eksikliğini ileri sürmesi şeklinde tamamen sosyal yaşamı, ticari yaşamı alt üst eden vakıalar ortaya çıkmaya ve insanlar mağdur olmaya başlanınca konu yargısal pratik konusu olmuş Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na taşınmış ve söz konusu kurul 30. 09. 1988 gün, 1987/2 Esas ve 1988/2 sayılı kararı ile şu neticeye varmıştır. *" Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine, bununla birlikte Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen, satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre hakimin M. K. 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine karar verilmiştir. "* [13]

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı Yargıtay'ın yerleşik görüşü haline gelmiştir. Yargıtay şu kararları ile istikrarlı uygulamasını sürdürmektedir.

---

[12] KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 74

[13] KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 1181-1189

"Ancak sözleşme adi yazılı şekilde yapılmış olsa bile yüklenici edimini tamamen ve ret olunamayacak oranda yerine getirmiş ise sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK. 'nun 2. maddesinde ifadesini bulan Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz kuralına aykırı düşer. " **(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 01. 07. 2008 gün, 2008/3136 Esas ve 2008/4431 sayılı kararı)**[14]

*"Ne var ki sözleşme büyük ölçüde yerine getirilmiş ise geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. "***(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 22. 06. 2006 gün, 2006/3112 Esas ve 2006/3819 sayılı kararı)**[15]

*"Öte yandan inşaatın tamamlanması veya büyük ölçüde ikmal edilmesi hallerinde biçim koşulu eksikliğinin ileri sürülmesi Medeni Kanunun 2. maddesindeki objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. "***Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28. 03. 2005 gün, 2004/4724 Esas ve 2005/18164 sayılı kararı)**[16]

Ancak bu istisna da mutlak değildir. Zira söz konusu içtihadı birleştirme kararının uygulanacağı yapının imar mevzuatına uygun ve kaçak yapı konumunda olmaması lazımdır. Yargıtay bu konuda şu şekilde karar vermiştir. *"Her ne kadar 24. 04. 1978 gün ve 3–4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında üzerinde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş ise de İçtihadı Birleştirme kararının konusu yasalara uygun olarak meydana getirilmiş yapılardır. Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan içtihadı birleştirme kararının uygulanması yasaların yaptırıma bağladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağlayacağından kaçak binadan bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir. Zira bu gibi yerler üzerinden kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulma olanağı yoktur. "***(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 08. 06. 2010 gün, 2010/3897 Esas ve 2010/6681 sayılı kararı)**[17]

---

14 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 83-84

15 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 84-85

16 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 84-85

17 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85, Sayı:6, Yıl:2011, sh: 350–353

IV- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARININ ÖZEL OLARAK İNCELENMESİ

A-ARSA SAHİBİNDEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARI

Arsa sahibi kendi arsasını yükleniciye verdikten sonra yüklenici ifa için eser oluşturmaya devam ettiği bir dönemde müteahhit kendi payına düşecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satabilir. Yada bu bağımsız bölümlere karşılık gelecek arsa payını üçüncü kişilere satabilir. Aksi bir sözleşme yoksa üçüncü kişi arsa sahibinin yükleniciye karşı hakları devir edilen pay oranından pay satın alan üçüncü kişiye geçer. Üçüncü kişi devir aldığı pay oranından arsa sahibinin haklarına halef olur. Müteahhide karşı talep hakkını kazanır**.** [18] Bu husus Yargıtay'ın kabulünde olup şu şekilde karar vermiştir. *"Sözleşme ilişkilerinden doğan alacak iddialarının muhatabı kural olarak sözleşmenin tarafı olan kişilerdir. Dava hakları da onlara aittir. Dava konusu olayda arsa sahibi olan ve sözleşmenin tarafı davacıların dava haklarının bulunduğundan kuşku yoktur. Arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan şahısların dava hakları ise sözleşmeden doğan hakların kendilerine temlik edilmesi halinde mümkünüdür. Dairemizce arsa sahiplerince ve sattıkları kişilerin birlikte dava açmaları halinde satın alan kişilere satılan bölüme hasren dava haklarının temlik edildiği kabul edilmektedir. Bu neden ile arsa sahibinden satın alan kişilerin dava hakları bu çerçevede incelenerek kurala bağlanmalıdır. Dava konusu olayda 16 nolu daireyi satın alan davacı M satan davacı arsa sahipleri H. ve S. İle birlikte dava açtıklarından mahkemece davacı M. yönünden 16. 10. 1998 ile 19. 02. 1999 tarihleri arasında gecikme ve eksik ve kusurlu işlerin bedeli ile ilgili dava karara bağlanmalıdır."* **(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30. 05. 2005 gün, 2004/4852 Esas ve 2005/3251 sayılı kararı)**[19]

---

18 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 1127–1128

19 Yargı Dünyası Dergisi Sayı:120, Yıl:2005 sh:122-123

B-MÜTEAHHİTTEN BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARI VE HUKUKİ KONUMU

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandıktan sonra yapılacak bağımsız bölümler satılmaya başlanır. Arsa sahibi tarafından satılmalar küçük bir oran teşkil etmesine karşın bağımsız bölüm satışı genellik ile büyük oranlı olarak yüklenici tarafından yapılan satışlar teşkil etmektedir. Müteahhit genelde bunu ticari bir faaliyet olarak yapmak ile birlikte yapacağı inşaatın finansman kaynağını oluşturma amaçlı sermaye edinme gayesi ile de yapmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi iki taraf arasında yapılan dava sonra bağımsız bölümün satımı ile 3. kişinin dâhil olduğu üçlü bir ilişki biçimini almıştır. Çalışmanın bu bölümünde sadece yüklenicinin bağımsız bölüm satışı konusu incelenecektir. Bu konunun derinlemesine incelenmesi için konunun belli bazı unsurlara bölünerek ayrı ayrı ele alınması bir zorunluluktur.

İlkin yüklenicinin arsa sahibine karşı hakkının hukuki mahiyeti nedir.

İkinci olarak yüklenici ne zaman arsa sahibine karşı hak iddia edebilir.

Üçüncü olarak yüklenici harici olarak sattığı bağımsız bölüm satışı hukuken nasıl nitelendirilmelidir.

Dördüncüsü yükleniciden bağımsız bölüm sahibi olan kişinin arsa sahibi ve yüklenici karşısındaki durumları nedir.

Beşincisi arsa sahibi bağımsız bölüm satın alan kişinin karşısında hukuki durumu nedir.

Altıncısı bağımsız bölüm satışının geçerlilik şartı nedir.

Yedincisi yüklenici edimini eksik bırakırsa temellük eden ne yapabilir.

Bu koşulları ayrıntılı olarak incelemek gerekirse ilkin yüklenicinin arsa sahibine karşı talep hakkı kişisel alacak talebidir. Sözleşmesel ilişki kapsamında kaldığı için ancak yüklenici tarafından dile getirilebilir.

İkincisi yüklenicinin bu hakkını ileri sürebilmesinin şartı kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme

olması nedeni ile yüklenici bu hakka ancak karşı edimi olan borcunu (eseri) yerine getirdikçe sahip olur. Başka bir deyim ile yüklenici yaptıkça hakkı oluşmak ta ve birikmektedir.

Üçüncüsü yüklenici arsa sahibine karşı var olan kişisel hakkı kapsamında kalan bağımsız bölüm tapu kaydının adına devrini içeren talep hakkını devri alacağın temliki hükmündedir. Başka bir deyim ile yüklenici bağımsız bölüm sattıkça alacağını üçüncü kişiye temlik etmektedir.

Dördüncüsü yükleniciden bağımsız bölüm sahibi olan kişinin arsa sahibi ve yüklenici karşısındaki durumları alacağın temliki ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özellikleri dikkate alınarak çözülür. Yüklenici alacağını temlik etmek ile arsa sahibi ile bağı kopmamaktadır. Aksine arsa sahibine karşı borçlarını yerine getirdikçe temlik ettiği müstakbel ve kuru alacak hakkını içini doldurmakta ve bu hakka can vermektedir. Alacak hakkını da temellük eden yüklenicinin edimini yerine getirme oranınca alacak hakkı sahibi olmaktadır. Başka bir deyim ile devir alacak bu şekilde etme kemiğe bürünmektedir. Bu şekilde karşı edim yerine getirildikçe temellük eden temlik edenin yerine hak ve borçlar yönünde geçmektedir.

Beşincisi arsa sahibi bağımsız bölüm satın alan kişinin karşısında hukuki durumu arsa sahibinin yükleniciye karşı olan pozisyonun aynısıdır. Zira yüklenici edimini yerine getirmedikçe alacağı temellük edenin hakkı arsa sahibine karşı bir şey ifade etmez. Başka bir deyim ile yüklenici edim ifa edip alacak hakkı oluşturacak ve bu hak devir edene bir menfaat sağlayacaktır. Arsa sahibinin yükleniciye karşı her türlü defi ve itirazı temellük eden üçüncü kişiye karşı kullanmak hakkı vardır.

Altıncısı bağımsız bölüm satışının geçerlilik şartı yazılı olmasıdır. Yüklenicinin bağımsız bölüm satışı alacağın temliki olup gayrimenkul satışı değildir. Bu neden ile yazılı olması gerekli ve yeterlidir. Bu neden ile arsa sahibinin rızası ve bilgisi de gerekmemektedir. Alacağın temliki işlemi alacak hakkı üzerinden tasarruf işlemi mahiyetindedir.

Yedincisi olarak yüklenici edimini eksik bırakır ve eksiklik dürüstlük kuralı kapsamında kabul edilebilir ise edimin tamamlanması yada eksik edim bedelinin para karşılığının bulunarak mahkemeye depo et-

tirilmesi halinde alacak talep hakkı etkin hale gelir. Burada dikkat edilecek husus bu miktar alacak üçüncü kişinin payı oranında değildir. Tüm eksikliği üçüncü kişi üstlenmelidir. Üçüncü kişi diğer bağımsız bölüm alıcıları adına ve hissesinden fazla bir ödeme yapmış ise kanaatimce fazla yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşme kuralları gereği diğer bağımsız bölüm alıcılarından alabilir.

Bu şekilde ortaya koymaya çalıştığımız unsurları içeren yüklenicinin bağımsız bölüm satışı ile ilgili Yargıtay'ın çok verimli ve doyurucu kararları olup bu kararların iligili kısımların metin kısmını vermenin çalışmamız bakımından faydasını görmekteyiz. Yargıtay söz konusu kararlarında şu hususları karara bağlamıştır.

"Her ne kadar konut satışının resmi şekilde yapılması gerekli ise de (TMY'nin 706, BK'nun 213 ve Noterlik Kanunu'nun 89. maddeleri) arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmesi bunun istisnasıdır. Sözleşme gereği edimini yerine getiren ***yüklenici kendisine düşen bağımsız bölümleri yazılı olmak koşulu ile Borçlar Kanunu 162 ve devamı maddelerine göre üçüncü kişilere devir ve temlik edebilir."*** **(Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 25. 09. 2006 gün, 2006/9187 Esas ve 2006/11816 sayılı ilamı)**[20]

"Tapulu taşınmazın harici satışına ilişkin sözleşmeler resmi şekilde yapılmadığı için geçersizdir. (TMY 706, BK 213 Tapu Kanunu 26) Kural bu olmak ile birlikte kar karşılığı inşaat sözleşmeleri de ***yüklenici kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğinde, kendisine verilecek konutları adına tescil için kişisel bir hak kazanır. Yüklenicinin tescil için kazandığı bu kişisel hakları BK 163 maddesi gereği yazılı olmak koşulu ile 3. kişiye devir ve temlik edebilir."*** **(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 26. 11. 2009 gün, 2009/13145 Esas ve 2009/13899 sayılı kararı)**[21]

*"****Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi yükleniciye kişisel hak sağlar****. Yüklenici kazandığı kişisel hakkını doğrudan sözleşmenin diğer tarafı olan arsa sahibine karşı ileri sürebileceği gibi Borçlar Kanununun 162,163. maddeleri gereğince üçüncü bir kişiye temlik de edebilir. Bir tanımlama yapmak gerekirse alacağın temliki alacaklı ile onun devralan üçüncü kişi arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf*

[20] İstanbul Barosu Dergisi Cilt:83, Sayı: 6, Yıl: 2009 sh. 3397–3398
[21] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:3 Yıl:2011 sh: 452–454

işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı iler sürebilir. Zira alacağı devir alan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Ne var ki temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi) temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlunun (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve def' ilerde bulunma imkânı vardır. Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi hükmüne göre borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlike edene karşı (yüklenici karşı) haiz olduğu defi'leri temellük edene karşı (davacıya karşı) dahi dermeyan edebilir. Burada değinilmesi gereken diğer bir sorun da borcun ifa ile sonlandırılmasıdır. Borç yerine getirilmemişse Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi hükmünden yararlanacak olan sözleşmenin diğer tarafı kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 20. 01. 2010 gün, 2009/14351 Esas ve 2010/264 sayılı kararı)**[22]

"Bir tanımlama yapmak gerekirse alacağın temliki alacaklı ile onun devralan üçüncü kişi arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. BK. 163. maddesi hükmüne göre ***temlik sözleşmesi temlik eden ile temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile*** *kurulabilir. Ne var ki alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. 364) arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devri) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünde yararlanarak, arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak kaydı (B. K. 163. m.) ile devir ve temlik edebilir****. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı iler sürebilir. Zira alacağı devir alan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur****. Fakat temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda*

[22] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:11 Yıl:2011 sh: 2015–2017

değildir. Devralan yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi) temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlunun (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve def' ilerde bulunma imkânı vardır. Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi hükmüne göre borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı (yüklenici karşı) haiz olduğu defi'leri temellük edene karşı (davacıya karşı) dahi dermeyan edebilir. Buna göre temliki öğrenen borçlu, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Somut olayda yüklenicinin edimini yerine getirmediği, bundan dolayı da davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshedildiği sabittir. Yüklenicinin arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dayanılarak isteyebileceği hakkı olmadığından şahsi hakkını davacı üçüncü kişiye temlik etmesi de ona bir hak sağlamaz." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 14. 02. 2008 gün, 2008/192 Esas ve 2008/1692 sayılı kararı)**[23]

"Kural olarak borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinmeleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki alacağın temliki hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen ve tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere bağımsız bölüm satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin Borçlar Kanunu'nun 364. maddesi uyarınca kural olarak eserin teslîminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlanması arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırmasıdır. Bir tanımlama yapmak gerekirse alacağın temliki alacaklı ile onun devralan üçüncü kişi arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. BK. 163. maddesi hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik eden ile temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ne var ki alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel

[23] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:35, Sayı:8 Yıl:2009 sh: 1547–1548

değildir. Bütün bu açıklamalardan görüleceği üzere, Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. 364) arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devri)arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 162. . maddesi hükmünde yararlanarak, arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak kaydı (B. K. 163. m.) ile devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı iler sürebilir. Zira alacağı devir alan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Fakat temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi) temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlunun (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve def' ilerde bulunma imkânı vardır. Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi hükmüne göre borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı (yüklenici karşı) haiz olduğu defi'leri temellük edene karşı (davacıya karşı) dahi dermeyan edebilir. Buna göre temliki öğrenen borçlu, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Bir bakıma denilebilir ki temlik sözleşmesinin öğrenildiği ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminde haberdar olunca temlik işleminin tarafı olur. ve Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir. Ve ifa isteğini reddedebilir. Başka bir anlatım ile söylemek gerekirse yüklenicinin yapıdan el çektiği tarihten sonra yüklenicinin yapması gereken işler temlik alan üçüncü kişi tarafından yerine getirilmeden veya o işin bedeli arsa sahibine ödenmeden temlik alan üçüncü kişinin ifa talebinden bulunmasına olanak yoktur. Diğer yandan, temlik alan üçüncü kişi ifa talebinden bulunmuşsa yüklenicinin bütün borçlarından sorumlu olacağından, burada arsa payı onarından değil yüklenicinin bütün borçlarından dolayı sorumludur. Saptanacak eksik ve ayıplı illerin bedeli temlik alan üçüncü kişiye depo ettirildikten sonra istemi hakkında olumlu karar vermek gerekecektir." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 29. 11. 2007 gün, 2007/13130 Esas ve 2007/15128 sayılı kararı)** [24]

[24] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:4 Yıl:2011 sh: 666–669

"Fakat temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi) temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlunun (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve def' ilerde bulunma imkânı vardır. Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi hükmüne göre borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı (yüklenici karşı) haiz olduğu defi'leri temellük edene karşı (davacıya karşı) dahi dermeyan edebilir. Buna göre temliki öğrenen borçlu, temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Bir bakıma denilebilir ki temlik sözleşmesinin öğrenildiği ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminde haberdar olunca temlik işleminin tarafı olur. ve Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir. Ve ifa isteğini reddedebilir. Örneğin karşılıklı borç yükleyen eser sözleşmesinden kaynaklanan borç kısmen veya tamamen yüklenici tarafından yerine getirilmeden yüklenici şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş veya üçüncü kişi ifa istemişse arsa sahibi yüklenicinin öncelikli borcunu bildirerek üçüncü kişinin temlik yolu ile kazandığı hakkını ifadan kaçınabilir. (Örneğin imara aykırı bir yapı yapılması)" **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 13. 12. 2007 gün, 2007/15153 Esas ve 2007/15935 sayılı kararı)**[25]

"Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir. Yahut Borçlar Yasasının 162 ve izleyen maddeleri uyarınca yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi de gerek sözleştiği yükleniciye gerek ise arsa sahibine karşı temellük ettiği bu kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Bu neden iledir ki kendisine satılan bağımsız bölümün mülkiyetinin adına nakledilmesini isteyebilir. Yüklenici ve ondan bağımsız bölüm satın alan kişinin tescil isteyebilmesi için yüklenicinin edimini eksiksiz yerine getirmiş

[25] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:36, Sayı:12 Yıl:2010 sh: 2247–2251

olması gerekir. Eğer yüklenici edimlerini tamamen yerine getirmemiş ise bu noksan bıraktığı işler de pek az boyutta bulunursa bir başka deyim ile arsa sahibi tarafından tahammülü mümkün ölçülerde eksiklik kalırsa bu eksikliklerin yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişi ve kişiler tarafından tamamlanması veya tutarının para olarak ödenmesi sureti ile noksanlığı karşılanması hallerinde bağımsız bölüm alan bu kişi ve kişilerin tescil istemi kabul edilmelidir." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 09. 02. 1998 gün, 1998/463 Esas ve 1998/712 sayılı kararı)**[26]

"Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükler. Buradaki öncelikli borç arsa sahibine aittir. Her türlü ayıptan ari olarak üzerine inşaat yapılacak arsayı teslim etmek arsa sahibinin öncelikli borcudur. Arsa sahibi ayrıca yüklenicinin karşı edimi olan inşaat yapmak borcunu ifa etmesinden sonra yükleniciye sözleşmeye uygun arsa veya kurulmuş ise kat irtifak tapularını devir etmelidir. Buna karşılık yüklenicinin temel borcu da bir bina meydana getirmektir. Bina inşasında maksat, o yapının sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal edilmesidir. Şayet yüklenici, bu nitelikleri taşıyan bir bina meydana getirmiş ise sözleşmede ayrık hüküm varsa sözleşmesine, aksi halde eserin tesliminden sonra arsa sahibinden sözleşme ile devri kararlaştırılan arsa payı devrini veya bağımsız bölümlerin adına tescilini isteyebilir. Kuşkusuz yüklenicinin arsa sahibine karşı teslimden sonrada ayıba karşı tekeffül borcu devam eder. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf sözleşmede aksine hüküm yoksa talim borcunu yerine getirdiğine arsa sahibine karşı kazanacağı kişi (bağımsız bölüm tapusunun devri)arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanunu'nun 162. . maddesi hükmünde yararlanarak, arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak kaydı (B. K. 163. m.) ile devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı iler sürebilir. Zira alacağı devir alan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Ancak bu tür davalarda yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak ifanın arsa sahibinden istenmesi halinde mahkemece yüklenicinin sözleşmesine göre gerçekte neyi istemeye hak kazandığı yönü üzerinden durulmalıdır. Çünkü

[26] İstanbul Barosu Dergisi Yıl: 1998, Sayı:3, sh: 783–784

yüklenici üçüncü kişiye ancak arsa sahibinden neyi hak kazanmış ise onu temlik edebilir. Gerçekten temlik sözleşmesinin konusu bir borç ilişkisinden doğmuş olan alacak ne ise odur. Az yukarıda da sözü edildiği üzere davacıların istemlerinin dayanağı alacağın temlikine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleridir. Temlik işlemi nedeni ile alacak ve ona bağlı olan bütün yan ve öncelikli haklar devralana geçer. Yine temlik işleminin yapıldığı ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminde haberdar olunca ***temlik işleminin yapıldığı andan itibaren tarafı*** *olur. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir. Şayet temlik edilen alacağın dayanağı olan davalılar arasındaki borç ilişkisi (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) yüklenici bakımından ifa edilmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borç miktarı kadar arsa sahibine karşı sorumludur. Bu neden ile borçlu temlik yapılmamış olsaydı eski alacaklısına (yükleniciye) ne gibi defilerde bulunma imkanına haiz idiyse bu defileri yeni alacaklıya (temellük eden üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir. (B. K. m. 167)* ***Aksinin düşünülmesi halinde arsa sahibine karşı sözleşmedeki edimlerini bütünü ile yerine getirmeyen yüklenici, arsa sahibinin rızası gerekmeden yaptığı temlik işleminden dolayı borçlarından kurtulacak arsa sahibi olan tarafın mal varlığında ise sebepsiz azalma olacaktır. Kuşkusuz temlik yolu ile ifayı talep eden üçüncü kişi temlik sözleşmesinin dışında arsa sahibine bazı ödemeler yapmak zorunda kalmış ise yüklenici ile var olan temlik sözleşmesine dayanarak bunların istirdatını ancak yükleniciden isteyebilir****. Bütün bu açıklamalardan sonra kısaca söylemek gerekirse, yüklenicinin borcu kapsamında kalan eserdeki ayıp ve eksikliklerden ve koşullar yerinde ise arsa sahibinin isteyebileceği cezai şart alacağı ile sözleşmedeki diğer alacaklardan ve ayrıca kanundan kaynaklanan arsa sahibinin diğer alacaklarından da ondan temellük edilen kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi de sorumludur. Diğer taraftan gerek mahkemelerce hükme bağlanan, gerekse sulh yolu ile arsa sahibine ödenmesi kararlaştırılan gecikme nedeni ile kira alacağı toplamı ve sözleşme maddesi gereği ödenmesi gereken SSK primleri sorulup saptanarak bunların tutarı da arsa sahibine ödenmek üzere depo ettirilmeden davacının yazılı olduğu şekilde kabulü de doğru değildir."* **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 20. 04. 2007 gün, 2007/427 Esas ve 2007/4637 sayılı kararı)**[27]

[27] Yargı Dünyası Dergisi Sayı:145 Yıl:2008 sh: 114–117

"Kısaca bir tanımlama yapmak gerekirse alacağın temliki borçlunun rızası gerekmeksizin eski alacaklı (yüklenici) ile yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi)arasından Borçlar Kanunu 163. maddesi hükmü gereğince yazılı olarak yapılması zorunlu bir tasarruf işlemidir. ***Kuşkusuz alacağın temliki ile ancak hak kazanılan (gerçek alacak) temlik edilebilir. Başka bir anlatım ile, borçlundan kazanılmış bir hak yoksa salt alacağın temliki işlemi yapılmış olması yeni alacaklıya temlik işlemine dayanarak talep yetkisi vermez.*** *Diğer taraftan Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi uyarınca temlik işleminden sonra ifanın kendisinden talep edilmesi halinde borçlu, temlik işlemi yapılmamış olsa idi eski alacaklıya karşı ne gibi bir itiraz ve defide bulunacak idi ise aynı itiraz ve defileri yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir. Değişik bir söyleyiş ile arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklar yeni alacaklıya karşı iler sürülebilir hale gelir. Diğer taraftan belirtilmelidir ki eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borç yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borç yüklüyor olması demek iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı hem de borçlu olması demektir. Ani edimli sözleşmelerde eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır. Borçlar Kanununun 364. maddesi gereğince de aksine sözleşme hükmü yoksa eser bedeli (somut olayda bağımsız bölüm tescili istemi) ancak eserin teslimi ile istenebilir."* **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 05. 03. 2009 gün, 2009/1786 Esas ve 2009/2803 sayılı kararı)**[28]

"Yüklenici ve ondan daire satın alan kişiler, ancak yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde kazanacakları şahsi hak nedeni ile arsa sahiplerine karşı tapu iptali ve tescil davası açabilirler. İnşaattaki eksikler iskân ruhsatının alınmasını olanak vermeyen şekilde ise yüklenici edimini yerine getirmediğinden ondan daire satın alanlar davacı davalı arsa sahiplerinden tescil isteyemez. " **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 22. 09. 2004 gün, 2004/5796 Esas ve 2004/6057 sayılı kararı)**[29]

Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın dava edilerek arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece tüm bu yönler üzerinde durulmalı, ***yüklenici, üçüncü kişi davacıya ancak hak kazandığını devir ve temlik edebileceğinden bu husus duraksamaksızın saptanmalıdır.*** *Bütün*

[28] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:36, Sayı:4 Yıl:2010 sh: 656–659
[29] Yargı Dünyası Dergisi Sayı:109,Yıl:2005 sh: 128-130

bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddetmeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmeden yer alan bazı hükümler sebebi ile sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı)kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır. " **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 03. 07. 2003 gün, 2003/4696 Esas ve 2003/5639 sayılı kararı)**[30]

"Arsa sahibi ile arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmesinde ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik eden alan üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi için öncelik ile temlik işlemini ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir. ***Temlikin konusu yüklenicinin arsa payı devri karşılığı arsa sahibi ile yaptığı sözleşme uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o alacağından temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden hak kazanmadığını üçüncü kişiye temlik etmesi arsa sahibi bakımından önemsizdir.*** *Diğer taraftan yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen ve kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse üçüncü kişi BK 81. maddesi gereği yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz. Her ne kadar 24. 04. 1978 gün ve 3-4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında üzerinde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazdan bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiş ise de içtihadı birleştirme kararının konusu yasalara uygun olarak meydana getirilmiş yapılardır. Kaçak ve hakkında yıkım kararı olan bir yapıda anılan içtihadı birleştirme kararının uygulanması yasaların yaptırıma bağladığı eylemin devamına neden olma sonucunu sağlayacağından kaçak binadan bağımsız bölüm satışına konu satış vaadi sözleşmesine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil isteğinin reddi gerekir. Zira bu gibi yerler üzerinden kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulma olanağı yoktur. "* **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 08. 06. 2010 gün, 2010/3897 Esas ve 2010/6681 sayılı kararı)** [31]

---

30 Legal Hukuk Dergisi Sayı:8, Yıl:2008, sh: 1989–1990

31 İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85, Sayı:6, Yıl:2011, sh: 350–353

"Yüklenici hak kazandığı bağımsız bölümlerin tapusunu doğrudan arsa sahiplerinden talep edebileceği gibi şahsi hakkını üçüncü kişilere de devir edebilir. ***Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi hükmünce sözleşmede yasaklanmadığı ve işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı sürece yüklenici üçüncü kişilere yasanın 163. maddesi gereği yazılı olmak koşulu ile şahsi hakkını devir edebilir. Bu sözleşmenin ayrıca noterden resmi biçimde yapılması zorunlu değildir."*** **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 26. 03. 2007 gün, 2007/2042 Esas ve 2007/3159 sayılı kararı)**[32]

C-İNŞAATIN YAPILMA ORANINA GÖRE AŞAMALI DEVİR YETKİSİ İSE BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARI

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uygulama problemleri ve sözleşme konusu gayrimenkulün üzerinde inşa edilecek binanın sağlayacağı ekonomik değer yüzünden sözleşmelerin taraflarının karşılıklı tedbir almasına sebebiyet vermektedir. Bu tedbirlerin uygulamada çeşitli şekilleri vardır. Tedbirlerin çeşidi yapılan sözleşmenin çeşidine göre değişmektedir. Örneğin arsanın yüklenici ye geçirilmesi ihtimali olursa gayrimenkul üzerinden arsa sahibi lehine ipotek konulmakta ve yapım aşamasına göre ipotek çözülmektedir. Yine tapu sicilene kar karşılığı inşaat sözleşmesi şerhi konulmaktadır. (TMK madde 1009)[33] Yine arsa sahibi bağımsız bölüm satışını yapının yapılma oranına göre de sözleşmede şartlar oluşturmaktadır. Nitekim yüklenicinin sermayeye arsa sahibinin de esere sahip olma istemleri vardır. Arsa sahibinin bu doğrultudaki tasarrufları, müteahhidin bağımsız bölümleri satmaya imkân vermek ile finansman sağlayan bir avans niteliğinde kabul edilir**.** Yargıtay uygulaması da bu yönde olup şu kararları ile bu durumu teyit etmektedir. *" İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devir edilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur. "* **(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 04. 03. 2005 gün, 2004/3299 Esas ve 2005/1234 sayılı kararı)** [34]

---

32 Yargı Dünyası Dergisi Sayı:142 Yıl:2007 sh: 148-150

33 ERMAN Hasan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi sh. 10

34 KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi

"Kural olarak borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinmeleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki alacağın temliki hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen ve tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümün daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere bağımsız bölüm satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması mümkündür. Aslında arsa sahibinin Borçlar Kanunu'nun 364. maddesi uyarınca kural olarak eserin tesliminde devri gereken arsa payını inşaat aşamasında yükleniciye devretmesi yüklenicinin de bunu üçüncü kişilere temlik ederek finans sağlanması arsa sahibinin yükleniciye kredi kullandırmasıdır." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 29. 11. 2007 gün, 2007/13130 Esas ve 2007/15128 sayılı kararı)** [35]

D-KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SÖZLEŞME TARAFLARINCA FESHİ HALİNDE BAĞIMSIZ BÖLÜM SATIN ALAN 3. KİŞİNİN (ALICI) HAK VE SORUMLULUKLARI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi diğer tüm sözleşmeler gibi iki tarafın karşılıklı borçlarını ifa ile olağan şekilde sona ermektedir. Olması gereken açısından da durum budur. Ancak koşullar ve olaylar her zaman beklendiği gibi gitmemektedir. Bazen istem dışı olgular ifayı engelleyebildiği gibi bazen de iki taraftan birinin kastı ve kusuru veya iki tarafın kusuru ile ifa gerçekleşmeyebilir.

Çalışmamızın yukarıdaki kısmında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli mi tartışmasına değinmiştik. Bu tartışmada bahsi geçen çeşit hangisi ise tasfiye de ona göre gerçekleşecektir.

Yukarıda da beyan ettiğimiz gibi kat karşılığı inşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. İnşaat yapım çalışmaları ifaya hazırlık olup teslim ile ifa gerçekleşmektedir. Ancak bazen dürüstlük kuralı gereği inşaatın geldiği seviye ve diğer objektif koşullar dikkate alındığında

---

sh. 1215–1216

35 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:4 Yıl:2011 sh: 666-669

ani edimli sözleşme tasfiyesi adaletsiz çözüm ve hakkın kötüye kullanımını teşkil edebilirler. Bu neden ile ani. edimli olmasına rağmen sürekli edimli sözleşme tasfiyesine ilişkin hükümlerin tatbiki gerekmektedir.

Sözleşmenin tasfiyesinde ani edim ve sürekli edim farkının tasfiye kurallarını belirlediğini yukarıda değinmiştik. Ani edimli sözleşmede kural olarak geriye etkili tasfiye gerçekleşir. Sürekli edimli sözleşmede ise kural olarak ileriye etkili tasfiye gerçekleşir.

Ani edim kabulündeki geriye etkili fesihte sözleşmeden dönme geriye etkili sonuç doğrurur. Sözleşme tarafları verdiklerini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri isteyebilirler. Yani sözleşmenin feshi ile sanki hiç sözleşme yapılmamış gibi sözleşmemin başına dönülür. Alıcı ödediği parayı satıcı da malı geri alır. [36]

Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin sona erdirilmesi ileri etkili sonuçlar doğurur. Bu durumda borçlunun daha önce yerine getirdiği sürekli edimler geçerliklerini muhafaza ederler. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ileriye etkili fesih müteahhit inşaatı bitirdiği oranda hissesine düşen arsa payı veya bağımsız bölüm talep edebilecektir. Fesih anına kadar sözleşme hükümleri ifa edilen edimler oranında geçerli kabul edilip ifa ve tasfiye buna göre yapılır. [37]

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25. 01. 1984 gün, 1984/3 esas ve 1983/1 sayılı kararı ile konu şu şekilde çözülmüştür. İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerine müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeni ile sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu 106–108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verilmişti. Bu tasfiye şekli uygulamada hâkim düşünce oluşmuştur.

---

36 SÜTÇÜ Nezih Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshinde Menfi Zararın Kapsamı Yargı Dünyası Sayı:134 sh. 9, SELİMOĞLU Y. Engin Eser Sözleşmesi ve Kavramlar Faruk Ereme Armağan sh. 687–688

37 SÜTÇÜ Nezih Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshinde Menfi Zararın Kapsamı Yargı Dünyası Sayı:134 sh. 11, SELİMOĞLU Y. Engin Eser Sözleşmesi ve Kavramlar Faruk Ereme Armağan sh. 687–688

Yüklenici arsa sahibine karşı edimleri getirdiği sürece alacak hakkı kazanır. Bu hakkın içi doldurulur bu neden ile bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişinin bu tasfiye şekilleri ile alakası çık yakındadır. Şöyle ki eğer yüklenici edimini yerine getirmemiş ise arsa sahibine karşı bir alacak hakkı doğmadığı için bu hakkın temliki de mümkün değildir. Nitekim Yargıtay şu kararları ile bu hususu vurgulamaktadır.

Nitekim sözleşmenin tasfiyesinde 3. kişi olan alıcının durumu bu anlamda ciddi skıntı içinde olmaktadır. Yargıtay istikrarlı olarak şunu dile getirmektedir. Eğer sözleşmenin tasfiyesi olursa buradan önce üçüncü kişiye tapuda devir yapılsa bile arsa sahibi ile müteahhit arasındaki sözleşmenin feshi geriye etkili olarak tasfiye edilirse oluşturulan ve üçüncü kişiler adına nakil ettirilen tapu kayıtları yolsun tescile döner. Burada tapu siciline itimat ilkesi de işlenmez. Zira burada yapı tapu kaydında satılmasına rağmen yapının hali hazırda inşaat olması nedeni ile alıcı üçüncü kişinin bu durumu bilmesi nedeni ile üçüncü kişi iyi niyet iddiasında bulunamaz.

"Somut olayda yüklenicinin edimini yerine getirmediği, bundan dolayı da davalılar arasındaki arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili feshedildiği sabittir. Yüklenicinin arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesine dayanılarak isteyebileceği hakkı olmadığından şahsi hakkını davacı üçüncü kişiye temlik etmesi de ona bir hak sağlamaz. " **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 14. 02. 2008 gün, 2008/192 Esas ve 2008/1692 sayılı kararı)**[38]

"Feshin yapıldığı tarihteki inşaatın getirildiği fiziki seviye % 92'dir. Feshin ileriye veya geriye etkili olmasının ayrımı, yüklenicinin yapımını inşaatı kısmen tamamlaması, fakat temerrüdü yüzünden teslim edememesi halinde tasfiyenin nasıl yapılacağı sorunu ile ilişkilidir. Çünkü eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa sözleşme yokmuşçasına tasfiye yapılacağından, yüklenici inşaattan yaptığı kısma orantılı arsa payı değil sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imal ettiği inşaat bedelini alacak ve fesih ileriye etkili kabul edilirse, inşaatı getirdiği fiziki seviyeye orantılı arsa payını devrini talep edebilecektir. " **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 01. 04. 2009 gün, 2009/1031 Esas ve 2009/4125 sayılı kararı)**[39]

---

38 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:35, Sayı:8 Yıl:2009 sh: 1547-1548

39 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:36, Sayı:1 Yıl:2010 sh: 75–79

"Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsa sahibi ya da sahiplerince yükleniciye kayden temlik olunan tapulu taşınmaz ya da tapulu taşınmaz payları " avans" niteliğinde olup, bu yolla yapılan temlik sonucu oluşturulan tapu kayıtları gerçek mülkiyet durumunu oluşturmaz. Yüklenici sözleşme ve yasa hükümleri ile fen ve sanat kurallarına uygun şekilde yüklendiği edimini ifa ettiği oranda şahsi hak elde edebilir. Elde elde ettiği şahsi hakkını da üçüncü kişilere BK 163 ve izleyen maddeleri gereği devredebilir. Sözleşmenin tamamen ifa ile sonuçlanması ya da sözleşmesinin ileriye etkili sonuç doğurur şekilde feshi durumunda ancak yüklenicinin şahsi hakları aynı haklara dönüşür. Arsa sahiplerince yüklenici şirkete intikal ettirilen pay kayıtlarının tescili yüklenici şirkete kural olarak ayni haklar sağlamaz. Çünkü ayni haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece tescil işleminin yapılması mülkiyet hakkının doğması için gereçli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Yüklenici şirket ile davacılar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olunduğuna göre Borçlar Kanunu'nun 61 ve devamı maddeleri gereğince ve haksız iktisap kuralları uyarınca tarafların aldıklarını karşılıklı olarak iade etmesi gerekir. Bu yasal nedenler ile yüklenici şirket tarafından dava dışı Faruk'a temlik olunan ve onun tarafından davalı Nuran'a temlik edilen pay kaydının edinme sebebi, hukuksal dayanaktan yoksun kalmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü gereğince tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı, yasal kural olarak korunur ise de aynı yasanın 1024. maddesi hükmü gereğince bir aynı hak yolsuz olarak tescil olmuş ise bunu bilen ve bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Somut olayda ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu olan yapı, inşaat halinde olduğu ve yüklenici şirket tarafından tamamlanmadan terkedilmiş bulunduğu halde davalı tarafından pay kaydı iktisap olunduğundan davalı, iktisabından iyi niyetli kabul edilemez ve Türk Medeni Kanunun 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz." **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 28. 09. 2010 gün, 2009/3593 Esas ve 2010/4847 sayılı kararı)**[40]

[40] Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:36, Sayı:12 Yıl:2010 sh: 2251–2254

"Tapulu taşınmazın haricen satışı Medeni Kanun'un 634, Borçlar Kanunu'nun 213 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca geçersizdir. Geçersiz sözleşmeler taraflar hak ve borç doğurmaz. Bu durumda geçersiz sözleşmenin tarafları haksız iktisap kuralları uyarınca verdiklerini isteyebilirler. Ancak uyuşmazlığa konu olayda dayanılan sözleşme salt harici satış sözleşmesi niteliğinde değildir. Yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca edimini yerine getirdiğinde kazanacağı kişisel hakkını Borçlar Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca üçüncü kişilere temliki hükmünde geçerli bir sözleşmedir. Böyle olunca davacının bedele ilişkin talep hakkı sadece ödediği bedelin iadesinden ibaret kabul edilemez. Olayda davalı satıcının, kendi kusuru ile sözleşmenin ifasını imkânsız kılması söz konusudur. Temlik alacaklısı olan davacı bedelin tamamını ödemek ile kendi edimini yerine getirmiştir. Sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı zarara uğrayan taraf diğer taraftan uğradığı zararların ödetilmesini isteyebilir. (BK'nun 96 ve 98 maddeleri)" **(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 04. 03. 2003 gün, 2003/293 Esas ve 2003/1380 sayılı kararı)**[41]

"Düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi S. 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 11. 01. 2005 gün ve 2001/1134 Esas ve 2005/2 sayılı kararı ile yüklenicinin edimini yerine getirmediği, inşaatı % 60 seviyesinde bıraktığı gerekçesi ile geriye etkili olarak feshine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmeksizin kesinlemiştir. Bu durumda sözleşme hiç yapılmamış gibi tarafların durumları sözleşme öncesine döneceğinden, yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı temlik artık sebepsiz kalır. Diğer bir ifade ile tescil baştan itibaren yolsuz tescil sayılır. Burada Medeni Kanun'un 931. maddesi uygulanmaz. Her ne kadar tapuda davalı üçüncü kişilere arsa sahibi tarafından devir yapılmış ise de arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanarak tasarrufta bulunduğu ortadadır." **(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17. 12. 2008 gün, 2008/15-749 Esas ve 2008/751 sayılı kararı)**[42]

V- KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE 3. KİŞİNİN (ALICI) GİRECEĞİ UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK USUL HÜKÜMLERİ

A-YETKİLİ MAHKEME

Yetkili mahkeme de davanın ve talebin içeriğine göre yetkili mahkeme de değişecektir. Bu neden ile talebin çeşidine göre genel yetkili

41 Legal Hukuk Dergisi Sayı:4 Yıl:2003 sh: 952–954
42 Manisa Barosu Dergisi Sayı:108, Yıl 2009 Sh:214-221

olarak davalının ikametgâhı mahkemesi, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi, yetki sözleşmesi varsa yetkili kılınan yer mahkemesi (HMK 17. madde)ve tapu geçirimi gibi ayni hak içeren davalar varsa taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. (HMK 12. madde) Dava tüketici mahkemesinin görev alanına giriyorsa tüketicinin ikametgâhı mahkemesi de yetkilidir. (TKHK mad. 23)

B-GÖREVLİ MAHKEME

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan davanın çeşidine göre görevli mahkeme değişecektir. İlkin sözleşmenin tarafları arasında oluşan uyuşmazlıklarda genel görevli mahkeme görevlidir. (Asliye hukuk mahkemesi HMK madde 2)

Arsa sahibinden bağımsız bölüm alan kişiler ile arsa sahibi ve yüklenici arasındaki davalar da genel görevli mahkeme görevlidir. (Asliye hukuk mahkemesi HMK madde 2) Çünkü burada arsa sahibi ticari ve meslek kapsamında böyle bir şey yapmadıkları için dava genel görevli mahkemede görülecektir.

Yükleniciden yüklenici ticari bir meslek faaliyeti yürütüyorsa, alıcı da konut ve tatil amaçlı taşınmaz mal alımı varsa dava tüketici mahkemesinde görülür.

Yüklenici ticari faaliyet içinde olsa bile alıcı konut ve tatil amaçlı olmayan bir bağımsız bölüm satın alınması halinde dava yine genel görevli mahkemelerde görülecektir.

Yargıtay'ın uygulaması bu yönde olup aşağıdaki şu kararları ile görüşünü ortaya koymuştur.

*"**Bir uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamında kalması ve tüketici mahkemesinin görevli olması için tarafların yasanın 3. maddesinde tanımı verilen tüketici ve sağlayıcı olması gerekir**. Mahkemece satışa konu dairenin davalının ticari veya mesleki faaliyetinden kaynaklanmadığı bu neden ile uyuşmazlığın 4077 sayılı yasa kapsamında kalmadığı kabul edilmiştir. Ne var ki davalıların murisine karşı dava dışı üçüncü kişiler tarafından açılan ve kesinleşen Bakırköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/633 Esas ve 2002/268 Karar sayılı ilamında muris Sayıt'ın yüklenici olduğu kar karşılığı inşaat sözleş-*

mesi ile inşaat yapıp sattığı belirlenmiştir. Satıcının yüklenici olması halinde uyuşmazlığın 4077 sayılı yasa kapsamında olduğu tüketici mahkemeleri'nin görevli olduğu kuşkusuzdur. " **(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 30. 06. 2010 gün, 2010/2481 Esas ve 2010/9703 sayılı kararı)** [43]

*"**Oturmak amacı ile konut satın alan kişi** ile yüklenici arasında düzenlenen sözleşme BY'nin 162. maddesi hükmüne göre alacağın temliki olup bu tür sözleşmelerin resmi biçimde yapılması zorunlu olmadığı ve somut olayda düzenlenen yazılı sözleşmenin de bu nitelikte olduğu ve konut satışının da 4077 sayılı tüketici yasasında düzenlendiği anlaşılmakla 4077 sayılı yasa kapsamında kalan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlanması gerekir. "* **(Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 25. 09. 2006 gün, 2006/9187 Esas ve 2006/11816 Karar sayılı İlamı)**[44]

"Dava, satın alınan konutun inşasının zamanında bitirilip teslim edilmemesinden ve eksik işler bulunmasından kaynaklanan iş bedeli ve kira kaybı toplamı 12. 970,TL'nin tahsili istemine ilişkin bulunmakla davaya bakmakla görevli mahkeme 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nun 2. maddesi gereği Tüketici mahkemesidir. " **(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14. 09. 2004 gün, 2004/4425 Esas ve 2004/11837 sayılı kararı)** [45]

"Somut uyuşmazlıkta, alışverişe konu olan konut amaçlı taşınmaz, satın alan davacı tüketici kavramına uygun gerçek kişi, satıcı olan davalı ise ticari ve mesleki faaliyeti kapsamında tacir olmayan gerçek kişiye mal sunan yüklenicidir. Tarafların sıfatlarına, alışverişe konu bağımsız bölümün konut olmasına göre açılmış olan davanın tüketici mahkemesinin görev alanına gireceğinden hiçbir duraksama olmamalıdır. Üzerinde uyuşmazlık çıkan satın alınan taşınmaz, satın alan tüketici tarafından doğrudan konut olarak kullanılmaması ve fakat konut amacı ile kullanmak üzere üçüncü kişiye kiralanmış olması bir tasarruf biçimi olup, alışverişe konu malın konut niteliğini etkilemez. **"(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09. 04. 2008 gün, 2008/14-311 Esas ve 2008/311 sayılı kararı)**[46]

"Somut olayda da tüketici tanımı kapsamındaki davacı, davalı yüklenicinin temlikine dayanarak tapu kaydı iptali ve tescil isteğinde bulunduğundan

---

43 İstanbul Barosu Dergisi Cilt:84, Sayı: 5, Yıl: 2010 sh. 3375–3376
44 İstanbul Barosu Dergisi Cilt:83, Sayı: 6, Yıl: 2009 sh. 3397–3398
45 İstanbul Barosu Dergisi Cilt:82, Sayı: 3, Yıl: 2008 sh. 1442–1443
46 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:35, Sayı:11 Yıl:2009 sh:2039–2040

o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatı ile bakılması yasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. **"(Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nin 22. 11. 2007 gün, 2007/13068 Esas ve 2007/14754 sayılı kararı)**[47]

C-DAVACI

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak çeşidine göre davacı sıfatı oluşur. İlkin sözleşmenin iki tarafı da davacı olabilir. Bağımsız bölüm satın alanlar da davacı olabilir. Davacı sözleşme tarafı olabileceği gibi ölüm halinde yasal mirasçı da olabilir.

Yargıtay bağımsız bölümü satın alanın satın aldığı bağımsız bölümü üçüncü kişiye devir etmesi halinde bu kişinin de davacı olabileceğini karara bağlamıştır. *" Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok işse de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. 'dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temliki hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır.* **" (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02. 07. 2003 gün, 2003/14-452 Esas ve 2003/456 sayılı kararı)**[48]

Aynı şekilde Yargıtay arsa sahibinden bağımsız bölüm ve pay devir alan kişilerin de dava açabileceklerini karara bağlamıştır. *"Sözleşme ilişkilerinden doğan alacak iddialarının muhatabı kural olarak sözleşmenin tarafı olan kişilerdir. Dava hakları da onlara aittir. Dava konusu olayda arsa sahibi olan ve sözleşmenin tarafı davacıların dava haklarının bulunduğundan kuşku yoktur. Arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan şahısların dava hakları ise sözleşmeden doğan hakların kendilerine temlik edilmesi halinde mümkünüdür. Dairemizce arsa sahiplerince ve sattıkları kişilerin birlikte dava açmaları halinde satın alan kişilere satılan bölüme hasren dava*

47 Yargıtay Kararları Dergisi Cilt:37, Sayı:5 Yıl:2011 sh: 854–855
48 Legal Hukuk Dergisi Sayı:8, Yıl:2003 sh: 1955-1959

haklarının temlik edildiği kabul edilmektedir. Bu neden ile arsa sahibinden satın alan kişilerin dava hakları bu çerçevede incelenerek kurala bağlanmalıdır. Dava konusu olayda 16 nolu daireyi satın alan davacı M satan davacı arsa sahipleri H. ve S. İle birlikte dava açtıklarından mahkemece davacı M. yönünden 16. 10. 1998 ile 19. 02. 1999 tarihleri arasında gecikme ve eksik ve kusurlu işlerin bedeli ile ilgili dava karara bağlanmalıdır." **(Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30. 05. 2005 gün, 2004/4852 Esas ve 2005/3251 sayılı kararı)**[49]

Ç-DAVALI

Davalı olmak bu tür davalarda özellik arz eder. Sözleşmenin aşaması, üçüncü kişi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geldiği aşama, ifa durumu ve şekli ve tasfiyenin biçimi de etkili olacaktır. Şöyle ki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tamamen ifası halinde üçüncü kişi arsa sahibi ve müteahhide karşı onları birlikte dava edebilir. Çünkü kar karşılığı inşaat sözleşmesi gereği yapılmak ile müteahhidin kazandığı alacak hakkı temlik sözleşmesi ile üçüncü kişiye geçmiştir. Bu hak nedeni ile üçüncü kişi her ikisini dava edebilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi bitirilmez ise geriye etkili olarak feshi dürüstlük kuralına göre mümkün değil ise kısmı alacak hakkı kazandığından yine sözleşmenin taraflarına dava açabilir. Sözleşmenin tarafları da davalı olarak yer alırlar. Ancak sözleşmenin geriye doğru feshi nedeni ile tasfiye olursa sözleşmeden herkes sebepsiz zenginleşme kuralları gereği verdiği alacağından ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhide vereceği bir alacak hakkı kalmayacağı için alacağın temliki sözleşmesi konusuz kalacağı için üçüncü kişi de sebepsiz zenginleşme kuralı nedeni ile müteahhide verdiği satış bedelini geri isteme hakkını kazanır ve sadece bu ihtimalde müteahhide karşı dava açabilir. Bağımsız bölüm arsa sahibinden alınmış ise aşamalarda arsa sahibi de alıcıya karşı davalıdır. Yargıtay verdiği bir kararında şöyle demiştir. *"Davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok işse de yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı V. S. 'dan harici sözleşme ile dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeni ile yukarıda açıklanan şekilde alacağın temliki hükümleri çerçevesinde temlik alan*

[49] Yargı Dünyası Dergisi Sayı:120, Yıl:2005 sh:122–123

konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, ***alacağın temlik hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek sureti ile ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini siteme hakkını kazanır.*** **"(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 02. 07. 2003 gün, 2003/14-452 Esas ve 2003/456 sayılı kararı)**[50]

SONUÇ

Sonuç olarak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin çok yaygın olması neden ile bu sözleşme türünden kaynaklanan uyuşmazlıklar da çoktur. Bu sözleşme türünün en haklı ve gariban mağduru bu inşaatlarda daire veya yapı satın alan üçüncü kişilerdir. Yargıtay verdiği kararlarda bazı hususlarda bu kişilerin en haklı mağdur olduğunu ve masum olduğunu sanki unutmaktadır. Çünkü en kötü tasfiyede bile herkes verdiğini almaktadır. Ancak yılların birikimlerinin ve dar gelirli insanların alın terleri adeta buharlaşmaktadır. Yargı kararlarında özellik ile bazı hususlarda bu hassasiyetin olmadığını rahatlıkla görmek mümkündür.

KAYNAKLAR

COÇKUN Gürkan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçünü Kişinin Hukuku Durumu Yetkin Yayınları

ERMAN Hasan Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Der yayınları

İLHAN Cengiz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerh Türkiye Barolar Birliği

KAMBER Kemal Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Yargıtay Dergisi Cilt 24 Sayı:3

[50] Legal Hukuk Dergisi Sayı:8, Yıl:2003 sh: 1955–1959

KAPLAN İbrahim İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar Faruk Ereme Armağan

KOSTAKOĞLU Cengiz İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi 8. Baskı Beta yayınları

KOCAAĞA Köksal Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 85

SELİMOĞLU Y. Engin Eser Sözleşmesi ve Kavramlar Faruk Ereme Armağan

SÜTÇÜ Nezih Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshinde Menfi Zararın Kapsamı Yargı Dünyası Sayı:134

İstanbul Barosu Dergisi

Kazancı Hukuk Yazılım

Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Resmi Gazete

Yargı Dünyası

Legal Hukuk Dergisi

Yargıtay Kararları Dergisi

Manisa Barosu Dergisi

SON DEĞİŞİKLİK KAPSAMINDA RÜŞVET SUÇU

BRIBERY WITHIN THE SCOPE OF THE LAST AMENDMENT

Ufuk ÜNLÜ*

Özet: Rüşvet suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında sayılmış ve bu kapsamda cezai yaptırıma bağlanmıştır. Son değişiklik neticesinde farklı bir yapıya bürünen rüşvet suçunun yaptırıma bağlanmasının amacı kamu hizmetlerinde tarafsızlığın etkin bir şekilde sağlanabilmesidir. Bu çalışmada, 6352 sayılı Kanun ile değiştirilen rüşvet suçuyla ilgili gerekli açıklamalar yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Rüşvet, Kamu Görevlisi, Rüşvet Anlaşması

Abstract: Bribery, crimes against the public administration of the reliability and functioning is get involved in this context is adhered of criminal sanctions. As a result of recent changes, the purpose of sanction for the crime of bribery that wrapped in different structure is to provide neutrality of public services. In this study, on bribery that amended by Law No. 6352 will be informed accordingly.

Key Words: Bribery, Public Servant, Bribery Agreement

GİRİŞ

Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde hazırlanan, suçlara ve cezalara ilişkin yeni düzenlemeler getiren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve böylece 79 yıldır uygulanan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. Yeni TCK' nin *"Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler"* başlıklı

* Başbakanlık Müffettişi

dördüncü kısmının ilk bölümü *"Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"*ı içermektedir. Söz konusu bölümde yer alan suç ve cezalar, kamu idaresine duyulan güven ve saygınlığı koruma amacıyla oluşturulmuşlardır. Bu bölüm içerisinde yer alan suçlar, kanun metninde sıralanmış ve çoğunda failin bir *"kamu görevlisi"* olduğu ifade edilmiştir.

Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar içerisinde yer alan ve çalışmamızın konusu oluşturan *"rüşvet suçu"*nun tarihi oldukça eskidir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, AB uyum süreci ve yolsuzlukla mücadele alanında yapılan çalışmalar nedeniyle Yeni TCK kapsamındaki rüşvet suçu, Eski TCK' daki rüşvet suçundan daha farklı bir yapıya bürünmüş ve Yeni TCK' nın üzerinden uzun bir süre geçmiş olmamasına rağmen değişikliğe uğramıştır.

Söz konusu değişiklik, 02. 07. 2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yerini almıştır.

Çalışmamızda, öncelikle memur suçu olarak da bilinen rüşvetin faillerinden biri konumundaki *"kamu görevlisi"* kavramına değinilecektir. Devamında değişiklik öncesi haliyle rüşvetin tanımı, korunan hukuki yarar ile rüşvet anlaşması üzerinde durulacak ve sonrasında yapılan son değişikliğe değinilerek açıklamalarda bulunulacaktır.

I. Kamu Görevlisi (Memur) Kimdir?

Anayasada memur tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, 128. maddede memurların yerine getirecekleri görevlerin genel bir tarifi yapılmıştır. Memur ve kamu görevlisi kavramı özellikle *"Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar"* yönünden büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, bu suçların büyük bir kısmı, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilmektedir. [1]

[1] TOROSLU, N. (2008) *"Ceza Hukuku Özel Kısım"*, Savaş Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, s. 272–273.

26. 09. 2004 tarihli, 5272 sayılı yeni TCK[2]nın tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1/c fıkrasında *"Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi… anlaşılır"* denilmiş, mülga 765 sayılı eski TCK[3]nın 279. maddesinde *"Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri; devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır"* ifadesiyle, *"kamu görevi"* ve *"kamu hizmeti"* bağlamında tanımlama yapılmıştır.

Görüldüğü üzere, eski TCK'da ait memur kavramının yerini, yeni TCK'da kamu görevlisi kavramı almıştır. Yeni yasanın, Anayasanın 129. maddesinde yazılı *"kamu görevlisi"* deyimiyle bir paralelliği amaçladığı anlaşılmaktadır. Yeni TCK'daki madde gerekçesine göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için yegâne ölçüt gördüğü işin bir *"kamusal bir faaliyet"* olmasıdır. Kamusal faaliyet ise Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.

657 sayılı DMK[4]nın 4. maddesine göre; *"mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulanmasında memur sayılır. "*

Anayasada memurların yerine getirecekleri görevlere ilişkin genel tarifler ile DMK'da yer alan memur tanımının birbirine tezat teşkil ettiğini söylemek güçtür. Ancak, yeni TCK'nın kamusal faaliyetleri kapayan kamu görevlisi kavramı, suç ve ceza ile korunmak istenen kamu düzeninin daha geniş bir tanım gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin belediye encümen üyesi DMK'ya göre memur değildir, ancak yeni TCK'ya göre memur sayılabilir. Bu kimsenin görevine aykırı bir iş nedeniyle alacağı para rüşvet olarak değerlendirildiğinde, kişinin memur olmadığı savunmasını önleyebilmek açısından böyle bir düzenleme yapılmıştır.

---

2 RG, 12. 10. 2004, s. 25611.
3 RG, 13. 03. 1926, s. 320.
4 RG, 23. 07. 1965, s. 12056.

Ayrıca, idare hukuku anlamında memurluk bir kadroya bağlılığı ifade etmekte iken, yeni TCK açısından memurun göreviyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Bu yönüyle yeni TCK anlamındaki kamu görevlisi idare hukuku anlamında memura göre daha geniştir.[5]

Diğer kamu görevlisi kavramı, memurların özel soruşturmasına ilişkin kapsam dışında kalan birtakım kamu personelini kapsam dâhiline alma gereğinden doğmuştur. Hâkimler ve savcılar, üniversite öğretim elemanları, askeri statüdeki Türk Silahlı Kuvvetleri personeli, uzman jandarma ve uzman çavuşlar ve kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli ile 399 sayılı KHK'ye tabi sözleşmeli personel bunlara örnek olarak gösterilebilir.[6]

II. Rüşvetin Tanımı

Sözlük anlamına göre rüşvet, yaptırılmak istenen bir işte yasadışı kolaylık ve çabukluk sağlanması için bir kimseye mal veya para olarak sağlanan çıkar olarak tanımlanmıştır. [7]

Hukuki bir kavram olarak rüşvet, Dönmezer tarafından "*özel veya kamusal belirli bir fonksiyonla yükümlü olan bir kişinin kendisi veya başkası için doğrudan doğruya veya dolayısıyla diğer bir kimseden fonksiyonuna bağlı veya fonksiyonunun kolaylaştırdığı bir tasarrufu icra etmek, geciktirmek veya ihmal etmek için herhangi bir surette olursa olsun bir şey talep etmesi veya vaatte bulunulmasını istemesi*[8]", Toroslu tarafından "*Bir kamu görevlisi ile herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için diğerinden haklı olmayan bir karşılık kabul etmesi sonucunu doğuran bir anlaşma*[9]", Soyaslan tarafından "*bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması*[10]", Artuk–Gökçen-

5 TEZCAN, D. /ERDEM, M. R. / ÖNOK, M. (2008) "*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*", Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, s. 733.
6 PINAR, İ. (2000) "*Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*", Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 127.
7 Türkçe Sözlük (2005) Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara.
8 DÖNMEZER, S. (1984) "*Özel Ceza Hukuku Dersleri*", İstanbul, s. 95.
9 TOROSLU, a. g. e. s. 291.
10 SOYASLAN, D. (2005) "*Ceza Hukuku Özel Hükümler*", 5. Baskı, Ankara, s. 511.

Yenidünya tarafından ise "*kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için vardığı anlaşma sonucunda yarar sağlaması*[11]" olarak tanımlamıştır.

5237 sayılı Kanun'un 252. maddesi "*Rüşvet*" başlığını taşımaktadır ve değişiklik öncesi madde metni aşağıdaki gibidir;

"(1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. (252/1)

(2) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. (252/2)

(3) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. (252/3)

(4) Birinci fıkra hükmü, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması halinde de uygulanır. (252/4)

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/28 md.) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenlere, uluslararası ticarî işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya

11 ARTUK, M. E. /GÖKCEN, A. /YENİDÜNYA, A. C. (2005) "5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler", 6. Baskı, Ankara, s. 625.

haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafazası amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi de rüşvet sayılır. "(252/5)

Madde metninin bu halinde, eski TCK'dan farklı olarak *"basit rüşvet"* in rüşvet suçu içerisinden çıkarılması ve görevi kötüye kullanma suçuna dâhil edilmesi, rüşvet suçuyla korunmak istenen hukuki yararın daraltılması olarak algılanmıştır.

Nitelikli ve basit rüşvet ayrımına ilişkin suçların yeni TCK ile değiştirilmesine ilişkin Yargıtay'ın bir kararında şu ifadeler kullanılmıştır[12];

"Rüşvet alma suçundan sanık A… Y…'ın bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda; atılı suçtan mahkûmiyetine dair, K… 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nden verilen 16. 01. 2008 gün ve 2003/291 Esas, 2008/7 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğ name ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü;

765 sayılı yasanın 212. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına alındığı halde, 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde *"rüşvet bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. "* denmek suretiyle sadece nitelikli rüşvet suçuna yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlamasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, dosya kapsamında mevcut basit denetim raporu ile tanık beyanlarına göre de sol sahil sulama birliği başkanı olan müştekinin suç teşkil edecek bir usulsüzlüğünün tespit edilememesi şeklinde ortaya çıkan mevcut bu durum karşısında sanığın esasen yapması gereken işi yapması için maddi menfaat talebinde bulunmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle haksız çıkar sağlamak niteliğinde olduğu nazara alınıp; buna göre 5252 sayılı yasanın 9/3 ve CMK'nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca lehe olan yasanın belirlenmesi suretiyle bir karara varılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

12 Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2008/8212 E. , 2009/11121 K.

Kanuna aykırı, sanık müdafiin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün kazanılmış hak saklı tutulmak kaydıyla 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 06. 10. 2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. "

05. 07. 2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun ile rüşvet suçunun madde metninde değişikliğe gidilmiştir. Buna göre;

"*(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

d) Kamu yararına çalışan dernekler,

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

(9) Bu madde hükümleri;

a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,

b) Uluslararası veya uluslarüstü mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,

c) Uluslararası veya uluslarüstü parlamento üyelerine,

d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,

e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvurulan tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,

f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslarüstü örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar

vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

a) Türkiye'nin,

b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,

c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,

d) Türk vatandaşının, tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye'de bulundukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır. "

6352 sayılı Kanunun genel gerekçesi rüşvet suçunda yapılan değişikliğin nedenini uluslararası kuruluşların tavsiyelerine bağlamaktadır. Değişiklikle birlikte, Avrupa Konseyi bünyesindeki Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararlarının karşılanması amacıyla, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak fiili, görevi kötüye kullanma suçu kapsamından çıkartılarak rüşvet suçuna dönüştürülmekte; haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin edilmiş olması cezasızlık nedeni olarak düzenlenmekte ve yabancı kamu görevlilerine rüşvet suçu ile yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçu yeniden ele alınmaktadır.

Söz konusu değişikliğe göre, r***üşvet suçu para ve sair menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak,*** izlenen suç siyaseti gereği, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur. Bu itibarla, kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik olarak para veya sair menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi kamu görevlisi ve rüşvet anlaşmasının diğer tarafı olan kişi hakkında rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmolunması gerekecektir.

Buna karşılık, kamu görevlisinin belli bir işi yapması veya yapmaması için kişiden para ve sair menfaat talebinde bulunmasına rağmen, bu talebin kişi tarafından kabul edilmemesi hâlinde ya da kişinin işinin görülmesi için kamu görevlisine menfaat teklifinde veya vaadinde bulunmasına rağmen, bu teklif veya vaadin kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, rüşvet suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 252 nci maddesine ikinci fıkra olarak yeni bir hüküm eklenerek, uygulamada tereddüt oluşturan hususlara açıklık getirilmiştir. Ancak, bu gibi hallerde rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmedilmekle birlikte rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı hükmolunacak olan cezaya asgari bir sınır getirilmiştir.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müstakil bir suç olarak *"rüşvete aracılık suçu"* tanımına yer verilmişti. Pek çok yönden sorunlu olan bu suç tanımına 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde yer verilmemiştir. Böyle bir hükme Kanun'da yer verilmemesi bir eksiklik olmamakla birlikte, uygulamada rüşvete aracılık edilmesi halinde aracılık eden kişinin ne suretle cezalandırılacağı hususunda tereddüt yaşanmaktadır. Gerçekte haksız menfaatin temin edildiği anda tamamlanan rüşvet suçunun işlenişine bu aşamaya kadar iştirak mümkündür. Bu nedenle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suça iştirakten dolayı cezalandırılacağı kuşkusuz ise de, iştirak ve dolayısıyla sorumluluk statüsünün ne olduğu konusunda tereddüt yaşanmaktadır. 252 nci maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni hükümle, rüşvete aracılık eden kişinin bu suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği hususuna açıklık getirilmiş ve bu suretle uygulamada yaşanan tereddüdün giderilmesi amaçlanmıştır.

252 nci maddeye beşinci fıkra olarak eklenen yeni hükümlerle önce rüşvet kavramı tanımlanmıştır. Buna göre rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için, kişiyle anlaşarak kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamasıdır. Yapılan bu değişikliğe göre, rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin kamu görevlisinin *"görevinin gereklerine aykırı"* bir işin yapılması amacına özgü olması şartı aranmamaktadır. Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması bağlamında kişiyle anlaşarak bir menfaat temin etmesi gerekmektedir. Ancak, önemle

vurgulamak gerekir ki, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Çünkü bu durumdaki kişiyi mağdur olarak kabul etmek gerekmektedir. Buna karşılık menfaat sağlanan kamu görevlisini ise, artık rüşvet veya görevi kötüye kullanma suçundan dolayı değil, icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı cezalandırmak gerekmektedir. Bu suretle rüşvet suçu ile icbar suretiyle irtikap suçu arasındaki ayırıma açıklık getirilmiştir.

III. Korunan Hukuki Yarar

Rüşvet suçuyla korunmak istenen hukuki yarar, kamu görevlisinin kanuna aykırı olarak elde ettiği menfaatler karşılığında, görevinin gereklerine aykırı olarak (son değişiklikle bu şart kalkmıştır) bir işi yapmak veya yapmamak için rüşvet anlaşması yaptığı kişiye, özel davranmak suretiyle tarafsızlıktan ayrılmasının ve kamu hizmetlerinin tarafsız ve herkese eşit şekilde davranılarak yerine getirilmemesini önlemektir. [13] Başka bir anlatımla, kamuya duyulan güvenin ve saygınlığın korunması, kamu hizmetlerinde tarafsız olunması ve kimseye ayrıcalıklı davranılmamasını sağlamak amacıyla rüşvet, suç olarak tanımlanmış ve cezai müeyyideye bağlanmıştır.

Rüşvet suçunda, sadece rüşvet alan kamu görevlileri bulunmamaktadır. Rüşvet alan kamu görevlilerinin karşısında, bunlara rüşvet veren bireyler de vardır. Bireyler daha çok suça azmettiren konumundadırlar ve bir nevi devlete karşı taarruz halindedirler. Kamu görevlisi rüşvet almaya tahrik edilmektedir. [14]

Rüşvetin bilinenin aksine üç tarafı olan bir suç olduğu dahi söylenebilir. Rüşveti alan ve veren ilk iki tarafı oluştururken, devlet ya da başka bir ifadeyle kamu idaresi üçüncü tarafı oluşturmaktadır. Ortaya çıkarılamayan rüşvet suçunda ilk iki taraf kazançlı iken devlet saygınlığını üstlenen üçüncü taraf ise itibar kaybına uğramakta, alan ve ve-

---

13 ERMAN, S. ve ÖZEK, Ç. (1992) "Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karsı İşlenen Suçlar", Isık Matbaacılık, İstanbul, s. 90.

14 MUMCU, A. (2005) "*Osmanlı Devletinde Rüşvet-Özellikle Yargıda Rüşvet*", 3. Baskı, İstanbul, s. 17.

ren açısından işlerin bu şekilde yürüdüğüne ilişkin bir kanı oluşmaktadır. Normal seyrinde devam eden işlerde bile rüşvet verme ve alma ihtiyacının baş göstermesi, rüşvet suçunun zihinlerdeki bir alışkanlık olduğunu kanıtlamaktadır.

Uluslararası ticari işlemler nedeniyle yabancı kamu görevlilerinin rüşvet oluşturan davranışlarının da bu kapsamda cezalandırılması nedeniyle, burada korunan hukuki yararın, girişimciler için uluslararası piyasada oyunun genel kurallar içerisinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve böylece yasa dışı yollarla uluslar arası rekabetin bozulmasını engellemek olduğu söylenebilir. [15]

IV. Rüşvet Anlaşması

Rüşvet anlaşmasının yapılması halinde vazgeçilmiş olunsa dahi suç tamamlanmış olur. Sonrasında sadece etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilir.

Rüşvet suçunda, rüşvet anlaşmasının gerçekleşebilmesi için tarafların mutlaka bir araya gelmeleri gerekmediği gibi rüşvet anlaşmasının yazılı olması da şart değildir. [16] Tarafların bu konudaki iradelerinin uyuşması, rüşvet anlaşmasının meydana gelebilmesi için yeterli şarttır. Rüşvet anlaşması hukuka uygun olmayan bir hususta yapılmış olduğundan, hukuk kurallarına uygun olarak yapılmış olması veya yapılmış olan anlaşmanın hukuk kuralları ve düzenince korunması mümkün değildir. [17]

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, anlaşmanın işin yapılmasından önce veya en geç yapılması anında olması gerekir. Çünkü iş yapıldıktan sonra yarar sağlanması için yapılacak anlaşmada, bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma koşulu gerçekleşmeyecektir. İşin yapılmasından önce anlaşma yapılmadığı halde, işten sonra kamu görevlisince talep edilerek elde edilen menfaat rüşvet suçunu değil, koşulları varsa irtikâp veya görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecektir. [18]

---

15 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a. g. e. s. 811.
16 BAKICI, S. (1988) *"Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları"*, Ankara, s. 270.
17 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a. g. e. s. 703.
18 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a. g. e. s. 7126.

Yarar sağlanması yönünde bir anlaşmanın bulunması koşuluyla, ilk teklifin kamu görevlisinden veya karşı taraftan gelmiş olması suçun oluşması bakımından önem taşımaz. [19]

V. Etkin Pişmanlık

Rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmü ayrı bir madde olarak (m. 254) düzenlenmiştir. Değişiklik öncesi 254. madde şu hükümleri içermektedir;

"*(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz. "

Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, rüşvet alan kamu görevlisinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için, soruşturmaya başlanmadan önce durumu yetkili makamlara bildirerek aldığı şeyi aynen teslim etmesi gerekir. Buna göre aranan şartlardan birincisi, kamu görevlisi hakkında idari de olsa herhangi bir soruşturmaya başlanılmamış olmasıdır. [20] CMK'nın 2/1-e maddesine göre soruşturma, "*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin öğrenilmesine kadar geçen evreyi*" ifade etmektedir. İkinci şart ise rüşvet konusu şeyin soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim edilmesidir. Malın vasfı ya da bulunduğu hali gereği

19 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, a. g. e. s. 815.
20 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, a. g. e. s. 657.

aynen teslim olanağı kalmamış ise bedelinin iadesi veya kısmen aynen teslim kısmen bedelin tazmini durumunda maddenin uygulanması gerekir. [21]

Rüşvet veren kişi açısından düzenleme 2. fıkra hükümlerine göre yapılmaktadır. 1. fıkradaki *"soruşturmaya başlamadan önce"* ifadesi aynı şekilde bu fıkrada da yer almıştır. 1. fıkradan farklı olarak ise pişmanlık halinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca etkin pişmanlık kurumu söz konusudur. Ayrıca rüşvette kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

3. fıkra uyarınca, suça iştirak edenlerde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmektedir. Bunun için soruşturma başlamadan önce pişmanlık duyularak soruşturma makamlarının haberdar edilmesi gerekir. Görüleceği üzere bu fıkrada, iade koşulu öngörülmemiştir.

05. 07. 2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun ile etkin pişmanlık başlığını taşıyan 254. maddede değişikliğe gidilmiştir;

"(1) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(4) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz."

---

21 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, a. g. e. s. 7195.

Zimmet suçunda olduğu gibi rüşvet suçunda cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için 5237 sayılı Kanun'un 254 üncü maddesinde yer alan *"soruşturma başlanmadan önce"* ibareleri yerine, *"durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce"* ibareleri ikame edilmiştir. Böylece rüşvet olgusunun ilgili idare yetkilileri tarafından öğrenilmesi halinde, henüz ceza soruşturması başlatılmamış olsa bile, durum resmî makamlarca öğrenilmiş olduğu için, kişi artık etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Keza bu değişikliğe paralel olarak maddenin ikinci fıkrasındaki rüşvet verenin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması halinde, sadece hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. 254 üncü maddenin mevcut metninde yer alan bu durumda ayrıca kişinin *"verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir"* hükmü metinden çıkarılmıştır. Bu itibarla, rüşvet veren etkin pişmanlıktan yararlansa bile, rüşvet olarak verdiği para ve sair menfaat, müsadere edilecektir.

SONUÇ

Rüşvet suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasında sayılmakla, kamuya duyulan güvenin ve saygınlığın korunması ve kamu hizmetlerinde tarafsızlığın sağlanması amaçlanmış ve bu saikle mevcut suç, rüşveti alan ve veren açısından cezai müeyyideye bağlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesi rüşvet suçunu içermektedir. Rüşvet suçunun tarihi oldukça eskidir ve yeni TCK'nın ilk haliyle bu suç, günümüz şartlarına uygun hale getirilmeye çalışılmakla birlikte birtakım eleştirilere de maruz kalmıştır. Eski TCK'dan farklı olarak *"basit rüşvet"* in rüşvet suçu içerisinden çıkarılması ve görevi kötüye kullanma suçuna dâhil edilmesi, rüşvet suçuyla korunmak istenen hukuki yararın daraltılması olarak algılanmıştır. Çünkü basit rüşvetin görevi kötüye kullanma olarak cezalandırılması halinde sadece kamu görevlisi ceza alacaktır. Görevin gereklerine uygun hareket edilerek bir işin yapılması ya da yapılmaması halinde karşı tarafın her zaman masum olduğunu söylemek güçtür. Ayrıca bu eylemin farklı bir maddede düzenlenmesi de rüşvet suçunun cezasıyla karşılaştırıldığında cezanın hafifletildiği görülecektir. Basit rüşvetin görülme sıklığı, nitelikli rüşvete göre daha fazladır.

Bu nedenle, söz konusu madde 02. 07. 2012 tarih ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" ile güncel gereksinimlere uygun olarak değiştirilmiştir. Anılan değişiklik ile GRECO tavsiye kararları karşılanmıştır.

Değişiklik ile rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin kamu görevlisinin *"görevinin gereklerine aykırı"* bir işin yapılması ve bu saikle hareket etmesi şartı kaldırılmıştır. Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması bağlamında kişiyle anlaşarak bir menfaat temin etmesi gerekmektedir. Böylelikle görevin gereklerine uygun davranılması için menfaat temin edilmesi eylemi görevi kötüye kullanma suçu (m. 257/3) kapsamından çıkarılmıştır. Basit rüşvet olarak bilinen bu durum, rüşvet suçu kapsamına, bir başka ifadeyle ait olduğu yere alınmıştır. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Çünkü bu durumdaki kişiyi mağdur olarak kabul etmek gerekmektedir. Buna karşılık menfaat sağlanan kamu görevlisini ise, artık rüşvet veya görevi kötüye kullanma suçundan dolayı değil, icbar suretiyle irtikâp suçundan dolayı cezalandırmak gerekmektedir. Bu suretle rüşvet suçu ile icbar suretiyle irtikâp suçu arasındaki ayırıma açıklık getirilmiştir.

Uluslararası kamu görevlilerine rüşvet verilmesi açısından korunmak istenen alan, ulusal alandan daha geniş tutulmuştur. Değişiklikle, yabancı kamu görevlilerine görevleriyle bağlantılı bir işin yapılması veya yapılmaması için rüşvet verilmesi halinde, rüşvet veren kişi ile rüşvet alan yabancı kamu görevlisinin de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun rüşvet suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Rüşvetin kamu görevlileri açısından soruşturulması 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile değil, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ile yapılmaktadır ve bu açıdan söz

konusu suç, Cumhuriyet savcılarınca yerine getirilen genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla eskiden görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilen görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlanması eylemi değiştirilerek, rüşvet suçu olarak sayılmış ve böylece söz konusu eylem 3628 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

Hayata geçirilen değişiklik rüşvet suçunun önlenebilmesi, uluslararası gelişmelere uyum ve ceza adaleti açısından için gerekli ve elzem bir adım olarak görülmelidir. Beklenen sonuçlar, değişiklik sonrası oluşacak yargı kararlarında kendinin gösterecektir. Suç işleme psikolojisinin altında yatan sosyal, ekonomik ve ahlaki nedenler düşünüldüğünde, kim bilir, belki de yapılacak ilk iş, böyle bir suçun varlığını zihinlerde şekillendirmektir.

KAYNAKLAR

ARTUK, M. E. /GÖKCEN, A. /YENİDÜNYA, A. C. (2005) "5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler", 6. Baskı, Ankara.

BAKICI, S. (1988) "*Açıklamalı Zimmet-İrtikâp-Rüşvet Suçları*", Ankara.

DÖNMEZER, S. (1984) "*Özel Ceza Hukuku Dersleri*", İstanbul.

ERMAN, S. ve ÖZEK, Ç. (1992) "*Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*", Işık Matbaacılık, İstanbul.

MUMCU, A. (2005) "*Osmanlı Devletinde Rüşvet-Özellikle Yargıda Rüşvet*", 3. Baskı, İstanbul.

PINAR, İ. (2000) "*Açıklamalı 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun*", Seçkin Yayınevi, Ankara.

SOYASLAN, D. (2005) "*Ceza Hukuku Özel Hükümler*", 5. Baskı, Ankara.

TARHAN, R. B. (2008) "*Rüşvetin Basit Halleri*", Güncel Hukuk Dergisi, Ocak Sayısı.

TEZCAN, D. /ERDEM, M. R. /ÖNOK, M. (2008) "*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*", Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara.

TOROSLU, N. (2008) "*Ceza Hukuku Özel Kısım*", Savaş Yayınevi, 3. Baskı, Ankara.

TÜRKÇE SÖZLÜK (2005) Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara.

YAŞAR, O. /GÖKCAN, H. T. /ARTUÇ, M (2010) "*Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*", Adalet Yayınevi, Cilt V, Madde 205–256, Ankara.

TÜRKİYE'DE KADIN HAKLARI: BİR İLERİ, İKİ GERİ

BORCA BATIK KOCANIN MİRASINI RET EDEN KADININ EDİNİLMİŞ MALLARDAKİ KATILMA PAYI ALACAĞININ YOKLUĞU ve KOCA BORCA BATIKSA BOŞANAN KADININ EDİNİLMİŞ MALLARDAKİ ALACAĞININ HAYAL OLDUĞU HAKKINDA BİR NOKTA ÇALIŞMASI:

(TMK. md. 194 + TMK. md. 202 + TMK. md. 225 + TMK. md. 231 + TMK. md. 236 + TMK. md. 605 + TMK. md. 609 + TMK. md. 612 + İC. İF. K. md. 101 + İC. İF. K. md. 206 = 0)

Teoman SALGIRTAY*

A. TMK GERÇEKTEN DE EŞLERE ve ÖZELLİKLE KADINA EDİNİLMİŞ MALLAR ÜZERİNDE MUTLAK BİR GÜVENCE VERMEKTE MİDİR ? :

Türk Medeni Kanunu, 1926 yılından 2002 yılına dek yürürlükte kalan eskisinin yerine çağdaş ve üst normlar bütünü olarak sunulmuş ve öylece hayatımıza girmişti. Kanun'un getirdiği yenilikler düşünüldüğünde ilk akla gelen, bir ömür boyu ev işçiliği yapan kadına, boşanma ya da ölüm ile sona eren evlilik sonrasında "aile konutu" ve diğer edinilmiş malların yarısı üzerinde alacak hakkı tanınmış olması geliyor. Evlilik ile yaşamlarını ortak bir amaca hasretmiş eşlerin her ikisinin de evlilik birliği içinde edindikleri malların alımında harcadıkları maddi ve manevi performansın karşılığı olarak düşünülen "edinilmiş mallarda ortaklık" fikrine dayalı katkı payı alacağı aslında her iki eş için de söz konusu. Ancak ülkemizde sosyal hayat ve sermaye birikiminin geç başlamış olmasından ve kültürel nedenlerden ötürü, her iki eşten ilk akla gelen şiddetin her türüne maruz kalan ve karnına sıpa ve sırtına sopa yakıştırılan kadın oluyor.

* Avukat, Ankara Barosu

Bu nedenle yazının konusu özellikle, TMK ile kadın hakları üzerine yapılan propagandaların boşluğunu ve kadın haklarını savunmaları gerekenlerin hoşluğunu göstermek amacıyla, kocanın borca batık olması ve kadının hakkının yokluğu üzerine.

Gerçekten de, yeni TMK sonrasında, kadının bu anlamda kazanımı her ortam ve platformda cafcaflı tanıtım ve propagandalara konu olmuştu. Gerçi, şeklin ve imajın pırıltısının, öz'e tercih edildiği ülkemizde bu durum halen geçerli, lafa geldiğinde TMK ile erkek egemenliğine karşı kadının güvence altına alındığı söyleniyor. Ancak, mevcut yasal düzenleme karşısında boşanma ya da ölümle sona eren bir evlilikte, koca borca batık ise, ne aile konutunda ve ne de evlilik birliği içinde edinilmiş mallarda kadının hakkının bir güvencesi yok !

Evlilik birliği içinde edinilmiş mallardaki artık değerin yarısına tekabül eden katkı payı alacağının TMK'da tarif edilen hesap yöntemine göre, ölüm ya da boşanma ile sonra eren evlilik sonrasında, eşlerin ya da mirasçılarının diğer eş ya da mirasçılarından talep edebilecekleri bir "katkı payı alacağı" talep edebilmeleri için;kendisinden alacak talep edilecek olan veya ölen eşin borcunun, alacağın dayanağı olan malların değerinden fazla olmaması gerekmekte. Gerçi, cebri icrada, satışların çoğa yakınının mal değerinin yarısı ya da yüzde kırkına sonuçlanması karşısında, bu kuralı, borcun mal değerlerinin yarısını aşmaması olarak anlamak gerekiyor.

"Borca batık kocanın mirasını ret eden kadının evlilik birliği içinde edinilmiş mallardaki katılma payı alacağının yokluğu ve koca borca batık ise evlilik birliği içinde edinilmiş mallarda boşanan kadının katılma payı alacağının hayal olduğu hakkındaki" "yokluk" ve "hayal" halleri, TMK (01. 01. 2002) öncesinde akdedilen ve "mal ayrılığı rejimine" tabi iken TMK ile 01. 01. 2002 tarihinden itibaren "edinilmiş mallara katılma rejimine" geçmiş veya TMK (01. 01. 2002) sonrasında akdedilerek başka bir rejim seçilmediği için "edinilmiş mallara katılma rejimine" tabi olan evlilikler ve 01. 01. 2002 sonrasında edinilmiş mallar ve kocanın borca batık olarak ölmesi veya evlilik boşanma ile sonlanmışsa kocanın borca batık olduğu haller için geçerli.

Bu sonucu önce yasal mevzuatı irdelemek ve sonra hem ölen kocanın ve hem de boşanan kocanın borca batık olması halleri için ayrı ayrı göstermeye çalışıp, kısa ve pratik çözüm önerilerimizi sıralayacağız.

B. YASAL MEVZUAT

Bu konudaki yasal mevzuat, TMK'da bulunan *"aile konutu"*, *"edinilmiş mallara katılma rejimi"*, *"mal rejiminin sona ermesi ve tasfiye"*, *"artık değer hesap yöntemi"*, *"katkı payı alacağı"*, *"murisin borca batıklığı"*, *"mirasın gerçek reddi"*, *"mirasçılarca reddedilen mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi"* hakkındaki yasa maddeleri ve sadece evliliğin ölümle sona ermesi durumunda mirasın borca batıklığı haline münhasır olarak İcra ve İflas Kanunundaki *"iflasta sıra"* hükmü ile *"hacze merasimsiz iştirak"* hükmünde oluşuyor. Anılan mevzuat teori ve Yargıtay kararları ışığında irdelenmiştir.

1. AİLE KONUTU (TMK. md. 194)

TMK. md. 194, eşlerden birinin diğerinin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği ve bu konut üzerindeki hakları kısıtlayamayacağı şeklindeki düzenlemesi ile aile konutunun yasal güvence altında olduğu hissini uyandırmaktadır.

Ancak maddedeki sınırlama, iradi işlemler için söz konusu olup, cebri icranın irade aramayan niteliği gereğince, aile konutunun haczine engel teşkil etmemektedir. [1] Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de, TMK. md. 194 hükmünün aile konutunun malik eşin borcundan dolayı haciz edilip satışına engel olmayacağı görüşündedir. [2] Üzerinde aile konutu şerhi bulunan taşınmazların cebri satışları sonucu alıcı adına tescilinde yaşanan tereddütler üzerine, benzer görüşteki Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği mütalaasından sonra, Tapu daireleri aile konutu şerhinin terkini ile alıcı adına tescil uygulamasına geçmiştir. [3]

Oysa, aşağıda görüleceği üzere, aile konutu ipotek veya hacizle temin edilmiş bir borçla yükümlü ise, aile konutunun bir güvencesi

---

1 GÖKÇEN TOPUZ, DR. – Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi – http://hukuk. erciyes. edu. tr/

2 Yargıtay 12. H. D. 04. 05. 2006, 5829/8852 s. K.

3 ALİ RAMAZAN ACAR, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü 1. Hukuk Müşaviri Üzerinde Aile Konutu Şerhi Bulunan Taşınmazın Satışı Hakkında Hukuki Mütalaa, 25. 11. 2009 T. ve B. 09. 1. TKG. 061-647-03-01-09-1108 s. lı mütalaa.

kalmamaktadır. Bu eksiklik teoride de eleştirilmiş, kötü niyetli işlemlerle kadının hakkının yok edilmesine neden olabileceğine dikkat çekilmiştir. [4]

Aile konutu, evlilik devam ederken bu özelliğini korumakta, rejim ölüm ya da boşanma ile tasfiye sürecine girince, aile konutu edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de, aile konutunun kadına sağladığı ayrıcalık evliliğin devam ettiği süre ile sınırlıdır. [5]

2. YASAL MAL REJİMİ ve REJİM TASFİYESİ

TMK. md. 202 eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin asıl ve yasal mal rejimi olduğunu vurgulamaktadır. TMK. md. 225 uyarınca evliliğin ölüm ya da boşanma ile sona ermesi ile mal rejimi sona ermektedir. [6]

Ölüm halinde sağ kalan eşin hem miras hakkından doğan alacağı ve hem de aile hukukundan kaynaklanan katkı payı alacağı, ayrı ayrı söz konusu olacaktır. [7]

3. ARTIK DEĞER ve KATKI PAYI ALACAĞI

TMK. md. 231 gereğince, edinilmiş mallara yapılacak ekleme ve denkleştirme sonrası bu malların toplam değerinden, bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar "artık değer" olmaktadır. Taşınmaz ve araç gibi malların kayıtlarındaki rehin, ipotek ve hacizler o mallara ilişkin borç olarak kabul edilmektedir. TMK. md. 236 ise her eş veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerin yarısı üzerinde hak (katkı payı alacağı) sahibi olacaklarını tanzim etmektedir.

Kanunun tarif ettiği artık değer hesap yöntemini matematiksel bir formül haline getirmek mümkün :

Artık değer = (AD), Edinilmiş mal = EM, Edinilmiş mal borcu = EMB

Katkı payı alacağı = KPA ; KPA = [AD = (EM – EMB)] / 2

---

4 ŞIPKA ŞÜKRAN, DOÇ. DR. - Aile Konutu ile ilgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası 2004, s. 121 vd. , s. 382 vd.

5 Yargıtay 2. H. D. 2010/17326 E. -2011/6399 K. -11. 04. 2011 T. K.

6 Yargıtay 8. H. D. 2010/1695 E. -2010/2923 K. -01. 06. 2010 T. K. (http://www.e-uyar. com/fEuyar/app_result. aspx?Id_Kanun=2&Id_Madde=517)

7 Yargıtay 8. H. D. 2011/1293 E. -2011/1521 K. -11. 03. 2011 T. K.

Formülü somutlaştıralım. Çözüm için 2 değere ihtiyacımız var; EM ve EMB.

EM = 100. 000, EMB = 200. 000 ise;

KPA = [(100. 000 – 200. 000)] / 2 = 0 (veya borç/eksi) çıkacaktır.

İşbu yazı tarihi itibariyle, gerek TMK ve gerekse de İİK ve başkaca mevzuat ta katkı payı alacağının, edinilmiş mal borçlarından sonra geleceği ya da aile konutunun değerinden kadına isabet edecek yarı payın mal borçlarından muaf olacağı yolunda bir düzenleme bulunmadığından; borçla yükümlü edinilmiş maldan artık değer ve katılma payı alacağına ulaşmak olanaksız olmaktadır. Borçlanmanın kolaylığı karşısında, katkı payı alacaklısı adayı eşin alacağının, diğer eşin insafına ve yasanın da art niyetli işlemlere terk edilmiş olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay, kaydında aile konutu şerhi olmayan meskenin, malik eş tarafından üçüncü kişilere satışını, TMK. md. 194 hükmünü yorumlamak suretiyle, diğer eş tarafından açılan satışın iptali davasında geçersiz sayarak tapunun iptaline hükmederken,[8] yukarıda değinilen (2) no. lu dipnotta yazılı kararında ise, kaydında aile konutu şerhi bulunan taşınmazın cebren haczini ve satışını uygun bulmuştur.

4. MURİSİN BORCA BATIKLIĞI VE MİRASIN GERÇEK REDDİ

TMK. md. 605, murisin ölüm tarihinde ödemeden aczinin açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması halinde, mirasın reddedilmiş sayılacağını düzenlemektedir. Böyle bir mirasın mirasçıları, mirası kabul ettikleri anlamına gelecek işlem ve eylemlerde bulunmadıkça, TMK. md. 609 uyarınca mirasın gerçek reddini sulh mahkemesinden talep edebilirler. [9]

5. REDDEDİLEN MİRASIN İFLAS HÜKÜMLERİNE GÖRE TASFİYESİ

TMK. md. 612, en yakın mirasçıların tamamı tarafından reddolunan mirasın, sulh mahkemesince ve İFLAS hükümlerine göre

8 Yargıtay HGK. 2006/2-591 E. -2006/624 K. -04. 10. 2006 T. K.
9 Yargıtay 2. H. D. 2008/3897 E. -2009/3458 K. -02. 03. 2009 T. K.

tasfiye edileceği yolundadır. [10] İflas hükümlerine göre tasfiyede, alacaklıların iflasta sıra kuralını tanzim eden İİK. md. 206 hükmü tatbik edilecektir.

C. BORCA BATIK KOCANIN ÖLÜMÜ VE KATKI PAYI ALACAĞI

Mirasın reddine rağmen, artık değerin yarısından oluşan katkı payı alacak hakkı mirası ret etmeyen mirasçılara ve terekeye karşı ileri sürülebilecektir. Miras hakkından feragat, aile hukukundan kaynaklanan alacaklara zarar vermemektedir. Yargıtay sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacağını, terekeye ait borç olarak görmektedir. [11] Katılma payı alacağı tereke borcu olduğuna göre, sağ kalan eşin mirası ret etmiş olmasına rağmen alacağını talep etmesi mümkündür. Miras ret edildiğinde iflas tasfiyesi ve iflasta alacaklıların sırasını belirleyen İİK. md. 206 hükmü irdelenmek zorundadır.

1. KADININ KATKI PAYI ALACAĞI DAHİL HER TÜR ALACAĞININ İFLASTA İMTİYAZLI SAYILDIĞI 18 AYLIK DÖNEM

TMK'nın yürürlüğe girdiği 01. 01. 2002 tarihinde iflasta alacaklılar arasındaki sırayı belirleyen İİK. md. 206 hükmü gereğince ;

- müflisin karısının mal birliği veya mal ortaklığındaki mevcut olmayan şahsi mallarından dolayı alacağının yarısı İMTİYAZLI olarak DÖRDÜNCÜ sırada
- müflisin karısının şahsi mallarının imtiyazlı olmayan kısmı da dahil olmak üzere SAİR BÜTÜN ALACAKLARI ise İMTİYAZLI olarak ALTINCI sırada yer almakta idi.

Bu yasal düzenlemenin geçerli olduğu 01. 01. 2002 ila 17. 07. 2003 tarihleri arasında, kadının katkı payı alacağı dahil, her tür alacağı imtiyazlı alacak olarak kabul edilmiş, ancak 4949 s. lı K. ile 17. 07. 2003 tarihinde İİK'da yapılan değişiklik ile bu dönem sonra ermiştir. [12]

---

10 Yargıtay 2. H. D. 2009/8112 E. -2010/10834 K. -02. 06. 2010 T. K. , Yargıtay 2. H. D. 2010/9652 E. -2011/12532 K. -18. 07. 2011 T. K.

11 Yargıtay 8. H. D. 2011/1293 E. -2011/ 1521 K. -11. 03. 2011 T. K.

12 R. G. 30. 07. 2003 – 25184 S. – (4949 S. K. md. 52)

2. KADININ ALACAKLARI 17. 07. 2003'DEN BU YANA İMTİYAZLI DEĞİLDİR

İcra ve İflas Kanunu md. 206'da 17. 07. 2003 tarihinde 4949 s. K. ile yapılan değişiklik ile, kadının alacaklarına imtiyaz tanıyan dördüncü ve altıncı sıralar kaldırılmıştır. Değişiklikle işçi alacakları ve aile hukukundan doğan her tür nafaka alacakları birinci sıraya konmuş, üçüncü sıraya ise özel kanunlarında imtiyazlı olduğu yazılı alacaklar eklenmiş ve kadının edinilmiş maldaki katı payı alacağı da dahil diğer tüm alacaklar, imtiyazsız olan dördüncü sırada yer almıştır.

İİK. 'da adı geçen değişiklik ile kamu alacaklarının imtiyazı da kaldırılmıştır. Yasa koyucunun, kadının HER TÜR alacaklarına tanınmış imtiyazı kaldırırken, kadının alacaklarını da devlet alacağı olarak görmüş olmasını düşünmek mümkün olmadığına göre, değişiklik, kadına tanınmış hakkı yok etmeyi neye hizmetle amaçlamıştır?[13]

17. 07. 2003 tarihli değişiklik sonrası, İİK. gereğince işçi alacakları imtiyazlı olarak sıradan alacaklıların önünde yer alabilirken, kadının katkı payı/katılma alacağı sıradan alacak haline indirgenmiştir.

3. TMK. md. 231 HÜKMÜ KARŞISINDA KATKI PAYI ALACAĞININ İMTİYAZLI OLMASININ BİR ANLAMI DA YOKTUR :

Borca batık eşe ait edinilmiş mal değerinden, "KPA = [AD = (EM – EMB)] / 2" formülü gereğince, o mala ait borçların tenzilinden sonra kalan artık değerin yarısı olarak bulunan katkı payı alacağının, İİK. md. 206 gereği imtiyazlı olmasının da bir anlamı yoktur.

Çünkü, borca batık kocaya ait edinilmiş mallar üzerindeki ipotek ve hacizlerin tutarı mal tutarından fazla olduğundan, ortada ikiye bölünebilecek bir artık değer de olmayacaktır. Katkı payı alacağının talep edilebilmesi için, önce tarif edilen hesap kuralına göre doğması gerekecektir. Anılan kurala göre, borca batık kocanın borçları mal değerinden fazla çıkacak ve İİK. md. 206 (01. 01. 2002 ila 17. 07. 2003 arası) hükmünde belirtilen imtiyazlı ya da (17. 07. 2003 sonrası) imtiyazsız bir katkı payı alacağı da doğmayacaktır. Koca borca batık ölmüş ve

[13] Yargıtay 19. H. D. 2005/5695-11006 – 10. 11. 2005 T. K.

miras da bu nedenle ret edilmişse, kadının talep edebileceği bir katkı payı veya başka bir ad altında alacağı olmayacağından, artık değer ve katkı payı alacağının ve bu alacağın imtiyazlı olup olmamasının da bir önem ve manası kalmamaktadır.

4. İİK. md. 101 EVLENMEDEN DOĞAN ALACAKLARIN İLK HACZE MERASİMSİZ İŞTİRAK EDEBİLECEĞİNE AMİRDİR

İİK. md. 101 hükmü borçlunun eşinin evlenmeden doğan alacakları için önce icrası gereken merasime (takip yapmaya) lüzum olmaksızın, ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye dek aynı derecede hacze iştirak edebileceği yolundadır. Bu hüküm, evlenme akdinden doğan katkı payı alacağının mevcut olması şartına bağlı olarak takibe gerek kalmadan ilk hacze iştirak edebileceğini ve İİK. md. 206'da bulunan diğer alacaklıların önünde yer almayı sağlayan imtiyazdan farklı olarak, garameten/ oransal paylaşımdan yararlanabileceğini tanzim etse de, katkı payı alacağının varlık şartı TMK. md. 231 hükmündeki hesap yöntemine bağlı olduğundan, kadının kısmen lehine olan bu maddenin de pratikte bir yararı yoktur.

Yeri gelmişken, İİK. md. 206'da imtiyaz verilen alacaklar ile ilk hacze merasimsiz iştirak edebilecek alacakların arasındaki farka değinmekte yarar var. İmtiyazlı alacaklar (işçi ve nafaka alacakları), iflas tasfiyesinin uygulanacağı hallerde, imtiyazlı olmayan diğer tüm alacakların önüne geçerler ve alacaklarına ulaşırlar. [14] Bu arada tapu kaydındaki ipotekle ve araç sicilindeki rehinle temin edilmiş alacaklar, malın kendisinin güvencesinde olduklarından dolayı, imtiyazlı alacakların da önünde öncelikle alacaklarına ulaşacaklardır.

İlk hacze merasimsiz iştirak hakkına sahip olan alacaklar, ki İİK. md. 101 hükmünde sıralanmış olan bu alacaklar ağırlıklı olarak nafaka alacaklarıdır, ise önceden takip yapmadan ilk hacze iştirak edebilirler ve alacakları ile ilk haciz alacaklısının alacaklarının toplamından oransal olarak hesaplanacak pay kadar alacaklarına ulaşırlar. [15] İİK. md. 206 ve md. 101 hükümleri ortak olarak nafaka alacaklarına dair oldu-

---

14 Yargıtay 19. H. D. 1996/5644 E. -1996/10039 K. -14. 11. 2006 T. K.

15 EJDER YILMAZ, AUHF 1974, Hacze Takipsiz İştirak (Katılma) (http://auhf. ankara. edu. tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1974-31-01-04/AUHF-1974-31-01-04-Yilmaz. pdf)

ğundan; son 1 yıllık nafaka alacaklarının merasimsiz olarak ilk hacze iştirak edeceklerini ve ilk haczi koyan alacaklıdan önce alacaklarına ve 1 yıllık nafaka alacağı tutarının üzerindeki nafaka alacaklarının ise merasimsiz ilk hacze iştirak ederek oransal payları kadar tahsile ulaşacaklarını söylemek mümkün. [16]

D. BOŞANAN KADININ KOCASI BORCA BATIKSA, KADININ EDİNİLMİŞ MALLARA YÖNELİK BİR ALACAĞI BULUNMAMAKTADIR

TMK gereğince 01. 01. 2002 sonrasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi boşanma ile tasfiye edilirken, kocanın borca batık olması halinde kadının artık değerin yarısı olan katkı payı alacağının hesabında yine TMK. md. 231 formülüne başvurulacağından, edinilmiş mallar üzerindeki ipotek ve hacizlerin tutarı malların değerini aşacağından ortada yine bir katkı payı alacağı hesaplanamayacak ve kadının hakkı da hayal olacaktır. Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, kadının 1 yıl içinde açacağı katkı payı alacağı davasında;alacak hakkının edinilmiş malların değerinden, bu mallara ait borçların düşülmesinden sonra kalanın yarısı olarak saptanması şeklindeki kural (TMK. md. 231) olması eksiklidir. Yasa maddesi mevcut hali ile, kadının edinilmiş maldaki katkı payı alacağını garanti altına almaktan çok uzaktır.

E. EVLİLİĞİN ÖLÜMLE SONA ERMESİ HALİNDE, KOCA BORCA BATIKSA TMK. md. 240 HÜKMÜ TATBİK EDİLEMEZ

Evliliğin ölüm ile sonra ermesi halinde, sağ kalan eşe TMK. md. 240 ile tanınmış bulunan, ölen eşe ait olup birlikte yaşanılan konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı verilmesi şeklindeki talep hakkı miras hakkından bağımsız olduğundan;

a) Miras ret edilmemiş ise, katılma alacağı TMK. md. 231'deki formüle göre hesaplanacak ve koca borca batık ve edinilmiş mallar üzerinde haciz var ise, kadının aile hukukundan kaynaklanan ka-

[16] Yargıtay 19. H. D. 2001/3431 E. -2001/5033 K. – 28. 06. 2001 T. K.

tılma alacağı çıkmayacak ve ayrıca miras hakkından da eline bir şey geçmeyecektir.

b) Miras ret edilmiş ise, bu durumda da TMK. md. 231 hesap yöntemi uyarınca ortada kadının talep ve tahsil edebileceği bir katılma alacağı, ret edilen mirastan düşecek miras hakkı gibi, olmayacaktır.

Her iki durumda da TMK. md. 240 sağ kalan kadın açısından anlamsız ve etkisiz kalmaktadır. [17]

Öte yandan ölen kocanın borca batık olmasından ötürü mirası ret eden kadın için, terekede bulunan ve eşlerin birlikte yaşadıkları konutta kadına tanınan miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkını düzenleyen TMK. md. 652'nin de bir anlamı, miras ret edildiğinden, kalmamaktadır. Yukarıda (6) no. lu dipnotta belirtilen Yargıtay kararı TMK. md. 240 ve TMK. md. 652 hükümlerini mukayeseli olarak irdelemektedir.

F. BORÇLANMAK KOLAY, AİLE KONUTUNU KORUMAK ZORDUR

Mevcut hukuk düzeni, eşlerin birbirlerine edinilmiş mallarından bir şey bırakmamak adına, danışıklı işlemler yapmalarına müsaittir. Günümüzde geçerli tüketim ekonomisinde borçlanmak son derece kolaydır. Zor olanın aile konutunu korumak olduğu ise apaçık ortada. Eşlerden biri, koca, birlikte paylaşılmış uzun süreli evlilik süresi içinde kendi adına tescil ettirdiği edinilmiş mallardan, kadına hak bırakmak istemiyor ise, borçlanması yetecektir. Böylesine son derece kolay bir yolun, yasa koyucu tarafından kapatılmamış olması, gerek hesapsız işlemlerle ve gerekse kasten yaratılan borçlardan ötürü kadının edinilmiş maldaki katılım payı alacağının aslında hayal olduğunu ortaya koymaktadır.

Tespit edilen sonucun en ilginç yanı ise, bu sonucun ne kamuoyunda ve ne de hukuk ortamlarında tartışmak bir yana, tartışılır bile olmamasıdır. Edinilmiş maldaki katılım payı alacağı konusuna dair metinlerde mal değerinden çıkartılacak mal borcu konusu, gerek teoride ve gerekse içtihatlarda, bir tabu gibi görülmekte ve değinilmeden geçilmektedir.

---

17 Yargıtay 2. H. D. 2008/10102 E. -2009/16381 K. – 01. 10. 2009 T. K. , Yargıtay 2. H. D. 2007 / 5770 E. -2007 / 8197 K. – 16. 05. 2007 T. K.

Ancak, devekuşları bile, ara sıra da olsa kafalarını topraktan çıkartıp, güneşe bakmaktadırlar.

G. SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ :

Hukukun en keyifli yanı, karışık görülen bir uyuşmazlık hakkında ve farklı disiplinlere ait hükümleri izleyerek varılan yalın sonuç olsa gerek. Sonucun değil de, uyuşmazlığın yalın olması, hukukçuları ekonomik ve mesleki kazanımlardan ötürü mutlu etse de, onları sadece sol alt çenedeki dişleri tedavi eden ve sağ alt çeneye müdahale etmekte sıkıntı çeken diş hekiminin "uzman" kişiliği ile baş başa bırakıp, o muhteşem keyiften mahrum kılacaktır.

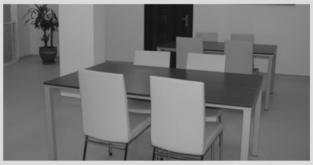
Sırasıyla irdelenen yasa maddeleri ile içtihatlar karşısında kadının katılım payı alacağının öyle sanıldığı gibi mutlak bir yasa güvencesi altında olmadığı ortaya çıkıyor.

Bu halde yapılması gereken, TMK. md. 231 hükmünde yer alan hesap formülünde ve İcra ve İflas Yasasının ilgili maddelerinde, edinilmiş malların tümü için olmasa bile, en azından, aile konutunun veya eşlerin birlikte yaşadıkları konutun yarısı üzerinde eşlerden her birine bir imtiyaz tanımak olmalıdır.

Ya da, "*borca batık kocanın mirasını ret eden kadının evlilik birliği içinde edinilmiş mallardaki katılma payı alacağının yokluğu ve koca borca batık ise evlilik birliği içinde edinilmiş mallarda boşanan kadının katılma payı alacağının hayal olduğu*" gerçeği halının altından çıkarılmalı ve *kadın haklarını projelerle, pantomimlerle ve kadın sığınma evlerini kurumsal hale getirmekle savunduğunu iddia edenler,* bu gerçekle baş başa bırakılmalıdır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Faruk Erem
AVUKAT EVİ



www.barobirlik.org.tr

YENİ HMK VE TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NCE HAZIRLANAN AVUKATLIK KANUNU ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK ÇALIŞMALARINDA AVUKATIN VEKALET ÜCRETİ

Halil YAZGI*

Öncelikle 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri kanunu, henüz TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşüldüğü 2009 yıllarında, gerek Baromuz dergisinde yazdığım bir yazıda ve gerekse TBMM nezdinde bu konuda verilecek mücadeleye katkı olsun diye TBB ne gönderdiğim yazının özetini sunmağa çalışacağım:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği1969 tarihinden sonra 164/son fıkrası ile ilgili Yargıtay'ın birçok kararında, avukatlara ait vekalet ücretinin taraflara ödenmesi gerekeceğine, 1086 sayılı HUMK. nun 375, 388, 389, 417, 421, 423, 424, 427 vd. maddelerine atıfta bulunarak karar vermiştir.

(İİD. 19. 01. 1971 T. E:650/K:514 ; 4. HD. 20. Mayıs 1971/1464 sayılı kararları vs.)

Öğretide de mer'i HUMK nun bu maddeleri gerekçe gösterilerek vekalet ücretinin asile izafe edileceği belirtilmiştir.

HUMK'nun yukarıda mezkur maddeleri ışığında izahat ve yorumlar, Av. K'nun 164/son fıkrasındaki *"karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. "* Hükmünün avukatla iş sahibi arasındaki bir ilişki olduğu sonucuna götürmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu Av. K'nun 164/son fıkrası düzenlemesi paralelinde HUMK'un da ilgili maddelerinde bir düzenleme getirseydi bu hukuki sorun yaşanmayacağı açıktır.

* Avukat, Tekirdağ Barosu

164/son fıkrasının daha da tartışılmayacak açıklığa kavuşturulduğu 2001 Yılı yasa maddesinin değişikliği sonucu bu kez Yargıtay'ın birçok kararında taraf vekillerine verilmesine karar verilmiş ise de Yargıtay'ın eski yıllar görüşünde ısrar eden daireler de olmuş ve bazı meslektaşlarımız haklı olarak sorunun çözümü için İçtihatları Birleştirme Yoluna gidilmesi gerektiği görüşünü öne sürmüşlerdir. (Derdest Dosya Sh. 14-15 Av. Osman KUTMAN)

Gerek öğreti ve gerekse uygulamadaki olumsuz görüşlere cevap veren ve bu konuda görüşüne katıldığım Av. Önder DEDEAĞAÇ'ın internetten alınan makalesini aşağıya sunmakla yetiniyorum:

"Avukatlık Kanunu'nun 164 maddesinde meydana gelen değişiklikten sonra, yargı kararlarında farklı uygulamalar doğmuş ve bazı mahkemeler hüküm fıkrasını yazarken, yargılama gideri olarak kabul edilen avukatlık ücretinin, avukata ait olduğuna karar vermiş bazı mahkemeler ise eskisi gibi taraflar adına hüküm kurmuştur. Konu Yargıtay incelemesine sunulmuş ve önce Yargıtay kararlarında da yerel mahkeme kararlarında olduğu gibi çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır. Ancak Yargıtay kararları arasındaki çelişki daire kararlarında oluşmaya başlayan benzerlik ile giderilmiş ve Avukatlık Kanunu 164. maddesinde yer alan değişikliğin, HUMK 423/6 maddesinin yapısını değiştirmediği ve 29/05/1957 tarih 4/16 Sayılı İBK da belirtildiği gibi ve aynı gerekçelerle, HUMK 423/6 maddesi gereği hüküm altına alınacak olan avukatlık ücretinin taraflar adına karar altına alınması gerektiği, Avukatlık Kanunu 164'te meydana gelen değişikliğin vekille vekil eden arasındaki ilişkide geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Yukarıda belirtilen gelişmeleri değerlendiren Haluk Burcuoğlu Günışığı Dergisi'nde ve internet sitesinde yayınlanan makalesinde ;

- 164. madde hükmünün açık olduğunu, Yargıtay kararlarının bu hükme aykırı oluştuğunu,
- Yargıtay'ın gerekçe bulmakta zorlandığını,
- Hükmün ancak tarafları içerecek şekilde kurulmasına yönelik Yargıtay görüşünün HUMK md. 472 ile bağdaşmadığını belirtmektedir."

Burada altı çizilerek vurgulanmak istenen Av. K. nun 164/son fıkrası TARTIŞMALARININ, HUMK 'daki aykırı hükümlerin olması

nedeniyle HUMK'nun bu maddelerin, 164/son a paralel bir şekilde değiştirilmesi ile sorunun çözüleceğidir.

Ama ne yazık ki halen TBMM Adalet Komisyonunda bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında (bakınız 164/son maddesi) nasıl ters yüz edilmekte ve bu konuda nasıl bir gerekçe ile yeni bir madde ihdas edilerek sorun kökünden çözümleniyor.

Taslağın Yedinci Kısım, Birinci Bölümünün "Yargılama Giderleri" başlığı altındaki:

Vekalet Ücretinin Taraf Lehine Hükmedilmesi

MADDE 334- (1) *Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanun ve tarifeye göre takdir olunacak vekalet ücreti,* ***taraf*** *lehine hükmedilir.*

Gerekçesi :

"**MADDE 334-** Taraflardan biri herhangi bir avukatla vekalet sözleşmesi yaparak, aralarında kararlaştırdıkları ücret karşılığı davada kendisini vekille temsil ettirebilir. Bu sözleşme Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olup, karşılığında avukatın aldığı ücret, yargılama gideri olan vekalet ücretinden farklıdır. Vekalet ücreti, davada haklı çıkan tarafın davasını vekille takip etmesi durumunda, diğer yargılama giderlerinin dışında, lehine hükmedilen bir tutardır. Bu ücret, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanır ve yargılama giderleri kapsamındadır.

1086 sayılı Kanun'un 424 ncü maddesinde, vekil ile müvekkil arasında yapılan davayı takiple ilgili ücret sözleşmesinin esas ve usulü düzenlenmiş olup, yukarıda da ifade edildiği üzere bu husus Borçlar kanununun genel hükümleri çerçevesinde çözümleneceğinden, söz konusu maddenin yargılama usulüyle ilgili bu kanunda yer almasına gerek görülmemiştir.

Maddede, davayı kazanan taraf kendisini vekille temsil ettirmiş ise, onun lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hesaplanan vekalet ücretine karar verilmesi hususu düzenlenmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun *"Avukatlık Ücreti"* kenar başlıklı 164 üncü maddesinin son fıkrasında *"Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti Avukata aittir."* hükmü,

kararın taraflar için oluşturulacağı, onların leh ve aleyhlerine sonuç yaratacağı prensibinin uygulanmasına engel değildir. Avukatlık Kanunundaki bu hüküm, avukat ile müvekkili arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan avukatlık ücreti olmayıp, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca hükmedilen vekalet ücretidir. Dolayısıyla bu ücretin, davayı kazanan taraf lehine yargılama gideri kapsamında hükmedilmesi gerekir."

Yürürlükten Kaldırılan Kanun Hükmü

Madde 424- 421'inci maddenin ikinci fıkrasına ve maddei sabıkanın altıncı numarasına tevfikan takdir olunacak ücretler ancak iki taraf arasında muteberdir. Vekil ile müvekkil arasındaki münasebet hakkında hukuku adliye ahkamı tatbik olunur.

Halbuki Taslak'taki bu madde ve gerekçesi yerine öneri olarak sunmakta olduğum:

Vekalet ücretinin vekil lehine hükmedilmesi

MADDE 334- *Vekil ile takip edilen davalarda mahkemece, kanun ve tarifeye göre takdir olunacak vekalet ücreti, vekil adına ve lehine hükmedilir.*

Gerekçesi :

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin ilk fıkrasında *"Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder."* anlamını bulan ve 164/son fıkrasının özellikle 2001 yılı değişikliği sonucunda *"Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça"* istisna ve engelin madde metninden çıkarılması, kaldırılmasıyla, *"Dava sonunda kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. "* Madde metni ile 1086 sayılı Kanun'un ilgili 388, 389, 417, 421, 423, 424, 472 vb. maddeleri ve hatta iki genel kanun arasında çelişkili gibi görünen teredütü gerek uygulamada ve gerekse öğretideki görüş farklılıklarını gidermek, hukukun bir bütün olduğu ve yasalar arasında aksi hükümler olamayacağı prensibinden hareketle, avukatın kendi alacağı olan vekalet ücretinin iş sahibinin iyi niyet ve insiyatifine terk etmemek ve 164/son fıkrasının ruh ve maksadına uygun olarak yasalar arasında paralellik sağlanmak amacıyla bu madde eklenmiştir." mealindeki madde ve gerekçe mi hukuka uygun düşer;

Yukarıda belirtilen ve halen taslakta yer alan madde ve gerekçesi mi hukuka, savunmayı temsil eden avukatla ilgili Avukatlık kanununun 164/son fıkrasına uygun düşer, yoksa önerdiğimiz madde ve gerekçesinin mi uygun olacağı objektif düşünen tüm hukukçuların takdirindedir.

Esasen HMK Taslağı'nın ilgili madde/lerine bakıldığında taslağın bu hali ile yasalaşması durumunda bu hususta zaten tartışılacak bir konu kalmayacağından biz avukatlarda tartışacak, konuşacak mecal bile bırakılmayacak kadar hep aleyhe ve gerilerden de öte hükümler getirildiği görülecektir.

TBB ve 78 baro ve tabii ki sayısı 75 bine ulaşmakta olan tüm avukat meslektaşların bu konuya eğilip her türlü yasal mücadeleyi vermelidir.

Özellikle verilen mücadelede ayrı yasalarda adeta çelişik düzenleme var ise ve artık

Yargıtay kararlarında da lehe kararlar çıkmış ise o mesleki örgütün ve meslektaşların,

Meslek ve meslektaşları için lehe olan mücadeleyi vermekten başka da görüşleri olmasa gerek.

Olmamalı, olması kabul edilemez de.

HMK nin bu taslak 334. maddesine karşı mücadele etmemek:

1- Mahkemece, avukatın lehine hükmedilen vekalet ücreti üzerinde tarafların anlaşması ve avukatın azledilmesi üzerine avukatın kendisine ait olan vekalet ücretini almasının uzun süre uğraşması ve bazen sonuçsuz kalması ;

2- Sonuçlanan davanın duruşmasından çıktıktan sonra "Avukatım, mahkeme vekalet ücretinin bana verilmesine hükmetti, bunu ne zaman alırız?" sorusunu cevabında ve özellikle müvekkilin memnun kalmadığı mahkeme kararından dolayı tartışmanın sorun yaratması;

3- Karşı tarafın veya avukatının karşı tarafa vekalet ücretini PTT, banka aracılığıyla veya çağırıp vekalet ücretini ödemesinin yasal hiçbir engeli; hatta bunu karşı tarafın avukatının bunu yapmasının, meslektaşına ne halin varsa gör felsefesinin mesleki dayanışmaya bile aykırı olmayacağı bir düşünce doğmasına;

4- Birden fazla avukatla temsil edilen müvekkil/lerin vekalet ücretinin hangi avukat tarafından takibe konulup tahsil edilebileceğinden uygulamada tereddütler oluşmasına;

5- Avukatın vekaletsiz, tartışmasız kendisine ait vekalet ücretini res'en müvekkile dahi haber vermeden tahsil etmesi nedeniyle müvekkilinin vefatı, tüzel kişilik ise vekaletname yenilemede zorluklar yaşanmasına;

6- Bazı tüzel kişiler ve kamu kurum ve kuruluşları, müvekkile sormadan ve hatta yazılı muvafakat almadan artık vekalet ücreti ödememesine; gibi birçok zorluklar bundan sonra daha da vahim bir şekilde yaşanacaktır.

TBB YÖNETİM KURULU KARARI

"……. . 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesindeki düzenlemede; dava sonunda, karar ile tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı şeklinde yapılan düzenleme İŞ SAHİBİ İLE VEKİLİ ARASINDAKİ İLİŞKİYİ DÜZENLEMEKTEDİR ve vekil ile iş sahibi arasındaki ücret uyuşmazlıklarının çözümü için konulmuş bir hükümdür. Bu hüküm ile, karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenen vekalet ücretinin kime ait olacağına ilişkin kural konulmuştur.

HUMK'da ise vekalet(vekil)ücretleri mahkeme masrafları arasında sayılmış ve lehine hüküm verilen tarafça tahsil edileceği belirtilmiştir. *Şikayetli avukatın, kararda davacıdan alınarak, davalıya verilmesine hükmedilen vekalet ücretini, davalı asile göndermesinde 1136 sayılı avukatlık yasası ve meslek kurallarına bir aykırılık görülmediğinden (şikayetçi avukatın)itirazın reddine karar verilmesi gerekmiştir. "*

Gerek baromuz dergisinde yayınlanan ve gerekse TBB'ne gönderdiğim yukarıda özet yazının en son paragrafına, görüldüğü üzere tam da TBMM Adalet Komisyonu'nda Yeni HMK Tasarısı'nın tartışıldığı 2009 yılına denk gelen yine 2009 yılında TBB'nin hemen yukarıdaki kararını yorumsuz eklemiştim.

TBB nin bu kararı, o günkü HMK Tasarısı'nın 334. ve bugünkü Yeni HMK'nın şimdiki yürürlükteki 330. maddesi ve gerekçesini des-

tekler niteliğinden ve örtüşmesinden dolayı yapılan tüm eleştiriler TBB'nin bu kararına da yapılmış sayıldığından ayrıca yorumlamağa gerek kalmamıştı herhalde.

Sonuçta tasarının 334. madde ve gerekçesi aynen yürürlükteki yeni HMK'nın 330. madde ve gerekçesi olarak yerini aldı.

Bu bağlamda şu sıralarda tüm Avukatlık Kanunu'nun üzerinde çalışmalar yapan TBB'nin vekalet ücretinin Av. K.'nundaki 164. maddesi ile ilgili değişiklik önerisine:

Yürürlükteki Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası :

Madde 164-…..

Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.

TBB'nin Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi :

Madde 164 -…. .

Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez**, bu ücret üzerinde vekil eden tarafından tasarrufta bulunulamaz, temlik edilemez, vekil edene ödenmez, vekil eden tarafından belirtilen hususlarda yapılacak tasarruflar geçersizdir. Bu ücretin tahsili için avukat kendi adına icra takibi yapabilir.**

Yeni HMK'nın 330. *"…vekalet ücreti **taraf lehine** hükmedilir."* maddesi ve nihayet TBB'nin yukarıda mezkur ve bu madde gerekçesiyle örtüşen *"……. . 1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesindeki düzenlemede; dava sonunda, karar ile tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı şeklinde yapılan düzenleme İŞ SAHİBİ İLE VEKİLİ ARASINDAKİ İLİŞKİYİ DÜZENLEMEKTEDİR. "* görüşü karşısında **önerilen,** tarafa ait ücret üzerinde vekil eden/kendisine ait taraf nasıl tasarrufta bulunamaz, temlik edemez, tarafa ödenmez, yapacağı tasarruflar geçersiz olur ve dahi nasıl olurda tarafa ait ücretin tahsili için avukat kendi adına icra takibi yapabilir.

Hukukun bütünlüğü ve hukuk normlar arası hiyerarşik düzen herhalde tartışmasızdır. Bu nedenle her kanun kendi başını alıp yürümez. Böyle bir durumda ya yasama ya da yargının müdahelesi gecikmez.

O halde yapılacak şey TBB nin 164. madde değişiklik önerisiyle birlikte ve belki de bundan önce TBB ile barolar ile ve tüm meslektaşlarla sadece (mülga HMUK da ki gibi birçok maddeye serpiştirilmediğinden ve tek maddede artık yerini aldığından) Yeni HMK'nın 330. maddesinin *"…vekalet ücreti **taraf lehine** hükmedilir. "* yerine *"vekalet ücreti vekil lehine ve adına hükmedilir. "* şeklinde değişikliğin mücadelesine vermek olsa gerek. Böyle bir değişikliğin sağlanması TBB'ce bu önerilen yorucu ve sonuçsuz kalması muhtemel uzun uğraşıdan çok daha isabetlidir.

Bilindiği üzere son yıllarda artık bir kanun ile birçok kanunun bazı maddeleri bir çırpıda değiştirilebiliyor. Bunun leh ve aleyhe tartışılırlığı bir yana mücadele nispetinde çok kısa bir sürede HMK'nın 330. maddesi de önerdiğimiz şekilde ve lehe bir değişiklikle sağlanabilir. Şöyle ki TBB'nin hazırladığı Av. Kanunu değişiklik önerisi ile birlikte 6100 Sayılı HMK. nun 330. maddesinin de aynı kanun paketinde ele alınması sağlanabilir.

Bazı sayın meslektaşlarımız TBB'nin bu madde değişiklik önerisi üzerine *"…. . Avukatın bu alacağı kendi adına icra takibine koyması icra takibi vekalet ücretinden vazgeçtiği anlamına gelir. "* şeklinde eleştiri getirirken esasa girmiyor; diğer bir deyişle ya HMK'nın 330. maddesi göz ardı edilmekte veya madde, gerekçe ve örtüşen TBB kararına tüm çelişkiye, hukuka aykırılığa rağmen destek verildiği intibaını uyandırmakta.

Eğer yanlıştan dönmek bir meziyet ise bu meziyet herhalde herkesten ve her meslekten çok bir hukukçuya yakışır; zira hukuk, yoruma muhtaç bilimlerin başında gelir ve yorum yanlışlığa açıktır.

Konu ile ilgili mülga HUMK'nun yukarıda özetlediğimiz geçirdiği evreleri ve HMK. nun 330. madde, gerekçesi ve TBB kararı karşısında Bazı meslektaşlarımızın *"sorun, genel kanun, özel kanun sorunudur. "* görüşüne de katılmak mümkün değildir.

Bir mahkemenin *"…A. Ü. T. gereğince hesap olunan 1200. -TL. ücreti vekaletin birbirlerinden alınıp yek diğerine verilmesine …. "* veya bir başka mahkemenin yine "…. A. Ü. T. ne göre belirlenen 600. -TL. vekalet

ücretinin davacı ile davalı arasında alınıp verilmesine…. . *" kararları avukata ait Vekalet ücretinin Avukatlık Kanunu'nun yürürlükteki 164. maddesinin"* bu ücret takas edilemez. " maddesine aykırı mı, yoksa takas kastedilmemiştir, yoksa HMK'nın 330. maddesini uygulamak mıdır? Uygulamayı izleyeceğiz.

Yeni HMK'daki değişiklikler üzerinde birçok yazı yazan meslektaşların ve bazısının TBB Dergisi'nde yayınlanan yazılarında avukatlık vekalet ücreti ile ilgili bu yeni ihdas edilen 330. maddesine ve yine açıklamağa çalışacağım HMK'nın 340. maddesine hiç mi hiç dokunmamaları çok ciddi anlamda garip ve üzücü değil mi? Hiç değilse sadece yazarlığını yaparsanız, birileri çıkar yorumlar.

Yine Avukatlık Vekalet Ücreti İle İlgili yeni HMK'nın 340. Maddesine Gelince :

Madde 340 – (1) Adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine Baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti yargılama gideri olarak Hazineden ödenir.

Gerekçe :

Madde, esas itibariyle 1086 sayılı Kanun'un 472'nci maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir. Maddeyle, adli yardım kararıyla atanan avukatın, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre hak ettiği ücret ile takip ettiği dava veya takip sırasında yapmış olduğu giderleri talep ve tahsile yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Adalet Komisyonunda "*Adli yardımdan yararlanan kişi için atanan avukatın, ücretini aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil etmesi, uygulamada kolay olmayacaktır. Ayrıca Adalet Bakanlığı bütçesinde öngörülen giderin ödenebileceği bir ödeme kalemi bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alınarak madde bu şekilde değiştirilmiştir. Adli yardımda, kamu hizmeti niteliğindeki mesleğin bir gereği olarak avukat, sözleşme serbestisi içinde olmadan, kamusal bir hizmet gereği olarak adli yardım görevini yerine getirmektedir. Bu sebeple en azından asgari olarak ücretini bir endişe taşımadan alabilmelidir. "*doğrultusunda madde değiştirilmiştir.

Yürürlükten kaldırılan Kanun Hükmü

Madde 472 – Müzaheretı adliyeye nail olan kimse için tayin edilen vekil kendi ücret ve masrafını aleyhine hüküm verilmiş diğer taraftan

doğrudan talep ve istihsale mezundur. 430. madde metni ile gerekçe ve Adalet Komisyonu gerekçesi birbirinden farklılık gösteriyor.

Madde metni, gerekçede belirtildiği gibi sadece sadeleştirilerek günümüz Türkçesine uyarlanmamış, beraberinde önemli değişiklikler getirmiş. Mülga 472. maddedeki ne "*aleyhine hüküm verilmiş diğer taraftan*" ve ne de "avukatın doğrudan talep ve tahsile yetkili iken " artık 430. madde de bu ifadeler bulunmamaktadır. Aksine avukatlık vekalet ücreti, Hazine tarafından ödeneceği hükmü getirilmiştir.

430. madde de belirtilen hazine tarafından ödenecek olan avukatlık ücreti, adli yardımdan yararlandırılan kişi yerine ödenecek olan avukatlık vekalet ücretimi, yoksa karşı tarafa yüklenecek olan avukatlık vekalet ücretimidir? Eğer adli yardımdan yararlandırılan kişi yerine ödenen vekalet ücreti ise zaten bu ücret halen Av. K.'nun adli yardım ile ilgili bölüm maddeleri doğrultusunda avukata ödenmektedir.

O halde yukarıda tartışılan 330. maddeye paralel olarak burada da mülga 472. maddede avukata tanınan vekalet ücretini ve doğrudan takip ve tahsil yetkisi kaldırılıyor.

Yok eğer Adalet Komisyonu'nca belirtilen "*…Adli yardımdan yararlanan kişi için atanan avukatın, ücretini aleyhine hüküm verilen taraftan tahsil etmesi, uygulamada kolay olmayacaktır…. "* gerekçeye göre karşı tarafa yüklenen avukatlık vekalet ücreti ise Hazine, adli yardım ile ilgisi olmayan kişi yerine neden böyle bir ödeme yapsın. Kısaca taraflar yerine devlet vekalet ücreti ödeyecektir. İster adli yardımdan yararlanan kişi yerine avukata ödenen vekalet ücreti kastedilsin ister karşı tarafa yüklenen avukatlık vekalet ücreti kastedilsin, ister taraflar yerine avukatlık vekalet ücretleri kastedilsin TBB üzerinde çalışılan avukatlık değişiklik çalışmalarının ilgili maddelerinde avukat lehine olacak şekilde bir değişiklik hazırlanmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 25. 01. 2011
E. 2010/7-192
K. 2011/1

* **Mahkeme kararlarının, karşı oy da dahil olmak üzere gerekçeli olarak yazılması zorunludur**

* **Hükmün gerekçeyi ihtiva etmemesi hukuka kesin aykırılık halini oluşturur.**

(T. C. Anayasası m. 141; 5271 sayılı CMK m. 34, 230, 289/1-g 196 ; 1412 sayılı Yasa m. 308/7; Yargıtay İç Yönetmeliği m. 27)

Sanığın haksız mal edinme suçundan, 3628 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca 3 yıl hapis ve 1. 000 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, 14. madde uyarınca haksız edinilen malların karşılığı olan bedelin hazineye ödenmesine, bir adet evin zoralımına ve aynı Yasanın 15. maddesi uyarınca müebbeten kamu hizmetlerinden yasaklanmasına ilişkin, Tekirdağ 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 29. 05. 2007 gün ve 314-263 sayılı hükmün, sanık müdafii ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 16. 07. 2009 gün ve 15466-8706 sayı ile;

"3628 sayılı Yasanın 4. maddesinde 'Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakı-

mından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır' denilmektedir.

Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 03. 02. 1998 gün ve 7/288-11 sayılı kararında da belirtildiği üzere haksız mal edinme suçları ani suç niteliğinde olduklarından, suç tarihi mal veya paranın edinim tarihi olup, buna göre kooperatif hisselerinde kooperatife son ödeme tarihinin suç tarihi olduğu da gözetilerek, sanığın kendisi, eşi ve çocukları adına tüm mallarının araştırılıp sanığın kooperatiflere üye olduğu tarihler itibariyle ve üyeliklerinin devamı süresinde yaptığı ödemeler ve edinim tarihleri belirlenerek suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan 765 sayılı TCK'nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı kapsamında olmayan mallar yönünden yeniden hukukçu, emlakçı ve muhasebeci olmak üzere konusunda uzman üç kişilik bilirkişi heyetine incelettirilerek, sanığın savunmaları da değerlendirilip, yasal ve genel ahlaka uygun gelirleri ile giderleri denetime imkan verecek şekilde karşılaştırılarak edinimlerinin tamamının veya bir kısmının haksız mal edinme niteliğinde olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporları ve eksik soruşturmaya dayanılarak yazılı şekilde hüküm tesisi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Tekirdağ 2. Asliye Ceza Mahkemesince 07. 12. 2009 gün ve 298-857 sayı ile;

"*Tekirdağ C. Başsavcılığının 2004/1081 esas sayılı iddianamesi ile haksız mal edinme, gizleme suçundan sanık hakkında kamu davası açılmış olup, sanığın 3628 sayılı Yasanın 13, 14, 15. maddeleri uyarınca cezalandırılması talep olunmuştur.*

Yapılan önceki yargılama sırasında sanık savunmasında; atılı suçlamayı kabul etmediğini, gümrük ve muhafaza müdürlüğünde muamele memuru olarak görev yaptığını, mesai dışında ticaretle uğraştığını, Malkara'da hayvancılık ve tarım işi ile uğraştığını, mazbut bir yaşantısının olduğunu gece hayatı ve kötü alışkanlıklarının olmadığını, görevi gereği mesaileri ve ikramiyelerinin olduğunu, tespit edilen mallarını bu şekilde kazandığını, her dönem düzenli olarak mal beyanında bulunduğunu, yalnız Barbaros Beldesindeki yazlığının beyanını 2000 yılındaki beyannamede ve 1996 yılındaki beyannamelerinde beyan etmesi gerekirken 1992 yılında beyan ettiğini, bunun dışında kasten gizlediği herhangi bir gelirinin olmadığını, bunu da sehven yaptığını beyan etmiştir.

Dinlenen tanıklar E. Ş. , N. D. ve Y. Ö. yeminli beyanlarında sanığın gümrük muhafaza müdürlüğünde muamele memuru olarak çalıştığını, çalışma süresi içinde zaman zaman memuriyetinin dışında Malkara'da ailesi ile birlikte çiftçilik ve hayvancılık da yaptığını, arsa, ev araba alım satım işlerini de yaptığını beyan etmişlerdir.

Bilirkişi C. H. 'nin 19. 09. 2005 tarihli raporunda sanığın çiftçilik ve hayvancılık gibi bir takım işlerden ek gelir elde ettiğinin kabulü halinde bu gelirlerin belgeye dayalı olmaması ve bu nedenle miktarının tespit edilememesi ayrıca asıl geçim kaynağı olan yasal memuriyet maaş, mesai benzeri gelirleri ile söz konusu miktar ve değerdeki mal varlığının edinebilmesinin imkan dahilinde olmadığı, sanığın haksız mal edinmek, gizlemek suçunun yasal unsurlarının oluştuğu bildirilmiştir. Toplanan deliller çerçevesinde mahkememiz 2004/314 esas, 2007/263 karar sayılı 29. 05. 2007 karar tarihli kararı ile sanığın mahkumiyetine haksız elde edildiği tespit olunan menkul ve gayrimenkullerin de zoralımına ve sanığın 3628 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca müebbeten kamu hizmetlerinden yasaklanmasına karar vermiştir,

Sanık ve müdafiinin sözkonusu kararı temyizi sonucu dosya Yargıtay 7. Ceza Dairesince 'suç tarihinin mal veya paranın edinim tarihi olduğu buna göre kooperatif hisselerinde kooperatife son ödeme tarihinin suç tarihi olduğu da gözetilerek sanığın kendisi, eşi ve çocukları adına tüm mallarının araştırılıp sanığın kooperatiflere üye olduğu tarihler itibarıyla ve üyeliklerinin devamı süresinde yaptığı ödemeler ve edinim tarihleri belirlenerek, suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan 765 sayılı TCK'nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı kapsamında olmayan mallar yönünden yeniden hukukçu, emlakçı ve muhasebeci olmak üzere konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi heyetine incelettirilerek sanığın savunmaları da değerlendirilip yasal ve genel ahlaka uygun gelirleri ile giderleri denetime imkan verecek şekilde karşılaştırılarak edinimlerinin tamamının veya bir kısmının haksız mal edinme niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekir' gerekçesi ile mahkememiz kararının bozulması üzerine yeniden yargılamaya devam olunmuştur.

Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasında; mahkememizin önceki kararında direnilmesini talep etmiştir.

Toplanan delillere ve tüm dosya kapsamına göre, her ne kadar Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bozma ilamında sanığın kendisi, eşi ve çocukları adına tüm mallarının araştırılmadığı ve kooperatife üye olduğu tarihler itibarıy-

la üyeliklerinin devamı süresinde yaptığı ödemelerin tespit edilmediğinden bahisle önceki kararımız bozulmuş ise de, dosya içeriğine göre sanığın kendisi, hanımının ziynet eşyaları, oğlunun arabası yapılan araştırmalar sonucu tespit edilmiş ve sanığın S. S. A. Konut Yapı Kooperatifi ile yine S. S AY. Konut Yapı Kooperatiflerine üyeliklerinin devamı süresince yaptığı ödemelerin liste halinde dosyaya getirtildiği ve dosya üzerinde Sayıştay emekli uzman denetçisi C. H. ile Tekirdağ Vergi Dairesi Başkanlığında vergi denetmeni olan C. A. ile M. Ö. tarafından ayrı ayrı düzenlenen bilirkişi raporlarında sanığın yasal ve genel ahlaka uygun gelirleri ile giderlerinin denetime tutulması sonucu edinimlerinin büyük bir kısmının haksız mal edinme niteliğinde olduğunu bildirmişlerdir. Bu nedenlerle Yargıtay 7. Dairesinin bozma ilamı karşısında önceki kararda aşağıdaki şekilde direnilerek hüküm kurulmuştur" gerekçesiyle; *sanığın, eylemine uyan 3628 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca 3 yıl hapis ve 1. 000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, fülden sonraki ve yargılama sürecindeki tutum ve davranışına göre hakkında TCK 62. maddenin uygulanmasına takdiren yer olmadığına, haksız olarak elde ettiği tespit olunan ancak temin edilmesi mümkün bulunmayan Tekirdağ Karlık Mevkindeki 7892 metrekarelik arsanın 1/4 hisse karşılığı olan 10. 04. 2004 tarihli resmi satış senedindeki satış bedeline göre 5. 500 TL'nin, 10. 000 Alman Markının suç tarihindeki kura göre değeri olan 2. 789. 00 TL'nin, 2. 000 ABD Dolarının suç tarihindeki kura göre değeri olan 1. 000. 00 TL'nin, 70. 000. 000 TL'lik ziynet eşyasının suç tarihindeki karşılığı olan 1. 238. 00 TL'nin, 208. 000. 000 TL'lik alacağın suç tarihindeki karşılığı olan 3. 677. 00 TL' nin, 1998 model Uno marka otonun suç tarihindeki değeri olan 3. 500. 00 TL'nin, Tekirdağ Y. Mah. B. Y. Mevkindeki 82 pafta, 1. 818 ada, 9 parseldeki 10 nolu bağımsız dubleks meskenin (dünürü İ. E. 'ye satılmış olarak gösterilen) suç tarihindeki değeri olan 30. 000. 00 TL nin, 3628 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca ayrı ayrı hazineye ödenmesine, ve bu konuda Amme Alacaklarının Tahsili Usulu Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına, Tekirdağ B. Beldesi Madenler Mevkiinde 12 pafta, 4526 parseldeki dubleks dairenin 3628 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca zoralımına, 3628 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca müebbeten kamu hizmetlerinden yasaklanmasına, vekalet ücretine, yargılama giderine..."* hükmedilmek suretiyle, önceki hükümde direnilmiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii ile katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istek-

li 10. 08. 2010 gün ve 169526 sayılı tebliğnamesi ile Birinci Başkanlığa gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Tekirdağ Gümrük Muhafaza Müdürlüğü'nde muamele memuru olarak görev yapmakta olan sanık K. T. 'nin, 01. 01. 2000 tarihinde verdiği mal beyannamesinden yola çıkılarak yapılan araştırma sonucunda haksız mal edindiğinin saptandığından bahisle cezalandırılmasına karar verilen olayda; Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, kararın eksik soruşturmaya dayalı olarak verilip verilmediği hususuna ilişkin ise de; verilen hükmün yasaya uygun ve yeterli gerekçeyi taşıyıp taşımadığı hususunun Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle çözüme kavuşturulması gerekmiştir.

Ceza Genel Kurulunun 15. 03. 2005 gün ve 13-26 sayılı kararı başta olmak üzere konuyla ilgili tüm diğer yargısal kararlarda da duraksamasız olarak vurgulandığı üzere, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141 ve 5271 sayılı CYY'nın 34. maddeleri uyarınca bütün mahkeme kararlarının, karşı oy da dahil olmak üzere gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Hükmün gerekçesinde ise CYY'nın 230. maddesi uyarınca, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin gösterilmesi, bunun nitelendirmesinin yapılması, Ceza Yasasında öngörülen sıra ve esaslara göre cezanın ve ayrıca cezaya mahkûmiyet yerine veya yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine ya da ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususa ilişkin istemlerin kabul veya reddine dair dayanakların gösterilmesi gerekmektedir. Hükmün gerekçeyi ihtiva etmemesi ise, 1412 sayılı Yasanın 308/7 ve 5271 sayılı CYY'nın 289/1-g bendi uyarınca hukuka kesin aykırılık halini oluşturacaktır. Hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun şekilde açıklanması biçiminde tanımlanan gerekçede, hükme esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanakların da, geçerli, yeterli ve yasal olması gerekir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye daya-

nılmadan karar verilmesi, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime olanak sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Somut olayda, yerel mahkemenin 07. 12. 2009 gün ve 298-857 sayılı direnme kararında, gerekçenin altı paragraftan ibaret olduğu, ilk paragrafta, hangi suçtan ve hangi yasa maddeleri uyarınca dava açıldığının özetlendiği, daha sonra sırasıyla; ikinci paragrafta sanık savunmasının, üçüncü paragrafta tanık ifadelerinin, üçüncü paragrafta bilirkişi raporunun, dördüncü paragrafta ise Yargıtay bozma kararına yer verildiği, bunun ardından çok kısa olarak Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki savunmasından bahsedildikten sonra, son paragrafta niçin direnildiğinin belirtildiği, buna karşılık 5271 sayılı CYY'nın 230. maddesinin 1/c bendine uygun şekilde ulaşılan kanaat ve sanıkların suç oluşturduğu kabul edilen fiillerine açıkça yer verilmediği, delillerin birbiri ardı sıra dizilmesi dışında, deliller ile varılan sonuç arasındaki dosya kapsamına uygun, mantıksal ve hukuksal bağın da kurulmadığı görülmektedir.

Bu nedenle, T. C. Anayasası, 5271 sayılı CYY ve Ceza Genel Kurulu Kararları ile ortaya konulmuş bulunan ilkeler uyarınca, aralarında bağlantı kurulmaksızın, sırf delillerin arka arkaya sıralanması ile oluşturulmuş olan metnin, "yeterli ve geçerli bir gerekçe" niteliğini taşıdığı söylenemeyeceğinden, yasal bir gerekçeyi içermeyen hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yerel mahkeme direnme hükmünün, sair yönleri incelenmeksizin öncelikle saptanan usule aykırılık nedeniyle BOZULMASINA,

2- Dosyanın, Tekirdağ 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, tebliğnameden farklı düşünce ile 25. 01. 2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 25. 01. 2011 * Bozma sonrası yeni kanıtlara dayanılmış ve ilk hükümde yer almamasından dolayı Özel Daire denetiminden geçmemiş yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurulmuş olması karşısında, bu konuların ilk kez Ceza Genel Kurulunca incelenmesi olanaklı görülmediğinden, hükmün Özel Dairece incelenmesi gerekmektedir.

E. 2011/4-8

K. 2011/9

Sanık E. B. 'nin

Hakaret suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 125/1- 4 ve 53. maddeleri uyarınca iki kez 7 ay hapis,

Kasten yaralamaya teşebbüs suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 86/2-3-e, 35/2 ve 53. maddeleri uyarınca 5 ay 7 gün hapis,

Silahla tehdit suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 106/2-a, 43/1- 2 ve 53. maddeleri uyarınca 4 yıl hapis,

Ruhsatsız silah taşıma suçundan, 6136 sayılı Yasanın 13/1, TCY'nın 52 ve 53. maddeleri uyarınca 2 yıl hapis ve 1. 200 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Karadeniz Ereğli 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 03. 12. 2008 gün ve 435-869 sayılı hüküm, sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesince 21. 12. 2009 gün ve 11702-20826 sayı ile;

"*Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre, koşulları bulunmayan duruşma isteğinin reddiyle yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.*

Ancak;

1- Sanık müdafiinin, D. B. 'nin tanık olarak dinlenmesi isteği, yasal olmayan gerekçelerle reddedilerek, savunma hakkının kısıtlanması,

2- Sanığın savunmaları ve sanık müdafiinin, son oturumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması isteği karşısında; katılan H. A. 'nın, aracını sanığın evinin önüne park etmesinin haksız bir davranış sayılıp sayılmayacağı hususu araştırılıp, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi üzerinde de durularak, TCY'nın 29. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması,

3- TCY'nın 3/1. maddesinde açıklanan 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' şeklindeki 'orantılılık' ilkesi gözetilmeyerek sanık hakkındaki temel cezaların alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi,

4- Sanık hakkında, yaralama ve tehdit suçlarından verilen cezalardan dolayı, TCY' nın 35/2, 43/1-2. maddeleri gereğince indirim yapılırken, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden, indirim oranlarının sanığın lehine olacak şekilde uygulanmaması,

5- Yasak silah taşıma suçunda, temel para cezasının niteliği belirtilmeden '60 tam gün belirlenmesine' şeklinde hüküm kurulması," isabetsizliklerinden bozulmuştur.

Yerel mahkeme ise 23. 03. 2010 gün ve 10-101 sayı ile;

"*…Bozma nedenleri ve bunlara karşı mahkememizin uyma direnme gerekçeleri aşağıda tek tek irdelenmiştir:*

1-Sanık müdafiinin, D. B. 'nin tanık olarak dinlenmesi isteği yasal olmayan gerekçelerle reddedilerek savunma hakkının kısıtlandığı belirtilmiştir.

Sanık müdafii, kollukta dinlenen sanığın eşi D. 'nin duruşmada dinlenmesini talep etmiş ve 08. 11. 2008 tarihli duruşmada; 'tüm dosya içeriği (ve dolayısıyla D. 'nin kolluk beyanı içeriği de...) ve diğer tanık beyanlarına göre olayın çözümüne katkısı olmayacağı kanaatine varılarak' şeklindeki gerekçe ile talebin reddine karar verilmiştir. Bozma sonrasında bu gerekçe açısından bozmaya uyulmuş, D. 26. 02. 2010 tarihinde dinlenmiştir.

2-Sanığın savunmaları ve sanık müdafiinin son oturumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması isteği karşısında; katılan H. A. 'nın, aracının sanığın evinin önüne park etmesinin haksız bir davranış sayılıp sayılmayacağı hususu araştırılıp olayın çıkış nedeni ve gelişmesi üzerinde de durularak, TCK'nun 29. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmadığı belirtilmiştir.

Mahkememizin 03. 12. 2008 tarihli gerekçeli kararının kanaat kısmında olayın çıkış nedeni ve gelişmesi; 'Olay günü 271 promil alkollü olan sanık ile katılan H. arasında park meselesi yüzünden tartışma çıktığı, H. 'nin, sanığın uyarısı üzerine aracını evin önünden kaldırmasına rağmen sanığın H'ye alenen hakaret içeren sözler söylemeye başladığı...' şeklinde açıklanmış ve neden haksız tahrik hükümlerinin uygulanmadığı yine cümle içerisinde açıkça

ortaya konmuştur. Buna göre olaydan yaklaşık 2,5-3 saat sonra 2,71 promil alkollü olduğu tespit edilen sanıkla katılan H. arasında park meselesi yüzünden çıkan tartışmada, sanığın uyarısı üzerine H. 'nin hiç itiraz etmeksizin aracını başka bir yere kaldırmasından ve buna rağmen iddia edilen suçların işlenmesinden ibaret eylemde haksız tahrik hükümlerinin uygulama olanağının bulunmadığı açıktır.

Aracın ilk park edildiği yer itibariyle H. 'nin hatalı olduğu kabul edilse de; uyarı üzerine bu hatanın derhal giderilmesi halinde bile davaya konu fiilleri gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nun 29. maddesi gereğince lehe değerlendirme yapmanın, kanun koyucunun gerçek amacına ve hukukun temel ilkelerine aykırı bir sonuç doğuracağı kesindir. Kaldı ki; katılan H. 'nin, aracını sanığın evinin önüne park etmediği; park ettiği yer itibariyle hiçbir şekilde sanığın penceresini kapatmadığı ve park etme fiilinin, sanık lehine değerlendirme yapmaya yetecek ölçüde haksız fiil niteliğini taşımadığı olay yerinde yapılan keşifte tespit edilmiştir.

Görüldüğü üzere mahkememizin bu yöndeki (bozma öncesi) kabulünün, keşifte müşahâde olunan duruma aykırı düşmediği ortaya çıkmıştır.

Haksız tahrik hükümlerinin uygulanmamasına ilişkin mahkememiz takdiri, yine gerekçeli kararın kanaat kısmının son paragrafında; 'Olay günü sanığın 271 promil alkollü olması, arabayı çekme uyarısına katılan H. 'nin, itiraz etmeksizin uymasına rağmen sanığın küfür etmeye başlaması, tüm uyarılara rağmen sanığın ısrarla suç içeren davranışlarına devam etmesi...' şeklindeki cümlelerle açıkça ortaya konmuştur.

Mahkememizin suçun işlenişine dair bu kabulünün, oluşa aykırı düştüğüne ilişkin herhangi bir tespit ya da bozma gerekçesi de mevcut değildir. Bu oluş, tüm dosya içeriği ve tanık beyanlarıyla desteklenen katılan beyanlarıyla sabittir.

Bozma sorası dinlenen sanığın eşi D. olayın başlangıcını; 'ben sanığın eşiyim. Katılan H. olaydan önce birkaç defa bizim oturma odamızın penceresinin hemen altına aracını park ediyordu. Birkaç defa park ettiği sırada yüksek sesle müzik dinlediğini fark ettim. Eşim balıkçı olduğu ve eve geç geldiği için bu durumdan rahatsız oldum ve bu durumu eşime anlattım. Olay günü yine H. saat 00. 30 civarında aracını yine aynı yere çekti ve yüksek sesle müzik dinliyordu. Aracı park ettikten sonrada yaklaşık 5 dakika kadar müzik dinlemeye devam etti' şeklinde anlatmışsa da; olay günü söylendiği şekilde H. 'nin pencere kenarında yüksek sesle müzik dinlemediği tanık İ. tarafından ve dahası

katılan H'nin çevreyi rahatsız edici hiçbir davranışının olmadığı tüm tarafsız tanıklar tarafından belirtilmiş; yargılama sırasında samimiyetleri bizzat müşahede olunan tarafsız tanık beyanlarına itibar edilmiştir.

Bozma sonrası ayrıntılı bir şekilde dinlenen tanık beyanlarından ve olay yerinde yapılan keşiften de anlaşılacağı üzere; olay mahallinde park sorununun bulunduğu site sakinlerinin uygun buldukları herhangi bir yere araçlarını park etmesinin normal olduğu da sabittir. Katılan H'nin genel olarak kişiliğiyle ilgili tarafsız tanıkların olumlu beyanlarının gerçeğe uygun olduğu; katılan H'nin, eğitimi, işi ve maddi imkânları itibariyle park ettiği yerde yüksek sesle ve çevreyi rahatsız edecek şekilde müzik dinlemeyi normal karşılayacak bir kişiliğe sahip olmadığı; istediği takdirde evinde de müzik dinleme imkanının bulunduğu müşahâde olunmuştur

Dolayısıyla katılan H'nin, sanığın evinin yanına, 2 metre yüksekliğindeki penceresinin altına önünü kapatmayacak şekilde araç park etmesinden ibaret eyleminin sanığı suç işlemeye sevk edecek ve lehe uygulama yapmayı gerektirecek ölçüde haksız fiil niteliğini taşımadığı; park sonrası araç içerisinde yüksek sesle müzik dinlemediği, bununla birlikte sanığın uyarısı üzerine aracını bulunduğu yerden başka bir yere çekmesine rağmen müsnet suçların işlendiği sabit olduğundan bir önceki gerekçeli kararda da bahsedildiği üzere TCK'nun 29. maddesi gereğince cezada indirime gidilmemiştir.

3- TCK'nun 3/1. maddesinde açıklanan 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' şeklindeki orantılılık ilkesi gözetilmeyerek sanık hakkındaki temel cezaların alt sınırdan uzaklaşılarak belirlendiği tespit edilmiştir.

Bozma ilamında da belirtildiği üzere TCK'nun 3/1. maddesinde; 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Buradaki temel ölçüt, işlenen fiilin ağırlığıyla belirlenen ceza arasındaki orantılıktır. Bu orantılılık kavramı, sadece cezanın fazla tayinini değil aynı zamanda işlenen fiile nazaran belirlenen cezanın hafifliğini de içermektedir. Ancak burada hangi miktardaki cezanın, işlenen fiile göre orantılı olduğuna dair herhangi bir ölçüt belirlenmemiştir. Bu ölçütün belirlenmesi bakımından TCK'nun 1 ve 61/1. maddelerine bakmakta zorunluluk bulunmaktadır.

TCK'nun 1. maddesi Ceza Kanununun amacını; 'Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi,

toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir...' şeklinde hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklamıştır. TCK' daki maddelerde suç olarak tanımlanan füllerle ilgili olarak şahısların belirli şekillerde cezalandırılacağı açıkça belirtilmesine rağmen Ceza Kanununun amacı, suç işleyen şahısların tek tek cezalandırılması olarak belirtilmemiş, aksine suç olarak tanımlanan füllerin işlenmesinin önlenmesi; Kişi hak ve özgürlüklerinin, kamu düzen ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının ve çevrenin, toplum barışının korunması temel amaç olarak benimsenmiştir.

Bu düzenlemeden hukuk uygulayıcısı olarak çıkarılacak sonuç: ceza yargılamasının nihai amacının, suç olarak tanımlanan fülleri gerçekleştiren şahısların cezalandırılmasından önce TCK'nun 1. maddesinde açıkça belirtilen amacın gerçekleştirilmesi olmalıdır. Bu da; işlenen bir suçta sadece olayın taraflarını ve oluşan şahsi zararları değil işlenen suçla bozulan kamu düzeni ve güvenliği ile birlikte maddede tanımlanan diğer amaçların da birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

İşlenen bir suçla; TCK ile güvence altına alınan sosyal hayatın zorunlu unsurlarının hangi oranda zedelendiğini, hukuk sisteminin bireylere tanıdığı temel hak- özgürlüklerin hangi oranda ihlal edildiğini ve suçun işlenmesinin ne şekilde ve hangi miktardaki cezayla önlenebileceğini ve dolayısıyla TCK'nun 3. maddesindeki orantılılığı tayin etme görevi CMK'nun 182 ile 232. maddeleri arasında öncelikle ve birincil olarak yargılamayı gerçekleştiren Hâkime verilmiştir. Çünkü görev yaptığı yer ve içinde yaşadığı toplum itibariyle hakimin; işlenen suçla, genel olarak kamu düzeninin ne derece bozulduğunu, temel hak ve özgürlüklerin hangi oranda ihlal edildiğini ve tek tek bireylerden oluşan toplumda suç işlenmesinin ne şekilde önlenebileceğini direkt olarak belirleyebilme imkanı mevcuttur. Bununla birlikte yargılama sırasında sanıkla, katılanla, tanıklarla, (olay yeri de dahil) tüm delillerle ve işlenen suçun bireysel-toplumsal sonuçlarıyla bire bir yargılamanın hâkimidir.

Dolayısıyla TCK'nun 1. maddesinde belirlenen amaçların ne şekilde sağlanacağını ve hangi oranda ceza tayin edileceğini belirleme görevinin, görev yaptığı yer itibariyle içinde yaşadığı toplumun bir üyesi olarak yargılamanın Hâkimine verilmesi, aynı zamanda hayatın olağan akışının da bir gereğidir. Ceza Kanununun amacının ne şekilde gerçekleşeceği bireylere göre farklılık arz ettiği gibi (cezanın kişiselleştirilmesi), tek tek bireylerden oluşan toplum ve o toplum içinde gerçekleşen suç konusu füllerin niteliğine ve ağırlığına göre de bu amaçların temini bakımından farklılık oluşacağı muhakkaktır. Suç

işlemiş bir şahıs için artık 'Suç işlenmesinin önlenmesi' nin temini düşünülemeyeceğine, en azından birincil amacın bu hususun temini olduğu kabul edilemeyeceğine göre kanun koyucunun ceza yargılamasındaki asıl amacının, toplumun bireyleri tarafından işlenmesi muhtemel suçların önlenmesi olduğu açıktır. Bu anlamda cezanın kişiselleştirilmesiyle birlikte tek tek bireylerden oluşan toplumların özellikleri itibarıyla; ceza uygulamasındaki orantılılığın farklı bir şekilde değerlendirilmesi de gerekmektedir. Belirli bir toplum ölçeğinde belli bir suç tipinin yoğun ve pervasız bir şekilde işlenmesi durumunda hukuk uygulayıcısının; cezanın TCK'nun 61/1. maddesi kapsamında tayinine, 50, 51, 62 ve CMK'nun 231/5. maddelerindeki sanıklar lehindeki uygulamalara farklı bir bakışının olması gerektiği muhakkaktır. Çünkü her toplumsal çevrede bozulan kamu düzeni ve güvenliğinin niteliği, hukuk düzenince bireylere sağlanan temel hak ve özgürlüklerin ihlal derecesi ve o toplum ölçeğinde ceza yargılamasının sonuçlarının, diğer bireylerce ne şekilde algılandığı ve genel olarak suçun ne şekilde önlenebileceği farklılık arz edecektir.

Tüm bu soyut açıklamalar doğrultusunda somut olaya ve suç konusu füllerin gerçekleştiği toplumsal yapıya ve genel olarak işlenen suçların nitelik ve niceliğine bakıldığında;

Yaklaşık 3 yıllık görev süremiz içerisinde yüksek alkolün ve özellikle ruhsatsız silahın eşlik ettiği, kişi hak ve özgürlüklerini yoğun biçimde örseleyen; kamu düzen ve güvenliğini, kamu sağlığını, toplum barışını ciddi bir biçimde ihlal eden yüzlerce olaya şahit ve tarafımızca bizzat yargılamaları ifa olunmuştur. Dolayısıyla toplumsal yapıyı oluşturan bireylerin hangi suç tipine daha fazla yatkın olduğu, TCK'nun 1. maddesinde belirlenen amaçlarla korunan değerlerin hangi şekilde ve ne derecede ihlal edildiği; suçla oluşan mağduriyetin ne şekilde giderileceği ve suç işlenmesinin ne şekilde önleneceği hususunda doğrudan uygulamaya dayalı tecrübelerimiz mevcuttur. Yargılaması yapılan suç konusu füllere Ceza Kanununda belirlenen amaçların temini için bu tecrübeler doğrultusunda bakmamız ve uygulamayı buna göre yapmamız, Hâkimlik mesleğinin gereği olduğu gibi hayatın olağan akışının da zorunlu bir sonucudur. Ve mesleğimizin gereği dâhilinde, suç konusu fülin özelliklerine göre TCK'nun 3/1. maddesinde tanımlanan orantılılık, alt sınırdan aşılarak cezaların tayiniyle sağlanmıştır.

Orantılılığın tespiti bakımından TCK'nun 61/1. maddesinde de ölçütler belirlenmiştir. Buna göre cezanın belirlenmesinde; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kulanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suç ko-

nusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saikinin nazara alınması zorunludur. Bu ölçütler doğrultusunda somut olaya bakıldığında 03. 12. 2008 tarihli gerekçeli kararımızın kanaat kısmının son paragrafın da açıklandığı üzere sanığa isnat olunan suç konusu füllerde TCK'nun 61/1. fıkrasının a, b, c, e, f bentleri açısından mahkememizin alt ve üst sınırlar dâhilinde cezanın tayinini etkileyen özellikler mevcuttur.

Bir kere olay, (Kara Yolları Trafik Kanunu uygulamasındaki ölçüt kabul edildiği takdirde) normalin 5 misli alkol fazlasının eşlik ettiği bir olay olmakla birlikte; katılan Harun'un, itiraz etmeksizin sanığın isteğini yerine getirmesine rağmen suç konusu füllerin yoğun bir kastla, saat 00:30 sularında gerçekleştirilmesi; suçta, tehlikeliliği muhakkak ruhsatsız silahın kullanılmış olması; yaz mevsimi olması itibariyle çok sayıda kişinin vaktini sokakta ya da balkonlarında geçirmesi nedeniyle meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı nazara alındığında cezaların alt sınırdan aşılarak tayininde zorunluluk bulunmaktadır.

Suç konusu füllerin niteliği ile ilgili olarak bir kaç örneğe bakmak faydalı olacaktır:

Mesela;

TCK'nun 6. maddesi kapsamında silah olarak nitelendirilebilecek bir taşı karşı taraftaki bir şahsa atar gibi yapıp bu sırada failin kafasını sallaması ve bu arada tehdit içeren herhangi bir söz söylemesi de, bir meyve bıçağını karşıdaki şahsa gösterip bu arada tehdit eder şekilde başparmağını sallanması da, aynı fiilin sustalı bir bıçakla ya da gerçek bir silahla gerçekleştirilmesi de, kuru sıkı tabanca ya da gerçek bir silahla tehdit etmek amacıyla bir şahsa doğru bir el ateş edilmesi de, aynı fiilin birden fazla ateş edilerek ya da tam otomatik bir piyade tüfeğiyle gerçekleştirilmesi de ve bu füllerin gece vakti birden fazla kişiye karşı ve aynı zamanda TCK'nun 170/1-c maddesinin unsurlarını da taşıyacak şekilde ve yüksek derecede alkolle gerçekleştirilmesi de, TCK'nun 106/1, 2-a maddesi kapsamında silahla tehdit suçunun unsurlarını taşıdığı muhakkak olmakla birlikte yukarıda sayılan füllerle ilgili olarak aynı miktarda ceza tayin edilebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Zaten suç olarak tanımlanan füller için öngörülen cezaların alt ve üst sınır olacak şekilde belirlenmesi, yaşam içerisinde ortaya çıkması muhtemel farklı sonuçların bizzat hâkim tarafından nazara alınması amacına matuftur. Çünkü suç olarak tanımlanan herhangi bir fiilin; işlendiği zaman, yer, ortaya çıkan zararın ağırlığı, suçun ne

şekilde işlendiği ve failin kastının yoğunluğu bakımından sayısız formunun gerçekleşebilmesi muhtemeldir. Bunların önceden öngörülebilmesi mümkün olamayacağından cezanın alt ve üst sınırlar dâhilinde tayininin, hukuk uygulayıcısına bırakılması durumu zorunlu olarak ortaya çıkmıştır.

Aynı ölçütlerle ruhsatsız silah taşıma suçuna bakıldığında;

Bir şahsın herhangi bir suça karışmaksızın ruhsatsız silahı sadece üzerinde ya da arabasında taşımış olmasının, zorunlu olduğu halde bu silahı kullanmamasının, aynı silahı bir adam öldürme suçunda kullanmış olmasının, aynı silahla hiç ateş etmeksizin bir şahsı tehdit etmiş olmasının veya ateş ederek tehdit fiilini gerçekleştirmesinin,

Farklı bir anlamının olduğu (aynı suçun unsurlarını taşımakla birlikte), alt ve üst sınırlar dâhilinde ceza tayininin de somut olayın özelliklerine göre yapılması gerektiği izahtan varestedir.

Yukarıdaki somut ve soyut açıklamalar doğrultusunda sanığa isnat olunan suç konusu fiillere bakıldığında; TCK'nun 61/1. fıkrasının a, b, c, e, f bentlerini karşılayan özelliklerin bulunduğu ve bunların cezanın tayininde nazara alınması gerektiği muhakkaktır.

Bir önceki gerekçeli kararımızda da bu hususlar açıkça değerlendirilmiş temel cezalar alt sınırdan aşılarak tayin olunmuş, yaralamaya teşebbüsün derecesi ve dolayısıyla meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre takdiren 1/2 oranında indirim yapılmış; yine aynı nedenlerle TCK'nun 43/1-2. maddesi gereğince takdiren 1/3 oranında artırım yapılmış ve TCK'nun 1. maddesinde tanımlanan amaçların bu şekilde temin edilebileceği kanaatine varılmıştır.

4- Sanık hakkında yaralama ve tehdit suçundan verilen cezalardan dolayı TCK'nun 35/2, 43/1-2 maddeleri gereğince indirim yapılırken, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden, indirim oranlarının sanığın lehine olacak şekilde uygulanmadığı tespit edilmiştir.

3 nolu gerekçe sadedinde yapılan açıklamalar bu bozma gerekçesiyle ilgili olarak da geçerlidir. Özellikle bu kısmın son paragrafında sanık lehinde uygulama yapmamamızın gerekçesi açıklanmıştır.

İşlenen suçlarla ilgili olarak tayin olunan toplam 6 yıl 19 ay 7 gün hapis ve 1. 200 TL adli para cezası itibarıyla, fazla ceza tayin edildiği ve dolayısıyla işlenen fiile nazaran cezaların orantılı olmadığı düşünülebilirse de; gerek suç içeren fiillerin çokluğu ve gerekse de cezaların

içtimaının 5237 sayılı TCK' de kabul edilmemiş olması bakımından cezanın tayinini bu düşünceye bina edebilmenin imkânı yoktur.

Çok kısa bir süre içerisinde gerçekleşen olayda; 2 aleni hakaret, 1 silahla yaralamaya teşebbüs, 2 silahla tehdit ve 1 ruhsatsız silah taşıma olarak 6 farklı suçun unsurları mevcuttur. Katılanlara karşı tek bir fiille gerçekleştirilen silahla tehdit eyleminin, TCK'nun 43. maddesi kapsamında tek bir fiil olarak değerlendirilmesi de ortaya çıkan sayısal sonucu değiştiremeyecektir.

Kaldı ki suç yeri ve zamanı itibarıyla TCK'nun 170/1-c maddesinde tanımlanan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunun tüm unsurları, silahla ateş etme fiilinde bulunmakla birlikte TCK'nun 44. maddesindeki düzenleme nedeniyle bu suçtan açılan kamu davasında sanığın beraatine de karar verilmiştir.

Bir şahsın çok kısa bir süre içerisinde gerçekleştirdiği birden fazla suç nedeniyle belirlenecek toplam ceza miktarının çokluğu; suç konusu fiillerin müeyyidelerinin, TCK'nun 1, 3 ve 61/1. maddelerindeki ölçütler görmezden gelinerek alt sınırdan tayin edilmesi hususunda o şahsa bir hak bahşetmeyeceği; her suçun müeyyidesinin, birbirinden tamamen bağımsız bir şekilde ve TCK'nun 1, 3 ve 61/1. maddelerindeki ölçütler nazara alınarak belirlenmesi gerektiği açıktır.

5- Yasak silah taşıma suçunda, temel para cezasının niteliği belirtilmeden '60 tam gün belirlenmesine' şeklinde hüküm kurulduğu tespit edilmiştir.

03. 12. 2008 tarihi gerekçeli kararımızın hüküm kısmının 4 nolu fıkrasına bakıldığında ruhsatsız silah taşıma ile ilgili olara 2 yıl hapis ve 60 tam gün belirlenmiş ve bundan sonraki 3. paragrafta TCK'nun 52/2. maddesi gereğince belirlenen bu 60 tam gün, günlüğü 20 TL'den olmak üzere paraya çevrilip sonuç olarak sanığın 1. 200 TL adli para cezasıyla tecziyesine hükmedilmiştir. Uygulamanın 1. paragrafında para cezasının gün kısmı, 3. paragrafında ise günlük miktarla birlikte sonuç olarak ceza, 1. 200 TL olarak tayin olunmuştur. Bu uygulamamızda yasaya aykırı herhangi bir husus mevcut değildir" gerekçesiyle Özel Dairenin (1) nolu bozma nedenine uymuş, (2), (3), (4) ve (5) nolu bozma nedenlerine ise direnmiştir.

Bu hükmün de sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, "*Özel Dairenin 2 ve 4 nolu*

bozmalarına karşı eylemli olarak uyulduğu, 3 ve 5 nolu bozma nedenlerinden dolayı ise direnme kararının isabetsiz olduğu" görüşüyle bozma istekli 23. 12. 2010 gün ve 258602 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın hakaret, kasten yaralamaya teşebbüs, silahla tehdit ve ruhsatsız silah taşıma suçlarının her birinden ayrı ayrı alt sınırdan uzaklaşılarak cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar:

1-) Sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekip gerekmediği,

2-) Sanık hakkında tüm suçlardan temel cezalar tayin edilirken alt sınırdan uzaklaşılmasının isabetli olup olmadığı,

3-) Sanık hakkında, yaralama ve tehdit suçlarında TCY'nın 35/2 ve 43/1-2. maddeleri uygulanırken, oranların sanık lehine olarak belirlenmemesinin isabetli olup olmadığı,

4-) 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçunda temel adli para cezasının niteliği belirtilmeden "*60 tam gün belirlenmesine*" şeklinde gösterilmesinin isabetli olup olmadığı noktalarında toplanmakta ise de;

Öncelikle yerel mahkemenin son uygulamasının 1, 2 ve 3 nolu uyuşmazlık konuları yönünden yeni hüküm niteliğinde bulunup bulunmadığı, Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca ön sorun olarak değerlendirilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun süreklilik kazanmış uygulamalarına göre, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi;

a) Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak, b) Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak, c) Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak,

d) İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak, Suretiyle verilen hüküm, özde direnme kararı olmayıp bozmaya eylemli uyma sonucu

verilen yeni bir hükümdür. Bu nitelikteki bir hükmün temyiz edilmesi halinde ise incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.

Yerel mahkemece, Özel Dairenin;

"*…2- Sanığın savunmaları ve sanık müdafiinin, son oturumda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması isteği karşısında; katılan H. A. 'nın, aracını sanığın evinin önüne park etmesinin haksız bir davranış sayılıp sayılmayacağı hususu araştırılıp, olayın çıkış nedeni ve gelişmesi üzerinde de durularak, TCY'nın 29. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması,*

3- TCY'nın 3/1. maddesinde açıklanan 'suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur' şeklindeki 'orantılılık' ilkesi gözetilmeyerek sanık hakkındaki temel cezaların alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi,

4- Sanık hakkında, yaralama ve tehdit suçlarından verilen cezalardan dolayı, TCY'nın 35/2, 43/1-2. maddeleri gereğince indirim yapılırken, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden, indirim oranlarının sanığın lehine olacak şekilde uygulanmaması," şeklinde gösterilen bozma nedenlerine ilişkin olarak, tartışılması istenilen hususlar tartışılmış, bozma sonrası olay mahallinde yapılan keşif sonucu elde edilen yeni kanıtlara dayanılmış ve ilk hükümde yer almamasından dolayı Özel Daire denetiminden geçmemiş yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurulmuş olması karşısında, bu konuların ilk kez Ceza Genel Kurulunca incelenmesi olanaklı görülmediğinden, hükmün 1, 2 ve 3 nolu uyuşmazlık konuları yönünden Özel Dairece incelenmesi gerekmektedir.

6136 sayılı Yasaya aykırılık suçunda temel adli para cezasının, niteliği belirtilmeden "***60 tam gün belirlenmesine***" şeklinde gösterilmesinin isabetli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığa gelince;

Yerel mahkemece 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan kurulan hükümde, adli para cezasına hükmedildiği belirtilmeden, "*60 tam gün olarak belirlenmesine*" denilmek suretiyle hatalı bir uygulama yapılmış olması karşısında, daha sonra "*TCK'nun 52/2. maddesi gereğince 60 tam gün ve 1 tam gün karşılığı takdiren 20 YTL' den olmak üzere 1. 200 TL adli para cezası ile tecziyesine*" karar verilmek suretiyle sonuç adli para cezasının doğru belirlenmiş olması bu hatalı uygulamayı ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle yerel mahkemenin bu hususa ilişkin direnmesinde isabet bulunmamaktadır.

Ancak, sanığa atılı 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçuna ilişkin yasada hapis cezası ile birlikte öngörülen adli para cezasının belirlenmesindeki, sonuca etkili olmayan bu hatalı uygulamanın Özel Dairenin bozma konusu yaptığı diğer nedenlerden ayrı ve bağımsız olarak bozma nedeni yapılmasında bir yarar bulunmamaktadır. Sonuca etkili olmayan bu hatalı uygulamanın, eylemli olarak uyulan diğer bozma nedenleri ile birlikte Özel Dairece değerlendirilerek, bozma kapsamına alınıp alınmamasına karar verilmesi daha isabetli bir uygulama olacaktır.

Bu itibarla; yerel mahkeme kararının 1, 2 ve 3 nolu uyuşmazlık nedenleri açısından direnme kararı olmayıp "yeni hüküm" niteliğinde olması, 4 nolu uyuşmazlık nedeni açısından ise, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda temyiz davasına bakmakla görevli olan Özel Dairece incelenmesi gerekeceğinden, dosyanın Yargıtay 4. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.

Öte yandan, inceleme tarihi itibarıyla toplam 2 yıldan fazla süredir tutuklu bulunan sanığın, Özel Daire kararındaki bozma nedenleri ve tutuklulukta geçen süre gözönüne alınarak tahliyesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- (1), (2) ve (3) nolu uyuşmazlık nedenleri açısından saptanan eylemli uyma, 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçuna ilişkin (4) nolu uyuşmazlık konusunda ise, yerel mahkeme tarafından bozmaya eylemli olarak uyulan diğer konularla birlikte bu hususun da değerlendirilmesi amacıyla dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtay 4. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

2- Sanığın tutuklu bulunduğu bu suçlardan TAHLİYESİNE, başka bir suçtan hükümlü veya tutuklu bulunmadığı takdirde derhal salıverilmesinin temini için Yargıtay C. Başsavcılığına YAZI YAZILMASINA,

3- Dosyanın Yargıtay 4. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 25. 01. 2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 19. 04. 2011
E. 2011/2-58
K. 2011/61

* **5271 sayılı CYY'nın açık düzenlemesi karşısında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mahiyeti gereği beraat kararlarına da uygulanması hiçbir şekilde olanaklı değildir.**

(5271 sayılı CMK m. 231)

Hırsızlık suçundan sanık K. E. 'nin yapılan yargılama sonucunda beraatına ilişkin, Karşıyaka 3. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 23. 10. 2007 gün ve 210-784 sayılı hükmün, katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince 14. 06. 2010 gün ve 56860-19173 sayı ile;

"*Hükümden sonra 08. 02. 2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK. nun 231. maddesi uyarınca; hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması*" isabetsizliğinden diğer yönler incelenmeksizin bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 24. 02. 2011 gün ve 309240 sayı ile;

"*...5271 sayılı CMY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, beraat hükümlerinin açıklanmasını kapsamına almamaktadır.*

Olayımızda, yerel mahkeme tarafından beraat kararı verilmiş olmakla ve beraat hükmü de toplanan kanıtlar çerçevesinde usul ve yasaya uygun bulunmakla, yerel mahkeme kararının onanması yerine, CMY'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden değerlendirilmesi lüzumu nedeniyle kararın bozulması usul ve yasaya uygun bulunmamıştır" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA
CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın hırsızlık suçundan yerel mahkemece beraatine karar verilen somut olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; yerel mahkeme tarafından verilmiş bulunan beraat kararının, Özel Dairece, 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma koşullarının değerlendirilmesi amacıyla bozulmasının olanaklı olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesi ile kabul edilmiş olup, 19. 12. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasanın 231. maddesine eklenen 5-14. fıkralar ile de büyükler için kabul edilmiş, aynı Yasanın 40. maddesiyle 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

5560, 5728, 5739 ve 6008 sayılı Yasalar ile gerçekleştirilen değişiklikler sonucu "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kurumunun uygulanma koşulları 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinde;

"*...5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

...(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Maddede yazılı koşulların bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY'nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi 5271 sayılı CYY'nın açık düzenlemesi karşısında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mahiyeti gereği beraat kararlarına da uygulanması hiçbir şekilde olanaklı değildir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yerel mahkemece beraatına hükmolunan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması olanağı bulunmadığından, bu hükmün Özel Dairece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma koşullarının değerlendirilmesi amacıyla sair yönler incelemeksizin bozulmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairece verilen bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın esasının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 14. 06. 2010 gün ve 56860-19173 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- Dosyanın esasının incelenmesi için Yargıtay 2. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 19. 04. 2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 13. 05. 2011
E. 2011/5-56
K. 2011/76

* **18 yaşından küçük olan cinsel istismar suçunun mağdurunun suç sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor Adli Tıp Kurumundan alınmış olması halinde 6. İhtisas Kurulu Başkanı ile içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi de bulunan en az dört üyenin katılımı ile oluşacak beş kişilik bir kurul tarafından raporun düzenlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır.**

(2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası)

Nitelikli cinsel istismar suçundan sanık Ş. Ö. 'nün 5237 sayılı TCY'nın 103/2, 103/6 ve 43. maddeleri uyarınca 21 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında 5237 sayılı TCY'nın 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin, Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17. 09. 2009 gün ve 340-297 sayılı re'sen temyize tabi olan hükmün, sanık müdafii tarafından da temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 18. 02. 2010 gün ve 13331-1240 sayı ile;

"Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın aynı zaman dilimi içinde mağdurenin vücuduna vajinal ve anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirdiği kabul edilen eyleminde, TCY'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu bulunmadığı gözetilmeksizin teselsül hükümleri uygulanmak suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesi,

Sanık hakkında TCY'nın 103/6. maddesinin uygulanma koşullarının tespiti için mağdurenin olaydan dolayı ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu Kanununun 7 ve 23. maddeleri gereği usulüne uygun olarak teşekkül edecek ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınması gerektiği gözetilmeden Hacettepe Üniversitesinin olaydan 2 ay 4 gün sonra alınan raporuna dayanılarak noksan araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmadan sonra yeniden yargılama yapan Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesince 01. 09. 2010 gün ve 202-251 sayı ile;

"Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2009/13331 Esas ve 2010/1240 sayılı kararında her ne kadar Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 7 ve 23. maddeleri gereğince ilgili ihtisas dairesinden rapor alınmadığı ve olayın üzerinden 2 ay 4 gün sonra alınan rapora dayanılarak noksan araştırma ile hüküm kurulduğu belirtilmişse de, mahkememizin olaya ilişkin kabulü suç tarihinde sanığın mağdurenin ellerini tutarak zorla eve sokup ellerini ve ayaklarını bantlayıp darp ettikten sonra anal ve vajinal yoldan cinsel saldırıda bulunduğudur. Bu tarihte mağdure henüz 15 yaşını doldurmuş, 18 yaşını ikmal etmemiş bir öğrencidir. Kovuşturmanın aşamalarında mağdurenin annesi ve babasının ısrarlı ve mahkemenin de itibar ettiği şekilde samimiyetle henüz çocuk yaşta olan kişilik gelişimi devam eden ve maruz kaldığı olay sebebi ile psikolojik olarak yeteri kadar yıpranan mağdurenin Adli Tıp Kurumuna sevki ile rapor alınma cihetine gidilmesi halinde mağdurenin olayları tekrar anlatma aşaması ve devamında psikolojisinin bozulacağı, kaldı ki emniyetçe CD'ye aktarılan ifade alınma esnasında teşhis edilen görüntülerinden de mağdurenin yeteri kadar yıprandığının görülmesi mağdurenin daha da fazla mağdur olmasına sebebiyet vereceği heyetçe kabul edilmiştir. Modern ceza yasaları ve uygulanmasına yönelik usul yasalarında tarihi gelişim içinde sanıkların en başta adil yargılanma adı altında haklarının gelişimi sağlanmaya çalışılmış ve mevcut yasalarımızda da haklarının en üst düzeyde korunmaya çalışıldığı bir gerçektir. Örneğin müdafii atanması, son sözünün sorulması, delilleri inceleme hakkı, susma hakkı gibi haklar sanıklara tanınmış iken aleyhine işle-

nen suç nedeni ile mağdurların ceza yargılaması usul yasaları sebebi ile daha fazla mağdur edilmeme haklarının da mahkemelerce gözetilmesi gerektiği heyetin doğal kabulündedir. Hacettepe Üniversite gibi uluslararası düzeyde tanınan ve 15 yaşını henüz ikmal etmiş çocuk sayılacak mağdurenin çocuk ve ruh sağlığı bölümü olan uzman çocuk psikiatrlarının bulunduğu bu yüksek öğrenim kurumu hastanesinden alınan ruh ve beden sağlığının bozulmuş olduğuna dair rapor mağdurun da modern ceza yargılamasında daha fazla mağdur edilmeme hakkı olacağı düşüncesi ile itibar edilmiştir. Kaldı ki, mahkememizi bağlayıcı olmamakla birlikte Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 11. 06. 2010 tarihli mahkemelere gönderdiği genelgesinde TCK'nun 103/6 maddesi uyarınca suçun sonucunda mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin raporların 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu hükümlerine göre Adli Tıp Kurumu veya Yüksek Öğrenim Kurumları ile diğer sağlık kuruluşları tarafından düzenlenebileceği ancak Adli Tıp Kurumunun Çocuk Psikiatrisinin uzman kadrosunun yetersiz olması nedeni ile söz konusu raporların zamanında hazırlanması bakımından yetersiz kaldığı, mağdurların muayenesi için uzun süreli randevuların verildiğinin, bu itibarla ülke genelinde çocuk psikiatrisi bulunan kurumların mahkemelere bildirildiği, Ankara'da ise Ankara Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Hematoloji, Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ankara Dr. Sami Ulus Kadın Doğum Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ankara Keçiören Eğitim ve Araştırma Hastanesi gibi sadece çocuk psikiatri uzman kadrosu bulunan hastanelerine dahi gecikmeleri önlemek için başvurulabileceği belirtilmiştir. Bir çocuk psikiatri imzası ile raporların zamanında hazırlanması bakımından yetersiz kaldığı, mağdurların muayenesi için uzun süreli randevuların verildiğinin, bu itibarla ülke genelinde çocuk psikiatrisi bulunan kurumların mahkemelere bildirildiği, Ankara'da ise Ankara Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Hematoloji, Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ankara Dr. Sami Ulus Kadın Doğum Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ankara Keçiören Eğitim ve Araştırma Hastanesi gibi sadece çocuk psikiatri uzman kadrosu bulunan hastanelerine dahi gecikmeleri önlemek için başvurulabileceği belirtilmiştir. Bir çocuk psikiatri imzası ile rapor verebilecek Dr. Sami Ulus Çocuk Hastanesinden dahi rapor alınabileceği de gözönüne alındığında çocuk psiatristi uzmanları heyetince Hacettepe Üniversitesi Çocuk Ruh Sağlığı Bölümünden alınan rapora itibar edilmiştir. Kaldı ki;

Adli Tıp Kurumu 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 31. maddesi 'Yüksek Öğretim Kurumları veya birimleri Adli Tıp Mevzuatı çerçevesinde Adli Tıp Olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usul Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır' ibaresi gözönüne alındığında da bir yüksek öğretim kurumu olan Hacettepe Üniversitesi'nin Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalından alınan Adli Tıp Mevzuatına ilişkin rapora itibar edilerek önceki kararda ısrar edilmiştir.

Ancak yasa ve yönteme uygun olan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin TCY'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suçun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu bulunmaması sebebi ile teselsül hükümlerinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmiş, sanığın mağdureye karşı aynı zaman dilimi içinde hem anal hem vajinal yoldan cinsel saldırısı tek eylem olarak kabul edilmiştir" gerekçeleriyle 5237 sayılı TCY'nın 43. maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığına ilişkin bozma nedenine uyularak, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınması gerektiğine ilişkin bozma nedenine ise direnilerek ilk hükümdeki gibi karar verilmiştir.

Hüküm re'sen temyize tabi olup, dosya Yargıtay C. Başsavcılığının "onama" istekli 23. 10. 2010 gün ve 249027 sayılı tebliğnamesiyle, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın, mağdureye karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediğinden bahisle hükümlülüğüne karar verilen olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; mağdurenin maruz kaldığı nitelikli cinsel istismar suçu nedeniyle ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin yalnızca çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca düzenlenmiş olan raporun hükme esas almaya yeterli nitelikte bir rapor olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Yerel mahkemenin, mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu görüşünü içeren Hacettepe Üniversitesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları

Ana Bilim Dalı Başkanı Prof. Dr. B. G. tarafından düzenlenmiş olan 18. 12. 2008 günlü raporu esas alarak hüküm kurduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir hukuki sonuca varılabilmesi için 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasasının, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile ilgili olarak rapor düzenlemekle görevli Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu başta olmak üzere İhtisas Kurullarının kuruluş şekli ve çalışma düzeni hakkındaki düzenlemelerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Adalet işlerinde resmi bilirkişi olarak görevlendirilen Adli Tıp Kurumunun kuruluş ve çalışma şekli 25. 02. 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak, yayımından üç ay sonra yürürlüğe giren 4810 sayılı Yasa ile köklü değişikliklere uğramış bulunan 2659 sayılı Yasa ile düzenlenmiştir.

Anılan Yasanın, "Adli Tıp İhtisas Kurulları" başlıklı 7. maddesi;

"*Adli Tıp Kurumunda altı ihtisas kurulu bulunur. Aşağıdaki ihtisas kurulları, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile;*

…f) Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu birer;

- Kadın Hastalıkları ve Doğum,

- Radyoloji,

- Üroloji,

- Ruh Sağlığı ve Hastalıkları,

- Çocuk Psikiyatrisi,

- Adli Antropoloji,

- Çocuk Cerrahisi,

Uzmanlarından oluşur.

İhtisas Kurullarında yeteri kadar raportör bulundurulur" hükmünü;

"Adli Tıp Genel Kurulunun ve İhtisas Kurullarının Çalışması" başlıklı 23. maddesi;

"*A) Adli Tıp Genel Kurulu, …*

B) Adli Tıp İhtisas Kurullarının Çalışması:

Adli Tıp İhtisas Kurulları Başkanının başkanlığında işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve oyçokluğu ile karar alır. Oyların eşitliği halinde Başkanın bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış sayılır.

Üyelerden birinin özürlü olması veya yokluğu halinde eksiklik diğer kurullardan alınacak üye ile tamamlanır. Şu kadar ki ***tetkik edilecek konu, ilgili uzman üye hazır bulunmadıkça müzakere edilemez.***

C) Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları lüzum görüldüğü hallerde kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili bulunan evrakın onanmış örneklerini mahallinden isteyebileceği gibi aslı üzerinde de inceleme yapması zorunlu olduğunda bunları da isteyebilir.

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir.

Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 10 ncu maddesinin hükümleri saklıdır.

Adli Tıp Genel Kurulu ve adli tıp ihtisas kurullarının çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir" hükmünü,

"Adli Tıp Kurumunda bilirkişi dinlenmesi ve toplantılara katılma" başlıklı 24. maddesi;

"*I- Adli Tıp Genel Kurulu ve adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas daireleri, inceledikleri konularla ilgili olarak Adli Tıp Kurumunda bulunmayan tıp ve diğer uzmanlık dallarında Adli Tıp Kurumu dışından uzmanların bilirkişi olarak davet edilmesine karar verebilirler. Uzman kişiler oy hakları olmamakla beraber görüşlerini bir raporla Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulu veya adli tıp ihtisas dairesi başkanlığına bildirirler.*

Bilirkişilere yönetmelikteki esaslara göre Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulu ve adli tıp ihtisas dairesi başkanlığınca yaptıkları çalışmaya uygun ücret takdir olunur.

II- a) Adli Tıp Genel Kurulu, adli tıp ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas daireleri, inceledikleri konularla ilgili olarak kendi kurul veya dairelerinde

bulunmayan, Adli Tıp Kurumundaki diğer kurul veya dairelerde bulunan uzmanların davet edilmesine karar verebilirler. Uzman kişiler, o olayla ilgili toplantıya katılır ve oy kullanırlar.

…" hükmünü içermektedir.

Bu düzenlemelere göre, anılan Yasanın 7. maddesinin (f) bendi uyarınca, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun, bir başkan ve adli tıp uzmanı iki üye ile birer kadın hastalıkları ve doğum, radyoloji, üroloji, ruh sağlığı ve hastalıkları, çocuk psikiyatrisi, adli antropoloji ve çocuk cerrahisi uzmanından oluşacağı, aynı Yasanın 23. maddesinin (B) bendi uyarınca da ihtisas kurulunun başkan ve işin niteliğine göre bu uzmanlardan en az dört üyenin katılımıyla toplanacağı, ancak incelenecek konunun ilgili uzman üyenin hazır bulunmaması halinde ise müzakerenin yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan Yasanın "Diğer Adli Ekspertiz Kurumları" başlıklı 31. maddesi,

"Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir",

Şeklinde düzenlenmiş olup, bu suretle de Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli konularda Ceza Yargılaması Yasasına göre resmi bilirkişi sayılacağı açıkça belirtilmiştir.

Buna göre; 2659 sayılı Yasanın 31. maddesinin "*Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin de, adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Yargılaması Yasasına göre resmi bilirkişi sayılacağı, ancak ilgili kurum ve birimlerin adli tıp mevzuatı çerçevesinde görev yapacağı*" şeklindeki açık hükmü karşısında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme tarafından suç tarihinde 18 yaşından küçük olan cinsel istismar suçunun mağdurunun suç sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin raporun Adli Tıp Kurumu yerine 2659 sayılı Yasanın 31. maddesi uyarınca Hacettepe Üniversitesi Hastanelerinden alınmasında bir isabetsizlik bulunmamakta ise de; anılan

maddede Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin adli tıp mevzuatı çerçevesinde görev yapacağının açıkça düzenlenmiş olması karşısında, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunda yeralması gereken uzmanlık dallarında görevli uzmanlar arasından seçilecek ve içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi bulunan en az beş kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekirken, tek kişilik çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca düzenlenmiş olan rapor esas alınarak hüküm kurulması isabetsizdir.

Kaldı ki, 18 yaşından küçük olan cinsel istismar suçunun mağdurunun suç sonucunda ruh sağlığının bozulup bozulmadığına ilişkin rapor Adli Tıp Kurumundan alınmış olması halinde 6. İhtisas Kurulu Başkanı ile içerisinde zorunlu olarak çocuk psikiyatrisi de bulunan en az dört üyenin katılımı ile oluşacak beş kişilik bir kurul tarafından raporun düzenlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu itibarla yerel mahkemece, yasaya aykırı olarak düzenlenmiş bir raporun hükme esas alınması suretiyle sanık hakkında suç nitelemesi yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsiz olup, usul ve yasaya aykırı olan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan sekiz Genel Kurul üyesi; *"mağdurenin maruz kaldığı cinsel saldırı suçu nedeniyle ruh sağlığının bozulduğuna ilişkin dosya içerisindeki raporun hükme esas alınmaya yeterli nitelikte olduğu ve yerel mahkeme direnme hükmünün onanması"* gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle,

1- Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 01. 09. 2010 gün ve 202-251 sayılı direnme hükmünün BOZULMASINA,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 03. 05. 2011 günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme aykırı olarak oyçokluğu ile karar verildi.

3- Dosyanın esasının incelenmesi için Yargıtay 2. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 19. 04. 2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 21. 06. 2011

E. 2010/5. MD-187

K. 2011/131

* **Henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.**

* **Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.**

(T. C. Anayasası m. 22; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8; 5271 sayılı CMK m. 135-138)

Sanıklar, Şişli İcra Hakimi A. İ. , Şişli Adliye memuru K. A. ve turizmci N. S. 'nin Ağustos-Eylül 2006 tarihlerinde, Şişli 3. İcra Mahkemesince verilmiş ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılan M. V. E. 'den yarar sağladıklarından bahisle 5237 sayılı TCY'nın 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 255/1. maddesinde düzenlenmiş olan yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda Yargıtay 5. Ceza Dairesince 07. 04. 2010 gün ve 3-2 sayı ile;

"MüdahilM. V. E. ; Şişli 3. İcra Hukuk Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden 600. 000 Euro para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır.

Her şeyden önce dosya içerisinde muhtelif çözümleri bulunan bu konuşma metinleri keza sanıkların birbirleriyle yaptıkları telefon görüşmelerine ilişkin detay bilgileri CYY'nın 135/1 ve 6. bentleri doğrultusunda alınmış bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın temin edilmiş olduğundan yasal olmayan kanıtlar niteliğindedir ve kullanılmasına olanak bulunmamaktadır.

Kaldı ki; konuşma çözümlerini yapan, iletişim uzmanı S. B. 27. 11. 2006 günlü yazısında; deşifre metninde seslerin kime ait olduğunda sıkıntılar yaşandığını, bazı seslerin kime ait olduğunun anlaşılamadığını vurgulamıştır.

Diğer taraftan bu konuşma çözümlerin de 600 bin Euronun tashihi karar aşamasındaki dosyanın müdahil lehine dönüştürülmesi için istendiğine dair kesin beyanların da mevcut olmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan turizm işi ile ilgilenen sanık N. 'nin; Bodrum'da müdahilin oteline bakmak için birlikte gittiklerine, otelin noksanlıklarının saptandığına, konuşma çözümlerinde geçen 600 bin Euroluk tutarın yapılması gereken masrafların ortalama karşılığı olduğuna dair savunmalarının aksi inandırıcı bir biçimde kanıtlanamamış, keza bu seyahate ilişkin sanıklar N. Ve A. 'nın uçak biletlerinin müdahil tarafından alındığı, Türk Hava Yollarının 19 Aralık 2008 günlü, M. Turizm'in 18. 12. 2009 havale tarihli ve V. bank'ın 02. 12. 2009 günlü cevabi yazılarından anlaşılmışsa da sanık A. 'nın onlarla birlikte gittiği ispatlanamamıştır.

Rüşvet isteyecek hakimin ihalenin feshi davasını red etmeyeceğini, ihalenin feshi davasında gereken kararın verildiğini, bu kararın onanarak doğruluğunun kanıtlandığını, müştekinin amacının bu davayı yeniden gördürmek olduğunu, bu nedenle bu iddiayı ileri sürdüğünü, nitekim yargılamanın iadesi yoluna başvurarak buna ulaştığını ileri süren sanık A. 'nın aşamalardaki savunmaları ve bu gerekçeye de dayanılarak müdahil vekili tarafından 11. 01. 2007 tarihinde Şişli İcra Hukuk Hakimliğine iade-i muhakeme talebi ile dava açıldığına dair dosya arasındaki dilekçe içeriği keza müdahilin ikame ettiği ihalenin feshi davasının sanık hakim tarafından red edilmesinin oluşturabileceği husumette nazara alındığında yüklenen suçun sanık A. İ. tarafından işlendiğinin, diğer sanıklar K. A. ve N. S. 'nin de savunmalarının aksine bu suça iştirak ettikleri veya bu amaçla müdahilden para istediklerinin sabit

olmadığı ve müdahilin iddialarının soyut beyandan ibaret kaldığı anlaşıldığından 23. 10. 2007 günlü son soruşturmanın açılması kararında yüklenen suçtan beraatlarına, aynı fiil nedeniyle ancak değişik hukuki tavsif kullanılarak sanıklar K. A. ve N. S. 'nin haklarında 17. 10. 2007 günlü iddianame ile İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesine mükerreren açılan kamu davasının ise reddine karar vermek gerekmiştir" gerekçeleriyle sanıkların beraatlarına karar verilmiştir.

Bu hükmün katılan vekili ve Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından, sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu ve cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiğinden bahisle temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C. Başsavcılığının "bozma" istekli, 29. 07. 2010 gün ve 31069 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü;

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Temyizin kapsamına göre davanın reddi kararına karşı temyiz bulunmadığından inceleme sanıklar hakkında verilen beraat kararı ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanık A. İ. hakkında Adalet Bakanlığınca 16. 07. 2007 gün ve 2862-2006 sayı ile verilen kovuşturma izni ve Beyoğlu C. Başsavcılığının 06. 08. 2007 gün ve 174 sayılı iddianamesi ile talep edilmesi üzerine, Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesince 23. 10. 2007 gün ve 279-233 sayı ile;

"Şüphelilerin iştirak halinde işbirliği yaparak Şişli 3. İcra Hukuk Mahkemesinin 2004/471 esas sayılı dava dosyasında müşteki M. V. E. aleyhine verilen kararı Yargıtay'ca incelenmesi aşamasında lehine dönüştürebileceklerinden bahisle yetkili olmadıkları bir iş için müştekiden 600. 000 Euro para istedikleri anlaşılmakla, her ne kadar şüpheliler K. A. ve N. S. hakim sınıfından değil iseler de, itiraz üzerine Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 27. 08. 2007 tarih, 2007/1000 değişik iş sayılı kararı ile 2802 sayılı Yasanın 86. maddesi dikkate alınarak soruşturma ve kovuşturmanın birlikte yürütülmesine karar verilmiş olmakla" iddiasıyla 5237 sayılı TCY'nın 37. maddesi delaleti ile 255/1. maddesi uyarınca yargılanmaları için son soruşturmanın Yargıtay 5. Ceza Dairesinde açılmasına karar verilmiş, ayrıca sanıklar K. A. ve N. S. hakkında rüşvet almaya teşebbüs ve bu suça iştirak etmekten

İstanbul C. Başsavcılığının 17. 10. 2007 günlü iddianamesi ile Beyoğlu 4. Ağır Ceza Mahkemesine de kamu davası açılmış, aradaki irtibat nedeniyle davaların birleştirilmesine karar verilerek Özel Dairece yapılan yargılama sonucunda sanıkların beraatlarına hükmedilmiştir.

Hüküm katılan vekili ve Yargıtay C. Başsavcılığınca; "sanıklara yüklenen suçun sabit olduğu"ndan bahisle temyiz edilmiş olmakla çözümlenmesi gereken hukuki sorun, sanıklara yüklenen yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçunun subuta erip ermediğinin belirlenmesine ilişkin ise de; katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların niteliği ile hukuken geçerli nitelikte delil sayılıp sayılamayacakları hususu öncelikle değerlendirilecektir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözümlenmesi için öncelikle haberleşme hürriyeti ve iletişimin denetlenmesi kavramlarının üzerinde durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 22. maddesi gereğince kural olarak herkes haberleşme özgürlüğüne sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Ancak, yine aynı madde uyarınca, ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine dayalı olarak hakim kararıyla gizlilik kuralı askıya alınabilir.

Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz *"Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi"*nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kurala bağlanmış, bu hakka bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak, ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

Ülkemizde 1412 sayılı CYUY'nın yürürlükte olduğu 1999 öncesi dönemde iletişimin denetlenmesi konusunda herhangi bir düzenleyici kural öngörülmemiştir. Uygulamada CYUY'nın 91. maddesinde yer

alan, sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersulenin zapt edilebileceğine ilişkin kuralın kıyasen uygulanması suretiyle haberleşmeler denetlenmiş ise de bu tür kanıt derlemeleri özellikle öğretide yoğun eleştirilere konu edilmiştir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin ilk yasal düzenleme, 01. 08. 1999 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasasında yer almıştır. Bu Yasanın 2. maddesinde; 4422 sayılı Yasada katalog halinde sınırlı olarak sayılan suçların soruşturmasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan hallerde hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale gelmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı da bu tedbire başvurabilecek ancak, 24 saat içerisinde hakimden bu konuda karar almak zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde iletişimin dinlenmesi ve tespitine olanak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak iletişimin dinlenmesi ve tespiti halinde elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır.

İletişimin denetlenmesine ilişkin son düzenleme ise 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasında yapılmış, 5320 sayılı Yasanın 18. maddesi ile de 4422 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır.

5271 sayılı CYY'nın Koruma Tedbirleri başlıklı dördüncü kısmının 135 ila 138. maddelerini kapsayan beşinci bölümünde "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" düzenlenmiş olup, anılan Yasanın 135. maddesi,

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki ile-

tişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...)mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

7. Parada sahtecilik (madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

9. Fuhuş (madde 227, fıkra 3)

10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

11. Rüşvet (madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7)Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz" hükmünü taşımaktadır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı 135. maddenin birinci fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasının şartları ve usulü düzenlenmiştir. İletişimin tespiti, belli bir telefon numarasından kimlerin ne zaman arandığı, konuşmanın ne kadar süreyle yapıldığı, elektronik posta yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalar açısından da geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan konuşmalardaki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair usul ve

esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinin (e) bendinde; iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasının, telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri, (f) bendinde ise, iletişimin tespitinin, iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir.

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanıklar hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımı yapılan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmaların kayıt edildiği aşamada sanıklar yönünden söz konusu olmaması, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Öğretide, "*Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır*"(Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), "*… 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda*

mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. " (Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtları hukuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5. Ceza Dairesi beraat hükmünün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve bir kısım Genel Kurul Üyesi; *"5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri içinde yasada öngörülen usuller dairesinde gerçekleştirilmesi ve hakim onayından geçmesi zorunludur.*

Buna karşın; kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle, bir kişinin bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmelerini kayda almasını, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; katılanın, kendisinden rüş-

vet istedikleri gerekçesiyle, sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların ise, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri, cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Özel Daire tarafından 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılanın, sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5237 sayılı TCY'nın özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira, katılanın kastı, bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engellemek ve yetkili makamlara sunmak amacına yöneliktir.

Ancak, bunun da kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma olanağının olmadığı, ani gelişen durumlarla sınırlı olması koşulu ile hukuka uygun olacağının, aksi halde ilgili kişinin yetkili makamlara başvurma olanağı doğduktan sonraki aşamalardaki kayıtlarının ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla; somut olayda katılanın yetkili makamlara başvurma olanağı olduğu halde, başvurmayarak bizzat kurguladığı senaryo gereği, 5 ay 11 gün gibi bir zaman dilimi içerisinde konuyu sürekli güncel tutup, zaman zamanda tahrik edici davranışları ile elde ettiği görüşme kayıtlarının hukuka uygun kanıt olamayacağının kabulü ile, dosyada bulunan diğer kanıtlar değerlendirilerek eylemin sabit olup olmadığının belirlenmesi gerektiği" görüşüyle,

Genel Kurul Üyesi A. K. ise; *"A) Tartışmanın Konusu:*

Katılanın 5 ayı aşkın bir süreyle, 5237 sayılı TCK'nın 255. maddesinde tanımlanan "yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" suçunun sanıklarının telefon ve ortam konuşmalarını kaydetmesinin hukuka uygun olup olmadığı.

B) Konunun İrdelenmesi:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, "Her kişi özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdahalesi demokratik bir toplumda millî güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu bulunduğu ölçüde ve kanunla düzenlenmesi koşuluyla olabilir. "

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 22. maddesinde "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde karar kendiliğinden kalkar. " hükmü yer almaktadır.

Böylece haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği, "bir temel insan hakkı hakkı" olarak kabul edilip koruma altına alınmıştır.

Anayasa'nın 12, 13 ve 14. maddelerine göre;

1) Temel hak ve hürriyetlerden vazgeçilemez ve bunlar başkasına devredilemez.

2) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

3) Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde şüpheli veya sanığın haberleşmesinin gizliliğine müdahale edilebilmesinin; 140. maddesinde ise şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenerek ses ve görüntülerinin kayda alınmasının koşulları ve kuralları belirlenmiştir.

Gerek iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gerekse teknik araçlarla izleme, ses ve görüntü kaydı alınabilmesi için;

a) İlgili maddelerde sınırlı olarak sayılan suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi,

b) Hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı

Gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin 7. fıkrasına göre, bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

Gerekli koşullar bulunduğunda, bir kişinin telefonunun dinlenmesi ya da konuşmalarının kayda alınması için hâkim veya Cumhuriyet savcısından alınan karar, sadece o kişinin temel hakkına müdahale yetkisi verir. Hakkında karar bulunmayan kişilerin telefonunun dinlenmesi ya da konuşmalarının kayda alınması bu kişiler yönünden "hukuka aykırı delil" niteliğindedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hükme esas alınamaz.

Mağdurun, delil elde etmek için, şüphelinin konuşmalarını kayda almasının herhangi bir hâkim kararını gerektirmediğini savunmak, AİHS'yi, Anayasa'yı ve yasayı dolanmak demektir. Çünkü bu durumda temel hakkına müdahale edilen kişi şüphelidir ve elde edilen delil şüpheli aleyhine kullanılacaktır.

Mağdurun, şüphelinin konuşmasını kayda almasını „meşru savunma" olarak kabul etmek ve bu nedenle hukuka uygun olduğunu

ileri sürmek de mümkün değildir. Somut olayda, TCK'nın 25. maddesinde öngörüldüğü şekilde, mağdura yönelik „hemen defedilmesi gereken bir saldırı" bulunmamaktadır. Kaldı ki, meşru savunma halinde iken suç işleyen kimseye ceza verilemez; ancak bu kişinin hukuka aykırı olarak elde ettiği delil hukuka uygun hale gelmez.

Mağdurun, hâkim ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadan, şüphelilerin konuşmalarını kayda almasının hukuka uygun olduğunu savunmak Anayasa'nın sözünü ettiğim 13. maddesi ile 14. maddesinin 2. fıkrasına açıkça aykırılık oluşturur.

Temel hak ve özgürlükleri asgari ölçüde koruyan uluslararası sözleşmelerin ve anayasaların bu konudaki hükümleri, temel hak ve özgürlükleri daraltacak şekilde yorumlanamaz. Buna karşın, temel hak ve özgürlüklerin yasalarla daha fazla korunması mümkündür.

Temel hak ve özgürlüklere müdahalenin, kural olarak, hâkim kararına bağlanarak teminat altına alınmasınındaki amaç, suçluları değil, masumları korumaktır. Hâkim kararı olmadan konuşmalarının kayda alınabileceğini ve bunun aleyhinde delil olarak kullanabileceğini düşünen kişilerin bulunduğu ülkede, bilimsel gelişme olmaz. Zira bilim özgür ortamda üretilir. Bilim üretmeyen toplumların geri kalması kaçınılmazdır.

Somut olayda katılan, 5 ayı aşkın bir süreyle, 5237 sayılı TCK'nın 255. maddesinde tanımlanan „yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" suçunun sanıklarının telefon ve ortam konuşmalarını kaydetmiştir. Bu kayıtlar, gerek sanıklara isnat olunan suçun CMK'nın 135 ve 140. maddelerinde belirtilen katalog suçlardan olmaması, gerekse hâkim veya Cumhuriyet savcısının kararına dayanmaması nedeniyle „hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" niteliğindedir.

C) Sonuç:

Katılanın, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş bir karar bulunmadığı halde, sanıklarla birlikte olduğu ortamdaki konuşmaları ve sanıklarla yaptığı telefon konuşmalarını 5 ayı aşkın süreyle kayda alması "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" niteliğinde olup, bu kayıtların hükme asas alınması mümkün değildir.

Sözü edilen kayıtların hukuka uygun olarak elde edildiğine ve hükme esas alınabileceğine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum. " görüşüyle,

Karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Katılan vekili ve Yargıtay C. Başsavcılığı temyiz itirazlarının kabulü ile, sanıkların beraatlarına ilişkin Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 07. 04. 2010 gün ve 3-2 sayılı hükmünün **BOZULMASINA,**

2- Dosyanın Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **14. 06. 2011** günü yapılan birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, **21. 06. 2011** günü yapılan ikinci müzakerede tebliğnamedeki düşünceye uygun olarak oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 13. 12. 2011
E. 2011/1-323
K. 2011/255

* **Teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi ile ilgili olarak "eksik teşebbüs-tam teşebbüs" ayırımına yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.**

(5237 sayılı TCK m. 35)

Sanık C. Ö. 'nün kasten öldürme suçuna teşebbüsten 5237 sayılı TCY'nın 81/1, 35/2 ve 62. maddeleri uyarınca 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, hakkında aynı Yasanın 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin, Elazığ 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 23. 01. 2008 gün ve 86-30 sayılı hükmün katılan vekili ve sanık müdafii tarafından

temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 13. 12. 2010 gün ve 7159-7987 sayı ile;

"…2) Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık Cengiz'in adam öldürmeye teşebbüs suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, takdire ilişen cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, sanık M. hakkında mağdur A. 'yı öldürmeye teşebbüse yardım ve sanık F. hakkında mağdur A. 'yı kasten yaralama suçlarından elde edilen delillerin hükümlülüğe yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış ve beraatlarına karar verilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık Cengiz müdafiinin, sübuta, suç vasfına, katılanlar vekilinin takdiri indirim nedeninin bulunmadığına, sanık Menşure yönünden suça azmettirmenin sübut bulduğuna yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle,

b) Sanık C. 'nin mağdur A'yı öldürmeye teşebbüs suçu yönünden; sanık C. 'nin bıçakla mağdur A. 'yı sağ batın bölgesinden mide ve dalakta harabiyete, hayati tehlike geçirmesine, dalak alınması nedeniyle organ işlevinin yitirilmesine neden olacak şekilde yaraladığı olayda, 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören 5237 sayılı TCY'nın 35. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, zararın ağırlığı dikkate alınarak üst sınıra yakın ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde 12 yıl hapis cezası tayini" isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmadan sonra yeniden yargılama yapan Elazığ 2. Ağır Ceza mahkemesince 02. 02. 2011 gün ve 26-22 sayı ile;

"Mağdurun sanık tarafından tek bıçak darbesiyle yaralandığı olayda suça vasfını veren bu bıçak darbesinin iç organ niteliğindeki dalakta harabiyet yaratışı ve alınmasına sebep olması hususudur. Zira bu tek bıçak darbesi sonucunda her ne kadar nafiz nitelikte olsa dahi başkaca darbe bulunmadığından şayet iç organ olan dalak yaralanmamış ve alınmasına sebebiyet verilmemiş olsa eylem vasıf değiştirerek bıçakla yaralama niteliğine bürünecektir. Buna göre, suça vasfını veren zarar ve tehlike nedeniyle ayrıca bu sebeple üst hadde yakın ceza belirlemek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Zira, TCY'nın 61. maddesi gözetildiğinde ceza tayininde cezanın belirlenmesinde suçun işleniş biçimi, zarar ve tehlikenin ağırlının dikkate alınacağı

göz önünde bulundurduğunda mahkememizce suça vasfını veren dalak yaralanması nedeniyle zaten 9-15 yıl arası belirlenen ceza aralığında bu zarar ve tehlikenin özelliği gözetilerek alt hadden 3 yıl uzaklaşılarak ceza 12 yıl olarak belirlenmiştir. Mağdur, iyileşmiş, heyetin karşısında çıkmış ve hayatını normal şekilde idame ettirmektedir. Bu nedenlerle suçun işleniş biçimi olarak tek darbeyle sınırlanışı, mağdurun dalağının alınması nedeniyle cezanın alt haddinden 3 yıl uzaklaşılarak hüküm kurulması karşısında, daha teşditli uygulamanın mağdurun iyileşmiş oluşu karşısında değerlendirilen zarar ve tehlike de değerlendirildiğinde hakkaniyete uygun düşmeyeceği değerlendirilmiştir. Zira öldürmeye teşebbüs suçlarında örnek kabilinden kişinin ateşli silah yarası sonucunda yatağa bağlı kalması, baş bölgesinden isabet alması, daha hayati nitelikteki karaciğer, akciğer, kalp gibi organlarının hedef seçilerek çok daha ağır mağduriyete uğraması hallerinde üst sınıra yüksek dairenin belirttiği gibi yaklaşılabileceği, ancak yukarıdan beri açıklandığı üzere, somut olayımızda suçun işleniş biçimi olarak tek darbe sınırlandırılıp zarar ve tehlikenin de dalak alınması neticesinde gerçekleşme şekline göre, alt hadden 3 yıl uzaklaşılması karşısında, mağdurun sağlığına kavuşup heyetin huzuruna da çıktığı gözlemlendiğinde, cezanın daha fazla teşditli uygulanmasının somut olayda bağdaşmayacağı" gerekçesi ile direnilerek, ilk hükümdeki gibi karar verilmiştir.

Bu hükmün de sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C. Başsavcılığının "düzelterek onama" istekli 12. 07. 2011 gün ve 197701 sayılı tebliğnamesiyle, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık C. Ö. 'nün katılan A. D. 'ye yönelik kasten öldürme suçuna teşebbüs eyleminden kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilen ve suçun sübutu ile eylemin nitelendirilmesinde bir

uyuşmazlığın bulunmadığı olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; yerel mahkemenin sanık C. Ö. hakkında 5237 sayılı TCY'nın 35/2. maddesi uyarınca yaptığı uygulama sonucunda verdiği ceza miktarının isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Olay günü meydana gelen kavgada sanık C. Ö. 6136 sayılı Yasa kapsamında yasak nitelikte bulunan sustalı bıçakla gerçekleştirdiği batına nafiz tek darbe ile 05. 10. 2007 günlü doktor raporunda belirtildiği üzere katılanın iç organ yaralanmasına neden olduğu (dalak ve mide yaralanması), dalağın alınması nedeniyle organlardan birinin işlevini yitirdiği ve yaşamını tehlikeye soktuğu, anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCY'nın "suça teşebbüs" başlıklı 35. maddesi;

"(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine karşın, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememekte, bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir.

765 sayılı TCY'nın aksine, 5237 sayılı TCY'nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinde; teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi ile ilgili olarak "eksik teşebbüs-tam teşebbüs" ayırımına yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.

Buna göre, suça teşebbüs durumunda yargıç, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak, daha sonra bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uy-

gulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken de somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında bir ceza tayin edilecektir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık tarafından sustalı bıçakla gerçekleştirilen batına nafiz tek darbe sonucu, katılanın yaşamının tehlikeye girdiği, oluşan dalak ve mide yaralanması sonucunda dalağın alınması nedeniyle organlardan birinin işlevini yitirdiği olayda, yerel mahkeme ve Özel Daire tarafından kabul edilip, dosya içeriği ile de uyum sağlayan oluş ve meydana gelen zararın ağırlığı birlikte ele alınarak değerlendirildiğinde, yerel mahkemenin sanık hakkında TCY'nın 81/1. maddesi uyarınca hükmettiği müebbet hapis cezasını, eylemin teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle aynı Yasanın 35/2. maddesi uyarınca 12 yıla indirmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla, temyiz itirazlarının reddiyle, yerel mahkemenin isabetli bulunan direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyeleri Ş. İ. ve M. Ü. ; "*TCY'nın suça teşebbüse ilişkin 35. maddesinde, "suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, …, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. " denilmektedir.*

35. madde uygulanırken cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesinde yargıca takdir hakkı tanınmıştır. Ancak, takdirde yanılgı bulunup bulunmadığını denetlemek, uygulamada birliği sağlamakla görevli Yargıtay'a aittir.

35. maddede sözü edilen "tehlike" sözcüğü öğretide; Büyük bir zarara veya yok olmaya yol açabilecek bir durum olarak tarif edilmektedir.

Bir kişiye ateş edilmesi halinde; Yaralanma yoksa tehlikeden, yaralanma varsa zarardan söz edilir.

Atış bir el ve yaralanma yoksa, ceza alt sınırdan belirlenmelidir.

Atış sayısı çok ve yaralanma yoksa, ceza alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmelidir. Çünkü, atış sayısı çoğaldıkça kişinin yaralanması yada ölmesi, başka bir anlatımla zarar görmesi ihtimali artmaktadır.

Ateş edilen kişi yaralanmışsa tehlikeden zarar aşamasına geçilmiştir. Ceza alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmelidir. Zarar ağırlaştıkça alt sınırdan daha da uzaklaşılmalıdır.

Atışlardan bir kısmının yaralanma meydana getirmesi halinde hem tehlikenin ve hem de zararın varlığı kabul edilmelidir.

Olayımızda; Batına nafiz bıçak yarası (ki Adli Tıp Uygulamasında, iç organ yaralanması yaratmasa bile hayati tehlike yarattığı kabul edilmektedir), midede öncelikle onarılan 5-6 cm'lik bir delinme, dalakta bir alanda 1,5 cm'lik, diğer alanda 3,5x3 cm'lik kapsül yırtılmaları ve dalak alınması vardır. Dalağın kullanılmasından yoksun kalan mağdurun genel beden gücünde eksilme olmuştur.

"Hayatı tehlike" terimi Adli Tıp sözlüğünde; Yaralanma ile başlayan ve ölüme yol açabilen, tedavi ile düzelse bile kişiyi ölüme yaklaştırmış olan tablo olarak tarif edilmektedir. Bu tarife göre, batına nafiz bıçak yarası, mide ve dalaktaki yaralar ve dalağın alınması mağdurdaki zararı artırmış ve mağduru ölüme yaklaştırmıştır.

Silahla işlenen kasten yaralama fiilinin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine neden olması halinde, verilecek hapis cezasının en az sekiz yıl, en çok on iki yıl on sekiz ay olduğu (TCY. m. 86/1, 86/3-e, 87/2-b), on iki yıl on sekiz ay hapis cezasının silahla kasten yaralama suçlarında verilebilecek en çok ceza olduğu, kasten yaralama suçları için öngörülen hapis cezasının en az dört ay olduğu (TCY. m. 86/2) göz önüne alındığında; anılan 8 yıl hapis cezasının verilebilecek en çok cezanın yarısından (altı yıl 9 aydan) fazla olduğu, TCY'nın 86/1. maddesi ile temel ceza belirlenirken, olayımızda olduğu gibi, alt sınırdan uzaklaşmayı gerektiren nedenlerin bulunması halinde, TCY'nın 86/1, 86/3-e ve 87/2-b maddelerinin uygulanması sonucu bulunacak hapis cezasının öldürmeye teşebbüs suçundan verilen on iki yıl hapis cezasına ulaşmasının, hatta geçmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

Kasten insan öldürmeye teşebbüs suçunun faili ise, TCY'nın 35. maddesi uyarınca dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü, gibi, her iki suç arasında hiyerarşik bir denge, başka bir anlatımla önem sırası vardır. Kasten insan öldürmeye teşebbüs suçu diğerine göre daha ağırdır.

Uygulama sırasında bu denge korunmalıdır. Hele, olayımızda olduğu gibi, kasten insan öldürmeye teşebbüs suçlarında mağdurun yaşamını tehlikeye sokan durum yanında duyulardan ve organlardan birinin işlevinin yitirilmesi durumu da varsa, bu dengenin korunması daha da önem kazanmaktadır.

Olayımızda dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngören 35. madde uyarınca belirlenen, ancak organlardan birinin işlevinin yitirilmesine neden olmama halinde verilmesi mümkün olan on iki yıl hapis cezasını yeterli görmeyen, 35. maddenin ikinci fıkrasında yer alan, öğreti ve yerleşmiş uygulamaya göre bu maddenin uygulanmasında tek ölçü olarak kabul edilen "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını" esas alarak üst sınıra yakın ceza öneren bozma düşüncesi, anılan dengenin korunmasını ve uygulamada birliğin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Belirtilen nedenlerle; Direnme kararının Yüksek 1. Ceza Dairesinin görüşüne göre bozulması" gerektiği düşüncesiyle,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve beş Genel Kurul üyesi de, benzer düşüncelerle yerel mahkeme direnme hükmünün bozulması gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle,

1- Elazığ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 02. 02. 2011 gün ve 26-22 sayılı direnme hükmünün **ONANMASINA,**

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE, 06. 12. 20011** günü yapılan birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, **13. 12. 2011** günü yapılan ikinci müzakerede tebliğnamedeki isteme uygun olarak oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 20. 12. 2011

E. 2011/7-305

K. 2011/275

* **Suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren yasa, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.**
* **Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.**
* **Suç tipinin önceki düzenlemeden farklı unsurlar içerecek biçimde yeniden düzenlenmesi ve öncekinden değişik yaptırımlar öngörülmesi karşısında, suçun vasıflandırılması ve iddianamede tanımlanan eylemin hangi suçu ya da suçları oluşturabileceği Yargıtayca incelenip sonuca bağlanmadan yerel mahkemece yapılacak bir hukuki değerlendirme sağlıklı değildir.**

(T. C. Anayasası m. 141¸154; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6)

Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına aykırılık suçundan sanık H. Ç. 'nin, 5101 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı Yasanın 81/9-1-a ve 5237 sayılı TCY'nın 62. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Antalya 3. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 04. 07. 2007 gün ve 345-624 sayılı hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 02. 06. 2011 gün ve 10548-7666 sayı ile;

"*5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişikliklerin lehe olup olmadığının tartışılmasının gerekmesi ve 5271 sayılı CMK'nun 5560, 5728 ve 6008 sayılı Yasalar ile değişik 231. maddesinin 5, 6. ve 14. fıkralarında değişiklikler uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması olanaklı hale geldiğinden, 5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi gözetilerek, yasal koşullarının oluşup oluşmadığının saptanması ve sonucuna göre uygulama yapma görevinin de yerel mahkemeye ait bulunması*" nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 06. 09. 2011 gün ve 276478 sayı ile;

"…İtirazlarımız Özel Dairenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarının bulunup bulunmadığının saptanması ile 5846 sayılı Yasada yer alan değişikliklerin sanık lehine bulunup bulunmadığının tesbiti yönünden bozulan hükmün kaldırılmasına ve sair yönlerden incelenmesine yöneliktir.

Yasal mevzuatımız incelendiğinde;

5271 sayılı Yasanın 5728 sayılı Yasa ile değişik 231/5-6-14. maddelerinde,

A) 1) 5) (Ek fıkra: 06/1212006-5560 s. K. /23. md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

6) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 s. K. /23. md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

(Ek cümle: 22/07/2010-6008 s. K. /7. md.) Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez

14) (Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 s. K. /562. md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz' şeklindedir.

Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir.

2)Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 81/7. maddesi şöyledir;

'Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır. Bu şekilde toplanan nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şekli ilgili alan meslek birliklerinin de görüşlerini almak suretiyle Bakanlıkça belirlenir'

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 81/9/1-a ve b maddesi ise şöyledir;

'...Bu madde hükümlerine aykırı olarak kasten,

1. Bu Kanuna göre bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınları;

a) Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

b) Bandrol almaksızın çoğaltan ve yayan veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde bedelsiz yayan, bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrolleri mevzuatta belirlenen şekilde yapıştırmadan bedelli ve bedelsiz yayan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, hükmolunur' denilmektedir.

Hükümden sonra, 08. 02. 2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23. 01. 2008 gün ve 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasanın 143. maddesi ile değişik ve anılan 81/9/1-a ve

b maddelerinin karşılığı olarak düzenlendiği anlaşılan 81/4. madde ise 'Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır' hükmünü getirmiştir.

Öte yandan;

B)Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26. 09. 2008 gün ve 2008/11-250 E; 2009/13 K sayılı yine 06. 04. 2010 gün ve 2010/4-71 E. ve 2010/76 K. sayılı hükümlerinde de belirtildiği gibi,

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşulları suça ve sanığa ilişkin olmak üzere iki grupta değerlendirilecek olursa;

Suça ilişkin koşullar;

1- Yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilmeli ve hükmolunan ceza ise iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olmalıdır.

2- Suç, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Yasalarında yer alan suçlardan bulunmamalıdır.

3- 01. 03. 2008 tarihinden itibaren işlenen suçlarda ise, suçun ayrıca 3713 sayılı Yasa ile 1632 sayılı Yasa kapsamında yer alan suçlardan olmaması gerekmektedir.

Sanığa ilişkin koşullar;

1- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması,

2- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi,

3- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması, gerekmektedir… şeklinde sınıflandırılabilecektir.

C)Diğer yandan anılan Genel Kurul kararlarında bir kasıtlı suçtan ne anlaşılması gerektiği hususu ile ilgili olarak da '5237 sayılı Yasa dö-

neminden önce 765 sayılı TCK döneminde işlenip, 3682 sayılı Yasanın 8 ve 5352 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesi uyarınca adli sicilden silinme koşulları oluşmuş olan mahkumiyetler ile ertelenmiş ve esasen vaki olmamış sayılmasına karar verilen mahkumiyetlerin kasıtlı bir suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacağı, 01. 06. 2005 sonrası yeni dönemde işlenen suçlar açısından ise infazdan sonra 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinde belirtilen tekerrür sürelerinin geçirilmesinden sonra bu hükümlerin kasıtlı bir suç olarak kabul edilmemesinin hakkaniyete uygun bir çözüm olacağı' hususu vurgulanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde,

1-Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Koşullarının Bulunup Bulunmadığı Yönünden Yapılan inceleme;

Sanığın birçok sabıkası olup dosyada bulunan en son sabıka kaydına göre Antalya 3. Asliye Ceza Mahkemesince 05. 10. 2005 tarihinde 5846 s. K. 'nun 81/9,1-a 5237 s. K. 'nun 62, 51/1-4. maddelerinden verilip, 28. 11. 2005 tarihinde kesinleşen 5000. 000. 000 TL adli para cezası bulunmakta olup cezası ertelenerek 3 yıl denetim süresi öngörülmüştür.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde, beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, süre ile yeni bir suç işlenmemesi halinde tekerür hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiş olup, 5237 sayılı Yasanın ertelemeyi düzenleyen 51/8. maddesinde ise denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, cezanın infaz edilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Sanığın sabıkasına konu ilam 5846 sayılı Yasaya aykırılık eylemidir. Sanık hakkında verilen hüküm 3 yıl denetim süresi öngörülerek ertelenmiştir. Sanığın ise 28. 11. 2005 tarihinde ertelenerek kesinleşen mahkumiyet hükmünün 5237 sayılı Yasada tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için 58. maddede öngörülen süre olan üç yıl geçmeden 22. 02. 2006 tarihinde incelemeye konu 5846 sayılı Yasaya aykırılık fiilini işlediği anlaşılmaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında sanığın 5271 sayılı CMK'nun 5728 sayılı Yasa ile değişik 6. fıkrasının (a) bendinde yer alan kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması objektif şartını yerine getiremediği ve hakkında bu yönde uygulama yapılmasının mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda sanık hakkında Özel Dairece, hükmün esasına geçilerek inceleme yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

2- 5846 sayılı Yasada Yer Alan Değişikliklerin Sanık Lehine Bulunup Bulunmadığının Tesbiti Yönünden Yapılan inceleme;

Sanığın seyyar tezgah üzerinde bandrole tabi eserleri bandrolsüz satarken yakalandığı sabit olup eylemine uyan bandrolsüz CD'lerin yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışını yasaklayan 5846 sayılı Yasanın 81/9,1-a maddesinden uygulama yapılmıştır. Bu durumda 5846 sayılı Yasanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 81/9, 1-a maddesinin mi yoksa hükümden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasanın 143. maddesi ile değişik 81/4. maddesinin mi sanık lehine bulunup bulunmadığını değerlendirmek gerekecektir.

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5846 sayılı Yasanın 81/9, 1-a maddesi bandrolsüz nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışını yasaklamakta olup buna aykırı davranan sanıklar hakkında 'üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden' şeklinde seçimlik bir ceza öngörmektedir.

Hükümden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 143. maddesi ile değişik 5846 sayılı Yasanın 81/4. maddesi ise 'bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır' hükmünü getirmiştir.

Her iki hüküm incelendiğinde görüleceği üzere, 5846 sayılı Yasanın 81/9, 1-a maddesindeki seçimlik cezanın 5728 sayılı Yasanın 143. maddesi ile değişik 81/4. maddesindeki temel hürriyeti bağlayıcı ceza

artırılmak, ayrıca adli para cezası da getirilmek suretiyle tek bir cezaya dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır.

Hakim tarafından sanık hakkında seçimlik cezalardan hürriyeti bağlayıcı cezanın tercih edildiği ve 2 ay 15 gün temel ceza uygulandığı anlaşılmaktadır.

5846 sayılı Yasanın 5728 sayılı Yasa ile değişik 81/4. maddesinde ise hürriyeti bağlayıcı cezanın alt sınırının ise 1 yıl olduğu ayrıca adli para cezasının da getirildiği gözetildiğinde hapis cezasının yeni hükümde tercih edilmesi halinde sanığın aleyhine olduğu görülecektir. Bu durumda 5846 sayılı Yasanın değişiklikten önceki ilk hükmünün, değişiklikten sonraki hükümden çok lehe olduğu anlaşılmaktadır.

Anlatılan sebeplerle Özel Daire tarafından hükmün 5846 sayılı Yasa yönünden TCK'nun 7. maddesi gözetilerek bozulması kararı yasaya aykırı olup hükmün esastan incelenmesi gerekir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Dosya, Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına aykırılık suçundan 5101 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı Yasanın 81/ 9- 1-a ve 5237 sayılı TCY'nın 62. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı,

2- Hükmün 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişiklikler nedeniyle sanığın hukuksal durumunun yeniden değerlendirilmesi amacıyla bozulmasının isabetli olup olmadığı,

Noktalarında toplanmaktadır.

İncelenen dosya içeriğine göre;

22. 02. 2006 tarihli yakalama ve elkoyma tutanağına göre, Ş. Cad. İ. Mobilya karşısında bulunan kaldırımda seyyar tabla üzerinde CD satışı yapan sanığın yakalandığı, sergisinde 36 adet bandrolsüz CD'nin ele geçirildiği,

Sanık hakkında "*hak sahibinin izni olmaksızın korsan olarak çoğaltılmış bandrolsüz müzik ve film CD'lerini yol ve kaldırım üzerinde sattığı*" iddiasıyla kamu davası açıldığı,

Sanığın mahkemece alınan savunmasında, bir çocuğun seyyar tezgahta CD satarken yakalandığını, eskiden tezgahta CD sattığı için görevlilerin kendisinden kuşku duyduklarını, ancak ele geçen CD'lerle bir ilgisinin bulunmadığını, artık inşaatlarda işçi olarak çalışmaya başladığını belirttiği,

Teknik Bilirkişi A. G. 'nin 10. 04. 2006 tarihli raporunda, CD'lerin tamamının korsan, çoğaltma ve bandrolsüz olduğu yönünde görüş bildirilerek eser, firma ve sanatçı adlarının belirtildiği,

Sanığın adli sicil kaydında iki hükümlülüğün yer aldığı, buna göre;

Antalya 3. Asliye Ceza Mahkemesince 05. 10. 2005 gün ve 195-517 sayılı ilamı ile, 04. 02. 2005 tarihinde işlenen 5846 sayılı Yasaya aykırılık suçundan aynı Yasanın 81/9-1, 5237 sayılı TCY'nın 51/1 ve 54. maddeleri uyarınca verilen 5. 000. 000. 000 TL adli para cezasının ertelendiği, hükmün 28. 11. 2005 tarihinde kesinleştiği, deneme süresi dolmadan uyuşmazlık konusu suçun işlendiği,

Antalya 3. Sulh Ceza Mahkemesince 08. 05. 2002 gün ve 96-538 sayılı ilamı ile de, 26. 12. 1999 tarihinde işlenen kasten yaralama suçundan, 765 sayılı TCY'nın 456/4, 457/1, 463 ve 647 sayılı Yasanın 6. maddeleri uyarınca verilen 40. 000. 000 TL para cezasının ertelendiği hükmün 12. 11. 2002 tarihinde kesinleştiği ve 5 yıllık deneme süresi içinde uyuşmazlık konusu suçun işlendiği,

Anlaşılmaktadır.

1- Sanık hakkında CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı:

Hukukumuza ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesiyle giren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 19. 12. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasayla 5271 sayılı Yasanın 231. maddesine eklenen 5-14. fıkralar ile büyükler için de kabul edilmiş, aynı Yasanın 40. maddesiyle 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

Başlangıçta yetişkin sanıklar yönünden şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak, hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen bu kurum, 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikle, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Yasalarında yer alan suçlar ayrık olmak üzere, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına ilişkin tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

5560, 5728, 5739 ve 6008 sayılı Yasalar ile yapılan değişiklikler sonucu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar şöyle sıralanabilir:

1) Suça ilişkin;

a- Yapılan yargılama sonucunda, sanık hakkında hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasından ibaret olması,

b- Suçun, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Yasalarında yer alan, 01. 03. 2008 tarihinden itibaren işlenen suçlarda ise, suçun ayrıca 3713 sayılı Yasa ile 1632 sayılı Yasa kapsamında yer alan suçlardan olmaması,

2) Sanığa ilişkin;

a- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi,

c- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması,

d- Sanığın hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasını kabul etmesi,

Koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Tüm bu koşulların bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde öngörülen daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmama koşulu açısından herhangi bir ayrım gözetilmediğinden, hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03. 02. 2009 gün ve 250-13 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 01. 06. 2005 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden, önceki mahkûmiyetin 765 sayılı TCY'nın 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağı haller veya 3682 sayılı Adli Sicil Yasasının 8 ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan önceki mahkûmiyetler, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın, 01. 06. 2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden ise, 5237 sayılı TCY'nda tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin geçmiş olması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesinde engel bir neden olarak kabul edilemeyecektir. Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, subjektif koşulun ele alınmasında sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sabıkasında kasıtlı suçlar nedeniyle verilmiş ve silinme koşulları oluşmayan iki mahkûmiyet hükmü mevcut olan sanık hakkında, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunma koşulu gerçekleşmediğinden, CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma koşullarının değerlendirilmesi amacıyla bozulmasına karar verilmesi isabetli değildir.

2- 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişiklikler nedeniyle sanığın hukuksal durumunun yeniden değerlendirilmesi için yasa bozması yapılmasının isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesine gelince:

Konuya ilişkin yasal düzenlemelerin incelenmesinde:

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının suç ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 81. maddesi,

"Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur. Bandroller, Bakanlıkça bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir.

Bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Bakanlıkça tespit edilen diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuru yapılır. Bakanlık, bu başvuru üzerine başka bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içinde bandrol vermek mecburiyetindedir. Beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz…

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır. Bu şekilde toplanan nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şekli ilgili alan meslek birliklerinin de görüşlerini almak suretiyle Bakanlıkça belirlenir. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir. Bu madde hükümlerine aykırı olarak kasten,

1. Bu Kanuna göre bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınları;

Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

Bandrol almaksızın çoğaltan ve yayan veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlâl edecek şekilde bedelsiz yayan, bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrolleri mevzuatta belirlenen şekilde yapıştırmadan bedelli ve bedelsiz yayan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre bandrol alma hakkı olmadığı halde, sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde Bakanlık veya yetkilendirdiği kuruluşları yanıltarak bandrol alan, münhasıran bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınlar için verilen bandrolleri amacı dışında kullanan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmimilyar liradan ikiyüzmilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

Sahte bandrol imal eden, kullanan ve/veya sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticarî menfaat sağlayan kişiler hakkında, üç yıldan altı yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan ikiyüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

Hükmolunur.

Yukarıdaki fıkrada sayılan ve yaptırım gerektiren füllerden birini kasten işleyenler hakkında; 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu, 1 inci maddesinin (A) bendindeki mahal ve 4 üncü maddesindeki yazılı zaman kaydına bakılmaksızın uygulanır ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin (8) numaralı bendindeki şart aranmaksızın kamu davası açılır" şeklinde düzenlenmiş iken,

Anılan Yasada 5728 sayılı Yasa ile yapılan değişikler sonucunda "Haklara Tecavüzün Önlenmesi" başlıklı 81. maddesi ;

"…*Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.*

Bakanlık ile mülkî idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayınların, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülkî idare amirleri re'sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç hâlinde, bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler.

Bu denetimler sırasında bu Kanunda koruma altına alınan hakların ihlal edildiğinin tespiti hâlinde 75 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işlem yapılır.

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır…

Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur" biçimine,

Aynı Yasanın 75. maddenin 1. fıkrası ise, "*71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir*" biçimine dönüştürülmüştür.

Öte yandan aynı Yasanın 71. maddesinin 1. fıkrasında; "*Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*" hükmü yeralmaktadır.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesi, yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Yasasının 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup, her iki maddede de; ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, failin lehine olan yasanın geçmişe etkili olması, "geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesine de yer verilmiştir.

Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren yasa, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.

Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda;

Hapis cezasını öngören yasanın, adli para cezası kabul eden yasaya göre,

Aynı nev'i ceza içeren yasalardan;

Yukarı sınırları aynı, aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınırı az olan yasaya göre,

Aşağı sınırları aynı, yukarı sınırı fazla olanın, üst sınırı az olana göre,

Alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde, üst sınırı fazla olanın, az olana göre,

Aleyhe olduğu kabul görmektedir.

Yine, şikayete tabi olan suçu, kamu adına kovuşturulması ge-

reken suç haline getiren yasanın aleyhe, kamu adına kovuşturulan suçu, şikayete tabi suç haline getiren yasanın lehe, aynı cezaya ilave olarak güvenlik önlemi kabul eden yasanın aleyhe olduğu söylenebilir ise de, bu kuralların her somut olayda, mutlak olarak aynı sonucu doğuracağının kabulü olanaksızdır. Ancak bazı somut durumlarda yetersiz de olsa bu ölçütler, yasalarda kısmi değişikliklerin yapıldığı dönemlerde benimsenilmesi gereken temel ilkeleri göstermesi bakımından önemlidir.

Lehe yasanın tespiti açısından bu ölçütlere yeni kriterler eklenmesi yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara da konu olmuş, değişen ceza mevzuatı karşısında dahi halen geçerliliğini koruyan 23. 02. 1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "*Suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin farklı olması halinde, her iki yasanın birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı*" şeklinde, lehe yasanın tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir.

Öğretide de anılan İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür. (Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer-Prof. Dr. S. Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 11. Bası, sh. 167 vd. ; Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer, Genel Ceza Hukuku Dersleri, sh. 64 vd. ; Prof. Dr. M. E. Artuk-Doç. Dr. A. Gökçen-Arş. Gör. A. C. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, sh. 221 vd.)

Diğer taraftan, 1982 Anayasasının 141. maddesinin 4. fıkrası,

"*…Davaların en az giderle ve mümkün olan suratle sonuçlandırılması yargının görevidir*",

154. maddesinin 1. fıkrası "*Yargıtay Adliye Mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*",

Hükümlerini içermektedir.

Anılan hükümlerle birlikte, onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil olan ve Anayasanın 5170 sayılı Yasa ile değişik 90. maddesine göre de üstünlük ve önceliği kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinin "*kişinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna*" ilişkin normu da dikkate alındığında, temyiz davasında işin esasına girilmek suretiyle dosyadaki tüm bilgi ve belgelerin incelenip değerlendirilmesinin esas olduğu görülmektedir. Lehe yasa hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılan uyuşmazlıklarda işin esasına girilmeden bu yönde bozma yapılması olanaklı olmakla birlikte, yeni yasanın aleyhe olduğunun ve yerel mahkemece verilmiş hükme dayanak oluşturan yasa hükümlerinin lehte olduğunun açıklıkla anlaşılması ya da suç niteliğinin tartışmalı olduğu durumlarda ise işin esasına girilerek inceleme yapılmalıdır.

Özellikle suçun vasıflandırılmasının tartışmalı olduğu durumlarda, sanığın suç oluşturduğu iddia edilen eylemlerinin sabit olup olmadığı saptandıktan sonra, bu eylemlerin hangi suç tipine uyduğunun ve hangi yasa hükümlerinin sanık lehine olduğunun belirlenmesine yönelik olarak öncelikle ilgili Özel Dairece esasın incelenmesinin zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanık hakkında "*hak sahibinin izni olmaksızın korsan olarak çoğaltılmış bandrolsüz müzik ve film CD'lerini yol ve kaldırım üzerinde sattığı*" iddiasıyla Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına aykırılık suçundan kamu davası açılması üzerine yerel mahkemece yapılan yargılama sonucunda 5101 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı Yasanın 81. maddesinin 9. fıkrasının 1/a bendi ve 5237 sayılı TCY'nın 62. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, Özel Dairece 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişikliklerin lehe olup olmadığının tartışılması gerektiğinden bahisle hükmün bozulduğu anlaşılmaktadır. Suç ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişiklikler sonucunda sanığın hukuki durumunun yeniden yerel mahkemece değerlendirilmesinin zorunlu olduğu, buna göre işin esası incelenmeksizin hükmün yasa

değişikliği nedeniyle bozulması gerektiği düşünülebilir ise de; suçun nitelendirmesinin tartışmalı olduğu inceleme konusu olaydaki eyleme uyan suç tipinin önceki düzenlemeden farklı unsurlar içerecek biçimde yeniden düzenlenmesi ve öncekinden değişik yaptırımlar öngörülmesi karşısında, suçun vasıflandırılması ve iddianamede tanımlanan eylemin hangi suçu ya da suçları oluşturabileceği Yargıtayca incelenip sonuca bağlanmadan yerel mahkemece yapılacak bir hukuki değerlendirmenin sağlıklı olmayacağı, bu uygulamanın "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını" yargının görevi olarak niteleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141 ve AİHS'nin 6. maddelerine aykırılık oluşturacağı, bu durumda öncelikle işin esasının Yargıtay ilgili dairesinde görüşülmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Özel Dairece esasa yönelik inceleme ve suçun vasıflandırılması konusunda değerlendirme yapılmadığından, Ceza Genel Kurulunca Özel Daire tarafından inceleme yapılmayan bir konuda suç niteliğinin ve lehe yasanın tespitine yönelik değerlendirme yapılması olanağı bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Özel Dairece işin esasına yönelik değerlendirme yapılmadan 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişikliklerin lehe olup olmadığının tartışılması gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmesi yerinde değildir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri M. M. ve M. T; *"Sanığın sokaktaki tezgahında bandrolsüz ve korsan CD satma eyleminin 5846 sayılı yasanın 81/9-1-a maddesindeki suçu oluşturduğu sabittir. Ancak;*

Hükümden sonra, 5846 sayılı yasanın 08. 02. 2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı yasanın 143. maddesi ile değişik 81/4. maddesinde 'Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. ' hükmüne yer verilmiş ise de, maddenin içtimayı düzenleyen l3. fıkrasında yer alan 'Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi halinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek

ceza üçte biri oranında artırılır. ' hükmü ve 5728 sayılı kanunun 138. maddesiyle değişik 71/1. maddesindeki 'Bu kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek: Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. ' şeklindeki hüküm ve aynı yasanın soruşturma ve kovuşturma usulünü düzenleyen 75. maddesindeki '71 ve 72 inci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlıdır. Yapılan şikayetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına vermeleri gerekir.

Bu belge ve sair delillerin şikayet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir' ve 'Bu kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar dolayısıyla başta Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve mali hak sahibi kişiler şikayet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler. ' hükümleri dikkate alınarak 5271 sayılı yasanın 234/2. maddesi ve 5846 sayılı yasanın 5728 sayılı kanunun 140. maddesi ile değişik 75. maddesi gereğince, eserler üzerinde hak sahipleri olan suçun mağdurları tespit edildikten ve katılanların suçtan zarar görüp görmedikleri tespit edildikten sonra, yasal sürede şikayet hakkı bulunanlar bakımından hak sahibi olunduğunun ispatlanması halinde lehe yasanın belirlenmesi için 5846 sayılı yasanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 5101 sayılı yasa ile değişik 81. maddesinin 9. fıkrasının 1/a alt bendi ile 5728 sayılı yasa ile değişik 81/13. maddesi ve ayın yasanın 71/1. madde hükümleri karşılaştırılıp sanık lehine olabilecek yasanın mahkemece uygulanmasının gerektiğine işaret eden dairemiz bozmasının yasaya uygun olduğunu düşündüğümüzden itirazın bu bölümünün kabulüne ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz" görüşüyle;

Çoğunluk görüşüne katılmayan sekiz Genel Kurul Üyesi ise; "*Özel Dairece 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişikliklerin lehe olup olmadığının tartışılması gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmesinin yerinde olduğu*" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Bu itibarla, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması koşullarının bulunmadığı ve Özel Dairece yerel mahkeme hükmünün esası incelenip suçun vasıflandırılması yapılmadan 5728 sayılı Yasa ile 5846 sayılı Yasada yapılan değişikliklerin lehe olup olmadığının tartışılması gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmesinin yerinde olmadığı sonucuna ulaşıldığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın esastan inceleme yapılması için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE,**

2- Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 02. 06. 2011 gün ve 10548-7666 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA,**

3- Dosyanın esastan inceleme yapılabilmesi için Yargıtay 7. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **20. 12. 2011** günü yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak oybirliği, ikinci uyuşmazlık konusuna ilişkin oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 27. 12. 2011
E. 2011/2-286
K. 2011/295

* **Katılan lehine vekalet ücretine hükmedilmesi için, ceza davasının mahkumiyetle sonuçlanması ve katılanın kendisini hukuki yardımından yararlandığı bir vekille temsil ettirmesi yeterli olup, ayrıca vekilin duruşmaları takip etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.**

* **Tarifeye göre hükmedilmesi gereken vekalet ücreti, katılana vekili tarafından sunulan hukuksal yardımın şekli ve kalitesiyle ilintili olmayıp, katılanın kendisini vekil ile temsil ettirmesinin bir sonucudur.**

(1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 164; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi)

Hırsızlık suçundan sanık A. O. T'nin 5237 sayılı TCY'nın 141/1 ve 62. maddeleri uyarınca 1 yıl 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, "*katılan kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden tarife hükümleri dikkate alınarak 450 YTL ücreti vekaletin sanıktan tahsili ile katılana verilmesine*" ilişkin, Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 05. 12. 2007 gün ve 580-995 sayılı hükmün, sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 2. Ceza Dairesince 15. 06. 2011 gün ve 51780-13173 sayı ile;

"1- Sanığın kaçak su kullanmaktan ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 142. maddesinin 1. fıkrası (a) bendine uyan hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden aynı Kanunun 141. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması,

2- Dosyada içeriğinden sanık hakkında su hırsızlığı suçundan açılan başka davalar bulunduğu anlaşılmakla, bu dava dosyaları getirtilip incelenerek ve gerektiğinde davaların birleştirilmesi sağlanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

3- Katılan kurum vekilinin oturumlarda hazır bulunmadığı, sadece katılma istemini içeren dilekçe verdiğinin anlaşılması karşısında; Avukatlık As-

gari Ücret Tarifesine göre dilekçe yazım ücreti yerine yazılı şekilde maktu vekalet ücretine hükmolunması" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 26. 08. 2011 gün ve 61749 sayı ile;

"İtiraza konu Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 05. 12. 2007 gün, 2007/580 esas ve 2007/995 karar sayılı dosyası incelendiğinde;

Sanığın su hırsızlığı suçuna ilişkin olarak yargılandığı, mahkemece suçun sübutuna ilişkin delillerin toplandığı, sanığın ilgili suçu işlediği kanısına ulaşıldığı ve mahkumiyetine karar verildiği,

Katılan kurumun yakınma dilekçesini vekili aracılığıyla verdiği, ardından vekil aracılığıyla katılma isteminde bulunduğu, kurum adına tebligatların da vekile yapıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Burada, katılan kurum adına davayı takip eden bir vekilin varlığı ile bu vekille ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre katılan lehine bir ücrete hükmedilmesi konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak tartışılması gereken konu, katılan lehine takdir edilecek bu ücretin dilekçe yazma ücreti mi yoksa maktu vekalet ücreti mi olacağı noktasındadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda örneğin yaş küçüklüğü gibi özel bir nedenin varlığı durumları ayrık tutulmak kaydıyla, yakınan ya da katılan vekilinin duruşmalarda bizzat hazır bulunacağına ilişkin zorlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yanında katılan ya da yakınanın, vekilini duruşmalara girmeye zorlaması konusunda da mevzuatta herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Buna karşın; yargılamanın mahkumiyetle sonuçlanması durumunda, kamu davasına katılmış olan gerçek ya da tüzel kişiler lehine maktu vekalet ücretine hükmedilecektir. Bu ücret katılan vekilinin değil, doğrudan kendisini vekille temsil ettiren katılanın hak ettiği bir yargılama gideri olarak yasal düzenleme altına alınmıştır. Burada katılanın; zorlayıcı bir hüküm ya da başka geçerli bir yasal dayanak da bulunmadığı halde, vekilinin duruşmalara girmemesi gerekçe gösterilerek bu haktan mahrum bırakılması hukuken himaye edilemez. Bu nedenle katılan yararına maktu vekalet ücreti yerine dilekçe yazma ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin görüş ve bu görüşe dayanılarak verilen bozma kararı hukuka aykırıdır" görüşüyle itiraz yasa yoluna

başvurarak, *"bozma kararının, 3. madde yönünden kaldırılmasına karar verilmesi"* isteminde bulunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın hırsızlık suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; vekili duruşmalara iştirak etmeyen katılan idare lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücretine mi, yoksa dilekçe yazım ücretine mi hükmedilmesi gerektiğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü vekili Av. G. K. 'nın 20. 07. 2006 tarihinde Ankara C. Başsavcılığına dilekçe ile başvurarak sanık hakkında hırsızlık suçundan şikayetçi olduğu,

Soruşturma sonucunda sanık hakkında hırsızlık suçundan 5237 sayılı TCY'nın 141, 145 ve 43. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı,

Mahkemece duruşma gününün şikayetçi vekiline bildirildiği, şikayetçi vekilinin 07. 08. 2006 tarihli dilekçe ile davaya katılma isteminde bulunduğu, 24. 10. 2006 tarihli oturumda katılma isteminin kabulüne karar verildiği, oturumlara katılmayan katılan vekilinin kendisine tebliğ edilen hükmü temyiz etmediği,

Anlaşılmaktadır.

Birisi Avukatlık Sözleşmesinden kaynaklanan, diğeri ise Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre karşı tarafa yüklenen olmak üzere ikiye ayrılan "avukatlık ücreti", 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 164. maddenin 1. fıkrasında; "*avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki yardımın ne şekilde yerine getirileceği maddede sayılmamış ve tarafların aralarındaki yapacakları anlaşmaya bırakılmıştır.

Avukatlık Yasasının 168. maddesi uyarınca hazırlanıp 13. 12. 2007 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve yerel mahkemenin karar tarihinde geçerli olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin "*Ceza davalarında ücret*" başlıklı 13/1. maddesindeki; "*Kamu davasına katılma üzerine, mahkumiyete karar verilmiş ise vekili bulunan katılan lehine Tarifenin ikinci kısım ikinci bölümünde belirlenen avukatlık ücreti sanığa yükletilir*" şeklindeki hükmüne göre, sanığın mahkûm olması halinde, kendisini vekille temsil ettiren katılan lehine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısım ikinci bölümüne göre vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmelidir.

Katılan lehine vekalet ücretine hükmedilmesi için, ceza davasının mahkumiyetle sonuçlanması ve katılanın kendisini hukuki yardımından yararlandığı bir vekille temsil ettirmesi yeterli olup, ayrıca vekilin duruşmaları takip etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira, tarifeye göre hükmedilmesi gereken vekalet ücreti, katılana vekili tarafından sunulan hukuksal yardımın şekli ve kalitesiyle ilintili olmayıp, katılanın kendisini vekil ile temsil ettirmesinin bir sonucudur.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun 04. 10. 2011 gün ve 167-194; 20. 12. 2011 gün ve 364-287 sayılı kararlarında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yerel mahkeme tarafından kendisini vekille temsil ettiren katılan kurum lehine maktu vekalet ücretine hükmolunması usul ve yasaya uygun olup, bu yöndeki Özel Daire bozma nedeni isabetsizdir.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin 3 nolu bozma nedeninin karardan çıkartılmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE,**

2- Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 15. 06. 2011 gün ve 51780-13173 sayılı bozma kararından 3 nolu bozma nedeninin **ÇIKARTILMASINA**,

3- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE, 27. 12. 2011** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 22. 11. 2011
E. 2011/9-192
K. 2011/241

* **Alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suçtan yargılanan sanığa, sorgusundan önce ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulduktan sonra istinabe suretiyle sorguya çekilebileceği, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı ise sanıkların sorgusunun mutlaka yargılamayı yapan mahkemece yapılması zorunludur.**

* **Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup, bu hak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.**

* **Sanığın ek savunmalarını sunduğu oturumlarda duruşmadan vareste tutulmayı talep ettiği ve yargılamaya konu suç için Yasada öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olduğu anlaşılmakla, sanığın savunmasının istinabe yoluyla alınması ve Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği ve hükmün açıklandığı son oturuma getirtilmeden karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde değildir.**

(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6; 5271 sayılı CMK m. 193, 194, 196, 200, 204)

Kamu malına zarar vermek suçundan sanık M. K. 'nin 5237 sayılı TCY'nın 152/1-a, 62 ve 52/2. maddeleri uyarınca 6. 000 Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına, hakkında aynı Yasanın 58. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimin uygulanmasına ilişkin, Arguvan Asliye Ceza Mahkemesince verilen 04. 11. 2008 gün ve 48-52 sayılı hükmün sanık tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince 03. 05. 2011 gün ve 7375-2594 sayı ile; hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 08. 07. 2011 gün ve 31293 sayı ile;

"Hükümlünün üzerine atılı suçu başka bir suç nedeniyle Arguvan Kapalı Cezaevinde tutuklu iken işlediği, daha sonra Malatya E Tipi Kapalı Cezaevine nakil yapılması nedeniyle sorgusunun talimat yoluyla Malatya 4. Asliye Ceza mahkemesi tarafından 14. 05. 2008 tarihinde alındığı ve Cumhuriyet savcısının mütaalasına karşı diyecekleri sorulmadan ve son söz hakkı verilmeden yokluğunda karar verilmiştir.

5271 sayılı CYY'nın 193. maddesinin birinci fıkrasında, 'kanunun ayrık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir' hükmü bulunmaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 196. maddesinin beşinci fıkrasında 'Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir' hükmü yer almaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10. 06. 2008 gün ve 148/169 sayılı kararında da, 'davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü bulunan sanığın bozma kararına karşı diyeceklerinin sorulmamasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğuna' karar vermiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle yargılama esnasında başka suçtan yargı çevresi dışında hükmen tutuklu bulunan sanığın 5271 sayılı CYY'nın 196. maddesine aykırı olarak duruşmada hazır bulundurulması sağlanıp, sorgusunun yapılması gerekirken 'duruşmadan vareste tutulmasını talep etmesi' ile yetinerek talimat yoluyla alınan sorguyla yetinilerek yokluğunda yargılamaya devamla Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütaalasını bildirdiği ve hükmün verildiği son oturuma da getirtilmeden karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğundan Arguvan Asliye Ceza mahkemesinin 04. 11. 2008 tarih ve 48-52 sayılı kararının, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 03. 05. 2011 tarih ve 7375-2594 karar sayılı ilamıyla onanmasına ilişkin kararın usul ve yasaya aykırı olduğu düşüncesiyle ilam aleyhine itiraz yasa yoluna başvurulması gerekmiştir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvu-

rarak, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; bir başka suçtan yargı çevresi dışında tutuklu bulunan sanığın savunmasının istinabe suretiyle alınması, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği ve hükmün açıklandığı son oturuma getirtilmeden karar verilmesinin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Bir başka suç nedeniyle Arguvan Kapalı Cezaevinde tutuklu bulunduğu dönemde kamu malına zarar verme suçunu işleyen sanığın, kovuşturma aşamasında Malatya E Tipi Kapalı Cezaevine naklinin yapıldığı, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek istediğine ilişkin bir talebi olmayan ve duruşmadan vareste tutulmayı isteyen sanığın sorgusunun ve hakkında uzlaşma hükmü ile 5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinin uygulanmasına yönelik ek savunmalarının 22. 02. 2008, 14. 05. 2000 ve 04. 08. 2008 tarihlerinde istinabe yoluyla alındığı ve hükmün sanığın yokluğunda açıklandığı anlaşılmaktadır.

Sanık hazır olmaksızın duruşma yapılamayacağı kuralını düzenleyen 5271 sayılı CYY'nın "sanığın duruşmada hazır bulunmaması" başlıklı 193. maddesinin birinci fıkrası, "*Kanunun ayrık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir*" hükmünü amir olup, bu kuralın ayrıksı halleri ise aynı maddenin 2. fıkrasında "*Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir*",

194. maddenin ikinci fıkrasında, "*Sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir*",

195. maddede "*(1) Suç, yalnız veya birlikte adlî para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır*",

200. maddenin birinci fıkrasında, "*(1) Sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir*",

204. maddesinde "*(1) Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir müdafi görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır*" şeklinde gösterilmiştir.

Uyuşmazlık konusunun çözümüne ışık tutan "*sanığın duruşmadan bağışık tutulması*" başlıklı 196. maddesi ise;

"*(1) Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir.*

(2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafiine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafiin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.

(3) Sorgu tutanağı duruşmada okunur.

(4) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.

(5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.

(6) Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir" biçiminde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, mahkemece sorgusu yapılmış olmak koşuluyla sanığın veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafiinin istemi ile duruşmada hazır bulunmaktan vareste tutulabileceği kabul edilmiş,

Beşinci fıkrasında ise, hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Her iki fıkrada da sanığın sorgusunun yapılmış olması hali bağışık tutulmanın koşulu olarak belirtilmiş, ancak sanığın sorgusunun ne şekilde yapılacağı hususunda iki fıkrada da her hangi bir açıklamaya yer verilmemiş olup, bu konu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suçtan yargılanan sanığa, sorgusundan önce ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulduktan sonra istinabe suretiyle sorguya çekilebileceği, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı ise sanıkların sorgusunun mutlaka yargılamayı yapan mahkemece yapılması zorunludur.

Sorgusundan önce sanığa, ifadesini yargılamayı yapan mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediğinin sorulmaması veya sorulmasına karşın duruşmadan bağışık tutulmak istemediğini belirten sanığın istinabe ile alınan ifadesiyle yetinilmesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından mutlak bir bozma nedenidir.

CYY'nın 196. maddesinin 2. fıkrasının açık düzenlemesinden de anlaşıldığı üzere, yasa koyucu sorgunun yapılmasında sanıkların tutuklu olup olmadığı konusunda herhangi bir ayırıma yer vermeyerek, yalnızca sanığın yargılandığı suç için yasada öngörülen cezanın alt sınırını esas alan ilkeyi benimsemiştir.

Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup, bu hak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin *"adil yargılanma hakkı"* başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde, sanığın en azından kendi kendini savunmak hakkı bulunduğu belirtilmekle, mahkeme huzurunda doğrudan savunmasını yapabilmesi için duruşmada hazır bulunma hakkının varlığı da zımnen kabul edilmiştir.

Kendisi yönünden hak olarak düzenlendiği kabul edilen bir hususta sanığın bu hakkı ne şekilde kullanacağı konusunda hiçbir insiyatifinin olmadığının kabulü halinde hakkın varlığından da söz edilemeyecektir.

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını sanıktan kaynaklanan herhangi bir olumsuzluk olmaksızın, onun istemi dışında ortadan kaldıran ve zorunlu varesteliği öngören 1412 sayılı CYUY'nın 226. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan; *"Duruşmadan vareste tutulmasını talep etmese bile, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilir"* şeklindeki düzenlemeye 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY da yer verilmeyerek, hem adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturan duruşmada hazır bulunma hakkını sınırlayan bir uygulamaya son verilmiş, hem de koşulların varlığı halinde sanığa sorgusunu istinabe yoluyla yapma imkanı verilmek suretiyle, öncelikle sanık yönünden hak olarak düzenlenmiş olan duruşmada hazır bulunma halinin sanık için külfet oluşturmasının da önüne geçilmiştir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12 Şubat 1985 tarihli Colozza ve Rubinat/İtalya ve 25 Kasım 1997 tarihli Zana/Türkiye kararlarında; "*Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir*" denilmek suretiyle, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

5237 sayılı TCY'nın 152/1-a maddesinde düzenlenen ve bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülen kamu malına zarar verme suçundan yargılanan ve davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan cezası infaz edilmekte olan sanığın, istinabe suretiyle Malatya 4. Asliye Ceza Mahkemesince sorgusu yapılırken ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek istediğine ilişkin bir talebinin olmadığı, hem sorgusunun yapıldığı oturumda, hem de uzlaşma hükmü ile 5237 sayılı TCY'nın 58. maddesinin uygulanmasına yönelik ek savunmalarını sunduğu oturumlarda duruşmadan vareste tutulmayı talep ettiği ve yargılamaya konu suç için Yasada öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olduğu anlaşılmakla, sanığın savunmasının istinabe yoluyla alınması ve Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği ve hükmün açıklandığı son oturuma getirtilmeden karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde değildir. Bu nedenle yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetlidir.

Bu itibarla, haklı nedene dayanmayan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **REDDİNE,**

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **22. 11. 2011** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITEE

T. 27. 05. 2011

E. 2011/28

K. 2011/311

* **Haricen tahsilâtın dosyaya geç bildirilmiş olmasının disiplin suçu oluşturması için borçlunun bir zarara uğraması gerekmediği gibi dosya borcunun bitip bitmemiş olması da eylemin niteliğini değiştirmemektedir.**

* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**

* **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34, 134; TBB Meslek Kuralları 3, 4)

Şikâyetçiler, şikâyetli avukatın bir müvekkili adına Konya 6. İcra Müdürlüğünün 2006/11035 Esas sayılı dosya ile aleyhlerine takip başlattığını, 18. 09. 2006 tarihinde 4. 000,00. -TL. sı ile 16. 12. 2006 tarihinde 4. 500,00. -TL. sını bizzat alacaklı asıla, 02. 11. 2006 tarihinde 3. 000,00. -TL. sı, 01. 12. 2006 tarihinde 2. 500,00. -TL. sı ve 16. 12. 2006 tarihinde de 9. 000,00. -TL. sını haricen şikâyetli avukata ödediklerini, ayrıca Ilgın Şeker Fabrikasından alacaklarına da haciz konularak 3. 158,00. -TL.

sının tahsil edildiğini, böylece toplam 26. 158,00. -TL. sının ödenmesine rağmen, icra dosyasına ödemelerin bildirilmediğini, iddia etmeleri üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, 04. 12. 2006 tarihinde dosyayı bir başka meslektaşına devrederek başka bir büroda çalıştığı için dosyayla ilgisinin olmadığını, icra müdürlüğünden aldığı son kapak hesap tablosunu ibraz ederek şikâyetçilerin dosyaya hala 7. 464,00. -TL. sı borçlarının bulunduğunu, borçluların dosya alacaklısı asıla yaptıklarını iddia ettikleri ödemelerin hukuken bir geçerliliğinin olmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın haricen tahsil ettiği bedelleri icra dosyasına uzun süre bildirmeyerek şikâyetçilerin zararına faiz artırımına neden olmasının Avukatlık Yasasının 34 ve 134. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4. maddelerine aykırı olduğunu kabulle şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukat tarafından dosyaya sunulan icra kapak hesabına göre şikâyetçilerin beyan ettikleri tarihlerde haricen asıl alacaklıya ödeme yapılmış olduğu, istihkak haczi talep edilen I. Şeker Fabrikası tarafından 3. 158,41. -TL. sının dosyaya 08. 05. 2007 tarihinde yatırılmış ve bu meblağın 2. 868,00. -TL. sının 11. 05. 2007 de tahsil edilmiş olduğu, şikayetli avukat tarafından 16. 12. 2006 tarihinde icra dosyasına mahsuben 9. 000,00. -TL. sı, 02. 11. 2006 tarihinde 3. 000,00. -TL. sının haricen tahsil edilmiş olduğu, 15. 10. 2007 tarihinde Avukat F. K. tarafından icra dosyasına 17. 750,00. -TL. sının haricen tahsil edildiğine dair beyanda bulunulduğu,

Şikayetli avukatın, 08. 09. 2006 tarihinde takibe koyduğu alacağın büyük bir kısmının tahsilini gerek müvekkiline yapılan, gerekse haricen kendisine yapılan ödemelerle en geç 16. 12. 2006 tarihinde gerçekleştirmiş olmasına rağmen yaklaşık bir yıl gibi uzun bir aradan sonra borçluların zararına sebep olacak şekilde, 15. 10. 2007 tarihinde 17. 750,00. -TL. sının icra dosyasına haricen tahsil edildiğinin bildirildiği, anlaşılmıştır.

Avukat mesleğin saygınlığını ve mesleğe güveni zedeleyecek her türlü davranışlardan kaçınmak zorundadır, bunun sonucu olarak da şikâyetli avukatın haricen tahsil ettiği meblağları zaman geçirmeden icra dairesine beyan etmesi gerekirken yapılan tahsilâtlar yaklaşık 1 yıl gibi uzun bir süre sonra dosyaya bildirilmiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 34. maddesi "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler" Aynı Yasanın 134. maddesi "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır. " hükmünü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesi "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür" 4. maddesi ise "Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. " hükmünü içermektedir.

Haricen tahsilâtın dosyaya geç bildirilmiş olmasının disiplin suçu oluşturması için borçlunun bir zarara uğraması gerekmediği gibi dosya borcunun bitip bitmemiş olması da eylemin niteliğini değiştirmemektedir.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın mesleğini yerine getirirken gerekli özeni göstermediği ve mesleki gelenekler gereğince mesleğe güveni sağlayacak şekilde davranmakta yeterli çabayı sarf etmediği, mesleki itibarı zedeleyecek davranışlardan kaçınmadığını belirleyen Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesi ile takdir ettiği kınama cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazlarının reddiyle, Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/36

K. 2011/315

* **Müdafi olarak görevlendirilen avukatın duruşmalara katılmaması disiplin suçunu oluşturur.**
* **Eylemin işlenmemiş olması veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak: başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.**
* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**
* **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 2, 34, 140/3; TBB Meslek Kuralları 3, 4)

Antalya 1. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı tarafından Baro Başkanlığına gönderilen 04. 11. 2008 tarihli yazı ile şikâyetli avukatın mazeretli olarak duruşmaya katılmadığı, yeniden duruşma günü tebliği edildiği halde karar aşamasında olan duruşmaya gelmediği, zorunlu müdafi olmadan davaya devam edilemediğinden davanın uzamasına sebebiyet verdiği, iddiası ile şikâyette bulunulmuştur.

Şikâyetli avukat savunmasında, duruşma günü oğlunun hastalandığını, dışarı çıkamadığı içinde mazeret veremediğini, ancak karar duruşmasında bulunduğunu ve kararı temyiz ettiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, disiplin kovuşturmasına konu eylem nedeni ile şikayetli avukat hakkında Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinde "görevi savsaklama" suçundan dolayı açılan kamu davasında şikâyetli avukatın beraat etmesi sebebiyle eyleminin disiplin suçunu da oluşturmadığı kanaati ile şikâyetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiş, karara Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; Şikâyetli avukatın duruşmalara katılmayarak görevini ihmal edip etmediğine ilişkindir.

Şikayetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/12 Esasında kayıtlı olarak "Görevi savsaklama" suçundan dolayı açılan kamu davasında Mahkemece 2010/195 Karar sayılı ve 21. 05. 2010 tarihli kararı ile şikâyetli avukatın beraatına karar verildiği, kararın 29. 05. 2010 tarihinde kesinleşmiş bulunduğu, dosya içindeki Mahkeme kararından ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın kamu davasından beraat etmiş olması eylemin disiplin suçunu oluşturmayacağı anlamına gelmez.

Avukatlık Yasasının 140/3. maddesine göre; "Eylemin işlenmemiş olması veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak: başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır. "

Bu maddeye göre, kararının Disiplin Kurulunu bağlayıcı olabilmesi için, "eylemin işlenmemiş" veya "sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle" beraat hali olması gerekir. Oysa Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı incelendiğinde beraat kararının suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle verildiği görülmüştür.

Nitekim Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı incelendiğinde, "Kanıtların tartışılması ve mahkememizin kabulü" başlıklı bölümde, şikâyetli avukatın 29. 08. 2007, 26. 09. 2007, 18. 01. 2008, 29. 07. 2008 tarihli 04. 11. 2008 tarihli duruşmalara mazeret bildirmeksizin katılmadığı kabul edilmiştir. Ayrıca dosya içinde bulunan duruşma tutanaklarından, şikâyetli avukatın beş duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmadığı ve yargılamanın tutuklu olan sanığın katılması ile yapıldığı anlaşılmıştır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun görevi, sadece beraat kararını nazara alarak karar vermek olmayıp, dosyadaki bilgi ve belgelere, Ceza Mahkemesi kararı ışığında bakmak ve disiplin kovuşturmasını bu şekilde sonuçlandırmaktır.

Yasal mevzuat gereğince Baro tarafından görevlendirilmiş müdafii olsun olmasın, bir avukat üstlendiği görevi, ücret alsın veya almasın, gerektiği şekilde yerine getirmek zorundadır. Ayrıca CMK. nun

188. maddesi uyarınca duruşmalarda zorunlu müdafiin katılmasını da şart olarak kabul etmiştir.

Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre; Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdürler. 134. madde gereğince de, avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında yasada belirtilen disiplin cezaları uygulanacağı belirtilmiştir.

Avukatlık Yasasının 2. maddesine göre de Avukatlar, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinden ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasından sorumludurlar.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesinde avukatların, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütmesi gerektiği, 4. maddesinde ise avukatların, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda oldukları belirtilmiştir.

Yukarıdaki ilkeler ışığında şikâyetli avukatın eylemi yasa ve meslek kurallarına aykırıdır. Zira şikayetli avukat üstlendiği görevini tam olarak yerine getirmemiş, Antalya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2007/240 Esas sayılı kamu davasında tutuklu olan sanığın müdafii olmasına karşın 29. 08. 2007, 26. 09. 2007, 18. 01. 2008, 29. 07. 2008 ve 04. 11. 2008 tarihli duruşmalara katılmamış, yargılamanın sürüncemede ve müvekkilinin savunmasız bırakılmasına neden olmuştur.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun olayı değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş, şikâyetli hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Antalya Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Antalya Barosu Disiplin Kurulunun "Ceza Tayinine Yer Olmadığına" ilişkin kararının KALDIRILMASINA, incelenecek başkaca bir husus bulunmadığından Şikâyetli Avukat T. B. 'nin KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/38

K. 2011/315

* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**

* **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34; TBB Meslek Kuralları 3, 4)

Şikayetli Avukat hakkında, şikâyetçinin oğlu aleyhine yaptığı Trabzon 1. İcra Müdürlüğünün 2009/2299 Esas sayılı icra takibinde, borçlunun tüm borcu tek taksitte ödeyeceği şeklinde taahhütte bulunduğu, taahhüdünü yerine getirmediği için hakkında Trabzon İcra Hâkimliğinin 2009/147 sayılı dosyası ile dava açıldığı, ilk duruşma gününde üç ay hapis cezası almasının kuvvetle olası olduğu, oğlunun içinde bulunduğu durum ile ilgilenmiyorsa gönderilen mektubu imha etmesi gerektiği ifadelerini içeren bir mektubu şikâyetçiye gönderdiği, bu suretle oğlunun borcunu ödemesi için şikâyetçiye baskı uyguladığı, iddiası ile başlatılan kovuşturma sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukatın, şikâyetçiye 08. 09. 2009 tarihli şikâyet konusu mektubu gönderdiği hususu tartışmasızdır.

Şikâyetli avukat savunmalarında, borcun kesinleştiğini, şikâyetçinin oğlu olan asıl borçlunun, babasının daire satarak borcu ödeyeceğini bildirdiği için mektubu yazdığını ve bu sebeple, mevcut hukuki durum hakkında bilgi verdiğini, mektubu oğlunun istemi üzerine yazdığını bildirdiğini, eğer oğlunun içinde bulunduğu durum ile ilgilenmemekte ise mektubu imha etmesini bu sebeple istediğini, bildirmiştir.

Takip konusu borcun nasıl oluştuğu, gerçek miktarının ne olduğu gibi hususlar disiplin kovuşturmasının dışında, yargı önünde çözülebilecek konulardır.

Şikayetli avukatın, yazdığı mektup ile borçla ilgisi bulunmayan şikâyetçiye asıl borçlunun isteği ile dahi olsa, oğlunun hapis cezası almasının kuvvetli bir olasılık olduğu, daha sonra yapabileceği taahhütlerde de ödeme yapılmadığı her defasında aynı şekilde hapis cezası

alabileceğinin bildirilmesi, oğlunun hapisten kurtarılması için hukuki ödeme zorunluluğu bulunmayan babanın üzerinde manevi baskı kurma amaçlıdır.

Kurulumuzun benzer olaylarda da verdiği kararlarda belirtildiği gibi bu tür eylemler Avukatlık Yasasının 34. maddesine ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4. maddelerine göre mesleki çalışmanın kamunun mesleğe güvenini sağlayacak biçimde yapılması ve meslek itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınılması yükümlülüklerine aykırıdır. Kovuşturma konusu olayda gereken özenin gösterilmediği ve daha da ileri gidilerek "şikâyetçinin oğlunun hapis cezası alabileceği, ayrıca tekrar taahhütte bulunması halinde her defasında aynı cezayı alabileceği" sözleriyle, borçla hukuken bir ilgisi bulunmayan şikâyetçiye haksız şekilde baskı uygulandığı açıktır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş, eylem tarihi itibariyle kesinleşmiş kınama cezası bulunması karşısında aleyhe itiraz olmadığından kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddiyle, Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011
E. 2011/41
K. 2011/318

* **Disiplin cezasını gerektiren eylem aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suç için kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, birinci ve ikinci fıkralardaki süreler yerine bu zamanaşımı süresi uygulanır.**

* **5326 Sayılı Kabahatler Yasasına göre olaya uygulanan iki yıllık zamanaşımı süresi Avukatlık Yasasının 159/2. maddesindeki zamanaşımı süresinden daha kısa olduğundan, dört yıl altı aylık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.**

(Av. K. m. 63/1; 159/2, 159/3; 5326 sayılı Kabahatler Yasası)

Şikayetli avukatın, kesinleşmiş Disiplin Kurulu kararı uyarınca 3 ay süre ile işten çıkarılmasına karar verildiği ve bu kararın 20. 09. 2005–20. 12. 2005 tarihleri arasında uygulandığı, şikâyetli avukatın bu süre içinde dava takip ettiği, duruşmalara girdiği eyleminin Avukatlık Yasasının 63/1. maddesine aykırılık oluşturduğu iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, kararın infazına başlandığının kendisine bildirilmediğini, karara karşı İdari Yargı yoluna başvurduğunu, kararın infazına başlandığının kendisi dışında Cumhuriyet Başsavcılığına da bildirilmemiş olması nedeniyle Adliye'de kimsenin haberdar olmadığını bildirmiştir.

Şikâyetli avukat hakkında, Adalet Bakanlığınca genel hükümlere göre işlem yapılması biçiminde verilen "olur" üzerine, başlatılan soruşturma sonucunda açılan davada Çaykara Sulh Ceza Mahkemesinin 08. 12. 2010 tarih ve2006/60 Esas, 2010/115 Karar sayılı kararı ile eylemin Avukatlık Yasasının 63/2. maddesine göre Beş Yüz Türk lirasından İki Bin Türk Lirasına kadar idari para cezasını" gerektirdiği, eylemin bu hali ile suç olmaktan çıkıp İdari Para Cezası gerektiren bir kabahat olarak değerlendirilmesinin gerektiği, eylemin 20. 09. 2005– 20. 12. 2005 tarihleri arasında işlendiği, Kabahatler Kanununun 20. maddesinin 06. 12. 2006 tarihinde 5560 Sayılı Kanunun 33. maddesi ile değiştirildiği, maddenin değişmeden önceki halinde 2-d fıkrasında 20. 000,00. -TL. sına kadar olan kabahatlere uygulanacak zamanaşımı süresinin iki yıl olduğu, değişiklikten sonra üç yıla çıkarıldığı, değişiklikten önceki halin sanık lehine oluşu nazara alınarak zamanaşımı süresinin dolduğu ve bu sebeple idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına karar verildiği, anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasasının 159/3 maddesi "Disiplin cezasını gerektiren eylem aynı zamanda bir suç teşkil ediyor ve bu suç için kanun daha uzun bir zamanaşımı süresi koymuş bulunuyorsa, birinci ve ikinci fıkralardaki süreler yerine bu zamanaşımı süresi uygulanır. " hükmünü içermektedir.

5326 Sayılı Kabahatler Yasasına göre olaya uygulanan iki yıllık zamanaşımı süresinin Avukatlık Yasasının 159/2. maddesindeki zamanaşımı süresinden daha kısa oluşu nazara alındığında süresinde baş-

lamış bulunan disiplin soruşturma ve kovuşturmasında uygulanması gereken dört yıl altı aylık zamanaşımı süresi son eylem tarihi olan 20. 12. 2005 tarihi esas alındığında 20. 06. 2010 tarihinde sona ermiştir.

Bu nedenlerle, Avukatlık Yasasının 159/2. maddesinde öngörülen dört yıl altı aylık zamanaşımı süresi dolmuş bulunduğundan disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun Şikâyetli Avukat A. N'nin"Altı Ay Süre İle İşten Yasaklama" cezasının KALDIRILMASINA Avukatlık Yasasının 159/2. maddesi uyarınca DİSİPLİN KOVUŞTURMASININ ZAMANAŞIMI NEDENİYLE DÜŞÜRÜLMESİNE oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/47

K. 2011/321

* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**

* **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34, 136, 158; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçilerin daha önce göç ettikleri Lice ilçesi Kutlu köyünde bulunan taşınmazları nedeniyle 5233 Sayılı Yasadan yararlanmak için şikâyetli avukat aracılığı ile başvuruda bulundukları, şikâyetli avukatın görevinin gereğini yapmadığı, kendilerine ait bağ ve bahçenin başkası adına yazıldığı, Komisyonun ret kararından kendilerinin haberdar edilmediği, iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, kendisine usule uygun tebligat yapılmasına rağmen savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek Avukatlık Yasasının 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4. maddeleri uyarınca şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetçiler tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Şikayetli avukat tarafından şikâyetçiler adına 5233 Sayılı Yasadan yararlanmak üzere Diyarbakır Valiliğine 05. 04. 2006 tarih ve 33785 sayılı başvuruyu yaptığı, Diyarbakır Valiliği Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zarar Tespit Komisyon Başkanlığı tarafından gönderilen 05. 03. 2007 tarihli kararda talebin red edildiği, yargı yoluna başvurarak zararın tazmin edilmesini talep hakkının saklı olduğu hususlarının tebliğ edildiği, bu karara ait üst yazının üstünde 02. 08. 2007 tarihinde yazıyı aldığına dair şikâyetli avukatın ismi ve imzasının bulunduğu, bu red kararına karşı yargı yoluna başvurulduğunu gösteren herhangi bir belgenin bulunmadığı,

Şikâyetli avukatın disiplin sicil özetinde 08. 09. 2006 tarihinde kesinleşmiş "Kınama" cezası bulunduğu anlaşılmıştır.

Şikayetli avukata, Diyarbakır Valiliği Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zarar Tespit Komisyon Başkanlığı tarafından gönderilen 05. 03. 2007 tarihli karardan müvekkillerine bilgi vermemesi ve red karar üzerine yasal süresi içinde yargı yoluna giderek İdare Mahkemesinde dava açması gerekirken bu görevini yerine getirmemesi, müvekkilleri davanın açılmaması kanaatinde iseler dava açılmaması konusunda müvekkillerinden yazılı beyanlarını alması gerekirken bu gerekliliği yerine getirmeyerek müvekkillerinin hak kaybına uğramasına neden olmasından ibaret eylemleri Avukatlık Yasasının 34. maddesinde açıklanan "özen yükümlülüğü" ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesinde açıklanan "işini tam bir sadakatle yerine getirme" ve 4. maddesinde açıklanan "mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınma" ilkelerine aykırılık teşkil etmekle disiplin suçu da oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın eyleminin mahiyet ve niteliği, hak kaybına neden olması, disiplin sicilinde disiplin cezasının bulunması ve Avukatlık Yasasının 158. maddesindeki ilkelerde nazara alınmak suretiyle Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamakta ise de tak-

dir ettiği kınama cezasında eylemle ceza arasında bulunması gerekli olan adaletli dengenin kurulamadığı anlaşılmakla, "kınama" cezasının "214,00. -TL. sı para cezasına çevrilmesi" suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin itirazlarının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının "214,00. -TL. sı Para Cezasına" çevrilmesi suretiyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA, Şikayetli Avukat M. K. 'nin 214,00. -TL. SI PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/50

K. 2011/322

* **Avukatların davanın karşı tarafı ile ya da tanıklar ile irtibat kurması son derece sınırlanmış iken, yargılama sırasında görev alan bilirkişiler ile bizzat irtibat kurularak, üstelik karar verildikten sonra yeni bir ek rapor düzenletilmesinin sağlanması meslek etiği, düzen ve geleneklerine uygun değildir.**
* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**
* **Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34, 136; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatın davacısı olduğu Foça Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/458 Esas sayılı davasında davalı vekili olarak görev yaptığı, davanın devamı sırasında meslektaşı olan davacıya karşı savunma sınırını aşan beyanlarda bulunduğu,

karara esas alınan 12. 06. 2006 tarihli bilirkişi raporunu düzenleyen bilirkişilerden biri ile irtibat kurarak, 05. 12. 2006 tarihinde karar verilmesinden sonra, dosyadaki 12. 06. 2006 tarihli raporunda maddi hata olduğu ve hesaplamanın yanlış olduğuna dair 14. 03. 2007 tarihli ek rapor aldığı, ismi açılan diğer bilirkişinin imzası olmaksızın bu belgeyi temyiz dilekçesine ekleyerek sunduğu, iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine, karar tarihinden sonra bilirkişilerle irtibat kurarak elde edilen tek imzalı bilirkişi raporunu temyiz dilekçesinin ekine alması sebebiyle disiplin kovuşturması açılmış, açılan disiplin kovuşturması sonucunda da Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, hükme dayanak alınan 12. 06. 2006 tarihli bilirkişi raporunda önceki raporlarla da farkı açıkça görünen maddi hesaplama hatası olduğunu, avukat olarak görevinin maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamak olduğunu, söz konusu bilirkişi raporuna itiraz ettiğini, ancak mahkemenin taraflı davranarak itirazlarını dikkate almadığını, kararın temyizi aşamasında bu rapordaki hesaplamalarda maddi hata olduğunu gösterecek bir teknik hesaplama yaptırmak istediği sırada, rapordaki maddi hatanın çok açık olduğunun, bilirkişilerden İnşaat Mühendisi O. A. 'nın konusunda ehil ve dürüst bir kişi olduğunun, kendisi ile görüşmesinin tavsiye edilmesi üzerine bu kişi ile görüştüğünü, bilirkişinin hatalı hesaplamayı görerek, raporu düzenleyen Mimar N. N. K. 'ya kendisini gönderdiğini, bu kişi ile görüşmesinde, maddi hatanın varlığının kabul edilerek 14. 03. 2007 tarihi ek raporun yazıldığını, diğer bilirkişiye imzalatamadan belgenin temyiz dilekçesi ekinde sunulduğunu, Yargıtay tarafından da kararın bu nedenle bozulduğunu, hakkında yapılan şikayet üzerine Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmediğini, çabasının adaleti sağlamak ve doğruya ulaşmak olduğunu, bildirmiştir.

Şikâyetli avukat savunma delili olarak bilirkişi raporu, itiraz dilekçesi, reddi hâkim dilekçesi, yargılama sırasındaki sunduğu belgeleri, Yargıtay bozma kararını sunmuş, Avukat S. A. Ö. ve Mimar N. N. K. 'yu tanık göstermiş, daha sonra N. N. K. 'nın dinlenmesi talebinden vazgeçmiş, Avukat S. A. Ö. Disiplin Kurulu tarafından dinlenmiştir.

Dosyada bulunan belgelere göre, şikâyetçi avukatın şikâyetli avukat ve Mimar N. N. K. haklarında yaptığı şikâyet üzerine şikâyetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmemiş, N. N. K. hakkında Foça Asliye Ceza Mahkemesinin 2008/76 Esas sayılı kamu davasının açıldığı anlaşılmıştır.

N. N. K. , şikayetli avukat hakkındaki soruşturmada tanık sıfatıyla, kendisi ile ilgili şikâyet nedeni ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sanık sıfatıyla verdiği ifadelerinde, şikâyetli avukatın bürosuna gelerek 12. 06. 2006 tarihli raporda maddi hata olduğunu bildirdiğini, incelemesinde bu durumu kendisinin de gördüğünü, diğer bilirkişi ile de görüşerek ek rapor düzenleyeceklerini bildirmesine rağmen, ona ulaşamadığını, hemen bu ek raporun düzenlenmesini, aksi halde adaleti yanıltmaktan dolayı sorumlu olacağının söylediğini, ilk defa bilirkişilik yaptığı ve meslekte yeni olduğu için yapılan manevi baskı karşısında korktuğunu, ek rapor düzenleyerek diğer bilirkişinin ismini de açtığını, diğer bilirkişiye imzalattıktan sonra mahkemeye verilmesini de kabul etmeyip kendisinin imzalatacağını söyleyerek aldığını, imzayı tamamlatmadan verilmemesini ısrarla şikâyetliye bildirdiğini, beyan etmiştir.

Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler. " Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveninin sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür. " 4. maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. "

Kovuşturma konusu olayda, şikayetli avukatın bilirkişi raporunun tarihinden dokuz ay sonra, mahkemece 05. 12. 2006 tarihinde hüküm verildikten ve işten el çekildikten sonra hükme esas alınan bilirkişi raporunu düzenleyen bilirkişiler ile doğrudan irtibat kurarak yeni bir ek rapor düzenlenmesi konusunda ısrarcı olması, yargılama dışında elde edilen ek bilirkişi raporunu temyiz dilekçesinin ekinde delil

olarak kullanması "kamunun inancını ve mesleğe güvenini" zedeleyecek nitelikte olup avukatların en önemli sorumluluklarından olan "özen" borcuna da aykırılıktır. Avukatların davanın karşı tarafı ile ya da tanıklar ile irtibat kurması son derece sınırlanmış iken, yargılama sırasında görev alan bilirkişiler ile bizzat irtibat kurularak, üstelik karar verildikten sonra yeni bir ek rapor düzenletilmesinin sağlanması meslek etiği, düzen ve geleneklerine uygun değildir. Ek raporda, asıl rapordaki maddi hatanın düzeltilmiş olması hususu uygulamanın da doğru olduğu anlamını taşımamaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun bu yöndeki eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin kabulü ile Avukatlık Yasasının 136/1. maddesi karşısında tayin edilen kınama cezasında hukuka aykırılık görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011
E. 2011/50
K. 2011/322

*** Avukatların davanın karşı tarafı ile ya da tanıklar ile irtibat kurması son derece sınırlanmış iken, yargılama sırasında görev alan bilirkişiler ile bizzat irtibat kurularak, üstelik karar verildikten sonra yeni bir ek rapor düzenletilmesinin sağlanması meslek etiği, düzen ve geleneklerine uygun değildir.**

*** Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür.**

*** Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34, 136; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçi avukatın davacısı olduğu Foça Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/458 Esas sayılı davasında davalı vekili olarak görev yaptığı, davanın devamı sırasında meslektaşı olan davacıya karşı savunma sınırını aşan beyanlarda bulunduğu, karara esas alınan 12. 06. 2006 tarihli bilirkişi raporunu düzenleyen bilirkişilerden biri ile irtibat kurarak, 05. 12. 2006 tarihinde karar verilmesinden sonra, dosyadaki 12. 06. 2006 tarihli raporunda maddi hata olduğu ve hesaplamanın yanlış olduğuna dair 14. 03. 2007 tarihli ek rapor aldığı, ismi açılan diğer bilirkişinin imzası olmaksızın bu belgeyi temyiz dilekçesine ekleyerek sunduğu, iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine, karar tarihinden sonra bilirkişilerle irtibat kurarak elde edilen tek imzalı bilirkişi raporunu temyiz dilekçesinin ekine alması sebebiyle disiplin kovuşturması açılmış, açılan disiplin kovuşturması sonucunda da Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, hükme dayanak alınan 12. 06. 2006 tarihli bilirkişi raporunda önceki raporlarla da farkı açıkça görünen maddi hesaplama hatası olduğunu, avukat olarak görevinin maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlamak olduğunu, söz konusu

bilirkişi raporuna itiraz ettiğini, ancak mahkemenin taraflı davranarak itirazlarını dikkate almadığını, kararın temyizi aşamasında bu rapordaki hesaplamalarda maddi hata olduğunu gösterecek bir teknik hesaplama yaptırmak istediği sırada, rapordaki maddi hatanın çok açık olduğunun, bilirkişilerden İnşaat Mühendisi O. A. 'nın konusunda ehil ve dürüst bir kişi olduğunun, kendisi ile görüşmesinin tavsiye edilmesi üzerine bu kişi ile görüştüğünü, bilirkişinin hatalı hesaplamayı görerek, raporu düzenleyen Mimar N. N. K. 'ya kendisini gönderdiğini, bu kişi ile görüşmesinde, maddi hatanın varlığının kabul edilerek 14. 03. 2007 tarihi ek raporun yazıldığını, diğer bilirkişiye imzalatamadan belgenin temyiz dilekçesi ekinde sunulduğunu, Yargıtay tarafından da kararın bu nedenle bozulduğunu, hakkında yapılan şikayet üzerine Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmediğini, çabasının adaleti sağlamak ve doğruya ulaşmak olduğunu, bildirmiştir.

Şikâyetli avukat savunma delili olarak bilirkişi raporu, itiraz dilekçesi, reddi hâkim dilekçesi, yargılama sırasındaki sunduğu belgeleri, Yargıtay bozma kararını sunmuş, Avukat S. A. Ö. ve Mimar N. N. K. 'yu tanık göstermiş, daha sonra N. N. K. 'nın dinlenmesi talebinden vazgeçmiş, Avukat S. A. Ö. Disiplin Kurulu tarafından dinlenmiştir.

Dosyada bulunan belgelere göre, şikâyetçi avukatın şikâyetli avukat ve Mimar N. N. K. haklarında yaptığı şikâyet üzerine şikâyetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmemiş, N. N. K. hakkında Foça Asliye Ceza Mahkemesinin 2008/76 Esas sayılı kamu davasının açıldığı anlaşılmıştır.

N. N. K. , şikayetli avukat hakkındaki soruşturmada tanık sıfatıyla, kendisi ile ilgili şikâyet nedeni ile soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sanık sıfatıyla verdiği ifadelerinde, şikâyetli avukatın bürosuna gelerek 12. 06. 2006 tarihli raporda maddi hata olduğunu bildirdiğini, incelemesinde bu durumu kendisinin de gördüğünü, diğer bilirkişi ile de görüşerek ek rapor düzenleyeceklerini bildirmesine rağmen, ona ulaşamadığını, hemen bu ek raporun düzenlenmesini, aksi halde adaleti yanıltmaktan dolayı sorumlu olacağının söylediğini, ilk defa bilirkişilik yaptığı ve meslekte yeni olduğu için yapılan manevi baskı karşısında korktuğunu, ek rapor düzenleyerek diğer bilirkişinin ismini de açtığını, diğer bilirkişiye imzalattıktan sonra mahkemeye verilmesini

de kabul etmeyip kendisinin imzalatacağını söyleyerek aldığını, imzayı tamamlatmadan verilmemesini ısrarla şikâyetliye bildirdiğini, beyan etmiştir.

Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler. " Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveninin sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür. " 4. maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. "

Kovuşturma konusu olayda, şikayetli avukatın bilirkişi raporunun tarihinden dokuz ay sonra, mahkemece 05. 12. 2006 tarihinde hüküm verildikten ve işten el çekildikten sonra hükme esas alınan bilirkişi raporunu düzenleyen bilirkişiler ile doğrudan irtibat kurarak yeni bir ek rapor düzenlenmesi konusunda ısrarcı olması, yargılama dışında elde edilen ek bilirkişi raporunu temyiz dilekçesinin ekinde delil olarak kullanması "kamunun inancını ve mesleğe güvenini" zedeleyecek nitelikte olup avukatların en önemli sorumluluklarından olan "özen" borcuna da aykırılıktır. Avukatların davanın karşı tarafı ile ya da tanıklar ile irtibat kurması son derece sınırlanmış iken, yargılama sırasında görev alan bilirkişiler ile bizzat irtibat kurularak, üstelik karar verildikten sonra yeni bir ek rapor düzenletilmesinin sağlanması meslek etiği, düzen ve geleneklerine uygun değildir. Ek raporda, asıl rapordaki maddi hatanın düzeltilmiş olması hususu uygulamanın da doğru olduğu anlamını taşımamaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun bu yöndeki eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin kabulü ile Avukatlık Yasasının 136/1. maddesi karşısında tayin edilen kınama cezasında hukuka aykırılık görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011 * Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz.

E. 2011/53 * Bir avukat, levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık eder veya disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunursa, o yer barosu yönetim kurulu tarafından bu konuda düzenlenecek tutanak, gereken işlem yapılmak üzere, avukatın levhasında yazılı olduğu baroya gönderilir.

K. 2011/323

(Av. K. m. 43/2, 67, 136)

Bilecik Baro Başkanlığı tarafından tutulan 02. 02. 2010 tarihli tutanakta, şikâyetli avukatın Bursa Barosuna kayıtlı avukat olduğu halde Söğüt ilçesinde irtibat bürosunun bulunduğu, bu durumun tutanakla tespit edildiği, bu büroda S. D. isimli bir bayan elamanı çalıştırdığı, bu şahsın tutanak tutulduğu sırada büroda olmayıp iş takibi için adliyede bulunduğu tespit edilerek tutanağın altı Bilecik Barosu Başkanı Avukat H. A. ve Baro sekreteri Avukat E. A. ve Mülk sahibi İ. K. tarafından imzalamış, bu tutanak şikâyet dilekçesine eklenerek Bilecik Baro Başkanlığı tarafından Bursa Barosuna şikâyetli avukat hakkında Avukatlık Yasasının 43/2 maddesi gereğince cezalandırılması için şikâyette bulunulmuştur.

Şikâyetli avukat savunmasında, söz konusu büroyu bir muhasebeci arkadaşından devraldığını, amacının ikinci bir işyeri açmak olmadığını, iki üç hafta arayla söğüt ilçesindeki duruşmalara geldiğini, bu nedenle muhasebeci arkadaşından devraldığı bu yerin kirasının çok ucuz olması nedeniyle icra yediemin deposu yapmak amacıyla aldığını, ancak tahmin ettiği şekilde icra deposunun çalışmadığını, Söğüt adliyesi çok küçük olduğu için bir icra memuru ile çalıştığını, kendisinin Söğüt'e geldiği zaman çoğunlukla icra işlerini yaptıramadığını, zira icra görevlisinin tek olması nedeniyle dairede bulunmadığını, bunun için kendisine yardımcı olması amacıyla S. adlı bir bayana işlerini takip ettirdiğini, ancak kendisinin devamlı elamanı olmadığını, geçici bir süre için kendisine yardım ettiğini, adliyeye arada sırada hobi niteliğinde gittiğini, her hangi bir ücret ödemediğini bildirmiştir.

Bursa Barosu Disiplin Kurulu şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 43/2. Maddesine aykırı bularak şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın Bursa Barosuna kayıtlı avukat olduğu, Söğüt ilçesinde irtibat bürosu şeklinde ikinci bir büroda avukatlık hizmetlerine devam ettiği, büroda görevli bir bayanı da çalıştırdığı anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; Şikâyetli avukatın Bursa Barosuna kayıtlı olmasına karşın Bilecek Barosu bölgesi içindeki Söğüt ilçesinde ikinci bir büro açtığı ve kayıtlı olduğu baro dışında sürekli avukatlık yapmasından ibaret eylemlerinin disiplin suçunu oluşturup, oluşturmadığıdır.

BilecİK Barosu Başkanı Avukat H. A. ve Baro sekreteri Avukat E. A. ve Mülk sahibi İ. K. tarafından imzalanmış olan 11. 02. 2010 tarihli tutanak ile şikayetli avukatın, Bilecek Baro Bölgesi içinde, Söğüt'de hem ikinci büroyu açtığı ve hem de bağlı bulunduğu Bursa ilinde sürekli avukatlık yaptığı anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasasının 43/2. maddesine göre "Bir avukatın birden fazla bürosu olamaz. " Avukatlık Yasasının 67. maddesine göre de "Bir avukat, levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık eder veya disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunursa, o yer barosu yönetim kurulu tarafından bu konuda düzenlenecek tutanak, gereken işlem yapılmak üzere, avukatın levhasında yazılı olduğu baroya gönderilir. "

Şikâyetçi Bilecik Barosu, şikâyetli avukatın Bursa Barosuna kayıtlı olmasına karşın, Söğüt ilçesinde büro açtığını tespit ederek, şikâyetli avukat hakkında Avukatlık Yasasının 43/2. maddesi uyarınca işlem yapılması için Avukatlık Yasasının 67. maddesi uyarınca Bursa Barosu Başkanlığına gereken işlemin yapılması için bildirimde bulunulmuştur.

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının Altıncı kısmında düzenlenmiş bulunan 43/2 ve 67. maddelerine aykırı bulunmakta olup eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu

oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik bulunmamakta ise de şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının altıncı kısmındaki 43/2 ve 67. maddelere aykırı olması sebebiyle aynı Yasanın 136/1. maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerekirken uyarma cezası tayininde hukuki isabet görülmemiş ise de, aleyhte itiraz olmadığından, Baro Disiplin Kurulu kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun **"Uyarma Cezası Verilmesine"** ilişkin kararının aleyhte itiraz olmadığından **ONANMASINA,** oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/58

K. 2011/325

* **Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkiline duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürede durum yazıyla bildirilir.**
* **Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.**
* **Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**

(Av. K. m. 34, 136/1, 158; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 43)

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın vekili olarak İstanbul 8. İcra Müdürlüğünün 2009/22297 Esas sayılı dosyası ile icra takibi yaptığı, alacaklarını haricen tahsil etmesine rağmen ödemediği gibi bilgide vermediğini, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, soruşturma ve kovuşturma aşamasında savunmada bulunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini Avukatlık Yasasının 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 43. maddelerine aykırı bularak disiplin sicilinde tekerrüre esas disiplin cezası sebebiyle Avukatlık Yasasının 136 ve 135/3. maddeleri uyarınca takdiren 214,00. -TL. sı para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikayetli avukat itiraz etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinde, şikâyetli avukatın şikâyetçinin vekili olarak İstanbul 8. İcra Müdürlüğünün 2009/22297 Esas sayılı icra takibi dolayısıyla borçludan 15. 07. 2009 tarihinde 17. 500,00. -TL. sı tahsil ettiği, 16. 07. 2009 tarihinde ve 16. 07. 2009 tarihinde 4. 000,00. -TL. sı ve 10. 000,00. -TL. sı bedelli çekler aldığı, 23. 07. 2009 tarihinde 20. 000,00. -TL. sı bedelli çek ve 9. 000,00. -TL. sı nakit tahsil ettiği, 04. 08. 2009 tarihinde 5. 900,00. -TL. bedelli icra takibine mahsuben çek aldığı, şikayetli avukatın makbuzlar verdiği, icra dosyasının disiplin kurulunca incelendiği, şikayetli avukatın azil edildiği anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın disiplin sicil özetinde 08. 02. 2008 ve 27. 02. 2009 kesinleşme tarihli kınama cezalarının olduğu, eylem tarihinden sonra tekerrüre esas olmayan 04. 03. 2010 tarihinde kesinleşen 124,00. -TL. sı para cezasının bulunduğu görülmüştür.

Avukatların üstlendiği işle ilgili olarak müvekkiline bilgi verme yükümlülüğü hem vekâlet ilişkisinden hem de Avukatlık Yasasının 34. maddesinde düzenlenen "görevini özenle yerine" getirme ilkesinin gereğidir.

Avukatlık Yasası 34. maddesine göre " Avukatlar yüklendikleri görevi, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 3. maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür. " 4. maddesine göre 'Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. ' 43. maddesine göre de "Müvekkil adına alınan paralar

ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkiline duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürede durum yazıyla bildirilir. ’

Şikayetli avukatın icra dosyasından haricen tahsil ettiği para ve çekler için borçluya makbuz verdiği halde müvekkili olan şikâyetçiye yazılı bilgi vermediği gibi ödemede yapmadığı, şikâyetçinin paranın haricen tahsil edildiğini daha sonra borçlu tarafından dosyaya sunulan itiraz dilekçesi ve makbuzlardan anlaşıldığı, şikâyetli avukatın şikâyetçiye tahsil ettiği paraları ödeyeceğini beyan etmesine rağmen ödemediği, şikâyetçi tarafından azil edildiği anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 43. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Avukatlık Yasası 136/1 fıkrasına göre “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleriyle ilgili 6. kısım da yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama cezası, tekrarında davranışın ağırlığında para ve işten çıkartma cezası ve 5. maddenin “a bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır”

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 6. kısmında yer alan 34. maddeye de aykırı olması, disiplin sicilinde tekerrüre esas kınama cezasının bulunması sebebiyle Avukatlık Yasasının 158. maddesindeki ilkelerde nazara alındığında Baro Disiplin Kurulunun “214,00. -TL. sı para cezası verilmesine” ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatının itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “214,00 TL Para Cezası Verilmesine” ilişkin kararın ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011
E. 2011/69
K. 2011/327

* **Avukat aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi red etmesi gerekir.**

* **Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. .**

(Av. K. m. 2, 34, 38/b, 136/1; TBB Meslek Kuralları m. 2, 3, 4, 36)

Şikâyetçi, şikâyetli avukata davasını takip etmesi için 27. 09. 2006 tarihinde 1. 500,00. -TL. sı vekalet ücreti ve vekaletname verdiğini, aradan bir süre geçtikten sonra dava ile ilgili bilgi almaya gittiğinde kiracıları olan P. ile R. 'nin avukatlığını üstlendiğini ifade ederek artık kendi davası ile ilgisinin kalmadığını bildirdiğini, kiracısı P. ve R. ile görüştüğünde de onlardan da 1. 500,00. -TL. sı aldığını öğrendiğini, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikâyetçinin kira sorunu olduğundan bahisle dava açılmasını talep ederek yurt dışına gittiğini, bir süre sonra gelerek bu defa menfi tespit davası için talepte bulunduğunu, ancak vekâlet ücretinin ödenmediğini, menfi tespit davası ile ilgili dilekçeyi hazırlayarak beklediğini, bu aşamada P. ile R. 'nin gelerek şikâyetçiye ait bir yeri kiraladıklarını, nakit ve senet olarak ödemede bulunduklarını, ancak kiralanan yer ile ilgili ruhsatnamenin çıkarılamadığından bahisle dolandırıldıklarını beyan etmeleri üzerine adı geçen kişilerin vekâletini alarak şikâyetçiye ihtar çektiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın şikâyetçinin avukatı olarak işlem yaparken aynı zamanda P. ve R. 'nin vekili olarak şikâyetçi aleyhinde işlem yapmasının Avukatlık Yasasının 34, 38 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4. maddelerine aykırı bularak şikâyetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın, şikâyetçiden 27. 09. 2006 tarihinde vekâletname ve açılacak davaya mahsuben 1. 500,-TL. sı aldığı, dosyada örneği bulunan 24. 05. 2007 tarih ve şikayetçi vekili olarak Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesine hitaben yazılmış menfi tespit davasına ait dilekçe örneğini hazırlamış olduğu, şikayetli avukatın dava açmaya hazırlandığı H. İ. B. Turizm Emlak İnşaat Dekorasyon Gıda İthalat İhracat ve Ticaret Limitet Şirketinin 07. 06. 2007 tarihinde vekaletini alarak bu vekalete istinaden şikayetçi aleyhine Bodrum 1. Noterliğinden 02. 07. 2007 tarih 4840 yevmiye numara ile ihtarname keşide ettiği, tarihsiz belge ile şikayetçiden 1. 500,00. -TL. sı aldığı, bu hususun Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davanın yargılaması sırasında bizzat şikayetli avukat tarafından da beyan edildiği, ayrıca şikayetçiye ödeneceği belirtilerek P. ve R. 'den de 1. 500,00. -TL. sı alındığı, anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukat, şikâyetçiden 27. 09. 2006 tarihinde vekâletname ve para alarak şikâyetçinin vekilliğini üstlenmiştir. Üstlendiği görev sonlanmadan veya vekaletten istifa etmeden karşı taraf H. I. B. Turizm Emlak İnşaat Dekorasyon Gıda İthalat İhracat ve Ticaret Limitet Şirketini temsilen P. ve R. 'den de 07. 06. 2007 tarihli vekâletnameyi alarak, şikâyetçi müvekkiline karşı 02. 07. 2007 tarihinde Bodrum 1. Noterliğinin 4840 yevmiye numaralı ihtarnamesini keşide etmiştir.

Şikayetçinin Adalet Bakanlığına da şikâyeti üzerine anılan bakanlık tarafından şikâyetli avukat hakkında Avukatlık Yasasının 58/1. maddesi uyarınca soruşturma izni verilmiş, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesinde 2009/ 206 Esasında açılan kamu davası sonucunda Mahkemece 2010/25 karar sayılı kararı ile şikâyetli avukat hakkında beraat kararı vermiş, karar 17. 02. 2010 tarihinde kesinleşmiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanununun altıncı kısmında yer alan 34. maddesi "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler" hükmünü içermektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 03. 07. 1995 tarih ve 8691–7761 sayılı kararında, "Avukatlık Yasasının 38/b maddesinde, avukata aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi

red etmesi gerektiği kuralı yer almaktadır. Yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekâlet sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Yasa maddesi ile öngörülen husus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece re'sen gözetilir. "

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 03. 10. 2000 tarih ve 2000/6961–7836 sayılı kararında da, "Avukatlık, karşılıklı güven ve sadakat isteyen bir meslek olup, vekâlet de bu inanç doğrultusunda verilir. Davalı avukat, davacının bu inancını kötüye kullanarak hasım tarafın kendisini vekil tayin etmesine karşı koymamış, onun vekilliğini üstlenmiştir. Bu durum müvekkil davacının davalı avukatına karşı beslediği güvenin sarsılmasına neden olduğunun kabulünde duraksamaya yer yoktur. O nedenle davacı müvekkil salt bu nedeni ileri sürmek suretiyle dahi azilde haklıdır. " denilmek suretiyle Avukatlık Yasasının 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 36. maddesinin, salt öğrenilen sırların önceki müvekkile karşı kullanılmasını önlemek amacıyla değil, karşılıklı güven sadakat nedeniyle de konulmuş bulunduğunu açıkça belirtmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesi "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür. "

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4. maddesi "Avukat, mesleğin itibarını sarsacak her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. ", hükümleri ile belirlenen ilkeler göz önünde bulundurulduğunda, maddenin amacının esas itibariyle mesleğe olan güveni sarsmamak olduğu tartışmasızdır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 2. maddesi "Mesleki çalışmasında avukat bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır. " Gerçektende bu sebepledir ki, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 36. maddesi "Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. " hükmü ile avukat, işi retle yükümlendirilmiştir.

Avukatlık Yasanını 38/b maddesi ile buna paralel Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 36. maddesinde, avukatın daha önce hukuki yardımda bulunduğu müvekkili aleyhine iş kabul etmesi engellenmiştir. Bu maddelerin amacı, avukatın geçmişte hukuki yardımda

bulunduğu müvekkilinin her türlü sırlarına mesleği nedeniyle vakıf olduğu için bu sırlara dayanarak ilk müvekkilini zarara sokacak yeni bir işi kabul etmemesidir.

Avukatlık, "doğruluk karinesinden" yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.

Avukatlık mesleğinin ruhu ve etik değerleri ve geleceği nazara alındığında maddelerin geniş olarak yorumlanması zorunluluğu hâsıl olmaktadır. Bu nedenle müvekkille eş zamanlı olarak hasım tarafın vekâletnamenin üstlenilmesinde, bu vekâletname kime karşı ve ne sebeple kullanılırsa kullanılsın, yasaya ve meslek kurallarına aykırılık kabul edilmelidir. Salt "aynı iş" kavramıyla da yorumlama, Avukatlık mesleğine olan güveni sarsacak, kamuoyunda itibarını azaltacaktır.

Avukatlık Kanununun 136/1 maddesi "Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası .... . uygulanır. " Hükmünü taşımaktadır.

Şikayetli avukatın, müvekkili ile olan vekâlet ilişkisinin devamı esnasında eş zamanlı olarak hasım tarafın da vekâletini üstlenmesinden ibaret eylemi, Avukatlık Yasasının 34, 38/b, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 2, 3, 4, 36. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir. Ancak şikâyetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasasının 34 ve 38. maddelerine aykırı olduğundan Avukatlık Yasasının 136/1 maddesi gereğince en az kınama cezası tayini gerekirken uyarma cezası tayini doğru bulunmamış ise de aleyhte itiraz olmadığından, bu hususa sadece değinilmekle yetinilmiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin 26. 03. 2010 tarih 2009/34 Esas, 2010/7 Karar sayılı kararının ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

T. 27. 05. 2011

E. 2011/73

K. 2011/328

* **Avukatın yazdığı dilekçede kullandığı ifadeler, daima uygar, bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet düzeyinde olmak zorundadır.**
* **Avukatlar herhangi bir başvuruda veya verdikleri dilekçelerde, karşı taraf için objektifliği ihlal eden, mesleğin gerektirdiği saygı ve güvene yakışır tarzı aşan ifadeler kullanmamalıdır.**
* **Avukatın eylemi yalnız Meslek Kurallarını ihlal eden bir davranış niteliğindedir.**

(TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 5, 6)

Şikâyetçi, davalı sıfatında olduğu Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/442 Esas sayılı davasında, Şikayetli avukatın Mahkemeye sunduğu 18. 06. 2009 tarihli dilekçesinde şikayetçi hakkında ***"…. kendisini uyaran görevli memura ukalalık yaparak zorluk çıkarmış…"*** şeklinde beyanda bulunduğunu, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, müvekkilinin polis olup, şikâyetçinin gerçek olmayan bir takım isnatlarla müvekkilini Ankara Valiliği ve Emniyet Müdürlüğüne şikâyet etmesi sebebiyle disiplin soruşturması açtırttığını, müvekkili hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olduğunu, şikâyetçinin şikâyet etme hakkını alışkanlık haline getirdiğini, dilekçesinde ki beyanlarının hakaret ve küçük düşürme anlamında olmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın dilekçesindeki beyanlarının Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4, 5 ve 6. maddelerine aykırı olduğunu kabul ile şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/442 Esas sayılı davasına sunmuş

olduğu 18. 06. 2009 tarihli dilekçesinde kovuşturmaya konu "*.... kendisini uyaran görevli memura ukalalık yaparak zorluk çıkarmış...*" şeklinde beyanda bulunduğu tartışmasızdır.

Disiplin kovuşturmasının konusu, şikâyetli avukatın 18. 06. 2009 tarihli dilekçesinde kullandığı kovuşturmaya konu sözlerinin disiplin kovuşturmasını oluşturup, oluşturmadığı, savunma sınırları içinde olup, olmadığı hususudur.

Avukatın yazdığı dilekçede kullandığı ifadeler, daima uygar, bilimsel ölçüler içinde kalmak, örnek teşkil edecek incelik ve zarafet düzeyinde olmak zorundadır. Avukatlar ayrıca, dilekçelerinde kullandıkları ifadeleri titizlikle seçme becerisini göstermelidirler. Avukattan, tartışmaya yol açmayacak ifadeler kullanmasını beklemek düzeyli ve olgun bir kişiliğin doğal bir sonucudur.

Avukatlar herhangi bir başvuruda veya verdikleri dilekçelerde, karşı taraf için objektifliği ihlal eden, mesleğin gerektirdiği saygı ve güvene yakışır tarzı aşan ifadeler kullanmamalıdır.

Şikayet edilen avukat tarafından da imzalanarak Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/442 Esas sayılı dava dosyasına sunulan 18. 06. 2009 tarihli dilekçedeki kovuşturmaya konu beyanları karşı taraf olan şikâyetçinin kişiliği ile ilgili küçük düşürücü ifadeler olup, davacı olan şikâyetçinin kişiliği hakkında olumsuz kanaat edinilmesine yol açacak ve savunma kapsamında kabul edilmeyecek beyanlar olduğu açıktır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesi "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür. ", 4. maddesi "Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. " 5. maddesi "Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır" 6. maddesi "Avukat iddia ve savunmaların hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalmalıdır" hükümlerini içermektedir.

Şikâyetli avukatın eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 5 ve 6. maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir. Ancak, şikâyetli avukatın eylemi Meslek Kurallarını ihlal eden bir davranış niteliğindedir. Şikâyetlinin disiplin sicil özetinde başka bir cezasının olmadığı, dosya kapsamından ceza belirlenirken alt sınırdan ayrılmayı gerektirecek bir özelliğin de bulunmadığı anlaşıldığından, şikâyetli avukata verilen kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle Baro Disiplin Kurulunun "Kınama cezası verilmesine" ilişkin kararının düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "Kınama Cezası Verilmesine" ilişkin kararının "Uyarma" cezasına çevrilmesi suretiyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA, Şikâyetli Avukat A. Ç. 'nin UYARMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, oybirliği ile karar verildi.